

# Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten

## A. Einleitung

Bei der *Fernwirkung* von Beweisverwertungsverböten geht es um die Problematik, ob ein Verwertungsverbot nur gerade den Ausschluss des unzulässig erhobenen *Erstbeweises* betrifft oder ob es sich auch auf die *mittelbaren Folgebeweise* bezieht, welche aufgrund des illegal beschafften Beweismittels entdeckt wurden. Bei der Fernwirkung geht es also m.a.W. um die Festlegung der sachlichen Reichweite von Beweisverwertungsverböten.<sup>1</sup>

## B. Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten

### I. „Fruit of the poisonous tree“-Doktrin

Im angloamerikanischen Strafverfahrensrecht gilt die sog. „fruit of the poisonous tree“-Doktrin, die besagt, dass das verseuchte Wasser nicht nur den Baum vergiftet, sondern auch dessen Früchte, womit sich das Beweisverwertungsverbot auch auf die Sekundärbeweise erstreckt, die aufgrund der unzulässig erworbenen Erstbeweise entdeckt worden sind.<sup>2</sup> Es besteht somit die Vermutung, dass alle Folgebeweise ebenfalls kontaminiert sind und nicht verwertet werden dürfen.<sup>3</sup>

### II. Pro und contra Fernwirkung

Da in den USA der Grundsatz der Unverwertbarkeit gilt, möchte ich an dieser Stelle ausführen, welche Argumente für und gegen die Fernwirkung sprechen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> RUCKSTUHL NIKLAUS, Rechtswidrige Beweise erlaubt, in: Forum Strafverteidigung, Beweismangel und Verwertungsverbot, Plädoyer. Beilage plädoyer 6/2006, 22 (zit.: RUCKSTUHL, plädoyer 6/2006); WOHLERS WOLFGANG/BLÄSI LINDA, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverböte im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 2015, 166 (zit.: WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 158 ff.); WOHLERS WOLFGANG, Fernwirkung – zur normativen Begrenzung der sachlichen Reichweite von Verwertungsverböten, in: ZÖLLER MARK/HILGER HANS/ROXIN CLAUS (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, FS für Jürg Wolter zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, 1198, 1201 (zit.: WOHLERS, Fernwirkung, 1198 ff.).

<sup>2</sup> HÄRING DANIEL, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substanzielle Neuerungen? ZStrR 127/2009, 249 (zit.: HÄRING, ZStrR 127/2009, 225 ff.); PITSCH CHRISTOPH, Strafprozessuale Beweisverböte. Eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik, Hamburg 2009, 374 (zit.: PITSCH, Strafprozessuale Beweisverböte); RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 1062 (zit.: RIEDO/FIOLKA/NIGGLI N ...); RUCKSTUHL, plädoyer 6/2006, 22; SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2013, N 798 (zit.: SCHMID, Handbuch StPO, 2. Aufl., N ...); VETTERLI LUZIA, Gesetzesbindung im Strafprozess. Zur Geltung von Verwertungsverböten und ihrer Fernwirkung nach illegalen Zwangsmassnahmen, Diss. Luzern 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, 295 (zit.: VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, 295 ff.).

<sup>3</sup> RUCKSTUHL, plädoyer 6/2006, 22; VETTERLI LUZIA, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverböten, ZStrR 130/2012, 468 (zit.: VETTERLI, ZStrR 130/2012, 447 ff.).

<sup>4</sup> Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBI 2006, 1184 (zit.: BBI 2006); HÄRING, ZStrR 127/2009, 249; RUCKSTUHL, plädoyer 6/2006, 22; SALUZ EVA, Angeschuldigte haben das

Für die Fernwirkung sprechen die *Folgerichtigkeit*, das *Fairnessgebot* und der Schutz der Beweisverwertungsverbote vor *Aushöhlung*.<sup>5</sup> Denn Verfahrensvorschriften sind wertlos, wenn man sie missachten darf, ohne bestraft zu werden.<sup>6</sup> Nur eine konsequente Beachtung des Beweisverwertungsverbots kann gewährleisten, dass die gesetzlichen Schranken der Beweisbeschaffung von den Untersuchungsbehörden beachtet werden.<sup>7</sup>

