

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 7

Bern, 12. März 2021

Besetzung

Oberrichter J. Bähler (Präsident), Oberrichter Schmid, Oberrichte-
rin Hubschmid
Gerichtsschreiber Müller

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Rechtsanwältin **B.** _____
Beschuldigter/Beschwerdeführer



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

Gegenstand

Überwachungsmassnahme / Verletzung des rechtlichen Gehörs
Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz

Neubeurteilung des Beschlusses der Beschwerdekammer in
Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern BK 20 295 vom
7. September 2020

Erwägungen:

1.

1.1 Die Regionale Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt gegen A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ein Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie wegen Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz. Mit Schreiben vom 20. Juli 2020 teilte die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 283 der Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) mit, dass er in der Zeit vom 11. September bis 10. Oktober 2019 in unregelmässigen Abständen polizeilich observiert worden sei. Mit Eingabe vom 28. Juli 2020 erhob die Verteidigung im Namen des Beschwerdeführers Beschwerde mit folgenden Anträgen:

1. Die Mitteilung einer Observation vom 20. Juli 2020 sei aufzuheben;
2. Die Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau sei anzuweisen, ihrer Dokumentations- sowie Aktenführungspflicht nachzukommen und insbesondere zu belegen, wann der Beschwerdeführer durch wen, wo und mit welchen Ergebnissen überwacht wurde;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge

Mit Stellungnahme vom 14. August 2020 beantragte die Generalstaatsanwaltschaft die Abweisung der Beschwerde. Diese Rechtsschrift wurde dem Beschwerdeführer am 19. August 2020 zugestellt.

1.2 Mit Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 20 295 vom 7. Dezember 2020 trat die Beschwerdekammer auf die Beschwerde nicht ein; zur Begründung hielt sie im Wesentlichen Folgendes fest:

Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert zehn 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]). Das gilt auch für Observationen im Sinne von Art. 282 f. StPO, selbst wenn in Art. 283 StPO mit dem Titel «Mitteilung» – anders als etwa in Art. 279 Abs. 3, Art. 285 Abs. 4 oder Art. 298 Abs. 3 StPO – keine Beschwerdemöglichkeit angegeben ist. Dies ergibt sich daraus, dass gemäss Art. 20 Abs. 1 Bst. b und Art. 393 Abs. 1 Bst. a StPO grundsätzlich bei Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft und der Polizei die Beschwerde zulässig ist, bei Entscheiden des Zwangsmassnahmengerichts indes nur in den im Gesetz vorgesehenen Fällen (Art. 20 Abs. 1 Bst. c und Art. 393 Abs. 1 Bst. c StPO; siehe dazu auch Urteil des Bundesgerichts 1B_450/2017 vom 29. März 2018 E. 1.2.3 [...]). Vorliegend hatte die Kantonspolizei die Observation durchgeführt. Da diese weniger als einen Monat gedauert hatte, bedurfte sie keiner Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft (Art. 282 Abs. 2 StPO). Handelnde Strafverfolgungsbehörde war somit die Polizei (vgl. Art. 15 StPO). Dementsprechend wäre mittels Beschwerde die Observation durch die Polizei anzufechten gewesen (überzeugend GUIDON, a.a.O., Rz. 60 Fn. 210: Die Möglichkeit zur Beschwerdeführung ist zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich jedoch aus der allgemeinen Anfechtbarkeit hoheitlicher Verfahrenshandlungen der Polizei (vgl. dazu auch FN. 324). Die Beschwerde hat sich nach meinem Dafürhalten bei derartigen Observationen ohne Genehmigung der Staatsanwaltschaft gegen die Anordnung durch die Polizei zu richten.). Der Beschwerdeführer stellt wie gesehen in seinem Rechtsbegehren 1 den

