

# Festschrift für Franz Riklin

Zur Emeritierung  
und zugleich dem 67. Geburtstag

herausgegeben von  
M. A. Niggli  
José Hurtado Pozo  
Nicolas Queloz

Schulthess § 2007

## Heiligt der Zweck die Mittel? Beweisverbote im vereinheitlichten eidgenössischen Strafprozess



Sabine Gless



### I. Einleitung

**E**in Thema, das sich durch das rechtswissenschaftliche Schaffen von FRANZ RIKLIN zieht, ist das Strafprozessrecht. Sein Skript zum Strafverfahrensrecht gibt seit vielen Jahren Studierenden und anderen Interessierten über die Homepage Zugang zum aktuell geltenden Prozessrecht. In dieser Arbeit nimmt FRANZ RIKLIN auch Stellung zu den Beweisverboten und deren Verhältnis zum Zweck des Strafverfahrens: „Ziel der Untersuchung ist die Erforschung der materiellen Wahrheit. In diesem Bestreben heiligt allerdings der Zweck nicht jedes Mittel.“<sup>1</sup>

Diese Aussage umschreibt in wenigen, prägnanten Worten das Programm für die Lehre von den Beweisverboten, also jenen Regeln, welche die Sachverhaltsaufklärung im Strafverfahren aus übergeordneten Gesichtspunkten beschränken. Den programmatischen Satz, dass auch die Verdachtsklärung im Strafprozess Grenzen hat, erkennen alle modernen Rechtsordnungen im

<sup>1</sup> RIKLIN, Skript, § 32 Ziff. 1.

Prinzip an. Die sich daraus in concreto ergebenden Fragen sind aber bekanntlich schwierig, komplex und erscheinen für viele Fallkonstellationen noch ungelöst. So herrscht etwa Einigkeit darüber, dass kein Beschuldigter gefoltert werden darf. Wenn Vernehmungsorgane aber gleichwohl gewalttätig werden, die beschuldigte Person unter dieser Qual den Fundort der Leiche bekannt gibt und die Behörden dadurch die Mordwaffe mit Fingerabdrücken der beschuldigten Person zuordnen können, steht unter Rechtfertigungsdruck, wer den letztgenannten Fund nicht als Beweismittel verwerten will. Ferner ist man sich einig, dass eine beschuldigte Person von den Vernehmungsorganen über ihre Verfahrensrechte aufgeklärt werden muss, damit sie von diesen Gebrauch machen kann: Was aber ist, wenn der Beschuldigte nicht belehrt wird, aber sein Recht zu schweigen auch ohne Belehrung kennt, etwa weil er bereits in früheren Strafverfahren belehrt wurde?<sup>2</sup>

Kurze und klare Antworten auf diese Fragen<sup>3</sup> und eine konsequente Umsetzung der Antworten in Rechtssätze findet man in kaum einer Rechtsordnung. Insbesondere die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen spüren das Dilemma der „unselbständigen Beweisverbote“: Dass ein Verfahrensverstoss der Strafverfolgungsorgane bei der Beweiserhebung ein durch diesen erlangtes Beweismittel unverwertbar macht,<sup>4</sup> ist in Strafverfahren, welche zur „Wahrheit“<sup>5</sup> führen sollen, nicht nur juristischen Laien oftmals schwer vermittelbar, sondern führt auch die Jurisprudenz immer wieder in die Versuchung mit Blick auf den Zweck die Mittel zu heiligen. Denn es wird in vielen Fallkonstellationen als stossend empfunden, wenn ein Beweismittel nicht zur Überführung eines Straftäters verwertet wird, „nur“ weil Formvorschriften missachtet wurden.<sup>6</sup> Der programmatische Satz, der Zweck heilige nicht jedes Mittel, präsentiert sich im Strafprozessrecht in Bezug auf die unselbständigen Beweisverbote damit oft eher als Frage: Welche Mittel könnte der Zweck allenfalls doch heiligen?<sup>7</sup> Diese Frage beantworten die kantonalen

<sup>2</sup> Das Bundesgericht lehnte die Unverwertbarkeit in diesem Fall ab, BGE 130 I 132 E. 3.2; BGer 6P.164/2001 vom 9.1.2002 E. 3e; dazu: VEST/EICKER, AJP 2005, 887.

<sup>3</sup> Einen Überblick über die Begründungen für Beweisverbote gibt: FORNITO, Beweisverbote, 52 ff.

<sup>4</sup> Dazu: WOHLERS, AJP 2006, 629.

<sup>5</sup> Zur Diskussion über den Begriff der „materiellen Wahrheit“ im kontinentaleuropäischen Strafverfahren vgl. etwa: PIQUEREZ, Manuel de procédure pénal, N 44 ff.; S. GLESS Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung (2007), 81 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht<sup>4</sup>, N 268 ff.

<sup>6</sup> Vgl. etwa: OBERHOLZER, Grundzüge<sup>2</sup>, N 815 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht<sup>4</sup>, N 610.

<sup>7</sup> Zu „Abwägungsansätzen“ in kontinentaleuropäischen Strafverfahrensordnungen des instruktorischen Typs KALB, Beweisverbote sowie die Beiträge in HÖP-

Strafverfahrensordnungen unterschiedlich.<sup>8</sup> Die Evolution der Antworten im Rahmen der Diskussionen zur Vorbereitung der eidgenössischen Strafprozessordnung ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.<sup>9</sup> FRANZ RIKLIN hat in der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts: Aus 29 mach 1“<sup>10</sup> an den Vorüberlegungen für die kommenden schweizweit einheitlichen Regelungen mitgewirkt. Diese ersten Überlegungen grundlegender Art konzentrierten sich zwar auf die Gerichts- und Verfahrensorganisation, haben aber auch das Beweisrecht einbezogen.<sup>11</sup> An diesen Expertenbericht knüpfte der Vorentwurf von 2001 an, auf den wiederum der endgültige Entwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung (E-StPO) aufbaut.<sup>12</sup> Soweit die Regelungen über die Beweisverwertung betroffen sind, besteht zwischen Vorüberlegungen, Vorentwurf und der E-StPO einerseits eine starke Kontinuität, andererseits sind aber auch Unterschiede zu verzeichnen, deren Bedeutung sich nicht ohne weiteres erschliesst.

