

Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen

unter Mitwirkung von Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Stucki und Oberrichter Trenkel sowie Gerichtsschreiberin Beldi

vom 13. Juli 2011

in der Strafsache gegen

A.

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt X.

Beschuldigter/Beschwerdeführer

wegen Drohung / Entfernung von Beweismitteln aus den Akten

Regeste:

Verwertbarkeit von durch Privatpersonen heimlich aufgenommener Telefongespräche:

Von privater Seite deliktisch erlangte Beweismittel sind verwertbar, wenn sie auch von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können, (kumulativ) eine Abwägung der im Spiel stehenden Interessen ähnlich wie in Art. 141 Abs. 2 StPO für eine Verwertung spricht und diese nicht wegen schwerer Grundrechtsverstösse an sich auszuschliessen ist. Diese Voraussetzungen waren zu bejahen, weshalb der Verwertung der von der Ehefrau heimlich aufgezeichneten Telefongespräche, anlässlich welcher der Beschuldigte Todesdrohungen geäussert hatte, nichts entgegenstand. Die Staatsanwaltschaft hatte demzufolge den Antrag des Beschuldigten/Beschwerdeführers, wonach die Aufnahmen im Sinn von Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Akten zu entfernen seien, zu Recht abgewiesen.

Begründung:

1. B. wandte sich am 4. Juni 2010 an die Regionalpolizei Bern und meldete, dass sie von ihrem getrennt lebenden Ehemann A. mit dem Tod bedroht werde. Am 12. Juni 2010 gelangte sie erneut an die Regionalpolizei Bern und händigte dieser von ihr aufgezeichnete Telefongespräche aus, welche die von ihr behaupteten Drohungen belegten. Wenige Tage später (26.06.2011) wurde die Strafverfolgung durch Einleitung einer Voruntersuchung gegen A. wegen mehrfacher Drohung z.N. seiner Ehefrau eröffnet. Am 20. Dezember 2010 beantragte A., amtlich verteidigt durch Fürsprecher X., u.a., dass die Aufnahmen der zwischen den Ehegatten geführten Telefongespräche und jeder Hinweis darauf aus den amtlichen Akten zu entfernen seien. Mit Verfügung vom 22. März 2011

wies die zuständige Staatsanwältin diesen Antrag ab. Dagegen erhob A. am 4. April 2011 Beschwerde. Mit Eingabe vom 4. Mai 2011 beantragte die Generalstaatsanwaltschaft die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. A. machte am 30. Mai 2011 von seinem Replikrecht Gebrauch und bestätigte seine in der Beschwerde gestellten Anträge.

2. Gemäss 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). Da ein Fall von Art. 140 f. StPO zur Diskussion steht (Entfernung eines unverwertbaren Beweismittels aus den Akten), gelangt vorliegend auch nicht der Ausschlussgrund von Art. 394 lit. b StPO zur Anwendung (vgl. BK 11 89 vom 14.04.2011, E. 2). Auf die frist- und formgerechte Beschwerde ist einzutreten.
3. Umstritten ist, ob die von der Ehefrau aufgezeichneten Telefongespräche im Strafverfahren als Beweismittel berücksichtigt werden dürfen.
 - 3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die von der Staatsanwältin richtigerweise vorgenommene Interessenabwägung im Ergebnis fehl gehe, würde doch, wenn die fraglichen Aufnahmen durch die Strafverfolgungsbehörden erstellt worden wären, ein absolutes Verwertungsverbot zur Anwendung gelangen (Art. 277 bzw. 289 StPO). Zudem seien illegal beschaffte Beweismittel nur dann zulässig, wenn der Nachweis einer schweren Straftat nicht auf andere Art und Weise erbracht werden könne. Da der Beschwerdeführer die im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht geäusserten Drohungen (auch die am Telefon getätigten) zugebe und die Drohungen mit den sichergestellten SMS und Aufzeichnungen auf dem Telefonbeantworter belegt würden, sei es für die Staatsanwaltschaft nicht notwendig, auf illegal beschaffte Beweismittel zurückzugreifen. Hinsichtlich des Schweregrads der von ihm geäusserten Drohungen hält der Beschwerdeführer fest, dass die Drohungen im Rahmen der Auseinandersetzung über das Besuchsrecht gemacht worden seien und daher – obschon nicht tolerierbar – in einem gewissen Mass als nachvollziehbar betrachtet werden müssten. Da sich seine Ehefrau auch mehrmals über den Mittag mit ihm getroffen oder ihn anlässlich der seltenen Besuchssonntage gesehen habe, könne vorliegend nicht von einer derartigen Schwere ausgegangen werden, welche die Heranziehung der illegal beschafften Beweismittel rechtfertigen würde. In seiner Replik bezieht sich der Beschwerdeführer ausserdem auf Art. 139 und 140 StPO und macht geltend, dass über Tatsachen, welche rechtsgenüglich erwiesen seien, nicht weiter Beweis zu führen sei. Es sei vorliegend nie darum gegangen, eine strafbare Handlung aufzudecken oder den Beweis dafür zu liefern, sondern vielmehr darum, die Strafverfolgung mit übertriebener Härte gegenüber dem Beschwerdeführer in Gang zu setzen und ihm persönlich zu schaden. Die Ehefrau habe anlässlich der Telefongespräche mittels Fragestellung und ihren Antworten entsprechend Einfluss auf das Gesprächsthema und dessen Verlauf genommen; damit stellten die Aufnahmen ein klar «manipulativ» erhobenes und nur «vermeintliches» Beweismittel dar.
 - 3.2 Die Generalstaatsanwaltschaft wendet dagegen ein, dass vorliegend die Bestimmungen der StPO keine Anwendung fänden, seien die Aufnahmen doch von einer Privatperson und ohne Veranlassung der Strafverfolgungsbehörde erstellt worden. Dementsprechend

