

Hochschulstrasse 17
Postfach 7475
3001 Bern
Telefon 031 635 48 09
Fax 031 635 48 15
Obergericht-Straf.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 13 179 HAA

Bern, 4. September 2013

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Trenkel, Oberrichter Stucki
Gerichtsschreiberin Beldi

Verfahrensbeteiligte

J.

a.v.d. Rechtsanwalt J.

Beschuldigter/Beschwerdeführer



Gegenstand

qualifizierte Widerhandlungen gegen das BetmG, Tötlichkeiten, Beschimpfung, Drohung
sowie Hausfriedensbruch / Entfernung von Aktenstücken wegen Unverwertbarkeit

Beschwerde gegen die Verfügung der Kantonalen Staatsanwaltschaft für besondere Aufgaben, Staatsanwältin Schultz Aschenberger, vom 13. Juni 2013

Die Beschwerdekammer in Strafsachen hat beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, ausmachend Fr. 1'500.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwalt J.
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Kantonalen Staatsanwaltschaft für besondere Aufgaben, Staatsanwältin Schultz

Begründung:

1. Gegen J. wird u.a. wegen qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz ermittelt. Am 13. Juni 2013 wies die Kantonale Staatsanwaltschaft für besondere Aufgaben dessen Antrag ab, wonach das Protokoll der Einvernahme von S. vom 11. Januar 2011 sowie die darauf Bezug nehmenden Passagen der parteiöffentlichen Einvernahme von S. vom 21. Januar 2011, namentlich Z. 98-101 und Z. 142-156, ebenso wie die darauf Bezug nehmenden Passagen des Schlussberichts vom 4. Juli 2011, Deliktsblatt 5 (S. 31 ff. des Berichts), namentlich der 3. Absatz auf S. 33, aus den Akten zu weisen sei. Gegen diese Verfügung reichte J., amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt J., am 20. Juni 2013 Beschwerde bei der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern ein. Darin wiederholte er sein Begehren. In ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2013 beantragte die Generalstaatsanwaltschaft die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. J. machte am 11. Juli 2013 von seinem Replikrecht Gebrauch.

2. Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 StPO, Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BGS 162.11]). In Fällen, wo mittels Beschwerde die Entfernung eines Aktenstücks wegen Unverwertbarkeit verlangt wird, gelangt der Ausschlussgrund von Art. 394 lit. b StPO nicht zur Anwendung (BK 12 140 vom 17. August 2012 E. 2 mit weiteren Hinweisen). Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.

3. Der hier interessierende Sachverhalt ergibt sich auch den Akten wie folgt:

Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, sich am 4. November 2010 zusammen mit A. in Frauenfeld mit S. getroffen zu haben. Anlässlich dieses Treffens soll der Beschwerdeführer von S. ein Heroinmuster erhalten und dieses getestet haben. Das Treffen wurde von einer Videokamera festgehalten. Ferner wurden die Telefongespräche der beteiligten Personen überwacht und konnte das Heroinmuster sichergestellt werden. S. wurde kurz darauf von den Behörden des Kantons Thurgau angehalten; das gegen ihn wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz geführte Verfahren obliegt den thurgauischen Strafverfolgungsbehörden. S. wurde von diesen am 5. und 11. November 2010 sowie am 11. Januar 2011 einvernommen. An der letztgenannten Einvernahme identifizierte er anhand einer Fotodokumentation die Nr. 2 (A.) und Nr. 14 (J.), welche sich mit ihm in Frauenfeld getroffen haben sollen. Am 21. Januar 2011 wurde S. von der bernischen Strafverfolgungsbehörde als Auskunftsperson in der gegen den Beschwerdeführer geführten Strafuntersuchung einvernommen. Hierbei wurde dem Verteidiger des Beschwerdeführers die Teilnahme eingeräumt.

