

Prof. Dr. Sabine Gless
Basel

Beweisverbote und Fernwirkung

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht»
Band 128 · 2010 · Heft 2

Stämpfli Verlag AG Bern

Sabine Gless, Basel¹

Beweisverbote und Fernwirkung

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Beweisverbotsregelungen in der StPO
 - A. Beweiserhebungsverbote gemäss Art. 140 StPO
 - 1. «Verbotene Beweiserhebungsmethoden», Art. 140 Abs. 1 StPO
 - a) Verbot von Zwangsmitteln
 - b) Verbot von Gewaltanwendung
 - c) Verbot von Drohungen
 - d) Verbot von (unzulässigen) Versprechungen
 - e) Verbot von Täuschungen
 - f) Verbot von Mitteln, welche die Denkfähigkeit oder Willensfreiheit beeinträchtigen können
 - 2. Unverfügbarkeit nach Art. 140 Abs. 2 StPO
 - 3. Zwischenergebnis
 - B. Beweisverwertungsverbote gemäss Art. 141 StPO
 - 1. «Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise» (Art. 141 Abs. 3 StPO)
 - 2. Unverwertbarkeit von Beweisen (Art. 141 Abs. 1 und 2 StPO)
 - a) Absolute Unverwertbarkeit von Beweisen, die durch verbotene Beweiserhebungsmethoden erlangt wurden (Art. 141 Abs. 1 StPO)
 - b) Relative Unverwertbarkeit von Beweisen, die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften oder in strafbarer Weise gewonnen wurden (Art. 141 Abs. 2 StPO)
 - C. Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO
 - D. Zwischenergebnis
- III. Weiter bestehende Kritik
 - A. Ordnungsvorschriften, «normale» und «herausgehobene» Gültigkeitsvorschriften
 - B. Abwägungslösungen
- IV. Offene Fragen
 - A. Hierarchisierung der Gültigkeitsvorschriften?
 - B. Fernwirkung
 - 1. Anwendungsbereich?
 - 2. Nexus: «nicht möglich gewesen wäre»
 - 3. Beweisverbote auch für Entlastungsbeweise?
- V. Fazit

1 Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin am 13. November 2009 im Rahmen von «Recht aktuell – Strafprozessrecht im Übergang» an der Juristischen Fakultät der Universität Basel gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten. Die Verfasserin dankt Jan Wennekens für die wertvolle Hilfe bei der Publikationsfassung.

I. Einleitung

Beweisverbote gehören zu den wenigen strafprozessualen Instituten, die das Gerechtigkeitsgefühl unmittelbar ansprechen, denn sie betreffen letztlich immer die Frage, ob zum Zweck einer effektiven Strafverfolgung jedes Mittel recht ist oder ob es in einem Rechtsstaat Grenzen für die Sachverhaltsermittlung gibt.

Dürfen etwa Informationen aus einer nicht genehmigten GPS-Überwachung zur Überführung einer Autoknackerbande verwertet werden,² obwohl bei Strassenverkehrsdelikten ein Beweisverbot schon dann greift, wenn nicht ein Polizist, sondern der Vermieter einer Radaranlage diese ausnahmsweise selbst bedient, weil er sich besser mit der Maschine auskennt?³

Dürfen Funde aus einer Hausdurchsuchung verwertet werden, wenn diese – entgegen der strafprozessualen Vorgabe – in Abwesenheit des Wohnungsinhabers durchgeführt wird?⁴

Dürfen Erkenntnisse eines Polizeibeamten, der sich ohne Genehmigung in einem Internetchatroom als «Manuela 13 Jahre» ausgibt, eine Person belasten, die tatsächlich davon ausging, sie habe sexuelle Beziehungen zu einem Kind angebahnt?⁵

Darf ein Geständnis verwertet werden, das ein mutmasslicher Räuber abgelegt hat, nachdem ihm ein Polizist Schläge angedroht hat? Was ist, wenn man infolge der Einlassung die Beute findet und darauf seine Fingerabdrücke?

Wäre der Fall anders zu beurteilen, wenn private Sicherheitskräfte die Drohung aussprechen?

Die Liste der strittigen Fragen liesse sich beliebig verlängern. Alle berühren eben jene Grundfrage: Muss – respektive darf – im Strafverfahren die Wahrheit um jeden Preis gesucht werden, oder gibt es eine Grenze für die Rekonstruktion des Sachverhaltes, und wenn ja: Wo verläuft sie?

Diese Frage rührt am Gerechtigkeitsgefühl, weil es einerseits höchst ungerecht erscheint, wenn ein Täter straflos bleibt, nur weil die Strafbehörden – mehr oder weniger gewichtige – Verfahrensregeln verletzt haben. Andererseits würden Verfahrensvorschriften wertlos, dürfte man sie ungestraft verletzen, und der Beweisausschluss scheint die adäquate Antwort auf begangenes Verfahrensunrecht. Wie ist dieser Konflikt zu lösen? Zumeist sucht man den Weg in der Mitte: Beweisverbote greifen nur dann ein, wenn dies zur Absicherung der Zuverlässigkeit des Beweisverfahrens oder eines «fair trial» unbedingt notwendig erscheint.⁶

² Vgl. BGer 1P.51/2007 vom 24.9.2007.

³ Vgl. BGer 6B_744/2007 vom 10.4.2008.

⁴ Vgl. BGE 96 I 437.

⁵ Vgl. BGer 6B_777/2007 vom 16.6.2008.

