

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 22 325

Bern, 23. September 2022

Besetzung

Oberrichter J. Bähler (Präsident), Oberrichter Schmid,
Oberrichter Gerber
Gerichtsschreiber Rudin

Verfahrensbeteiligte

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



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

Gegenstand

Beweisanträge

Strafverfahren wegen vorsätzlicher Tötung und Drohung

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwalt-
schaft Bern-Mittelland vom 18. Juli 2022 (BM 20 50480)

Erwägungen:

1.

1.1 Die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt ein Strafverfahren gegen A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) wegen vorsätzlicher Tötung und Drohung. Am 5. April 2022 stellte der Beschwerdeführer, amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt B._____, bei der Staatsanwaltschaft u.a. die Anträge, die Whatsapp-Anrufe zwischen ihm und C._____ sowie zwischen ihm und D._____ seien beim zuständigen Provider zu edieren. Die Staatsanwaltschaft wies diese Anträge am 11. Juli 2022 ab, weil es nicht möglich sei, Whatsapp-Anrufe nachträglich zu edieren. Darauf beantragte der Beschwerdeführer am 15. Juli 2022, die betreffenden Whatsapp-Anrufe seien bei C._____ (Antrag Ziff. 1) und D._____ (Antrag Ziff. 2) zu sichern. Mit Verfügung vom 18. Juli 2022 wies die Staatsanwaltschaft dies mit der Begründung ab, dass die nachträgliche Sicherung von Whatsapp-Anrufen technisch nicht möglich sei. Hiergegen führte der Beschwerdeführer am 27. Juli 2022 Beschwerde bei der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern (nachfolgend: Beschwerdekammer) mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die beiden Beweisanträge (Ziff 1 und 2) seien gutzuheissen. Er begründete dies schweremwichtig damit, die Newsseite G._____ (Newsportal) habe den Whatsapp-Anruf (zwischen dem Beschwerdeführer und C._____) veröffentlicht, weshalb es auch für die Strafverfolgungsbehörden technisch möglich sein müsse, diese Whatsapp-Anrufe zu sichern. Mit Stellungnahme vom 18. August 2022 liess die Generalstaatsanwaltschaft der Beschwerdekammer u.a. eine Wiedererwägungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 17. August 2022 zukommen und beantragte, das Verfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens seien dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Eventualiter seien die Verfahrenskosten anteilmässig dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aufzuerlegen. Der Beschwerdeführer liess darauf am 22. August 2022 der Beschwerdekammer die Honorarnote seines amtlichen Verteidigers zukommen, äusserte sich aber nicht mehr zur Sache.

2. Die Staatsanwaltschaft hat Beweisantrag Ziff. 1 (Edition des Whatsapp-Anrufs mit C._____ bei diesem) mittlerweile gutgeheissen. Entsprechend ist die Beschwerde diesbezüglich mittlerweile gegenstandslos und abzuschreiben.

3.

3.1 Betreffend Beweisantrag Ziff. 2 besteht an der Beschwerde weiterhin ein aktuelles und praktisches Interesse.

3.2 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern 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]).

