

Die StPO aus dem Blickwinkel der aktuellen Praxis



Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis

Theorie, Rechtsprechung
und Originaldokumente für
angehende Anwälte und
Praktiker

Beat Schnell, Simone Steffen

Mai 2019, ca. CHF 79.–

ca. 500 Seiten, broschiert,
978-3-7272-5166-5

- Wie ermitteln die Strafverfolgungsbehörden einen Sachverhalt?
- Welche Beweismassnahmen sieht die StPO vor?
- Wann ist ein Beweis verwertbar?

Das vorliegende Buch behandelt das Strafverfahrensrecht aus dem Blickwinkel der aktuellen nationalen Praxis mit Hinweisen auf die Besonderheiten – insbesondere organisatorischer Art – im Kanton Bern. Es ist zur Einarbeitung ebenso geeignet wie zur Auffrischung der bereits vorhandenen Kenntnisse. Vor allem unterstützt das Buch das praxisorientierte Lernen für die Anwaltsprüfung. Die systematischen Ausführungen werden mit echten Dokumenten aus dem Strafverfahren, zahlreichen Beispielen aus der kantonalen und nationalen Rechtsprechung, wichtigen Entscheidungen des EGMR und Grafiken angereichert.

Bestellen Sie direkt online:
www.staempflishop.com

1618-26715 | Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten

ZStrR

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Band/Tome

137

RPS

Revue Pénale Suisse

RPS

Rivista Penale Svizzera

1

www.zstrr.recht.ch

Sabine Gless

Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten –
straftprozessuale Wahrheitssuche und ihre Grenzen
im Rechtsvergleich

Bernhard Sträuli

La procédure pénale dans la jurisprudence
du Tribunal fédéral

Valérie Junod/Eric Meystre

Les sanctions pénales de la contrefaçon
de médicaments à teneur de la Loi
sur les produits thérapeutiques



Stämpfli Verlag

Gegründet von/Fondée par/Fondata da C. Stooss 1888

www.ZStrR.Recht.ch

Herausgeber
Comité de direction
Comitato di direzione

St. Trechsel, Prof., Bern – *R. Roth*, Prof., Genève – *A. Donatsch*, em. Prof., Unterengstringen – *P.-H. Bollen*, Prof., Neuchâtel – *K.-L. Kunz*, Prof., Bern – *M. Pieth*, Prof., Basel – *F. Riklin*, Prof., Freiburg – *J.-B. Ackermann*, Prof., Luzern – *L. Moreillon*, Prof., Lausanne – *H. Vest*, Prof., Bern – *A. Kühn*, Prof., Neuchâtel – *M. A. Niggli*, Prof., Freiburg – *W. Wohlers*, Prof., Basel – *U. Cassani*, Prof., Genève

Redaktoren
Rédacteurs
Redattori

Prof. *Ursula Cassani*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève

Mitarbeiter
Collaborateurs
Collaboratori

Prof. *Wolfgang Wohlers*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel
P. Bernasconi, Prof., Rechtsanwalt, Lugano – *B. Bouloc*, Prof., Paris – *R. Moos*, Prof., Linz – *Dr. M. Rutz*, a. Obergerichtsschreiberin, Liestal – *M. Schubart*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *F. Sgubbi*, Prof., Bologna – *M.-A. Beernaert*, Prof., Louvain – *W. Perron*, Prof., Freiburg i. Br.

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Veröffentlichung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 194.– Ausland Fr. 209.– inkl. Versandkosten und 2,5% MWST.

A bopreis reine Onlineausgabe: Fr. 174.–

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli AG, Postfach, 3001 Bern

Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.

Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA,

case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern

Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com

www.staempfliverlag.com/zeitschriften

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2019. Printed in Switzerland by Stämpfli AG, Bern

ISSN 0036-7893 (Print) e-ISSN 2504-1452 (Online)

Sabine Gless, Basel

Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverboten – strafprozessuale Wahrheitssuche und ihre Grenzen im Rechtsvergleich*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Sinn von Beweisverwertungsverboten im Rechtsvergleich
 1. Schweiz
 2. China
 3. USA
 4. Deutschland
 5. Zwischenergebnis
- III. Verwertungsverbote – ein Unsinn?
 1. Unlösbarer Konflikt?
 2. Psychologisch verständlicher Unwille?
 3. Zwischenergebnis
- IV. Alternativen zu Verwertungsverboten
 1. Positive Anreize statt Abschreckung
 2. Eigenständige Haftungsmechanismen
 3. Aufsichtsorgane
 4. Einstellung von Strafverfahren
 5. Kompensation durch Strafreduktion
 6. Zwischenergebnis
- V. Fazit

I. Einleitung

Welche Grenzen hat die Wahrheitssuche im Strafverfahren? Diese Frage beschäftigt nicht nur Kriminalisten, sie interessiert ein breites Publikum. Das zeigen

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin im Rahmen der SKG-Jahrestagung 2018 am 7. 6. 2018 in Zug gehalten hat. Mein Dank gilt den Organisatoren der Tagung. *Laura Macula* danke ich für die Zusammenarbeit bei der Untersuchung möglicher Alternativen zu Beweisverwertungsverboten.

1 *N. Oberholzer*, Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung aus der Perspektive der Justiz, FJP 2016, 43, 48 ff.; *S. Heimgartner*, Strafprozessuale Beschlagnahme – Wesen, Arten und Wirkungen, unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, Zürich 2011, 73; *W. Wohlers*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 2014, Art. 139 N 4; *Ch. Riedo/G. Fiolka/M. A. Niggli*, Strafprozessrecht, Basel 2011, 4.

Berichterstattungen über Strafrechtsfälle mit ungewöhnlichen Ermittlungsmethoden² und die literarische und filmische Verarbeitung von Ermittlungsarbeit.³ Wie ein Staat den relevanten Sachverhalt für ein Strafverfahren ermittelt und welche Grenzen *in concreto* für die Sachverhaltsaufklärung im Strafverfahren gelten, sagt nicht nur viel über die Strafrechtspflege und die Arbeit von Strafverfolgungsbehörden und Gerichten in einem Gemeinwesen aus, sondern letztlich auch über den Wertekanon einer Gesellschaft.⁴ Das ist die These hinter einem gemeinsamen Forschungsprojekt von Rechtswissenschaftlern aus der Schweiz, Deutschland, der Volksrepublik China, Taiwan, Singapur und den USA⁵ zu Beweisverwertungsverboten in den jeweiligen Strafverfahrensordnungen. Denn auf den ersten Blick erscheint es kontraintuitiv, Beweismittel, die sich bereits in den Händen der Behörden befinden, sehenden Auges wieder vom Prozess der Tatsachenfindung auszuschließen. Die Ergebnisse aus dem Projekt legen jedoch zum einen nahe, dass ein Beweisausschluss auch aus dem Wunsch nach Schutz der Wahrheitsfindung resultieren kann, indem etwa Informationsquellen ausgeschlossen werden, die per se als unzuverlässig gelten, wie etwa Folterbeweise. Zum anderen zeigen die Forschungsergebnisse, dass ein Verzicht auf eine Wahrheit um jeden Preis in den verschiedenen Staaten ganz unterschiedliche Regelungen nach sich zieht.⁶

Anlass für die Untersuchung war die Kodifikation von Beweisverwertungsverboten in ganz unterschiedlichen Rechtsordnungen, beispielsweise in der Schweiz durch die Strafprozessordnung von 2011 und in der Volksrepublik China durch

eine Reform der Strafprozessordnung im Jahr 2012,⁷ während andere Rechtsordnungen – wie in den USA oder in Deutschland – bis heute keine generelle gesetzliche Regelung haben, obwohl die Geltung verschiedenster Beweisverwertungsverbote auch dort unbestritten ist. Was man von dem Siegeszug der Beweisverwertungsverbote letztlich lernen könne, erscheint unklar, obwohl die Debatte über den Sinn (und über die Grenzen) von Beweisverwertungsverboten⁸ seit Jahrzehnten auf nationaler und internationaler Ebene sowie aus rechtsvergleichender Sicht geführt wird.⁹ Empirische Untersuchungen existieren kaum.¹⁰ Jedoch darf man davon ausgehen, dass bereits die gesetzliche Ausgestaltung von Verwertungsverboten Anhaltspunkte für deren Effizienz gibt, weshalb sich eine rechtswissenschaftliche Untersuchung anbietet. Ein Beweisverwertungsverbot etwa, das die Parteien faktisch nicht geltend machen können, dürfte in der Praxis wenig zum Schutz bestimmter Verfahrensrechte bewirken. Wenn in einer Rechtsordnung eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten strikt abgelehnt wird, kann sich die rechtsmissbräuchliche Erlangung von Information lohnen, weil dadurch aufgefundene Beweismittel verwertbar sind. Deshalb sind die strafprozessualen Vorgaben von Interesse (II.). Angesichts der Diskussion über Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverboten lohnt sich eine Prüfung von Alternativen zu Beweisverwertungsverboten als Garant einer rechtmässigen Beweissammlung (III.). Insgesamt schärft der Blick über die Grenzen die Einschätzung von mutmasslich Sinnvollem und wahrscheinlich Unsinnigem, wenn Beweisverbote eine ihnen zugeordnete Funktion erfüllen sollen (IV.).

2 <www.nzz.ch/zuerich/27-jaehriger-mann-verurteilt-der-verdeckte-polizist-im-chatroom-ld.1300740>; <www.solothurnerzeitung.ch/solothurn/kanton-solothurn/misshandeltes-baby-politiker-kritisieren-verdeckte-ermittlung-130704113>; <www.sueddeutsche.de/muenchen/ungewoehnliche-ermittlungsmethode-partyfotos-ueberfuehren-schlaeger-1.130435>.

3 Illustrativ dafür sind klassische und moderne Krimireihen (von Christie bis Nesbø) oder seit Jahrzehnten mit Erfolg produzierte Fernsehserien (wie *Tatort*) und neue Serien (wie *The Mentalist*, *Bones*).

4 Vgl. a. L. *Vetterli*, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten, ZStR 2012, 447, 450; W. *Wohlens*, Fernwirkung – zur normativen Begrenzung der sachlichen Reichweite von Verwertungsverboten, in: *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Festschrift für Jürgen Wolter, hrsg. von M. A. Zöllner et al., Berlin 2013, 1181, 1182; S. *Zehnder*, Die Heilung strafbehördlicher Verfahrenfehler durch Rechtsmittelgerichte, LBR 2016, 119, 120; S. *Zimmerlin*, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, ZStV 2008, 44, 45.

5 Für die grosszügige Finanzierung des von 2015 bis 2018 durchgeführten Projektes durch den Schweizerischen Nationalfonds sei an dieser Stelle herzlich gedankt. Die ausführlichen Ergebnisse des Projektes werden unter dem Titel «Securing a Fair Trial through the Exclusion of Evidence: A Comparative Perspective» im Springer Verlag veröffentlicht.

6 Vgl. S. *Gless*, Protecting Human Rights through Exclusionary Rules? Highlights on a Conflict in Criminal Proceedings from a Comparative Perspective, in: *Justice Without Borders*, Essays in Honour of Wolfgang Schomburg, hrsg. von M. Böse et al., Leiden 2018, 159, 173 ff.

7 R. *Chen*, China's New Exclusionary Rule: An Introduction, *Columbia J Asian Law* 2011, 229; N. *Jiang*, The adequacy of China's responses to wrongful convictions, *Int J Law Crime Justice* 2013, 390, 401.

8 Vgl. etwa M. K. *Lewis*, Controlling Abuse to Maintain Control: The Exclusionary Rule in China, *New York University Journal of International Law and Politics* 2011, 43; K. *Hsieh*, The exclusionary rule of evidence: comparative analysis and proposals for reform, *International and comparative criminal justice* 2014 *passim*.

9 Vgl. etwa F. *Höpfel*/B. *Huber* (Hrsg.), *Beweisverbote in Ländern der EU und in vergleichbaren Rechtsordnungen*, Freiburg i. Br. 1997; W. *Geller*, Enforcing the Fourth Amendment: The Exclusionary Rule and Its Alternatives, *Washington University Law Review* 1975, 721, 723; A. M. *Hilton*, Alternatives to the Exclusionary Rule after *Hudson v. Michigan*: Preventing and Remediating Police Misconduct, *Villanova Law Review* 2008, 47; D. A. *Sklansky*, Is the Exclusionary Rule Obsolete?, *Ohio State Journal of Criminal Law* 2008, 567; C. *Slobogin*, The Exclusionary Rule: Is it on Its Way Out? Should It Be?, *Ohio State Journal of Criminal Law* 2013, 341; H.-L. *Ho*, The Criminal Trial, the Rule of Law and the Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence, *Criminal Law and Philosophy* 2014, 109.

