

Dokument	forumpoenale 5/2019 S. 355
Autor	Andrea Taormina
Titel	Nr. 36 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 27. März 2018 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl – 1B_519/2017
Urteilsbesprechung	1B_519/2017
Seiten	355-360
Publikation	forumpoenale
Herausgeber	Jürg-Beat Ackermann, Roy Garré, Gunhild Godenzi, Yvan Jeanneret, Konrad Jeker, Bernhard Sträuli, Wolfgang Wohlers
ISSN	1662-5536
Verlag	Stämpfli Verlag AG

2. Strafverfahrensrecht - Procédure pénale

Nr. 36 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 27. März 2018 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl – 1B_519/2017

Art. 197 Abs. 1 lit. c und d, 241 Abs. 3 und 264 Abs. 1 lit. b StPO; Art. 13 und 36 Abs. 3 BV: Entsigelung; Anwendung verhältnismässiger Zwangsmassnahmen. Strafprozessuale Zwangsmassnahmen stellen einen Eingriff in die Grundrechte dar und müssen somit verhältnismässig sein. Nur wenn die angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der untersuchten Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt, können sie ergriffen werden. Massive Zwangsmassnahmen, die empfindlich in die persönliche Freiheit und in die Privatsphäre des Beschwerdeführers eingreifen, rechtfertigen sich bei strafrechtlich nicht gravierenden Vorwürfen nicht und erweisen sich als unverhältnismässig und gesetzeswidrig. Im Entsigelungsverfahren können grundsätzlich auch Rügen gegen die den streitigen Zwangsmassnahmen zugrunde liegende Hausdurchsuchung (akzessorisch) erhoben werden. Hausdurchsuchungen dürfen vorgenommen werden, wenn zu vermuten ist, dass sich in den Räumen Tatspuren oder zu beschlagnahmende Gegenstände oder Vermögenswerte befinden. Sie werden im Vorverfahren grundsätzlich durch einen schriftlichen Befehl der Staatsanwaltschaft angeordnet. Die Polizei kann im Vorverfahren ohne staatsanwaltlichen Befehl Hausdurchsuchungen vornehmen, wenn «Gefahr im Verzug» ist; im Falle einer solchen Hausdurchsuchung hat die Polizei die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu informieren. (Regeste forumpoenale)

Art. 197 al. 1 let. c et d, 241 al. 3 et 264 al. 1 let. b CPP ; art. 13 et 36 al. 3 Cst. : levée des scellés ; mise en œuvre de mesures de contrainte proportionnées. Les mesures de contrainte prévues par le droit de procédure pénale constituent des restrictions aux droits fondamentaux et doivent par conséquent être proportionnées. Elles ne peuvent être mises en œuvre que si des mesures moins incisives ne permettent pas d'atteindre les buts poursuivis et si l'importance de l'infraction faisant l'objet de l'instruction les justifie. Des mesures de contrainte massives, qui restreignent sensiblement la liberté personnelle et la sphère privée de la personne touchée, ne se justifient pas en cas d'accusations pénales de peu de gravité ; elles s'avèrent disproportionnées et illicites. Dans le cadre de la procédure de levée des scellés, il est en principe possible de soulever (à titre accessoire) des griefs contre la perquisition qui précède les mesures de contrainte contestées. Des perquisitions peuvent être opérées s'il y a lieu de présumer que des traces de l'infraction, des objets ou des valeurs patrimoniales susceptibles d'être séquestrés se trouvent dans les locaux visés. Durant la procédure préliminaire, les perquisitions sont en règle générale ordonnées au moyen d'un mandat écrit du ministère public. Pendant la procédure préliminaire, la police n'est habilitée à

perquisitionner des logements sans mandat du ministère public que s'il y a « péril en la demeure »; dans le cas d'une perquisition « de nécessité » opérée par la police, celle-ci doit en informer sans délai le ministère public. (Résumé forumpoenale)

