

| | |
|---------------------|------------------------------------|
| Dokument | AJP 2012 S. 1243 |
| Autor | Gunhild Godenzi |
| Titel | Strafbare Beweisverwertung? |
| Publikation | Aktuelle Juristische Praxis |
| Herausgeber | Ivo Schwander |
| Frühere Herausgeber | |
| ISSN | 1660-3362 |
| Verlag | Dike Verlag AG |

AJP 2012 S. 1243

Strafbare Beweisverwertung?

Auswirkungen der Art. 179^{bis} ff. StGB auf die Beweisverwertung im Strafverfahren

Gunhild Godenzi*

Ist ein privater Lauschangriff oder eine visuelle Bespitzelung "strafbar" im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB, kann die Strafbarkeit einer Anschlusshandlung virulent werden, um die bis anhin erstaunlich wenig Aufhebens gemacht wird: Gemeint ist die Verwertung der Aufnahmen bzw. der technisch fixierten Informationen zu Beweis Zwecken im Strafverfahren als tatbestandsmässiges Verhalten im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB. Offenbar hat noch kein Strafverteidiger den Versuch unternommen, in dieser Fallkonstellation nicht nur die "Verwertung" des Materials als unzulässig zu rügen, sondern darüber hinaus auch noch die beteiligten Staatsanwälte und Richter wegen einer strafrechtswidrigen "Auswertung" im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB mit einer Strafanzeige zu überziehen. Diese Abhandlung gibt - vorsorglich - Aufschluss darüber, wie erfolgversprechend ein solcher Angriff der Verteidigung wohl wäre. Dazu geht sie den Auswirkungen der Art. 179^{bis} ff. StGB auf die Beweisverwertung im Strafverfahren in zwei Schritten nach: Zunächst will die materiellrechtliche Frage nach einer etwaigen Strafbarkeit der staatlichen Akteure nach Art. 179^{bis} ff. StGB wegen des Auswertungsvorgangs beantwortet sein, danach die strafprozessuale Frage nach der Verwertbarkeit des Materials im Strafverfahren.

* Gunhild Godenzi, Dr. iur., Oberassistentin im Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Zürich.

Die Abhandlung basiert auf dem materiellrechtlichen Schlussteil eines Vortrags, den die Verfasserin auf der 91. Jahrestagung der SKG zum Thema "Schnittstellen im Strafverfahren: Private Ermittlungen - staatliche Ermittlungen" am 11. Mai 2012 in Locarno gehalten hat.

Lorsqu'une télésurveillance privée ou un espionnage visuel est considéré comme une infraction au sens des art. 179^{bis} ss CP, la punissabilité d'un acte subséquent, qui fait étonnamment peu de bruit jusqu'à présent, peut être virulente: il est ici question du caractère illicite, conformément aux art. 179^{bis} ss CP, de l'exploitation des prises de vue ou des informations fixées techniquement à des fins de preuve en procédure pénale. Aucun défenseur en procédure pénale n'a manifestement encore tenté d'invoquer dans une telle situation non seulement l'illicéité de l'"exploitation" du matériel mais aussi de déposer une plainte pénale contre les procureurs et juges impliqués, pour avoir "tiré profit" de celui-ci au sens des art. 179^{bis} ss CP. Cette étude renseigne, à titre préventif, sur les chances de succès d'une telle attaque de la défense. Elle examine pour cela les effets des art. 179^{bis} ss CP sur l'administration des preuves en procédure pénale en deux étapes: elle répond d'abord à la question de droit matériel de la punissabilité éventuelle des acteurs étatiques en vertu de l'art. 179^{bis} ss CP en raison du processus d'exploitation, puis à la question de procédure pénale de l'exploitabilité du matériel en procédure pénale.

I. Problemaufriss

Im Zeitalter der digitalen Aufnahmetechnik und der Omnipräsenz transportabler Minicomputer (Smartphones) sind die Art. 179^{bis} ff. StGB altehrwürdige Hüter der Privat- und Geheimsphäre des Menschen. Zum Zeitpunkt der Inkraftsetzung im Jahre 1969 gaben die Straftatbestände allerdings zunächst ein lehrreiches Beispiel für "die beinahe unausweichliche Verspätung der Rechtsordnung gegenüber dem gesellschaftlichen Leben"¹ ab. Denn als in der Schweiz der private Lauschangriff mittels sogenannter "Minispione" hoffähig wurde, war der Gesetzgeber zunächst völlig überrumpelt. Obwohl Minispione in den USA längst ein Verkaufsschlager waren, kam das entsprechende "Minispion-Gesetz"² erst zustande, nachdem

AJP 2012 S. 1243, 1244

bereits Zehntausende solcher Kleinabhörgeräte in der Schweiz abgesetzt worden waren³. Den Vorwurf mangelnder Voraussicht parierte die Legislative mit einer Vorratsgesetzgebung, die auf die rasante technische Entwicklung und die heutige Massenverbreitung digitaler Aufnahmegeräte erstaunlich gut vorbereitet war: Die Art. 179^{bis} ff. StGB waren von Beginn weg als imposanter "Schutzwall"⁴ gegen akustische und visuelle Bepitzelungen des Bürgers ausgestaltet. Die Aufzählung der Tathandlungen macht schier atemlos. Strafbar ist namentlich das Abhören eines fremden nichtöffentlichen Gesprächs mittels eines Abhörgeräts oder das Aufnehmen auf einen Tonträger (Art. 179^{bis} Abs. 1 StGB), das unbefugte Aufnahmen eines nichtöffentlichen Gesprächs durch einen Gesprächsteilnehmer auf einen Tonträger (Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB), das Beobachten von Tatsachen aus dem Geheim- oder Privatbereich eines andern mit einem Aufnahmegerät oder das Aufnehmen auf einen Bildträger (Art. 179^{quater} Abs. 1 StGB), aber auch das Auswerten von Tatsachen, die zufolge strafbaren Abhörens oder Aufnehmens eines Gesprächs oder zufolge strafbarer Verwendung eines Bildträgers bekannt geworden sind, ebenso die Bekanntgabe solcher

¹ Vgl. Hans Schultz, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, SJZ 1971, 301.

² Bundesgesetz über die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs vom 20. Dezember 1968, AS 1969 319 ff., dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs vom 21. Februar 1968, BBl 1968 I 585 ff.; Jörg Rehberg, Unzureichende Strafbestimmungen gegen das Abhorchen fremder Gespräche, SJZ 1971, 106; Schultz (FN 1), SJZ 1971, 301.

³ Vgl. Botschaft (FN 2), 586; Robert Hauser, Die Behandlung heimlicher Tonbandaufnahmen im schweizerischen Recht, in: Walter F. Lindacher et al. (Hrsg.), Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag, 6. April 1989, Bielefeld 1989, 139 f.; Hans Schultz, 50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, ZStrR 1992 (110), 3, 9; Franz Riklin, Schweizerisches Medienstrafrecht, in: Ursula Cassani/Renie Maag/Marcel Alexander Niggli (Hrsg.), Medien, Kriminalität und Justiz, Chur 2001, 67, 71.

⁴ Vgl. Botschaft (FN 2), 586.



Tatsachen an Dritte (Art. 179^{bis} Abs. 2, Art. 179^{ter} Abs. 2 und Art. 179^{quater} Abs. 2 StGB) sowie die Aufbewahrung und das einem Dritten Zugänglichmachen von Ton- oder Bildaufnahmen, die in strafbarer Weise hergestellt worden sind (Art. 179^{bis} Abs. 3, Art. 179^{ter} Abs. 2 und Art. 179^{quater} Abs. 3 StGB)⁵.

Was die Verfahrenslast angeht, dürften die Art. 179^{bis} ff. StGB im Strafverfolgungsalltag kaum ins Gewicht fallen. In Beschuldigtenzahlen gerechnet ist das Verfahrensaufkommen nicht der Rede wert⁶ und in der Strafurteilsstatistik figurieren Schuldsprüche nach Art. 179^{bis} ff. StGB unter Fernerliefen⁷; bei Verletzungen des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (Art. 179^{quater} StGB) ist seit den 90er Jahren immerhin eine signifikante Urteilszunahme mit konstant steigendem Trend nachzuweisen⁸. Ob dieser eher bescheidenen statistischen Relevanz der Art. 179^{bis} ff. StGB geht bisweilen vergessen, dass den Bestimmungen eine beachtliche *rechtliche Sprengkraft* sowohl mit Blick auf den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches als auch bei der Beweisverwertung im Strafprozess eigen ist.

1. Strafrechtswidrige Tonband- oder Bildaufnahmen nach Art. 179^{bis} ff. StGB ...

Angesichts der weiten Fassung der Tathandlungen stellt sich der Praxis mit schöner Regelmässigkeit die heikle Frage nach einer etwaigen Rechtfertigung des Aufnahme- und Auswertungsvorgangs. Instruktives Anschauungsmaterial liefert das Medienstrafrecht⁹. So hat die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts mittlerweile erkennen lassen, dass sie bei heimlichen Aufnahmen mit der versteckten Kamera anders als der unlängst verstorbene Kurt Felix keinen Spass versteht - auch wenn die Aufzeichnung in wohlmeinender Absicht unter Berufung auf die Medienfreiheit und den Konsumentenschutz erfolgt. In einem umstrittenen Entscheid aus dem Jahre 2008 gegen Mitarbeiter des Konsumentenmagazins "Kassensturz" haben die Richter das Verbot visueller Bespitzelung hoch-

AJP 2012 S. 1243, 1245

⁵ Vgl. zu gegenwärtigen Strafbarkeitslücken Andreas Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. A., Zürich 2008, 382 f.; José Hurtado Pozo, Droit pénal, partie spéciale, Genf 2009, N 2200.

⁶ Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche (Art. 179^{bis} StGB): gesamtschweizerisch 8 Beschuldigte im Jahr 2011; Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen (Art. 179^{ter} StGB): gesamtschweizerisch 28 Beschuldigte im Jahr 2011; Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (Art. 179^{quater} StGB): gesamtschweizerisch 150 Beschuldigte im Jahr 2011. Quelle: Bundesamt für Statistik (BFS).

