

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 18 324

Bern, 25. September 2018

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigter/Beschwerdeführer



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

Gegenstand

Antrag auf Aktenentfernung bzw. -schwärzung

Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland vom 30. Juli 2018 (BJS 17 13454)

Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt gegen A._____ eine Strafuntersuchung wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Am 27. Juli 2018 stellte er, amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt B._____, bei der Staatsanwaltschaft den Antrag, dass die Einvernahme von C._____ aus den Akten zu weisen und bis zum Abschluss der Untersuchung unter Verschluss zu halten sei. Sämtliche Fragen, welche sich in seinem Einvernahmeprotokoll vom 25. Juli 2018 auf Aussagen von C._____ beziehen würden, seien zu schwärzen. Ebenso seien sämtliche Stellen im Polizeirapport, welche mit der Einvernahme von C._____ in Verbindung stehen, zu schwärzen. Mit Verfügung vom 30. Juli 2018 wies die Staatsanwaltschaft diese Anträge ab. Dagegen erhob A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 2. August 2018 Beschwerde und stellte folgende Anträge:

1. Es sei die Beschwerde gutzuheissen und Verfügung BM 17 13454 vom 30. Juli 2018 sei aufzuheben.
2. Es sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, das Protokoll der Einvernahme von C._____ vom 25. Juli 2018 aus den Akten zu weisen und die sich darauf beziehenden Aussagen des Beschuldigten im Einvernahmeprotokoll vom 25. Juli 2018 zu schwärzen. Das Einvernahmeprotokoll von C._____ sei bis rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens unter separatem Verschluss zu halten. Nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens ist das Einvernahmeprotokoll von C._____ zu vernichten.
3. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Gleichzeitig stellte er ein Ausstandsgesuch betreffend Besetzung der Beschwerdekammer in Strafsachen. Mit Verfügung vom 7. August 2018 leitete die Verfahrensleitung der Beschwerdekammer das Ausstandsgesuch zuständigkeitshalber an die Strafkammern des Obergerichts weiter.

Die Generalstaatsanwaltschaft schloss in ihrer Stellungnahme vom 14. August 2018 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer replizierte am 5. September 2018 und hielt an seinen Rechtsbegehren fest.

Mit Entscheid SK 18 340 vom 13. September 2018 wies die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern das Ausstandsgesuch ab, soweit sie auf dieses eintrat.

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 Bst. 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; BSG 162.11]). Die Beschwerde erfolgte frist- und formgerecht. Zur Beschwerdeführung legitimiert ist jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Nach konstanter Praxis der Beschwerdekammer sind Beschwerden gegen die Nichtentfernung (angeblich) unverwertbarer Beweise aus den

Strafakten zulässig (Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 17 293 vom 3. Oktober 2017 E. 2, BK 17 266 vom 31. August 2017 E. 2, BK 16 379 vom 1. Mai 2017 E. 2, BK 16 44 vom 21. März 2016 E. 2.3 und BK 15 262 vom 9. November 2015 E. 2.1, mit weiteren Hinweisen; jüngst BGE 143 IV 475). Diese Praxis kommt auch zum Zug, wenn, wie hier, die Entfernung von Aktenstücken aufgrund der Verletzung von Teilnahmerechten geltend gemacht wird (Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 15 262 vom 9. November 2015 E. 2.1). Der Beschwerdeführer hat als beschuldigte Person somit ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

3.

3.1 Aus den Akten ergibt sich folgender Sachverhalt:

Am 3. Juli 2017 hielt die Polizei den von ihr observierten C._____ in seinem Fahrzeug an und stellte bei ihm eine kleine Menge Kokaingemisch sicher. Gleichentags wurde er als beschuldigte Person einvernommen. C._____ gab dabei an, bei einem «Schwarzafrikaner» namens «D._____» seit ca. 2 Jahren drei bis vier Mal pro Woche Kokain gekauft zu haben (Einvernahmeprotokoll C._____ vom 3. Juli 2017, Z. 63 f.). Im weiteren Verlauf der Ermittlungen soll sich der Verdacht erhärtet haben, dass es sich beim Beschwerdeführer um den vorerwähnten «D._____» handeln könnte. Er wurde neun Tage nach der Anhaltung und Befragung von C._____, am 12. Juli 2017, vorläufig festgenommen und erstmals zur Sache befragt. Die Verfahren gegen C._____ (wegen Fahrens unter Drogeneinfluss und Konsums von Betäubungsmitteln) und gegen den Beschwerdeführer (wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz) werden getrennt geführt.

