

# Verwertung von Zufallsfunden (Durchsuchung, Überwachung)

## 1. Einleitung

Beweise sollen im Sinne des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 6 StPO) der Verwirklichung der materiellen Wahrheit dienen.<sup>1</sup> Der Untersuchungsgrundsatz und der Verfolgungszwang (Art. 7 StPO) verpflichten die Behörden zur umfassenden Suche nach belastenden, als auch nach entlastenden Beweisen.<sup>2</sup> Das schweizerische Recht kennt keinen numerus clausus an Beweismitteln. Der Art. 139 Abs. 1 StPO basiert auf dem Prinzip der freien Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2 StPO) und enthält den Grundsatz der Beweisfreiheit, d.h. zum Zweck der Wahrheitsfindung dürfen alle geeigneten und gesetzlich zulässigen Mittel eingesetzt werden.<sup>3</sup> Jedoch auch das Beweisrecht kennt seine Grenzen. Die Freiheit der Beweiswürdigung wird durch sog. Beweisverbote begrenzt.<sup>4</sup> Beweisverbote sind Bestimmungen, welche die Beweiserhebung und die Beweisführung im Strafverfahren zum Schutz höher zu wertender öffentlicher sowie auch privater Interessen beschränken.<sup>5</sup>

Die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte sind bei der Durchführung eines Strafverfahrens darauf angewiesen, dass sie auf bestimmte Personen und Beweismittel zugreifen können.<sup>6</sup> Da es im Strafverfahren unüblich ist, dass der Delinquent sich kooperativ bei dieser Suche nach Beweisen zeigt, stehen den Strafverfolgungsbehörden und den gerichtlichen Behörden sog. Zwangsmassnahmen (Art. 196-298 StPO) zur Verfügung.<sup>7</sup> Zwangsmassnahmen sind Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, welche u. a. zum Ziel haben Beweise zu sichern (Art. 196 lit. a StPO).

---

<sup>1</sup> SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Vor Art. 139-195 N 2 (zit. Schmid, Praxiskommentar, Art. xx N yy).

<sup>2</sup> NATTERER JUDITH, Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren, Diss. Bern 2001, S. 1 (zit. NATTERER, Verwertbarkeit von Zufallsfunden, S. xx).

<sup>3</sup> Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBI 2006, 1182 (zit. Botschaft, S. xx).

<sup>4</sup> DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, S. 119. (zit. DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, STRAFPROZESSRECHT, S. xx); WOHLERS WOLFGANG, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 141 N 1 ff. (zit.: BEARBEITER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. xx N yy), *bei Verwertungsverboten wird zwischen selbständigen und unselbständigen unterschieden*.

<sup>5</sup> JOSITSCH DANIEL, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 279 (zit. JOSITSCH, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, N xx).

<sup>6</sup> NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, Basler Kommentar, Art. xx N yy) GFÄLLER Vor Art. 241-254 N 1.

<sup>7</sup> RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht, sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 1486 ff.

Dies jedoch indem in die Grundrechte der Betroffenen eingegriffen wird.<sup>8</sup> Strafprozessuale Zwangsmassnahmen sind deshalb nur zulässig, wenn kumulativ eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist, ein hinreichender Tatverdacht besteht, die Voraussetzung der Subsidiarität erfüllt ist und stets die Verhältnismässigkeit gewahrt wird (Art. 197 Abs. 1 StPO, Art. 36 BV).

Wie haben die Strafverfolgungsbehörden damit umzugehen, wenn sie bei der Durchführung der korrekt angeordneten Zwangsmassnahme auf Beweise stossen, die mit einem anderen Delikt zusammenhängen als mit demjenigen, welches die Grundlage für die angeordnete Zwangsmassnahme bildete. M. a. W. sie einen Fund ausserhalb des fixierten Aufklärungszieles, somit auch ausserhalb des von der angeordneten Massnahme legitimierten Anwendungsbereiches, machen?

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Umgang und der Verwertbarkeit solcher sog. Zufallsfunde, welche bei Durchsuchungen (Art. 241 ff. StPO) und den verschiedenen Überwachungsmassnahmen (Art. 269 ff. StPO) entdeckt werden.

