

TG_OBERGERICHT RBOG 2020 Nr. 27 vom 15. Juli 2020

Tg Obergericht, 2020-07-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_RBOG_2020_Nr._27

FR: TG_OBERGERICHT RBOG 2020 Nr. 27 du 15 juillet 2020

IT: TG_OBERGERICHT RBOG 2020 Nr. 27 del 15 luglio 2020

Regeste

Diese entscheidet über das weitere Vorgehen[4]. Anders als bei Zufallsfunden aus der Überwachung des Post- und Telefonverkehrs[5] stellt das Gesetz keine zusätzlichen materiellen und formellen Anforderungen an die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus Durchsuchungen oder Untersuchungen. b) aa) Abzugrenzen sind Zufallsfunde, die unter den dargelegten Grundsätzen verwertbar sind, von Beweisausforschungen («fishing expeditions»).

Volltext

Thurgau Obergericht Rechenschaftsbericht 15.07.2020 RBOG 2020 Nr. 27 (SBR.2020.18)

Thurgovie Obergericht Rechenschaftsbericht 15.07.2020 RBOG 2020 Nr. 27

(SBR.2020.18) Turgovia Obergericht Rechenschaftsbericht 15.07.2020 RBOG 2020 Nr. 27

(SBR.2020.18)

Diese entscheidet über das weitere Vorgehen[4]. Anders als bei Zufallsfunden aus der Überwachung des Post- und Telefonverkehrs[5] stellt das Gesetz keine zusätzlichen materiellen und formellen Anforderungen an die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus Durchsuchungen oder Untersuchungen. b) aa) Abzugrenzen sind Zufallsfunde, die unter den dargelegten Grundsätzen verwertbar sind, von Beweisausforschungen («fishing expeditions»).

RBOG 2020 Nr. 27 RBOG 2020 Nr. 27 Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus Durchsuchungen oder Untersuchungen; unzulässige Beweisausforschung (Art. 243, 141 Abs. 2 StPO) 1. a) Das Bezirksgericht sprach den Berufungskläger des Fahrens ohne Berechtigung schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe sowie einer Busse. Dazu stellte das Bezirksgericht ausschliesslich auf das auf dem Mobiltelefon von X gefundene Video ab. Weitere Beweismittel lagen nicht im Recht. Das Bezirksgericht erwog, obschon die Beschlagnahme- und Durchsuchungsbefehle im Strafverfahren gegen X nicht im Recht liegen würden, sei von einer strafprozessual korrekt durchgeführten Durchsuchung auszugehen. Ein Anfangsverdacht gegen X habe zweifellos bestanden, weil bei diesem ein Marihuana-Säcklein, eine Hanfmühle und Bargeld in kleiner Stückelung gefunden worden seien. Es handle sich nicht um eine verpönte Beweisausforschung. Demzufolge sei das Video, das den Berufungskläger zeige, als verwertbarer Zufallsfund zu betrachten. b) Dagegen erklärte der Berufungskläger Berufung und beantragte einen Freispruch. Das auf dem Mobiltelefon von X gefundene Video sei unverwertbar. 2. a) aa) Unter Zufallsfunden nach Art. 243 StPO versteht man die bei der Durchführung von Zwangsmassnahmen im Allgemeinen und bei Durchsuchungen und Untersuchungen im Besonderen zufällig entdeckten Beweismittel, Spuren, Gegenstände oder Vermögenswerte, die mit der abzuklärenden Straftat in keinem direkten Zusammenhang stehen und den ursprünglichen Verdacht weder erhärten noch widerlegen, aber auf weitere Straftaten

hinweisen [1] . Die Beweisfunktion des Zufallsfundes kann sich auf noch unbekanntes Straftaten der beschuldigten Person oder auf noch unbekanntes Beschuldigte einer bekannten Straftat erstrecken. Denkbar ist auch, dass ein noch nicht verfolgtes Delikt eines neuen oder anderen Tatverdächtigen entdeckt wird [2] . Erlaubt der Zufallsfund den Rückschluss auf eine neue (andere) Straftat, liegt ein sachlicher Zufallsfund vor. Deutet das Beweismittel hingegen auf eine neue (andere) Täterschaft hin, liegt ein personeller Zufallsfund vor [3] .

