



**COMPETENCE CENTER
FORENSIK UND
WIRTSCHAFTSKRIMINALISTIK**

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

**HOCHSCHULE
LUZERN**

Wirtschaft

Master of Advanced Studies in Forensics (MAS Forensics)

Der korrekte Umgang mit dem Problem anlässlich von Einvernahmen durch Private erstellter Bild- und Tonaufnahmen

Eingereicht von

MLaw Martina Hugentobler

Klasse MAS Forensics 4

am 12. Juli 2013

betreut von

lic. iur. Christoph Ill

I.	INHALTSVERZEICHNIS	II
II.	LITERATURVERZEICHNIS.....	IV
III.	MATERIALIENVERZEICHNIS.....	VI
IV.	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VII
V.	KURZFASSUNG	VIII

I. INHALTSVERZEICHNIS

1.	EINLEITUNG.....	1
2.	PROBLEMSTELLUNG	3
3.	MASSNAHMEN BEI STÖRUNG DES ABLAUFES DER EINVERNAHME	4
3.1.	PRÄVENTIVE MASSNAHMEN DER STAATSANWALTSCHAFT	5
3.1.1.	Beschlagnahme nach Art. 263 StPO	5
3.1.2.	Sitzungspolizeiliche Massnahmen nach Art. 63 StPO i.V.m. Art. 61 StPO	5
3.2.	MASSNAHMEN DER STAATSANWALTSCHAFT BEI BEREITS ERSTELLTER AUFNAHME.....	7
3.2.1.	Massnahmen zum Abbruch der Aufnahme	7
3.2.2.	Massnahmen zur Vernichtung der Aufnahme	8
3.3.	PRÄVENTIVE MASSNAHMEN DER POLIZEI.....	8
3.3.1.	Sitzungspolizeiliche Befugnisse der Polizei	8
3.3.2.	Gefahrenabwehr nach Polizeigesetz.....	9
3.4.	WEGNAHME DES AUFNAHMEGERÄTES GESTÜTZT AUF DAS HAUSRECHT.....	9
4.	MASSNAHMEN ZUM SCHUTZ DES UNTERSUCHUNGSGEHEIMNISSES	11
4.1.	DAS PROBLEM DER KOLLUSION	11
4.1.1.	Präventive Massnahmen der Staatsanwaltschaft.....	13
A.	Kollusion durch den Beschuldigten	13
B.	Kollusion durch Privatkläger	14
C.	Kollusion durch Zeugen/Auskunftspersonen.....	14
D.	Verhältnismäßigkeit.....	14
4.1.2.	Repressive Massnahmen der Staatsanwaltschaft	14
4.1.3.	Massnahmen der Polizei.....	15
4.2.	DIE PARTEIÖFFENTLICHKEIT DES VORVERFAHRENS	15
4.2.1.	Analoge Anwendung von Art. 71 StPO	15
4.2.2.	Massnahmen zur Vernichtung der Aufnahme	16
4.3.	FAZIT	17
5.	VERÖFFENTLICHUNG ZWECKS KRITIK AN DER STRAFVERFOLGUNGSBEHÖRDE	18
5.1.	DIE PERSÖNLICHKEITSRECHTE IM ZUSAMMENHANG MIT BILD- UND TONAUFNAHMEN	19
5.2.	RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE FÜR PERSÖNLICHKEITSVERLETZUNG DURCH TON- UND BILDAUFNAHMEN	20
5.2.1.	Die einvernehmende Person als Person der Zeitgeschichte?	21
5.2.2.	Fazit in Bezug auf das Recht am eigenen Wort	23
5.2.3.	Fazit in Bezug auf das Recht am eigenen Bild	23
6.	DIE STRAFBARKEIT HEIMLICHER AUFNAHMEN VON EINVERNAHMEN.....	24

6.1.	ART. 179 ^{TER} STGB UND BGE 108 IV 161.....	24
6.1.1.	Die Absage des Bundesgerichts an die strafrechtliche Schutzwürdigkeit der Einvernahme	24
6.1.2.	Kritik an BGE 108 IV 161	25
6.2.	KONSEQUENZ FÜR DIE MÖGLICHKEITEN HINSICHTLICH ABNAHME DER GERÄTSCHAFTEN UND LÖSCHUNG DER AUFNAHMEN	26
7.	SCHLUSSFOLGERUNG	27
	ANHANG	29

II. LITERATURVERZEICHNIS

BENFER J. / BIALON J. (2010). Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, Voraussetzungen und Grenzen. München: Verlag C.H. Beck.

VON COELLN CH. (2005). Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt. Passau/Tübingen: Mohr Siebeck Verlag.

DONATSCH, A. / HANSJAKOB, T. / LIEBER, V. (Hrsg.) (2010). Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung. Zürich: Schulthess Verlag.

FINK M. (2007). Bild- und Tonaufnahmen im Umfeld der strafgerichtlichen Hauptverhandlung. Mainz/Berlin: Verlag Duncker & Humblot.

HÄFELIN U. / HALLER W. (2012). Schweizerisches Bundesstaatsrecht (8. Aufl.). Zürich: Schulthess Verlag.

HAUSHEER H. / AEBI-MÜLLER, A.E. (2012). Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (3. Aufl.). Bern: Stämpfli Verlag.

HEER M. (2012). Sanktionenrecht unter dem Druck der Öffentlichkeit, in Marcel Alexander Niggli / Manon Jendly (Hrsg.) Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter. Bern: Stämpfli Verlag.

HENSEN-DIX F. (1982). Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht. Köln: Verlag Heymann.

HENSLER B. (2012). Öffentlicher Druck auf die Polizei bei steigendem Sicherheitsbedürfnis, in Marcel Alexander Niggli / Manon Jendly (Hrsg.) Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter. Bern: Stämpfli Verlag.

HOFER S. / HRUBESCH-MILLAUER S. / BOSSHARDT M. (2012). Einleitungsartikel und Personenrecht (2. Aufl.). Bern: Stämpfli Verlag.

MEIER M. (2011). Kollusionsverhinderung im Vorverfahren der Schweizerischen Strafprozessordnung. Masterarbeit CCFW. Burgdorf/Luzern.

MICHLIG M. (2013), Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden unter dem Aspekt der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB). Zürich: Schulthess Verlag.

NIGGLI, M. A. / HEER, M. / WIPRÄCHTIGER, H. (Hrsg.) (2010). Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

SCHWEIZER M. (2012). Recht am Wort: Schutz des eigenen Wortes im System von Art. 28 ZGB. Bern: Stämpfli Verlag.

TRECHSEL S., et al. (2008). Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.

VOLLENWEIDER P. (1980). Die Sitzungspolizei im Schweizerischen Strafprozess. Zürich: Schulthess Verlag.

III. MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2005, 1085 (zit. Botschaft StPO).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung vom 12. Februar 2003, BBl 2003, 1963 (zit. Botschaft BGÖ).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs vom 21. Februar 1968, BBl 1968, 585 (zit. Botschaft Geheimbereich).

Bundesamt für Justiz, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001 (zit. Begleitbericht VE-StPO).

Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands vom 10. Juni 2005 (zit. Schweizerische Standesregeln).

Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (Bundesamt für Justiz), Bern 2001.

IV. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BBI	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfG	Deutsches Bundesverfassungsgericht
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
et al.	et alii/aliae (und andere)
etc.	et cetera
ev.	eventuell
f. /ff.	folgende / fortfolgende
Fn	Fussnote
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera
N	Note
PolizeiVO SZ	Polizeiverordnung des Kantons Schwyz vom 22. März 2000 (SRSZ 520.110)
resp.	respektive
Rz	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRSZ	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Schwyz
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil

V. KURZFASSUNG

Die Problematik heimlicher Aufnahmen seitens Beschuldigter, Zeugen oder Auskunftspersonen anlässlich von Einvernahmen birgt ein grosses Unsicherheitspotential für die einvernehmenden Polizisten und Staatsanwälte. Nicht nur, dass die Möglichkeit solcher Aufzeichnungen und die anschliessende Weitergabe derselben an andere Verfahrensbeteiligte Kollusionsgefahren birgt und damit ein Risiko für die Wahrheitsfindung darstellt. Auch stören solche Aufnahmen den ordentlichen Gang der Einvernahme, da sie eine Ablenkung der einvernehmenden Person darstellen. Zudem löst das Gefühl, möglicherweise beobachtet und in der Folge blossgestellt zu werden eine gewisse Beklemmung bei den Teilnehmern der Einvernahme aus.

Die Strafprozessordnung sieht auf den ersten Blick keine konkrete Regelung betreffend den Umgang mit solchen Aufnahmen anlässlich von Einvernahmen im Ermittlungsverfahren oder der Voruntersuchung vor. Mit der Begründung, dass solche Aufnahmen den ordnungsgemässen Ablauf der Einvernahme stören würden, lässt sich eine generelle Abnahme aller potentiell für Aufnahmen geeigneter Geräte wie Diktaphone, Kameras oder Mobiltelefone vor jeder Einvernahme mit den sitzungspolizeilichen Befugnissen der Verfahrensleitung nach Art. 63 StPO rechtfertigen. Diese stehen im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens und erst recht bei in der Voruntersuchung von der Staatsanwaltschaft an die Polizei delegierten Einvernahmen auch den befragenden Polizeifunktionären zu. Da es sich bei der Abnahme der Gerätschaften nur um einen vorübergehenden und vergleichsweise geringen Eingriff in die Rechte der Besitzer handelt, kann diese Massnahme mit Blick auf das damit verfolgte Ziel der ordentlichen Einvernahme durchaus als verhältnismässig bezeichnet werden. Dies gilt natürlich umso mehr, wenn die Wegnahme erst im Zeitpunkt, in dem tatsächlich eine Aufzeichnung der Einvernahme stattfindet, geschieht.

Da die Störung der Einvernahme mit der Wegnahme des Geräts beseitigt ist, bildet Art. 63 StPO jedoch für sich alleine keine Grundlage, die Aufnahme anschliessend zu sichten und zu vernichten.

Bei zwecks Kollusion angefertigten Aufnahmen dürfte die Wegnahme des Aufnahmegeräts sowie auch die anschliessende Vernichtung der Aufzeichnung mit Art. 63 StPO i.V.m. Art. 108 Abs. 1 StPO (bei Kollusion mit von der Einvernahme ausgeschlossenen (Mit-)Beschuldigten oder Privatklägern) resp. i.V.m. Art. 146 Abs. 4 StPO (bei Kollusion mit Zeugen) Hilfe bieten, da solche Aufnahmen den Sinn der Abwesenheit dieser Verfahrensbeteiligten in der Einvernahme unterlaufen würden. Da sich die konkrete Verdunkelungsabsicht des die Aufzeichnung anfertigenden Verfahrensbeteiligten indes kaum nachweisen lassen wird, stellt ein Vorgehen gestützt auf diese Rechtsgrundlagen den einvernehmenden Staatsanwalt oder die befragende Polizistin erneut vor Probleme.

Die optimale Lösung bietet die analoge Anwendung des in Art. 71 StPO verankerten Verbots von Bild- und Tonaufnahmen in der Hauptverhandlung. Es wäre stossend, wenn dieses Verbot, welches einer Einschränkung der Publikumsöffentlichkeit des Hauptverfahrens gleichkommt, nicht erst recht im Rahmen des „geheimen“ polizeilichen Ermittlungsverfahrens resp. des parteiöffentlichen Vorverfahrens Geltung haben würde. Da Art. 71 Abs. 2 StPO explizit die Möglichkeit der Beschlagnahme der verbotswidrig erstellten Aufnahmen vorsieht – womit auch die

Sichtung und Vernichtung derselben mitumfasst sind – lässt sich auch ein Löschen der anlässlich der Einvernahmen erstellten Aufzeichnung auf Art. 63 StPO i.V.m. Art. 71 StPO stützen. Nach Meinung des Bundesgerichts fallen polizeiliche (und damit wohl auch staatsanwaltschaftliche) Einvernahmen nicht unter den Schutzbereich von Art. 179^{ter} StGB, da sie nicht in den Bereich der Privatsphäre insbesondere der einvernehmenden Person fallen. Nicht zuletzt, da auch der Staatsanwältin oder dem Polizisten, welche die Befragung durchführt, im Rahmen der Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit nicht sämtliche Rechte an Wort und Bild abgesprochen werden können, ist diese Auffassung zumindest in dieser Absolutheit in Frage zu stellen. Wären anlässlich von Einvernahmen erstellte Aufnahmen als tatbestandsmäßig im Sinne von Art. 179^{ter} StGB zu qualifizieren, ergäbe sich daraus zudem die Möglichkeit, die Aufzeichnung als Beweismittel für das diesbezügliche Strafverfahren zu beschlagnahmen und anschliessend nach den Regeln der Einziehung zu vernichten.

1. Einleitung

„Die besten Beobachter sind jene, die während des Vorgangs der Beobachtung von niemandem dabei beobachtet werden, deren Beobachtung sie nur ablenken würde.“
Christa Schyboll, Autorin¹.

In Zeiten, in denen Informationen immer zahlreicher und schneller erhältlich werden, wächst der Druck auf staatliche Behörden, ihr Handeln offenzulegen, um Transparenz und Vertrauen zu schaffen und damit letztlich die Akzeptanz der Bürger für ihre Tätigkeit zu gewinnen². Dieser Druck macht sich auch bei den Strafverfolgungsbehörden bemerkbar. Während in den Gerichtssälen grundsätzlich das Öffentlichkeitsprinzip (Art. 69 Abs. 1 StPO) dafür sorgt, dass dieser Forderung nach Transparenz genüge getan wird, sind die Untersuchungshandlungen der Polizei und Staatsanwaltschaft hiervon ausgenommen (Art. 69 Abs. 3 lit. a StPO). Die Gründe hierfür sind der Schutz der Persönlichkeit des vermutungsweise Unschuldigen³ sowie der Schutz des Untersuchungsgeheimnisses.

Hinter der Bezeichnung „Staatsanwalt“ oder „Polizistin“⁴ steht nicht nur eine die damit verbundenen Aufgaben wahrnehmende roboterähnliche Existenz, sondern ein soziales Wesen, dem es nicht gleichgültig ist, was andere über ihn denken. Es wäre realitätsfremd, anzunehmen, dass diese Tatsache keinerlei Einfluss auf die Arbeit der entsprechenden Personen habe. Dementsprechend besteht die Gefahr, dass diese Haltung das Ziel der Wahrheitsfindung beeinträchtigt. Gefördert wird diese Problematik durch die Tatsache, dass kritische Stimmen in den Medien zum Thema Strafverfolgung immer mehr auf die konkret agierende Person fokussiert sind, wobei es immer weniger um das Fördern von Transparenz und Verantwortungsübernahme und immer mehr um Skandalisierung geht⁵. In diesem Zusammenhang fragt sich, inwieweit Staatsanwältinnen und Polizisten sich in Bezug auf die Ausübung ihrer Tätigkeit auf ihre Persönlichkeitsrechte berufen können.