Zufallsfunde führen zu einem strafprozessualen Dilemma.<sup>9</sup> Das Ziel, die materielle Wahrheit zu finden, verlangt, dass alle gefundenen Spuren und Gegenstände verwertet werden. Dem entgegen steht die Tatsache, dass der Fund im Rahmen einer Zwangsmassnahme erfolgt, die diesen Fund gerade nicht beabsichtigte und es somit nicht zu rechtfertigen vermag in grundrechtlich geschützte Positionen einzugreifen.<sup>10</sup> Somit hätte die Verfolgungsbehörde in Ermangelung eines hinreichenden Tatverdachtes für den Zufallsfund keine Zwangsmassnahme anordnen dürfen (Art. 197 Abs. 1 lit. b). Eine bedingungslose Zulassung solcher Zufallsfunde birgt die Gefahr, dass solche intendiert werden, d.h. vorsätzlich nach Zufallsfunden gesucht wird und somit Durchsuchungen bzw. Überwachungen aufs Geratewohl angeordnet werden.<sup>11</sup> Deshalb erstaunt es nicht, dass die Verwertbarkeit von Zufallsfunden eine stark umstrittene Thematik ist.<sup>12</sup>

## **2. Zufallsfunde bei Durchsuchungen (Art. 241 ff. StPO) und Überwachungsmassnahmen (Art. 269 ff. StPO)**

Unter Zufallsfunden versteht man, *die bei der Durchführung von Zwangsmassnahmen zufällig entdeckten Beweismittel, Gegenstände, Vermögenswerte usw., die mit der abzuklärenden*

---

<sup>8</sup> JOSITSCH, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrecht, N 352.

<sup>9</sup> GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 2.

<sup>10</sup> NATTERER, Verwertbarkeit von Zufallsfunden, S. 1.

<sup>11</sup> GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 2; a. M. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Basler Kommentar, Art. 278 N 50 f.

<sup>12</sup> GLESS, Basler Kommentar, Art. 141 N 105; HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel u.a. 2005, § 70 N 12a und § 71 N 31., *die Verwertbarkeit von Zufallsfunden war bereits vor Inkrafttreten der StPO umstritten.*

*Straftat nicht im Zusammenhang stehen, jedoch auf weitere Straftaten bzw. Straftäter hinweisen.*<sup>13</sup>

Als Zufallsfund gelten jegliche Spuren, Hinweise und Gegenstände, die anlässlich einer Durchsuchung bzw. Überwachung entdeckt werden und beweisgeeignet nach Art. 139 StPO sind.<sup>14</sup> Die Beweise dürfen in keinem Zusammenhang mit dem abzuklärenden Delikt stehen, sondern müssen auf andere Straftaten bzw. Straftäter hinweisen.<sup>15</sup> Ebenfalls müssen die Spuren/Hinweise/Gegenstände zufällig entdeckt werden.<sup>16</sup> Nicht von Zufallsfunden sondern von verbotener Beweisausforschung/fishing expedition wird ausgegangen, wenn Beweise an Orten gesucht werden, wo solche in Bezug auf das abzuklärende Delikt mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht anzutreffen sind.<sup>17</sup>

Zufallsfunde können sowohl bei Durchsuchungen (Art. 241 ff. StPO) als auch bei Überwachungsmassnahmen, wie bspw. bei Überwachungen des Post- oder Fernmeldeverkehrs (Art. 269 ff. StPO)<sup>18</sup>, Überwachungen mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 280 f. StPO), Observationen (Art. 282 f. StPO), Überwachungen von Bankbeziehungen (Art. 284 f. StPO), verdeckter Ermittlung (Art. 295 f. StPO) oder verdeckter Fahndung (Art. 298a f. StPO) entdeckt werden.

### 3. Zufallsfund vs. fishing expedition (Beweisausforschung)

Im Gegensatz zum Zufallsfund bezwecken fishing expeditions gewissermassen Zufallsfunde.<sup>19</sup> Dem Durchsuchungsbefehl bzw. der Überwachungsanordnung kommt eine Begrenzungsfunktion zu,<sup>20</sup> woraus sich ergibt, dass die durchführende Behörde bei der konkreten Zwangsmassnahme das Durchsetzungsziel stets zu beachten hat.<sup>21</sup> Dieser Begrenzungsfunkti-

---

<sup>13</sup> BGE 139 IV 128 E. 2.1.

