

SK 2012 223

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Hubschmid Volz (Präsidentin i.V.), Oberrichter Zihlmann und Oberrichter Guéra sowie Gerichtsschreiber Knecht

vom 15. Mai 2013

in der Strafsache gegen

A.

verteidigt durch Rechtsanwalt X.

Beschuldigter/Berufungsführer

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250, 3001 Bern

wegen Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz.

Regeste:

Besteht ein konkretisierter Tatverdacht gegen die zu befragende Person, sind die Protokollierungsvorschriften zu beachten (Art. 76 ff. StPO). Dies gilt auch für die Polizei. Sowohl die Kenntnisnahme als auch die Unterzeichnung des Einvernahmeprotokolls durch die befragte Person stellen Gültigkeitsvorschriften dar (Art. 78 Abs. 5 StPO). Eine Verletzung derselben führt zur Unverwertbarkeit der Einvernahme (Art. 141 Abs. 2 StPO).

Ist die Belehrung der beschuldigten Person nicht gehörig protokolliert und kann sie auch nicht anderweitig beweismässig erstellt werden (Art. 158 i. V.m. Art. 143 Abs. 2 StPO), ist ihre Aussage bereits deshalb nicht verwerfbar und darf auch nicht mittelbar zum Beweis gemacht werden.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Berufungsführer wurde von den Polizisten R. und H. beobachtet, wie er auf der Autobahn A1 im Baustellenbereich unerlaubt rechts überholte. Bei der anschliessenden Befragung auf der Autobahnraststätte hielt Polizist R. die Aussagen des Berufungsführers schriftlich in einer Handnotiz fest. Die Handnotiz wurde dem Berufungsführer weder zur Unterzeichnung vorgelegt noch wurde ihm der Inhalt der Notiz zur Kenntnis gebracht. Die in der Handnotiz festgehaltenen Aussagen des Berufungsführers fanden einerseits mittelbar Ein-

gang in den Polizeirapport. Andererseits schilderte Polizist R. als Zeuge die Aussagen des Berufungsführers.

Der Berufungsführer rügte eine Verletzung der Protokollierungsvorschriften sowie eine nicht gehörige Belehrung und beantragte, die Handnotiz sei aus den Akten zu entfernen.

Trotz Nichtberücksichtigung der Handnotiz und den weiteren (mittelbaren) Beweismittel betreffend die Aussage des Beschuldigten auf der Autobahnraststätte erfolgte gestützt auf die (sonstigen) Beobachtungen der Polizei ein Schuldspruch.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Formelles

[...]

6. Verwertungsverbot im Besonderen

6.1. Ergänzend zu den erstinstanzlichen Beweismitteln wurden auf Antrag des Berufungsführers von der ersten Strafkammer die Handnotizen des Kantonspolizisten R. vom 20. August 2011 in die Akten aufgenommen (pag. 125). In seiner schriftlichen Berufungsbeurteilung vom 22. November 2012 verlangt der Berufungsführer nun die Nichtberücksichtigung der auf seinen Antrag von der Kammer beigezogenen Handnotizen des Kantonspolizisten R.. Dieser ersten Einvernahme fehle es am Hinweis, dass gegen den Berufungsführer ein Vorverfahren eingeleitet worden sei und welche Straftaten ihm vorgeworfen würden. Zudem genügten die Handnotizen des Polizisten insofern den Anforderungen eines Einvernahmeprotokolls nicht, als keine gestellte Frage protokolliert sowie die Notiz dem Berufungsführer nicht vorgelesen und zur Unterzeichnung vorgelegt worden sei.

6.2. Art. 76 StPO statuiert die Pflicht, alle Verfahrenshandlungen, die nicht schriftlich durchgeführt werden, zu protokollieren. Diese Pflicht wird in Art. 78 StPO für Einvernahmen konkretisiert. Insbesondere wird verlangt, dass entscheidende Fragen und Antworten wörtlich zu protokollieren sind und das Protokoll nach Abschluss der Einvernahme der einvernommenen Person vorgelesen wird oder ihr zum Lesen vorzulegen ist. Nach Kenntnisnahme des Protokolls ist dieses sowohl von der befragten Person als auch vom Protokollführer, der Verfahrensleitung und der allenfalls zur Übersetzung beigezogenen Person zu unterzeichnen (Art. 76 Abs. 2 sowie Art. 78 Abs. 5 StPO). Diese Vorschriften sind grundsätzlich auch von der Polizei bei der Befragung von Tatverdächtigen zu beachten. Eine informelle polizeiliche Befragung ist nur solange möglich, als es an einem bereits konkretisierten Tatverdacht gegenüber dem Befragten fehlt und die Befragung primär zur Gewinnung eines ersten Überblicks über das Vorgefallene dient (vgl. SCHMID, Handbuch der schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 859). Ab Bestehen eines Tatverdachts sind informelle Gespräche und Befragungen grundsätzlich unzulässig; sie müssen diesfalls protokolliert werden (DAPHINOFF, Das Strafbefehrsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2012, § 9. D) c) gg) Nicht protokollierte Gespräche und Befragungen).

