

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2023.28 vom 28. September 2023**

BS Appellationsgericht, 2023-09-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BES.2023.28](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2023.28)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2023.28 du 28 septembre 2023

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2023.28 del 28 settembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [SG 154.100]). Die Kognition des Beschwerdegerichts ist frei und nicht auf Willkür beschränkt (Art. 393 Abs. 2 StPO). Das Gericht ist zudem bei seiner Entscheidung nicht an die Begründungen der Parteien gebunden (Art. 391 Abs. 1 lit. a StPO).

1.2 Zur Beschwerde legitimiert ist jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Ein solches haben Anzeigesteller, welche durch die beanzeigten Delikte selbst und unmittelbar in ihren Rechten verletzt worden sind und ausdrücklich erklären, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilkläger zu beteiligen (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO in Verbindung mit Art. 115 und 118 StPO; BGE 141 IV 380 E. 2.3.1; BGer 1B\_426/2015 vom 17. Mai 2016 E. 1.4; AGE BES.2020.86 vom 12. April 2022 E. 1.2.1, BES.2019.128 vom 5. Juni 2020 E. 1.3.1). Nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre gilt nur jene Person als im Sinne von Art. 115 StPO unmittelbar geschädigt, die Trägerin des Rechtsgutes ist, das durch die fragliche Strafbestimmung vor Verletzung oder Gefährdung geschützt werden soll. Dritte, deren Rechte durch die konkrete Straftat nur mittelbar bzw. reflexartig verletzt werden, sind nicht geschädigte Personen nach Art. 115 StPO. Sie können sich folglich auch nicht als Privatklägerschaft konstituieren (Art. 118 Abs. 1 StPO) und sind somit nicht zur Beschwerdeerhebung legitimiert (BGer 1B\_576/2018 vom 26. Juli 2019 E. 2.3, mit Hinweisen; AGE BES.2020.209 vom 23. Dezember 2020 E. 1.3.3, BES.2018.109 vom 28. August 2018 E. 1.2.2). Der Strafantragsberechtigte gilt immer auch als Geschädigter (Art. 115 Abs. 2 StPO; vgl. Riedo, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 30 StGB N 106). Die Begriffe des Strafantragsberechtigten und des Geschädigten sind insofern kongruent. (Mazzuchelli/Postizzi, in Basler Kommentar, 3. Aufl. 2023, Art. 115 StPO N 94; vgl. auch Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2017, Rz. 690.).

Der Beschwerdeführer ist zweifellos Träger des geschützten Rechtsguts Ehre und hat sich mit Schreiben vom 11. Juli 2022 als Privatkläger konstituiert (vgl. Riklin, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2019, Vor Art. 173 StGB N 5 ff.). Er ist demnach zur Erhebung der Beschwerde betreffend Einstellung des Verfahrens wegen übler Nachrede legitimiert.

Die Staatsanwaltschaft hat die Nichtanhandnahme des Verfahrens wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses damit begründet, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich dieses Delikts nicht berechtigt sei, Strafantrag zu stellen. Die Frage der Strafantragsberechtigung des Beschwerdeführers ist sowohl für die Zulässigkeit als auch für die materielle Begründetheit der Beschwerde relevant (vgl. Art. 115 Abs. 2 StPO; vgl. OGer OW B 17/011 vom

30. August 2017 E. 1, in: OGV 2016/2017 S. 98 ff.). Es handelt sich dabei um eine sogenannte doppelrelevante Tatsache. Doppelrelevante Tatsachen sind für die Beurteilung der Zulässigkeit der Beschwerde als wahr zu unterstellen (vgl. BGE 147 IV 188 E. 1.4, 147 II 159 E. 2.1.2, 145 II 153 E. 1.4, 141 III 294 E. 5.1 f.). Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung untersucht. Eine Ausnahme gilt nur für den (vorliegend nicht zutreffenden Fall), dass das Vorbringen des Beschwerdeführers auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint (BGE 141 II 14 E. 5.1, 137 III 32 E. 2.3). Der Beschwerdeführer ist demnach zur Erhebung der Beschwerde betreffend Nichtanhandnahme des Verfahrens wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses legitimiert.

