

Strafrecht als ultima ratio

Gießener Gedächtnisschrift für
Günter Heine

Herausgegeben von
WALTER GROPP, BERND HECKER,
ARTHUR KREUZER, CHRISTOPH RINGELMANN,
LARS WITTECK und GABRIELE WOLFSLAST

Mohr Siebeck



Prof. Dr. Günter Heine
4.6.1952–25.6.2011

Strafrecht als ultima ratio

Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine

herausgegeben von

Walter Gropp, Bernd Hecker,
Arthur Kreuzer, Christoph Ringelmann,
Lars Witteck und Gabriele Wolfslast

Mohr Siebeck

Herausgeberin und Herausgeber danken den Sponsoren

Gießener Hochschulgesellschaft e. V.

Professur für Strafrecht, Völkerstrafrecht und Rechtstheorie der Universität Bern
(Prof. Dr. Hans Vest)

Criminalium Gießen e. V.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Albin Eser, M. C. J. (Freiburg)

Prof. Dr. Michael Faure (Maastricht und Rotterdam)

Volksbank Mittelhessen e. G.

Prof. Dr. Jürg-Beat Ackermann (Luzern)

Dr. Benno M. Hilgers, MBL, Geschäftsführer, Ford-Werke GmbH, Köln

RA Dr. Matthias Jünemann, Friedrich Graf von Westphalen & Partner (Freiburg)

Prof. Dr. Walter Perron (Freiburg)

ISBN 978-3-16-154565-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Am 25.6.2011 verstarb *Günter Heine* wenige Tage nach Vollendung seines 59. Lebensjahres nach kurzer schwerer, schon überwunden geglaubter Krankheit unerwartet und viel zu früh in Freiburg i. Br.

Nach dem Ersten Juristischen Staatsexamen, Tübingen 1976, nahm er zunächst eine Tätigkeit als wiss. Mitarbeiter am Tübinger Strafrechtslehrstuhl von *Albin Eser* auf. Nach dem Zweiten Staatsexamen 1979 kehrte er dorthin zurück, wirkte daneben aber bis 1994 als Rechtsanwalt in einer Wirtschaftskanzlei sowie als Gutachter in Wirtschafts- und Umweltstrafsachen.

Als *Albin Eser* 1982 dem Doppelruf der Max-Planck-Gesellschaft und der Universität Freiburg folgte, zog *Günter Heine* mit nach Freiburg und wurde mit dem Schweiz-/Österreich-Referat am MPI für ausländisches und internationales Strafrecht betraut. 1987 promovierte er bei *Albin Eser* mit der Arbeit „Tötung aus niedrigen Beweggründen“ summa cum laude. Die Habilitation, betreut von *Detlef Krauß*, erfolgte 1994 durch die Universität Basel mit der Habilitationsschrift „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen“.

Seine wissenschaftliche Prägung erfuhr *Günter Heine* 1982–1994 am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Zu seinen Arbeits- und Forschungsschwerpunkten zählten das *Umweltstrafrecht* (Forschungsprojekt am MPI 1984 ff., DJT-Hauptgutachten beim 57. Deutschen Juristentag, Mainz 1988), das *Unternehmensstrafrecht* (Habilitationsschrift 1995) und der Problembereich *Lebensschutz durch Strafrecht* (Dissertation 1987, Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, 193 ff.). Außerdem knüpfte *Heine* während seiner Freiburger Zeit weltweit wissenschaftliche Kontakte, die er bis zu seinem Lebensende pflegte.

Noch im Jahr seiner Habilitation 1994 wurde *Günter Heine* zum Universitätsprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden ernannt. Ab 1996 hatte er den Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Strafrecht und Strafprozessrecht mit Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen inne, bis er 2001 als Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht an die Universität Bern wechselte.

Der vorliegende, von Gießener Weggefährten herausgegebene und dem Andenken *Günter Heines* gewidmete Band enthält Beiträge von Personen, die mit ihm an den vielen Stationen seines Lebens (Freiburg, Basel, Dresden,

Gießen, Bern) zusammengearbeitet haben, sei es als Kolleginnen und Kollegen, Mitarbeiter oder Gastwissenschaftler. Die Arbeiten spiegeln neben seiner Persönlichkeit das reichhaltige wissenschaftliche Œuvre *Heines* wider, welches durch das Leitmotiv, das Strafrecht ernst zu nehmen, es gerade deswegen auf das Durchsetzbare und auf das Wesentliche zu begrenzen, es eben als ultima ratio zu verstehen, geprägt erscheint. Im Mittelpunkt stehen *Umweltstrafrecht*, *Strafbarkeit von Unternehmen* und *Tötungsdelikte*. Es finden sich aber auch Abhandlungen zu Fragen des Allgemeinen Teils, zum Wirtschaftsstrafrecht, zum Medizinstrafrecht, zu den Menschenrechten, zum Internationalen und Völkerstrafrecht, zum Strafprozessrecht und zur Kriminalpolitik. Und es haben – dem besonderen Charakter einer Gedächtnisschrift entsprechend – auch Beiträge Aufnahme in den Band gefunden, in denen die besondere persönliche Verbundenheit mit *Günter Heine* zum Ausdruck kommt.

Herrn Dr. *Franz-Peter Gillig* danken die Herausgeber für die Aufnahme der Gedächtnisschrift in das Programm des Verlags Mohr Siebeck. Herrn Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jurist *Robert Metz* (Professur Gropp, Gießen) sei ein ganz besonderer Dank gesagt für die aufopferungsvolle Übertragung der Beiträge in die Druckformatvorlage.

Gießen, im Frühling 2016

Walter Gropp
Bernd Hecker
Arthur Kreuzer
Christoph Ringelmann
Lars Witteck
Gabriele Wolfslast

Inhalt

Vorwort	V
<i>Jürg-Beat Ackermann/Laura Baumann</i>	
Bestechung Privater	1
<i>Jörg Arnold</i>	
Gedanken zum Zeitgeist zwischen Freiburg und Dresden	13
<i>Brun-Otto Bryde</i>	
Die Relevanz sozialer Menschenrechte	33
<i>Mauro Catenacci</i>	
Die Straftaten gegen die Umwelt im italienischen StGB zwischen Erwartungen und Wirklichkeit	47
<i>Byung-Sun Cho</i>	
Kollektivschuld im Strafrecht Südkoreas	57
<i>Albin Eser</i>	
Reform der Tötungsdelikte: zum Abschlussbericht der amtlichen Expertengruppe. Zugleich im Gedenken an Günter Heine	69
<i>Ulrich Fastenrath</i>	
Der Fall Tadić vor dem Internationalen Jugoslawientribunal. Ein Meilenstein nicht nur der Strafrechtsgeschichte	93
<i>Michael Faure</i>	
Günter Heine und das Umweltstrafrecht in Europa	111
<i>Sabine Gless</i>	
Gesetzliche Regelungen von Beweisverwertungsverböten – die Schweiz als Vorreiter?	127
<i>Walter Gropp</i>	
Unternehmen „Klinikum“ – Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Schäden bei chronischer Unterbesetzung	143
<i>Bernd Hecker</i>	
Sicherstellungsvereitelung gem. § 261 Abs. 1 StGB durch Vereinnahmung von Anwaltshonorar aus bemakeltem Auslandsvermögen?	163

