

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 20 300

Bern, 11. September 2020

Besetzung

Oberrichter J. Bähler (Präsident), Oberrichter Schmid, Oberrichte-
rin Bratschi
Gerichtsschreiberin Kurt

Verfahrensbeteiligte

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



Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8,
Postfach, 3001 Bern

Gegenstand

Verwertbarkeit von Beweismitteln (Entfernung von Beweisen aus
den Akten)

Strafverfahren wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungs-
mittelgesetz

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwalt-
schaft Berner Jura-Seeland vom 22. Juli 2020 (BJS 20 10783)

Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt gegen den Beschuldigten ein Strafverfahren wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Mit Verfügung vom 22. Juli 2020 wies sie das Gesuch des Beschuldigten vom 10. Juli 2020 betreffend die Entfernung seiner Einvernahme vom 1. Mai 2020 aus den Akten ab. Dagegen reichte der Beschuldigte, amtlich vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 31. Juli 2020 Beschwerde ein und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, das Protokoll seiner Einvernahme vom 1. Mai 2020 aus den Akten zu entfernen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Generalstaatsanwaltschaft reichte am 19. August 2020 eine Stellungnahme ein und beantragte, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten und die Kosten seien dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Der Beschwerdeführer replizierte am 21. August 2020 und hielt an den gestellten Anträgen fest.
2.
 - 2.1 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 der Strafprozessordnung [StPO; SR 311], 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]). Zur Beschwerdeführung legitimiert ist jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 der Strafprozessordnung [StPO; SR 312]). Nach konstanter Praxis der Beschwerdekammer sind Beschwerden gegen die Nichtentfernung unverwertbarer Beweise aus den Strafakten zulässig. Der Ausschlussgrund von Art. 394 Bst. b StPO gelangt nicht zur Anwendung, da der Gesetzgeber sich in Art. 141 Abs. 5 StPO bewusst dafür entschieden hat, dass unverwertbare Beweise aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und hiernach zu vernichten sind. Infolgedessen hat die beschuldigte Person grundsätzlich auch ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass unverwertbare Beweise rechtzeitig aus den Akten entfernt werden (Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 19 368 vom 21. November 2019 E. 2 mit weiteren Hinweisen).
 - 2.2 Ein solches Interesse wird aber nicht generell bejaht, wie die Beschwerdekammer in ihrem Beschluss BK 14 263 vom 6. November 2014 festgehalten hat. So fehlt ein aktuelles, rechtlich geschütztes Interesse an der Entfernung eines Einvernahmeprotokolls, wenn das angeblich unverwertbare Beweismittel keinerlei Einfluss auf die Beweiswürdigung hat, da der Beschwerdeführer seine Aussagen in der späteren, rechtskonform durchgeführten Einvernahme ohnehin bestätigt hat. Bei dieser Ausgangslage kann der Beschwerdeführer mit dem Rechtsmittel keinen für sich günstigeren Entscheid erwirken (GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, 2011, N 232 mit Hinweisen). Die Beschwerde soll abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmefällen auch nicht zur abstrakten

Beantwortung von Rechtsfragen zur Verfügung stehen (GUIDON, a.a.O., N 244 mit Hinweisen).