Die Beschwerde ist im Übrigen form- und fristgerecht erhoben worden, womit auf sie einzutreten ist (vgl. Art. 396 Abs. 1 StPO).

1.3 Der Beschwerdeführer merkt hinsichtlich der Nichtanhandnahme des Verfahrens betreffend Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses an, es sei keine entsprechende Strafanzeige eingereicht worden (Beschwerde vom 22. Februar 2023, Rz. 10). Zunächst erklärte der Beschwerdeführer, er stelle Strafanzeige gegen den Beschuldigten wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses sowie übler Nachrede. Im Satz darauf fügte er hinzu, er «stelle hiermit explizit Strafantrag für sämtliche in Frage kommenden Antragsdelikte». Sodann hat er einen möglichen Verstoß gegen das Untersuchungsgeheimnis auf Seite 2 seines Schreibens vom 11. Juli 2022 erwähnt (Akten der Staatsanwaltschaft, S. 16). Die Staatsanwaltschaft hat sich deshalb zu Recht zu einer allfälligen Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses geäußert. Im Übrigen wurde die Nichtanhandnahme in diesem Punkt vom Beschwerdeführer nicht angefochten, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

## **E. 2**

2.1 Gemäss Art. 319 Abs. 1 StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens, wenn (a) kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt, (b) kein Straftatbestand erfüllt ist, (c) Rechtfertigungsgründe einen Straftatbestand unanwendbar machen, (d) Prozessvoraussetzungen definitiv nicht erfüllt werden können oder Prozesshindernisse aufgetreten sind, oder (e) nach gesetzlicher Vorschrift auf Strafverfolgung oder Bestrafung verzichtet werden kann. Die Staatsanwaltschaft hat sich beim Entscheid über eine Einstellung des Verfahrens in Zurückhaltung zu üben. Im Zweifelsfall ist das Verfahren in Beachtung des ungeschriebenen, sich aus dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 StPO) sowie indirekt aus Art. 319 in Verbindung mit Art. 324 Abs. 1 StPO ergebenden Grundsatzes «in dubio pro durore» weiterzuführen und an das Gericht zu überweisen. Eine Verfahrenseinstellung ist nur dann anzuordnen, wenn ein Freispruch oder ein vergleichbarer Entscheid des Sachgerichts sicher oder doch sehr wahrscheinlich erscheint und eine Hauptverhandlung daher als Ressourcenverschwendung erscheinen würde. Wenn hingegen eine Verurteilung wahrscheinlicher erscheint als ein Freispruch, ist ■ sofern die Erledigung mit einem Strafbefehl nicht in Frage kommt ■ Anklage zu erheben. Ist ein Freispruch genauso wahrscheinlich wie eine Verurteilung, drängt sich in der Regel, insbesondere bei schweren Delikten, eine Anklageerhebung auf. Bei zweifelhafter Beweis- oder Rechtslage hat nicht die Staatsanwaltschaft über die Stichhaltigkeit des strafrechtlichen Vorwurfs zu entscheiden, sondern das zur materiellen Beurteilung zuständige Gericht (BGE 143 IV 241 E. 2.2.1, 138 IV 86 E. 4.1 und 4.2, 138 IV 186 E. 4.1; BGER 6B\_1334/2019 vom 27. März 2020 E. 2.3.1; AGE BES.2014.163 vom 17. August 2015 E. 2.1; Grädel/Heiniger, in: Basler

Kommentar,

## **E. 2.2**

2.2.1 Den Tatbestand von Art. 321 des Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) erfüllen unter anderem Rechtsanwälte, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben (Oberholzer, in: Basler Kommentar, 4. Auflage 2019, Art. 321 StGB N 16; Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich 2021, Art. 321 N 21). Als Geheimnis gilt jede Tatsache, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt ist, und an deren Geheimhaltung für den Geheimnisherrn ein berechtigtes Interesse besteht, das er gewahrt wissen will (Oberholzer, a.a.O., Art. 321 StGB N 14). Erfasst werden einerseits alle Informationen mit Geheimnischarakter, die der Anwalt bei seiner Beratungstätigkeit über seinen Klienten erfahren hat. Andererseits fallen auch Tatsachen mit Geheimnischarakter, die anderen Quellen entstammen unter diese Bestimmung (BGer 1B\_596/2012 vom 14. Februar 2012 E. 2.4). Zusammengefasst besteht der Schutz des Berufsgeheimnisses ■ immer unter der Voraussetzung des Bezugs zu einem bestimmten Mandat ■ bezüglich eigener Wahrnehmungen und Beurteilungen im Rahmen der Mandatstätigkeit, ohne dass es darauf ankommt, von wem und auf welche Weise der Anwalt sein Wissen erworben hat (vgl. Nater/Gaudenz, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz [BGFA], 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 13 N 101 ff.). Die infrage stehenden Informationen fallen grundsätzlich unter den Schutz des Berufsgeheimnisses.

