

Hochschulstrasse 17
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Urteil

SK 16 49

Bern, 21. November 2016

Besetzung

Oberrichter Weber (Präsident i.V.),
Oberrichter Vicari, Oberrichter Guéra
Gerichtsschreiberin Hiltbrunner

Verfahrensbeteiligte

A. _____
verteidigt durch Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigter



_____ gegen

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

Berufungsführerin

Gegenstand

Amtsmissbrauch und Freiheitsberaubung

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland (Einzelgericht) vom 23.11.2015 (PEN 2015 382)

Erwägungen:

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland (Einzelgericht) vom 23. November 2015 wurde A. _____ (nachfolgend: Beschuldigter) freigesprochen von der Anschuldigung des Amtsmissbrauchs und der Anschuldigung der Freiheitsberaubung, beides angeblich begangen am 2. August 2012, zwischen ca. 15:25 Uhr und ca. 16:00 Uhr in 2501 Biel, Spitalstrasse 20, Polizeiwache (pag. 371 ff.).

2. Berufung

Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft Region Berner Jura-Seeland, vertreten durch Staatsanwältin C. _____, mit Schreiben vom 2. Dezember 2015 frist- und formgerecht die Berufung an (pag. 441). Nach Zustellung der schriftlichen Urteilsbegründung mit Verfügung vom 11. Februar 2016 reichte die Generalstaatsanwaltschaft am 23. Februar 2016 ebenfalls frist- und formgerecht die Berufungserklärung ein. Sie erklärte die vollumfängliche Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil (pag. 465 ff.). Nachdem sich der Beschuldigte innert Frist nicht vernehmen liess, forderte die Verfahrensleitung die Parteien mit Verfügung vom 29. März 2016 zur Erklärung auf, ob sie mit der Durchführung eines schriftlichen Verfahrens nach Art. 406 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) einverstanden seien (pag. 471 f.). Da sich sowohl die Generalstaatsanwaltschaft (pag. 475) als auch der Beschuldigte (pag. 476) mit der Durchführung eines schriftlichen Verfahrens einverstanden erklärten, wurde dieses mit Verfügung vom 19. April 2016 angeordnet (pag. 478). Am 19. Mai 2016 reichte die Generalstaatsanwaltschaft ihre schriftliche Berufungsbegründung ein (pag. 483 ff.). Der Beschuldigte, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____ nahm mit Eingabe vom 12. Juli 2016 zur Berufungsbegründung Stellung (pag. 504 ff.). Mit Replik vom 22. Juli 2016 hielt die Generalstaatsanwaltschaft an der Berufung fest (pag. 525 f.). Der Beschuldigte dupliziert mit Eingabe vom 9. August 2016 (pag. 530 ff.).

3. Anträge der Parteien

Die Generalstaatsanwaltschaft stellte und begründete in der schriftlichen Berufungsbegründung vom 19. Mai 2016 folgende Anträge (pag. 484):

A. _____ sei

1. schuldig zu sprechen des Amtsmissbrauchs, begangen am 2. August 2012 in Biel;
2. und er sei zu verurteilen
 - 2.1 zu einer bedingten Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu CHF 130.00, ausmachend total CHF 3'250.00. Der Vollzug der Geldstrafe sei unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben;
 - 2.2 zur Bezahlung der erst- und oberinstanzlichen Verfahrenskosten.

Fürsprecher B. _____ stellte und begründete mit Stellungnahme vom 12. Juli 2016 namens des Beschuldigten folgende Anträge (pag. 505):

1. Es sei festzustellen, dass Ziff. I.2. des Urteils vom 23.11.2015 in Rechtskraft erwachsen ist.

Eventualiter sei der Beschuldigte von der Anschuldigung der Freiheitsberaubung, angeblich begangen am 02.08.2012, zwischen ca. 15.25 Uhr und ca. 16.00 Uhr in 2501 Biel, Spitalstrasse 20, Polizeiwache, freizusprechen.

2. Der Beschuldigte sei von der Anschuldigung des Amtsmissbrauchs, angeblich begangen am 02.08.2012, zwischen ca. 15.25 Uhr und ca. 16.00 Uhr in 2501 Biel, Spitalstrasse 20, Polizeiwache, freizusprechen.
3. Die Verfahrenskosten beider Instanzen seien dem Kanton aufzuerlegen.
4. Dem Beschuldigten sei zu Lasten der Staatskasse eine angemessene Entschädigung für seinen für beide Instanzen gehabtten Verteidigungsaufwand zuzusprechen.

4. Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer

Der Rechtsmittelinstanz kommt im Berufungsverfahren volle Kognition zu (Art. 398 Abs. 2 StPO). Sie hat das erstinstanzliche Urteil im Rahmen der angefochtenen Punkte umfassend zu prüfen (Art. 398 Abs. 2 StPO). Zuzufolge vollumfänglicher Anfechtung des vorinstanzlichen Urteils hat die Kammer dieses in sämtlichen Punkten zu überprüfen.

Der Beschuldigte macht geltend, der Freispruch der Vorinstanz bezüglich der angeblichen Freiheitsberaubung sei in Rechtskraft erwachsen. Denn entgegen der Angaben in der Berufungserklärung vom 23. Februar 2016 richte sich die Berufung der Generalstaatsanwaltschaft nicht gegen das gesamte Urteil. In der Tat beantragt die Generalstaatsanwaltschaft lediglich einen Schuldspruch wegen Amtsmissbrauchs und führt in ihrer Replik aus, ihrer Ansicht nach decke der Vorwurf des Amtsmissbrauchs den rechtserheblichen Sachverhalt vollumfänglich ab, weshalb sich eine Verurteilung wegen Freiheitsberaubung erübrige.