- 2.3 Die Generalstaatsanwaltschaft verweist in ihrer Stellungnahme auf den hiervor zitierten Beschluss und macht geltend, der Beschwerdeführer habe anlässlich der delegierten Einvernahme vom 1. Mai 2020 durch die Polizei Aussagen gemacht, die er an der zweiten Einvernahme in Anwesenheit seines amtlichen Verteidigers am 9. Juli 2020 ausdrücklich bestätigt habe. Es sei weder erkennbar noch werde dies vom Beschwerdeführer behauptet, dass die Aussagen vom 1. Mai 2020 und diejenigen vom 9. Juli 2020 widersprüchlich wären und sich diese Widersprüche bei der Beweiswürdigung zu Lasten des Beschwerdeführers auswirken könnten. Der Beschwerdeführer lege damit nicht ansatzweise dar, inwiefern er ein rechtlich geschütztes Interesse daran habe, dass das Einvernahmeprotokoll vom 1. Mai 2020 aus den Akten entfernt werde.
- 2.4 Dem Beschwerdeführer wurden an der Einvernahme vom 9. Juli 2020, welche in Anwesenheit seines Verteidigers stattgefunden hatte, teilweise Aussagen aus der gestützt auf Art. 131 Abs. 3 StPO allenfalls einer Beweisverwertungseinschränkung unterliegenden Einvernahme vom 1. Mai 2020 vorgehalten (vgl. S. 3, Z. 95 ff. und S. 5, Z. 163 ff.). Ob diese Vorhalte zur (teilweisen) Unverwertbarkeit des Einvernahmeprotokolls vom 9. Juli 2020 führen können und die Einvernahme vom 1. Mai 2020 damit zu Lasten des Beschwerdeführers Einfluss auf die Beweiswürdigung hat, ist nicht vorfrageweise im Zusammenhang mit dem aktuellen, rechtlich geschützten Interesse zu prüfen. Da auf Aussagen in der ersten allenfalls unverwertbaren Einvernahme vom 1. Mai 2020 zurückgegriffen wurde, ist eine Fernwirkung jedenfalls nicht von vorneherein ausgeschlossen. Ein aktuelles, rechtlich geschütztes Interesse an der Entfernung des Einvernahmeprotokolls vom 1. Mai 2020 aus den Akten ist bei dieser Ausgangslage zu bejahen. Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.
3. Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird (Art. 131 Abs. 1 StPO). Die Verteidigung ist insbesondere notwendig, wenn der beschuldigten Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr droht (Art. 130 Bst. b StPO). Die unterlassene Bestellung stellt ein absolutes Beweisverwertungsverbot im Sinn von Art. 141 Abs. 1 StPO dar (Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 16 44 vom 21. März 2016 E. 4). Werden in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, Beweise erhoben, bevor eine Verteidigerin oder ein Verteidiger bestellt worden ist, so ist die Beweiserhebung daher nur «gültig», d.h. verwertbar, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet (Art. 131 Abs. 3 StPO; Urteil des Bundesgerichts 6B_75/2019 vom 15. März 2019 E. 1.3.1. mit Hinweisen). Von einem solchen Verzicht kann vorliegend nicht ausgegangen werden, weshalb zu prüfen ist, ob die Bestellung eines notwendigen Verteidigers bereits im Zeitpunkt der Einvernahme vom 1. Mai 2020 erforderlich gewesen wäre.
4. Gemäss Art. 19 Abs. 2 Bst. a des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG; SR 812.121) wird der Täter mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wenn er weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die

Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann Eine Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen nach Art. 19 Abs. 2 Bst. a BetmG liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn die Gesundheit von mindestens 20 Personen in Gefahr gebracht wird (BGE 108 IV 63 E. 2c, 121 IV 332 E. 2a). Eine Gesundheitsgefährdung ist grundsätzlich bei Gefahr einer physischen oder psychischen Abhängigkeit gegeben (BGE 121 IV 332 E. 2a mit Hinweisen). In BGE 109 IV 143 setzte das Bundesgericht die Werte zur «Berechnung der das Risiko einer psychischen Abhängigkeit erzeugenden Betäubungsmittelmenge» für Heroin, Kokain, Cannabis und LSD fest. Bei Kokain gelangt Art. 19 Abs. 2 Bst. a BetmG ab einer Menge von 18 Gramm zur Anwendung (zum Ganzen vgl. FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, 3. Auflage 2016, N. 176 ff. zu Art. 19 BetmG). In BGE 119 IV 180 entschied das Bundesgericht, dass stets die Menge des reinen Wirkstoffes entscheidend ist.

Zu prüfen ist damit, ob bereits vor der Einvernahme am 1. Mai 2020 erkennbar war, dass es sich um einen mengenmässig qualifizierten Fall handelt. Die Frage der Erkennbarkeit orientiert sich dabei an objektiven Massstäben (OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, N. 442). An die Erkennbarkeit sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (RUCKSTUHL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 12 zu Art. 131 StPO); es genügt, wenn der Grund für die notwendige Verteidigung bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkannt werden müssen (LIEBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 13 zu Art. 131 StPO; zum Ganzen Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 16 44 vom 21. März 2016 E. 3.1 sowie Urteil des Bundesgerichts 6B_178/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.2.1 und E. 2.6).