<sup>14</sup> SCHMID, Praxiskommentar, Art. 243 N 1; GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 7; NATTERER, Verwertbarkeit von Zufallsfunden, S. 13.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 139 IV 128 E. 2.2, *vom Anfangsverdacht wird ein weit gefasstes Spektrum abgedeckt, wie bspw. unbewilligte Erwerbstätigkeit bei einem Verstoß gegen das Ausländergesetz, womit die darunter einzuordnenden Funde keine Zufallsfunde sind*; GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 8; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 243 N 1.; NATTERER, Verwertbarkeit von Zufallsfunden, S. 24 ff.

<sup>16</sup> GRAWE STEFAN, Die strafprozessuale Zufallsverwendung: Zufallsfunde und andere Zweckdivergenzen bei der Informationsverwendung im Strafverfahren Diss. Jena 2008, S. 72 (zit. GRAWE S. xx), *zufällig bedeutet jedoch genau nicht, dass die Untersuchungsbehörden auf ihrer täglichen Visite zufälligerweise auf Beweise stossen, sondern in diesem Kontext gilt als zufällig entdeckt, wenn sie anlässlich einer lege artis systematisch durchgeführten Zwangsmassnahme zwangsläufig entdeckt werden.*

<sup>17</sup> GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 13; RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMAN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht, unter Einfluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011, N 748 (zit. RUCKSTUHL/DITTMAN/ARNOLD, Strafprozessrecht, N xx).

<sup>18</sup> *Dazu gehören Telefonverkehr, Postverkehr, Telex, Telefax, elektronische Datenübermittlung, Mobiltelefon-, E-Mail-, sowie Internet- und Facebookverkehr, Mailbox-Anschlüsse u.Ä.*

<sup>19</sup> GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 15.

<sup>20</sup> Siehe Art. 241 Abs. 2 lit. b StPO, Art. 269 Abs. 1 StPO.

<sup>21</sup> BGer, I. ÖRA, 26.2.2013, 1B\_726/2012.; GRAWE, S. 72.

on keine Beachtung schenkt die fishing expedition, bei der anlässlich einer Durchsuchung/Überwachung bewusst nach Beweismitteln gestöbert wird, die mit dem Tatverdacht in keinerlei Zusammenhang stehen.<sup>22</sup> Zwangsmassnahmen werden somit *ohne jeglichen Tatverdacht* angeordnet,<sup>23</sup> sie sind darauf angelegt, den Zufallsfund zu produzieren und begründen den Tatverdacht erst.<sup>24</sup> Das Bundesgericht hatte sich mit einem Fall zu beschäftigen, bei dem die Polizei eine verlorengegangene Kamera durchsuchte, mit dem Ziel den Besitzer ausfindig zu machen, wobei sie bei genauerer Betrachtung der Kamerainhalte auf Bilder und Videos von „Raserfahrten“ stiessen. Der damit konfrontierte Besitzer und Fahrzeuglenker gab sich aufgrund der Beweislage der Taten geständig. Das Bundesgericht erkannte beim vorliegenden Fall keinen Zufallsfund sondern eine fishing expedition, da die Polizei Daten aufs Geratewohl durchsuchte.<sup>25</sup> Das Bundesgericht erläuterte ihren Entscheid damit, dass es für die Sichtung des Filmmaterials keine gesetzliche Grundlage gegeben habe, welche der Polizei eine Durchsuchung des Kameraspeichers losgelöst von einem Anfangsverdacht erlaubt hätte.<sup>26</sup>

#### 4. Verwertung der Zufallsfunde aus Durchsuchungen

Zufallsfunde bei Durchsuchungen sind nach Art. 243 StPO von der ausführenden Behörde, üblicherweise der Polizei, sicherzustellen und der zuständigen Verfahrensleitung mit einem Bericht weiterzuleiten.<sup>27</sup> Die zuständige Verfahrensleitung (die Untersuchung anordnende Behörde) muss entscheiden, ob ein solcher Zufallsfund im Prozess verwendet werden darf oder nicht.<sup>28</sup> Die entscheidende Frage der Verwertbarkeit von Zufallsfunden lässt sich nur indirekt anhand von Art. 243 Abs. 2 StPO beantworten, jedoch geht der Sinn der Bestimmung nach der Botschaft<sup>29</sup> und nach der mehrheitlich vertretenen Lehrmeinung<sup>30</sup> dahin, dass Zu-

---

<sup>22</sup> GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 19.; AESCHLIMANN JÜRIG, Einführung in das Strafprozessrecht, Die neuen bernischen Gesetze, Bern 1997, N 987 (zit. AESCHLIMANN, Strafprozessrecht, N xx).