Art. 197 cpv. 1 lett. c e d, 241 cpv. 3 e 264 cpv. 1 lett. b CPP; art. 13 e 36 cpv. 3 Cost.: dissigillamento; applicazione di provvedimenti coercitivi proporzionati. I provvedimenti coercitivi della procedura penale costituiscono un'ingerenza nei diritti fondamentali e devono pertanto essere proporzionati. I provvedimenti coercitivi possono essere adottati solo se gli obiettivi perseguiti non possono essere raggiunti mediante misure meno severe e l'importanza del reato penale oggetto d'indagine li giustifica. Provvedimenti coercitivi severi, che incidono sensibilmente sulla libertà personale e sulla sfera privata del ricorrente, non si giustificano in caso di accuse non gravi dal punto di vista penale e risultano sproporzionati e illegali.

forumpoenale 5/2019 S. 355, 356

Nella procedura di dissigillamento possono di principio essere sollevate (in via accessoria) anche censure contro la perquisizione domiciliare alla base dei provvedimenti coercitivi controversi. Le perquisizioni domiciliari possono essere eseguite se si deve presumere che negli spazi vi siano tracce del reato oppure oggetti o valori patrimoniali da sequestrare. Nella procedura preliminare sono di principio disposte mediante un mandato scritto del pubblico ministero. Nella procedura preliminare la polizia può eseguire perquisizioni domiciliari senza mandato del pubblico ministero se vi è «pericolo nel ritardo»; nel caso di una tale perquisizione domiciliare la polizia deve informare immediatamente il pubblico ministero. (Regesto forumpoenale)

Sachverhalt:

Die StA Zürich-Sihl führt eine Strafuntersuchung gegen A. wegen Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) und Übertretung gegen das Eidgenössische Heilmittelgesetz HMG vom 15. Dezember 2000 (Art. 87 HMG [SR 812.21]). Sie wirft ihm vor, er habe in einer Apotheke ein gefälschtes ärztliches Rezept vorgelegt, um eine am Vortag von ihm bestellte rezeptpflichtige antibakterielle Hautcreme zu beziehen. Nachdem er ein zweites Mal vergeblich versucht habe, die Hautcreme bei der Apotheke abzuholen, wurde er gleichentags an seinem Arbeitsplatz polizeilich verhaftet.

Die Kantonspolizei vollzog eine Hausdurchsuchung in der Wohnung von A., um Unterlagen sicherzustellen, die mit der Rezeptfälschung in Zusammenhang stehen könnten. Da die Polizei annahm, es bestehe «Gefahr im Verzug», führte sie eine Notdurchsuchung durch. Dabei wurden ein Laptop, eine externe Festplatte und das Mobiltelefon des Beschuldigten vorläufig sichergestellt sowie verschiedene Medikamente bzw. Substanzen beschlagnahmt.

A. beantragte die Siegelung der sichergestellten elektronischen Geräte und Aufzeichnungen. Die StA stellte beim kantonalen ZMG das Gesuch um Entsiegelung. Das ZMG hiess das Entsiegelungsgesuch teilweise gut. Es ordnete an, dass nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittelverfahren bezüglich des vorliegenden Entscheids das ZMG eine Triage der gesiegelten Datenträger vornimmt und schützenswerte Privatgeheimnisse aussondert und löscht.

Der Beschuldigte gelangt dagegen mit Beschwerde an das BGer. Das BGer heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

[...]

1.2. Beim angefochtenen Entscheid des ZMG handelt es sich um eine kantonal letztinstanzliche Zwangsmassnahmenverfügung (Art. 248 Abs. 3 i.V.m. Art. 380 StPO und Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BGG). Im Entsiegelungsverfahren kann grundsätzlich auch die Rechtmässigkeit der den streitigen Zwangsmassnahmen zugrunde liegende Hausdurchsuchung (akzessorisch) mitgeprüft werden (zur amtl. Publ. bestimmtes Urteil 1B 394/2017, nicht amtl. publ. E. 3.1; Urteile 1B 243/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 4.2, 4.4 = ASA 85 S. 326 ff.; 1B 273/2015 vom 21. Januar 2016 E. 5.5). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen von Art. 78 ff. BGG sind ebenfalls erfüllt und geben zu keinen weiteren Vorbemerkungen Anlass.

[...]