Die modernen Kommunikationsmittel, insbesondere die weitverbreiteten Smartphones⁶, ermöglichen einen schnellen Austausch von Daten jeglicher Art, darunter auch Bilder, Video- oder Audioaufnahmen, via E-Mail, MMS oder anderen Nachrichtenapplikationen. Im Zentrum steht dabei nebst der „normalen“ Aufnahmefunktion der modernen Smartphones die für ebendiese geschaffene Applikation „Cop Recorder“. Diese ermöglicht es, eine Aufnahme anzufertigen, während der Bildschirm des Smartphones schwarz bleibt, das Gerät somit ausgeschaltet erscheint. Gemäss den in der Applikation erhältlichen Informationen wurde diese speziell dazu

¹ http://www.gutzitiert.de/zitat_autor_christa_schyboll_thema_beobachter_zitat_24116.html (besucht am 09.07.2013).

² Vgl. Botschaft BGÖ; 1973.

³ Von Coelln, S. 217; Heer, S. 146f.

⁴ Sofern im Folgenden nur die weibliche oder nur die männliche Form einer Personenbezeichnung verwendet wird, gilt das Gesagte selbstverständlich jeweils auch für das jeweils andere Geschlecht.

⁵ Vgl. Heer, S. 155.

⁶ <http://www.comparis.ch/~/media/files/mediencorner/medienmitteilungen/2012/telecom/preisentwicklung- mobilfunk.pdf> (besucht am 22.06.13).

entwickelt, um Machtmissbrauch durch Autoritätspersonen zu dokumentieren. Ein Klick am Ende der Aufnahme genügt, um diese an die Betreiber der amerikanischen Internetseite „OpenWatch.net“⁷ zu senden, welche dann die Veröffentlichung auf ihrer Website prüfen⁸. Die mit dem im Grunde unbestreitbar läblichen Ziel, polizeilichen resp. allgemein staatlichen Machtmissbrauch publik zu machen, entwickelte Applikation kann jedoch gerade in der heutigen Zeit, in der – durch die Medien gefördert – das Misstrauen gegenüber den Behörden auch in einem Rechtsstaat wächst, dazu missbraucht werden, die Strafverfolgungsbehörden im Allgemeinen oder aber die damit beauftragten Personen im Speziellen anzuprangern⁹. Zudem schaffen diese Aufnahmemöglichkeiten für die Strafverfolgungsbehörden das Risiko, dass Verfahrensbeteiligte innert kürzester Zeit und von der Verfahrensleitung allenfalls unbemerkt, per Smartphone angefertigte Mitschnitte von Verfahrenshandlungen, insbesondere Audioaufnahmen von Einvernahmen, untereinander austauschen können. Ein solcher Austausch stellt eine potentielle Gefahr für den Untersuchungszweck dar, weil dadurch Absprachen zwischen den Beteiligten möglich werden, welche die Wahrheitsfindung massiv gefährden. Ganz generell stört zudem das Anfertigen solcher Mitschnitte während der Verfahrenshandlung den ordnungsgemäßen Ablauf derselben, da sich die einvernehmende Person auf die Befragung und die befragte Person zu konzentrieren hat, was naturgemäß kaum möglich ist, wenn letztere während der Befragung Fotos schiesst oder die Befragung gar ganz oder teilweise aufzeichnet. Indirekt besteht damit zumindest die Gefahr, dass durch die Ablenkung die Untersuchung als Ganzes leidet, was es zu vermeiden gilt.

Das wirft die Grundsatzfrage auf, welches Mass an (üblicher) Verfahrensgefährdung die Strafbehörden hinzunehmen haben. Oder anders: Wann ist ein mit dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Strafverfolgung nicht mehr zu vereinbarendes Mass an unzulässiger Verfahrensgefährdung erreicht?

Sowohl unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Untersuchung als auch unter jenem des Persönlichkeitsrechts der Strafverfolger stellt sich daher die Anschlussfrage, wie sich die Anfertigung solcher Aufnahmen verhindern lassen und wie die Strafverfolgungsbehörde vorgehen kann, wenn solche Aufnahmen bereits erstellt worden sind. Die vorliegende Arbeit soll hierfür die relevanten rechtlichen Grundlagen aufzeigen, auf welche sich Polizei und Staatsanwaltschaft bei der Bewältigung dieses Problems stützen können.

⁷ www.openwatch.net (besucht am 22.06.13).

⁸ Vgl. Abbildungen 2 und 3, S. 29f.

⁹ Vgl. dazu Vollenweider, S. 46, der festhält, dass die Gerichte „auf ein gewisses Ansehen in der Öffentlichkeit angewiesen“ sind, weshalb sie vor Verhaltensweisen, die die Institution des Gerichts der Lächerlichkeit oder der Verächtlichkeit preisgeben, zu schützen sind. Dies gilt nach Ansicht der Verfasserin auch für die Staatsanwaltschaft und die Polizei, da auch diesen ohne ein bestimmtes Mass an Respekt seitens der Bevölkerung der Rückhalt derselben fehlt, welcher für das Ausüben ihrer Tätigkeit unabdingbar ist.

2. Problemstellung

Grundsätzlich gibt es drei Hauptgründe, weshalb es zu vermeiden gilt, dass eine bei der Einvernahme anwesende Partei heimlich Aufnahmen derselben – seien es Bild- oder Tonaufnahmen – erstellt. Verhindert werden soll dabei einerseits die gerade durch das Erstellen von Bildaufnahmen während der Aufnahme verursachte Störung des Ablaufs der Einvernahme (nachfolgend Kapitel 3), andererseits die untersuchungszweckgefährdende Weitergabe von Tonaufnahmen an andere Verfahrensbeteiligte (nachfolgend Kapitel 4) oder das Veröffentlichen von Aufnahmen jeglicher Art zum blossen Zweck der Kritik an der Arbeit der Strafverfolgungsbehörde (nachfolgend Kapitel 5). Zuletzt stellt sich noch die Frage der Strafbarkeit nach Art. 179^{ter} StGB von Privatpersonen, welche solche Aufnahmen von Einvernahmen anfertigen (nachfolgend Kapitel 6).

Je nachdem, welcher dieser Gefahren im Einzelfall begegnet werden soll, stehen verschiedene Rechtsgrundlagen im Fokus, auf welche sich gegen solche Aufnahmen ergriffene Massnahmen stützen könnten. Ausserdem variieren die Möglichkeiten für solche Massnahmen auch nach dem Zeitpunkt, in dem sie ergriffen werden. Als Massnahme gegen unbefugte heimliche Aufnahmen kommt zunächst die generelle präventive Wegnahme aller für Aufzeichnungen geeigneten Gerätschaften (Mobiltelefone, Kameras, Diktaphone, etc.) vor Betreten des Amtsgebäudes resp. Einvernahmeraums in Betracht. Dies ist ein Eingriff in das Besitzrecht des Inhabers dieser Geräte und bedarf daher einer Rechtsgrundlage. Das Gleiche gilt für die Wegnahme des Aufnahmegeräts bei resp. nach bereits erfolgter Aufnahme. Schliesslich stellt sich die Frage nach der Rechtsgrundlage für das Löschen bereits erstellter Aufnahmen vom Aufzeichnungsgerät, was die letzte zu prüfende Massnahme darstellt.

Für all diese möglichen Massnahmen gilt es nicht nur, mögliche Rechtsgrundlagen zu finden und auf ihre Tauglichkeit zu überprüfen, sondern auch die Frage zu beantworten, ob die avisierte Massnahme als staatliches Handeln im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV in Bezug auf das mit ihr verfolgte Ziel verhältnismässig sei. Diese Prüfung erfolgt in drei Schritten: Erstens muss die Massnahme tauglich sein, um das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen. Zweitens darf es keine weniger einschneidende, also mildere Massnahme geben und drittens muss das zu schützende öffentliche Interesse das Interesse des von der Massnahme Betroffenen überwiegen¹⁰.

¹⁰ Häfelin/Haller, S. 99f.

3. Massnahmen bei Störung des Ablaufs der Einvernahme

Eine gute Einvernahme erfordert nebst einer soliden Vorbereitung durch den Vernehmenden vor allem auch ein grosses Mass an Konzentration desselben während ihrer Durchführung. Der Vernehmende muss seine Aufmerksamkeit nicht nur auf die Antworten der einvernommenen Person richten, um seine Fragen den dadurch erhaltenen Informationen anzupassen, sondern auch die Körpersprache des Befragten studieren, um allenfalls für die Befragung wichtige Reaktionen wahrzunehmen. Daher ist auf den ungestörten Ablauf einer Einvernahme grossen Wert zu legen. Stellt man sich nun vor, dass die befragte Person plötzlich an ihrem Mobiltelefon oder anderen elektronischen Gerätschaften herumnestelt oder sogar offensichtlich beginnt, Fotos der einvernehmenden Person zu schiessen, wird offenbar, dass dies eine ordnungsgemässe Durchführung der Einvernahme verunmöglicht. Bei Einvernahmen von Beschuldigten, welche weder zur Aussage noch zur Mitwirkung im Verfahren verpflichtet sind, darf gemäss Ansicht des Bundesstrafgerichts die einvernommene Person als Ausdruck aktiver Ausübung des Aussageverweigerungsrechts ein Buch lesen, ohne dass sie damit den geordneten Ablauf der Verfahrenshandlung in einer Weise stört, die ein entsprechendes Verbot resp. ein Ahnden mittels Ordnungsbussen rechtfertigen würde¹¹. In der Begründung führt das Bundesstrafgericht unter anderem aus, dass das Lesen eines Buches keine Störung darstelle, da dabei, anders als beim Lesen einer Zeitung, keine störenden Geräusche entstünden¹². Zwar ist es mit den modernen Mobiltelefonen und Aufnahmegeräten durchaus möglich, völlig lautlos Aufnahmen zu erstellen. Der störende Charakter derselben ist aber auch bei Einvernahmen von Beschuldigten ein anderer, als der des Lesens eines Buches. Abgesehen davon, dass das Stadium der Voruntersuchung und die darin durchgeführten Verfahrenshandlungen nur parteiöffentlich sind und dies auch bleiben sollen¹³, kann nämlich das Bewusstsein, dass die Durchführung der Einvernahme, sei es in Ton und/oder Bild, aufgezeichnet und damit einem nicht überschaubaren und anonymen Personenkreis zugänglich gemacht werden kann, auch bei der die Einvernahme durchführenden Person dazu führen, dass sie entweder „sachwidrigen Auftrieb“ erhält oder aber „zu starke Hemmungen“ entwickelt¹⁴. Für diese Ablenkung kann selbst die blosse Möglichkeit, dass (heimlich) eine solche Aufnahme erstellt wird, ausreichen. Nebst der visuellen Ablenkung durch das Aufnehmen an sich stellen solche Mitschnitte somit auch eine sich im Innenleben der befragenden Person manifestierende Irritation dar. Aus beiden Gründen sind solche Aufnahmen durchaus geeignet, den ordentlichen Ablauf des Verfahrens zu stören. Bei Mobiltelefonen stellt zudem nicht nur das bewusste Erstellen von Aufnahmen und Mitschnitten, sondern auch die Störung durch eingehende Anrufe oder Mitteilungen ein Problem dar, welche es aus den erwähnten Gründen natürlich ebenfalls zu vermeiden gilt.

¹¹ Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 11. September 2012, BB.2012.39.

¹² Was allerdings grundsätzlich in Frage zu stellen ist.

¹³ Vgl. dazu Kapitel 4.2.

¹⁴ Vgl. Vollenweider, S. 58.

3.1. Präventive Massnahmen der Staatsanwaltschaft

3.1.1. Beschlagnahme nach Art. 263 StPO

Als Rechtsgrundlage für die Wegnahme der Mobiltelefone und anderer Aufnahmegeräte vor resp. zu Beginn der Einvernahme zur Prävention von Aufnahmen derselben drängt sich, was die Staatsanwaltschaft betrifft, zunächst die Beschlagnahme nach Art. 263 StPO auf, da dieser der Staatsanwaltschaft die Berechtigung erteilt, dass Besitzrecht über den mit Beschlag zu belegenden Gegenstand vorübergehend einzuschränken. Art. 263 StPO sieht vor, dass Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person oder einer Drittperson beschlagnahmt werden können, wenn die Gegenstände und Vermögenswerte voraussichtlich als Beweismittel benötigt werden, zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen gebraucht werden, den Geschädigten zurückzugeben oder einzuziehen sind. Grundvoraussetzung hierfür ist nach Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO unter anderem das Vorliegen des Verdachts auf eine strafbare Handlung. Die Beschlagnahme des Mobiltelefons o.ä. zwecks Verhinderung von Aufzeichnungen der Einvernahme kann sich jedoch nicht auf den Verdacht auf diejenige Straftat stützen, welche zur Anschuldigung gegen den Beschuldigten und somit zur Einvernahme geführt hat, da der beschlagnahmte Gegenstand zudem entweder als Beweismittel, zur Sicherung von Verfahrenskosten etc. verwendet werden muss oder an den Geschädigten zurückzugeben oder einzuziehen sein muss. Auch wenn es Konstellationen gibt, in denen das Mobiltelefon des Beschuldigten oder eines anderen Verfahrensbeteiligten aus einem oder mehreren dieser Gründe beschlagnahmt werden kann, lässt sich dies nicht in jedem Verfahren begründen, da die Beschlagnahme des Mobiltelefons mit dem Gegenstand des zu führenden Verfahrens in Zusammenhang stehen muss. Zudem könnte selbst nach der erfolgten Beschlagnahme des Mobiltelefons der Verfahrensbeteiligte mit einem neuen Mobiltelefon oder einem andersgearteten Aufnahmegerät bei der Einvernahme erscheinen. Somit ist die Beschlagnahme nach Art. 263 StPO als Rechtsgrundlage für die präventive Abnahme von Mobiltelefonen und Aufnahmegeräten sowohl ungeeignet als auch unzulässig.