⁷ Über das wirkliche Kriminalitätsgeschehen sagt dies allerdings wenig aus, vgl. zum begrenzten Aussagegehalt der Kriminalstatistik z.B. Martin Killias/Marcelo F. Aebi/André Kuhn, Précis de criminologie, 3. A., Bern 2012, N 211 ff.; Karl-Ludwig Kunz, Kriminologie, 6. A., Bern 2011, § 19 N 5.

⁸ Vgl. Tom Freytag, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. A., Basel 2007, Art. 179^{quater}, Kriminalstatistik. Vgl. kürzlich beispielsweise BGer, Urteil 6B_131/2012 vom 21. Juni 2012 (Bestätigung eines Schuldspruchs nach Art. 179^{quater} Abs. 1 und 3 StGB).

⁹ Im Jahre 2009 stand auch die praktisch bedeutsame Frage der Zulässigkeit heimlicher Videoüberwachung am Arbeitsplatz auf dem Prüfstand, weil sich das Bundesgericht dazu vorfrageweise mit Blick auf die strafprozessuale Verwertbarkeit der Bildaufnahme äussern musste: BGer, Urteil 6B_536/2009 vom 12. November 2009. Die Überwachungsmassnahme wurde vom Bundesgericht als rechtmässig eingestuft, weshalb - in sich folgerichtig - die Art und Weise der Beweiserlangung der strafprozessualen Verwertbarkeit der Aufzeichnung nicht entgegenstehen konnte, vgl. dazu die Bemerkungen von Yvonne Jöhri/Marcel Studer, FP 2010, 152 ff. Vgl. auch BGer, Urteil 1A.314/2000 vom 5. März 2001, E. 6, Verwertbarkeit einer Tonbandaufnahme inzident im Rahmen der Beschwerdelegitimation thematisiert und Aufnahmevorgang als rechtmässig eingestuft.



gehalten und in Anwendung der Art. 179^{bis} ff. StGB dafür gesorgt, dass vom altbewährten journalistischen Slogan "get it first, but first get it right"¹⁰ nicht nur der erste Teil überlebt¹¹. Das Bundesgericht gab der Beschwerde eines Versicherungsberaters Recht, der durch eine heimliche Filmsequenz der krassen Fehlberatung überführt worden war. Obwohl bei der Ausstrahlung im Fernsehen die Aufnahme des Gesichts unkenntlich gemacht, die Stimme des Beschwerdeführers verfremdet worden war und bei Beratergesprächen unter vier Augen Beweisschwierigkeiten vorprogrammiert sind, pochte das Bundesgericht auf das Verbot der heimlichen Aufnahme nichtöffentlicher Gespräche und lehnte eine Rechtfertigung des Eingriffs ab¹².

2. ... als Beweismittel im Strafverfahren

Hoch aktuell - vom 11. Mai 2012¹³ - und auch rechtlich wegweisend ist sodann ein Entscheid des Bundesgerichts zur Unverwertbarkeit einer Videoaufnahme, die der Beschwerdeführer anlässlich eines Fotoshootings hergestellt und später als Belastungsbeweis in einem Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner wegen falscher Anschuldigung (Art. 303 StGB) und falschen Zeugnisses (Art. 307) eingereicht hatte. Die Staatsanwaltschaft liess die Videoaufzeichnung als Beweismittel aussen vor und stellte das Verfahren ein. Im kantonalen Beschwerdeverfahren setzte sich das Beschwerdegericht mit den Umständen der privaten Beweisbeschaffung auseinander und schloss mit dem Befund, dass die Aufnahme ohne das nötige Einverständnis des Beschwerdegegners in strafbarer Weise iSv Art. 179^{quater} StGB hergestellt und von der Staatsanwaltschaft zu Recht nicht verwertet worden war¹⁴. Der Beschwerdeführer zog die Sache ans Bundesgericht weiter - und schuf damit die nötigen Voraussetzungen für die lang erwartete Renaissance eines Präzedenzfalles: Wohl erstmals seit 1983 hatte das Bundesgericht wieder Anlass, den Umgang mit Beweismitteln festzulegen, die eine Privatperson *ohne staatliches Zutun in strafbarer*

¹⁰ Vgl. zu diesem Ethos der Medien z.B. Schweizer Presserat, Stellungnahme vom 18. August 2000, Nr. 36/2000, Journalistische Ethik im Internet, abrufbar unter <http://presserat.ch/14280.htm> (3. Juli 2011).

¹¹ BGer, Urteil 6B_225/2008 vom 7. Oktober 2008, vgl. dazu die Bemerkungen von Matthias Schwaibold, FP 2009, 27, 31 ff.; Franz Riklin, Medialex 2008, 180, 184 ff.; Peter Studer, Verdeckte Recherche - wenn schon, dann mit Augenmass, Gerichte sollten auch die Wächterfunktion der Medien berücksichtigen, in: Julia Hänni/Daniela Kühne (Hrsg.), Brennpunkt Medienrecht, Das mediale Zeitalter als juristische Herausforderung, Zürich 2009, 21 ff.

¹² BGer, Urteil 6B_225/2008 vom 7. Oktober 2008, E. 2 und E. 3. Weniger spektakulär ist die Anwendung allgemeiner Rechtfertigungsgründe im Rahmen von Art. 179^{bis} ff. StGB bei der Aufzeichnung erpresserischer Anrufe oder zur Abwehr von "Telefonterror". Heimliche Tonbandaufnahmen können in solchen Fällen durch Notwehr gerechtfertigt oder wegen Notstands straflos sein, vgl. dazu je m.w.N. Lorenz Erni, Die Verletzung der "Vertraulichkeit des Wortes" als Straftat im deutschen und schweizerischen Strafrecht, Hamburg 1981, 170 ff.; Jean Gauthier, Enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique et preuve pénale, in: Robert Hauser/Jörg Rehberg/Günter Stratenwerth (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 333, 337; Hurtado Pozo (FN 5), N 2213; Hubert A. Metzger, Der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs gegen Verletzungen durch Ton- und Bildaufnahme sowie Abhörgeräte, Winterthur 1972, 108 ff.; Martin Schubarth, in: ders. (Hrsg.): Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Band, Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173-186 StGB, Bern 1984, Art. 179^{bis} N 38 ff.; Hans Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, ZStrR 82 (1966), 36, 42, 48; Peter von Ins/Peter-Renè Wyder, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. A., Basel 2007, Art. 179^{bis} N 19 f.; Stefan Trechsel/Viktor Lieber, in: Stefan Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 179^{ter} N 4.

¹³ BGer, Urteil 1B_22/2012 vom 11. Mai 2012.

¹⁴ Vgl. BGer, Urteil 1B_22/2012 vom 11. Mai 2012, E. 2.

Weise erlangt und den Strafbehörden zur Verwertung im Strafverfahren überantwortet hat¹⁵. In Zeiten, in denen nicht nur

AJP 2012 S. 1243, 1246

heimliche Tonband- oder Bildaufnahmen durch Journalisten, Arbeitnehmer und sonstige Private, sondern auch die "Entwendung" von Bankkundendaten (Verletzung des Bankkundengeheimnisses) durch Bankinsider im Trend liegen, kommt der Entscheid wie gerufen.

Das Bundesgericht hat die Gelegenheit beim Schopfe gepackt und die in BGE 109 Ia 244 ff. aufgestellte, in methodischer Hinsicht aber vage gebliebene Kombination von Hypothesenbildung und Abwägungsverfahren präzisiert. Mit der Vorinstanz hielt es dafür, dass "von 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."¹⁶ Im zu beurteilenden Fall habe die Vorinstanz rechtsfehlerfrei auf eine Interessenabwägung verzichtet und ein Verwertungsverbot *allein* deshalb annehmen dürfen, weil "die Strafverfolgungsbehörden das Beweismittel der Videoaufnahme nicht selber hätten erlangen können, da zum Zeitpunkt der Erstellung kein dringender Tatverdacht bestanden habe (vgl. Art. 197 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 280 StPO)."¹⁷

Obschon der Entscheid als Fortsetzung der in BGE 109 Ia 244 ff. begründeten Rechtsprechung verstanden werden kann¹⁸, ist das Ergebnis für die Strafverfolgungspraxis ein Donnerschlag. Den kodifizierten Beweisverboten der StPO hat das Bundesgericht nämlich ein kraftvolles ungeschriebenes Verwertungsverbot hinzugefügt: Bei *strafrechtswidrigen*¹⁹ privaten Beweisbeschaffungen kann eine gescheiterte Beweishypothese als absolute Schranke der Wahrheitsfindung im Strafverfahren fungieren, die sich durch eine Interessenabwägung nicht relativieren lässt²⁰. Ob diese Regel Bestand behält, wenn nicht ein zähes Verfahren wegen

¹⁵ Grundlegend BGE 109 Ia 244 ff. Vgl. zur Beweisverwertbarkeit nach (rechtswidrigen) privaten Beweisbeschaffungen ausserdem die Entscheide EGMR v. 12.7.1988, *Schenk vs. Schweiz*, Nr. 8/1987/131/182; BGE 114 IV 20, 23; BGer, SJZ 77 (1981), 130 ff.; BGer, Urteil 1A.314/2000 vom 5. März 2001, E. 6 (Verwertbarkeit einer Tonbandaufnahme inzident im Rahmen der Beschwerdelegitimation thematisiert und Aufnahmevorgang als rechtmässig eingestuft); BGer, Urteil 1P.508/2005 vom 14.11.2005, E. 5.4 (Rechtswidrigkeit des Beschaffungsaktes offen gelassen und Nichtzulassung des Beweises aus anderen Gründen bestätigt); BGer, Urteil 6B_536/2009 vom 12. November 2009 (Überwachungsmassnahme als rechtmässig eingestuft); KassGer ZH, ZR 73 (1974), Nr. 44; OGer ZH, SJZ 77 (1981), 130 f.; OGer Bern, Beschluss vom 13. Juli 2011 (BK 11 93). Vgl. aus dem Schrifttum je m.w.N. Jérôme Bénédicte/Jean Treccani, in: André Kuhn/Yvan Jeanneret (Hrsg.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, Basel 2011, Einl. zu Art. 139-141 N 7 ff., Art. 141 N 7; Sabine Gless, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar StPO*, Basel 2011, Art. 141 N 35 ff.; Gunhild Godenzi, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, Zürich 2008; Daniel Häring, *Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung - alte Zöpfe oder substanzielle Neuerungen?*, ZStrR 127 (2009), 225, 231 f.; Daniel Jositsch, *Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich 2009, § 58 N 285; Robert Fornito, *Beweisverbote im schweizerischem Strafprozess*, St. Gallen 2000, 295 f.; Gérard Piquerez/Alain Macaluso, *Procédure pénale suisse*, Manuel, 3. A., Zürich 2011, N 987; Christof Riedo/Gerhard Fiolka/Marcel Alexander Niggli, *Strafprozessrecht sowie Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Basel 2011, § 30 N 1071 ff.; Franz Riklin, *Strafprozessordnung*, Kommentar, Zürich 2010, Art. 141 N 4; Niklaus Schmid, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich 2009, N 801 f.; Wolfgang Wohlers, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zürich 2010, Art. 141 N 8 f.

