

Obergericht  
des Kantons Bern

Cour suprême  
du canton de Berne

Strafabteilung  
Beschwerdekammer in  
Strafsachen

Section pénale  
Chambre de recours pénale

Hochschulstrasse 17  
Postfach 7475  
3001 Bern  
Telefon 031 635 48 09  
Fax 031 635 48 15  
Obergericht-Straf.Bern@justice.be.ch  
www.justice.be.ch/obergericht

## Beschluss

BK 12 140 SCE

Bern, 17. August 2012

### Besetzung

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

### Verfahrensbeteiligte

R

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin S

Beschuldigte/Beschwerdeführerin

### Gegenstand

Menschenhandel, Freiheitsberaubung, Förderung der Prostitution, qualifizierte Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz / Aus-den-Akten-Weisen eines Einvernahmeprotokolls

**Beschwerde** gegen die Verfügung der Kantonalen Staatsanwaltschaft für besondere Aufgaben, Staatsanwältin [REDACTED], vom 16. Mai 2012

### Die Beschwerdekammer in Strafsachen hat beschlossen:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Kantonale Staatsanwaltschaft für besondere Aufgaben, Staatsanwältin W [REDACTED], wird angewiesen, das Protokoll vom 30. Januar 2012 aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten (Art. 141 Abs. 5 StPO).
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf Fr. 600.00, trägt der Kanton.



4. Der amtlichen Anwältin wird eine Entschädigung von Fr. 1'500.00 (inkl. Auslagen und MWST) ausgerichtet.
5. Zu eröffnen:
  - der Beschuldigten/Beschwerdeführerin
  - der GeneralstaatsanwaltschaftMitzuteilen:
  - der Kantonalen Staatsanwaltschaft für besondere Aufgaben, Staatsanwältin W. [REDACTED] (mit den Akten)

### **Begründung:**

1. Gegen [REDACTED] R. [REDACTED] ist bei der Kantonalen Staatsanwaltschaft für besondere Aufgaben ein Verfahren hängig wegen Menschenhandels, Freiheitsberaubung, Förderung der Prostitution und qualifizierter Widerhandlung gegen das Ausländergesetz. Am 15. Mai 2012 stellte ihre amtliche Anwältin den Antrag, es seien sämtliche Einvernahmeprotokolle, welche unter Verletzung der Teilnahmerechte der Beschuldigten erhoben worden seien, aus den Akten zu entfernen. Staatsanwältin W. [REDACTED] wies diesen Antrag mit Verfügung vom 16. Mai 2012 ab. In der Begründung stellte sie in formeller Hinsicht fest, dass das gestellte Rechtsbegehren nicht genügend konkretisiert sei, ausser in Bezug auf das Einvernahmeprotokoll von E. [REDACTED] vom 30. Januar 2012. Gegen diese Verfügung erhob Rechtsanwältin [REDACTED] S. [REDACTED] am 30. Mai 2012 namens von [REDACTED] R. [REDACTED] fristgerecht Beschwerde mit folgenden Anträgen:

1. *Die Beschwerde sei gutzuheissen.*
2. *Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführerin bzw. ihrer amtlichen Verteidigung die Teilnahme an der Einvernahme vom 30. Januar 2012 zu Unrecht verweigert wurde.*
3. *Die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, das Protokoll der Einvernahme vom 30. Januar 2012 (Einvernahme von E. [REDACTED]) aus den Akten zu entfernen.*
4. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.*

Die Generalstaatsanwaltschaft stellte am 22. Juni 2012 den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und die Verfahrenskosten seien der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Am 19. Juli 2012 machte die Beschwerdeführerin von ihrem Replikrecht Gebrauch und hielt an ihren Anträgen fest.

2. Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens bildet vorliegen einzig noch das Protokoll der Einvernahme von E. [REDACTED] vom 30. Januar 2012.

Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO kann gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft innert 10 Tagen schriftlich und begründet bei der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern Beschwerde geführt werden (Art. 13 lit. c StPO i.V.m. Art. 23 lit. a EG ZSJ i.V.m. Art. 29 Abs. 2 lit. a OrR OG). In Fällen, wo mittels Beschwerde die Entfernung eines Aktenstückes wegen Unverwertbarkeit verlangt wird, gelangt der Ausschlussgrund von Art. 394 lit. b StPO nicht zur Anwendung (vgl. BK 11 89 vom 14. April 2011 E. 2, BK 11 93 vom 13. Juli 2011 E. 2 sowie BK 12 62 vom

18. Juni 2012 E. 2). Seitens der Generalstaatsanwaltschaft wird jedoch zu Recht geltend gemacht, dass auf die Anträge der Beschwerdeführerin gemäss Ziff. 1 und 2 nicht einzutreten ist, weil Ziff. 1 keinen reformatorischen Antrag beinhaltet und weil Ziff. 2 neben Ziff. 3 keine selbstständige Bedeutung hat; wenn die Entfernung eines Protokolls wegen Verletzung der Teilnahmerechte geltend gemacht wird, besteht kein Rechtsschutzinteresse an der Feststellung, dass das Teilnahmerecht zu Unrecht verweigert worden sei. Auf die Beschwerde ist deshalb nur insofern einzutreten, als die Entfernung des Protokolls vom 30. Januar 2012 (Einvernahme von E [REDACTED]) verlangt wird.