3.1.2. Sitzungspolizeiliche Massnahmen nach Art. 63 StPO i.V.m. Art. 61 StPO

Im Vorverfahren obliegt die Verfahrensleitung nach Art. 61 StPO bis zur Einstellung der Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft. Als Verfahrensleiterin nach Art. 61 StPO hat die Staatsanwaltschaft sitzungspolizeiliche Kompetenzen, um während der Verhandlungen für Sicherheit, Ruhe und Ordnung zu sorgen (Art. 63 StPO). Dabei sind vom Begriff „Verhandlungen“ sämtliche Verfahrenshandlungen, also auch die Einvernahmen, erfasst¹⁵. Die Staatsanwaltschaft, resp. bei delegierten Einvernahmen auch die Polizei, kann also gestützt auf die sitzungspolizeiliche Generalklausel von Art. 63 Abs. 1 StPO Massnahmen ergreifen, um den ungestörten Ablauf der Einvernahme sicherzustellen.

Bei den sitzungspolizeilichen Massnahmen ist zwischen präventiven und repressiven Massnahmen zu unterscheiden. Während präventive Massnahmen drohende Störungen des äusseren Sitzungsablaufs verhindern sollen, liegt das Ziel repressiver Massnahmen in der Beseitigung und

¹⁵ Botschaft StPO, S. 1150.

allenfalls Sanktionierung bereits eingetretener Störungen¹⁶. Damit kommen die sitzungspolizeilichen Massnahmen grundsätzlich als Rechtsgrundlage sowohl für die generelle präventive Abnahme von Mobiltelefonen oder anderen Aufnahmegeräten vor Beginn der Einvernahme, als auch für deren Wegnahme und allenfalls sogar für die Löschung bereits erstellter Aufnahmen in Frage, wobei auf letzteres in einem späteren Kapitel eingegangen wird¹⁷.

Auch wenn es sich bei den sitzungspolizeilichen Massnahmen um eine Teilmenge der verfahrensleitenden Entscheide handelt, sind sie von den materiellen verfahrensleitenden Entscheiden abzugrenzen. Letztere dienen unmittelbar dem „Prozessziel“, welches im Stadium der Voruntersuchung die Erstellung des Sachverhalts resp. der Abschluss der Untersuchung ist. Materielle verfahrensleitende Entscheidungen beziehen sich demnach auf den Inhalt der Untersuchung, beispielsweise die Entscheidung, welche Zeugen oder Auskunftspersonen befragt oder ob und welche Gutachten erstellt werden sollen. Die formelle Verfahrensleitung regelt demgegenüber den „äußeren Ablauf der Verhandlung“¹⁸ und damit auch der Verfahrenshandlung. Bezogen auf die Einvernahme bedeutet dies, dass zu den formellen verfahrensleitenden Entscheiden beispielsweise die Festlegung der Sitzordnung während der Einvernahme, sowie deren Zeitpunkt und Ort gehören.

Auch die sitzungspolizeilichen Massnahmen müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, auch wenn der entsprechende Artikel der StPO dies nicht explizit erwähnt¹⁹. Demnach ist zu prüfen, ob eine generelle Abnahme des Mobiltelefons und anderer Aufnahmegeräte vor der Einvernahme im Vergleich zum avisierten Ziel, potentielle Einvernahmen zu verhindern verhältnismäßig erscheint, mithin geeignet, erforderlich und zumutbar ist.

Die Abnahme von Aufnahmegeräte erscheint zunächst ohne weiteres geeignet, Verfahrensstörungen durch Aufnahmen zu verhindern. Zu erörtern bleibt insbesondere der Aspekt der Zumutbarkeit der Massnahme. Das öffentliche Interesse an der geordneten Durchführung der Einvernahme ist dabei gegen das Individualinteresse der betroffenen Person abzuwägen. Einerseits stellt eine solche Massnahme jede dieser Personen unter den Generalverdacht, er würde die Befragung stören wollen²⁰. Auf der anderen Seite ist die Wegnahme des Mobiltelefons oder anderer Aufnahmegeräte für die Dauer der Einvernahme resp. kurze Zeit davor und danach wohl als nicht derart einschneidender Eingriff in das Besitzrecht zu werten, dass sich der Schutz des geordneten Untersuchungsablaufs dem unterordnen müsste. Es handelt sich immerhin um eine in der Regel überschaubare Zeitspanne von höchstens einigen Stunden, während derer sich die Problematik eines dringlichen Anrufs (bevorstehende Geburt, drohender Todesfall o.ä.) auch anderweitig lösen lässt. Dies gilt sowohl für die befragte Person, sei es der Beschuldigte, ein Zeuge oder eine Auskunftsperson, als auch für die in Ausübung ihrer Partierechte der Einvernahme beiwohnenden Personen. Die Abnahme des Mobiltelefons des Verteidigers erscheint

¹⁶ Vollenweider, S. 92f.

¹⁷ Vgl. Kapitel 4.2.1f.

¹⁸ Vgl. Vollenweider, S. 9.

¹⁹ Dies ergibt sich einerseits aus Art. 5 Abs. 2 BV, andererseits lässt sich darauf aufgrund der Tatsache schliessen, dass Art. 63 Abs. 2 StPO den Ausschluss von der Verhandlung explizit erst nach vorangegangener Verwarnung vorsieht.

²⁰ Handelt es sich bei den mitgeführten Gegenständen um speziell für Aufnahmen konzipierte Gerätschaften, wäre dieser Verdacht zumindest konkretisiert.

demgegenüber aus mehreren Gründen unverhältnismässig. Einerseits ist dem Verteidiger als berufsmässig an Einvernahmen und Befragungen teilnehmender Person eine wohl erhöhte Notwendigkeit der Verwendung seines Mobiltelefons in Befragungspausen zuzusprechen. Andererseits untersteht der Verteidiger den Standesregeln des Anwaltsberufes, welche das Ergreifen unrechtmässiger Massnahmen untersagen²¹, was die Wahrscheinlichkeit, dass der Verteidiger sein Mobiltelefon trotz Verbots während der Befragung für Aufnahmen jeglicher Art verwendet, gering erscheinen lässt. Zwar gibt es tatsächlich zahlreiche Verteidiger, die ihr Mobiltelefon auch während der Befragung zum Schreiben von SMS oder ähnlichem verwenden. In Anbetracht der Tatsache, dass ihre Teilnahme an der Befragung der Wahrung der Interessen ihres Mandanten dient, was wiederum ein gewisses Mass an Konzentration voraussetzt, ist dieser Umstand nach Meinung der Verfasserin dieser Arbeit zwar als Unding zu bezeichnen. Diese Ablenkung des Befragers ist indes nicht zu vergleichen, mit derjenigen bei Bedienung des Mobiltelefons durch die befragte Person. Die generelle Abnahme des Mobiltelefons der Verteidigung dürfte daher aus den erwähnten Gründen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht standhalten.

3.2. Massnahmen der Staatsanwaltschaft bei bereits erstellter Aufnahme

3.2.1. Massnahmen zum Abbruch der Aufnahme

Sollte auf ein generelles Einsammeln der Mobiltelefone und anderer zur Aufnahme geeigneter Datenträger vor Beginn der Einvernahme verzichtet worden sein und eine der an der Einvernahme teilnehmenden Personen bereits dabei sein, eine Aufnahme anzufertigen, so kann der die Einvernahme durchführende Staatsanwalt resp. die Staatsanwältin die Person gestützt auf die durch Art. 63 i.V.m. 61 StPO verliehenen sitzungspolizeilichen Befugnisse zum sofortigen Abbruch der Aufnahme anhalten und ihr das Aufnahmegerät für die Dauer der Einvernahme abnehmen²². In diesem Fall handelt es sich nicht mehr um eine präventive sitzungspolizeiliche, sondern um eine repressive, da die Störung – in casu durch das Anfertigen der Aufnahme – bereits eingetreten ist. Dieser Umstand schlägt sich in der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme namentlich bei der Interessenabwägung zwischen dem verfolgten öffentlichen und dem beeinträchtigten privaten Interesse nieder, da sich die bislang drohende Gefährdung der ungestörten Einvernahme nun in einer erfolgten Störung konkretisiert hat. Nachdem wie unter Kapitel 3.1.2 ausgeführt selbst die generelle präventive Abnahme von Mobiltelefonen und anderen Aufnahmegeräten der Verfahrensbeteiligten als verhältnismässig zu erachten ist, gilt dies erst recht für die Abnahme dieser Gerätschaften bei tatsächlich erfolgtem Einsatz derselben. Da sich dabei die Gefahr einer Störung bereits verwirklicht hat, ist die Massnahme sogar gegenüber den Verteidigern und Anwälten der übrigen Parteien durchsetzbar.

²¹ Schweizerische Standesregeln, § 1 und § 8.

²² So geschehen gestützt auf die damalige Zürcherische Strafprozessordnung und den darin enthaltenen Begriff der „Ungebühr“, bestätigt durch das Obergericht des Kantons Zürich am 13. Juni 1963, ZR 63 (1964) Nr. 25.

3.2.2. Massnahmen zur Vernichtung der Aufnahme

Mit der blossen Wegnahme des Mobiltelefons oder Aufnahmegeräts, ist die Frage noch nicht geklärt, wie die Staatsanwaltschaft mit den bereits erstellten Bild-, Ton- oder Videoaufnahmen zu verfahren hat. Schliesslich ist die Störung der Einvernahme mit der Wegnahme des Geräts bereits beseitigt. Damit aber lässt Art. 63 StPO prima vista keinen Raum für weitergehende Massnahmen wie die Durchsuchung des Datenträgers oder die Löschung der entsprechenden Aufnahmen²³.

3.3. Präventive Massnahmen der Polizei

3.3.1. Sitzungspolizeiliche Befugnisse der Polizei

Im Stadium des Ermittlungsverfahrens, also vor Eröffnung einer Voruntersuchung durch die Staatsanwaltschaft, ist die Polizei gestützt auf Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO ermächtigt, geschädigte und tatverdächtige Personen zu befragen. Wenn die Einvernahme somit nicht delegiert im Sinne von Art. 312 StPO erfolgt, sondern aufgrund der „originären“ Befragungskompetenz der Polizei, kommen die Regeln über die sitzungspolizeilichen Befugnisse nach Art. 63 StPO nicht direkt zur Anwendung. Aber auch wenn die Einvernahme durch die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft als delegierte Einvernahme durchgeführt wird, so ist nicht einzusehen, weshalb dieser in Ausführung dieses Auftrags nicht die gleichen Befugnisse zur Verfügung stehen sollten wie der Staatsanwaltschaft selbst. Es erscheint nicht praktikabel und widerspricht dem Sinn der Bestimmung über die Delegation von Beweisabnahmen, wenn die Polizei anlässlich einer delegierten Einvernahme die Erlaubnis der Staatsanwaltschaft einholen müsste, um Störungen des geordneten Ablaufs der Einvernahme zu verhindern²⁴. Dasselbe gilt auch für die im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens durchgeföhrten Befragungen nach Art. 179 Abs. 1 StPO. Art. 61 Abs. 1 lit. a StPO erklärt zwar die Staatsanwaltschaft zur Verfahrensleiterin bis zur Einstellung oder Anklageerhebung. Dies beinhaltet auch die Phase des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, also das Stadium vor Eröffnung eines Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft²⁵, womit der Polizei auch in dieser Phase keine verfahrensleitende Funktion kommt. Ungeachtet dessen muss die Polizei auch im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens von den durch Art. 63 StPO gewährleisteten sitzungspolizeilichen Befugnissen Gebrauch machen können. Eine Ausnahme bildet hier das Verhängen von Ordnungsbussen als Disziplinarmassnahme nach Art. 64 Abs. 1 StPO, wozu im polizeilichen Ermittlungsverfahren

²³ Vgl. aber hierzu Kapitel 4.2.1f.

²⁴ Für die Annahme, dass der Polizei im Rahmen von delegierten Einvernahmen die Befugnisse zustehen, um diese ohne Rücksprache mit dem Staatsanwalt durchzuführen, spricht auch die klare Aussage des Gesetzgebers in der Botschaft, dass bei delegierten Einvernahmen die Polizei über die Zulässigkeit der Zeugnisverweigerung entscheiden soll; Botschaft zur StPO, S. 1205; als weiteres Beispiel dafür, dass für delegierte Einvernahmen die für die Staatsanwaltschaft anwendbaren Bestimmungen gelten sollen, seien die Vorschriften für die Vorladungen zu delegierten Einvernahmen erwähnt: Botschaft zur StPO: S. 1217.

²⁵ Jent in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010) N 3 zu Art. 61.

sowie im Vorverfahren einzig die Staatsanwaltschaft als tatsächliche Verfahrensleiterin zuständig ist²⁶.

3.3.2. Gefahrenabwehr nach Polizeigesetz

Würden der Polizei im Stadium des Ermittlungsverfahrens die sitzungspolizeilichen Befugnisse nicht zur Verfügung stehen, würde dies ein Problem darstellen, weil in der Mehrzahl der Fälle gerade die polizeilichen Einvernahmen eine entscheidende Grundlage für die späteren Befragungen im Verlauf des Strafverfahrens darstellen und die Effizienz der Strafverfolgungsbehörde damit in nicht zu unterschätzendem Mass von der Qualität der polizeilichen Einvernahmen abhängt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob sich eine Befugnis zur Wegnahme des Mobiltelefons für die Dauer der polizeilichen Befragung zum Zweck des ungestörten Ablaufs des Verfahrens auf die in den meisten bestehenden Polizeigesetzen und –verordnungen vorhandene Generalklausel stützen könnte, welche die Polizei ermächtigt, im Einzelfall auch ohne gesetzliche Grundlage unaufschiebbare Massnahmen zu treffen, um unmittelbar drohende Störungen der öffentlichen Sicherheit abzuwehren²⁷. Diese Bestimmung ermöglicht der Polizei eine ihrer Hauptaufgaben, die Gefahrenabwehr, wahrzunehmen. Eine Gefahr ist der Zustand eines mit hinreichender Wahrscheinlichkeit drohenden Schadeneintritts und damit die Vorstufe des Schadens, womit im vorliegenden Kontext die Störung des ordnungsgemässen Ablaufs der Befragung gemeint sein könnte²⁸. Unter Schaden im polizeilichen Sinne ist jede Minderung an bestehenden geschützten Individual- und Gemeinschaftsgütern zu verstehen²⁹. Mit Blick auf die Tatsache, dass eine effiziente Strafverfolgung zu den Sicherheitsgütern der Allgemeinheit zählt³⁰, liesse sich argumentieren, dass die Gefährdung der Strafverfolgung durch Störung der Befragung durch den Befragten unter den polizeilichen Gefahrenbegriff fällt, zu deren Abwehr sie grundsätzlich durch die Generalklausel resp. durch die ihr übertragene Aufgabe der Gefahrenabwehr ermächtigt ist. Dies ist indes abzulehnen. Die Gefahrenabwehr gehört in den Bereich der sicherheitspolizeilichen Tätigkeit, während Befragungen von Beschuldigten oder Auskunftspersonen gerichtspolizeilichen Charakter haben und sich ihre Durchführung demnach nach den Regeln der StPO zu richten hat³¹. Da des Weiteren im Bereich des Strafprozessrechts mit Ausnahme der Behördenorganisation originäre und ausschliessliche Bundeskompetenz vorliegt³², fällt die Anwendung einer kantonalen Regelung auf die gerichtspolizeiliche und damit letztendlich strafprozessuale Tätigkeit ausser Betracht.