10 Vgl. aber etwa für die USA. D. H. *Oaks*, Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1970) 37 *University of Chicago Law Review* 1970, 665 ff.; M. W. *Orfield*/J. W. *Orfield*, The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Police Narcotics Officers, (1987) 54 *University of Chicago Law Review*, 1016 ff.

II. Der Sinn von Beweisverwertungsverboten im Rechtsvergleich

Beweisverwertungsverbote provozieren immer wieder die Frage nach der praktischen Effektivität dieses Rechtsinstituts.¹¹ Die rechtswissenschaftliche Debatte richtet den Blick insofern vor allem auf die Ausgestaltung gesetzlicher Regelungen, Rechtsprechung und Doktrin zu Beweisverwertungsverboten. Zu Beginn steht die Frage, was überhaupt der Sinn von Beweisverwertungsverboten ist. Die Antworten variieren naturgemäss in den unterschiedlichen Rechtsordnungen.¹² Allen gemeinsam ist letztlich lediglich der Verweis auf die Notwendigkeit der Einhaltung strafprozessualer Vorgaben. Uneinigkeit herrscht bereits darüber, was den dahinterstehenden Zweck betrifft: Geht es *nur* um die Verlässlichkeit einer strafprozessualen Beweisführung oder auch – und möglicherweise sogar primär – um den Schutz von der Strafverfolgung übergeordneten Interessen, insbesondere von Individualinteressen?¹³ Ubiquitär ist das konstante Spannungsverhältnis zwischen den – anscheinend – die Sachverhaltsaufklärung einschränkenden Verboten und dem primären Ziel jeder Ermittlungsarbeit: in einem Strafverfahren die Wahrheit ans Licht zu bringen.¹⁴

I. Schweiz

Dieser Grundkonflikt kommt auch in der Schweizer Strafprozessordnung zum Ausdruck: Art. 139 StPO verpflichtet die Strafverfolgungsorgane, zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einzusetzen, die *rechtlich zulässig sind*. Wann ein Beweismittel nicht rechtlich zulässig ist, beschreiben zum einen der direkt nachfolgende Art. 140 StPO

11 Vgl. etwa M. Jahn, Strafverfolgung um jeden Preis?, StraFo 2011, 117, 121, der aus anekdotischer Beobachtung eine sehr eingeschränkte Wirksamkeit konstatiert, sowie W. Wohlers/L. Bläsi, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 2015, 158, 159; L. Bürge, Die Unverwertbarkeit von Beweisen, Anwaltsrevue 2017, 322; L. Graco, Warum gerade Beweisverbot? Ketzlerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverbots, in: Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Klaus Rogall, hrsg. von U. Stein et al., Berlin 2018, 485 ff.

12 Wohlers/Bläsi (Fn. 11), 158 f.

13 Vgl. etwa J. Turner, The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law, Southern Methodist University Law Review 2014, 821, 825 ff.; S. Gless, in: Basler Kommentar StPO, hrsg. von M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 139 N 1.

14 Riedo/Fiolka/Niggli (Fn. 1), 4; M. Pletzl, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016, 43; U. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl., München 2015, N 625; Oberholzer (Fn. 1), 48 ff.

betreffend verbotene Beweiserhebungsmethoden sowie verschiedene Einzelregelungen zu einzelnen Beweiserhebungen, etwa zur rechtlichen Unzulässigkeit mangels Wahrung der Teilnahmerechte von Parteien¹⁵ oder mangels Einhaltung der Vorschriften für verdeckte Ermittlungen.¹⁶

a) Gesetzliche Regelung der Beweisverwertungsverbote

Art. 141 StPO systematisiert die Ebenen rechtlicher Unzulässigkeit und legt die Folgen gesetzlich fest. Die Norm mit Pioniercharakter¹⁷ geht von der Stufe strikter Unverwertbarkeit (in den gesetzlich normierten Fällen, Abs. 1) über eine relative Unverwertbarkeit (in Fällen strafbarer Beweiserlangung oder beim Verstoß gegen Gültigkeitsvorschriften, Abs. 2) bis zur ausdrücklichen Verwertbarkeit (bei Verletzung blosser Ordnungsvorschriften, Abs. 3). Die Norm vereint ganz unterschiedliche Zielrichtungen, wie etwa Sicherung der Zuverlässigkeit der Sachverhaltsermittlung (indem abgepresste Geständnisse nicht zur Grundlage von Tatsachenfeststellungen werden können, Art. 141 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 140 Abs. 1 StPO) oder Schutz von Individualrechten (wie das Recht auf kontradiktorische Erörterung von Beweismitteln, Art. 141 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 147 Abs. 4 StPO).

b) Sinn der Beweisverwertungsverbote

Die gesetzliche Regelung der Beweisverwertungsverbote baut auf unterschiedlichen Vorstellungen zum Sinn von Beweisverwertungsverboten auf. Nach einer Ansicht schützen Verwertungsverbote die Integrität der Rechtspflege und die Legitimität von Strafverfahren an sich.¹⁸ Andere heben demgegenüber den Schutz der Individualinteressen von Verdächtigen, Angeklagten, deren Angehörigen usw. hervor.¹⁹ Wiederum andere sehen Beweisverwertungsverbote vor allem aus einem pragmatischen Blickwinkel: Sie gewährleisten die Rechtmässigkeit von Ermittlung-

15 BGE 133 I 33, 41; BGE 6B_333/2012 vom 11. 3. 2013.

16 Art. 289 Abs. 6; vgl. zur Rechtslage vor Inkrafttreten StPO: BGE 134 IV 266 (Chatroom Internet); BGE 6B_272/2009 vom 22. 6. 2009 (Alkohol Testkäufer); BGE 6B_211/2009 vom 22. 6. 2009 (Kobik/Internetmittlungen); OGer ZH SB090204 vom 1. 7. 2009 (Scheinkauf Drogen); KGer Bl. fp 2009, 139 (Alkohol Testkäufer); KGer SG fp 2009, 144 (Scheinkauf Drogen); P. Albrecht, Zur rechtlichen Problematik des Einsatzes von V-Leuten, AJP 2002, 632.

17 S. Gless, Gesetzliche Regelungen von Beweisverwertungsverboten – die Schweiz als Vorreiter?, in: Strafrecht als ultima ratio, Giessener Gedächtnisschrift für Günter Heine, hrsg. von W. Gropp et al., Tübingen 2016, 127, 129.

18 OG Bern: Es sollen Untersuchungsmethoden verhindert werden, «wie sie zwar in totalitären Staaten üblich, eines Rechtsstaates aber unwürdig sind», ZBJV 82 (1952), 83 ff., 86; vgl. aber: Wohlers/Bläsi (Fn. 11), 159.

19 Wohlers/Bläsi (Fn. 11), 159: Doppelte Zielsetzung, nämlich zum einen die Gewährleistung der Legalität des Strafverfahrens und zum anderen die Sicherung bestimmter subjektiver Rechte.

gen durch Abschreckung übereifriger Ermittler vor unrechtmässiger Beweissuche.²⁰ Beweisverwertungsverbote lassen sich wohl nie eindimensional erklären, sondern ruhen immer auf verschiedenen Erwägungen, meinen andere²¹ – und befinden sich damit im Einklang mit der Rechtsprechung, die verschiedene Zielrichtungen von Beweisverwertungsverböten berücksichtigt.²² Der Streit über den Sinn von Verwertungsverböten geht weit hinter die Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts zurück – doch im Grundsatz herrsche in der Schweiz seit jeher Einigkeit über zweierlei: Es gibt keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis,²³ und Beweisverwertungsverböte schützen immer auch Individualinteressen.²⁴

Diese Auffassung prägte die Verankerung der Beweisverwertungsverböte in der eidgenössischen Strafprozessordnung. Die grundsätzliche Bereitschaft, zum Schutz übergeordneter Interessen allenfalls auch auf Beweismittel zu verzichten, zieht sich wie ein roter Faden durch die Vorgaben zur Gültigkeit bestimmter Ermittlungsmassnahmen. Darüber hinaus sieht die Strafprozessordnung bei Verletzung von Gültigkeitsvorschriften in Art. 141 Abs. 4 StPO sogar eine sogenannte Fernwirkung vor. Das heisst: Selbst wenn eine verbotene Ermittlungshandlung etwa eine geheime Überwachung ohne Genehmigung (vgl. Art. 277 Abs. 2 StPO) – ein Beweismittel hervorbringt, das den Weg zu weiteren Beweismitteln eröffnet – etwa zu Dokumenten oder Zeugen –, sollen diese «Früchte des vergifteten Baumes» für die Sachverhaltsfeststellung verschlossen bleiben.²⁵ In einem Strafverfahren, das sich der Ermittlung der Wahrheit verschrieben hat, erscheint das als ungeheuerliche Zumutung.²⁶

c) Effektivität der Beweisverböte

Angesichts der weitreichenden Regelung von Beweisverwertungsverböten im geltenden Recht erstaunt es nicht, dass diese in jüngerer Zeit durchaus als viel-

versprechende Verteidigungsmöglichkeit wahrgenommen werden.²⁷ Neuere Rechtsprechung gibt dazu auch durchaus Anlass, wie etwa die Urteile, die bei Verletzung von Teilnahmerechten²⁸ oder bei Nichteinhaltung der Vorgaben zur geheimen Überwachung²⁹ oder bei rechtswidrigen Filmaufnahmen im Strassenverkehr³⁰ Beweisverwertungsverböte ausgesprochen haben.³¹

Sobald man sich aber von den Kernbereichen der gesetzlichen Verfahrensrechte wegbewegt, die ausdrücklich mit einem Verwertungsverbot flankiert wurden, ergibt sich schnell ein weit weniger klares Bild: Die Rechtsprechung klassifiziert Verfahrensvorgaben als blosser Ordnungsvorschriften (und nicht als Gültigkeitsvorschriften), die durchaus die Rechtsstellung von Beschuldigten schützen, etwa die territoriale Zuständigkeit der Polizei³² oder die Aufforderung des Art. 143 Abs. 5 StPO, bei einer Einvernahme klar formulierte Fragen zu stellen.³³ Zudem interpretieren Gerichte die Reichweite strafprozessualer Vorgaben oft restriktiv,³⁴ und Beweisverwertungsverböte greifen eben nur, wenn eine Beweissammlung formal zum Strafverfahren gehört. Wenn Behörden zunächst in einem Verwaltungsverfahren vorgehen, sind Beschuldigte insofern ohne Schutz, selbst wenn sie in dem administrativen Prozedere zur Offenlegung der Beweismittel verpflichtet waren und Gefahr laufen, ihr Recht auf Verweigerung der Aussage zu verlieren (vgl. Art. 158 StPO).³⁵

Besonders prekär wird die Frage nach der Geltung von Beweisverwertungsverböten bei einer Beweissammlung durch Private, die in Art. 141 StPO gerade nicht geregelt ist. Die weite Verbreitung von Aufnahmegegeräten, etwa Dashcams in Fahrzeugen im Strassenverkehr, zwingt immer öfter zu einer Stellungnahme und verdeutlicht letztlich: Der Umstand, dass die Vorgaben der StPO nicht für Privat-

27 *Bürge* (Fn. 11), 322.

28 BGE 143 IV 457; BGE 141 IV 220; BGE 6B_321/2017 vom 8. 3. 2018; BGE 6B_76/2018 vom 13. 10. 2018; vgl. aber noch BGE 140 IV 172, wonach in getrennt geführten Verfahren Beschuldigten in den jeweils andern Verfahren keine Parteistellung zukommen solle.

29 BGE 140 IV 40; BGE 139 IV 128; BGE 138 IV 169.

30 BGE 137 I 218; BGE 134 IV 266; vgl. a. Schwyz, Kantonsgericht Urteil vom 20. 6. 2017 – STK 2017 I.

31 Vgl. a. BGE 6B_990/2017 vom 18. 4. 2018; BGE 6B_1025/2016 vom 24. 10. 2017.

32 BGE 142 IV 23, 26.

33 BGE 141 IV 20, 28.

34 BGE 131 I 272, 281: Anwendbarkeit des Verwertungsverböts nach Art. 7 Abs. 4 BÜPF ausserhalb des ursprünglichen Anwendungsbereichs beim unbewilligten Einsatz technischer Überwachungsgeräte zu Ermittlungszwecken.

35 Vgl. etwa BGE 142 II 243: für Aussagen aus einem finanzmarktrechtlichen Verfahren; BGE 142 IV 207: für bankinterne Memorandum; BGE 140 II 384: für Auskünfte aus konzessionsrechtlichen Aufsichtsverfahren; BGE 138 IV 47, 51: für Angaben aus Steueranlegungs- bzw. Steuerhinterziehungsverfahren.

20 Gless (Fn. 13), Art. 141 N 6; R. Fornito, Beweisverböte im schweizerischen Strafprozess, St. Gallen 2000, 57 ff.; A. Kaufmann, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Luzern 2013, 213; *Vetterli* (Fn. 4), 456; *Wohlers/Blási* (Fn. 11), 158 f.; D. Häring, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gem. Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substanzuelle Neuerungen?, ZStrR 2009, 225, 238. Zur Lage in den USA vgl. a. *Pieth* (Fn. 14), 198; N. Schmid/D. Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2017, N 798; *Fornito* (Fn. 20), 57 f.; *Vetterli* (Fn. 4), 456.

