

Entwicklungen im Strafprozessrecht 2004/2005

Le point sur le droit de la procédure pénale

Prof. Dr. Andreas Donatsch (Unterengstringen) und lic. iur. Cornelia Hürlimann (Zürich)¹

I. Rechtssetzung

Da die vollständige Darstellung der Neuerungen während der Berichtsperiode den zur Verfügung stehenden Rahmen sprengen würde, wird nachfolgend eine Auswahl der wichtigsten Erlasse aufgeführt: Änderung des Militärstrafprozesses vom 19. Dezember 2003, in Kraft getreten am 1. Juni 2004 (AS 2004 2691); Reglement für die eidgenössischen Untersuchungsrichter und Untersuchungsrichterinnen vom 25. Mai 2004, in Kraft gesetzt auf den 1. August 2004 (AS 2004 3305); Verordnung über die Meldestelle für Geldwäscherei vom 25. August 2004, in Kraft vom 1. Oktober 2004 bis 31. Dezember 2006 (AS 2004 4181); Verordnung über die verdeckte Ermittlung vom 10. November 2004, in Kraft gesetzt auf den 1. Januar 2005 (AS 2004 4589); Verordnung über die Mitteilung kantonaler Strafsentscheide vom 10. November 2004, in Kraft seit dem 1. Januar 2005 (AS 2004 4865); Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 und Verordnung vom 3. Dezember 2004 über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen, in Kraft getreten am 1. Januar 2005 (AS 2004 5269, 5279); Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 8. November 2001, in der Schweiz in Kraft seit dem 1. Februar 2005 (AS 2005 333).

II. Rechtsprechung

1. Verfahrensgarantien

Der in einem Strafverfahren Beschuldigte ist nicht verpflichtet, zu seiner Belastung beizutragen. Er ist vielmehr berechtigt zu schweigen, ohne dass ihm daraus Nachteile erwachsen dürfen. Das Aussageverweigerungsrecht ergibt sich ausdrücklich aus Art. 14 Ziff. 3 lit. g IPBPR und wird zudem aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgeleitet. Die Strafverfolgungsbehörden sind gestützt auf Art. 31 Abs. 2 BV verpflichtet, den Verdächtigen nach dessen Festnahme unverzüg-

¹ Dieser Bericht umfasst eine Auswahl der in der Periode von Mai 2004 bis Mai 2005 in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) veröffentlichten Erlasse und vom Bundesgericht gefällten Entscheide.

lich auf sein Schweigerecht aufmerksam zu machen. In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung qualifiziert das Bundesgericht die Aufklärungspflicht in BGE 130 I 126 ff. als eine eigenständige Verfahrensgarantie, die sich nicht nur aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ableiten lässt, sondern auch der Gewährleistung der Verteidigungsrechte dient. Aussagen, die in Unkenntnis des Schweigerechts gemacht worden sind, sind in der Regel nicht verwertbar, selbst wenn diese Rüge bereits in einem früheren Verfahrensstadium hätte geltend gemacht werden können. Ausnahmen von einem Verwertungsverbot können nach Ansicht des Bundesgerichts dann bestehen, wenn die festgenommene Person ihr Schweigerecht gekannt hat oder wenn das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten an der Unverwertbarkeit des Beweises überwiegt. Wenn in BGE 131 IV 41 ausgeführt wird, das Verbot der Verpflichtung zur Selbstbelastung diene unter anderem (auch) der Vermeidung von Justizirrtümern, so erscheint diese Rechtsprechung problematisch, indem sie darauf hinauslaufen könnte, dass Justizirrtümer in Kauf genommen werden, wenn das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung (?) das private Interesse des Angeklagten überwiegt – ein kaum lösbarer Widerspruch.

Im bereits erwähnten BGE 131 IV 36 ff. befasst sich das Bundesgericht erneut mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs. Obwohl der beschuldigte Fahrzeuglenker bei einem Unfall mit Drittschaden nicht verpflichtet ist, zu seiner Verurteilung beizutragen, geht das Interesse an der Aufklärung des relevanten Sachverhalts – auch zur Wahrung der zivilrechtlichen Ansprüche des Geschädigten – nach Ansicht des Bundesgerichts dem (Selbstbegünstigungs-) Interesse des Beschuldigten vor, die Unfallstelle zu verlassen. Da sich das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung in erster Linie auf das Schweigerecht und nicht auf die Verwertung von Tatsachen bezieht, die unabhängig vom Willen des Verdächtigen existieren, muss der Fahrzeuglenker eine polizeiliche Abklärung des Sachverhalts dulden, in deren Verlauf dann auch eine allfällige Alkoholisierung festgestellt werden kann.

Nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hat der Beschuldigte das Recht, wenigstens einmal im Laufe des Strafverfahrens Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen. Im Entscheid vom 1. Oktober, 1P.286/2004, verneint das Bundesgericht die Verletzung dieser Verfahrensgarantie, weil es der Angeschuldigte bzw. sein Verteidiger trotz Kenntnis der entsprechenden Einvernahmeprotokolle unterlassen hat, rechtzeitig eine ergänzende Befragung des Belastungszeugen zu beantragen. Es besteht keine generelle Pflicht der Strafverfolgungsbehörden, unaufgefordert sämtliche Vorkehrungen für eine effektive Ausübung der Verteidigungsrechte zu treffen.

2. Beweisrecht

Die Videoüberwachung in einer Tiefgarage, die ohne die dafür gesetzlich vorgesehene richterliche Genehmigung durchgeführt wurde, verletzt das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV und Art. 8 EMRK. Die Verwertung eines unrechtmässig erlangten Beweismittels verstösst nicht grundsätzlich gegen das in Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerte Fairnessgebot, wenn das Strafverfahren insgesamt betrachtet als fair zu beurteilen ist. Da es sich bei der entsprechenden Videoaufzeichnung nicht um ein auf gesetzmässigem Weg unerreichbares und somit absolut unverwertbares Beweismittel handelt, wird bei der Beurteilung der Verwertbarkeit eine Interessenabwägung vorgenommen. Die Überwachung einer Tiefgarage stellt keine schwere Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten dar, so dass das öffentliche Interesse an der Aufklärung mehrfacher Brandstiftungen das Interesse des Angeklagten an der Unverwertbarkeit des betreffenden Beweismittels überwiegt. Angesichts des höherwertigen Interesses an der Durchsetzung des Strafrechts ist die Verwertung der unzulässig erlangten Videoaufzeichnung im konkreten Fall unter dem Gesichtspunkt des Fairnessgebots nicht zu beanstanden (BGer vom 3. Mai 2005, 1P.570/2004, BGE-Publikation vorgesehen).

3. Beschlagnahme

In BGE 130 I 360 ff. qualifiziert das Bundesgericht die Vernichtung einer grossen Menge beschlagnahmter Hanfpflanzen während laufender Strafuntersuchung als einen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie, der einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinne bedürfe. Lässt das kantonale Strafverfahrensrecht lediglich eine vorzeitige Verwertung beschlagnahmter Gegenstände im Interesse des Beschuldigten zu, ist diese Rechtsgrundlage für eine Vernichtung in erheblichem Umfang ungenügend. Zur Verhinderung übermässigen Aufwands hätte während laufender Strafuntersuchung beim zuständigen Gericht eine selbständige Einziehung nach Art. 58 StGB mit anschliessender Vernichtung der Hanfpflanzen beantragt werden müssen.

4. Haftrecht

Jede in strafprozessualer Haft gehaltene Person hat nach Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK den Anspruch, unverzüglich einer unabhängigen und unparteiischen richterlichen Behörde vorgeführt zu werden. Beim haftanordnenden Magistraten muss es sich um eine Justiz-

person handeln, die von den Parteien und der Exekutive unabhängig und nicht weisungsgebunden ist. In BGE 131 I 36 ff. lässt das Bundesgericht offen, ob ein kantonaler Untersuchungsrichter die konventions- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit des Haftrichters erfüllen könne. Eine Verletzung der Unabhängigkeitsgarantie liegt jedenfalls dann vor, wenn der haftanordnende Magistrat – wie der luzernische Amtsstatthalter – in derselben Strafsache die Untersuchung führt, die Strafverfügung erlässt sowie diese nach unterbliebener Annahme an das Gericht überweist. Der nicht akzeptierten Strafverfügung kommt nämlich die Funktion der Anklageschrift zu.

Im Entscheid vom 3. Februar 2005, 1S.4/2005 (BGE-Publikation vorgesehen), präzisiert das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zur Unabhängigkeitsgarantie im Haftprüfungsverfahren und hält fest, dass bereits dann der objektive Anschein der Befangenheit besteht, wenn der haftanordnende Magistrat Weisungen von Seiten der Anklagebehörde zu befolgen hat oder nach kantonalem Verfahrensrecht in derselben Strafsache Anklagefunktionen ausüben könnte. Der eidgenössische Untersuchungsrichter gilt indessen als unabhängig i.S. von Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK, da er die bundesstrafprozessuale Voruntersuchung selbständig führt und abschliesst, nicht der Weisungsbefugnis der Bundesanwaltschaft untersteht und keine Anklagefunktionen wahrnimmt.