bb) Zufallsfunde sind sicherzustellen und mit einem Bericht der Verfahrensleitung zu übermitteln. Diese entscheidet über das weitere Vorgehen [4] . Anders als bei Zufallsfunden aus der Überwachung des Post- und Telefonverkehrs [5] stellt das Gesetz keine zusätzlichen materiellen und formellen Anforderungen an die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus Durchsuchungen oder Untersuchungen. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss ihre Verwertbarkeit [6] . cc) Strafprozessuale Untersuchungshandlungen sollen nur dort erfolgen, wo ein hinreichender Verdacht besteht, und nur soweit, wie es der Zweck der Strafuntersuchung legitimiert [7] . Bei Zufallsfunden liegt der Tatverdacht begriffsnotwendig ausserhalb des anfänglich fixierten Aufklärungsziels [8] . Die für das Strafprozessrecht zentrale Steuerungsfunktion des (Anfangs-)Verdachts läuft bei Zufallsfunden leer. Das führt zu einem Dilemma: Einerseits verlangt das Prinzip der materiellen Wahrheit, dass die gefundenen Spuren und Gegenstände verwertet werden. Das in Art. 7 StPO verankerte strafprozessuale Legalitätsprinzip gebietet es denn auch den Strafbehörden, Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn hinreichende Verdachtsmomente bekannt werden. Andererseits erfolgte der Fund im Rahmen einer Zwangsmassnahme, der diesen eben gerade nicht beabsichtigte und somit den erfolgten Grundrechtseingriff diesbezüglich nicht zu rechtfertigen vermag. Zudem sind bei der Anwendung von Zwangsmassnahmen strafprozessuale Grundsätze zu beachten, die unter anderem die Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden zum Ziel haben. Eine bedingungslose Zulassung der Zufallsfunde würde das Risiko der vorbehaltlosen Suche nach Beweismitteln mit sich bringen. In diesem Sinn sind die Zufallsfunde in einer Grauzone zwischen der rechtmässig angeordneten Zwangsmassnahme und der verbotenen Beweisausforschung angesiedelt [9] . dd) Lehre und Rechtsprechung versuchen, das erwähnte Dilemma aufzulösen, indem sie verschiedene Anforderungen an Zufallsfunde aufstellen. Erstens muss die strafprozessuale Zwangsmassnahme, die zum Zufallsfund führte, ihrerseits rechtmässig gewesen sein. Die Verwertung von Zufallsfunden aus unrechtmässigen Zwangsmassnahmen ist im Prinzip [10] ausgeschlossen. Zweitens ist – hypothetisch – zu prüfen, ob die Zwangsmassnahme auch für das neu entdeckte Delikt hätte angeordnet werden dürfen [11] . Die allgemeinen Grundsätze des Zwangsmassnahmenrechts [12] kommen dabei nur teilweise zur Anwendung. Der Anfangsverdacht [13] kann für den Zufallsfund erklärermassen nicht vorausgesetzt werden [14] . Auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz [15] findet nach Lehre und Rechtsprechung keine Anwendung [16] . Dahinter steht die Überlegung, dass mit der Rechtmässigkeit derjenigen Zwangsmassnahme, die dem Zufallsfund vorausgeht, der Grundrechtseingriff abgeschlossen ist [17] . Kern der Frage nach der hypothetischen Zulässigkeit sind demnach die Beschlagnahmeverbote. Was aufgrund der persönlichen Verhältnisse der beschuldigten Person nicht beschlagnahmt werden kann, darf auch nicht als Zufallsfund verwertet werden [18] . b) aa) Abzugrenzen sind Zufallsfunde, die unter den dargelegten Grundsätzen verwertbar sind, von Beweisausforschungen («fishing expeditions»). Diese sind unzulässig und die aus ihnen gewonnenen Beweise unverwertbar [19] . Problematisch ist die Abgrenzung von Zufallsfund und «fishing expedition» deshalb, weil beide Formen der

