

Prof. Dr. **Andreas Donatsch** , Unterengstringen, und lic. iur. **Mirjam Frei** , Wettingen

## **Sühne ohne Schuld?**

### **Strafrechtliche Haftung bei unsicherer Rechts- und Sachlage.\***

#### I. Einleitung

#### II. Sühne ohne Schuld zufolge unsicherer Sachlage

A. Fehltritte trotz prozessordnungskonformem Verhalten und Fehltritte wegen Verfahrensfehlern im Allgemeinen

B. Schuld und Sühne trotz prozessordnungskonformem Verfahren

C. Sühne ohne Schuld zufolge prozessordnungswidrigem Verhalten der Strafverfolgungsbehörden

#### III. Sühne ohne Schuld im Falle der Verurteilung trotz unsicherer materieller Rechtslage?

A. Rechtsanwendung im Falle unsicherer materieller Rechtslage im Allgemeinen

B. Rechtsanwendung im Falle unsicherer materieller Rechtslage zufolge Unbestimmtheit der Gebots- oder Verbotsmaterie

#### IV. Sühne ohne Schuld im Falle fehlerhafter Rechtsanwendung

#### V. Zusammenfassende Betrachtungen

## **I. Einleitung**

Der Titel des Beitrags weckt Assoziationen zum Roman von Fjodor Dostojewski mit dem Titel «Schuld und Sühne». In diesem geht es um den bettelarmen Jusstudenten Rodion Romanowitsch Raskolnikow, welcher auf der Basis einer seltsamen Mischung aus überdurchschnittlicher Begabung, Überlegenheitsdünkel und Armut die Idee eines «perfekten Mordes» entwickelt. Mit diesem will er seine Theorie des «aussergewöhnlichen» Menschen, welcher seines Erachtens natürliche Vorrechte genießt, in die Praxis umsetzen. So ermordet er eine Pfandleiherin, weil es sich bei dieser seiner Einschätzung nach um einen wertlosen Menschen handelt, ebenso – mehr um nicht entdeckt zu werden – deren zufällig anwesende, geistig zurückgebliebene Schwester. Auf Rat seiner späteren Geliebten Sonja, einer gläubigen und sich für ihre Familie aufopfernden Prostituierten, stellt er sich schliesslich der Polizei. Während seiner siebenjährigen Haft in einem

sibirischen Arbeitslager scheint er sich von der Vergangenheit befreien und zum Christen wandeln zu können.

---

ZStrR-2009-41

Ohne Weiteres wird ersichtlich, dass sich der Stoff von Dostojewskis Roman für Gedanken zum Verhältnis von Schuld und nachfolgender Sühne eignet, nicht aber für das hier zu behandelnde Thema «Sühne ohne Schuld». Dafür böte sich – will man bei osteuropäischen Autoren bleiben – wohl eher «Der Prozess» von Franz Kafka an. In diesem Roman wird ein gewisser Josef K. eines Morgens, ohne sich einer Schuld bewusst zu sein, verhaftet und zu Gerichtsverhandlungen vorgeladen. Er gerät in das alpträumhafte Labyrinth einer surrealen Strafverfolgungsbürokratie. Im Verlaufe der Zeit erfährt er zwar einiges über die bestehenden Gerichte und die Hierarchien der Strafverfolgung, doch gelingt es ihm nie, an eine Instanz bzw. ein Gericht zu gelangen, welches ihn über den Tatvorwurf informiert. Am Ende wird er, ohne je einen Richter gesehen und vom Gegenstand seiner angeblichen Schuld erfahren zu haben, hingerichtet.

