



Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht

STEFAN HEIMGARTNER

Der Bestimmung der anwendbaren Rechtsfindungsmethodik ist im Strafprozessrecht besondere Beachtung zu schenken. Die in der StPO enthaltenen Normen sind in genuiner Hinsicht äusserst heterogen: Einige Bestimmungen beinhalten eigentliche Grundrechtseingriffe, andere Normen konkretisieren prozessuale Verfahrensrechte, strafprozessuale Grundprinzipien oder sogenannte Gültigkeits- oder Ordnungsvorschriften. In methodischer Hinsicht bestehen je nach Charakter der Norm unterschiedliche Möglichkeiten und Grenzen der Auslegung und Rechtsfindung. Der Autor zeigt die massgebenden methodischen Prinzipien und deren Anwendung anhand praktischer Fälle auf.

En procédure pénale, il convient d'accorder une attention particulière à la détermination de la méthode à utiliser pour rechercher le droit applicable. Les normes qui figurent dans le CPP sont extrêmement hétérogènes quant à leur nature : certaines dispositions constituent en soi des atteintes aux droits fondamentaux, d'autres normes concrétisent des droits procéduraux, des principes fondamentaux de procédure pénale ou des prescriptions de validité ou d'ordre. Sur le plan méthodique, les possibilités et restrictions lors de l'interprétation et de la recherche du droit diffèrent en fonction du caractère de la norme. L'auteur explique les grands principes méthodologiques ainsi que leur application à l'aide de cas pratiques.

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Methodische Prämissen
 - I. Im Allgemeinen
 - II. Differenzen der Auslegungsmethoden
- C. Arten strafprozessualer Bestimmung
 - I. Organisationsrechtliche Bestimmungen
 - 1. Wesensmerkmale
 - 2. Anwendungsfälle
 - II. Bestimmungen mit Zwangscharakter
 - 1. Wesensmerkmale
 - 2. Anwendungsfälle
 - III. Bestimmungen mit Gültigkeitscharakter
 - 1. Wesensmerkmale
 - 2. Anwendungsfall
 - IV. Bestimmungen betreffend prozessuale Grundprinzipien
 - 1. Wesensmerkmale
 - 2. Anwendungsfälle
 - V. Bestimmungen über Modalitäten (sogenannte Ordnungsvorschriften)
- D. Schluss

A. Einleitung

Als Folge des vielschichtigen Gesetzgebungsprozesses ist im Strafprozess weniger gesetzgeberisch vorentschieden¹ als Interessenvertreter² teilweise nahe legen zu ver-

suchen. In diesem Sinn sollte bei Entscheiden, die *prima vista* nicht der StPO entsprechen, nicht reflexartig eine gesetzeswidrige Praxis moniert werden.³ Gehört doch Rechtskonkretisierung zur Substanz der demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung, die nicht von einer «Instanz» monopolisiert werden darf, sondern in einem diskursiven Prozess der verschiedenen Organe entwickelt wird.⁴ Gesetzgeber und Justiz sind demgemäss zwei einander zugeordnete Grössen; Letztere hat den Auftrag, das Gesetz zu klären und praktikabel zu gestalten.⁵ Dies gilt heute mehr denn je angesichts des gesteigerten Bedürfnisses nach methodologischen Korrekturmechanismen aufgrund der zunehmend hektischen – Praktiker zu wenig einbeziehenden – Gesetzgebung.⁶ Allerdings sind Konsequenzen von bewussten rechtspolitischen Grundentscheidungen vom Gesetzesanwender zu tragen, auch wenn sie ihm als Fehler erscheinen.⁷

Die Rechtsfindung erweist sich bei strafprozessualen Normen aus verschiedenen Gründen komplexer als bei

STEFAN HEIMGARTNER, PD Dr., Privatdozent für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht an der Universität Zürich.

¹ Vgl. *mutatis mutandis* GIOVANNI BIAGGINI, Methodik in der Rechtsanwendung, in: Anne Peters/Markus Schefer (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Bern 2004, 27 ff., 42.

² Vgl. etwa hinsichtlich Teilnahmerechte STEPHAN BERNARD, Teilnahmerechte im Strafprozess, NZZ, 15.6.2015, 21.

³ So etwa STEPHAN BERNARD, Wechsel der amtlichen Verteidigung: gesetzeswidrige Rechtsprechung, ZStrR 2013, 87 ff.

⁴ JÖRG PAUL MÜLLER, Juristische Methodenlehre in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Anne Peters/Markus Schefer (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Bern 2004, 53 ff., 84.

⁵ MÜLLER (FN 4), 84.

⁶ Vgl. ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 4. A., Bern 2013, 229, Fn. 729; ROGER WEBER, Besprechung Heinz Hausheer/Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, SJZ 2004, 168.

⁷ Vgl. für Deutschland JAKOB DANCKERT, Die materielle Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls im Strafprozess, Berlin 2012, 221.

Strafnormen. In Bezug auf Straf- und Sanktionsbestimmungen⁸ gelten das aus dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip⁹ fließende Bestimmtheitsgebot und die darauf basierenden methodischen Schranken,¹⁰ wie etwa ein Verbot von Analogien,¹¹ soweit sich solche zu Lasten der beschuldigten Personen auswirken.¹² Umstritten ist dabei in methodischer Hinsicht im Wesentlichen, ob die sogenannte Wortlautgrenze gilt oder ob diese durch Auslegung überschritten werden darf.¹³

Bei strafprozessualen Bestimmungen stellt sich hingegen – aufgrund der Diversität an Bestimmungen, die den Strafprozess steuern – zunächst die Frage nach dem Charakter der im Raum stehenden Norm. Von der genuinen Zuordnung hängt das Spektrum der zulässigen Auslegungs- und Rechtsfindungsmethoden ab.

Nachfolgend werden zunächst die methodischen Prämissen im Allgemeinen dargestellt, die verschiedenen Arten von strafprozessualen Bestimmungen charakterisiert und die daran anknüpfenden Rechtsfindungsregeln aufgezeigt. Danach werden an Fallkonstellationen die sich daraus ergebenden differenzierenden Methoden angewendet.

B. Methodische Prämissen

I. Im Allgemeinen

In BGE 139 IV 282 E. 2.4 hat das Bundesgericht im Hinblick auf die Klärung der Wirkung *der reformatio in*

peius die allgemeine Auslegungsmethodik mit folgenden Grundsätzen zusammengefasst:

«Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm (historische Auslegung) und ihren Zweck (teleologische Auslegung) sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt (systematische Auslegung). Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur allein auf den Wortlaut abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab. Sind mehrere Interpretationen denkbar, soll jene gewählt werden, welche die verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten berücksichtigt (BGE 137 II 164 E. 4.1 mit Hinweis). Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien – bei noch kaum veränderten Umständen oder gewandeltem Rechtsverständnis – eine besondere Stellung zu (BGE 136 V 216 E. 5.1 und 5.3.1; 135 V 153 E. 4.1).»¹⁴

Die unmodifizierte Rezeption der allgemeinen Auslegungs- und Rechtsfindungsmethoden ist in Bezug auf strafprozessuale Normen nicht in jedem Fall adäquat. Je nach Art der Bestimmung sind über die Auslegung und *sogenannte freie Rechtsfindung intra legem* (Ausfüllen unbestimmter Rechtsbegriffe; Interessenabwägungen)¹⁵ hinaus die Vornahme von Analogieschlüssen und der Kunstgriff der teleologischen Reduktion zulässig (*sogenannte freie Rechtsfindung praeter legem*).¹⁶ Diese Unterscheidung zwischen Auslegung und den übrigen Formen der Rechtsfindung ist zentral für eine korrekte Handhabung der erlaubten Methodik.¹⁷

⁸ Vgl. hinsichtlich Sanktionsbestimmungen STEFAN HEIMGARTNER, Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, Urteil vom 16. September 2008 i.S. A. – SB080240, forumpoenale 2009, 161 ff., 164.

⁹ Im Strafprozess hat das *sogenannte Legalitätsprinzip* eine andere Bedeutung; vgl. dazu WOLFGANG WOHLERS, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. A., Zürich 2014, Art. 7 N 1 ff.