3.4. Wegnahme des Aufnahmegerätes gestützt auf das Hausrecht

Gemäss andauernder bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Tatbestand des Hausfriedensbruchs erteilt das Hausrecht dem Berechtigten die Befugnis, „über einen bestimmten Raum un-

²⁶ Jent, a.a.O.

²⁷ Statt vieler: § 5 Abs. 2 PolizeiVO SZ.

²⁸ Benfer/Bialon, N 34f.

²⁹ Hansen-Dix, S. 23f.

³⁰ Benfer/Bialon, N 17a.

³¹ Uster in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 2 zu Art. 15.

³² Art. 123 Abs. 1 BV.

gestört zu herrschen und in ihm den eigenen Willen frei zu betätigen“, wobei als Berechtigter gilt, wer die Verfügungsgewalt über den in Frage stehenden Raum innehat, sei es beruhend auf einem dinglichen oder obligatorischen Recht oder auf einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis³³. Damit steht der Polizei resp. der Staatsanwaltschaft in den von ihnen benutzten Gebäuden das Hausrecht zu. Wenn nun das Hausrecht dem Berechtigten – in casu dem jeweiligen Amtsstellenleiter resp. Polizeikommando³⁴ – zusteht, bedeutet dies, dass die Amtsstellenleitung gestützt auf dieses Recht allenfalls die Abgabepflicht von Mobiltelefonen und anderen Aufnahmegeräten verfügen könnte. Dies ist jedoch zu verneinen, da das Hausrecht einzig das Recht umfasst, zu bestimmen, wer sich im fraglichen Raum aufzuhalten hat, resp. diesen des Raumes zu verweisen. Indes stehen dem Hausrechtsinhaber keinerlei Sanktionsmöglichkeiten zu³⁵. Würde die Abgabe der erwähnten Gerätschaften zur Bedingung für die Erlaubnis zum Betreten des Einvernahmzimmers resp. Amtsgebäudes gemacht, würde das Hausrecht die strafprozessualen Regeln überlagern, da die an der Befragung resp. Einvernahme teilnehmenden Personen entweder durch Vorladung zur Anwesenheit verpflichtet sind oder ihre durch die Strafprozessordnung zugesicherten Teilnahmerechte wahrnehmen. Die Reichweite des Hausrechts kann indes nicht so weit gehen, dass es eine zur Anwesenheit bei der Einvernahme verpflichtete Person dazu zwingt, entweder das Mobiltelefon o.ä. abzugeben oder sie ansonsten daran hindert, der Vorladung Folge zu leisten. Ebenso wenig kann das Hausrecht über den strafprozessual zugesicherten Teilnahmerechten stehen und die Ausübung derselben durch Auferlegen einer Bedingung – in casu das Abgeben der in Frage stehenden Gerätschaften – erschweren. Die hausrechtlichen Befugnisse taugen somit als Grundlage für die präventive Abgabepflicht von Mobiltelefonen o.ä. nicht.

³³ BGE 118 IV 170, BGE 112 IV 33, BGE 108 IV 39.

³⁴ Vollenweider, S. 12.

³⁵ Vollenweider, S. 13.

4. Massnahmen zum Schutz des Untersuchungsgeheimnisses

4.1. Das Problem der Kollusion

Mit der Strafprozessordnung gibt der Gesetzgeber den Strafverfolgungsbehörden die Leitlinien, innerhalb derer sie ihre Kernaufgabe, die Ermittlung der materiellen Wahrheit, erfüllen und damit das Ziel der Strafverfolgung an sich – die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs – unter Berücksichtigung der Unschuldsvermutung sowie der gegenüber dem Beschuldigten zu gewährleistenden Verfahrensgarantien verwirklichen können. Gerade der Beschuldigte – insbesondere, jedoch nicht ausschliesslich, wenn er die ihm vorgeworfenen Tat tatsächlich begangen hat – hat ein Interesse daran, die Wahrheitsfindung durch Kollusionshandlungen zu torpedieren. Sei es, indem er Beweismittel beseitigt oder beseitigen lässt, Spuren verwischt oder indem er auf das Aussageverhalten anderer Verfahrensbeteiligter, seien dies Mitbeschuldigte, Zeugen oder Auskunftspersonen, Einfluss nimmt³⁶. Im Kontext der vorliegenden Arbeit steht letzteres im Vordergrund. Besteht doch die Möglichkeit, dass der Beschuldigte oder andere Verfahrensbeteiligte wie Auskunftspersonen oder Zeugen versuchen, durch Aufnahme der Einvernahme und anschliessendes Versenden der Aufzeichnung an (Mit-)Beschuldigte, weitere Auskunftspersonen oder Zeugen dazu zu animieren, ihre Aussage so genau wie möglich der ihren anzupassen oder sie über konkrete Vorhalte bereits zu informieren. Eine solche Beeinflussung der übrigen aussagenden Personen lässt sich durch das Mitführen eines Mobiltelefons oder eines anderen Aufnahmegeräts bewerkstelligen. Entweder indem die aussagende Person mittels Mobiltelefon „live“ mit der zu beeinflussenden Person in Verbindung steht, letztere die Einvernahme somit zeitgleich mithört oder indem die Einvernahme aufgezeichnet und direkt im Anschluss an die zu beeinflussende Person gesendet wird, welche diese dann vor der eigenen Einvernahme anhören kann³⁷. In diesem Zusammenhang sind unter den Begriffen „Aufnahmen“, „Mitschnitten“ oder „Aufzeichnungen“ reine Bildaufnahmen (ohne Ton) nicht miterfasst, weil diese für Kollusionshandlungen untauglich sind³⁸.

Den (Mit-)Beschuldigten und den übrigen Parteien steht im Rahmen der Voruntersuchung gestützt auf Art. 147 Abs. 1 StPO das Recht zu, an der Einvernahme der übrigen Verfahrensbeteiligten teilzunehmen. Es ist damit bereits ex lege vorgesehen, dass diese Personen kraft gesetzlich eingeräumtem Teilnahmerecht unmittelbar Kenntnis von den Aussagen der einvernommenen Personen erhalten können. Dass sie ihre darauf folgende Aussage aufgrund des unmittelbar Wahrgenommenen anpassen, ist offensichtlich und geradezu gewollt. Wenn also bereits die unmittelbare Kenntnisnahme (und gestützt darauf eine Anpassung der eigenen Aussage) gesetzlich zulässig ist, dann muss das erst recht für die mittelbare Kenntnisnahme des Einvernahmehinhalts durch Aufnahmen gelten. Vorbehalten sind freilich diejenigen Fälle, in denen durch Hantieren

³⁶ Vgl. Meier, S. 6f.

³⁷ Dies setzt freilich voraus, dass die Einvernahme dieser Person nicht direkt im Anschluss an die Einvernahme der die Aufzeichnung anfertigenden Person stattfindet. Dieses Problem stellt sich somit am ehesten bei Fällen, in denen zahlreiche Verfahrensbeteiligte befragt werden müssen.

³⁸ Anders verhielt sich dies im Zusammenhang mit Augenschein, welche hier aber nicht thematisiert werden sollen.

an den Gerätschaften selber eine Störung der Einvernahme erfolgt. Diesen Störungen kann, wie unter Kapitel 3.1.2 resp. 3.2.1 ausgeführt, durch sitzungspolizeiliche Massnahmen begegnet werden.

Die Gefahr illegitimer Kollusionshandlungen stellt sich nach alledem vor allem im Rahmen des Ermittlungsverfahrens der Polizei, wo ein solches Teilnahmerecht nicht vorgesehen ist (Art. 147 Abs. 1 StPO e contrario) oder wenn die Kollusion durch Zeugen zu erwarten wäre, da auch der Zeugin kein Teilnahmerecht an den Einvernahmen des Beschuldigten oder der übrigen Verfahrensbeteiligten zusteht. Art. 146 Abs. 4 StPO sieht den Ausschluss von Verfahrensbeteiligten von der Verfahrenshandlung vor, falls diese selber noch als Auskunftsperson, Zeuge oder sachverständige Person einvernommen werden sollen. Da im Rahmen der Voruntersuchung aber wie erwähnt weder Zeugen noch Sachverständige ein Recht an der Teilnahme an Verfahrenshandlungen haben, erscheint eine Konstellation, in welcher sie formell im Sinne von Art. 146 Abs. 4 StPO von der Einvernahme ausgeschlossen werden müssten, kaum denkbar³⁹. Damit dürfte es sich bei einer nach Art. 146 Abs. 4 StPO auszuschliessenden Auskunftsperson um die Privatklägerschaft handeln. Von dieser ist naturgemäß keine Kollusion mit dem Beschuldigten zu erwarten ist, sondern allenfalls mit weiteren Verfahrensbeteiligten zwecks Untermauerung ihrer „Version“ der Geschehnisse, allenfalls mit dem Ziel, ihre Straf- und Zivilansprüche zu sichern.

In Bezug auf die Beeinflussung der Aussagen von Mitbeschuldigten besteht das Risiko von Aufnahmen einzig, wenn ein Ausschluss des potentiell zu beeinflussenden Mitbeschuldigten von der Teilnahme an der Einvernahme erfolgte, was in den Situationen möglich ist, in denen deren Inhalt ihn persönlich betrifft und ihm hierzu noch kein Vorhalt gemacht werden konnte⁴⁰ oder wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, der Mitbeschuldigte werde sein Teilnahmerecht missbrauchen (Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO).

Es erscheinen zusammengefasst folgende Konstellationen für Kollusion durch Anfertigen von Mitschnitten anlässlich von Einvernahmen denkbar:

Einvernahme des Beschuldigten:

1. Aufnahme durch den Beschuldigten selber, zwecks Kollusion mit Zeugen, Auskunftspersonen oder von der Einvernahme ausgeschlossenen Mitbeschuldigten;
2. Aufnahme durch teilnehmenden Privatkläger zwecks Kollusion mit Zeugen oder Auskunftspersonen;
3. Aufnahme durch teilnehmenden Mitbeschuldigten zwecks Kollusion mit anderen Mitbeschuldigten, Zeugen oder Auskunftspersonen.

Einvernahme von Zeugen oder Auskunftspersonen (\neq Privatkläger):

1. Aufnahme durch den Zeugen selber zwecks Kollusion mit anderen Zeugen, Auskunftspersonen oder von der Einvernahme ausgeschlossenen Beschuldigten oder Privatklägern;
2. Aufnahme durch den teilnehmenden Privatkläger zwecks Kollusion mit anderen Zeugen oder Auskunftspersonen;

³⁹ Vgl. dazu Häring in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010) N 23 zu Art. 146.

⁴⁰ BGE 1B_264/2012 vom 10.10.2012, E. 5.5.4.1.

3. Aufnahme durch den teilnehmenden Beschuldigten zwecks Kollusion mit anderen Mitbeschuldigten, Zeugen oder Auskunftspersonen.

Einvernahmen der Privatkläger:

1. Aufnahme durch den Privatkläger selber zwecks Kollusion mit anderen Zeugen oder Auskunftspersonen oder von der Einvernahme ausgeschlossenen weiteren Privatklägern;
2. Aufnahme durch andere teilnehmende Privatkläger zwecks Kollusion mit anderen Zeugen, Auskunftspersonen oder von der Einvernahme ausgeschlossenen weiteren Privatklägern;
3. Aufnahme durch teilnehmenden Beschuldigten zwecks Kollusion mit anderen Mitbeschuldigten, Zeugen oder Auskunftspersonen.

4.1.1. Präventive Massnahmen der Staatsanwaltschaft

Um der Bedrohung des Untersuchungszwecks durch Kollusionshandlungen zu begegnen, stehen den Strafverfolgungsbehörden diverse Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung. Gegenüber dem Beschuldigten stehen dabei die bei Vorliegen von Kollusionsgefahr angeordnete Untersuchungshaft (Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO) als schwerster Eingriff in die Rechte des Beschuldigten bzw. entsprechend geeignete Ersatzmassnahmen nach Art. 237 StPO im Zentrum. Aber auch die Beschränkung der Akteneinsicht, des rechtlichen Gehörs (Art. 108 StGB) oder des Teilnahmerechts an Verfahrenshandlungen (Art. 146 Abs. 4 StGB) gegenüber Beschuldigten oder Privatklägern dienen dem Zweck, Absprachen sowie (auch unbeabsichtigte) Beeinflussung der aussagenden Personen zu vermeiden. Bis auf die Beschränkung des Teilnahmerechts von noch als Auskunftspersonen, Zeugen oder Sachverständigen zu befragenden Personen ist all diesen Massnahmen gemein, dass für ihre Ergreifung ein konkreter Verdacht bestehen muss, dass die von der Massnahme betroffene Person Anstalten zur Beeinflussung anderer Aussagepersonen trifft. In besonderem Masse gilt dies für die Zulässigkeit der Untersuchungshaft⁴¹. Aber auch für die Beschränkung des rechtlichen Gehörs nach Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO reicht die blosse Möglichkeit einer abstrakten „Gefährdung des Verfahrensinteresses“ nicht aus⁴².

