

GR_GERICHTE SK2 2020 1 vom 10. Juni 2020

GR Gerichte, 2020-06-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK2 2020 1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK2_2020_1)

FR: GR_GERICHTE SK2 2020 1 du 10 juin 2020

IT: GR_GERICHTE SK2 2020 1 del 10 giugno 2020

Regeste

Verweigerung der Entfernung von Akten aus der Prozedur | Beschwerde gegen StA, Übrige Fälle

Erwägungen

E. 3

Verfahrensantrag: Es seien sämtliche Akten des Verfahrens VV.2019.1747 der Vorinstanz zu editieren. I. Mit Stellungnahme vom 5. Februar 2020 beantragte die Staatsanwaltschaft die Abweisung der Beschwerde. J. Auf die Begründung der Anträge in den Rechtsschriften sowie auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1.1. Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO in Verbindung mit Art. 22 des Einführungsgesetzes zur Schweizerische Strafprozessordnung (EGzStPO; BR 350.100) und Art. 10 Abs. 1 der Kantonsgerichtsverordnung (KGV; BR 173.110) kann gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft bei der II. Strafkammer des Kantonsgerichts von Graubünden Beschwerde geführt werden. Die Beschwerde ist innert 10 Tagen schriftlich und begründet einzureichen (Art. 396 Abs. 1 StPO). Zur Beschwerde legitimiert ist, wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides hat (Art. 382 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 Abs. 2 StPO). 1.2. Zunächst ist zu prüfen, ob auf die Beschwerde eingetreten werden kann. Art. 141 Abs. 5 StPO sieht vor, dass Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise von Amtes wegen durch das verfahrensleitende Organ aus den Strafakten zu entfernen sind und bis zum Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten werden müssen. Wie aus Rechtsprechung und Literatur ersichtlich wird,

E. 3.1

Vorliegend ist damit zu prüfen, ob die Einvernahmen vom 6. und 8. Mai 2019 verwertbar sind. Bei dieser Prüfung hat sich die Beschwerdeinstanz jedoch eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen. Wenngleich nämlich eine verweigerter Aktenentfernung durch die Staatsanwaltschaft mittels Beschwerde grundsätzlich angefochten werden kann (siehe vorstehend E. 1.2 f.), so soll, angesichts des angesprochenen Spannungsverhältnisses zwischen der vorzeitigen Aktenaussonderung und der freien sachrichterlichen Beweiswürdigung, eine Aktenentfernung wegen geltend gemachter Verwertungsverbote nur erfolgen, wenn die Unverwertbarkeit offensichtlich ist oder das Gesetz ausdrücklich eine sofortige Rückgabe aus den Akten vorsieht (vgl. Art. 248, Art. 271 Abs. 3, Art. 277 und Art. 289 Abs. 6 StPO; BGE 143 IV 387 E. 4.4; siehe auch Urteil des Bundesstrafgerichts BB.2019.57 vom 17. April 2019, E. 2.3.1). Eine Zurückhaltung gilt insbesondere in Fällen von Art. 141 Abs. 2 StPO. Falls sich demnach bei rechtswidrig erlangten

E. 3.2

Zur Prüfung der Verwertbarkeit eines Beweismittels ist in einem ersten Schritt zu klären, ob eine Beweiserhebungsvorschrift verletzt worden ist. Der Beschwerdeführer verweist diesbezüglich auf Art. 131 Abs. 3 StPO. Demnach ist im Falle einer erkennbaren notwendigen Verteidigung eine Beweiserhebung nur gültig, wenn bereits vorher ein Verteidiger bestellt war und die beschuldigte Person auf eine Wiederholung verzichtet. Art. 131 Abs. 2 StPO beschränkt dieses Beweisverwertungsverbot in zeitlicher Hinsicht, indem die Verteidigung erst nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung, sicherzustellen ist. Daraus folgert ein Teil der Lehre, dass während der Dauer des polizeilichen Ermittlungsverfahrens noch keine notwendige Verteidigung bestellt werden müsse (vgl. Viktor Lieber, in: Dönnigschlag/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Auflage, Zürich 2014, N 5 zu Art. 131 StPO; Franz Riklin, StPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2014, N 2 zu Art. 131 StPO; ferner Niklaus Schmid/Daniel Joss, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich 2017, N 2 zu Art. 131 StPO; a.M. Niklaus Ruckstuhl, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, N 5 zu Art. 131 StPO, der den Wortlaut von Art. 131 Abs. 2 StPO für ein redaktionelles Versehen hält). Folgt man dieser Ansicht, so hätte für die Einvernahmen vom 6. Mai 2019 und 8. Mai 2019 grundsätzlich (noch) kein notwendiger Verteidiger bestellt werden müssen, da die Eröffnung der Strafuntersuchung