entscheide sich die Frage der Verwertbarkeit nach der durch das Bundesgericht entwickelten Rechtsprechung. Dass die Ehefrau rechtswidrig gehandelt habe, indem sie ohne Einverständnis ihres Ehemanns ein gemeinsames Gespräch aufgezeichnet habe, werde nicht bestritten. Ungeachtet dessen sei die Verwertung zulässig, hätte das Beweismittel auch auf rechtmässige Weise durch die Strafverfolgungsbehörden beschafft werden können und komme dem Interesse des Beschwerdeführers an der Geheimhaltung des fraglichen Gesprächs kein Vorrang gegenüber dem öffentlichen Interesse der Strafverfolgung zu. Unter Hinweis auf BGE 131 I 272 verweist die Generalstaatsanwaltschaft darauf, dass die Verwertbarkeit nicht nur bei schweren Delikten gegen Leib und Leben, sondern auch bei weiteren Delikten gegen strafrechtlich vergleichbare Rechtsgüter bejaht werden dürfe. Bei der hier interessierenden Todesdrohung handle es sich nicht um einen geringfügigen Tatvorwurf, der die Verwertbarkeit ausschliessen würde. Weiter führt sie aus, dass im Zeitpunkt der Aufnahme ausser den Aussagen des Beschwerdeführers und dessen Ehefrau keine weiteren Beweise für die telefonischen Drohungen bestanden hätten. Die ausgewerteten SMS belegten einzig die Drohungen per SMS und nicht diejenigen, die am Telefon geäussert worden seien. Es habe damit ein klar erkennbares öffentliches Interesse bestanden, die Gespräche zur Aufklärung der behaupteten Straftat in der Untersuchung gegen den Beschwerdeführer zu verwenden.

4.

- 4.1 Die Problematik der Verwertung von Beweismitteln, die Private rechtswidrig beschafft haben, ist in der StPO nicht geregelt. Art. 141 StPO bezieht sich lediglich auf die Beweiserhebung und -verwertbarkeit durch den Staat. Dies ist vom Gesetzgeber so gewollt. Die noch im Vorentwurf (VE) StPO vorgesehene Bestimmung betreffend Beweisbeschaffung durch Private wurde zwar aufgrund erhobener Kritik im Vernehmlassungsverfahren gestrichen. Dies bedeutet indessen nicht, dass alles, was von Privatpersonen stammt, unbesehen verwertet werden dürfte. Durchgesetzt hat sich im Vernehmlassungsverfahren die Annahme, dass die Praxis die notwendige Klarheit schaffen werde und eine abstrakt-generelle gesetzliche Regelung einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung nur im Weg stehen könne (zum Ganzen: GODENZI, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, S. 335 ff.; HÄRING, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substanzielle Neuerung? in: ZStrR 2009 [127] 226 ff., S. 231; SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, S. 336 Fn. 66). In Anlehnung an die bisherige Lehre und Praxis sind von privater Seite deliktisch erlangte Beweismittel dann verwertbar, wenn sie auch von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können (nachfolgend E. 4.2) und (kumulativ) eine Abwägung der im Spiel stehenden Interessen ähnlich wie in Art. 141 Abs. 2 StPO für eine Verwertung spricht und diese nicht wegen schwerer Grundrechtsverstösse an sich auszuschliessen ist (nachfolgend E. 4.3; zum Ganzen SCHMID, a.a.O., S. 336 f.; HÄRING, a.a.O., S. 231 f. mit der Bemerkung, dass sich der Staat nicht eines Privaten bedienen dürfe, um für ihn geltende absolute Verbote zu umgehen; vgl. auch BK 11 9 vom 22.03.2011, E. 2.3). Nach Ansicht von SCHMID ist überdies im Einzelfall zu prüfen, ob vorab der Geschädigte – den Grundgedanken etwa von Art. 218 bzw. 263 Abs. 3 StPO (vorläufige Festnahme bzw. Beschlagnahme durch Privatpersonen) folgend – berechtigt gewesen ist, in dringenden Fällen und unter Beachtung der Verhältnismässigkeit selbst zuhanden der Strafverfolgungsbehörden Beweise zu sichern, auch wenn dies an sich deliktisch ist (im Sinn der Wahrung berechtigter Interessen). Als Beispiel