<i>Marianne Johanna Hilf/Hans Vest</i> Reform des schweizerischen Umweltstrafrechts – eine Standortbestimmung	177
<i>Hans-Georg Koch</i> Unter welchen Voraussetzungen sind Altproben für medizinische Forschung nutzbar?	199
<i>Bernhard Kretschmer</i> Lebensmittelsicherheit, Rückverfolgbarkeit und strafrechtliche Verantwortung	221
<i>Arthur Kreuzer</i> Opferschutz und aktuelle Strafrechtsausweitungen	237
<i>Karl-Ludwig Kunz</i> Zur Verständigung des Strafrechts mit dem Publikum	261
<i>Otto Lagodny</i> Das Prinzip der „Gleichwürdigkeit“ im akademischen Alltag	271
<i>Walter Perron</i> Normativierung von Täuschung und Irrtum beim Abrechnungsbetrug – eine verfassungswidrige „Verschleifung“ gesetzlicher Tatbestandsmerkmale?	281
<i>Christoph Ringelmann</i> Kollektive Verantwortlichkeit	295
<i>Thomas Rotsch</i> Zur Notwendigkeit einer Dogmatik der Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zum Gegenstand objektiver Zurechnung	309
<i>Margret Spaniol</i> Rechtsschutz gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen. Bemerkungen zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 13. Oktober 2015, NJW 2015, 3671	323
<i>Stephen C. Thaman</i> Alkoholrausch und Schuld im Rechtsvergleich	339
<i>Markus Wagner</i> Völker(straf)rechtliche Überlegungen zu autonomen Waffensystemen	355
<i>Lars Witteck</i> Umweltstraftaten aus Unternehmen und besondere Pflichtenstellungen – gibt es Fortschritte?	369

Gabriele Wolfslast

Schweigepflicht vor Sicherheit? 389

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 397

Schriftenverzeichnis Günter Heine 399

Gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverböten – die Schweiz als Vorreiter?

Sabine Gless

I. Einleitung

Günter Heine hat als Mittler zwischen Deutschland und der Schweiz viele Themen aufgegriffen, die diesseits und jenseits der Grenze die Menschen bewegten.¹ Dazu war er als Strafrechtswissenschaftler mit Sitz in beiden Staaten prädestiniert und durch seine Anteilnahme am rechtspolitischen Geschehen in besonderer Weise befähigt. In der grenzüberschreitenden Kommunikation und in der Auseinandersetzung mit dem jeweiligen nationalen Strafrecht hatte er gleichzeitig immer die europäische Idee als Ziel vor Augen.²

Eine der grenzübergreifenden Debatten, in die sich *Günter Heine* eingemischt hat, drehte sich um Beweisverwertungsverböte. Auslöser war nicht etwa der Kodifikationsprozess in der Schweiz durch die eidgenössische Strafprozessordnung (CH-StPO³), sondern der Ankauf sog. Steuerdaten-CDs durch deutsche Behörden.⁴ *Günter Heine* hat in Zusammenhang mit den sog. Steuerdaten-Affären den „unbefriedigenden Zustand“ des Rechts der Beweisverböte in Deutschland moniert,⁵ wie das auch Juristen aus Deutschland tun.⁶ Trotz der Einigkeit über den Missstand hat die gesetzliche Fassung der Beweisver-

¹ *G. Heine*, Beweisverböte und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis, HRRS Dezember 2009, 540ff.

² *G. Heine*, Umweltrecht in der Praxis, 2011, 95, 115; *G. Heine*, in: FS für Stefan Trechsel, Zürich 2002, 237, 252; *G. Heine*, ZStR 119 (2001), 22, 27.

³ 312.0 SR (abrufbar unter <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html>).

⁴ *V. Delmon/M. A. Niggli*, Verkaufen und Kaufen von strafbar erlangten Bankkundendaten durch ausländische Behörden als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen, Jusletter 8. November 2010; *A. Eicker*, Zur Strafbarkeit des Kopierens und Verkaufens sowie des Ankaufens von Bankkundendaten als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen, Jusletter 30. August 2010; LG Bochum, Beschluss vom 7.8.2009 – 2 Qs 2/09 = NStZ 2010, 351 f.; *Ch. Coen*, NStZ 8 (2011), 241; *B. Schünemann*, NStZ 6 (2008), 305; *U. Sieber*, NJW 13 (2008), 881; *G. Trüg/J. Habetha*, NJW 13 (2008), 887; *G. Trüg*, StV 2 (2011), 111.

⁵ *G. Heine* (o. Fußn. 1), 540, 541, mit Verweis u. a. auf *M. Jahn*, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböte im Spannungsfeld usw., Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag 2008 (2008), C 21.

⁶ Vgl. dazu etwa *M. Jahn* (o. Fußn. 5), C 31 ff., C 47 ff.

wertungsverbote in der Schweiz in Deutschland bisher vergleichsweise wenig Beachtung gefunden. Das erstaunt, da die Schweizer Regelung durchaus Vorbildfunktion für Deutschland entfalten könnte.⁷

Der deutsche Gesetzgeber legt bisher nur für wenige Fälle ausdrücklich fest, dass bei Verletzung einer Verfahrensvorschrift ein Verwertungsverbot eingreifen solle.⁸ Demgegenüber hat der Schweizer Gesetzgeber, als er 2011 die 29 verschiedenen Strafprozessordnungen in der Schweiz (mit ihren vielfältigen Beweisverbotsregelungen)⁹ durch eine gemeinsame Schweizerische Strafprozessordnung ablöste, Grundsatzregeln für die „Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise“ aufgestellt.¹⁰

Dass der deutsche Gesetzgeber sich bisher nicht zu einer solchen Regelung entschließen konnte, könnte in absehbarer Zukunft auch mit Blick auf die europäische Entwicklung zum Problem werden. Denn das EU-Recht setzt sich zum Ziel, eine gegenseitige Anerkennung justizieller Entscheidungen möglichst auch im Beweisrecht zu etablieren.¹¹ Dieses Vorhaben könnte zu einer komplexen Regelung führen, die letztlich auch Beweisverbote betreffen wird. Damit stellt sich die Frage, ob es für die Zukunft, wenn nicht notwendig, so doch hilfreich wäre, im deutschen Strafprozessrecht – ebenso wie in anderen europäischen Strafverfahren – klare gesetzgeberische Vorgaben zu Verwendbarkeit und Verwertbarkeit von Beweismitteln festzulegen. Damit würde sowohl innerstaatlich als auch für die grenzüberschreitende Strafverfolgung in der EU mehr Rechtssicherheit geschaffen. Könnte das Schweizer Modell Vorbild für eine entsprechende Gesetzgebung in Deutschland, oder gar für weitere europäische Staaten sein? Diese Frage steht im Zentrum der folgenden Ausführungen.

II. Regelung der Beweisverwertungsverbote in der Schweiz

Als der Schweizer Gesetzgeber nach fast zwei Jahrzehnten Vorarbeit eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung (CH-StPO)¹² in Kraft gesetzt hat, skizzierte er mit drei Regelungen, wie und warum Informationsquellen als Beweismittel in Strafverfahren dienen sollten oder auch nicht.¹³ Zunächst

⁷ Vgl. dazu etwa *M. Jahn* (o. Fußn. 5) C 31 ff., C 47 ff.