Antrag, die «Mitteilung einer Observation vom 20. Juli 2020 sei aufzuheben». Es kann offengelassen werden, ob diese Mitteilung überhaupt beschwerdefähig ist. Auf jeden Fall besitzt der Beschwerdeführer kein rechtlich geschütztes Interesse hinsichtlich einer «Aufhebung» des Mitteilungsschreibens (Art. 382 Abs. 1 StPO). Abgesehen davon, dass die Beschwerde nicht gegen das korrekte Anfechtungsobjekt zielt, richtet sich das Rechtsbegehren 1 auch nicht gegen die behaupteterweise rechtswidrig durchgeführte bzw. mangelhaft dokumentierte Observation (durch die Polizei). Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hätte dies erkennen und gegen die Observation selber opponieren müssen. Zumindest hätte in der Beschwerdeschrift – gespiegelt in den Rechtsbegehren – die Behauptung aufgestellt werden müssen, dass das Anfechtungsobjekt (staatsanwaltschaftliche Mitteilung vom 20. Juli 2020 / Nachtrag der Kantonspolizei vom 16. Juli 2020) nicht restlos klar erscheine und er zur Beschwerde so oder anders legitimiert sein müsse, um sich gegen die durchgeführte Observation bzw. deren angeblich nicht vorhandene Dokumentation zu wehren. An dieser Erkenntnis ändert Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung nichts, auch wenn diese inkorrekt ist (A. _____ kann innert 10 Tagen seit der Zustellung dieses Schreibens schriftlich und begründet Beschwerde gemäss Art. 393 ff. StPO bei der Beschwerdekammer des Obergerichts des Kantons Bern, Hochschulstrasse 17, Postfach 7475, 3001 Bern erheben.). Was das Rechtsbegehren 2 betrifft, ist bzw. wäre die Beschwerdekammer grundsätzlich nicht dazu befugt, die Staatsanwaltschaft anzuweisen, ihrer Dokumentationspflicht nachzukommen und insbesondere zu belegen, wann der Beschwerdeführer wie überwacht worden ist (vgl. Art. 397 Abs. 2-4 StPO [e contrario]). Das Schreiben der Staatsanwaltschaft vom 20. Juli 2020 taugt nicht zur Prüfung der staatsanwaltschaftlichen Dokumentations- und Aktenführungspflicht durch die Beschwerdekammer. Der Prozessgegenstand vor der Beschwerdeinstanz wird durch das Anfechtungsobjekt verbindlich definiert bzw. beschränkt. Auf das – nach Ansicht der Beschwerdekammer ohnehin von Rechtsbegehren 1 abhängige – Rechtsbegehren 2 ist ebenfalls nicht einzutreten. Auf die Beschwerde kann insgesamt nicht eingetreten werden.

1.3 Eine dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht am 9. Dezember 2020 gut (Urteil des Bundesgerichts 1B_529/2020 vom 9. Dezember 2020):

2.4 Wie alle Prozesshandlungen sind auch Rechtsbegehren nach Treu und Glauben auszulegen, insbesondere im Licht der dazu gegebenen Begründung (BGE 123 IV 125 E. 1 S. 127). Nach der Rechtsprechung schadet eine sichtlich ungewollte oder unbeholfene Wortwahl ebensowenig wie eine nicht geglückte oder rechtsirrtümliche Ausdrucksweise. Es genügt, wenn der Beschwerde insgesamt entnommen werden kann, was der Beschwerdeführer verlangt (Urteil 1C 37/2020 vom 24. Juni 2020 E. 1.2 mit Hinweisen). Tritt ein Gericht auf ein Rechtsmittel mit formell mangelhaften Rechtsbegehren nicht ein, obwohl sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, was der Beschwerdeführer verlangt, so verstösst es gegen das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV; BGE 137 III 617 E. 6.2- 6.3 S. 621 f. mit Hinweisen). Dieses Verbot weist einen engen Bezug zum Grundsatz von Treu und Glauben auf (Art. 5 Abs. 3 BV; zum Ganzen: Urteil 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020 E. 4.3 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 146 III 203). **2.5** Gemäss Art. 283 Abs. 1 StPO teilt die Staatsanwaltschaft den von einer Observation direkt betroffenen Personen spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens Grund, Art und Dauer der Observation mit. Die Mitteilungspflicht ist eng mit dem Beschwerderecht verknüpft, da die betroffenen Personen erst aufgrund der Kenntnisnahme von der Observation in die Lage versetzt werden, dagegen Beschwerde zu erheben (siehe zu den Anforderungen an die Mitteilung und dem damit zusammenhängenden Beginn des Laufs der Beschwerdefrist im Einzelnen Urteil 1B_40/2016 vom 12. April 2016 E. 2.1 f. mit Hinweisen). Entsprechendes gilt für das aus dem rechtlichen Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) fliessende Akteneinsichtsrecht und die damit einhergehende Pflicht der Strafbehörden zur vollständigen Aktenführung. Auch sie sind Voraussetzung für eine effektive Wahrneh-

mung des Beschwerderechts durch die von einer Observation direkt betroffenen Personen (vgl. BGE 139 I 206 E. 3.4.1 S. 215 f. mit Hinweisen). **2.6** In Berücksichtigung dieser Umstände ist der Begründung der Beschwerde vom 28. Juli 2020 ohne Weiteres zu entnehmen, dass es dem Beschwerdeführer um die Observation selbst geht, auch wenn sich das Rechtsbegehren 1 einzig gegen deren Mitteilung richtet. Er macht darin insbesondere geltend, aus den Akten ergäben sich Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten in Bezug auf den Zeitpunkt und die Dauer der Observation sowie die Fotos aus der Bevölkerung, die der Polizei zugestellt worden seien. Er sei jedoch nicht in der Lage, eine hinreichend begründete Kritik zu formulieren, weil die Akten unvollständig seien. Die Polizei führe aus, dass aus taktischen Gründen keine Details zu den Überwachungen bekannt gegeben würden, doch sei dieser Einwand für ihn nicht nachvollziehbar, da die Untersuchung offenbar abgeschlossen und Geheimakten zudem gesetzeswidrig seien. **2.7** Wenn die Vorinstanz trotz dieser Begründung verlangt, in der Beschwerdeschrift — "gespiegelt in den Rechtsbegehren" — hätte zumindest die Behauptung aufgestellt werden müssen, dass das Anfechtungsobjekt nicht restlos klar erscheine und er zur Beschwerde so oder anders legitimiert sein müsse, um sich gegen die durchgeführte Observation bzw. deren angeblich nicht vorhandene Dokumentation zu wehren, erscheint dies überspitzt formalistisch. Aus der betreffenden Erwägung des Obergerichts geht denn auch hervor, dass es im Grunde genommen ebenfalls erkannte, worum es dem Beschwerdeführer inhaltlich ging. Die Rüge der Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV ist deshalb berechtigt.