A. Kollusion durch den Beschuldigten

Während bei bereits angeordneter Untersuchungshaft die Kollusion mittels Mobiltelefon oder ähnlichem mangels Verfügbarkeit von vornherein ausser Betracht fällt, besteht bei sich nicht inhaftierten Beschuldigten zumindest die Möglichkeit, dass sie mittels Aufnahmen der Einvernahme für ein Abstimmen der Aussagen mit anderen Verfahrensbeteiligten sorgen: Entweder durch Zuspielen einer Aufnahme der Einvernahme an Zeugen/Auskunftspersonen oder an von der Einvernahme ausgeschlossene Mitbeschuldigte. Wenn nun aber Art. 108 Abs. 1 StPO den Ausschluss Mitbeschuldigter schon explizit vorsieht für den Fall, dass konkrete Hinweise für einen Missbrauch der Verfahrensrechte bestehen, muss sich darauf – nach dem Grundsatz «a maiore ad minus» – auch die Wegnahme potentieller Aufnahmegeräte des Beschuldigten stützen lassen, da eine solche Aufnahme geeignet wäre, das Ziel des Ausschlusses zu unterlaufen. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Regelung in Art. 147 Abs. 1 StPO (e contrario), wonach Zeugen

⁴¹ BGE 132 I 23, E 3.2 mit Hinweisen.

⁴² Botschaft StPO, S. 1164.

oder nicht Parteistellung innehabende Auskunftspersonen kein Recht auf Teilnahme an der Einvernahme haben resp. dass diese nach Art. 146 Abs. 1 StPO getrennt voneinander einvernommen werden. Auch diese Regelung würde ausgehebelt, wenn man die Kollusion mittels Aufnahmegeräten durch den in der Einvernahme anwesenden oder selbst befragten Beschuldigten nicht durch Abnahme der Gerätschaften verhindern würde.

B. Kollusion durch Privatkläger

Auch bei Einvernahmen der Privatklägerschaft oder bei Einvernahmen, bei welchen ebendiese im Rahmen ihrer Parteirechte teilnimmt, muss der Gefahr der Kollusion mit Zeugen/Auskunftspersonen oder mit von der Einvernahme ausgeschlossenen weiteren Privatklägern gestützt auf Art. 63 StPO i.V.m. Art. 146 Abs. 1 resp. Art. 108 Abs. 1 StPO mittels Abnahme der Aufnahmegeräte begegnet werden können.

C. Kollusion durch Zeugen/Auskunftspersonen

Mangels Teilnahmerecht von Zeugen/Auskunftspersonen an Einvernahmen anderer Verfahrensbeteiligter kommt Kollusion durch Mitschneiden der Einvernahme durch Zeugen nur in Betracht, wenn diese selber einvernommen werden. Sofern Beschuldigte oder Privatkläger aufgrund von Art. 108 Abs. 1 StPO von dieser Einvernahme ausgeschlossen wurden, kann sich darauf auch die Wegnahme potentieller Aufnahmegeräte vor der Einvernahme stützen, um ein Unterlaufen des Zwecks dieses Ausschlusses zu verhindern.

D. Verhältnismässigkeit

Zwar handelt es sich bei der Wegnahme der Gerätschaften auch in den oben geschilderten Konstellationen letztlich um eine auf Art. 63 StPO gestützte sitzungspolizeiliche Massnahme. Das mit der Wegnahme des Aufnahmegeräts und der Aufnahme selber verfolgte Ziel, ist aber nicht mehr nur die Vermeidung von Störungen im Verfahrensablauf, sondern das Verhindern der Kollusionshandlung. Dieses Ziel dürfte bei der Interessenabwägung zur Prüfung der Verhältnismässigkeit der Wegnahme sogar noch mehr Gewicht haben, als jenes der Sicherstellung einer unstörten Einvernahme, weshalb, nachdem schon die generelle, präventive Wegnahme der Gerätschaften zum Schutz des ordentlichen Gangs der Einvernahme als verhältnismässig anzusehen ist, die Verhältnismässigkeitsprüfung bei Vorliegen von Kollusionsgefahr erst recht kein Problem darstellen dürfte.

4.1.2. Repressive Massnahmen der Staatsanwaltschaft

Dass die Abnahme der Geräte als sitzungspolizeiliche Massnahme zum Schutz des Untersuchungsgeheimnisses der Verhältnismässigkeitsprüfung erst recht standhält, falls eine an der Einvernahme teilnehmende Person bereits im Begriff ist, Aufnahmen zu erstellen oder diese schon erstellt hat, liegt auf der Hand. Was das Sichten und Vernichten allfälliger bereits erstellter Aufnahmen angeht, so muss diese Massnahme von der sitzungspolizeilichen Möglichkeit nach Art. 63 StPO mitumfasst sein, sofern der Zweck der Aufnahme in der Kollusion mit anderen Verfahrensbeteiligten liegt. Müsste das Aufnahmegerät samt Aufnahme im Anschluss an die Einvernahme an den Besitzer zurückgegeben werden, würde damit wiederum das Untersuchungsgeheimnis gefährdet. Das Problem wird hierbei die Tatsache darstellen, dass die einnehmende Person die Absicht, mit welcher die fragliche Person die Aufnahme erstellt hat, nicht

kennt (und letztere ihr diese wohl auch kaum offenbaren wird). Steht indes nicht der Schutz des Untersuchungsgeheimnisses im Fokus sondern lediglich das Verhindern von Störungen der Einvernahme, so ist das Sichten und Löschen des sich auf dem Aufnahmegerät befindlichen Mittschnitts wie unter Kapitel 3.2.2 ausgeführt kaum verhältnismässig.

4.1.3. Massnahmen der Polizei

Wie unter Kapitel 3.3.1 erwähnt, stehen auch den Polizeifunktionären im Rahmen der von ihnen durchgeführten Einvernahmen die sitzungspolizeilichen Befugnisse nach Art. 63 StPO zur Verfügung. Das Untersuchungsgeheimnis stellt eine Teilmenge des schützenswerten Rechtsguts der effizienten Strafverfolgung dar, weshalb dessen unmittelbarer Gefährdung durch Kollusionshandlungen seitens der Verfahrensbeteiligten auch schon durch die Polizei im Ermittlungsverfahren gestützt auf Art. 63 StPO entgegengewirkt werden können muss. Da gerade im Ermittlungsverfahren als Anfangsstadium einer Untersuchung die Kollusionsgefahr besonders gross ist, dürfte sich selbst die generelle Abnahme von Mobiltelefonen und dergleichen vor der polizeilichen Einvernahme damit rechtfertigen lassen, dass in diesem Stadium die Gefahr von Kollusionshandlungen noch gar nicht volumnäiglich beurteilt werden kann und daher an die Verhältnismässigkeit geringere Anforderungen zu stellen sind.

4.2. Die Parteiöffentlichkeit des Vorverfahrens

Eine der Besonderheiten des Vorverfahrens ist das in Art. 69 Abs. 3 lit. a StPO verankerte Prinzip, dass dieses nicht wie das Hauptverfahren publikumsöffentlich ist, sondern grundsätzlich geheim vonstattengeht⁴³. Nicht jedermann soll im Stadium der Untersuchung an den Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden teilnehmen können. Einzig den Parteien im konkreten Verfahren ist grundsätzlich die Teilnahme an den Verfahrenshandlungen im Untersuchungsstadium gestattet. Dieser Grundsatz der Parteiöffentlichkeit schützt das Untersuchungsgeheimnis, da die Offenlegung sämtlicher Verfahrenshandlungen der Kollision Tür und Tor öffnen würde⁴⁴. Überdies dient er auch dem Schutz der beschuldigten Person, die nicht über Gebühr einer Prangerwirkung durch gewährte Publikumsöffentlichkeit ausgesetzt werden darf, zumal sie noch immer als unschuldig gilt⁴⁵.

4.2.1. Analoge Anwendung von Art. 71 StPO

Im Gegensatz zum „geheimen“ Vorverfahren ist das Hauptverfahren – garantiert durch Art. 6 Ziff. 1 EMRK – vom Öffentlichkeitsprinzip beherrscht. Dass Gerichtsverfahren grundsätzlich von jedermann besucht und mitverfolgt werden können, ist eine der Errungenschaften der Aufklärung und soll den Schutz des Einzelnen vor richterlicher Willkür, die Unabhängigkeit der Richter sowie das Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz sicherstellen. Auf der anderen Seite besteht gerade durch die Öffentlichkeit der Verhandlung die Gefahr, dass die Unabhängigkeit

⁴³ Botschaft StPO, S. 1153.

⁴⁴ Vgl. dazu Urs Sacher / Simon Thurnheer in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 33 zu Art. 69.

⁴⁵ Von Coelln, S. 217.

der Richter dem Druck der öffentlichen Meinung nicht standhalten könnte, dass die Wahrheitsfindung beeinträchtigt oder der Angeklagte ähnlich einem Pranger blosgestellt werden könnte⁴⁶. Demzufolge gleicht die Frage, „wie viel“ Öffentlichkeit in einem Gerichtsverfahren gut tut, resp. ab wann diese mehr Schaden anrichtet, einer Gratwanderung. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich mit Art. 71 StPO dazu entschieden, das Öffentlichkeitsprinzip der Hauptverhandlung insoweit zu beschränken, als dass Bild- und Tonaufnahmen der Verfahrenshandlungen sowie im Gerichtgebäude generell verboten sind⁴⁷. Wenn nun aber die StPO selbst für das ansonsten publikumsöffentliche Hauptverfahren diese klare Regelung betreffend Bild- und Tonaufnahmen anlässlich der Verfahrenshandlungen beinhaltet, muss dies umso mehr für die im Grundsatz geheime Voruntersuchung Geltung haben⁴⁸. Auch wenn Art. 71 StPO aufgrund seiner Einordnung in die Systematik der StPO – namentlich vor dem die Gerichtsberichterstattung regelnden Art. 72 StPO – wohl in erster Linie auf durch die Medien angefertigte Bild- und Tonaufnahmen abzielt, so kann aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber solche Aufzeichnungen im Vergleich zum Entwurf der StPO⁴⁹ dermassen absolut verbietet, geschlossen werden, dass sich das Verbot auch auf das Anfertigen von Aufnahmen durch Privatpersonen bezieht.

Aus diesen Gründen steht einem in analoger Anwendung von Art. 71 Abs. 1 StPO ergehenden Verbot von Bild- und Tonaufnahmen anlässlich von Einvernahmen, seien es durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft durchgeführte, nichts im Wege. Dieses Verbot rechtfertigt denn auch die präventive Abnahme der Mobiltelefone und Aufnahmegeräte sämtlicher Verfahrensbeteiliger – mit Ausnahme der Rechtsvertreter –, da der unter anderem mit ebendiesem Verbot bezweckte Schutz der Untersuchung resp. der Wahrheitsfindung im Verhältnis zur Einschränkung durch den vorübergehenden Eingriff in das Besitzrechts durchaus gerechtfertigt und verhältnismässig erscheint.

4.2.2. Massnahmen zur Vernichtung der Aufnahme

Art. 71 StPO enthält auch die Antwort auf die Frage nach dem Umgang mit bereits erstellten Aufnahmen. Während eine Sichtung und Löschung derselben unter dem Titel der sitzungspolizeilichen Massnahme zum Schutz des geordneten Ablaufs der Einvernahme nicht verhältnismässig erscheint und bei einer solchen Massnahme zum Schutz vor Kollusionshandlungen der Nachweis der entsprechenden Absicht des Aufnehmenden nur schwerlich zu erbringen sein dürfte, sieht Art. 71 Abs. 2 StPO die Beschlagnahme dieser Aufnahmen ausdrücklich vor. Dabei sind vom Begriff der Beschlagnahme im Sinne von Art. 71 Abs. 2 StPO auch die Sichtung sowie das Unbrauchbarmachen derselben durch Löschen der Aufnahmen erfasst⁵⁰.

⁴⁶ Von Coelln, S. 1f.

⁴⁷ Demgegenüber sahen der Vorentwurf zur Schweizerischen StPO vom Juni 2001 in Art. 77 sowie der Entwurf zur schweizerischen StPO aus dem Jahr 2006 (BBI 2006 1389) in Art. 69 noch vor, dass der Vorsitzende über die Zulässigkeit solcher Aufnahmen entscheiden könne.

⁴⁸ Vgl. dazu Saxer in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010) N 8 zu Art. 71, der diese Tatsache offenbar für dermassen selbstverständlich erachtet, dass er sich auf die Feststellung beschränkt, dass die „polizeiliche Ermittlungen und das Vorverfahren [...] ohnehin vom Untersuchungsgeheimnis beherrscht“ sind.

⁴⁹ Vgl. Fn 35.

⁵⁰ Saxer in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010) N 9 zu Art. 71.

4.3. Fazit

Bei Vorliegen von Anhaltspunkten, dass die die Aufnahme anfertigende Person dies mit der Absicht tut, mittels der Aufnahme mit anderen Verfahrensbeteiligten zu kolludieren, lässt sich eine präventive und erst recht eine repressive Abnahme des Aufnahmegeräts sowie die Vernichtung der Aufzeichnung mit Art. 63 i.V.m. Art. 108 Abs. 1 StPO resp. i.V.m. Art. 146 Abs. 4 StPO rechtfertigen. Unabhängig von konkreten Hinweisen für Kollusionsgefahr kann zum Schutz der Parteiöffentlichkeit zudem in analoger Anwendung von Art. 71 StPO die Abnahme der Gerätschaften und Löschung der Aufnahmen angeordnet werden.

5. Veröffentlichung zwecks Kritik an der Strafverfolgungsbehörde

Transparenz staatlichen Handelns ist die Grundlage für das Funktionieren eines demokratischen Staates, in welchem das Volk die Staatsgewalt kontrolliert⁵¹. Das gilt im Besonderen für die Tätigkeit der Strafjustiz, deren Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte des Einzelnen mannigfaltig und von besonderer Intensität sind⁵². Missstände in Bezug auf die staatliche Macht aufzudecken ist heute hauptsächlich Aufgabe der Massenmedien⁵³. Gerichtsberichterstatter, die an der Verhandlung teilnehmen und hernach die Leser- oder Hörerschaft über den Gang des Verfahrens informieren, sollen sicherstellen, dass das Volk über die Arbeitsweise und Entscheide der Staatsanwaltschaft sowie der Richterinnen und Richter im Bilde ist und eine freie Meinungsbildung stattfindet. Die zunehmende Mediatisierung der Gesellschaft, durch die immer kürzer werdenden Informationswege und die zunehmende Verfügbarkeit von Informationen hat indes zur Folge, dass die Konkurrenz unter den Akteuren der sogenannten vierten Gewalt immer grösser wird. Zudem wollen die Medienkonsumenten je länger desto weniger informiert, dafür vielmehr unterhalten werden. Diese kommerzielle Ausrichtung führt dazu, dass Zeitungen, Nachrichtenjournale und Radiostationen ihre Inhalte immer weniger nach deren Gehalt und immer mehr nach deren Unterhaltungswert auswählen⁵⁴. Damit zählen anstatt exakter Wiedergabe von Informationen je länger desto mehr die möglichst publikumswirksame Aufmachung derselben um den Konsumenten mit spektakulären „Stories“ zu ködern⁵⁵.

