

Sonderdruck aus:

Festschrift für Friedrich Dencker

zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Wilhelm Degener und Michael Hegmanns



Mohr Siebeck 2012

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
<i>Anna Helena Albrecht</i> Überlegungen zur Behandlung gesetzesergänzender Rechtsprechung	1
<i>Wilhelm Degener</i> Zwei Anmerkungen zum „strafprozessualen Beschleunigungsgebot“	23
<i>Mark Deiters</i> Kritik der gegenwärtigen Deutung des § 219 StPO	53
<i>Dirk Fabricius</i> Aufklärung – ein erodierendes Ziel?	71
<i>Wolfgang Frisch</i> Rechtsmittelverzicht, Rechtsmittelrücknahme und Absprachen. Institute des Rechtsmittelrechts im Spannungsfeld der Absprachepraxis und ihrer Legalisierung	95
<i>Helmut Frister</i> Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme	119
<i>Sabine Gless</i> Verwertungsverbote im Schweizer Strafprozess	135
<i>Rainer Hamm</i> Urteil oder Vergleich? – § 257c StPO und die Wahrheitssuche	147
<i>Michael Hegemanns</i> Strafmilderungen für Geständnis oder Kooperation?	155
<i>Günter Jerouschek</i> Beschneidung – Heileingriff, religiöses Gebot oder strafbare Körperverletzung?	171

<i>Rainer Keller</i> Auslieferung und Grundrechte	183
<i>Wilfried Küper</i> Der „erpresserische“ oder „betrügerische“ Hehler und die „allgemeinen Sicherheitsinteressen“	203
<i>Julio B. Maier</i> Auf dem Wege zu einem neuen Verfahren in der Entscheidungskontrolle?	221
<i>Tido Park</i> Der Zeugenbeistand im Strafverfahren	233
<i>Wolfram Reiß</i> Neuregelung der Straffreiheit durch Selbstanzeige nach dem Schwarzgeldbekämpfungsgesetz	249
<i>Martin Schubarth</i> Inzestverbot und Verfassung	273
<i>Heribert Schumann</i> Notwehr gegen Unterlassen?	287
<i>Ulrich Stein</i> Fahrunsicherheit	307
<i>Moritz Vormbaum</i> Beschwerde gegen freiheitsbeschränkende Beschlüsse im Strafverfahren	343
<i>Thomas Vormbaum</i> Verdächtig: Der Tatbestand der falschen Verdächtigung (§ 164 StGB) und seine Auslegung	359
Schriftenverzeichnis von Friedrich Dencker	373
Autorenverzeichnis	377

Verwertungsverbote im Schweizer Strafprozess

Sabine Gless

I. Einleitung

Die Dogmatik strafprozessualer Beweisverbote gehört zum zentralen wissenschaftlichen Werk von *Friedrich Dencker*. Seine Dissertation zu Verwertungsverboten im Strafprozess¹ hat grundlegend zur Entwicklung des Konzepts selbstständiger Verwertungsverbote im deutschen Strafprozessrecht beigetragen. Heute wird die Berechtigung dieser Beweisbeschränkung in der – immer noch kontrovers geführten – Diskussion um die Legitimation bestimmter Beweisverbote nicht mehr in Frage gestellt. Doch die Beweisverbotslehren an sich sind und bleiben ein umstrittenes und eng beackertes Feld deutscher Strafrechtswissenschaft, das immer neue Fragen aufwirft.² *Dencker* hat seine Antworten auf die unterschiedlichen Fallkonstellationen stets an dem von ihm ermittelten Zweck der Beweisverbote gemessen: Ihm erschien als „einzig plausible und rechtssystematisch passende Erklärungsmöglichkeit“, dass „Verwertungsverbote dazu dienen, den Einfluss des im Beweisverbotsverstoß enthaltene Unrechts auszuschalten, um so die sonst drohenden Strafzweckstörungen vor allem generalpräventiver Strafzwecke zu verbinden“.³ Diese Zweckbestimmung hat Eingang in die Diskussion gefunden. In den 35 Jahren seit Erscheinen der Arbeit zu Verwertungsverboten im Strafprozess hat sich das Kaleidoskop der Rechtfertigung von Beweisverboten jedoch verbreitert und verfeinert. Trotz – oder vielleicht gerade wegen – der Vielfältigkeit der Beweisverbotsdogmatik hat der deutsche Gesetzgeber dieses Feld weitgehend dem Schrifttum und der Rechtsprechung überlassen.