2.2.2 Die Staatsanwaltschaft begründet ihr Nichteintreten in Bezug auf die dem Beschuldigten vorgeworfene Verletzung des Berufsgeheimnisses damit, dass der Beschwerdeführer nicht Geheimnisherr sei und deshalb nicht Strafantrag stellen könne. Insofern fehle es an einer Prozessvoraussetzung (Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügung vom 8. Februar 2023, Rz. 25 ff.).

2.2.3 Der Beschwerdeführer entgegnet dem, Art. 321 StGB schütze nicht Individualinteressen des Geheimnisträgers, sondern Gemeininteressen, sodass es grundsätzlich bestimmten Berufsgruppen, welche Informationen bei der Ausübung ihres Berufes erhalten haben, untersagt sei, hierüber zu berichten. Von Art. 321 StGB erfasst würden auch Geheimnisse, die nicht unmittelbar den Geheimnisherrn, sondern involvierte Drittpersonen betreffen. Auch diesen müsse, soweit sie im Sinne von Art. 30 StGB verletzt seien, ein Antragsrecht zukommen (Beschwerde vom 22. Februar 2023, Rz. 12 ff.).

2.2.4 Die vom Beschwerdeführer aufgestellte Behauptung, wonach Art. 321 StGB nicht Individualinteressen, sondern Gemeininteressen schütze, ist in dieser Deutlichkeit nicht korrekt. Im Wesentlichen stehen beim Tatbestand von Art. 321 StGB sehr wohl Individualinteressen als Schutzobjekt im Vordergrund. Art und Umfang dieses besonderen Schutzes bestimmen dagegen öffentliche Interessen (Oberholzer, a.a.O., Art. 321 StGB N 1; vgl. auch Wohlers, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. Zürich 2020, Art. 321 N 1).

Zutreffend ist die Feststellung des Beschwerdeführers, dass von Art. 321 StGB nicht nur Geheimnisse erfasst werden, die unmittelbar den Geheimnisherrn betreffen, sondern auch darüber hinaus involvierte Drittpersonen (vgl. Isenring, in: StGB Kommentar, 21. Aufl., Zürich 2022, Art. 321 N 3; Oberholzer, a.a.O., Art. 321 StGB N 34). Mit «Drittperson» gemeint ist die Person, die das Geheimnis betrifft, die mit derjenigen, die das Geheimnis

anvertraut hat, nicht identisch sein muss (Trechsel/Vest, a.a.O., Art. 321 StGB N 28; Chappuis, in: Macaluso et al. [Hrsg.], Commentaire Roman, Code pénal II, Basel 2017, Art. 321 N 140; Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht ■ Besonderer Teil II, 7. Aufl., Bern 2013, § 61 N 22). Eine davon zu unterscheidende Frage ist jedoch, ob dieser Drittperson auch ein Strafantragsrecht zukommt. In der Lehre wird zum Teil befürwortet, dass dies unter gewissen Umständen der Fall sein soll (Trechsel/Vest, a.a.O., Art. 321 StGB N 28; Oberholzer, a.a.O., Art. 321 StGB N 34). In einer ähnlichen Konstellation, wie sie vorliegt, hat das Bundesgericht jedoch entschieden, dass eine Partei in einem Verfahren nicht auf die Verschwiegenheit des Anwalts der Gegenpartei zählen darf, sofern dieser Anwalt im Interesse der Person, die er vertritt, handelt. Die Partei, die der anderen kein Geheimnis anvertraut habe, sei nicht betroffener Geheimnisherr und damit nicht zum Strafantrag berechtigt (BGer 1B\_596/2012 vom 14. Februar 2012 E. 2.5). Dieser Rechtsprechung ist zu folgen. Ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung und damit ein Strafantragsrecht im Rahmen von Art. 321 StGB hat nur der Klient gegenüber seinem eigenen Anwalt (vgl. Brunner/Henn/Kriesi, in: Anwaltsrecht, Zürich 2015, S. 194; vgl. BGE 97 II 369).