¹⁶ BGer, Urteil 1B_22/2012 vom 11. Mai 2012, E. 2.4.4.

¹⁷ BGer, Urteil 1B_22/2012 vom 11. Mai 2012, E. 2.4.4.

¹⁸ Der Entscheid ist *nicht* zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen.

¹⁹ Nach wie vor ungeklärt ist, ob dieser Massstab auch bei privaten Rechtsverletzungen gilt, welche die Strafbarkeitsschwelle *nicht* überschreiten, vgl. dazu Gunhild Godenzi, *Korruptionaufklärung durch Unternehmen - ein Fluchtweg ins Dunkelfeld*, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), *Korruption in Staat und Wirtschaft*, 4. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2010, 169, 183 f.; dies. (FN 15), 170 f.; Jöhri/Studer (FN 9), FP 2010, 152 ff.

²⁰ In diesem Sinne bereits Godenzi (FN 15), 290 ff.; Gless (FN 15), Art. 141 N 43; vgl. auch Bénédicte/Treccani (FN 15), Einl. zu Art. 139-141 N 12. Anderer Ansicht Riedo/Fiolka/Niggli (FN 15), § 30 N 1080, wonach es keine Rolle spielen könne, "ob die Behörde ein Beweismittel auch von sich aus rechtmässig hätte beschaffen können", weil diese Überprüfung falsche Anreize mit Bezug auf das staatliche Strafmopol schaffe. Dieser Einwand hat Relevanz, soweit man

Aussagedelikten, sondern der Verdacht von Schwerstkriminalität im Raume steht, wird die Zukunft weisen müssen. So oder so sollte das Urteil aber als Startschuss verstanden werden, in einen vertieften Diskurs zu den *Anforderungen an die Hypothesenbildung* einzutreten. Wenn nämlich allein schon der negative Ausgang der Beweishypothese geeignet sein kann, ein Verwertungsverbot auszulösen, dann hat die Art und Weise der Hypothesenbildung - weil sie den Ausgang der Beweishypothese präjudiziert - eine ganz erhebliche praktische Bedeutung²¹.

3. ... als Anknüpfungspunkt für Anschlussstaten nach Art. 179^{bis} ff. StGB im Strafverfahren

Spinnt man die vorstehenden Verdikte des Bundesgerichts zu strafrechtswidrigen Tonband- oder Bildaufnahmen im Sinne des Art. 179^{bis} ff. StGB einmal weiter, dann tut sich noch ein ganz anderer, nicht minder brisanter Anwendungsfall dieser Strafbestimmungen auf. Gemeint ist *die strafprozessuale Verwertung* einer strafrechtswidrigen Aufnahme als *tatbestandsmässige Anschlusshandlung* im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB. Sie bringt nicht den privaten "Spitzel", sondern den Staatsanwalt oder Richter auf die Anklagebank, der das *corpus delicti* in einem Strafverfahren als Beweismittel heranzieht. Um die Rechtfertigung oder Entschuldigung *dieses Verhaltens* wird bis anhin er-

AJP 2012 S. 1243, 1247

staunlich wenig Aufhebens gemacht. Die strafrechtliche Kommentarliteratur verwendet kein Jota auf das Problem²², die Strafrechtswissenschaft hat lediglich Fussnoten dafür übrig²³, blendet die strikten Voraussetzungen strafrechtlicher Rechtfertigung aus oder beschränkt sich auf rein strafprozessuale Erwägungen zur Beweisverwertbarkeit²⁴, und

eine Hypothesenbildung - wie bei illegalen *staatlichen* Beweisbeschaffungen üblich - zur Legitimierung der Beweisverwertbarkeit einsetzen will. Er wird aber den in Bezug genommenen Ansätzen von Godenzi (FN 15), 264 ff. und Gless (FN 15), Art. 141 N 43 nicht gerecht, die eine Beweishypothese bei privaten Vortaten gerade unter umgekehrten Vorzeichen dazu einsetzen, ein abwägungsresistentes *Verwertungsverbot* zu konstituieren, falls die Strafbehörden den strafrechtswidrig privat beschafften Beweis selbst *nicht* rechtmässig hätten beschaffen können, vgl. dazu Godenzi (FN 15), 291 f.

- 21 Das Urteil wirft insoweit mehr Fragen auf, als es beantwortet. Vor allem deutet die Massgeblichkeit des auf *tatsächliche staatliche* Eingriffe zugeschnittenen Tatverdachtserfordernisses (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO) auf eine konkrete Beweishypothese hin, die bei *privaten Vortaten* aus mehreren Gründen problematisch ist, eingehend zur Hypothesenbildung nach privaten Vortaten Godenzi (FN 15), 293 ff. Nach illegalen *staatlichen* Beweiserhebungen sind angesichts der ganz anderen Funktionsweise von Beweishypothesen gewichtige Einwände gegen deren Zulassung zur Legitimierung der Beweisverwertung zu erheben, vgl. Luzia Vetterli, Gesetzesbindung im Strafprozess, Zur Geltung von Verwertungsverboten und ihrer Fernwirkung nach illegalen Zwangsmassnahmen, Zürich 2010, 295 ff.
- 22 Vgl. Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, Vol. I, 3. A., Bern 2010, Art. 179^{bis} N 16, 22, Art. 179^{ter} N 11, Art. 179^{quater} N 25 f.; von Ins/Wyder (FN 12), Art. 179^{bis} N 19 f.; Trechsel/Lieber (FN 12), Art. 179^{ter} N 4; Schubarth (FN 12), Art. 179^{bis} N 36 ff., 56; Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. A., Bern 2009, Art. 179^{bis} N 5, Art. 179^{ter} N 1.
- 23 Hans Walder, Bemerkungen zum Beweisverbot bezüglich illegal beschaffter Beweismittel, SJZ 89 [1993], 191, 193 Fn. 6: "Anzumerken ist allerdings, dass Art. 179^{bis} Abs. 2 StGB das Auswerten einer durch strafbares Aufnehmen eines Gesprächs zur Kenntnis gelangte Tatsache unter Strafe stellt (vgl. auch Art. 179^{quater} Abs. 2 StGB für optische Aufnahmegeräte). Ein Gericht könnte sich jedoch auf Art. 30 StGB berufen." Gemeint war wohl eine Rechtfertigung zufolge Amts- oder Berufspflicht gemäss Art. 32 StGB in der damaligen Fassung.
- 24 Vgl. Albert Chavanne, Les résultats de l'audiosurveillance comme preuve pénale, RIDC 1986, 749, 753 f.; Bénédicte/Treccani (FN 15), Einl. zu Art. 139-141 N 12; Erni (FN 12), 175 f.; Gauthier (FN 12), 337 ff.; Jean Gauthier, Les résultats de l'audio-surveillance comme preuve pénale en droit suisse, Rapports suisses présentés au XII^{ème} Congrès international de droit comparé, Sydney/Melbourne, 18-27 août 1986, Zürich 1987, 75 ff.; Gless (FN 15), Art. 141 N 35 ff.; Godenzi (FN 15), 311 ff.; Walther J. Habscheid, Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, beschafften Beweismitteln, SJZ 89 (1993), 185 ff.; Robert Hauser, Probleme und Tendenzen im Strafprozess, ZStrR 88 (1972), 113, 121 ff., 129 ff.;

die Rechtsprechung tut es ihr gleich²⁵. Das Kassationsgericht Zürich hat vor einigen Jahrzehnten immerhin einen siebten Sinn für etwaige strafprozessuale Konsequenzen der Art. 179^{bis} ff. StGB gehabt, als die Verwertung einer von privater Seite strafrechtswidrig erlangten Tonbandaufnahme in Streit stand: Art. 179^{ter} Abs. 2 StGB untersagte die Verwendung des heimlich angefertigten Tonbandes in einem Strafverfahren gegen die heimlich abgehörte Person²⁶. Offenbar hat seither noch kein Strafverteidiger den Versuchsballon steigen lassen, nicht nur die Verwertung eines solchen Beweises als unzulässig zu rügen, sondern darüber hinaus auch noch die beteiligten Staatsanwälte und Richter unter Verweis auf Art. 179^{bis} ff. StGB mit einer Strafanzeige zu überziehen. Dieser Aufsatz wird - rein vorsorglich - gleichwohl danach fragen, wie erfolgversprechend ein solcher Angriff der Verteidigung wohl wäre. Dazu sei die Rechtslage Schritt für Schritt durchdacht: zunächst die *Strafbarkeit* der staatlichen Akteure nach Art. 179^{bis} ff. StGB wegen der Verwertung einer strafrechtswidrig iSv Art. 179^{bis} ff. StGB hergestellten Aufnahme bzw. der dadurch gewonnenen Erkenntnisse im Strafverfahren gegen den Bespitzelten (II.) und/oder gegen den Spitzel (III.), danach die Folgefrage nach der *strafprozessualen Verwertbarkeit* des Materials in einem Strafverfahren (IV.).

