

# GR\_GERICHTE BK 2008 54 vom 30. Juni 2009

GR Gerichte, 2009-06-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_BK\\_2008\\_54](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_BK_2008_54)

FR: GR\_GERICHTE BK 2008 54 du 30 juin 2009

IT: GR\_GERICHTE BK 2008 54 del 30 giugno 2009

## Regeste

Untersuchungshandlungen (Ehrverletzung, Entlastungsbeweis, Aktenedition, Beweisverwertungsverbot) | Leitentscheid, publiziert als PKG 2009 8\3Cbr\3E | KreisP  
Übrige Fälle

## Erwägungen

### E. 2

StGB zuzulassen. Er machte geltend, aufgrund des ihm von dritter Seite Zugetragenen habe er ernsthafte Gründe gehabt, die beanstandeten Äusserungen in guten Treuen für wahr zu halten. Die Aufnahme der beanstandeten Äusserungen in die Rechtsschriften der Zivilverfahren habe zudem ein notwendiges und angemessenes Mittel dargestellt, um eine schikanöse und missbräuchliche Rechtsausübung der Strafklägerin darzulegen und sie als trölerische Prozessiererin zu entlarven. Nachdem verschiedene Kreise ihm die fraglichen Aussagen immer wieder unverblümt vorgetragen hätten, habe er deren Wahrheitsgehalt nicht à fond prüfen müssen. Mit der Wiedergabe der umstrittenen Äusserungen in den Rechtsschriften habe er überdies nicht vorwiegend in der Absicht gehandelt, der Strafklägerin Übles vorzuwerfen. Es sei einzig und allein darum gegangen, in den besagten Zivilverfahren ein Gesamtbild von XA. zu zeichnen. In tatsächlicher Hinsicht führte der Beschuldigte dazu aus: "Die Information, wonach der Klägerin resp. deren Ehemann XB. der Zugang zum Bauamt Sf. nur noch in Begleitung eines resp. zwei Polizeibeamten gestattet sei, ist dem Beklagten und seinen beiden Mitarbeitern ZA. und ZB. durch einzelne Klienten anlässlich von Besprechungen mehrfach zur Kenntnis gebracht worden. Einzelne Klienten haben die Information betreffend die inkriminierte Textpassage auf Grund des notorischen "Dorftratsches" in Sf. erfahren. Daher ist davon auszugehen, dass auch die diversen Behörden-

Seite 3 — 24 vertreter vom Inhalt der inkriminierten Textpassage Kenntnis hatten. Auf Grund der Tatsache, dass der Ehemann der Klägerin, XB., häufig als Rechtsvertreter der Klägerin auftritt, wird auch behördenseits jeweils davon gesprochen, "er", der Ehegatte der Klägerin, habe so oder anders im Namen der Klägerin gehandelt. Daher wird die Klägerin entsprechend zuweilen mit ihrem für sie handelnden Ehegatten gleichgesetzt, was es manchmal erschwert, die eigentliche Parteistellung aufweisende Klägerin vom sie vertretenden Ehegatten zu unterscheiden. Auf jeden Fall hat die sich häufig durch ihren Ehegatten vertreten lassende Klägerin sich dessen Handlungen, insbesondere dessen Aktivitäten in Bausachen, auch zurechnen zu lassen. Dies gilt namentlich auch für die Verhaltensweisen des Ehegatten der Klägerin vor Gerichten und anderen Behörden, wie z.B. den Besuchen des Bauamtes Sf.". Zum Beweis dieser Tatsachenbehauptungen legte der Beschuldigte zwei Urkunden ins Recht (Urteil Kantonsgerichtsausschuss vom 30.01.2008/10.04.2008, Schreiben der Strafklägerin vom 30. Juni 2008) und beantragte

seine eigene richterliche Befragung sowie die Einvernahme von fünf Zeugen (ZA. und ZB., beides Mitarbeiter in der Anwaltskanzlei des Beschuldigten; ZC., Grundbuchamt der Gemeinde Sf.; ZD., amtierender Baufachchef der Gemeinde Sf.; ZE., ehemaliger Baufachchef der Gemeinde Sf.).

### **E. 3**

Mit Eingabe vom 18. Juli 2008 an den Kreispräsidenten Rc. erhob die Straf- klägerin Ausstandseinreden gegen den Kreispräsidenten. Gleichzeitig widersetzte sie sich mit begründeter Einrede gemäss Art. 173 Ziff. 3 StGB/Art. 166 Abs. 1 StPO dem Antrag des Beschuldigten auf Zulassung zum Entlastungsbeweis. Mit Urteil vom 26. August 2008, mitgeteilt am 18. September 2008 liess der Bezirksgerichts- ausschuss Plessur den Beschuldigten Q. zum Entlastungsbeweis zu. Dieser Vor- entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

#### **E. 3.1**

Die vom Beschwerdegegner vorgetragenen Argumente entkräften sich be- reits aus der Logik des Verfahrensablaufs heraus. Wenn der Richter über etwas entscheiden soll, muss er die Beweise kennen. Wenn der Bezirksgerichtsausschuss über die Zulassung zum Entlastungsbeweis urteilen soll, muss er – zwar nicht die Beweisergebnisse (Gelingen des Entlastungsbeweises) – kennen, aber doch we- nigstens wissen, welche Beweise/Beweismittel dazu offeriert und beantragt werden. Das gehört zur unverzichtbaren Entscheidungsgrundlage. Diese muss vollständig sein. Darauf kann nach der Fällung des Entscheids nicht zurückgekommen werden – es sei denn im Falle der Revision, was hier nicht zu beurteilen ist.

#### **E. 3.2**

Mit dem im materiellen Bundesrecht statuierten Vorbehalt von Art. 173 Ziff. 2 StGB, wonach der Beschuldigte nicht strafbar ist, wenn er beweist, dass die von ihm vorgebrachte oder weiterverbreitete Äusserung der Wahrheit entspricht oder dass er ernsthafte Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten, wird – ent- gegen dem sonst im Strafverfahren geltenden Grundsatz – die Beweislast für ent- lastende Umstände dem Beschuldigten auferlegt. Weil das Bundesrecht keine wei- teren, den Wahrheits- und Gutglaubensbeweis betreffende verfahrensrechtliche Vorschriften enthält, ist die weitere Ausgestaltung des Verfahrens Sache der Kan- tone. Auch im prinzipialen Privatstrafklageverfahren gilt grundsätzlich die Untersu- chungs- und Instruktionsmaxime. Eine gewichtige, mit weitreichenden Konseque- zen verbundene Ausnahme macht indessen der Entlastungsbeweis im Ehrverlet- zungsverfahren. Der Entlastungsbeweis betrifft einerseits nicht die Tatbestands- mässigkeit eines Verhaltens (Urteil Bundesgericht 6S.433/2003 vom 27.5.2004, E. 2, mit Hinweisen). Andererseits wird punkto Entlastung nicht die materielle Wahrheit zwecks Verwirklichung des materiellen Rechts von Amtes wegen erforscht, sondern nur auf Antrag des Beschuldigten hin. Ihn treffen daher die Beweislast und entspre-