## II. Vorüberlegungen zur Beweisverwertung im Expertenbericht „Aus 29 mach 1“

Der Expertenbericht „Aus 29 mach 1 – Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“ geht nur kurz auf das Problem der Beweisverwertung ein und greift insoweit im Wesentlichen die Leitlinien auf, welche die Rechtsprechung (in Zusammenschau kantonalen Regelungen und bundes-, i.e. verfassungsrechtlicher Vorgaben) entwickelt hat. Mit ihren Ausführungen stellen die Experten

FEL/HUBER (Hrsg.), Beweisverbote, 119 ff.; zum Rechtsvergleich mit Beweisverboten im englischen Strafprozess: JANICKI. Beweisverbote.

<sup>8</sup> Zu den Beweisverboten der kantonalen Strafprozessordnungen FORNITO, Beweisverbote, 70 ff.

<sup>9</sup> Nicht behandelt werden sog. selbständigen Beweisverbote, die unabhängig von der Verletzung von Verfahrensvorschriften eingreifen, um ein dem Strafverfolgungsinteresse übergeordnetes Interesse zu schützen; dazu WOHLERS, AJP 2006, 629.

<sup>10</sup> „Aus 29 mach 1“ Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement Bern 1997; dazu etwa: AESCHLIMANN, ZStR 1992, 355 ff.; TRECHSEL, ZStrR 1991, 282 ff.; MÜLLER, ZBJV 1999, 286 ff. FRANZ RIKLIN selbst zweifelte wohl zu Beginn noch an einer Realisierbarkeit einer gemeinsamen schweizweiten Strafprozessordnung, vgl. etwa ZStrR 2001, 376.

<sup>11</sup> EJP, Aus 29 mach 1, 105 f.

<sup>12</sup> Dazu etwa DONATSCH, SJZ 2004, 322.

aber sicher, dass bestimmte Grundprinzipien und Institutionen der Beweiserhebung und Beweisverwertung von Anfang an verankert werden. Dazu gehören etwa auch die Belehrungspflichten gegenüber Beschuldigten vor der Vernehmung, deren Verletzung jedenfalls durch ein Verwertungsverbot abgesichert sein sollen.<sup>13</sup>

Eingeführt werden die Erklärungen zur Beweisverwertung mit der Forderung, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterliegen müssen, wenn sie (a) durch einen Verstoss gegen materielles Strafrecht, (b) aufgrund verbotener Vernehmungsmethoden oder (c) „in anderer Weise in Missachtung der Menschenwürde und von Grundsätzen des Rechts erlangt worden sind“.<sup>14</sup> Die Verletzung blosser Ordnungsvorschriften durch staatliche Organe solle aber – so die Experten unter Rückgriff auf die Rechtsprechung – kein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen. Weiter heisst es im Expertenbericht: „In anderen Fällen muss zwischen den Interessen des Staates an der Abklärung des Delikts und den Persönlichkeitsrechten des Beschuldigten abgewogen werden.“<sup>15</sup> Doch welches solche „anderen Fälle“ sein sollen, erläutern die Experten nicht in concreto. Soll durch Abwägung allenfalls die Verletzung „untergeordneter Gültigkeitsvorschriften“ geheilt werden, nämlich solcher Verfahrensvorgaben, die bedeutender sind als blosse Ordnungsvorschriften, aber nicht das eingangs erläuterte absolute Verwertungsverbot auslösen können? Oder beziehen sich die Experten ausschliesslich auf Fälle der sog. selbständigen Beweisverbote?<sup>16</sup>

402

Die Experten nahmen auch nicht Stellung zur Reichweite ihrer Aussage: Wollten sie ausdrücklich empfehlen, dass der kasuistische Ansatz der Rechtsprechung im Einzelfall kollidierende Interessen abzuwägen, zu einer generellen gesetzlichen Regelung erhoben wird? Oder wollten sie eine weit gehende gesetzliche Regelung der Verwertungsverbote anregen, durch welche eine grösstmögliche Rechtssicherheit gewährleistet werden könnte? Das hätte eine Abwendung von dem bis dato geltenden flexiblen Ansatz der Rechtsprechung bedeutet.

Die Rechtsprechung wählte und wählt bekanntlich einen pragmatisch orientierten Ansatz mit Blick auf die Einzelfalllösung. Das zeigt sich exemplarisch in den zu gewisser Berühmtheit gelangten Entscheiden in der Rechtssache

<sup>13</sup> EJPD, Aus 29 mach 1, 134; dazu etwa: TRECHSEL, ZStrR 1991, 287; zu den Belehrungspflichten allgemein: VEST/EICKER, AJP, 2005, 855.

<sup>14</sup> EJPD, Aus 29 mach 1, 105.

<sup>15</sup> Ebda., Hervorhebung durch Verf.

<sup>16</sup> Oben Fn. 10.