Die Rechtsmittelinstanz ist in ihrem Entscheid weder an die Begründung noch an die Anträge der Parteien gebunden (Art. 391 Abs. 1 StPO). Das Berufungsgericht ist an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt, nicht aber an die darin vorgenommene rechtliche Würdigung gebunden (Art. 350 Abs. 1 i.V.m. Art. 379 StPO).

Derselbe Sachverhalt, für den die Generalstaatsanwaltschaft im Berufungsverfahren eine Verurteilung wegen Amtsmissbrauchs beantragt, wurde von der Vorinstanz auch hinsichtlich des Tatbestands der Freiheitsberaubung geprüft. Die Generalstaatsanwaltschaft ficht in ihrer Berufung den Schuldpunkt in Bezug auf sämtliche in der Anklage (Strafbefehl vom 15. April 2014, pag. 185) geschilderten Handlungen an. Somit hat das Berufungsgericht unabhängig von den Anträgen der Parteien erneut zu prüfen, ob und welche Straftatbestände die angeklagten Handlungen erfüllen. Der vorinstanzliche Freispruch von der angeblichen Freiheitsberaubung ist somit noch nicht rechtskräftig. Es bleibt bei der vollständigen Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils.

5. Oberinstanzliche Beweisergänzungen

Vom Amtes wegen wurde oberinstanzlich im Sinne einer Beweisergänzung ein aktueller Strafregistrauszug des Beschuldigten eingeholt (pag. 479 und 481).

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung

6. Unbestrittener und bestrittener Sachverhalt

Der grobe Ablauf des Geschehens ist unbestritten. Der Beschuldigte hielt D._____ am 2. August 2012 wegen dem Vorwurf einer einfachen Verkehrsregelverletzung (Übertretung) als Fussgänger im Strassenverkehr an. Der Beschuldigte verlangte von D._____ einen Ausweis. Dieser übergab ihm schliesslich seinen Ausländerausweis. Im weiteren Verlauf entschied der Beschuldigte, D._____ zwecks Identitätsüberprüfung auf die Polizeiwache zu verbringen. Zwei weitere Polizisten führten D._____ mit dem Streifenwagen dorthin, wo er schliesslich in eine Wartezelle verbracht wurde. Dort führte der Beschuldigte bei D._____ eine körperliche Durchsuchung mit vollständiger Entkleidung (Leibesvisitation) durch. Mit Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 20. November 2013 wurde D._____ vom Vorwurf der einfachen Verkehrsregelverletzung und vom Vorwurf des unanständigen Benehmens rechtskräftig freigesprochen.

Die Generalstaatsanwaltschaft führt aus, primär sei nicht der Sachverhalt, sondern die rechtliche Würdigung und mithin die Strafzumessung Gegenstand des Berufungsverfahrens (pag. 484). Der Beschuldigte hingegen bringt vor, zum Teil seien in Ergänzung des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts zusätzliche Sachverhaltselemente zu berücksichtigen (pag. 506). Diese Vorbringen betreffen insbesondere das Verhalten von D._____ vor Ort und auf der Polizeiwache. Umstritten ist sodann, ob die Schrift auf dem Ausländerausweis von D._____ schlecht lesbar war.

7. Beweismittel

Als Beweismittel liegen die schriftlichen Angaben des Beschuldigten im Journaleintrag vom 2. August 2012 (pag. 76), im Anzeigerapport vom 8. August 2012 (pag. 86 f.) und in seiner Stellungnahme vom 23. Juli 2013 im Strafverfahren gegen D._____ (pag. 35 ff. bzw. 109 ff.) vor. Der Beschuldigte wurde sodann mehrmals einvernommen und zwar zunächst als Zeuge im Strafverfahren gegen D._____ (pag. 133 ff.) und später im eigenen Strafverfahren als Beschuldigter (pag. 39 ff. und pag. 319 ff.). Auch D._____ wurde sowohl im eigenen Strafverfahren als Beschuldigter (pag. 127 f.) und als Zeuge im Strafverfahren gegen den Beschuldigten einvernommen (pag. 9 ff.). Weiter liegen Zeugenaussagen von E._____ von der stationierten Polizei Biel, der D._____ am Tag des Vorfalls auf die Polizeiwache verbrachte (pag. 139 und pag. 337 ff.), von F._____, dem Gruppenchef der Mobilen Polizei Seeland (damaliger Vorgesetzter des Beschuldigten, pag. 331 ff.) und von G._____, dem Dienstchef Bildungsmanagement (pag. 343 ff.), vor. Der Chef der Regionalpolizei Seeland nahm am 16. Oktober 2015 gegenüber der Vorinstanz schriftlich Stellung (pag. 227).

Die Vorinstanz hat den Inhalt sämtlicher Beweismittel korrekt und ausführlich dargestellt. Auf diese Ausführungen ist zu verweisen (pag. 389-415 = S. 7-20 der Urteilsbegründung).