Seite 9 — 24 chende prozessuale Mitwirkungsobliegenheiten (Baumann, a.a.O., S. 187; Gieri Wieland, Der bündnerische Ehrverletzungsprozess, Diss. Fribourg 1968, S. 51 und 58; ZR 78 Nr. 96). Der Beschuldigte hat in den durch Art. 166 Abs. 1 StPO (Stellung des Antrags auf Zulassung zum Entlastungsbeweis) und Art. 166 Abs. 3 StPO (Stel- lung von Beweisunterlagen zum Entlastungsbeweis) definierten Verfahrensstadien zu handeln, ansonsten er damit ausgeschlossen wird. Punkto Tatsachenbehauptun- gen und Beweisofferten statuieren die entsprechenden Bestimmungen des bünd- nerischen

Strafprozesses prozessuale Lasten vergleichbar der im Zivilprozess geltenden Verhandlungs- und Eventualmaxime mit entsprechenden Säumnisfolgen. Gemäss Art. 166 Abs. 1 StPO ist der Entlastungsbeweis im Sinne von Art. 173 Ziff. 2 StGB vom Beschuldigten zum einen schon in der Vernehmlassung zur Strafklage zu beantragen. Wird diese zeitliche Vorgabe nicht eingehalten, hat dies zur Folge, dass der Beschuldigte mit dem Entlastungsbeweis unwiederbringlich ausgeschlossen ist (PKG 1985 Nr. 34). Darüber hinaus können in den Rechtsschriften nicht beantragte Beweise nur noch im Rahmen der beschränkten Officialmaxime von Art. 165 Abs. 2 StPO abgenommen werden (PKG 1988 Nr. 56 E. 1a, 1985 Nr. 34, 1951 Nr. 46 E. 2). Ist die Zulassung zum Entlastungsbeweis umstritten, urteilt der Bezirksgerichtsausschuss über die Zulassung auf jener Tatsachen- und Beweisgrundlage, wie sie in Zeitpunkt seiner Entscheidung besteht. Wird der Antrag auf Zulassung zum Entlastungsbeweis rechtzeitig gestellt, müssen daher des weiteren die einzelnen Beweismittel, mit denen der Entlastungsbeweis geführt werden will, während der Untersuchung und vor jener Hauptverhandlung, an welcher über die Zulassung zum Entlastungsbeweis geurteilt wird, anbegehrt beziehungsweise beigebracht werden. Wird der Beschuldigte im Stadium der Voruntersuchung nicht entsprechend tätig, bringt er damit zum Ausdruck, dass es ihn nicht interessiert. Gemäss Wieland (a.a.O., S. 59) besteht daher keine Veranlassung, dem Beschuldigten an der Hauptverhandlung (über den Entlastungsbeweis) nochmals das Recht zur Stellung neuer Beweisanträge zur Führung des Entlastungsbeweises zuzubilligen, da mit einer solchen Interpretation nur der Trölerie und unsorgfältigen Prozessführung Vorschub geleistet würde. Die zeitliche Grenze für die Stellung von Beweisanträgen zum Entlastungsbeweis (vor der Hauptverhandlung) wird von Padrutt (a.a.O., Ziff.

### **E. 3.3**

In seiner Vernehmlassung vom 27. Mai 2008 zur Strafklage hat der Beschuldigte zu keiner einzigen seiner dortigen Tatsachenbehauptungen die Edition eines Beschlusses des Gemeindevorstands aus Händen der Gemeinde Sf. beantragt oder die Einlage eines solchen Beschlusses offeriert oder den Beschluss selbst eingelegt. Einen entsprechenden Antrag stellte er erstmals mit Schreiben vom 11. Dezember 2008. Zu diesem Zeitpunkt lag der Vorentscheid des Bezirksgerichtsausschusses Plessur über die Zulassung zum Entlastungsbeweis 3 ½ Monate zurück. Das umstrittene Editionsbegehren vom 11. Dezember 2008 war daher verspätet und hätte vom Kreispräsidenten als Untersuchungsrichter abgewiesen werden müssen. 4.1.a. Dagegen wendet der Beschuldigte zunächst ein, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sei das Strafuntersuchungsverfahren zum Zeitpunkt der Stellung des strittigen Editionsantrags noch nicht abgeschlossen gewesen. Diesbezüglich sei weder eine Beweisverfügung ergangen noch die Untersuchung im Sinne von Art. 165 Abs. 3 StPO mit einer förmlichen, schriftlichen Schlussverfügung abgeschlossen worden. Damit verkennt der Beschwerdegegner sowohl das Wesen des dem Zivilverfahren angenäherten prinzipialen Strafklageverfahrens als auch die Tragweite des speziellen Vorverfahrens über die Zulassung zum Entlastungsbeweis. b. Es ist wohl richtig, dass das Strafuntersuchungsverfahren als Gesamtes noch nicht abgeschlossen ist, indessen erwächst dem Beschwerdegegner daraus kein brauchbares Argument. Wird gegen den Antrag auf Zulassung zum Entlastungsbeweis Einrede erhoben, ist nämlich klar, dass vorerst über diesen Punkt entschieden werden muss (Art. 166 Abs. 2 StPO), bevor der Kreispräsident die (weiteren) Untersuchungshandlungen an die Hand nehmen oder fortsetzen kann, indem er – die von den Parteien (rechtzeitig) angerufenen – Beweismittel erhebt sowie die

von Amtes wegen zu tätigen Sachverhaltsabklärungen macht. Irrig ist somit der Schluss des Beschuldigten, wenn das Strafverfahren als Gesamtes noch nicht abgeschlossen sei, könne auch das Untersuchungsverfahren betreffend die Zulassung zum Entlastungsbeweis noch nicht abgeschlossen sein. Nach der Konzeption

Seite 11 — 24 des Ehrverletzungsverfahrens, wonach es dem freien Willen des Beschuldigten unterliegt, den Entlastungsbeweis zu beantragen und zu beweisen, muss das Untersuchungsverfahren vor dem Entscheid des Bezirksgerichtsausschusses zwangsläufig insoweit abgeschlossen sein, als die Beweisanträge betreffend Zulassung zum Entlastungsbeweis gestellt sind. Der Beschuldigte muss wenigstens und abschliessend offen gelegt haben, womit er den Entlastungsbeweis zu führen gedenkt, ansonsten der Bezirksgerichtsausschuss und allenfalls die Rechtsmittelinstanz nicht in voller Kenntnis der entsprechenden Beweislage entscheiden könnten (in diesem Sinne wohl PKG 1962 Nr. 65 E. 2). c. Gemäss Art. 117 Abs. 1 StPO sind der Anklagevertreter, der Angeklagte und sein Verteidiger bis zum Schluss der Hauptverhandlung befugt, Beweisergänzungsbegehren zu stellen. Sie können neue Urkunden einreichen, die Einvernahme neuer Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständiger sowie die Durchführung eines Augenscheins etc. beantragen. Der Entscheid über die Beweisergänzung wird vom Gericht gefällt (Art. 117 Abs. 2 StPO), das selbst und von Amtes wegen bis zum Schluss der Urteilsberatung die Vornahme weiterer Beweisaufnahmen beschliessen kann (Art. 117 Abs. 3 StPO). Diese Bestimmungen finden gemäss der Verweisungsnorm von Art. 162 Satz 2 StPO entsprechende Anwendung. Gemeint ist sinngemässe, das heisst auf den Charakter und die systematischen Besonderheiten des Ehrverletzungsverfahrens Rücksicht nehmende Anwendung. Soweit es die Beweisführung für den Entlastungsbeweis im Ehrverletzungsverfahren betrifft, ist gefestigte Lehre und Rechtsprechung, dass sich der "Begriff" Hauptverhandlung in Art. 117 StPO nur auf jene Gerichtsverhandlung beziehen kann, in welcher über die Zulassung zum Entlastungsbeweis entschieden wird und nicht auf die Hauptverhandlung zur Sache (Strafpunkt). 4.2.a. Man mag sich die Frage stellen, ob hier die Bestimmung von Art. 166 Abs. 3 StPO zum Zuge kommen kann. Bei Art. 166 Abs. 3 StPO handelt sich um eine Ausnahmebestimmung über die zeitliche Zulassung von Beweismitteln und Beweisofferten im Ehrverletzungsverfahren. Danach können in der Hauptverhandlung neue Beweismittel zur Führung des Entlastungsbeweises zugelassen werden, wenn es unmöglich war, sie im Untersuchungsverfahren beizubringen. Auf Anhiob könnte aus diesem Wortlaut geschlossen werden, neue Beweiseinlagen und Beweisanträge seien während des ganzen Untersuchungsverfahrens zulässig, das heisst bis an der Hauptverhandlung in der Sache. Erst nach der Hauptverhandlung über den Strafpunkt sei dies unter Vorbehalt der Unmöglichkeit zu spät.