⁸ So bspw. in § 100g Abs. 4 StPO.

⁹ *S. Gless*, ZStW 2013, 587 f.

¹⁰ Art. 141 Schweizer StPO, siehe unten.

¹¹ Vgl. Art. 82 Abs. 2 AEUV.

¹² Abrufbar unter <https://www.admin.ch>.

¹³ *S. Gless*, in: FS für Franz Riklin, Zürich 2007, 408 f.; *S. Gless*, in: FS für Friedrich Dencker, Tübingen 2012, 136 ff.

verpflichtet Art. 139 CH-StPO die staatliche Strafverfolgung zur materiellen Wahrheitssuche und gibt deshalb einen weitreichenden Beweisauftrag. Anschließend untersagt Art. 140 CH-StPO verbotene Beweiserhebungsmethoden (Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können), selbst wenn die betroffene Person einer Anwendung zustimmen würde. Art. 141 CH-StPO, der mit „Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise“ überschrieben ist, sieht in Abs. 3 tatsächlich die Verwertbarkeit von Beweismitteln vor, die rechtswidrig erlangt wurden, allerdings nur, wenn es sich um eine Verletzung sog. Ordnungsvorschriften handelt. Vorrangig regelt die Norm jedoch die Frage der Unverwertbarkeit bestimmter Beweismittel. Neben dem Umstand, dass man sich im Schweizer Recht überhaupt um eine generelle gesetzliche Regelung der Voraussetzungen und Konsequenzen von Verwertungsverboten bemüht, dürfte aus deutscher Sicht noch die Regelung einer Fernwirkung von Beweisverboten sein, sowie die Pflicht, Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise aus den Strafakten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten.¹⁴

Die Schweizer Strafprozessordnung ordnet die Vorschriften über die Verwertbarkeit von Beweismitteln nicht bestimmten Verfahrensabschnitten zu. Dieselben Regeln sind vielmehr von allen beteiligten Behörden und Gerichten zu beachten.¹⁵

Die komprimierte gesetzliche Regelung der Beweisverwertungsverbote hat – auch im europäischen Vergleich – Pioniercharakter.¹⁶ Art. 141 löst jedoch nicht alle Fragen der Beweisverwertungsverbote. Manche Fragen sollten der weiteren Diskussion in Praxis und Lehre überlassen werden, etwa die nach der Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Privatpersonen erlangt wurden.¹⁷ Andere wurden möglicherweise schlicht übersehen. Da es selbstverständlich keinen Katalog der absichtlich ungeregelten Fälle gibt, stellt sich auch heute immer wieder die Frage, ob das Fehlen eines ausdrücklich statuierten Beweisverwertungsverbots eine gewollte Lücke oder ein unabsichtliches Loch ist. Diese Fragestellung führt wieder zur Ausgangsfrage. Ist es an sich erstrebenswert, Beweisverbote durch eine generelle Gesetzesregelung zu fixieren?

¹⁴ Dazu Art. 141 Abs. 5 CH-StPO.

¹⁵ Dazu etwa S. Gless, in: BSK, Art. 139 Rdnr. 5; F. Frank, AJP 2012, 1274.

¹⁶ Vgl. etwa S. Schlegel, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung, Zürich 2010, 283; aus deutscher Sicht K. Rogall, JZ 2008, 818 ff., 830.

¹⁷ Botschaft 2005c, 1183.

III. Modellcharakter für andere Rechtsordnungen

Könnte die Schweizer Regelung als Modellregelung für andere europäische Staaten dienen, insbesondere für Deutschland?

1. Grundsätzliches

In ihrer Grundgestaltung ist die Schweizer Norm auf das Wesentliche reduziert und gleichzeitig flexibel. Sie kombiniert wenige generelle Regeln für das Eingreifen von Beweisverwertungsverböten mit einer Möglichkeit zu Verweisen auf Einzelfälle, in denen etwa die Verletzung spezifischer Ermittlungsregeln ein striktes Beweisverbot nach sich zieht. Inhaltlich steht sie – wie die gesamte Schweizer Strafprozessordnung – in der Tradition kontinentaleuropäischer Strafverfahren. Das bedeutet: Grundsätzlich räumt sie der Wahrheitsermittlung Vorrang ein. Beweisverwertungsverböte bedürfen einer besonderen Rechtfertigung; eine relevante Informationsquelle soll ausgewertet werden, wenn nicht überwiegende Gründe einen Ausschluss rechtfertigen.

Solche überwiegenden Gründe können sich insbesondere aus dem Wunsch nach Schutz individueller Rechtspositionen der von Strafverfolgungsmaßnahmen betroffenen Personen ergeben.¹⁸ Denn ein Verwertungsverbot kann eine Rechtsverletzung bei der Beweisgewinnung zwar nicht ungeschehen machen,¹⁹ verhindert jedoch eine weitere Verletzung durch die Beweisverwertung und wirkt präventiv.²⁰ Dieser letztere Aspekt einer Disziplinierungsfunktion der Beweisverwertungsverböte gegenüber staatlichen Organen, die üblicherweise dem Parteiverfahren des Common Law zugeordnet wird, ist – jedenfalls dem Sinn nach – auch für das instruktorische Verfahren in der Schweiz anerkannt.²¹

Nach einer vor allem in älterem Schweizer Schrifttum und Praxis²² vertretenen Meinung muss der strafende Staat gegenüber der beschuldigten Person ferner eine „sittliche Überlegenheit“ bewahren.²³ Diese Wahrung der Legitimation zum Strafen hat in zweierlei Hinsicht Bedeutung: Die beschuldigte Person soll nicht geltend machen können, sie sei aufgrund von Unrecht verurteilt worden und die Öffentlichkeit soll nicht das Vertrauen in die Integrität der Staats-

¹⁸ R. Hauser/E. Schweri/K. Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2005, § 60 Rdnr. 1; N. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Zürich 2012, Rdnr. 700 f.

¹⁹ Vgl. dazu insb. G. Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden 1993, 155.

²⁰ R. Fornito, Beweisverböte im Schweizerischen Strafprozess, Diss. St. Gallen 2000, 62.

²¹ OGer BE, ZBJV 1952, 83; vgl. a. H. Vest/A. Höhener, ZStrR 2009, 104; R. Fornito (o. Fußn. 20), 59 und 66.

²² ZR 74, Nr. 55, 140; ZR 90, Nr. 27 95; SG-GVP 1987, 132 ff.

