

**Obergericht
des Kantons Bern**

Beschwerdekammer in
Strafsachen

**Cour suprême
du canton de Berne**

Chambre de recours pénale

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 16 396

Bern, 28. November 2016

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Trenkel, Oberrichter Stucki
Gerichtsschreiber i.V. Nydegger

Verfahrensbeteiligte

A. _____
v.d. Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigte

C. _____
v.d. Fürsprecher D. _____
Straf- und Zivilkläger/Beschwerdeführer

Gegenstand

Einstellung

Strafverfahren wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen
Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland vom 8. September 2016
(BJS 15 6646)



Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) stellte am 8. September 2016 das Verfahren gegen A._____ (nachfolgend: Beschuldigte) wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen zum Nachteil von C._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ein. Der Beschuldigten wird vorgeworfen, mit ihrem Mobiltelefon während einer gemeinsamen Autofahrt – ohne Einwilligung des Beschwerdeführers – ein Streitgespräch aufgenommen zu haben und diese Aufnahme anlässlich der polizeilichen Einvernahme im Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer wegen häuslicher Gewalt abgespielt bzw. der Polizei überlassen zu haben. Gegen die Einstellungsverfügung erhob der Beschwerdeführer am 26. September 2016, vertreten durch Fürsprecher D._____, Beschwerde mit den Anträgen, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben und die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, einen Schuldspruch wegen unbefugten Aufnehmens von Gesprächen gemäss Art. 179^{ter} des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) auszufällen. Die Generalstaatsanwaltschaft nahm am 6. Oktober 2016 zur Beschwerde Stellung und beantragte deren kostenfällige Abweisung. Die Beschuldigte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, verzichtete am 18. Oktober 2016 auf eine selbständige Stellungnahme und schloss sich der Begründung in der angefochtenen Verfügung sowie der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft an. Innert Frist ist keine Replik des Beschwerdeführers eingegangen.
2. 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 Strafprozessordnung [StPO; SR 312], Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Der Beschwerdeführer ist als Straf- und Zivilkläger durch die Einstellungsverfügung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten. Im Übrigen kann die Beschwerdekammer der Staatsanwaltschaft bei Gutheissung einer Beschwerde gegen eine Einstellungsverfügung zwar Weisungen für den weiteren Gang des Verfahrens erteilen, sie aber nicht anweisen, einen Schuldspruch auszufällen (Art. 397 Abs. 3 StPO).
- 3.
- 3.1 Die Staatsanwaltschaft begründet die Verfahrenseinstellung in der angefochtenen Verfügung zusammengefasst damit, dass die Beschuldigte die Aufnahme infolge des aufbrausenden und aggressiven Verhaltens des Beschwerdeführers als Eigenschutz gestartet habe und somit in Notwehr (Art. 15 StGB) gehandelt habe. Die Beschuldigte habe mit der unerlaubten Aufnahme den unmittelbar drohenden Angriff dokumentieren und diesen in angemessener Weise abwehren wollen. Falls die unerlaubte Aufnahme nicht der Abwehr eines Angriffs gedient habe, sondern primär im Beweisinteresse der Beschuldigten erfolgt sei, sei der Rechtfertigungsgrund des Notstandes (Art. 17 StGB) zu prüfen. Da der Beschwerdeführer bestrei-

te, die Beschuldigte geohrfeigt und bedroht zu haben, lägen neben deren Aussage und der Aufnahme keine weiteren Beweise vor, welche die Darstellung der Beschuldigten bestätigen würden. Diese wäre deshalb ohne die Aufnahme voraussichtlich nicht in der Lage gewesen, ihre rechtlichen Interessen durchzusetzen, womit eine Notstandslage im Zeitpunkt der Aufnahme zu bejahen sei.