Am 25. Juli 2017 wurde C._____ im Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer in Anwesenheit der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers als Auskunftsperson befragt. Auf Frage der Polizei, ob er seine Aussagen vom 3. Juli 2017 bestätigen könne, sagte er: «Ja, ich kann die Aussagen eigentlich bestätigen. Wenn ich kann, würde ich das Protokoll noch einmal gerne durchlesen, um es mit Sicherheit zu bestätigen.» (Protokoll der Einvernahme von C._____ vom 25. Juli 2017, Z. 26 f.). Dies wurde ihm gewährt und nachdem er das Protokoll durchgelesen hatte, sagte er: «Ich kann die Aussagen bestätigen und es ist alles korrekt.» (Z. 31).

3.2 Der Beschwerdeführer verlangt die Entfernung des in seinem Verfahren produzierten Einvernahmeprotokolls von C._____ vom 25. Juli 2017 und die sich darauf stützenden Vorhalte in seinem eigenen Einvernahmeprotokoll vom 25. Juli 2018. Dies aus zweierlei Gründen: Zum einen sei in der Einvernahme von C._____ vom 25. Juli 2017 auf Aussagen desselben vom 3. Juli 2017 abgestellt worden, die C._____ in nicht vernehmungsfähigem Zustand und in Verletzung der Teilnahmerechte getätigt habe (nachfolgend E. 4). Zum anderen sei C._____ am 25. Juli 2017 durch das von der Polizei gewählte Vorgehen in seinem Aussageverhalten beeinflusst worden (nachfolgend E. 5).

4.

4.1 Wie die Generalstaatsanwaltschaft zu Recht ausführt, handelte es sich bei der Befragung von C._____ vom 3. Juli 2017 um eine (nicht delegierte) polizeiliche Einvernahme im Rahmen von Art. 306 Abs. 2 Bst. b StPO. Eine derartige Befragung ist nicht parteiöffentlich (BGE 139 IV 25 E. 5.4.3). Hinzu kommt, dass die fragliche Einvernahme in einem anderen Verfahren, d.h. nicht in der den Beschwerdeführer betreffenden Strafuntersuchung, stattgefunden hat, weshalb eine Berufung auf Art. 147 Abs. 1 StPO, der den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren statuiert, ohnehin fehlt. Die Beschwerdekammer hat bereits in ihrem Entscheid BK 13 179 vom 4. September 2013 festgehalten, dass die Teilnahmeberechtigung nur den Verfahrensbeteiligten bzw. den Parteien im konkreten Verfahren zustehe. Werde gegen «Mitbeschuldigte» in getrennten Verfahren ermittelt, komme ihnen im jeweils anderen Verfahren keine Parteistellung zu. Diese Praxis wurde vom Bundesgericht in BGE 140 IV 172 bestätigt. Demzufolge hat die beschuldigte Person (hier der Beschwerdeführer) gegenüber in anderen Verfahren beschuldigten Personen nur, aber immerhin das Recht, mindestens einmal Fragen zu stellen. Die Aussagen von in anderen Verfahren beschuldigten Personen können mithin nur dann zulasten einer beschuldigten Person verwertet werden, wenn diese wenigstens einmal angemessen und hinreichend Gelegenheit hatte, die sie belastenden Aussagen in Zweifel zu ziehen und Fragen an die Beschuldigten in den getrennten Verfahren zu stellen, wobei diese Personen gemäss Art. 178 Bst. f StPO als Auskunftspersonen einzuvernehmen sind (BGE 140 IV 172 E. 1.3, 141 IV 220 E. 4.5). Diesem sog. Konfrontationsrecht kam die Staatsanwaltschaft in der Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer mit der Einvernahme von C._____ vom 25. Juli 2017 nach.