AJP 2012 S. 1243, 1248

II. Strafbarkeit der Beweisverwertung im Strafverfahren gegen den Bespitzelten

Fehlberatungen, überzogene Versprechungen, falsche Zusicherungen, zweideutige Warnungen und zahllose andere Vorgänge unter vier Augen, die ab und an auch einen Straftatverdacht begründen oder erhärten würden, sind im Fall der Fälle oft nur schwer zu beweisen. Darum können, rein kriminalistisch betrachtet, gerade *heimliche* Gesprächs- oder Bildaufnahmen besonders kostbare Beweisstücke in einem etwaigen Strafverfahren gegen den Bespitzelten sein. Zum einen kehrt sich mit ihnen allzu oft

Hurtado Pozo (FN 5), N 2213 f.; Jositsch (FN 15), § 58 N 285; Metzger (FN 12), 141 ff.; Heinz Mönkehaus, Das Tonband im Strafverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und schweizerischen Rechts, Basel 1970, 120 ff., 191 ff., 229 ff.; Piquerez/Macaluso (FN 15), N 987; Riedo/Fiolka/Niggli (FN 15), § 30 N 1073, 1076 ff.; Riklin (FN 15), Art. 141 N 4; Schmid (FN 15), N 801 f.; Schubarth (FN 12), Art. 179^{bis} N 36 ff., 56; Leo Staub, Tonaufnahmen als Mittel zur Aufdeckung von Straftaten, insbesondere im Kanton St. Gallen, Zürich 1985, 198 ff.; Günter Stratenwerth/Guido Jenny/Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil Band I, 7. A., Bern 2010, § 12 N 31, 35; Wohlers (FN 15), Art. 141 N 8 f. Soweit ersichtlich, hat sich bisher vor allem Hauser (FN 3), 139 ff., 146 ff. mit den Schwierigkeiten einer strafrechtlichen Rechtfertigung des Verwertungsaktes auseinandergesetzt, allerdings mit Blick auf die Verwertung strafrechtswidriger Tonband- oder Bildaufnahmen im Sinne des Art. 179^{bis} ff. StGB *im Zivilprozess*, wo andere Überlegungen zum Zuge kommen. Die auch heutzutage noch viel zitierten, grundlegenden Überlegungen von Walder (FN 12) zur Verwertbarkeit rechtswidrig beschaffter Beweise im Strafprozess sind einige Jahre vor Inkrafttreten der Art. 179^{bis} ff. StGB entwickelt worden und daher, soweit es Tonband- oder Bildaufnahmen betrifft, nur beschränkt auf die Rechtslage ab 1969 übertragbar. Dasselbe gilt für Heinz Aeppli, Das Tonband im Strafverfahren, SJZ 55 (1959), 217 ff.; Jean Graven, L'emploi du magnétophone dans la procédure pénale, ZStrR 73 (1958), 361 ff.; Hans Pfenninger, Das Tonband im schweizerischen Strafverfahren, SJZ 54 (1958), 281 ff.

²⁵ Vgl. BGE 109 Ia 244 ff.; BGE 114 IV 20, 23; BGer, Urteil 1A.314/2000 vom 5. März 2001, E. 6; BGer, Urteil 1P.508/2005 vom 14.11.2005, E. 5.4; BGer, Urteil vom 12. November 2009, 6B_536/2009, E. 3.2; BGer, Urteil 1B_22/2012 vom 11. Mai 2012; OGer Bern, Beschluss vom 13. Juli 2011 (BK 11 93); OGer ZH, ZR 82 (1983), Nr. 33 für den Zivilprozess; anknüpfend an BGE 109 Ia 244 auch BGE 131 I 272, 278, 280 ff. für eine *polizeiliche* Videoüberwachung einer Tiefgarage unter Missachtung der richterlichen Bewilligungspflicht.

²⁶ KassGer ZH, ZR 73 (1974) Nr. 44 = SJZ 71 (1975), 60 ff., ohne sich zum Problem einer etwaigen *Strafbarkeit* des zuständigen Bezirksanwaltes nach Art. 179^{bis} ff. StGB wegen der Beweisverwertung zu äussern. Hauser (FN 3), 146 ff. hat diesen Entscheid einst auf die Beweisverwertung im *Zivilprozess* übertragen, in diesem Zusammenhang dargelegt, dass die strafrechtliche Rechtfertigung des Verwertungsaktes zur Beweisführung im *Zivilprozess* in der Regel scheitert und daher ein kategorisches Verwertungsverbot gefordert. Ob dieselben Überlegungen und ein gleichermassen striktes Verwertungsverbot auch für den Strafprozess gelten müssten, liess er ausdrücklich offen.

das wahre Gesicht des Eingriffsbetroffenen nach aussen, zum anderen sind sie ein Mittel der Beweissicherung, das wie kaum ein anderer "Augenschein" Zuverlässigkeit verbürgt²⁷. Der denkbare Einwand möglicher Verfälschung der Aufzeichnung durch nachträgliches Schneiden des Bandes oder durch nachträgliche Bildbearbeitung verfängt höchstens in Extremfällen, in denen den Strafverfolgern glatte Manipulation unterstellt werden kann²⁸. Da es für solche Annahmen kaum jemals die nötigen Tatsachengrundlagen geben wird, ist für gewöhnlich ein gewichtiges staatliches Interesse an der Beweisverwertung vorhanden²⁹.

1. Tatbestandsmässigkeit der strafprozessualen Verwertung der Aufzeichnungen nach Art. 179^{bis} ff. StGB

Die Begehrlichkeiten der Strafbehörden nach einer Beweisführung mit heimlichen Tonband- oder Bildaufnahmen geraten allerdings in Konflikt mit dem strafrechtlichen Schutz der Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes und der Geheim- und Privatsphäre vor visueller Bespitzelung, Art. 179^{bis} ff. StGB. So ist bei Verletzungen des persönlichen Geheim- oder Privatbereichs durch Tonaufnahmen oder Bildaufnahmen, wie eingangs angeklungen, nicht nur die Fixierung des Gesprochenen bzw. des Gesehen auf einen Ton- oder Bildträger, sondern auch eine ganze Reihe von Anschlussstaten nach Art. 179^{bis} ff. StGB strafbar. Der Gesetzgeber hat absichtlich weit ausgeholt, um den strafrechtlichen Schutz zu "vervollständigen"³⁰: Es ist jedermann untersagt, durch eine strafbare Handlung im Sinne des Ausgangstatbestandes zu seiner Kenntnis gelangte Tatsachen auszuwerten oder sie einem Dritten bekanntzugeben (Art. 179^{bis} Abs. 2, Art. 179^{quater} Abs. 2 StGB) oder die durch eine strafbare Handlung im Sinne des Ausgangstatbestandes hergestellte Aufnahme auszuwerten (Art. 179^{ter} Abs. 2 StGB)³¹; und bezogen auf den faktisch vorhandenen Gegenstand ist es verboten, die strafrechtswidrig hergestellte Aufnahme aufzubewahren oder sie einem Dritten zugänglich zu machen (Absätze 3). Die für die Anschlussstaten unverzichtbare "strafbare" Primärhandlung ist gegeben, wenn der Vortäter tatbestandsmässig und rechtswidrig gehandelt hat, es soll - analog zur Hehlerei - nicht darauf ankommen, ob das Verhalten auch schuldhaft gewesen ist³².

Eine strafprozessuale "Verwertung" von Tonband- oder Bildaufnahmen liegt vor, wenn die Strafbehörden ihre Zwischenentscheide oder ihre Urteilsfindung auf solche Beweise stützen³³. Auf die Art. 179^{bis} ff. StGB umgemünzt, findet dieser strafprozessuale Vorgang sein strafrechtliches Pendant am ehesten in der Tathandlungsvariante der "Auswertung" des strafrechtswidrig gewonnenen Materials.

27 Vgl. Bernhard Kramer, Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozess, NJW 1990, 1760; Metzger (FN 12), 142 f.

28 Vgl. zur Fälschung/Verfälschung von Tonband- oder Bildaufnahmen Hauser (FN 3), 147; Mönkehaus (FN 24), 23 ff.

29 Kramer (FN 27), 1760.

30 Vgl. Botschaft (FN 2), 593; Corboz (FN 22), N 19.

31 Die in Art. 179^{ter} StGB im deutschsprachigen Gesetzestext vorhandene Tatbestandsalternative "einem Dritten vom Inhalt der Aufnahme Kenntnis geben" fehlt in den romanischen Fassungen und ist nach allgemeiner Auffassung ein gesetzgeberisches Versehen, vgl. Corboz (FN 22), Art. 179^{ter} N 7; von Ins/Wyder (FN 12), Art. 179^{ter} N 13 m.w.N.

32 Corboz (FN 22), N 17; Schubarth (FN 12), Art. 179^{bis} N 48; Stratenwerth/Jenny/Bommer (FN 24), § 12 N 34.

33 Vgl. zu den Unsicherheiten bei der Definition der "Beweisverwertung" und den (auch dadurch bedingten) Unklarheiten zur Reichweite von Beweisverwertungsverboten je m.w.N. Andreas Donatsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 105 f.; Gless (FN 15), Art. 141 N 35 ff.; Jositsch (FN 15), § 58 N 284 f.; Mark Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2009, 151 f.; Piquerez/Macaluso (FN 15), N 984 f.; Riedo/Fiolka/Niggli (FN 15), § 30 N 1055 ff.; Riklin (FN 15), Art. 141 N 8; Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 141 N 12 ff.; Schmid (FN 15), N 798 ff.; Jürg Sollberger, in: Peter Goldschmid/Thomas Maurer/Jürg Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008, Art. 141, S. 126; Wohlers (FN 15), Art. 141 N 1; Vetterli (FN 21), 295 ff.

Diese verlangt nach allgemeiner Auffassung lediglich, dass der Täter die durch eine strafbare Handlung im Sinne des Ausgangstatbestandes zu seiner Kenntnis gelangten Tatsachen bzw. die Aufnahme irgendwie zu seinem Vorteil benutzt³⁴, was bereits mit der blossen Kenntnisnahme der technisch fixierten Informa-

AJP 2012 S. 1243, 1249

tionen der Fall sein soll³⁵. Nach diesem Verständnis müsste schon die akustische Reproduktion des Tonbandes oder die Inaugenscheinnahme der Bildaufzeichnung im Rahmen der *Beweiserhebung* unter das Tatbestandsmerkmal des "Auswertens" subsumiert werden³⁶, erst recht tatbestandsmässig ist dann die daran anknüpfende *Beweisverwertung* zu Lasten der beschuldigten Person im Rahmen einer Entscheidungsbegründung³⁷.

