

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 21 150

Bern, 19. Juli 2021

Besetzung

Oberrichter J. Bähler (Präsident), Oberrichterin Bratschi, Oberrichter Gerber
Gerichtsschreiberin Kurt

Verfahrensbeteiligte

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



Regionale Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau, Dunantstrasse 11, 3400 Burgdorf
v.d. Staatsanwalt C. _____ (EO 14 6023)
Beschwerdeführerin

Gegenstand

Einstellung

Strafverfahren wegen Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, Hehlerei etc.

Beschwerde gegen den Beschluss des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau, Kollegialgericht Dreierbesetzung, vom 25. März 2021 (PEN 20 164)

Regeste:

141 StPO; Art. 323 StPO; Verwertbarkeit von Beweisen, welche im Rahmen einer unzulässig erfolgten Wiederaufnahme erhoben worden sind

Der Anwendungsbereich einer Beweisausforschung ist auf Fälle des (offensichtlich) fehlenden Tatverdachts zu reduzieren und bei der Frage nach der Qualität des Verwertungsverbotes (absolut oder relativ) ist danach zu unterscheiden, ob die Beweise tatsächlich aus einer planlosen, verdachtsunabhängigen Untersuchung resultieren, wobei die Umstände des Einzelfalles einzubeziehen sind (E. 6.1 und 6.2).

Eine unzulässig erfolgte Wiederaufnahme stellt nicht per se und generell eine Beweisausforschung dar (E. 6.3).

In casu erfolgten die Beweisaufnahmen weder wissentlich noch willentlich ausserhalb eines Strafverfahrens noch ohne gesetzliche Grundlage und nicht losgelöst von einem Anfangsverdacht. Vor diesem Hintergrund ist nicht von einer absoluten Unverwertbarkeit der Beweise im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO auszugehen. Damit sind auch zufällig entdeckte Spuren und Gegenstände, die mit der abzuklärenden Straftat nicht in Zusammenhang stehen, aber einen Tatverdacht wegen anderer Delikte begründeten, als Zufallsfunde zu behandeln. Unter welchen Voraussetzungen diese Zufallsfunde verwertbar sind, hat nicht die Beschwerdekammer als erste Instanz zu entscheiden (E. 6.4 und 6.5).

Erwägungen:

1. Auf Antrag vom 27. November 2006 des damaligen Untersuchungsrichters 1 sowie mit Einverständnis des Prokurators der Staatsanwaltschaft II Emmental-Oberaargau vom 29. November 2006 wurde die Strafverfolgung gegen den Beschuldigten wegen vorsätzlicher Tötung, eventuell Gehilfenschaft dazu, angeblich begangen am 28. März 2003 in D._____ (Ort) zum Nachteil von E._____, gemäss Art. 250 Abs. 2 des damals geltenden Gesetzes über das Strafverfahren (StrV; BSG 321.1) aufgehoben (p. 5 f. Akten PEN 20 164). Mit Verfügung vom 2. Juni 2014 eröffnete die Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) eine Untersuchung gegen den Beschuldigten wegen vorsätzlicher Tötung, evtl. Mordes, begangen am 28. März 2003 in D._____(Ort) zum Nachteil von E._____ (p. 1 Akten PEN 20 164). Gleichentags verfügte sie die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den Beschuldigten gemäss Art. 323 StPO wegen vorsätzlicher Tötung, evtl. Mordes, begangen am 28. März 2003 in D._____(Ort) zum Nachteil von E._____ (p. 2 ff. Akten PEN 20 164). In der Folge wurden mehrere geheime Überwachungsmassnahmen sowie weitere Zwangsmassnahmen angeordnet (p. 12 ff. Akten PEN 20 164). Mit Verfügungen vom 17. Juli 2017, 22. August 2017 sowie 12. Februar 2018 wurde die Untersuchung gegen den Beschuldigten auf weitere Straftaten, so insbesondere auf Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, das Strassenverkehrsgesetz, das Waffengesetz sowie auf Diebstahl evtl. Hehlerei, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch ausgedehnt (8 ff. Akten PEN 20 164). Mit Verfügung vom 30. Juni 2020 stellte die Staatsanwaltschaft das Verfahren wegen vorsätzlicher Tötung, evtl. Mordes, wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das Betäu-

bungsmittelgesetz sowie wegen Diebstahls, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruchs und wegen Übertretungen gegen das Strassenverkehrsgesetz wieder ein. Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen.