Seite 12 — 24 b. Eine derartige Auslegung widerspräche der Rechtsprechung, wonach der Angeschuldigte in seiner Stellungnahme zur Strafklage nicht nur den Entlastungsbeweis zu beantragen hat, sondern zugleich beziehungsweise spätestens bis zur Hauptverhandlung über den Entlastungsbeweis auch die für seine Entlastung sprechenden Beweise anzugeben hat (PKG 1988 Nr. 56 E. 1a). c. Zum anderen ist erkannt, dass die Anwendung von Art. 166 Abs. 3 StPO zur Voraussetzung hat, dass Beweismittel dem Angeschuldigten vorher ohne sein Verschulden unbekannt geblieben waren und somit unmöglich schon im Untersuchungsverfahren beigebracht werden konnten (Wieland, a.a.O., S. 59). Abs. 3 kommt nur zum Zuge, wenn objektiv ein Hinderungsgrund, beispielsweise wegen höherer Gewalt, gegeben war (Padrutt, a.a.O., Ziff. 6.3 zu Art. 166). Der Beschwerdegegner macht

zum einen nicht geltend, er sei ihm nicht möglich gewesen, den Beweisantrag betreffend Edition des Beschlusses der Gemeinde Sf. bereits in der Stellungnahme zur Klageschrift oder bis an der Hauptverhandlung über den Entlastungsbeweis zu stellen. d. Wie bereits zur sinngemäss anwendbaren Bestimmung von Art. 117 StPO dargetan, kann sodann unter der Hauptverhandlung im Sinne von Art. 166 Abs. 3 StPO ebenso nur die Verhandlung vor dem Bezirksgerichtsausschuss über die Zulassung zum Entlastungsbeweis gemeint sein und nicht etwa die spätere Hauptverhandlung zur Sache. Beim dort erwähnten Untersuchungsverfahren kann es sich naturgemäss nur um jenes handeln, das vor der Durchführung der Hauptverhandlung über die Zulassung zum Entlastungsbeweis stattfindet. Nicht vorgesehen ist in Art. 166 Abs. 3 StPO, dass neue Beweismittel zum Entlastungsbeweis auch noch nach der Hauptverhandlung darüber zulässig sind – dies selbst dann nicht, wenn es unmöglich war, sie vorher beizubringen oder zu nennen. 4.3.a. Der Beschwerdegegner wendet ferner ein, im Licht von Art. 165 Abs. 2 StPO sei die Urkundenedition bei der Gemeinde Sf. nicht zu beanstanden. Gemäss der genannten Bestimmung habe der Kreispräsident die von den Parteien beantragten Beweise, soweit sie für die Beurteilung des Falles von Bedeutung erscheinen, zu erheben, und diese von Amtes wegen durch die Abklärung des Tatbestandes und der Person des Angeschuldigten erforderlichen weiteren Erhebungen zu ergänzen. Zu den Tatbestandsmerkmalen gehöre nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch die Prüfung der Unwahrheit der Äusserung. Im Hinblick auf die Prüfung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale müsse der Kreispräsident daher in jedem Fall und von sich aus abklären, ob sich der Sachverhalt so zugetragen habe, wie er vom Beschuldigten geschildert werde. Er habe mit Vernehmlassung vom 27. Mai 2008 ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass auch die diversen Behördenvertreter vom Inhalt der inkriminierten Textpassage Kenntnis gehabt hätten. Ausserdem habe er behauptet, der Ehemann der Klägerin, XB., trete häufig als Rechtsvertreter der Strafkörperin auf, weshalb XA. zuweilen mit dem für sie handelnden Ehegatten gleichgesetzt werde. Diese Sachverhaltsbehauptungen seien nicht nur mit Blick auf den Entlastungsbeweis, sondern auch in Bezug auf die Schuldfrage und letztlich im Falle eines allfälligen Schuldspruchs auch bezüglich der Strafzumessung von Bedeutung. Dementsprechend hätte der Kreispräsident die Klärung dieser Sachverhalte ohnehin von Amtes wegen, das heisst auch ohne entsprechendes Editionsersuchen seitens des Beschuldigten, zu prüfen gehabt. b. Damit dringt der Beschwerdegegner nicht durch. Zunächst ist festzustellen, dass unbestritten ist, dass und welche inkriminierten Äusserungen der Beschuldigte gemacht hat. Insofern ist keinerlei Veranlassung gegeben, den Sachverhalt weiter (von Amtes wegen) zu untersuchen. Strittig ist allein, ob diese vorgebrachten/weiterverbreiteten Äusserungen der Wahrheit entsprechen und/oder ob der Beschuldigte ernsthafte Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten. Die Offizialmaxime ist in Art. 165 Abs. 2 StPO eingeschränkt. Sie hat nur soweit Geltung, als Tatsachen in Frage stehen, die für das Urteil erheblich sind und vom Richter ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten gewürdigt werden müssen. Das trifft für die Entlastung gemäss Art. 173 Ziff. 2 StGB und die diesbezügliche Beweislage gerade nicht zu. Die Ergänzung der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen gilt nicht für den Wahrheitsbeweis (PKG 1951 Nr. 46 E. 2; Padrutt, a.a.O., Ziff. 5.2 zu Art. 165). Die entsprechenden Beweiserhebungen sind daher nur auf Antrag des Beschuldigten zu tätigen. Fehlt es an einem entsprechenden (rechtzeitigen) Antrag auf Zulassung zum Entlastungsbeweis und sind die gemachten Äusserungen ehrverletzend, so ist die Frage, ob die ehrverletzenden Äusserungen wahr sind oder nicht, oder ob der Beschuldigte ernsthafte

Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten, für die Schuldpunkt und die Strafzumessung, entgegen der Auffassung von Q., ohne jede Relevanz. Seine These, die Unwahrheit der Äusserung beziehungsweise der fehlende gute Glaube in ihre Wahrheit sei Tatbestandsmerkmal, ist unhaltbar. Art. 173 Ziff. 2 StGB verlöre seinen Sinn. Aus dem vom Beschuldigten zitierten Urteil des Bundesgerichts (6S.433/2003 vom 27. Mai 2004) ergibt sich denn auch genau das Gegenteil. Die Unwahrheit der Äusserung ist kein Tatbestandsmerkmal (ebenda, E. 3). Die dogmatische Einordnung der Strafflosigkeit infolge der Erbringung des Entlastungsbeweises ist umstritten, betrifft jedoch gemäss einhelliger Lehre nicht die Tatbestandsmässigkeit. Dies ergibt sich aus Art. 173 Ziff. 3 StGB, der unter gewissen Umständen die Führung des Wahrheitsbeweises ausschliesst,

Seite 14 — 24 womit auch die Äusserung zutreffender Tatsachen zu einer Strafbarkeit nach Art. 173 StGB führen kann (ebenda, E. 2). Zu ergänzen ist, dass die Äusserung von Tatsachen, die ihrer Natur nach ehrverletzend sind, auch dann zu einer Strafbarkeit nach Art. 173 StGB führt, wenn der Beschuldigte die an sich mögliche Zulassung zum Entlastungsbeweis gar nicht beantragt, also auch dann, wenn sie wahr sein sollten. Sachverhaltsabklärungen zur Wahrheit der beanstandeten Äusserung un- terbleiben diesfalls vollständig. Hat der Beschuldigte (rechtzeitig) die Zulassung zum Entlastungsbeweis beantragt, darf der Untersuchungsrichter Sachverhaltsab- klärungen zur objektiven Wahrheit der Äusserung oder zur gutgläubigen Annahme ihrer Wahrheit nur insoweit treffen, als der Beschuldigte rechtzeitig die Beweismittel dazu bezeichnet hat. Das ist nicht fakultativ oder eine aus Zweckmässigkeitsgrün- den bestehende Ordnungsvorschrift, sondern zwingend, weil in Bezug auf den Ent- lastungsbeweis die Prozessführung gewollt und mit allen Konsequenzen in die Ei- genverantwortung des Beschuldigten gestellt ist. 4.4.a. In der Stellungnahme vom 27. Mai 2008 zum Strafantrag hat der Be- schuldigte zu seinen Sachverhaltsbehauptungen im Zusammenhang mit dem Ent- lastungsbeweis insgesamt fünf Zeugen benannt. Für die Befragung des amtieren- den und des früheren Baufachchefs der Gemeinde Sf. hatte er an Zeugenfragethe- men unter anderem Folgendes formuliert: "2. Stimmt es demnach auch, dass dem Ehegatten der Klägerin infolge seines Ver- haltens Restriktionen beim Besuch des Amtes des Zeugen auferlegt wurden? 3. Ist dem Zeugen bekannt, dass der Klägerin resp. deren Ehemann XB. der Zutritt zum Bauamt Sf. nur noch in Begleitung eines resp. von zwei Polizeibeamten gestattet sei. Bejahendenfalls: woher hat der Zeuge die fragliche Information?" Der Beschwerdegegner stellt sich nun auf den Standpunkt, mit der Frage, woher die Zeugen allfällige Informationen hätten, sei implizit auch die Frage nach dem Vorliegen eines möglichen schriftlichen Gemeindebeschlusses verbunden gewe- sen. Sein am 11. Dezember 2008 gestelltes Editionsbegehren bewege sich daher im Rahmen des gleichen Beweisthemas wie die in der Stellungnahme zur Strafklage formulierten Zeugenfragen. Eine Ergänzungsfrage an die Zeugen, die auf die Exis- tenz eines entsprechenden Beschlusses der Gemeinde Sf. abziele, wäre anlässlich der Zeugeneinvernahmen ohne weiteres zulässig, und falls der Zeuge die Existenz bejahe, die Edition des Beschlusses die logische Konsequenz davon. Angesichts der Tatsache, dass der heutige Baufachchef ZD. die Aussage verweigert habe, mit dem Hinweis auf eine mögliche Amtsgeheimnisverletzung und mit der Begründung, wegen seines erst kürzlich erfolgten Amtsantritts habe er noch keinen Kontakt mit den Parteien gehabt, werde der Kreispräsident nicht darum herum kommen, den

Seite 15 — 24 früheren Bauchfachchef ZE. entsprechend dem Antrag des Beschwerdegegners im Rahmen seiner Stellungnahme zum Strafantrag vom 27. Mai 2008 einzuvernehmen. Der Beschwerdegegner könnte auch diesem Zeugen ohne weiteres dieselbe Ergänzungsfrage nach der Existenz des Beschlusses stellen lassen und bei Bejahung in der Folge eine Edition des betreffenden Beschlusses verlangen. b. Das geht an der Sache vorbei. Der Beschwerdegegner verwechselt zum einen Sachverhaltsbehauptung (Zeugenfrage) und Beweismittel. Der Zeuge ist keine Urkunde. Wenn der Zeuge in seiner Aussage den Inhalt einer von ihm namhaft gemachten Urkunde wiedergibt, ist dies nicht als Urkunde, sondern als durch das Mittel der Zeugenaussage hervorgebrachtes Beweisresultat zu würdigen. Wenn ein Zeuge in seiner Aussage bloss auf Urkunden verweist, handelt es sich um ein neues und andersartiges Beweismittel, das es als solches erst noch abzunehmen gilt. Im einen wie im anderen Fall ersetzen entsprechende Zeugenfragen und/oder Zeugen aussagen nicht den Antrag der Partei auf Abnahme dieses anderen Beweismittels. Die Auffassung, falls ein Zeuge auf Zusatzfrage hin die Existenz einer beweistauglichen Urkunde bejahe, sei die Edition dieser Urkunde die logische Konsequenz davon, lässt sich nicht als Prinzip und im Speziellen, das heisst angesichts der für die Stellung von Beweisanträgen zum Entlastungsbeweis geltenden Eventualmaxime, erst recht nicht halten. Es gibt weder einen entsprechenden Automatismus auf Abnahme von Amtes wegen, noch erwächst der beweisführenden Partei ein unbedingter Anspruch auf Abnahme des Sekundärbeweismittels. Der Beschuldigte hat das Beweismittel der Urkundenedition bei der Gemeinde Sf. vor der Hauptverhandlung über die Zulassung zum Entlastungsbeweis nicht beantragt – auch nicht indirekt. Die Namhaftmachung durch einen Zeugen ändert nichts daran, dass es sich um ein neues und andersartiges Beweismittel handelt, dessen Abnahme noch zu beantragen bliebe. Zum anderen müssen im Rahmen der hier geltenden Eventualmaxime die Ausschlusswirkungen von Art. 166 StPO auch für so genannte Sekundärbeweismittel gelten. Selbst wenn man annähme, das aus einer Zeugenaussage neu entdeckte Beweismittel wäre unmöglich im Voruntersuchungsverfahren beizubringen gewesen, ist der Antrag auf seine Abnahme nach geschlossener Verhandlung über die Zulassung zum Entlastungsbeweis gemäss Art. 166 Abs. 3 StPO ausgeschlossen. c. Schliesslich darf dazu auf Folgendes hingewiesen werden. Wenn die Zeugenfragen in der Vorstellung des Beschuldigten die Bedeutung hatten, die er ihnen im hiesigen Beschwerdeverfahren beimessen will, so bestand diese (rechtlich irri- ge) Vorstellung bereits bei ihrer Formulierung in der Vernehmlassung zur Strafklage. Es stellt sich unweigerlich die Frage, weshalb der Beschuldigte nicht gleichzeitig und