Während der Verlauf der ersten Geschichte durchaus plausibel erscheint und mit Befriedigung zur Kenntnis genommen werden kann, wie sich aus dem zynischen Verbrecher im Verlaufe des Strafvollzugs ein demütiger und gottesfürchtiger Mensch entwickelt, das Ziel der Spezialprävention also in optima forma erreicht wird, erscheint der Stoff von Kafka zwar packend, trotzdem aber letztlich unreal – oder doch zumindest in der heutigen Zeit undenkbar. Undenkbar deshalb, weil doch zum einen gemäss Art. 32 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK bzw. Art. 14 Ziff. 3 lit. a IPBPR jede angeschuldigte Person möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet wird und weil sie zum andern nach dem Grundsatz «nulla poena sine lege», wie er in Art. 1 StGB, Art. 5 Abs. 1 BV, Art. 7 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 15 Ziff. 1 IPBPR verankert ist, nur für etwas bestraft werden kann, was in einem hinreichend konkreten Rechtssatz mit strafrechtlicher Sanktion bedroht wird. So sind die Adressaten der Strafnormen heutzutage in der glücklichen Lage, dass sie bei der Planung ihrer Handlungen im Strafgesetzbuch nachlesen können, ob die ins Auge gefasste Verhaltensweise rechtskonform ist oder aber ob sie allenfalls gegen strafrechtliche Bestimmungen verstösst. Schliesslich kann heute auch die Gefahr von Fehlurteilen angesichts des ausgefeilten Verfahrensrechts mit seinen Rechtsmittelmöglichkeiten sowie der qualitativ hochstehenden Aus- und Weiterbildung unserer Strafverfolgungsorgane praktisch ausgeschlossen werden.

Oder etwa nicht?

---

ZStrR-2009-42

## **II. Sühne ohne Schuld zufolge unsicherer Sachlage**

## **A. Fehltritte trotz prozessordnungskonformem Verhalten und Fehltritte wegen Verfahrensfehlern im Allgemeinen**

Die Möglichkeit, dass von jemandem Sühne verlangt wird, obschon er in Tat und Wahrheit unschuldig ist, ist nicht nur theoretisch denkbar, sondern durchaus auch von einiger praktischer Relevanz. Und zwar nicht nur in den USA, wo gemäss einer Studie der Columbia-Universität jeder fünfzehnte zum Tode Verurteilte unschuldig ist, sondern auch in der Schweiz.<sup>1</sup>

Wenn jemand verurteilt wird, der in Tat und Wahrheit unschuldig ist, kann man von einem Fehltritt<sup>2</sup> zuungunsten des Betroffenen sprechen. Nur von dieser Art von Fehltritten – nicht also von denjenigen zugunsten des Beschuldigten – wird angesichts der Themenstellung in der Folge die Rede sein.

Bei den Fehltritten zuungunsten des Betroffenen müssen wir zwei Kategorien unterscheiden. Da sind zunächst die Urteile, welche zwar gestützt auf ein in jeder Hinsicht strafprozesskonformes Verfahren ergehen, mit welchen aber trotzdem ein Unschuldiger verurteilt wird. Zur zweiten Kategorie gehören die Urteile, bei welchen die Verurteilung des Unschuldigen darauf zurückzuführen ist, dass bei der Feststellung des prozessrelevanten Sachverhalts Verfahrensfehler begangen worden sind.

An dieser Stelle drängt sich ein Wort auf zum Beschuldigten, welcher verurteilt wird, obschon er unschuldig ist. Ob jemand tatsächlich unschuldig ist, lässt sich vor allem in formeller Weise ermitteln, nämlich mittels Ergreifung von Rechtsmitteln oder auf dem Wege der Revision. Ausnahmsweise kann sich dies auch aufgrund anderer Umstände ergeben, etwa wenn eine Drittperson ein den bereits verstorbenen Verurteilten entlastendes, glaubwürdiges und nachvollziehbares Geständnis ablegt. Im Übrigen muss zur Kenntnis genommen werden, dass Menschen und damit auch Strafverfolgungsorgane nur dazu fähig sind, die Wahrheit zu suchen, nicht aber, sie zu besitzen.<sup>3</sup> Letzteres ist einer anderen Macht vorbehalten, sofern es denn eine solche gibt.

---

ZStrR-2009-43

## **B. Schuld und Sühne trotz prozessordnungskonformem Verfahren**

Die Ursachen für ein Fehltritt trotz Beachtung der Verfahrensordnung können vielfältig sein. Manchmal lässt sich ein Sachverhalt angesichts der Beweislage nur schwer abklären, selbst wenn in dieser Hinsicht alles Mögliche und Unmögliche versucht wird. Die Abklärung des Sachverhalts kann ganz generell an den faktischen Verhältnissen scheitern. Man denke etwa an das Verfahren auf Anzeige einer Frau hin wegen Vergewaltigung durch ihren Freund, wenn die betreffende Tathandlung ohne Zeugen in der gemeinsamen Wohnung stattgefunden haben soll und wenn der Freund aussagt, seine Partnerin sei mit seinem Verhalten einverstanden gewesen. Als schwierig erweist sich generell auch die Abklärung innerer Tatsachen.<sup>4</sup> Wie lässt sich ermitteln, ob die

beschuldigte Person einen Erfolg gebilligt und mit welchem Motiv oder in welcher Absicht sie gehandelt hat?