21 *Häring* (Fn. 20), 238.

22 Vgl. etwa BGE 141 IV 289.

23 Gless (Fn. 13), Art. 141 N 6; Schmid/Jositsch (Fn. 20), N 8 f.; *Wohlers/Blási* (Fn. 11), 159.

24 R. Hauser/E. Schwertli/K. Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 60 N 1.

25 BGE 133 IV 329; *Hauser/Schwertli/Hartmann* (Fn. 24), § 61 N 16 ff.; *Pieth* (Fn. 14), 171.

26 *Hauser/Schwertli/Hartmann* (Fn. 24), § 60 N 17.

personen gelten, sagt noch nichts darüber, ob «privat erhobene Beweismittel» ohne Weiteres in eine gerichtliche Sachverhaltsaufklärung einfließen dürfen.³⁶

d) Zwischenergebnis

Insgesamt erscheint die Rechtsprechung der letzten Jahre nicht eindeutig. Manches spricht dafür, dass Verwertungsverbote durchaus ein Erfolg versprechender Ansatzpunkt für eine Strafverteidigung sein können. Es ist den Schweizer Gerichten ernst damit, dass Ermittlungsbehörden sich an die gesetzlichen Vorgaben halten sollen.³⁷ Restriktive Ansätze, die in anderen Staaten eine grundsätzliche Schwächung von Beweisverwertungsverböten bewirkt haben, etwa «Beweiswürdigungslösungen»,³⁸ nach denen an sich unverwertbare Beweismittel doch in die Sachverhaltsfeststellung einfließen, aber hinsichtlich ihrer Zuverlässigkeit besonders vorsichtig gewürdigt werden müssen, oder Ansatzpunkte für eine Rügeerklärung betreffend Beweisverwertungsverböte³⁹ konnten sich nicht durchsetzen. Das Grundsatzproblem inquisitorisch-geprägter Verfahrensordnungen kann die StPO aber auch nicht gänzlich lösen: Solange diejenigen, die in der Schuldfrage entscheiden, Kenntnis von unverwertbaren Beweismitteln haben, lässt sich nicht ausschliessen, dass diese Kenntnis mit in ihr Urteil fliesst.

Nimmt man Beweisverwertungsverböte als Indikatoren für den Wertekanon einer Gesellschaft, so beeindruckt der Fokus auf den Schutz von der Strafverfolgung übergeordneten Individualinteressen. Anlass für die Forderung nach Disziplinierung durch Beweisverwertungsverböte und allfällige andere Massnahmen ist nicht die Scham über die Missachtung von Verfahrensvorschriften durch Hoheitsträger, sondern die Besorgnis um die Rechte des Einzelnen, der zum Beschuldigten in einem Strafverfahren wird.⁴⁰ Diese Herangehensweise hat in der Schweiz Tradition: Das zeigt ein Blick in eine frühe Auflage des Lehrbuchklassikers von Hauser/Schweri: Verwertungsverböte dienen danach der Erhaltung der Menschen-

würde, der Familienbande, zwischenmenschlicher Vertrauensverhältnisse, von Geheimnissen und der Rechtssicherheit.⁴¹ Die Aufzählung illustriert jenseits der Auseinandersetzung über die Details: Die Schweizer Rechtsordnung anerkennt traditionell, dass Individualinteressen der Strafverfolgung übergeordnet werden können. Sie konstituieren insofern Elemente eines liberalen Rechtsstaats, die stärker wiegen als ein totaler Strafverfolgungsanspruch: Deshalb soll es keine Wahrheitssuche um jeden Preis geben.⁴²

2. China

Die Volksrepublik China hat im Jahr 2012 Beweisverwertungsverböte in ihre Strafprozessordnung aufgenommen.⁴³ Vorausgegangen war eine längere Entwicklung, in der die für Gesetzgebung und Strafrechtspflege zuständigen Institutionen mit verschiedenen Massnahmen auf das Bekanntwerden spektakulärer Justizirrtümer reagierten.⁴⁴ Insbesondere Verurteilungen in Verfahren wegen Tötungsdelikten führten zu grundlegenden Zweifeln an Vernehmungspraktiken der Polizei, die vor allem auf die Erlangung von Geständnissen gerichtet sind, die traditionell Grundlage einer Verurteilung sind.⁴⁵ Die Verwertungsverböte richten sich entsprechend vor allem gegen erpresste und deshalb unzuverlässige Geständnisse. Insofern setzen die Verwertungsverböte nach chinesischem Verständnis nicht Grenzen für die Wahrheitsermittlung, sondern stützen diese. Dazu passt auch, dass ein Beweisausschluss nicht zwingend ist, sondern vielmehr der Staatsanwaltschaft bei Zweifeln an der Zulässigkeit eines Geständnisses Gelegenheit gegeben wird, noch andere Beweismittel nachzureichen.⁴⁶

41 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 24), § 60 N 1.

42 Gless (Fn. 13), Art. 141 N 6; Schmid/Jostsch (Fn. 20), N 8 f.; Wohlers/Bläsi (Fn. 11), 159.

43 Z. Guo, Exclusion of illegally obtained confessions in China: an empirical perspective, Int. J. of Evidence & Proof 2017, 31 ff.; Ma, Some Highlights of the Recent Development of Evidence Law in China, 51 Criminal Law Bulletin (2015), 1, 3.

44 Bereits 2010 herrschte zwischen den grossen Institutionen, die für die Strafrechtspflege zuständig sind, dem Obersten Gerichtshof, der Obersten Staatsanwaltschaft, dem Ministerium für öffentliche Sicherheit, dem Ministerium für Staatssicherheit und jenem für Justiz, Einigkeit, dass es (durchsetzbarer) Beweisverwertungsverböte bedürfe, dazu G. Chien, Issues in the Reform of China's Public Prosecution System – against the Backdrop of New Revisions to the Criminal Procedure Law, in: Comparative Perspectives on Criminal Justice in China, hrsg. von M. McConville/E. Pils, Cheltenham, UK 2013, 153–171; Guo (Fn. 43), 31, 35.

45 Vgl. etwa Ma (Fn. 43) 1, 6. Zur Rolle von Geständnissen auch in jüngerer Zeit: Chiu, China's Criminal Justice System and the Trial of Pro-Democracy Dissidents, in: (24) New York University Journal of International Law & Politics (1992) 1181, 1182.

46 Vgl. Ma (Fn. 43), 1, 13.

36 Vgl. dazu etwa die Rechtsprechung der kantonalen Gerichte: OGer ZH ZR 2018, 141 (keine offensichtliche Unverwertbarkeit von privaten Dashcam-Aufnahmen im Strafverfahren) vom 16. 3. 2018; OGer BE, BK 17 322, vom 23. 11. 2017 (bei privat rechtswidrig erlangten Beweismitteln gelte kein prinzipielles Verwertungsverböte); KantonsGer Schwyz, Urteil vom 20. 6. 2017 – STK 2017 1 m. Anm. Gless, fp 2018, 397 (Unverwertbarkeit privat gefertigter Dashcam-Aufzeichnungen); grundlegend zur Verwertbarkeit privat erlangter Beweise: G. Gdenzi, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Diss. Zürich 2008, passim.

37 Wohlers/Bläsi (Fn. 11), 159; A. Tanner, Das Teilnahmerecht der Privatklägerschaft nach Art. 147 SPO und seine Grenzen, LBR 2018, 207, 214.

38 BGE 140 IV 196, 201; besonders vorsichtige und zurückhaltende Würdigung von eigentlich unverwertbaren Beweisen; vgl. a. BGE 133 I 33; BGE 132 I 127. Zur Beweiswürdigungslösung in Deutschland: S. Gless, Zur «Beweiswürdigungs-Lösung» des BGH, NJW 2001, 3606.

39 BGE 138 I 97; vgl. a. BGer 6B_1068/2017 vom 28. 6. 2018.

40 Vgl. etwa H. Vest/A. Höhener, Beweisverwertungsverböte – quo vadis Bundesgericht?, ZStRR 2009, 95, 104.

a) Gesetzliche Regelung der Beweisverwertungsverbote

Nach Art. 54 Abs. 1 der chinesischen Strafprozessordnung (China-StPO)⁴⁷ dürfen das Geständnis einer verdächtigen oder angeklagten Person, das durch Folter oder andere illegale Methoden erlangt wurde, oder die Aussage von Zeugen oder Geschädigten, die durch Gewalt, Drohung oder andere illegale Methoden erlangt wurden, nicht verwertet werden. Entspricht die Erhebung von Sachbeweisen oder Urkundsbeweisen nicht den gesetzlichen Vorgaben und beeinträchtigt dies die justizielle Gerechtigkeit in schwerwiegender Weise, ist dies zu korrigieren oder zu rechtfertigen; ansonsten sind diese Beweise auszuschließen.

Die in der Strafprozessordnung nachfolgenden Artikel regeln die Operationalisierung: Staatsanwaltschaft, Beschuldigter und Verteidigung können – mit einem substantiierten Vorbringen – den Beweisausschluss verlangen (Art. 56 China-StPO). Die Beweislast für die rechtmässige Erhebung des Beweismittels liegt dann bei der Staatsanwaltschaft, (Art. 57 China-StPO). Wenn nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden kann, dass ein Geständnis ohne Folter erlangt wurde, muss es ausgeschlossen werden.⁴⁸

b) Sinn der Beweisverwertungsverbote

Anlass für diese Regelung waren Fehlurteile auf der Grundlage erpresster Geständnisse. In verschiedenen Fällen hatten die Ermittlungsbehörden vor Gericht Geständnisse von Angeklagten präsentiert, die diese widerrufen wollten, mit dem Hinweis darauf, dass sie unter Folter ausgesagt hätten.⁴⁹ Die Unschuld der Betroffenen kam aber erst nach dem Auftauchen weiterer Beweismittel in anderen Strafverfahren oder aber nach der Auflösung des ursprünglichen Tatverdachts durch Auftauchen des Opfers ans Licht. Die Verbreitung solcher Fälle über soziale Medien führte zu einer lebhaften Diskussion über Missstände in der Strafrechtspflege in ganz China und ebneten letztlich den Weg für die Reformschritte, welche die Schaffung eines Beweisverwertungsverbotes für Beweismittel ermöglichten, die durch Folter und anderen unzulässigen Zwang erlangt wurden.⁵⁰

Aus den Gesetzgebungsmaterialien und der Debatte im Land geht klar hervor: Hinter den Beweisverwertungsverbotten im chinesischen Strafprozessrecht steht nicht eine Beschränkung der Wahrheitssuche im Strafverfahren mit Rück-

47 Criminal Procedure Law of the People's Republic of China, abrufbar unter <<https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/criminal-procedure-law-of-the-peoples-republic-of-china>>.
Guo (Fn. 43), 31 f. und 41 f.

49 Vgl. etwa <<http://www.people.com.cn/GB/shehui/45/20010824/543479.html>>; <<http://news.sina.com.cn/o/2005-04-08/13495597159s.html>>.

50 J. Belkin, China's Tortuous Path toward Ending Torture in Criminal Investigations, in: Comparative Perspectives on Criminal Justice in China, hrsg. von M. McConville/E. Pils, Cheltenham UK 2013, 91, 94; Jiang (Fn. 7), 403.

sicht auf übergeordnete Individualinteressen wie etwa Schutz der Privat- und Familiensphäre oder Vertraulichkeit eines Berufsgeheimnisses. Vielmehr sollen Beweisverwertungsverbote vor allem die Ermittlungsorgane davon abhalten, in der Vernehmungssituation Methoden anzuwenden, die keine validen Beweise hervorbringen. Diese begrenzte Stossrichtung ergibt sich auch aus anderen Regelungen: So ist bis heute kein Schweigerecht⁵¹ eines Angeklagten anerkannt, und es besteht kein Zeugnisverweigerungsrecht für Angehörige.⁵² Die Idee einer Fernwirkung von Beweisverwertungsverbotten besteht ebenso wenig.

c) Effektivität von Beweisverwertungsverbotten

Inwieweit im chinesischen System die Erwägung der Disziplinierung von Ermittlungsorganen durch Ausspruch eines Beweisverwertungsverbots überhaupt eine Rolle spielen kann, ist fraglich. Denn in China treffen Beweisverbote nicht nur auf eine andere Rechtskultur, sondern auch auf eine andere Rechtsrealität, ein grundsätzlich anderes Staatsgefüge, in dem die Machtverhältnisse zwischen Exekutive und Judikative anders sind als in Europa, schon weil mit der Kommunistischen Partei im Justizapparat eine weitere Macht im Spiel ist, die nicht in das westliche Denken über Rechtspflege passt.⁵³ Insgesamt erscheint es so, als ob in der Strafverfolgung die Polizei nicht als Ausführungsorgan der Staatsanwaltschaft agiert, sondern aufgrund einer eigenständigen Stellung, oder dass die Auslegung und Anwendung bestimmter Gesetzesvorschriften von lokalen Parteispitzen mitbestimmt wird, die in dieser Funktion mit im Spruchkörper sitzen. In den einzelnen Strafverfahren ermittelt die Polizei in eigener Verantwortung und übergibt dann die gesammelten Beweise zur Anklageerhebung an die Staatsanwaltschaft, die dann ihrerseits entscheiden muss, wie sie mit dem Beweismaterial umgehen muss und ob sie etwa ein Beweisverwertungsverbot geltend machen will, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass ein Geständnis nicht freiwillig abgegeben wurde. Nach Anklageerhebung wird das Gericht sich wiederum mit allen beteiligten Akteuren ins Vernehmen setzen und etwa – wie bereits erwähnt – der Staatsanwaltschaft und der Polizei allenfalls auch Möglichkeit zur Nachbesserung geben.

d) Zwischenergebnis

Insgesamt bleiben heute noch viele Fragezeichen in Bezug auf das chinesische Strafverfahren. Mit Blick auf den aktuellen Diskussionsstand lässt sich aber festhalten: In China dienen Beweisverwertungsverbote derzeit der Sicherstellung

51 Art. 118 China-StPO; vgl. a. L. Yang, On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court, Oxford Journals 2005, 121 ff.