In der Schweiz hingegen, wo bis zum Jahr 2011 insgesamt 29 verschiedene Strafprozessordnungen galten, hat der Gesetzgeber im Verlauf der Vereinheitlichung der kantonalen Strafverfahrensordnungen in einer Schweizer Strafprozessordnung (CH-StPO)⁴ eine allgemeine gesetzliche Regelung zur Normie-

¹ *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977.

² Vgl. dazu etwa: *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, 2011; *Gless*, Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, *JR* 2008, 317; *Jahn*, Ständige Deputation des Deutschen Juristentages 2008; *Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2009, S. 146ff.

³ *Dencker* (Fn. 1), S. 72.

⁴ SR 312, abrufbar unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/c312_0.html.

rung von unselbständigen Beweisverwertungsverboten und deren möglicher Fernwirkung geschaffen. Das ist eine Pionierleistung in Europa,⁵ die angesichts der vielfältigen Traditionen der verschiedenen kantonalen Rechtsordnungen nicht hoch genug geschätzt werden kann.⁶

Die Schweizer Regelung ruht auf verschiedenen, unter anderem auch general-präventiven Gedanken,⁷ wie sie *Friedrich Dencker* herausgearbeitet hat, zieht jedoch nicht die Konsequenz einer gesetzlichen Regelung selbständiger Verwertungsverbote, wohl aber einer Fernwirkung von Beweisverboten.

II. Beweisverwertungsverbote in der Schweizer StPO

Das Schweizer Gesetz unterscheidet – wie andere europäische Rechtsordnungen – zwischen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten.⁸ Allerdings betitelt es nur die „Verbotenen Beweiserhebungsmethoden“ in Art. 140 CH-StPO entsprechend. Diese lauten:

¹ Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt.

² Solche Methoden sind auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt.

Art. 141 CH-StPO hingegen, die zentrale Regelung der Beweisverbote, ist nicht mit „Beweisverwertungsverbote“, sondern mit „Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise“ überschrieben. Dort steht:

¹ Beweise, die in Verletzung von Artikel 140 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet.

² Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.

³ Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar.

⁵ *Rogall*, Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß, JZ 1996, 944.

⁶ Zum Gesetzgebungsprozess vgl. etwa *Gless*, „Aus 29 mach 1“ – Vereinheitlichung der Strafprozessordnungen in der Schweiz, ZStW 113 (2001), 419ff.

⁷ *Gless*, in: *Niggli u. a. (Hrsg.)*, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2011 (zitiert: BSK StPO), Art. 139 N 27.

⁸ Ein Überblick der Systematisierungsansätze findet sich u.a. bei: *Bénédict*, Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, 1994, S. 97 ff.; *Formito*, Private Beweisbeschaffung in der Schweiz, Diss. St. Gallen, 2000, S. 52 ff. und 248 ff.; *Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2009, N 783 ff.; *Wohlers*, in *Donatsch u.a.*, Zürcher Kommentar zur Strafprozessordnung, 2009 (zitiert: ZH StPO), Art. 141 Rn. 4 ff.

⁴ Ermöglichte ein Beweis, der nach Absatz 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.

⁵ Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise werden aus den Strafakten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet.

Art. 141 CH-StPO ist als allgemeine Regelung der Beweisverwertungsverbote angelegt. Doch die Diskussion um die Berechtigung und Reichweite bestimmter Verwertungsverbote kann sie auch nicht endgültig beenden, denn die (von der herrschenden Meinung getragene) Grundaussage, dass nicht auf *jede* rechtswidrige Beweiserhebung ein Verwertungsverbot folgt, hat eben die bekannte Konsequenz, dass über die Folgen eines Verfahrensverstoßes immer wieder im konkreten Einzelfall entschieden werden muss. Dieses Dilemma kann auch die Regelung des Art. 141 CH-StPO nicht lösen.

1. Verwertbarkeit und Unverwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise?

Tatsächlich regelt Art. 141 CH-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.

