

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1219/2019

Urteil vom 24. April 2020

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Muschietti,
Bundesrichterin van de Graaf,
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte
Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

A._____,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Diebstahl,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 25. September 2019 (SK 18 303).

Sachverhalt:

A.
Die Staatsanwaltschaft wirft A._____ vor, als Organisator und Instruktor eines betrügerischen Diebstahls in einer Bank B._____ Filiale in Bern vom 29. Juni 2016 fungiert zu haben. Am 9. Mai 2018 verurteilte ihn das Regionalgericht Bern-Mittelland wegen Diebstahls zu 39 Monaten Freiheitsstrafe. Auf seine Berufung hin sprach ihn das Obergericht des Kantons Bern am 25. September 2019 frei.

B.
Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, A._____ sei zu 39 Monaten Freiheitsstrafe zu verurteilen, eventualiter sei die Sache an das Obergericht zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.
Die Staatsanwaltschaft ist ohne Einschränkung gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. a und b Ziff. 3 BGG zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert (BGE 142 IV 196 E. 1.5; 134 IV 36 E. 1.4.3). Ihre Legitimation ist nicht an den Nachweis eines rechtlich geschützten Interesses gebunden, sondern leitet sich direkt aus dem staatlichen Strafanspruch ab (Urteil 6B 564/2018 vom 2. August 2018 E. 1). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.
Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK. Die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass die Aussagen der Hauptbelastungspersonen (C._____ und D._____) nicht verwertbar seien. Zwar habe eine Konfrontation des Beschwerdegegners mit den Belastungspersonen teilweise nicht stattgefunden. Der Mangel sei aber nicht der Staatsanwaltschaft zuzuschreiben und kompensiert worden.

2.1. Nach den Verfahrensgarantien von Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hat die beschuldigte Person als Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren Anspruch darauf, Belastungszeugen Fragen zu stellen. Eine belastende Aussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn die beschuldigte Person wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen. Um sein Fragerecht wirksam ausüben zu können, muss die beschuldigte Person in die Lage versetzt werden, die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen zu prüfen und den Beweiswert seiner Aussagen zu hinterfragen (BGE 133 I 33 E. 3.1; 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 3.1; je mit Hinweisen).

Dem Konfrontationsanspruch gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK kommt grundsätzlich absoluter Charakter zu (BGE 131 I 476 E. 2.2; 129 I 151 E. 3.1). Von einer direkten Konfrontation des Angeklagten mit dem Belastungszeugen oder auf dessen ergänzende Befragung kann nur unter besonderen Umständen abgesehen werden, wenn eine persönliche Konfrontation nicht möglich oder eine Beschränkung des Konfrontationsrechts dringend notwendig ist. Die Fragen an den Belastungszeugen dürfen auch nicht im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung für entbehrlich erklärt werden (BGE 129 I 151 E. 4.3). Die ausgebliebene Konfrontation mit Belastungszeugen verletzt die Garantie aber nicht, wenn jene berechtigterweise das Zeugnis verweigern oder die erneute Befragung nicht möglich ist, weil sie trotz angemessener Nachforschungen unauffindbar bleiben, dauernd oder für lange Zeit einvernahmeunfähig werden oder in der Zwischenzeit verstorben sind. Die Verwertbarkeit der ursprünglichen Aussage erfordert allerdings, dass die beschuldigte Person zu den belastenden Erklärungen hinreichend Stellung nehmen konnte, diese sorgfältig geprüft wurden und ein Schuldspruch sich nicht allein darauf abstützt. Ausserdem darf der Umstand, dass die angeschuldigte Person ihre

Rechte nicht (rechtzeitig) wahrnehmen konnte, nicht in der Verantwortung der Behörde liegen (BGE 131 I 476 E. 2.2 und 2.3.4, mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des EGMR kann sodann ein streitiges Zeugnis von ausschlaggebender Bedeutung ohne Konfrontation mit Belastungszeugen verwertbar sein, wenn ausreichend kompensierende Faktoren gegeben sind, die den Anspruch der angeschuldigten Person auf ein faires Verfahren und die Überprüfung der Verlässlichkeit des Beweismittels gewährleisten (Urteil des EGMR i.S. Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien vom 15. Dezember 2011, Nrn. 26766/05 und 22228/06, § 119, 120 ff., 126 ff.; Urteile 6B 1196/2018 vom 6. März 2019 E. 2; 6B 699/2018 vom 7. Februar 2019 E. 1.3; je mit Hinweisen).