Hingegen erhob die Staatsanwaltschaft am 2. Juli 2020 beim Regionalgericht Emmental-Oberaargau (Kollegialgericht in Dreierbesetzung) Anklage gegen den Beschuldigten wegen Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, mehrfach begangen, Hehlerei, Widerhandlungen gegen das Waffengesetz, mehrfach begangen, sowie wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, mehrfach begangen (p. 670 ff. Akten PEN 20 164). Mit Beschluss vom 25. März 2021 stellte das Regionalgericht das Strafverfahren gegen den Beschuldigten ein. Dagegen reichte die Staatsanwaltschaft am 31. März 2021 bei der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern (nachfolgend: Beschwerdekammer) Beschwerde ein mit dem Antrag, der Beschluss des Regionalgerichts sei aufzuheben und das Verfahren fortzuführen, unter Kostenfolge. Das Regionalgericht und der Beschuldigte, Letzterer amtlich vertreten durch Rechtsanwalt B._____, beantragten in ihren Stellungnahmen vom 3. Mai 2021 die Abweisung der Beschwerde. Die Stellungnahmen wurden der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 4. Mai 2021 am 6. Mai 2021 zugestellt.

2. Gegen Verfügungen, Beschlüsse und Verfahrenshandlungen erstinstanzlicher Gerichte kann – mit Ausnahme verfahrensleitender Entscheide, worunter die Einstellung nicht fällt – innert zehn Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 396 Abs. 1 der Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]). Die Zuständigkeit liegt bei der Beschwerdekammer (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]). Gemäss Art. 381 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a EG ZSJ (BSG 271.1) ist die Staatsanwaltschaft zur Beschwerde legitimiert. Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.
- 3.
- 3.1 Gemäss Art. 323 Abs. 1 StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme eines durch Einstellungsverfügung rechtskräftig beendeten Verfahrens, wenn ihr neue Beweismittel oder Tatsachen bekannt werden, die für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der beschuldigten Person sprechen (Bst. a) und die sich nicht aus den früheren Akten ergeben (Bst. b). Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 141 IV 194 E. 2.3 S. 197 mit Hinweis). Beweismittel sind neu, wenn sie zum Zeitpunkt der Einstellung unbekannt waren. Entscheidend ist dabei, ob entsprechende Hinweise in den Akten vorhanden waren oder nicht. Aus dem Official- und Legalitätsprinzip folgt, dass die Staatsanwaltschaft die Einstellung nur verfügen darf, wenn sie die sich aufgrund der Akten anbietenden Beweise abgenommen und bezüglich des Beweisthemas ausgeschöpft hat. Beweismittel, die zwar im eingestellten Verfahren genannt oder sogar abgenommen, aber nicht bezüglich des ganzen Beweisthemas ausgeschöpft wurden, sind demnach nicht als neu zu betrachten. Umgekehrt kann nicht verlangt werden, eine Tatsache oder ein Beweismittel nur als neu anzusehen, wenn sie oder es der Staatsanwaltschaft im

ersten Verfahren auch bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt nicht hätte bekannt sein können. Angesichts der Masse der zu erledigenden Strafverfahren seitens der Untersuchungsbehörden dürfen an die Sorgfaltspflicht keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Im Übrigen entsprechen die Wiederaufnahmegründe weitgehend jenen, die nach Art. 410 Abs. 1 Bst. a StPO eine Revision begründen. Die Wiederaufnahme eines eingestellten Verfahrens ist jedoch an geringere Voraussetzungen geknüpft als die Revision eines rechtskräftigen Urteils gemäss Art. 410 ff. StPO (6B_139/2017 vom 27. September 2017 E. 2.2.2 mit Verweis auf BGE 141 IV 194 E. 2.3 S. 197 f. mit Hinweisen).

- 3.2 Das Regionalgericht begründete die Einstellung zusammengefasst damit, dass die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den Beschuldigten wegen vorsätzlicher Tötung, evtl. Mordes unzulässig gewesen sei. Die operative Fallanalyse vom 3. Mai 2013, welche Anlass für diese Wiederaufnahme gewesen sei, stelle kein neues Beweismittel im Sinne von Art. 323 StPO dar.

