

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



7B_267/2023

Urteil vom 24. Mai 2024

II. strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Abrecht, Präsident,
Bundesrichterin Koch, Bundesrichter Hurni,
Gerichtsschreiberin Sauthier.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Pascale Hollinger-Bieri,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand
Versuchte schwere Körperverletzung, Landesverweisung, Ausschreibung im Schengener
Informationssystem; willkürliche Beweismwürdigung, Grundsatz in dubio pro reo,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 1. Strafkammer, vom 1. November 2022
(SK 21 302).

Sachverhalt:

A.
Das Regionalgericht Bern-Mittelland verurteilte A. _____ am 13. April 2021 wegen versuchter schwerer Körperverletzung, Unterlassung der Buchführung, Nichtabgabe von Ausweisen und Kontrollschildern trotz behördlicher Aufforderung und mehrfacher Konsumwiderhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 26 Monaten, wobei es den aufgeschobenen Teil auf 18 Monate bei einer Probezeit von fünf Jahren festsetzte. Es sprach weiter eine Übertretungsbusse von Fr. 200.--, ersatzweise zwei Tage Freiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung aus. Schliesslich ordnete es eine Landesverweisung von fünf Jahren an, unter Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) und befand über weitere Neben- sowie Kosten- und Entschädigungsfolgen. Dagegen führte A. _____ Berufung betreffend den Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung. Die Generalstaatsanwaltschaft erhob Anschlussberufung hinsichtlich der Strafhöhe und der Landesverweisung.

B.
Das Obergericht des Kantons Bern bestätigte am 1. November 2022 den Schuldspruch wegen versuchter schwerer Körperverletzung. Es verurteilte A. _____ unter Berücksichtigung der weiteren in Rechtskraft erwachsenen Schuldsprüche zu einer teilweise vollziehbaren Freiheitsstrafe von 29 Monaten. Es schob den

Vollzug für einen Strafteil von 20 Monaten bei einer Probezeit von vier Jahren auf, neun Monate der Strafe erklärte es als vollziehbar. Die Polizeihaft von einem Tag rechnete es auf die Freiheitsstrafe an. Weiter ordnete es eine Landesverweisung von sechs Jahren an, unter Ausschreibung im Schengener Informationssystem, und befand über die weiteren Neben-, Kosten- und Entschädigungsfolgen. Schliesslich stellte es die Rechtskraft der erstinstanzlich angeordneten Busse und weiterer Nebenpunkte fest.

C.

A._____ führt mit Eingabe vom 27. Februar 2023 Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht. Er beantragt unter Aufhebung der betreffenden Dispositiv-Ziffern, er sei vom Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung freizusprechen und zu einer bedingten Freiheitsstrafe von maximal fünf Monaten bei einer Probezeit von zwei Jahren zu verurteilen. Von einer Landesverweisung sei abzusehen. Die ihm auferlegten erstinstanzlichen Verfahrenskosten und die Rückzahlungspflicht für die erstinstanzlichen Verteidigungskosten seien entsprechend zu reduzieren. Die Verfahrenskosten vor der Vorinstanz seien vollumfänglich dem Kanton Bern aufzuerlegen und von einer Rückzahlungspflicht der zweitinstanzlichen Verteidigungskosten sei abzusehen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil in den genannten Punkten aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, mit der Anweisung, die nicht verwertbaren Einvernahmen von B._____ aus den Akten zu weisen. Subeventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und es sei von einer Landesverweisung abzusehen. A._____ ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Die kantonalen Akten wurden eingeholt. Die Vorinstanz verzichtet mit Eingabe vom 20. März 2024 auf eine Stellungnahme, die Generalstaatsanwaltschaft verzichtet implizit auf eine Stellungnahme.

Erwägungen:

1.

1.1. Auf die frist- (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG) und formgerecht (Art. 42 Abs. 1 BGG) eingereichte Beschwerde des Beschuldigten (Art. 81 Abs. 1 lit. a und lit. b Ziff. 1 BGG) gegen den kantonal letztinstanzlichen (Art. 80 Abs. 1 BGG), verfahrensabschliessenden Entscheid (Art. 90 BGG) eines oberen Gerichts (Art. 86 Abs. 2 BGG) betreffend eine Strafsache (Art. 78 Abs. 1 BGG) ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen einzutreten.

1.2. Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet ausschliesslich das letztinstanzliche kantonale Urteil (Art. 80 Abs. 1 BGG). Soweit sich der Beschwerdeführer gegen das erstinstanzliche Urteil richtet, ist darauf nicht einzutreten.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Aussagen des Belastungszeugen B._____ seien unverwertbar. Die Vorinstanz verletze Art. 141 Abs. 5 und Art. 147 Abs. 4 StPO sowie den Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 3 StPO, indem sie die unverwertbaren Einvernahmeprotokolle nicht aus den Akten gewiesen und auch nicht separat unter Verschluss gehalten habe. Er habe den betreffenden Antrag bereits im erstinstanzlichen Verfahren gestellt. Diesem sei entsprochen worden. Die erste Instanz habe aber die unverwertbaren Aktenstellen weder separat aufbewahrt, noch aus den Akten entfernt, sondern diese telquel der Berufungsinstanz überwiesen. Deshalb habe er seinen Antrag vor der Berufungsinstanz wiederholt. Die Vorinstanz habe im Rahmen der obergerichtlichen Befragungen dem Zeugen B._____ und dem Beschwerdeführer unverwertbare Aktenstellen vorgehalten und diese nicht aus den Akten entfernt, obwohl sie mit Beschluss vom 30. Oktober 2022 entschieden habe, das Einvernahmeprotokoll von B._____ vom 20. Februar 2020 und die entsprechenden Vorhalte seien unverwertbar.