Immer mehr tritt bei der Berichtserstattung über Strafverfahren auch die Person des Richterin, des Richters, der Staatsanwältin oder des Staatsanwaltes in den Vordergrund. Auch wenn die Ausübung dieser Berufe voraussetzt, dass man zu den bearbeiteten Fällen eine professionelle Distanz wahrt und in der Lage ist, persönliche Befindlichkeiten bei den im Rahmen seiner Tätigkeit zu fällenden Ermessensentscheidungen hintan zu stellen, ist die Tatsache nicht von der Hand zu weisen, dass es sich auch bei Staatsanwälten, Staatsanwältinnen, Richtern und Richterinnen letztendlich – und glücklicherweise – nicht um Roboter, sondern um menschliche und damit soziale Wesen handelt, die der Meinung anderer sie selbst betreffend nicht völlig gleichgültig gegenüberstehen. Es wäre daher wohl realitätsfremd anzunehmen, dass die öffentliche Meinung diese Magistratspersonen zu keiner Zeit in ihrer Entscheidfindung beeinflusst⁵⁶. Das stellt wiederum eine direkte Gefährdung der richterlichen resp. staatsanwaltschaftlichen Unabhängigkeit und damit der Wahrheitsfindung dar. Das Verbot von Bild- und Tonaufnahmen nach Art. 71 StPO kann diese unerwünschte Beeinflussung zumindest zu einem gewissen Teil dämpfen, wenn auch nicht gänzlich verhindern.

⁵¹ Fink, S. 50.

⁵² Nebst Eingriffen in das Besitz – resp. Eigentumsrecht mittels Beschlagnahme, Einziehung oder Verhängen einer Busse oder Geldstrafe ist dabei besonders an die Anordnung von Freiheitsentzügen jeglicher Art zu denken.

⁵³ Fink, S. 49.

⁵⁴ Vgl. Hensler, S. 223.

⁵⁵ Vgl. Heer, S. 149.

⁵⁶ Vgl. dazu Heer, S. 155, Fn 17, welche eindrucksvoll die Schilderungen eines Staatsanwaltes wiedergibt, der einräumt, dass der ihm nach Einreichung der Anklage gegen einen angesehenen Luzerner, der einen balkanstämmigen Einbrecher auf der Flucht erschossen hatte, als sich dieser bereits ausserhalb seines Hauses befunden hatte, entgegengeschwuppte Volkszorn – namentlich in Form von Drohungen gegen die Integrität seiner Kinder – Einfluss auf seine Entscheidungen im weiteren Verfahrensverlauf gehabt hätten.

Nicht nur die Berichterstattung durch die Medien wie Fernsehen, Radio, Zeitungen und Internetnewsportale stellt eine potentielle Quelle für öffentlichen Druck auf die Staatsanwaltschaft und die Polizei dar. Immer mehr tauchen auch von Privaten erstellte Internetseiten auf, in denen öffentlich die Arbeit der Justizbehörden unter namentlicher Erwähnung der einzelnen Akteure angeprangert wird⁵⁷. Auch wenn es sich dabei wohl um Einzelfälle zumeist querulatorischer Art handeln dürfte, werfen solche Veröffentlichungen doch die Frage auf, inwiefern sich Staatsanwälte und Polizistinnen im Rahmen der Ausübung ihrer Tätigkeit auf ihre Persönlichkeitsrechte berufen können und ob diese eine Rechtsgrundlage darstellen um präventiv oder repressiv das Anfertigen von Aufnahmen anlässlich von Einvernahmen seitens Privater zu verhindern.

5.1. Die Persönlichkeitsrechte im Zusammenhang mit Bild- und Tonaufnahmen

Art. 28 Abs. 1 ZGB sieht die Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts im Fall einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung vor, wobei Widerrechtlichkeit einer Verletzung dann vorliegt, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Der Inhalt des Persönlichkeitsrechts wurde durch Lehre und Rechtsprechung konkretisiert und enthält unter anderem das Recht am eigenen Bild sowie am eigenen Wort. Für eine Verletzung am eigenen Bild reicht bereits das Fotografieren einer Person um der Person willen – also nicht blos zufällig im Kontext eines anderen Sujets - ohne deren Einwilligung oder die Veröffentlichung dieser Aufnahme ohne Zustimmung der abgebildeten Person⁵⁸. Teilbereich des Persönlichkeitsrechts stellt aber nicht nur der freie Entscheid betreffend Anfertigung und Veröffentlichung von Abbildungen des eigenen Antlitzes sondern eben auch betreffend den Empfängerkreis des gesprochenen Wortes dar. So äussert sich eine Person allenfalls in unterschiedlicher Weise – sei es hinsichtlich Wortwahl oder Stimmlage – je nachdem von welchem Empfängerkreis sie hinsichtlich ihrer Äusserung ausgeht, da die sich äussernde Person je nach Empfängerkreis ein anderes Bild von sich abgeben möchte⁵⁹. Was die hier zur Debatte stehende heimliche Fixierung von Äusserungen betrifft, so beraubt eine solche die sich äussernde Person der sogenannten „informationellen Privatheit“, da sie im Zeitpunkt der Äusserung von einer falschen Prämissse hinsichtlich des Personenkreises ausgeht, von welchen ihre Worte wahrgenommen werden können.⁶⁰

Die Schutzbedürftigkeit der informationellen Privatheit ist zudem nicht per se beschränkt auf an nichtöffentlichen Orten gemachte Äusserungen, da ein blosses Wahrnehmen durch Drittpersonen und allfällige mündliche Weiterverbreitung des Gesagten nicht mit dessen Fixierung auf Band und späterer potentieller Veröffentlichung gleichgesetzt werden kann⁶¹. Unter diesem Gesichtspunkt müssen aber nichtöffentliche Gespräche umso mehr vor heimlicher Aufnahme geschützt werden, da anlässlich selbiger die sich äussernden Personen naturgemäß da-

⁵⁷ Vgl. bspw. <http://www.bizenberger.eu/krimEK2.htm> (besucht am 22.06.2013).

⁵⁸ Vgl. BGE 127 III 481, E. 3a/aa mit Nachweisen.

⁵⁹ Schweizer, Rz 114.

⁶⁰ Schweizer, Rz 192.

⁶¹ Schweizer, Rz. 193.

von ausgehen, dass ihre Äusserungen, dass das Gesagte gerade nicht aufgezeichnet und somit potentiell für andere als die am Gespräch teilnehmenden Personen zugänglich gemacht werden.

5.2. Rechtfertigungsgründe für Persönlichkeitsverletzung durch Ton- und Bildaufnahmen

Nachdem nun also nach dem Gesagten sowohl heimlich erstellte Bild- als auch Tonaufnahmen grundsätzlich den Schutzbereich von Art. 28 ZGB berühren, stellt sich die Frage, ob sich solche Aufnahmen allenfalls rechtfertigen lassen, was es den betroffenen Personen – in casu den einvernehmenden Angehörigen von Polizei oder Staatsanwaltschaft – verunmöglichen würde, sich unter Berufung auf ihr Persönlichkeitsrecht gerichtlich gegen solche Aufnahmen resp. deren Veröffentlichung zu wehren.

Art. 28 Abs. 2 ZGB beinhaltet bereits die Fälle, in denen bei Bestehen einer Persönlichkeitsverletzung keine Widerrechtlichkeit im Sinne der Bestimmung vorliegt. Dies ist einerseits der Fall, wenn der Verletzte in die Verletzung – also vorliegend in die Bild- oder Tonaufnahme resp. deren Veröffentlichung – einwilligte, andererseits, wenn durch diese überwiegende private oder öffentliche Interessen gewahrt werden und schliesslich wenn das Gesetz die Verletzung vor sieht.

Dass die einvernehmende Person in das Erstellen einer Aufnahme einwilligt, ist eher unwahrscheinlich, weshalb dieser Rechtfertigungsgrund hier nicht weiter thematisiert werden muss.

Was die Rechtfertigung durch eine gesetzliche Bestimmung anbelangt, wäre wohl eher die umgekehrte Situation denkbar, in welcher die Einvernahme gestützt auf Art. 144 StPO oder Art. 154 Abs. 2 lit. d StPO mit Bild und Ton aufgezeichnet werden. In diesen Fällen müssen sich die einvernommenen Personen die Aufnahme gefallen lassen, obschon diese allenfalls gegen ihren Willen – nie aber ohne ihr Wissen – erfolgt.

Damit private Interessen eine Persönlichkeitsverletzung zu rechtfertigen vermögen, müssen diese das Integritätsinteresse des Verletzten überwiegen, wobei nur Interessen von allgemein anerkanntem Wert in Frage kommen⁶². Hierfür ist eine Interessenabwägung im konkreten Einzelfall notwendig, wobei einzig schutzwürdige private Interessen für eine Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung in Frage kommen⁶³. Für das vorliegend interessierende Szenario der heimlichen Bild-/Tonaufnahme von Einvernahmen wäre die Konstellation denkbar, dass die Aufnahme mit dem Ziel angefertigt wird, anlässlich der Einvernahme durch die einvernehmende Person angewandte unrechtmässige Mittel im Sinne von Art. 140 StPO, wie Zwang, Drohung, Gewalt, Täuschung oder Versprechungen etc., zu belegen. Sollten solche Beeinflussungen der befragten Person tatsächlich stattgefunden haben, könnte sich die einvernehmende Person wohl kaum auf ihre Persönlichkeitsrechte berufen, um eine Verwendung der erstellten Einvernahme zu verhindern, da die privaten Interessen der bedrohten, getäuschten resp. gewaltbetroffenen Person zur Aufdeckung dieses Missstands dem Persönlichkeitsrecht des Einvernehmenden vorgehen wür-

⁶² Hofer/Hrubesch-Millauer/Bosshardt, Rz 20.66.

⁶³ Schweizer, Rz 49.

den. Klarzustellen ist jedoch, dass das bloss subjektive Empfinden der einvernommenen Person, der Einvernehmende würde ihre Rechte verletzen, nicht ausreicht, um das Anfertigen einer Aufnahme zu legitimieren. Genauso wenig genügt hierfür die Auffassung des einvernommenen Beschuldigten, zu Unrecht beschuldigt zu sein.

Die Interessenabwägung zur Beurteilung einer Persönlichkeitsverletzung resp. des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes ist letztlich Sache des angerufenen Zivilgerichts, welches sowohl das durch die Verletzung avisierte Ziel, das konkret eingesetzte Mittel sowie die Verhältnismässigkeitsprüfung in diese Abwägung mit einbezieht⁶⁴. Falls die beschuldigte Person mit der heimlich angefertigten Aufnahme die Unverwertbarkeit der Einvernahme wegen Anwendung eines illegitimen Mittels geltend macht, dann hat wohl das zuständige Strafgericht über die Verwertbarkeit der heimlich getätigten Aufzeichnung und damit auch über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds für die Persönlichkeitsrechtsverletzung zu entscheiden.

Eine Persönlichkeitsverletzung ist nach Art. 28 Abs. 2 ZGB dann gerechtfertigt, wenn ein diese überwiegendes öffentliches Interesse vorliegt. Im Vordergrund steht dabei insbesondere das Interesse der Öffentlichkeit an Information, insbesondere durch die Medien. Im vorliegenden Kontext käme dieser Rechtfertigungsgrund in Betracht, wenn die die Aufnahme anfertigende Person diese nach der Einvernahme den Medien zwecks Verbreitung zuspielen würde. Bei der Frage, ob eine Information über eine Person ohne deren Einwilligung veröffentlicht werden darf, ist nebst der Frage, ob die Information der Wahrheit entspricht auch die Frage zu berücksichtigen, ob es sich um eine Information aus dem Privat- oder Geheimbereich der betroffenen Person handelt und ob diese Person eine sogenannte Person der Zeitgeschichte verkörpert⁶⁵.

5.2.1. Die einvernehmende Person als Person der Zeitgeschichte?

Falls im Rahmen der Einvernahme ohne Einwilligung der übrigen Teilnehmer eine Aufnahme, sei es mit Bild und/oder Ton, hergestellt wird, berührt dies nach dem bisher Gesagten grundsätzlich den Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts nach Art. 28 Abs. 1 ZGB. Sollte diese Aufnahme als widerrechtlich im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB gelten, ständen den ungewollt aufgenommenen Personen die zivilrechtlichen Möglichkeiten zum Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28a ZGB, namentlich die Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Feststellungsklage offen. Im Kontext der vorliegenden Arbeit stellt sich in Bezug auf die Widerrechtlichkeit einer solchen Aufnahme vor allem die Frage, ob ein öffentliches Interesse an der Aufnahme resp. deren Veröffentlichung besteht und dabei insbesondere, ob die befragende Staatsanwältin resp. der befragende Polizist eine Person der Zeitgeschichte darstellt⁶⁶.

⁶⁴ Vgl. Hofer/Hrubesch-Millauer/Bosshardt, Rz 20.69.

⁶⁵ Vgl. Hofer/Hrubesch-Millauer/Bosshardt, Rz 20.72ff.

⁶⁶ Demgegenüber kann bei den übrigen allenfalls an der Einvernahme teilnehmenden Personen wie Anwälten und übrigen Parteien davon ausgegangen werden, dass sie nicht aufgrund ihrer Teilnahme an der Einvernahme als Personen der Zeitgeschichte zu gelten haben, weshalb die von ihren Handlungen oder Äusserungen anlässlich der Einvernahme angefertigten Bild- und oder Tonaufnahmen zumindest im Falle einer Veröffentlichung wohl kaum je mit dem öffentlichen Informationsinteresse legitimiert werden könnten.

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte sowie einer Art Zwischenstufe. Während absolute Personen der Zeitgeschichte Personen sind, welche „kraft ihrer Stellung, ihrer Funktion oder ihrer Leistung derart in das Blickfeld der Öffentlichkeit getreten sind, dass ein legitimes Informationsinteresse an ihrer Person und ihrer gesamten Teilnahme am öffentlichen Leben zu bejahen ist“⁶⁷, stehen relative Personen der Zeitgeschichte nur aufgrund eines bestimmten Ereignisses im Licht der Öffentlichkeit, so dass in Bezug auf dieses Ereignis auch ihr Privatleben für die Öffentlichkeit von Interesse sein kann. Die vom Bundesgericht kreierte Zwischenstufe erfasst Personen, welche zwar nicht in die Gruppe der absoluten Personen der Zeitgeschichte fallen, jedoch „mit gewisser Regelmässigkeit öffentlich in Erscheinung“ treten⁶⁸. Als Abgrenzungskriterium gilt, dass eine Person sich die Veröffentlichung von Aufnahmen ihrer Person umso eher gefallen lassen muss, je bekannter sie ist und je „stärker öffentlichkeitsorientiert die Umstände“ der Aufnahme waren⁶⁹.