Das Hauptargument contra Fernwirkung ist, dass das Verwertungsverbot im Extremfall dazu führt, dass ein *offensichtlich Schuldiger freigesprochen* wird, nur weil Verfahrensregeln verletzt worden sind.<sup>8</sup> Dem ist entgegenzusetzen, dass ein Freispruch mangels rechtsverwertbarer Beweise keine Niederlage des Rechtsstaates ist, sondern die Folge dessen, dass es auch im Strafprozessrecht Grenzen gibt, welche zu akzeptieren sind.<sup>9</sup> Als weitere Argumente werden oft die *materielle Wahrheit*, die *Lahmlegung des Strafverfahrens* und das Verbot des *überspitzten Formalismus* genannt.<sup>10</sup> M.E. sind die Argumente contra Fernwirkung nicht sehr stichhaltig und diejenigen pro Fernwirkung gewichtiger.

### III. Gesetzliche Regelung

Die Fernwirkung von Verwertungsverboten wurde mit dem Inkrafttreten der Strafprozessordnung gesetzlich geregelt.<sup>11</sup> Nach StPO 141 IV sind nicht nur die rechtswidrig erworbenen Primärbeweise, sondern auch diejenigen Sekundärbeweise unverwertbar, deren Erhebung

---

Recht zu schweigen, in: Forum Strafverteidigung, Beweismangel und Verwertungsverbot, Beilage plädoyer 6/2006, 29 (zit.: SALUZ, plädoyer 6/2006); SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung. Praxiskommentar. 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2013, Art. 141 N 12 (zit.: SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 141 N ...).

<sup>5</sup> DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 141 N 14 (zit.: WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., Art. 141 N 14); FORNITO Roberto, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, Diss. St. Gallen 2000, 314 (zit.: FORNITO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess); HÄRING, ZStrR 127/2009, 251; HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. Basel/Genf/München 2005, § 60 N 17 (zit.: HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, StPO, § 60 N ...); NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, Basel 2014, Art. 141 N 88 (zit.: BSK StPO-GLESS, Art. 141 N ...); SCHMID NIKLAUS, Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechts des Kantons Zürich und des Bundes, 4. Aufl. 2004, Zürich/Basel/Genf 2004, N 610 (SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., N ...); VETTERLI, ZStrR 130/2012, 447; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 166.  
<sup>6</sup> BGE 133 IV 329, 332 E. 4.5; GLESS, Beweisverbote und Fernwirkung, ZstrR 128/2010, 147 (zit.: GLESS, ZstrR 128/2010, 146 ff.).

<sup>7</sup> FORNITO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, 315.

<sup>8</sup> FORNITO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, 314; GLESS, ZstrR 128/2010, 147; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, StPO, § 60 N 17; SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., N 610; WOHLERS, Fernwirkung, 1182; 1194.

<sup>9</sup> RUCKSTUHL, plädoyer 6/2006, 22; WOHLERS WOLFGANG, Urteilsbesprechung von BGE 131 I 272, AJP 15/2006, 629 (zit.: WOHLERS, AJP 15/2006, 627 ff.).

<sup>10</sup> BGE 133 IV 329, 332 E. 4.5; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 98; FORNITO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, 318; HÄRING, ZStrR 127/2009, 251; SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., N 610; VETTERLI, Gesetzbinding im Strafprozess, 339; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 159.

<sup>11</sup> GLESS SABINE, Verwertungsverbote im Schweizer Strafprozess, in: DEGENER WILHELM/HEGHMANN MICHAEL (Hrsg.), FS für Friedrich Dencker, Tübingen 2012, 141 (zit.: GLESS, Verwertungsverbote im Schweizer Strafprozess, 135 ff.); WOHLERS, Fernwirkung, 1192 f.