- 1.4 Im Neubeurteilungsverfahren wurde kein weiterer Schriftenwechsel durchgeführt (vgl. verfahrensleitende Verfügung vom 8. Januar 2021). Indes edierte die Verfahrensleitung am 4. Februar 2021 beim *Kommando der Kantonspolizei* einen «Journalauszug oder dergleichen betreffend die Anordnung der fraglichen Observation des Beschwerdeführers» (vgl. dazu bereits oben E. 1.3: Dementsprechend wäre mittels Beschwerde die *Observation durch die Polizei* anzufechten gewesen [...] [kursive Hervorhebung hinzugefügt]). Die Antwort des Kommandos der Kantonspolizei vom 10. Februar 2021 wurde den Parteien mit Verfügung vom 12. Februar 2021 zugestellt. Der Beschwerdeführer reichte am 22. Februar 2021 abschliessende Bemerkungen ein.
2. Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert zehn 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]). Das gilt auch für Observationen im Sinne von Art. 282 f. StPO, selbst wenn in Art. 283 StPO mit dem Titel «Mitteilung» – anders als etwa in Art. 279 Abs. 3, Art. 285 Abs. 4 oder Art. 298 Abs. 3 StPO – keine Beschwerdemöglichkeit angegeben ist. Dies ergibt sich daraus, dass gemäss Art. 20 Abs. 1 Bst. b und Art. 393 Abs. 1 Bst. a StPO grundsätzlich bei Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft und der Polizei die Beschwerde zulässig ist, bei Entscheiden des Zwangsmassnahmengerichts indes nur in den im Gesetz vorgesehenen Fällen (Art. 20 Abs. 1 Bst. c und Art. 393 Abs. 1 Bst. c StPO; siehe dazu auch Urteil des Bundesgerichts 1B_450/2017 vom 29. März 2018 E. 1.2.3 [Cela étant, si la communication d'une décision rendue par le Ministère public ouvre en principe la voie du recours sur le plan cantonal (art. 20 al. 1 let. b et 393 al. 1 let. a CPP), cela ne suffit pas pour considérer qu'un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF découlerait dudit prononcé.],

GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, 2011, Rz. 60 Fn. 209 f. und Rz. 106 Fn. 324 sowie FREI, Grundlagen und Grenzen der Observation, in: IMPULSE - Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Nr. 28, 2018, S. 23 ff., Rz. 65 m.w.H.). Auf die Beschwerde wird eingetreten.

3. Die Beschwerde ist wie folgt begründet: Am 10. Oktober 2019 sei der Beschwerdeführer festgenommen und es sei eine Untersuchung wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, evtl. qualifiziert begangen, sowie wegen Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz eröffnet worden. Ihm seien im Laufe der Untersuchung Ergebnisse aus einer Observation vorgehalten worden; bspw. auf Zeile 33 ff. anlässlich der Einvernahme vom 10. Oktober 2019. Am 1. Juli 2020 habe die Staatsanwaltschaft die Mitteilung erlassen, dass sie die Strafuntersuchung als vollständig erachte, und habe eine Frist von zehn Tagen gesetzt, um Beweisanträge zu stellen. Die Akten seien der Mitteilung beigelegt worden. Mit Schreiben vom 14. Juli 2020 habe sich die Verteidigerin nach der Mitteilung gemäss Art. 283 Abs. 1 StPO erkundigt. Zudem habe sie darauf hingewiesen, dass sich in den amtlichen Akten keine Unterlagen zur Observation befänden. Am 20. Juli 2020 sei die Mitteilung einer Observation erfolgt. Der Mitteilung sei lediglich der Nachtrag der Polizei vom 16. Juli 2020 beigelegt gewesen. Auf Anfrage habe die Staatsanwaltschaft bestätigt, dass es sich bei den Beschwerdebeilagen 1 und 7 um die einzigen Aktenstücke handle, welche seit der letzten Akteneinsicht neu hinzugekommen seien. Mithin werde die Verletzung der Aktenführungspflicht (Art. 100 StPO) sowie die Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 107 StPO) gerügt.