¹⁰ Vgl. dazu eingehend IL-SU KIM, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin 2001, Der Gesetzlichkeitsgrundsatz im Lichte der Rechtsidee, 119 ff.

¹¹ Vgl. TORNIKE KESHELAVA, Der Methodenpluralismus und die ratio legis, Basel 2012, 126.

¹² Vgl. BSK StGB-PETER POPP/ANNE BERKEMEIER, in: Marcel Alexander Niggli, Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 3. A., Basel 2013, Art. 1 N 31 (zit. BSK StGB-Verfasser); vgl. dazu schon OSCAR ADOLF GERMANN, Zum sogenannten Analogieverbot, ZStr 61 (1946), Festgabe Ernst Hafer, 119 ff.; in jüngerer Zeit MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Zur Problematik der Auslegung in Zivil- und Strafrecht, AJP/PJA 1993, 154 ff.; vgl. dazu (divergierend) BGE 131 IV 11 E. 3.2; BGE 127 IV 198.

¹³ Vgl. KESHELAVA (FN 11), 126 ff.; BSK StGB-POPP/BERKEMEIER (FN 12), Art. 1 N 41.

¹⁴ In ähnlichem Sinne auf Französisch BGer, 16.10.2013, 1B_338/2013, E. 2.2 : « La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). D'après la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi (ATF 135 II 78 consid. 2.2). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 137 IV 180 consid. 3.4) ».

¹⁵ Vgl. dazu ANDREAS BRUNNER/STEFAN HEIMGARTNER, Es ist gerecht, dass jeder an die Reihe kommt, ZSR 130 (2011) I, 613 ff. 618.

¹⁶ Vgl. *mutatis mutandis* für Deutschland, WERNER BEULKE, Die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO bei Verteidigern im Zeugenstand? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2011, 324 ff.

¹⁷ *Sogenannte «Methodenehrlichkeit»*; vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, Lücken intra legem, in: Günter Stratenwerth/Peter Noll (Hrsg.),

Im Unterschied zu anderen Rechtsgebieten weisen Bestimmungen in der StPO ganz unterschiedliche Wesensmerkmale auf. In Bezug auf die Auslegung relevant sind nicht systematische Aspekte. Massgebend ist die Charakterisierung der jeweiligen Norm. Die Einteilung gestaltet sich unterschiedlich komplex. Bestimmungen mit eindeutigem Zwangsmassnahmencharakter können den Grundrechtseingriffen zugeordnet werden. Administrative Bestimmungen über den Gang des Verfahrens sind demgegenüber genuin als verwaltungsverfahrenrechtlich zu werten. Schwieriger einzuordnen sind Normen, die verfahrensrechtliche Ansprüche von verfahrensbeteiligten Personen regeln, ohne dass sie direkt grundrechtlich präsumierte Rechte betreffen. Ähnlich verhält es sich mit Regeln betreffend strafprozessuale Rechte, die sich nicht aus Grundrechten ableiten lassen, wie das in Frage stehende Verbot der *reformatio in peius* des eingangs zitierten Bundesgerichtsentscheides.

II. Differenzen der Auslegungsmethoden

Während bei Normen, die Grundrechtseingriffe legitimieren, das Legalitätsprinzip und insbesondere auch das Bestimmtheitsgebot gilt, bestehen in Bezug auf anderweitige Bestimmungen weniger starre Grenzen.¹⁸

Soweit eine Bestimmung einen «Sachverhalt» nicht ohne weiteres eindeutig erfasst, kommt nach bundesgerichtlicher Praxis in sämtlichen Rechtsgebieten der im eingangs zitierten Entscheid erläuterte *sogenannte Methodenpluralismus*¹⁹ zur Anwendung.²⁰ Ausgehend von einer sprachlich-grammatikalischen Interpretation ist mittels historischer, systematischer und teleologischer²¹ Auslegungsmethode der wahre Sinn einer Bestimmung zu ergründen.²² Gelingt dies nicht auf befriedigende Weise, kommen gegebenenfalls die Methoden der freien Rechtsfindung *intra* bzw. *praeter legem* zum Zuge. Allerdings bestehen – sowohl bei der Auslegung als auch in Bezug auf weitere Rechtsfindungsmethoden – im Strafrecht und im Grundrecht aufgrund des Legalitätsprinzips engere Grenzen als bei anderen öffentlich-rechtlichen Normen

oder im Privatrecht. Mit dem Bestimmtheitsgebot geht ein Analogieverbot²³ und ein Verbot der teleologischen Reduktion – auch zur Überwindung von erkannten gesetzgeberischen Mängeln – einher. Allerdings ist diesbezüglich zu beachten, dass die Grenze zur (nach dem Methodenpluralismus zulässigen)²⁴ teleologischen Auslegung fließend ist.²⁵

Im öffentlichen Recht wird seit geraumer Zeit von planwidriger Unvollkommenheit bzw. Unvollständigkeit gesprochen, wenn ein anwendbares Gesetz keine Antwort auf eine rechtliche Frage bietet.²⁶ Dies ist der Fall, wenn eine gesetzliche Regelung gemessen am *Telos* als unvollständig zu betrachten ist.²⁷ Unter diesen Umständen ist gesetzergänzendes Richterrecht zulässig (*sogenannte Rechtsfindung praeter legem*),²⁸ wenn dem Gesetz keine Norm entnommen werden kann und sich für eine Fragestellung gestützt auf bestehende Rechtssätze keine Lösung finden lässt (*sogenannte Rechtsfindung intra legem*).²⁹

Beansprucht das Bestimmtheitsgebot keine Geltung, können auch echte wie sogenannte unechte Lücken geschlossen werden. Letzteres ist der Fall, wenn die Gesetzesanwendung zu einem stossenden Resultat führt, dass nicht der *ratio legis* entsprechen kann.³⁰ Diesbezügliche Korrekturen werden nach moderner Methodenlehre mittels *sogenannter teleologischer Reduktion* vorgenommen.

Rechtsfindung, Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, Bern 1969, 147 ff., 148.

¹⁸ Vgl. *mutatis mutandis* BIAGGINI (FN 1), 44.

¹⁹ Vgl. krit. dazu KRAMER (FN 6), 127 ff.

²⁰ Vgl. BIAGGINI (FN 1), 34 f. m.Hinw.

²¹ Vgl. krit. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche diesbezüglich Bezug zur *ratio legis* teilweise als Sinn und Zweck und teilweise zum wahren Sinn einer Norm nimmt, KESHELAVA (FN 11), 79.

²² Vgl. FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenlehre, 3. A., Zürich 2007, § 3 N 7 ff.

²³ Inkl. Verbot teleologischer Extensionen; vgl. dazu KRAMER (FN 6), 107 Fn. 634.

²⁴ Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A. Zürich 2010, N 227, wonach im Verwaltungsrecht das sogenannte Verbot extensiver Auslegung auch in Bezug auf freiheitsbeschränkende Bestimmungen aus methodischen Gründen abzulehnen sei.

²⁵ Vgl. *mutatis mutandis* zur Gefahr von «verschleierte[n] Rechtsfortbildungen» (im Privatrecht) ARTHUR MEIER-HAYOZ, Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung, ZSR 1959, 90 ff., 107; vgl. dazu auch KESHELAVA (FN 11), 81.

²⁶ Vgl. beispielhaft BGE 127 II 91 E. 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 24), N 243; vgl. für Deutschland grundlegend CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, in: Hans Christoph Grigoleit/Jörg Neuner (Hrsg.), Claus-Wilhelm Canaris, Gesammelte Schriften, Band I, Berlin 2012, 3 ff., 7; KATJA HEMKE, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, Berlin 2006, 47, wo allerdings die planwidrige Unvollständigkeit die Voraussetzung für die Annahme von sogenannten Relationslücken bildet.

²⁷ ULRICH HÄFELIN, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Ulrich Häfelin (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, 91 ff., 123.

²⁸ Vgl. dazu GÜNTER STRATENWERTH, Zum Streit der Auslegungstheorien, in: Günter Stratenwerth/Peter Noll (Hrsg.), Rechtsfindung, Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, Bern 1969, 257, 271 f.

²⁹ Vgl. BGE 94 I 305 E. 2.