2.2.

2.2.1. Die Vorinstanz erwägt, anlässlich der (einzigen) Konfrontationseinvernahme von C._____ vom 1. September 2017 sei dem Beschwerdegegner, resp. dessen Verteidiger zwar formell die Gelegenheit gegeben worden, Fragen zu stellen. Jedoch habe C._____ von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht und auf zahlreiche Fragen und Vorhalte des einvernehmenden Polizisten, abgesehen von vereinzelt sinngemässen Verweisen auf früher Gesagtes, keinerlei Angaben gemacht. Mangels Aussagen zur Sache habe die Verteidigung das ihr formell eingeräumte Fragerecht nicht ausüben und die Glaubhaftigkeit des Zeugnisses nicht in Frage stellen können. Dem Konfrontationsanspruch sei deshalb materiell nicht genüge getan.

Die Verletzung des Konfrontationsanspruchs sei zudem von der Staatsanwaltschaft zu verantworten. Zwar könne ihr nicht vorgeworfen werden, dass C._____ am 1. September 2017 von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht habe, wobei dies teilweise wohl auf die fehlende Vorabinformation seitens der Staatsanwaltschaft zurückzuführen sei. Jedoch wäre eine Wiederholung der Einvernahme zu einem späteren Zeitpunkt ohne Weiteres möglich gewesen. So habe die Staatsanwaltschaft dies offensichtlich noch im Dezember 2017 ernsthaft in Erwägung gezogen. Eine Wiederholung der Konfrontationseinvernahme sei sogar dann noch möglich gewesen, als die Verteidigung dies am 26. Februar 2018 unter ausdrücklichem Hinweis auf die mangelnde Verwertbarkeit der bisherigen Aussagen im Unterlassungsfall beantragt habe. Dennoch habe die Staatsanwaltschaft den Beweisantrag am Folgetag abgewiesen. Dabei habe ihr bekannt sein müssen, dass C._____ damals kurz vor der bedingten Entlassung gestanden habe. Es sei daher absehbar gewesen, dass eine Konfrontationseinvernahme danach, auch vor dem erstinstanzlichen Gericht, massiv erschwert oder gar verunmöglicht würde, zumal in einem dringlichen Haftfall. Die Einvernahme von C._____ hätte sich, so die

Vorinstanz, umso mehr aufgedrängt, als der Aufenthaltsort der anderen Hauptbelastungsperson, D._____, zu diesem Zeitpunkt unbekannt gewesen sei. Hinzu komme, dass C._____ trotz ihrer eminent wichtigen Bedeutung für das Verfahren gegen den Beschwerdegegner nur durch die Polizei und fälschlicherweise als Auskunftsperson statt als Zeugin einvernommen worden sei. Der Staatsanwaltschaft hätten sich daher Zweifel an der prozessualen Konformität der einzigen Einvernahme aufdrängen müssen, denen sie mit der Wiederholung der Konfrontationseinvernahme

hätte begegnen können und müssen.