2.2. Zwar hat die Vorinstanz im vorliegenden Fall die Aufgaben des Entsiegelungsrichters nicht an die Staatsanwaltschaft oder an die Polizei förmlich «delegiert». Die als «teilweiser Entsiegelungsentscheid» bezeichnete angefochtene Präsidialverfügung beruht jedoch aus anderen Gründen auf einem gesetzeswidrigen Entsiegelungsverfahren:

Gemäss der dargelegten Gesetzgebung und Bundesgerichtspraxis hat das ZMG im Entsiegelungsverfahren nach Art. 248 StPO zu prüfen, ob die gesetzlichen Entsiegelungsvoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere, ob substantiierte schutzwürdige Geheimnisinteressen einer Entsiegelung entgegenstehen. Dies hat die Vorinstanz nicht getan. Weder hat sie einen Teil-Entsiegelungsentscheid gefällt, indem sie sämtliche relevanten Entsiegelungsvoraussetzungen für einen Teil der versiegelten Aufzeichnungen und Gegenstände geprüft hätte (vgl. z.B. BGE 137 IV 189 E. J–K S. 191 f.; Urteile 1B 328/2017 vom 26. Januar 2018; 1B 106/2016 vom 20. Mai 2016; 1B 65/2014 vom 22. August 2014), noch hat sie einen blossen prozessleitenden Zwischenentscheid gefällt und lediglich die Triage (richterliche Sichtung) von gesiegelten Aufzeichnungen oder Gegenständen verfügt (vgl. z.B. Urteile 1B 328/2017 vom 26. Januar 2018 E. 1.3; 1B 63/2014 vom 16. April 2014 E. 1.3; 1B 162/2013 vom 3. Juli 2013 E. 1.2; 1B 151/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 2.2).

Die Vorinstanz hat einerseits das Entsiegelungsgesuch betreffend alle drei versiegelten elektronischen Datenträger «teilweise gutgeheissen». Dabei hat sie einige rechtliche Erwägungen getroffen (insbesondere zur Frage des Tatverdachts und der Verhältnismässigkeit), die gemäss ihrer Vorstellung «nach Erledigung allfälliger Rechtsmittelverfahren bezüglich des vorliegenden Entscheids» in materieller «Rechtskraft» erwachsen sollen. Andererseits hat die Vorinstanz in ihrer (als «teilweise» Entsiegelung bezeichneten) Präsidialverfügung die massgeblichen Entsiegelungsvoraussetzungen gar nicht materiell geprüft. Vielmehr möchte sie die ihr gesetzlich obliegende Triage und Aussonderung von substantiierten geheimnissgeschützten Privat- und Geschäftsgeheimnissen (namentlich «Aktfotos», schutzwürdige Privatkommunikation und Bankunterlagen) sowie die Prüfung von entsprechenden Entsiegelungshindernissen erst «nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids» vornehmen [...].

Ein solcher «hybrider» Entsiegelungsentscheid, der materielle und prozessleitende Gesichtspunkte in unzulässiger Weise vermischt und offenbar dem Zweck dienen soll, einzelne materielle Teil-Erwägungen des ZMG bereits durch das Bundesgericht «vorfrageweise» überprüfbar zu machen,

forumpoenale 5/2019 S. 355, 357

noch bevor überhaupt eine Prüfung aller relevanten Entsiegelungsvoraussetzungen durch das ZMG erfolgte, ist weder in Art. 248 StPO vorgesehen, noch in Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BGG.

[...]

3.

Der Beschwerdeführer rügt auch vor Bundesgericht eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und seiner verfassungsmässigen Individualrechte. Er beruft sich dabei insbesondere auf Art. 13 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV sowie Art. 197 Abs. 1 lit. c–d und Art. 264 Abs. 1 lit. b StPO. Es seien bereits massive gesetzwidrige Eingriffe in seine Privatsphäre und seine Freiheitsrechte erfolgt und es drohten weitere Verletzungen seiner Grundrechte.

[...]

