

# **BE\_ZIVILSTRAF BK 2017 265 vom 7. September 2017**

BE Obergericht, 2017-09-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_BK\\_2017\\_265](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_BK_2017_265)

FR: BE\_ZIVILSTRAF BK 2017 265 du 7 septembre 2017

IT: BE\_ZIVILSTRAF BK 2017 265 del 7 settembre 2017

## **Regeste**

Verwertbarkeit von Beweismitteln | Andere Verfügungen StA, Polizei (393-a)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Es sei das Protokoll der delegierten Einvernahme als beschuldigte Person von Frau C. \_\_\_\_\_ vom 2. Februar 2017 sowie das Protokoll der polizeilichen Einvernahme als beschuldigte Person von Frau D. \_\_\_\_\_ vom 3. März 2017 aus den Strafakten O 17 2493 zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.

### **E. 2**

Es seien darüber hinaus auch sämtliche Folgebeweise, insbesondere sämtliche Ergebnisse der Hausdurchsuchung vom 9. März 2017 sowie sämtliche Protokolle der Einvernahmen, welche nach der Hausdurchsuchung stattgefunden haben, aus den Strafakten O 17 2493 zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten. Am 27. Juni 2017 lehnte die Staatsanwaltschaft die Anträge ab. Die vorangehenden Aussagen seien verwertbar und würden in den Akten verbleiben. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 5. Juli 2017 Beschwerde ein und beantragte erneut unter Kosten- und Entschädigungsfolgen die vollständige Entfernung der fraglichen Einvernahmeprotokolle; eventualiter sei Ziffer 1 der Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 27. Juni 2017 aufzuheben und die Akten seien zur neuen Entscheidung an diese zurückzuweisen. Die Generalstaatsanwaltschaft schloss in ihrer Stellungnahme vom 20. Juli 2017 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde. In ihrer Replik vom 16. August 2017 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

### **E. 2.1**

Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO; SR 312], Art. 35 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts vom 23. Dezember 2010 [OrR OG; BSG 162.11]). Nach konstanter Praxis der Beschwerdekammer sind Beschwerden gegen die Nichtentfernung unverwertbarer Beweise aus den Strafakten zulässig (Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 15 262 vom 9. November 2015 E. 2.1, mit weiteren Hinweisen, und BK 15 350 vom 22. Dezember 2015 E. 2.1). Der Gesetzgeber hat sich in Art. 141 Abs. 5 StPO bewusst dafür entschieden, dass die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise aus den Strafakten zu entfernen und unter

separatem Verschluss zu halten sind. Damit soll die Gefahr gebannt werden, dass unverwertbare Beweise – trotz bestehender Pflicht zur Nichtbeach-

## **E. 2.2**

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin als beschuldigte Person ein unmittelbar rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids betreffend Unverwertbarkeit von Beweisen (Art. 382 Abs. 1 StPO). Gründe, welche gegen die Zulassung einer Beschwerde sprechen, sind keine ersichtlich. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