Dem fallführenden Staatsanwalt und dem urteilenden Richter könnte daher auf tatbestandlicher Stufe nur eine teleologische Reduktion des Normtextes helfen. So ist immerhin diskutabel, ob unter Verweis auf den *Normzweck* eine Benutzung der Aufzeichnung zu Beweis Zwecken im Strafverfahren vom Anwendungsbereich der Art. 179^{bis} ff. StGB auszunehmen wäre. Genauer besehen ist diese Lösung jedoch abzulehnen. Die Privat- oder Geheimsphäre des Betroffenen - das Schutzgut der Art. 179^{bis} ff. StGB - wird durch die Verwertung der Informationen im Rahmen eines hoheitlichen Entscheides ganz empfindlich getroffen, weil sich darin die ursprüngliche Rechtsverletzung wiederholt³⁸. Obendrein schwächt die Zulassung von Verwertungshandlungen das Aufnahmeverbot. Für die Art. 179^{bis} ff. StGB ist nämlich charakteristisch, dass den hinter den Strafnormen stehenden Verhaltensanweisungen oftmals gerade zu dem Zweck getrotzt wird, in vermeintlich überwiegenden Interessen oder unter Inkaufnahme der eigenen Strafbarkeit handfeste Beweise gegen das Eingriffsoffer zu sichern. Ist diese Primärhandlung aber als strafrechtswidrig taxiert worden, so trägt am Ende das Unrecht einen Teilsieg³⁹ davon, wenn die Aufnahme in einem späteren Strafverfahren gegen das Eingriffsoffer dann doch als Beweismittel genutzt werden darf⁴⁰. Die Tatbestände sind daher unter diesem Gesichtspunkt keineswegs zu weit geraten.

2. Tücken einer Rechtfertigung oder Entschuldigung

Nun liegt auf der Hand, dass es nicht per se strafbar sein kann, tatbestandsmässige Handlungen nach Art. 179^{bis} ff. StGB vorzunehmen⁴¹. Als Rettungsanker bieten sich die allgemeinen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe an, denn immerhin hat der agierende Staatsanwalt oder Richter, wie gesehen⁴², bei Erkenntnissen aus strafrechtswidrigen Tonband- oder Bildaufnahmen zumeist ein gewichtiges staatliches Interesse an der Beweisverwertung auf seiner Seite. Methodisch gedacht ist damit die Frage auf dem Tisch, inwiefern diese staatlichen Verwertungsinteressen innerhalb der

³⁴ Corboz (FN 22), Art. 179^{bis} N 19; Erni (FN 12), 149; von Ins/Wyder (FN 12), Art. 179^{bis} N 19 f.; Trechsel/Lieber (FN 12), Art. 179^{ter} N 4; Schubarth (FN 12), Art. 179^{bis} N 36 ff., 56; Donatsch (FN 5), 347; Stratenwerth/Wohlers (FN 22), Art. 179^{bis} N 4.

³⁵ Von Ins/Wyder (FN 12), Art. 179^{bis} N 24.

³⁶ Solange der Inhalt/Gegenstand der Aufzeichnung oder die Umstände der Beschaffung unklar sind, wird es allerdings bei der Beweisaufnahme - ebenso bei der Aufbewahrung der Aufnahme oder deren Weiterleitung - noch am Vorsatz fehlen.

³⁷ So auch das KassGer ZH, ZR 73 (1974) Nr. 44, E. 3.

³⁸ Vgl. KassGer ZH, ZR 73 (1974) Nr. 44, E. 3 und E. 6; Hauser (FN 3), 147; Kramer (FN 27), 1763; Mönkehaus (FN 24), 237 f.; Schubarth (FN 12), Art. 179^{bis} N 7.

³⁹ Natürlich droht dem Spitzel wegen der Primäraufnahme eine strafrechtliche Verurteilung.

⁴⁰ Vgl. KassGer ZH, ZR 73 (1974) Nr. 44, E. 3; Botschaft (FN 2), 593; Hauser (FN 3), 147; Schubarth (FN 12), Art. 179^{bis} N 60; Gerade dieses Argument wird auch sonst - meist im sprachlichen Gewand der "staatlichen Beweismittelhehlerei" - für ein Verwertungsverbot nach illegaler privater Beweisbeschaffung angeführt, vgl. dazu Godenzi (FN 15), 194 ff.

⁴¹ Vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer (FN 24), § 12 N 29.

⁴² Vgl. einleitend zu II.

materiellrechtlichen Prüfung von Art. 179^{bis} ff. StGB auf den Ebenen Rechtswidrigkeit oder Schuld zum Durchbruch kommen können.

a. Beweisnotstand

Einen eigentlichen "Beweisnotstand" als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund kennt die Rechtsordnung nicht. Soweit damit also in Tat und Wahrheit auf Notstand oder Nothilfe iSv Art. 17 oder 18 StGB rekuriert wird⁴³, ist die Anwendung dieser Bestimmungen gleich aus mehreren Gründen zum Scheitern verurteilt. Vorab müsste dem Staat nach zutreffender Auffassung bereits die Berufung auf Notstand verwehrt werden, weil die staatliche Beanspruchung der Notstandsgrundsätze Tür und Tor öffnet für Eingriffe, die vom Gesetz im Verhältnis Staat-Bürger nicht zugelassen sind⁴⁴. Sodann wird es schwierig, ein notstandsfähiges Individualrechtsgut auszumachen, wenn primär der staatliche Strafverfolgungsanspruch oder die Effizienz der Strafrechtspflege - mag sie auch der Prävention von Angriffen auf Individualrechtsgüter dienen⁴⁵ - auf dem Spiel stehen⁴⁶.

AJP 2012 S. 1243, 1250

Und schliesslich sei angemerkt, dass bei der vermeintlichen "Notstandshandlung" - der Beweisverwertung - das Subsidiaritätserfordernis⁴⁷, wo es erfüllt wäre, Folgeprobleme zur Verfahrensfairness provoziert. Ganz gleich wie man es dreht und wendet: Entweder gibt es neben dem deliktisch beschafften Mitschnitt noch genügend andere tragfähige Beweismittel - dann liesse sich die Gefahr eines Freispruchs aus Mangel an Beweisen auch anders abwenden und ein Zwischenentscheid auch anderweitig absichern als durch die Verwertung der Aufzeichnung. Oder aber die Verwertung der Aufzeichnung ist tatsächlich ultima ratio für die Entscheidungsfindung - dann aber gerät der Vorgang womöglich in Konflikt mit einer EMRK-konformen Auslegung des Fairnessgebots im Strafverfahren (Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO, Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 IPBPR). Zwar hält sich der EGMR mit zwingenden Ausschlussregeln für rechtswidrig gewonnene Beweise (übermässig) zurück⁴⁸, doch befindet sich nach der bisherigen Spruchpraxis zu Art. 6 EMRK und dem Stimmengewirr im Schrifttum auf

43 Vgl. BGer, Urteil 6P.79/2006 vom 6. Oktober 2006, E. 8 (Rechtfertigung wegen "Beweisnotstands" am Subsidiaritätsgrundsatz gescheitert); Bénédicte/Treccani (FN 15), Einl. zu Art. 139-141 N 12.

44 Vgl. Gilles Monnier, in: Robert Roth/Laurent Moreillon (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Basel 2009, Art. 17 N 13; Kurt Seelmann, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 2. A., Basel 2007, Art. 17 N 15; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. A., Bern 2011, § 10 N 93.

45 Eine Gefahr, die übrigens auch keineswegs "gegenwärtig" im Sinne des Art. 17 f. StGB wäre.

46 Vgl. auch KassGer ZH, ZR 73 (1974) Nr. 44, E. 3, wonach in der Verwertung keine Handlung zur Rettung von Rechtsgütern des Beschwerdegegners gesehen werden könne. Und im Zusammenhang mit der fehlenden Beschwerdebefugnis des Geschädigten BGE 136 IV 29, 39: "Der Geschädigte hat an der strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung des Beschuldigten nur ein tatsächliches beziehungsweise mittelbares, aber kein rechtlich geschütztes Interesse, da der Strafanspruch allein dem Staat zusteht."

47 BGer, Urteil 6P.79/2006 vom 6. Oktober 2006, E. 8; Hauser (FN 3), 150 f.; Monnier (FN 45), Art. 17 N 10; Franz Riklin, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenlehre, 3. A., Zürich 2007, § 14 N 49; Bénédicte/Treccani (FN 15), Einl. zu Art. 139-141 N 12.

48 Vgl. insbesondere EGMR, Urteil v. 12. Juli 1988-10862/84, *Schenk vs. Schweiz* (Verwertbarkeit illegaler privater Tonbandaufnahmen); EGMR, Urteil v. 12. Mai 2000-35394/97 - *Khan vs. Vereinigtes Königreich*, §§ 34 ff. (staatliche Hörfälle; nationales Gericht habe sich zulässigerweise allein auf einen konventionswidrig erlangten Beweis abgestützt); EGMR, Urteil v. 11. Juli 2006-54810/00 - *Jalloh vs. Deutschland* (Einsatz von Brechmitteln und Verwertungsverbot für dadurch erlangte Beweismittel); EGMR, Urteil v. 28. Juni 2007-36549/03 - *Harutyunyan vs. Armenien* (Verwertungsverbot bei Beweismitteln, die durch Folter gewonnen worden sind); EGMR, Urteil v. 30. Juni 2008-22978/05 - *Gäfgen vs. Deutschland* (Verwertungsverbot bei Beweismitteln, die durch Androhung von Folter gewonnen worden sind).

dünnem Eis, wer sein Verdikt allein oder doch massgeblich auf ein rechtswidrig beschafftes Beweismittel abstützen muss⁴⁹.