Seite 16 — 24 explizit ein entsprechendes Editionsbegehren gestellt hat. Für ein solches brauchte es nicht die durch Zeugenaussage bestätigte Gewissheit, dass ein schriftlicher Gemeindebeschluss zu diesem Thema auch tatsächlich besteht. Dieser Umstand war dem Beschuldigten als Rechtsanwalt bekannt, was denn auch in seinem eigenen Beweisantrag vom 11. Dezember 2008 sowie in der Formulierung gemäss Editions aufforderung des Kreispräsidenten an den Gemeinderat Sf. zum Ausdruck kommt. Der Beweisergänzungsantrag des Beschuldigten vom 12. Dezember 2008 ist zudem wie folgt begründet: "..... soll unseres Wissens auch ein Beschluss des Gemeinderates Sf. betreffend Zutrittsberechtigung der Eheleute X. zum Rathaus resp. zum Bauamt bestehen". Der Beschuldigte hat also bereits vor der Zeugeneinvernahme gewusst oder zumindest aufgrund von Indizien angenommen, dass ein entsprechender Gemeindebeschluss existiert. Wenn es der Beschuldigte dennoch unterliess, vorsorglich und schon früher die Edition dieser Urkunde zu beantragen, so hat er unsorgfältig prozessiert. 4.5.a. Der

Beschwerdegegner beruft sich sodann darauf, im Ehrverletzungs- verfahren würden subsidiär die Bestimmungen der Zivilprozessordnung Anwen- dung finden. Bekanntlich gelte in Graubünden im ordentlichen Zivilprozess eine strenge Eventualmaxime. Gemäss Art. 98 ZPO (nachträgliche Beweismittel) seien im Schriftenwechsel nicht erwähnte Beweismittel nur im Rahmen der in den Rechts- schriften aufgestellten Behauptungen tatsächlicher Art und unter bestimmten Vor- aussetzungen zugelassen. Neue Urkunden könnten noch innert einer mit der Vor- ladung zur Hauptverhandlung vom Gerichtspräsidenten festgelegten Frist eingelegt werden (Ziff. 1); die Einvernahme von Zeugen und die Anordnung von Editionen könnten beantragt werden, wenn diese Beweismittel dem Gesuchsteller ohne sein Verschulden erst durch das Beweisverfahren bekannt geworden seien (Ziff. 2). So- gar in dem von einer strengen Eventualmaxime beherrschten ordentlichen Zivilpro- zess seien folglich nachträgliche Beweismittel unter den genannten Voraussetzun- gen zulässig. Nicht anders dürfe es in dem als Privatstrafklageverfahren ausgestal- teten Ehrverletzungsverfahren sein. Soweit der Beschuldigte im Verlaufe des Un- tersuchungsverfahrens, beispielsweise im Rahmen einer Zeugeneinvernahme, Kenntnis von einem neuen Beweismittel zu bereits Behauptetem erhalte, wären die Voraussetzungen für die Zulassung dieses nachträglichen Beweismittels im Sinne von Art. 98 ZPO gegeben. Er müsse demzufolge die Edition dieses Beweismittels ohne weiteres verlangen können. Es könne nicht angehen, dass die Zulässigkeit von nachträglichen Beweismitteln im Privatstrafklageverfahren noch strenger ge- handhabt werde, als im ordentlichen Zivilprozess mit seiner strengen Eventualma- xime und den strengen Vorschriften zur Zulässigkeit nachträglicher Beweismittel.

Seite 17 — 24 Damit würde letztlich in unzulässiger Weise die Durchsetzung des materiellen Bun- desstrafrechts verhindert. b. Entgegen dem Beschuldigten bleibt für die Anwendbarkeit von Art. 98 ZPO nach der Gesetzessystematik und dem Auslegungsergebnis nach StPO kein Raum. Es ist richtig, dass im Ehrverletzungsverfahren Bestimmungen der ZPO zur Anwen- dung gelangen können (vgl. Padrutt, Ziff. 2 zu Art. 162), gemäss der gesetzlich de- finierten Reihenfolge von Art. 162 StPO jedoch nur an letzter Stelle und subsidiär. Hinsichtlich der zeitlichen Anforderung an die Gültigkeit des Antrags auf Zulassung zum Entlastungsbeweis sowie von Benennung und Antrag auf Abnahme entspre- chender Beweismittel besteht kein Bedürfnis für eine subsidiäre Anwendung der ZPO. In Bezug auf die genannten Aspekte sind die strafprozessualen Vorschriften nicht lückenhaft. Art. 165 Abs. 1 und 2 StPO sowie Art. 166 StPO regeln das Pro- blem abschliessend. Der Auslegung dieser Bestimmungen aus sich selbst heraus kommt der Vorrang vor einer subsidiären Anwendung der ZPO zu. Letztere käme nur zum Zug, wenn die sich stellenden Rechtsfragen durch Auslegung der beson- deren Vorschriften der StPO über das Verfahren bei Vergehen gegen die Ehre und der Bestimmungen des ordentlichen Strafverfahrens nicht zu beantworten wären oder deren Auslegung zu einem unvernünftigen Ergebnis führen würde. Dies ist be- züglich der Frage des Entlastungsbeweises nicht der Fall. c. Will man diese Argumentationen des Beschwerdegegners als Analogie- schluss beziehungsweise Vergleich zwischen Art. 166 StPO und Art. 98 ZPO den- noch behandeln, gehen diese auch in sachlicher Hinsicht fehl. Die These, bei einer Nichtzulassung des strittigen Editionsantrages würde im Ehrverletzungsverfahren eine strengere Eventualmaxime gelten als in Zivilprozess, ist ohne Fundament. Die Tragweite der strafprozessualen Begriffe Untersuchungsverfahren und Hauptver- handlung wurde bereits dargelegt. Der Beschwerdegegner verkennt nun erneut und grundlegend, dass für den Fall, dass der Beschuldigte Art. 173 Ziff. 2 StGB in An-

spruch nimmt und der Strafkörper den Beweisführungsanspruch in Abrede stellt, im Ehrverletzungsverfahren ein spezieller, in sich geschlossener Verfahrensschritt stattfindet. Es finden zwei Hauptverhandlungen statt; jene über den Vorentscheid betreffend Zulassung zum Entlastungsbeweis (Art. 166 Abs. 2 und 3 StPO) und – spätere Anklage vorausgesetzt – jene vor dem Sachrichter über Schuld und Strafe (Art. 167 in Verbindung mit Art. 100 ff. StPO). Wollte man auf die strittige Frage, ob der Beweisantrag des Beschuldigten betreffend die Edition des Gemeindebeschlusses fristgerecht war, Art. 98 ZPO anwenden, könnte es sich bei der Hauptverhandlung gemäss Ziff. 1 dieser Bestimmung nur um jene über die Zulassung zum Entlastungsbeweis handeln. Der Wortlaut von Art. 98 Ziff. 1 und 2 ZPO sowie die all-