Nach dem Gesagten ist ein Strafantragsrecht des Beschwerdeführers im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgeschlossen. Die Nichtanhandnahme des Verfahrens betreffend Verletzung des Berufsgeheimnisses ist nicht zu beanstanden. Zur Wahrung seiner Rechte verbleiben dem Beschwerdeführer nur, aber immerhin, die Ehrverletzungsdelikte (siehe nachfolgend E. 2.3).

### **E. 2.3**

2.3.1 In Bezug auf die Einstellung des Verfahrens wegen übler Nachrede durch die Staatsanwaltschaft rügt der Beschwerdeführer, die Staatsanwaltschaft habe den relevanten Sachverhalt unvollständig und in Unterschreitung des ihr zustehenden Ermessens abgeklärt. Der Beschwerdeführer und der Belastungszeuge D\_\_\_\_\_ seien als Auskunftsperson respektive als Zeuge zu befragen. Überdies sei dem Beschwerdeführer die Möglichkeit einzuräumen, der Entlastungszeugin C\_\_\_\_\_ Fragen zu stellen. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft könne nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gesagt werden, dass der dem Beschuldigten zum Vorwurf gemachte Sachverhalt nicht nachweisbar sei, solange keine Prüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben der involvierten Personen respektive der angerufenen Auskunftspersonen und Zeugen durchgeführt werden könne (Beschwerde vom 22. Februar 2023, Rz. 15 ff.).

2.3.2 Einvernahmen erfolgen grundsätzlich mündlich zu Protokoll und in direkter Begegnung der einvernehmenden mit der einzuvernehmenden Person. Als Ausnahme von dieser Einvernahmeform bietet Art. 145 StPO die Möglichkeit, die einzuvernehmende Person ■ einschliesslich die beschuldigte Person ■ zur Abgabe eines die Einvernahme ersetzenden oder ergänzenden Berichts einzuladen (Godenzi, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020, Art. 145 N 1). Grundsätzlich kann allen einzuvernehmenden Personen die Möglichkeit eines schriftlichen Berichts eingeräumt werden. Sinnvoll ist das Einholen eines schriftlichen Berichts jedoch vor allem in Fällen mit einer Vielzahl geschädigter Personen oder bei Vorliegen besonderer technischer Sachverhalte. Eine Selbstbeschränkung der Strafbehörden auf schriftliche Berichte ist unzulässig, wenn die staatliche Aufklärungspflicht eine förmliche Einvernahme gebietet. Sofern es auf den persönlichen Eindruck einer Person ankommt, namentlich bei der Einvernahme der beschuldigten Person, eines wesentlichen

Zeugen oder einer entscheidenden Auskunftsperson, sollte die schriftliche Einvernahme nur sehr zurückhaltend Anwendung finden und die Ausnahme bleiben. In solchen Fällen ist zumindest einmal eine persönliche Einvernahme vorzunehmen; allenfalls kann danach die erste persönliche Einvernahme mittels schriftlicher Berichte ergänzt werden (Godenzi, a.a.O., Art. 145 N 6; Häring, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. 2023, Art. 145 StPO N 6). Die Einholung von schriftlichen Berichten anstelle einer mündlichen Befragung mag für die einvernehmende Behörde eine Arbeitserleichterung sein und ist in gewissen Fällen durchaus sinnvoll und berechtigt. Allerdings entbindet dies die zuständige Strafbehörde nicht von ihrer Pflicht zur Wahrheitsfindung (Art. 139 Abs. 1 StPO) und zur Klärung von Widersprüchen (Art. 143 Abs. 5 StPO). Schriftlichen Berichten ist das Risiko inhärent, dass diese gar nicht von der befragten Person stammen, dass die befragte Person bei der Abfassung beeinflusst worden ist und die gestellten Fragen nicht richtig beantwortet werden (Godenzi, a.a.O., Art. 145 N 6). Bestehen Zweifel an der Richtigkeit eines Berichts, hat die einvernehmende Behörde zumindest eine ergänzende mündliche Einvernahme durchzuführen bzw. sind die Aussteller des Berichts zu diesem ordnungsgemäss mündlich zu befragen (Häring, a.a.O., Art. 145 StPO N 7).