Schenk,<sup>17</sup> welche die Diskussion um Beweisverwertungsverbote auch im Vorfeld der Expertenkommission zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts bestimmt hat. In jenem Fall sollte ein unerlaubt von einer Privatperson aufgezeichnetes Telefongespräch als Beweismittel in einem Mordfall verwertet werden. Das Bundesgericht (und auch der EGMR) haben dies unter Berücksichtigung der besonderen Umstände letztlich gut geheissen: Eine Privatperson (kein Hoheitsträger) hatte sich des verbotenen Mittels bedient; vor diesem Hintergrund bewerteten die Gerichte das Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit an dem Mord höher als das insoweit nur geringfügig beeinträchtigten Recht des Beschuldigten.<sup>18</sup> In der Folge hat aber die Abwägung von Interessen (Aufklärungsinteressen vs. Individualinteressen) die Diskussion um die Beweisverwertungsverbote geprägt – ohne dass der Ursprung dieses Abwägungsvorbehalts weiter berücksichtigt wurde.

In concreto differenziert die Rechtsprechung für die Prüfung der Frage, ob ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot vorliegt, zwischen (blossen) Ordnungs- und (zu beachtenden) Gültigkeitsvorschriften, konkretisiert diese Unterteilung aber zumeist nur exemplarisch, ohne ein allgemein gültiges Differenzierungskriterium zu geben. Die Verletzung von Ordnungsvorschriften kann danach kein Verwertungsverbot nach sich ziehen, die Verletzung von Gültigkeitsvorschriften grundsätzlich schon – allerdings stellt die Rechtsprechung das Eingreifen eines Verwertungsverbots unter einen Abwägungsvorbehalt: „Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, umso eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt.“<sup>19</sup> Die Unterscheidung sowie die daran geknüpfte Konsequenz der spezifischen Interessensabwägung rechtfertigt die Rechtsprechung mit der Erklärung „Nicht jedes vorschriftswidrig beschaffte Beweismittel darf indessen zu einem Verbot der Verwertung führen, weil sonst eine Überspitzung der Formvorschriften auf Kosten der Verbrechensaufklärung vorläge.“<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Zum Sachverhalt vgl. *Schenk c. Schweiz*, Urteil vom 12. Juli 1988, Serie A, Bd. 140.

<sup>18</sup> Der EGMR hat dort (wie auch an anderer Stelle) aber immer betont, dass Art. 6 EMRK zwar das Recht auf ein faires Verfahren garantiere, aber keine Regeln über die Zulässigkeit von Beweismitteln aufstelle. Dies sei Sache des innerstaatlichen Rechts (*Schenk c. Schweiz*, Urteil vom 12. Juli 1988, Serie A, Bd. 140, 29, Nrn. 45 und 46, *García Ruiz c. Spanien* [GC], Individualbeschwerde Nr. 30544/96, EuGHMR 1999-I, Nr. 28).

<sup>19</sup> BGE 130 I 126, 132 mit Verweis auf BGE 109 Ia 244; BGE 120 Ia 314; BGE 131 I 272, 279.

<sup>20</sup> Zustimmung in der Literatur etwa durch: HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht<sup>6</sup>, § 60 N 6; MAURER, Das bernische Strafverfahren, 38.

Darüber hinaus lässt die Rechtsprechung noch den Einwand der rechtmässigen Alternative zu, danach dürfen unzulässig erlangte Beweismittel dann verwertet werden, wenn sie auf rechtmässigem Wege erreichbar gewesen wären.<sup>21</sup>

Daraus ergibt sich für die Prüfung der Frage, ob ein Verwertungsverbot vorliegt, ein Raster, dessen Einzelelemente nicht in einer zwingenden Prüfungsreihenfolge aufeinander bezogen sind.<sup>22</sup> Es besteht aus folgenden Elementen: (a) Wurde bei der Beweiserhebung eine blossen Ordnungsvorschriften oder eine Gültigkeitsvorschrift verletzt?<sup>23</sup> (b) Überwiegen Strafverfolgungsinteressen verletzte Individualinteressen im Einzelfall? (hier soll die Schwere der zu beurteilenden Straftat zugunsten des öffentlichen Interesses an der Wahrheitsfindung zu Buche schlagen)<sup>24</sup> (c) Wäre das rechtswidrig erlangte Beweismittel an sich zulässig und auf rechtmässigem Wege erreichbar gewesen?<sup>25</sup>

Bemerkenswert ist, dass in der aktuellen Rechtsprechung (und im endgültigen Entwurf für die Bundesstrafprozessordnung) die Differenzierung verloren scheint, welche für die Expertengruppe noch von grosser Bedeutung war: die Unterscheidung zwischen der Beweissammlung *durch Hoheitsorgane einerseits und Private andererseits*. Beweiserlangung durch Private behandeln die Vorüberlegungen und auch noch später der Vorentwurf gesondert von der hoheitlichen Beweiserhebung. Denn Private sind jedenfalls nicht wie die hoheitlichen Organe an Formvorschriften gebunden. Die Frage, ob auf diese Weise gesammelte „Beweismittel“ verwertbar sind, ist nicht unmittelbar eine Frage der unselbständigen Beweisverbote. Sie muss deshalb nach anderen

<sup>21</sup> BGE 96 I 441; BGE 103 Ia 217. Zur Kritik daran: FORNITO, Beweisverbote, 262 ff.; VEST/EICKER, AJP, 2005, 892.

<sup>22</sup> Vgl. etwa BGE 130 I 132, wo das Gericht zunächst die Interessenabwägung ein- und dann ausführt: „Mitzuberücksichtigen ist auch, ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzesmässigem Weg erreichbar gewesen wäre“; dazu auch: Vgl. dazu auch: PIQUEREZ, Manuel de procédure pénal, N 723; VEST/EICKER, AJP, 2005, 890.

<sup>23</sup> HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht<sup>6</sup>, § 43.29 § 44.50, § 60.6 und 60.8; FORNITO, Beweisverbote, 235 f.

<sup>24</sup> Vgl. etwa BGE 109 I 21, 24; 129 I 88 f.; Für eine solche Abwägungslehre HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht<sup>6</sup>, § 60 N 6; BÉNÉDICT, Diss., 307; H. WALDER, ZStR, 1966, 58 f. Zu Recht kritisch: OBERHOLZER, Grundzüge<sup>2</sup>, N 809; FORNITO, Beweisverbote, 244 ff.; VEST/EICKER, AJP 2005, 883, 890; vgl. a. SCHEFER Grundrechte, 39.