8. Beweiswürdigung der Vorinstanz

Die Vorinstanz unterteilt ihre Beweiswürdigung in drei Teile: Die Situation von der Anhaltung von D._____ bis zur Verbringung auf die Polizeiwache Biel, die Situation auf der Polizeiwache Biel und die Praxis betreffend vollständiger körperlicher Durchsuchung bei Verbringung in den Warteraum zum alleinigen Verbleib auf der Polizeiwache Biel sowie das konkrete Vorgehen bei der körperlichen Durchsuchung von D._____. Sie gelangte nach eingehender Würdigung zu folgendem Beweisergebnis (pag. 423 f. = S. 24 f. der Urteilsbegründung):

«Am 02.08.2012 um ca. 15,25 Uhr hielt der Beschuldigte D._____, geb. 20.01.1984, an, nachdem dieser ca. 15 Meter vor dem Kreisel Guisanplatz in Biel von links herkommend hinter einem stehenden Bus die Fahrbahn überquert hatte, sodass der Beschuldigte auf seinem Dienstmotorrad abbremsten musste. Der Beschuldigte war der Meinung, D._____ habe durch die Art und Weise, wie er die Fahrbahn überquerte, eine Verkehrsregelverletzung begangen. Weil D._____ sich nicht einsichtig zeigte, beschloss der Beschuldigte eine Personenkontrolle durchzuführen. Zwar überreichte D._____ ihm seinen Ausländerausweis, wollte sich jedoch vom Kontrollort entfernen, sodass der Beschuldigte ihn am Arm packend wieder zum Kontrollort zurückführen musste. D._____ wurde dabei immer lauter und emotionaler, schrie herum und zeigte keine Anzeichen dafür, kooperieren zu wollen. Es war dem Beschuldigten in dieser Situation nicht möglich, die Personenkontrolle und Identitätsfeststellung von D._____ vor Ort durchzuführen, zumal der Ausweis auch noch von schlechter Qualität war, weshalb er Verstärkung anforderte, um D._____ auf die Polizeiwache Biel führen zu lassen und dort die Überprüfung seiner Personalien durchzuführen. Dieses Vorgehen hatte er D._____ zuvor in Aussicht gestellt für den Fall, dass er sich nicht beruhigen und kooperativer verhalten würde. Auch nachdem die Verstärkung, bestehend aus zwei Polizisten in einem Streifenwagen, eingetroffen war, liess sich D._____ nicht beruhigen, sondern fuhr in gleicher Weise wie vorher fort, sich lautstark zu äussern und zu gestikulieren.

Da D._____ sich auch nach Ankunft auf der Polizeiwache laut und ungehalten verhielt, entschloss sich der Beschuldigte, ihn zum Warten während der Überprüfung seiner angegebenen Identität in eine Wartezelle zu verbringen. Bevor der Beschuldigte die Überprüfung der Personalien von D._____ vornahm, führte er in seiner Funktion als Kantonspolizist bei D._____ eine körperliche Durchsuchung mit vollständiger Entkleidung durch. Dies geschah in der Wartezelle bei offener Türe unter Anwesenheit des Beschuldigten und D._____. Der Beschuldigte bat D._____ um das Ablegen und Reichen der Kleidungsstücke, überprüfte diese und legte sie hin. Am Schluss musste D._____ seine Unterhose ausziehen, die ebenfalls vom Beschuldigten überprüft wurde. Dann musste sich D._____ leicht nach vorne beugen, sodass es dem Beschuldigten möglich war, die Oberschenkel und evtl. auch den Anusbereich visuell auf verbotene Gegenstände zu überprüfen. Ebenfalls musste D._____ die Arme heben und die Fusssohlen zeigen. Diese körperliche Durchsuchung dauerte ca. fünf Minuten. Danach konnte D._____ sich wieder anziehen und der Beschuldigte entfernte sich, um die Personalien von D._____ zu überprüfen. Dies dauerte ca. 10-15 Minuten. Währenddessen blieb

D._____ unbeaufsichtigt in der Wartezelle bei geschlossener Türe alleine zurück. Das Ziel dieser körperlichen Durchsuchung war, sicherzustellen, dass D._____ keine gefährlichen oder verbotenen Gegenstände mit sich führte, mit denen er seine oder die Sicherheit der anwesenden Polizisten hätte gefährden können. Die körperliche Durchsuchung beförderte keine gefährlichen oder verbotenen Gegenstände zu Tage.

Zum fraglichen Zeitpunkt, am 2. August 2012, gehörte es auf der Polizeiwache Biel zum Standardverfahren, eine Person, die zum alleinigen Verbleib in die Wartezelle verbracht wurde, zwecks Sicherheit im Sinne von Art. 250 Abs. 1 StPO vollständig körperlich zu durchsuchen, d.h. zu entkleiden.

D._____ konnte am 2. August 2012 die Polizeiwache schliesslich um 16:00 Uhr verlassen.»

9. Vorbringen der Parteien

Die Generalstaatsanwaltschaft bringt in Abweichung zum durch die Vorinstanz festgestellten Sachverhalt lediglich vor, die Behauptung, dass die Fotografie und/oder die Schrift auf dem Ausweis von D._____, den dieser bei der Kontrolle vorgezeigt habe, von schlechter Qualität gewesen sein soll, werde durch das Beweisergebnis nicht gestützt (pag. 485). Sie erscheine als Schutzbehauptung (pag. 526).