E. 3.4

Zusammengefasst ergibt sich, dass in casu kein Fall einer offensichtlichen Unverwertbarkeit vorliegt. Die Frage der Verwertbarkeit ist gegebenenfalls vom Sachgericht zu beantworten. Das bloss faktische Interesse des Beschwerdeführers als Beschuldigter, ihn belastende Beweisergebnisse möglichst zu vermeiden beziehungsweise allenfalls kontaminierte Beweismittel so rasch als möglich entfernt zu wissen haben, vermag daran nichts zu ändern. Die beantragte Aktenentfernung erscheint demnach im jetzigen Verfahrensstadium nicht als geboten, zumal – wie dargelegt – die behauptete Unverwertbarkeit nicht eindeutig ist und eine unmittelbare Aussonderung unverwertbarer Beweismittel im vorliegenden Fall gesetzlich nicht explizit vorgesehen ist. Die Verweigerung der Aktenentfernung durch die Staatsanwaltschaft ist daher nicht zu beanstanden, sodass die dagegen gerichtete Beschwerde abzuweisen ist. 4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 428 Abs. 1 StPO). In Anwendung von Art. 8 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Strafverfahren (VGS; BR 350.201) ist für Entscheide im Be-

E. 4

11 ergibt sich aus dieser Norm, dass ein Beschuldigter bei der Staatsanwaltschaft jederzeit ein Gesuch auf Entfernung von Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise stellen kann (vgl. BGE 143 IV 475; 141 IV 289; Urteil des Bundesstrafgerichts BB.2019.57 vom 17. April 2019; Sabine Gless, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, N 109 f. zu Art. 141 StPO; Wolfgang Wohlers, in: Dönnigschlag/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Auflage, Zürich 2014, N 10a zu Art. 141 StPO). Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob eine von der Staatsanwaltschaft verweigerte Aussonderung von Akten mit Beschwerde überprüfbar ist. Zu berücksichtigen

ist dabei insbesondere das Spannungsverhältnis zwischen der freien sachrichterlichen Beweiswürdigung im erstinstanzlichen Hauptverfahren (vgl. Art. 339 Abs. 2 lit. d StPO) und einer bereits während dem laufenden Vorverfahren festgestellten Unverwertbarkeit eines Beweismittels. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Beschwerde gegen den Entscheid der Staatsanwaltschaft betreffend Aktenaussonderung zulässig; das erwähnte Spannungsverhältnis ist durch eine eingeschränkte Überprüfung im Beschwerdeverfahren zu lösen (vgl. BGE 143 IV 475 E. 2.5 ff.; dazu ausführlich Beschluss des Kantonsgerichts von Graubünden SK2 19 37 vom 12. März 2020 E. 1.3). Es liegt damit ein zulässiges Anfechtungsobjekt vor. 1.3. Im Weiteren ist zu prüfen, ob eine beschuldigte Person ein rechtlich geschütztes Interesse an einer Anfechtung eines Entscheides über die Nichtaussonderung von Akten durch die Staatsanwaltschaft hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Danach wird verlangt, dass eine direkte persönliche Betroffenheit der rechtssuchenden Person in den eigenen rechtlich geschützten Interessen vorliegt (Beschluss des Kantonsgerichts von Graubünden SK2 19 37 vom 12. März 2020 E. 1.4.). Dies ist hier zu bejahen: Durch die Weigerung der Staatsanwaltschaft, die Einvernahmeprotokolle zu entfernen, wird der Beschwerdeführer unmittelbar und direkt tangiert. Der Beschwerdeführer hat weiter ein allgemeines, schutzwürdiges Interesse daran, dass unverwertbare Beweismittel nicht in den Akten erscheinen und vom Sachgericht wahrgenommen werden können. Ein rechtlich geschütztes Interesse ist damit gegeben; der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde gegen das von der Staatsanwaltschaft abgewiesene Gesuch um Aktenentfernung ist somit zulässig. 1.4. Der angefochtene Entscheid ist dem Beschwerdeführer am 14. Januar 2020 zugestellt worden. Die Beschwerdeschrift ist der schweizerischen Post am