3.2. Strafprozessuale Zwangsmassnahmen setzen voraus, dass der damit verbundene Eingriff in die Grundrechte verhältnismässig ist. Sie können nur ergriffen werden, wenn die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der untersuchten Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (Art. 197 Abs. 1 lit. c und lit. d StPO). Die zu entsiegelnden Objekte müssen auch untersuchungsrelevant sein (Art. 6 Abs. 1 und Art. 139 Abs. 2 i.V.m. Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO; vgl. BGE 142 IV 207 E. 7.1 S. 209–211; 141 IV 77 E. 4.3 S. 81, E. 5.6 S. 87; 138 IV 225 E. 7.1 S. 229; je mit Hinweisen). Einem gesetzlichen Beschlagnahme- und Entsiegelungshindernis unterliegen persönliche Aufzeichnungen und Korrespondenz der beschuldigten Person, wenn ihr Interesse am Schutz der Persönlichkeit das Strafverfolgungsinteresse überwiegt (Art. 264 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 3 StPO).

3.3. Im Entsiegelungsverfahren können grundsätzlich auch Rügen gegen die den streitigen Zwangsmassnahmen zugrunde liegende Hausdurchsuchung (akzessorisch) erhoben werden (BGE 143 IV 270 E. 6–7 S. 279 ff.; zur amtl. Publ. bestimmtes Urteil 1B 394/2017 vom 17. Januar 2018, nicht amtl. publ. E. 3.1; Urteile 1B 243/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 4.2, 4.4 = ASA 85 S. 326 ff.; 1B 273/2015 vom 21. Januar 2016 E. 5.5). Wohnungen dürfen (auch ohne Einwilligung der berechtigten Person) durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass in den betreffenden Räumen Tatspuren oder zu beschlagnehmende Gegenstände oder Vermögenswerte vorhanden sind (Art. 244 Abs. 2 StPO). Hausdurchsuchungen im Vorverfahren werden in einem schriftlichen Befehl der Staatsanwaltschaft angeordnet. In dringenden Fällen können sie mündlich angeordnet werden, sind aber nachträglich schriftlich zu bestätigen (Art. 241 Abs. 1 i.V.m. Art. 198 Abs. 1 StPO). Ist «Gefahr im Verzug», so kann die Polizei im Vorverfahren ohne staatsanwaltlichen Befehl Durchsuchungen vornehmen; sie informiert darüber unverzüglich die Staatsanwaltschaft (Art. 241 Abs. 3 i.V.m. Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO; s.a. Art. 263 Abs. 3 StPO; BGE 143 IV 270 E. 7.5 S. 283 mit Hinweisen; zur amtl. Publ. bestimmtes Urteil 1B 394/2017, nicht amtl. publ. E. 3.2).

[...]

3.5. Zunächst ist zu prüfen, ob die Bedeutung der untersuchten Straftaten die streitigen Zwangsmassnahmen rechtfertigt (Art. 197 Abs. 1 lit. d und Art. 264 Abs. 1 lit. b StPO):

Bei den in Art. 87 Abs. 1 lit. a–g HMG geregelten Straftaten handelt es sich um Übertretungen. Gemäss Art. 87 Abs. 1 (Ingress) HMG wird mit Haft oder mit Busse (bis zu Fr. 50 000) bestraft, wer vorsätzlich eine der aufgelisteten Tathandlungen begeht.

Die Vorinstanz erwähnt zwar vage, dass dem Beschwerdeführer eine «Übertretung gegen das Heilmittelgesetz im Sinne von Art. 87 HMG» vorgeworfen werde [...]. In ihren Erwägungen zur Frage des hinreichenden Tatverdachts (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO) legt sie jedoch nicht dar, welche konkrete Tatbestandsvariante von Art. 87 Abs. 1 lit. a–g HMG ihrer Ansicht nach durch den versuchten Kauf einer rezeptpflichtigen Hautcreme mittels gefälschten Arztzeugnisses erfüllt sein könnte. Die Vorinstanz erwähnt zwar noch am Rande, der Beschwerdeführer habe am 25. Juli 2017 ausgesagt, «Ketamin» einzunehmen. Sie legt jedoch auch hier nicht dar, unter welchen Straftatbestand diese Schmerzmitteleinnahme fallen könnte und erwähnt in ihren Erwägungen zum hinreichenden Tatverdacht auch sonst keine einzige konkrete Strafnorm [...].