Die Protokollierungsvorschriften sind aufgrund der auf dem Spiel stehenden gewichtigen Interessen der Verfahrensbeteiligten streng zu handhaben (BSK StPO-NÄPFLI, Art.76 StPO N 11 f. m.w.H. in FN 32). Sowohl die Kenntnisnahme als auch die Unterzeichnung des Protokolls durch die befragte Person sind Gültigkeitsvorschriften (vgl. BSK StPO-NÄPFLI, Art.78 StPO N 20 und 25; HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, Zürich 2012, § 153 N 29; BRÜSCHWEILER in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010, Art. 78 N 8; CR CPP-BOMlo, art. 78 N 5). Daneben gelten die Unterzeichnung durch den Verfahrensleiter, den Protokollführer und allenfalls dem Übersetzer ebenfalls als Gültigkeitsvoraussetzung; können gemäss SCHMID aber nachgebracht werden (SCHMID, a.a.O., N 571 FN 388 und N 578 Fn 407; a.M. bzgl. nachträglicher Unterzeichnung: BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 14 m.w.H. in FN 36). Beweise, die Strafbehörden unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs.2 StPO). Gemäss Bundesgericht ist denn auch ein Protokoll, das unbestrittenermassen dem Berufungsführer weder vorgelesen noch ihm zur Durchsicht vorgelegt und von diesem dementsprechend auch nicht unterzeichnet wurde gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertbar (BGer Urteil 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013 E 1.5; ebenso: BGer Urteil 6P.84/2006 vom 10. Juli 2006 E 3 und 1P.399/2005 vom 08. Mai 2006 E 3.1). Die Zurückdrängung des Unmittelbarkeitsprinzips im ordentlichen Strafverfahren (und dessen sowieso beschränkte Gültigkeit im Strafbefehlsverfahren) und die damit verbundene Tendenz zum Aktenprozess macht aus den aktenkundigen Protokollen „regelmässig das entscheidende Beweismaterial“. Umso grössere Sorgfalt ist bei der Einvernahme und der Erstellung des Protokolls an den Tag zu legen. Gerade im Strafbefehlsverfahren, welches mehrheitlich Massendelikte zum Gegenstand hat, sind die polizeilichen Einvernahmeprotokolle von entscheidender Wichtigkeit. Dazu kommt, dass der ersten Einvernahme in der Praxis ein erhöhter Stellenwert eingeräumt wird als späteren Aussagen. Die erste Einvernahme kann prozessentscheidend sein. Somit sind der Qualität der Einvernahme und den fachlichen Kompetenzen des polizeilichen Einvernehmers bzw. Protokollführers grösste Bedeutung zuzumessen (DAPHINOFF, a.a.O., § 9. C) h) Die Bedeutung von Einvernahmen, Personalbeweis und Einvernahmeprotokoll).

- 6.3. Vorliegend wurde der Berufungsführer von den Polizisten R. und H. beobachtet, wie er angeblich auf der Autobahn A1 im Baustellenbereich ein unerlaubtes Rechtsüberholen durchführte. Bei der anschliessenden Anhaltung auf dem Rastplatz Windrose bestand damit bereits ein konkretisierter Tatverdacht gegenüber dem Berufungsführer betreffend die Verübung einer Verkehrswidrigkeit. Eine informelle Befragung, die es erlaubt hätte, die protokollarischen Vorschriften, insbesondere diejenigen zur Einvernahme, (noch) nicht beachten zu müssen, war somit nicht mehr möglich. Der Berufungsführer war als Beschuldigter gemäss den Protokollierungsvorschriften zu den Einvernahmen einzuvernehmen (Art. 76 ff. StPO). Dass sich der Polizist R. dieser Situation durchaus bewusst war, zeigt seine Anmerkung auf der Handnotiz: „BBK belehrt“ (Berner Belehrungskarte). Anlässlich der Hauptverhandlung sagte der Zeuge R. hierzu aus, er habe sich die Aussagen des Berufungsführers notiert (pag. 57 Z 3). Im Kanton Bern werde direkt vor Ort kein schriftliches Protokoll geschrieben. Es reiche die Durchführung der Belehrung nach Berner Belehrungskarte. Sie würden sich jeweils Handnotizen machen und den Sachverhalt darin festhalten (pag. 57 Z 14 ff.) Damit übereinstimmend schrieb der Beschul-