b. Wahrung berechtigter Interessen

Das ganze Dilemma wiederholt sich, wenn man zur Legitimierung der Verwertungshandlung von den gesetzlichen Notstandsbestimmungen auf den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der "Wahrung berechtigter Interessen" ausweicht. Von einer Amtsperson zur Wahrung der Strafverfolgungsinteressen angerufen, kann ein solches Manöver gleichermassen Eingriffsbeschränkungen im Staat-Bürgerverhältnis unterwandern, zumal es generell geeignet ist, die vorgespurte Kollisionsauflösung der positivierten Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe auszuhebeln⁵⁰. Von daher unterwirft das Bundesgericht den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen, wo es ihn überhaupt zulässt, mit gutem Grund ähnlichen Restriktionen, wie sie der gesetzliche Notstand vorsieht. Verlangt wird, dass die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel ist, sie insoweit den einzig möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, welche der Täter zu wahren sucht⁵¹. Falls der Entscheid des Staatsanwalts oder Richters also tatsächlich nur bei Verwertung der strafrechtswidrig hergestellten Aufnahme tragfähig ist, eckt er aus den bereits dargestellten Gründen am Ende wieder beim Fairnessgebot des Art. 6 EMRK an.

c. Art. 14 StGB i.V.m. der Aufklärungspflicht der Strafbehörden

Gerade *weil* man den Staat bis hierhin auf seine gesetzlichen Befugnisse verwiesen hat und *weil* eben nicht *irgendeine* Auswertung der Aufnahmen, sondern die Erfüllung staatlicher Aufgaben in Rede steht, gelangt man zu einem Rechtfertigungsgrund, der für diese Konstellation wie gemacht scheint⁵²: Art. 14 StGB iVm der Aufklärungspflicht der Strafbehörden (Art. 6 StPO) und dem Grundsatz, dazu alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einzusetzen, die rechtlich zulässig

AJP 2012 S. 1243, 1251

sind (Art. 139 Abs. 1 StPO). Zwei Umstände kommen den staatlichen Akteuren bei dieser Rechtfertigungsvariante entgegen. Zum einen ist die Rechtsprechung bei der Auffindung von "Gesetzen" als Quellen der Rechtfertigung seit jeher grosszügig gewesen, wenn die Strafbarkeit eines Hoheitsträgers drohte⁵³. Und zum anderen ist "konsequenter" Widerstand gegen flexible Weiterungen der Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe gerade beim strafrechtlichen Schutz der Persönlichkeit, des Rechts am eigenen Wort und des Rechts am eigenen Bild nach Art. 179^{bis} ff. StGB nur schwer aus- und durchzuhalten. Eine Lockerung des Rechts durch die Praxis dürfte in

49 Vgl. zur neueren Rechtspraxis des EGMR betr. die Beweisverwertung und der vielfältigen Kritik des Schrifttums je m.w.N. die Darstellungen bei Bénédicte/Treccani (FN 15), Art. 141 N 26; Karsten Gaede, Fairness als Teilhabe, Zürich 2005, 804 ff.; Gless (FN 15), Art. 139 N 12; Sebastian Lubig/Johanna Sprenger, Beweisverwertungsverbote aus dem Fairnessgebot des Art. 6 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, ZIS 2008, 433, 463 ff.; Vetterli (FN 21), 115 ff.

50 Stefan Trechsel/Marc Jean-Richard-dit-Bressel, in: Stefan Trechsel et. al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 17 N 4; Riklin (FN 47), § 14 N 71; Seelmann (FN 44), Art. 14 N 25.

51 BGE 134 IV 216, 226; BGE 127 IV 122, 135; BGer, Urteil vom 7. Oktober 2008, 6B_225/2008, E. 3.2; vgl. Riklin (FN 11), 180, 184 mit Kritik an der (allzu) strikten Anwendung der Formel im Kassensturzfall; Stratenwerth/Wohlens (FN 22), Art. 17 N 6.

52 Vgl. zur Relevanz von Art. 14 StGB bei amtlichen Eingriffen Monnier (FN 44), Art. 14 N 33; Stratenwerth/Wohlens (FN 24), Art. 14 N 1; Stratenwerth (FN 44), § 10 N 98 auch zu den Schwierigkeiten, angesichts von Regelungsdefiziten im kantonalen Recht stets eine hinreichende gesetzliche Grundlage für amtliche Eingriffe zu finden.

53 Vgl. BGE 94 IV 5, 7; 121 IV 124; Andreas Donatsch/Brigitte Tag, Strafrecht I, 8. A., Zürich 2006, 240 f. zur gängigen Praxis: "Als Gesetz i.S. des Art. 14 kommt jede von der zuständigen Stelle erlassene generell-abstrakte Bestimmung - sei sie strafrechtlicher oder zivilrechtlicher Art - in Betracht, sie kann demnach auch bloss in einer Verordnung oder einem Dienstreglement enthalten sein."; zur Kritik an dieser Praxis vgl. Stratenwerth/Wohlens (FN 24), Art. 14 N 2; Stratenwerth (FN 44), § 10 N 98.

diesem Bereich ja nicht selten aus der Not geboren sein, weil die Tatbestände "teilweise sehr erheblich über das Erforderliche und Vernünftige hinausgehen."⁵⁴ Ist unter solch günstigen Vorzeichen die "Auswertung" der Ton- oder Bildaufnahmen durch den Staatsanwalt oder Richter also womöglich nach Art. 14 StGB i.V.m. der Aufklärungspflicht der Strafbehörden gutzuheissen?

So unbequem die Antwort auch sein mag, sie muss negativ ausfallen⁵⁵. Vorab müsste zur Rechtfertigung des Verhaltens unterstellt werden, was an sich erst herzuleiten wäre, nämlich dass die Aufklärungspflicht auch die Auswertung strafrechtswidrig erstellter Tonband- oder Bildaufnahmen gebietet, obwohl die tatbestandliche Fassung der Art. 179^{bis} ff. StGB genau das Gegenteil indiziert. Einhalt ist aber schon an früherer Stelle, bei der Zulassung eines solchen Argumentationsmusters geboten. Sobald man die Aufklärungspflicht der Strafbehörden über Art. 14 StGB als allgemeinen Rechtfertigungsgrund einführt, wären die Mitarbeiter der Strafbehörden im Rahmen der Strafverfolgung vor strafrechtlichen Sanktionen weitestgehend gefeit. Der Unrechtsausschluss würde ja nicht nur bereichsweise, allein bei den Art. 179^{bis} ff. StGB wirksam, sondern müsste bei jedweder tatbestandsmässigen Handlung einsetzen. Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung anlässlich einer Durchsuchung, Freiheitsberaubung und Nötigung bei der Festnahme - all dies wäre rein strafrechtlich gesehen⁵⁶ ohne Spezialermächtigung legitim, solange es nur im Namen der Wahrheitserforschung geschieht. Die Aufklärungspflicht würde zur Generalermächtigung par excellence erhoben, allenfalls korrigiert durch gewisse "zusätzliche gesetzliche Voraussetzungen", die in "einschränkenden" Spezialermächtigungen zur jeweiligen Zwangsmassnahme verankert sind. Verkehrte Welt - jedenfalls in einem liberalen Staat, der den Vorrang bürgerlicher Freiheit auch im Strafverfahren kennt.

Diese fürwahr beklemmende Folgekalkulation verdeutlicht, dass eine Rechtfertigung tatbestandlicher Handlungen iSv Art. 179^{bis} ff. StGB im Rahmen der Strafverfolgungstätigkeit nur auf einem Wege gelingen kann und darf: Für Verwertungshandlungen im Strafverfahren, die den Tatbestand der Art. 179^{bis} ff. StGB erfüllen, müsste es eine spezielle Ermächtigung oder einen ausdrücklichen Vorbehalt wie in Art. 179^{quinquies} StGB (Nicht strafbares Aufnehmen)⁵⁷ oder Art. 179^{octies} StGB (Amtliche Überwachung, Straflosigkeit)⁵⁸ geben. Eine Sondervorschrift für staatliche Auswertungshandlungen im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB ist de lege lata aber nicht zu finden. Die Regelung des Art. 179^{octies} StGB zur Straflosigkeit der amtlichen Überwachung gilt für illegale *private* Eingangshandlungen nicht. Und auch staatliche Zwangsbefugnisse wie etwa ein Recht zur Beschlagnahme der Aufzeichnungen sind kein Freibrief für die anschliessende Benutzung des Beweises auf strafbare Art und Weise. Dies alles bedeutet für die Strafbarkeit der staatlichen Akteure nach Art. 179^{bis} ff. StGB: Sie machen sich durch die Auswertung einer strafrechtswidrig erstellten Ton- oder Bildaufnahme im Strafverfahren in gleicher Weise straf-

54 Vgl. Stratenwerth/Jenny/Bommer (FN 25), § 12 N 20; Riklin (FN 3), 75.

55 Im Ergebnis ebenso Habscheid (FN 15), 185, 191: "Überhaupt spielt die Frage Untersuchungs- oder Verhandlungsgrundsatz keine Rolle für eine Rechtfertigung des Eingriffs in verfassungsgeschützte Rechte."; vgl. auch Hauser (FN 3), 149 f. bezogen auf den zivilprozessualen Verwertungsakt; Mönkehaus (FN 24), 191 f.

56 Vgl. zum grundrechtlichen Erfordernis einer Spezialermächtigung und den Konsequenzen für die Beweisverwertung im Strafprozess Vetterli (FN 21), 168 ff. m.w.N.; analog für den Zivilprozess Hauser (FN 3), 139, 146 ff.

57 "1 Weder nach Artikel 179^{bis} Absatz 1 noch nach Artikel 179^{ter} Absatz 1 macht sich strafbar, wer als Gesprächsteilnehmer oder Abonnent eines beteiligten Anschlusses Fernmeldegespräche: a. mit Hilfs-, Rettungs- und Sicherheitsdiensten aufnimmt; b. im Geschäftsverkehr aufnimmt, welche Bestellungen, Aufträge, Reservationen und ähnliche Geschäftsvorfälle zum Inhalt haben. 2 Hinsichtlich der Verwertung der Aufnahmen gemäss Absatz 1 sind die Artikel 179^{bis} Absätze 2 und 3 sowie 179^{ter} Absatz 2 sinngemäss anwendbar."

58 "1 Wer in Ausübung ausdrücklicher, gesetzlicher Befugnis die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs einer Person anordnet oder durchführt oder technische Überwachungsgeräte (Art. 179^{bis} ff.) einsetzt, ist nicht strafbar, wenn unverzüglich die Genehmigung des zuständigen Richters eingeholt wird."

bar wie jeder andere Mensch auch - soweit die subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen vorliegen⁵⁹.