Beweiserhebungen strukturell nahe beieinanderliegen. Bei der Beweisausforschung werden nicht ausgehend von einem bestimmten Tatverdacht Beweismittel gesucht, sondern liegt der verbotene Zweck des Zwangsmittleinsatzes gerade darin, einen bis dahin nicht vorhandenen Straftatverdacht erst zu kreieren. Auch bei Zufallsfunden besteht ein spezifischer Tatverdacht regelmässig erst nach erfolgtem Zwangseingriff. Wirklich verlässlich abgrenzen liessen sich Beweisausforschung und Zufallsfund wohl nur auf subjektiver Ebene [20] . bb) Die Rechtsprechung des Obergerichts stellt darauf ab, ob eine strafprozessuale Zwangsmassnahme sachlich und zeitlich in einem genügenden Zusammenhang zu einem bereits eröffneten Strafverfahren steht. Keine zufällige Entdeckung liegt demgemäss vor, wenn Spuren und/oder Gegenstände an Orten gesucht werden, wo sich solche in Bezug auf das abzuklärende Delikt vernünftigerweise nicht vermuten lassen. Diesfalls handelt es sich nicht um Zufallsfunde, sondern um das Ergebnis einer verbotenen Beweisausforschung. Auch ein Missverhältnis zwischen der «Anlasstat», welche die Zwangsmassnahme begründete, und dem eingesetzten Mittel ist ein Indiz auf eine Beweisausforschung. Gleiches gilt, wenn ein milderes, denselben Erfolg ermöglichendes Mittel bewusst nicht eingesetzt wurde. Diesbezüglich ist der anordnenden Behörde jedoch ein Ermessensspielraum zuzugestehen. Schliesslich kann ein Zufallsfund nie ausgeschlossen werden und wird somit faktisch im Grundsatz immer in Kauf genommen. Eine Beweisausforschung liegt allerdings auch dann vor, wenn weiter durchsucht wird, obwohl das Durchsuchungsziel erreicht oder aber dessen Unerreichbarkeit festgestellt wurde. Im Gegensatz zum Zufallsfund wird der Hinweis also nicht durch eine zwecktaugliche Durchführung der Zwangsmassnahme innerhalb der gesteckten und begründeten Grenzen entdeckt, sondern diese werden (vorsätzlich) missachtet [21] . 3.

a) Gemäss Hinweisbericht hielt die Kantonspolizei am 29. April 2016 das Fahrzeug von X im Rahmen einer Kontrolle an. Aus dem Auto drang intensiver Marihuana-Geruch. In der Folge stellte die Kantonspolizei bei X ein Marihuana-Säcklein, eine Hanfmühle, einen Plastiksack mit Marihuana mit der Aufschrift «200» sowie Bargeld in Höhe von Fr. 800.00 (in kleiner Stückelung) sicher. Anlässlich der Festnahme von X wurde dessen Mobiltelefon iPhone 5S eingezogen und forensisch gesichert. Neben belastendem Material im Strafverfahren gegen X konnte das Video gefunden werden, welches den Berufungskläger beim Fahren zeigt. b) Wie sich aus den beigezogenen Akten in Bezug auf X ergibt, besteht kein Beschlagnahmeprotokoll betreffend die beschlagnahmten Gegenstände vom 29. April 2016. Im Weiteren liegen keine genaueren echtzeitlichen Angaben zum beschlagnahmten Mobiltelefon vor. So wird lediglich von einem Apple iPhone schwarz mit dem PIN-Code 123456 gesprochen. Die Angabe einer Seriennummer fehlt hingegen. Erst aus dem Beschlagnahmeantrag der Kantonspolizei vom 31. Mai 2016 ergibt sich eine Seriennummer. Auch wurde kein Durchsuchungsbefehl für das Fahrzeug erlassen; ein solcher findet sich erst für die Hausdurchsuchung vom 30. April 2016. Das Mobiltelefon wurde hingegen bereits am 29. April 2016 beschlagnahmt. Ein nachträglicher Durchsuchungsbefehl für das Fahrzeug am 29. April 2016 fehlt. Inwiefern hier «Gefahr im Verzug» war, welche die Polizei zu selbstständigem Handeln in Bezug auf die vollumfängliche Auswertung des Mobiltelefons im Sinn von Art. 241 Abs. 3 StPO ermächtigt hätte, ist nicht ohne weiteres ersichtlich [22] . Es hätte aber auf jeden Fall nachträglich die Anordnung durch die Staatsanwaltschaft schriftlich bestätigt und insbesondere konkretisiert werden müssen, was auf dem Mobiltelefon gesucht wird. Die Kantonspolizei stellte am 31. Mai 2016 zwar einen entsprechenden Beschlagnahmeantrag, welcher jedoch offenbar von der Staatsanwaltschaft nicht bearbeitet wurde. Es fehlt somit