Auch mit Bezug auf D._____ liege es in der Verantwortung der Behörde, dass der Beschwerdegegner sein Konfrontations- und Fragerecht nicht hinreichend und angemessen wahrnehmen können. So hätte auch unter Verweigerung der vollständigen Akteneinsicht nichts dagegen gesprochen, spätestens unmittelbar vor der Einvernahme von D._____ vom 30. August 2017 dessen belastende Aussagen der Verteidigung schriftlich bekannt zu geben, damit sich diese ein klares Bild von den Vorhalten hätte machen können. Ebenso wäre im Rahmen des Vorverfahrens eine Wiederholung der Einvernahme nach gewährter Akteneinsicht möglich gewesen. Dies namentlich bis zur bedingten Entlassung von D._____ am 28. Dezember 2017, bzw. sogar noch während der bis zum 12. Januar 2018 andauernden Ausschaffungshaft. Zudem hätte auch D._____ angesichts seiner Bedeutung im Verfahren gegen den Beschwerdegegner durch die Staatsanwaltschaft, nicht delegiert durch die Polizei, einvernommen werden müssen. Aufgrund seiner rechtskräftigen Verurteilung wäre D._____ ferner trotz der bandenmässigen Begehung des Diebstahls mit Bezug auf die abzuklärende oder connexe Straftat des Beschwerdegegners als Zeuge zu befragen gewesen. Demgegenüber könnten der Verteidigung im Zusammenhang mit den Einvernahmen von C._____ und D._____ keine Säumnisse vorgeworfen werden, zumal sie sich dazumal weitere Fragen vorbehalten und erst am 23. November 2017 auf erneuten Antrag volle Akteneinsicht erhalten habe. Anders als die Staatsanwaltschaft, die Konfrontationseinvernahmen mehrmals, zuletzt am 5. Dezember 2017 als mögliche Ermittlungshandlungen in Erwägung gezogen habe, habe die Verteidigung keine Kenntnis von der bevorstehenden bedingten Entlassung der Belastungspersonen gehabt. Für die Staatsanwaltschaft sei damit schon früh erkennbar gewesen, dass eine spätere parteiöffentliche Befragung schwierig oder ausgeschlossen sein würde. Der Verzicht auf deren rechtzeitige Wiederholung sei sachlich nicht gerechtfertigt. Auch hätten abgesehen von den genannten, mangelhaften Einvernahmen keine eigentlichen kompensatorischen Massnahmen stattgefunden, namentlich keine rechtshilfweise Einvernahmen. Zwar habe sich der Beschwerdegegner wiederholt zu den Aussagen äussern können, und hätten sich die Strafbehörden ausführlich mit deren Verwertbarkeit auseinandergesetzt. Da aber angesichts der ausschlaggebenden Bedeutung der Aussagen für die kompensierenden Massnahmen ein strenger Massstab anzuwenden wäre, sei zweifelhaft, ob die Voraussetzung erfüllt wäre. Ein Abstellen auf die belastenden Aussagen sei mit dem Anspruch auf ein faires Verfahren nicht vereinbar. Diese müssten unberücksichtigt bleiben.

2.2.2. Die Vorinstanz begründet überzeugend, weshalb sie die Aussagen von C._____ und D._____ für unverwertbar hält und darauf nicht abstellt. Auf ihre schlüssigen Erwägungen kann grundsätzlich verwiesen werden. Was die Beschwerdeführerin vorbringt, begründet keine Verletzung von Bundesrecht. Zunächst ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Verantwortung für die - unstrittige - Verletzung des Konfrontationsrechts des Beschwerdegegners bei der Staatsanwaltschaft verortet. Die Beschwerdeführerin scheint in diesem Zusammenhang zu verkennen, dass grundsätzlich die Behörde, nicht die beschuldigte Person für den ordnungsgemässen Gang des Verfahrens, namentlich für die Wahrung der Parteirechte, zuständig ist. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, und die Beschwerdeführerin nicht bestreitet, wäre die Wiederholung der fehlerhaften Konfrontationseinvernahmen ohne Weiteres möglich gewesen und zwar lange vor der voraussichtlichen Haftentlassung der Belastungspersonen. Es kann daher offen bleiben, ob eine Befragung von C._____ auch am Vortag ihrer bedingten Entlassung realistischweise noch möglich war. Gleiches gilt für die Frage, ob die Einvernahme als Zeugen oder als Auskunftspersonen hätte erfolgen müssen. Die