³⁰ Vgl. KESHELAVA (FN 11), 52.

men: Bestehen Anhaltspunkte, dass der klare Wortsinn im Vergleich mit dem Telos des Gesetzes zu weit gefasst ist, schreibt man der betreffenden Bestimmung (*contra verba*) eine restriktive Deutung zu.³¹

Soweit nicht das grundrechtliche Legalitätsprinzip gilt, vermag im Strafprozess (im Unterschied zum materiellen Strafrecht³²) «Richterrecht» unter Umständen eine fehlende hinreichende Gesetzesgrundlage zu substituieren. Mit anderen Worten ist es dem Gericht hinsichtlich strafprozessualer Bestimmungen im Rahmen von Grundrecht und Gesetz nicht *a priori* verwehrt, sich gesetzgeberisch zu betätigen. Indes rechtfertigt das (höchstrichterliche) Empfinden, die sich aus einem Gesetz ergebende Ordnung der Dinge sei nicht zweckmässig, keine richterliche Rechtsfortbildung.³³ Anders verhält es sich, wenn die Gesetzesanwendung zu einem stossenden Resultat führt, das nicht der *ratio legis* entsprechen kann.³⁴ Unter Umständen ist dann im Sinne einer teleologischen Reduktion eine Abweichung vom Wortlaut nach allgemeiner Methodenlehre zulässig, wenn triftige Gründe indizieren, dass dieser nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt.³⁵ Nach konservativem Methodenverständnis – das zumindest für das öffentliche Recht als adäquat erscheint – sind Auslegungen sowie Rechtsfindungen gegen den Wortlaut aber nur in engen Grenzen erlaubt:³⁶ Das Ergebnis einer wortgetreuen Interpretation muss evidenterweise mit den Zwecken und Wertungen des Gesetzes unvereinbar sein.³⁷

Soweit nach dem Gesagten zulässig, setzen Analogiebildungen (*sogenannte teleologische Extensionen*) und teleologische Reduktionen überdies voraus, dass der Gesetzgeber die empfundene Unvollständigkeit des Gesetzes nicht gewollt hatte.³⁸ Selbstredend darf eine derartige richterliche Rechtsfortbildung auch nicht grundrechtlichen Dogmen zuwiderlaufen.³⁹

Zusammenfassend ist methodisch zunächst die betreffende Norm zu charakterisieren, – soweit wie möglich – eine «wertkritische» Auslegung⁴⁰ im Sinne des Methodenpluralismus vorzunehmen und gegebenenfalls nach den Methoden der Rechtsfindung *intra legem* und – soweit zulässig – *praeter legem* eine dem Sinn und Geist des Gesetzes entsprechende, praktikable Lösung zu entwickeln.

C. Arten strafprozessualer Bestimmung

I. Organisationsrechtliche Bestimmungen

1. Wesensmerkmale

Die StPO enthält organisationsrechtliche Bestimmungen, die statuieren, welche Behörden für welche Verfahrenshandlungen zuständig sind und wie die Verfahren abzu- laufen haben. Soweit diesbezügliche Bestimmungen die Kompetenz für bestimmte Verfahrensakte einer Behörde zuteilen, kommt ihnen grundsätzlich zwingender Charakter zu. Allerdings besteht hinsichtlich Prozesshandlungen, die nicht in Grundrechte eingreifen und nicht das Beweisverfahren betreffen, unter Umständen eine Delegationsmöglichkeit. Letztere muss auf einer allgemeinen Weisungsbefugnis (etwa Art. 15 Abs. 2 StPO) oder auf einem Rechtssatz (zumindest Gesetz im materiellen Sinn) basieren. Anders verhält es sich bei Bestimmungen, die zu erheblichen Grundrechtseingriffen führen; diesbezüglich ist eine Delegation der *Anordnungskompetenz* ausgeschlossen.⁴¹ Berühren organisationsrechtliche Bestimmungen der StPO die Zuständigkeit von Gerichten, ist ihre Beachtung grundrechtlich vorgegeben, weil es den Anspruch auf den gesetzlichen Richter tangiert (Art. 30 Abs. 1 BV). In Bezug auf die Frage, wer innerhalb einer Behörde konkret für eine bestimmte Funktion zuständig ist, besteht für die Kantone ein gewisser Ausgestaltungsraum (vgl. Art. 14 StPO). Ausserhalb der zur Zusammenarbeit bestimmten Staatsanwaltschaften und Polizei sind Zusammenarbeiten mit anderen Behörden bei gegebener kantonrechtlicher Grundlage im administrativen Bereich möglich (etwa zentrales Inkasso). In Ermangelung einer Weisungsbefugnis ist die (nicht auf Gesetzesgrundlage) vorgenommene Delegation von Aufgaben an eine andere Behörde unzulässig.

³¹ Vgl. THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005, 68 ff.; KRAMER (FN 6), 224 ff.; DERSELBE, Teleologische Reduktion: Plädoyer für einen Akt methodentheoretischer Rezeption, in: Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe/Regina Ogorek (Hrsg.), Rechtsanwendung in Theorie und Praxis: Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz; Beiheft zur ZSR 1993, 65 ff.

³² RIKLIN (FN 22), § 3 N 16.

³³ BGE 94 I 305 E. 2.

³⁴ Vgl. KESHELAVA (FN 11), 52.

³⁵ Vgl. krit. KESHELAVA (FN 11), 79; KRAMER (FN 6), 228 f. je m.Hinw.

³⁶ Krit. dazu KRAMER (FN 6), 225 Fn. 709.

³⁷ MANUEL JAUN, Die teleologische Reduktion – ein trojanisches Pferd in der schweizerischen Methodenlehre, ZBJV 137 (2001), 21 ff., 46.

³⁸ JAUN (FN 37), 46; vgl. für Deutschland HEMKE (FN 26), 29.

³⁹ Vgl. *in fine* JAUN (FN 37), 46.

⁴⁰ HANS SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 4. A., Bern 1982, 91.

⁴¹ Vgl. *in fine* NICOLE BURGER-MITTNER/SIMON BURGER, Das Primat der Staatsanwaltschaft auf dem Prüfstand, *forumpenale* 2011, 165 ff., 166 f.

2. Anwendungsfälle

In BGer, 4.9.2014, 1B_251/2014 hat das Bundesgericht zunächst implizit entschieden, dass die Kantone in ihren Gerichtsordnungen festlegen können, wer im Vorverfahren – gewissermassen als ausgelagerter Teil der Verfahrensleitung – zuständig ist, amtliche Verteidigungen zu bestellen. Letzteres war in casu im Kanton Aargau der Fall, indem (wie in einigen anderen Kantonen) nach dem kantonalen Gerichtsorganisationsgesetz die Oberstaatsanwaltschaft als für die Bestellung zuständig erklärt wurde. Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren hat die Frage, wer für Widerrufe und Wechsel der amtlichen Verteidigungen kompetent ist. Im konkreten Fall hatte der fallführende Staatsanwalt die amtliche Verteidigung widerrufen, wogegen sich diese zur Wehr setzte. Das Bundesgericht hielt im Sinne des *Grundsatzes der Parallelität der Formen* dafür, dass der das öffentliche Verteidigungsmandat aufhebende Kontrakt von der für die Bestellung zuständigen Behörde vorgenommen werden muss. Dies gilt selbstredend nur, soweit sich das Verfahren noch im selben Stadium befindet. Die Auslegung des Bundesgerichts überzeugt in zweierlei Hinsicht. Zum einen wird anerkannt, dass den Kantonen im Rahmen der Vorgaben der StPO ein gewisser gestalterischer Freiraum bei der Wahl der Organisationsstruktur zukommt. Zum anderen wurde der willkürlichen Auslegung der betreffenden Regeln Grenzen gesetzt, indem im Sinne einer Lückenfüllung die nahe liegende Zuständigkeit derselben Behörde für aufhebende Entscheide angenommen wird. Da es sich bei der betreffenden Norm weder um eine Eingriffsnorm handelt, noch andere grundrechtliche Prinzipien dadurch tangiert werden, ist eine derartige teleologische Analogie zulässig.