²³ R. Hauser, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Basel 1984, 60 und 194; H. Schultz, SJIR 1967, 83; grundlegend: F. Stuckenberg, ZStW 1999, 454.

organe verlieren, weil diese, um den Willen kurzfristiger Ermittlungserfolge, das Recht missachten.²⁴

2. Generelle Regeln

Art. 141 CH-StPO unterscheidet in seinen beiden ersten Absätzen zunächst einmal zwischen absoluter und relativer Unverwertbarkeit: Erstere ist Konsequenz der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden²⁵ oder folgt auf ausdrückliche Anordnung durch die StPO (s. u. III.1.b). Ein relatives Beweisverbot kommt bei Verletzung einer sog. Gültigkeitsvorschrift (nicht einer bloßen Ordnungsvorschrift) in Betracht, selbst wenn die Beweissammlung strafbar²⁶ war: In Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift erlangte Beweismittel dürfen nur ausnahmsweise verwertet werden, wenn dies zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist. Diese Relativierung von Beweisverboten sowie die durch die Unterscheidung von bloßen Ordnungsvorschriften im Gegensatz zu echten Gültigkeitsvorschriften hat in der Schweiz eine kontroverse Debatte nach sich gezogen.²⁷ Diese entspricht der deutschen Debatte nach dem prominenten Beschluss des Großen Senats im Jahr 1958²⁸ um die Bedeutung einer „natürlichen Stufung von Verfahrensvorschriften“.²⁹

In gewisser Weise hat der Schweizer Gesetzgeber also lediglich in einer möglichst klaren und generellen Regelung zusammengefasst, was auch in anderen Rechtssystemen durch Rechtsprechung und Doktrin in vergleichbarer Weise etabliert worden ist.

3. Spezialfälle

Neben den generellen Regeln war es dem Schweizer Gesetzgeber ferner ein Anliegen, durch spezielle Vorgaben, in den Fällen, in denen aus seiner Sicht um übergeordneter Interessen Willen Beweismittel, die durch bestimmte Verfah-

²⁴ Vgl. R. Fornito (o. Fußn. 20), 59 ff.

²⁵ Siehe dazu Art. 140 CH-StPO.

²⁶ Diese Einschränkung dürfte eine Reflektion einer früheren Verurteilung der Schweiz durch den EGMR sein (Urteil vom 12.7.1988, 10862/84, Schenk v. Schweiz, §§ 46–48 = EuGRZ 1988, 390), nachdem Strafverfolgungsbehörden rechtswidrig ein Telefongespräch aufgezeichnet hatten; zur Problematik der Verwertbarkeit strafbar erlangter Beweise vgl. S. Gless, in: BSK-StPO, Art. 141 Rdnr. 40.

²⁷ Vgl. dazu BGE 130 I 126 131; BGer, 15.5.2013, 6B_684/2012, S. Gless, in: BSK, Art. 141, Rdnr. 67, 70 ff.; M. Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2012, 167.

²⁸ BGH (GrS) 21.1.1958, 11, 213, 214, GSSt 4/57; BGHSt 31.5.1968, 22, 170, 173 ff., 4 StR 19/68.

²⁹ Vgl. dazu etwa die Nachweise in BVerfG, 30.6.2005 – 2 BvR 1502/04; S. Gless, in: LR-StPO Band IV, Berlin 2007, § 136 Rdnr. 111; W. Wohlers, in: SK-StPO, 4. Aufl., Köln 2011, § 168a Rdnr. 41.

rensverstöße erlangt wurden, nicht in die strafprozessuale Sachverhaltsermittlung eingehen dürfen. Das trifft etwa im Fall der Verletzung von Regelungen bei der Durchführung bestimmter Ermittlungseingriffe zu, die besonders empfindlich in die Privatsphäre eingreifen, wie die geheime Telefonüberwachung, oder Eingriffe, die in besonderer Weise die Verteidigungsrechte beschneiden. Hier zeigt die praktische Erfahrung, dass viele Probleme gelöst werden, wenn der Gesetzgeber von vorneherein zwischen den Verfahrensverstößen differenziert und vorschreibt, in welchen Fällen eine Verletzung von Verfahrensregeln so gravierend erscheint, dass eine Güterabwägung ausgeschlossen und ein ausdrückliches Verwertungsverbot gilt. Es werden aber auch mit gesetzlichen Regelungen nicht mit einem Schlag alle Probleme gelöst.

Das zeigt etwa das Beweisverwertungsverbot für Beweisaufnahmen, die unter Verletzung sog. Teilnahmerechte der Parteien durchgeführt werden. Probleme ergaben sich hier insbesondere in Verfahren mit mehreren Mitbeschuldigten, in denen – theoretisch – jede Person bei jeder anderen Vernehmung – anwesend sein durfte,³⁰ und Beweise, die in Verletzung der Anwesenheitsrechte erhoben wurden, nicht zulasten der Partei verwertet werden dürfen, die nicht anwesend war.³¹ Gleichzeitig schrieb die Schweizer StPO aber vor, dass Personen getrennt vernommen werden können, ohne zu regeln, wie in diesem Fall mit Mitbeschuldigten umzugehen ist.³² Fraglich war damit, ob ein Verwertungsverbot auch greift, wenn in einem Strafverfahren mehrere Personen (mit-)beschuldigt werden und jeweils bei *jeder* Vernehmung eines Mitbeschuldigten ein Teilnahmerecht geltend gemacht wird.³³ In der Praxis haben sich vor diesem Hintergrund teilweise Umgehungsstrategien etabliert, etwa in Form von Trennungen von Verfahren. Diese werden zum Teil vom Schweizer Bundesgericht auch toleriert,³⁴ obwohl etwa Art. 29 Abs. 1 lit. b CH-StPO – aus verschiedenen Gründen – eine gemeinsame Strafverfolgung von Mittätern verlangt.³⁵

Ausdrückliche Verwertungsverbote finden sich in der Schweizer StPO zum Teil dort, wo man sie aus deutscher Sicht erwarten würde, etwa wenn Beschuldigtenvernehmungen *ohne Hinweis auf die jeweiligen Verfahrensrechte* durch-

³⁰ BGE 133 I 33, E. 3.1; BGer, 11.3.2013, 6B_333/2012.

³¹ Art. 147 CH-StPO. Dazu: F. Bommer, *Recht* 2010, 196 ff.; G. Godenzi, *ZStrR* 2011, 335; J.-M. Verniory, *Les droits de la défense*, Bern 2005, 208.

³² Vgl. G. Godenzi (o. Fußn. 31), 335 f.

³³ Vgl. Art. 147 Abs. 1 StPO; D. Schleiminger, in: BSK, Basel 2012, Art. 147, Rdnr. 5; W. Wohlers, in: ZHK, Zürich 2010, Art. 147 Rdnr. 5; A. Donatsch, *FP* 2012, 235 ff.; A. Noll, *Das Recht des Beschuldigten zur Teilnahme an Einvernahmen*, Bern 2013, 98 ff.

³⁴ BGer, 17.12.2015, 6B_611/2015, E. 1.3 f.