Gemäss Art. 31 Abs. 2 BV und Art. 5 Ziff. 2 EMRK hat jede festgenommene Person unter anderem Anspruch darauf, unverzüglich über die Gründe des Freiheitsentzugs unterrichtet zu werden. Gibt der Untersuchungsrichter einem Angeschuldigten im Haftprüfungsverfahren lediglich bekannt, er stehe unter dem Verdacht, sich der Mitwirkung bei der Tötung einer bestimmten Person schuldig gemacht zu haben und lässt er ihn über die näheren Gründe seiner Verhaftung raten, so genügt dies den verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen nicht. Da der Begriff der Mitwirkung nicht nur die Mittäterschaft oder Alleintäterschaft, sondern auch die Teilnahmeformen der Anstiftung oder Gehilfenschaft erfasst, wird der Angeschuldigte bei einem derartigen Vorgehen nicht ausreichend über das ihm konkret zur Last gelegte Verhalten informiert. Er kann bei dieser Sachlage seine Verteidigungsrechte nur ungenügend ausüben (BGer vom 23. Juni 2004, 1P.321/2004).

In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung hält das Bundesgericht im Entscheid vom 23. Februar 2005, 1P.90/2005, fest, dass die bloss theoretische Möglichkeit, dass der festgenommene Angeschuldigte in Freiheit Beweismittel beiseite schaffen oder Belastungszeugen beeinflussen könnte, nicht ausreicht, um die Anordnung oder Fortsetzung der Haft unter dem Titel der Kollusionsgefahr zu rechtfertigen. Vielmehr würden konkrete Hinweise für die An-

nahme der Verdunkelungsgefahr voraussetzt, welche sich aus dem bisherigen Verhalten und der Persönlichkeit des Beschuldigten, seinen Beziehungen zu den Belastungszeugen, der Bedeutung der Beweisaussagen, dem Verfahrensstand, der Schwere der Straftaten oder den konkreten Tatumständen ergeben könnten.

5. Gerichtsstand, Rechtsmittel

Gemäss Art. 340^{bis} Abs. 1 lit. a und b StGB untersteht Geldwäscherei der Bundesgerichtsbarkeit, wenn die Taten zu einem wesentlichen Teil im Ausland oder in mehreren Kantonen ohne einen eindeutigen Schwerpunkt in einem von diesem begangen wurden. Ob einer dieser Anwendungsfälle vorliegt, ist angesichts des in der Strafverfolgung herrschenden Effizienzgedankens nicht nach quantitativen, sondern nach qualitativen Kriterien zu beurteilen. Erweisen sich die dem Bund zur Verfügung stehenden Strafverfolgungsinstrumente im Vergleich zu jenen der Kantone in der konkreten Strafsache als geeigneter, so erscheint die Begründung der eidgenössischen Zuständigkeit zweckmässig (BGE 130 IV 68 ff.).

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde steht gemäss Art. 270 lit. h BStP denjenigen Personen zu, die von einer Einziehung i.S. von Art. 58 ff. StGB oder von einem die Einziehung ablehnenden Entscheid betroffen sind und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids haben. Da die Einziehung nach Art. 58 StGB nur bei künftiger Gefährdung der Allgemeinheit angeordnet wird, kommt der Person, welche durch die Anlasstat geschädigt worden ist, im Hinblick auf deren eigene Sicherheit im Falle der unterbliebenen Einziehung keine andere Stellung zu als einem beliebigen Dritten. Sie hat daher kein rechtlich geschütztes Interesse gemäss Art. 270 lit. h BStP und ist folglich zur Beschwerde nicht legitimiert. Ein rechtlich geschütztes Interesse kann der Geschädigte nur dann geltend machen, wenn seine allfälligen zivilrechtlichen Ansprüche durch Nichtanordnung einer Vermögenseinziehung i.S. von Art. 59 StGB gefährdet sind (BGE 130 IV 143 ff.).

In BGE 130 I 234 ff. bejaht das Bundesgericht die Legitimation der Bundesanwaltschaft als Vertreterin der Anklage mit Parteistellung, gestützt auf Art. 33 Abs. 3 lit. a SGG gegen einen Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts betreffend Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft (Pass- und Schriftensperre) beim Bundesgericht Beschwerde zu führen. Weil der Bundesanwaltschaft trotz ihrer Parteistellung keine Gelegenheit zur Vernehmlassung gegeben und ihr der Beschwerdeentscheid nicht förmlich eröffnet wurde, hat die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts überdies ihre Parteirechte verletzt.