⁶ Siehe N. Schmid, *Strafprozessrecht*, 4. Aufl., Zürich 2004, N 601; S. Gless, *Heiligt der Zweck die Mittel? Beweisverbote im vereinheitlichten eidgenössischen Strafprozess*, Festschrift für Franz Riklin 2007, 402 f.; S. Gless, *Zur «Beweiswürdigungs-Lösung» des BGH*, NJW 2001, 306 f.

Einen solchen Mittelweg sucht auch die neue Strafprozessordnung mit den Artikeln 140 und 141 StPO.

II. Beweisverbotsregelungen in der StPO

Das neue Gesetz folgt der gewohnten Systematik: Es unterscheidet zwischen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten.⁷ Allerdings betitelt es nur die verbotenen Beweiserhebungsmethoden in Art. 140 StPO entsprechend. Art. 141 StPO hingegen ist nicht mit «Beweisverwertungsverbote», sondern mit «Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise» überschrieben. Gleichwohl handelt es sich bei Art. 141 StPO um die einschlägige Regelung der Beweisverwertungsverbote, die viel umstrittener sind als die Beweiserhebungsverbote. Denn folgt man der Grundaussage der herrschenden Meinung, dass nicht auf *jede* rechtswidrige Beweiserhebung ein Verwertungsverbot folgt, muss über die Konsequenzen eines Verfahrensverstosses in jedem Einzelfall entschieden werden.

Hieraus folgt auch die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Beweisverboten:⁸ Ein absolutes Beweisverwertungsverbot liegt vor, wenn ein zwingendes Beweisverbot angeordnet wird. Relative Beweisverwertungsverbote ergeben sich nicht direkt aus dem Gesetz, sondern müssen gesondert festgestellt werden.

A. Beweiserhebungsverbote gemäss Art. 140 StPO

Bei der strafprozessualen Beweiserhebung sind die einschlägigen Regelungen der StPO sowie andere Rechtsvorgaben zu beachten. Bestimmte Beweiserhebungsmethoden sind absolut verboten.

1. «Verbotene Beweiserhebungsmethoden», Art. 140 Abs. 1 StPO

Letzteres hält Art. 140 StPO ausdrücklich fest – für alle Beweiserhebungsmethoden, welche die Willensfreiheit der vernommenen Person unzulässig beeinträchtigen können.

7 Ein Überblick der Systematisierungsansätze findet sich u.a. bei: *J. Bénédicte*, *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, 1994, 97 ff.; *R. Fornito*, *Private Beweisbeschaffung in der Schweiz*, Diss. 2000, 52 ff. und 248 ff.; *Schmid* (Fn. 6), N 602 ff.

8 A.A. etwa: *W. Habscheid*, *Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, beschafften Beweismitteln*, SJZ 1993, 185 ff., 197; vgl. auch *N. Ruckstuhl*, *Rechtswidrige Beweise sind erlaubt*, Beilage plädoyer Dezember 2006, 15, 22: «ausgenommen die inhaltlich bedeutungslosen Regeln über den Verfahrensgang, welche als Ordnungsvorschriften bezeichnet werden».

Art. 140 StPO steht hierbei nicht allein. Er ist im Kontext anderer Vorschriften zu lesen, etwa Art. 10 Abs. 3 BV sowie Art. 3 EMRK oder auch Art. 3 der StPO, der sich grundsätzlich mit der Menschenwürde im Strafverfahren beschäftigt.

Darüber, ob die konkrete Auflistung der verbotenen Vernehmungsmethoden in Art. 140 StPO letztlich sinnvoll ist, kann man sich streiten. Denn sie beschreibt weder abschliessend alle verbotenen Vernehmungsmethoden, noch lassen sich die einzelnen Mittel jeweils trennscharf voneinander abgrenzen. Sie dürfte aber jedenfalls insoweit hilfreich sein, als sie der Rechtspraxis anschauliche Beispiele an die Hand gibt, wann eine Beweiserhebung unzulässig ist, weil sie die Willensfreiheit der vernommenen Person unzulässig beeinträchtigt.

a) Verbot von Zwangsmitteln

Verboten ist zunächst generell jeder physische wie auch psychische Zwang.⁹ Zwangsmittel sind nicht mit zulässigen Zwangsmassnahmen gemäss Art. 196 ff. zu verwechseln. Wird eine Zwangsmassnahme aber prozessordnungswidrig angewandt (um den Beschuldigten «gefügig» zu machen), kann sie sehr wohl ein Beweisverbot nach sich ziehen.¹⁰

b) Verbot von Gewaltanwendung

Gewaltanwendung im Sinne des Art. 140 Abs. 1 StPO ist vom psychischen oder physischen Zwang kaum abgrenzbar. Der Begriff ruft aber tendenziell die Assoziation mit krasseren Formen des Einwirkens wie Misshandlung oder Folter hervor.¹¹

c) Verbot von Drohungen

Drohungen dürfen weder in Bezug auf unzulässige prozessuale Nachteile geäussert werden, noch darf mit dem Einsatz eines der in Art. 140 Abs. 1 StPO genannten Mittel gedroht werden.¹² *Deshalb ist etwa das Geständnis unverwertbar, das der mutmassliche Räuber nach Androhung von Schlägen durch die Polizei ablegt.*

9 Vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1182 unten.

10 P. Baumgartner/F. Fingerhuth, Das Verbot der suggestiven Befragung im Zürcher Strafprozess, in: FS 125 Jahre KG Zürich, 2000, 337. Eine widerrechtliche Anordnung von Zwangsmassnahmen kann zudem eine Strafbarkeit nach Art. 312 StGB begründen: BSK StGB-Heimgartner, Art. 312, N 8; G. Frey/E. Omlin, Amtsmissbrauch – die Ohnmacht der Mächtigen. Eine Analyse der Amtsmissbrauchsnorm mit Blick auf die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden, AJP 2005, 87.