Aus der Wiederaufnahmeverfügung vom 2. Juni 2014 geht hervor, dass die damals im gegen den Beschuldigten geführten Verfahren gesicherten Spuren nach neuesten wissenschaftlichen Methoden nochmals überprüft worden seien. Die neu gewonnenen Erkenntnisse liessen den Schluss zu, dass die Täterschaft aus dem näheren Umfeld des Opfers stammen müsse. Nach einer erneuten und gründlichen Auseinandersetzung mit den gesammelten Fakten und unter Einbezug einer operativen Fallanalyse durch ein Spezialistenteam sei der Beschuldigte ins Zentrum der Ermittlungen gerückt.

Bei der operativen Fallanalyse (nachfolgend: OFA) handelt es sich um ein neues Aktenstück, welches im Zeitpunkt der Aufhebung der Strafverfolgung gegen den Beschuldigten im Jahr 2006 noch nicht vorlag. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die OFA müsse mit Blick auf den Kenntnis- und Wissensstand im Kanton Bern zum fraglichen Zeitpunkt im Mai 2013 als neues Beweismittel betrachtet werden, da sie sich auf neue Erkenntnisse gestützt bzw. eine andere überlegene Methode angewendet habe.

- 3.3 Grundvoraussetzung für eine Wiederaufnahme ist, dass sich die Sach- bzw. Beweislage gegenüber dem Zeitpunkt der Einstellung geändert hat. Neue Anhaltspunkte in diesem Sinn liegen vor, wenn neue Tatsachen und Beweismittel zur Kenntnis der Strafuntersuchungsbehörden gelangen, die – wären sie schon im ursprünglichen Untersuchungsstadium bekannt gewesen – allein oder in Verbindung mit den bereits damals bekannten und gewürdigten Tatsachen voraussichtlich zu einem erheblich anderen Ausgang des Verfahrens geführt hätten. Lediglich nachträgliche Zweifel an der Richtigkeit der Begründung der Einstellungsverfügung, insbesondere weil die unveränderte Beweislage nun anders gewürdigt wird, erlauben keine Wiederaufnahme des Verfahrens (LANDSHUT/BOSSHARD, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 15 zu Art. 323 StPO; vgl. auch BGE 141 IV 9 E. 2.3 sowie Urteil des Bundesgerichts 6B_512/2012 vom 30. April 2013 E. 1.4.2 mit Hinweis).

- 3.4 Die OFA ist ein kriminalistisches Werkzeug, welches das Fallverständnis bei Tötungs- und sexuellen Gewaltdelikten sowie anderen geeigneten Fällen von be-

sonderer Bedeutung auf der Grundlage der objektiven Daten und möglichst umfassender Informationen zum Opfer mit dem Ziel vertieft, ermittlungsunterstützende Hinweise zu erarbeiten. Die OFA wurde von einem zertifizierten «Polizeilichen Fallanalytiker» erstellt (vgl. einleitende Bemerkungen in der OFA). Der Erstellung der OFA liegen aber weder neue Tatsachen noch neue Beweismittel zugrunde. Dies wird auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. Die OFA umfasst damit einzig die Würdigung von bereits im Jahr 2006 vorhandenen Beweismitteln. Zudem geht daraus nicht hervor, inwiefern sich die Ausgangslage gegenüber dem Jahr 2003 geändert haben soll, stand der Beschuldigte doch bereits 2003 im Zentrum der Ermittlungen.