Diese Regelung knüpft an die Judikatur des Schweizer Bundesgerichts an, das seit fast vierzig Jahren⁹ zwischen echten *Gültigkeitsvorschriften* und bloßen *Ordnungsvorschriften* differenziert. Ob diese Unterscheidung überhaupt möglich und letztlich sinnvoll ist, bleibt umstritten, denn eine Differenzierung zwischen Vorgaben, die ausschließlich oder vorrangig den Schutz des Beschuldigten intendieren – und damit als *Gültigkeitsvorschriften* firmieren – und jenen, die „in erster Linie der äusseren Ordnung des Verfahrens“ dienen, ist eben im Einzelfall nur schwer möglich.¹⁰

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

Die Prämisse, dass nicht jede Rechtsverletzung bei der Beweiserhebung auch sanktioniert wird, hat Konsequenzen für die Beweisverwertung, wobei die Auswirkungen in den einzelnen Fallkonstellationen ganz unterschiedlich sein

⁹ Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichts (BGE) 96 I 437, 441.

¹⁰ Vgl. im einzelnen *Pieth* (Fn. 2), S. 152; *Schmid* (Fn. 8), N 794 f.; *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2006, § 60 Rn. 7 ff.; *Maurer*, Das bernische Strafverfahren, 2003, S. 38; *Oberholzer*, Grundzüge des Strafprozessrechts, dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen, 2. Aufl. 2005, Rn. 804, sowie unten II. 2.b).

können, wie die in Art. 141 Abs. 1 und Abs. 2 CH-StPO statuierten Beweisverbote zeigen.¹¹

a) Absolute Unverwertbarkeit bei verbotenen Beweiserhebungsmethoden (Art. 141 Abs. 1 CH-StPO)

Beweismittel, die durch unerlaubte Vernehmungsmethoden gewonnen wurden, also nach Art. 140 CH-StPO verboten sind, oder deren Unverwertbarkeit durch die StPO selbst („dieses Gesetz“) angeordnet wird, sind „*in keinem Falle verwertbar*“.

Darüber hinaus schließen ausdrückliche Regelungen der Schweizer StPO bestimmte rechtswidrig erlangte Beweismittel in jedem Falle aus. Das gilt etwa für Erkenntnisse, die in den folgenden Konstellationen gewonnen wurden:

- Beschuldigteneinvernahmen, die ohne Hinweis auf deren Rechte durchgeführt wurden (vgl. Art. 158 Abs. 2 CH-StPO¹²);
- Zeugeneinvernahmen, die ohne Hinweis auf die Zeugnisverweigerungsrechte erfolgten, sofern sich ein Zeuge nachträglich auf das Zeugnisverweigerungsrecht beruft (Art. 177 Abs. 1, Satz 2 CH-StPO, Art. 177 Abs. 3, Satz 2 CH-StPO);
- Informationen, die unter Verletzung eines Berufsgeheimnisses nach Art. 170–173 CH-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 Zwangsmassnahmengericht die Zusicherung (nachträglich) verweigert (Art. 150 Abs. 3 CH-StPO);
- Ergebnisse aus nicht genehmigten Überwachungen von Post- und Fernmeldeverkehr (Art. 277 Abs. 2 CH-StPO);
- Ergebnisse aus nicht genehmigten Überwachungen mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 281 Abs. 4 i. V. m. Art. 277 Abs. 2 CH-StPO);
- Ergebnisse aus nicht genehmigten verdeckten Ermittlungen (Art. 289 Abs. 6 CH-StPO, beachte die Sonderregelung für Zufallsfunde in Art. 296 CH-StPO);
- Informationen, die als Zufallsfunde gewonnen wurden (Art. 278 Abs. 4 CH-StPO, Art. 278 Abs. 5 CH-StPO).

¹¹ Es gibt aber auch außerhalb von Art. 141 CH-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.