3. Festzustellen ist vorweg, dass die Beschwerdeführerin zwar die Entfernung des fraglichen Protokolls wegen Unverwertbarkeit verlangt, dass sie jedoch in ihren umfangreichen Rechtsschriften auch Themen aufgreift, die gar nicht die Frage der Verwertbarkeit beschlagen. So ist es beispielsweise für die Frage der Verwertbarkeit ohne Belang, ob die Befragung von E [REDACTED] ein geeignetes Beweismittel ist und ob das Schutzbedürftigkeitsinteresse von E [REDACTED] höher zu gewichten gewesen wäre als das Strafverfolgungsinteresse. Die Frage, ob das Protokoll verwertbar ist, ist nicht davon abhängig, ob man diese Fragen bejaht oder verneint. Das Gleiche gilt auch für die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen, ob eine Übersetzung nötig gewesen wäre, ob die Befragung durch ausreichend ausgebildete Ermittlungsbeamte erfolgte und ob die Protokollführung lege artis war. Alle diese Fragen tangieren allenfalls den Beweiswert des Beweismittels, was aber nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sein kann. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist einzig die Frage, ob beim fraglichen Protokoll eine Unverwertbarkeitskonstellation gegeben ist.
4. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass E [REDACTED] als ihr Kind über seine Zeugnisverweigerungsrechte hätte belehrt werden müssen und dass die Einvernahme folglich gemäss Art. 177 Abs. 3 StPO unverwertbar sei, übersieht sie, dass die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht nur bei der privatklägerischen Auskunftsperson zum Zug kommt, weil die Privatklägerschaft anders als die anderen Auskunftspersonen zur Aussage verpflichtet ist (Art. 180 Abs. 2 StPO). E [REDACTED] war nicht Privatkläger, sondern Auskunftsperson nach Art. 178 lit. b StPO, womit er nicht der Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht unterstand (Art. 180 Abs. 1 StPO). Eine Unverwertbarkeit nach Art. 177 Abs. 3 StPO ist deshalb entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht gegeben. Eine Unverwertbarkeit ist schliesslich auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 147 Abs. 4 StPO nicht gegeben. Die Verwertung ist nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung nur dann ausgeschlossen, wenn die Konstellation einer Verwertung *zulasten* einer nicht anwesenden Partei gegeben ist. Inwiefern sich aus den Aussagen von E [REDACTED] eine Belastung für seine Mutter ergeben könnte, ist weder ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin dargelegt. Es kann daher und mit Blick auf E. 5 hiernach offen bleiben, ob eine Nichtverwertbarkeit nach Art. 147 Abs. 4 StPO zwingend die Entfernung aus den Akten zur Folge hätte. Offen bleiben kann weiter, ob – wie die Generalstaatsanwaltschaft dies geltend macht – der Ausschluss der Parteien an der Einvernahme vom 30. Januar 2012 auch unter dem Gesichtspunkt der Schutzmassnahmen nach Art. 149 ff. StPO gerechtfertigt war.

5.

- 5.1 Der zehnjährige E[REDACTED] wurde am 30. Januar 2012 als Auskunftsperson im Sinn von Art. 178 Abs. 1 lit. b StPO im Strafverfahren gegen seine Mutter wegen Menschenhandels, Freiheitsberaubung, Förderung der Prostitution und qualifizierte Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz einvernommen. Durch den Verweis auf die Bestimmungen betreffend Einvernahmen von Beschuldigten ist die Auskunftsperson gemäss Art. 178 Abs. 1 lit. b StPO nach Art. 158 StPO zu belehren (vorliegend interessierend Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO, wonach sie die Aussage und Mitwirkung verweigern kann). Die Belehrung über die Rechte und Pflichten muss umfassend erfolgen, mit anderen Worten dergestalt, dass die Auskunftsperson die Bedeutung und Tragweite ihres Inhalts zumindest im Kern sprachlich und intellektuell versteht. Nur wer seine Rechte kennt, kann von seiner Freiheit Gebrauch machen und sie selbstbestimmt beanspruchen (DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 181 N 5 und 12; GODENZI, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 143 N 26).