digte in seiner Berufungsbegründung, ihm seien die Notizen zu der Befragung auf der Raststätte weder vorgelesen noch zur Durchsicht und Unterzeichnung vorgelegt worden (pag. 150). Auf der Handnotiz findet sich weder eine Unterschrift des Polizisten R. noch eine Unterschrift des Berufungsführers (pag. 125 f.). Die dem Berufungsführer gestellten Fragen wurden nicht festgehalten (pag. 126). Die Handnotizen erfüllen somit die Voraussetzungen an ein Einvernahmeprotokoll gemäss Art. 76 ff. StPO gleich in mehreren Punkten nicht. Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers sind diese Bestimmungen auch von der Polizei einzuhalten (Botschaft 1155). Gründe, inwieweit es der Polizei nicht möglich ist, nach Aufzeichnung der Aussage, das Protokoll der befragten Person durch Vorlesen oder Vorlegung zur Kenntnis zu bringen und von dieser unterzeichnen zu lassen, sind nicht ersichtlich. Werden, wie durch den Zeugen R. ausgeführt, jeweils Handnotizen zu den Aussagen der befragten Person angefertigt, stellt es keinen weiteren, grösseren Aufwand dar, diese Aufzeichnungen der befragten Person zur Kenntnis zu bringen, von ihr unterzeichnen zu lassen und selbst zu signieren. Sowohl die Kenntnisnahme als auch die Unterzeichnung des Einvernahmeprotokolls durch den Befragten stellen Gültigkeitsvorschriften dar. Eine Verletzung derselben führt zur Unverwertbarkeit der Einvernahme, soweit diese nicht zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist (Art. 141 Abs. 2 StPO). Das unerlaubte Rechtsüberholen als Übertretung oder Vergehen ist keine schwere Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO. Die Handnotizen sind somit insoweit nicht verwertbar, als sie die Einvernahme des Beschuldigten protokollieren. Diese werden aus den Akten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss der Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und durch eine an den entsprechenden Stellen geschwärzten Kopie ersetzt (Art. 141 Abs. 5 StPO).

- 6.4. Wie soeben dargelegt, sind die Bestimmungen über die Protokollierung von Einvernahmen zwingender Natur. Ihre Beachtung ist Voraussetzung für die Gültigkeit des Protokolls und damit gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO Erfordernis für die Verwertbarkeit der Aussage (OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage, 2012, N 1274; SCHMID, a.a.O., N 571 FN 388 und N 578 FN 407; BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 12 und Art. 78 N 20/25). Sind die Aussagen nicht verwertbar, können diese auch nicht nachträglich durch die Erhebung anderweitiger Beweise mittelbar in das Verfahren eingebracht werden. So darf gemäss GODENZI der Inhalt einer Beschuldigteneinvernahme, die zufolge unterbliebener Belehrung absolut unverwertbar ist (Art. 158 Abs. 2 StPO), auch nicht mittelbar über eine Befragung von Personen eingeführt werden, die bei unverwertbaren Einvernahmen anwesend waren (GODENZI in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 158 N 34). Gemäss DA-PHINOFF besteht die Gefahr — teilweise sei sie bereits Praxis geworden —, dass die Polizei Aussagen von sog. „informell befragten“ Personen nicht protokolliert — in Umgehung der einlässlichen Einvernahme- und Hinweisvorschriften —, dafür aber im Polizeirapport wiedergebe, sozusagen als Feststellung des Polizeibeamten. Diese Gedächtnisrapporte, d.h. Rapporte über oder mit Aussagen von Personen, die vom Polizeibeamten nachträglich in einem internen Polizeirapport festgehalten werden, seien ohne vorgenommene Orientierung nach Art. 158 Abs. 1 StPO unzulässig und nicht verwertbar. Unzulässig seien nicht nur die indirekt rapportierten Aussagen der beschuldigten Person in einem einfachen Polizeirapport, sondern auch die späteren Einvernahmen der rapportierenden Polizeibeamten als Zeugen, wenn die beschuldigte Person nicht vorgängig über ihre Rechte orientiert worden sei. Die Praxis, die rapportierenden Polizeibeamten später im Verfahren als Zeugen einzuvernehmen, um die von ihnen im Rapport festgehaltenen