- 3.2 Der Beschwerdeführer bringt dagegen im Wesentlichen vor, dass die Beschuldigte die Aufnahme bereits gestartet habe, als er bei ihr ins Fahrzeug gestiegen sei. Wenn sich die Beschuldigte vom Beschwerdeführer bedroht gefühlt hätte, hätte sie sich nicht bereit erklärt, diesen in ihrem Fahrzeug mitzunehmen. Angesichts der gesamten Umstände müsse davon ausgegangen werden, dass die Beschuldigte beabsichtigt habe, den Beschwerdeführer bewusst zu provozieren, um ein Beweismittel zu konstruieren. Dies sei durch die Beschuldigte insoweit selber bestätigt worden, als sie ausführe, dass die Aufnahme des Gesprächs eine Art Eigenschutz darstelle. Ihr Ziel sei es gewesen, den Beschwerdeführer in ein schlechtes Licht zu rücken, obschon dieser – wie von der Beschuldigten bestätigt – ihr gegenüber überhaupt noch nie tätlich geworden sei und die Beschuldigte auch nicht erwartet habe, geschlagen zu werden. Es könne nicht Sinn und Zweck eines Rechtfertigungsgrundes sein, eine unrechtmässige Handlung im Zusammenhang mit einem hypothetischen, inskünftigen Vorfall als Notwehr oder Notstand zu rechtfertigen. Bei der Aussage der Beschuldigten, der Beschwerdeführer sei bereits vor dem Einsteigen aggressiv gewesen, handle es sich um eine Schutzbehauptung, da sie den Tag nicht mit dem Beschwerdeführer verbracht habe und somit von seinem Gemütszustand gar keine Kenntnis gehabt haben könne. Wenn die Beschuldigte zudem tatsächlich mit Aggressionen seitens des Beschwerdeführers gerechnet hätte, wäre ein Verzicht auf die Autofahrt die logische Konsequenz bzw. eine angemessene Abwehrhandlung gewesen. Es fehle somit sowohl an der Notwehrlage als auch an einer rechtfertigenden Notwehrhandlung. Schliesslich liege auch kein Beweisnotstand vor, da das Streitgespräch durch den Beschwerdeführer gar nicht bestritten werde.
- 3.3 Die Generalstaatsanwaltschaft führt in ihrer Stellungnahme zusammengefasst aus, dass der Rechtfertigungsgrund der Notwehr aufgrund des Fehlens einer Notwehrlage zu verneinen sei. Hingegen sei der Rechtfertigungsgrund des Notstandes gegeben. In Ergänzung zu den Ausführungen der Staatsanwaltschaft wird weiter vorgebracht, dass beim Notstand eine unmittelbare Gefahr auch zu bejahen sei, wenn die erst zu einem späteren Zeitpunkt drohende Gefahr nicht anders abgewendet werden könne und die Beschuldigte vorliegend zur Wahrung ihres Beweisinteresses gehandelt habe. Die Beschuldigte habe hierbei annehmen dürfen, im Strafprozess gegen den Beschwerdeführer – ohne die Aufnahme des Streitgespräches – nicht in der Lage zu sein, ihre rechtlichen Interessen gebührend wahrzunehmen, weshalb eine Notstandslage im Zeitpunkt der Aufnahme zu bejahen sei. Da die Beschuldigte lediglich in die Privatsphäre des Beschwerdeführers und nicht in die Güter unbeteiligter Dritter eingegriffen habe, die Beschaffungshandlung des Beschuldigten auf einen kurzen Zeitraum begrenzt gewesen sei und die Aufnahme erst auf Nachfrage der Polizei hin abgespielt worden sei, überwiege das Interesse der Beschuldigten an der Sicherung von Beweisen dasjenige des Beschwerdeführers an der Wahrung seiner Privatsphäre.

4.