E. 5

/ 11 24. Januar 2020 und damit innert Frist übergeben worden. Da sie sich überdies als formgerecht erweist, ist darauf einzutreten. 2.1. Der Beschwerdeführer verlangt vorliegend die Aussonderung der Einvernahmeprotokolle vom 6. und 8. Mai 2019. Er macht geltend, er sei an diesen Daten durch die Kantonspolizei einvernommen worden, mit dem Vorwurf, Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz begangen zu haben. Die Kantonspolizei habe es dabei unterlassen, diese Einvernahmen im Beisein eines notwendigen Verteidigers durchzuführen. Ein solcher hätte – so der Beschwerdeführer – gestützt auf Art. 130 StPO (präziser: Art. 130 lit. b StPO) namentlich deshalb bestellt werden müssen, weil dem Beschwerdeführer vorgeworfen werde, mit 1.5 kg Kokain gehandelt zu haben. Diese Menge würde die Qualifikation von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG erfüllen, welcher eine Mindeststrafe von einem Jahr vorsehe. 2.2. Die Staatsanwaltschaft bestreitet in der Verfügung vom 10. Januar 2020 und in der Stellungnahme vom 5. Februar 2020 nicht, dass eine Verteidigung an den Einvernahmen vom 6. und 8. Mai 2019 notwendig gewesen wäre und Art. 131 Abs. 3 StPO vorliegend damit anwendbar ist. Sie macht jedoch geltend, dass die Verletzung von Art. 131 Abs. 3 StPO kein absolutes Verwertungsverbot im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO zur Folge habe, sondern einzig ein relatives Beweisverwertungsverbot im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO darstelle. Die Einvernahmen vom 6. und 8. Mai 2019 seien Auslöser für Ermittlungen gegen mehrere weitere des Betäubungsmittelhandels im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG verdächtige Personen. Zur Aufklärung des Sachverhalts sowohl in Bezug auf die Rolle von A. _____ als auch auf die der Mitbeteiligten seien die Aussagen vom 6. und 8. Mai 2019 unerlässlich.

E. 6

/ 11 ("ungültigen") Beweisen eine Prüfung bzw. Interessenabwägung nach Art. 141 Abs. 2 StPO ("zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich") aufdrängt, kann es sich je nach Umständen des Einzelfalls als geboten erweisen, diese dem erkennenden Sachgericht vorzubehalten, zumal dieses über sämtliche Verfahrensakten verfügt (vgl. Art. 343 und Art. 350 Abs. 2 StPO) und die Prüfung der Bedeutung bzw. Verwertbarkeit der Beweismittel somit im Lichte der gesamten Beweisergebnisse vornehmen kann (vgl. BGE 143 IV 387 E. 4.4; 143 475 E. 2.7). Lässt sich die Unverwertbarkeit der umstrittenen Aktenstücke bei einer Beurteilung der Aktenlage und der Gegebenheiten des konkreten Falls jedoch schon im Untersuchungsstadium eindeutig feststellen, leuchtet nicht ein, weshalb die Beschwerdeinstanz diese Beweismittel nicht bereits aus den Strafakten entfernen soll. Werden im Verlaufe des Strafverfahrens neue Tatsachen oder Umstände bekannt, die von der Beschwerdeinstanz nicht berücksichtigt worden sind, kann die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln immer noch einer abschliessenden Prüfung durch das erkennende Sachgericht bzw. die den Endentscheid verfügende Strafbehörde zugeführt werden (vgl. zum Ganzen BGE 143 IV 475 E. 2.7).