erwähnt SCHMID den Fall, dass der Bedrohte das Gespräch unerlaubterweise auf einem Tonbandgerät registriert oder wenn der Geschädigte der beschuldigten Person ein bedeutsames Beweisstück entwendet, das diese zu vernichten droht (zum Ganzen: SCHMID, a.a.O., S. 337).

Vorliegend kann mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen bzw. den Ausgang des Beschwerdeverfahrens offen gelassen werden, ob die Ehefrau – wie von SCHMID vorgeschlagen – berechtigt gewesen ist, das Gespräch ohne Einverständnis des Beschwerdeführers aufzunehmen, zumal an den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen strenge Voraussetzungen gestellt werden (vgl. etwa BGE 134 IV 216 E. 6.1, wonach die Tat ein notwendiges und angemessenes Mittel sein muss, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen, die Tat also insoweit den einzigen möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang zumindest auf das Urteil des Bundesgerichts vom 7. September 1983 (109 Ia 244 [= Pra 72 Nr. 275]), in welchem das Bundesgericht in einem ähnlichen Fall zwar die Tatbestandsmerkmale von Art. 179^{ter} StGB als erfüllt betrachtet, gleichzeitig aber die Frage offen gelassen hat, ob es im Fall einer Anklagerhebung mit Blick auf die Beweggründe der die Aufzeichnung erstellenden Person überhaupt zu einer Verurteilung gekommen wäre (E. 2a).

- 4.2 Ausgehend von der hiervor erwähnten Praxis kann bei der Beantwortung der Frage, ob die Aufnahmen auch von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können, auf die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Verfügung und in der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft verwiesen werden. Die Voraussetzungen einer Telefonüberwachung (Art. 269 StPO) wären erfüllt gewesen; die Berufung des Beschwerdeführers auf Art. 277 StPO – und insbesondere auch auf Art. 289 StPO – geht im vorliegenden Prüfungsschema fehl. Gestützt auf die Tatsache, dass die Ehefrau mehrfach bei der Polizei Anzeige erstattet hat und den hier interessierenden Anzeigen zwei Verfahren wegen häuslicher Gewalt und mehreren polizeilichen Interventionen vorausgegangen sind, wäre der dringende Tatverdacht der Begehung eines Katalogdelikts zu bejahen gewesen. Ausserdem hätte die Schwere der Drohung eine Überwachung gerechtfertigt. Anders als der Beschwerdeführer meint, waren die von ihm wiederholt geäusserten Todesdrohungen ernst zu nehmen und beeinflussten den Alltag der Geschädigten erheblich. Da der Beschwerdeführer – anders als von ihm behauptet – zum damaligen Zeitpunkt die diesbezüglichen Drohungen bestritten hat (Einvernahmeprotokolle [EV-Protokoll] des Beschuldigten vom 04.06.2010, S. 2 Z. 43; EV-Protokoll des Beschuldigten vom 12.06.2010, S. 2 Z. 5), wären die Ermittlungen ohne die Aufnahmen unverhältnismässig erschwert gewesen. Eingestanden hat der Beschwerdeführer die Drohung erst auf Vorhalt (Abspielen) der Tonbandaufnahme (EV-Protokoll des Beschuldigten vom 12.06.2010, S. 2 Z. 11). Aus dem Umstand, dass auch die (Ende Juni 2010 erfolgte) Auswertung des Mobiltelefons der Geschädigten die ihr gegenüber vorgebrachten Drohungen belegt haben, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten; der Nachweis einer verbal geäusserten Drohung hat mit der Auswertung des Mobiltelefons eben gerade nicht erbracht werden können.

Eine staatlich angeordnete Überwachung wäre demzufolge zum Zeitpunkt der Aufnahmen gesetzes- und verhältnismässig gewesen.