Der Verteidiger des Beschuldigten bringt in Ergänzung des durch die Vorinstanz festgestellten Sachverhalts vor, gestützt auf das aufgebrachte, unkooperative und nicht nachvollziehbare Verhalten von D._____, habe der Beschuldigte den Verdacht gehabt, dass nebst dem ursprünglich angenommen SVG-Delikt sonst noch etwas vorliegen könnte. Der Beschuldigte habe sodann nicht gewusst, ob D._____ von seinen Kollegen vor Verbringung auf die Polizeiwache abgetastet worden sei.

10. Beweismwürdigung der Kammer

10.1 Allgemeines

Dem Beweisergebnis der Vorinstanz kann sich die Kammer nach eingehender Sichtung der Beweise anschliessen. Die nachfolgenden Ausführungen sind teils als Ergänzung und teils als Wiederholung zu den vorinstanzlichen Erwägungen zu verstehen. Ansonsten wird auf die Beweismwürdigung in der erstinstanzlichen Urteilsbegründung verwiesen (vgl. pag. 415 ff. = S. 20 ff. der Urteilsbegründung).

Von vordergründiger Bedeutung sind im vorliegenden Fall folgende Sachverhaltsfragen: War die Personenkontrolle von D._____ durch den Beschuldigten am Ort der Anhaltung unmöglich? Und gehörte die körperliche Durchsuchung mit Entkleidung im Tatzeitpunkt zum Standardverfahren auf der Polizeiwache in Biel? War dem Beschuldigten eine allfällige Unrechtmässigkeit seiner Handlungen bewusst? Nicht Teil des Anklagesachverhalts und somit nicht zu prüfen, ist die Verbringung von D._____ in die Wartezelle auf der Polizeiwache. Bei den entscheidenden Fragen, ob die Verbringung von D._____ auf die Polizeiwache und die Durchführung der Leibesvisitation rechtmässig waren, handelt es sich um Rechtsfragen.

10.2 Zum Ablauf der Anhaltung vor Verbringung auf die Polizeiwache

Die Kammer schliesst sich der Beweiswürdigung der Vorinstanz an, wonach D._____ sich vom Kontrollort entfernen wollte, laut und emotional war und sich nicht bereit zeigte zu kooperieren. Den Ausländerausweis hat D._____ dem Beschuldigten übergeben. Dem Beschuldigten war es jedoch aufgrund des Verhaltens von D._____ nicht möglich, die Personalien auf dem Ausweis von D._____ vor Ort zu überprüfen. Dass der Ausländerausweis von D._____ tatsächlich von schlechter Qualität bzw. zum Teil schlecht lesbar war, wie dies die Vorinstanz festhält bzw. der Beschuldigte behauptet, geht nicht direkt aus den Akten hervor. Eine Fotografie des betreffenden Ausweises ist nicht vorhanden. Zu Gunsten des Beschuldigten stützt die Kammer auf die Aussage des Beschuldigten ab, dass der Ausländerausweis von D._____ verbraucht war (vgl. pag. 49 Z. 186). Diese Tatsache ist jedoch von geringer Bedeutung. Schliesslich wird nicht behauptet, dass dem Ausweis die Identität von D._____ überhaupt nicht zu entnehmen gewesen wäre.

Der Beschuldigte hat ausgesagt, gestützt auf das Verhalten von D._____, also Herumschreien und Weglaufen, habe er den Verdacht gehabt, dass auch sonst noch etwas, d.h. eine andere Straftat als der angebliche Verkehrsregelverstoss, vorliegen könnte (pag. 49 Z. 184 f. und pag. 51 Z. 215 f.) und dass mit der Identität von D._____ möglicherweise etwas nicht stimmen könnte (pag. 49 Z. 198 ff.). Diese Aussagen erachtet die Kammer als glaubhaft und nachvollziehbar. Der Beschuldigte ging davon aus, dass seine Kollegen D._____ vor dem Verbringen in das Polizeifahrzeug vorschriftsgemäss abgetastet hatten, mit Sicherheit wusste er dies jedoch nicht (pag. 51 Z. 222 ff.; pag. 327 Z. 41 ff.).

10.3 Zur körperlichen Durchsuchung als Standardprozedere

Die Art und Weise, wie der Beschuldigte die Leibesvisitation vornahm, ist zwischen den Parteien unbestritten und es kann auf die dementsprechenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Der Anklagevorwurf ist denn auch nicht in der Art und Weise, wie der Beschuldigte die Durchsuchung vornahm, begründet, sondern darin, dass er sie vornahm.

Der Beschuldigte, sein Kollege E._____ sowie F._____, Gruppenchef Mobile Polizei Seeland, sagten übereinstimmend und glaubhaft aus, dass die körperliche Durchsuchung mit vollständiger Entkleidung bei Personen, die alleine in der Wartezelle verblieben, im August 2012 das Standardprozedere darstellte. Grund der Durchsuchungen war die Überprüfung, ob eine Person gefährliche oder verbotene Gegenstände auf sich trägt, womit sie sich selbst oder die anwesenden Polizisten verletzen könnte (vgl. pag. 57 Z. 333 ff., pag. 333 Z. 16 f.). Zudem ist die bereits von der Vorinstanz gewonnene Erkenntnis zutreffend, wonach aus den Aussagen der Zeugen E._____ und F._____, sowie den Aussagen von G._____, Dienstchef Bildungsmanagement, erhellt, dass sich die Praxis ab ca. dem Jahr 2014 geändert habe. So wird gemäss Aussage von G._____ auch in den neuen an der Polizeischule verwendeten Lehrmitteln das Thema des Durchsuchens in Phasen aufgeteilt und in den Zusammenhang der Verhältnismässigkeit gestellt (pag. 347 Z. 10 ff.). Die alten Lehrmittel hingegen, welche während der

Ausbildung des Beschuldigten verwendet wurden, waren weniger detailliert (pag. 345 Z. 13 ff.).