52 Vgl. Art. 121 ff. China StPO.

53 Hsieh (Fn. 8), 139.

der Zuverlässigkeit von Beweismitteln. Sie sollen entsprechend ihrer Entstehungsschichte Fehlurteilen entgegenwirken, die auf abgepressten Geständnissen beruhen. Zuverlässige Beweismittel sollen jedoch in die Wahrheitsermittlung einfließen; entsprechend ist keine Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbots anerkannt.

3. USA

Eine ganz andere Perspektive eröffnen Beweisverwertungsverbote im US-amerikanischen Strafprozessrecht,⁵⁴ wobei sich die folgenden Ausführungen auf das Verfahrensrecht auf Bundesebene (und nicht auf das Strafprozessrecht der Einheitsstaaten) beziehen.

Schon im Ausgangspunkt anders als in der Schweiz, stehen Ermittlungsbehörden in den USA nicht zuvörderst in der Pflicht, nach der Wahrheit zu suchen. Ihr Ziel ist es, ein Strafverfahren fair und effizient abzuschliessen.⁵⁵ Das kann durch eine Anklage geschehen; in den meisten Fällen sucht man aber eine Verständigung, basierend auf einem Geständnis, in einem sogenannten *guilty plea*. Gegenstand eines solchen Deals kann auch ein sogenannter *fact bargaining* sein, mit dem sich die Parteien auf den strafbaren Sachverhalt einigen, u. a. gegen den Verzicht auf das Recht auf ein Juryverfahren.⁵⁶ Das bedeutet aber nicht, dass man nicht auch in den USA anerkennt, dass das Bemühen um eine möglichst umfassende Sachverhaltsaufklärung von grundsätzlicher Bedeutung für die Legitimation von Strafurteilen ist.⁵⁷ Bundesbehörden sind etwa gehalten, den relevanten Sachverhalt möglichst umfassend zu ermitteln⁵⁸ und zu diesem Zweck alle relevanten Beweismittel zu sammeln. Wie in anderen Rechtsordnungen spielen Geständnisse auch hier eine wichtige Rolle; sie gelten *per se* als zuverlässig und sind eben auch Grundlage für die weitreichende Praxis der *«deals»*.⁵⁹ Allerdings darf – nach aufsehenerregenden

54 Turner (Fn. 13), 827.

55 Vgl. dazu Regel no 2 der Federal Criminal Procedure Rules (<www.federalrulesofcriminal-procedure.org/title-1/rule-2/>, besucht am 13. 10. 2018): «These rules are to be interpreted to provide for the just determination of every criminal proceeding, to secure simplicity in procedure and fairness in administration, and to eliminate unjustifiable expense and delay.»

56 W. T. Pizzi, Fact bargaining. An American Phenomenon, 336 Federal Sentencing Reporter Vol. 8, No. 6, May/June 1996; zum Verzicht auf den Jury-Trial: Singer v. United States, 380 US 24, 36 (1965); insgesamt zur richterlichen Kontrolle: L. E. Becker, Plea Bargaining and the Supreme Court, 21 Loyola of Los Angeles Law Review 757 (1987–1988).

57 Z. B. in *Tehan v. United States*, erläutert der US Supreme Court: «[t]he basic purpose of a trial is the determination of the truth». 383 US 406, 416 (1966); vgl. a. *United States v. Havens*, 446 US 620, 626 (1980); *Colorado v. Connelly*, 479 US 157, 166, (1986).

58 Vgl. dazu Regel no 102 der Federal Rules of Evidence (abrufbar <www.law.cornell.edu/rules/102/>, besucht am 13. 10. 2018).

59 Vgl. dazu die Ausführungen des Supreme Courts in *Singer v. United States*, 380 US 24 (1965).

Fehlurteilen in der Vergangenheit – eine Verurteilung heute in bestimmten Fallkonstellationen nicht mehr ohne besondere Prüfung der Zuverlässigkeit allein auf ein Geständnis gründen.⁶⁰

a) Beweisverwertungsverbote durch Richterrecht

Trotz der prominenten Rolle, die Beweisverwertungsverbote im US-Recht spielen, fehlt selbst auf Bundesebene eine gesetzliche Regelung. Beweisverwertungsverbote beruhen vielmehr auf einem über viele Generationen gewachsenen Richterrecht, das eng mit der Verfassungsrechtsprechung zu den im Jahr 1789 der US-Verfassung angefügten Fourth, Fifth und Sixth Amendments verbunden ist. Diese haben heute ein Eigenleben und sind eigentlich nicht mehr zuvörderst Individualrechte, sondern eher Verfahrenssicherungen.⁶¹

Beweisverwertungsverbote haben sich als ein Teil des US-amerikanischen Strafprozesses in das öffentliche Bewusstsein eingeprägt, weil sie im adversarischen Verfahren nicht nur das Zusammenspiel zwischen der weitgehend eigenständig agierenden Ermittlungs- und Anklagebehörde auf der einen Seite und dem Gericht mit professionellem Richter und Jury auf der anderen Seite zeigen, sondern auch, weil ein Beweisverwertungsverbot im Jury-Trial entsprechend strategisch eingesetzt werden kann: Wenn die Parteien den Einwand der Unverwertbarkeit erheben, entscheidet darüber der professionelle Richter, noch bevor das Beweismittel zur Kenntnis der in der Schuldfolge befindenden Juroren gelangt. Dieser Umstand verschärft in gewisser Weise die mit dem Beweisausschluss verbundene Gerechtigkeitsfrage: Wann darf einschlägige Information denjenigen vorenthalten werden, die in der Schuldfolge entscheiden? Im kontinentaleuropäischen Strafverfahren erscheint diese Frage durch die Personalunion von Verfahrens- und Sachrichter abgemildert. Gleichzeitig hat man den Eindruck, dass die Antwort auf die Frage in den USA sehr viel konsequenter zugunsten eines Beweisausschlusses ausfällt, weil die dahinterstehende Vorstellung einer Disziplinierungsfunktion gegenüber der Polizei allgemein akzeptiert ist. Das bedeutet jedoch keineswegs, dass man Beweisverbote in den USA leichtfertig aussprechen würde. Die Kasuistik zu den unterschiedlichen Beweisverwertungsverböten führt den Konflikt vor Augen, in dem sich auch US-amerikanische Richter befinden, wenn sie ein an sich zuverlässiges Beweismittel von der Sachverhaltsrekonstruktion ausschliessen müssen: Ein Beweisausschluss gilt als hoher Preis, der auf Kosten der Wahrheitsfindung zu zahlen ist. Entsprechend zurückhaltend stehen Gerichte einer extensiven Interpretation von Beweisverwertungsverböten gegenüber.⁶² Das zeigt etwa die Anwendung der berühmten «Fruit of the poisonous tree»-Doktrin. Mithilfe von unrechtmässigen

60 T. Fisher/I. Rosen-Zvi, The Confessional Penalty, (2008) 30 Cardozo Law Review, 871, 886.

61 Vgl. dazu etwa *United States v. Leon*, 468 US 897, 906 (1984).

62 *Rakas v. Illinois*, 439 US 128, 137–338 (1978).

gen Beweismitteln erlangte Folgebeweise dürfen zwar grundsätzlich nicht verwertet werden; wenn aber die Verbindung zwischen ihnen hinreichend abgeschwächt erscheint⁶³ oder wenn die Ermittlungsbehörden den Beweis ohnehin mit rechtmässigen Mitteln entdeckt hätten («hypothetical clean path»),⁶⁴ dürfen sie doch verwertet werden. Können die Strafverfolgungsbehörden nachweisen, dass sie die gleiche Information bereits aus einer anderen Quelle erhalten hatten bzw. zwangsläufig von dort erhalten hätten oder dass sich die Unrechtmässigkeit der Beweiserhebung nicht in dem Derivatibeweis fortsetzt, darf diese verwertet werden.⁶⁵

b) Sinn der Beweisverwertungsverbote

Die einschlägigen Urteile illustrieren die doppelte Zielrichtung von Beweisverwertungsverböten im US-amerikanischen Strafverfahren: Sie sollen die Zuverlässigkeit der Beweisführung ebenso sichern wie die Fairness im Verfahren durch Schutz von (verfassungsmässig verankerten) Individualrechten, indem sie Ermittlungsorgane durch einen Beweisausschluss von künftigen Rechtsbrüchen abhalten.⁶⁶

Die Auseinandersetzung um das Für und Wider von Verwertungsverböten zeigt, dass ein Beweisausschluss auch aus US-amerikanischer Sicht nur ausnahmsweise gerechtfertigt erscheint, insbesondere weil man erwartet, dass Ermittlungsbehörden dadurch von künftigen Verfahrensverstössen abgehalten werden können. Bei der Prüfung im Einzelfall finden insbesondere das Ausmass der Verfahrensverletzung und die Schwere der Straftat Berücksichtigung.⁶⁷ Die Parallelität der Überlegungen im amerikanischen Recht mit den Erwägungen, die letztlich hinter der Schweizer Regelung in Art. 141 Abs. 2 StPO stehen, erstaunt weniger als die fortwährenden Hinweise auf den erhofften Abschreckungseffekt in der einschlägigen Rechtsprechung. Denn auch in den USA ist eine abschreckende Wirkung von Beweisverwertungsverböten nicht belegt. Zumal selbst auf Bundesebene die Staatsanwaltschaft, deren Anklage vom Beweisausschluss unmittelbar beeinträchtigt wird, keine Aufsicht über die Ermittlungsbehörden hat und lediglich auf informellem Wege darauf hinwirken kann, dass Verfahrensfehler künftig vermieden werden.⁶⁸

63 *Brown v. Illinois*, 422 US 590 (1975); *Murray v. United States*, 487 US 533 (1988).

64 *Nix v. Williams*, 467 US 431, 444–445 (1984).

65 *M. Madden*, A Model Rule for Excluding Improperly or Unconstitutionally Obtained Evidence, 33 *Berkeley Journal of International Law*, 442, 474 (2015).

66 *R. M. Re*, The Due Process Exclusionary Rule, *Harv. Law Rev.* 2014, 1885, 1894. *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961).

67 Typisch für das US-amerikanische Denken ist eine Abstufung entsprechend dem verletzten Verfassungsrecht, vgl. *United States v. Leon*, 468 US 897, 907 (1984); *Hudson v. Michigan*, 547 US 586, 591, 599 (2006); *Herring v. United States*, 555 US 135, 141 (2009).

68 *D. C. Richman*, Prosecutors and Their Agents, Agents and Their Prosecutors, *Colum. L. Rev.* 2003, 749, 756–794; *Geller* (Fn. 9), 721.