¹² Vgl. dazu in den Gesetzesmaterialien Botschaft BBl 2006, 1183, 1193.

b) Relative Unverwertbarkeit bei Verletzung von Gültigkeitsvorschriften oder Begehung von Straftaten (Art. 141 Abs. 2 CH-StPO)

Demgegenüber sind nach der gesetzlichen Regelung Beweismittel, die in strafbarer Weise¹³ 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 ständige Rechtsprechung des Schweizer 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.¹⁴ Die Rechtsprechung hat als Gültigkeitsvorschriften jene klassifiziert, die ausschließlich oder vorrangig den Schutz des Beschuldigten intendieren.¹⁵ Ordnungsvorschriften sollen demgegenüber „in erster Linie der äusseren Ordnung des Verfahrens“ dienen.¹⁶

Dass diese Abgrenzung nicht immer zu einem befriedigenden Ergebnis führt, wird in der Literatur schon lange bemängelt und zeigt etwa der durch das Bundesgericht entschiedene Fall einer Hausdurchsuchung in Abwesenheit des Wohnungs inhabers: Das Schweizer Gericht hat die Unverwertbarkeit der dadurch erlangten Beweismittel abgelehnt,¹⁷ weil die Anwesenheitsvorschriften nicht vorrangig dem Schutz des Beschuldigten dienten.

Eine Differenzierung zwischen Ordnungsvorschriften einerseits – und Gültigkeitsvorschriften andererseits – wie jetzt in Art. 141 Abs. 2 und 3 CH-StPO verankert – lädt eben in gewisser Weise zur Verletzungen derjenigen Verfahrensvorschriften ein, die als bloße Ordnungsvorschriften qualifiziert werden.¹⁸ Und auch das neue Recht gibt keine trennscharfen Kriterien vor, um Gültigkeitsvorschriften und Ordnungsvorschriften zu unterscheiden,¹⁹ und ahndet

¹³ Zu Verwertungsverboten nach kantonaler Rechtsprechung: *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 10), § 60 Rn. 11a.

¹⁴ Zur Kritik vgl.: *Fornito* (Fn. 8), S. 239ff.; *Gless*, in: BSK StPO (Fn. 7), Art. 141 Rn. 74; *Wohlers*, in: ZH StPO, (Fn. 8), Art. 141 Rn. 21 und 25.

¹⁵ *Gless*, Beweisverbote und Fernwirkung, ZStrR 2010, 149; *Schmid* (Fn. 8), N 795.

¹⁶ *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 10), § 60 Rn. 7ff.; *Maurer* (Fn. 10), S. 38; *Oberholzer* (Fn. 10), Rn. 804.

¹⁷ BGE 96 I 437.

¹⁸ Hier scheint zwar Einigkeit darüber zu bestehen, dass die Verletzung von Ordnungsvorschriften sanktionslos bleiben kann (vgl. *Ruckstuhl*, Rechtswidrige Beweise sind erlaubt, plädoyer 2006, 15, 20), doch eine Begründung dafür fehlt.

¹⁹ Nach den Gesetzgebungsmaterialien 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

die Verletzung von Gültigkeitsvorschriften nicht mit einem strikten Verwertungsverbot. Vielmehr bestimmt Art. 141 Abs. 2 CH-StPO – wie bereits erwähnt –, dass die in Verletzung einer „normalen Gültigkeitsvorschrift“ erlangten Beweismittel zwar *grundsätzlich* unverwertbar sind, eine Ausnahme aber gilt, wenn ihre Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist. Bereits vor Inkrafttreten der gesamtschweizerischen StPO wurde moniert, dass dies in bestimmten Fällen zur „flexiblen Handhabung von Verfahrensregeln“ animieren könne.²⁰

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 einerseits die zu beurteilende Straftat ist, denn umso eher überwiege das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das Interesse des Angeklagten an der Nichtverwertung.²¹ So lässt sich die Schweizer Rechtsprechung erklären, nach der eine ungenehmigte GPS-Überwachung zur Überführung einer Autoknackerbande zu verwertbaren Beweisen führt, das geblitzte Bild aus der unbefugt bedienten Radaranlage aber nicht.²²

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 CH-StPO ist.²³ 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,²⁴ wird zu Recht gefordert, dass eine beschuldigte Person gerade Schutz verdient, wenn wegen Verdachts der Begehung einer schweren Straftat ermittelt wird.²⁵ 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.²⁶ Ganz davon abgesehen, erschüttert der Rückgriff der Behörden auf unrechtmäßig erlangte Beweise das Vertrauen

ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor.“ Botschaft, BBl 2005 1184.