Seite 18 — 24 gemeingültige Überlegung, dass ein Gericht die zugehörigen Beweisanträge kennen muss, wenn es über etwas entscheidet, lassen keinen Zweifel daran aufkommen, dass auch nach der zivilprozessualen Norm Urkundeneinlage und Editionsantrag vor oder spätestens an der Hauptverhandlung, für welche die genannten Beweismittel von Relevanz sein sollen, zu erfolgen haben. Das hat der Beschuldigte verpasst. 4.6.a. Zu guter Letzt beruft sich der Beschuldigte auf die Macht des Faktischen. Der Staat und die anderen Prozessbeteiligten hätten sich nach dem Prinzip von Treu und Glauben zu verhalten. Nachdem der Kreispräsident die Edition der Urkunde angeordnet und die editionsverpflichtete Gemeinde die Urkunde eingelegt habe, würde deren Nichtberücksichtigung dem auch im Strafprozessrecht geltenden Prinzip von Treu und Glauben widersprechen. Analog der publizierten Entscheidung PKG 1988 Nr. 56 müsse das umstrittige Beweismittel deshalb zugelassen werden. Im Gegensatz zum vorliegenden Fall seien die beantragten Beweise in der zitierten Entscheidung noch nicht einmal erhoben gewesen. Das Prinzip von Treu und Glauben müsse im vorliegenden Fall umso mehr zum Tragen kommen, als der Gemeindebeschluss ediert worden sei und die Urkunde bereits Eingang in die Strafakten gefunden habe. b. PKG 1988 Nr. 56 lag folgender Sachverhalt zu Grunde. Der Kreispräsident hatte in der Schlussverfügung der Strafuntersuchung vom 24. Mai 1988 dem Beschuldigten (wohl ohne gesetzliche Grundlage) ausdrücklich eine Frist von 10 Tagen zur Nennung weiterer Beweismittel angesetzt. Der Beschuldigte hatte davon Gebrauch gemacht und die Einvernahme eines weiteren Zeugen beantragt. In der Anklageverfügung vom 29. Juli 1988 erklärte der Kreispräsident den neuen Zeugen für relevant und ordnete dessen Einvernahme anlässlich der Hauptverhandlung zur Sache an. Der Strafkörper hatte weder gegen die Fristansetzung zur Nennung weiterer Beweismittel, noch gegen den nachträglichen Beweisantrag des Beschuldigten, noch gegen die Zulassung des neuen Zeugen opponiert. Auf Beschwerde des Beschuldigten hin, hob die Beschwerdekammer die Anklageverfügung auf und ordnete unter anderem die Einvernahme des neuen Zeugen vor der Hauptverhandlung zur Sache an. Die Hauptüberlegung dabei war der gesetzliche, eine eigentliche Garantiefunktion erfüllende Anspruch des Angeschuldigten darauf, dass der Entscheid über die Anklageerhebung unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Beweise zu treffen ist (PKG 1988 Nr. 56 E. 3). Die – vom Strafkörper in keinem Stadium bemängelte – Zulassung des neuen Zeugen wurde damit begründet, dass seine Nichtberücksichtigung dem auch im Strafprozessrecht geltenden Prinzip von Treu und Glauben widersprechen würde (PKG 1988 Nr. 56 E. 1b).

Seite 19 — 24 c. Das lässt sich aus mehreren Gründen nicht auf den vorliegenden Fall übertragen: aa. Wären Sachverhalt und Rechtsanwendung von PKG 1988 Nr. 56 mutatis mutandem auf den hiesigen Fall anzuwenden, könnte dies im Sinne des Beschwerdegegners

schon deshalb nicht zum Ziel führen, weil im genannten Präjudiz der Beweisergänzungsantrag vor jener Hauptverhandlung, für welche er relevant war, erfolgt ist, währenddem er hier nach dieser Hauptverhandlung erfolgt ist. Insofern war auch das dortige Argument, das berechnete Vertrauen in die rechtswidrige Aufforderung des Kreispräsidenten zur Nennung weiterer Beweismittel, dürfe nicht enttäuscht werden, überflüssig. bb. In PKG 1988 Nr. 56 hatte sich der Strafkläger zu keinem Zeitpunkt gegen die Zulassung des neuen Beweismittels gestäubt. Ganz anders hier. Die Strafklägerin hat gegen die Verletzung ihrer Verfahrensrechte postwendend beim anordnenden Untersuchungsrichter reklamiert und innert Frist Beschwerde geführt. Insofern konnte bei der Gegenpartei kein Vertrauen entstehen; ein allenfalls entstandenes wurde sofort zerstört. cc. Übersehen wird ferner, dass zum einen die Ursachen für die rechtswidrige Zulassung des nachträglichen Editionsantrages fernab der Person der Strafklägerin und ihres Verhaltens während der Untersuchung liegen und zum anderen durch die Zulassung des verspäteten Editionsantrages Verfahrensrechte der Strafklägerin verletzt würden. Insofern bestünde auch Anlass, die Richtigkeit der Erwägung Nr. 1b in der Entscheidung PKG 1988 Nr. 56 in Zweifel zu ziehen, denn grundsätzlich kann es nicht sein, dass Verfahrensrechte einer Partei allein durch Fehler des Untersuchungsrichters oder Prozessleiters zunichte gemacht werden. Die Parteirechte der Strafklägerin sind hier insofern verletzt, als sie sich nach der Konzeption des zweigeteilten Ehrverletzungsverfahrens mit Zulassung zum Entlastungsbeweis darauf einstellen und – unbedingt – darauf verlassen konnte, dass sie nach der Hauptverhandlung über die Zulassung zum Entlastungsbeweis mit derartigen nachträglichen Beweisanträgen zum Entlastungsbeweis nicht mehr konfrontiert werden würde. Dieser Verfahrensanspruch kann nicht ohne weiteres durch einen von der Gegenpartei initiierten und vom Untersuchungsrichter begangenen Verfahrensfehler beseitigt werden. dd. Im Fall PKG 1988 Nr. 56 verhielt es sich derart, dass der Kreispräsident durch sein Verhalten (Fristansetzung zur Nennung weiterer Beweismittel) beim Beschuldigten die Erwartung weckte, er könne nun weitere Beweisanträge stellen. Mit der

Seite 20 — 24 späteren Nichtberücksichtigung der neuen Beweismittel hätte sich der Kreispräsident in Widerspruch zu seinem eigenem früheren Verhalten gesetzt. Vorliegend wurden die Begehrlichkeiten des Beschuldigten nicht durch anderer Leute Verhalten geweckt; er hat sie selbst erhoben. Der Kreispräsident als Untersuchungsrichter hat nicht aus eigenem Antrieb ein allenfalls Vertrauen begründendes Verhalten an den Tag gelegt, gestützt darauf der Beschuldigte tätig geworden ist. Ursächlich für das behauptete Parteivertrauen war nicht eine Handlung des Kreispräsidenten, sondern ein verfahrenswidriger Antrag jener Partei, die sich auf das Vertrauensprinzip berufen will. Grund für die Stellung des arg verspäteten Beweisantrags war nicht eine Aufforderung des Kreispräsidenten, sondern ein eigenes prozessuales Versäumnis der Partei. Bei dieser Sachlage konnte sich ein berechtigtes und nicht zu enttäuschendes Vertrauen in Handlungen des Kreispräsidenten von vorneherein nicht einstellen. Der Beschuldigte kann sich nicht auf sein eigenes, den Prozessregeln zuwider laufendes Verhalten berufen.