Im US-amerikanischen Recht stehen Beweisverwertungsverböte in der Tradition des Individualrechtsschutzes als Teil der verfassungsmässigen Rechte; inhaltlich heben viele Entscheide die allgemeine Bedeutung justizförmiger Strafrechtspflege hervor. Illustrativ dafür sind die Ausführungen des Supreme Courts zum Ausschluss abgepresster Gegenstände: «The abhorrence of society to the use of involuntary confessions does not turn alone on their inherent untrustworthiness. It also turns on the deep-rooted feeling that the police must obey the law while enforcing the law.»⁶⁹

c) Effektivität von Beweisverwertungsverböten

Unsere Wahrnehmung der USA als Hort der Beweisverböte⁷⁰ scheint vor allem durch die Berichterstattung über prominente Strafverfahren geprägt, in denen die Beweisführung vor Gericht mit einer entsprechenden Inszenierung von Beweisregeln und Verwertungsverböten eine tragende Rolle spielte. Ein Beispiel dafür ist das Strafverfahren gegen O. J. Simpson,⁷¹ in dem die Verteidigung zunächst versuchte, einen rechten Handschuh, den die Polizei im Auto des Angeklagten gefunden hatte und der genau zu einem linken Handschuh passte, den man beim Tatort getränkt mit einem Blutgemisch des Täters und der Opfer fand, wegen Verletzung von Durchsuchungsvorschriften auszuschliessen. Als dies nicht gelang, wurde eine «Handschuhprobe» inszeniert: Der Angeklagte musste den Handschuh über seine (zum Zeitpunkt des Strafverfahrens wegen Medikamentenentzug möglicherweise angeschwollene) Hand ziehen, während sein Verteidiger der Jury erklärte: «If it doesn't fit, you must acquit.»⁷² Insgesamt gelang es dem hochkarätigen Verteidigerteam, durch geschicktes Taktieren mit Beweisregeln das Verfahrensrecht für die eigene Seite zu nutzen.⁷³ Das Verfahren zeigte auch Reibungsstellen im Zusam-

69 *Spano v. New York*, 360 US 315, 320 (1959).

70 *K. Beydoun*, Beweisverwertungsverböte – Ein Vergleich zwischen der schweizerischen und der US-amerikanischen Handhabung der Beweisverwertungsverböte, *AISUF* 2017, 113, 122; *L. Vetterli*, Gesetzesbindung im Strafprozess – Zur Geltung von Verwertungsverböten und ihrer Fernwirkung nach illegalen Zwangsmassnahmen, *LBR* 2010, 295, 308 ff.

71 Vgl. zum Strafprozess *C. B. Mueller*, Introduction: O. J. Simpson and the Criminal Justice System on Trial, 67 *U. Colo. L. Rev.* 727, 730 (1996); zur (erfolgreichen) zivilrechtlichen Klage: *Rufo v. Simpson*, 86 *Cal. App. 4th* 573; es existieren auch verschiedene filmische Umsetzung, u. a. in einer Mini-Fernsehserie: *The People v. O. J. Simpson: American Crime Story*.

72 *A. F. Rusch*, If it doesn't fit, you must acquit!, *AJP* 2017, 1161–1162; <<https://www.nzz.ch/feuilleton/ich-bin-nicht-schwarz-ich-bin-o-j-ld.1320091>>.

73 *C. Koehler-Page*, Like a Glass Slipper on a Stepsister: How the One Rules Them All at Trial, *Neb. L. Rev.* 2012–2013, 600, 660 f.; *R. C. Park*, Character Evidence Issues in the O. J. Simpson Case – Or, Rationales of the Character Evidence Ban, with Illustrations from the Simpson Case O. J. Simpson and the Criminal Justice System – Proving the Case, *U. Colo. L. Rev.* 1996, 747–776; *M. Thommen*, Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess, *recht* 2014, 264 ff.

menspiel der in den USA relativ eigenständig agierenden Polizei⁷⁴ und der Staatsanwaltschaft in deren Funktion als Anklagebehörde.⁷⁵

Auch wenn Beweismanöver selten eine so bedeutende Rolle in Strafverfahren einnehmen dürften wie in dem Verfahren gegen O. J. Simpson, hat auch im Strafrechtsalltag des «plea bargaining» die Verteidigung verschiedene Möglichkeiten, aus ihrer Sicht unverwertbare Beweise bereits vor der Eröffnung der Hauptverhandlung auszuschließen. Gelingt ihr das nicht, verbleibt eine theoretische Chance, dass ein – die Verständigung in Kraft setzendes – Gericht den Ausschluss von Beweisen prüft. Faktisch dürfte das schon deshalb nicht oft geschehen, weil die Gerichte keinen Zugang zu den Akten der Anklage haben.⁷⁶

d) Zwischenergebnis

Insgesamt scheinen Beweisverwertungsverbote im adversarischen Verfahren der USA mit guten normativen Rahmenbedingungen ausgestattet: Sie können durch die Arbeitsteilung zwischen dem (Verfahrens-)Richter und der in der Schuldfrage entscheidenden Jury, kombiniert mit einem strikten Unmittelbarkeitsprinzip, effizient umgesetzt werden, da ein unverwertbares Beweismittel nie zur Kenntnis des Spruchkörpers gelangen muss. Die Beweisverwertungsverbote gründen ferner auf einer langen Tradition von Richterrecht, die grundsätzlich den hohen Preis einer Einbusse an Sachverhaltsaufklärung für das wichtige Ziel eines Schutzes verfassungsmässiger Rechte akzeptiert. Hintergrund ist der Glaube an eine Abschreckung der Ermittlungsbehörden vor weiteren Rechtsbrüchen – eine Überzeugung, für die der empirische Beweis allerdings noch fehlt und die angesichts der eigenständigen Stellung der Polizei nicht ohne Weiteres evident erscheint, denn die Polizei muss die Anklage nicht vor Gericht vertreten.

4. Deutschland

Im Vergleich zum US-Recht erscheinen Beweisverwertungsverbote im deutschen Strafverfahren auf den ersten Blick eher wie ein Fremdkörper. Das deutsche Verfahren steht – ebenso wie der Schweizer Strafprozess – in der Tradition des In-

74 Hier zeigen sich z. T. grosse Unterschiede zwischen einzelstaatlichen Strafverfahren, in denen die Polizei bei der Beweissammlung ohne jede Einflussnahme der Staatsanwaltschaft agiert, und den Ermittlungen auf Bundesebene, in denen Ermittlungseinheiten und Staatsanwaltschaft eng zusammenarbeiten; vgl. dazu etwa: E. Luna/M. Wade, Prosecutors as Judges, Wash. & Lee L. Rev. 2010, 1413, 1467–1468.

75 C. B. Mueller (Fn. 71), 733 ff.

76 Vgl. dazu etwa *United States v. Janis*, 428 US 433, 458–459 (1976).

quisitionsverfahrens. Das heisst: Die Ermittlungsbehörden und Gerichte müssen den Sachverhalt umfassend klären – und dabei alle be- und entlastenden Umstände einbeziehen.⁷⁷ Entsprechend betont die Rechtsprechung immer wieder die Bedeutung der Wahrheitsfindung für das Strafverfahren, um derentwillen die Nichtverwertung eines Beweismittels die Ausnahme bleiben muss.⁷⁸ Gleichzeitig besteht ein Konsens, dass Verwertungsverbote nicht nur die Zuverlässigkeit der Beweisführung,⁷⁹ sondern auch eine Wertebindung der Strafverfolgung sichern sollen. Das zeigt sich insbesondere in den vielen Verweisen auf die Achtung der Menschenwürde⁸⁰ und die Betonung der Integrität der Rechtspflege.⁸¹

a) Regelung der Beweisverwertungsverbote

Anders als im Schweizer Recht fehlt in der deutschen Strafprozessordnung eine generelle gesetzliche Regelung der Beweisverwertungsverbote. Lediglich in Einzelfällen hat der Gesetzgeber mit Rücksicht auf eine besondere Schutzbedürftigkeit Verwertungsverbote geregelt, etwa für die Vernehmungssituation⁸² oder für geheime Überwachungsmaßnahmen im Privatbereich.⁸³ Weitere Beweisverwertungsverbote gründen auf Richterrecht, beispielsweise in Fällen einer unzureichenden Belehrung über das Schweigerecht oder über das Recht auf anwaltliche Vertretung.⁸⁴

Als Folge der fehlenden gesetzlichen Regelung findet sich in Deutschland einerseits eine Fülle von Rechtsprechungen, die für viele Einzelfälle die jeweils relevanten Interessen gegeneinander abwägen, insbesondere das Ausmass von Verwertungsverstössen, die Schwere der verfolgten Straftat und die Beweislage insgesamt.⁸⁵ Andererseits hat die Strafrechtswissenschaft eine fast unübersehbare Menge

77 Für Ermittlungsbehörden §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1; § 244 Abs. 2 D-StPO; vgl. a. BVerfGE 133, 168, 199 sowie C. Roxin/B. Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2018, 88–90. BVerfG NJW 2011, 2417, 2418–2419.

78 BGHSt 14, 356, 358; BGHSt 19, 329 f.; R. Krack, Der Normzweck des § 136a StPO, NStZ 2002, 120, 124.

79 Vgl. BVerfG NJW 2005, 656; B. Schmitt, in: Beck'sche Kurzkommentare: StPO, hrsg. von L. Meyer-Gössner/B. Schmitt, 60. Aufl., München 2017, § 136a Rn. 1.

80 Vgl. R. Neuhaus, Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenbelehrung, NStZ 1997, 312, 314–315; K. Rogall, in: SK-StPO, hrsg. von J. Wolter, 5. Aufl., Köln 2016, § 136a N 4; Eisenberg (Fn. 14), N 330.

81 Vgl. § 136a Abs. 3 StPO.

82 §§ 100a Abs. 4 Satz 2, 100c Abs. 5 StPO.

83 Vgl. dazu BGHSt 38, 214; BGHSt 38, 263; BGHSt 20, 66; BGH NJW 2018, 2279.

84 BVerfG NJW 2011, 2417, 2418; BGHSt 11, 213, 214; BGHSt 24, 124, 125; BGHSt 38, 214, 219; H. Kudlich, in: Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, hrsg. von H. Kudlich et al., München 2014, vor § 1 Rn. 449 ff.; vgl. Wohlers (Fn. 4), 1190 f.; K. Ambos, Beweisverwertungsverbote, Berlin 2010, 147 m. w. N.

von Lehren entwickelt, die es sich jeweils zur Aufgabe machen, Verwertungsverbote in einem kohärenten Theoriegebäude zu ordnen.⁸⁶

b) Sinn der Beweisverwertungsverbote

Hinter der punktuellen gesetzlichen Verankerung bestimmter Beweisverwertungsverbote steht auch der Wunsch nach dem Schutz übergeordneter Interessen, insbesondere spezifischer Individualinteressen, und damit verbunden nach einer Anerkennung der Grenzen staatlicher Strafverfolgung.⁸⁷ Das zeigt etwa der im Jahr 1950 in die Strafprozessordnung aufgenommene § 136a Abs. 3 StPO, der nach den Erfahrungen unter dem Nationalsozialismus bestimmte Vernehmungsmethoden aus deutschen Polizeistationen verbannen sollte: Die Unverwertbarkeit von Geständnissen, die durch körperliche Gewalt oder unzulässigen Zwang erlangt wurden, hatte von Anfang an weniger die vermutete Unzuverlässigkeit des Beweismittels im Auge als vielmehr den Schutz der Menschenwürde und die Bindung von Ermittlungsmethoden an bestimmte Grenzen im Rechtsstaat.⁸⁸ Auch bei den später zum Schutz der Privatsphäre eingeführten Verwertungsverboten, etwa § 100c Abs. 5 StPO und § 100a Abs. 4 StPO, geht es nicht um eine Sicherung der Zuverlässigkeit, sondern um den Schutz von Privatsphäre im Strafverfahren.

Die Zurückhaltung gegenüber Beweisverwertungsverboten, deren Konsequenz eben eine Einschränkung der Sachverhaltsaufklärung bedeutet, zeigt sich unter anderem in der Debatte um eine mögliche Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten.⁸⁹ Die Rechtsprechung lehnt eine Ausdehnung von Verwertungsverboten auf Derivatibeweise grundsätzlich ab⁹⁰ und betont die Notwendigkeit, möglichst mit allen zuverlässigen Beweismitteln die Wahrheit zu ergründen.⁹¹ Die Strafverfolgung soll nicht wegen der rechtswidrigen Handlung eines Ermittlungsbeamten blockiert werden.⁹² Allerdings gibt es auch Stimmen die (in bestimmten Fällen) eine Fern-

86 W. Wohlers, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, hrsg. von J. Wolter, Band I, Köln 2018, vor § 1 Rn. 205 ff.

87 Vgl. BGHSt 38, 214, 220; BVerfG NJW 2006, 2684; K. Beckenper, Durchsetzbarkeit des Verteiligerkonsultationsrechts und die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten, Berlin 2002, 115.

88 S. Gless, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO, hrsg. von V. Erb et al., Band 4, Berlin 2007, § 136a N 1.

89 *Ambos* (Fn. 85), 146.

90 Vgl. BGHSt 34, 362, 364; BGHSt 27, 355, 358; OLG Stuttgart NJW 1973, 1941; K. Rogall, Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess, JZ 1996, 944, 948.