²⁰ Vgl. dazu *Oberholzer* (Fn. 10), Rn. 809; *Ruckstuhl* (Fn. 18), plädoyer 2006, 17.

²¹ BGE 130 I 126, 132 mit Verweis auf BGE 109 Ia 244; BGE 120 Ia 314; BGE 131 I 272, 27 m. w. N.; Schweizer Bundesgericht BGer 1P.51/2007 vom 24. 9. 2007.

²² Schweizer Bundesgericht BGer 1P.51/2007 vom 24. 9. 2007 sowie BGer 6B_744/2007 vom 10. 4. 2008.

²³ Vgl. *Donatsch/Cavegn*, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, 166.

²⁴ *Donatsch/Cavegn* (Fn. 23), ZStrR 2008, 165.

²⁵ Vgl. nur *Vest/Eicker*, Aussageverweigerungsrecht und Beweisverwertungsverbot, AJP 2005, 890f.; *Oberholzer* (Fn. 10), Rn. 809; *Fornito* (Fn. 8), S. 248ff.; *Ruckstuhl* (Fn. 18), plädoyer 2006, 150ff., 157.

²⁶ *Oberholzer* (Fn. 10), Rn. 808.

der Öffentlichkeit in eine rechtsstaatliche Strafrechtspflege.²⁷ Ohnehin ist die ausnahmsweise Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise bei Verdacht auf schwere Straftaten immer durch die Verpflichtung in Art. 3 CH-StPO, durch das Gebot von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs beschränkt.

3. Fernwirkung gemäß Art. 141 Abs. 4 CH-StPO

Neu – auch für die Schweizer Strafverfahrensgesetze – ist die Regelung in Art. 141 Abs. 4 CH-StPO, der eine Fernwirkung von Beweisverboten statuiert:²⁸ Das heißt, es sind nicht nur die rechtswidrig erhobenen Beweise selbst unverwertbar, sondern auch diejenigen Beweismittel, die mit Hilfe eines unverwertbaren Beweismittels gewonnen wurden.

Mit der neuen Vorgabe hat der Gesetzgeber die bisherige Rechtsprechung in der Schweiz weiter entwickelt, 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 erhoben werden können. Während die frühere Praxis auf einer *ex post*-Rekonstruktion basierte,²⁹ verlangt Art. 141 Abs. 4 CH-StPO nun jedenfalls nach Ansicht der Literatur eine *ex ante*-Betrachtung folgender Art: Wenn die Strafverfolgungsbehörden im Zeitpunkt der Erhebung des Erstbeweises („*ex ante*“) nach dem Ermittlungsstand im konkreten Fall einen (Zweit-)Beweis 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.³⁰

Diese Interpretation der (in den Details noch nicht geklärten) Fernwirkung³¹ 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 in den Vereinigten Staaten zumeist recht eingeschränkt angewendet wird.³²

²⁷ *Gless*, in: BSK StPO, (Fn. 7), Art. 139 N 26f.

²⁸ *Donatsch/Cavegn* (Fn. 23), ZStrR 2008, 165; *Ruckstuhl* (Fn. 18), plädoyer 2006, 15, 18.

²⁹ BGE 96 I 337, 441, BGE 103 Ia 217; BGE 130 I 132, E.3.2; vgl. auch *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 10), § 60 Rn. 6; *Walder*, SJZ 1993, 191, 58; *Fornito* (Fn. 8), S. 259ff.; kritisch zu diesem doppelten Vorbehalt: *Kiener*, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, ZBJV 2002, 671; *Vest/Eicker* (Fn. 25), AJP 2005, 883, 891.

³⁰ *Gless*, in: BSK StPO (Fn. 7), Art. 141, N 93 ff.; *Pieth* (Fn. 2), S. 151 f.

³¹ Vgl. dazu unten III. 1.

³² 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 in Fällen 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

III. Streitfragen

Der Schweizer Gesetzgeber wollte mit Art. 141 CH-StPO eine allgemein gültige Regelung schaffen. Gleichwohl bleiben verschiedene Fragen betreffend die Verwertungsverbote offen und müssen deshalb im Einzelfall wieder durch die Rechtsprechung entschieden werden.