Den Aussagen des Beschuldigten ist zu entnehmen, dass er den Grundsatz der Verhältnismässigkeit hinsichtlich einer Leibesvisitation nicht vordergründig auf die Frage, ob eine solche durchzuführen ist, bezog, sondern auf die Art und Weise der Durchführung (vgl. pag. 67 Z. 525 ff.). Er erachtet seine Handlungen insgesamt als verhältnismässig (pag. 67 Z. 538 f.). Der Beschuldigte selbst sah D._____ nicht als gefährlich an (pag. 53 Z. 250). Es bestanden nach Ansicht der Kammer sodann auch keine objektiven Gründe, aufgrund derer D._____ als gefährlich hätte angesehen werden können.

III. Rechtliche Würdigung

11. Vorbemerkungen

Gegenstand der rechtlichen Beurteilung bildet vorliegend die Rechtmässigkeit polizeilicher Zwangsmassnahmen, insbesondere der Verbringung auf die Polizeiwache und die Durchführung einer Leibesvisitation.

Zwischen dem Tatbestand der Freiheitsberaubung und demjenigen des Amtsmissbrauchs besteht echte Konkurrenz (HEIMGARTNER, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, N. 26 zu Art. 312 StGB). Es sind folglich beide Tatbestände zu prüfen.

12. Freiheitsberaubung

12.1 Tatbestand der Freiheitsberaubung

Wer jemanden unrechtmässig festnimmt oder gefangen hält oder jemandem in anderer Weise unrechtmässig die Freiheit entzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 183 Ziff. 1 StGB). Die Vorinstanz hat die Tatbestandselemente der Freiheitsberaubung korrekt erläutert, worauf zu verweisen ist (pag. 425 ff. = S. 25 f. der Urteilsbegründung). Von besonderer Bedeutung ist im vorliegenden Fall die Unrechtmässigkeit des Handelns. Öffentlich-rechtliche Eingriffe wie etwa die vorläufige Festnahme wirken tatbestandsausschliessend bzw. rechtfertigend (DELON/RÜDY, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, N. 54 zu Art. 183 StGB). Dasselbe hat für das Verbringen auf den Polizeiposten im Rahmen einer polizeilichen Anhaltung zu gelten. Subjektiv muss sich der Vorsatz des Täters auch auf die Unrechtmässigkeit als objektives Tatbestandsmerkmal richten (DELON/RÜDY, a.a.O., N. 56 zu Art. 183 StGB).

12.2 Rechtliche Grundlagen zur polizeilichen Anhaltung/vorläufige Festnahme

Polizeiliche Anhaltungen können sowohl aus sicherheitspolizeilichen Gründen (Gefahrenabwehr) als auch aus strafprozessualen Gründen (Aufklärung einer Straftat) erfolgen. Die Grenzen zwischen beiden Instituten sind in der Praxis oft fließend (WEDER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N. 3 zu Art. 215 StPO).

Ausserhalb der Verfolgung von Straftaten sowie der vorsorglichen Massnahmen einer zweckmässigen Strafverfolgung bildet die kantonale Polizeigesetzgebung die rechtliche Grundlage für eine polizeiliche Anhaltung (vgl. Art. 26 des Polizeigesetzes des Kantons Bern [PolG]). Nach Art. 27 PolG kann die Kantonspolizei zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder, unter den Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 2, zum Schutz privater Rechte, eine Person anhalten, ihre Identität feststellen und abklären, ob nach ihr oder Fahrzeugen oder nach anderen Sachen, die sich in ihrem Gewahrsam befinden, gefahndet wird (Abs. 1). Die angehaltene Person kann auf einen Polizeiposten oder eine andere geeignete Stelle verbracht werden, wenn ihre Identität an Ort und Stelle nicht sicher oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann, oder wenn Zweifel an der Richtigkeit ihrer Angaben, an der Echtheit ihrer Ausweispapiere oder am rechtmässigen Besitz von Fahrzeugen oder anderen Sachen besteht (Abs. 3).

Nach Art. 215 Abs. 1 StPO kann die Polizei im Interesse der Aufklärung einer Straftat eine Person anhalten und wenn nötig auf den Polizeiposten bringen, um: a. ihre Identität festzustellen; b. sie kurz zu befragen; c. abzuklären, ob sie eine Straftat begangen hat; d. abzuklären, ob nach ihr oder nach Gegenständen, die sich in ihrem Gewahrsam befinden, gefahndet wird. Die polizeiliche Anhaltung darf nicht um ihrer selbst willen, ohne Grund oder aus beliebigen oder gar schikanösen Gründen stattfinden (WEDER, a.a.O., N. 8 zu Art. 215 StPO). Die Anhaltung kann die Verbringung einer Person auf den Polizeiposten umfassen, falls die Umstände es erfordern und dies im Rahmen der Verhältnismässigkeit liegt. Zu denken ist dabei an Fälle, in denen sich eine Person nicht ausweist und die nähere Überprüfung nur auf dem Posten durchgeführt werden kann, oder wenn eine erste Kontrolle einen Deliktsverdacht weckt oder bereits bestehende Verdachtsgründe verstärkt werden (ALBERTINI/ARMBRUSTER, in: Basler Kommentar StPO/JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, N. 3 zu Art. 215 StPO).