ohne die vorhergehende illegale Beweiserhebung unmöglich gewesen wäre. D.h. wenn die Strafverfolgungsbehörden, im Zeitpunkt der Erhebung des Primärbeweises, einen Zweitbeweis im konkreten Fall *ohne* den unverwertbaren Erstbeweis *nicht* gefunden hätten, so ist eine Verwertung verboten.<sup>12</sup> Der Gesetzgeber wollte in StPO 141 IV zwar eine sehr weitreichende, nicht jedoch eine absolute Fernwirkung verankern.<sup>13</sup> Die Verwertung soll zur Aufklärung einer *schweren Straftat* als ultima ratio möglich sein.<sup>14</sup> Es ist allerdings heftig umstritten, was unter einer „schweren Straftat“ zu verstehen ist.<sup>15</sup> Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass zur Konkretisierung dieses Begriffs die *Deliktskataloge* für geheime Überwachungsmaßnahmen und verdeckte Ermittlungen angewendet werden können (StPO 269 II und 286 II).<sup>16</sup> HERSCH und SCHMID vertreten den Standpunkt, dass als schwere Taten nur *Verbrechen* in Frage kommen.<sup>17</sup> Die h.M. erfasst allerdings unter dem Begriff der schweren Straftat Delikte der *Schwerkriminalität*, bei welchen ausschliesslich eine Freiheitsstrafe vorgesehen ist.<sup>18</sup> M.E. ist der erste Vorschlag abzulehnen, denn wenn der Gesetzgeber gewollt hätte, dass der Straftatenkatalog zur Anwendung kommt, hätte er auf diesen verwiesen.<sup>19</sup> Und wenn jedes Verbrechen als schwere Straftat gelten würde, so wäre der Anwendungsbereich von Abs. 2 zu weit, weshalb m.E. in diesem Punkt der h.L. zu folgen ist.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 88, 91; GLESS, Verwertungsverbote im Schweizer Strafprozess, 141; GLESS, ZStrR 128/2010, 154 f.; VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, 332.

<sup>13</sup> BGE 138 IV 169, 173 E. 3.3.2.

<sup>14</sup> RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011, N 567 (zit.: RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD N ...); VEST HANS/HÖHENER ANDREA, Beweisverwertungsverbote – quo vadis Bundesgericht?, ZStrR 127/2009, 107 (zit.: VEST/HÖHENER, ZStrR 127/2009, 95 ff.); VETTERLI, ZStrR 130/2012, 462.

<sup>15</sup> DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126/2008, 166 (zit.: DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 126/2008, 158 ff.); HÄRING, ZStrR 127/2009, 247 f.; HERSCH GABRIEL, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO: Kodifizierung der Rechtsprechung des Bundesgerichts?, ZStrR 130/2012, 368 (zit.: HERSCH, ZStrR 130/2012, 352 ff.).

<sup>16</sup> DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 126/2008, 166; HÄRING, ZStrR 127/2009, 248; KUHN ANDRÉ/JEANNERET YVAN (Hrsg.), Commentaire Romand. Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, CR CCP-BÉNÉDICT/TRECCANI, Art. 141 N 25 (zit.: CR CCP-BÉNÉDICT/TRECCANI, Art. 141 N ...); WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., Art. 141 N 21a.

<sup>17</sup> BGE 137 I 218, E. 2.3.5.2; HERSCH, ZStrR 130/2012, 369; SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 141 N 8.

<sup>18</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 72; HEIMGARTNER STEFAN, Strafprozessuale Beschlagnahme Wesen, Arten und Wirkungen. Unter Berücksichtigung der Beweismittel-, Einziehungs-, Rückgabe- und Ersatzforderungsbeschlagnahme, 2011, 344 (zit.: HEIMGARTNER); RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD 556; VEST/HÖHENER, ZStrR 127/2009, 107; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 165; WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., Art. 141 N 21a.

<sup>19</sup> HERSCH, ZStrR 130/2012, 368.

<sup>20</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 72; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 165.