³⁵ Unter anderem, weil die gemeinsame Behandlung von Mittätern im selben Verfahren gem. Art. 29 CH-StPO als Konkretisierung des rechtl. Gehörs interpretiert wird, vgl. BGE 129 I 151, E. 3.1; BGE 131 I 476, E. 2.2.

geführt wurden (Art. 158 Abs. 2),³⁶ oder bei *Zeugenvernehmungen* ohne Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 177 Abs. 3 Satz 2).³⁷ Die Debatten über das mögliche Eingreifen von Beweisverwertungsverboten bei Verletzung von Beschuldigten- oder Zeugenrechten in der Vernehmung verlaufen im deutschen Schrifttum anders, weil Voraussetzungen und Rechtsfolgen im deutschen Recht nicht gesetzlich geregelt und damit höchst umstritten sind.³⁸

Einige der gesetzlichen Regelungen der Schweizer StPO mögen aus deutscher Sicht in ihrer Klarheit überraschen, etwa die strikte Unverwertbarkeit von Ergebnissen aus nicht genehmigten verdeckten Ermittlungen (Art. 289 Abs. 6) oder nicht genehmigten Telefonüberwachungen (Art. 277),³⁹ oder für Erklärungen, die eine Partei im Hinblick auf die Durchführung eines sog. abgekürzten Verfahrens abgegeben hat, wenn es anschließend doch zum ordentlichen Verfahren kam (Art. 362 Abs. 4).⁴⁰ Dass klare gesetzliche Regelungen komplexe Debatten⁴¹ und Rechtsunsicherheit ersparen, liegt auf der Hand. Auch wenn die auf umfängliche Regelung aller Ermittlungsmaßnahmen angelegten Schweizer Vorgaben in der Praxis gelegentlich zu einem Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden führte, das zumindest an der Grenze zu einer Umgehung lag, wie etwa in dem Fallspektrum von spontanen Scheinkäufen durch zivile Polizeipatrouillen bis zu komplexen Einsätzen verdeckt ermittelnder Polizeibeamter.⁴²

³⁶ Das gilt auch bei sog. Rollenwechseln, insbesondere, wenn eine Person zunächst als sog. Auskunftsperson vernommen wird, OG Zürich Beschl. 24.4.2013, UH120368 = fp 2013, 343 mit Anm. S. Gless, FP 2013, 346.

³⁷ M. Pieth (o. Fußn. 27), 168, selbst wenn sich ein Zeuge nachträglich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft.

³⁸ Vgl. etwa zur Frage, ob es im Falle einer Verletzung von Beschuldigten oder Zeugenrechten eines Widerspruchs gegen eine Beweisverwertung bedarf, BGH NJW 1992, 1463, 1465; 1996, 1547, 1550; 2006, 707, 708; 2007, 3587, 3588; S. Gless, in: LR-StPO, § 136a Rdnr. 73; W. Wohlers, in: SK-StPO, § 168a Rdnr. 41; R. Meixner, Das Widerspruchserfordernis des BGH bei Beweisverwertungsverboten, Hamburg 2015, 62 ff.

³⁹ BGE 133 IV 329 E. 4.4; BGE 138 IV 169, E. 3.1.

⁴⁰ Dazu etwa: M. Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess?, Bern 2013, 217 ff.

⁴¹ Etwa zur Frage, ob bei rechtswidriger Anordnung verdeckter Ermittlungen ein Beweisverwertungsverbot eingreift: BGHSt. 23.3.1996, 42, 103 (104) – 1 StR 685/95; P. Hauck, in: LR-StPO, § 110a, Rdnr. 59 ff.; J. Wolter, SK-StPO, § 110b Rdnr. 13; L. Meyer-Götsner/B. Schmitt, Strafprozessordnung, München 2015, § 110b Rdnr. 1; zur Frage, welche Rechtsfolge an die Unverwertbarkeit eines Geständnisses zu knüpfen ist, welche aufgrund einer Verständigung abgegeben wurde, M. Jahn, StV 2011, 497, 501; R. Seppi, Absprachen im Strafprozess – Der Versuch der Quadratur des Kreises, Hamburg 2011, 192.

⁴² Vgl. dazu etwa <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=48167>.

4. Offene Punkte und Kritik

Art. 141 CH-StPO regelt also generelle Fragen der Anwendung von Beweisverboten und macht spezifische Vorgaben für bestimmte Einzelfälle. Die Norm löst jedoch nicht alle Probleme der Verwertungsverbote.

So bleibt etwa die Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen im Schweizer Recht weitgehend unregelt, bis auf eine Sondernorm, welche die konfrontative Vernehmung von Auslandszeugen mit Rücksicht auf die EGMR-Rechtsprechung speziell regelt: Nach Art. 148 Abs. 1 CH-StPO gilt das Recht auf kontradiktorische Erörterung eines Beweismittels auch für Beweiserhebungen im Wege der Rechtshilfe im Ausland. Die Regelung verweist in Abs. 2 auf Art. 147 Abs. 4, wodurch ausdrücklich festgelegt wird, dass über Art. 148 Abs. 1 hinausgehende Einschränkungen bei Beweiserhebungen im Ausland im Rechtshilfeweg zu einem absoluten Verwertungsverbot führen.⁴³

Nicht ausdrücklich geregelt sind Voraussetzungen und Reichweite von Beweisverwertungsverböten, die nicht in der Strafprozessordnung niedergelegt sind, sondern sich aus anderen Gesetzen ergeben.⁴⁴ Das könnte sich in der Zukunft als Problem erweisen, denn insbesondere fehlt eine Aussage zu verfassungsrechtlich oder durch internationales Recht begründeten Beweisverwertungsverböten.⁴⁵ Dass gerade grund- und menschenrechtlich begründete Beweisverböte in Zukunft eine immer größere Rolle spielen dürften, erscheint vor allem aus zwei Gründen wahrscheinlich: Zum ersten, weil mit dem Ausbau grenzüberschreitender Strafrechtsverfolgung, den nationalen Gesetzen vorgelagerte Rechte mehr Bedeutung erhalten könnten.⁴⁶ Zum zweiten dürften mit der Digitalisierung unserer Lebenswelt immer neue (gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte) Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung möglich werden, deren Grenzen sich in näherer Zukunft wohl nur unter Bezug auf ein übergeordnetes dynamisch mitwachsendes Recht der informationellen Selbstbestimmung festgelegt werden können.⁴⁷

Doch selbst wenn Lücken in der gesetzlichen Regelung der Beweisverwertungsverböte bleiben, können diese mit Hilfe der gesetzgeberischen Vorgaben besser geschlossen werden, als wenn es gar keine anerkannte gesetzliche Richtlinie gibt.

⁴³ L. Ottinger, Jusletter 2009, III.2.

⁴⁴ Etwa Art. 67 Abs. 1 IRSG (Spezialitätsprinzip) oder Art. 183 Abs. 1 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG, SR 642.11).

⁴⁵ J. P. Müller/M. Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, 1002; L. Vetterli, FP 2008, 85 u. a. m. Hinw. auf EMRK-Vorgaben; vgl. auch M. Pieth (o. Fußn. 27), 45 f., 48, 168 f.

⁴⁶ S. Gless, Utrecht Law Review 9 (2013), 4, 94 ff.

⁴⁷ Vgl. S. Gless, in: BSK, Art. 139 Rdnr. 16; J. P. Müller/M. Schefer (o. Fußn. 46), 172 ff.; L. Vetterli, Gesetzesbindung im Strafprozessrecht, Diss. Zürich 2010, 145 ff.

5. Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten

Art. 141 Abs. 4 StPO statuiert eine Fernwirkung, indem nicht nur die illegal gesammelten (Erst-)Beweise, sondern auch diejenigen (Zweit-)Beweise unverwertbar sein sollen, deren Erhebung nur durch die unverwertbaren (Erst-)Beweise möglich war. Diese Vorschrift hat erst im letzten Moment Eingang in die Schweizer StPO gefunden und gibt seither Anlass für grundlegende Debatten und restriktive Rechtsprechung. Insbesondere der Nexus zwischen illegalem Erstbeweis und deshalb unverwertbarem Folgebeweis ist umstritten. Es stellt sich etwa die Frage: Muss ein illegal erhobener Erstbeweis *conditio sine qua non* für den Zweitbeweis sein? Oder ist eine Art ex post-Rekonstruktion auf der Grundlage eines theoretisch-hypothetisch rechtmässigen Ermittlungsverlaufs möglich?⁴⁸ Nimmt man das gesetzgeberische Anliegen ernst, so muss maßgebliche Perspektive die Sicht der Strafbehörden vor Erlangung des illegalen Beweises sein.⁴⁹ Ausschlaggebend ist, ob die Strafverfolgungsbehörden nach den konkreten Umständen des Einzelfalls den Zweitbeweis mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch ohne Kenntnis des illegal erhobenen Erstbeweises erlangt hätten.⁵⁰

Dies entspricht in der Grundidee der „*fruit of the poisonous tree*“-doctrine im U.S.-Recht, an der sich der Schweizer Gesetzgeber auch orientieren wollte. Danach erstreckt sich ein Beweisverbot nicht nur auf die direkten Früchte einer illegalen Beweissammlung, sondern auch auf deren Sprösslinge.⁵¹ Diese Doktrin hat zwar in den U.S.A. in verschiedener Hinsicht starke Einschränkungen erfahren: (a) durch die „*independent source doctrine*“, (b) durch die „*inevitable discovery rule*“ und (c) das „*attenuated connection principle*“. Im ersten Falle wird ein Zweitbeweis von vorneherein nicht als Sprössling des vergifteten Erstbeweises angesehen;⁵² die beiden letzten Fallgruppen konstituieren Ausnahmen zur Regel des „*fruit of the poisonous tree*“, weil das Beweismittel ohnehin auf anderem Wege entdeckt worden wäre⁵³ oder weil die Verbindung zwischen vergiftetem Erstbeweis und Zweitbeweis so „verwässert“ ist, dass ein Beweisausschluss nicht mehr gerechtfertigt erscheint.⁵⁴

⁴⁸ Vgl. etwa BGE 96 I 441; 103 Ia 217; 130 I 132 E. 3.2; 133 IV 329 E. 4.6; BGer, I. ÖRA, 24.9.2007, 1P_51/2007, FP 2008, 82, E. 3.5.1; vgl. auch R. Hauser/E. Schweri/K. Hartmann (o. Fußn. 17), § 60 Rdnr. 6; H. Walder, ZStrR 1966, 58; R. Fornito (o. Fußn. 19), 259 ff.; krit. R. Kiener, ZBJV 2002, 671; H. Vest/A. Eicker, AJP 2005, 883, 891; W. Wohlers, in: FS für Gerhard Fezer, Berlin 2008, 314 ff.

⁴⁹ L. Vetterli, ZStrR 2012, 467.

⁵⁰ Dazu etwa: L. Vetterli (o. Fußn. 47), 467.

⁵¹ Nardone v. United States, 308 U.S. 338, 341 (1939); ausführlich dazu W. R. LaFave, Search and Seizure, New-York 1996, Vol. 5, § 11.4.

⁵² United States v. Crews, 445 U.S. 463, 471 (1980).

⁵³ Nix v. Williams 467 U.S. 431 (1984).

⁵⁴ Wong Sun v. United States 371 U.S. 471 (1963); vgl. auch schon Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939).

Wenig überraschend bemüht sich auch die Schweizer Rechtsprechung, die Fernwirkung von Beweisverboten einzuschränken.⁵⁵ So greift nach einer Entscheidung aus dem Jahr 2012⁵⁶ keine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots, „wenn der Folgebeweis im Sinne eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs zumindest mit einer großen Wahrscheinlichkeit auch ohne den illegalen ersten Beweis erlangt worden wäre. Entscheidend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls. Die bloße theoretische Möglichkeit, den Beweis rechtmäßig zu erlangen, genügt [alleine]⁵⁷ nicht.“⁵⁸ In dem vom Schweizer Bundesgericht entschiedenen Fall hatten ausländische Behörden durch eine unrechtmäßige Telefonüberwachung von einer Drogenlieferung erfahren, ihre Schweizer Kollegen darüber informiert, die anschließend den Fahrer (an einer Schengen-Grenze) einer Zollkontrolle unterzogen und gezielt nach dem Drogen-Versteck suchten. In der Entscheidung hält das Bundesgericht fest: „Die Wahrscheinlichkeit, dass der Führer eines Fahrzeugs an einem besetzten Grenzübergang vom Schweizer Zoll nach verzollbaren Waren und seinen Papieren gefragt wird, kann durchaus als groß bezeichnet werden. Verhält sich der Fahrzeuglenker auffällig nervös, liegt es nahe, dass die Zollbehörden Verdacht schöpfen, ihn einer weitergehenden Kontrolle unterziehen und dabei auf die im Fahrzeug versteckten Drogen stossen.“⁵⁹

6. Zwischenergebnis

Auch wenn die Schweizer Regelung der Beweisverwertungsmodelle nicht alle Probleme der Beweisverwertungsverbote löst und die Durchsetzung in der Rechtspraxis an manchen Stellen Probleme aufwirft, hat die gesetzliche Regelung doch Modellcharakter: Der baukastenförmige Aufbau umfasst flexibel eine Kombination grundlegender, genereller Regelungen mit einer Anschlussstelle für Vorgaben, welche Spezialfälle regeln. Dieses Gesetzesmodell ist so auch auf andere Systeme übertragbar. Positiv ins Gewicht fällt ferner die grundsätzliche Offenheit für Aspekte aus anderen Systemen, etwa aus dem Parteiverfahren, beispielsweise die Anerkennung der Disziplinierungsfunktion von Verwertungsverboten oder die Integration eines Fernwirkungsverbots. Selbst wenn die Schweizer Regelung vorrangig Vorbildcharakter für kontinentaleuropäische Rechtsordnungen hat, scheint eine Weiterentwicklung für weitere Systeme nicht ausgeschlossen.

⁵⁵ Vgl. BGE 133 IV 329, Entscheidung vom 9.10.2007 – 6B_170/2007 E. 4.6; BGE 138 IV 169, Entscheidung vom 12.7.2012 – 6B_805/211; kritisch dazu: L. Vetterli (o. Fußn. 47), 85.

⁵⁶ BGE 138 IV 169.

⁵⁷ Hinzufügung und Hervorhebung durch Verf.

⁵⁸ BGE 138 IV 169 (Leitsätze).

⁵⁹ BGE 138 IV 169 E. 3.4.

IV. Ein Europäisches Modell?

Überlegungen zu europaweit vergleichbaren Vorgaben für das strafprozessuale Beweisverfahren und zu einem europäischen Modell für Beweisverwertungsverbote sind vergleichsweise neu. Das strafprozessuale Beweisrecht galt lange als genuin nationale Materie.