Gemäss Art. 217 Abs. 3 StPO kann die Polizei eine Person, die sie bei der Begehung einer Übertretung auf frischer Tat ertappt oder unmittelbar nach Begehung einer solchen Tat angetroffen hat, vorläufig festnehmen und auf den Polizeiposten verbringen, wenn: a. die Person ihre Personalien nicht bekannt gibt; b. die Person nicht in der Schweiz wohnt und nicht unverzüglich eine Sicherheit für die zu erwartende Busse leistet; c. die Festnahme nötig ist, um die Person von weiteren Übertretungen abzuhalten. Im Urteil 6B_391/2013 vom 27. Juni 2013 hielt das Bundesgericht fest, dass die Befugnis, den Betroffenen zur Personenkontrolle auf den Polizeiposten zu verbringen, nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit voraussetze, dass der Betroffene den Polizeibeamten die Personalien vor Ort nicht bekannt gibt, sofern eine Übertretungshandlung im Raum steht (E. 1.4).

12.3 Subsumtion

Durch die Verbringung von D. _____ auf die Polizeiwache und in die Wartezelle wurde seine Fortbewegungsfreiheit eindeutig aufgehoben. Entscheidend ist jedoch, ob dieser vorübergehende Freiheitsentzug rechtmässig war. Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Verbringung von D. _____ auf die Polizeiwache sei in Anwendung von Art. 27 Abs. 3 PolG rechtmässig gewesen und verneinte somit das Vorliegen einer Freiheitsberaubung (pag. 429 = S. 27 der Urteilsbegründung).

D._____ konnte aufgrund der konkreten Beobachtung des Beschuldigten höchstens eine Übertretung begangen haben. Er hat sich sodann ausgewiesen. Allerdings verhielt sich D._____ aufgebracht und wollte sich wiederholt vom Kontrollort entfernen, sodass die sichere Feststellung bzw. Überprüfung der Identität mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden war. Zudem war die Ausweisqualität vermutlich mangelhaft. Der Beschuldigte durfte aufgrund des aufgebrachten Verhaltens von D._____ in für die Kammer nachvollziehbarer Weise den Eindruck haben, dass in Bezug auf dessen Identität etwas nicht stimmen könnte und beabsichtigte daher eine genauere Überprüfung der Personalien, welche aber vor Ort nicht möglich war. Vor diesem Hintergrund ist die Verbringung auf die Polizeiwache noch gerade als rechtmässig zu beurteilen. Damit ist der objektive Tatbestand der Freiheitsberaubung nicht erfüllt. Der Beschuldigte sodann war der Ansicht, die Verbringung auf die Polizeiwache sei aufgrund der Umstände rechtmässig. Etwas anderes ist beweismässig nicht erstellt. Folglich fehlt es auch an der subjektiven Tatbestandsmässigkeit. Der Beschuldigte ist somit vom Vorwurf der Freiheitsberaubung freizusprechen.

13. Amtsmissbrauch

13.1 Vorbemerkung

Der Anklagesachverhalt stellt ein einheitliches Geschehen dar. Nachdem die Verbringung von D._____ auf die Polizeiwache bezüglich des Tatbestandes der Freiheitsberaubung bereits als rechtmässig beurteilt wurde, erübrigt sich deren zusätzliche Würdigung unter dem Tatbestand des Amtsmissbrauchs. Unter letzterem Tatbestand verbleibt die Prüfung der Leibesvisitation.

13.2 Tatbestand des Amtsmissbrauchs

Nach Art. 312 StGB werden Mitglieder einer Behörde oder Beamte, die ihre Amtsgewalt missbrauchen, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem anderen einen Nachteil zuzufügen, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Auch der Einsatz unverhältnismässiger Mittel zu an sich legitimen Zwecken ist tatbestandsmässig (HEIMGARTNER, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, N. 11 zu Art. 312 StGB). Subjektiv ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz ausreicht, sowie die Spezialabsicht, sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem anderen einen Nachteil zuzufügen (Urteil des Bundesgerichts 6B_615/2011 vom 20. Januar 2012, E. 3.1.)

Für die eingehende Schilderung des Tatbestands kann wiederum auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. 429 ff. = S. 27 f. der Urteilsbegründung).

13.3 Rechtliche Grundlagen zur Anordnung einer polizeilichen körperlichen Durchsuchung

Nach Art. 241 Abs. 4 StPO kann die Polizei eine angehaltene oder festgenommene Person durchsuchen, namentlich um die Sicherheit von Personen zu gewährleisten. Dies stellt eine Abweichung zur Grundregel dar, wonach für die Zulässigkeit der Durchsuchung ein schriftlicher Befehl benötigt wird (vgl. Art. 241 Abs. 1 und 2

StPO). Die Durchsuchung von Personen umfasst die Kontrolle der Kleider, der mitgeführten Gegenstände, Behältnisse und Fahrzeuge, der Körperoberfläche und der einsehbaren Körperöffnungen und Körperhöhlen (Art. 250 Abs. 1 StPO). Staatliches Handeln muss in jedem Fall verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV]).