Aus dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör ergebe sich für die beschuldigte Person das grundsätzlich uneingeschränkte Recht, in alle für das Verfahren wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen. Das Akteneinsichtsrecht solle sicherstellen, dass die beschuldigte Person von den Entscheidungsgrundlagen Kenntnis nehmen und sich wirksam verteidigen könne. Die Wahrnehmung dieses Anspruchs setze voraus, dass die Akten vollständig seien. In einem Strafverfahren bedeute dies, dass die Beweismittel, jedenfalls soweit sie nicht unmittelbar an der gerichtlichen Hauptverhandlung erhoben würden, in den Untersuchungsakten vorhanden sein müssten und dass belegt werden müsse, wie sie produziert worden seien, damit die beschuldigte Person in der Lage sei zu prüfen, ob sie inhaltliche oder formelle Mängel aufwiesen, und gegebenenfalls Einwände gegen deren Verwertbarkeit erheben könne. Dies sei Voraussetzung dafür, dass sie ihre Verteidigungsrechte überhaupt wahrnehmen könne, wie dies Art. 32 Abs. 2 BV verlange (Verweis auf BGE 129 I 85, E. 4.1 und Urteil des Bundesgerichts 6B_1368/2017 vom 14. Juni 2018 E. 2.3.). Die Dokumentationspflicht gelte auf allen Verfahrensstufen, also auch im polizeilichen Ermittlungsverfahren. Dem Beschwerdeführer sei aufgrund verschiedener Vorhalte im Rahmen der Einvernahmen bekannt gewesen, dass er von der Polizei observiert worden sei. Er habe erwartet, mittels Akteneinsicht nachvollziehen zu können, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten er wo observiert worden sei und welche Ergebnisse aus dieser Observation stammten. Im Vorfeld zur Schlusseinvernahme vom 26. Mai 2020 habe die Verteidigerin um

Akteneinsicht gebeten. In den daraufhin erhaltenen Akten hätten sich jedoch keine Unterlagen zur durchgeführten Observation finden lassen.

Der Beschwerdeführer sei davon ausgegangen, dass die Staatsanwaltschaft ihm die Mitteilung einer Observation gemäss Art. 283 StPO nach der erfolgten Schluss-einvernahme zukommen lassen werde und er zu diesem Zeitpunkt in die Unterlagen Einsicht nehmen könne. Er habe jedoch feststellen müssen, dass die zusammen mit der Mitteilung vom 1. Juli 2020 zugestellten Akten weder die erwarteten Unterlagen enthalten hätten noch eine Mitteilung einer Observation erfolgt sei. Erst auf Nachfrage hin habe die Staatsanwaltschaft um einen Nachtrag der Polizei ersucht, datiere dieser doch vom 16. Juli 2020. Es sei somit fraglich, ob die Mitteilung ohne Nachfrage überhaupt erfolgt wäre. Dem Nachtrag der Polizei sei wenig zu entnehmen. So werde ausgeführt, dass die Observation des Beschwerdeführers am 11. September 2019 begonnen und am 10. Oktober 2019 geendet habe. Eine Anordnungsverfügung der Polizei sei nicht beigelegt, weshalb nicht überprüft werden könne, ob die Observation tatsächlich am 11. September 2019 begonnen habe. Es mute seltsam an, dass sie ausgerechnet am letzten Tag geendet habe, bevor die Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft hätte eingeholt werden müssen. Fragen werfe zudem auf, dass die Hinweise aus der Bevölkerung bereits im Mai 2019 eingegangen sein sollen, mit der Observation jedoch noch weitere drei Monate zugewartet worden sei. Die Polizei führe aus, dass aus taktischen Gründen keine Details zur Überwachung bekannt gegeben würden. Dieser Einwand sei nicht nachvollziehbar, insbesondere, da die Untersuchung des Verfahrens als abgeschlossen erachtet werde. Geheimakten seien gesetzeswidrig. Damit überprüfbar sei, ob die in die Akten aufgenommenen Beweismittel inhaltliche oder formelle Mängel aufwiesen und gegebenenfalls Einwände gegen deren Verwertbarkeit erhoben werden könnten, müsse aktenmässig belegt sein, wie die Beweismittel produziert worden seien. Im Nachtrag werde festgehalten, dass die dem Beschwerdeführer vorgehaltenen Fotografien nicht aus der Observation von der Polizei stammten, sondern der Polizei im Mai 2019 aus der Bevölkerung zugestellt worden seien. Auch hierzu fehlten jegliche Unterlagen, namentlich Angaben dazu, wer diese Fotografien wann erstellt habe und wann diese der Polizei zugekommen seien. Mithin seien die amtlichen Akten unvollständig. Dadurch werde das rechtliche Gehör verletzt. Die Mitteilung der Staatsanwaltschaft vom 20. Juli 2020 sei aufzuheben und die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, die amtlichen Akten zu vervollständigen. Nach Vervollständigung der Akten habe die Mitteilung gemäss Art. 283 StPO nochmals zu ergehen, da der Beschwerdeführer sich erst dann zur Frage äussern könne, ob die Observation formell und/oder materiell mangelhaft sei.