<sup>25</sup> BGE 96 I 441; 103 Ia 217; 130 I 132 E. 3.2: vgl. a. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht<sup>6</sup>, § 60 N 6; WALDER, ZStR, 1966, 58; FORNITO, Beweisverbote, 259 ff.; kritisch zu diesem doppelten Vorbehalt: KIENER, ZBJV 2002, 671; VEST/EICKER, AJP 2005, 883, 891.

Kriterien beantwortet werden. Die Arbeitsgruppe knüpft hier wieder an die von der Rechtsprechung im Anschluss an die Rechtssache Schenk entwickelten Kriterien an. Danach wäre wiederum eine Abwägung von Interessen ausschlaggebend: Es dürften Beweise verwertet werden, wenn die Privatperson bei der Beschaffung kein Rechtsgut verletzt habe, das im konkreten Fall Vorrang vor dem Interesse an der Wahrheitsfindung und der Durchsetzung des Strafrechts verdiene.

Insgesamt zeugt der Expertenbericht von dem Bestreben den durch die Rechtsprechung geschaffenen Bestand an gemeinsamen Prinzipien zur Beweisverwertung in einem schweizweit vereinheitlichten Strafprozess zu erhalten, auch wenn die einzelnen Erwägungen noch nicht widerspruchsfrei zueinander in Beziehung gesetzt sind. Diese Lösungsansätze der Rechtsprechung sind, da sie vor allem mit Blick auf die Lösung von Einzelfällen entwickelt wurden, in zweierlei Hinsicht der Kritik ausgesetzt: Sie stehen fast unverbunden nebeneinander und müssen sich der grundsätzlichen Kritik an einer Abwägungslösung stellen, denn letztere birgt immer die Gefahr einer maximalen Flexibilisierung und damit Entwertung des formstrengen Verfahrens.<sup>26</sup> Bis heute erscheint auch nicht geklärt wie weit der Abwägungsvorbehalt bestimmte Beweisverwertungsverbote im Einzelfall einschränken soll und in welcher Beziehung dieser Vorbehalt zur Erwägung der „rechtmässigen Alternative“ steht.<sup>27</sup> Vor diesem Hintergrund werden die Stimmen aus der Strafrechtswissenschaft verständlich, die sich in jüngerer Zeit für eine dogmatische Systematisierung der Lehre von den Beweisverboten aussprechen.<sup>28</sup>

### III. Beweisverbote im Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (2001)

Dem Expertenbericht „Aus 29 mach 1“ folgte 2001 der Vorentwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung. Er verpflichtet – wie zuvor das Expertenpapier und später der E-StPO – die Strafverfolgungsbehörden zur Ermittlung der Wahrheit auf der Grundlage aller „nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel“, soweit dies „Verfassung und Gesetz“ zulassen.<sup>29</sup> Dieser Auftrag steht in der Tradition des Prinzips der „liberté des preuves“, das vor allem das Beweisrecht der romanischen Strafver-

<sup>26</sup> Oben Fn. 23.

<sup>27</sup> Oben Fn. 20.

<sup>28</sup> BÉNÉDICT, Diss., 97 ff.; FORNITO, Beweisverbote, 248 ff.

<sup>29</sup> Art. 145 Vorentwurf zu einer Schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001 sowie Abl. 137 E-StPO.

fahrensordnungen beherrscht.<sup>30</sup> Danach zieht nur das materielle Strafrecht einerseits und das „principe de loyauté“ andererseits der Wahrheitsermittlung durch staatliche Organe Grenzen, allenfalls mit der Konsequenz eines Verwertungsverbots des illegal oder illoyal erlangten Beweismittels.<sup>31</sup> Der Vorentwurf distanziert sich aber von einem uneingeschränkten Bekenntnis zur Beweisfreiheit durch ein ausdrückliches Verbot bestimmter Vernehmungsmethoden.<sup>32</sup> Art. 147 Abs. 1 des Vorentwurfs verbietet „Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit und Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können“. Damit bestätigt der Vorentwurf einmal mehr den Grundsatz, dass der Zweck nicht *jedes* Mittel heiligt – bevor er sich der schwierigen Frage zuwendet, welche Mittel der Zweck der Wahrheitsfindung allenfalls doch heiligen könnte, mit folgender Antwort:

### **Art. 148 Vorentwurf – Grundsatz**

<sup>1</sup>*Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen unter Vorbehalt der folgenden Bestimmungen nicht als Beweismittel verwertet werden.*

<sup>2</sup>*Die Verletzung von Ordnungsvorschriften bewirkt nicht die Unverwertbarkeit des Beweismittels.*

<sup>3</sup>*Ermöglichte ein in unzulässiger Weise erlangtes Beweismittel die Erhebung weiterer Beweise, so sind auch diese nicht verwertbar, wenn das mittelbar erlangte Beweismittel ohne die vorhergehende unzulässige Beweisabnahme nicht möglich gewesen wäre.*

<sup>4</sup> ...

<sup>30</sup> Zum Prinzip der „liberté des preuves“: PIQUEREZ, Manuel de procédure pénal, N 689 f.; im französischen Strafprozess: RASSAT, Traité de procédure pénal, N 209.

<sup>31</sup> Zum «principe de loyauté» und der daraus folgenden «nullité» vgl. etwa: M. L. RASSAT, Traité de procédure pénal, N 214.

<sup>32</sup> Viele romanische Rechtsordnungen – wie etwa die französische – kennen keine ausdrückliche Regelung verbotener Vernehmungsmethoden, sondern orientieren sich an den Grenzen, die durch das materielle Strafrecht sowie das „principe de loyauté“ gezogen werden.

