

# Strafprozessrecht im Master

Prof. Dr. iur. Marc Thommen

# Gesamtabwägung

Was hat die Gesamt-  
abwägung des EGMR mit  
der Hand Gottes zu tun?



Diego Maradona – Die Hand Gottes  
22. Juni 1986, WM Viertelfinal  
Argentinien schlägt England 2:1

# Vorlesungsprogramm

Lektion	Datum	Inhalt
1	Di 23.02.	Einleitung
2	Di 01.03.	Der Anspruch auf Verteidigung
3	Di 08.03.	Einschränkungen der Verteidigung
4	Di 15.03.	Freie Beweiswürdigung, Unschuldsvermutung, «in dubio pro reo», Recht auf Konfrontation
5	Di 22.03.	Verbot des Selbstbelastungszwanges, Abwesenheitsverfahren
6	Di 05.04.	Legalitäts- und Opportunitätsprinzip, Strafbefreiung gemäss StGB 52 ff.
7	Di 12.04.	Zwangsmassnahmen (Haft , Überwachung, verdeckte Ermittlung)
8	Di 19.04.	Durchsuchung von Aufzeichnungen, Siegelungsverfahren, Beschlagnahme
9	Di 26.04.	Abgekürztes Verfahren, Streitgespräch mit Dr. iur. Andreas Brunner
10	Di 03.05.	Strafbefehlsverfahren
11	Di 10.05.	<b>Beweisverwertung</b>
12	Di 17.05.	Vortrag von Konrad Jeker (Die Anklage)
13	Di 24.05.	Beschleunigungsgebot, Verhältnis von Voruntersuchungs- und Hauptverfahren
14	Di 31.05.	Strafverfahren auf Bundesebene

# Referatsthemen 1-12

Nr.	Datum	Thema
1	Di 01.03.	Anwalt der ersten Stunde – Luxus oder Unerlässlichkeit?
2		Verteidigung nach Art. 130 f. StPO
3	Di 08.03.	Das Recht auf freien Verkehr mit der Verteidigung und seine Einschränkung
4		Kontaktaufnahme mit Zeugen durch den Verteidiger
5	Di 15.03.	Rechtsprechung des EGMR zum anonymen Belastungszeugen und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung
6		Konfrontation von Mitbeschuldigten
7	Di 22.03.	Grundlage und Umfang des Verbots des Selbstbelastungszwanges
8		Das Gesuch um neue Beurteilung bei Abwesenheitsurteilen
9	Di 05.04.	Das Opportunitätsprinzip im Vorverfahren
10		Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft
11	Di 12.04.	DNA-Analyse – Grenzen des zulässigen Einsatzes
12		Ersatzmassnahmen zur Haft

# Referatsthemen 13-24

Nr.	Datum	Thema
13	Di 19.04.	Durchsuchung und Beschlagnahme von Daten
14		Selbstständiges Einziehungsverfahren nach 376 ff. StPO
15	Di 26.04.	Streitgespräch mit Dr. iur. Andreas Brunner
16		Abgekürztes Verfahren: Handel mit der Gerechtigkeit?
17	Di 03.05.	Position des Geschädigten im Strafbefehlsverfahren
18		Das Verfahren bei Einsprache gegen Strafbefehle
19	Di 10.05.	<b>Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten</b> <b>Jacqueline Schafroth</b>
20		<b>Verwertung von Zufallsfunden (Durchsuchung, Überwachung)</b> <b>Gian-Luca Michael</b>
21	Di 24.05.	Beschleunigungsgebot in BGer/EGMR Rechtsprechung
22		In dubio pro reo/duriore im Vorverfahren?
23	Di 31.05.	Dissenting Opinion in der höchstrichterlichen Rechtsprechung
24		Das Verfahren vor dem Bundesstrafgericht

# Beweisverwertung

# Beweisverwertung nach StPO

Art. 141 StPO – Verwertbarkeit  
rechtswidrig erlangter Beweise

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

<sup>2</sup> Beweise, die Strafbehörden in  
strafbarer Weise oder unter Verletzung  
von Gültigkeitsvorschriften erhoben  
haben, dürfen nicht verwertet werden,  
es sei denn, ihre Verwertung sei zur  
Aufklärung schwerer Straftaten  
unerlässlich.