Dabei ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen Fragen, welche der Gesetzgeber nicht in seine Regelung einbezogen hat – wie etwa die selbständigen Beweisverwertungsverbote – und neuen Fragestellungen, welche aus der kürzlich in Kraft getretenen gesetzlichen Regelung selbst folgen, etwa in Zusammenhang mit der Fernwirkungsregelung.

1. Reichweite der Fernwirkung von Beweisverboten

Noch nicht zur Zufriedenheit geklärt ist die auch von *Friedrich Dencker* bereits 1977 analysierte Fragestellung der Fernwirkung von Beweisverboten, wobei hier bereits die Formulierung des neuen Schweizer Gesetzes ungereimt erscheint. Denn Art. 141 Abs. 4 CH-StPO statuiert die Fernwirkung ausdrücklich nur für relative Beweisverbote nach Art. 141 Abs. 2 CH-StPO, nicht für die absoluten Verwertungsverbote nach Art. 141 Abs. 1 CH-StPO.

Diese Ungereimtheit ist nach allgemeiner Meinung mit einem „erst-recht“-Schluss dahingehend zu korrigieren, dass die Fernwirkung auch für die Beweismittel gilt, die mit Hilfe eines – nach Art. 141 Abs. 1 CH-StPO absolut unverwertbaren Beweismittels erlangt wurden.³³ Dafür spricht die Systematik und die Entstehungsgeschichte.³⁴ Eine Fernwirkung gilt damit für unverwertbare Beweismittel nach Art. 141 Abs. 2 CH-StPO und für unverwertbare Beweismittel nach Art. 141 Abs. 1 CH-StPO.

Auslegungsbedürftig ist ferner der in Art. 141 Abs. 4 CH-StPO etablierte Nexus zwischen illegaler Beweiserhebung und weiterer Beweissammlung: Was bedeutet es in der Praxis, wenn eine Fernwirkung davon abhängt, dass die Erhebung des weiteren Beweises, „ohne die vorhergehende rechtswidrige Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre“?

Dencker hat diese Frage für das deutsche Recht recht apodiktisch beantwortet: „Alle Beweismittel fallen unter das Verwertungsverbot, für dessen Erlangung der Beweisverbotsverstoß ursächlich ist“.³⁵

³³ „inevitable discovery“); *Harris/O’Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 2009, S. 314 ff.

³⁴ *Gless*, in: BSK StPO (Fn. 7), Art. 141 N 90; *Wohlers*, in: ZH StPO (Fn. 8), Art. 141 Rn. 15; *Häring*, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substanzelle Neuerungen?, ZStrR 2009, 250f.

³⁵ *Vgl.* auch *Pieth* (Fn. 2), S. 112.

³⁵ *Dencker* (Fn. 1), S. 80.

In diesem Sinne ist auch Art. 141 Abs. 4 CH-StPO auszulegen, und zwar mit Hilfe der bereits geschilderten *ex ante*-Betrachtung: Wenn die Strafverfolgungsbehörden einen (Zweit-)Beweis im konkreten Fall ohne den illegalen (Erst-)Beweis nicht gefunden hätten, so ist eine Verwertung untersagt.³⁶

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,³⁷ wenn in einem Verfahren gerügt wird, die Gewinnung eines bestimmten Beweismittels wäre ohne eine vorhergehende rechtswidrige Beweiserhebung nicht möglich gewesen.

2. Beweisverbote auch für Entlastungsbeweise?

Auch die von *Friedrich Dencker* diskutierte Frage,³⁸ ob sich ein Beschuldigter auf ein entlastendes Beweismaterial berufen kann, wenn dieses an sich einem Verwertungsverbot unterliegen müsste, etwa weil die Polizei in einer nicht genehmigten verdeckten Ermittlung oder durch Anwendung folterähnlicher Methoden bei einem Mitbeschuldigten Beweismittel erlangt hat, beantwortet das Schweizer Gesetz nicht ausdrücklich. 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 und jede Beweissammlung an die Maßgabe einer staatlichen Strafverfahrensordnung binden,³⁹ resp. soll das Fehlen einer speziellen Regelung für Entlastungsbeweise zeigen, dass auch diese den Beweisverboten unterfallen. Allerdings spricht viel mehr dafür, dass der Gesetzgeber diese Frage im Sinne *Denckers* beantworten würde:

Auch die früher wohl herrschende Meinung ließ Beweisverbote nur zu Gunsten, nicht zu Lasten des Angeklagten eingreifen, denn man ging grundsätzlich von einem Belastungs-, nicht von einem Entlastungsverbot aus.⁴⁰ Dagegen könnte nun lediglich die gesetzliche Regelung in Art. 140 Abs. 2 CH-StPO an-

³⁶ S.o. II. 3.