In BGer, 31.3.2012, 1B_595/2011, E. 5.3 f. hat das Bundesgericht erwogen, dass es in ausserordentlich umfangreichen Entsigelungsfällen – entgegen dem Rechtsmittelregime der StPO – nicht als erste und einzige Rechtsmittelinstanz fungiere. Begründet wurde diese Abweichung von der StPO damit, dass es dem Gesetzgeber mit der Regelung des Entsigelungsprozederes in Art. 248 Abs. 2–4 StPO darum gegangen sei, ein rasches Verfahren zu etablieren. Dabei habe der Gesetzgeber nicht bedacht, dass der direkte Weiterzug von Entsigelungsentscheiden der Zwangsmassnahmengerichte ans Bundesgericht das Verfahren in komplexen Fällen im Ergebnis in die Länge ziehen würde, weil das Bundesgericht nicht dafür ausgestattet sei, riesige Datenmengen zu sichten (E. 5.3). Hierbei handelt es sich um die Feststellung einer planwidrigen Lücke, die es nach Auffassung des Bundesgerichts im Sinne der *ratio legis* zu füllen gilt. Das Bundesgericht lässt dabei indes ausser Acht, dass es einen zwingenden

verfassungsmässigen Anspruch auf den gesetzmässigen Richter gibt (Art. 30 BV), der bei derartiger teleologischer Auslegung missachtet wird.

II. Bestimmungen mit Zwangscharakter

1. Wesensmerkmale

Soweit Prozesshandlungen, etwa Beweiserhebungen und sichernde Massnahmen wie Haft, mit Grundrechtseingriffen einhergehen, bedarf es für betreffende Grundrechtseingriffe gemäss Art. 36 Abs. 1 BV namentlich einer gesetzlichen Grundlage. Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO konkretisiert diese grundrechtliche Prämisse. Gemäss Art. 196 StPO sind sämtliche Prozesshandlungen erfasst, die in Grundrechte eingreifen und dazu dienen, Beweise zu sichern bzw. die Anwesenheit von Personen oder die spätere Vollstreckung eines Strafentscheids sicherzustellen. Nach der systematischen Einordnung der StPO (im 5. Titel: Zwangsmassnahmen gemäss Art. 201–298 StPO) fallen insbesondere auch Vorladungen, Vorführungen, Durchsuchungen, Untersuchungen, DNA-Analysen, Beschlagnahmen, geheime Überwachungsmaßnahmen, Observationen sowie verdeckte Ermittlungen darunter.

Der Kreis der Massnahmen ist bei grundrechtlicher Betrachtung einerseits zu gross gezogen, weil auch Prozesshandlungen darin sind, die ohne Zwang durchgeführt werden, wie es etwa beim Erlass von Vorladungen der Fall ist. Andererseits fallen Prozesshandlungen nicht darunter, bei denen durch eine angedrohte Sanktionierung Beweismittel beschafft werden (wie bei Editionen).⁴² Sofern dadurch von gesetzlichen Geheimnissen geschützte Informationen betroffen sind, die von Geheimnisträgern nur bei strafprozessualer Pflicht offenbart werden dürfen, haben sie verfassungsrechtlich als Grundrechtseingriffe zu gelten.⁴³ Dies hat namentlich zur Konsequenz, dass in Bezug auf die Auslegung von diesbezüglichen Bestimmungen das Bestimmtheitsgebot Geltung beansprucht.

2. Anwendungsfälle

Das Bundesgericht hat sich mehrmals mit in der Praxis angewandten Massnahmen befasst, bei denen geltend

⁴² Vgl. hinsichtlich Editionen BGer, 16.5.2006, 1S.4/2006, E. 1.3; vgl. krit. dazu BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, Strafprozessuale «Bank-Editionen»: Die Rechtlosigkeit des Kontoinhabers und der beschuldigten Person, AJP/PJA 2012, 322 ff., 326.

⁴³ Vgl. *mutatis mutandis* BSK ISTR-STEFAN HEIMGARTNER, in: Marcel Alexander Niggli/Stefan Heimgartner (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Strafrecht, Basel 2015, Art. 64 IRSG N 10.

gemacht wurde, es fehle an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage.

Etwa wurde in BGE 137 IV 340 *in fine* geschlossen, dass trotz fehlender ausdrücklicher Gesetzesgrundlage gestützt auf Art. 273 StPO sogenannte Antennensuchläufe zulässig seien.⁴⁴ Letztere bezwecken die Identifikation einer zunächst unbekanntes Täterschaft anhand von mindestens zwei Standorten, an denen sich diese mutmasslich aufgehalten haben dürfte. Da das Gesetz in genannter Bestimmung unter den aufgeführten Voraussetzungen die Einholung von Verkehrsdaten bei Providern vorsieht, besteht in Bezug auf die Erhebung von Mobiltelefonidentifikationsdaten von Geräten, die sich an einem bestimmten Ort zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgehalten haben – bei weiter Interpretation des Begriffs «Verkehr» – eine Handhabe. Jedenfalls werden zwischen Mobilfunkmasten und Mobiltelefon ständig Daten ausgetauscht.⁴⁵ Der darauffolgende Datenabgleich ist im Rahmen der Ermittlungstätigkeit zulässig, soweit er manuell vorgenommen werden kann und nur virtuell das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) von unbeteiligten Personen tangiert. Unzulässig wäre demgegenüber die Anordnung eines sogenannten Masterscreens, durch welches immense Mengen geschützter Daten von einer Vielzahl von Personen mittels Computern nach einem Kriterium durchforstet würden.⁴⁶ Für einen solchen erheblichen Grundrechtseingriff fehlt eine gesetzliche Grundlage, wie es Art. 36 Abs. 1 BV bzw. Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO erfordern. Die schweizerische StPO kennt ausser DNA-Reihenuntersuchungen (Art. 256 StPO) keine gesetzliche Grundlage für Massengrundrechtseingriffe.⁴⁷

In Bezug auf die vom Gesetz vorausgesetzten Haftgründe hat das Bundesgericht in einzelnen Entscheiden Gesetzesbestimmungen über den Wortlaut hinaus ausge-

legt.⁴⁸ Soweit nicht mittels Auslegung (etwa anhand der französischen oder italienischen Sprachfassung) die vom Wortlaut abweichende wahre Gesetzesinterpretation dargetan werden kann,⁴⁹ handelt es sich nicht mehr um teleologische Auslegungen, sondern um teleologische Extensionen. Letztere sind unzulässig, um nicht gesetzlich vorgesehene Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen. Dies ist etwa der Fall, wenn das Bundesgericht bei der Prüfung von Haft wegen Wiederholungsgefahr mittels «systematisch-teleologischer» Auslegung schliesst, dass – entgegen dem Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 StPO – unter Umständen auf die Voraussetzung einer mutmasslichen Vortat verzichtet werden könne.⁵⁰

In BGE 139 IV 98 hatte das Bundesgericht darüber zu befinden, ob gestützt auf Art. 273 StPO Fernmelderanddaten über die gesetzliche Frist von sechs Monaten rückwirkend bei den Fernmeldedienstleistern hinaus verlangt werden dürfen.

Was die Überwachung des Fernmeldeverkehrs betrifft, hält der Gesetzeswortlaut von Art. 273 Abs. 3 StPO in Bezug auf Randdaten unmissverständlich fest, dass diesbezügliche Auskünfte unabhängig von der Überwachungsdauer bis sechs Monate rückwirkend verlangt werden dürfen. Trotz dieses klaren Wortlauts gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass unter besonderen Gründen, die dies rechtfertigen, auch für einen längeren Zeitraum eine rückwirkende Randdatenerhebung zulässig sei, soweit dies aufgrund einer freiwilligen längeren Aufbewahrungszeit der Provider möglich sei (E. 4.8).⁵¹

Die Erhebung von Randdaten betrifft Kommunikationsvorgänge, deren Vertraulichkeit als Teil der Privatsphäre gemäss Art. 13 Abs. 1 *in fine* BV grundrechtlich geschützt ist. Davon zeugt auch die Statuierung des strafbewehrten Fernmeldegeheimnisses gemäss Art. 49 ff. FMG. Strafprozessual würde diese besondere Schutzwürdigkeit bei Erlass der StPO berücksichtigt, indem die Anordnung von Überwachungsmassnahmen an strenge for-

⁴⁴ G.L.M. THOMAS HANSJAKOB, Zur Zulässigkeit von Antennensuchläufen, Jusletter vom 5.3.2012, Rz 24, der indes davon ausgeht, das Bundesgericht betrachte nicht Art. 273 StPO als gesetzliche Grundlage (a.a.O. Rz. 13); Frage der Zulässigkeit dieser extensiven Gesetzesinterpretation offen gelassen: SABINE GLESS/CHRISTOPHER GETH, Antennensuchlauf und Rasterfahndung, in: André Kuhn et al. (Hrsg.), Festschrift Martin Killias, Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Bern 2013, 1033 ff., 1073.