- 3.5 Zwar kann nicht verlangt werden, eine Tatsache oder ein Beweismittel nur als neu anzusehen, wenn sie oder es der Staatsanwaltschaft im ersten Verfahren auch bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt nicht bekannt sein konnte. Angesichts der Masse der zu erledigenden Strafverfahren seitens der Untersuchungsbehörden dürfen an die Sorgfaltspflicht keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Bei der Erstellung einer OFA handelt es sich um eine eher neuere Methode, die sich in den letzten Jahren stark weiterentwickelt hat und daher in dieser Form in der Schweiz zum Zeitpunkt der erstmaligen Eröffnung des Strafverfahrens bzw. im Zeitpunkt der Aufhebung der Strafverfolgung nicht unbedingt als bekannt vorausgesetzt werden durfte. Mit Blick darauf scheint fraglich, ob schon im Zeitpunkt der ersten Aufhebung 2006 von den Strafbehörden verlangt bzw. erwartet werden durfte, dass sie eine OFA in Auftrag geben. Das ändert aber am Fehlen der Wiederaufnahmegründe nichts. Wie erwähnt, bestätigt die OFA auch nach Ansicht der Kammer einzig den bereits 2003 bestehenden Tatverdacht gegen den Beschuldigten, enthält darüber hinaus aber keine neuen Hinweise, die von gewisser konkreter Wesentlichkeit sind und neue Untersuchungshandlungen als gerechtfertigt erscheinen lassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_662/2011 vom 26. Januar 2012 E. 3.1). Somit fehlte ein Wiederaufnahmegrund im Sinne von Art. 323 StPO.
4. Das Vorliegen von Wiederaufnahmegründen stellt eine Prozessvoraussetzung für das nachfolgende Verfahren dar. Dies bedeutet, dass das Gericht auf eine nachträgliche Anklage nicht eintritt, wenn eine eingestellte Untersuchung ohne relevante Wiederaufnahmegründe wiederaufgenommen worden war (SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2017, N. 11 zu Art. 323 StPO, vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_512/2012 vom 30. April 2013 E. 1.4.3). Die Staatsanwaltschaft hat das gegen den Beschuldigten wegen vorsätzlicher Tötung, evtl. Mordes wiederaufgenommene Verfahren eingestellt, weshalb die Beweise von vornherein keine Relevanz mehr für das wiederaufgenommene Verfahren haben. Über die generelle Verwertbarkeit der aus diesem Verfahren resultierenden Beweise ist damit aber nichts gesagt. Der Eröffnung des neuen Verfahrens gegen den Beschuldigten wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, das Waffengesetz und das Strassenverkehrsgesetz sowie wegen Diebstahls, evtl. Hehlerei, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruchs stehen die fehlenden Wiederaufnahmegründe nicht entgegen. Da die Beweise für dieses neue Verfahren aber aus einem zu Unrecht wiederaufgenommenen Verfahren stammen, gilt es zu prüfen, ob das Fehlen von Wiederaufnahmegründen zur abso-

luten Unverwertbarkeit der in diesem Rahmen erhobenen Beweise führt (Art. 141 Abs. 1 StPO).

5. Das Regionalgericht macht geltend, dass es sich beim Vorhandensein von Wiederaufnahmegründen um eine in allen Verfahrensstadien von Amtes wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung für das nachfolgende Verfahren handle. Da es im Zeitpunkt der Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den Beschuldigten an genügenden Belastungstatsachen gefehlt habe, sei von einer unzulässigen Beweisforschung der Staatsanwaltschaft auszugehen. Die Staatsanwaltschaft sei im zu Unrecht wiederaufgenommen Verfahren wegen vorsätzlicher Tötung, evtl. Mordes durch zu Unrecht angeordnete Zwangsmassnahmen zufällig auf Beweismittel für weitere Straftaten gestossen, welche nun im vorliegenden Verfahren angeklagt seien. Nach Ansicht des Regionalgerichts spiele es keine Rolle, ob im Rahmen einer unzulässigen Wiederaufnahme mittels «fishing expedition» auf Beweismittel betreffend wiederaufgenommenes Verfahren gestossen werde oder eben auf solche, die auf eine andere Straftat hinwiesen. So oder anders bleibe es dabei, dass ohne genügenden Anfangsverdacht und in Verletzung des Grundsatzes «ne bis in idem» aufs Geratewohl Beweisaufnahmen getätigt würden, so dass sämtliche daraus resultierenden Ergebnisse einem Beweisverwertungsverbot unterliegen müssten. Bei den Beweismitteln, auf die im Rahmen der Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten gestossen worden sei, handle es sich nicht um Zufallsfunde im klassischen Sinne, welche aus einer rechtmässigen, verdachtsgestützten Ermittlung resultierten und unter gegebenen Voraussetzungen verwertbar wären. In der Folge prüfte das Regionalgericht, ob der Verstoss gegen das Verbot der Beweisausforschung ein absolutes oder relatives Beweisverwertungsverbot zur Folge hat und kam zum Schluss, dass Beweise, welche aus einer unzulässigen Beweisausforschung resultierten, einem absoluten Verwertungsverbot unterlägen, was zur Folge habe, dass sämtliche im Rahmen des Verfahrens gegen den Beschuldigten erhobenen Beweismittel absolut unverwertbar und aus den Strafakten zu entfernen seien. Das Regionalgericht liess es in der Folge offen, ob das Verfahren aufgrund eines Verfahrenshindernisses (Verbot der doppelten Strafverfolgung) oder aufgrund fehlender Beweismittel infolge des absoluten Beweisverwertungsverbotes einzustellen sei. Eine summarische Prüfung ergebe im Hinblick auf die vorangehenden Ausführungen, dass in casu – mangels Vorliegen von verwertbaren Beweismitteln – kein genügender, die Anklage rechtfertigender Verdacht gegen den Beschuldigten vorliege, so dass bei Durchführung des Hauptverfahrens ein Freispruch evident wäre. Eine Rückweisung an die Staatsanwaltschaft würde an diesen Umständen nichts ändern. Das Verfahren sei aus prozessökonomischen Gründen und letztlich mangels Prozessvoraussetzungen bereits im jetzigen Zeitpunkt – mithin vor Durchführung der Hauptverhandlung – gemäss Art. 329 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 329 Abs. 4 StPO einzustellen.
6.
 - 6.1 Es ist in der Lehre umstritten, ob das Bundesgericht mit der in BGE 137 I 218 E. 2.3.2 gewählten Formulierung («... *anlehnend an eine verpönte Beweisausforschung von einem absoluten Verwertungsverbot auszugehen ist ...*») eine absolute Unverwertbarkeit im