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



# Beweisverwertung nach StPO

## Art. 141 StPO – Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise

<sup>1</sup> Beweise, die in Verletzung von Artikel 140 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet.

<sup>2</sup> Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.

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



# Beweisverwertung nach StPO

## Art. 141 StPO – Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise

<sup>1</sup> Beweise, die in Verletzung von Artikel 140 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet.

<sup>2</sup> Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.

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



# Beweisverwertung nach StPO

Beweismittel erlangt durch Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen etc. (z.B. Folter des Beschuldigten)

Beweismittel für die das Gesetz explizit die Unverwertbarkeit (z.B. fehlende Belehrung des Beschuldigten über sein Aussageverweigerungsrecht Art. 158 Abs. 2 StPO, Erklärungen aus dem abgekürzten Verfahren nach Art. 362 Abs. 4)

Beweismittel in «**strafbarer Weise**» erlangt.  
(z.B. Hausdurchsuchung ohne Befehl)

Beweismittel unter Verletzung von «**Gültigkeitsvorschriften**» erlangt, welche keine Unverwertbarkeit statuieren. (z.B. Zeugeneinvernahme ohne Hinweis auf Zeugnis- und Wahrheitspflichten Art. 177 Abs. 1 StPO)

Beweismittel unter Verletzung einer «**Ordnungsvorschrift**» erlangt.  
(z.B. Durchsuchungsbefehl ohne Signatur; private Geschwindigkeitskontrolle)

Absolut unverwertbar  
(Art. 141 Abs. 1 StPO)

Grundsätzlich unverwertbar,  
(Art. 141 Abs. 2 StPO) es sei denn, zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich

Uneingeschränkt verwertbar  
Art 141 Abs. 3 StPO



# Absolute Unverwertbarkeit

Art. 141 Abs. 1

# Beweisverwertung nach StPO

Art. 141 StPO – Verwertbarkeit  
rechtswidrig erlangter Beweise

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

<sup>2</sup> Beweise, die Strafbehörden in  
strafbarer Weise oder unter Verletzung  
von Gültigkeitsvorschriften erhoben  
haben, dürfen nicht verwertet werden,  
es sei denn, ihre Verwertung sei zur  
Aufklärung schwerer Straftaten  
unerlässlich.