Summe summarum kann man sagen, dass die Regelung in StPO 141 IV ein Kompromiss ist, der auf der einen Seite sicherstellt, dass die Verwertungsverbote nicht wirkungslos bleiben und andererseits ungerechtfertigte Freisprüche verhindert.<sup>21</sup>

## IV. Anwendungsbereich

### 1. Ordnungsvorschrift oder Gültigkeitsvorschrift?

Entscheidend für die Frage der Fernwirkung ist, welche Prozessnormen bei der Beweisgewinnung verletzt worden sind. Handelt es sich um eine *Ordnungsvorschrift*, so sind die Beweise verwertbar und es besteht keine Fernwirkung (StPO 141 III).<sup>22</sup>

Ist dagegen eine *Gültigkeitsvorschrift* betroffen, so ist zu differenzieren.<sup>23</sup> StPO 141 IV regelt explizit nur die Fernwirkung auf Grund der Verletzung einer *relativen Gültigkeitsvorschrift* nach StPO 141 II.<sup>24</sup> In diesem Fall ist eine Verwertung der Sekundärbeweise möglich, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unbedingt notwendig sind. Dies kann dann angenommen werden, wenn eine Verurteilung ohne die Beweisverwertung nicht möglich ist.<sup>25</sup> Heftig umstritten ist jedoch, ob bei einer *absoluten Gültigkeitsvorschrift* (StPO 141 I) das Verwertungsverbot *ausnahmslos* gilt und eine strikte Fernwirkung angenommen werden muss oder ob StPO 141 IV *analog* zur Anwendung gebracht werden kann.<sup>26</sup> Diese Frage soll im nachfolgenden Teil analysiert werden.

### 2. Analoge Anwendung bei StPO 141 I ?

Das Bundesgericht hat die umstrittene Frage, ob StPO 141 IV entgegen seinem Wortlaut auch für absolute Verwertungsverbote gelten muss, bis anhin nicht beantwortet.<sup>27</sup> In der Lehre werden zwei verschiedene Standpunkte vertreten: Die *herrschende Lehre* vertritt die Meinung, dass bei absoluten Verwertungsverböten nach StPO 141 I eine *strikte Fernwirkung* gelten soll und eine Verwertung von Folgebeweisen unter keinen Umständen zulässig ist.<sup>28</sup> Sie

<sup>21</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 88; WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., Art. 141 N 14.

<sup>22</sup> PIETH Mark, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl. Basel 2012, 171 (zit.: PIETH, Strafprozessecht, 171); WOHLERS, Fernwirkung, 1194.

<sup>23</sup> WOHLERS, Fernwirkung, 1194.

<sup>24</sup> WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 166.

<sup>25</sup> DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 2. Aufl. Zürich 2014, 127 (zit.: DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, StPO, 127); SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 141 N 13; WOHLERS, Fernwirkung, 1194.

<sup>26</sup> DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, StPO, 127; WOHLERS, Fernwirkung, 1194.

<sup>27</sup> BGE 138 IV 169, 171 f. E. 3.2.

<sup>28</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 89 f.; GLESS, Verwertungsverbote im Schweizer Strafprozess, 142; GLESS, ZstrR 128/2010, 158 f.; GOLDSCHMID PETER/MAURER THOMAS/SOLLBERGER JÜRIG (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008, 126 (zit.: GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER); HÄRING, ZStrR 127/2009, 251; PIETH, Strafprozessecht, 171; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI N 1068; RIKLIN FRANZ, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 141 N 8 (zit.: RIKLIN, Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 141 N ...);

verfechten den Standpunkt, dass der Gesetzgeber mit Abs. 1 sämtliche Verwendung mittelbarer Beweise ausschliessen und somit auch hypothetische Ermittlungsverläufe nicht gestatten wollte.<sup>29</sup> Dafür sprechen die Entstehungsgeschichte, da der Anwendungsbereich von StPO 141 IV vom Parlament bewusst auf relative Verwertungsverbote nach StPO 141 II beschränkt wurde, die Systematik des Gesetzes und die Formulierung von StPO 141 I.<sup>30</sup> Nach der h.L. würde bei Abs. 1 die „fruit of the poisonous tree“-Doktrin somit uneingeschränkt gelten.<sup>31</sup>

Ein *anderer Teil der Lehre* geht davon aus, dass StPO 141 IV gegen seinen Wortlaut in *analoger Weise* auch auf die Verwertungsverbote nach StPO 141 I angewendet werden kann und *hypothetische Ermittlungsverläufe* somit zu berücksichtigen sind.<sup>32</sup> Das Ziel der analogen Anwendung ist es, ungerechtfertigte Freisprüche zu verhindern und die materielle Wahrheit zu ermitteln.<sup>33</sup>