Wie es sich damit genau verhält, ist nicht zu vertiefen. Jedenfalls kann es sich beim Hauptvorwurf, der Beschwerdeführer habe ein gefälschtes ärztliches Rezept vorgelegt, um eine «rezeptpflichtige Creme» zu kaufen, nur um eine relativ leichte Übertretung im Sinne von Art. 87 HMG handeln. Dies umso mehr, als von der fraglichen antibakteriellen Hautcreme unbestrittenermassen keine grosse Gefährdung ausgeht. Darüber hinaus ist auch auf Art. 87 Abs. 6 HMG hinzuweisen, wonach in besonders leichten Fällen sogar auf Strafverfolgung und Bestrafung vollständig verzichtet werden könnte. Angesichts der mit der mutmasslichen Urkundenfälschung beförderten blossen Übertretung (Erschleichung eines rezeptpflichtigen Medikaments) dürfe hier auch vom Vorwurf eines besonders leichten Falles einer Urkundenfälschung (Art. 251 Ziff. 2 StGB) auszugehen sein, der als Vergehen mit Geldstrafe bzw. (im Höchststrafmass) mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht ist. Auch ein schwer wiegendes Urkundendelikt ist folglich nicht dargetan.

3.6. Zwar hat die Staatsanwaltschaft noch beiläufig geltend gemacht, unter den bereits beschlagnahmten Medikamenten und Substanzen hätten sich unter anderem «Steroide» und mutmasslich auch sogenannte «Poppers» befunden. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz war dem Beschwerdeführer aber im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung noch kein Besitz von illegalen Substanzen zur Last gelegt worden. Wie der Entsiegelungsrichter

forumpoenale 5/2019 S. 355, 358

explizit feststellt, führte die Polizei die Hausdurchsuchung durch, um «Unterlagen bezüglich der Rezeptfälschung sicherzustellen». Der sich anschliessende Fund allfälliger verbotener Substanzen wäre somit – auch nach der ausdrücklichen Ansicht der Vorinstanz – als sogenannter «Zufallsfund» zu behandeln, der (ausserhalb der schweren Kriminalität) nur verwertbar sein kann, wenn die fragliche Zwangsmassnahme (Hausdurchsuchung) ihrerseits gesetzmässig wäre (vgl. Art. 141 Abs. 2–5 i.V.m. Art. 243 StPO; BGE 143 IV 270 E. 7.6 S. 285 mit Hinweisen). Wie noch zu zeigen sein wird, war die polizeiliche «Not»-Hausdurchsuchung hier aber unrechtmässig.

3.7. Im Lichte der strafrechtlich nicht gravierenden Vorwürfe haben Polizei und Staatsanwaltschaft auffallend massive Zwangsmassnahmen angewendet, die empfindlich in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und in die Privatsphäre des Beschwerdeführers (Art. 13 Abs. 1 BV) eingreifen. Dazu gehören die Verhaftung am Arbeitsplatz, die polizeiliche «Not»-Hausdurchsuchung der Privatwohnung, umfangreiche Sicherstellungen, insbesondere des privaten Mobiltelefons inklusive gespeicherte Privatkommunikation sowie eines Laptops mit privaten und geschäftlichen Dokumenten, die Beschlagnahme von Medikamenten sowie das Entsiegelungsgesuch für sämtliche sichergestellten elektronischen Geräte und Aufzeichnungen.

Diese Zwangsmassnahmen erweisen sich im vorliegenden Fall – zumindest in der Gesamtbetrachtung – als unverhältnismässig und bundesrechtswidrig.

Dabei ist auch mitzuberücksichtigen, dass die polizeiliche «Not»-Hausdurchsuchung im vorliegenden Fall gesetzeswidrig war: Weder die Vorinstanz noch die Staatsanwaltschaft legen dar, inwiefern hier ein Fall von «Gefahr in Verzug» (Art. 241 Abs. 3 i.V.m. Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO) vorgelegen hätte, der ausnahmsweise eine sofortige polizeiliche Hausdurchsuchung sachlich erfordert hätte. Wie bereits dargelegt, bestanden am 21. Juli 2017 für die Kantonspolizei keine Hinweise auf schwerwiegende Delikte. Ausserdem wären hier ausreichende Ermittlungsalternativen zur Verfügung gestanden, zumal der Beschwerdeführer (nach den Feststellungen der Vorinstanz) zu sachdienlichen Aussagen und zur freiwilligen Edition der gefälschten Rezepte bereit war. Zumindest hätte die Polizei ihre massiven Zwangsmassnahmen von der Staatsanwaltschaft vorgängig bewilligen lassen können und müssen (zum Verwertungsverbot bei

ungesetzlichen Untersuchungshandlungen, die der Aufklärung minder schwerer Delikte dienen vgl. auch Art. 141 Abs. 2–5 StPO; BGE 143 IV 270 E. 7.6 S. 285 mit Hinweisen).