Durch die Tatsache, dass sie ein öffentliches Amt bekleiden, stehen Angehörige von Polizei und Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer Amtsausübung im Fokus der Öffentlichkeit, da diese ihnen gegenüber einen gewissen Informationsanspruch in Bezug auf die von ihnen geführten Verfahren geltend machen kann⁷⁰. Allerdings ist durch das öffentliche Informationsinteresse allenfalls die Weiterverbreitung des Inhalts des Gesagten gerechtfertigt, nicht aber die Aufnahme und Veröffentlichung des tatsächlich gesprochenen Wortes oder von Bildern der einvernehmenden Person, da diese einzig Sensations-, Unterhaltungs- und Illustrationsinteressen befriedigen, welche nicht höher gewichtet werden dürfen als das Recht am eigenen Wort, resp. der eigenen Stimme⁷¹.

Staatsanwälte und Staatsanwältinnen aber auch Polizeifunktionäre als Träger eines öffentlichen Amtes haben wohl aufgrund des in sie gesetzten öffentlichen Vertrauens zwecks Kontrolle ihrer Amtsausführung schwerere Eingriffe in ihre Persönlichkeitsrechte zu tolerieren⁷². Im Gegensatz zu grundsätzlich öffentlichen Gerichtsverhandlungen, bei welchen die Amtspersonen wie Richter, Staatsanwälte etc. der Öffentlichkeit schon aufgrund des in der Hauptverhandlung geltenden Öffentlichkeitsprinzips „Rechenschaft“ schuldig sind und insofern deren Beobachtung ihrer Arbeit über sich ergehen lassen müssen, sind dem Informationsanspruch der Bevölkerung im Rahmen der Voruntersuchung oder des polizeilichen Ermittlungsverfahrens nicht zuletzt aufgrund des Untersuchungsgeheimnisses Grenzen gesetzt. Das bedeutet, dass der Öffentlichkeit in diesen Verfahrensstadien eben gerade kein prinzipieller Anspruch auf Information über den Inhalt der Einvernahmen zusteht, womit dieses Interesse zur Rechtfertigung einer durch eine heimliche Aufnahme der Einvernahme begangenen Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich ausser Betracht fällt.

Zwar führen sowohl Staatsanwälte und Staatsanwältinnen als auch Polizeifunktionäre die Einvernahmen kraft der ihr vom Staat – und damit letzten Endes vom Volk - verliehenen Macht durch. Die Fragen, die sie stellen und wie sie den Ablauf der Einvernahme planen, sind somit

⁶⁷ BGE 127 III 481, E. 2c/aa.

⁶⁸ BGE 127 III 481, E. 2c/bb.

⁶⁹ Hausheer/Aebi-Müller, Rz 13.31.

⁷⁰ Michlig, S. 21ff. mit Hinweis auf BGE 107 Ia 304.

⁷¹ Vgl. Fink, S. 275.

⁷² Schweizer, Rz 51.

Teil ihrer amtlichen Tätigkeit und die Rechtsstellung der einvernehmenden Person ist in diesem Moment geprägt durch das ausgeübte Amt, nicht durch die handelnde Person⁷³. Diese Tatsache allein macht aber Polizistinnen und Staatsanwälte nicht zu relativen Personen der Zeitgeschichte, wie es offenbar beispielsweise nach Meinung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes für Richter in Bezug auf Bildaufnahmen im Rahmen der Hauptverhandlung gilt⁷⁴. Die Kontrollfunktion der Bevölkerung gegenüber den Strafverfolgungsbehörden soll sich nämlich in erster Linie nicht auf den Handelnden selbst sondern das Handeln an sich beziehen⁷⁵.

5.2.2. Fazit in Bezug auf das Recht am eigenen Wort

Die im Rahmen der Einvernahme gemachten Äusserungen der befragenden Person werden wohl eher selten den Privat- geschweige denn den Intimbereich derselben betreffen, da sie die professionelle Distanz zu den an der Einvernahme teilnehmenden Personen zu wahren hat. Auch wenn die Äusserungen der handelnden Amtsperson im Rahmen der Einvernahme somit hauptsächlich im Zusammenhang mit der von ihr ausgeübten Funktion stehen, ist ihr der Schutz des Rechts am eigenen Wort nicht generell abzusprechen. Nicht zuletzt, weil nebst dem Gehalt der Aussage auch die Stimme einen Teilbereich des Rechts am eigenen Wort darstellt⁷⁶.

Anders verhält es sich, wenn die in Frage stehenden Äusserungen privater Natur einen direkten Bezug zur öffentlichen Funktion des sich Äussernden aufweisen⁷⁷. So müssten im unwahrscheinlichen Fall, dass sich die befragende Person anlässlich der Einvernahme beispielsweise rassistisch, sexistisch sonst wie beleidigend oder gar in drohender Weise äussern würde, dem öffentlichen Interesse an Information über dieses Fehlverhalten wohl der Vorrang gegenüber dem Schutz der Persönlichkeit der einvernehmenden Person zugesprochen werden.

5.2.3. Fazit in Bezug auf das Recht am eigenen Bild

Dass auch Staatsanwältinnen, Staatsanwälten und Polizeifunktionären der Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen nicht per se aufgrund ihrer amtlichen Stellung versagt werden kann, gilt umso mehr mit Blick auf allfällige Bildaufnahmen, da sich das Aussehen nicht einem anderen Rechtsträger zuordnen lässt⁷⁸. So kann beispielsweise eine bestimmte Mimik nicht ausschliesslich auf die gerade ausgeübte Amtshandlung zurückgeführt werden, sondern ist untrennbar mit der Persönlichkeit der einvernehmenden Person verbunden. Daher muss diese sich auf das Recht am eigenen Bild berufen können⁷⁹.

⁷³ Vgl. von Coelln, S. 427f.

⁷⁴ BVerfG, 1 BvQ 17/00 vom 21.7.2000, 23, worin das Bundesverfassungsgericht feststellt, dass Richter „Kraft des ihnen übertragenen Amtes anlässlich ihrer Teilnahme an öffentlichen Sitzungen der Strafkammer im Blickfeld der Öffentlichkeit unter Einschluss der Medienöffentlichkeit“ stehen und daher regelmässig kein Interesse, „in ihrer Person nur durch die in der Sitzung Anwesenden wahrgenommen zu werden“, anzunehmen ist.

⁷⁵ Vgl. Fink, S. 245.

⁷⁶ Fink, S. 271.

⁷⁷ Schweizer, Rz. 301, mit Verweis auf BGE 52 I 265.

⁷⁸ Vgl. von Coelln, a.a.O.

⁷⁹ Vgl. von Coelln, a.a.O.

6. Die Strafbarkeit heimlicher Aufnahmen von Einvernahmen

Der Schutz des Rechts am eigenen Wort und am eigenen Bild beinhaltet somit in erster Linie die Möglichkeit, sich zivilrechtlich gegen widerrechtlich erstellte (und in aller Regel veröffentlichte) Aufnahmen zur Wehr zu setzen. Doch auch das Strafrecht sieht Normen zum Schutz des Rechts am eigenen Bild und Wort vor.

Art. 179^{bis} StGB bedroht das Abhören oder Aufnehmen eines fremden nichtöffentlichen Gesprächs ohne die Einwilligung aller Beteiligten – bei Vorliegen eines Strafantrags – mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Dieselbe Strafandrohung sieht Art. 179^{ter} StGB vor, falls ein Teilnehmer eines nichtöffentlichen Gesprächs ohne Einwilligung der Gesprächspartner eine Aufnahme desselben erstellt. Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei den im Rahmen des Vorverfahrens resp. des polizeilichen Ermittlungsverfahrens durchgeführten Verfahrenshandlungen um nichtöffentliche. Der Teilnehmerkreis beschränkt sich auf die einzubernehmende Person, deren allfälligen Rechtsvertreter und Vertrauensperson sowie die ihr Teilnahmerecht ausübenden Parteien, inkl. deren allfällige Rechtsvertreter, die befragende Person und einen allfälligen Protokollführer oder eine Protokollführerin. Wenn nun also ein Verfahrensbeteiligter anlässlich einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Einvernahme heimlich Aufnahmen derselben erstellt, drängt sich die Frage nach einer allfälligen Strafbarkeit desselben auf. Dabei ist in erster Linie Art. 179^{ter} StGB zu prüfen, da es sich bei einem Gespräch nur dann um ein „fremdes“ im Sinne von Art. 179^{bis} StGB handelt, wenn der Täter an selbigem „nicht mindestens als von den aktiv Beteiligten geduldeter Zuhörer teilnimmt“⁸⁰, was bei allen anlässlich der Einvernahme anwesenden Teilnehmern regelmässig der Fall sein dürfte.

6.1. Art. 179^{ter} StGB und BGE 108 IV 161

6.1.1. Die Absage des Bundesgerichts an die strafrechtliche Schutzwürdigkeit der Einvernahme

Art. 179^{quater} StGB stellt das Beobachten oder Aufnehmen einer Tatsache aus den Geheimbereich sowie Tatsachen aus dem nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Privatbereich ohne Einwilligung des Betroffenen unter Strafe. Obschon der Wortlaut von Art. 179^{ter} StGB im Gegensatz zu jenem von Art. 179^{quater} StGB die Einschränkung, dass nur Tatsachen aus dem Geheim- oder Privatbereich durch die Bestimmung geschützt sein sollen, nicht vorsieht, stellt sich das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 2. November 1982 auf den Standpunkt, dass eine polizeiliche Befragung nicht unter die nichtöffentlichen Gespräche nach Art. 179^{ter} StGB zu subsumieren sei. Es begründet dies damit, dass der Gesetzgeber mit Art. 179^{ter} StGB nur den Geheim- und Privatbereich habe schützen wollen. Da die einvernehmenden Personen dieses „Gespräch“ jedoch in Ausführung ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung geführt hätten, falle dieses nicht in den Bereich der Privatsphäre der Gesprächsteilnehmer⁸¹. Das Bezirksgericht Zürich entschied gestützt auf ebendiesen Bundesgerichtsentscheid am 31. Mai 2013, dass polizeiliche Einver-

⁸⁰ Trechsel/Lieber, N 3 zu Art. 179^{bis} StGB.

⁸¹ BGE 108 IV 161, E. 2c.

nahmen nicht in den Privatbereich gehören und deshalb nicht in den Schutzbereich des genannten Straftatbestands fallen⁸².

6.1.2. Kritik an BGE 108 IV 161

Zunächst ist festzuhalten, dass das geschützte Rechtsgut von Art. 179^{ter} StGB sich nicht im Schutz vor Indiskretionen erschöpft, sondern den Schutz der persönlichen „Geheimsphäre als ein dem Einzelnen zur Entwicklung seiner Persönlichkeit gewährleisteter freier Raum vor der Gemeinschaft und dem Staat sowie vor den anderen Einzelnen“ zum Ziel hat⁸³.

Nach den Ausführungen in Kapitel 5.1 stellt sich die Frage, ob die vom Bundesgericht getroffene Annahme, dass eine polizeiliche Befragung – und somit konsequenterweise auch eine Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft – den Privatbereich der an der Einvernahme teilnehmenden Personen nicht berührt, in dieser Absolutheit Gültigkeit hat. Unbestreitbar ist aufgrund des Prinzips der Parteiöffentlichkeit, dass es sich bei Einvernahmen um nichtöffentliche Gespräche im Sinne von Art. 179^{ter} StGB handelt, da wie das Bundesgericht selber ausführt, ein Gespräch dann öffentlich ist, "wenn es von jedem beliebigen Dritten gehört werden kann oder wenn es von jedem Beliebigen gehört werden soll"⁸⁴.

Wie erwähnt berühren heimliche Aufnahmen auch das Persönlichkeitsrecht der die Einvernahme durchführenden Amtsperson, da diese durch die Aufzeichnung in ihrem Recht auf die freie Willensbildung hinsichtlich des Empfängerkreises ihrer Äusserungen beeinträchtigt wird. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass das Protokoll der Einvernahme im Laufe des Verfahrens, spätestens bei anfälliger Verlesung anlässlich der Hauptverhandlung, einen unbestimmten Empfängerkreis zur Kenntnis gebracht wird. Aus Art. 78 Abs. 3 StPO ergibt sich, dass nur wesentliche Fragen und Antworten einer Einvernahme wörtlich zu protokollieren sind, woraus sich für den übrigen Teil der Befragung die Möglichkeit der bloss sinngemässen Protokollierung ergibt. Gerade die einvernehmende Person als Erstellerin des Protokolls weiss daher genau, welche anlässlich der Einvernahme gemachten Äusserungen ins Protokoll aufgenommen wurden und welche bloss dem Sinn nach wiedergegeben werden.

Aber nicht nur die einvernehmende Person, sondern auch die übrigen an der Einvernahme teilnehmenden Personen können durch die heimliche Aufnahme in ihrem Privatbereich betroffen sein. Gerade die in Ausübung ihres Teilnahmerechts anwesenden Parteien, die sich allenfalls im Rahmen von Ergänzungsfragen oder aber auch vor oder nach der eigentlichen Einvernahme zu Wort melden, geben damit allenfalls auch Einblick in ihre Privatsphäre, nicht zuletzt durch Stimmlage, Lautstärke und Wortwahl, welche sie allenfalls im Wissen darum, dass das Gespräch und ihre dabei gemachten Äusserungen in dieser Unmittelbarkeit aufgezeichnet und somit auch von anderen als den tatsächlich bei der Einvernahme anwesenden Personen gehört werden könnten, an dieses Wissen angepasst hätten.

⁸² Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 31.05.2013, GG120195, noch nicht in Rechtskraft erwachsen (gem. telefonischer Auskunft BG Zürich vom 10.07.2013).

⁸³ Botschaft Geheimbereich, BBl 585.

⁸⁴ BGE 108 IV 161, E. 2a, mit Verweis auf Schultz H., Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, SJZ 67 (1971) S. 303.