Am 25. April 2013 beantragte der Verteidiger die Entfernung gewisser Aktenstücke bzw. -stellen. Es handelte sich dabei insbesondere um das Einvernahmeprotokoll von S. vom 11. Januar 2011 aus dessen eigenem Verfahren. Die Verteidigung des Beschwerdeführers führte aus, die vorgenannte Einvernahme sei ohne Gewährung der Teilnahmerechte des

Beschwerdeführers durchgeführt worden. Das Einvernahmeprotokoll sei daher im Verfahren gegen seinen Mandanten nicht verwertbar und aus den Akten zu weisen. In Folge dessen seien auch die auf diese Einvernahme Bezug nehmenden Passagen in der Einvernahme vom 21. Januar 2011 zu entfernen, ebenso die entsprechenden Zitate im Anzeigerapport der Kantonspolizei Bern. Die zuständige Staatsanwältin lehnte diesen Antrag ab.

4. Gemäss Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Unbestritten ist, dass dem Beschwerdeführer bei der Einvernahme von Auskunftspersonen in seinem eigenen Verfahren die Teilnahmerechte zu gewähren sind; dies wurde denn auch getan. Umstritten ist aber die Frage, ob dem Beschwerdeführer auch die Teilnahme an in anderen Verfahren durchgeführten Einvernahmen – soweit hier interessierend an der Einvernahme von S. als beschuldigte Person in dessen eigenem Verfahren (11. Januar 2011) – hätte eingeräumt werden müssen.

4.1 Die Staats- und Generalstaatsanwaltschaft halten dafür, dass Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO bei Einvernahmen beschuldigter Personen in örtlich getrennt geführten Verfahren keine Anwendung finde. Einvernahmen beschuldigter Personen im jeweils anderen Verfahren hätten über das Institut der Auskunftsperson zu erfolgen, in deren Rahmen dann den Verfahrensbeteiligten die Teilnahme zu gewähren sei. Die zuständige Staatsanwaltschaft hielt in der angefochtenen Verfügung u.a. fest, sie habe ohnehin im Verfahren gegen S. keine Leitung inne, es könne demzufolge auch nicht davon gesprochen werden, sie hätte dem Beschwerdeführer die Teilnahme an der von den thurgauischen Behörden angeordneten und durchgeführten Einvernahme vom 11. Januar 2011 verweigert. Selbst wenn dem Beschwerdeführer in Anlehnung an BGE 139 IV 25 grundsätzlich ein Teilnahmerecht zuzugestehen wäre, hätte dieses vorliegend eingeschränkt werden können. Bis zur Einvernahme vom 11. Januar 2011 hätten seitens von S. noch keine konkreten Belastungen vorgelegen. Der Beschwerdeführer sei demzufolge bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht mit sämtlichen Sachverhaltselementen des Tatvorwurfs «Frauenfeld» konfrontiert gewesen. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur EMRK seien die Aussagen des S. vom 11. Januar 2011 aufgrund der weiteren Beweismittel (Telefon- und Videoüberwachung, sichergestelltes Heroinmuster) ohnehin und selbst bei Verletzung von Teilnahmerechten verwertbar.

Die Generalstaatsanwaltschaft macht darüber hinaus geltend, aus den in BGE 139 IV 25 entwickelten Grundsätzen könne keineswegs abgeleitet werden, in getrennt geführten Verfahren hätte eine Verfahrenskoordination stattzufinden mit der Folge der Nichtverwertbarkeit der erhobenen Beweise im Unterlassungsfall. Eine kodifizierte Mitteilung- bzw. Koordinationspflicht unter den Kantonen bestehe nicht. Ausserdem könne vorliegend ohnehin nicht von einer materiellen Mittäterschaft oder Teilnahme ausgegangen werden. Die Schnittstelle beider Verfahren ergebe sich lediglich im Tatvorwurf «Frauenfeld». Darauf könne aber noch keine Konnexität abgeleitet werden, welche allenfalls die Gewährung der Teilnahmerechte im Sinn von Art. 147 Abs. 1 StPO bedingen würde.