4.2 Hinsichtlich des Einwands, wonach auf die Aussagen von C._____ vom 3. Juli 2017 deshalb nicht abgestellt werden dürfe, weil dieser damals infolge seines Kokainkonsums nicht vernehmungsfähig gewesen sei, ist festzuhalten was folgt:

C._____ gab anlässlich seiner Befragung vom 3. Juli 2017 zu Protokoll, dass er um ca. 17 Uhr – also rund eineinhalb Stunden vor Beginn der Einvernahme – «eine Linie Kokain» geschnupft habe, wobei es sich «nur um eine kleine Menge» gehandelt habe (Einvernahmeprotokoll C._____ vom 3. Juli 2017, Z. 25 f.).

Die Vernehmungsfähigkeit der einzuvernehmenden Person ist in der StPO nicht ausdrücklich erwähnt. Ungeachtet dessen stellt sie unverzichtbare Bedingung einer rechtsgültigen Einvernahme dar (HÄRING, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 9e Vor Art. 142-146 StPO, auch zum Folgenden). Die betroffene Person muss geistig und körperlich in der Lage sein, die an sie gerichteten Fragen zu verstehen und darauf vernünftig zu antworten. Diese Fähigkeit kann u.a. eingeschränkt sein bei psychischen Defekten, Übermüdung, Alkohol- oder Drogenrausch. Besondere Zurückhaltung ist angebracht gegenüber Aussagen von Rauschgiftsüchtigen, die unter Entzugerscheinungen leiden (BGE 118 Ia 28 E. 2b). Bestehen Zweifel an der Vernehmungsfähigkeit, ist ein Sachverständiger (z.B. ein Arzt) beizuziehen (HÄRING, a.a.O., auch zum Folgenden). Wird eine vernehmungsunfähige Person trotzdem einvernommen, ist die ent-

sprechende Aussage ungültig und im weiteren Verfahren nicht verwertbar (GODENZI, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 13 zu Art. 143 StPO). So bestimmt denn auch Art. 140 Abs. 1 StPO, dass Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können (worunter auch Drogen zählen), bei der Beweiserhebung untersagt sind. Ob die Mittel gezielt eingesetzt werden spielt keine Rolle. Die Einvernahme eines Beschuldigten, der sich selbst in einen Rauschzustand versetzt hat, ist unzulässig (GLESS, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 69 zu Art. 140 StPO).

Aus dem Umstand, dass der Feststellung des körperlichen Zustands Drogenabhängiger in Vernehmungssituationen besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist (HUG-BEELI, in: Kommentar zum BetmG, N. 23 zu Art. 28), kann der Beschwerdeführer nichts für sich ableiten. Wie die Generalstaatsanwaltschaft zu Recht festhält, kann aus einem vorgängig zur fraglichen Einvernahme erfolgten Drogenkonsum nicht automatisch geschlossen werden, die Denkfähigkeit und die Willensfreiheit bzw. die freie Kooperationsbereitschaft von C._____ seien in rechtlich relevantem Mass eingeschränkt gewesen. Aktenkundig handelt es sich bei C._____ weder um eine schwer rauschgiftsüchtige Person noch hat er anlässlich der Einvernahme vom 3. Juli 2017 unter Entzugserscheinungen gelitten. Er gab der Polizei am 3. Juli 2017 klare und vernünftige Antworten. Es findet sich im entsprechenden Protokoll kein Hinweis, dass er auf den einvernehmenden Polizisten in irgendeiner Form einen bewusstseinsgetrübten Eindruck gemacht hätte. Auch er selbst hat in der nachfolgenden Einvernahme vom 25. Juli 2017 nicht behauptet, am 3. Juli 2017 derart unter der Wirkung von Kokain gewesen zu sein, dass seine Vernehmungsfähigkeit eingeschränkt gewesen wäre – auch nicht, als ihm das Protokoll vom 3. Juli 2017 nochmals zum Durchlesen vorgelegt worden ist. Da er sich am 3. Juli 2017 mit seinen Aussagen selber belastet hat, darf davon ausgegangen werden, dass er von sich aus geltend gemacht hätte, an jenem Tag infolge des Drogenkonsums nicht in der Lage gewesen zu sein, der Einvernahme zu folgen, mit der Konsequenz, dass seinen selbstbelastenden Aussagen möglicherweise ein Verwertungsverbot entgegenstünde.