⁴⁵ *In fine* anders zur Pub. bestimmter BGer, 4.11.2015, 1B_256/2015, E. 4.3.3 (personenbezogene Kommunikationsverbindungen als Objekt von Randdatenerhebungen).

⁴⁶ Vgl. STEFAN HEIMGARTNER, Strafprozessuale Beschlagnahme, Zürich 2011, 71 m.Hinw.

⁴⁷ Anders etwa in Deutschland, wo Schleppnetzfahndung (§ 163), Rasterfahndung (§§ 98 a/b) und Datenabgleich (§ 81h) in der StPO gesetzlich verankert sind.

⁴⁸ Vgl. dazu ausführlich ANDREAS DONATSCH/ELIANE HIESTAND, Wortlaut des Gesetzes oder allgemeine Rechtsprinzipien bei der Auslegung der Normen der StPO, ZStrR 132 (2014), 1 ff., 3 m.Hinw.

⁴⁹ Wie etwa in BGE 137 IV 84 E. 3.2 m.Hinw. auf BSK StPO-MARC FORSTER, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Band I/II, 2. A., Basel 2014 (zit. BSK StPO-Verfasser), Art. 221 N 11 ff.

⁵⁰ BGE 137 IV 13 E. 3 = Pra 100 (2011) Nr. 90; vgl. *de lege lata* ebenfalls krit. dazu MARKUS HUG/ALEXANDRA SCHEIDEGGER, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. A., Zürich 2014, Art. 22 N 35.

⁵¹ BGE 139 IV 195 E. 2.

melle und materielle Bedingungen geknüpft wurde.⁵² Da die Offenbarung von Randdaten demgemäss mit einem erheblichen Grundrechtseingriff einhergeht, bedarf es dafür einer klaren gesetzlichen Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne. Eine solche wurde in Art. 273 StPO statuiert, welcher die Voraussetzungen festhält. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die Dauer der *de lege lata* zulässigen Erhebung für sechs Monate (Abs. 3).

Da es sich mithin um eine Grundrechtseingriffsnorm handelt, fällt die vom Bundesgericht vorgenommene teleologische Extension ausser Betracht. Schliesslich sind die Anordnungsvoraussetzungen der einzelnen Zwangsmassnahmen gestützt auf das grundrechtliche Legalitätsprinzip präzise in einem Gesetz zu formulieren⁵³ und beanspruchen dementsprechend Geltung. Allerdings wurden die betreffenden Erwägungen *obiter dicta* getroffen und (in Bezug auf Internetdelikte) ohnehin die Bestimmungen von Art. 14 Abs. 4 BÜPF als *lex specialis* für massgebend erklärt.

In BGE 140 IV 181 wurde eine Beschaffung von durch den Empfänger zur Kenntnis genommenen E-Mails mittels *Edition* bei *Webmail-Providern* unter Umständen für zulässig erklärt. Dazu erforderlich soll sein, dass der Empfänger den Eingang eines E-Mails mittels Abruf zur Kenntnis genommen habe, da damit – in Analogie zu realen Postfächern – der Kommunikationsprozess beendet sei und das Fernmeldegeheimnis nicht mehr wirke (*in fine* BGer, a.a.O., E. 2). Da eine solche Erhebung nur realistisch erscheint, wenn die betreffende Editionsverfügung nicht in Kopie dem Geheimnisherrn übermittelt wird, weil er ansonsten die betreffenden E-Mails löschen würde, handelt es sich genuin um eine Überwachungs-massnahme. Die betreffenden Voraussetzungen werden bei einer heimlichen Beschaffung durch *Edition* umgangen. Überdies könnten auf diese Weise unter Umständen auch gelöschte E-Mails ediert werden, weil Fernmeldeprovider in der Karenzfrist von sechs Monaten aus technischen Gründen in der Regel auch die Inhaltsdaten (mit-)abspeichern. Es würde vorliegenden Rahmen sprengen, diesen jüngsten Entscheid einer vertieften Analyse zu unterziehen. Es sei lediglich summarisch angemerkt, dass in diesem Fall keine Bestimmungen gegen den Wortlaut der StPO ausgelegt wurden. Indes werden dadurch Editionen und Beschlagnahmen als erhebliche Grundrechtseingriffe derart extensiv gehandhabt, dass die strengen Voraussetzungen der als intensivste Zwangsmassnahmen geltenden Überwachungs-massnahmen unterminiert werden. Diese

Grenzüberschreitung wird durch den Umstand verdeutlicht, dass das Bundesgericht den betreffenden Entscheid erst mit einer Verzögerung von rund einem Jahr im Internet publiziert hat. Dadurch wurde wohl eine vorzeitige Kenntnisnahme der Editions-bemühungen durch die betroffene Person zu verhindern versucht. Mithin impliziert das Bundesgericht den geheimen Charakter der betreffenden Massnahme.

III. Bestimmungen mit Gültigkeitscharakter

1. Wesensmerkmale

Traditionell wird im Strafprozess gemäss der Verwertbarkeitslehre zwischen strikten Verboten, Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften unterschieden. Dieser Dreiteilung liegt die Abwägung zugrunde, dass die Verletzung eines Teils von Normen keine erheblichen Konsequenzen auf die erfolgreiche Durchführung des weiteren Strafprozesses haben soll. Absolute Beweisverwertungsverbote setzen der Staatsgewalt Grenzen und sind demgemäss nicht dispositiv. Gemäss Art. 140 Abs. 2 StPO sind solche Methoden auch unzulässig, wenn eine Zustimmung der betroffenen Person vorliegt und gemäss Art. 141 Abs. 1 StPO sind diebezügliche Beweise «*in keinem Fall*» verwertbar. Was die Auslegung der betreffenden Beweiserhebungsmethoden betrifft, bietet es sich an, diese analog zu Strafbestimmungen nach dem Bestimmtheitsgebot auszulegen. Diese Anlehnung erscheint auch gestützt auf das prozessuale Legalitätsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 2 StPO und aufgrund des Schutznormcharakters adäquat.⁵⁴

Die Verletzung von Gültigkeitsvorschriften und strafbewehrten Bestimmungen führt demgegenüber nur grundsätzlich zur Ungültigkeit von Prozesshandlungen. Ist die Verwertung von dadurch erlangten Beweismitteln zur Aufklärung schwerer Delikte unerlässlich, dürfen sie gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO gleichwohl verwertet werden.⁵⁵

Allerdings bringt die Qualifikation als Gültigkeitsbestimmung oft nur zum Ausdruck, dass deren Verletzung grundsätzlich zur beweisrechtlichen Ungültigkeit der erlangten Beweise führt. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis richtet sich die Qualifikation nach dem Schutzzweck der Norm: Hat die Bestimmung für die Wahrung der zu

⁵² Vgl. dazu HEIMGARTNER (FN 46), 37.

⁵³ Vgl. BSK StPO-WEBER (FN 49), Art. 197 N 5.

⁵⁴ Vgl. *in fine* WOLFGANG WOHLERS/LINDA BLÄSI, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 2015, 158 ff., 159 f.

⁵⁵ Vgl. dazu NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. A., Zürich 2013, N 797; vgl. krit. dazu BSK StPO-GLESS (FN 49), Art. 141 N 71 ff. m.Hinw.

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.⁵⁶ Inhaltlich handelt es sich dabei um formelle oder materielle Voraussetzungen (für Prozesshandlungen), denen grundrechtlicher Gehalt zugeschrieben wird.