3.8. Die streitigen Zwangsmassnahmen erweisen sich als unverhältnismässig und gesetzwidrig. Sie verletzen insbesondere Art. 197 Abs. 1 lit. c–d, Art. 241 Abs. 3 und Art. 264 Abs. 1 lit. b StPO (i.V.m. Art. 13 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 3 BV). Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und das Entsigelungsgesuch abzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG).

Bemerkungen:

I. Übersicht

Der vorliegende Entscheid ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert. Erstens stellt das Bundesgericht fest, dass hybride Entsigelungsentscheide (i.e. Entscheide, welche materielle und prozessleitende Gesichtspunkte vermischen) unzulässig sind. Zweitens bestätigt das Bundesgericht die Zulässigkeit von akzessorischen Rügen im Entsigelungsverfahren. Drittens betont das Gericht die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit für die Durchführung einer Hausdurchsuchung und beurteilt deren Verhältnismässigkeit anhand einer Gesamtbetrachtung aller angewandten Zwangsmassnahmen zur infrage stehenden Tat. Viertens scheint das Bundesgericht bereits dem Entsigelungsrichter die Pflicht aufzuerlegen, die Verwertbarkeit von Beweisen zu überprüfen, wobei dies nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen die Rechtswidrigkeit des Beweismittels ohne Weiteres feststeht. Fünftens schliesslich äussert sich das Bundesgericht zur Zulässigkeit von Not-Hausdurchsuchungen durch die Polizeiorgane. In der vorliegenden Urteilsanmerkung gehe ich auf diese bemerkenswerten Aspekte ein.

II. Sachverhalt

Vorab eine Zusammenfassung der wesentlichen Sachverhaltselemente: Der Beschwerdeführer hatte am 14. Juli 2017 in einer Apotheke ein gefälschtes ärztliches Rezept vorgelegt, um eine rezeptpflichtige antibakterielle Hautcreme zu beziehen, was ihm jedoch verwehrt wurde. Am 21. Juli 2017 unternahm er einen zweiten Versuch, die Hautcreme zu beziehen, der jedoch scheiterte. Gleichentags wurde der Beschwerdeführer an seinem Arbeitsplatz polizeilich verhaftet, und die Kantonspolizei führte eine Not-Hausdurchsuchung in der Wohnung des Beschwerdeführers durch. Ein Laptop, eine externe Festplatte und das Mobiltelefon des Beschwerdeführers sowie verschiedene Medikamente und Substanzen wurden vorläufig sichergestellt. Der Beschwerdeführer beantragte die Siegelung des Laptops, der externen Festplatte und des Mobiltelefons. Das kantonale Zwangsmassnahmengericht hiess das Entsigelungsgesuch der Staatsanwaltschaft teilweise gut. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde an das Bundesgericht, welches die Beschwerde guthiess und das Entsigelungsgesuch abwies.

III. Unzulässigkeit hybrider Entsigelungsentscheide

Das ZMG hatte entschieden, dass das Entsigelungsgesuch hinsichtlich der Datenträger teilweise gutgeheissen und nach Rechtskraft seines Entscheides eine Triage der gesiegelten Datenträger vorgenommen werde, wobei schützenswerte Privatgeheimnisse des Beschwerdeführers ausgesondert werden würden. Das Bundesgericht entschied, dass die teilweise Gutheissung des Entsigelungsgesuchs Art. 248 StPO verletze. Das ZMG habe weder einen Teil-Entsigelungsentscheid gefällt, in dem es sämtliche rele-