Zusammengefasst bestehen für die Beschwerdekammer keine Anhaltspunkte, dass C._____ am 3. Juli 2017 in seiner Vernehmungsfähigkeit eingeschränkt gewesen ist, weshalb einer Bezugnahme auf seine dortigen Aussagen in der Einvernahme vom 25. Juli 2017 nichts entgegensteht. Auf die vom Beschwerdeführer erwähnten Folgen bei Konsumation von Kokain braucht vor diesem Hintergrund nicht eingegangen zu werden. Auch der Einwand des Beschwerdeführers ändert nichts, wonach die widersprüchlichen Angaben von C._____ bezüglich gekaufter Drogenmenge und die scheinbaren Erinnerungslücken Bedenken hinsichtlich des Drogenkonsums und der Vernehmungsfähigkeit am 3. Juli 2017 aufkommen liessen. Zwar trifft zu, dass C._____ an der Einvernahme vom 25. Juli 2017 die am 3. Juli 2017 genannte Anzahl von Käufen etwas nach unten korrigiert hat. Aus dieser allgemein bekannten Minimierungstendenz von Betäubungsmittelkonsumenten kann gestützt auf das zuvor Gesagte indessen nicht der Schluss gezogen werden, dass die konsumierte Menge vor der Anhaltung in einem die Vernehmungsfähigkeit einschränkenden Mass gewesen sein soll. Und schliesslich geht auch der

Hinweis auf angebliche Erinnerungslücken von C._____ fehl. Für solche bestehen keine Anhaltspunkte. Der Grund, weshalb er an der Einvernahme vom 25. Juli 2017 gebeten hat, seine am 3. Juli 2017 getätigten Aussagen durchlesen zu dürfen, lag nicht etwa in fehlender Erinnerung, sondern im Umstand, dass er diese mit Sicherheit bestätigen wollte. Dass er sich am 25. Juli 2017 nicht mehr wortwörtlich an seine Aussagen vom 3. Juli 2017 hat erinnern können, ist nicht ungewöhnlich. Ebenso ist nachvollziehbar, dass er diese vor einer Bestätigung nochmals hat lesen wollen.

5.

- 5.1 Weiter leitet der Beschwerdeführer die Unverwertbarkeit des Einvernahmeprotokolls von C._____ vom 25. Juli 2017 aus dem Umstand ab, dass Letzterer durch das von der Polizei gewählte Vorgehen in seinem Aussageverhalten beeinflusst worden sei. Zum einen sei die Beeinflussung durch die gewährte Einsicht in das Einvernahmeprotokoll vom 3. Juli 2017 provoziert worden (wofür ohnehin keine gesetzliche Grundlage bestehe), zum anderen durch die Fragestellung, ob er seine Aussagen vom 3. Juli 2017 bestätigen könne.
- 5.2 Zu prüfen ist, ob anlässlich der Einvernahme vom 25. Juli 2017 die allgemeinen Vorschriften über die Durchführung von Einvernahmen missachtet (Art. 143 StPO) und/oder ob verbotene Beweiserhebungsmethoden angewendet worden sind. Das Verbot bestimmter Beweiserhebungsmethoden gemäss Art. 140 StPO gilt ebenfalls für die Einvernahme von Auskunftspersonen und Zeugen, was zweierlei Auswirkungen hat. Zum einen folgt daraus, dass auch Auskunftspersonen und Zeugen Anrecht auf den Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte haben. Zum anderen – und hier interessierend – schützt dieses Verbot die Wahrheitsfindung durch Ausschluss von Aussagen von Auskunftspersonen und Zeugen, die durch Druck erwirkt worden sind (GLESS, a.a.O., N. 23 zu Art. 140 StPO).
- 5.3 Die von der Polizei am 25. Juli 2017 durchgeführte Einvernahme ist nicht zu beanstanden. Zum einen hielt sie sich an die von der StPO explizit statuierten Grundregeln (Art. 143 StPO). Zum anderen können keine verbotenen Beweiserhebungsmethoden im Sinn von Art. 140 StPO ausgemacht werden. C._____ wurde zu Beginn der Einvernahme vom 25. Juli 2017 über den Gegenstand des Strafverfahrens und die Eigenschaft, in der er einvernommen werden soll, informiert und umfassend über seine Rechte und Pflichten belehrt (Art. 143 Abs. 1 StPO). Hinsichtlich des weiteren Ablaufs der Einvernahme und der Einvernahmetechnik enthält die StPO nur wenige Vorschriften, weshalb – in den Schranken des «fair trial» (Art. 3 Abs. 2 und 140 StPO) – ein gewisser (Handlungs-)Freiraum der jeweils einvernehmenden Person besteht (HÄRING, a.a.O., N. 33 zu Art. 143 StPO). Einer gesetzlichen Grundlage für das gewählte Vorgehen bedarf es somit nicht.