Aus sicherheitspolizeilichen Gründen kann die Kantonspolizei eine Person durchsuchen, wenn: a. dies nach den Umständen zum Schutz der Angehörigen der Kantonspolizei oder einer dritten Person erforderlich erscheint; b. Gründe für ein polizeiliches Festhalten nach diesem oder einem anderen Gesetz gegeben sind; c. begründeter Verdacht besteht, dass sie Sachen in Gewahrsam hat, die von Gesetzes wegen sicherzustellen sind; d. dies zur Identitätsfeststellung notwendig ist oder; e. sie sich erkennbar in einem die freie Willensbetätigung ausschliessenden Zustand befindet und die Durchsuchung zu ihrem Schutz erforderlich ist (Art. 36 Abs. 1 PolG). Die Durchsuchung ist das Suchen nach Sachen oder Spuren in oder an der Kleidung der betroffenen Person, an einer Körperoberfläche oder in den ohne Hilfsmittel einsehbaren Körperöffnungen und Körperhöhlen. Eine Entkleidung der betroffenen Person ist nur zulässig, wenn dies für die Abwehr einer Gefahr für Leib und Leben unerlässlich ist (Art. 36 Abs. 2 PolG).

Es braucht einen plausiblen Grund zur Annahme, von der zu durchsuchenden Person könnte die Anhaltung selbst infrage gestellt werden oder gefährliche Gegenstände könnten in die Räumlichkeiten der Polizei geschmuggelt werden (Urteil des Bundesgerichts 1P.584/2002 vom 2. Juli 2003, E. 5.2 bezüglich des damaligen Polizeigesetzes des Kantons Genf). In BGE 142 IV 129 hielt das Bundesgericht fest, dass eine Sicherheitsdurchsuchung gemäss Art. 241 Abs. 4 StPO selbst dann erfolgen kann, wenn eine angehaltene Person sich freiwillig auf den Polizeiposten begeben hat, keines Delikts verdächtigt wird und sich über ihre Identität ausgewiesen hat (E. 2.2).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei der Leibesvisitation um die Maximalvariante der körperlichen Durchsuchung handelt. Ihre Durchführung muss aufgrund konkreter Anhaltspunkte gerechtfertigt sein.

13.4 Subsumtion

13.4.1 Objektiver Tatbestand

Die Vorinstanz sah den objektiven Tatbestand im vorliegenden Fall als erfüllt an (pag. 433 ff. = S. 29 f. der Urteilsbegründung). Die Verteidigung hingegen ist der Ansicht, es hätten aufgrund des aggressiven, renitenten und nicht nachvollziehbaren Verhaltens von D._____ klarerweise Verdachtsmomente sowohl für das Vorliegen weiterer strafbarer Handlungen, als auch für eine mögliche Fremd- oder Selbstgefährdung bestanden, weshalb die durchgeführte körperliche Durchsuchung absolut gerechtfertigt gewesen sei (pag. 512).

Die Kammer folgt sowohl den Ausführungen der Vorinstanz als auch der Generalstaatsanwaltschaft. Es bestanden keine ausreichenden Anhaltspunkte, welche im vorliegenden Fall die Durchführung der Maximalvariante der körperlichen Durchsuchung in Form der Leibesvisitation gerechtfertigt hätten. D._____ verhielt sich zwar laut und ungehalten. Es bestanden deswegen jedoch noch keine Anhalts-

punkte für eine Selbst- oder Fremdgefährdung (Gefahr für Leib und Leben) von D._____, welcher nur mit einer Leibesvisitation begegnet werden konnte. Vielmehr wäre eine Grobdurchsuchung, d.h. ohne Entkleidung, ausreichend gewesen, um festzustellen, ob der Beschuldigte gefährliche oder auch verbotene Gegenstände auf sich trägt. Eine solche Grobdurchsuchung wurde vermutungsweise vor dem Einsteigen von D._____ in das Polizeiauto durch die Kollegen des Beschuldigten bereits vorgenommen. Die Tatsache, dass der Beschuldigte dies allenfalls nicht mit Sicherheit wusste, entlastet ihn in keiner Weise. Die Sicherheitsdurchsuchung in Form der Leibesvisitation von D._____ war folglich nicht verhältnismässig. Der Beschuldigte hat sein Ermessen überschritten und damit den objektiven Tatbestand des Amtsmissbrauchs erfüllt.

13.4.2 Subjektiver Tatbestand

Die Vorinstanz erachtete den subjektiven Tatbestand im vorliegenden Fall als nicht erfüllt, da der Beschuldigte in Befolgung der im Tatzeitpunkt geltenden Praxis, welche eine komplette Leibesvisitation für Personen in der Wartezelle offenbar als unerlässlich ansah, gehandelt habe (pag. 435 = S. 30 der Urteilsbegründung). Die Generalstaatsanwaltschaft stellt sich dem entgegen und führt in ihrer Berufungsbegründung aus, dem Beschuldigten sei aufgrund seiner Ausbildung und seiner Erfahrung bekannt gewesen, dass er im konkreten Einzelfall basierend auf dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz über die Entkleidung zu entscheiden habe. Es müsse davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte in Kauf genommen habe, dass die Voraussetzungen der vollständigen körperlichen Durchsuchung in casu nicht gegeben waren (pag. 487). Einem Automatismus folgend habe der Beschuldigte gebilligt, dass dieser Automatismus im Einzelfall der Verhältnismässigkeit entgegenstehen würde (pag. 488).