an einer förmlichen Beschlagnahmung und insbesondere auch an den Angaben, was konkret auf dem Mobiltelefon gesucht wurde beziehungsweise was alles durchsucht werden darf. Das iPhone von X wurde nie rechtsförmlich – das heisst nach den Vorschriften der StPO – in das Strafverfahren eingeführt. c) Im Weiteren legt der Verdacht gegen X auf Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz noch nicht von sich aus nahe, Videos auf seinem Mobiltelefon auszuwerten. Ob ein Anfangsverdacht auf Handel mit Betäubungsmitteln im Verfahren gegen X bestand, ist in diesem Verfahren nicht abschliessend zu beurteilen. Selbst wenn der Verdacht zu bejahen wäre, hätte sich daraus nicht zwingend die Notwendigkeit ergeben, auch die Videodateien bei X zu durchsuchen. Ein solcher Suchlauf muss als aussergewöhnliche Massnahme bezeichnet werden [23]. Die Ermittlungshandlungen richteten sich nicht gegen schwere Delikte oder Verbrechen [24]. Dadurch rückt die Durchsuchung in die Nähe einer unzulässigen «fishing expedition». d) X und seine Mutter stimmten zu, dass das Mobiltelefon der Polizei ohne Einschränkung zur Datenauslesung und -analyse ausgehändigt und keine Siegelung verlangt werde. Jedoch ist auch in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich, dass X oder seiner Mutter konkret erläutert wurde, was auf dem Mobiltelefon im Detail gesucht werde. Die Zustimmung erfolgte also nicht im Hinblick auf konkrete Untersuchungen oder Auswertungen und ist deshalb zu relativieren. Insbesondere stimmte X auch nie explizit zu, dass Videoaufnahmen ausgewertet werden dürften, die nicht in Zusammenhang mit Drogen stünden und seine Freunde betreffen. Die Zustimmung kann ein korrektes Vorgehen durch die Untersuchungsbehörden ferner nicht ersetzen, und es hätte nachträglich noch eine schriftliche Bestätigung durch die Staatsanwaltschaft erfolgen müssen. Die «freiwillige» Einwilligung beinhaltet ausserdem ein gewisses Missbrauchspotential, da die Einwilligung durch (mehr oder weniger) subtile «Drohungen», dass die betroffene Person es auf die «leichte oder die harte Tour» haben könne, erhältlich gemacht werden könnte [25]. Ein weiteres Problem der «freiwilligen» Durchsuchung besteht zudem darin, dass damit das Gebot der Verdachtssteuerung untergraben wird, dies sowohl in Bezug auf den Tatverdacht als auch auf das zu erwartende Ergebnis. Damit entfällt der eigentliche Sinn der staatsanwaltlichen Anordnungs- und Überprüfbarkeitsfunktion, und sind Beweisausforschungen Tür und Tor geöffnet. Aufgrund der Bedeutung, welche dem Gebot der Verdachtssteuerung zukommt, sind dergestalt erhobene Beweismittel regelmässig unverwertbar. Folglich sollten «freiwillige» Durchsuchungen nur äusserst zurückhaltend angewandt werden [26]. e) Die vorstehenden, teils grundsätzlichen Bedenken wiegen in diesem Verfahren umso schwerer, weil aufgrund der Straftaten im Verfahren gegen X letztlich nicht nachvollzogen werden kann, woher das strittige Video stammt. Wie erwähnt, fehlen Beschlagnahme- und Durchsuchungsbefehle sowie ein Auswertungsprotokoll. So kann auch nicht geprüft werden, ob sich die Einwilligung von X auf dasjenige Gerät bezieht, auf dem die Kantonspolizei die Datei fand. Lediglich im Entwurf für einen Beschlagnahmebefehl ist eine Seriennummer enthalten, auf der schriftlichen Einwilligung hingegen findet sich kein Hinweis auf ein konkretes Gerät. Mit anderen Worten kann die Einwilligung nicht mit letzter Gewissheit dem Datenträger zugeordnet werden, auf dem das strittige Video gespeichert war. f) Aufgrund der mehrfachen Fehler bei der Beweiserhebung ist somit von einem nicht korrekt erhobenen Beweismittel auszugehen, und die fragliche Videoaufnahme darf im Rahmen der Sachverhaltserstellung nicht herangezogen werden.