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

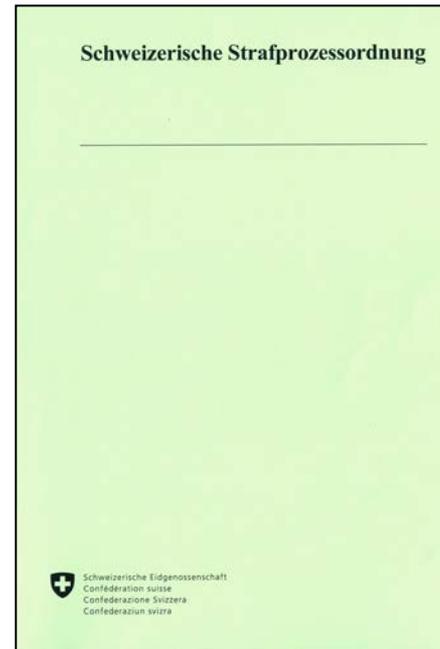


# Absolute Unverwertbarkeit

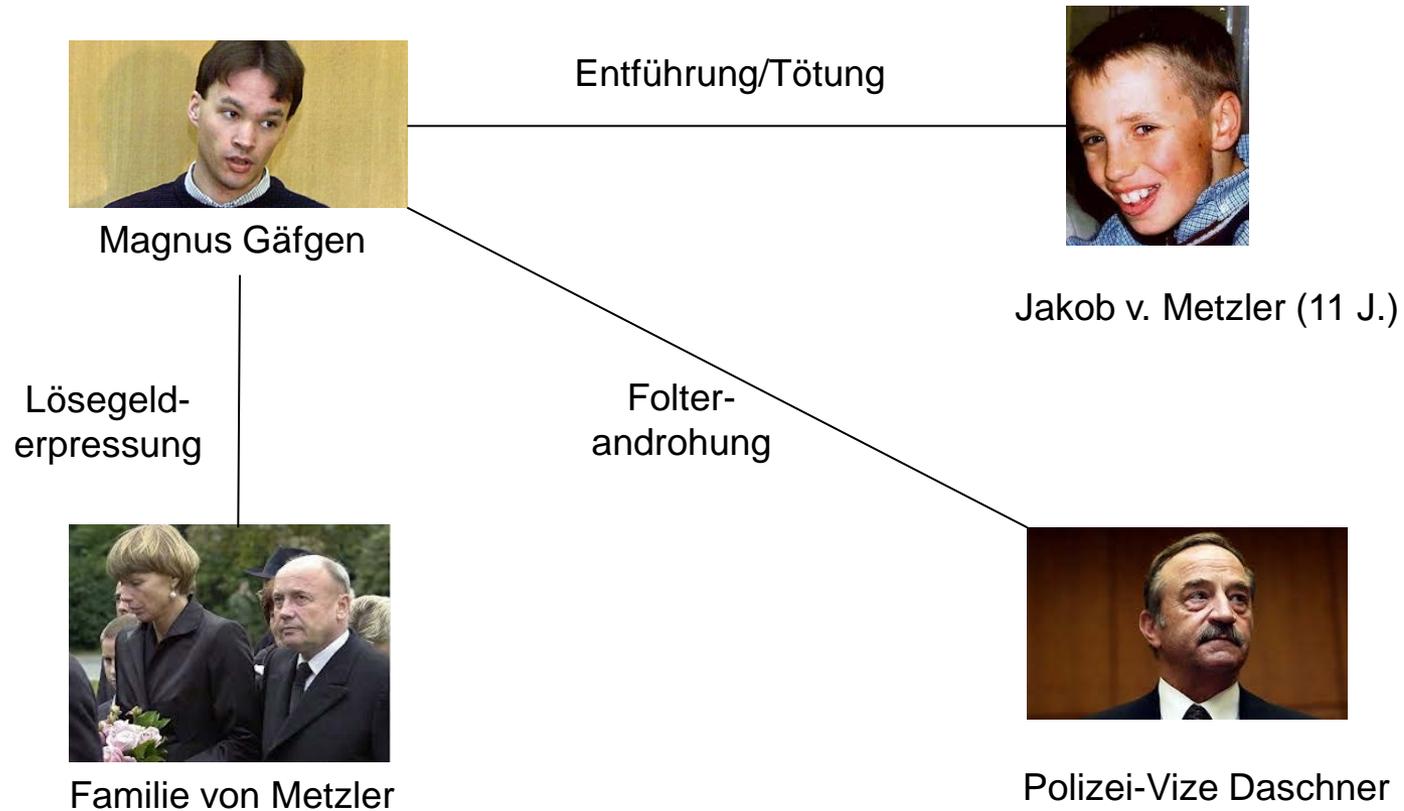
Art. 140 StPO – Verbotene Beweis-  
erhebungsmethoden

<sup>1</sup> Zwangsmittel, Gewaltanwendung,  
Drohungen, Versprechungen,  
Täuschungen und Mittel, welche die  
Denkfähigkeit oder die Willens-  
freiheit einer Person beeinträchtigen  
können, sind bei der Beweis-  
erhebung untersagt.

<sup>2</sup> Solche Methoden sind auch dann  
unzulässig, wenn die betroffene  
Person ihrer Anwendung zustimmt.



# Fall Gäfgen



# Relative Unverwertbarkeit

Art. 141 Abs. 2

# Beweisverwertung nach StPO

Art. 141 StPO – Verwertbarkeit  
rechtswidrig erlangter Beweise

<sup>1</sup> Beweise, die in Verletzung von Artikel 140 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet.

<sup>2</sup> Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung **schwerer Straftaten** unerlässlich.

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



# Kriterien

## «schwere Straftat»

Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, um so eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung.