4. Die Generalstaatsanwaltschaft entgegnet dem was folgt:

Vorliegend ist dem Anzeigerapport vom 10. Februar 2020 zu entnehmen, dass aufgrund von Fotos und mehrfachen konkreten Hinweisen aus der Bevölkerung der Anfangsverdacht bestand, der Beschuldigte könnte Handel mit Betäubungsmitteln betreiben. Die Hinweise sind im Mai bzw. August 2019 bei der Polizei eingegangen. Aufgrund von Arbeitsüberlastung respektive personeller Engpässe bei der Polizei wurden die Ermittlungen, insbesondere die Observation, sodann erst am 11. September 2019 aufgenommen [...]. Die Polizei ist gestützt auf ihren Auftrag verpflichtet solchen Hinweisen aus der Bevölkerung nachzugehen. [...] Zudem wurde dem Beschwerdeführer in der Einvernahme

vom 31. Oktober 2019 mitgeteilt, dass der Polizei aus der Bevölkerung Fotos zugegangen sind und diese wurden ihm vorgehalten, sodass er dazu Stellung beziehen [...] konnte. Was die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Dokumentation der durchgeführten Observation angeht, so ist dazu festzuhalten, dass Beginn und Ende der Observation im Nachtragsrapport vom 16. Juli 2020 dokumentiert sind. Dem Anzeigerapport vom 10. Februar 2020 sind zudem die Art sowie die Orte der Observation, insbesondere die für das Strafverfahren relevanten Erkenntnisse, zu entnehmen. Damit ist ausreichend dokumentiert, wie das Beweismittel entstanden ist und welche Erkenntnisse daraus für das Strafverfahren verwendet wurden. [...] Die Beweismittel und die Umstände ihrer Entstehung waren dem Beschwerdeführer somit ausreichend bekannt und er hatte die Möglichkeit dazu Stellung zu beziehen bzw. die Abnahme weiterer Beweise zu beantragen. Im Ergebnis ist somit keine Einschränkung der Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers ersichtlich. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor [...].

5. In den abschliessenden Bemerkungen fügt der Beschwerdeführer an, die Verfahrensleitung habe am 4. Februar 2021 bei der Kantonspolizei Unterlagen betreffend Anordnung der Observation ediert. Es habe sich herausgestellt, dass keine Unterlagen vorhanden seien. Stattdessen habe die Kantonspolizei mitgeteilt, dass sich in den Akten einzig der Nachtrag vom 16. Juli 2020 befinde. Diesem Nachtrag sei zu entnehmen, dass die fragliche Observation gegen den Beschwerdeführer angeblich am 11. September 2019 begonnen habe und am 10. Oktober 2019 mit der Anhaltung beendet worden sei. Die Observation soll also einen Monat gedauert haben, sodass eine Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft nicht notwendig gewesen sei. Zunächst sei zu erwähnen, dass der Nachtrag vom 16. Juli 2020 nur deshalb erstellt worden sei, weil die Staatsanwaltschaft darauf hingewiesen worden sei, dass keinerlei Unterlagen zur Observation vorhanden seien. Ohne diesen Nachtrag gäbe es in den Akten keinerlei Anhaltspunkte zur Dauer der Observation. Es sei immer noch nicht nachvollziehbar, weshalb die Polizei wissen wolle, dass sie am 11. September 2019 mit der Observation begonnen habe, wenn keine Journaleinträge existierten. Ferner sei nicht klar, weshalb erst an diesem Tag mit der Observation begonnen worden sei, wenn doch die Hinweise aus der Bevölkerung bereits im Mai 2019 bei der Polizei eingegangen sein sollen. Der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft sei zu entnehmen, dass dies aufgrund von Arbeitsüberlastung der Fall gewesen sei. Es sei jedoch nicht bekannt, woher die Generalstaatsanwaltschaft diese Information habe. Die Generalstaatsanwaltschaft habe ausgeführt, dass die Polizei nicht verpflichtet sei, das komplette Observationsdossier offenzulegen. Wenn die Strafbehörden es jedoch versäumten, die notwendigen Protokolle gemäss Art. 76 StPO zu erstellen, könne dies nicht dem Beschuldigten angelastet werden. Sein Recht auf Akteneinsicht müsse sichergestellt sein, um eine wirksame Verteidigung zu ermöglichen.
- 6.
- 6.1 Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher einen wichtigen und deshalb eigens aufgeführten Teilaspekt des allgemeinen Grundsatzes des fairen Verfahrens von Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellt, ergibt sich für den Beschuldigten das grundsätzlich uneinge-

schränkte Recht, in alle für das Verfahren wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen (Art. 107 StPO; BGE 121 I 225 E. 2.a m.w.H.). Das Akteneinsichtsrecht soll sicherstellen, dass der Beschuldigte als Verfahrenspartei von den Entscheidungsgrundlagen Kenntnis nehmen und sich wirksam und sachbezogen verteidigen kann (BGE 126 I 7 E. 2b). Die effektive Wahrnehmung dieses Anspruchs setzt notwendig voraus, dass die Akten vollständig sind.

Für jede Strafsache wird ein Aktendossier angelegt. Dieses enthält: a. die Verfahrens- und die Einvernahmeprotokolle; b. die von der Strafbehörde zusammengetragenen Akten; c. die von den Parteien eingereichten Akten (Art. 100 Abs. 1 StPO).