91 BVerfG NJW 2011, 2417, 2418 f.

92 BGHSt 27, 355, 358; BGHSt 32, 68, 70 f.; BGH NJW 2006, 1371.

wirkung von Verwertungsverboten bejahen⁹³ und dafür insbesondere darauf verweisen, dass der Disziplinierungsgedanke nur greift, wenn auch die Früchte des vergifteten Beweises verschlossen bleiben.⁹⁴ Gerade dem Gedanken, dass Beweisverwertungsverbote der Disziplinierung von Ermittlungsbehörden dienen, stand man aber in der Vergangenheit in Deutschland eher ablehnend gegenüber.⁹⁵ In jüngerer Zeit hat der deutsche Bundesgerichtshof jedoch den Disziplinierungsgedanken für jene Fallkonstellationen hervorgehoben, in denen die Polizei regelmäßig Gesetzesvorgaben ignoriert hat, wie etwa den Richtervorbehalt vor Anwendung bestimmter Zwangsmassnahmen.⁹⁶

c) Effektivität der Verwertungsverbote

Die fehlende gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverboten bringt eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich, die zur Folge hat, dass über Verwertungsverbote regelmäßig erst durch den Spruchkörper entschieden wird, der auch in der Schuldfrage entscheidet.

Das bedeutet unter anderem, dass man – ähnlich wie in der Schweiz – nicht von einem echten Beweisausschluss sprechen kann, weil das Gericht die unverwertbaren Beweismittel kennt, sondern eben nur von einer Nichtverwertung. Lediglich bei einer Verhandlung vor einem Schöffengericht haben die dort in den Spruchkörper integrierten Laien keine Aktenkenntnis. Sie erfahren aber von allen Beweismitteln, deren Unverwertbarkeit in der Hauptverhandlung erörtert wird. Wird ein Beweismittel ausgeschlossen, darf es dem Urteil nicht zugrunde gelegt werden. Die Information kann aber natürlich nicht mehr aus den Köpfen der Richter gelöscht werden.

93 Vgl. etwa R. Neuhäus, Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, NJW 1990, 1221; B. Müssig, Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, GA 1999, 119, 136 f.; Eisenberg (Fn. 14), N 408.

94 F. Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozess, Bonn 1977, 79; R. Schlothauer/H.-J. Wiedler, Das «Gesetz zur Regelung der Verurteilung im Strafverfahren» vom 3. August 2009, StV 2009, 605.

95 Vgl. W. Beulke, Die Vernehmung des Beschuldigten – einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozessrechtswissenschaft, StV 1990, 180; T. Paul, Unselbständige Beweisverwertungsverbote in der Rechtsprechung, NStZ 2013, 489, 494; Roxin/Schünemann (Fn. 77), 175 f. (die sich allerdings von einer Disziplinierungsfunktion in einem Strafverfahren mit inquisitorischer Tradition distanzieren); A. Ransiek, Rechtswidrige Ermittlungen und die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, in: Festschrift für Werner Beulke, 2015, 949, 950 f.

96 BGHSt 51, 285, 296; Vgl. a. Wohlers/Bläsi (Fn. 11), 159.

d) Zwischenergebnis

Auf den ersten Blick steht die deutsche Rechtsprechung Verwertungsverboten eher kritisch gegenüber und favorisiert eine möglichst umfassende Sachverhaltsaufklärung. Gleichzeitig besteht ein Konsens, dass Beweisverwertungsverbote einerseits die Zuverlässigkeit von Beweismitteln sichern,⁹⁷ andererseits Grund- und Menschenrechte schützen sollen.⁹⁸ Insbesondere in der höchststrichterlichen Rechtsprechung findet sich eine starke Rückbindung der Verwertungsverbote an das Verfassungsrecht. Vor diesem Hintergrund erschliessen sich auch die Verweise auf das Rechtsstaatsprinzip und die Erwägung, dass Strafverfolgung an sich diskreditiert würde, wenn sie auf rechtswidrig erlangte Beweismittel gestützt wird.⁹⁹

5. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich also festhalten: Beweisverwertungsverbote setzen der Sachverhaltsermittlung zwar auf den ersten Blick durch einen Ausschluss bestimmter Beweismittel Grenzen. Sie sind aber gerade in dieser Funktion als Garant einer validen Tatsachenfeststellung unbestritten – wenn sie für den Abschluss unzuverlässiger Beweismittel sorgen, etwa von abgenötigten Geständnissen. Das ist auch der Grund, weshalb sich Beweisverwertungsverbote als Rechtsinstitut weit über die westliche Welt hinaus, eben auch im Strafprozess der Volksrepublik China, durchsetzen konnten. Dieses zunächst fast selbstverständlich erscheinende Ergebnis ist keineswegs banal. Denn es bedeutet in der Praxis die Anerkennung, dass die über die Schuldfrage entscheidenden Spruchkörper das Recht haben und das Recht gebrauchen sollten, nicht die Ergebnisse von Ermittlungsarbeit ungefragt anzunehmen, sondern deren Qualität und Vereinbarkeit mit der Gesamtrechtsordnung zu evaluieren. Es bleibt aber die Frage, ob Beweisverwertungsverbote ein dafür sinnvoller Ansatz sind oder ob sie aufgrund verschiedener Schwachstellen nicht doch ein an sich wenig geeignetes Instrument darstellen.

III. Verwertungsverbote – ein Unsinn?

Dass man Beweisverwertungsverbote heute in praktisch allen Staaten findet, ist bemerkenswert. Denn sie werden gleichzeitig über die Rechtsordnungen hinweg einerseits immer wieder dafür kritisiert, dass sie die Sachverhaltsaufklärung

97 BGHSt 14, 356, 358; BGHSt 19, 329 f.; *Krack* (Fn. 79), 124.

98 Siehe BVerfG NJW 2005, 656; *Meyer-Gossner/Schmitt* (Fn. 80), § 136a N 1.

99 Siehe *Neuhaus* (Fn. 81), 314 f.; *Rogall* (Fn. 81), § 136a N 4; *Eisenberg* (Fn. 14), N 330.

im Strafverfahren beschneiden.¹⁰⁰ Andererseits wird ihnen nachgesagt, am Ende doch ineffektiv zu sein.¹⁰¹

In der Schweiz haben Beweisverwertungsverbote mit der Kodifizierung in der eidgenössischen Strafprozessordnung an Gewicht gewonnen: Eine bisher eher skeptische Haltung scheint einer gewissen Euphorie Platz zu machen; etwa wenn die Geltendmachung der Unverwertbarkeit von Beweisen durch Strafverteidiger als eine der effektivsten Verteidigungsmöglichkeiten im Strafprozess empfohlen wird.¹⁰² Welche Seite hat recht?

Offensichtliche Schwachstellen von Beweisverwertungsverboten im Schweizer Strafprozess liegen naturgemäss darin, dass sich der Konflikt zwischen dem Ziel einer möglichst umfassenden Sachverhaltsaufklärung einerseits und dem Wunsch nach negativer Reaktion auf eine Verletzung von Verfahrensvorgaben andererseits nicht einfach durch eine gesetzliche Regelung auflösen lässt und dass die Entscheidung über Einhaltung der Verfahrensvorgaben und Verwertung der Beweismittel bei unterschiedlichen Verfahrensakteuren angesiedelt werden muss, ohne sicherstellen zu können, dass ein Spruchkörper doch in Kenntnis des Beweismittels gelangt, das es als unverwertbar ansehen muss.

1. Unlösbarer Konflikt?

Wie kann man sinnvoll durch die normative Ausgestaltung eines Verwertungsverbetes sicherstellen, dass der Konflikt zwischen dem Wunsch nach möglichst umfassender Sachverhaltsaufklärung und der Drohung mit Beweisausschluss als Disziplinierungsinstrument adäquat gelöst wird? Hier stehen sich zwei Lösungsmodelle gegenüber, die der Schweizer Gesetzgeber beide in Art. 141 StPO aufge-

100 A. J. Keller, Die neue schweizerische StPO: Formalisierung und Effizienz – bleibt die materielle Wahrheit auf der Strecke?, ZStR 2011, 229, 230: «Um sicherzustellen, dass die Strafbehörden die formellen Vorschriften zur Gewährleistung von Beschuldigtenschutzrechten einhalten, verknüpft [der Gesetzgeber] deren Nichteinholung mit Beweisverwertungsverboten. Damit geht er das Risiko ein, dass nicht die materielle Wahrheit Grundlage des Urteils wird und damit der Schuldige zu Unrecht einer verdienten Verurteilung und Bestrafung entgeht»; *Roxin/Schünemann* (Fn. 73), 175: «... [was] dazu führt, dass der Kriminelle frei ausgehe, weil der Kriminalbeamte gepatzt habe»; K. *Beydoun*, Beweisverwertungsverbote – ein Vergleich zwischen der schweizerischen und der US-amerikanischen Handhabung der Beweisverwertungsverbote, AJSUF 2017, 153, 156 ff., 158: «Die Exclusionary Rule ist defekt. Die Regel erhebt inakzeptabel hohe [...] Kosten, ohne dabei einen nennenswerten Einfluss auf polizeiliches Fehlverhalten zu haben.»

101 *Wohlers/Biäsi* (Fn. 11), 158 f.; *Gless* (Fn. 13), Art. 141 N 6; *Jahn* (Fn. 11), 121.

102 *Bürge* (Fn. 11), 322.

nommen hat: die absolute Anordnung eines Beweisausschlusses (in bestimmten Fallkonstellationen) und eine Interessenabwägung in anderen Fällen. Eine solche Interessenabwägung kann für den konkreten Einzelfall vorgenommen werden, etwa wenn richterrechtlich die Schwere des Verfahrensverstosses berücksichtigt wird, oder aber auf einem generellen, quasi dem Einzelfall vorweggenommenen Interessenausgleich beruht, wenn – wie in Art. 141 Abs. 2 StPO – ein Beweis trotz der Verletzung von Gültigkeitsvorschriften in den Fällen verwertet werden darf, in denen dies zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist. Beide Ansätze haben ihre Vor- und Nachteile, wie ein kurzer Blick ins Schweizer Recht zeigt.

Die durch Art. 141 Abs. 1 StPO festgelegten absoluten Verwertungsverbote geben auf den ersten Blick eine klare gesetzliche Regelung vor, nach der sich die Rechtspraxis richten kann. Sollen etwa zur Aufklärung einer Straftat verdeckte Ermittlungen durchgeführt werden, so müssen diese genehmigt werden, ansonsten droht nach Art. 289 Abs. 6 StPO ein absolutes Verwertungsverbot. Ein solch striktes Verbot kann aber durchaus Ausweichbewegungen verursachen. Entsprechend haben Gerichte über die Frage, ob jeder Einsatz eines nicht offen als Strafverfolger agierenden Ermittlers tatsächlich immer als verdeckte Ermittlung nach dem 5. Titel der StPO zu klassifizieren ist – also ob eine bestimmte Massnahme in den Anwendungsbereich des Verwertungsverbots fällt – immer wieder entscheiden müssen. Diese Frage hat die Rechtsprechung in verschiedenen Variationen beschäftigt: wenn ein Ermittler in Zivilkleidung einen mutmasslichen Drogendealer anspricht¹⁰³ oder wenn Ermittler in Chatrooms unter Pseudonymen auftreten¹⁰⁴ oder wenn Jungendliche unter 16 Jahren im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden versuchen, Alkohol zu kaufen.¹⁰⁵ Wenn Richter in einem Strafverfahren, in dem es um die Verfolgung einer schweren Straftat geht, befürchten müssen, einen massgeblichen Beweis zu verlieren, weil ein Polizist ungenehmigt «under cover» im Einsatz war, dürften sie versucht sein, die Voraussetzungen des strikten Verwertungsverbots

103 T. Hansjakob, Die neuen Bestimmungen zu verdeckter Fahndung und Ermittlung, fp 2013, 214, 221 f.; S. Kühne, Ausgewählte Probleme verdeckter Fahndung und (Vor-)Ermittlung nach StPO und kantonaler Polizeigesetzgebung, recht 2016, 112, 120; Zur Rechtslage vor Inkrafttreten der StPO: F. Bätzig, Verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE aus polizeilicher Sicht, Kriminalistik 2006, 130 ff.

104 BGE 143 IV 27; T. Hansjakob, Verdeckte polizeiliche Ermittlung im Internet, fp 2014, 244, 247 f.; F. Meyer, Das zulässige Mass beim Zwang – Grenzen zulässigen Verhaltens bei verdeckter Fahndung und Ermittlung, ZStRR 2016, 445, 451; P. Ronc/S. van der Stroome, Das Ende der verdeckten Ermittlung im Internet – Besprechung des Urteils BGE 143 IV 27, fp 2017, 344 ff.; Zur Rechtslage vor Inkrafttreten der StPO: BGE 134 IV 266; P. Bischoff/M. Lanter, Verdeckte polizeiliche Ermittlungshandlungen in Chatrooms, jusletter vom 14. 1. 2008.