# Interessenabwägung 141 II StPO

Öffentliches Interesse an  
der Wahrheitsfindung

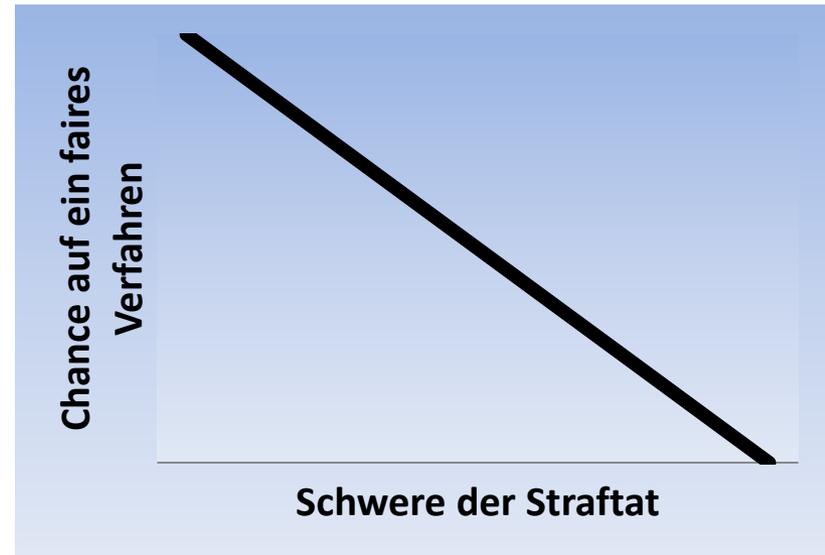


Private Interessen des  
Beschuldigten  
(Freiheit, Privatsphäre)

# Schwere der Straftat als Argument

Bezüglich:

- Abschreckung
- Schutz von Individualrechten
- Integrität der Justiz



The Bigger the Crime, the Smaller the Chance to a Fair Trial.

# Relative Unverwertbarkeit

Fallbeispiel

# Pierre Schenk

- Pierre Schenk (1912), Schweizer, Unternehmer, Tartegnin/VD.
- 1947 Heirat mit Josette P.
- Ab 1972 Streit und Trennung
- 1974 - 1981 Scheidungsverfahren



# Pierre Schenk

28. Februar 1981: Schenk gibt in Annemasse/F unter falschem Namen folgende Anzeige im France Soir auf:  
*«Cherche ancien légionnaire ou même genre pour missions occasionnelles, offre avec numéro tél. adresse et curriculum vitae à RTZ 81 poste restante CH Bâle 2.»*



# Pierre Schenk

- Schenk wählte Richard Pauty aus. Mehrfache Treffen und Aufträge (u.a. in Haiti)
- Juni 1981: Schenk für OP im Spital.
- 19. Juni 1981: Pauty informiert Josette Schenk, dass er von ihrem Exmann beauftragt worden sei, sie zu töten.
- Gemeinsam informieren sie den Untersuchungsrichter.



# Pierre Schenk

- Pauty gab an, dass Schenk sich demnächst an ihn wenden werde, um ihm Einzelheiten über die Ermordung sowie USD 40.000.– zu geben.
- Pauty installiert in der Pariser Wohnung seiner Mutter Kassettenrecorder am Telefonapparat.



# Pierre Schenk

- 26. Juni 1981, 9.30h: Von einem Kiosk in Saint-Loup/CH ruft Schenk Pauty an.
- Pauty nimmt Gespräch auf und informierte danach Inspektor Messerli über die Aufnahme.
- 30. Juni 1981: Aufnahme wird Frau Schenk zur Identifikation vorgelegt.



# Pierre Schenk

- Schenk wird am 30 Juni 1981 verhaftet und dann konfrontiert mit Pauty. Am 1. Juli wird Schenk freigelassen.
- Das Verfahren wird am 3. Februar 1982 eingestellt.
- Der Staatsanwalt wehrt sich erfolgreich.
- 13. August 1982: Schenk wird zu 12 Jahren verurteilt.



# Pierre Schenk

Ist die Tonbandaufnahme  
von Richard Pauty ein  
verwertbares Beweismittel?



# BGE 109 Ia 244

«Bei sehr schweren Straftaten überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das Interesse des Angeklagten an der Geheimhaltung eines nicht die Intimsphäre betreffenden Telefongesprächs».