Falle einer Beweisausforschung bejaht oder es diese Frage offengelassen hat (vgl. JEKER, in: *forum poenale* 6/2017 S. 393 mit weiteren Hinweisen). Jedenfalls scheint in der Lehre die Anwendung von Art. 141 Abs. 2 StPO auch im Zusammenhang mit Beweisausforschungen nicht ausgeschlossen zu sein (vgl. WOHLERS, in: *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 3. Aufl. 2020, N. 32 zu Art. 141 StPO). In anderen Urteilen sprach das Bundesgericht zudem nie davon, dass Beweise aus Beweisausforschungen nicht verwertbar seien. Es verwendete auch nicht die Begriffe «absolut unverwertbar» oder «in keinem Fall» verwertbar, wie es der Terminologie in Art. 141 Abs. 1 StPO im Zusammenhang mit in jedem Fall unverwertbaren Beweismitteln entspricht (BGE 139 IV 128 E. 2.1, sowie Urteil(e) des Bundesgerichts 6B_191/2016 vom 5. August 2016 E. 1.3 und 6B_307/2012 vom 14. Februar 2013 E. 2.1). Ob sich das Bundesgericht in BGE 137 I 218 für eine absolute Unverwertbarkeit der Beweise im Falle einer Beweisausforschung ausgesprochen hat, muss vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden. Die entscheidende Frage ist vielmehr, wann eine verpönte Beweisausforschung vorliegt. So befürwortet GLESS mit Verweis auf BGE 137 I 218 zwar ein absolutes Verwertungsverbot im Zusammenhang mit der Beweisausforschung. Ihre Ausführungen zeigen aber, dass sie diese Folge und die Unzulässigkeit der Beweisausforschung an die Verdachtsunabhängigkeit der Untersuchung knüpft (vgl. GLESS, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung*, 2. Aufl. 2014, N. 81 zu Art. 141 StPO, auch mit Hinweis auf die Lehrmeinungen VETTERLI, *Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten*, in *ZStrR* 130/2012 S. 454 sowie RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, *Strafprozessrecht*, 2011, N. 553). Auch VETTERLI, auf deren Lehrmeinung das Regionalgericht abstellt, scheint eine zu einer absoluten Unverwertbarkeit führende Beweisausforschung nur anzunehmen, wenn die Behörden (ohne Anfangsverdacht) im vollen Wissen um die Illegalität eines solchen Vorgehens und in der Absicht, illegale Beweise zu erlangen, gehandelt haben (vgl. VETTERLI, a.a.O., S. 453 f. sowie Fussnote 27). Es ist daher sachgerecht, sowohl die Ausführungen in BGE 137 I 218 als auch die Lehrmeinungen im Kontext der Definition einer Beweisausforschung zu beurteilen. Es kann vorweggenommen werden, dass sich diese Frage auch mit Blick auf die strittigen unterschiedlichen Rechtsfolgen nicht generell und ohne Berücksichtigung des Einzelfalls beantworten lässt.