Eine schriftliche Einvernahme kann somit eine mündliche nur dann rechtsgenügend ersetzen oder als verwertbare Ergänzung einer mündlichen Einvernahme dienen, wenn die berechtigten Personen ausdrücklich und mit voller Kenntnis der Tragweite auf ihre Teilnahme- bzw. Konfrontationsrechte verzichten (Godenzi, a.a.O., Art. 145 N 11). Das Einverständnis muss ein ausdrückliches sein, weshalb das blosses Nichtgeltendmachen eines Rechts nicht ohne Weiteres als bewusster Rechtsverzicht angesehen werden darf. Ohne ausdrücklichen Verzicht ist den Parteien Gelegenheit zu bieten, sich im nachfolgenden Verlauf des Verfahrens zu den schriftlichen Ausführungen zu äussern und Ergänzungsfragen zu stellen, was nötigenfalls in einer erneuten, diesmal aber mündlichen Einvernahme geschehen muss. Wird den Teilnahmerechten nicht hinreichend Rechnung getragen, dürfen die schriftlichen Berichte nicht zu Lasten der abwesenden Parteien verwertet werden (Häring, a.a.O., Art. 145 StPO N 11).

2.3.3 Vorliegend geht es nicht um ein Massendelikt oder um einen z.B. in technischer Hinsicht komplizierten Sachverhalt, sondern es liegt eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation eines vergleichsweise einfachen Sachverhalts vor, bei welcher keine Sachbeweise vorhanden sind. Der persönliche Eindruck der einzuvernehmenden Person spielt also eine grosse Rolle. Dementsprechend gebietet die staatliche Aufklärungspflicht eine förmliche Einvernahme. Weiter hat der Beschwerdeführer vorliegend nie auf seine Teilnahme- bzw. Konfrontationsrechte verzichtet, weshalb die eingeholten schriftlichen Berichte gemäss obenstehender Lehrmeinung nicht zu seinen Lasten verwertet werden können. Darüber hinaus konnte sich der Belastungszeuge D\_\_\_\_ bisher weder in schriftlicher noch in mündlicher Form zur Sache äussern. Eine mündliche Befragung der Entlastungszeugin C\_\_\_\_ und des Belastungszeugen D\_\_\_\_ unter Gewährung der Teilnahmerechte wäre also angezeigt gewesen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen.

### **E. 3**

3.1 Die Beschwerde ist nach dem Dargelegten teilweise gutzuheissen, und die angefochtene Verfügung ist aufzuheben. Die Sache ist zur Weiterführung des Untersuchungsverfahrens im Sinne der Erwägungen ■ einschliesslich der Durchführung förmlicher Einvernahmen des Belastungszeugen D\_\_\_\_ und der Entlastungszeugin C\_\_\_\_ ■ zurückzuweisen.

3.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer reduzierte ordentliche Kosten mit einer Gebühr von CHF 200.■ zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 21 Abs. 2 des Gerichtsgebührenreglements [GGR, SG 154.810]). Da die Frage der Entschädigung dem Kostenentscheid folgt (BGE 137 IV 352 E. 2.4.2 S. 357 f.; BGer 6B\_115/2019 vom 15. Mai 2019 E. 5, 6B\_343/2018 vom 25. April 2019 E. 2.3; AGE SB.2017.70 vom 16. Mai 2019 E. 8.1; Griesser, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 3. Aufl., Zürich 2020, Art. 430 N 2, 7), hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat keine Kostennote eingereicht. Der Aufwand für die Beschwerdeschrift und die Replik ist auf 8 Stunden zu schätzen (Stundenansatz CHF 250.■). Die reduzierte Entschädigung für die Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren ist auf 4 Stunden, d.h. CHF 1'000.■ festzusetzen (inkl. Auslagen), zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer von CHF 77.■, insgesamt also CHF 1'077.■.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.