11 Vgl. dazu BGE 99 IV 13: Strafbarkeit eines bei der Einvernahme prügelnden Polizisten wegen Amtsmissbrauchs, Art. 312 StGB.

12 Ausführlich BSK StPO-Gless (erscheint vorauss. 2010), Art. 140, N 37 ff.; M. Miescher, Die List in der Strafverfolgung, Diss. 2008, 18 f.

d) Verbot von (unzulässigen) Versprechungen

Mit dem Verbot (unzulässiger) Versprechungen meint Art. 140 Abs. 1 StPO das Inaussichtstellen gesetzlich nicht vorgesehener Vorteile. So darf etwa nicht in Aussicht gestellt werden, bei einem Geständnis werde von Untersuchungshaft abgesehen – wohl aber darf nach wohl herrschender Meinung darauf hingewiesen werden, dass sich ein Geständnis positiv auf die Strafzumessung auswirken kann.¹³

e) Verbot von Täuschungen

Eine verbotene Täuschung liegt jedenfalls in einem aktiv durch die Strafbehörden hervorgerufenen Irrtum über Rechtsfragen oder Tatsachen bei der beschuldigten Person.¹⁴ Sie ist von dem Fall zu unterscheiden, in dem ein solcher Irrtum bei der beschuldigten Person ohne Einwirkung der Strafbehörden entstanden ist und fortbesteht.

So dürfen die Strafbehörden das Vorliegen von belastenden Beweismitteln (etwa Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten) nicht vorspiegeln, um ein Geständnis oder eine Einlassung zu erlangen; erkennen sie aber, dass der Beschuldigte von solchen ausgeht und sich deshalb selbst belastet, soll ihnen diese List erlaubt sein.¹⁵

Von besonderem Interesse sind die Graufelder, die sich rings um das Täuschungsverbot ergeben, etwa in Zusammenhang mit Suggestivfragen, dem Einsatz verdeckter Ermittler bis hin zum Stellen sogenannter «Hörfallen».¹⁶ Diese werden

13 N. Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 140 Rn. 4; Probleme können sich hier aber nicht nur in Zusammenhang mit dem abgekürzten Verfahren gem. Art. 358 StPO ergeben, denn die dort üblichen «informellen Verhandlungen» mit der Staatsanwaltschaft stellen einen gegenseitigen Austausch von Versprechungen dar, bei denen auch die Strafhöhe eine Rolle spielen dürfte, vgl. F. Bommer, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 2009, 31 f.

14 Vgl. nur N. Oberholzer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 834, und R. Schlauri, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs in Strafverfahren, Diss. 2003, 295 ff., die ein Täuschungsverbot auch schon direkt aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz herleitet, siehe dort 299.

15 Wohl herrschende Meinung, vgl. Schmid (Fn. 13), Art. 140 Rn. 4; angesichts der Verpflichtung der Strafbehörden auf Treu und Glauben aus Art. 3 StPO erscheint diese Ansicht jedoch nicht unproblematisch. Zumindest dürfen die Behörden einen solchen Irrtum keinesfalls bestärken.

16 Siehe BSK StPO-Gless (Fn. 12), Art. 140, Rn. 50 ff.; zu Suggestivfragen: H. Walder, Fehler bei der Durchführung von Einvernahmen, AJP 1992, 1109; Baumgartner/Fingerhuth (Fn. 10), 337 f.; zur Täuschungsproblematik der verdeckten Ermittlung: BGE 134 IV 266, 276; P. Albrecht, Zur rechtlichen Problematik des Einsatzes von V-Leuten, AJP 2002, 633; P. Joset/N. Ruckstuhl, V-Mann-Problematik aus Sicht der Verteidigung, ZStrR 111/1993, 358 ff.; L. Vetterli, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, FP 2008, 368; zu «Hörfallen»: EGMR vom 23.11.1993, LA v. Frankreich; EGMR vom 8.4.2003, M.M. v. Niederlande; EGMR vom 1.3.2007, Héglas v. Tschechische Republik; EGMR vom 25.10.2007, van Vondel v. Niederlande; FP 2008, 77, mit Bem. G. Godenzi; vgl. schon: H. Walder, Rechtswidrig erlangte Beweise im Strafprozess, ZStrR 82/1966, 49.

Rechtspraxis und Rechtswissenschaft in den kommenden Jahren sicher immer wieder beschäftigen.

f) Verbot von Mitteln, welche die Denkfähigkeit oder Willensfreiheit beeinträchtigen können

Unter das Verbot von Mitteln, welche die Denkfähigkeit oder Willensfreiheit beeinträchtigen können, fallen die Verabreichung von Drogen, Alkohol oder Psychopharmaka genauso wie Methoden wie die Narkoanalyse oder das Anschliessen an einen Polygrafen (Lügendetektor).¹⁷ Unerheblich ist dabei, ob die Mittel gezielt eingesetzt werden.¹⁸ Daher ist auch eine Einvernahme desjenigen Beschuldigten untersagt, der sich selbst in einen Rauschzustand versetzt hat.¹⁹

2. Unverfügbarkeit nach Art. 140 Abs. 2 StPO

Die geschilderten Beweiserhebungsmethoden sind selbst dann verboten, wenn die betroffene Person ihnen zustimmt. Grund für diese Regelung ist der Schutz des Beschuldigten – nicht nur vor einer unüberlegten Entscheidung, sich allenfalls doch dem Druck einer Vernehmungsmethode zu unterwerfen, die ihm seine Willensfreiheit nimmt, sondern auch ein abstrakter, institutioneller Schutz, der garantieren soll, dass im Strafverfahren die Menschenwürde aller unangetastet bleibt.²⁰

Ein mutmasslicher Räuber darf also der Polizei nicht anbieten, sie könne ihm auch eine «Wahrheitsdroge» einflössen, um den Wahrheitsgehalt seiner Einlassung zu überprüfen – das Verbot gilt zu seinem und unserem Schutz vor menschenunwürdigen und unzuverlässigen Beweiserhebungsmethoden.