WOHLERS stellt sich auf den Standpunkt, dass die Berücksichtigung alternativer Ermittlungsverläufe bei Abs. 1 mit dem Anspruch auf ein faires Verfahren nicht zu vereinbaren ist. Dies illustriert der deutsche *Fall Gäfgen* sehr schön: Gäfgen hatte ein Kind entführt und dafür Lösegeld gefordert. Bei der Einvernahme wurde ihm mit Folter gedroht, falls er den Aufenthaltsort des Kindes nicht verraten würde. Aus Angst vor den angedrohten Massnahmen verriet er diesen, woraufhin die Leiche des Kindes aufgefunden wurde.<sup>34</sup> Im Schweizer Recht hätte die Androhung von Folter, aufgrund der Verletzung *absoluter Gültigkeitsvorschriften* nach StPO 140 I, eine *strikte Fernwirkung* zur Folge (StPO 141 I), weshalb die Angaben zum Aufenthaltsort der Kinderleiche nicht verwertet werden dürften.<sup>35</sup> Nach dem Lösungsansatz der *analogen Anwendung* hingegen dürfte die Leiche als Beweismittel verwertet werden, sofern man sie auch ohne Angaben des Beschuldigten entdeckt hätte. Dies wäre bei einer solch gross angelegten Fahndung und aufgrund dessen, dass der Beschuldigte beschattet worden

---

RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD N 565; RUCKSTUHL, plädoyer 6/2006, 22; SALUZ, plädoyer 6/2006 29; SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 141 N 12; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 166 f.; WOHLERS, Fernwirkung, 1194 f.

<sup>29</sup> VETTERLI LUZIA, Ein Lackmustest für die Rechtsstaatlichkeit, Anwaltsrevue 2013, 502 (zit.: VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 499 ff.); VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, 333.

<sup>30</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 90; HÄRING, ZStrR 127/2009, 251; UNSELD LEA, Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten im Strafrecht Urteil 6B\_805/2011 vom 12. Juli 2012, ZBJV 148/2012, 666 (zit.: UNSELD, ZBJV 148/2012, 664 ff.); WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 167.

<sup>31</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD 565.

<sup>32</sup> VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 502; VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, 333; VETTERLI, ZStrR 130/2012, 466.

<sup>33</sup> WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 167.

<sup>34</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD 566; VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 500; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 167; WOHLERS, Fernwirkung, 1183; vgl. Urteil des BGH vom 21. Mai 2004 – 2 StR 35/04; Urteil des BVerfG vom 14. Dezember 2004, 2 BvR 1249/04; Urteil des EGMR *Gäfgen gegen Deutschland* vom 1. Juni 2010, Nr. 22978/05.

<sup>35</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 90; HÄRING, ZStrR 127/2009, 251; PIETH, Strafprozessrecht, 172; VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 502; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 167; WOHLERS, Fernwirkung, 1195; WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., Art. 141 N 14.



war, vom BGer wahrscheinlich bejaht worden.<sup>36</sup> Bei diesem Resultat würde allerdings der Anspruch auf ein faires Verfahren krass verletzt und man könnte überspitzt sagen, dass die Strafbehörde grundlegende Verfahrensvorschriften, wie etwa das Folterverbot, missachten kann, um dadurch verwertbare Sekundärbeweise zu gewinnen.<sup>37</sup> Erwähnenswert ist, dass das Landgericht Frankfurt die Leiche allerdings als Beweismittel zuließ und somit eine Fernwirkung ablehnte!<sup>38</sup>