III. Strafbarkeit der Beweisverwertung im Strafverfahren gegen den Spitzel

Alledem ist noch eine Randnotiz zur Verwertung des "corpus delicti" im Strafverfahren gegen den *Spitzel* anzufügen, wenn es darum geht, die Strafdrohungen der Art. 179^{bis} ff. StGB ihm gegenüber durchzusetzen. Nicht einmal in dieser Konstellation gibt das Recht einfach grünes Licht. Eine teleologische Reduktion des Tatbestandes ist problematisch, weil sie den Umgang mit privaten Angelegenheiten im Strafverfahren über den Kopf des Schutzbedürftigen hinweg a priori legalisiert, obwohl sich die Beweisverwertung in ihren tatsächlichen Auswirkungen leicht zu dessen Nachteil auswirken kann⁶⁰. Will man diese Lösung nicht, dann muss eine tatbestandsausschliessende⁶¹ Einwilligung des/der Betroffenen her. Da der "Verletzte" ohnehin Strafantrag gestellt haben muss, damit ein Strafverfahren gegen die beschuldigte Person nach Art. 179^{bis} ff. StGB überhaupt in Gang kommt, kann diese Initiative - solange sie Bestand hat (Art. 33 StGB) - wohlwollend⁶² als konkludente Einwilligung in eine strafprozessuale Verwertung der Aufnahme ausgelegt oder sicherheitshalber eine ausdrückliche Einwilligung eingeholt werden. Ein Strafantrag unter der Bedingung, dass die Aufnahme im Verfahren nicht verwertet wird, wäre ungültig⁶³. Hat der Aufnahmevorgang allerdings zugleich die Privat- oder Geheimsphäre verfahrensunbeteiligter Dritter verletzt, bleibt kein anderer Weg, als zusätzlich deren Einwilligung in den Verwertungsakt einzuholen, weil jeder Betroffene nur für sich einwilligen kann⁶⁴. Wird die Einwilligung auch nur von einem der Betroffenen verweigert, kann zwar das Strafverfahren antragsgemäss an die Hand genommen werden, doch droht den staatlichen Akteuren für den Fall der Verwertung der Aufnahme einmal mehr Strafbarkeit nach Art. 179^{bis} ff. StGB. Daran ändert auch die allgemeine Verpflichtung der Strafbehörden zur Begründung ihrer Entscheide⁶⁵ nichts, denn dieser Aufgabe können sie auch ohne eine Auswertung/Verwertung der Aufnahme bzw. der technisch fixierten Informationen nachkommen, indem sie die Entscheidfindung an vorbestehenden Schranken der Beweisführung ausrichten.

⁵⁹ Anderer Ansicht Walder (FN 23), 191, 193 Fn. 6: Rechtfertigung der Verwertung durch die Amtspflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts; vgl. aus dem strafrechtlichen Schrifttum Erni (FN 12), 175 f.: Rechtfertigung der Verwertung durch das "Prinzip der Interessenabwägung", ebenso Metzger (FN 12), 141 ff., 143 in Anlehnung an Walder (FN 12): Rechtfertigung der Verwertung durch fallweise Abwägung.

⁶⁰ Vgl. Botschaft (FN 2), 594, weshalb man auch das Strafantragserfordernis eingeführt hat.

⁶¹ Vgl. Botschaft (FN 2), 593, wonach die Einwilligung als Tatbestandsmerkmal konstruiert wurde, auf das sich der Vorsatz des Täters beziehen muss. Für einen Tatbestandsausschluss auch Donatsch (FN 5), 385; Hurtado Pozo (FN 5), N 2211; Metzger (FN 12), 109; Stratenwerth/Jenny/Bommer (FN 25), § 12 N 29.

⁶² Dass der Strafantragsteller die Strafverfolgung stets auch um den Preis einer etwaigen Auswertung der Aufnahme bzw. der aus der Aufnahme gewonnenen Kenntnisse will, kann nicht ohne Weiteres unterstellt werden und, je nach Voraussetzungen, die man an eine Einwilligung im Rahmen der Art. 179^{bis} ff. StGB knüpft, ein beachtlicher Willensmangel oder Irrtum sein. Vgl. zur Notwendigkeit, Einwilligungsvoraussetzungen differenziert mit Blick auf den jeweiligen Tatbestand festzulegen, Stratenwerth (FN 44), § 10 N 7 f.

⁶³ Vgl. zur Bedingungsfeindlichkeit des Strafantrags, die jedenfalls dann gilt, wenn die Erfüllung der Bedingung - wie hier - nicht vom Willen des Täters abhängt, Christof Riedo, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 2. A., Basel 2007, Art. 30 N 38 m.w.N.

⁶⁴ Vgl. Metzger (FN 12), 110: Aus den Artikeln 179^{bis}, 179^{ter} und 179^{quater} StGB folge implizit, dass ein Eingriff in den persönlichen Geheimbereich strafrechtlich nur dann irrelevant sei, wenn die Einwilligung *sämtlicher* davon betroffener Personen vorliege.

⁶⁵ Vgl. zur Pflicht des Richters zur Entscheidungsbegründung als "Rechtfertigungsgrund" BGE 106 IV 179, 181; BGE 116 IV 211, 213 f.

IV. Strafprozessuale Vorgaben der Art. 179^{bis} ff. StGB bei der Beweisverwertung im Strafverfahren

Nun zum Folgeproblem, der strafprozessualen Verwertbarkeit der Beweise. Dass danach überhaupt gesondert gefragt wird, erklärt sich aus der prinzipiellen Trennung von materiellem und formellem Recht und der unterschiedlichen Funktionsweise der beiden Rechtskreise. Das materielle Strafrecht regelt die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen von Straftaten, während sich das Verfahren zur Verhängung staatlicher Strafen, die Verwertbarkeit von Beweisen eingeschlossen, nach formellem Strafrecht, namentlich der Strafprozessordnung, bestimmt⁶⁶. Ein explizites Verwertungsverbot als Rechtsfolge einer Straftat kennt das materielle Strafrecht nicht. Es ist daher durchaus richtig, wenn die Rechtsprechung darauf beharrt, dass aus der strafrechtswidrigen Erlangung von Beweisen durch Privatpersonen nicht zwangsläufig ein strafprozes-

AJP 2012 S. 1243, 1253

suales Verwertungsverbot folgt⁶⁷. Insbesondere verfängt das Argument, das bei verfahrenswidriger *staatlicher* Beweiserhebung plausibel ist, nämlich dass der Staat für *seinen* Rechtsverstoß bei der Beweisbeschaffung mit einem Verwertungsverbot einzustehen hat⁶⁸, bei vorangegangener *privater* Beweisbeschaffung nicht⁶⁹.

Beim Umgang mit strafrechtswidrigen Tonband- oder Bildaufnahmen im Sinne des Art. 179^{bis} ff. StGB ist die materiellrechtliche Ausgangslage aber ungewohnt anders und gerade deshalb fällt sie aus diesem allgemeinen Rahmen heraus. Bei den Tathandlungsvarianten der Art. 179^{bis} ff. StGB tritt, wenn sie von staatlichen Akteuren im Strafverfahren durch den Akt der Beweisverwertung verwirklicht werden, zum strafrechtlichen Unwerturteil eine strafprozessuale Wertung hinzu. Denn die Bestimmungen sprechen, auch wenn sie zunächst einmal die *Strafbarkeit* der Auswertung heimlicher Tonband- oder Bildaufnahmen regeln, der Sache nach genau dasselbe aus, wie in der StPO normierte absolute Verwertungsverbote auch: Die Nutzung des Materials ist tabu. Dieses Machtwort des Gesetzgebers gilt - in Ermangelung allgemeiner Rechtfertigungsgründe oder einer expliziten Ausnahmeklausel - auch für tatbestandsmässige Handlungen der staatlichen Akteure im Strafverfahren, und zwar ohne Wenn und Aber. Das materiellrechtliche Unwerturteil nach Art. 179^{bis} ff. StGB präjudiziert somit *ausnahmsweise* den

⁶⁶ Vgl. Donatsch/Tag (FN 53), 1 f.; Godenzi (FN 15), 199; Metzger FN 12), 143.

⁶⁷ Vgl. BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28; BGE 109 Ia 244 ff.; BGer, Urteil 1P.508/2005 vom 14.11.2005, E. 5.4; BGer, Urteil 6B_536/2009 vom 12. November 2009, E. 1.3; OGer ZH, SJZ 77 (1981), Nr. 28; KassGer ZH, ZR 103 (2004), Nr. 72; OGer Bern, Beschluss vom 13. Juli 2011 (BK 11 93).

⁶⁸ Vgl. Bénédic/Treccani (FN 15), Einl. zu Art. 139-141 N 5; Fornito (FN 15), 59; Gless (FN 15), Art. 139 N 23 ff., N 27; Vetterli (FN 21), 201 ff.: Verwertungsverbot aus Grundrechten als Folge von illegalen *staatlichen* Rechtsverletzungen bei der Beweiserhebung.

⁶⁹ Das erahnte einst auch das Bundesgericht, vgl. SJZ 77 (1981), Nr. 28, S. 130, 132: "Ob das Verwertungsverbot bei vorschriftswidrigem Handeln Privater in gleicher Weise gelten kann wie im Falle des Handelns der staatlichen Strafverfolgungsbehörden, braucht hier jedoch nicht näher erörtert zu werden." Vgl. zu den Besonderheiten privater Beweisbeschaffungen die Nachweise in FN 15.