4.3 Im Zusammenhang mit der anzustellenden Interessenabwägung ist festzuhalten was folgt:

Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, um so eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt (BGE 131 I 272 E. 4.1.2, auch zum Folgenden, und 130 I 126 E. 3.2 mit Hinweisen). Demgegenüber ist das Beweismittel namentlich dann nicht verwertbar, wenn bei seiner Beschaffung ein Rechtsgut verletzt wurde, das im konkreten Fall den Vorrang vor dem Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts verdient. Diese Praxis hat der Prüfung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) standgehalten (Urteil i.S. Schenk gegen Schweiz vom 12.07.1988, Ziff. 45 ff. [= EuGRZ 1988, S. 394], in welchem danach gefragt wurde, ob das Strafverfahren gegen die betroffene Person insgesamt fair gewesen ist [sog. Fairnessgebot; fair trial]). Später hat der Gerichtshof die Praxis mit Blick auf Abhörung oder Videoaufnahme weiterentwickelt. So erachtet der EGMR eine Abhörung oder Videoaufnahme durch die Polizei zu strafprozessualen Zwecken als Beweismittel, trotz allfälliger Verletzung von Art. 8 EMRK bei der Beschaffung, mit dem Gebot eines fairen Verfahrens grundsätzlich als vereinbar, solange Handlungen bzw. Äusserungen des Beschuldigten aufgezeichnet werden, die er aus eigenem Antrieb und ohne äussere Beeinflussung macht und ihm dabei keine Falle gestellt worden ist (BGE 131 I 272 E. 4.2 mit Hinweis auf EGMR-Urteil Khan gegen Grossbritannien vom 12.05.2000, Ziff. 36 ff. und EGMR-Urteil Allan gegen Grossbritannien vom 5.11.2002, Ziff. 42 ff., 50 ff.). Das Bundesgericht hielt darüber hinaus in BGE 109 Ia 244 E. 2b (= Pra 72 Nr. 275) in Bezug auf die Abhörung privater Gespräche fest, dass bei einem schweren Tatverdacht der Schutz des Privatlebens nicht über dem Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts stehen könne und schützte damit die Verwertung eines an sich rechtswidrig aufgenommenen Telefongesprächs. In einer späteren Entscheidung präzisierte das Bundesgericht, dass die hiervoor zitierte Interessenabwägung nicht erst bei sehr schweren Straftaten zulässig sein soll bzw. die Garantie des fairen Verfahrens nicht eine Beschränkung auf sehr schwere Delikte verlange (BGE 131 I 272 E. 4.5).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung hat die Generalstaatsanwaltschaft zu Recht festgehalten, dass es sich bei der hier interessierenden Todesdrohung nicht um einen geringfügigen Tatvorwurf handelt, der die Verwertbarkeit ausschliessen würde. Ausgehend davon, dass es zwischen den Ehegatten in der Vergangenheit mehrfach zu verbalen und tätlichen Auseinandersetzungen im Sinn von häuslicher Gewalt gekommen ist, die Auseinandersetzungen auch nach der Trennung kein Ende gefunden haben und der Beschwerdeführer unter psychischen Problemen zu leiden scheint (vgl. dazu etwa Anzeige vom 14.06.2010 betreffend Vorfall vom 04.06.2010, S. 3, wonach er wegen einer posttraumatischen Belastungsstörung in Behandlung sei und auch schon ein FFE habe verfügt werden müssen; EV-Protokoll der Ehefrau vom 04.06.2010, S. 2 Z. 16 f.; zum Ganzen Aktennotiz vom 28.06.2010 betreffend Telefongespräch mit Herrn Dr. Grehl), überwiegt vorliegend das öffentliche Interesse an der Aufklärung der Straftat das private Interesse des Beschwerdeführers an der Geheimhaltung eines Telefongesprächs. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, geht fehl. Zum einen war – wie bereits erwähnt – im Zeitpunkt der Aufnahme der Telefongespräche infolge seines Bestreitens noch nicht erwiesen, dass er seiner Ehefrau mit dem Tod gedroht hat. Zudem hat die Ende Juni 2010 erfolgte (rückwirkende) Auswertung des Mobiltelefons auch nur die Dro-

hungen per SMS belegt, nicht aber diejenigen, die am Telefon geäußert worden sind. Zum anderen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Geschädigte ihren Ehemann mit gezielter Fragestellung und Antworten dazu gebracht hat, ihr gegenüber die Drohungen auszusprechen.

Vor diesem Hintergrund gelangt die Kammer zum Ergebnis, dass der Verwertung der Tonbandaufnahmen kein höher zu wertendes Persönlichkeitsinteresse des Beschwerdeführers gegenüber steht. Dass die Staatsanwältin auf Verwertbarkeit der fraglichen Tonbandaufnahmen geschlossen hat, ist demnach nicht zu beanstanden. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen.

[...]