E. 7

/ 11 gemäss Art. 309 StPO erst am 19. Juni 2019 erfolgte (vgl. Akten Staatsanwaltschaft, act. 1.1). In den entsprechenden Einvernahmeprotokollen (Akten Staatsanwaltschaft, act. 3.2 und 3.3) ist zwar lediglich die Rede davon, dass die Einvernahmen "im Auftrag der Staatsanwaltschaft" erfolgen würden, ohne dass dabei angegeben wird, auf welche Rechtsgrundlage sich der Auftrag der Staatsanwaltschaft stützt. Da zum fraglichen Zeitpunkt die Strafuntersuchung noch nicht im Sinne von Art. 309 StPO eröffnet war, ist zu schliessen, dass sich der Auftrag auf Art. 307 Abs. 2 StPO stützt. Dies ergibt sich auch daraus, dass im Unterschied zur Einvernahme vom 20. Juni 2019 (vgl. Akten Staatsanwaltschaft, act. 3.6 [Einvernahmeprotokoll] und act. 1.2 [Ermittlungsauftrag]) kein Ermittlungsauftrag gestützt auf Art. 312 StPO bei den Akten liegt. Nur am Rande zu erwähnen ist, dass bei einem Ermittlungsauftrag gestützt auf Art. 307 Abs. 2 StPO eine schriftliche Abfassung der Anweisungen nicht nötig sein dürfte (vgl. Art. 312 Abs. 1 StPO, wonach ein entsprechender Ermittlungsauftrag in der Regel schriftlich zu ergehen hat; eine entsprechende Regel fehlt bei Art. 307 Abs. 2 StPO, weshalb e contrario zu schliessen ist, dass ein Ermittlungsauftrag gestützt auf Art. 307 Abs. 2 StPO formlos ergehen kann). Ein Ermittlungsauftrag im Sinne von Art. 307 Abs. 2 StPO ändert nichts daran, dass entsprechende Einvernahmen noch im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens stattfinden (vgl. Franz Riklin, a.a.O., N 3 zu Art. 307 StPO; implizit auch Peter Rüeegg, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, N 8 zu Art. 307 StPO; Niklaus Schmid/Daniel Jositsch, a.a.O., N 5 zu Art. 307 StPO; etwas anderes würde bei einer Delegation der Einvernahme gestützt auf Art. 312 StPO gelten, da eine solche erst nach Eröffnung der Untersuchung i.S.v. Art. 309 StPO in Frage kommt). Insofern dürfte in diesen Fällen auch die Bestellung eines notwendigen Verteidigers noch nicht zwingend sein. Die Frage braucht indes nicht abschliessend beurteilt zu werden, da unter diesen Umständen jedenfalls keine offensichtliche Verletzung von Art. 131 Abs. 2 StPO vorliegt. Dasselbe gilt in Bezug auf Art. 307 Abs. 1 StPO. Es liesse sich zwar einwenden, dass angesichts der Schwere der Tatvorwürfe die Staatsanwaltschaft unverzüglich eine Strafuntersuchung hätte eröffnen müssen (vgl. Art. 307 Abs. 1 StPO; Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO), mit der Folge, dass sie auch die ersten wesentlichen Einvernahmen nach Möglichkeit selbst hätte durchführen sollen (Art. 307 Abs. 2 Satz 2 StPO). Mit Blick auf die

vorliegend zur Diskussion stehenden Betäubungsmitteldelikte lässt sich dies jedoch nicht ohne Weiteres annehmen (vgl. zur Thematik Nathan Landshut/Thomas Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Auflage, Zürich 2014, N 7 zu Art. 307 StPO; Peter Rügger, a.a.O., N 2 zu Art. 307 StPO; Niklaus Schmid/Daniel Jositsch, a.a.O., N 1 zu Art. 307 StPO). Und selbst wenn eine unverzügliche