forumpoenale 5/2019 S. 355, 359

vanten Entsigelungsvoraussetzungen für einen Teil der versiegelten Aufzeichnungen verfügte, noch habe es einen prozessleitenden Zwischenentscheid gefällt und lediglich die Triage von gesiegelten Aufzeichnungen verfügt. Der aufgehobene Entscheid sei deswegen gleichsam hybrid, da das Entsigelungsgesuch teilweise gutgeheissen wurde. Dabei habe das ZMG rechtliche Erwägungen zum Tatverdacht und zur Verhältnismässigkeit getroffen, die nach Vorstellung des Gerichts in materielle Rechtskraft erwachsen sollten. Auf der anderen Seite habe das ZMG die massgeblichen Entsigelungsvoraussetzungen gar nicht materiell geprüft, da es die gesetzlich obliegende Pflicht zur Triage und zur Aussonderung von geschützten Geheimnissen sowie die Prüfung von Entsigelungshindernissen erst nach der Rechtskraft des Entscheides vornehmen wolle. In einem solchen Entscheid würden materielle und prozessleitende Gesichtspunkte in unzulässiger Weise vermischt. So verstandene hybride Entscheide würden offenbar dem Zweck dienen, einzelne materielle Teilerwägungen des ZMG – zum Beispiel Tatverdacht und Verhältnismässigkeit – durch das Bundesgericht vorfrageweise überprüfbar zu machen.

Die Ansicht des Bundesgerichts ist überzeugend. Die Gutheissung der Voraussetzungen der Entsigelung kann nicht erfolgen, ohne dass die gesiegelten Aufzeichnungen vom Entsigelungsrichter (allenfalls unter Beizug von Spezialisten) im Einzelnen geprüft werden. Ein Beispiel verdeutlicht das: Der Entsigelungsrichter kann die Verhältnismässigkeit der Entsigelung von persönlichen Aufzeichnungen (beispielsweise privater Fotos oder Anwaltskorrespondenz) nicht beurteilen, ohne dass er die gesiegelten Aufzeichnungen (diese privaten Fotos oder Anwaltskorrespondenz) im Einzelnen anschaut und beurteilt. Mit anderen Worten muss der Entsigelungsrichter materiell auf das zu schützende Geheimnis eingehen und darf nicht allgemein das Vorliegen der Voraussetzungen der Entsigelung feststellen.

IV. Zulässigkeit akzessorischer Rügen im Entsigelungsverfahren

Nach ständiger Praxis können im Entsigelungsverfahren auch Rügen gegen die den streitigen Zwangsmassnahmen zugrunde liegende Hausdurchsuchung akzessorisch erhoben werden (zum Beispiel BGer 1B 243/2016 vom 6.10.2016). Das bedeutet, dass die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung vom Entsigelungsrichter geprüft werden kann (und geprüft werden muss). Rechtmässig ist die Hausdurchsuchung nur, wenn die allgemeinen Voraussetzungen von Zwangsmassnahmen nach Art. 197 StPO (insbesondere das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts und die Verhältnismässigkeit) und die besonderen Voraussetzungen von Art. 244 f. StPO gegeben sind. Sind die Voraussetzungen von Art. 244 StPO und von Art. 197 StPO nicht erfüllt, dürfen die an der Hausdurchsuchung sichergestellten Aufzeichnungen grundsätzlich nicht entsiegelt werden (und auch nicht triagiert werden).

Daraus folgt zweierlei Bedeutsames: Der Entsigelungsrichter hat erstens die Pflicht, zu prüfen, ob vor der Hausdurchsuchung ein hinreichender Tatverdacht vorlag. Die logisch unzulässige Schlussfolgerung *post hoc ergo propter hoc* ist mithin auch entsiegelungsrechtlich unzulässig. Wenn der Entsigelungsrichter das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts prüfen muss, dann muss er zweitens notwendigerweise auch die Verwertbarkeit von Beweisen überprüfen. Denn wenn die Verwertbarkeit von Beweisen grundsätzlich dem Sachrichter vorbehalten ist, unterläuft dies den Zweck des Entsigelungsverfahrens (dazu gleich unten).

V. Verhältnismässigkeit

Nach Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO muss die Hausdurchsuchung aufgrund der Bedeutung der Straftaten gerechtfertigt sein. Im vorliegenden Fall bezog sich der Tatverdacht auf eine Übertretung des Heilmittelgesetzes und eine Urkundenfälschung. Zwischen der vorgeworfenen Urkundenfälschung und der Übertretung des Heilmittelgesetzes bestand insofern ein Zusammenhang, als dass die Urkundenfälschung nur eine Übertretung befördern sollte. Aus diesem Grund sei das Urkundendelikt nicht schwerwiegend. Beide Delikte vermochten nach Ansicht des Bundesgerichtes die auffallend massiven Zwangsmassnahmen nicht zu rechtfertigen.