### **Art. 149 Vorentwurf – Ausnahmen bei behördlich erhobenen Beweisen**

<sup>1</sup> Behördlich erhobene Beweismittel, die nach Artikel 148 unverwertbar sind, können als Beweise verwendet werden, wenn es zur Aufklärung von schweren Straftaten erforderlich ist.

<sup>2</sup> Beweise, die in Verletzung von Artikel 147 erhoben wurden, sind in jedem Falle unverwertbar.

### **Art. 150 Vorentwurf – Von Privaten erhobene Beweise**

Beweise, die von Privaten auf strafbare Weise erlangt wurden, dürfen im Strafverfahren nur verwertet werden, wenn das öffentliche oder private Interesse an der Wahrheitsfindung die durch die verletzten Strafbestimmungen geschützten Interessen überwiegt.

Bemerkenswert ist, dass der Vorentwurf – anders als die Vorüberlegungen – ein absolutes Verwertungsverbot nur noch für die von Hoheitsträgern durch verbotene Vernehmungsmethoden erlangte Beweismittel fordert (Art. 149 Abs. 2 VE). Alle anderen Beweise, seien sie in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erlangt, könnten über Art. 149 Abs. 1 VE („nach entsprechender Abwägung der Interessen“), dann als Beweise verwendet werden, „wenn es zur Aufklärung schwerer Straftaten erforderlich ist“. In der Begründung heisst es dazu (wiederum mit Verweis auf die Rechtssache Schenk): In den Fällen der Unverwertbarkeit nach Art. 148 Abs. 1 VE sei „eine Abwägung zwischen den mit den fraglichen Gültigkeitsvorschriften einerseits und den mit der Strafverfolgung geschützten Interessen andererseits vorzunehmen.“ (Wohl gemerkt in der Sache Schenk ging es um ein durch Private erlangtes Beweismittel).<sup>33</sup> Eine andere Frage sei es „freilich, inwieweit solche Beweismittel für einen Schuldspruch genügen; nach der Praxis der Strassburger Organe ist erforderlich, dass – verkürzt ausgedrückt – neben dem öffentlichen Interesse an der Abklärung eines gravierenden Straffalls das Verfahren insgesamt fair war, dass es sich nicht um die einzigen Beweise handelte und dass die Beschuldigten Gelegenheit hatten, die Richtigkeit der rechtswidrig erlangten Beweismittel anzufechten.“<sup>34</sup> Ob der hier im Begleitbericht zum Vorentwurf aufgezeigte Weg tatsächlich zu einer Lösung in allen Fallkonstellationen der unselbständigen Beweisverbote führen kann, erscheint zweifelhaft: Zunächst müsste einmal überprüft werden, ob resp. wie die Verletzung einer bestimmten Formvorschrift tatsächlich durch andere Elemente ausreichend kompensiert werden kann. Generell soll die Formstrenge des Strafver-

407

Sabine Glass. Beweisverbote im eidgenössischen Strafprozess

<sup>33</sup> BEGLEITBERICHT VE StPO, 109.

<sup>34</sup> Ebda, 110.

fahrens gerade sicherstellen, dass in die freie Beweiswürdigung des Gerichts nur solche Beweismittel eingehen, welche durch die Justizförmigkeit ihres Zustandekommens für ihre Zuverlässigkeit und die Berücksichtigung aller schutzwürdige Interessen bürgen. Des Weiteren werfen die Verweise auf eine allgemeine Fairness und die Notwendigkeit weiterer Beweise die Frage nach der Bedeutung der Formstrenge resp. der Glaubwürdigkeit des rechtswidrig erlangten Beweises auf. Für die Verfasser des Vorentwurfes stand ohne Einschränkung fest, dass jedenfalls Beweismittel, die von Hoheitsträgern mit Hilfe verbotener Vernehmungsmethoden erlangt wurden, nicht verwertbar sind: „Absolute Schranke sind die fundamentalen Grundrechte ... Selbstverständlich kann es nicht angehen, auf Grund der Interessenabwägung physische oder psychische Gewalt gegen Beschuldigte anzuwenden und die so erlangten Beweise hernach zu verwerten.“<sup>35</sup>

#### IV. Beweisverbote im Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung (E-StPO)

408

Der endgültige Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung führt zwar in vielen Punkten Vorüberlegungen und Vorentwurf fort, was sich etwa bei der Bestimmung der verbotenen Vernehmungsmethoden in Art. 138 E-StPO zeigt, welche mit der Regelung im Vorentwurf übereinstimmen. An anderer Stelle weichen die als Gesetz eingebrachten Vorschläge zur Normierung der Beweisverbote aber auch von Vorüberlegungen und Vorentwurf ab:

##### *Art. 139 E-StPO Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise*

<sup>1</sup> *Beweise, die in Verletzung von Artikel 138 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet.*

<sup>2</sup> *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.*

<sup>3</sup> *Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar.*

<sup>4</sup> *Ermöglichte ein unverwertbarer Beweis die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende unzulässige Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.*

<sup>35</sup> Ebda, 110, Hervorhebung durch Verf.