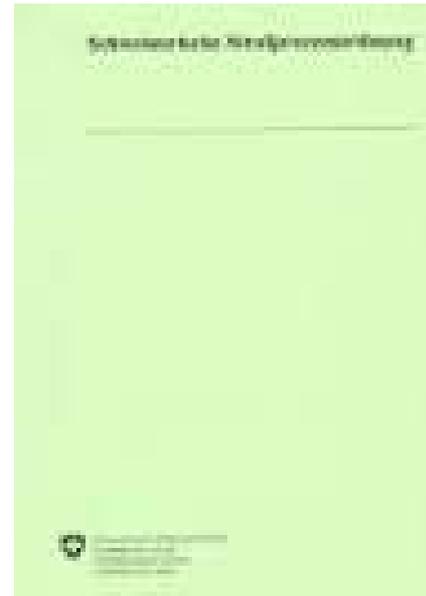
# Urteil 1B\_22/2012

«...Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel nur verwertbar sind, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für die Verwertung spricht»



# Art. 277 Abs. 2 StPO – Verwertbarkeit

Durch [nicht genehmigte]  
Überwachung gewonnene  
Erkenntnisse dürfen nicht  
verwertet werden.



# Affaire SCHENK c. SUISSE,

Gesamtabwägung ergibt  
keine Verletzung von  
Art. 6 EMRK



Requête no 10862/84, 12 juillet 1988.

# Gesamtabwägung

Was hat die Gesamt-  
abwägung mit der Hand  
Gottes zu tun?



Diego Maradona – Die Hand Gottes  
22. Juni 1986, WM Viertelfinal  
Argentinien schlägt England 2:1

# Verwertbarkeit

Art. 141 Abs. 3

# Beweisverwertung nach StPO

## Art. 141 StPO – Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise

<sup>1</sup> Beweise, die in Verletzung von Artikel 140 erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet.

<sup>2</sup> Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.

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



# Unterscheidung Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften

«Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor.» (*Botschaft 2005, 1183 f.*)

## Gültigkeitsvorschriften

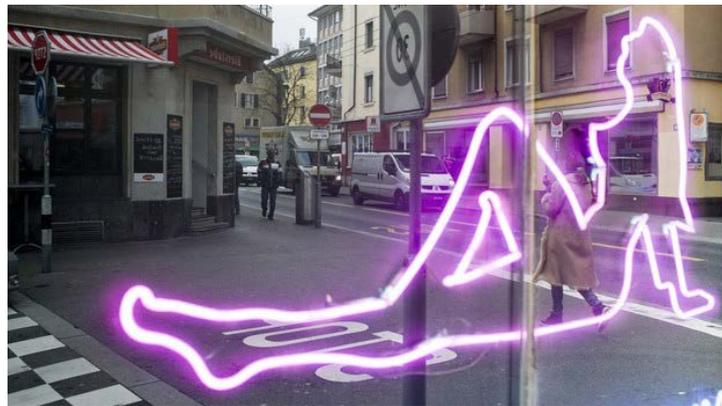
- Ausschliesslich oder vorrangig zum Schutz der beschuldigten Person
- Bspw. Art. 177 Abs. 1 (Belehrung Zeugen), aber auch Art. 241 Abs. 1 (Durchsuchungsbefehl)

## Ordnungsvorschriften

- Zur Wahrung der äusseren Ordnung des Verfahrens
- Bspw. Art. 248 Abs. 3 (Fristen beim Entsigelungsgesuch), sowie Förmlichkeiten der Vorladung

# Durchsuchung eines i-Phones

Die stark alkoholisierte X., eine brasilianische Staatsangehörige, wurde am 28. Januar 2011, um 07.15 Uhr, durch die Kantonspolizei Zürich in der "A.-Bar", einer "Kontaktbar" im Kerngebiet des Stadtzürcher Milieus, angehalten. Da sie sich nicht ausweisen konnte (und wollte) und die Polizeibeamten in ihrer Handtasche keine Ausweispapiere fanden, wurde sie auf den Polizeiposten geführt. Im Zuge der auf dem Posten durchgeführten Durchsuchung wurden ein "Chip der Swisscom" und ein "I-Phone" gefunden sowie [sich darauf befindliche] "offensichtliche Freier-Adressen", die darauf hinwiesen, X. sei ohne Bewilligung als Prostituierte erwerbstätig. Gestützt auf diese Daten kontaktierten die Polizeibeamten den späteren Zeugen B. Dieser gab an, mit X. Sexualverkehr gegen Geld gehabt zu haben (BGE 139 IV 128).



# Durchsuchung von Aufzeichnungen

## Art. 241 Anordnung

1 Durchsuchungen ... werden in einem schriftlichen Befehl angeordnet. In dringenden Fällen können sie mündlich angeordnet werden, sind aber nachträglich schriftlich zu bestätigen.