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Die neue StPO konserviert die bestehende Überzeugung, dass für die Strafverfolgungsbehörden bei der Beweiserhebung bestimmte Tabubereiche bestehen, die bei Verletzung konsequent mit einem absoluten Beweisverwertungsverbot geahndet werden (s.u. II. B. 2. a).

17 Zur Unzulässigkeit von Narkoanalyse und Lügendetektoren vgl. BGE 109 Ia 289.

18 Ausführlich S. Gless § 136a Rn. 32, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl., Band 4, 2007.

19 Zur Frage der Vernehmungsfähigkeit vgl. Fornito (Fn. 7), 98 ff.

20 Botschaft (Fn. 9), 1182 unten.

B. Beweisverwertungsverbote gemäss Art. 141 StPO

Die neue StPO knüpft auch in anderer Hinsicht an eine Prämisse der bisher herrschenden Meinung an: Trotz der grundsätzlichen Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden auf gesetzliche Beweiserhebungsregeln folgt nicht auf jede Verletzung einer Verfahrensregel automatisch ein Beweisverwertungsverbot. Drastisch kommt diese Prämisse schon in der Marginalie des Art. 141 StPO zum Ausdruck: Die Regelung ist mit «Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise» überschrieben.

1. «Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise» (Art. 141 Abs. 3 StPO)

Tatsächlich regelt Art. 141 StPO die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise in Abs. 3 ausdrücklich: Danach ist die Verwertung solcher Beweismittel, die lediglich unter Verletzung von Ordnungsvorschriften erlangt wurden, zulässig.

Damit knüpft die Regelung an die Judikatur des Bundesgerichts an, das seit fast vierzig Jahren²¹ zwischen echten *Gültigkeits*vorschriften und blossen *Ordnungs*vorschriften differenziert. Ob diese Unterscheidung überhaupt möglich und letztlich sinnvoll ist, bleibt zu diskutieren (s.u. III. A.).

2. Unverwertbarkeit von Beweisen (Art. 141 Abs. 1 und 2 StPO)

Vorab erscheint es wichtig, klar herauszustellen, welche weiteren Konsequenzen die Prämisse, dass nicht jede Rechtsverletzung bei der Beweiserhebung auch sanktioniert wird, für die Beweisverwertung hat. Der Grundgedanke dieser Rechtsprechung liegt nämlich auch den in Art. 141 Abs. 1 und Abs. 2 StPO statuierten Beweisverboten zugrunde.²² Diese unterscheiden sich jedoch in einem massgeblichen Punkt:

a) Absolute Unverwertbarkeit von Beweisen, die durch verbotene Beweiserhebungsmethoden erlangt wurden (Art. 141 Abs. 1 StPO)

Beweismittel, die durch unerlaubte Vernehmungsmethoden gewonnen wurden oder deren Unverwertbarkeit durch die StPO («dieses Gesetz») angeordnet wird, sind «in keinem Falle verwertbar».

Darüber hinaus schliessen ausdrückliche Regelungen der StPO bestimmte rechtswidrig erlangte Beweismittel aus:

21 BGE 96 I 437, 441.

22 Es gibt aber auch ausserhalb von Art. 141 StPO Beweisverbote. Solche existieren etwa vereinzelt in internationalen Vorgaben, etwa in der EMRK oder auch in UN-Übereinkommen, etwa in Art. 15 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 (SR 0.105).

- Beschuldigteneinvernahmen, die ohne Hinweis auf deren Rechte durchgeführt wurden (vgl. Art. 158 Abs. 2 StPO, Botschaft BBl 2006 1183, 1193);
 - Zeugeneinvernahmen, die ohne Hinweis auf die Zeugnisverweigerungsrechte erfolgten, sofern sich ein Zeuge nachträglich auf das Zeugnisverweigerungsrecht beruft (Art. 177 Abs. 1 Satz 2 StPO, Art. 177 Abs. 3 Satz 2 StPO);
 - Informationen, die unter Verletzung eines Berufsgeheimnisses nach Art. 170 bis 173 StPO erlangt wurden (Art. 271 Abs. 3 a.E., auch wenn der Gesetzgeber hier von «Verwendung» spricht);
 - Informationen, die unter Zusicherung der Anonymität erlangt wurden, wenn das Zwangsmassnahmengengericht die Zusicherung (nachträglich) verweigert (Art. 150 Abs. 3 StPO, Botschaft BBl 2006 1189 f.);
 - Ergebnisse aus nicht genehmigten Überwachungen von Post- und Fernmeldeverkehr (Art. 277 Abs. 2 StPO);
 - Ergebnisse aus nicht genehmigten Überwachungen mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 281 Abs. 4 i.V.m. Art. 277 Abs. 2 StPO);
 - Ergebnisse aus nicht genehmigten verdeckten Ermittlungen (Art. 289 Abs. 6 StPO, beachte die Sonderregelung für Zufallsfunde in Art. 296 StPO);
 - Informationen, die als Zufallsfunde gewonnen wurden (Art. 278 Abs. 4 StPO, Art. 278 Abs. 5 StPO).
- b) Relative Unverwertbarkeit von Beweisen, die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften oder in strafbarer Weise gewonnen wurden (Art. 141 Abs. 2 StPO)