## **E. 3**

tung – beim Belassen in den Akten die Entscheidungsfindung beeinflussen (vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff. [nachfolgend Botschaft zur StPO], S. 1184). Daraus folgt, dass die beschuldigte Person grundsätzlich ein rechtlich geschütztes Interesse daran hat, dass unverwertbare Beweise bereits frühzeitig aus den Akten entfernt werden (vgl. etwa auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich UH150031 vom 17. März 2015; betreffend möglichen Einschränkungen einer Beschwerdezulassung vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 14 263 vom 6. November 2014 E. 2). Die Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Verweigerung der Entfernung von Beweismitteln aus den Akten wird aus diesen Gründen denn auch in der Lehre bejaht (GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, 2011, N. 100; WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 10a zu Art. 141 StPO; GLESS, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 118 zu Art. 141 StPO).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst eine Unverwertbarkeit des Einvernahmeprotokolls von C. \_\_\_\_\_ vom 2. Februar 2017 sowie des Protokolls der Einvernahme von D. \_\_\_\_\_ vom 3. März 2017 geltend, da beide bei diesen Einvernahmen als beschuldigte Personen in anderen Verfahren einvernommen worden seien. Aufgrund der Belastungen von C. \_\_\_\_\_ gegenüber der Beschwerdeführerin hätte ein Rollenwechsel von der beschuldigten Person zur Auskunftsperson stattfinden sollen. Gleiches gelte für die polizeiliche Einvernahme von D. \_\_\_\_\_ vom 3. März 2017. Es könne insoweit zugestimmt werden, dass sich das Aussageverweigerungsrecht sinngemäss nach den Bestimmungen über die Einvernahme der beschuldigten Person richte (Art. 180 Abs. 1 StPO). Es sei jedoch zu beachten, dass im Verfahren gegen die Beschwerdeführerin den zweien nicht die Rolle einer beschuldigten Person zukomme. Sollten die beiden Aussagen im Verfahren gegen die Beschwerdeführerin machen, könnten sie nicht als beschuldigte Personen befragt werden, weil ihnen diese Eigenschaft formell nur in ihrem eigenen Verfahren, nicht aber im Verfahren gegen die Beschwerdeführerin zukomme. Eine einvernommene Person müsse gemäss Art. 143 Abs. 1 Bst. b StPO zu Beginn einer Einvernahme über den Gegenstand des Strafverfahrens und über ihre verfahrensrechtliche Stellung informiert werden. Dieser Hinweis ermögliche der einvernommenen Person, ihre Rolle und Bedeutung im Verfahren zu erkennen, so dass sie sich bewusst entscheiden könne, ob sie von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machen wolle oder nicht. Die Rolle einer Auskunftsperson sei eine andere als diejenige einer beschuldigten Person. Die durch einen Rollenwechsel veränderte Rechtslage

betreffend zustehende Rechte und Pflichten sei

### **E. 3.2**

Die Generalstaatsanwaltschaft bringt vor, dass in den Ermittlungen gegen C. \_\_\_\_\_ wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz diese am 2. Februar 2017 in einer delegierten Einvernahme als beschuldigte Person ein- vernommen worden sei. Ihr sei dabei die Frage gestellt worden, was ihr der Name der Beschwerdeführerin sage. Sie habe erklärt, dass diese mit Heroin handle. Das Heroin stamme von Personen aus Albanien. Auch hätte die Beschwerdeführerin schon Albaner bei sich untergebracht gehabt. Es seien ihr in der Folge keine wei- ren Fragen zur Beschwerdeführerin bzw. deren angeblichem Heroinhandel gestellt worden. Am 3. März 2017 sei durch die Polizei festgestellt worden, dass D. \_\_\_\_\_ die Liegenschaft, in welcher die Beschwerdeführerin wohnte, betreten habe. Später hätten die beiden Frauen die Liegenschaft zusammen in Richtung Drogenumschlagplatz «F. \_\_\_\_\_» beim Bahnhof G. \_\_\_\_\_ in H. \_\_\_\_\_ verlassen. Beide seien am Bahnhof einer Polizeikontrolle unterzogen worden. Die Beschwerdeführerin habe Notengeld in «handelsüblicher» Stückelung auf sich ge- tragen. Bei D. \_\_\_\_\_ seien acht Brieflein à je 0,2 Gramm Heroingemisch sicher- gestellt worden. D. \_\_\_\_\_ sei nach der Anhaltung am 3. März 2017 als beschul- digte Person einvernommen worden. Sie habe während dieser Einvernahme keine relevanten Aussagen betreffend die Beschwerdeführerin gemacht. Gestützt auf die Belastung von C. \_\_\_\_\_ sowie die weiteren Ermittlungen und Beobachtungen der Polizei habe diese am 6. März 2017 bei der Staatsanwaltschaft wegen des dringenden Tatverdachts, dass die Beschwerdeführerin im Betäubungsmittelhandel tätig sei, um einen Hausdurchsuchungsbeschluss ersucht. Die Beschwerdeführerin sei am 9. März 2017 als beschuldigte Person zur Sache befragt worden. Ebenfalls D. \_\_\_\_\_, da diese bei der Hausdurchsuchung wiederum bei der Beschwerde- führerin zugegen gewesen sei. Anlässlich dieser Befragung habe D. \_\_\_\_\_ auf Frage, von wo sie das Heroin habe, erklärt, die Beschwerdeführerin hätte ihr mit Heroin ausgeholfen und es ihr geschenkt. Es handle sich gesamthaft um 10 Brief- lein, welche sie von der Beschwerdeführerin geschenkt erhalten habe. D. \_\_\_\_\_ sei in der Folge am 31. März 2017 als Auskunftsperson im Verfahren gegen die