5. Anlässlich der Hausdurchsuchung vom 1. Mai 2020 wurden im öffentlich zugänglichen Fahrradraum vier Fingerlinge mit Kokain à brutto 42.7 Gramm gefunden. Der Tatverdacht der Polizei gegen den Beschwerdeführer umfasst dabei auch dieses Kokain. In der Wohnung des Beschwerdeführers wurde zudem Bargeld im Wert von mehreren tausend Franken sichergestellt. Zur Anhaltung des Beschwerdeführers kam es, weil er mehrmals beobachtet worden war, wie er sich mit einem bekannten Betäubungsmittelkonsumenten für kurze Zeit getroffen hatte und dieser Konsument den Beschwerdeführer beschuldigt hatte, ihm mehrmals Betäubungsmittel verkauft zu haben (vgl. Ausführungen zum Sachverhalt «Formular Erkennungsdienstliche Erfassung»). Das Protokoll des einvernommenen Konsumenten liegt nicht bei den Akten, weshalb unklar bleibt, wie oft und in welcher Menge der Beschwerdeführer dieser Person Kokain verkauft hat. Bereits aufgrund der sichergestellten Fingerlinge ging es aber von vorneherein um eine Bruttomenge von 42.7 Gramm Kokain. Unter Berücksichtigung eines Abzuges für das Verpackungsmaterial (ca. 1 Gramm pro Fingerling) musste die Polizei daher von ca. 38 Gramm Kokain ausgehen. Der Reinheitsgrad war zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt. Der Beschwerdeführer verweist in diesem Zusammenhang auf die öffentlich zugänglichen Erkenntnisse und Statistiken der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) betreffend die Wirkstoffgehalte von sämtlichen Sicherstellungen eines Jahres. Daraus geht hervor, dass der Mittelwert bei einer Menge zwischen 10 und

100 Gramm 66.5 Prozent beträgt (bei einer Standardabweichung von +/- 18 Prozent). Ausgehend von einem Nettogewicht von ca. 38 Gramm Kokain ergibt sich anhand dieser Werte reines Kokain von mehr als 25 Gramm bzw. unter Berücksichtigung der Standardabweichung zu Gunsten des Beschwerdeführers reines Kokain von mehr als 18 Gramm. Hinzu kommt, dass sich der Tatverdacht nicht nur aufgrund der sichergestellten Fingerlinge mit Kokain ergeben hat, sondern bereits aufgrund der Beobachtungen der Polizei und den Aussagen des Konsumenten. Die Polizei muss damit von einer höheren als der sichergestellten Menge Kokain ausgegangen sein. Zudem darf erwartet werden, dass den Strafverfolgungsbehörden die Informationen betreffend durchschnittliche Reinheitsgrade bekannt sind. Sollte die Bestimmung des Reinheitsgrades mangels Beweismaterials nicht möglich sein, müssen die Behörden ebenfalls Annahmen treffen. Dies ist auch im Vorverfahren vor der Auswertung der Drogen erforderlich, jedenfalls wenn sich der Tatverdacht auf den Handel mit einer grösseren Menge Kokain bezieht und diese Menge bei einem durchschnittlichen Reinheitsgrad die Grenze zum mengenmässig qualifizierten Fall überschreiten könnte. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Bestimmungen betreffend Bestellung einer notwendigen Verteidigung umgangen werden und die Strafbehörden sich dem Risiko der Unverwertbarkeit der ersten Einvernahme aussetzen.

6. Mit Blick auf den vorliegenden Sachverhalt war damit bereits vor der ersten Einvernahme erkennbar, dass es um eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz geht und aufgrund der in Art. 19 Abs. 2 BetmG vorgesehenen Mindeststrafe von einem Jahr ein Fall der notwendigen Verteidigung vorgelegen hatte. Die am 1. Mai 2020 mit dem nicht verteidigten Beschwerdeführer durchgeführte Einvernahme ist damit unverwertbar und ist aus den Akten zu weisen (Art. 141 Abs. 5 StPO).

Die Beschwerde ist gutzuheissen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Kanton die Verfahrenskosten (Art. 428 Abs. 1 StPO). Diese werden bestimmt auf CHF 1'500.00. Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren ist durch die Staatsanwaltschaft beziehungsweise das urteilende Gericht am Ende des Verfahrens festzusetzen (Art. 135 Abs. 2 i.V.m. Art. 138 Abs. 1 StPO). Derjenige Teil der Entschädigung, welcher auf das Beschwerdeverfahren fällt, ist – im Fall einer Verurteilung des Beschwerdeführers – von der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 Bst. a f. StPO ausgenommen. Der Beschwerdeführer hat diese Kosten weder dem Kanton zurückzuzahlen noch muss er dem amtlichen Anwalt die Differenz zwischen amtlichem und vollem Honorar erstatten.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland vom 22. Juli 2020 wird aufgehoben. Das Einvernahmeprotokoll des Beschwerdeführers vom 1. Mai 2020 ist aus den Akten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, trägt der Kanton Bern.
3. Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Beschwerdeführers wird am Ende des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht festgelegt.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
(per Einschreiben)
 - der Generalstaatsanwaltschaft (per Kurier)

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland, Staatsanwältin C. _____
(mit den Akten – per Einschreiben)

Bern, 11. September 2020

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

Oberrichter J. Bähler

Die Gerichtsschreiberin:

Kurt

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 Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.