<sup>23</sup> GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 15, *weist darauf hin, dass das Differenzierungsmerkmal zwischen einer fishing expedition und einer Zwangsmassnahme mit Zufallsfund beim Vorliegen eines anfänglichen Tatverdachts liegt*; JOSITSCH, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrecht, N 375, *reine Gerüchte und generelle Vermutungen vermögen keinen Tatverdacht zu begründen*; SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 973, *Der Verdachtsgrad bemisst sich nach der Eingriffsschwere der betreffenden Massnahme*; Siehe. Urteil 1B\_726/2012 vom 26. Februar 2013; NATTERER, Verwertbarkeit von Zufallsfunden, S. 5, 11, 18 ff.

<sup>24</sup> RUCKSTUHL/DITTMAN/ARNOLD, Strafprozessrecht, N 748.

<sup>25</sup> BGE 137 I 218.

<sup>26</sup> BGE 137 I 218 E. 2.3; Ähnlich OGer ZH, 31.7.2013, E. 3.3.

<sup>27</sup> SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1066, *die Verpflichtung zur Sicherstellung von Zufallsfunden ergibt sich bereits aus dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 StPO) i.V.m. dem Strafverfolgungszwang (Art. 7 StPO)*.

<sup>28</sup> KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 243 N 5; *Die Verfahrensleitung, welche in den meisten Fällen die Staatsanwaltschaft inne haben wird und nicht die Polizei, kann das Verfahren gegen den Beschuldigten auf weitere Straftaten ausweiten oder gegen Dritte ein Strafverfahren einleiten oder die zuständige Behörde informieren (Art. 311 Abs. 2, 309 Abs. 1 lit. a, 39 StPO), gegen diesen Entscheid der Verfahrensleitung besteht kein Rechtsmittel*.

<sup>29</sup> Botschaft, S. 1237.

<sup>30</sup> SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1067; GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 3; AESCHLIMANN, Strafprozessrecht, N 990; RUCKSTUHL/DITTMAN/ARNOLD, Strafprozessrecht, N 747.

fallsfunde grundsätzlich als Beweismittel verwendet werden dürfen. Die Verwertbarkeit verlangt jedoch die kumulative Erfüllung von zwei Voraussetzungen. Erstens muss die ursprüngliche Zwangsmassnahme rechtmässig erfolgt sein<sup>31</sup> und zweitens hätte die Beweiserhebung auch hinsichtlich der zufällig entdeckten Tat (sog. hypothetische Zulässigkeit der Zwangsmassnahme) verfahrensrechtlich zulässig gewesen sein müssen.<sup>32</sup> Die hypothetische Zulässigkeit verlangt, dass keine entgegenstehenden Interessen bezüglich des durch den Zufallsfund entdeckten Deliktes, wie bspw. ein Berufsgeheimnis, der Verwertbarkeit der Beweise im Wege stehen.<sup>33</sup>

Die Voraussetzung des „vorgängigen hinreichenden Tatverdacht“, welcher grundsätzlich eine Notwendigkeit darstellt bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO), kann hinsichtlich eines Zufallsfonds logischerweise nicht verlangt werden. Der Tatverdacht darf sich somit aus dem Fund selbst *ex post* ergeben.<sup>34</sup> Nach herrschender Lehre ebenfalls nicht von Bedeutung sind Fragen der Verhältnismässigkeit zwischen der Intensität der Zwangsmassnahme und der Bedeutung des zufällig gefundenen Delikts (Art. 197 Abs. 1 lit. c und d StPO).<sup>35</sup>

War die Massnahme, die zum Zufallsfund führte, jedoch *rechtswidrig*, ist ein solches Beweisstück nur unter den Einschränkungen von Art. 141 StPO verwertbar.<sup>36</sup> Für Beweise, die durch verbotene Beweiserhebungsmethoden erlangt werden oder das Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet, sieht Abs. 1 des eben zitierten Artikels ein absolutes Beweisverwertungsverbot vor. Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nach Abs. 2 grundsätzlich nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.<sup>37</sup> Beweise die unter Verletzung von Ordnungsvorschriften (Abs. 3) gewonnen werden sind immer verwertbar.