4.2 Der Beschwerdeführer bringt in seinen Eingaben vor, die in BGE 139 IV 25 entwickelten Grundsätze zu den Teilnahmerechten würden nicht nur die Teilnahmerechte der Verfahrensbeteiligten in ein und demselben Verfahren betreffen, sondern beanspruchten auch

dann Geltung, wenn gegen die betreffenden Personen formell verschiedene Verfahren geführt würden. Andernfalls könnte die Staatsanwaltschaft das Teilnahmerecht ohne weiteres nach Belieben durch Eröffnung eines separaten Verfahrens gegen jeden einzelnen Mitbeschuldigten und Edition der entsprechenden Einvernahmeprotokolle der jeweils anderen Verfahren umgehen. Die im vorgenannten Bundesgerichtsentscheid zitierten Grundsätze müssten immer dann gelten, wenn es sich bei den betreffenden Personen materiell um mutmassliche Mitbeschuldigte (Mittäter oder Teilnehmern) handle. Ob es sich bei zwei Beschuldigten um «Mitbeschuldigte» handle, werde nicht anhand rein formeller Kriterien, nämlich ihrer Verfolgung in einem einzigen oder in zwei getrennt geführten Verfahren, entschieden, sondern vielmehr anhand einer materiellen Betrachtungsweise. Würden ihnen strafbare Handlungen aufgrund ein und desselben Sachverhalts – wie vorliegend aufgrund eines angeblichen Treffens am 4. November 2010 in Frauenfeld – vorgeworfen, hätten sie als «Mitbeschuldigte» zu gelten. Es könne also hinsichtlich der Teilnahmerechte keine Rolle spielen, ob gegen die «Mitbeschuldigten» in ein und demselben Verfahren oder aber in – aus welchen Gründen auch immer – getrennten Verfahren ermittelt würde. Vorliegend hätten bei Berücksichtigung der in BGE 139 IV 25 entwickelten Grundsätze keine Gründe gegen eine Teilnahme seiner Person an der Einvernahme von S. vom 11. Januar 2011 gesprochen. Der Beschwerdeführer sei bereits am 21. Dezember 2010 hinreichend mit dem Tatvorwurf «Frauenfeld» konfrontiert worden. Dass S. ihn bis zu seiner Einvernahme vom 11. Januar 2011 noch nicht identifiziert und damit konkret belastet habe, sei nicht Voraussetzung für die Gewährung der Teilnahmerechte. Unbehelflich sei ferner das Argument der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, wonach sie nicht Verfahrensleiterin im gegen S. geführten Verfahren sei und demzufolge auch nicht eine «Teilnahme» verweigert habe, könne doch eine Verweigerung der Teilnahmerechte nicht nur durch ein aktives Tun, sondern auch durch Unterlassung begangen werden. Ausserdem hätte eine Einschränkung des Teilnahmerechts auch nicht mit Blick auf den Koordinationsaufwand rechtfertigt werden können.

Abschliessend hält der Beschwerdeführer dafür, dass das fragliche Einvernahmeprotokoll von S. vom 11. Januar 2011 selbst dann nicht in seinem Verfahren verwendet werden dürfte, wenn er, der Beschwerdeführer, tatsächlich an vorgenannter Einvernahme nicht teilnahmeberechtigt gewesen wäre. Werde auf einen rein formellen Begriff der «Mitbeschuldigten» abgestellt, käme den in separaten Verfahren verfolgten Beschuldigten im Verfahren gegen den jeweils anderen tatsächlich nur die Stellung einer Auskunftsperson im Sinn von Art. 178 StPO zu. Diesfalls wären im gegen ihn geführten Verfahren aber ebenfalls nur diejenigen Einvernahmen verwertbar, bei denen ihm die Teilnahme gewährt worden sei. Die Edition verfahrensfremder Einvernahmen stünde im klaren Widerspruch seines Anspruchs auf Teilnahme an der Erhebung dieses Beweismittels.

5. Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO statuiert den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren und bestimmt, dass die Parteien das Recht haben, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und den einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Das Bundesgericht hat sich in seinem Entscheid 139 IV 25 mit dem Teilnahmerecht von mehreren beschuldigten Personen desselben Verfahrens befasst, dabei – wie auch die Beschwerdekammer – von *Mitbeschuldigten* gesprochen. Dabei hat es weder den Begriff «Mitbeschuldigte» näher konkretisiert noch hatte es die hier interessierende Frage zu beantworten.

Es ist dem Beschwerdeführer darin beizupflichten, dass der Begriff «Mitbeschuldigte» sowohl einer rein formellen, als auch einer materiellen Betrachtung zugänglich ist. Erstgenannte bezieht sich auf die Frage der Anzahl geführter Verfahren; bei Letztgenannter ist allein ausschlaggebend, dass gegen die beschuldigten Personen wegen desselben Sachverhalts bzw. Tatvorwurfs ermittelt wird, unabhängig von der Anzahl geführter Verfahren. Die StPO erwähnt den Begriff «Mitbeschuldigte» – anders als der VE StPO – lediglich in Art. 178 Abs. 1 lit. e. Nach dieser Bestimmung sind im *gleichen Verfahren* beschuldigte Personen (sog. mitbeschuldigte Personen) zu einer ihr nicht selber zur Last gelegte Straftat als Auskunftspersonen zu befragen Personen. Art. 159 Abs. 3 und 4 VE StPO differenzierte darüber hinaus zwischen Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren und solchen in getrennten Verfahren. Danach konnten Aussagen von Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren nur dann als Beweismittel verwertet werden, wenn die Beschuldigten und die Verteidigung während des Verfahrens mindestens einmal mit diesen Mitbeschuldigten und deren Aussagen konfrontiert worden waren (Abs. 3). Mitbeschuldigte in getrennten Verfahren wurden als Auskunftspersonen einvernommen (Abs. 4). Bereits vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich bei Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO eine formelle Betrachtungsweise des Begriffs «Mitbeschuldigte»; Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO ist somit dahingehend auszulegen, dass einer beschuldigten Person nur dann das Teilnahmerecht an Einvernahmen von «Mitbeschuldigten» zu gewähren ist, wenn diese im gleichen Verfahren verfolgt werden. Dies drängt sich umso mehr auf, als das in Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO spezifisch genannte Teilnahme- und Mitwirkungsrecht aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließt (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO) und letzteres gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO den Verfahrensbeteiligten zu gewähren ist. Die Teilnahmeberechtigung steht somit nur den Verfahrensbeteiligten zu; diesen muss ferner gemäss Gesetzeswortlaut Parteistellung zukommen (so auch WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2011, Art. 147 N 3). Wird gegen «Mitbeschuldigte» in getrennten Verfahren ermittelt, kommt ihnen im jeweils anderen Verfahren keine Parteistellung zu bzw. sind sie – abgesehen von Art. 105 Abs. 1 lit. d StPO – keine Verfahrensbeteiligte. Sie sind daher – wie die Staats- und Generalstaatsanwaltschaft zu Recht festhält – als Auskunftspersonen einzuvernehmen (178 Abs. 1 lit. f StPO; so auch Art. 159 Abs. 4 VE StPO).

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer in Bezug auf den Tatvorwurf «Frauenfeld» im vom Kanton Thurgau gegen S. geführten Verfahren keine Teilnahmerechte zu gewähren gewesen wären. Eine Entfernung des Einvernahmeprotokolls vom 11. Januar 2011 und die Schwärzung der darauf bezugnehmenden Passagen des Einvernahmeprotokolls vom 21. Januar 2011 und des Schlussberichts vom 4. Juli 2011 drängen sich daher unter diesem Aspekt nicht auf. Damit braucht auf die weiteren, im Zusammenhang mit Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO gemachten Argumente des Beschwerdeführers und der Generalstaatsanwaltschaft nicht mehr eingegangen zu werden. Immerhin ist festzuhalten, dass die Teilnahme der beschuldigten Person bzw. deren Verteidigung an Beweiserhebungen nicht erst auf konkreten Antrag hin zu gewähren ist. Ferner ist der Befürchtung, wonach die Staatsanwaltschaft zwecks Umgehung der Teilnahmerecht vermehrt getrennte Verfahren gegen Mitbeschuldigte eröffnen könnte, zu entgegnen, dass mit Blick auf den Grundsatz der Verfahrenseinheit sachliche Gründe für eine getrennte Verfahrensführung vorliegen müssen (Art. 29 f. StPO) und eine getrennte Verfahrensführung ohne sachlichen Grund mit Beschwerde anfechtbar und somit nicht einfach dem Belieben der Staatsanwaltschaft anheimgestellt wäre.

6. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, im gegen den Beschwerdeführer geführten Verfahren dürften lediglich die Einvernahmen von S. verwertet werden, welche dieser in der Rolle als Auskunftsperson im Verfahren gegen den Beschuldigten gemacht habe (vgl. vorne E. 4.2 Absatz 2), ist festzuhalten was folgt:

Dass auf Aussagen von Auskunftspersonen, die diese im eigenen Verfahren als beschuldigte Person gemacht haben, in jedem Fall nicht abgestellt werden dürfte, trifft in dieser Absolutheit nicht zu. Vielmehr ist eine differenzierte Betrachtung anzuwenden: Die Staatsanwaltschaft ist befugt, Akten – einschliesslich Einvernahmeprotokolle – aus anderen Verfahren beizuziehen (Art. 194 Abs. 1 StPO). Dabei ist den Verfahrensbeteiligten das rechtliche Gehör zu gewähren. Aussagen von Belastungszeugen, worunter auch die Aussagen einer Auskunftsperson subsumiert werden (BGE 131 I 476 E. 2.2.), sind gemäss der Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK dann verwertbar, wenn die beschuldigte Person wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Ergänzungsfragen zu stellen. Die beschuldigte Person muss in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu prüfen und ihren Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und in Frage zu stellen (BGE 133 I 33 E. 3.1; Urteil 6B_251/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 2.3.2; je mit Hinweisen). Dieser Anspruch auf Konfrontation bzw. der Anspruch, dem Belastungszeugen Fragen stellen zu können, ist dann absolut, wenn das Zeugnis für den Schuldspruch ausschlaggebend ist. Im Fall, dass die einvernommene Person berechtigterweise die Aussagen bzw. die Beantwortung von Ergänzungsfragen anlässlich einer Konfrontation verweigert, verhält es sich im Ergebnis nicht anders, als wenn sie nicht erschienen oder nicht erreichbar wäre (6B_670/2012 vom 15. Juli 2013, E. 4.3 mit weiteren Hinweisen; auch zum Folgenden). Der Fall der Aussageverweigerung ist somit demjenigen der Unerreichbarkeit gleichzustellen. Auf eine frühere Aussage des Belastungszeugen bzw. der Auskunftsperson kann nur abgestellt werden, wenn sie für den Schuldspruch nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Vorliegend wurden der Auskunftsperson S. am 21. Januar 2011 in Anwesenheit der Verteidigung des Beschwerdeführers ihre Aussagen aus dem thurgauischen Verfahren vorgehalten. Anlässlich dieser Einvernahme hat S. weder die früheren Aussagen widerrufen noch die Aussage verweigert. Die Verteidigung des Beschwerdeführers konnte demnach das Fragerecht ausüben und die Glaubhaftigkeit der Aussage prüfen. Damit sind die Verteidigungsrechte gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hinlänglich gewährt worden. Einer Verwertung der von der Staatsanwaltschaft beigezogenen Einvernahmeprotokolle von S. vom 5. und 11. November 2010 sowie vom 11. Januar 2011 steht demzufolge auch unter diesem Gesichtspunkt nichts entgegen.

Diesen Ausführungen folgend ist die Beschwerde abzuweisen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Bern, 4. September 2013

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Beldi

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden durch die Beschwerdekammer in Strafsachen in Rechnung gestellt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung 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.