- 3.3 Gemäss Art. 394 Bst. b StPO ist die Beschwerde gegen die Ablehnung von Beweisanträgen durch die Staatsanwaltschaft ausgeschlossen, wenn der Antrag ohne Rechtsnachteil vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholt werden kann. Diese Bestimmung soll Verfahrensverzögerungen im Vorverfahren verhindern und dient damit dem Beschleunigungsgebot. Der Nachweis des drohenden Rechtsnachteils obliegt dem Beschwerdeführer. Er hat zu begründen, weshalb der beantragte Beweis von entscheidender Bedeutung für das Verfahren ist, und nachzuweisen, dass ein Zuwarten mit der Beweisabnahme aller Voraussicht nach zu einem Beweisverlust führen würde (GUIDON, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 5 f. zu Art. 394 StPO; KELLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl. 2020, N 3 zu Art. 394 StPO). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss ein konkretes Risiko des Beweisverlustes bestehen; eine bloss theoretische Möglichkeit reicht nicht aus (Urteile des Bundesgerichts 1B_596/2020 vom 5. März 2021 E. 2.2; 1B_193/2019 vom 23. September 2019 E. 2.1, 1B_129/2019 vom 6. August 2019 E. 3.1, 1B_189/2012 vom 17. August 2012 E. 2.1). Dies ist etwa der Fall im Hinblick auf die Befragung eines Zeugen, der sehr alt oder schwer krank ist oder sich anschickt, für immer oder für längere Zeit in ein fernes Land zu reisen. Weiter können auch der Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfrist bei Bankdokumenten, die Ablehnung einer Leichensektion sowie die Tatsache, dass ein Untersuchungsgegenstand für eine spätere Expertise nicht mehr zur Verfügung steht, einen entsprechenden Nachteil darstellen (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 1B_189/2012 vom 17. August 2012 E. 2.1 f.; vgl. auch Urteile 1B_145/2020 vom 26. März 2020 E. 2.2; 1B_152/2019 vom 10. April 2019 E. 3; mit weiteren Hinweisen).
- 3.4 Der Beschwerdeführer hat zutreffend geltend gemacht, dass die Strafverfolgungsbehörden keinen Einfluss darauf haben, wann private Personen Daten auf ihren Datenträgern wie Mobiltelefone etc. löschen bzw. die Datenträger entsorgen. Entsprechend besteht die Gefahr, dass auf die betreffenden Daten zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung nicht mehr zugegriffen werden könnte, womit das konkrete Risiko eines Beweisverlusts dargelegt wurde. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde kann betreffend Beweisantrag Ziff. 2 eingetreten werden.
- 4.
- 4.1 Laut Art. 139 StPO setzen die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind (Abs. 1). Ungeeignet sind Beweismittel, die offensichtlich untauglich sind und bei denen deshalb von vornherein feststeht, dass der angebotene Beweis die streitige Tatsache nicht zu beweisen vermag. Als ungeeignet gelten auch die Beweismittel, die offensichtlich nicht erreichbar sind (WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl. 2020, N. 15 zu Art. 139 StPO).
- 4.2 Der Beschwerdeführer hat in Ziff. 2 seiner Beweisanträge vom 15. Juli 2022 beantragt, sein Whatsapp-Anruf an D. _____ sei bei diesem zu edieren. Gestützt auf den Wortlaut des Antrags sowie die Begründung entsteht beim Leser unweigerlich der Eindruck, der Beschwerdeführer sei der Ansicht, ein Mobiltelefon würde

Whatsapp-Anrufe automatisch speichern, nachdem er bereits beantragt hatte, der Whatsapp-Anruf sei beim Provider zu edieren. Beides ist grundsätzlich technisch nicht möglich. Es darf als gerichtsnotorisch vorausgesetzt werden, dass Whatsapp-Anrufe grundsätzlich nicht (systematisch) aufgenommen werden, ausser einer der Teilnehmer stellt den Bildschirmrekorder ein (oder der Bildschirm wird mit einem zweiten Mobiltelefon gefilmt). Entsprechend läuft der Antrag auf Edition der Aufzeichnung eines Whatsapp-Anrufs regelmässig ins Leere, ausser es bestehen Hinweise dafür, das aufgezeichnet wurde. Vorliegend bestanden aufgrund der Einvernahme von D._____ bei der Polizei (am 26. Dezember 2020, S. 2 Z. 41 ff.) allerdings Hinweise darauf, dass der Whatsapp-Anruf zwischen C._____ und dem Beschwerdeführer aufgezeichnet wurde und dass D._____ im Besitz dieser Aufnahme ist, wie er selbst aussagte. Es handelt sich dabei allem Anschein nach um die Aufnahme, welche auf G._____ (Newsportal) (zuletzt am 12. September 2022 gefunden auf: E._____ (Webseite)) abrufbar ist. Bei der Durchsicht dieser Videoaufnahme wird allerdings schnell klar, dass nicht der Angerufene (mutmasslich C._____) mit seinem Mobiltelefon den Anruf gefilmt hat, sondern sein Begleiter mit einem zweiten Mobiltelefon. Aus diesem Grund bestanden *betreffend den Anruf des Beschwerdeführers an C._____* gewisse Anhaltspunkte, dass sich dieses Video bei C._____, seinem Begleiter sowie D._____ (und dessen Sohn; vgl. die Einvernahme von D._____ vom 26. Dezember 2020, S. 2 Z. 49) finden könnte. Demgegenüber sind den Akten keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen und wurde vom Beschwerdeführer auch nicht behauptet, dass D._____ den Anruf des Beschwerdeführers an ihn selbst ebenfalls aufgenommen haben könnte. Entsprechend erweist sich der Beweisantrag, bei D._____ sei die Aufzeichnung des Whatsapp-Anrufe an ihn selbst zu edieren, als ungeeignet. Aus diesem Grund ist die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen.