Nach herrschender Ansicht sind Ergebnisse nicht verwertbar, die mittels fishing expedition erlangt wurden.<sup>38</sup> Die überwiegende Lehrmeinung plädiert, obwohl eine explizite gesetzliche

---

<sup>31</sup> GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 31, *diese erste Voraussetzung soll u.a. gewährleisten, dass keine Beweise aus einer verbotenen fishing expedition verwendet werden.*

<sup>32</sup> BGE 126 II 505; RUCKSTUHL/DITTMAN/ARNOLD, Strafprozessrecht, N 747; GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 30; SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1067; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 243 N 7.

<sup>33</sup> Siehe Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR), 99 (2000) Nr. 3, 6, 9; GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 35, *sofern solche bestehen dürfen Zufallsfunde nicht verwertet werden.*

<sup>34</sup> GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 34; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 243 N 7.

<sup>35</sup> GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 34.

<sup>36</sup> *Obwohl der Gesetzgeber den Art. 141 StPO über „rechtswidrig erlangte Beweise“ generell nicht auf Zufallsfunde bezog (vgl. Botschaft, 1183), erachtet es die heutige Lehre und die Rechtsprechung als sachgerecht ihn anzuwenden.*

<sup>37</sup> BGE 139 IV 128 E. 2.1; OGer BE, 22.12.2015, E. 7.1; OGer FR, 22.01.2016, E. 6.

<sup>38</sup> BGE 128 II 407 E. 5.2. 1; Botschaft, S. 1237; SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1067; NATTERER, Verwertbarkeit von Zufallsfunden, S. 18; GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 39.

Regelung dies nirgends festhält, bei fishing expeditions für ein absolutes Beweisverwertungsverbot.<sup>39</sup> Das Bundesgericht hat bis dato dazu noch keine klare Stellung genommen.<sup>40</sup> Nach dem bereits zitierten BGE 137 I 218 kann die Verwertung solcher Beweise jedoch nicht kategorisch ausgeschlossen werden, sondern es bedürfe einer Güterabwägung i.S.v. Art. 141 Abs. 2 StPO zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person, dass die Verwertung des fraglichen Beweises unterbleibt.<sup>41</sup>

## 5. Verwertung von Zufallsfunden aus Überwachungen

Systematisch ähnlich wie bei den Durchsuchungen gilt bezüglich der *Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs* (Art. 269 ff. StPO), dass Zufallsfunde nur verwertet werden können, wenn sie in einer genehmigten Überwachungsmaßnahme (Art. 277 StPO) entdeckt werden und auch für die Verfolgung der neu entdeckten Straftaten eine Überwachung hätte angeordnet werden dürfen (Art. 278 Abs. 1 u. 2 StPO).<sup>42</sup> Vorausgesetzt wird hier zusätzlich, dass sich die Zufallsfunde auf Katalogtaten nach Art. 269 Abs. 2 StPO beziehen müssen.<sup>43</sup> Diese Voraussetzung gilt sowohl für die mit dem Zufallsfund entdeckten weiteren Straftaten des Beschuldigten, gegen welchen die Massnahme angeordnet wurde (Art. 278 Abs. 1 StPO), als auch für neu entdeckte Delikte bisher nicht überwachter Personen (Art. 278 Abs. 2 StPO). Die StPO und die Botschaft verpassten es jedoch –wie bereits das BÜPF<sup>44</sup>– die Frage, ob neben der Katalogtat (Art. 269 Abs. 2 StPO) zusätzlich die weiteren Voraussetzungen nach Art. 269 Abs. 1 StPO<sup>45</sup> gegeben sein müssen, zu klären.<sup>46</sup> Was fest steht ist, dass nach Art. 278 Abs. 5 StPO sämtliche Erkenntnisse einer Überwachung verwendet werden können, die bei der

---

<sup>39</sup> SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1067; GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Vor Art. 241-254 N 50 und Art. 243 N 45; JEANNERET YVANN, Quelles responsabilités pénales en cas de dysfonctionnements techniques, in: Giger Hans/Seidel Edit, Circulation routières 2/2015, S. 27, 35; Siehe auch Botschaft, S. 1237.