Aufgrund dieses ultimativ formulierten Schutzcharakters ist die Auslegung diesbezüglicher Bestimmungen ähnlich beschränkt wie bei Normen, die Grundrechtseingriffe rechtfertigen. Abgesehen von den Fällen, in denen die StPO eine Bestimmung selber (ohne Ausnahmeklausel) als Gültigkeitsbestimmung deklariert, besteht indessen im Unterschied zu Grundrechtseingriffen die Möglichkeit, in einem gewissen Rahmen anhand des Gesetzestextes⁵⁷ zu konkretisieren, unter welchen Umständen die betreffende Norm verletzt ist und eine Ungültigkeit resultiert.⁵⁷

2. Anwendungsfall

Vor Inkrafttreten der StPO hat das Bundesgericht in BGE 130 I 126 entschieden, dass prozessuale Verfahrensrechte, die nicht bloss den Anspruch auf rechtliches Gehör konkretisieren, sondern eigenständige Verfahrensgarantien darstellen, wie etwa die *Miranda Warning* gemäss Art. 31 Abs. 2 BV, zu den Gültigkeitsbestimmungen zählen (E. 3.1). Deren Missachtung würde grundsätzlich zur Unverwertbarkeit von Aussagen beschuldigter Personen führen, die nicht ausdrücklich auf ihr Recht zu schweigen etc. hingewiesen wurden. Allerdings relativierte das Bundesgericht die Existenz eines Verwertungsverbots, indem es eine genügende Information quasi fingierte: Etwa wurde bei Kenntnis des Schweigerechts, wie es bei Anwesenheit eines Anwalts der Fall sei, ausnahmsweise eine Verwertbarkeit angenommen (E. 3.2 ff.).⁵⁸ Wie es der Gesetzgeber später in Art. 141 Abs. 2 StPO ausdrücklich normiert hat, sind unter Verletzung von Gültigkeitsbestimmungen erlangte Beweismittel – nur aber immerhin – gleichwohl verwertbar, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sind. Im Unterschied dazu hat der Gesetzgeber die erwähnte bundesgerichtliche Ausnahmeklausel betreffend die *Miranda Warning* nicht in die StPO aufgenommen. Angesichts der elementaren Bedeutung der *Miranda Warning* kann in Ermangelung von diesbezüglichen Anhaltspunkten nicht von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes ausgegangen werden. Es ist mithin davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die bun-

desgerichtliche Rechtsprechung bewusst nicht normiert hat und eine ausnahmsweise Verwertbarkeit bei Verteidigeranwesenheit *de lege lata* ausser Betracht fällt.⁵⁹

IV. Bestimmungen betreffend prozessuale Grundprinzipien

1. Wesensmerkmale

Fraglich ist, wie es sich hinsichtlich strafprozessualer Normen verhält, die strafprozessuale Prinzipien ausgestalten, wie etwa den Anspruch auf rechtliches Gehör, das Anklageprinzip oder eben das eingangs erwähnte Verbot der *reformatio in peius*. Im Rahmen grundrechtlicher Prämissen sind nach den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Rechtsfindungsmethoden – über den Wortlaut von Bestimmungen hinaus – teleologische Auslegungen, Lückenfüllungen mittels Analogien und teleologische Reduktionen zulässig, soweit sie dem mutmasslichen Willen des Gesetzgebers entsprechen. Allerdings ist bei der Rechtsfindung *intra und praeter legem* der ureigene Kerngehalt der betreffenden Prinzipien zu wahren. Selbstredend ist auch ein *contra legem* Judizieren unzulässig.

2. Anwendungsfälle

Das Bundesgericht hat in BGE 139 IV 25 festgehalten, dass Beschuldigte grundsätzlich auch ein Recht auf Teilnahme an Einvernahmen von Mitbeschuldigten hätten (E. 5.1–5.3). Einschränkungen der Parteirechte würden gemäss Art. 36 BV einer ausreichend klaren gesetzlichen Grundlage bedürfen und müssen verhältnismässig sein (E. 5.3).

Tatsächlich normiert Art. 147 Abs. 1 StPO scheinbar apodiktisch, dass die Parteien das Recht haben, bei Beweiserhebungen anwesend zu sein. In grundrechtlicher Hinsicht verkennt das Bundesgericht, dass es sich nicht um materielle Grundrechtseingriffe handelt, sondern um die Ausgestaltung des Verfahrensrechts auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Dieses Recht verfolgt keinen Selbstzweck, sondern dient dem dualen Zweck der Sachaufklärung und der persönlichkeitsbezogenen Mitwirkung.⁶⁰ Dieser Anspruch auf relevante Teilhabe ist anhand der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten – im Kontext der in Frage stehenden Interessen – zu

⁵⁶ BGE 139 IV 128 E. 1.6.

⁵⁷ *In fine* BGE 139 IV 98 E. 4.8.

⁵⁸ Vgl. auch BGer, 9.1.2002, 6P.164/2001.

⁵⁹ *In fine* BSK StPO-HÄRING (FN 49), Art. 143 N 23.

⁶⁰ Vgl. FELIX BOMMER, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, 196 ff., 198; GUNHILD GODENZI, Heimliche Einvernahmen, ZStrR 129 (2011), 322 ff., 333; WOHLERS (FN 9), Art. 3 N 34, je m.Hinw.

konkretisieren.⁶¹ Auch ist bei dem in Art. 147 Abs. 1 StPO statuierten Recht der Parteien auf Teilnahme – in Ermangelung einer dokumentierten Erläuterung oder eines Diskurses – nicht von einer bewussten gesetzgeberischen Grundentscheidung auszugehen, die *talis qualis* vom Gesetzesanwender zu tragen ist.

In diesem Sinne hat das Bundesgericht korrekt geschlossen, dass mittels «*sachgerechte[r] wertungskoherente[r] Lückenfüllung (bzw. teleologische[r] Reduktion)*» das Teilnahmerecht gemäss Art. 147 StPO eingeschränkt werden könne (E. 5.5.4.1).

In der Folge wendet das Bundesgericht materiell die Voraussetzungen für Einschränkungen des rechtlichen Gehörs gestützt auf Art. 108 StPO analog an. In formeller Hinsicht wird «*ähnlich wie bei der Akteneinsicht nach Art. 101 Abs. 1 StPO*» im Einzelfall geprüft, ob sachliche Gründe für eine vorläufige Beschränkung der Parteiöffentlichkeit bestehen.⁶² Als diesbezüglicher Ausschlussgrund angeführt wird namentlich eine konkrete Kollusionsgefahr in Bezug auf erstmalige Vorhalte, die auch den dazu noch nicht befragten (um Teilnahme ersuchenden) Mitbeschuldigten betreffen. Dabei betont das Bundesgericht, dass die blossе Möglichkeit einer abstrakten «Gefährdung des Verfahrensinteresses» durch rechtmässiges prozesstaktisches Verhalten demgegenüber keinen Ausschluss von den Einvernahmen rechtfertigt (E. 5.5.4.1 *in fine*).

Methodisch zutreffend hat das Bundesgericht erwo-gen, dass die Gründe für eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs mittels teleologischer Extension zu erweitern sind. Indem das Bundesgericht eine konkrete Kollusionsgefahr im Sinne eines potentiell rechtswidrigen Verhaltens fordert, hat es aber ausser Acht gelassen, dass Beschuldigte (im Unterschied zu ihren Verteidigungen⁶³) ein Recht haben, im Rahmen der strafrechtlichen Grenzen (insbesondere Art. 303 ff. StGB)⁶⁴ zu kolludieren, um sich selber zu begünstigen.⁶⁵ Wie das Bundesgericht selber im Zusammenhang mit der Rechtsmissbrauchsgefahr im Sin-

ne von Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO folgert, kann eine solche selten angenommen werden und führt demgemäss kaum je zu einem Teilnahmeausschluss (vgl. E. 5.5.8). Infolgedessen fehlt gestützt auf dieses Präjudiz eine Handhabe, bei lediglich abstrakter Kollusionsgefahr im Interesse der Untersuchung mitbeschuldigte Personen gegenseitig von Einvernahmen auszuschliessen.