- 4.1 Nach Art. 319 Abs. 1 Bst. c StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens, wenn Rechtfertigungsgründe einen Straftatbestand unanwendbar machen. Der Entscheid über die Einstellung des Verfahrens richtet sich nach dem aus dem Legalitätsprinzip fliessenden Grundsatz «in dubio pro duriore» (vgl. Art. 2 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 StPO und Art. 324 Abs. 1 StPO). Danach darf eine Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft nur bei klarer Straflosigkeit oder offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen angeordnet werden. Erscheint eine Verurteilung als wahrscheinlicher als ein Freispruch, ist Anklage zu erheben. Dasselbe gilt in der Regel (insbesondere bei schweren Delikten), wenn sich die Wahrscheinlichkeit eines Freispruchs oder einer Verurteilung in etwa die Waage halten (BGE 138 IV 86 E. 4.1; 138 IV 186 E. 4.1; je mit Hinweisen). Der Grundsatz, dass im Zweifelsfall das Verfahren nicht eingestellt werden darf, ist unter Würdigung der im Einzelfall gegebenen Umstände anzuwenden. Bei zweifelhafter Beweis- bzw. Rechtslage hat mithin nicht die Untersuchungs- oder Anklagebehörde über die Stichhaltigkeit des strafrechtlichen Vorwurfs zu entscheiden, sondern das für die materielle Beurteilung zuständige Gericht (Urteil des Bundesgerichts 6B_743/2013 vom 24. Juni 2014 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 138 IV 86 E. 4.2; BGE 138 IV 186 E. 4.1; 137 IV 219 E. 7.1 f.; je mit Hinweisen).
- 4.2 Nach Art. 179^{ter} StGB macht sich strafbar, wer als Gesprächsteilnehmer ein nichtöffentliches Gespräch ohne die Einwilligung der andern daran Beteiligten auf einen Tonträger aufnimmt oder wer eine solche Aufnahme aufbewahrt, auswertet, einem Dritten zugänglich macht oder einem Dritten vom Inhalt der Aufnahme Kenntnis gibt.
- 4.3 Vorliegend ist unbestritten, dass die heimliche Aufnahme der Auseinandersetzung im Fahrzeug durch die Beschuldigte den Tatbestand von Art. 179^{ter} StGB erfüllt. Die Staatsanwaltschaft begründete in der angefochtenen Verfügung die Verfahrenseinstellung mit den Rechtfertigungsgründen der Notwehr (Art. 15 StGB) und des Notstands (Art. 17 StGB). Wie die Generalstaatsanwaltschaft zutreffend vorbrachte, kann Notwehr indessen nur angenommen werden, wenn die Aufnahme des Gesprächs zur Abwehr eines gegenwärtigen Angriffs dient (VON INS/WYDER, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Auflage 2013, N. 9 zu Art. 179^{ter} StGB und N. 24 zu Art. 179^{bis} StGB). Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich zu Recht geltend, dass die Beschuldigte mit der Aufnahme des Gesprächs nicht einen gegenwärtigen Angriff abgewehrt hatte. Das Vorliegen einer Notwehrlage ist somit zu verneinen, womit sich weitere Ausführungen betreffend die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers erübrigen.
- 4.4 In der angefochtenen Verfügung wird zudem ausgeführt, dass die Aufnahme primär dem Beweisinteresse der Beschuldigten gedient habe, insbesondere um bei allfälligen weiteren Drohungen des Beschwerdeführers für dessen strafrechtliche Verfolgung ein Beweismittel zu haben. Dies ist unter dem Gesichtspunkt des Rechtfertigungsgrundes des Notstandes (Art. 17 StGB) zu prüfen (VON INS/WYDER, a.a.O., N. 9 zu Art. 179^{ter} StGB und N. 25 zu Art. 179^{bis} StGB). Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person aus einer

unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, handelt rechtmässig, wenn er dadurch höherwertige Interessen wahrt (Art. 17 StGB).

- 4.5 Eine Gefahr ist unmittelbar, wenn sie weder vergangen ist noch bevorsteht, d.h. wenn sie gegenwärtig und konkret ist. Dies ist der Fall, wenn es für eine erfolgsversprechende Rettung des bedrohten Rechtsguts bei einem weiteren Zuwarten mit der Abwehr zu spät sein könnte oder – soweit die Gefahr zu einem späteren Zeitpunkt droht – wenn diese nur gegenwärtig sicher abwendbar ist (BGE 122 IV 1 E. 3a; Urteil 6B_569/2012 vom 2. Mai 2013 E. 2.3.4; je mit Hinweisen). Für unter dem Titel des Beweisnotstandes zu rechtfertigende Handlungen im Sinne von Art. 179^{bis} ff. StGB gilt im Besonderen, dass die dazu erforderliche Notstandslage sich auch erst dann einstellen kann, wenn die nahe Wahrscheinlichkeit besteht, dass derjenige, dessen Äusserungen aufgenommen werden, in einem Strafverfahren die fraglichen Äusserungen bestreiten wird. Allein der Zweck, sich ein Beweismittel zu beschaffen, kann zur Rechtfertigung einer heimlichen Aufnahme demgegenüber nicht ausreichen. Es muss sich vielmehr um sonst nicht nachweisbare Vorkommnisse handeln (Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 24. Mai 2013, E. 7.2. mit Hinweisen).