³⁷ So richtigerweise BGE 133 IV 329; vgl auch *Pieth* (Fn. 2), S. 152.

³⁸ *Dencker* (Fn. 1), S. 73 ff.

³⁹ *Schenk/Schweiz*, Urteil vom 12. Juli 1988, Serie A, Bd. 140.

⁴⁰ Zürcher Lassationsgericht, SJZ 1975, 62; *Hauser/Schweri/Hartmann* (Fn. 10), § 60 Rn. 13; offen gelassen: *Schmid*, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2004, Rn. 606 Fn. 14.

geführt 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 CH-StPO.⁴¹ Die erstgenannte Regelung dient aber bekanntermaßen ganz unterschiedlichen Zwecken.⁴² Nach der zweitgenannten Vorgabe müssen zwar Aufzeichnungen über ein unverwertbares Beweismittel aus den Strafakten entfernt und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten werden, so dass sich ein praktisches Problem stellt, wenn sie zu Gunsten des Beschuldigten in das Verfahren eingeführt werden sollen. Doch ließe sich dieses Problem auch praktisch, pragmatisch durch Aktenführung und Rechtsmittel lösen. 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.⁴³

IV. Fazit

Das Problemfeld der Beweisverbote ist seit der Veröffentlichung der Dissertation von *Friedrich Dencker* sicherlich nicht kleiner geworden.⁴⁴ In Deutschland ist dieses Feld immer noch weitgehend Rechtsprechung und Strafrechtslehre überlassen. In der Schweiz hat der Gesetzgeber mit der neuen Strafprozessordnung zwar gesetzliche Leitplanken geschaffen, dadurch aber nicht alle Probleme gelöst, sondern eben zum Teil auch wieder neue Fragestellungen aufgeworfen, die weiterhin Anlass zu kontroversen Diskussionen um Sinn und Zweck sowie Reichweite der Beweisverbote geben werden.

In der Zukunft wird hierbei wohl auch das von *Dencker* bereits vor 35 Jahren erkannte, aber bislang nicht ausreichend beachtete Problemfeld der Vorauswirkung von Beweisverboten eine große Rolle spielen: In seiner Dissertation lehnte *Dencker* eine Erstreckung eines Verwertungsverbots auf die der Hauptverhandlung vorgelagerten Entscheidungen noch ab.⁴⁵ Das Schweizer Bundesgericht hat diese Frage in einer ersten einschlägigen Entscheidung nach Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung offen lassen können.⁴⁶ Doch gerade diese Frage ist in der heutigen Praxis der Strafrechtssysteme in der Schweiz

⁴¹ *Donatsch/Cavegn* (Fn. 23), ZStrR 2008, 166f.

⁴² *Gless*, in: BSK StPO (Fn. 7), Art. 140 N 71.

⁴³ Mit Verweis auf die general präventive Funktion auch: *Dencker* (Fn. 1), S. 73f.

⁴⁴ *Dencker* (Fn. 1), S. 1.

⁴⁵ *Dencker* (Fn. 1), S. 76.

⁴⁶ Schweizer Bundesgericht BGer 1B_263/2010 vom 31.8. 2010; vgl. auch *Gless*, in: BSK StPO (Fn. 7), Art. 141 N 35; *Wohlers*, in: ZH StPO (Fn. 8), Art. 141 Rn. 13.

und in Deutschland, in denen aus verschiedensten Gründen in der Praxis immer mehr Verfahren *vor* Durchführung einer Hauptverhandlung erledigt werden, von maßgeblicher Bedeutung für die Wirkung von Verwertungsverboten im Strafprozess.