Wenn nun aber anlässlich von Einvernahmen die Möglichkeit von Verletzungen des Persönlichkeitsrechts der am Gespräch teilnehmenden Personen besteht, ist nicht einzusehen, weshalb ihnen der strafrechtliche Schutz vor anlässlich derselben erstellten Tonaufnahmen per se versagt werden sollte. Zumindest müsste die Möglichkeit bestehen, dass Art. 179^{ter} StGB im konkreten Einzelfall erfüllt sein kann, wenn im Rahmen der heimlich aufgezeichneten Einvernahme Äusserungen privater Natur seitens der Verfahrensbeteiligten gemacht werden.

6.2. Konsequenz für die Möglichkeiten hinsichtlich Abnahme der Gerätschaften und Löschung der Aufnahmen

Würde die Anwendung von Art. 179^{ter} StGB heimliche Aufnahmen polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Einvernahmen bejaht, wäre zudem auch die Frage nach der Rechtsgrundlage für die Abnahme und die spätere Löschung der Einvernahme geklärt. Da in diesem Fall ein konkreter Tatverdacht hinsichtlich einer strafbaren Handlung im Zusammenhang mit der Aufnahme vorliegen würde, könnte diese unmittelbar durch die einvernehmende Person sichergestellt und später durch die mit dem diesbezüglichen Strafverfahren betraute Staatsanwältin resp. den Staatsanwalt beschlagnahmt und zuletzt durch diese oder das Gericht eingezogen und vernichtet werden.

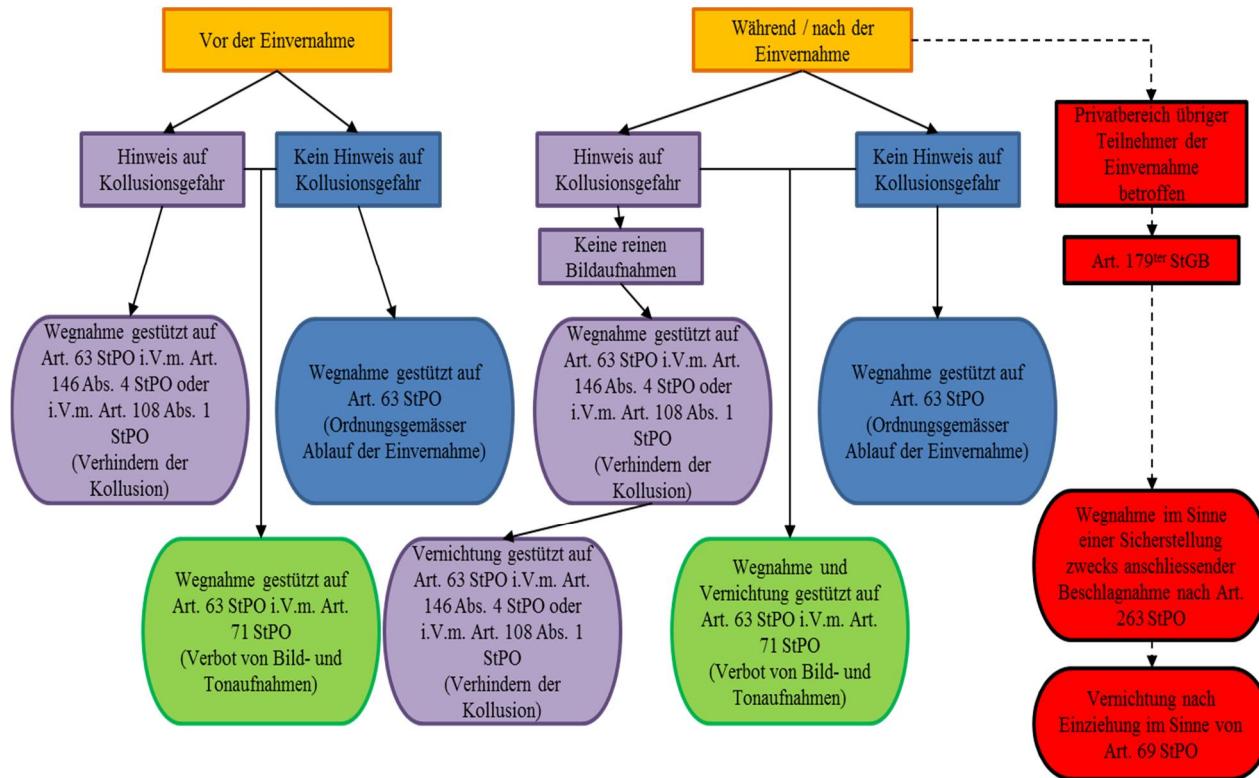
7. Schlussfolgerung

Die tatsächliche Intention, die hinter dem Erstellen einer (heimlichen) Aufnahme der Einvernahme steht, lässt sich im Einzelfall wohl nur eruieren, wenn die Person, welche die Einvernahme aufnimmt oder aufzunehmen versucht, seine Absichten offenbart. Dementsprechend ist es kaum möglich, zu bestimmen, auf welche Rechtsgrundlage sich eine Wegnahme des Aufnahmegerätes stützen soll. Wie aufgezeigt, reichen die sitzungspolizeilichen Befugnisse für präventive Massnahmen zur Vermeidung von Störungen im Verhandlungsablauf für die Staatsanwaltschaft resp. die für die Polizei aus, um solche Gerätschaften den Verfahrensbeteiligten – mit Ausnahme der Rechtsvertreter – generell präventiv vor der Einvernahme abzunehmen. Dementsprechend spielt das von der die Aufzeichnung anfertigenden Person avisierter Ziel nur eine untergeordnete Rolle, da sich diese Massnahme mit dem allgemeinen Störungspotential einer Aufnahme begründen lässt.

Nicht anders verhält es sich bei der Frage nach der Rechtsgrundlage für die Vernichtung einer bereits erstellten Einvernahme. Hier bietet die analoge Anwendung von Art. 71 Abs. 2 StGB ebenfalls eine von der Absicht der aufzeichnenden Person unabhängige Rechtsgrundlage. Mangels einer diese Fragen eindeutig beantwortenden gesetzlichen Regelung schadet es jedoch nicht, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, den Umgang mit dem Problem solcher Aufnahmegeräte zusätzlich in einer Weisung der Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft resp. des Polizeikommandos zu regeln.

In jedem Fall empfiehlt sich die generelle präventive Abnahme der Gerätschaften vor Beginn der Einvernahme als Standard-Prozedere einzuführen, um die Problematik heimlicher Aufnahmen durch an der Einvernahme teilnehmende Privatpersonen von vorneherein auszuschliessen.

Prüfschema Rechtsgrundlagen:



„Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbstständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Ausnutzung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.“

Martina Hugentobler

Goldau, 12. Juli 2013

Anhang



Abb. 1 (CopRecorder-Applikation, Entwickler: Chris Ballinger, OpenWatch)

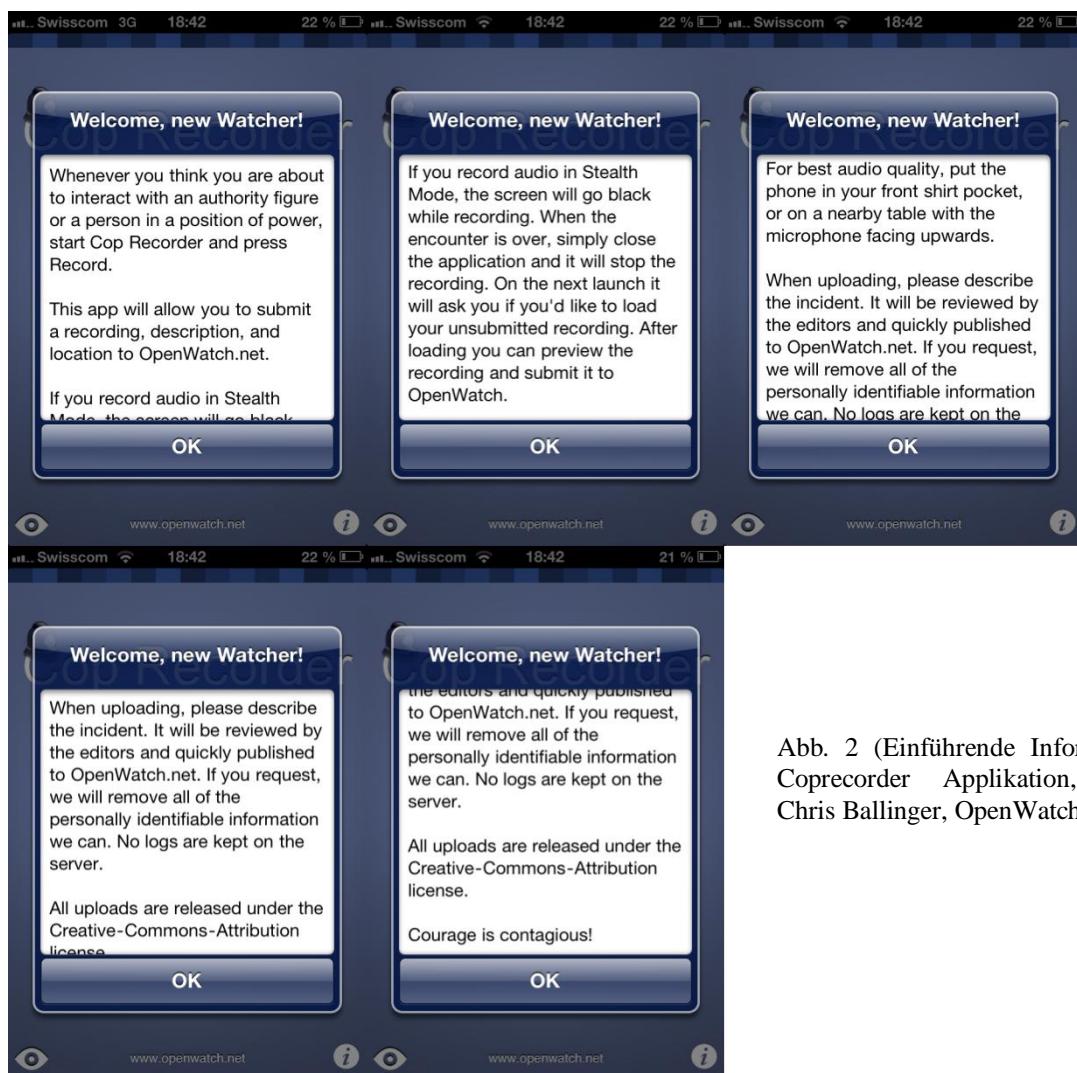


Abb. 2 (Einführende Informationen der Coprecorder Applikation, Entwickler: Chris Ballinger, OpenWatch)

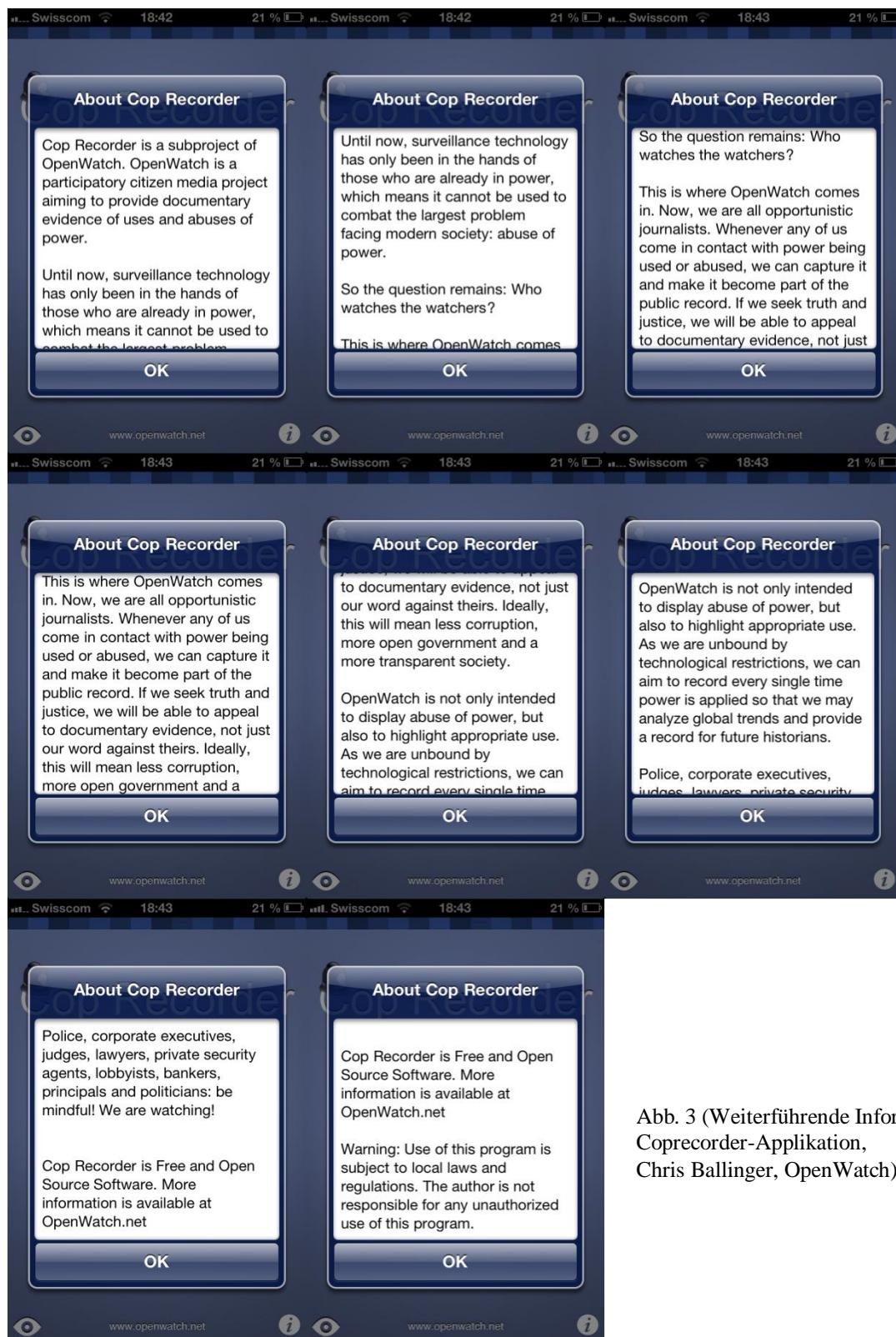


Abb. 3 (Weiterführende Informationen der Coprecorder-Applikation, Entwickler: Chris Ballinger, OpenWatch)