<sup>40</sup> BGE 137 I 218 E. 2.3.2: „Selbst bei einem relativen Beweisverwertungsverbot (Art. 141 Abs. 2 StPO) überwiegt das private Interesse des Beschwerdeführers an der Unverwertbarkeit des Kamerainhaltes.“

<sup>41</sup> Siehe auch BGE 130 I 126 E. 3.2; BGE 131 I 272 E. 4; BGE 133 IV 329 E. 4.4; VETTERLI LUZIA, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten, ZStrR 130/2012, neu in BGE 137 I 218 ist, dass im Rahmen der Interessensabwägung auch dem Grundsatz des fairen Verfahrens Rechnung getragen wurde, was der Unverwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweisen Aufschwung verleiht.

<sup>42</sup> Siehe auch Botschaft, S. 1251.

<sup>43</sup> SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1156; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Basler Kommentar, Art. 278 N 18 ff.

<sup>44</sup> JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Basler Kommentar, Art. 278 N 1, die StPO übernahm in Art. 269 ff. die strafprozessualen Bestimmungen des BÜPF (BG betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs), wobei Art. 3-10 BÜPF gleichzeitig aufgehoben wurden. Art. 9 aBÜPF enthielt vor der StPO eine Regelung über die Zufallsfunde, welche jedoch weniger einschränkend bezüglich deren Verwertbarkeit war als die heutige.

<sup>45</sup> D.h. ein dringender Tatverdacht besteht (lit. a), schwere der Straftat die Massnahme rechtfertigt (lit. b) und die Erfolglosigkeit der bisherigen Untersuchungshandlungen gegeben ist (lit. c).

<sup>46</sup> SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1157; JOSITSCH, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrecht, N 440; Botschaft, 1251; Die Botschaft spricht lediglich vom Erfordernis der Katalogtat ohne auf Art. 269 Abs. 1 StPO einzugehen. Sicherlich kann festgehalten werden, dass es verfehlt wäre bei Zufallsfunden einen vorbestehenden Tatverdacht i.S. von lit. a zu verlangen, ebenfalls nicht Voraussetzung kann das Kriterium der Subsidiarität (lit. c) sein.

Fahndung nach gesuchten Personen hilfreich sind.<sup>47</sup> Mit Ausnahme von Art. 278 Abs. 5 StPO bedarf die Verwertung des gewonnenen Zufallsfunds der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 278 Abs. 3 StPO). Wenn für den Zufallsfund keine Genehmigung eingeholt wird bzw. diese verweigert wurde, ist es naheliegend, dass Art. 277 StPO auch auf Zufallsfunde Anwendung findet und somit von einer absoluten Unverwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 1 StPO auszugehen ist.<sup>48</sup> Sind die Zufallsfunde nicht verwertbar, sind die Aufzeichnungen von den Verfahrensakten gesondert aufzubewahren und nach Abschluss des Verfahrens zu vernichten (Art. 278 Abs. 4 StPO).<sup>49</sup>

Analog zu Art. 278 StPO verwertbar sind Zufallsfunde, die aus *technischen Überwachungen* (Art. 280 f. StPO) gewonnen werden.<sup>50</sup>