Selbst wenn der wahre Sachverhalt möglicherweise festgestellt werden könnte und obwohl die Strafverfolgungsorgane dem Wahrheitsgrundsatz verpflichtet sind, können oder müssen sie sich bei der Suche nach der Wahrheit im Einklang mit dem Strafverfahrensrecht unter Umständen einschränken. Abgesehen vom Verhältnismässigkeitsprinzip und von Beweisverboten<sup>5</sup> ist dies beispielsweise bei der zulässigen antizipierten Beweiswürdigung der Fall, gemäss welcher nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf die Abnahme eines angebotenen Entlastungsbeweises verzichtet werden kann, falls das Strafverfolgungsorgan ohne Willkür zur Auffassung gelangen darf, dass weitere Beweisvorkehren an der Würdigung der bereits abgenommenen Beweise voraussichtlich nichts mehr ändern würden.<sup>6</sup> Sodann müssen Beweisabnahmen unter Umständen unterlassen werden, sofern dadurch der Abschluss des Verfahrens innert angemessener Frist nicht möglich wäre.<sup>7</sup> Weiter können Beweisabnahmen beispielsweise – ob zu Recht oder nicht, bleibe hier dahingestellt – in einem gewissen Umfang durch Bezugnahme auf Erfahrungssätze ersetzt werden. Damit wird im Ergebnis bewirkt, dass die fragliche Tatsache nicht bewiesen werden muss.<sup>8</sup> Schliesslich ist zu beachten, dass der Richter im Rahmen

---

ZStrR-2009-44

der Beweiswürdigung von der Schuld des Angeklagten überzeugt sein darf, selbst wenn er nicht mit Gewissheit davon ausgeht. Weil bloss abstrakte und theoretische Zweifel immer möglich seien, darf der Richter gemäss bundesgerichtlicher Praxis zum Prinzip «in dubio pro reo» nur dann nicht von einem Sachverhalt ausgehen, welcher für den Angeklagten ungünstig ist, wenn solche erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, welche sich bei der objektiven Sachlage aufdrängen.<sup>9</sup> Und zum Schluss steht die Suche nach der materiellen Wahrheit zwar im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren im Vordergrund, nicht aber in letzter Konsequenz bei Rechtsmittelinstanzen mit eingeschränkter Kognition.<sup>10</sup> Letztere sind grundsätzlich an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gebunden (vgl. etwa Art. 105 Abs.1 BGG).

Zieht man diese vielfältigen Kompromisse, welche das Strafverfahrensrecht bei der Suche nach dem rechtserheblichen Sachverhalt vorsieht und welche es im Interesse der Praktikabilität der Strafverfolgung wohl vorsehen muss, in Betracht, so wird evident, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit von Fehlurteilen – wenn auch nur in geringem Umfang – in Kauf nimmt und letztlich auch nehmen muss. Kommt es in diesem Sinne trotz einem strafprozesskonformen Verfahren zu einem Fehlurteil, trägt dafür letztlich die Gesellschaft die Verantwortung. Diese Feststellung wird allerdings den unschuldig Verurteilten kaum zur Sühne motivieren.

### **C. Sühne ohne Schuld zufolge prozessordnungswidrigen Verhaltens der Strafverfolgungsbehörden**

Eine andere Ursache für Fehlurteile ist das strafprozessordnungswidrige Verhalten von Strafverfolgungsorganen. Im Vordergrund dürften hier Fehler bei der Anwendung von Zwangsmassnahmen wie beispielsweise Haft, Durchsuchung und Überwachung einerseits und die Missachtung von Beteiligungsrechten der beschuldigten Person andererseits stehen. Zu den Letzteren gehören namentlich der Anspruch auf einen unabhängigen Richter sowie die zum Anspruch auf ein faires Verfahren zu zählenden Rechte, wie beispielsweise der Anspruch auf rechtliches Gehör ganz allgemein, der Anspruch auf Orientierung über den Tatvorwurf, der Anspruch auf genügende Verteidigung oder der Anspruch auf einen Dolmetscher.