⁷⁰ Wie hier KassGer ZH, ZR 73 (1974), Nr. 44; i. E. ebenso Habscheid (FN 25), 185, 189; vgl. auch Hauser (FN 3), 139, 146 ff. zur Beweisverwertung im Zivilprozess. Abweichend speziell bei strafrechtswidrigen Tonband- oder Bildaufnahmen im Sinne des Art. 179^{bis} ff. StGB BGE 109 Ia 244, 246: "En effet, les dispositions du Code pénal et de la LVCP relatives aux écoutes téléphoniques ont trait à la définition des écoutes licites et illicites ainsi qu'à la sanction de ces dernières. Elles ne contiennent aucune règle au sujet de leur validité comme preuve dans un procès."; OGer Bern, Beschluss vom 13. Juli 2011 (BK 11 93); Riedo/Fiolka/Niggli (FN 15), § 30 N 1073, 1077 ff.; Walder (FN 23), 193 Fn. 6 in Annahme einer strafrechtlichen Rechtfertigung des Verwertungsaktes; Erni (FN 12), 175 f.; Metzger (FN 12), 141 ff., 143. Bisher ist die Verfasserin dafür eingetreten, ein Beweismittel bei privaten Vortaten - insoweit mit der jetzt wohl h.M. - generell jedenfalls dann auszuschliessen, wenn die Strafbehörden es selbst *nicht* rechtmässig hätten erlangen können, Godenzi (FN 24), 239 ff. Diese Auffassung wird für die Fallgruppe strafrechtswidriger privater Tonbandaufnahmen (Godenzi [FN 24], 311 ff.) im Sinne

Entscheid, den strafrechtswidrig erlangten Beweis im Strafprozess nicht zu verwerten⁷⁰.

Für die Fallgestaltung der strafprozessualen Verwertung strafrechtswidriger Tonband- oder Bildaufnahmen im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB ergibt dies folgende Kurzformel: Ist der Aufnahmevorgang strafrechtswidrig, gilt dasselbe - vorbehaltlich einer Einwilligung aller Eingriffsbetroffenen in den Verwertungsakt - für die Auswertung der Aufnahme im Strafverfahren⁷¹; ist die "Auswertung" der Aufnahmen strafrechtswidrig, ist zugleich die strafprozessuale "Verwertung" untersagt. Auch noch so gewichtige Strafverfolgungsinteressen können diese gesetzliche Anordnung nicht überspielen.

V. Fazit

Vor einigen Monaten hat die NZZ den Trubel um den gefallenen deutschen Bundespräsidenten Wulff mit dem Kommentar versehen: Es ist schwer, die Zahnpasta zurück in die Tube zu bringen, wenn sie einmal heraus ist⁷². Dasselbe gilt, im übertragenen Sinne, für die Dogmatik der Beweisverbote. Geht es um *staatliche* Verfehlungen bei der Beweisbeschaffung, hat der Gesetzgeber der Praxis als Zauberwaffe gegen unerwünschten Beweisverlust Art. 141 Abs. 2 StPO an die Hand gegeben: Beim Verdacht auf eine "schwere Straftat" stellt die Bestimmung sicher, dass weder eine strafbare Beweiserhebung der Strafbehörden noch eine Verletzung einfacher Gültigkeitsvorschriften zu einem Verwertungsverbot und damit allenfalls zur Unbeachtlichkeit der "an sich gefundenen Wahrheit" führt⁷³. Bei *privaten* Vortaten gelten grundlegend andere Massstäbe. Spätestens mit dem eingangs

AJP 2012 S. 1243, 1254

erwähnten Entscheid hat auch das Bundesgericht zu erkennen gegeben, dass zwar nicht jedes, aber jedenfalls ein solches Beweismittel von der Verwertung ausgenommen ist, auf das der Staat selbst auf rechtmässigem Wege *nicht* hätte zugreifen können - ohne dass es auf eine Interessenabwägung überhaupt noch ankommt⁷⁴.

Speziell bei Tonband- oder Bildaufnahmen durch Private im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB hält die Rechtsordnung allerdings Besonderheiten bereit, die für ein absolutes Verwertungsverbot und damit für eine noch strengere Sichtweise sprechen. Allem Anschein nach hat der Gesetzgeber der Strafverfolgung in dieser Konstellation nämlich einen Strick aus dem materiellen Recht gedreht, der die staatlichen Akteure gleich in doppelter Hinsicht - materiellrechtlich und strafprozessual - bindet. *Materiellrechtlich* ist bei Tonband- oder Bildaufnahmen, die eine Privatperson zuvor in eigener Regie strafrechtswidrig im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB angefertigt hat, u.a. die "Auswertung" der Aufnahme bzw. der so gewonnenen Kenntnisse verpönt. Es entspricht sowohl dem Wortlaut, als auch der Zielsetzung der Tatbestände, sie auf die "Verwertung" des Materials zu Beweis Zwecken im Strafverfahren zu erstrecken⁷⁵. Sobald es also einen Grund dafür gibt, die private Ausgangshandlung als strafbar im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB einzustufen, schwebt über den staatlichen Akteuren ein

dieser Abhandlung zugunsten eines unmittelbar aus Art. 179^{bis} ff. StGB hergeleiteten Verwertungsverbotes punktuell revidiert, im Übrigen aber beibehalten, vgl. zusammenfassend hinten V.

71 Vgl. vorne II. und III.

72 Sprachlich leicht abgewandeltes Zitat aus der Kolumne "In Medias ras", "Neue Maxime fürs E-Zeitalter", NZZ vom 24. Januar 2012, 54, worin der ehemalige Chefredaktor des "Spiegels", Stefan Aust, mit den Worten zitiert wird: "Wenn die Zahnpasta einmal aus der Tube ist, ist es schwer, sie zurück in die Tube zu bringen."

73 Vgl. die Kritikpunkte bei Vetterli (FN 21), 106 ff.; Wohlers (FN 15), Art. 141 N 21.

74 Vgl. vorne I.2. Ablehnend Riedo/Fiolka/Niggli (FN 15), § 30 N 1080, deren Einwände aber nicht passen, wenn eine Beweishypothese gerade unter umgekehrten Vorzeichen dazu eingesetzt wird, ein abwägungsresistentes *Verwertungsverbot* zu konstituieren, falls die Strafbehörden den strafrechtswidrig privat beschafften Beweis *nicht* selbst rechtmässig hätten beschaffen können, vgl. zur Ausschlussfunktion der Beweishypothese nach privaten Vortaten Godenzi [FN 15], 291 f.

75 Vgl. vorne II.1. und III.



Strafbarkeitsrisiko, das sich auf den weiteren Zurechnungsstufen der Rechtswidrigkeit und Schuld gefährlich zuspitzt⁷⁶. Weder ein gewichtiges Interesse des Staates an der Beweisverwertung noch die Aufklärungspflicht der Strafbehörden taugen dazu, ein tatbestandsmässiges Handeln des fallführenden Staatsanwalts oder des urteilenden Richters zu legalisieren. Eine Lockerung des Rechts, die bei den Art. 179^{bis} ff. StGB eine allgemeine Interessenabwägung als Regelprinzip einführt, hat die inakzeptable Kehrseite, auch in ganz andere Bereiche des Strafrechts auszustrahlen. De lege lata ist die materiellrechtliche Ausgangslage daher prekär: Solange der/die Eingriffsbetroffenen private Tonband- oder Bildaufnahmen im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB nicht per Einwilligung freigegeben haben, steht bei der Auswertung des Materials im Strafverfahren der strafrechtliche Leumund der staatlichen Akteure auf dem Spiel. Abhilfe könnte der Gesetzgeber schaffen, indem er - eine damit einhergehende Schwächung des Aufnahmeverbots in Kauf nehmend - den Strafbehörden Anschlusshandlungen im Sinne des Art. 179^{bis} ff. StGB im Verfahren gegen den Bessitzelten (vgl. II.) jedenfalls zum Beweis von schwerer Kriminalität ausdrücklich gestattet⁷⁷. Im Verfahren gegen den Spitzel nach Art. 179^{bis} ff. StGB gibt es dagegen gute Gründe, es beim Erfordernis einer Einwilligung aller Eingriffsbetroffenen in den Verwertungsakt zu belassen (vgl. III.).

Für die *strafprozessuale* Prüfung der Beweisverwertbarkeit ist das Doppelpack "Strafrechtswidrigkeit der Primärhandlung - Strafrechtswidrigkeit der Anschlusshandlung" ein böses Omen, weil mit dem materiellrechtlichen Unwerturteil nach Art. 179^{bis} ff. StGB der Befehl verbunden ist, die strafprozessuale "Verwertung" der Tonband- oder Bildaufnahmen zu unterlassen. Ein Verwertungsverbot im Strafverfahren folgt in dieser Konstellation unmittelbar aus Art. 179^{bis} ff. StGB⁷⁸ - ohne Hypothesenbildung, ohne Interessenabwägung und auch bei schweren Straftaten⁷⁹. Nur wer schon auf der materiellrechtlichen Ebene anders urteilt und in der Beweisführung im Strafverfahren keine Unrechtshandlung im Sinne der Art. 179^{bis} ff. StGB sieht, hat sich den rechtlichen Spielraum geschaffen, die Verwertbarkeit der strafrechtswidrig erlangten Beweise nach den herkömmlichen strafprozessualen Grundsätzen zu bestimmen.

⁷⁶ Vgl. vorne II.2. und III.

⁷⁷ Damit wäre dann auch ein Verwertungsverbot nach Art. 179^{bis} ff. StGB obsolet, vorbehalten bliebe aber eine Unverwertbarkeit strafrechtswidrig erlangter Tonband- oder Bildaufnahmen aus anderen Gründen.

⁷⁸ Wie hier KassGer ZH, ZR 73 (1974), Nr. 44. Es bleibt dann zu entscheiden, ob dieses Verwertungsverbot mit einer strikten oder abgeschwächten Fernwirkung ausgestattet ist, da es sich in die Konzeption des Art. 141 StPO nicht einfügt.

⁷⁹ Vgl. IV. Damit relativiert die Verfasserin ihre eigene, in Rechtsprechung und Schrifttum zum Teil rezipierte Auffassung, wonach bei privaten Vortaten die *Unverwertbarkeit* eines strafrechtswidrig beschafften Beweises durch eine "Hypothese rechtswidriger staatlicher Beweiserhebung" begründet werden sollte (Godenzi [FN 15], 239 ff., 311 ff.; Gunhild Godenzi, Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss?, GA 2008, 500 ff.), punktuell, nämlich beschränkt auf die Fallkonstellation privater Tonband- oder Bildaufnahmen im Sinne von Art. 179^{bis} ff. StGB, im Sinne dieser Abhandlung.