„Aussagen“ zu bestätigen, sei bedenklich, stelle sie doch gewissermassen eine Umgehung der Einvernahme- und Hinweispflichten dar (DAPHINOFF, a.a.O., § 9 D) c) gg) Nicht protokollierte Gespräche und Befragungen). SCHMID gibt ebenfalls zu bedenken, dass der Grundsatz der vorgängigen Orientierung der beschuldigten Person über ihre Rechte nicht durch Vorverlagerung der Befragung in eine solche informeller Art umgangen werden dürfe. So sei eine Person, sobald sie als Beschuldigte erkannt und demgemäss näher befragt werde, vorgängig einer Befragung auf ihre Rechte aufmerksam zu machen, ansonsten ihre diesbezüglichen Aussagen (in den Akten eingeführt z.B. durch eine Zeugeneinvernahme des Polizeibeamten) unverwertbar seien (SCHMID, a.a.O., FN 176). Auch RUCKSTUHL erachtet es als nicht zulässig, den Inhalt einer nach Art. 158 Abs. 2 StPO unverwertbaren Einvernahme mittelbar zum Beweis zu machen, indem Personen befragt würden, die bei dieser Einvernahme dabei gewesen seien und somit angeben könnten, was die beschuldigte Person ausgesagt habe. Andernfalls würde das Beweisverwertungsverbot unterlaufen. Zum selben Resultat gelange man bei der Anwendung des Fernwirkungsverbots auf diese Konstellation (BSK StPO-RuckStuHL, Art. 158 N 35).

- 6.5. Diesen Überlegungen ist grundsätzlich zu folgen. Könnte die unverwertbare Aussage der befragten Person mittelbar erneut zum Beweis gemacht werden, würde der Zweck, der einer Gültigkeitsvorschrift buchstäblich zukommt, umgangen. Die Protokollierung gibt Auskunft über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften und garantiert ein rechtsstaatlich korrektes Verfahren. Fehlt es an einem gesetzmässigen Einvernahmeprotokoll, sind in der Regel gleichzeitig auch die weiteren Verfahrensrechte und insbesondere die vorgängige Belehrung nicht gehörig protokolliert und beweismässig ausreichend festgestellt. Genau dies trifft auf vorliegenden Fall zu. Der Berufungsführer bestreitet, gehörig über seine Rechte aufgeklärt worden zu sein. Ob dem Berufungsführer tatsächlich sämtliche seiner Rechte gemäss Art. 158 Abs. 1 StPO zur Kenntnis gebracht wurden, lässt sich mit der Notiz nicht belegen. Die Handnotizen genügen den Anforderungen an eine Protokollierung nicht (vgl. Ziff. I. 6.3 hiervor). Gleiches gilt für das vom Berufungsführer unterzeichnete Erhebungsformular betreffend die wirtschaftlichen Verhältnisse. Dort findet sich zwar eine vorgedruckte Bestätigung betreffend die Belehrung (pag. 7). Ob der Berufungsführer dieses Formular jedoch bereits vor seiner Einvernahme ausfüllte und das Merkblatt für beschuldigte und vorläufig festgenommene Personen im Vorfeld der Einvernahme ausgeteilt wurde, geht aus den Akten nicht hervor. Schliesslich erscheinen die Aussagen des Zeugen R. zwar insgesamt glaubhaft (vgl. Ziff. II. 4.3. hiernach), sind jedoch im Bezug auf die Hinweispflichten unvollständig bzw. ungenau und sind damit ebenfalls nicht genügend beweiskräftig (pag. 57 Z 17 ff.). Die mangelhafte Protokollierung der Einvernahme führte somit im vorliegenden Fall dazu, dass die Belehrung des Berufungsführers nicht wie in Art. 143 Abs. 2 StPO vorgesehen zu Beginn der Einvernahme protokolliert und beweismässig ausreichend festgehalten ist. Die Aussage ist nicht verwertbar und darf auch nicht mittelbar zum Beweis gemacht werden. Zum selben Ergebnis gelangt man bei der Beurteilung der vorliegenden Frage unter Berücksichtigung von Art. 141 Abs. 4 StPO bzw. dem Fernwirkungsverbot. Die Aussage der beschuldigten Person ist *conditio sine qua non* für die Zeugenaussage. D.h. ohne Aussage der beschuldigten Person, gäbe es keine Zeugenaussage. Fusst die Aussage des Zeugen auf einer unverwertbaren Aussage, ist folglich auch die Zeugenaussage als Folgebeweis nicht verwertbar.

6.6. Daraus folgend sind ebenfalls der Rapport vom 02. November 2011 und die Aussagen des Zeugen R. anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 26. Juni 2012 unverwertbar, als darin Aussagen über die Einvernahme des Berufungsführers auf der Raststätte Windrose getätigt wurden (Art. 141 Abs. 4 StPO). Gemäss Art. 141 Abs. 5 StPO sind die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise aus den Strafakten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss der Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten. Die entsprechenden Originaldokumente werden aus den Akten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss der Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und durch an den entsprechenden Stellen geschwärzte Kopien ersetzt.