5.

- 5.1 Die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach ihrem Obsiegen und Unterliegen (428 Abs. 1 Strafprozessordnung [StPO; SR 312]). Aufgrund seines Unterliegens betreffend Ziff. 2 seiner Beweisanträge hat der Beschwerdeführer deshalb die ihn betreffenden Kosten zu tragen.

Betreffend Beweisantrag Ziff. 1 ist die Beschwerde aufgrund der Wiedererwägung durch die Staatsanwaltschaft gegenstandslos geworden. Zur Frage, wie die Kosten bei Gegenstandslosigkeit zu verteilen sind, äussert sich die StPO nicht. Tritt die Gegenstandslosigkeit während der Hängigkeit eines Rechtsmittels ein, ist für die Beurteilung der Kostenfolgen in erster Linie auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen. Lässt sich dieser nicht feststellen, so ist nach den allgemeinen prozessrechtlichen Kriterien jene Partei kostenpflichtig, die das Verfahren veranlasst hat oder in welcher die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben (BGE 138 IV 248 E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_1118/2016 vom 10. Juli 2017 E. 1.2.2; jeweils mit weitere Hinweisen).

Die Generalstaatsanwaltschaft macht geltend, die Verfahrenskosten seien dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, weil die Staatsanwaltschaft ohne dessen Beschwerde nicht habe wissen können, dass C._____ eine Aufzeichnung des Te-

lefongesprächs gemacht haben solle und dass der Beschwerdeführer die Edition *dieses* Videos verlange. Der Generalstaatsanwaltschaft ist beizustimmen, dass die Anträge des Beschwerdeführers weitschweifig und mit Blick auf das tatsächlich Gewollte umständlich formuliert sind, was allem Anschein nach einer Fehlinterpretation betreffend die Aufzeichnung des Videos geschuldet ist (keine automatische Aufzeichnung des Anrufs durch das angerufene Mobiltelefon, sondern mit einem zweiten Mobiltelefon). Es ist allerdings vor dem Hintergrund der Argumentation der Generalstaatsanwaltschaft auch festzuhalten, dass bereits D._____ anlässlich seiner Einvernahme am 26. Dezember 2020 auf die Existenz einer Aufzeichnung des Videogesprächs zwischen dem Beschwerdeführer und C._____ kurz nach der Tat hingewiesen und die Einreichung dieses Videos angeboten hat. Zudem hat G._____ (Newsportal) die Aufzeichnung am 1. Februar 2022 wie gesehen veröffentlicht und der Beschwerdeführer hat die betreffende Berichterstattung mit Eingabe vom 5. April 2022 aktenkundig gemacht. Die Argumentation der Generalstaatsanwaltschaft, wonach die Staatsanwaltschaft nicht habe wissen können, dass eine Aufzeichnung des Videoanrufs existiere, leuchtet vor diesem Hintergrund nicht ein. Mit Blick auf die augenscheinliche Erheblichkeit der betreffenden Aufzeichnung für das Verfahren und den Grundsatz, wonach die Staatsanwaltschaft von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abzuklären hat (Art. 6 Abs. 1 StPO), kann die Generalstaatsanwaltschaft sich deshalb nicht darauf berufen, der Beschwerdeführer hätte seinen Antrag besser begründen müssen, auch wenn dies sicher möglich gewesen wäre. Zudem ist vorliegend betreffend die Kostenverlegung massgeblich, ob die Beschwerde hypothetisch gutzuheissen gewesen wäre, was bejaht werden kann.