Demgegenüber sind nach der gesetzlichen Regelung Beweismittel, die in strafbarer Weise²³ oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben werden, zwar grundsätzlich ebenfalls unverwertbar – nicht aber dann, wenn ihre Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist. Diese Regelung knüpft in zweierlei Hinsicht an die Rechtsprechung des Bundesgerichts an:

Zum Ersten mit Blick auf das Postulat einer grundsätzlichen Unverwertbarkeit von Beweisen, die unter Verletzung einer echten Gültigkeitsvorschrift (und nicht nur unter Verletzung einer Ordnungsvorschrift) erlangt wurden. Wobei bekanntlich bis heute kaum fassbar ist, was eine Gültigkeitsvorschrift einerseits von einer blossen Ordnungsvorschrift andererseits unterscheidet (dazu auch unten III. A.).²⁴ Die Rechtsprechung hat als Gültigkeitsvorschriften jene klassifiziert, die ausschliesslich oder vorrangig den Schutz des Beschuldigten intendieren.²⁵ Ordnungsvorschriften

23 Verwertungsverbot nach kantonaler Rechtsprechung: Zürich: ZR 91/92, 1992/93, Nr. 10, 28 E.4a; R. Hauser/E. Schweri/K. Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2006, § 60 Rn. 11a.

24 Zur Kritik vgl.: Fornito (Fn. 7), 239 ff; BSK StPO-Gloss, Art. 141 Rn. 74.

25 Schmid (Fn. 6), N 609 m.w.N. in Fn. 22.

ten sollen demgegenüber «in erster Linie der äusseren Ordnung des Verfahrens» dienen.²⁶

Dass diese Abgrenzung im Einzelfall nicht immer zu einem befriedigenden Ergebnis führt, zeigt etwa der eingangs geschilderte Fall einer Hausdurchsuchung in Abwesenheit des Wohnungsinhabers: Das Bundesgericht hat die Unverwertbarkeit der dadurch erlangten Beweismittel abgelehnt,²⁷ weil die Anwesenheitsvorschriften nicht vorrangig dem Schutz des Beschuldigten dienen.

Zum Zweiten knüpft die Regelung an die Praxis der Abwägung an: Die Rechtsprechung hat regelmässig in jedem Einzelfall die widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen: Ein Beweisverwertungsverbot kommt danach umso weniger in Betracht, je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, denn umso eher überwiege das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das Interesse des Angeklagten an der Nichtverwertung.²⁸

*Nur so lässt sich erklären, warum im eingangs geschilderten Beispielfall die ungenehmigte GPS-Überwachung zur Überführung einer Autoknackerbande zu verwertbaren Beweisen führt, das geblitzte Bild aus der unbefugt bedienten Radaranlage aber nicht.*²⁹

C. Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO

Eine Neuheit ist Art. 141 Abs. 4 StPO, der eine Fernwirkung von Beweisverboten statuiert.³⁰ Das heisst, es sind nicht nur die rechtswidrig erhobenen Beweise selbst unverwertbar, sondern auch diejenigen Beweismittel, die mithilfe eines unverwertbaren Beweismittels gewonnen wurden.

Demnach wäre künftig nicht nur die blutverschmierte Tatwaffe, die aus einer rechtswidrigen Hausdurchsuchung stammt, als Beweismittel ausgeschlossen, sondern auch das vom Täter – angesichts des Fundes – abgegebene Geständnis.

Mit der neuen Vorgabe hat sich der Gesetzgeber von der bisherigen Rechtsprechung emanzipiert, die letztlich auf einen hypothetisch rechtmässigen Ermittlungsverlauf in der Weise abgestellt hat, dass eine Verwertung eines (Zweit-)Beweismittels grundsätzlich zulässig war, wenn dieses theoretisch auch hätte rechtmässig

26 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 23), § 60 Rn. 7 ff.; Th. Maurer, Das bernische Strafverfahren, 2003, 38; Oberholzer (Fn. 14), Rn. 804.

27 BGE 96 I 437.

28 BGE 130 I 126, 132, mit Verweis auf BGE 109 Ia 244; BGE 120 Ia 314; BGE 131 I 272, 27 m.w.N.; BGer 1P.51/20079 vom 24.9.2007.

29 BGer 1P.51/2007 vom 24.9.2007; BGer 6B_744/2007 vom 10.4.2008.

30 A. Donatsch/C. Cavegn, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, 165; Ruckstuhl (Fn. 8), 15, 18.

erhoben werden können.³¹ Während die frühere Praxis auf einer Ex-post-Rekonstruktion basierte, verlangt Art. 141 Abs. 4 StPO nun eine Ex-ante-Betrachtung folgender Art: Wenn die Strafverfolgungsbehörden einen (Zweit-)Beweis im konkreten Fall ohne den illegalen (Erst-)Beweis nicht gefunden hätten, so ist eine Verwertung untersagt. Massgeblich ist, dass die illegale Beweisaufnahme de facto notwendige Bedingung für den weiteren Beweis war.³²

Diese Interpretation der Fernwirkung entspricht der Funktion von Beweisverboten in Parteiverfahren, an die sich der Gesetzgeber mit der Neuregelung anlehnen wollte, nämlich der Grundidee der im US-amerikanischen Recht entwickelten Doktrin der «fruit of the poisonous tree», auch wenn diese heute nicht mehr uneingeschränkt angewendet wird.³³

D. Zwischenergebnis

Zusammenfassend gibt Art. 141 StPO damit folgende Prüfung von Beweisverboten vor:

Erstens: Wurde ein Beweismittel durch verbotene Vernehmungsmethoden (Verstoss gegen Art. 140 StPO) gewonnen? Wenn ja, ist es unverwertbar (Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO).