1. EMRK

Einen Harmonisierungsdruck spürte man in Europa zwar bereits seit die europaweit einheitliche Gewährleistung der Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auch in bestimmten Punkten europäische Standards im Beweisrecht verlangte. Verschiedenste Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) mahnen die europäischen Vertragsstaaten, ihr Beweisrecht den Straßburger Anforderungen entsprechend auszugestalten. Zwar überlässt der EGMR es in einer breiten „margin of appreciation“ grundsätzlich jedem Vertragsstaat selbst, wie er Menschenrechte im eigenen Rechtssystem absichert, so dass eine Reform einzelner Beweisregelungen selten zwingend erscheint.⁶⁰ Insgesamt sah man Beweisverwertungsverbote jedoch grundsätzlich als ein geeignetes Mittel an, einen menschenrechtlichen Standard abzusichern, indem sie Beweismittel bei einer Verletzung von Rechten unerreichbar machen. Will man also bestimmte EMRK-Standards erreichen und verbindet man mit der Straßburger Rechtsprechung die Hoffnung auf eine stärkere Vereinheitlichung der Standards, dann wäre eine weitergehende Anpassung bereits deshalb erstrebenswert, weil dadurch ein einheitlicheres Vorgehen bei der Sicherung der EMRK-Standards möglich würde.⁶¹

2. EU-Recht

Vorgaben der Europäischen Union (EU) dürften ebenfalls vermehrt Anreize für ein gemeinsames europäisches Modell zur Regelung von Beweisverwertungsverboten setzen.

⁶⁰ A. Peters/T. Altwicker, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2012, Rdnr. 3.

⁶¹ EGMR, 12.7.1988, 10862/84, Schenk v. Schweiz, §§ 46–48 = EuGRZ 1988, 390; EGMR, 9.6.1998, 44/1997/828/1034, Teixeira de Castro v. Portugal, § 34; EGMR, 12.5.2000, 35394/97, Khan v. Vereinigtes Königreich = JZ 2000, 993–996 m. Anm. Kühne/Nash; EGMR, 5.11.2002, 48539/99, Allan v. Vereinigtes Königreich, § 42; EGMR, 10.3.2009, 4378/02, Bykov v. Russland, § 89 f.; vgl. S. Gless, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden 2006, 174 ff.; T. Weigend, StV 2000, 389 f.; B. Huber/F. Höpfel, Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, Freiburg im Breisgau 1999.

a) Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

Seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon gehört das strafprozessuale Beweisrecht zu jenen Bereichen, in denen die gegenseitige Anerkennung justizieller Entscheidungen als Grundprinzip für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit gilt. Art. 82 Abs. 2 Vertrages über die Arbeitsweise der EU (AEUV) sieht dementsprechend vor, dass durch EU-Richtlinien Mindestvorschriften zur Zulässigkeit von Beweismitteln auf gegenseitiger Basis zwischen den Mitgliedstaaten erlasst werden können. Vieles ist hier noch offen, da es bisher nur wenige EU-Vorgaben gibt, welche die Mitgliedstaaten in Gesetze umgesetzt haben. Es ist vor diesem Hintergrund kaum absehbar, wann die gegenseitige Anerkennung von Ermittlungsanordnungen oder Beweismitteln die „kleine Rechtshilfe“ ebenso erfolgreich ablösen könnte, wie der Europäische Haftbefehl die große Rechtshilfe, also traditionelle Auslieferungen ersetzt hat. Sicher ist, dass für die praktische Umsetzung gegenseitiger Anerkennung eine transparente Regelung der auf nationaler Ebene geltenden Beweisverwertungsverbote, hilfreich – wenn nicht sogar notwendig – wäre.

b) Beispiel: Europäische Ermittlungsanordnung (EEA)

Das zeigen etwa die Bemühungen zur Umsetzung der Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung (RL EEA 2014/41/EU).⁶² Die RL EEA soll Strafverfolgung durch Verbesserung der grenzüberschreitenden Beweissammlung vereinfachen, indem ein EU-Mitgliedstaat – als Anordnungsstaat – die Durchführung einer Ermittlungsmaßnahme in einem anderen EU-Staat nach Maßgabe des eigenen Rechts anordnen kann. Hier greift jedoch (genauso wenig wie beim EU-Haftbefehl) ein langer, fremder Arm über die Grenze und holt sich das zur Sachverhaltsaufklärung für notwendig erachtete Beweismittel ohne jede Einschränkung. Gegenseitige Anerkennung bedeutet vielmehr, dass der Vollstreckungsstaat eine EEA als eigene Zwangsmaßnahme durchführt, bei der Ausführung jedoch grundsätzlich alle Vorgaben der Anordnungsbehörden beachtet – es sei denn, diese stünden „im Widerspruch zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen“ der eigenen Rechtsordnung.⁶³ In letzterem Falle greifen sie subsidiär auf ihre eigenen Rechtsvorgaben zurück.

c) Verwertbarkeit hybrider Beweismittel

Wie die Praxis der grenzüberschreitenden Beweissammlung auf der Grundlage dieser EEA-Vorgaben tatsächlich aussehen wird, bleibt abzuwarten, da weder

⁶² Richtlinie EEA vom 3.4.2014, ABl. 2014 L 130, 1, muss bis spätestens Mai 2017 umgesetzt werden.

⁶³ Vgl. im einzelnen Art. 9 Abs. 2 RL EEA.

klar ist, worin die einzelnen EU-Mitgliedstaaten „wesentliche Rechtsgrundsätze“ sehen, die sie bei der Durchsetzung einer EEA nicht preisgeben wollen, noch in welchem Umfang Vollstreckungsbeamte bei ihrer Vollstreckung die Vorgaben des fremden Anordnungsstaats einhalten (können). Es ist deshalb zu erwarten, dass angesichts der aufgelockerten Vorgaben in der Zukunft wohl mit Mischformen von Ermittlungsmaßnahmen zu rechnen sind, weil Beweisaufnahmen auf EEA-Anfrage in einer Kombination vom Recht des Anordnungsstaats und des Vollstreckungsstaats durchgeführt werden.

Dann jedoch werden sich viele neue Fragen zur Verwertbarkeit quasi hybrider Beweismittel stellen, die jenseits klar gefasster nationaler Regelungen, in einer Mischung von Verfahrensregeln erlangt wurden. Angesichts dieses Zukunftsszenarios erscheint es noch erstrebenswerter, die Rechtspraxis durch das Streben nach klaren Beweisverbotsregelungen zu entlasten. Wenn es gelänge, gesetzlich zu verankern, welche generellen Regeln zu beachten sind und in welchen speziellen Fällen – mit Rücksicht auf besonders schützenswerte Interessen – ein striktes Beweisverwertungsverbot für alle vor Gericht präsentierten Beweismittel gilt, würde in einem großen Schritt mehr Rechtssicherheit geschaffen.