### 3. Fazit

M.E. ist der h.L. zu folgen, welche sich bei Abs. 1 für eine *absolute Fernwirkung* ausspricht. Am überzeugendsten finde ich das Argument der h.L., dass bei einem besonders schweren Verbrechen das Interesse des Beschuldigten an einem *fairen Verfahren* – weil er im Falle einer Verurteilung mit einer langjährigen Haftstrafe rechnen muss – das Staatsinteresse an einer Verurteilung überwiegt.<sup>39</sup> Wenn man auf den *Sinn und Zweck* von Beweisverwertungsverböten abstellt, kommt man zum gleichen Ergebnis: Weil es bei relativen Verwertungsverböten eine Fernwirkung gibt, muss es eine solche umso mehr bei den absoluten Verwertungsverböten geben, welche besonders wichtige Interessen schützen.<sup>40</sup> Es wäre widersprüchlich, bei einer Verletzung von Normen, welche aufgrund ihrer Schutzwürdigkeit mit einem absoluten Beweisverwertungsverbot ausgestattet sind, mittelbare Beweismittel zu akzeptieren, während die Verwendung bei leichteren Verstössen strikt untersagt ist.<sup>41</sup> Auch die weiteren Argumente des Gesetzeswortlauts, der Entstehungsgeschichte und der Systematik sprechen klar für eine strikte Fernwirkung.<sup>42</sup> Somit sollte m.E. bei StPO 141 I eine uneingeschränkte Fernwirkung gelten.

## V. Voraussetzungen der Fernwirkung

### 1. Beweispflicht

Prozessual stellt sich die Frage, wer vor Gericht die Beweispflicht trägt.<sup>43</sup> Es ist Aufgabe der *Strafverfolgungsbehörden*, nachzuweisen, durch welche anderen, legalen Ermittlungsmassnahmen sie den Sekundärbeweis auch ohne Kenntnis des unzulässigen Primärbeweises mit an

<sup>36</sup> WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 167; a.M. VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 503.

<sup>37</sup> VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 502; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 167; a.M. CR CCP-BÉNÉDICT/TRECCANI, Art. 141 N 39.

<sup>38</sup> PIETH, Strafprozessecht, 170.

<sup>39</sup> VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 502.

<sup>40</sup> HÄRING, ZStrR 127/2009, 251; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI N 1068; RUCKSTUHL, plädoyer 6/2006, 22; VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 502; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 166 f.

<sup>41</sup> VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, 333.

<sup>42</sup> HÄRING, ZStrR 127/2009, 251; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI N 1068; RUCKSTUHL, plädoyer 6/2006, 22; VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 502; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 166 f.

<sup>43</sup> GLESS, Verwertungsverböte im Schweizer Strafprozess, 143.

„Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ entdeckt hätten.<sup>44</sup> Massgeblich ist die Sicht der Strafbehörden vor Erlangung des gesetzwidrigen Beweises.<sup>45</sup> Wenn sie dies nicht darlegen können, gilt die Annahme, der Primärbeweis sei untrennbar mit dem Sekundärbeweis verknüpft.<sup>46</sup>

## 2. *Conditio-sine-qua-non-Erfordernis*

Nach StPO 141 IV besteht eine Fernwirkung des Verwertungsverbots, wenn der Erstbeweis *conditio sine qua non* für den Zweitbeweis war.<sup>47</sup> Der Gesetzgeber hat sich mit der neuen Regelung an die „independent source exception“ angelehnt, eine Ausnahme von der „fruit of the poisonous tree“-Doktrin, welche besagt, dass ein Zweitbeweis nicht Frucht des vergifteten Baumes ist und es somit an der Kausalität fehlt.<sup>48</sup> Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht der neuen gesetzlichen Formulierung.<sup>49</sup> Beim BGer führt die *sine-qua-non*-Formel zu einer *absoluten Fernwirkung* unter gleichzeitiger Zulassung eines *alternativen Ermittlungsverlaufs*. Die Ursache, der Primärbeweis, kann in einem hypothetischen Ermittlungsverlauf hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in Form des Sekundärbeweises wegfällt.<sup>50</sup> Nach der Praxis des Bundesgerichts ist also eine Fernwirkung zu verneinen, wenn der Sekundärbeweis mit grosser Wahrscheinlichkeit auch ohne den unzulässigen Primärbeweis entdeckt worden wäre.<sup>51</sup> In BGE 133 IV 329 E. 4.6 führte das BGer zum hypothetischen Ermittlungsverlauf aus, dass man bei der Observation von A gesehen hätte, wie B in ihr Auto stieg. Der Kontakt zwischen A und B hätte bei der Polizei sodann sofort den Verdacht aufkommen lassen, dass A am Drogenhandel beteiligt ist, weshalb die Polizei auch B zwecks Verhaftung gefolgt wäre. Man hätte also die Drogen in der Wohnung der B auch auf andere Weise gefunden und deshalb seien die Beweise verwertbar.<sup>52</sup>