Gemäss Art. 76 StPO sind die Verfahrenshandlungen, welche nicht schriftlich durchgeführt werden, zu protokollieren. Betreffend die Observation im Sinne von Art. 282 f. StPO bedeutet dies, dass die Observationshandlungen, insbesondere Grund, Art und Dauer der Observation, dokumentiert werden müssen. Die Polizei ist jedoch nicht verpflichtet, das komplette Observationsdossier, respektive Details ihrer Ermittlungstätigkeit – namentlich taktische Vorgehensweisen – offenzulegen (FREI, a.a.O., Rz. 67). Namentlich müssen auch die konkreten Zeitpunkte der Observation innerhalb der Observationszeitspanne nicht bekannt gegeben werden (HANSJAKOB/PAJAROLA, in: Kommentar StPO, 3. Aufl. 2020, N. 2 zu Art. 283 StPO).

Art. 307 Abs. 3 StPO bestimmt, dass die Polizei ihre Feststellungen und die von ihr getroffenen Massnahmen laufend in schriftlichen Berichten festhält. Die Rapportierung entspricht der in Art. 76 StPO statuierten allgemeinen Dokumentationspflicht. Die Verschriftlichung sämtlicher von der Polizei getätigten Ermittlungshandlungen ist nicht nur hinsichtlich der Information gegenüber der Staatsanwaltschaft von Relevanz, sondern auch für ein allfälliges Beschwerdeverfahren. Zudem stellt sie eine Grundlage dar für die nachträgliche Beurteilung des Anfangsverdachts sowie des konkreten Tatverdachts bei einer allenfalls nachfolgenden Eröffnung einer Untersuchung und nicht zuletzt den damit verbundenen Parteirechten (BÜRGE, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, 2018, S. 181).

Die Polizei kann im Ermittlungsverfahren nach Art. 306 ff. selbstständig Observationen verfügen. Ist das Strafverfahren gegen eine beschuldigte Person angehoben, dann ist allerdings nur noch die Staatsanwaltschaft für die Anordnung der Observation der beschuldigten Person zuständig. Bedenken gegen diese Zuständigkeitsordnung sind nicht angezeigt. Wenn intensiv observiert werden soll, sind in der Regel begleitende andere Überwachungsmassnahmen (insbesondere Telefonüberwachungen) erforderlich, sodass in solchen Fällen ohnehin eine Untersuchung eröffnet und die entsprechenden Massnahmen durch die Staatsanwaltschaft verfügt werden müssen. Hat die polizeiliche Observation einen Monat gedauert, so ist deren Fortsetzung durch die Staatsanwaltschaft zu genehmigen. Das setzt voraus, dass der Beginn der Observation aktenkundig ist, was nur dann möglich ist, wenn sie schriftlich verfügt und ein Journal geführt wird. Damit die Zulässigkeit einer Observation auch im Nachhinein beurteilt werden kann, hat die Anordnungsverfügung die Angaben darüber zu enthalten, welche Personen oder Sachen zu observieren sind, welche Verbrechen oder Vergehen aufgeklärt werden sollen, worin der Tatverdacht besteht und warum das Subsidiaritätsprinzip eingehalten ist. Nicht erforderlich sind Angaben über die eingesetzten Polizeikräfte und technischen Hilfsmittel; es genügt, wenn umschrieben wird, welche Personen oder Sachen zu welchem Zweck (und allenfalls mit welchen zeitlichen Restriktionen) beobachtet werden sollen (HANSJAKOB/PAJAROLA, a.a.O., N. 25-27 zu Art. 282 StPO).

Im Ermittlungsverfahren kann die Polizei für eine begrenzte Zeitdauer eine Observation selbstständig anordnen. Ist das Strafverfahren gegen die beschuldigte Person eröffnet (Art. 309 StPO) so ist nur noch die Staatsanwaltschaft zur Anordnung der Observation befugt. Soll die polizeilich angeordnete Observation über einen Monat hinaus andauern, ist sie durch die Staatsanwaltschaft zu genehmigen. Für den Beginn des Fristenlaufes massgebend soll der Zeitpunkt der Aufnahme der Observation, nicht deren Anordnung sein. Trotz dieser in der Botschaft klar geäusserten Absicht über die Bestimmung des Zeitpunktes ist die Praxistauglichkeit fraglich, da der Begriff der Aufnahme der Observationstätigkeit interpretationsbedürftig ist, während die Anordnung selber zu dokumentieren und aktenkundig zu machen ist (Art. 80 Abs. 3; Art. 100) und daher über deren Zeitpunkt kein Zweifel besteht. Es handelt sich bei dieser Bestimmung um eine Sonderregelung, da bei den übrigen geheimen Zwangsmassnahmen immer die Anordnung der massgebliche Zeitpunkt für ihre Dauer ist. Für einen Fristbeginn mit der erfolgreichen Aufnahme der Observation spricht in erster Linie die Ausgestaltung der Massnahme als Zwangsmassnahme (EUGSTER/KATZENSTEIN, in: Basler Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, N. 18 f. zu Art. 282 StPO).