Zweitens: Wurde ein Beweismittel in einer Weise erlangt, die ein ausdrücklich in der StPO angeordnetes Beweisverwertungsverbot auslöst? Wenn ja, ist es unverwertbar (Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO)³⁴.

Drittens: Wurde ein Beweismittel von den Strafverfolgungsbehörden unter Verletzung einer «Gültigkeitsvorschrift» erhoben? Wenn ja, ist es grundsätzlich unverwertbar – es sei denn, eine Verwertung ist zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO)³⁵.

31 BGE-96 I 337, 441, BGE 103 Ia 217; BGE 130 I 132, E.3.2: vgl. Auch *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 23), § 60 Rn. 6; *Walder* (Fn. 16), 58; *Fornito* (Fn. 7), 259 ff.; kritisch zu diesem doppelten Vorbehalt: *R. Kiener*, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, ZBJV 2002, 671; *H. Vest/A. Eicker*, Aussageverweigerungsrecht und Beweisverwertungsverbot, AJP 2005, 883, 891.

32 So macht *Schmid's* Formel von der «*conditio sine qua non*» Sinn (vgl. *Schmid* [Fn. 6], 201 f.).

33 Zu den Ausnahmen von der Fernwirkung im US-Recht, insbesondere der «*good faith exception*» oder Fälle, in denen die Fehlleistungen für den Beweisvorgang nicht wirklich kausal waren, oder Fälle überholender Kausalität: Eine andere Fahndungsequipe nimmt die Zwangsmassnahmen praktisch gleichzeitig rechtskonform vor, oder der Beweis wäre mit Sicherheit auch auf legalem Wege entdeckt worden (man spricht von «*independent source*» oder «*inevitable discovery*»); *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 2009, 314 ff.

34 Prominentes Beispiel ist etwa die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte zu Beginn der ersten Einvernahme, Art. 158 Abs. 1 StPO. «Einvernahmen ohne diesen Hinweis sind nicht verwertbar» (Art. 158 Abs. 2 StPO).

35 Unbeantwortet bleibt allerdings, was eine Gültigkeits- und was eine Ordnungsvorschrift ist, vgl. *Donatsch/Cavegn* (Fn. 30), 166.

Viertens: Handelt es sich um ein Beweismittel, dessen Erhebung nur durch ein unverwertbares Beweismittel möglich wurde? Wenn ja, ist es unverwertbar (Art. 141 Abs. 4 StPO).

(Als «Gegentest» liesse sich etwa formulieren: Beweismittel, die von den Strafverfolgungsbehörden illegal erlangt wurden, sind nur dann verwertbar, wenn die verletzten Vorschriften als blosse Ordnungsvorschriften gelten [Art. 141 Abs. 3 StPO]).

III. Weiter bestehende Kritik

Das eben erläuterte Prüfungsraster zeigt, dass die bisher geltende Beweisverbotslehre in bestimmten Punkten weiter Geltung beanspruchen kann. Insofern sind die Neuregelungen aber auch weiterhin der – vor allem in der Literatur geäußerten – Kritik ausgesetzt.

A. Ordnungsvorschriften, «normale» und «herausgehobene» Gültigkeitsvorschriften

Weiterhin im Raum steht etwa der alte Vorwurf: Eine Differenzierung zwischen Ordnungsvorschriften einerseits und Gültigkeitsvorschriften andererseits – wie jetzt in Art. 141 Abs. 2 und 3 StPO verankert – lade in gewisser Weise zu Verletzungen derjenigen Verfahrensvorschriften ein, die als blosse Ordnungsvorschriften qualifiziert werden.³⁶

Auch das neue Recht gibt keine trennscharfen Kriterien vor, um Gültigkeitsvorschriften und Ordnungsvorschriften zu unterscheiden,³⁷ und ahndet die Verletzung von Gültigkeitsvorschriften nicht mit einem strikten Verwertungsverbot. Vielmehr bestimmt Art. 141 Abs. 2 StPO – wie bereits erwähnt –, dass die in Verletzung einer «normalen Gültigkeitsvorschrift» erlangten Beweismittel nur *grundsätzlich* unverwertbar sind, eine Ausnahme aber gilt, wenn ihre Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist. Bereits vor Inkrafttreten der StPO wurde moniert, dass dies in bestimmten Fällen zur «flexiblen Handhabung von Verfahrensregeln» animieren kann.³⁸

36 Hier scheint zwar Einigkeit darüber zu bestehen, dass die Verletzung von Ordnungsvorschriften sanktionslos bleiben kann (vgl. *Ruckstuhl* [Fn. 8], 15, 20), doch eine Begründung dafür fehlt.

37 Nach der Botschaft soll die Praxis zur Unterscheidung weiter primär auf den Schutzzweck der Norm abstellen: «Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor.» Botschaft, BBl 2005 1184.