Staatsanwaltschaft selbst hat eine neuerliche Befragung noch am 5. Dezember 2017 im Rahmen der geplanten Schlusseinvernahme des Beschwerdegegners offensichtlich zumindest in Erwägung gezogen. Wenn sie dies aber bei Ankündigung der Anklageerhebung am 5. Februar 2018 nicht mehr erwähnte, mithin nicht mehr als erforderlich erachtete, ist dieser Meinungswandel jedenfalls nicht dem Beschwerdegegner vorzuhalten. Dieser hat im Übrigen im Rahmen der ihm gewährten Frist gemäss Art. 318 Abs. 1 StPO um eine Konfrontationseinvernahme ersucht, ist also im Nachgang zur in Aussicht gestellten Anklageerhebung nicht untätig geblieben. Der Beschwerdegegner hat dabei gar auf die drohende Unverwertbarkeit im Unterlassungsfall hingewiesen. Das Vorgehen der Verteidigung ist zudem - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nachvollziehbar und jene war nicht gehalten, schon im Rahmen des Haftprüfungsverfahrens im Dezember 2017 um eine erneute Konfrontationseinvernahme zu ersuchen, zumal ihr eine Schlusseinvernahme in Aussicht gestellt worden war. Der Verteidigung ist auch nicht vorzuwerfen, dass sie keine Kenntnis von der bevorstehenden Entlassung von C._____ im Februar 2018 hatte. Wiederum ist zu betonen, dass die ordnungsgemässe und

rechtzeitige Durchführung der notwendigen Verfahrensschritte grundsätzlich der Behörde obliegt.

Für die Durchführbarkeit einer rechtzeitigen Wiederholung der Einvernahme ist ferner ohne Belang,

dass im Rahmen des Haftprüfungsverfahrens im Dezember 2017 nur die Rechtmässigkeit der Haft Prozessgegenstand war, wie die Beschwerdeführerin moniert. Jedenfalls erachtete die Staatsanwaltschaft die Wiederholung der Einvernahmen damals noch als probates und weiterhin mögliches Beweismittel. Schliesslich legt die Beschwerdeführerin nicht dar und es ist nicht ersichtlich, welche kompensatorischen Massnahmen anstelle der mangelhaften Konfrontationseinvernahmen vorgekehrt worden sein sollen. Nachdem mit Bezug auf beide Belastungspersonen keine gesetzeskonforme Konfrontationseinvernahme stattfand und infolgedessen beide Einvernahmen unverwertbar sind, ist der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die Befragung von C._____ diejenige von D._____ kompensiere und umgekehrt, von vornherein untauglich. Dabei spielt keine Rolle, ob es sich um ein oder um zwei Beweismittel handelt.

3.

Die Beschwerdeführerin rügt sodann die Sachverhaltsfeststellung. Sie macht geltend, die Tatbeteiligung des Beschwerdegegners sei auch gestützt auf dessen eigene Aussagen erstellt, was die Vorinstanz willkürlich verkenne.

3.1. Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht, und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist. Dies ist der Fall, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1). Die Willkürüge muss explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden, andernfalls das Bundesgericht darauf nicht eintritt (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 143 IV 500 E. 1.1). Die beschwerdeführende Partei darf nicht bloss einen von den vorinstanzlichen Feststellungen abweichenden Sachverhalt behaupten oder die eigene Beweiswürdigung erläutern (BGE 142 III 364 E. 2.4).

Dem Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweiswürdigungsregel kommt im Verfahren vor Bundesgericht keine über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgehende Bedeutung zu (BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.1 ff.; 143 IV 500 E. 1.1; je mit Hinweisen). Als Beweislastregel ist der Grundsatz verletzt, wenn das Gericht einen Angeklagten (einzig) mit der Begründung verurteilt, er habe seine Unschuld nicht nachgewiesen. Dies prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (Urteil 6B 839/2018 vom 1. Oktober 2019 E. 1.1 mit Hinweis).