- 6.2 Dem Anzeigerapport vom 10. Februar 2020 (pag. 64 ff.) ist zu entnehmen, dass aufgrund von Fotos und mehrfachen konkreten Hinweisen aus der Bevölkerung der Anfangsverdacht bestand, der Beschwerdeführer könnte Handel mit Betäubungsmitteln betreiben. Die Hinweise sind bei der Polizei im *August 2019* (offenbar teilweise mit Fotos vom Mai 2019) eingegangen. Entgegen der Ansicht der Verteidigung nahm die Polizei also kurze Zeit später die Ermittlungen – insbesondere die Observation – auf. Die Kantonspolizei ist gestützt auf ihren Auftrag verpflichtet, derartigen Hinweisen aus der Bevölkerung nachzugehen. Sie ist zudem bei ihrer Arbeit auf die Mithilfe der Bevölkerung angewiesen. Mit Blick auf den Schutz der Persönlichkeitsrechte der Hinweisgeber ist es hier gerechtfertigt, die genauen Umstände der Hinweisgebung nicht offenzulegen. Zudem wurde dem Beschwerdeführer in der Einvernahme vom 31. Oktober 2019 mitgeteilt, dass der Polizei aus der Bevölkerung Fotos zugegangen seien und diese wurden ihm vorgehalten, sodass er dazu Stellung beziehen und allenfalls die Erhebung weiterer Beweise beantragen konnte (siehe pag. 190 Z. 187 ff.; zudem pag. 245 Z. 548 ff.). Dem Anzeigerapport vom 10. Februar 2020 sind überdies die Art sowie die Orte der Observation, insbesondere die für das Strafverfahren relevanten Erkenntnisse, zu entnehmen (pag. 67 unten sowie 68 oben). Damit ist grundsätzlich ausreichend dokumentiert, wie das Beweismittel entstanden ist und welche Erkenntnisse daraus für das Strafverfahren verwendet wurden. Eine Pflicht für eine darüberhinausgehende Offenlegung von inhaltlichen Details aus dem Observationsdossier besteht gemäss überzeugender Lehre (siehe oben E. 6.1) nicht und ist für die Wahrung der Verteidigungsrechte bzw. des Mitwirkungsrechts des Beschwerdeführers nicht notwendig. Die für das Strafverfahren relevanten Erkenntnisse aus der Ermittlung wurden dem Beschwerdeführer denn auch in den Einvernahmen vom 11. Oktober 2019 (vgl. pag. 183 Z. 153 ff.) sowie vom 31. Oktober 2019 (vgl. pag. 193 Z. 309 ff.) vorgehalten. Die Beweismittel und die Umstände ihrer Entstehung waren dem Beschwerdeführer somit prinzipiell bekannt und er hatte die Möglichkeit, dazu Stellung zu beziehen bzw. die Abnahme weiterer Beweise zu beantragen. Daran ändert auch nichts, dass der Nachtrag der Polizei erst am 16. Juli 2020 (auf Aufforderung hin) erstellt wurde, ist die Observation doch bereits im Anzeigerapport vom 10. Fe-

bruar 2020 einlässlich beschrieben. Insoweit ist somit weder eine Einschränkung der Verteidigungsrechte ersichtlich noch sind die Akten unvollständig.

- 6.3 Dennoch erweist sich die Beschwerde im Ergebnis als begründet: Was die Ausführungen des Beschwerdeführers zur *zeitlichen* Dokumentation der durchgeführten Observation angeht, so ist festzuhalten, dass Beginn und Ende der Observation zwar im Nachtragsrapport angegeben worden sind (vgl. Nachtragsrapport vom 16. Juli 2020 [Akten BK 20 295]). Ob diese Daten stimmen, konnte die Kammer jedoch trotz Editionsaufforderung vom 4. Februar 2021 (Bei der Kantonspolizei Bern, Kommando, wird ein Journalauszug oder dergleichen betreffend die Anordnung der fraglichen Observation des Beschwerdeführers ediert.) nicht verifizieren und entsprechend nicht berechnen, ob tatsächlich keine Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft notwendig war (vgl. Art 282 Abs. 2 StPO). Das Kommando der Kantonspolizei teilte der Verfahrensleitung am 10. Februar 2021 mit, ein Journaleintrag betreffend die Anordnung der fraglichen Observation sei nicht vorhanden, wobei angenommen werden darf, dass es diesbezüglich Kontakt mit dem EL-Fall, C._____, aufgenommen hatte. Die Kammer (und der Beschuldigte) kann im Lichte dessen nicht rechtsgenügend verlässlich prüfen, ob die Observation am 11. September 2019 begonnen hatte.