- 4.6 Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die Parteien gaben übereinstimmend an, am 6. September 2013 rechtskräftig geschieden worden zu sein. Der Strafschutz für häusliche Gewalt als Offizialdelikt endete somit am 5. September 2014, womit der hier in Frage stehende Vorfall vom 14. Januar 2014 in diese Zeitspanne fällt und folglich von Amtes wegen zu verfolgen ist.

Die Beschuldigte gab an, der Beschwerdeführer dominiere bzw. terrorisiere sie seit langem, habe ihr unter anderem gedroht, sie fertig zu machen und ihrer Mutter etwas anzutun. Die Beschuldigte führte zudem aus, die Aufnahme aus Eigenschutz getätigt zu haben, da man ihr nie glaube, dass sich der Beschwerdeführer ihr gegenüber aggressiv zeige, er sie bereits mehrfach bedroht und versucht habe sie einzuschüchtern, er sich jedoch in Anwesenheit anderer Personen nie derart verhalte. Auf die von der Beschuldigten geltend gemachten Drohungen angesprochen führte der Beschwerdeführer aus, dass dies «emotionales Gerede» gewesen sei und man in solchen Situationen Dinge sage, welche nicht so gemeint seien. Hinsichtlich des Vorfalls vom 14. Januar 2014 gestand der Beschwerdeführer zwar ein Streitgespräch ein, bestritt jedoch, die Beschuldigte geohrfeigt zu haben und gab an, lediglich auf das Armaturenbrett geschlagen zu haben. Er habe die Beschuldigte zudem einzig beschimpft und nicht bedroht.

Die Frage, ob vorliegend eine Ohrfeige oder lediglich ein Schlag aufs Armaturenbrett erfolgte, kann offen bleiben. Die oben dargelegte Vorgeschichte, die bereits früher ausgesprochenen Drohungen und verbalen Entgleisungen, sowie die aufbrausende bzw. aggressive Stimmung des Beschwerdeführers, waren durchaus geeignet, bei der Beschuldigten die Befürchtung weiterer verbaler Aggressionen zu erwecken. Diese Befürchtungen der Beschuldigten haben sich sodann zumindest hinsichtlich verbaler Ausfälligkeiten und mindestens einer aggressiven Geste mit Schlag auf das Armaturenbrett auch bestätigt. Gleichzeitig zeigen die Einvernahmen des Beschwerdeführers, dass dieser im Vorfeld durchaus Drohungen geäussert hatte, wenn auch diese gemäss eigenen Angaben nicht ernst gemeint gewe-

sen seien. Die Beschuldigte konnte aufgrund der bisherigen Ereignisse zudem davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer den Vorfall abstreiten wird, was sich bei den beiden Einvernahmen sodann auch weitgehend bestätigte.

Ausser den Aussagen der Beschuldigten lagen bezüglich des mutmasslichen Tatgeschehens somit keine weiteren Beweise vor, welche die Darstellung der Beschuldigten gestützt hätten, womit von einem Beweisnotstand ausgegangen werden kann. Es liegt daher der Schluss nahe, dass die Beschuldigte ohne die Aufnahme nicht in der Lage gewesen wäre, ihre rechtlichen Interessen wahrzunehmen. Inwiefern die Beschuldigte den Beschwerdeführer bewusst provoziert hätte, um mittels der von ihm unbemerkt gebliebenen Aufzeichnung ein Beweismittel zu konstruieren, ist nicht ersichtlich. Die Beschuldigte bringt glaubhaft und nachvollziehbar vor, dass der Beschwerdeführer bereits bei der Motorradgarage aufgrund des angeblichen Fehlverhaltens des Mechanikers aufbrausend gewesen sei und sich auch später bei der Einstellhalle noch aggressiv verhalten habe, sie nur im Fahrzeug verblieben sei, da sie keine Schläge befürchtet habe und durch die Aufnahme lediglich die bereits in früheren Auseinandersetzungen durch den Beschwerdeführer ausgestossenen Drohungen habe belegen wollen. Das Vorliegen einer Notstandslage im Zeitpunkt der Aufnahme ist folglich zu bejahen, wobei die Beschuldigte zur Wahrung ihres Beweisinteresses im Strafprozess handelte. Es ist überdies nicht ersichtlich, wie die Beschuldigte die verbalen Entgleisungen des Beschwerdeführers anderweitig hätte dokumentieren können.