#### **E. 4**

Mit Verfügung vom 04. Dezember 2008 lud der Kreispräsident Rc. ZB., ZC. und ZD. zur Zeugeneinvernahme auf den 18. Dezember 2008 vor. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2008 an den Kreispräsidenten beantragte der Beschuldigte Q. zum einen die zusätzliche Einvernahme des bereits in der Klageantwort offerierten früheren Baufachchefs ZE. als

Zeugen. Ferner verlangte er neu die Edition eines Beschlusses des Gemeinderates Sf. betreffend Zutrittsberechtigung der Eheleute X. zum Rathaus respektive zum Bauamt. Diesem Akteneditionsbegehren gab der Kreispräsident Rc. postwendend am 12. Dezember 2008 mit Verfügung gegenüber der Gemeinde Sf. statt.

Seite 4 — 24

## **E. 5**

Das Ausstandsbegehren gegen den Kreispräsidenten Rc. wies die Justizauflagekammer des Kantonsgerichts mit Beschluss vom 02. März 2009 ab. Diese Entscheidung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

### **E. 5.1**

Ist der Beweisantrag des Beschuldigten betreffend Edition des Gemeindebeschlusses verspätet, durfte ihm der Kreispräsident als Untersuchungsrichter keine Folge geben. Der Vorderrichter hat angeordnet, was nicht hätte angeordnet werden dürfen. Insoweit, das heisst hinsichtlich ihrer Rechtsbegehren auf Abweisung des Beweisantrags des Beschuldigten vom 11. Dezember 2008 und Aufhebung der untersuchungsrichterlichen Editionsverfügung vom 12. Dezember 2008 ist die Beschwerde von XA. jedenfalls gutzuheissen. 5.2.a. Dabei kann es allerdings nicht sein Bewenden haben, nachdem die Gemeinde Sf. dem Untersuchungsrichter besagtes Dokument bereits ausgeliefert und das Resultat der unzulässigen Beweisanordnung in Form act. 21 und zugehöriger Beilage tatsächlich Eingang in die Prozessakten gefunden hat. Zu prüfen bleibt, wie dieser rechtswidrige Zustand zu beheben ist. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei die von der editionsverpflichteten Gemeinde bereits edierte Urkunde "aus dem Recht zu weisen", ohne gleichzeitig auszuführen, was unter diesem unbestimmten Begriff konkret zu verstehen ist. Im Zusammenhang mit dem – hier nicht zu behandelnden – Ausstandsbegehren gegen den Kreispräsidenten führte die Beschwerdeführerin aus, die entsprechenden Untersuchungshandlungen des Kreispräsidenten seien nichtig, weshalb alle von ihm und unter seiner Mitwirkung erstellten Akten aus dem Verfahren zu entfernen seien, womit ihre physische Entfernung aus dem Dossier gemeint sein dürfte. b. Der Urkundenbeweis als solcher ist beim Entlastungsbeweis im Ehrverletzungsverfahren zulässig. Es handelt sich vorliegend daher nicht um ein materiell

Seite 21 — 24 unzulässiges, illegales Beweismittel. Auch der hier gewählte Weg und die Form der Beweismittelgewinnung durch Edition bei Behörden ist zulässig (Art. 95b StPO). Damit Beweisurkunden und entsprechende Beweiserhebungsanträge zu Tatsachen über den Entlastungsbeweis gültig zum Prozessstoff gemacht sind, müssen sie vor der Hauptverhandlung über die Zulassung zum Entlastungsbeweis, bei entschuldigter Nichtbeibringung bis zu diesem Zeitpunkt spätestens in der Hauptverhandlung über die Zulassung zum Entlastungsbeweis eingelegt beziehungsweise gestellt werden. Die Parteirechte der Strafklägerin sind hier insofern verletzt, als sie sich nach der Konzeption des zweigeteilten Ehrverletzungsverfahrens mit Zulassung zum Entlastungsbeweis darauf einstellen und verlassen konnte, dass sie ab der Hauptverhandlung über die Zulassung zum Entlastungsbeweis mit solchen nachträglichen Beweisanträgen zum Entlastungsbeweis nicht mehr konfrontiert werden würde. Beim festgestellten Verfahrensfehler handelt es sich daher nicht bloss um einen Verstoß gegen eine, die Rechtsstellung der Strafklägerin nicht tangierende Ordnungsvorschrift. Unter Verletzung solcher prozessualen Gültigkeitsvorschriften zustande gekommene "Beweise" sind in formellem Sinne unverwertbar (BGE

96 I 437, E. 3b e contrario; Noll, a.a.O., S. 65; ZR 107 Nr. 22, E. III.1.3a). Zufolge eines vorherigen Gesetzesverstosses ist das Beweisergebnis nicht justizmässig erlangt und darf im Strafprozess nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht werden. Die sich im ordentlichen Strafverfahren allenthalben stellende Frage, ob das Beweismittel trotzdem verwertbar sei, weil der Beweis auch auf gesetzmässigem Wege erhältlich gewesen wäre, stellt sich im Speziellen nicht. Für eine Abwägung zwischen den mit den fraglichen prozessualen Gültigkeitsvorschriften verfolgten Interessen einerseits und den mit der Strafverfolgung geschützten höheren Interessen andererseits besteht beim prinzipialen Privatstrafverfahren kaum ein Bedürfnis. Die strafrechtliche Verfolgung von Ehrverletzungen liegt vornehmlich im privaten, nicht im öffentlichen Interesse. Das materielle Bundesstrafrecht stellt mit Art. 173 Ziff. 2 StGB ausnahmsweise nicht die Erforschung der materiellen Wahrheit in den Vordergrund, sondern überlässt es dem Willen des Beschuldigten sich des Entlastungsbeweises zu bedienen oder es sein zu lassen. Er trägt demzufolge auch selbst das Beweisrisiko für den Entlastungsbeweis (Baumann, a.a.O., S. 187). Unter diesem Aspekt ist unbedenklich, ihn beweismässig die Verantwortung für sein säumiges Prozessverhalten analog der Partei in einem Zivilprozess tragen zu lassen. c. Den wenigsten kantonalen Strafprozessordnungen ist zu entnehmen, was im Falle von unzulässigerweise in den Prozess eingeführten Beweisstücken konkret zu geschehen hat (Noll, a.a.O., S. 65) – so auch nicht der bündnerischen. Die im Ehr-