105 A. M. Murer, Sind jugendliche Alkoholkäufer verdeckte Ermittler?, in: Der Schutz polizeilicher Güter, hrsg. von O. Abo Youssef/A. Töndury, Zürich 2011, 155 ff.; W. Wohlers, Das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE), Taugliches Instrument zur effizienten und effektiven Bekämpfung der Organisierten Kriminalität?, ZSR 2005, 219 ff.

von Art. 289 Abs. 6 StPO eher eng zu definieren und zu argumentieren, dass es sich gar nicht um eine echte verdeckte Ermittlung, sondern lediglich um eine verdeckte Fahndung gehandelt habe.¹⁰⁶

Aber auch ein generalisiertes Abwägungsmodell wie Art. 141 Abs. 2 StPO hat Nachteile. Von vornherein ist es begründungsbedürftig, warum rechtswidrig erlangte Beweise zum Nachweis schwerer Straftaten verwertet werden dürfen. Denn eine beschuldigte Person hat gerade dann ein besonders grosses Interesse an einwandfreier Beweisführung, da im Rahmen schwerer Straftaten auch entsprechend schwere Strafen und ein entsprechend schwerwiegendes Unbilligkeitsurteil seitens der Gesellschaft drohen. Zudem bietet eine Interessenabwägung naturgemäss ein Einfallstor für eine subjektive Gewichtung bestimmter Interessen. In einem laufenden Strafverfahren besteht die Gefahr, dass im Zweifelsfall das Strafverfolgungsinteresse den Vorzug erhält vor dem Schutz von zwischenmenschlichen Beziehungen oder professionellen Vertrauensverhältnissen und der Privatsphäre.¹⁰⁷ Dies gilt insbesondere in instruktoralen Strafverordnungen, in denen der Freispruch eines (mutmasslich) Schuldigen wegen eines Verwertungsverbots stark legitimationsbedürftig ist.

2. Psychologisch verständlicher Unwille?

Ein offensichtliches Argument gegen Beweisverwertungsverböte in inquisitorisch geprägten Strafverfahren – wie dem Schweizer Strafprozess – liegt in dem Umstand begründet, dass Richter gewöhnlich in voller Kenntnis der durch die Strafverfolgungsbehörden übersandten Verfahrensakte entscheiden, also regelmässig alle – auch die unverwertbaren Beweismittel – kennen.¹⁰⁸ Ist ein Beweismittel aber erst einmal zur Kenntnis eines Gerichts gelangt, so leuchtet ein, dass es schwerfallen, wenn nicht unmöglich sein dürfte, dieses wieder aus dem Kopf zu verbannen.¹⁰⁹ Vielmehr dürften Richter – psychologisch gesehen verständlich – unwillig sein, faktisch vorhandene Erkenntnisse nicht zu verwenden, «nur» weil diese mit einem Formfehler behaftet sind.¹¹⁰ Anders ist dies eben im US-amerikanischen Strafverfahren: Im Rahmen eines Jury-Trials lässt sich der Ausschluss eines bestimmten Beweismittels praktisch bewerkstelligen, regelmässig dadurch, dass ein Beweismittel schon gar nicht zur Kenntnis der Juroren gelangt.

106 Vgl. BGE 143 IV 27; BGE 1B_117/2016 vom 21. 3. 2017.

107 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 24), § 60 N 1.

108 Vgl. dazu etwa die Urteile kantonalen Gerichte: Basel-Stadt, Appellationsgericht SB.2016.65 vom 12. 9. 2017; OGer ZH SB160452 vom 25. 4. 2017.

109 S. Gless, Nr. 42 OGer BE vom 24. 4. 2013: Frage der Verwertbarkeit früherer Aussagen bei einem Wechsel der Parteipolle (Zeuge/Beschuldigte); Übergangsrecht, fp 2013, 343, 346.

110 Wohlers/Bläsi (Fn. 11), 160.

Das Wissen um diesen «psychologisch verständlichen Unwillen»¹¹¹ steht hinter der Anweisung von Art. 141 Abs. 5 StPO, dass Aufzeichnungen über unwertbare Beweise aus den Strafakten entfernt und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten werden.¹¹² Bisher ungelöst ist die Frage, ob diese Regelung nur für belastende Beweise gilt, oder ob auch entlastende Beweise aus den Akten entfernt werden müssen,¹¹³ wie insgesamt die Grundsatzfrage, ob Verwertungsverbote überhaupt für Entlastungsbeweise gelten, nicht beantwortet ist.¹¹⁴ Auch mithilfe der Siegelung lässt sich die strukturelle Schwäche von Verwertungsverböten in «instruktorischen Strafprozessordnungen» nicht gänzlich entschärfen: Verwertungsverbote haben in der Ausgangsposition dann einen schwierigeren Stand, wenn die verfahrensleitenden Instanzen, die über die Schuld entscheiden, gleichzeitig über den Ausschluss von Beweisen entscheiden. Im adversarischen Verfahren übernimmt eben im Idealtypus eines Jury-Trials ein professioneller Richter die Beantwortung dieser Rechtsfrage, während die Juroren unbelastet über die Schuldfrage entscheiden.

3. Zwischenergebnis

Die Kritik an Beweisverwertungsverböten wirft ein Schlaglicht auf eine grundsätzlichere Debatte um die Ausgestaltung von Strafverfolgung: Bereits der Umstand, ob überhaupt eine gesetzliche Regelung existiert, gibt in gewisser Weise Auskunft über das Verständnis von Gewaltenteilung und Organisation von Justiz und Strafverfolgung. Die Ausgestaltung von Verwertungsverböten – als absolute oder relative Verpflichtung – zeigt, wie weit man Strafverfolgung dem Schutz anderer Werte unterstellt. In dem Umfang etwa, in dem ein Gemeinwesen nicht nur die Zuverlässigkeit der Beweisführung, sondern den Schutz übergeordneter Interessen als Rechtfertigung für ein Beweisverwertungsverbot zulässt, bindet es die Strafverfolgung an bestimmte Werte. Wenn als übergeordnetes Interesse vor allem der Schutz von Individualrechten anerkannt wird, spricht das für ein liberales Gemeinwesen, das es in Kauf nimmt, wenn ein möglicherweise Schuldiger der Strafe entgeht, aber bestimmte Grund- und Menschenrechte unangetastet bleiben.

111 Wohlers/Bläsi (Fn. 11), 169.

112 Vgl. dazu etwa OGer ZH vom 24. 4. 2013, UHI20368 = fP 2013, 343 m. Anm. Gless.

113 U. Niedermann, Die polizeiliche Auskunftsperson, ZStV 2018, 74, 79.

114 Gless (Fn. 13), Art. 141 N 111 ff.; Häring (Fn. 20), 235 f.; A. Donatsch/C. Cavagn, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStRr 2008, 158, 166 f.

Darüber hinaus zeigt die Kritik, dass die «Rechtstransplantation», also die Inkorporation eines Rechtsinstitutes aus einer anderen Rechtsordnung, zu vielfältigen Folgeproblemen führen kann: Beweisverwertungsverböte, die in einer Rechtsordnung mit Jury-Trial funktionieren, können in einer Rechtsordnung ohne Jurorenteilung auf neue Probleme treffen, eben den – psychisch kaum zu bewerkstellenden – Anspruch, dass ein Spruchkörper ein ihm bekanntes Beweismittel bei der Urteilsfindung aus seinem Wissen ausblenden muss. Weniger sichtbar, aber ähnlich schwierig dürfte sich die Übernahme eines über Generationen tief verwurzelten Verständnisses des Zusammenspiels zwischen Polizei, Anklagebehörde, Gericht und dem Glauben an die Disziplinierungsfunktion, das sich in adversarischen Strafrechtssystemen über Generationen herausgebildet hat, in ein inquisitorisch geprägtes Strafrechtssystem darstellen.

IV. Alternativen zu Verwertungsverböten

Angesichts dieses Befundes stellt sich die Frage nach Alternativen zu Beweisverwertungsverböten.¹¹⁵ Welche anderen Möglichkeiten bestehen, um die Einhaltung von Verfahrensvorgaben effektiv zu sichern und so einerseits eine möglichst zuverlässige Beweisführung zu gewährleisten und andererseits Familienbande und wichtige professionelle und zwischenmenschliche Vertrauensverhältnisse zu schützen?¹¹⁶

1. Positive Anreize statt Abschreckung

Anstatt auf Negativreize durch (erhoffte) Abschreckung, vermittelt über die Androhung des Ausschlusses eines relevanten, aber «vergifteten Beweismittels», zu setzen, könnte man eine positive Bestärkung mit dem Ziel der Einhaltung von Verfahrensvorschriften etablieren.¹¹⁷

Hier würden an erster Stelle mehr und bessere Schulungen der Angehörigen von Ermittlungsbehörden stehen, die sich in den komplexen Regulationssystemen zurechtfinden müssen, welche die Strafprozessordnung festlegt.

Denkbar wäre ferner, eine spürbare Entlastung im Alltag zu schaffen, indem Ermittler (und andere an der Beweiserhebung Beteiligte) im Arbeitsalltag die Möglichkeit erhalten, ihre Tätigkeit allenfalls kritisch zu reflektieren und Frustrationen loszuwerden.

115 Vgl. dazu etwa die Erwägungen des US Supreme Courts in *Hudson v. Michigan*, 547 US 586, 591, 599 (2006).

116 Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 24), § 60 N 1.

117 Vgl. etwa zur Diskussion in den USA in den 70er-Jahren: Geller (Fn. 9), 721 ff.

Positive Anreize könnten auch im Rahmen eines Zuwendungs-systems gewährt werden, wenn innerhalb einer bestimmten Zeitspanne oder in einer bestimmten Anzahl von Verfahren alle Beweisaufnahmen einwandfrei durchgeführt werden.

Alle diese Massnahmen haben jedoch einen gemeinsamen Nachteil: Sie bedeuten, dass ein rechtswidrig gesammelter Beweis ohne Konsequenzen im Strafverfahren verwertet werden darf. Ein Angeklagter, dem der Zugang zu einem Verteiliger verweigert wird und der nie über seine Rechte belehrt wurde, müsste dann darauf verwiesen werden, dass man ja mit allen Mitteln parallel Prävention betreibt.

2. Eigenständige Haftungsmechanismen

Sucht man Alternativen, die einerseits mit der «Strafe» bei den Personen ansetzen wollen, die vor Ort in die Beweissammlung involviert sind, und andererseits den Individualrechtsschutz im Blick haben, so käme ein Schadensersatzsystem durch die öffentliche Hand und/oder die jeweiligen Ermittler und Staatsanwälte in Betracht.¹¹⁸ Ein solches könnte verbunden werden mit allfälligen Strafverfolgungs- und/oder Disziplinar-massnahmen der Personen, die in rechtswidriger Weise Beweise erhoben haben.¹¹⁹ Eine solche Massnahme würde aber nicht nur aus dem Rahmen der tradierten strafprozessualen Herangehensweise fallen, sie würde nicht in die allgemeinen Grundsätze der Staatshaftung passen und wäre mit arbeitsrechtlichen Prinzipien zur Abwälzung von Risiken auf Arbeitnehmer wohl unvereinbar.¹²⁰ Ohnehin würde sie auch in der Rechtspraxis nur in massiven Fällen greifen, in denen sich ein Rechtsverstoss vergleichsweise einfach nachweisen liesse. Zudem müssten die betroffenen Individuen über die Ressourcen verfügen, ein solches Zivilverfahren zu betreiben (und möglicherweise zu verlieren), damit am Ende ein individuelles Bedürfnis nach Genugung befriedigt werden könnte.

In den USA, wo Anwälte auf Basis eines Erfolgshonorars arbeiten, hat man diesen Weg versucht – mit eher bescheidenem Erfolg, weil dort (a) Polizeibeamte für ihre Amtstätigkeit nur sehr begrenzt gerichtlich belangt werden können;¹²¹

118 Vgl. zur Frage, inwieweit bei der Entscheidung, ob ein Beweisverwertungsverbot oder andere Haftungsmechanismen eingreifen sollen, die Berücksichtigung von institutionellem Verschulden: *Herring v. United States*, 555 US 135, 144 (2009).

119 *K. Rogall*, Grundsatzfragen der Beweisverbote, hrsg. von F. Höpfel/B. Huber, s. o. Fn. 9, 119, 145 f.; *Greco* (Fn. 11), 512 ff.

120 *J. Magnin*, Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, *LBR* 2017, 303; *HAVE* 2017, 345, 360 ff.

121 Eine Überprüfung polizeilicher Ermittlungsmassnahmen ist nur dann möglich, wenn die Massnahme klar die verfassungsmässig verankerten Rechte einer Person verletzt, was nur in wenigen Fällen bejaht wurde, vgl. *Sklansky* (Fn. 9), 572; *M. Avery et al.*, *Police Misconduct: Law and Litigation*, 3. Aufl. 2007, s. v.