Zufallsfunde bei *Observationen* (Art. 282 f. StPO) sind analog zu Art. 243 StPO grundsätzlich ebenfalls verwertbar.<sup>51</sup> Zufallsfunde aus einer *verdeckten Ermittlung* (Art. 285 a ff. StPO), d.h. dass der verdeckte Ermittler auf andere Straftaten aufmerksam wird, als diese, weswegen er ermittelt hat, sind verwertbar, sofern zur Aufklärung der neuen Straftat auch eine verdeckte Ermittlung hätte angeordnet werden können (Art. 296 Abs. 1 StPO).<sup>52</sup> Nach Art. 296 Abs. 2 StPO wird auch hier für den Zufallsfund eine Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht verlangt.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1161; HANSJAKOB, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 278 N 27 ff., *hier sind Personen gemeint, welche zur Aufenthaltsforschung (Art. 210 Abs. 1 StPO) oder zur Verhaftung (Art. 210 Abs. 2 StPO) ausgeschrieben sind, ebenfalls darunter fallen vermisste Personen*; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Basler Kommentar, Art. 278 N 33, *Verwertbarkeit wird hier nicht auf Katalogtaten beschränkt, es muss nicht einmal eine Straftat vorausgehen, ebenfalls Berufsgeheimnisse stehen der Verwertbarkeit nicht im Wege*.

<sup>48</sup> SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1159; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, STRAFPROZESSRECHT, S. 236; a. M. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Basler Kommentar, Art. 278 N 29, *der das Erfordernis der Genehmigung am ehesten als Gültigkeitsvorschrift i.S.v. Art. 141 Abs. 2 StPO sieht*.

<sup>49</sup> JOSITSCH, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrecht, N 442, *Beschwerdemöglichkeit gegen die Anordnung der Staatsanwaltschaft und gegen die Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts möglich (Art. 393 StPO ff.), jedoch nicht gegen die Verwertung der Überwachungsergebnisse (vgl. Art. 279 Abs. 3)*.

<sup>50</sup> HANSJAKOB, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 281 N 12, 33; EUGSTER/KATZENSTEIN, Basler Kommentar, Art. 281, N 25.

<sup>51</sup> SCHMID, Praxiskommentar, Art. 282 N 19; SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1174; HANSJAKOB, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 278 N 23 ff.; *die weiteren Einschränkungen des vorbestehenden Tatverdacht und der Subsidiarität hinsichtlich des Zufallsfundes nach Art. 282 Abs. 1 StPO müssen gleich dem Art. 243 auch hier nicht gegeben sein*.

<sup>52</sup> HANSJAKOB, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 296 N 8; KNODEL, Basler Kommentar, Art. 296 N 1, *wie bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, muss die Schwere der Tat die verdeckte Ermittlung rechtfertigen und es muss sich um eine Katalogtat nach Art. 286 Abs. 2 StPO handeln, ebenfalls nicht vorausgesetzt werden kann das Kriterium der Subsidiarität und des vorgängigen Tatverdacht*.

<sup>53</sup> Vgl. Botschaft, 1257.

Bei der *verdeckten Fahndung* (Art. 298a ff. StPO) fehlt eine gesetzliche Regelung über den Umgang mit Zufallsfunden. In Art. 298c StPO wird ausdrücklich nicht auf die Regelungen der verdeckten Ermittlung verwiesen.<sup>54</sup>

## 6. Würdigung/Stellungnahme

Die Thematik der Zufallsfunde wird in der StPO mehrmals angesprochen und es besteht Einigkeit über deren grundsätzliche Verwertbarkeit. Das Strafrecht ist in vielen Bereichen (bspw. Telefonüberwachungen) stark angewiesen auf Zufallsfunde. Das Gesetz lässt jedoch hinsichtlich der Verwertbarkeit von Zufallsfunde sowohl bezüglich der Durchsuchungen als auch der Überwachungen Fragen offen, was einen grossen Ermessensspielraum in der Lehre und Rechtsprechung zulässt und somit auch für Rechtsunsicherheit sorgt.<sup>55</sup>

Zufallsfunde bewirken zweierlei Abgrenzungsschwierigkeiten. Zum einen zu den Beweisen die noch tatsächlich ein intendiertes Ergebnis der Zwangsmassnahme darstellen, zum anderen ist die Abgrenzung zwischen den zulässig erlangten Zufallsfunden schwierig, die aus einer *rechtmässigen*, verdachtsgestützten Ermittlungshandlung stammen und der verbotenen fishing expedition.<sup>56</sup> Es fehlt bis heute eine gesetzliche Regelung, welche den Umgang mit Beweisen regelt, die aus einer fishing expedition gewonnen werden. Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber in diesem Bereich nachlegen würde. Dieser vom Bundesgericht gefolgten und in Art. 141 Abs. 2 StPO verankerten Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person, dass die Verwertung des fraglichen Beweises unterbleibt, werden bei Beweisen, welche aus einer fishing expedition gewonnen werden, in der vorliegenden Arbeit mit Skepsis betrachtet.<sup>57</sup>

M.E. setzt die Möglichkeit einer gerichtlichen Interessensabwägung bei Beweisen, welche aus einer fishing expedition gewonnen werden, falsche Anreize für die Untersuchungsbehörden.