Die Beweisnotstandslage ist zudem genügend unmittelbar. Einzig gegen die Unmittelbarkeit sprechen das lange Zuwarten der Verwendung der Aufnahme sowie die vorgebrachte Begründung, welche den Anschein erwecken könnte, die Beweissicherung sei zwar zum Eigenschutz, jedoch auf Vorrat erfolgt. Ein solches Vorgehen relativiert sich jedoch mit Blick auf die Besonderheiten des Dauerverhältnisses Ehe und ist aus Sicht der Kammer in derart gelagerten Fällen zulässig. Dies wieder spiegelt sich auch in der rechtlichen Handhabe bei häuslicher Gewalt, wobei insbesondere die Sistierungsmöglichkeit nach Art. 55a StGB diesem Umstand Rechnung trägt. Daher durfte eine Beweissicherung im vorliegenden Fall auch präventiv erfolgen.

- 4.7 Bei der Annahme einer Notstandssituation sind insbesondere der Grad der Vertraulichkeit der Gespräche, das Gewicht des Beweisinteresses und inwieweit Dritte durch die Aufnahme betroffen sind, zu berücksichtigen (VON INS/WYDER, a.a.O., N. 25 zu Art. 179^{bis} StGB). Da die Beschuldigte einzig in die Privatsphäre des Beschwerdeführers und nicht in die Rechtsgüter unbeteiligter Dritter eingriff, die Beweisbeschaffungshandlung sowohl örtlich als auch auf einen kurzen Zeitraum begrenzt war, sich der aufgenommene Gesprächsinhalt nicht als sonderlich vertraulich erweist und die Aufnahme erst auf Nachfrage des betreffend eines Officialdelikts einvernehmenden Polizisten hin abgespielt bzw. ausgehändigt wurde, vermag das Interesse der Beschuldigten an der Sicherung der Beweise dasjenige des Beschwerdeführers an der Wahrung seiner Privatsphäre zu überwiegen. Somit darf im vorliegenden Fall von der Verhältnismässigkeit der Notstandshandlung ausgegangen werden.

- 4.8 Nach dem Gesagten kann sich die Beschuldigte für die Aufnahme des Gesprächs zwischen ihr und dem Beschwerdeführer auf den rechtfertigenden Notstand gemäss Art. 17 StGB berufen. Der Straftatbestand von Art. 179^{ter} StGB ist unanwendbar (Art. 319 Abs. 1 Bst. c StPO). Ein Freispruch der Beschuldigten erscheint deutlich wahrscheinlicher als eine Verurteilung, weshalb das Verfahren durch die Staatsanwaltschaft zu Recht eingestellt wurde.

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigten ist für ihre Aufwendungen im Beschwerdeverfahren mangels wesentlicher Umtriebe keine Entschädigung zu entrichten, da sie auf eine Stellungnahme verzichtet hatte und ihr darüber hinaus keine entschädigungswürdigen Nachteile entstanden sind (Art. 436 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 429 Abs. 1 Bst. a StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Zu eröffnen:
 - dem Straf- und Zivilkläger/Beschwerdeführer, v.d. Fürsprecher D. _____
 - der Beschuldigten, v.d. Rechtsanwalt B. _____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland, Staatsanwältin E. _____
(mit den Akten)

Bern, 28. November 2016

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Der Gerichtsschreiber i.V.:

Nydegger

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden durch die Beschwerdekammer in Strafsachen in Rechnung gestellt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.