- 5.2 Die Generalstaatsanwaltschaft hat eventualiter beantragt, die Verfahrenskosten dem Verteidiger des Beschwerdeführers aufzuerlegen. Dies ist gemäss Lehre und Rechtsprechung lediglich bei offenkundigen Säumnissen sowie anderen Extremfällen von anwaltlichem Fehlverhalten bzw. bei der Verletzung elementarster Sorgfalt angebracht (GRIESSER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl. 2020, N. 4 zu Art. 417; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_364/2018 vom 26. Juli 2018 E. 3.3.3 zur Ergreifung von Rechtsmitteln). Vor dem Hintergrund der vorherigen Erwägung erweist sich eine solche Kostenauflegung auch mit Blick auf das Verhalten der Staatsanwaltschaft als nicht angebracht. Entsprechend sind ½ der Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren dem Kanton Bern aufzuerlegen.
- 5.3 Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren wird grundsätzlich am Ende des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht festgelegt (Art. 135 Abs. 2 StPO). Diese Bestimmung entspricht der allgemeinen Regel von Art. 421 Abs. 1 StPO, wonach die Strafbehörde die Kostenfolgen (die amtliche Entschädigung ist Teil der Verfahrenskosten [Art. 422 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. a StPO]) im Endentscheid festlegt. Die Abweichung vom Grundsatz der Kostenfestlegung im Endentscheid bleibt die Ausnahme, was auch hinsichtlich des Zeitpunkts der Ausrichtung der amtlichen Entschädigung gilt (vgl. etwa Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 22 55 vom 18. Februar 2022 E. 5.2; BK 19 264 vom 28. Juni 2019 E. 10 und BK 16 354 vom 27. September 2016 E. 4.2). Mit Blick auf die vom Rechtsvertreter des

Beschwerdeführers eingereichte Honorarnote rechtfertigt die vorliegende Ausgangslage indes eine Abweichung vom vorgenannten Grundsatz (vgl. betreffend Rechtsanwalt B. _____ auch bereits BK 22 55 vom 18. Februar 2022 E. 5.2).