Bildet der Verstoss gegen das Strafprozessrecht die Ursache dafür, dass ein Unschuldiger verurteilt und damit zur Sühne verpflichtet wird, so liegt die Verantwortung dafür nicht – jedenfalls nicht primär – beim Gesetzgeber bzw. bei der Gesellschaft, sondern beim betreffenden Polizeibeamten, Staatsanwalt oder Richter.

---

ZStrR-2009-45

Der Staat kann nur insoweit mitverantwortlich sein, als er seine Pflicht bei der Auswahl, Ausbildung und Überwachung der Strafverfolgungsorgane ungenügend wahrgenommen hat.

Neben dem Strafverfolgungsorgan steht jedenfalls in Fällen notwendiger Verteidigung der Rechtsvertreter in der Pflicht. Unterlässt er es, begangene Verfahrensfehler bei der Sachverhaltsabklärung zu rügen, oder rügt er sie ungenügend – beispielsweise im Rechtsmittelverfahren so, dass darauf nicht eingetreten werden kann –, trägt er eine Mitverantwortung. Immerhin ist daran zu erinnern, dass auch hier die Hauptverantwortung bei den Strafverfolgungsorganen liegt, da diese die Anwältin bzw. den Anwalt in Fällen ungenügender Verteidigung ersetzen müssen.

Nach dem Gesagten gehen demnach die Unzulänglichkeiten der Strafverfolgungsorgane bei Fehlurteilen nicht zulasten des Staats – was eigentlich zu erwarten wäre –, sondern zulasten des Beschuldigten. Dieser wird im Ergebnis paradoxerweise verpflichtet, für die Fehler der Strafverfolgungsorgane zu sühnen. Diese Erkenntnis muss dem von einem Fehlurteil Betroffenen äusserst schwierig begreiflich zu machen sein, sieht er doch für eine derart weitgehende altruistische Haltung zugunsten des Strafverfolgungsorgans – dieses ist ihm möglicherweise ohnehin nicht besonders sympathisch – keinen Grund. Ganz abgesehen davon, dass ihm das Pochen auf seine Unschuld im Strafvollzug als Uneinsichtigkeit ausgelegt werden dürfte und dass er als Folge seines diesbezüglichen – von den Strafvollzugsorganen als stur bezeichneten – Verhaltens ein weiteres Mal Nachteile zu erleiden haben wird. Jedenfalls im Rechtsstaat hätte die Unterstellung nichts zu suchen, der vom Fehlurteil Betroffene habe sicher etwas anderes auf dem Kerbholz, wofür er hätte bestraft werden können und wofür es sich zu sühnen lohne.

### **III. Sühne ohne Schuld im Falle der Verurteilung trotz unsicherer materieller Rechtslage?**

#### **A. Rechtsanwendung im Falle unsicherer materieller Rechtslage im Allgemeinen**

Ist die Rechtslage unklar, gilt nicht das Prinzip «in dubio pro reo», sondern der Grundsatz «iura novit curia». Die dem soeben erwähnten Grundsatz zugrunde liegende Annahme, das Strafverfolgungsorgan sei in der Lage, alle einschlägigen Gesetze anzuwenden, ist in aller Regel vertretbar. Die betreffende Annahme kann sich jedoch im Einzelfall faktisch einer Fiktion nähern, so beispielsweise, wenn im Sinne von Art. 6 Abs. 2 oder Art. 7 Abs. 2 StGB beurteilt werden muss, ob die festzulegenden Sanktionen insgesamt nicht schwerer wiegen als die Sanktionen nach dem Recht des ausländischen Begehungsorts, etwa wenn dieser Begehungsort in der Zentralafrikanischen Republik oder in Bhutan liegt.