## 3. *Kritik*

Das *conditio-sine-qua-non-Erfordernis* versucht einen Ausgleich zwischen dem Standpunkt der strikten Fernwirkung und der Gegenposition zu schaffen. Allerdings wurde bei dieser Lö-

<sup>44</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 95 ff.; GLESS, ZstrR 128/2010, 159; HÄRING, ZStrR 127/2009, 252; JOSITSCH DANIEL, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2013, N 285 (zit.: JOSITSCH, Grundriss StPO, 2. Aufl., N ...); PIETH, Strafprozessecht, 172; VETTERLI, ZStrR 130/2012, 468 f.; WOHLERS, Fernwirkung, 1198.

<sup>45</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 95; VETTERLI, ZStrR 130/2012, 467.

<sup>46</sup> JOSITSCH, Grundriss StPO, 2. Aufl., N 285; VETTERLI, ZStrR 130/2012, 468 f.

<sup>47</sup> HÄRING, ZStrR 127/2009, 251; vgl. BBI 2006, 1184; BGE 133 IV 329, 333 E. 4.5.

<sup>48</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 96; PITSCH, Strafprozessuale Beweisverbote, 397.

<sup>49</sup> WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 167; vgl. BGE 133 IV 329, 332 f. E. 4.5.

<sup>50</sup> BGE 133 IV 329, 333 E. 4.6; VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, 329.

<sup>51</sup> VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 503; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 168; WOHLERS, Fernwirkung, 1196.

<sup>52</sup> BGE 133 IV 329, 333 E. 4.6; VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, 321.

sung die Abwägung einfach verlagert. Denn bei der Frage, ob der Beweis kausal für den Zweitbeweis war, ist ein grosser Argumentationsspielraum vorhanden.<sup>53</sup>

Schlussendlich kann man sagen, dass es der Strafverfolgungsbehörde meistens gelingen wird, einen hypothetischen Kausalverlauf darzulegen.<sup>54</sup> Denn während ein Teil der Lehre eine an „Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ fordert, um nicht reinen Spekulationen Tür und Tor zu öffnen, verlangt das BGer lediglich eine „grosse Wahrscheinlichkeit“, an welche es keine hohen Anforderungen stellt.<sup>55</sup> In BGE 138 IV 169 wurde die Wahrscheinlichkeit, dass ein nervös wirkender Grenzgänger am Schweizer Zoll angehalten und nach verzollbaren Waren gefragt worden wäre und dass man bei der weitergehenden Kontrolle auf die im Fahrzeug versteckten Drogen gestossen wäre, als durchaus *gross* bezeichnet.<sup>56</sup> M.E. sollte das Bundesgericht der Lehre folgen und ebenfalls eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlangen. Diese wäre im genannten Fall gegeben gewesen, wenn am fraglichen Tag eine sorgfältige Kontrolle aller Grenzgänger durchgeführt worden wäre.<sup>57</sup> Immerhin führte das BGer im oben genannten Fall erstmals aus, dass die *rein theoretische Möglichkeit*, den Beweis zu erlangen, *nicht* ausreiche.<sup>58</sup>

Alles in allem kann man sagen, dass die *conditio-sine-qua-non*-Theorie keine grosse Hilfe ist, da die Frage, ob auch ohne unzulässige Beweismittel Folgebeweise gefunden worden wären, im Hinblick auf das Ergebnis, welches man gerne hätte, beantwortet werden kann.<sup>59</sup> Zudem ist zu kritisieren, dass es letztlich auf die Fantasie der Strafbehörden ankommt.<sup>60</sup>

## VI. Nachträglich rechtmässig erhobene Beweise

Die Fernwirkung betrifft nicht nur den Beweis, sondern auch das durch den Beweis erlangte Wissen. Eine erneute Beweisabnahme muss deswegen den Regeln der Fernwirkung Beachtung schenken und das unzulässig erlangte Wissen darf nicht verwendet werden.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> BGE 133 IV 329, 332 f. E. 4.5; HÄRING, ZStrR 127/2009, 251 f.