Begrüßenswert ist zunächst die Klarstellung in Art. 139 Abs. 1 E-StPO: Nicht nur Erkenntnisse, welche die Strafverfolgungsbehörden durch verbotene Vernehmungsmethoden gewonnen haben, sind „in keinem Fall verwertbar“, sondern ebenso Beweismittel, die sie unter Verletzung von „Gültigkeitsvorschriften“ erlangt haben, deren Unverwertbarkeit im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist. Prominentes Beispiel ist etwa die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte zu Beginn der ersten Einvernahme, Art. 155 Abs. 1 E-StPO. „Einvernahmen ohne diesen Hinweis sind nicht verwertbar.“ (155 Abs. 2 E-StPO)

Dieses Verwertungsverbot gilt laut Botschaft „generell“, womit kein „Regel-Ausnahmeprinzip“ einer prinzipiellen Unverwertbarkeit unter Vorbehalt von Ausnahmen, sondern ein absolutes Verbot gemeint ist. Es wird ausdrücklich betont, dass Erkenntnisse aus Vernehmungen, in denen verbotene Methoden angewendet wurden, immer unverwertbar sind, etwa auch dann, wenn diese die beschuldigte Person entlasten würden.<sup>36</sup> Dieser Ansatz entspricht auch der allgemeinen Meinung in der Literatur.<sup>37</sup>

Ob sich daraus aber immer – also auch bei Verdacht schwerer Straftaten – ein absolutes Verwertungsverbot ergibt, ist nicht unmittelbar ersichtlich, da das Verhältnis der in Abs. 1 strikt formulierten Regel zu den nachfolgenden – ebenfalls neu gefassten – Absätzen des Art. 139 E-StPO auslegungsbedürftig ist.

FRANZ RIKLIN spricht – ohne dies weiter auszuführen – von einer „sehr diskutablen Regelung“ in Art. 139 Abs. 2 E-StPO: Danach dürfen Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, ausnahmsweise dann verwertet werden, wenn „ihre Verwertung ... zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich“ sei. Es stellt sich zunächst die Frage, welche Gültigkeitsvorschriften hier gemeint sind: Nimmt man das in Abs. 1 formulierte absolute Verwertungsverbot ernst, so kann Art. 139 Abs. 2 E-StPO nur auf die Gültigkeitsvorschriften Bezug nehmen, für die das Gesetz bei Verletzung *nicht* die Konsequenz der Unverwertbarkeit des dadurch erlangten Beweismittels anordnet. Solche „niederen“ oder „einfachen Gültigkeitsvorschriften“ müssen dann von blossen Ord-

<sup>36</sup> Diese Auslegung korrespondiert mit der Regelung in Art. 138 Abs. 2 E-StPO, nach der die beschuldigte Person nicht in die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden einwilligen kann.

<sup>37</sup> So steht etwa in HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht<sup>6</sup>, dass verbotene Vernehmungsmethoden zu einem Verwertungsverbot führten, verstünde sich „angesichts der Schwere des Verstosses und seiner Bedeutung für den Betroffenen von selbst“, § 60 N 10 mit Verweis auf Art. 56 Abs. 2 StPO-BE, Art. 103 Abs. 3 StPO-Schaffhausen, Art. 81 StPO-SG und § 65 Abs. 1 StPO-AG.

nungsvorschriften abgegrenzt werden (denn letztere dürfen sanktionslos missachtet werden, Art. 139 Abs. 3 E-StPO). Die Richtigkeit dieser Auslegung aus Sicht des Gesetzgebers bestätigt die Botschaft, dort heisst es: „Soweit das Gesetz eine Bestimmung nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet, hat die Praxis die Unterscheidung vorzunehmen, wobei primär auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist: 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.“<sup>38</sup> Damit stützt sich die Botschaft zwar auf die herrschende Meinung zur Unterscheidung zwischen Gültigkeitsvorschriften und Ordnungsvorschriften: Gültigkeitsvorschriften intendierten ausschliesslich oder vorrangig den Schutz des Beschuldigten, alle anderen Vorgaben seien als Ordnungsvorschriften zu qualifizieren, „die in erster Linie der äusseren Ordnung des Verfahrens,„ dienen.“<sup>39</sup> Diese Differenzierungsversuche lösen aber das Problem nicht. Denn die genannten Kriterien können nur schwerlich eine inhaltlich gerechtfertigte und abstrakt gültige Grenze ziehen.<sup>40</sup> Das zeigen schon die bis jetzt gebildeten Fallgruppen: So ist etwa fraglich, ob die Verpflichtung bei der Hausdurchsuchung den Angeschuldigten oder eine Drittperson hinzuzuziehen, wie in der Rechtsprechung angenommen<sup>41</sup> in erster Linie der äusseren Ordnung des Verfahrens dient oder nicht vorrangig auch dem Schutz der angeschuldigten Person; ähnliches gilt für die Ermahnung des Gutachters zur Wahrheit vor Ausarbeitung gewisser Gutachten.<sup>42</sup> Noch schwieriger dürfte es sein, „niedere“ und „höhere Gültigkeitsvorschriften“ voneinander abzugrenzen, worauf es ja für die Anwendung des Art. 139 Abs. 2 ankommt.

Fest steht jedenfalls: Die „sehr diskutabile“ Regelung des Art. 139 Abs. 2 E-StPO kann auch nach der Logik des Gesetzgebers überhaupt nur für den schmalen Bereich von Gültigkeitsvorschriften in Betracht kommen, deren Verletzung mangels ausdrücklicher Anordnung durch den Gesetzgeber nicht zu einem absoluten Verwertungsverbot im Sinne von Art. 139 Abs. 1 führt. Solche Vorschriften könnten etwa diejenigen über die Anwesenheitsrechte der Verteidigung bei der Einvernahme der beschuldigten Person sein. Insbesondere in Fällen notwendiger Verteidigung, ist in Art. 129 Abs. 3 E-StPO

<sup>38</sup> Botschaft, BBl 2005, 1184. Die Botschaft verweist auf: Zur Unterscheidung HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht<sup>6</sup>, § 44 N 51; N. SCHMID, Strafprozessrecht<sup>4</sup>, N 608 f.

<sup>39</sup> HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht<sup>6</sup>, § 60 N 7 ff.; MAURER, Das bernische Strafverfahren, 38.

<sup>40</sup> Vgl. dazu die Kritik von FORNITO, Beweisverbote, 238 ff.