---

ZStrR-2009-46

Auch wenn man davon ausgeht, dass die Strafverfolgungsorgane das inländische Strafrecht kennen, so lassen sich doch auch hier zwei mögliche Kategorien von Problemen bei der Rechtsanwendung ausmachen. Zur einen Kategorie gehören wiederum die systemimmanenten Unzulänglichkeiten des Gesetzes. Sie bestehen hauptsächlich darin, dass ganze Tatbestände oder aber einzelne Tatbestandsmerkmale unpräzise formuliert und daher in hohem Masse wertausfüllungsbedürftig sind. Bei der zweiten Kategorie von Fehlerquellen steht wiederum der Mensch im Zentrum, welcher das materielle Strafrecht manchmal fehlerhaft anwendet. Wenden wir uns zunächst den systemimmanenten Unzulänglichkeiten zu.

#### **B. Rechtsanwendung im Falle unsicherer materieller Rechtslage zufolge Unbestimmtheit der Gebots- oder Verbotsmaterie**

Ist ein Tatbestand ganz oder teilweise wenig präzise umschrieben, so ist dessen Gebots- oder Verbotsmaterie gestützt auf die Regeln der Auslegung zu bestimmen. Falls bei dieser Auslegung keine Fehler begangen werden, ist das gestützt darauf ergehende Urteil rechtskonform. Trotzdem können solche wertausfüllenden Auslegungen im Ergebnis beim unbefangenen Dritten Kopfschütteln oder doch zumindest Skepsis auslösen. Beispiele hierfür sind vor allem die Auslegung des Merkmals der Pflichtwidrigkeit bei Fahrlässigkeitsdelikten gemäss Art. 12 Abs. 3 StGB und die Adäquanz des Kausalzusammenhangs.

So musste ein Bahnbeamter dafür sühnen, dass er dem Lokomotivführer durch seine Handzeichen nicht ausreichend deutlich zu verstehen gegeben hatte, dieser solle vom Gleis 2 auf das Gleis 3 fahren, um die Kreuzung mit einem Güterzug zu ermöglichen. Der Lokomotivführer glaubte zur Weiterfahrt aufgefordert zu werden. Da er das geschlossene Ausfahrtsignal überfuhr

und da überdies die automatische Zugsicherung defekt war, kam es zur Kollision mit dem entgegenkommenden Güterzug. Das Bundesgericht bestätigte die Annahme der Vorinstanz, das Nichtbeachten des geschlossenen Ausfahrtsignals und das gleichzeitige Versagen der automatischen Bremsanlage lägen nicht ausserhalb des gewöhnlichen Laufs der Dinge, weshalb die ungenauen Handzeichen als adäquate Ursache der Kollision erachtet werden könnten.<sup>11</sup>

In der Sache ähnlich erging es einem Architekten und einem Installateur. Diese hatten in einem Berghaus eine Toilette ohne Lüftungsvorrichtungen bauen lassen und in dieser eine Gasbeleuchtung installiert. Das Gebäude wurde ohne Beanstandungen abgenommen. Ein alkoholisierter Gast begab sich um 0.15 Uhr in diese Toilette. Er wurde nach zehn Minuten aufgefordert, herauszukommen. Eine

---

ZStrR-2009-47

Stunde später wurde die Toilettentür mit einem Nachschlüssel geöffnet, wobei der Gast erklärte, man solle ihn in Ruhe lassen. Um 6.30 Uhr wurde er tot auf der Toilette vorgefunden. Da Lüftungsvorrichtungen fehlten und da die Propangasbeleuchtung die Luft verbrauchte, führte dies zum Tod des Gastes. Das Bundesgericht wies die gegen die Verurteilung des Installateurs erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ab, da es im Leben häufig vorkomme, dass Angetrunkene sich lange Zeit auf der Toilette aufhielten. Dass das Gebäude durch die Abnahmebehörde nicht beanstandet worden sei wie auch das Verhalten des Opfers lägen durchaus im Bereich praktischer Erfahrung.<sup>12</sup>

Auch wenn die Auslegungsergebnisse in beiden Fällen in rechtlicher Hinsicht nicht beanstandet bzw. durch die Rechtsmittelinstanzen bestätigt worden sind, kann es sein, dass der Verurteilte und wohl auch mancher Dritte Mühe bekundet, die betreffenden Überlegungen sowie Schlussfolgerungen und damit auch den Schuldspruch ohne Weiteres zu akzeptieren. Ist dem so, so wird es ihm häufig auch schwerfallen, Sühne zu leisten, weil Sühne zunächst die Einsicht in das begangene Unrecht und die Berechtigung des Schuldvorwurfs voraussetzt.