- 6.2 Die Botschaft beschreibt die Beweisausforschung («fishing expedition») als eine ohne vorbestehenden Tatverdacht veranlasste Durchsuchung oder Untersuchung, die den Verdacht erst begründen soll (S. 1237). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine unzulässige Beweisausforschung vor, wenn einer Zwangsmassnahme kein genügender Tatverdacht zugrunde liegt, sondern aufs Geratewohl Beweisaufnahmen getätigt werden (BGE 139 IV 128 E. 2.1; 137 I 218 E. 2.3.2; je mit Hinweisen sowie Urteil(e) des Bundesgerichts 6B_191/2016 vom 5. August 2016 E. 1.3 und 6B_307/2012 vom 14. Februar 2013 E. 2.1). Mit Blick darauf sowie den Umstand, dass letztlich nur in (gänzlich) verdachtsunabhängigen Fällen von einer klaren Verletzung der Unschuldsvermutung gesprochen werden kann, scheint es der Kammer sachgerecht, den Anwendungsbereich einer Beweisausforschung auf Fälle des (offensichtlich) fehlenden Tatverdachts zu reduzieren und bei der Frage nach der Qualität des Verwertungsverbotes (absolut oder relativ)

danach zu unterscheiden, ob die Beweise tatsächlich aus einer planlosen, verdachtsunabhängigen Untersuchung resultieren, wobei die Umstände des Einzelfalles einzubeziehen sind (vgl. auch GFELLER/THORMANN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 40 zu Art. 243 StPO; insbesondere Fussnote 73). GFELLER/THORMANN führen zwar aus, bezüglich des Anwendungsbereichs einer Beweisausforschung eine weniger enge Auffassung zu vertreten und gehen ohne weitere Differenzierung davon aus, dass Beweisausforschungen den Kern der Unschuldsvermutung betreffen. Ihre vorigen Ausführungen zeigen aber, dass eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt ist und die Beurteilung, ob eine Beweisausforschung vorliegt, im Einzelfall nicht immer klar ist (vgl. GFELLER/THORMANN, a.a.O., N. 15 ff. zu Art. 243 StPO). Auch die Ansicht von GRÄDEL/HEINIGER, wonach es sich bei der Wiederaufnahme ohne genügende Gründe um eine unzulässige Beweisausforschung handle, gründet auf einer engen Definition der Beweisausforschung und kann nach Ansicht der Kammer nicht generell Gültigkeit beanspruchen. So sprechen sie im Zusammenhang mit einer Wiederaufnahme von einer Beweisausforschung, wenn Belastungstatsachen erst im Rahmen der wiederaufgenommenen Strafuntersuchung gewonnen werden sollen (GRÄDEL/HEINIGER in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 18 zu Art. 323 StPO). Dies gilt es im Einzelfall zu prüfen (vgl. nachfolgende Ausführungen).

- 6.3 Jedenfalls ergeben sich nach Ansicht der Kammer weder aus der Lehre noch der Rechtsprechung überzeugende oder zwingende Gründe, weshalb im Falle einer zu Unrecht erfolgten Wiederaufnahme immer von einer unzulässigen Beweisausforschung ausgegangen werden sollte, welche zudem in jedem Fall zu einer absoluten Unverwertbarkeit der daraus resultierenden Beweise führen müsste. Eine solche Schlussfolgerung ergibt sich auch nicht aus der Gesetzgebung, welche den notwendigen Raum zur Regelung von Einzelheiten lassen will (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2005 1085, 1183) und grundsätzlich festgelegt hat, welche Beweise als in keinem Fall verwertbar gelten. Die Strafbehörden haben vorliegend keine verbotenen Beweiserhebungsmethoden im Sinne von Art. 140 StPO angewendet. Zudem werden Beweise, die durch ein zu Unrecht wiederaufgenommenes Verfahren gesammelt worden sind, vom Gesetz nicht als absolut unverwertbar bezeichnet. Eine absolute Unverwertbarkeit könnte allenfalls dann bejaht werden, wenn die Rechte der beschuldigten Person in gleicher Weise tangiert werden wie bei Verletzung qualifizierter Gültigkeitsvorschriften im Sinne des zweiten Satzes von Art. 141 Abs. 1 StPO (GLESS, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 79 zu Art. 141). Das ist aber vorliegend nicht erkennbar. Sowohl die im Rahmen des wiederaufgenommenen Verfahrens angeordneten Überwachungen gemäss Art. 269 ff. und Art. 280 ff. StPO als auch die angeordnete verdeckte Ermittlung gemäss Art. 285 ff. StPO wurden genehmigt. Es ist zu berücksichtigen, dass die Beurteilung, ob Wiederaufnahmegründe nach Art. 323 StPO vorliegen, im Einzelfall umstritten und heikel sein kann (dies zeigt sich im Übrigen auch vorliegend, umfasst die Begründung des Regionalgerichts zu dieser Frage beinahe fünf Seiten). Auch mit Blick darauf rechtfertigt es sich nicht, die im Rahmen einer zu Unrecht erfolgten Wiederaufnahme gesammelten Beweise generell als unzulässige Beweisausforschung zu bezeichnen.