(b) der pekuniäre Schadensersatz für unrechtmässige Ermittlungsmassnahmen (wie etwa Durchsuchungen) regelmässig sehr gering ist, was sowohl den Einzelnen als auch die auf Erfolgshonorar arbeitenden Anwälte vom Gerichtsweg abhalten dürfte; (c) selbst wenn im Einzelfall ein höherer Schadensersatz zuerkannt wird, dürften Kläger Probleme haben, diesen bei den Polizeibeamten zu vollstrecken, während Polizei-behörden oder andere Institutionen nur mithaften, wenn ein Ver-fahrensverstoss Ausdruck einer ständigen Praxis war.¹²²

3. Aufsichtsorgane

Eine offensichtliche weitere Option einer Rechtmässigkeitskontrolle von Ermittlungen liegt in der Aufsicht über die Ermittlungsbehörden. Dieser Weg steht in der Tradition der kontinentaleuropäischen Strafverfahren, die als Inquisitionsverfahren hierarchisch – von den Ermittlern bis hinauf zur Anklagebehörde – organisiert sind. Dies kommt etwa in Art. 16 Abs. 2 StPO zum Ausdruck; allerdings stehen dazu die gleichzeitig in der StPO vorgesehenen eigenständigen Kompetenzen der Polizei im Vorverfahren in einem – noch ungelösten – Spannungsverhältnis.¹²³

In Deutschland lässt sich ein Aufsichtsregime vergleichsweise einfacher über die Fachaufsicht durch die jeweils zuständigen Justizministerien¹²⁴ organisieren.

Eine Aufsichtslösung erscheint sehr viel schwieriger in Rechtsordnungen, in denen Ermittlungsbehörden weitgehend unabhängig von Anklagebehörden operieren, wie etwa in den USA. Aber auch dort haben sich eigene Mechanismen und Institutionen ausgebildet. Diese können grundsätzlich in zwei Kategorien eingeteilt werden: einerseits in Aufsichtsorgane, die durch Personen von ausserhalb der Polizei-behörde besetzt werden, sogenannten *citizen review boards*, oder in interne Aufsichtsorgane z. B. die sogenannten *internal affairs investigators*.¹²⁵ Grundsätzlich ist man sich zwar wohl einig, dass damit eine gewisse Transparenz in bestimmten Bereichen der Polizeiarbeit geschaffen werden konnte, aber die Effizienz dieser Art der Aufsicht ist umstritten, und zwar bereits für offensichtliche Polizeibergriffe.¹²⁶ Eine Aufsicht über die Rechtmässigkeit einer Beweissammlung lässt sich so wohl kaum bewerkstelligen. Auch die Möglichkeiten der sogenannten *internal*

122 S. A. *Saltzburg/D. J. Capra*, *American Criminal Procedure: Cases and Commentary* 10th ed. 2014, 558.

123 Ausführlich dazu *M. Brun*, Gefahr der Verpolizeilichung des Vorverfahrens, recht 2014, 92 ff.

124 *H. Brocke*, in: Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 3, hrsg. von H. Kudlich et al., München 2018, § 147 GVG.

125 *P. Firm*, *Citizen Review of Police: Approaches and Implementation* x-xi (2001) <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles/nij/184430.pdf>>.

126 *Sklansky* (Fn. 9), 573.

affairs divisions scheinen eher eingeschränkt.¹²⁷ Letztlich wurde deren Arbeit aber auch bis heute kaum empirisch evaluiert. Ältere Studien legen jedoch nahe, dass die Anwendung von Beweisverwertungsverböten immer noch besser zur Disziplinierung bei der Durchführung der Beweissammlung taugen dürfte als die Drohung mit Disziplinarmaßnahmen, schon weil die einzelnen Polizeibeamten bei Ersterem das Entdeckungsrisiko als viel höher einschätzen.¹²⁸

4. Einstellung von Strafverfahren

Angesichts des Umstandes, dass es – gerade auch in den USA – trotz allen Massnahmen immer wieder zu Fehlurteilen kommt,¹²⁹ gerade auch weil die Polizei nach einem Geständnis die Zuverlässigkeit einer solchen Einlassung nicht ausreichend überprüft, gewinnen Forderungen nach radikaleren Lösungen als Reaktion auf bestimmte Verfahrensverstößen bei der Beweissammlung durchaus an Gewicht: zum Beispiel die Einstellung des Strafverfahrens. Auch in Deutschland finden sich Befürworter einer Verfahrenseinstellung in Fällen massiver Polizeibergriffe in der Strafverfolgung, etwa bei Anwendung von Folter.¹³⁰ Die Rechtsprechung stand solchen Forderungen aber grundsätzlich schon immer skeptisch gegenüber.¹³¹

5. Kompensation durch Strafreduktion

In Deutschland hält die Rechtsprechung vielmehr an einer sog. Strafzumessungslösung fest. Danach soll nicht ein Beweisausschluss oder gar ein Verzicht auf Strafverfolgung eine unrechtmässige Tatprovokation (und die solchermaßen zu Tätern gewordenen Personen) kompensieren, sondern eine Reduktion der Strafe.¹³² Diesem Ansatz konnte auch die Verurteilung Deutschlands durch den EGMR in

127 Sklansky (Fn. 9), 573.

128 Sklansky (Fn. 9), 573, 580 f.

129 B. L. Garret, *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, Cambridge/Massachusetts, USA 2012, *passim*.

130 Vgl. K.-P. Julius, in: Heidelberg Kommentar, Strafprozessordnung, hrsg. von B. Gercke et al., 5. Aufl. 2012, § 206a Rn. 8 ff.; F. Saliger, *Absolutes im Strafprozess? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, ZStW 2004, 35, 61.

131 BGHSt 24, 239; BGHSt 32, 345, 350 ff.; BGHSt 42, 191, 193; BGHSt 45, 321, 333 f.; BGH NStZ 2014, 277, 280; BGH NStZ 2018, 355, 356 m. Anm. Esser. Siehe aber BGHSt 60, 276; vgl. a. BVerfG NStZ 2016, 49.

132 BGH NStZ 2018, 355, 356 m. Anm. Esser m. w. N.

*Furcht v. Deutschland*¹³³ und in *Scholer v. Deutschland*¹³⁴ keinen Einhalt gebieten, obwohl der EGMR dort verlangt hat, alle durch unzulässige Polizeiprovokation erlangten Beweise nicht zu verwerten.¹³⁵

Umso bemerkenswerter ist auch der aktuell in den Niederlanden verfolgte Ansatz, wo die Strafzumessungslösung im Gesetz verankert wurde: Nach Sektion 359a der niederländischen Strafverfahrensordnung¹³⁶ dürfen Gerichte zur Kompensation einer Verfahrensverletzung, die irreparabel ist und die keine bestimmte gesetzliche Rechtsfolge nach sich zieht, eine – mit Blick auf die Schwere der Verfahrensverletzung verhältnismässige – Strafreduktion gewähren; nur wenn die Schwere der Verfahrensverletzung das Verfahren als Ganzes unfair macht, darf eingestellt werden. Ausschlaggebend für die Wahl dieses Lösungsansatzes dürfte gewesen sein, dass eine Alles-oder-nichts-Lösung vermieden und eine Strafreduktion gewährt werden sollte, die – jedenfalls theoretisch – adäquat ins Verhältnis zur Rechtsverletzung gesetzt werden kann.

Dem Schweizer Recht ist ein solcher Ansatz nicht gänzlich unbekannt, so weist etwa Art. 293 Abs. 4 StPO die zuständigen Organe an, in Fällen, in denen verdeckte Ermittler das Mass der zulässigen Einwirkung auf einen (prospektiven) Täter übersteigen, «(...) dies bei der Zumessung der Strafe für die beeinflusste Person gebührend zu berücksichtigen, oder (...) von einer Strafe abzusehen». Insofern sind auch die Probleme bekannt:¹³⁷ Es lässt sich nie ausschliessen, dass bei einer Strafzumessung zunächst – mit Blick auf die vorzunehmende Strafreduktion – eine höhere Strafe bestimmt und diese dann wieder reduziert wird.

6. Zwischenergebnis

Auf den ersten Blick stehen verschiedenste Optionen zu Beweisverwertungsverböten offen: von Präventivmassnahmen, die vor allem eine – an positiven Anreizen orientierte – kontinuierliche Einwirkung auf das Verhalten jener Personen im Auge haben, die vor Ort in die Beweissammlung involviert sind und die relevanten Entscheidungen über Durchführung konkreter Massnahmen treffen, bis zu Massnahmen, die gezielt den Einzelnen strafen, der sich im Rahmen einer Be-

133 EGMR vom 23.10.2014, *Furcht v. Deutschland*, no. 54648/09.

134 EGMR vom 18.12.2014, *Scholer v. Deutschland*, no. 14212/10.

135 EGMR vom 24.4.2014, *Lagutin and Others v. Russia*, nos. 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 and 7451/09, § 117.

136 Abrufbar unter <<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/12/Netherlands/show>>.

137 Vgl. BGER 1B_117/2016 vom 21.3.2017; BGER 6B_1293/2015 vom 28.9.2016; T. Knodel, in: Basler Kommentar StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 298 N 14.

weissammlung vorsätzlich oder fahrlässig über Verfahrensvorgaben hinwegsetzt.¹³⁸ Aber sie haben den Nachteil, dass die Kompensation des in seinen Rechten verletzten Individuums in dem gegen ihn geführten Strafverfahren (also jenseits von möglichen Schadensersatzzahlungen) offen bleibt, und damit auch die Frage der illegitimen Beweisführung.

Fokussiert man auf die Kompensation derjenigen, die durch eine Verfahrensverletzung in eigenen Rechten betroffen sind, und das sind im Strafverfahren regelmässig die beschuldigten Personen, dann ist man schnell bei sogenannten Strafzumessungslösungen, und es stellt sich die Frage, ob, und wenn ja in welchem Umfang, sich eine Strafreduktion in der Praxis legitimieren und als spürbarer Ausgleich realisieren liesse bzw. ob allenfalls zur radikalen Massnahme einer Einsetzung des Strafverfahrens gegriffen werden muss, was jedenfalls Opfern einer Straftat unverhältnismässig erscheinen dürfte.

V. Fazit

In der Gesamtschau des rechtsvergleichenden Projekts bleiben Beweiswertungsverbote schillernde Figuren, die in jeder Verfahrensordnung in ihren Farben entsprechend den Rahmenbedingungen changieren. Will man ihren Sinn – und Unsinn – über verschiedene Strafrechtssysteme hinweg erfassen, kann man nicht bei Gesetzesvorgaben, Rechtsprechungsformeln und normativen Konstrukten stehen bleiben. Insbesondere wenn – wie bei den Beweiswertungsverboten – empirisches Material weitgehend fehlt, muss man auf Bilder zurückgreifen, um interkulturell die anekdotischen Erfahrungen mit dem Rechtsinstitut zu übermitteln. Bemerkenswerterweise mutierten da die Verwertungsverbote der Schweiz zu *Scheinriesen*, angelehnt an Herrn TurTur aus dem Kinderbuch Jim Knopf und Lukas der Lokomotivführer, der nach den Schilderungen von Michael Ende als aus der Ferne riesig und Furcht einflössend erscheint, sich aber beim Näherkommen als friedlich entpuppt; und die Verwertungsverbote aus China manifestieren sich eher als *Papiertiger*, deren Macht über das Ermittlungsverfahren noch zu beweisen ist, wenn die Anklagevertretung keine Anweisungsbefugnis über die Polizei hat.

Ob der Umstand, dass Beweiswertungsverbote in Kommentaren und Lehrbüchern oft ganze Kapitel einnehmen, bei näherer Betrachtung in der Praxis aber nicht den gleichen Raum beanspruchen, aber auch bedeutet, dass sie unsinnig sind, steht auf einem ganz anderen Blatt. Die Projektteilnehmer haben als vorläufiges Ergebnis einen anderen Schluss gezogen: Beweiswertungsverbote sind

sinnvoll, wenn man der Prämisse zustimmt, dass Ermittlungsorgane in Strafverfahren zwar einerseits das Ideal anstreben, Wahrheit zu etablieren und dadurch Vertrauen in die staatliche Strafverfolgung zu schaffen, andererseits aber nicht zur «Wahrheitsfindung um jeden Preis» verpflichtet sind, sondern in bestimmten Fällen vorrangige Interessen schützen müssen, die der Sachverhaltfeststellung Grenzen setzen. Unsinn wäre es, Beweiswertungsverbote *nicht* zu nutzen, um eine möglichst zuverlässige Tatsachenfeststellung zu gewährleisten und übergeordnete Werte auch im Rahmen der Strafverfolgung zu schützen. Das grosse Interesse der Öffentlichkeit an Ermittlungsarbeit und an der Wahrheitssuche in Strafverfahren zeigt, wie wichtig es ist, in diesem Schaulden der Justiz ein klares Bekenntnis zu einer rechtsförmigen und gleichzeitig wertgebundenen Ausübung der Staatsgewalt abzugeben.