Ist hier Verständnis für unter derartigen Umständen Verurteilte angebracht? Grundsätzlich ist klar festzuhalten, dass die Rechtsanwendung und damit auch das Urteil nicht fehlerhaft sind. Wenn trotzdem ein gewisses Unbehagen feststellbar ist, so lässt sich dieses mit dem Prinzip «nulla poena sine lege» begründen. Danach muss der Gesetzgeber die strafrechtlichen Gebote bzw. Verbote möglichst so formulieren, dass ihr Adressat die Folgen seines Verhaltens mit einiger Gewissheit erkennen kann. Mit anderen Worten geht es darum, dass diese Normen den Bürger zu inhaltlich rechtskonformem Verhalten bestimmen können. Genau diese Bedingung ist jedoch bei relativ unbestimmten und damit im Einzelfall wertausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen nur teilweise erfüllt. Ähnlich verhält es sich übrigens bei extensiven Auslegungen von an sich bestimmten Tatbestandsmerkmalen. Wer hätte etwa im Zeitpunkt der Revision von Art. 197 Ziff. 3 bis StGB mit Überzeugung vorausgesagt, dass das Downloaden von harter Pornografie zum

Eigenkonsum als Herstellen eines Werkes erachtet und damit für tatbestandsmässig erklärt wird, obschon der Konsum von harter Pornografie gemäss derselben Norm nicht strafbar sein soll?<sup>13</sup> ....

Bedenkt man, dass die Annahme von Schuld jedenfalls nach den herrschenden Auffassungen in der Philosophie die menschliche Fähigkeit voraussetzt, sich zwischen Gut und Böse entscheiden zu können, so muss die Sühne dafür geleistet werden, dass sich der Betreffende nicht für das strafrechtskonforme Verhalten entschieden hat. Was gilt nun aber, wenn sich im Handlungszeitpunkt zufolge

---

ZStrR-2009-48

Unbestimmtheit der zur Diskussion stehenden Norm kaum eruieren lässt, ob eine bestimmte Handlung oder Unterlassung als strafrechtskonform oder als strafrechtswidrig zu gelten hat?

#### **IV. Sühne ohne Schuld im Falle fehlerhafter Rechtsanwendung**

Beruht ein Urteil zuungunsten des Verurteilten auf einer klar fehlerhaften Anwendung des materiellen Rechts und erwächst dieses Urteil mangels Weiterzugs in Rechtskraft, so ist von einem Fehlurteil auszugehen. Der Betroffene wird in einem solchen Fall zu Unrecht zu Sühne verpflichtet. Allerdings dürfte er sich dessen in der Regel nicht bewusst sein. Hätte er nämlich während der Rechtsmittelfrist davon Kenntnis erlangt, hätte er das Urteil mit grosser Wahrscheinlichkeit weitergezogen.

#### **V. Zusammenfassende Betrachtungen**

Der Staat bzw. die Gesellschaft kann Fehlurteile nicht ausschliessen. Er kann jedoch mit einer fairen Verfahrensordnung danach trachten, Mängel bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts möglichst zu vermeiden. Ganz zentral dürfte sein, dass ein Strafverfolgungsorgan, welches feststellt, dass die Sachverhaltsfeststellung mangelhaft ist, seine entsprechenden Feststellungen nicht unterdrückt, sondern diesen nachgeht. Es ist keine Niederlage, auf der Suche nach der Wahrheit einen Umweg gemacht zu haben. Dass in diesem Punkt auch andere Auffassungen vertreten werden, lässt sich nicht selten bei der Lektüre der Begründungen für Kostenauflagen im Falle der Einstellung des Verfahrens feststellen. Hier wird oft das Bemühen sichtbar, den Beschuldigten, wenn man ihm schon kein strafbares Verhalten nachweisen kann, wenigstens noch in finanzieller Hinsicht für seine Unschuld sühnen zu lassen. – Würde man Mängel bei der Sachverhaltsfeststellung eher eingestehen, wenn sich der Betroffene verpflichten würde, von diesem Zugeständnis keinen Gebrauch zu machen?

Zu beachten ist sodann, dass sowohl die Normen der Verfahrensordnung als auch diejenigen des materiellen Rechts durch Polizeibeamte, Staatsanwälte und Richter umgesetzt werden müssen.



