

BK 2013 388

Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen

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

vom 31. März 2013

in der Strafsache

A.

verteidigt durch Rechtsanwalt X.

Beschuldigter/Beschwerdeführer

gegen

B.

vertreten durch Fürsprecher Y.

Straf- und Zivilklägerin

wegen Beschimpfung, übler Nachrede etc. / Zulassung von Beweismitteln

Regeste

Die Beschwerdekammer prüft die Frage der Beweisverwertung ohne Einschränkung, d.h. der von der Generalstaatsanwaltschaft beantragte, auf „Offensichtlichkeit“ eingeschränkte Prüfmasstab wurde abgelehnt.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Gegen A. wird ein Strafverfahren wegen Beschimpfung, übler Nachrede und Verleumdung etc., begangen zum Nachteil der Privatklägerin B., geführt. Die Parteien sind Eltern einer gemeinsamen Tochter. Zwischen ihnen bestehen Differenzen im Zusammenhang mit den Kontaktrechten des Kindsvaters zur Tochter. Angefochten war die Gutheissung eines Beweisantrags, mit welcher die von der Privatklägerin eingereichte Handy-Aufnahme zu den Akten erkannt worden war.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

4.2 Nach Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer als Gesprächspartner ein nichtöffentliches Gespräch ohne die Einwilligung der andern daran Beteiligten auf einen Tonträger aufnimmt. Ein Gespräch ist immer dann als nichtöffentlich zu bezeichnen, wenn die Gesprächsteilnehmer in der begründeten Erwartung ein Gespräch führen, das ohne technische Hilfsmittel nicht mitgehört werden kann. Diese Erwartung kann sich aus dem Ort des Gesprächs ergeben oder im begrenzten Kreis der Gesprächsteilnehmer (VON INS/WYDER, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Auflage, 2013, Art. 179^{ter} N 4 und 179^{bis} N 10 und 12). Die Privatheit der Örtlichkeit ergibt sich in der Regel aus dem Umstand, dass der Ort nicht frei zugänglich ist, sondern nur einem begrenzten Personenkreis offensteht; dies trifft z.B. für die eigene Wohnung, das Hotelzimmer oder das Fahrzeug zu (KATZENSTEIN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, Art. 280 N 24). Die Örtlichkeit kann derart beschaffen sein, dass der darin verkehrende Personenkreis unbestimmt gross ist und nicht anhand seiner Funktion konkret definiert werden kann. Zu denken ist an Grossbüros, Eingangsbereiche, Treppenhäuser und Tiefgaragen in Mehrfamilienhäusern. Diese Räume sind üblicherweise nicht publikumsöffentlich, sondern stehen einem bestimmten Personenkreis (Mitarbeiter, Bewohner) zur Verfügung. Daneben zirkulieren auch Besucher, Kunden, Lieferanten, Handwerker etc. in solchen Räumen. Auch hier muss gelten, dass ein Gespräch nicht öffentlich ist, wenn es von einem beliebigen Dritten nicht ohne besondere technische Hilfsmittel mitgehört werden kann (KATZENSTEIN, a.a.O., Art. 280 N 25). Für die Annahme der Öffentlichkeit genügt es in subjektiver Hinsicht, dass der Gesprächspartner in Kauf nimmt, dass Dritte das Gespräch wahrnehmen können, während nicht erforderlich ist, dass er sich in direkter Absicht an die Öffentlichkeit wendet (Entscheidung des Bundesgerichts 6P.79/2006 vom 6. Oktober 2006 E. 5, 6S.635/2001 vom 30. Mai 2002 E. 3c; vgl. auch BGE 133 IV 249 E. 3.2.2).

Äusserungen, die im öffentlichen Raum oder Vorgänge, die sich in der Öffentlichkeit zugetragen, dürfen somit zu Beweis Zwecken aufgezeichnet werden. Hinsichtlich des Prüfmassstabs der Frage, ob das fragliche Gespräch im öffentlichen oder nichtöffentlichen Raum stattgefunden hat bzw. ob das Beweisstück einem Verwertungsverbot unterliegt, bringt die Generalstaatsanwaltschaft vor, dass im Beschwerdeverfahren derselbe Massstab wie im Haftverfahren gelten müsse und für die Zulassung des Beweismittels daher genüge, wenn dessen Verwertung nicht von vornherein ausgeschlossen sei. Über Beweisverwertungsverbote sei grundsätzlich im Hauptverfahren zu entscheiden, und es liege kein nicht wiedergutzumachender Nachteil vor, wenn sich die Staatsanwaltschaft weigere, ein umstrittenes Beweismittel aus den Akten zu weisen (Entscheidung des Bundesgerichts 1B_325/2011 vom 27. September 2011 E. 1.4). Das Gesetz sehe vor rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens keine definitive Entfernung von Beweismitteln vor, deren Verwertbarkeit streitig sei. Über Verwertungsverbote sei vielmehr im Endentscheid zu befinden (Entscheidung des Bundesgerichts 1B_2/2013 vom 5. Juni 2013 E. 1.2). Dieses Vorgehen stehe auch in Einklang mit der Rechtsprechung zum Entscheid über Einstellung oder Anklageerhebung. Die Unsicherheit über eine Rechtsfrage – wie hier diejenige der Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit des aufgenommenen Gesprächs – bzw. das Fehlen klarer Präjudizien würden ein Kriterium darstellen, das im Zweifel für eine Anklageerhebung spreche (BGE 138 IV 86 E. 4.1.2 [PRAXIS 2012 Nr. 114]; Entscheide des Bundesgerichts 1B_528/2011 vom 23. März 2012 E. 2.4, 1B_184/2012 vom 27. August 2012 E. 3.4; vgl. auch Entscheid der

Beschwerdekammer BK 2012 301 vom 29. Januar 2013), weshalb der materielle Entscheid nicht bereits im Beschwerdeverfahren vorweggenommen werden dürfe.