Erscheinen das Vorgehen der Staatsanwaltschaft und die damit verbundene Beweisaufnahme das Ergebnis einer falschen Würdigung zu sein, wird ihr Handeln nicht zu einer Beweisausforschung und stellt auch keinen direkten oder offensichtlichen Verstoß gegen grundlegende Menschenrechte oder Verfahrensgarantien wie die Unschuldsvermutung oder den Grundsatz «ne bis in idem» dar.

- 6.4 Ein Indiz für eine Beweisausforschung ist das Missverhältnis zwischen der Anlassstat, die die Zwangsmassnahme begründete, und dem eingesetzten Mittel. Keine zufällige Entdeckung liegt jedenfalls dann vor, wenn Spuren und/oder Gegenstände an Orten gesucht werden, wo sich solche in Bezug auf das abzuklärende Delikt vernünftigerweise nicht vermuten lassen (vgl. zum Ganzen Urteil des Obergerichts Zürich SB190225 vom 20. Januar 2020 mit Verweis auf GFELLER/THORMANN, a.a.O., N. 13 und N. 18 zu Art. 243 StPO). Das Verfahren wegen des Tötungsdelikts zum Nachteil von E._____ wurde auch nach der erstmaligen Einstellung des gegen den Beschuldigten geführten Strafverfahrens gegen unbekannte Täterschaft weitergeführt. Aus dem Rapport der Kantonspolizei vom 2. Juni 2014 geht hervor, dass nach einer gründlichen Auseinanderlegung der damals gesammelten Fakten unter Einbezug der OFA der Beschuldigte ins Zentrum der Ermittlungen rückte (pag. 2 Akten EO 14 6023). Es ist unbestritten, dass ein Tatverdacht gegen den Beschuldigten vorlag und die Zwangsmassnahmen darauf abzielten, das Tötungsdelikt abzuklären. Mit Blick auf den Tötungsvorwurf stehen die durchgeführten Überwachungen (Echtzeitüberwachung Telefon, Audio- bzw. Innenraumüberwachung/Standortüberwachung) sowie die Observation und die verdeckte Ermittlung nicht in einem Missverhältnis zur Schwere der Anlassstat. Da das Verhalten des Beschuldigten sowie insbesondere seine allfälligen Äusserungen zur Tat gegenüber Dritten Gegenstand der Ermittlungen waren, sind diese Beweismassnahmen auch geeignet und mit Blick auf die Abklärung des Tötungsdeliktes zielführend. Die im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgten Beweiserhebungen erfolgten jedenfalls nicht ohne dringenden Tatverdacht, sondern basierten auf einer nochmaligen Würdigung der Beweismittel, dem Einbezug einer OFA sowie den Erkenntnissen, welche sich aus der gegen unbekannte Täterschaft geführten Untersuchung ergaben. Es lag damit auch ein neues Aktenstück vor, welches der Staatsanwaltschaft als Beweismittel diene. Auch wenn dieses, wie die Überprüfung des Gerichts ex post ergeben hat, nicht als Grund für eine Wiederaufnahme ausreicht, enthielt es zumindest Hinweise, die nach wie vor auf die Täterschaft des Beschuldigten deuteten. Es trifft zu, dass die Wiederaufnahme erst nach mehr als einem Jahr nach Ausstellung der OFA erfolgt ist. Das ist aber kein zwingender Hinweis dafür, dass die OFA für die Staatsanwaltschaft nicht der Grund für die Wiederaufnahme gewesen ist. Jedenfalls erfolgten vor der Wiederaufnahme keine Ermittlungen gegen den Beschuldigten und es muss erlaubt sein, vor einer Wiederaufnahme die Ermittlungen gegen unbekannte Täterschaft weiterzuführen. Da diese scheinbar ergebnislos verlaufen sind, rückte der Beschuldigte definitiv wieder ins Zentrum der Ermittlungen, weshalb die Wiederaufnahme erfolgt ist. Der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft zu Unrecht von einem Wiederaufnahmegrund im Sinne von Art. 323 StPO ausgegangen ist, kann bei dieser Ausgangslage daher nicht zum Schluss führen, es lägen aufs Geratewohl getätigte Beweismassnahmen vor.