4. Darf die Videoaufnahme nicht berücksichtigt werden, fehlt es jedoch an einem Beweis dafür, dass der Berufungskläger trotz Entzugs des Führerausweises ein Fahrzeug gelenkt

hat. Folglich ist die Berufung begründet, und der Berufungskläger ist vom Vorwurf des Fahrens ohne Berechtigung freizusprechen. Obergericht, 1. Abteilung, 15. Juli 2020, SBR.2020.18 [1] BGE 139 IV 135; RBOG 2017 Nr. 26 Erw. 2.a.aa [2] Gfeller/Thormann, Basler Kommentar, 2.A., Art. 243 StPO N. 20 [3] Hansjakob, Überwachungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2017, N. 1112 f. [4] Art. 243 Abs. 1 und 2 StPO [5] Art. 278 StPO [6] Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 243 N. 4; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 243 N. 5; Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N. 3 [7] Vgl. Art. 7 Abs. 1, 197 Abs. 1 lit. b, 319 Abs. 1 lit. b sowie 324 Abs. 1 StPO [8] Natterer, Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren, Diss. Bern 2001, S. 18 [9] RBOG 2017 Nr. 26 Erw. 2 a.bb [10] Vorbehalten bleibt eine Abwägung nach Art. 141 StPO. [11] Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N. 31 ff.; Schmid/Jositsch, Art. 243 StPO N. 7 [12] Art. 197 Abs. 1 und 2 StPO [13] Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO [14] Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N. 34; Schmid/Jositsch, Art. 243 StPO N. 7 [15] Art. 197 Abs. 1 lit. c und lit. d StPO [16] BGE vom 3. Oktober 2019, 6B_24/2019, Erw. 2.4; Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N. 34 [17] Schmid/Jositsch, Art. 243 StPO N. 5 [18] Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N. 35 [19] BGE 139 IV 136, 137 I 222 f.; Keller, Art. 243 StPO N. 4; Schmid/Jositsch, Art. 243 StPO N. 8; Gfeller/Thomann, Art. 243 StPO N. 15 [20] Natterer, S. 19 [21] RBOG 2017 Nr. 26 Erw. 2b.aa [22] Vgl. auch BGE 139 IV 133 [23] Vgl. dazu auch BGE 139 IV 128, wo Adressen von Freiern ermittelt wurden. [24] BGE 137 I 224 [25] Gfeller/Gfeller, Basler Kommentar, 2.A., Art. 249 StPO N. 17 [26] Gfeller/Gfeller, Art. 249 StPO N. 18 und 19

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