Rechtsanwalt B. _____ macht mit Honorarnote vom 22. August 2022 einen Aufwand von 12.25 Stunden geltend. Mit Blick auf Art. 42 Abs. 1 des kantonalen Anwaltsgesetzes (KAG; BSG 168.11) erscheint die Honorarforderung als über dem gebotenen Aufwand liegend. Zuerst ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Ziff. 1.1 des Kreisschreibens Nr. 15 über die Entschädigung der amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälte und das Nachforderungsrecht (aktuelle Fassung vom 21. Januar 2022) Aufwand für administrative Arbeiten wie die Dossiereröffnung nicht zu entschädigen ist. Es leuchtet auch nicht ein, weshalb bei einem hängigen Hauptverfahren für das Beschwerdeverfahren ein zusätzliches Dossier (Aufwand: 30 Minuten) zu eröffnen ist (so bereits in BK 22 55 vom 18. Februar 2022 E. 5.2, wo allerdings lediglich 15 Minuten für die Dossiereröffnung geltend gemacht wurden). Für das Verfassen und den Versand der Beschwerde wurden 7 Stunden verrechnet. Auch dieser Aufwand erscheint als zu hoch, nachdem die Beschwerde unsortiert und weitschweifig daherkommt und als Begründung der Beschwerde bzw. eigentlich bereits der Hinweis an die Staatsanwaltschaft hinreichend gewesen wäre, dass G. _____ (Newsportal) und mehrere Verfahrensbeteiligte über eine Videoaufzeichnung verfügen, welche verfahrensrelevant sein könnte. Kommt hinzu, dass Rechtsanwalt B. _____ bereits eine (aussichtslose bzw. unzulässige) Beschwerde gegen die Abweisung von Beweisanträgen bei der Beschwerdekammer geführt hat (vgl. BK 22 55 vom 18. Februar 2022) und deshalb die Eintretensvoraussetzungen nun gekannt haben dürfte. Für Verfassen und Versand der Beschwerde erscheinen 3 ½ Stunden als geboten. Schliesslich leuchtet nicht ein, weshalb Rechtsanwalt B. _____ am 9. August 2022 (während der laufenden Frist zur Stellungnahme für die Generalstaatsanwaltschaft) im Zusammenhang mit der Beschwerde ein Gespräch von 70 Minuten mit seinem Klienten im Regionalgefängnis Burgdorf führen musste und am 22. August 2022 (nach der Verfügung der Verfahrensleitung, dass kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde) von weiteren 60 Minuten. Für das vorliegende Verfahren erscheint ein Klientengespräch von höchstens 30 Minuten als angemessen, zumal die Beschwerde lediglich auf den bereits gestellten Beweisanträgen aufbaute. Auch für den Versand von Orientierungskopien sowie die «Schlussarbeiten» hat Rechtsanwalt B. _____ deutlich zu viel Aufwand geltend gemacht. Es rechtfertigt sich nach dem Gesagten die Entschädigung eines Aufwands von 5 Stunden à CHF 200.00, ausmachend CHF 1'000.00, Auslagen von CHF 163.00, Reisezuschlag in der Höhe von 75.00 (lediglich eine Reise nach Burgdorf) und entsprechend eine Mehrwertsteuer von 95.35 (7.7% von CHF 1'238.00), insgesamt ausmachend CHF 1'333.35.

6. Der Beschwerdeführer ist verpflichtet, dem Kanton die Hälfte dieser Entschädigung zurückzuzahlen und der Verteidigung die Hälfte der Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem angemessenen vollen Honorar von pauschal CHF 2'000.00 (in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 KAG i.V.m. Art. 2 und Art. 17 Abs. 1 Bst. g Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]; inkl. Auslagen und MWST),

ausmachend CHF 333.30, zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'200.00, werden dem Beschwerdeführer zur Hälfte, ausmachend CHF 600.00, auferlegt. Die übrigen CHF 600.00 trägt der Kanton Bern.
3. Rechtsanwalt B._____ wird für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren eine amtliche Entschädigung, bestimmt auf CHF 1'333.35 (inkl. Auslagen und MWST), ausbezahlt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Kanton die Hälfte der an Rechtsanwalt B._____ ausbezahlten Entschädigung von CHF 1'333.35, ausmachend CHF 666.65 zurückzuzahlen und Rechtsanwalt B._____ die Hälfte der Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar von CHF 2'000.00 (inkl. Auslagen und MWST), ausmachend CHF 333.30, zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.
5. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, a.v.d. Rechtsanwalt B._____ (per Einschreiben)
 - der Generalstaatsanwaltschaft (per Kurier)Mitzuteilen:
 - der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Staatsanwalt F._____ (mit den Akten – per Kurier)

Bern, 23. September 2022

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

Oberrichter J. Bähler

Der Gerichtsschreiber:

Rudin

Die Entschädigung für das Beschwerdeverfahren wird durch die Beschwerdekammer in Strafsachen entrichtet. Es wird um Zustellung eines Einzahlungsscheins ersucht.

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

Gegen den Entschädigungsentscheid kann die amtliche Verteidigung innert 10 Tagen seit Zustellung bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, Viale Stefano Franscini 7, 6500 Bellinzona schriftlich und begründet Beschwerde führen (Art. 135 Abs. 3 Bst. b, Art. 396 Abs. 1 StPO).