### **E. 3.3**

In der Replik vom 16. August 2017 ergänzt die Beschwerdeführerin, dass zur Be- gründung des Tatverdachts nur Beweise herangezogen werden dürften, welche auch rechtmässig beschafft worden, d.h. verwertbar seien. Beweisverwertungsver- bote seien in jedem Verfahrensstadium und für alle Entscheidungen während eines Strafverfahrens zu berücksichtigen. Das heisse, dass auch bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen nur verwertbare Beweismittel berücksichtigt werden dürften. Die Aussagen von C. \_\_\_\_\_, welche zur Begründung des Tatverdachts und damit der Hausdurchsuchung verwendet worden seien, seien eben gerade nicht rechtmässig beschafft worden bzw. die belastenden Aussagen seien nicht recht- mässig in die Strafakten der Beschwerdeführerin gelangt. Gleiches gelte für die Aussagen von D. \_\_\_\_\_ vom 3. März 2017. Was die weiteren Ermittlungen und Beobachtungen der Polizei anbelange, falle auf, dass diese – bis auf die Perso- nenkontrolle vom 3. März 2017 – in keiner Weise in den Strafakten dokumentiert seien. Es müsse jedoch aufgrund der Ausführungen im Berichtsrapport vom 6. und

### **E. 4**

durch Belehrung klarzustellen. Die in den Einvernahmen erfolgten Belehrungen genügten somit nicht, um die unterbliebenen Belehrungen, welche für Auskunftspersonen gelten, wettzumachen. Es sei – entgegen der Ausführungen der Staatsanwaltschaft – ohne weiteres möglich gewesen, C. \_\_\_\_\_ und auch D. \_\_\_\_\_ im Rahmen eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens gegen die Beschwerdeführerin als Auskunftsperson zu befragen. Gestützt darauf seien die Aussagen von C. \_\_\_\_\_ in der Einvernahme vom 2. Februar 2017 sowie die Aussagen von D. \_\_\_\_\_ in der Einvernahme vom 3. März 2017 in Anwendung von Art. 180 Abs. 1 und Art. 181 Abs. 1 i.V.m. Art. 158 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 StPO im Verfahren gegen die Beschwerdeführerin nicht verwertbar. Es handle sich hierbei um eine absolute Unverwertbarkeit gemäss Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO mit der Folge, dass auch sämtliche Folgebeweise als (absolut) unverwertbar gelten würden. Weiter sei darauf hinzuweisen, dass gemäss Berichtsrapport vom 6. März 2017 offensichtlich die Aussagen von C. \_\_\_\_\_ Anlass für das Ersuchen um einen Hausdurchsuchungsbefehl gegeben hätten. Ohne diese Aussagen hätte es am hinreichenden Tatverdacht, welcher gemäss Art. 197 Abs. 1 Bst. b StPO für die Anordnung von Zwangsmassnahmen vorausgesetzt werde, klar gefehlt.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 158 Abs. 1 Bst. b StPO muss die beschuldigte Person vor der Einvernahme darauf hingewiesen werden, dass sie die Aussage und die Mitwirkung verweigern kann. Wird jemand durch Rollenwechsel (vorher Zeuge oder Auskunftsperson) zur beschuldigten Person, führt das zu einem Beweisverwertungsverbot der in anderer Rolle gemachten Aussagen, weil ansonsten Beschuldigtenrechte – insb. der nemo-tenetur-Grundsatz – umgangen würden. Im umgekehrten Fall, d.h. wenn jemand als beschuldigte Person befragt wurde, es sich aber herausstellt, dass sie zu Unrecht verdächtigt wurde, ist das Strafverfahren gegen sie zuerst formell einzustellen, resp. durch Nichtanhandnahme (Art. 310) oder Freispruch (Art. 348 ff.) rechtskräftig zu erledigen. Erst danach kann die ehemals beschuldigte Person nun in einer anderen Rolle erneut befragt werden. Die als beschuldigte Person gemachten Aussagen bleiben solche einer beschuldigten Person und es ist zu beachten, dass – sofern diese Aussagen gegen Dritte verwendet werden sollen – sie nicht unter Wahrheitspflicht erfolgten (RUCKSTUHL in: Basler Kommentar, Strafprozessordnung, 2014, 2. Auflage, Art. 158 N 3). Dies macht sie aber nicht unverwertbar gemäss Art. 141 StPO. Wenn jemand als Auskunftsperson einvernommen wird und diese Aussagen dann gegen sie als beschuldigte Person verwendet werden, muss differenziert werden. Einigkeit besteht, dass Unverwertbarkeit in den Fällen von Art. 178 Bst. a bis und mit Bst. e StPO die Folge sein muss, weil in diesen Fällen keine Belehrung i.S.v. Art. 158 StPO stattfand. Verwertbarkeit soll demgegenüber im Falle von Bst. f vorliegen (Auskunftsperson, wer in einem anderen Verfahren, das mit dem abzuklärenden in einem Zusammenhang steht, beschuldigt ist), weil dann die Auskunftsperson in ihrem eigenen Strafverfahren die Belehrung gem. Art. 158 erhalten habe (RUCKSTUHL, a.a.O., Art. 158 N 5). Somit ist die Aussage verwertbar, wenn sie als beschuldigte Person gemacht wurde. Der ausschlaggebende Punkt bezüglich der Verwertbarkeit ist, ob die einvernommene Person gemäss Art. 158 StPO belehrt wurde.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerde ist unbegründet. Es kann vorab auf die Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft verwiesen werden (vorne E. 3.2). C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ wurden beide bei ihren jeweiligen ersten Einvernahmen als beschuldigte Personen