Im Weiteren ist nicht ausreichend klar erkennbar, wer die Observation konkret angeordnet hatte. Im Nachtragsrapport vom 16. Juli 2020 führte der EL-Fall, C._____, jedenfalls nicht aus, er persönlich habe den Auftrag für die Observation erteilt. Es ist bloss ausgeführt: «Beginn von unseren Überwachungen/Observationen war am Mittwoch, 11.09.2019.». Anzunehmen ist, dass zunächst die erwähnte Meldung aus der Bevölkerung erfolgt war, alsdann eine polizeiinterne Vorbesprechung durchgeführt und schliesslich mit der Observation (im Team) begonnen wurde. Wenn aber die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 282 Abs. 2 StPO eine mehr als einen Monat andauernde Observation (StPO-gemäss in Verfügungsform) zu genehmigen hat, muss gleiches grundsätzlich für die Polizei – sprich im Sinne von Art. 282 Abs. 1 StPO – gelten: Auch die Polizei muss eine Observation mit einer *Verfügung im materiellen Sinn* anordnen, da staatliches Handeln – insbesondere wenn damit Grundrechtseingriffe (Stichwort: Zwangsmassnahme) verbunden sind – in aller Regel stets im Sinne einer Verfügung erfolgt (die Strukturelemente einer Verfügung im materiellen Sinn sind folgende: Anordnung einer Behörde im Einzelfall zur Regelung eines Rechtsverhältnisses, einseitig, verbindlich, gestützt auf öffentliches Recht [siehe dazu statt vieler TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 1]). Die Beschwerdekammer verlangt von der Kantonspolizei in Konstellationen wie der vorliegenden nicht zwingend eine Verfügung im formellen Sinn, also keine Urkunde mit Verfügungsformel, Unterschrift und Rechtsmittelbelehrung (auch wenn gleichzeitig festzuhalten ist, dass eine solche bei der weniger grundrechtseinschränkenden erkennungsdienstlichen Erfassung routinemässig mittels einfacher und praktischer [Verfügungs-]Vorlage erfolgt). Jedoch sind die Aktenführungs-, Protokollierungs- und Dokumentationsvorschriften der StPO – welche auch für die Polizei gelten, wenn sie unter der Ägide der StPO handelt – mindestens in gedrängter Form und somit rechtsgenügend einzuhalten. Mit anderen Worten hätte es ein Dokument aus der einschlägigen Zeit (September 2019) gebraucht, aus welchem sich

ergibt, wann und durch wen die Observation angeordnet und zu welchem Zeitpunkt damit begonnen wurde. In welcher Weise und mit welcher Formstrenge eine solche aktenkundig zu machende Dokumentation inskünftig genau erfolgt, kann zumindest derzeit der Kantonspolizei selbst überlassen werden. Im Übrigen ist schliesslich verlangt – was indes grundsätzlich eine Selbstverständlichkeit darstellt –, dass auch das Ende der Observationszeit zwecks allfälliger Berechnung der Dauer niedergeschrieben und damit aktenkundig wird. Im hiesigen Fall ist dies jedoch freilich unproblematisch, endete die Observation doch mit der Anhaltung des Beschwerdeführers. Wie es sich in den Fällen gemäss Art. 283 Abs. 2 StPO verhält, kann an dieser Stelle offengelassen werden.

Vorliegend ist also festzustellen, dass weder die anordnende Person (ausreichend) klar erkennbar ist noch das konkrete Datum des Observationsentscheids bzw. -beginns (als sogenannt «hoheitliche» Verfahrenshandlung). Das Kommando der Kantonspolizei, welches hierzu explizit um Auskunft ersucht wurde, hat die offen gebliebenen Fragen nicht beantwortet. Im Ergebnis ist daher eine Einschränkung der Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers gegeben und sind die Akten als unvollständig zu qualifizieren. Die Protokollierungsvorschriften sind verletzt. Es liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

- 6.4 Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde gutzuheissen. Folglich ist (als «Surrogat» einer anfechtbaren Verfügung) die angefochtene «Mitteilung einer Observation (Art. 283 StPO)» aufzuheben; darüber hinausgehend kann die Beschwerdekammer mit Blick darauf, dass das Anfechtungsobjekt den Streitgegenstand festlegt bzw. beschränkt, aber keine Anordnungen treffen. Sie kann mithin die Staatsanwaltschaft nicht anweisen, ihrer Dokumentations- sowie Aktenführungspflicht rechtsgenügend nachzugekommen. Es wird an der Staatsanwaltschaft sein, die mit der Gutheissung der Beschwerde verbundenen rechtlichen Konsequenzen zu definieren und gegebenenfalls erneut mit der Kantonspolizei in Kontakt zu treten.
7. Bei diesem Verfahrensausgang trägt der Kanton Bern die Kosten des Beschwerdeverfahrens (Art. 417, 423 StPO). Die amtliche Entschädigung für Rechtsanwältin B._____ wird am Ende des Verfahrens festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die «Mitteilung einer Observation Art. 283 StPO» vom 20. Juli 2020 wird aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt wurde.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, trägt der Kanton Bern.
4. Die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht legen die amtliche Entschädigung am Ende des Verfahren fest.
5. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwältin B. _____
(per Einschreiben)
 - der Generalstaatsanwaltschaft (per Kurier)

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau, Staatsanwältin D. _____
(mit den Akten – per Einschreiben)

Bern, 12. März 2021

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

Oberrichter J. Bähler

Der Gerichtsschreiber:

Müller

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.