<sup>54</sup> BGE 133 IV 329, 334; HÄRING, ZStrR 127/2009, 252; KELLER ANDREAS J., Die neue schweizerische StPO: Formalisierung und Effizienz – bleibt die materielle Wahrheit auf der Strecke?, ZStrR 129/2011, 246 (KELLER, ZStrR 129/2011, 229 ff.).

<sup>55</sup> BGE 138 IV 169, 173 E. 3.3.3; OTT DOMINIQUE, Der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten, ZStStr 66/2012, 429 ff., 435 (zit.: OTT, ZStStr 66/2012, 429 ff.); UNSELD, ZBJV 148/2012, 665; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 168; WOHLERS, Fernwirkung, 1195 ff.

<sup>56</sup> BGE 138 IV 169, 174 E. 3.4; WOHLERS, Fernwirkung, 1196 f.

<sup>57</sup> WOHLERS, Fernwirkung, 1197.

<sup>58</sup> BGE 138 IV 169, 174 E. 3.3.3; VETTERLI, Anwaltsrevue 2013, 503; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 168; WOHLERS, Fernwirkung, 1196.

<sup>59</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD N 570.

<sup>60</sup> OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. Bern 2012, N 711 (zit.: OBERHOLZER, Strafprozessrecht, 3. Aufl., N ...).

<sup>61</sup> HÄRING, ZStrR 127/2009, 253.



## C. Schlussbetrachtung

Käme Beweisverwertungsverboten keine Fernwirkung zu, so würde der Schutzzweck der Beweiserhebungsnorm vereitelt.<sup>62</sup> Es ist somit zu begrüssen, dass der Gesetzgeber die bundesgerichtliche Praxis in StPO 141 IV verankert und gesetzliche Leitplanken für die Fernwirkung geschaffen hat. Leider wurden dadurch aber längst nicht alle Probleme gelöst.<sup>63</sup> Durch die missverständliche Formulierung von StPO 141 wurden eher noch mehr Streitpunkte geschaffen. Zu kritisieren ist insbesondere, dass aus dem Gesetzestext nicht eindeutig hervorgeht, ob auch den absoluten Verwertungsverboten nach StPO 141 I Fernwirkung zukommt.<sup>64</sup> M.E. ist hier der *herrschenden Lehre* zu folgen, welche die Meinung vertritt, dass bei StPO 141 I eine *strikte Fernwirkung* gelten soll.<sup>65</sup>

In den Fällen, in denen eine Fernwirkung grundsätzlich anzunehmen ist, ist in einem zweiten Schritt die Frage zu beantworten, ob der Erstbeweis *conditio sine qua non* für den Zweitbeweis ist.<sup>66</sup> Diese Formel ist allerdings keine grosse Hilfe, da die Frage im Hinblick auf das Ergebnis, welches man gerne hätte, beantwortet werden kann.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, 338.

<sup>63</sup> GLESS, Verwertungsverbote im Schweizer Strafprozess, 144; VEST/HÖHENER, ZStrR 127/2009, 108.

<sup>64</sup> VETTERLI, Gesetzesbindung im Strafprozess, 332, 339.

<sup>65</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 89 f.; GLESS, Verwertungsverbote im Schweizer Strafprozess, 142; GLESS, ZstrR 128/2010, 158 f.; GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER 126; HÄRING, ZStrR 127/2009, 251; PIETH, Strafprozessecht, 171; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI N 1068; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD N 565; RUCKSTUHL, plädoyer 6/2006, 22; SALUZ, plädoyer 6/2006 29; SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 141 N 12; WOHLERS/BLÄSI, recht 2015, 166 f.; WOHLERS, Fernwirkung, 1194 f.

<sup>66</sup> WOHLERS, Fernwirkung, 1199; vgl. BBI 2006, 1184; BGE 133 IV 329, 333 E. 4.5.

<sup>67</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD N 570.