## Art. 246 Grundsatz

Schriftstücke, Ton-, Bild- und andere Aufzeichnungen, Datenträger sowie Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen dürfen durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen.

## Art. 247 Durchführung

1 Die Inhaberin oder der Inhaber kann sich vorgängig zum Inhalt der Aufzeichnungen äussern.



# Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten

Art. 141 Abs. 4

# Fernwirkung

Vortrag 19  
«Fernwirkung von Beweis-  
verwertungsverboten»  
*Jacqueline Schafroth*



# Fruit of the Poisonous Tree

Art. 141 StPO – Verwertbarkeit  
rechtswidrig erlangter Beweise

<sup>4</sup> Ermöglichte ein Beweis, der  
nach Absatz 2 nicht verwertet  
werden darf, die Erhebung  
eines weiteren Beweises, so ist  
dieser nicht verwertbar, wenn  
er ohne die vorhergehende  
Beweiserhebung nicht möglich  
gewesen wäre.



# Fernwirkung

## Fragestellungen:

- Fernwirkung bei Verwertungsverboten nach Art. 141 Abs. 1 StPO?
- Wann wäre eine Erhebung weiterer Beweis «ohne die vorgehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen»?



# Fernwirkung bei absoluten Verwertungsverboten

Zwei Möglichkeiten:

1. Analoge Anwendung von  
Art. 141 Abs. 2
2. Absolute Unverwertbarkeit  
des Folgebeweises



# Verwertbarkeit von Zufallsfunden

# Verwertbarkeit von Zufallsfunden

Vortrag 20  
«Verwertung von Zufallsfunden  
(Durchsuchung, Überwachung)»  
*Gian-Luca Michael*



# Fishing expedition

Anlässlich eines Volksfests ("Badenfahrt") wurde eine verlorengegangene Kamera der Stadtpolizei Baden übergeben. Zur Identifizierung des Eigentümers sichtete die Stadtpolizei die gespeicherten Daten. Sie stiess dabei auf zwei Filme, welche A bei einer Raserfahrt zeigten. Dies hatte die Einleitung eines Strafverfahrens zur Folge.



# Übungsfälle

# Übungsfall 1

*X wird der einfachen Körperverletzung verdächtigt. Die beiden Polizisten A und B bringen X deshalb auf das Polizeirevier. Da ihre Frühschicht bald vorbei ist und bei beiden Polizisten die Ehefrauen sowie die Kinder bereits am Mittagstisch warten, wollen A und B die „Sache“ zügig erledigen. Als sie auf dem Polizeirevier eintreffen, schreitet A – mit den Gedanken bereits beim Hackbraten – zur Tat und befragt X zur Sache.*

*Sind die Auskünfte von X verwertbar?*

# Übungsfall 2

*X wurde in flagranti bei der Verübung einer Tötung erwischt. Er erschoss vor den Augen der Polizei einen Türsteher an der Langstrasse in Zürich. Die Polizisten nahmen X mit auf den Polizeiposten und belehrten ihn vorschriftsgemäss zu Beginn der ersten Einvernahme in einer X verständlichen Sprache über seine Rechte gem. Art. 158 I lit. a bis d StPO (Gegenstand des Verfahrens, Aussageverweigerungsrecht, Recht auf Verteidigung und Übersetzer). X möchte darauf einen Verteidiger zur Unterstützung bestellen. Die Polizisten verweigern dies und fahren mit der Einvernahme fort.*

*Sind die aus der ersten Einvernahme gewonnenen Beweise verwertbar?*

# Übungsfall 3

*X wurde für eine Einvernahme vom zuständigen Staatsanwalt gem. Art. 201 StPO vorgeladen. Da X der Vorladung nicht Folge leistet, wird er gem. Art. 207 I lit. a StPO polizeilich vorgeführt. Nach der Einvernahme stellt X fest, dass der Staatsanwalt seine Agenda nicht ordentlich führt und die Einvernahme – wie sich X bereits dachte – gemäss Vorladung erst in einer Woche hätte stattfinden sollen.*

*Sind die von X getätigten Aussagen, welche durch die polizeiliche Vorführung ermöglicht wurden, verwertbar?*

# Strafprozessrecht im Master

Prof. Dr. iur. Marc Thommen