Dass die Polizei zunächst die von C._____ am 3. Juli 2017 getätigten Aussagen erwähnt hat, ist in keiner Weise zu beanstanden, zumal diesen kein Verwertungsverbot entgegensteht (E. 4 hiavor). Weiter waren weder die Frage, ob C._____ seine Aussagen vom 3. Juli 2017 bestätigen könne, noch die gewährte Einsichtnahme in das diesbezügliche Einvernahmeprotokoll geeignet, dessen Willensfreiheit zu beeinträchtigen. In der zuvor erwähnten Frage liegt somit keine

verbotene Beweiserhebungsmethode. Hinsichtlich der gewährten Einsicht ins Einvernahmeprotokoll vom 3. Juli 2017 verkennt die Beschwerdekammer nicht, dass Einsichtnahmen in frühere Protokolle nicht in jedem Fall unbedenklich sind. Vorliegend verhält es sich aber so, dass C._____ – wie bereits erwähnt – nicht etwa wegen Erinnerungslücken, sondern lediglich deshalb um Einsicht in seine früheren Aussagen gebeten hat, um die damals gemachten Aussagen am 25. Juli 2017 *mit Sicherheit* bestätigen zu können. Von einer (allenfalls auch nur unbewussten) Beeinflussung von C._____ kann somit nicht gesprochen werden. Vor diesem Hintergrund kann auch keine Verletzung von Art. 143 Abs. 6 StPO ausgemacht werden, wonach eine einzuvernehmende Person ihre Aussagen aufgrund ihrer Erinnerung macht. Wie die Generalstaatsanwaltschaft zu Recht festhält, wurde C._____ anschliessend nochmals eingehend zum Sachverhalt befragt. Die Einvernahme beschränkte sich somit nicht bloss auf das Vorhalten und Bestätigen der bereits am 3. Juli 2017 getätigten Aussagen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Aussagen von C._____ verwertbar sind. Dem Recht des Beschwerdeführers, wenigstens einmal angemessen und hinreichend Gelegenheit zu haben, die Aussage der ihn belastenden Person in Zweifel zu ziehen und Fragen an diese zu stellen, wurde mit der Einvernahme vom 25. Juli 2017 nachgekommen. Sie erfolgte, ebenso wie die darin erwähnte Einvernahme vom 3. Juli 2017, in rechtskonformer Weise.

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die amtliche Entschädigung für das Beschwerdeverfahren wird am Ende des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht festgesetzt.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die amtliche Entschädigung für das Beschwerdeverfahren wird am Ende des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht festgesetzt.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland, Staatsanwalt E. _____ (mit den Akten)

Bern, 25. September 2018

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Beldi

i.V. Gerichtsschreiber Müller

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.