Bemerkenswert ist dieser Umstand, weil das Bundesgericht in dieser Wertungsentscheid nicht nur die Hausdurchsuchung als Zwangsmassnahme berücksichtigt, was dogmatisch korrekt und hinreichend gewesen wäre (vgl. den Wortlaut von Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO «die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt»). Es berücksichtigte in der Beurteilung der Verhältnismässigkeit zwischen Tat und Zwangsmassnahme nicht nur die Hausdurchsuchung selber, sondern auch die polizeiliche Verhaftung am Arbeitsplatz und die Sicherstellungen und Beschlagnahme der gefundenen Gegenstände. Massgebend für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit sind nach dieser Entscheid also alle angewandten Zwangsmassnahmen (und nicht nur die Hausdurchsuchung). Dadurch werden die Voraussetzungen für eine rechtmässige Hausdurchsuchung erhöht. Das Bundesgericht spricht ausdrücklich von einer «Gesamtbetrachtung». Mithin liegt kein dogmatischer Lapsus vor, sondern ein bewusster Entscheid.

VI. Pflicht des Entsigelungsrichters zur Prüfung der Verwertbarkeit von Beweisen

Im Rahmen der Hausdurchsuchung wurden unter anderem auch Substanzen sichergestellt, die unter das Betäubungsmittelgesetz fielen. Vor der Hausdurchsuchung bestand jedoch kein Tatverdacht auf Besitz von solchen Substanzen. Die Polizei führte die Hausdurchsuchung durch, um Unter-

forumpoenale 5/2019 S. 355, 360

lagen bezüglich der Rezeptfälschung sicherzustellen. Aus diesem Grund war der Fund dieser Substanzen ein Zufallsfund im Sinne von Art. 243 StPO. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind so verstundene Zufallsfunde grundsätzlich nur verwertbar, wenn die Hausdurchsuchung gesetzmässig ist (vgl. BGE 143 IV 270).

Im vorliegenden Entsiegelungsverfahren wurde die Frage der Verwertbarkeit der Beweise geprüft und die Unverwertbarkeit des Zufallsfundes festgestellt. Dies ist bemerkenswert, zumal die Frage der Verwertbarkeit von Beweisen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Sachrichter vorbehalten ist, ausser die Rechtswidrigkeit des Beweismittels steht ohne Weiteres fest (BGE 141 IV 289, E. 1.3; 1B 75/2017 E. 4.4). Im vorliegenden Fall stand die Rechtswidrigkeit des Beweismittels nicht ohne Weiteres fest. Es bleibt abzuwarten, ob sich die vorfrageweise Prüfung der Verwertbarkeit von Beweisen im Entsiegelungsverfahren auch in Fällen, in denen die Rechtswidrigkeit nicht ohne Weiteres feststeht, durchsetzt und der Entsiegelungsrichter die Frage der Verwertbarkeit von Beweisen nicht regelmässig dem Sachrichter abschieben kann.

VII. Not-Hausdurchsuchungen

Hausdurchsuchungen bedürfen nach Art. 241 Abs. 1 StPO grundsätzlich eines schriftlichen Befehls der Staatsanwaltschaft. Nur wenn Gefahr im Verzug liegt, darf die Polizei ein Haus durchsuchen, ohne dass ein Hausdurchsuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft vorliegt. Im vorliegenden Fall sah das Bundesgericht diese Voraussetzung als nicht gegeben an. Vor der Durchsuchung lagen keine Hinweise auf andere Delikte vor. Der Tatverdacht der Übertretung des Heilmittelgesetzes und die Urkundenfälschung hätten auch durch mildere Ermittlungsalternativen abgeklärt werden können. Die klare Rechtslage lässt die Not-Hausdurchsuchung als abwegig erscheinen.

Dr. Andrea Taormina, Rechtsanwalt, LL.M., Fachanwalt SAV Strafrecht