Selbst wenn diese optimal ausgebildet sind, bleiben sie letztlich doch Menschen, welche bekanntermassen Fehler machen. Entsprechend können sie durch ihr Verhalten Ursachen setzen, welche zu Fehlurteilen führen. Hin und wieder kommt es jedoch auch vor, dass Strafverfolgungsorgane sich bewusst über Bestimmungen der Strafprozessordnung hinwegsetzen, um auf diese Weise den Täter überführen zu können. Das mag zwar im Einzelfall dazu führen, dass ein Schuldiger bestraft wird. Es birgt indessen auch die ganz erhebliche Gefahr,

---

ZStrR-2009-49

dass daraus Fehlurteile resultieren. Letztlich setzt sich das Strafverfolgungsorgan mit einem derartigen Vorgehen – ohne über einen Beweis für die Schuld des Betroffenen zu verfügen – über eine während langer Zeit entwickelte und in vielen Fällen erprobte Verfahrensordnung hinweg.

Nicht selten liegt der Grund für prozessordnungswidriges Verhalten darin, dass das Strafverfolgungsorgan sich im Anfangsstadium auf eine – zu diesem Zeitpunkt vielleicht plausible und nachvollziehbare – Theorie betreffend den Tatablauf und den Täter festlegt und danach Hinweisen, welche diese Theorie in Frage stellen könnten, nicht mehr nachgeht bzw. diese gar missachtet oder unterdrückt. Bewusst oder unbewusst liegt einem derartigen Verhalten möglicherweise die Erkenntnis zugrunde, dass die Gefahr bei der Suche nach der Wahrheit darin liegt, dass man sie manchmal findet.

Ein anderer Grund für prozessordnungswidriges Verhalten des Strafverfolgungsorgans liegt darin, dass dieses manchmal von einem bestimmten Tatablauf und/oder der Täterschaft des Betroffenen gefühlsmässig überzeugt ist. Solche Vorurteile zeichnen sich dadurch aus, dass der Urteilende die für und die wider eine bestimmte Sachverhaltsannahme sprechenden Aspekte zwar abwägt, sich aber gleichzeitig mit dem Daumen auf eine Waagschale abstützt. Aus der modernen Hirnforschung ist jedoch bekannt, dass der Mensch selbst bei logischen Problemstellungen mit intuitiven Antworten ganz gut zurechtkommt, und zwar auch dann, wenn diese falsch sind.<sup>14</sup> Sicherlich aber wird mit diesem fragwürdigen Ansatz rechtsstaatliches, sich an generell-abstrakten Normen orientierendes Verhalten staatlicher Organe zugunsten der individuellen Intuition eines einzelnen Strafverfolgungsorgans aufgegeben. Das darf nicht sein. – Oder hatten nicht auch unzählige Richter in früherer Zeit das untrügliche Gefühl, bei den Abgezeigten handle es sich mit Sicherheit um Hexen oder Zauberer?

Nun könnte man argumentieren, wenn mit Fehlurteilen zu rechnen sei, könne es dem davon Betroffenen doch egal sein, ob er wegen der Unvollkommenheit des Gesetzes oder zufolge strafprozessordnungswidrigen Verhaltens eines Strafverfolgungsorgans zu Unrecht verurteilt und zur Sühne verpflichtet werde. Dem ist jedoch nach hier vertretener Auffassung nicht so. Zum einen lassen sich Mängel bei der Anwendung des Verfahrensrechts, insbesondere bewusst begangene Fehler, weitgehend vermeiden. Zum andern dürften Fehlurteile vom Betroffenen dann als weniger gravierend erachtet werden, wenn er zum Schluss kommen kann, das Verfahren sei regelkonform und generell fair gewesen.<sup>15</sup>

Welches sind die Lehren, welche die Strafverfolgungsorgane aus dem soeben Geschilderten ziehen können? Sie müssen trotz sich einschleichender Routine und

ZStrR-2009-50

ihrem möglicherweise untrüglichen Gefühl, die vor ihnen sitzende Person bestreite den erhobenen Tatvorwurf völlig zu Unrecht, sich dazu zwingen, möglichst objektiv zu bleiben, genau nach dem Gesetz vorzugehen und ihr Gegenüber im Sinne der Unschuldsvermutung zunächst als Subjekt zu respektieren, welches sich vielleicht strafbar gemacht hat, vielleicht aber auch nicht.