Des Weiteren muss beachtet werden, dass bei Durchsuchungen und Überwachungsmassnahmen häufig Personen mitbetroffen werden, welche mit Straftaten nicht in Verbindung stehen.

Deshalb ist es naheliegend, dass die Suche nach Zufallsfunden nicht zusätzlich durch eine

---

<sup>54</sup> KNODEL, Basler Kommentar, Art. 298c N 13, *fehlender Verweis bedeutet entweder, dass Zufallsfunde hier nicht verwertet werden dürfen, oder Anwendung der allgemeinen Regelung nach Art. 243 StPO.*

<sup>55</sup> Siehe HANSJAKOB THOMAS, „halbherzige Regelung“, ZStrR 2008, S. 102; GLESS, Basler Kommentar, Art. 141 N 100, *Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden wird vom Gesetzgeber lediglich in Art. 278 StPO (Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs) und in Art. 296 StPO (verdeckten Ermittlung) geregelt.*

<sup>56</sup> Siehe KNODEL, Basler Kommentar, Art. 297 N 6, *wie bspw. der verdeckte Ermittler zu seinem Zufallsfund gelangt, ob rein zufällig und ohne sein Mitwirken oder durch gezielte Beweisausforschung ist schwierig zu rekonstruieren.*

<sup>57</sup> GFELLER/THORMANN, Basler Kommentar, Art. 243 N 44, *man könnte bei fishing expeditions auch von einem selbständigen Verwertungsverbot ausgehen, da eine solche Beweisausforschung gegen die Unschuldsvermutung verstösst und somit eine Grundrechtsverletzung darstellt. Art. 141 Abs. 2 StPO würde somit nicht zur Anwendung gelangen und eine Interessensabwägung wäre in solchen Fällen nicht erlaubt.*

verwertungsfreundliche Praxis im Umgang mit *rechtswidrig* erlangten Zufallsfunden forciert werden sollte.<sup>58</sup>

Zufallsfunde aus Durchsuchungen müssen sich im Vergleich zu einigen Überwachungsmaßnahmen weder auf Katalogtaten beziehen noch vom Zwangsmassnahmengericht bewilligt werden um verwertet zu werden,<sup>59</sup> was m. E. seine Richtigkeit hat.

Zum Schluss gilt es in Erinnerung zu rufen, dass ein Freispruch aufgrund fehlender verwertbarer Beweise nicht als Niederlage der materiellen Wahrheit angesehen werden darf, sondern als notwendige Konsequenz daraus, dass im Strafprozess bezüglich Wahrheitsfindung rechtliche Grenzen zu akzeptieren sind.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> SCHMID NIKLAUS, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 1136 (zit. SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N x), *solche Überwachungen tangieren Art. 13 BV, indirekt Art. 8 EMRK, Art. 179 ff. StGB und stehen im Widerspruch zum Verbot der Selbstbelastung*; a. M. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Basler Kommentar, Art. 278 N 50.

<sup>59</sup> *Beide stellen sicherlich empfindliche Eingriffe in die Privatsphäre dar (Art. 13 BV)*; SCHMID, Handbuch, 2. Aufl., N 1136, *seiner Meinung nach liegt der entscheidende Unterschied in der **Heimlichkeit** des staatlichen Handelns. Ebenfalls generieren Überwachungen des Fernmeldeverkehrs viel mehr Zufallsfunde als Hausdurchsuchungen und beinhalten somit ein grösseres Missbrauchspotenzial.*

<sup>60</sup> WOHLERS WOLFGANG, Bemerkungen zu BGE 131 I 272, AJP 2006, S. 627 ff; FORNITO ROBERTO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, Diss. St. Gallen 2000, S. 59 ff.