Seite 22 — 24 verletzungsverfahren subsidiär anwendbare Zivilprozessordnung schweigt sich ebenfalls darüber aus, was mit nicht zugelassenen Beweismitteln, die sich dennoch bei den Akten befinden, zu geschehen hat (Art. 96-98, 108 ZPO). d. "Aus dem Recht weisen" dürfte nach dem allgemeinen Sprachgebrauch das Gegenteil von "ins Recht legen" sein. Solange Akten nicht ins Recht gelegt sind, sind sie im Dossier eines Verfahrens physisch nicht vorhanden. Aus dem Recht weisen als Umkehrvorgang von "ins Recht legen" müsste daher konsequenterweise dahin interpretiert werden, dass solche Urkunden physisch aus dem Dossier zu entfernen sind (bei konventioneller Aktenhaltung die Papiere, bei elektronisch geführten Akten die elektronischen Dateien). Der massgebliche Aspekt ist jedoch das Nicht-Benützen dieser Beweisstücke für die Rechtsprechung. Er beschränkt sich darauf, dass ein Beweisergebnis, das Eingang ins Dossier gefunden hat, bei der Würdigung einer aufgestellten Tatsachenbehauptung nicht berücksichtigt wird; es soll vom Sachrichter bei der Beweiswürdigung und der Motivierung seines Rechtspruchs nicht erwogen werden. Es besteht ein Verwertungsverbot dahingehend, dass das Beweismaterial beim Sachurteil ausser Betracht bleibt. In der (uneinheitlichen) Praxis wird vielfach die physische Entfernung entsprechender Beweisstücke nicht angeordnet; man belässt es bei einem Hinweis auf das Verwertungsverbot. Die Rechtsfolge "aus dem Recht weisen" reduziert sich auf die Wirkung der Nichtberücksichtigung im Sinne einer Weisung an den Sachrichter (ZR 57 Nr. 146, E. 1; ZR 68 Nr. 106, E. 9; ZR 107 Nr. 22, E. III.1.3a; vgl. auch Urteil Bundesgericht 4C.474/2004 E. 6; für die physische Entfernung aus den Akten dagegen: PKG 1946 Nr. 2; Noll, a.a.O., S. 65 unter Hinweis auf SJZ 72, S. 64 E. 5, in welchem Fall es sich allerdings nicht bloss um ein Beweiserhebungsverbot gehandelt hat, sondern um Protokolle von Telefonabhörungen, die ohne gesetzliche Grundlage erfolgten und daher gegen ein Beweismittelverbot verstossen (zur Vernichtung des illegalen, unverwertbaren Beweismittels vgl. auch BGE 133 IV 329 E. 4.4); anders und widersprüchlich auch Urteil der Zivilkammer vom 25. Juni 2002, ZF 02 14 E. I.4b, in welchem die Rede davon ist, das fragliche Aktenstück müsse dem Einleger zurückgegeben (aus den Akten entfernt) werden respektive sei "als nicht existent zu betrachten", was nicht

dasselbe ist; gemäss Urteil Kantonsgerichtsausschuss vom 01. November 2004, SB 04 27 E. 4a, wird zwischen der blossen Belegung mit einem Beweisverwertungsverbot und der (weitergehenden?) Rechtsfolge "aus dem Recht weisen" unterschieden). Gegen die physische Entfernung aus den Akten oder gar die Vernichtung von unverwertbaren Beweisen spricht in der Tat, dass danach die Grundlagen für eine Überprüfung der Frage der Unverwertbarkeit durch eine obere Instanz oder in einem Anschlussverfahren fehlen würden (ZR 107 Nr. 22, E. III.1.3a;

Seite 23 — 24 ZR 57 Nr. 146, E. 1; Yves Rüedi, *Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess*, Zürich/St. Gallen 2009, N 362-364, für materiell und formell unverwertbare Beweismittel; Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, S. 1184; Begleitbericht des Bundesamtes für Justiz zum Entwurf für eine Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2001, S. 109). Die Anweisung durch die strafrechtliche Beschwerdeinstanz, solche Akten nicht zu beachten, scheint auch im Ehrverletzungsverfahren grundsätzlich ausreichend, um die legitimen Interessen desjenigen zu wahren, der durch das fragliche Beweismaterial benachteiligt ist. Man kann sich indessen mit einiger Veranlassung auf den Standpunkt stellen, die Deklaration von offen bei den Akten befindlichen Urkunden als "nicht verwertbar" sei unzureichend. Tragen sie keinen entsprechenden Vermerk, könnte dem Sachrichter entgehen, dass sie nicht verwertbar sind. Sodann ist nicht von der Hand zu weisen, dass allenfalls bereits die faktische Kenntnisnahme unverwertbarer Beweise durch den Sachrichter geeignet ist, psychologisch die Entscheidung in der Sache unbewusst, und insoweit unerlaubt, zu beeinflussen. Das verbotene Beweismaterial wirkt unterschwellig mit. Um dem zu begegnen, bietet sich als Alternative an, einem Verwertungsverbot unterliegendes Beweismaterial, ähnlich einer Versiegelung, bis zum Abschluss des Verfahrens unter Verschluss zu legen, das heisst in einem verschlossenen, vom nachmaligen Sachurteilsrichter nicht zu öffnenden Umschlag im Dossier zu belassen (für diese Mittellösung siehe Yves Rüedi, a.a.O., N 362-364; ZR 107 Nr. 22 E. III.1.3a; vgl. auch Roland Meier, *der zugerische Ehrverletzungsprozess*, Diss. Zürich 1993, S. 137; zur Rechtsfolge des Verwertungsverbots bei strafrechtlicher Beweisbeschlagnahme und Versiegelung vgl. Schmid, a.a.O., N 736, Padrutt, a.a.O., Ziff. 11 zu Art. 95; eine ähnliche Lösung sieht auch die neue, ab 1. Januar 2011 in Kraft tretende Schweizerische Strafprozessordnung in Art. 141 Abs. 5 vor, wobei dies nur für materiell rechtswidrig erlangte Beweise gilt, jedoch die unter Verschluss zu legenden Akten von den Strafakten zu trennen sind). Der Kreispräsident Rc. wird angewiesen, in diesem Sinne zu verfahren.

## **E. 6**

Ist die Beschwerde gutzuheissen, gehen die in Anwendung von Art. 160 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 3 lit. c der Verordnung über Gebühren und Entschädigung der im Strafverfahren mitwirkenden Personen sowie das Rechnungswesen auf Fr. 1'200 festzusetzenden Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens zu Lasten des Beschuldigten und Beschwerdegegners. Dieser hat ausserdem der obsiegenden, nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Umtriebsentschädigung zu entrichten (Art. 160 Abs. 4 StPO).

Seite 24 — 24 III.

## **E. 6.3**

zu Art. 166) stringent aus Art. 166 Abs. 3 StPO abgeleitet, wonach in der Hauptverhandlung neue Beweismittel zur Führung des Entlastungsbeweises nur zugelassen werden können, wenn es unmöglich war, sie im Untersuchungsverfahren beizubringen. Selbstredend kann es sich dabei nur um das Untersuchungsverfahren vor der Hauptverhandlung über die Zulassung zum Entlastungsbeweis handeln. Wenn dieser zeitliche Ausschlusspunkt (Hauptverhandlung betreffend Zulassung zum Entlastungsbeweis) für Beweise gilt, die unmöglicherweise vorher zu erbrin-

Seite 10 — 24 gen/offertieren waren, muss er erst recht beziehungsweise ein früherer Zeitpunkt für solche Beweise gelten, die ohne weiteres vorher hätten beigebracht beziehungsweise offeriert werden können. Bei beiden Zeitpunkten handelt sich um eine Limite, deren Nichteinhaltung den peremptorischen Ausschluss mit Beweisanträgen und Beweismitteln zum Thema der Entlastung zur Folge hat. Das Beweisführungsrecht ver-

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