Was den Gesetzgeber anbelangt, so hat dieser in der schweizerischen Strafprozessordnung <sup>16</sup> äusserst heikle Regelungen getroffen, welche die Wahrscheinlichkeit von Fehlurteilen und damit der Verpflichtung von Verurteilten zu Sühne ohne Schuld gerade bei schweren Straftaten nicht unwesentlich erhöhen. So sind gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO etwa Beweise, welche in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erlangt worden sind, zwar wie bisher generell unverwertbar. Sie dürfen aber dann verwertet werden, wenn sie «zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich» sind. <sup>17</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, dass sie verwertet werden dürfen, obschon bzw. gerade weil hohe Strafen auf dem Spiel stehen. Überspitzt formuliert bedeutet dies im vorliegenden Zusammenhang, dass der Gesetzgeber Fehlurteile wegen Verletzung von Gültigkeitsvorschriften nur dann in Kauf nimmt, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Betroffene ohne Schuld eine lange Sühne leisten muss.

---

\* Überarbeitete Fassung des am 30. Oktober 2008 in Interlaken anlässlich des Instruktionkurses SKG gehaltenen Vortrages.

1 Vgl. dazu die Studie von M. Killias/G. Gilliéron/N. Dongois, *Erreurs judiciaires en Suisse de 1995 à 2004*, Zürich 2007 (abrufbar unter: <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/killias/forschung/ErreursjudiciairesrapportFNS.pdf>, besucht am 27.1.2009).

2 Wie hier: S. Trechsel, *Gerechtigkeit im Fehlurteil*, ZStrR 2000, 1 f.; eine abweichende Definition von Fehlurteil findet sich bei K. Peters, *Fehlerquellen im Strafprozess*, Bd. 1, Karlsruhe 1970.

3 In diesem Sinne wird zwischen materieller und formeller Wahrheit, d.h. dem, was tatsächlich war, auf der einen Seite und dem, was nach dem anwendbaren Prozessrecht als wahr zu gelten hat, unterschieden (vgl. N. Raselli, *Sachverhaltserkenntnis und Wahrheit; Rechtsanwendung und Gerechtigkeit*, recht 2008, 67 ff.).

4 Vgl. zur Problematik Trechsel (Fn. 2), 7.

5 Vgl. dazu im Einzelnen Raselli (Fn. 3), 73 f.

6 BGer 6B55/2007 vom 12.6.2007; BGE 124 I 211. Vgl. auch A. Donatsch, in: *Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich*, hrsg. von A. Donatsch/N. Schmid, Zürich 1996, § 149 N 13 ff.; N. Schmid, *Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechts des Kantons Zürich und des Bundes*, 4. Aufl., Zürich 2004, N 270.

7 Urteil des EGMR vom 15.7. 1982, *Eckle v. Bundesrepublik Deutschland*, § 84.

- 8 Vgl. z.B. BGer 6S.457/2005 vom 14.3.2006: «Es ist ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass unbescholtene Mitarbeiter des Bundes, die mit derartigen verantwortungs- und vertrauensvollen Aufgaben im Finanzbereich betraut sind, diese ohne gegenteilige Anhaltspunkte gewissenhaft ausüben und bei Zweifeln an einzelnen Rechnungen keine Zahlungsfreigabe vornehmen.»
- 9 BGE 127 I 40; 124 IV 88.
- 10 Vgl. auch Raselli (Fn. 3), 70.
- 11 BGE 88 IV 107 ff.
- 12 BGE 92 IV 86 ff.
- 13 BGE 131 IV 21; vgl. A. Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich 2008, 514 f.
- 14 Vgl. z.B. S. Aamodt/S. Wang, Welcome to your brain, München 2008, 20 f.
- 15 Vgl. dazu Trechsel (Fn. 2), 13 f., mit Hinweisen auf entsprechende empirische Untersuchungen.
- 16 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (BBl 2007, 6977, künftig SR.312.0; voraussichtliches Inkrafttreten am 1.1.2011).
- 17 Vgl. zur Problematik dieser Regelung A. Donatsch/C. Cavegn, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, 158, 165 f.