38 Vgl. dazu *Oberholzer* (Fn. 14), Rn. 809; *Ruckstuhl* (Fn. 8), 17.

B. Abwägungslösungen

Warum die Verletzung von Gültigkeitsvorschriften im Zusammenhang mit der Strafverfolgung schwerer Kriminalität sanktionslos bleiben soll, ist ebenso ungeklärt, wie die Frage, was eine «schwere Straftat» im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO ist.³⁹

Da Gültigkeitsvorschriften sich nach tradierter Ansicht von den Ordnungsvorschriften gerade dadurch abheben, dass sie vor einer Beweiserlangung durch Missachtung zentraler Interessen der Beschuldigten schützen sollen,⁴⁰ wird zu Recht gefordert, dass eine beschuldigte Person gerade Schutz verdient, wenn wegen Verdachts der Begehung einer schweren Straftat ermittelt wird.⁴¹ Jede andere Lösung würde sich nicht an der Zuverlässigkeit des strafprozessualen Beweisverfahrens und am «fair trial», sondern vor allem an der Schwere des Tatvorwurfs orientieren.⁴²

Ganz davon abgesehen, erschüttert der Rückgriff der Behörden auf unrechtmässig erlangte Beweise das Vertrauen der Öffentlichkeit in eine rechtsstaatliche Strafrechtspflege.⁴³ Auch eine nur ausnahmsweise Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise bei Verdacht auf schwere Straftaten ist nicht mit der Verpflichtung in Art. 3 StPO auf das Gebot von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs vereinbar.

Es erscheint auch widersprüchlich, wenn Erkenntnisse aus einer nicht genehmigten GPS-Überwachung in einem Strafverfahren wegen bandenmässigen Diebstahls verwendet werden können,⁴⁴ bei der Verfolgung von Übertretungen nach dem SVG aber viel schneller ein Beweisverbot eingreift.⁴⁵

IV. Offene Fragen

Aber nicht nur alte Kritik bleibt bestehen. Die neu geschaffene gesetzliche Regelung birgt eigene offene Fragen und Ungereimtheiten, etwa im Zusammenhang mit den ausdrücklich als absolut gültig deklarierten Verwertungsverboten in

39 Vgl. *Donatsch/Cavegn* (Fn. 30), 166.

40 *Donatsch/Cavegn* (Fn. 30), 165.

41 Vgl. nur *Oberholzer* (Fn. 14), 249; *H. Vest/A. Eicker*, Aussageverweigerungsrecht und Beweisverwertungsverbot, *AJP* 2005, 890 f.; *Oberholzer* (Fn. 14), Rn. 809; *Fornito* (Fn. 7), 248 ff.; *Ruckstuhl* (Fn. 8), 150 ff., 157.

42 *Oberholzer* (Fn. 14), Rn. 808.

43 Dieser Aspekt wurde zu Recht in Zusammenhang mit der Frage des Ankaufs rechtswidrig erlangter Daten durch Strafbehörden in den Vordergrund gestellt. Bei einem grenzüberschreitenden Ankauf tritt die Verletzung des ordnungsgemässen Rechtshilfeverkehrs hinzu. Vgl. ausf. *S. Gless*, Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, *JR* 2008, 323.

44 BGer 1P.51/2007 vom 24.9.2007.

45 BGer 6B_744/2007 vom 10.4.2008.

Art. 141 Abs. 1 StPO und den nur relativ gültigen Verwertungsverboten in Art. 141 Abs. 2 StPO oder im Zusammenhang mit der Fernwirkungsregelung.

A. Hierarchisierung der Gültigkeitsvorschriften?

Zweifelhaft erscheint etwa die Differenzierung zwischen «herausgehobenen Gültigkeitsvorschriften», deren Verletzung nach Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO ein striktes Verwertungsverbot nach sich zieht, und «normalen Gültigkeitsvorschriften», deren Verletzung ausnahmsweise ohne Konsequenzen bleibt (Art. 141 Abs. 2 StPO). Hier trifft nicht nur die Kritik zu, dass die gesetzliche Regelung in Art. 141 Abs. 2 bei der Verfolgung «schwerer Straftaten» in gewisser Weise zur Nichtachtung der gesetzlichen Vorgaben einlädt. Vielmehr stellt sich auch die Frage nach der Kohärenz der Beweisverbote, wenn etwa die Einhaltung der Modalitäten der ersten Einvernahme nach Art. 158 StGB mit einem absoluten Verwertungsverbot abgesichert ist, aber eine Einhaltung der allgemeinen Vorgaben für polizeiliche Einvernahmen nach Art. 159 StPO nicht.

B. Fernwirkung

Im Zusammenhang mit der Regelung der Fernwirkung gibt es mehrere ungelöste Fragen:

1. Anwendungsbereich?

Zunächst erscheint ungereimt, dass die Fernwirkung von Beweisverboten in Art. 141 Abs. 4 StPO ausdrücklich nur für Beweisverbote nach Art. 141 Abs. 2 StPO geregelt ist.

Sollen also nur diejenigen (Zweit-)Beweise unverwertbar sein, die von einem «relativ unverwertbaren» Beweismittel «abstammen», also einem solchen, bei dem die Unverwertbarkeit daher rührt, dass es gegen eine «normale Gültigkeitsvorschrift» verstösst? Verwertbar sollen aber diejenigen Beweise sein, die von einem «absolut unverwertbaren» Beweismittel «abstammen», das durch eine von Art. 140 StPO ausdrücklich verbotene Beweiserhebungsmethode erlangt wurde?

Dann dürfte ein Geständnis, das ein mutmasslicher Kindsentführer nach einer ungenehmigten Hausdurchsuchung angesichts des gefundenen Leichnams macht, nicht verwertet werden; wohl aber der Leichenfund nach einem durch Folter erzwungenen Geständnis.

Diese Ungereimtheit muss mit einem «erst recht»-Schluss dahin korrigiert werden, dass die Fernwirkung auch für die Beweismittel gilt, die mithilfe eines nach

Art. 141 Abs. 1 StPO absolut unverwertbaren Beweismittels erlangt wurden.⁴⁶ Dafür sprechen die Systematik und die Entstehungsgeschichte.⁴⁷ Eine Fernwirkung gilt damit für unverwertbare Beweismittel nach Art. 141 Abs. 2 StPO und für unverwertbare Beweismittel nach Art. 141 Abs. 1 StPO.