Im Nachgang hat das Bundesgericht wohl erkannt, dass mit dieser relativ extensiven Gewährung von Teilnahmerechten das essentielle, dem Strafprozess zugrunde liegende Ziel der materiellen Wahrheitsfindung (Art. 139 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 StPO) unterminiert würde. In der Folge hat das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden Ausnahmeregelungen entwickelt, die den materiellen Gehalt der Teilnahmerechten erheblich relativieren. Etwa wurde in BGE 140 IV 172 E. 1.2.2 für die Gewährung des Teilnahmerechts verlangt, dass die beschuldigten Personen *im selben* Strafverfahren beschuldigt sind. Eine solche rein formale Betrachtungsweise überzeugt nicht.⁶⁶

Ferner wurde in BGE, 4.12.2012, 1B_404/2012 erwogen, dass bei noch nicht einschlägig einvernommenen Personen im Einzelfall ein Ausschluss der Teilnahme bei Einvernahmen von mitbeschuldigten Personen analog Art. 101 Abs. 1 Satz 1 StPO begründet werden könne (E. 2.3).⁶⁷ Im Sinne des Telos' von Art. 146 Abs. 1 StPO, der in der «*ungestörten Wahrheitsuche insbesondere die Verhinderung von gegenseitigen Beeinflussungen und Kollusion*» liegt (BGE, a.a.O. E. 2.1), ist eine solche Einschränkung an sich begrüssenswert. Allerdings wird auch durch eine solche weitergehende teleologische Reduktion das unbefriedigende latente Unverwertbarkeitsrisiko diesbezüglicher Einvernahmen gemäss Art. 147 Abs. 4 StPO nicht entschärft. Liegt es doch – in Ermangelung diesbezüglicher rechtskräftiger Verfügungen – regelmässig in der Kompetenz des Sachrichters darüber zu befinden, ob die materiellen Voraussetzungen für die Einschränkung des Teilnahmerechts gegeben waren. Es bestehen mithin Zweifel, ob die vorgenommene teleologische Reduktion im Sinne des wahren Willens des Gesetzgebers vorge-

⁶¹ Vgl. GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., Zürich 2008, Art. 29 N 21.

⁶² Krit. zu dieser Einschränkung THOMAS SPRENGER, Teilnahmerechte der Parteien im Strafverfahren – wird die Ausnahme zum Grundsatz, forumpoenale 2013, 167 ff., 168 f.

⁶³ Vgl. dazu HANSRUEDI MÜLLER, Die Grenzen der Verteidigertätigkeit, ZStrR 114 (1996), 176 ff., 188 f.

⁶⁴ Vgl. dazu HANS WALDER, Die Vernehmung des Beschuldigten, Hamburg 1965, 83 ff.

⁶⁵ Vgl. schon HANS WALDER, Das Verhör mit den Angeschuldigten, in: Erwin H. Frey (Hrsg.), Strafprozess und Rechtsstaat, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. H.F. Pfenniger, Zürich 1956, 181 ff., 181 f.

⁶⁶ Vgl. differenzierend dazu GUNHILD GODENZI, Teilnahmerechte «Parteien» bei getrennt geführten Strafverfahren, forumpoenale 2015, 109 ff., 113 ff.; vgl. dazu *mutatis mutandis* (für Deutschland) CORNELIUS PRITTWITZ, Der Mitbeschuldigte im Strafprozess, Frankfurt a.M. 1984, 142.

⁶⁷ So schon FELIX BOMMER, Zur Einschränkung des Teilnahmerechts des Beschuldigten an der Einvernahme Mitbeschuldigter, recht 2012, 143 ff., 150 f.; weiter gehend OGer ZH, 24.5.2013, UH130106, wonach dies auch noch bis zur Erhebung der übrigen wichtigen Beweise (Art. 101 Abs. 1 *in fine* StPO) möglich sei; krit. ANDREAS NOLL, Das Recht des Beschuldigten zur Teilnahme an Einvernahmen, Bern 2013, 52.

nommen wurde, erscheint das Ergebnis doch weiterhin unbefriedigend.

Dass Teilnahmerechte an ersten Einvernahmen von Mitbeschuldigten weder nach den altrechtlichen kantonalen StPO noch nach den Rechtsordnungen anderer Staaten vorgesehen sind, dürfte auf folgender (altrechtlicher) Erkenntnis (des Zürcher Kassationsgerichts) fussen: «*Es liegt in der Natur der Sache, dass mitbeschuldigte Personen [einzeln] befragt werden, bevor es zu einer Gegenüberstellung mit anderen mitbeschuldigten Personen kommt*».⁶⁸ Dem liegt das Untersuchungskonzept zugrunde, dass zunächst durch die unbeeinflusste Befragung einzelner Verdächtiger Verdachtsmomente gegen (Mit-)Beschuldigte zusammengetragen werden und die sich daraus ergebenden inkriminierten Sachverhalte in Konfrontationseinvernahmen den Mitbeschuldigten vorgehalten werden.⁶⁹ Dadurch wird es ihnen im Sinne von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ermöglicht, zu belastenden Äusserungen Stellung zu nehmen und Fragen an die belastenden Mitbeschuldigten zu stellen. Dieser in der StPO gesetzlich verankerte Prozessmechanismus (Art. 146 Abs. 2 StPO), der Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK erfüllt, wird bei vorgängiger gegenseitiger Teilnahme unterminiert.

Um dieses Konzept zum Tragen zu bringen und die aufgezeigte Rechtsunsicherheit zu beseitigen, wäre eine grundsätzliche Ausschlussmöglichkeit probat: Etwa könnten mitbeschuldigte Personen als potentielle Auskunftspersonen in Einvernahmen in analoger Anwendung von Art. 146 Abs. 4 lit. b StPO ohne weitere materielle Begründung die Teilnahme an Einvernahmen verweigert werden, wenn sie noch zu betreffenden Vorhalten einzuvernehmen sind. Wie BGE 139 IV 25 E. 5.2.3 ausführt, wird die Möglichkeit, Mitbeschuldigte bei noch ausstehenden eigenen Einvernahmen von der Teilnahme von Beschuldigten auszuschliessen – im Unterschied zum Vorentwurf [Art. 156 Abs. 4 lit. b VE/StPO] – nicht erwähnt. Wie indes auch Befürworter eines extensiven Teilnahmerechts einräumen, bleiben die Gründe, die zur in Kraft gesetzten Version geführt haben, im Dunkeln.⁷⁰ In den Materialien existieren keine Hinweise darauf, aus welchen Überlegungen die betreffende ausdrückliche Erwähnung der Beschuldigten nicht in die Entwurfs- und Endfassung der StPO aufgenommen wurde.⁷¹ Infolge-

dessen besteht auch die Möglichkeit, dass Mitbeschuldigte lediglich infolge eines «Kommunikationsfehlers»⁷² im Entwurf und in der Endfassung nicht mehr enthalten sind.⁷³ Für diese Hypothese spricht, dass Einvernahmen von mitbeschuldigten Personen materiell dieselbe beweisrechtliche Bedeutung zukommt wie Einvernahmen von Auskunftspersonen. Schliesslich werden bei getrennten Verfahren mitbeschuldigte Personen als Auskunftspersonen einvernommen. Die theoretischen Erwägungen, dass der Gesetzgeber die Verfahrensrechte der Beschuldigten bewusst stärken wollte (BGer, a.a.O., E. 5.3), mögen im Allgemeinen zutreffen. Im Besonderen dürfte der Anwalt der ersten Stunde (Art. 159 StPO) Ausfluss dieses Ausgleichs der Kräfteverhältnisse sein. Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber Beschuldigten bewusst (bereits zu Beginn des Verfahrens) die Möglichkeit geben wollte, an delegierten polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen gegenseitig teilzunehmen, bestehen – soweit ersichtlich – nicht. Führt doch die Anwesenheit von Mitbeschuldigten generell zu einer (im Vergleich zu Zeugen und Auskunftspersonen) erhöhten Gefahr von impliziten Absprachen, Kollusionen oder einer immanenten Drucksituation, die das Aussageverhalten beeinflussen.⁷⁴ Mithin wäre im Sinne des vorne erwähnten dualen Zwecks des Anspruchs auf rechtliches Gehör dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Ziel der Sachaufklärung durch die Möglichkeit der Teilnahme gerade nicht erreicht werden kann⁷⁵ und damit das Interesse des Beschuldigten an einer Teilhabe hinten anzustehen hat.