3.2.

3.2.1. Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdegegner habe eine Beteiligung am Diebstahl stets bestritten und im Wesentlichen konstant geltend gemacht, quasi zufällig zur Tatzeit in der Nähe des Tatorts gewesen zu sein, um den an C._____ verliehenen Betrag von EUR 18'000.-- in Empfang zu nehmen. Wie den Erwägungen des Erstgerichts zu entnehmen sei, erwiesen sich diese Aussagen - insbesondere zu den Kontakten des Beschwerdegegners mit C._____ und dem mutmasslichen Kopf der Bande, D._____, sowie vor allem zu seiner angeblich zufälligen Anwesenheit zur Tatzeit in der Nähe des Tatorts, den er nach Erblicken der Polizei fluchtartig verlassen habe - als sehr dubios, verdächtig und erklärungsbedürftig. Die Aussagen des Beschwerdegegners könnten mithin durchaus als Indiz für einen konkreten Tatvorwurf, wie er sich klar aus anderen Beweismitteln ergeben würde, dienen. Für sich genommen und insbesondere ohne die unverwertbaren, belastenden Aussagen von C._____ und D._____ könne aus den Aussagen des Beschuldigten jedoch nicht - auch nicht teilweise - auf den konkreten Anklagesachverhalt geschlossen werden. Die dem Beschwerdegegner vorgeworfene Beteiligung im Vorfeld bleibe daher unbewiesen, zumal eine weitere Mittäterin die ihn

belastenden Aussagen, wonach er C._____ und D._____ konkrete Anweisungen zum Diebstahl gegeben haben soll, nicht bestätigt und dies mit Bezug auf sich selbst verneint habe. Aufgrund der Unverwertbarkeit der ausschlaggebenden Beweismittel, der Aussagen von C._____ und D._____, verblieben unüberwindliche Zweifel am Anklagesachverhalt, insbesondere hinsichtlich der dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Organisation und Instruktion des Diebstahls. Er sei daher freizusprechen.

3.2.2. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was die Annahme der Vorinstanz, wonach eine zentrale Beteiligung des Beschwerdegegners an der Organisation und Instruktion des Diebstahls nicht rechtsgenügend nachgewiesen sei, als willkürlich erscheinen liesse. Entgegen ihrer Auffassung ergibt sich solches namentlich nicht zweifelsfrei aus den von der Beschwerdeführerin zitierten Aussagen

des Beschwerdegegners. Demnach habe er gewusst, dass C. _____ ein Delikt begehen wolle, bzw. diese habe gesagt, dass sie eine Lösung gefunden habe, wie sie ihm die geschuldeten EUR 18'000.-- doppelt zurückbezahlen könne. Er habe auch gewusst, um welche Bank es gehe. Ferner habe er C. _____ und D. _____ getroffen und am Tattag mit beiden telefoniert. Schliesslich kenne er die Familie von C. _____ seit mehreren Jahren. Aus den zitierten Angaben des Beschwerdegegners erhellt allenfalls ein Wissen um die Grundzüge der Tat - wie dies auch die Beschwerdeführerin gestützt auf dessen Aussagen annimmt - sowie ein Interesse daran. Jedoch ist damit keine konkrete Beeinflussung, geschweige denn eine aktive Mitwirkung des Beschwerdegegners bei der Planung oder Organisation im Vorfeld der Tat dargetan. Zu keinem anderen Ergebnis führt, dass der Beschwerdegegner unglaubliche Gründe für seinen Aufenthalt in der Schweiz angegeben haben mag. Gleiches gilt für die Angaben zu seiner finanziellen und beruflichen Situation.

4.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Es sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. April 2020

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Matt