<sup>41</sup> BGE 96 I 441; vgl. a. OBERHOLZER, Grundzüge<sup>2</sup>, N 805.

<sup>42</sup> Vgl. OBERHOLZER, Grundzüge<sup>2</sup>, N 805.

kein Verwertungsverbot gesetzlich verankert, obwohl ein solches zuvor in einzelnen Kantonen anerkannt wurde.<sup>43</sup>

Andere Punkte bleiben offen:

So stellt sich etwa die Frage, ob unter Massgabe des Art. 139 Abs. 2 E-StPO künftig auch Beweise verwertbar sein sollen, welche die Behörden durch eine Straftat erlangt haben, ohne dass die Grenze des Art. 139 Abs. 1 E-StPO überschritten wurde. Ferner ist zweifelhaft, ob das künftige Recht die Unterscheidung zwischen der Beweissammlung durch Hoheitsträger einerseits und Private andererseits gänzlich aufgibt.<sup>44</sup>

Offen bleibt – trotz der gesetzgeberischen Entscheidung – vor allem aber die prinzipielle Frage: Kann resp. inwieweit kann eine Abwägung überhaupt einen Verfahrensverstoss heilen, wenn – wie gemeinhin – das Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit einerseits und verletzten Individualinteressen andererseits gegenüber gestellt werden? Fraglich ist im Wesentlichen zweierlei: Ist die Rechtmässigkeit hoheitlicher Beweissammlungen überhaupt disponibel? Und wenn ja, welche Interessen müssen, auf welcher Seite des Abwägungsvorgangs berücksichtigt werden? Die Auseinandersetzung darüber besteht seit einiger Zeit. Die Rechtsprechung hält bisher an der Abwägungslösung fest, auch wenn sie die dagegen geäusserte Kritik wahrnimmt.<sup>45</sup> Das Bundesgericht teilt jedoch die Bedenken nicht, dass die Abwägungslösung die Formstrenge im Strafverfahren und damit das rechtsstaatliche Verfahren gefährde. Zu Recht kritisieren Stimmen in der Literatur aber, dass die Einhaltung von Verfahrensvorgaben nicht nur für die Betroffenen, sondern auch für die Allgemeinheit von Interesse ist,<sup>46</sup> und dass dieses Interesse bei geringfügigeren ebenso wie bei schwerwiegenderen Straftaten besteht.<sup>47</sup> Die Rechtsprechung hält demgegenüber daran fest, dass in Fällen in denen das Beweismittel nicht an sich verboten sei,<sup>48</sup> eine Interessenabwägung zur Sicherstellung des verfassungsrechtlich gebotenen fairen Verfahrens ausreiche.<sup>49</sup> Dem ist nicht zuzustimmen. Eine Abwägung führt zur Auflösung der Formstrenge: „Rechtsstaatliche Garantien sind keine Manövriermasse, über die von Staates wegen

411

Sabine Gless: Beweisverbote im eidgenössischen Strafprozess

<sup>43</sup> Nachweise etwa bei DONATSCH/SCHMID, Kommentar, § 17 N 28; vgl. a. aaO § 11 Abs. 2 N 76 und § 18 N 27; vgl. a. DONATSCH, SJZ 2004, 326.

<sup>44</sup> *Schenk c. Schweiz*, Urteil vom 12. Juli 1988, Serie A, Bd. 140.

<sup>45</sup> Etwa BGE 131 272 280 f.

<sup>46</sup> Vgl. aber: OBERHOLZER, Grundzüge<sup>2</sup>, N 809; R. FORNITO, Beweisverbote, 248 ff.

<sup>47</sup> RUCKSTUHL, AJP 2005, 157; vgl. a. KIENER, ZBJV 2002, 671.

<sup>48</sup> Zu den selbständigen Beweisverboten s.o. Fn. 9.

<sup>49</sup> BGE 131 I 272 281.

nach Opportunität verfügt werden kann.“<sup>50</sup> Die Abwägungslösung ist an sich fragwürdig – der Zweck der Verdachtsklärung schwerer Straftaten ist nicht geeignet, Beweismittel, die durch Verfahrensverstösse oder gar Straftaten gewonnen wurden, zu heiligen.<sup>51</sup>

Und darin liegt auch gerade der Grund für die Ungereintheit des Art. 139 Abs. 2 E-StPO, selbst wenn man die grundsätzliche Fragwürdigkeit der Abwägungslösung dahingestellt liesse: Wenn die Abwägung kollidierender Interessen unter bestimmten Voraussetzungen einen Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift heilen könnte, so gäbe es keinen Grund diese Heilung ausschliesslich resp. gerade im Bereich schwerer Kriminalität gelten zu lassen. Bei mutmasslich schwereren Straftaten besteht zumindest das gleiche Interesse an der Einhaltung der schützenden Formen des Strafverfahrens wie bei leichteren Straftaten; das gilt aus Sicht des Betroffenen wie aus Sicht der Allgemeinheit.

## V. Fazit

412

Dass in einem der Menschenwürde verpflichteten Rechtsstaat der Zweck der Strafverfolgung nicht *jedes* Mittel heiligen kann, ist ein anerkannter Grundsatz.<sup>52</sup> Das bestätigen auch die Vorüberlegungen, der Vorentwurf und der endgültige Entwurf für eine eidgenössische Strafprozessordnung. Was das aber im Einzelfall bedeutet, bleibt weiterhin strittig.<sup>53</sup> Immer wieder stellt sich in verschiedenen Fallkonstellationen die Frage: Heiligt der Zweck der Verdachtsklärung im Strafverfahren unter bestimmten Umständen nicht doch den Genuss einer an und für sich verbotenen Frucht aus einer unrechtmässigen Beweiserhebung? Der E-StPO antwortet darauf verhalten: Ja.