Die Kammer schliesst sich den Ausführungen der Vorinstanz zum subjektiven Tatbestand an (vgl. pag. 435 ff. = S. 30 f. der Urteilsbegründung). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte Anfang August 2012 der Meinung sein durfte, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz ausreichend gewahrt und rechtmässig gehandelt zu haben. Er verhielt sich entsprechend der damaligen Praxis in seinem Korps. Diese Praxis ging davon aus, dass eine Leibesvisitation beim alleinigen Verbleiben einer Person in der Wartezelle aus Sicherheitsgründen notwendig ist. Demensprechend ging der Beschuldigte davon aus, dass dieses Vorgehen gemäss der Praxis auch im Falle von D._____ unerlässlich und somit verhältnismässig sei. Der Beschuldigte handelte weder vorsätzlich noch eventualvorsätzlich. Der subjektive Tatbestand des Amtsmissbrauchs ist folglich nicht erfüllt. Der Beschuldigte ist vom Vorwurf des Amtsmissbrauchs freizusprechen.

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz hebt die Kammer nochmals hervor, dass diese Würdigung bei heutiger Begehung voraussichtlich anders ausfallen würde. Es erging seit dem hier zu beurteilenden Tatzeitpunkt der Bundesgerichtsentscheid 6B_391/2013 vom 27. Juni 2013, die Frage war im Nachgang zu den Vorfällen im Jahr 2014 im Zusammenhang mit den Miss Schweiz Wahlen in Bern öffentlich thematisiert worden und die Ausbildungsunterlagen der Polizeischule räumen dem Thema der Verhältnismässigkeit im Zusammenhang mit körperlichen Durchsuchungen mittlerweile mehr Platz und grössere Bedeutung ein. Eine Verhältnismäs-

sigkeitsprüfung im Einzelfall darf seither nicht einfach durch eine Standardvorgabe ersetzt werden; diese heutige Erkenntnis kann aber der Überzeugung des Beschuldigten von Anfang August 2012 nicht entgegen gehalten werden.

IV. Kosten und Entschädigung

14. Verfahrenskosten

Nach Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte wird oberinstanzlich antragsgemäss vollumfänglich von der Anschuldigung des Amtsmissbrauchs und derjenigen der Freiheitsberaubung freigesprochen, womit die Generalstaatsanwaltschaft mit ihrer Berufung unterliegt. Damit trägt der Kanton Bern sowohl die erst- als auch die oberinstanzlichen Verfahrenskosten. Die erstinstanzliche Festsetzung der Verfahrenskosten auf CHF 4'527.60 wird bestätigt. Die Kosten des oberinstanzlichen Verfahrens werden bestimmt auf CHF 2'000.00 (Art. 24 Bst. a des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]) und sämtliche Verfahrenskosten dem Kanton auferlegt.

15. Entschädigung für angemessene Ausübung der Verfahrensrechte

Wird die beschuldigte Person freigesprochen, so hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (Art. 429 Abs. 1 Bst. a StPO). Der Beschuldigte ist somit für seine Verteidigungskosten vor erster und oberer Instanz aus der Staatskasse zu entschädigen. Die Entschädigung für die erste Instanz wird gemäss dem Urteil der Vorinstanz bestätigt und auf CHF 10'649.65 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzt. Für die angemessene Ausübung der Verfahrensrechte vor oberer Instanz ist auf die Kostennote von Rechtsanwalt B. _____ vom 22. November 2016 (pag. 536) abzustellen. Diese gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Entschädigung vor oberer Instanz wird somit auf CHF 4'877.30 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzt.

V. Dispositiv

Die 1. Strafkammer erkennt:

I.

A._____ wird freigesprochen:

1. von der Anschuldigung des **Amtsmissbrauches**, angeblich begangen am 02.08.2013, zwischen ca. 15:25 Uhr und ca. 16 Uhr in 2501 Biel, Spitalstrasse 20, Polizeiwache;
2. von der Anschuldigung der **Freiheitsberaubung**, angeblich begangen am 02.08.2013, zwischen ca. 15:25 Uhr und ca. 16 Uhr in 2501 Biel, Spitalstrasse 20, Polizeiwache.

II.

1. Die **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von insgesamt **CHF 4'527.60** und die **oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 2'000.00** trägt der Kanton Bern.
2. Der Kanton Bern hat A._____ für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte vor **erster Instanz** eine **Entschädigung** in der Höhe von **CHF 10'649.65** (inkl. Auslagen und MwSt.) auszurichten.
3. Der Kanton Bern hat A._____ für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte vor **oberer Instanz** eine **Entschädigung** in der Höhe von **CHF 4'877.30** (inkl. Auslagen und MwSt.) auszurichten.

Zu eröffnen:

- dem Beschuldigten, v.d. Rechtsanwalt B._____
- der Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern/Berufungsführerin

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 21. November 2016

Im Namen der 1. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Weber

Die Gerichtsschreiberin:

Hiltbrunner

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.