E. 8

/ 11 Eröffnung der Strafuntersuchung angezeigt gewesen wäre, stünde nicht eindeutig fest, ob hierdurch eine Gültigkeitsvorschrift verletzt worden wäre (vgl. Niklaus Schmid/Daniel Jositsch, a.a.O., N 1 zu Art. 307 StPO, die von einer Ordnungsvorschrift ausgehen; offen gelassen bei Nathan Landshut/Thomas Bosshard, a.a.O., N 23 zu Art. 307 StPO). Auch insofern erweist sich die Rechtslage nicht als hinreichend klar. 3.3.1. Geht man – trotz der beschriebenen Unklarheiten – von einer Verletzung von Art. 131 Abs. 3 StPO aus, ist in einem zweiten Schritt zu klären, inwiefern die unrechtmässig erhobenen Beweise verwertbar sind. Diesbezüglich hat der Gesetzgeber in den Art. 140 f. StPO eine differenzierte Regelung vorgenommen. So sind gemäss Art. 141 Abs. 1 StPO Beweise, welche unter Verletzung der verbotenen Beweiserhebungsmethoden gemäss Art. 140 StPO erhoben wurden oder welche das Gesetz als unverwertbar bezeichnet, in keinem Falle verwertbar. Beweise, welche Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen grundsätzlich ebenfalls nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Beweise, bei deren Erhebung keine Gültigkeitsvorschriften, sondern nur einfache Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind schliesslich in jedem Falle verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO). 3.3.2. Vorliegend gestaltet sich die Rechtslage auch in diesem Punkt als nicht eindeutig. Das Bundesgericht hat die Frage, ob Einvernahmen unter Verletzung von Art. 131 Abs. 2 StPO einem absoluten (Art. 141 Abs. 1 StPO) oder einem relativen (Art. 141 Abs. 2 StPO) Verwertungsverbot unterliegen, bislang offengelassen (vgl. BGE 141 IV 289 E. 2.2 ff.; Urteile des Bundesgerichts 6B_75/2019 vom 15. März 2019, E. 1.4.1 f., und 1B_124/2015 vom 12. August 2015 E. 2.1.2). Die kantonale Praxis dazu ist uneinheitlich (vgl. die Übersicht im Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 460 16 67 vom 5. September 2017 E. III.2.4.7 [S. 32 ff.]). Die Rechtslage erweist sich damit jedenfalls nicht als eindeutig, sodass auch insofern nicht von einer offensichtlichen Unverwertbarkeit ausgegangen werden kann. Daran ändert auch der vom Beschwerdeführer angeführte Beschluss des Berner Obergerichts BK Nr. 16/44 vom 21. März 2016 nichts, welcher auf ein absolutes Verwertungsverbot erkannte. Spräche man sich für ein bloss relatives Verwertungsverbot aus, so würde dieses dann nicht zur Anwendung gelangen, wenn die fraglichen Einvernahmen zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich wären (vgl. Art. 141 Abs. 2 StPO). Was als "schwere Straftat" im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist, ist nicht abschliessend geklärt (vgl. hierzu auch den Beschluss des Kantonsgerichts von

E. 9

/ 11 Graubünden SK2 19 37 vom 12. März 2020 E. 2.3.3). Sabine Gless etwa gelangt zum Schluss, dass eine schwere Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO nur ein Delikt der Schwerkriminalität sein könne, das heisst ein Straftatbestand, bei dem als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe angedroht werde (Sabine Gless, a.a.O., N 72 zu Art. 141 StPO; gl.M. Wolfgang Wohlers, a.a.O., N 21a zu Art. 141 StPO). Etwas grosszügiger erweist

sich die Auffassung von Niklaus Schmid und Daniel Jositsch, nach denen primär Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB in Betracht fallen (vgl. Niklaus Schmid/Daniel Jositsch, a.a.O., N 8 zu Art. 141 StPO). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts stellen jedenfalls Übertretungen und Vergehen keine schweren Straftaten im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO dar (BGE 137 I 218 E. 2.3.5.2; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 6B_1188/2018 vom 26. September 2019, E. 4 [zur BGE-Publikation vorgesehen]). In Betracht fallen würden vorab Verbrechen (BGE 137 I 218 E. 2.3.5.2). Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sieht als Strafrahmenuntergrenze eine Freiheitsstrafe von einem Jahr vor. Es handelt sich mithin um ein Verbrechen, bei dem ausschliesslich eine Freiheitsstrafe angedroht wird. Eine schwere Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO läge damit unabhängig von den dargestellten Meinungsverschiedenheiten vor. Im Übrigen wäre zu beachten, dass bei der vorgeworfenen Drogenmenge (1.5 kg Kokain) die quantitative Schwelle für eine Anwendung von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG – welche gemäss bundesgerichtlicher Praxis bei 18 g reinem Kokain liegt (vgl. statt vieler BGE 145 IV 312 E. 2.1.3) – bei weitem überschritten wäre.

E. 10

/ 11 schwerdeverfahren eine Gerichtsgebühr von CHF 1'000.00 bis CHF 5'000.00 zu erheben. Für das vorliegende Verfahren werden die Kosten auf CHF 2'000.00 festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.

E. 11

/ 11 III.

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