Diesem auf „Offensichtlichkeit“ eingeschränkten – oder wie es OBERHOLZER ausdrückt: auf krasse Fälle beschränkten (Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage, N 714) – Prüfmassstab kann sich die Kammer nicht anschliessen. Zwar treffen die zum Haftverfahren gemachten Ausführungen zu, doch ist der dort vorgesehene beschränkte Prüfmassstab auf die Besonderheiten des Haftverfahrens zugeschnitten. Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen lässt keinen Raum für ausgedehnte Beweismassnahmen. Eine solche Konstellation liegt hier indessen nicht vor. Hinsichtlich des Einwands, wonach der Beschwerdeführer keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erleide, ist auf den jüngst ergangenen Bundesgerichtsentscheid 1B_445/2013 vom 14. Februar 2014 zu verweisen. Das Bundesgericht hatte sich dort mit der Frage zu befassen, ob der Antrag einer beschuldigten Person auf Entfernung eines Einvernahmeprotokolls, welches ohne anwaltlichen Beistand zustande gekommen war, zu Recht abgewiesen worden war. Es bejahte anders als in früheren Entscheiden hinsichtlich des Eintretens einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinn von Art. 93 BGG mit der Begründung, dass das umstrittene Einvernahmeprotokoll nach dem angefochtenen Entscheid zumindest vorläufig, möglicherweise aber bis zum Verfahren vor dem Strafgericht in den Straftaten bleibe. Die Bedenken des Beschwerdeführers seien nicht von der Hand zu weisen, wonach die Strafrichter zwangsläufig von den im Einvernahmeprotokoll enthaltenen Selbstbelastungen bzw. Zugeständnissen unterschwellig beeinflusst würden, auch wenn sie im Rahmen des Hauptverfahrens das Protokoll als unverwertbar aus den Akten weisen sollten. Auch wenn davon ausgegangen werden dürfe, dass ein Strafrichter in der Regel fähig sei, verwertbare und unverwertbare Beweismittel auseinanderzuhalten und sein Urteil in tatsächlicher Hinsicht einzig auf letztere zu stützen, dürfte es auch einem erfahrenen Strafrichter schwer fallen, bei der naturgemäss äusserst heiklen Würdigung der Aussagen eines rund 4 ½ Jahre alten Kleinkinds zu sexuellen Übergriffen die im umstrittenen Protokoll enthaltenen Zugeständnisse und Selbstbelastungen auszublenken.

Daraus folgt, dass die Belassung eines möglicherweise unverwertbaren Beweismittels einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil darstellen kann. Die betroffene Person hat folglich ein Interesse daran, dass die Verwertbarkeit eines Beweismittels frühzeitig überprüft wird, damit ein unverwertbares Beweismittel auch frühzeitig aus den Akten entfernt werden kann. Ein wie in Haftverfahren eingeschränkter Prüfmassstab würde diesem Anliegen nicht genügen. Sollte auf eine Unverwertbarkeit geschlossen werden und damit das Beweisstück aus den Akten entfernt und bis rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten werden (Art. 141 Abs. 5 StPO), stünde es den Parteien frei, bei Gericht den Beizug des umstrittenen Beweises zu beantragen (OBERHOLZER, a.a.O., N 715; SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2009, N 800). Da eine Vernichtung des Beweismittels erst bei rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens erfolgt, ist dies auch immer noch möglich. Gleiches muss für die umgekehrte Konstellation gelten, in welcher vergeblich der Antrag auf Entfernung eines Beweisstücks gestellt worden war. Der definitive Entscheid, ob ein Beweismittel berücksichtigt werden kann oder nicht, obliegt auch bei diesem Vorgehen dem Sachgericht. Es ist diesem unbenommen, zu einem anderen Ergebnis als die Beschwerdekammer zu gelangen. Was die weiteren Argumente der Generalstaatsanwaltschaft betrifft, ist

festzuhalten, dass die Begriffe „Öffentlichkeit“ oder „Nichtöffentlichkeit“ eines Gesprächs hinreichend bestimmbar sind. Lehre und Rechtsprechung haben diese Begriffe genügend scharf umrissen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Beschwerdekammer die Frage der Beweisverwertung in der hier interessierenden Konstellation ohne Einschränkung prüft (vgl. etwa auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürichs UH120368 vom 24. April 2013, in welchem eine umfassende Prüfung erfolgt ist).

[...]