Da es sich – wie bereits erwähnt – vorliegend nicht um einen Grundrechtseingriff, sondern um die Ausgestaltung des prozessualen Anspruchs auf rechtliches Gehör handelt, erschiene eine derartige (je nach Sichtweise) teleologische Reduktion (des Rechts) bzw. Extension (der Ausnahme) zulässig.⁷⁶ Schliesslich enthält auch die EMRK keinen solchen Anspruch, sodass sich für einmal eine «EMRK-konforme» Auslegung in andere Richtung anbietet.⁷⁷

⁶⁸ Kassationsgericht Zürich, 2.3.1999, E. 2.c = ZR 98 (1999) Nr. 63.

⁶⁹ Vgl. JÖRG REHBERG, Aussagen von Mitbeschuldigten als Beweismittel, in: ZStrR Sonderband, Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der SKG, Bern 1992, 186 ff., 191.

⁷⁰ Vgl. GODENZI (FN 60), 322 ff., 330 Fn 31.

⁷¹ Vgl. BOMMER (FN 67), 149 je m.Hinw.

⁷² Vgl. im Allgemeinen GÄCHTER (FN 31), zur Tatsache, dass «[...] Botschaften des Normgebers [...] stets <verstümmelt> ankommen.»

⁷³ *In fine* a.A. BOMMER (FN 67), 148 f.

⁷⁴ Vgl. ULRICH WEDER, Wahrheitssuche und Teilnahmerechte im Strafprozess, NZZ 17.7.2015, 19; HANNO WIESER, Das Ermittlungsverfahren und die Untersuchung ergänzen sich – auch bei der Personalbeweiserhebung, forumpoenale 2014, 340 ff., 343.

⁷⁵ A.A. BERNARD (FN 2), 21.

⁷⁶ *In fine* (mit anderem Ansatz) ähnlich MICHAEL SCHÄFER, Die Teilnahme an Einvernahmen von Mittätern – Theorie und Praxis, forumpoenale 2013, 39 ff., 42 ff.

⁷⁷ *In fine* ULRICH WEDER, Teilnahmerechte in der delegierten Einvernahme einer Auskunftsperson, forumpoenale 2012, 228 ff., 231 f.

V. Bestimmungen über Modalitäten (sogenannte Ordnungsvorschriften)

Soweit Bestimmungen weder Grundrechtseingriffe beinhalten noch den Kern elementarer strafprozessualer Individualschutznormen tangieren, wird die Auslegung von Verfahrensbestimmungen nicht durch das Bestimmtheitsgebot beschränkt. Es sind mithin u.U. die ansonsten verpönten Auslegungsmethoden der Analogie und der teleologischen Reduktion zulässig. Dies gilt grundsätzlich auch, wenn eine Norm lediglich die Modalitäten betreffend eine Zwangsmassnahme regelt. In diesem Sinne ist etwa nach bundesgerichtlicher Praxis in Fällen der Anhaltung das Erfordernis des (mündlichen) staatsanwaltlichen Durchsuchungsbefehls unter gegebenen materiellen Voraussetzungen lediglich Ordnungsvorschrift, sodass die für eine Zuständigkeit der Polizei erforderliche fehlende Dringlichkeit nicht zu einer Unverwertbarkeit von auf diese Weise erlangten Beweisen führt.⁷⁸

Wie im Schrifttum zu Recht kritisiert wird, erscheint die Annahme von blossen Ordnungswidrigkeiten oft zirkelschlüssig. Teilweise kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass das Demoklesschwert des Beweisverbots die Zuteilung massgeblich beeinflusst.⁷⁹ Dies ist etwa der Fall, wenn ein Teil der Lehre die rückwirkende Randdatenerhebungsfrist von sechs Monaten gemäss Art. 273 Abs. 3 StPO als Ordnungswidrigkeit qualifiziert (vgl. dazu C.II.2).⁸⁰ Eine solche Auslegung steht im Widerspruch zur herkömmlichen Definition, wonach jene Normen darunter fallen, deren Funktion sich darin erschöpft, die äussere Ordnung des Verfahrens zu regeln.⁸¹ Schon aus den grundrechtlichen Diskussionen, die im Zusammenhang mit der in den Räten pendenden Erweiterung dieser sogenannten Vorratsdatenspeicherung auf zwölf Monate geführt werden, geht hervor, dass die betreffende Editionsfrist nicht bloss die Aufbewahrungsmodalitäten beschlägt.⁸² Da der Verletzung von Ordnungsvorschriften selber keine Relevanz zukommt, besteht zumindest für die retrospektiven Rechtsanwender keine Notwendigkeit

für die an sich zulässigen Kunstgriffe der teleologischen Extension bzw. Reduktion.

D. Schluss

Im eingangs erwähnten BGE 139 IV 282 (vgl. B.I.) hat das Bundesgericht geschlossen, dass das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO nicht nur bei Verschärfung der Sanktion, sondern auch bei härterer rechtlichen Qualifikation der Tat verletzt würde. In diesem Rahmen hat das Bundesgericht konkretisiert, was als Verschlechterung zum Nachteil der beschuldigten Person gilt. Indem es angenommen hat, dass dies auch der Fall sei, wenn der neue Straftatbestand einen höheren abstrakten Strafrahmen vorsieht, wie etwa bei zusätzlichen Schuldsprüchen und bei Annahme von vollendeten Taten anstelle von Versuch oder von (Mit)-Täterschaft anstatt Gehilfenschaft, hat es – im Rahmen einer zulässigen (extensiven) teleologischen Auslegung – die betreffende Norm bestimmt.⁸³

Zusammenfassend hat vorliegende Analyse ergeben, dass das Bundesgericht den unterschiedlichen Arten von Normen teilweise nur punktuell oder implizit Beachtung schenkt. Gerade wenn Grundrechte oder elementare strafprozessuale Prinzipien im Raum stehen, wäre es in methodischer Hinsicht indiziert, zunächst vorfrageweise das Wesen der betreffenden Bestimmung zu charakterisieren. Erst an diesen Befund lässt sich die richtige Methode anknüpfen. Ansonsten besteht einerseits die Gefahr, dass Bestimmungen überdehnt werden, obschon etwa das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip eine ausdrückliche Gesetzesgrundlage gebietet. Andererseits werden u.U. Normen mitunter zu wortgetreu ausgelegt, obschon keine unmittelbaren Grundrechtseingriffe im Raum stehen und der Sinn und Zweck der StPO eine anderweitige Auslegung nahegelegt hätte. Durch ein solches «*Methodenbewusstsein*» könnte auch der kürzlich vorgetragene pauschalen Kritik entgegengewirkt werden, wonach Gerichte nicht mehr im Gesetz nach Lösungen suchen würden, sondern eine bestimmte Lösung im Auge hätten und dann ergebnisorientiert im Gesetz nach Lösungen suchen würden.⁸⁴

⁷⁸ *In fine* BGE 139 IV 128 E. 1.7 m.Hinw. auf BSK StPO-GFELLER (FN 49), Art. 246 N 10; a.A. WOHLERS/BLÄSI (FN 54), 165 f.

⁷⁹ BSK StPO-GLESS (FN 49), Art. 141 N 74; vgl. krit. auch WOHLERS/BLÄSI (FN 54), 164.

⁸⁰ JEAN-LUC BACHER/NATHALIE ZUFFEREY, in: André Kuhn/Yvan Jeanneret (Hrsg.), Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, art. 273 N 7; implizit hat das Bundesgericht in BGE 137 IV 340 zutreffend anerkannt, dass es sich bei der rückwirkenden sechsmonatigen Herausgabefrist gemäss Art. 273 Abs. 3 StPO um eine Gültigkeitsbestimmung handelt.

⁸¹ Vgl. BSK StPO-GLESS (FN 49), Art. 141 N 86.

⁸² *In fine* BSK StPO-JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (FN 49), Art. 273 N 5.

⁸³ Vgl. krit. zur vom Bundesgericht eventualiter angeführten systematischen Auslegung MORITZ ÖEHEN, Das Bundesgericht beschränkt die *reformatio in peius*, *forum* 2014, 288 ff., 291.

⁸⁴ MARKUS FELBER, Juristisches Denken wird dünner und dünner, *NZZaS*, 21.6.2015, 21.