2. Nexus: «nicht möglich gewesen wäre»

Auslegungsbedürftig ist wie bereits oben angesprochen der in Art. 141 Abs. 4 StPO etablierte Nexus zwischen illegaler Beweiserhebung und weiterer Beweissammlung: Was bedeutet es in der Praxis, wenn eine Fernwirkung davon abhängt, ob die Erhebung des weiteren Beweises «ohne die vorhergehende rechtswidrige Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre»?

Meines Erachtens verlangt Art. 141 Abs. 4 StPO – wie bereits ausgeführt – eine Ex-ante-Betrachtung in folgender Weise: Wenn die Strafverfolgungsbehörden einen (Zweit-)Beweis im konkreten Fall ohne den illegalen (Erst-)Beweis nicht gefunden hätten, so ist eine Verwertung untersagt.⁴⁸

Darüber hinaus stellt sich die prozessuale Frage, wer vor Gericht darlegen resp. beweisen muss, dass ohne die vorhergehende rechtswidrige Beweiserhebung die Gewinnung des (Zweit-)Beweismittels nicht möglich gewesen wäre. Da der Nachweis der Schuld den staatlichen Organen obliegt, müssen sie darlegen, dass ein Beweismittel auch «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit» ohne die unrechtmässige Beweiserhebung gefunden worden wäre,⁴⁹ wenn in einem Verfahren gerügt wird, die Gewinnung eines bestimmten Beweismittels wäre ohne eine vorhergehende rechtswidrige Beweiserhebung nicht möglich gewesen.

3. Beweisverbote auch für Entlastungsbeweise?

Darf ein Beschuldigter sich auf entlastendes Beweismaterial berufen, wenn die Polizei dieses in einer nicht genehmigten verdeckten Ermittlung oder auch durch Anwendung folterähnlicher Methoden bei einem Mitbeschuldigten erlangt hat?

In Bezug auf beide Fallkonstellationen bleibt das neue Gesetz stumm. Hier könnte man sich zwar – angesichts der recht umfassend angelegten Neuregelung – auf den Standpunkt stellen, es handle sich um ein «beredtes Schweigen» des Gesetzgebers. Mit anderen Worten: Durch die Nichtregelung sollte die Unterscheidung zwischen der Beweissammlung durch Hoheitsträger einerseits und Private andererseits aufgegeben werden und jede Beweissammlung an die Massgabe der StPO bin-

46 BSK-Gless, Art. 141 N 90.

47 Vgl. auch M. Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2009, 112.

48 So macht Schmid's Formel von der «*conditio sine qua non*» Sinn (vgl. Schmid [Fn. 6], 201 f.).

49 So richtigerweise BGE 133 IV 329; vgl auch Pieth (Fn. 47), 152.

den⁵⁰ resp. soll das Fehlen einer speziellen Regelung für Entlastungsbeweise zeigen, dass auch diese den Beweisverboten unterstehen. Allerdings spricht viel mehr dafür, dass der Gesetzgeber diese Fragen offengelassen und einer weiteren Diskussion in Lehre und Rechtsprechung überlassen hat.

Die früher wohl herrschende Meinung liess Beweisverbote nur zugunsten, nicht zulasten des Angeklagten eingreifen.⁵¹ Dagegen könnte nun die gesetzliche Regelung in Art. 140 Abs. 2 StPO angeführt werden, nach der die beschuldigte Person nicht in die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden einwilligen kann, sowie die Vorgaben über die Durchsetzung eines Beweisverbotes in Art. 141 Abs. 5 StPO.⁵² Denn, wenn eine Aufzeichnung über ein unverwertbares Beweismittel aus den Strafakten entfernt und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten wird, kann es auch nicht zugunsten des Beschuldigten eingeführt werden. Doch liesse sich dieses Problem etwa durch Verfahrenstrennung lösen. Letztlich entscheidend ist das Argument, dass eine Ausdehnung der Beweisverbote auf Entlastungsbeweise letztlich zur Konsequenz hat, dass es in der Hand der Strafbehörden und deren Beachtung der Beweiserhebungsregeln liegt, ob ein entlastendes Beweismittel verwertbar oder unverwertbar ist.

V. Fazit

Strafrechtsfälle, in denen Beweisverbote eine massgebliche Rolle spielen, werden auch künftig Gesprächsstoff für hitzige Diskussionen in der Öffentlichkeit sowie zwischen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft sein. Ob die neuen gesetzlichen Regelungen etwas am Inhalt der Diskussion ändern werden, hängt vor allem auch von der Aufgeschlossenheit der Praxis ab, nicht nur gegenüber den neu eingeführten gesetzlichen Regelungen, sondern auch gegenüber alter und neuer Kritik an Schwachpunkten der Rechtspraxis der Beweisverbotslehre. Allenfalls braucht es neue Lösungsansätze, um der grundsätzlichen Zielbestimmung der Beweisverbote gerecht zu werden: der Sicherung einer zuverlässigen Sachverhaltsfeststellung in einem fairen Verfahren.

50 *Schenk/Schweiz*, Urteil vom 12. Juli 1988, Serie A, Bd. 140.

51 Zürich SJZ 1975, 62; *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 23), § 60 Rn. 13; offengelassen: *Schmid* (Fn. 6), Rn. 606 Fn. 14.

52 *Donatsch/Cavegn* (Fn. 30), 166 f.