einvernommen. Davor wurden die beiden gemäss Art. 158 StPO belehrt. Die Belehrung der beschuldigten Person ist die «umfassendste», weil ihr am meisten Schutz zukommt. Es besteht keine Aussagepflicht – man kann die Aussage und die Mitwirkung verweigern. Wenn die während den jeweiligen Einvernahmen gemachten Aussagen in einem separaten Verfahren gegen die Beschwerdeführerin benutzt werden, müssten beiden Personen die Stellung einer Auskunftsperson zukommen. Die Auskunftsperson erhält dasselbe Aussageverweigerungsrecht wie eine beschuldigte Person. Die Auskunftsperson wird jedoch zusätzlich darauf hingewiesen, dass es bei einer falschen Anschuldigung, einer Irreführung der Rechtspflege und einer Begünstigung Straffolgen nach sich ziehen kann. Das Fehlen dieses Hinweises bewirkt jedoch nicht, dass die Aussagen unverwertbar werden. Obwohl die Aussagen beider Frauen verwertbar sind, darf die Stellung und Rolle der einvernommenen Person aber nicht ignoriert werden. Dies hat indes keinen Einfluss auf die Verwertbarkeit, sondern auf die Würdigung der Beweise. Diese ist dem Sachgericht vorbehalten. Somit wurden die Beweise weder unrechtmässig beschafft noch unrechtmässig den Akten zugeführt. Die Aussagen in den Einvernahmen von C.\_\_\_\_\_ und von D.\_\_\_\_\_ sind im Verfahren gegen die Beschwerdeführerin zur Begründung des Tatverdachts rechtmässig berücksichtigt worden.

#### **E. 4.3**

Was die Beschwerdeführerin schliesslich zur Dokumentationspflicht im Sinne von Art. 100 StPO vorbringt, erweist sich mit Blick auf ihre Rechtsbegehren, den Streitgegenstand sowie die vorangegangenen Erwägungen als irrelevant. Da keine Beweisunverwertbarkeit vorliegt, braucht an dieser Stelle nicht behandelt zu werden, inwiefern die Strafbehörden bei der weiteren Untersuchung gehalten waren respektive gehalten sind, ihren gesetzlichen Verpflichtungen zur Dokumentation nachzukommen.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdekammer erkennt somit weder aus den Akten noch aus den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumenten Anhaltspunkte, welche geeignet wären, die erhobenen Beweise im Verfahren O 17 2493 als nicht verwertbar zu beurteilen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. 5. Die Beschwerdeführerin wird nach Massgabe von Art. 428 Abs. 1 StPO kostenpflichtig. Die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht legen die Entschädigung am Ende des Verfahrens fest (Art. 135 Abs. 2 StPO).