d) Berücksichtigungspflicht der erfolgreichen Anfechtung eines EEA

Einen europäischen Ansatzpunkt hierfür bietet die RL EEA selbst in Art. 14 Abs. 7. Dort wird eine sog. Berücksichtigungspflicht etabliert, nach der ein Anordnungsstaat eine erfolgreiche Anfechtung der Anerkennung oder Vollstreckung einer EEA im Einklang mit seinem nationalen Recht berücksichtigen muss, unabhängig davon, wo diese Entscheidung gefallen ist. Hintergrund ist folgender: Die RL EEA will erreichen, dass über die Rechtmäßigkeit einer EEA (und möglicherweise ein Beweisverwertungsverbot) nur einmal entschieden wird. Deshalb soll sich eine von einer Ermittlungsanordnung betroffene Person gegen die Anordnung einer solchen Maßnahme nur im Anordnungsstaat und nur ausnahmsweise gegen die Art und Weise der Vollstreckung im Vollstreckungsstaat wehren. Grundsätzlich müssen Einwände gegen eine EEA im Anordnungsstaat geltend gemacht werden, wo sich dann das Beweismittel ja regelmäßig bereits befindet.⁶⁴ Dann aber stellt sich die Frage, wie sichergestellt wird, dass eine erfolgreiche Anfechtung auch Konsequenzen hat. Der Vollstreckungsstaat ist hier weitgehend machtlos, obwohl er in seiner Sphäre sicherstellen muss, dass Verteidigungsrechte gewahrt und ein faires Verfahren gewährleistet werden. Ein Beweisverwertungsverbot kann er nicht mehr aussprechen. Hier kommt die Berücksichtigungspflicht nach Art. 14 Abs. 7 (7) RL

⁶⁴ Art. 14 Abs. 2 RL EEA; dazu etwa F. Zimmermann, ZStW 127 (2015) 143, 168 ff.

EEA ins Spiel, auf die er – in Form eines Beweisverwertungsverbots – pochen und den Ausschluss eines durch eine EEA erlangtes Beweismittel durch den Anordnungsstaat verlangen kann.⁶⁵ Gleichzeitig schreibt die Regelung selbst nach einer erfolgreichen Anfechtung der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung *keineswegs eine automatische Unverwertbarkeit des Beweismittels im Anordnungsstaat*. Die Regelung hält vielmehr an dem Grundsatz fest, dass sich die Verwertung nach dem Recht des Staates bestimmt, in dem das Strafverfahren geführt wird.⁶⁶ Damit bestimmt sich auch das Eingreifen eines Verwertungsverbots nach der *lex fori* und muss dann aber für alle Verfahrensbeteiligten nachvollziehbar sein.

Nicht nur in der deutschen Beweisverbotslehre fehlt für diese Situation ein spezifisches Instrumentarium. Vielmehr trifft die Berücksichtigungspflicht nach Art. 14 Abs. 7 RL EEA auf das ganze Spektrum der Möglichkeiten von Verwertungsverböten. Denkbar wäre sogar, dass man hier gar nicht primär an die für die nationale Beweiserhebung entwickelte Dogmatik, sondern an europaweit akkordierte Beweisverwertungsverböte⁶⁷ oder an eine neue Dogmatik zu Verwertungsverböten in Zusammenhang mit völkerrechtlicher Rechtshilfe anknüpft, gegründet auf die Erkenntnis, dass es „dem mittlerweile ganz überwiegenden völkerrechtlichen Verständnis“ entspreche, „den Einzelnen als Subjekt des Völkerrechts anzuerkennen und seine Interessen im Rahmen des Rechtshilferechts zu berücksichtigen.“⁶⁸

Da es sich bei der Berücksichtigungspflicht nach Art. 14 Abs. 7 RL EEA um eine gesamteuropäische Vorgabe handelt, ist im Streitfall letztlich nur der Europäische Gerichtshof (EuGH) zur Entscheidung darüber berufen, ob im Einzelfall eine deutsche Entscheidung über ein Beweisverwertungsverbot der europäischen Pflicht Genüge tut. So wie der EuGH in Zusammenhang mit der Implementierung des Europäischen Haftbefehls konsequent durchsetzt, dass eine Vollstreckung nur aus den in Art. 3, 4 und 4a des Rahmenbeschlusses genannten Gründen verweigert werden kann,⁶⁹ und immer ausdrücklich betont hat, dass die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nicht am Maßstab nationalen Verfassungsrechts geprüft werden dürfe,⁷⁰ wird es nationale Sonderwege auch bei der Implementierung der RL EEA zu verhindern suchen. Die Mitgliedstaaten, die dann nicht auf (gesetzlich) klar geregelte Lehren zu Beweisverwertungsverböten verweisen können, dürften es schwer haben, die Richtigkeit der Einzelfallentscheidungen auf europäischer Ebene zu

⁶⁵ M. Böse, ZIS 4/2014, 161 ff.; F. P. Schuster, StV 2015, 398 f.

⁶⁶ I. Zerbes, ZIS 3/2015, 145, 149.

⁶⁷ S. Gless (o. Fußn. 9), 573, 603.

⁶⁸ BGH, 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rdnr. 23 und 25, StV 2014, 194.

⁶⁹ EuGH, 29.1.2013, – Rs. C-396/11 (Radu), Rdnr. 36.

⁷⁰ EuGH, 26.2.2013, – Rs. C-399/11 (Melloni), Rdnr. 63.

vermitteln. Wie wird man die deutsche Beweisverwertungsverbotsdogmatik so erläutern können, dass EuGH und die ausländische Justiz verstehen, wann im Einzelfall ein – auf der Grundlage einer EEA erlangter – Beweis verwertet werden kann und wann nicht?

V. Fazit

Eine gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverboten hat viele Vorzüge – für die nationale Rechtspraxis ebenso wie für die Zusammenarbeit mit anderen Staaten. Auf beiden Ebenen schafft eine solche Regelung mehr Rechtsklarheit und gibt eine Grundlage für einen gemeinsamen Diskurs über eine adäquate Abwägung von Strafverfolgungsinteressen mit anderen, möglicherweise vorrangigen Interessen. Das Schweizer Modell kann hier als Vorbild dienen, obwohl es auch nicht alle Probleme gelöst hat. Das früher oft vorgebrachte Argument, dass der Gesetzgeber nicht jeden denkbaren Konflikt zwischen dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse und anderen höherrangigen Interessen antizipieren und regeln könne,⁷¹ stimmt zwar an sich noch immer, es verliert aber in einer immer komplexeren Rechtswelt an Bedeutung, in der unter anderem ineinander verwobene nationale und supranationale Vorgaben beachtet werden müssen, wie etwa im Rahmen der europäischen Zusammenarbeit, insbesondere wenn der EEA umgesetzt wird.

Diese Wechselwirkung zwischen nationalem, europäischem und internationalem Strafrecht war immer wieder Gegenstand der Arbeiten von *Günter Heine*. Dabei sah er die Schweiz oft eher in einer Position, die strafrechtsimperialistischen Bestrebungen von verschiedenen Seiten ausgesetzt ist,⁷² als in der Rolle einer Schrittmacherin für eine Modellgesetzgebung. Die gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverboten könnte der Schweiz jedoch in die Rolle einer Schrittmacherin bringen, von deren Modellgesetzgebung Europa jetzt profitieren kann.

⁷¹ Vgl. etwa *U. Eisenberger*, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl., München 2015, Rdnr. 329 ff.; *M. Jahn* (o. Fußn. 5), C 56 ff.; *T. Paul*, NStZ 2013, 497; *H.-H. Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl., München 2015, Rdnr. 907 ff.

⁷² *G. Heine* (o. Fußn. 2), 95, 115; *G. Heine* (o. Fußn. 2), 237, 252; *G. Heine* (o. Fußn. 2), 22, 27.