- 6.5 Es gibt auch keine Hinweise dafür, dass das Verfahren unter einem Vorwand und einzig mit dem Ziel wiederaufgenommen worden ist, in diesem Rahmen Belastungstatsachen zu gewinnen, oder dass es darum gegangen ist, Hinweise auf seine Beteiligung an anderen Straftaten zu sammeln. Eine Komplettausforschung jenseits des Rechts liegt nicht vor. Die Ausgangslage ist insofern vergleichbar mit einer Nichtanhandnahme oder einer Einstellung, welche aufgrund eines fehlenden bzw. nicht erhärteten Tatverdachts erfolgt sind (vgl. Art. 310 Abs. 1 Bst. a und Art. 319 Abs. 1 Bst. a StPO). Eine Wiederaufnahme erfordert zwar zusätzlich neue Beweismittel und es ist zu berücksichtigen, dass schon einmal eingestellt worden ist. Sind die Wiederaufnahmegründe aber weder offensichtlich inexistent noch vorge-schoben, gibt es keinen Grund, die Wiederaufnahme als unzulässige Beweisausforschung zu bezeichnen. In casu erfolgten die Beweisaufnahmen, anders als in BGE 137 I 218, weder wissentlich noch willentlich ausserhalb eines Strafverfahrens oder ohne gesetzliche Grundlage und losgelöst von einem Anfangsverdacht. Vor diesem Hintergrund ist weder der Kerngehalt der Unschuldsvermutung betroffen noch der Grundsatz «ne bis in idem» in einer krassen Form verletzt. Von einer absoluten Unverwertbarkeit der Beweise im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO ist vor diesem Hintergrund nicht auszugehen. Das heisst aber auch, dass die zufällig entdeckten Spuren und Gegenstände, die mit der abzuklärenden Straftat nicht in Zusammenhang stehen, aber einen Tatverdacht wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, das Waffengesetz und das Strassenverkehrsgesetz sowie wegen Diebstahls, evtl. Hehlerei, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruchs begründeten, als Zufallsfunde zu behandeln sind. Unter welchen Voraussetzungen diese Zufallsfunde verwertbar sind, hat nicht die Beschwerdekammer als erste Instanz zu entscheiden. Jedenfalls kann mit Blick auf die fehlende absolute Unverwertbarkeit der Beweise die Einstellung nicht mit der vom Regionalgericht vorgenommenen Würdigung erfolgen. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der Einstellungsbeschluss des Regionalgerichts aufzuheben.
7. Bei dieser Ausgangslage hat die Regelung der erst- und oberinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen in der neuen Entscheidung zu erfolgen (Art. 421 Abs. 1 StPO; vgl. auch Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich III. Strafkammer UH150162 vom 11. Juni 2015). Das heisst die erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 9'300.00 sowie die oberinstanzlichen Verfahrenskosten, bestimmt auf CHF 2'000.00, werden zur Hauptsache geschlagen. Die Entschädigung für die amtliche Verteidigung durch Rechtsanwalt B._____ wird am Ende des Verfahrens festgesetzt.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Beschluss des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau, Kollegialgericht Dreierbesetzung, vom 25. März 2021 (PEN 20 164) wird aufgehoben.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, bestimmt auf CHF 9'300.00, sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 2'000.00, werden zur Hauptsache geschlagen.
3. Die amtliche Entschädigung von Rechtsanwalt B._____ für das erstinstanzliche Verfahren sowie das Beschwerdeverfahren wird am Ende des Verfahrens durch das Regionalgericht festgesetzt.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin (per Einschreiben)
 - dem Beschuldigten, a.v.d. Rechtsanwalt B._____ (per Einschreiben)
 - dem Regionalgericht Emmental-Oberaargau, Gerichtspräsident F._____ (mit den Akten – per Einschreiben)Mitzuteilen:
 - der Generalstaatsanwaltschaft (per Kurier)

Bern, 19. Juli 2021

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.