Die Belehrung von E[REDACTED] wurde protokollarisch wie folgt festgehalten:

*Du wirst heute im Strafverfahren betreffend Widerhandlung gegen das StGB und das AuG einvernommen. Dir wird das Merkblatt für Auskunftspersonen abgegeben und erläutert. Du bist nicht zur Aussage verpflichtet. Wenn Du Aussagen machst, darfst Du die Strafbehörden nicht irreführen und niemanden absichtlich begünstigen oder falsch beschuldigen. Ansonsten machst Du dich strafbar.*

Anschliessend erfolgt der Vermerk: *Dieser Text wird E[REDACTED] altersentsprechend erklärt.*

Wie genau E[REDACTED] über seine Rechte bzw. über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt worden ist, ist vor diesem Hintergrund unklar. Gestützt auf das Protokoll ist vermutlich davon auszugehen, dass ihm nicht gesagt worden ist, gegen wen sich die Untersuchung, in welcher er befragt wird, richtet und es wurde ihm auch nicht gesagt, um was es ihm Verfahren geht (Widerhandlung gegen das StGB und das AuG ist diesbezüglich ungenügend). Unabhängig von seinem Alter war E[REDACTED] aufgrund der ihm vermittelten bzw. eben vorenthaltenen Informationen somit nicht in der Lage, sich sachgerecht für oder wider eine Aussage entscheiden zu können. Die Belehrung über seine Aussageverweigerungsrechte war ungenügend und rechtsfehlerhaft, was gemäss Art. 158 Abs. 2 StPO zur Unverwertbarkeit der anlässlich der Einvernahme vom 30. Januar 2012 gemachten Aussagen führt (DONATSCH, a.a.O., Art. 180 N 11). Die Aussagen sind in Anwendung von Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Strafakten zu entfernen, bis zum Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.

- 5.2 Hinzu kommt Folgendes:

Wie erwähnt hat die Belehrung so zu erfolgen, dass die Auskunftsperson – hier interessierend ein zehnjähriges Kind – die Bedeutung und Tragweite versteht. Hätte E[REDACTED] das 15. Altersjahr zurückgelegt, wäre er als Zeuge einzuvernehmen gewesen. In dieser Funktion hätte ihn die Staatsanwaltschaft u.a. auf das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund persönlicher Beziehung aufmerksam machen müssen. Aufgrund seines Alters und der daraus resultierenden besonderen Schutzbedürftigkeit wurde er indessen nicht als Zeuge sondern als Auskunftsperson einvernommen, wobei ihm ein „generel-

les“ Aussageverweigerungsrecht zukommt und über welches ihn die Staatsanwaltschaft wie unter E. 5.1 hiavor aufzuklären hat. Dies entbindet die Staatsanwaltschaft aber nicht davon, das „generelle“ Aussageverweigerungsrecht je nach Situation genauer zu erläutern. Die vorliegende Konstellation zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass E. im gegen seine Mutter geführten Verfahren befragt wurde. Diese Begebenheit stellt schon allein eine Seltenheit dar, werden doch Kinder in derartigen Situationen aufgrund des Loyalitätskonflikts hoffnungslos überfordert. Deshalb wurde in der Praxis bisher bei Urteilsunfähigen der gesetzliche Vertreter zur Frage des Aussageverweigerungsrechts zumindest angehört, bevor eine Befragung stattfand. War dies nicht möglich, wurde Urteilsunfähigen (insbesondere Kindern) zur Entschärfung des Konflikts regelmässig ein Beistand bestellt. Gemäss Lehre soll dies auch unter Geltung der StPO so gehandhabt werden (DONATSCH, a.a.O., Art. 180 N 20). Nach Ansicht der Beschwerdekammer hätte die zuständige Staatsanwältin den einzuvernehmenden Jungen sinngemäss auf Art. 168 Abs. 1 lit. c StPO aufmerksam machen müssen und ihm in diesem Zusammenhang erklären müssen, dass er auch gerade deshalb nicht auszusagen braucht, weil es um seine Mutter geht (DONATSCH, a.a.O., Art. 181 N 17; SCHEIDEGGER, Minderjährige als Zeugen und Auskunftspersonen im Strafverfahren, in: ZStV 2006 Nr. 147).

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten des Kantons. Kostenmässig schlagen sich die Punkte, auf welche nicht eingetreten werden kann, nicht nieder, weshalb sich eine Kostenausscheidung nicht aufdrängt. Weiter ist der amtlichen Vertreterin der obsiegenden Beschwerdeführerin eine Entschädigung für das Beschwerdeverfahren auszurichten. Diese wird pauschal festgesetzt auf Fr. 1'500.00.

Bern, 17. August 2012

Im Namen der Beschwerdekammer in  
Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Beldi

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

**Rechtsmittelbelehrung folgt auf der nächsten Seite.**

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.