2.2. Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise sind nach Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten (**BGE 143 IV 457** E. 1.6.2 f.; Urteile 6B_1092/2022 vom 9. Januar 2023 E. 2.3.2; 6B_1040/2021 vom 5. Oktober 2022 E. 3.2; 6B_415/2021 vom 11. Oktober 2021 E. 2.3.4; je mit Hinweisen).

2.3. Der Beschwerdeführer beanstandet zunächst zu Recht, dass die Verfahrensleitung der Vorinstanz nicht geprüft hat, ob die erste Instanz die Akten ordnungsgemäss erstellt hat. Dies war nicht der Fall, nachdem die erste Instanz die von ihr als unverwertbar erklärten Aktenteile nicht aus den Akten entfernt bzw. separat und verschlossen der Vorinstanz übermittelt hat.

Zutreffend ist sodann der Vorwurf, die Vorinstanz habe in Verletzung von Bundesrecht nicht vorfrageweise, sondern erst vor Abschluss des Beweisverfahrens und damit nach den Einvernahmen über die

Verwertbarkeit der Beweismittel des staatsanwaltschaftlichen Vorverfahrens entschieden. Dies hat dazu geführt, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer sowie dem Zeugen B. _____ unverwertbare Aktenstellen vorgehalten und protokolliert hat. Damit unterläuft die Vorinstanz Art. 339 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 i.V.m. Art. 379 StPO, wonach sie über Vorfragen vor den eigenen Beweiserhebungen zu entscheiden hat. Aufgrund dessen hat die Vorinstanz sodann übersehen, dass sie die von ihr im Rahmen des Berufungsverfahrens gemachten unverwertbaren Vorhalte aus ihrem eigenen Protokoll der vorinstanzlichen Berufungsverhandlung als unverwertbar hätte erklären und entfernen müssen. Problematisch ist auch, dass die Vorinstanz in ihrem Beschluss, wonach die Einvernahme des Zeugen B. _____ vom 11. Februar 2020 und die darauf basierenden Vorhalte nicht verwertbar seien, die Aktenstellen nicht eindeutig mit Seiten- und Zeilenzahl bezeichnet. Schliesslich hat die Vorinstanz ungeachtet ihres Beschlusses die klare Bestimmung von Art. 141 Abs. 5 StPO missachtet. Sie hat das unverwertbare Einvernahmeprotokoll vom 11. Februar 2020 von B. _____ nicht aus den Akten entfernt und separat bzw. verschlossen aufbewahrt. Zudem hat sie auch alle weiteren darauf basierenden Beweismittel, d.h. auch Vorhalte in den Folgeeinvernahmen, zu Unrecht in den Akten belassen. Es ist in diesem Zusammenhang erneut darauf hinzuweisen, dass sämtliche unverwertbaren Beweise aus den Akten zu entfernen und bis zum Abschluss des Verfahrens verschlossen aufzubewahren sind. Dies gilt für die unverwertbare Einvernahme von B. _____ vom 11. Februar 2020, die Vorhalte aus der ersten Einvernahme gegenüber B. _____ in der delegierten Einvernahme vom 2. März 2020 sowie das Protokoll des Berufungsverfahrens, soweit dem Beschwerdeführer und dem Zeugen B. _____ Vorhalte aus den genannten unverwertbaren Aktenteilen gemacht wurden.

3.

3.1. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird zunächst, unter Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verfahrensparteien, einen neuen Beschluss zu fassen haben, welche exakten Aktenstellen (unter Angabe von Seitenzahl und Zeilenummern) unverwertbar sind. Anschliessend wird sie die unverwertbaren Stellen aus den Akten entfernen und separat bzw. verschlossen aufbewahren müssen.

Soweit eine ganze Einvernahme (d.h. jene von B. _____ vom 11. Februar 2020) betroffen ist, hat die Vorinstanz die fehlenden Aktenstellen mit einem separaten Blatt "unverwertbare Akten", unter Angabe der Seitenzahlen der unverwertbaren Akten, kenntlich zu machen.

Soweit nicht die ganzen Einvernahmen von der Unverwertbarkeit betroffen sind (Einvernahme von B. _____ vom 3. März 2020, Einvernahmen des Beschwerdeführers und von B. _____ vor Vorinstanz), empfiehlt es sich, die Originale der Aktenstellen zu kopieren (erster Schritt), auf der Kopie die unverwertbaren Aktenpassagen zu schwärzen bzw. mit Tipp-Ex unkenntlich zu machen (zweiter Schritt), die geschwärzte bzw. mit Tipp-Ex bearbeitete Kopie nochmals zu kopieren und anstelle des Originals in die Akten zu legen (dritter Schritt). Die unverwertbaren Originale bzw. Aktenteile sind in ein Couvert zu legen, zu verschliessen und separat von den Akten aufzubewahren. Die Arbeitskopien, welche die "Originalschwärzung" bzw. mit Tipp-Ex bearbeiteten Stellen enthalten (zweiter Schritt), sind unverzüglich zu vernichten.

Nach der ordnungsgemässen Erstellung der Akten wird die Vorinstanz die Parteien nochmals zur Hauptverhandlung vorladen und prüfen müssen, ob Beweisergänzungen vorzunehmen sind.

3.2. Auf die weiteren Rügen des Beschwerdeführers ist bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht einzugehen. Es sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Bern hat der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 2 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist folglich gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 1. November 2022 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Der Kanton Bern hat der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers, Rechtsanwältin Pascale Hollinger-Bieri, eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- für das Verfahren vor Bundesgericht zu bezahlen.

4.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 1. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. Mai 2024

Im Namen der II. strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Abrecht

Die Gerichtsschreiberin: Sauthier