Massgeblich soll künftig – abgesehen von dem Vorbehalt der „rechtmässigen Alternative“ – im wesentlichen zweierlei sein: erstens der Umstand, ob (a) Ordnungsvorschriften, (b) „niedere“ resp. „einfache“ oder (c) „qualifizierte“ Gültigkeitsvorschriften verletzt wurde – ungeachtet der Tatsache, dass alle Verfahrensvorschriften die Förmlichkeit des Strafverfahrens und damit auch den Schutz der davon Betroffenen garantieren; zweitens eine Abwägung der aus Sicht des Gerichts kollidierenden Interessen, wobei hier gemeinhin die

<sup>50</sup> VEST/EICKER, AJP, 2005, 891.

<sup>51</sup> FORNITO, Beweisverbote, 252 ff., 257 f.

<sup>52</sup> Zur Regelung der Beweisverbote in den kantonalen Strafprozessordnungen FORNITO, Beweisverbote, 70 ff.

<sup>53</sup> Vgl. etwa aus der jüngeren Rechtsprechung BGE 130 I 126; Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts SJZ 2004, 546 ff.

Interessen an der Sachverhaltsaufklärung mit den Interessen der Allgemeinheit einerseits gleich und den schutzwürdigen Interessen der von der Beweissammlung betroffenen Personen andererseits gegenüber gestellt werden. Selbst wenn man die Zulässigkeit des Abwägens akzeptiert, erscheint hier vieles noch klärungsbedürftig: Schlägt etwa das Interesse am Funktionieren der Strafrechtspflege (immer) als Gegengewicht zu den betroffenen Individualinteressen zu Buche?<sup>54</sup> Eine funktionierende Strafrechtspflege klärt den Tatverdacht in einem förmlichen Verfahren, um grösstmögliche Zuverlässigkeit und Fairness der Beweisführung zu garantieren. Dieses Grundsatzprogramm des Strafprozesses spiegelt sich im Unterprogramm der Beweisverwertungsverbote wider: Strafprozessuale Verwertungsverbot dienen der Zuverlässigkeit der Beweisführung ebenso wie dem Schutz bestimmter Interessen, die als der Strafverfolgung übergeordnet bewertet werden. Das Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege und die betroffenen Individualinteressen können divergieren, sie müssen es aber nicht.

Mit der in Art. 139 E-StPO vorgeschlagenen Regelung hat der Gesetzgeber teilweise die Kritik an Art. 149 Abs. 1 des Vorentwurfs ausgeräumt und den Programmsatz von *FRANZ RIKLIN* berücksichtigt, dass der Zweck nicht *jedes* Mittel heiligt.<sup>55</sup> Gleichwohl bleibt die entscheidende Frage offen: Wann heilt der Zweck des Strafverfahrens doch die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel? Art. 139 E-StPO eröffnet einen Graubereich, der auch künftig alle zur Diskussion über die Reichweite der unselbständigen Beweisverbote einlädt.

## Referenzen

J. AESCHLIMANN, Die Zukunft des schweizerischen Strafprozessrechts, ZStrR 1992, 355 ff. - J. J. BÉNÉDICT, Le sort de preuves illégales dans le procès pénal, Diss., Lausanne 1994. - BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001. - A. DONATSCH, Das schweizerische Strafprozessrecht, SJZ 2004, 321 ff. - A. DONATSCH/N. SCHMID, Kommentar zur Zürcher Strafprozessordnung, Zürich 1999. - EJPD, „Aus 29 mach 1“, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“, Bern 1997. - R. FORNITO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, St. Gallen 2000. - S. GLESS Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden 2007. - R. HAUSER/E. SCHWERI/K. HARTMANN Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005. - F. HÖPFEL/B. HUBER (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, Freiburg/Br. 1999. - R. KIENER, Die staatsrechtliche Recht-

<sup>54</sup> So: VEST/EICKER, AJP, 2005, 890.

<sup>55</sup> Oben Fn. 1.

sprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001. VIII. Verfahrensgarantien und Justiz, ZBJV 2002, 662 ff. - K. JANICKI Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozess. Auswirkungen auf die europäische Zusammenarbeit, Baden-Baden 2002. - S. KALB Die funktionale Begründung strafprozessualer Beweisverbote 2006. - TH. MAURER, Das bernische Strafverfahren, 2. Aufl., Bern 2003. - P. MÜLLER, Auf dem Weg zu einer Vereinheitlichung des Strafprozessrechts - eine Zwischenbilanz, ZBJV 1999, 286 ff. - N. OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2. Aufl., Bern 2005. - G. PIQUEREZ, Manuel de procédure pénale suisse, Zürich 2007. - M. L. RASSAT, Traité de procédure pénale, Paris 2001. - F. RIKLIN, Skript zur StPO, 2007, abrufbar unter: <[www.unifr.ch/strr](http://www.unifr.ch/strr)>. - F. RIKLIN, Strafprozessrechtsreform in Österreich und der Schweiz. Eine vergleichende Betrachtung, ZStrR 2001, 371 ff. - N. RUCKSTUHL, Technische Überwachungen aus anwaltlicher Sicht, AJP 2005, 150 ff. - M. SCHEFER Grundrechte in der Schweiz, Ergänzungsband, Bern 2005. - N. SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004. - S. TRECHSEL, Zum „Thesenpapier der Expertenkommission für die Revision des Gesetzes über die Strafrechtspflege“ (St. Gallen, Januar 1990), ZStrR 1991, 282 ff. - H. VEST/A. EICKER, Aussageverweigerungsrecht und Beweisverwertungsverbot - Bemerkungen zu BGE 130 I 126, AJP 2005, 883 ff. - H. WALDER, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, ZStrR 1966, 36 ff. - W. WOHLERS, Bemerkungen zu BGE 131 I 185, AJP 2006, 621 ff.