#### **E. 5**

Beschwerdeführerin einvernommen worden. Anlässlich dieser Befragung habe sie ihre Aussagen vom 9. März 2017 zurückgenommen und erklärt, sie habe das Hero in nicht von der Beschwerdeführerin, sondern von sonst wo her. Wenn man sich die zeitliche Abfolge der Ereignisse und die von der Polizei und Staatsanwaltschaft bis anhin gemachten Schritte anschauet, dann habe zum Zeitpunkt der Befragung von C.\_\_\_\_\_ kein Rollenwechsel stattfinden müssen. Sie sei am 2. Februar 2017 nicht detailliert zu den Belastungen gegen die Beschwerdeführerin befragt worden. Die Frage, was ihr der Name der Beschwerdeführerin sage, habe einzig zur Abklärung gedient, ob überhaupt ein konkreter Tatverdacht gegen die Beschwerdeführerin bestehe. Die Aussage von C.\_\_\_\_\_ zusammen mit den weiteren Ermittlungen und Beobachtungen der Polizei hätten also lediglich den hinreichenden Tatverdacht gegenüber der Beschwerdeführerin begründet, so dass bei ihr eine Hausdurchsuchung durchgeführt werden können. Die Eröffnung nach

Art. 309 Abs. 1 StPO und darauf folgend die Zwangs- massnahmen hätten dann zu erfolgen, wenn sich aus den der Staatsanwaltschaft vorliegenden Informationen ein hinreichender Tatverdacht ergebe. Zur Begründung eines hinreichenden Tatverdachts gegenüber der Beschwerdeführerin habe C. \_\_\_\_\_ also nicht gemäss den Rechten einer Auskunftsperson belehrt werden müssen. C. \_\_\_\_\_ habe als beschuldigte Person ihre belastenden Aussagen offensichtlich im Wissen darum geäussert, diese nicht machen zu müssen. Der Anfangsverdacht für eine Hausdurchsuchung hätte sich genauso gut aus einem Telefonat von C. \_\_\_\_\_ an die Polizei oder Staatsanwaltschaft zusammen mit den seitens der Polizei gemachten Beobachtungen ergeben können. Woher die Information grundsätzlich komme, spiele für die Entstehung des Anfangsverdachts keine Rolle. Die a.o. Staatsanwältin habe daher zutreffend festgehalten, dass C. \_\_\_\_\_ als beschuldigte Person ihre belastenden Aussagen offensichtlich im Wissen darum geäussert habe, diese nicht machen zu müssen, und dass es zur Begründung des Anfangsverdachts gegenüber der Beschwerdeführerin nicht darauf ankommen könne, ob C. \_\_\_\_\_ als beschuldigte Person oder als Auskunftsperson auf diese Rechte hingewiesen worden sei, zumal sich das Aussageverweigerungsrecht einer beschuldigten Person nicht von demjenigen einer Auskunftsperson unterscheide. Die entsprechenden Aussagen in der Einvernahme von C. \_\_\_\_\_ seien demnach im Verfahren gegen die Beschwerdeführerin zur Begründung des Tatverdachts rechtmässig berücksichtigt worden, weshalb bei Anordnung der Hausdurchsuchung vom 6. März 2017 und Vornahme der weiteren Ermittlungen der genügende Tatverdacht gegen die Beschwerdeführerin wegen Handelns mit Betäubungsmitteln gegeben sei. Das Gleiche gelte auch für die Befragung von D. \_\_\_\_\_ vom 3. März 2017. Ob die Aussagen von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ an sich im Verfahren gegen die Beschwerdeführerin zu deren Ungunsten verwendet werden dürften, sei zum jetzigen Zeitpunkt nicht zu prüfen. Denn einerseits habe die Beschwerdeführerin keine Verletzung ihres Konfrontationsrechts / Fragerechts geltend gemacht und andererseits sei noch offen, ob die a.o. Staatsanwältin überhaupt gedenke, die Aussagen an sich zu Ungunsten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen. Im Anzeigerapport vom 30. Juni 2017 seien nämlich als Auskunftspersonen nur Personen aufgeführt, welche bis anhin im Verfahren gegen die Beschwerdeführerin parteiöffentlich als Auskunftspersonen

#### **E. 6**

befragt worden seien, so unter anderem D. \_\_\_\_\_, welche in Anwesenheit der Verteidigerin der Beschwerdeführerin am 31. März 2017 befragt worden sei. Demnach sei die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 9**

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.