III. Literaturauswahl

M. Aepli: Die strafprozessuale Sicherstellung von elektronisch gespeicherten Daten: unter besonderer Berücksichtigung der Beweismittelbeschlagnahme am Beispiel des Kantons Zürich, Diss. Zürich 2004; *P. Albrecht*: Brauchen wir «Schnellrichter» in der Strafjustiz?, AJP 13 (2004) 899 ff.; *F. Bütikofer Repond/N. Queloz*: Les principales caractéristiques de la nouvelle loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, ZStrR 122 (2004) 386 ff.; *D. Demko*: Das Fragerecht des Angeklagten nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der schweizerischen sowie der deutschen Rechtsprechung, ZStrR 122 (2004) 416 ff.; *A. Donatsch*: Das schweizerische Strafprozessrecht, SJZ 100 (2004) 321 ff.; *A. Donatsch/A. Schmid*: Der Zugriff auf E-Mails im Strafverfahren – Überwachung (BÜPF) oder Beschlagnahme?, in: Internet-Recht und Strafrecht, hrsg. von Ch. Schwarzenegger/O. Arter/F. S. Jörg, Bern 2005, 151 ff.; *T. Fingerhuth*: Das Verfahren vor Bundesstrafgericht, plädoyer 4/2004, 30 ff.; *M. Forni*: Strafverfahren und Psychiatrie: Berührungspunkte und Reibungsflächen, ZStrR 122 (2004) 209 ff.; *Ch. Fricker*: Disziplinar- und besondere Sicherheitsmassnahmen: normative und tatsächliche Ausgestaltung im straf- sowie strafverfahrensrechtlichen Freiheitsentzug der Schweiz, Diss. Bern 2004; *L. Glanzmann-Tarnutzer*: Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, AJP 14 (2005) 73 ff.; *G. Greiner*: Akkusationsprinzip und Wirtschaftsstrafsachen, ZStrR 123 (2005) 98 ff.; *H. Guggenbühl*: Einsatz und Verwertbarkeit multimedialer Bildaufzeichnungen im Strafverfahren, Kriminalistik 58 (2004) 578 ff.; *Ch. Haenni*: Verdeckte Ermittlung, Kriminalistik 59 (2005) 248 ff.; *T. Hansjakob*: Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 122 (2004) 97 ff.; *R. Hauser*: Bemerkungen zur Entwicklung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, ZStrR 122 (2004) 205 ff.; *R. Hauser/E. Schweri/K. Hartmann*: Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005; *D. Jositsch*: Medienarbeit als Bestandteil der Strafverteidigung, ZStrR 122 (2004) 115 ff.; *M. Kunz/P. Hunger*: Informatikgestützte Transaktionsüberwachung und Geldwäschereiprävention, recht 22 (2004) 151 ff.; *V. Lieber*: Nur noch eine Rechtsmittelinstanz im Zürcher Strafprozess, plädoyer 2/2005, 38 f.; *R. Mabillard*: Anwaltsgeheimnis als verfassungsrechtliche Schranke für Zwangsmassnahmen, SJZ 101 (2005) 209 ff.; *A. Macaluso*: Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, ZStrR 123 (2005) 79 ff.; *H. Maurer*: Besondere Aspekte des Strafverfahrens gegen eidgenössische Parlamentarier, AJP 14 (2005) 141 ff.; *L. Moreillon*: La recherche des preuves dans

l'instruction pénale: maxime inquisitoire et droits de la défense, ZStrR 122 (2004) 140 ff.; *M. Pellet*: La liberté d'appréciation du juge face au psychiatre, ZStrR 122 (2004) 225 ff.; *N. Ruckstuhl*: Technische Überwachungen aus anwaltlicher Sicht, AJP 14 (2005) 150 ff.; *ders.*: Fehlende Parteirechte bei verdeckter Ermittlung, plädoyer 1/2005, 34 ff.; D. Ryser: «Computer Forensics», eine neue Herausforderung für das Strafprozessrecht, in: Internet-Recht und Strafrecht, hrsg. von Ch. Schwarzenegger/O. Arter/F. S. Jörg, Bern 2005, 553 ff.; *H. Seiler*: Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 22 (2005) 11 ff.; *ders.*: Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, SJZ 100 (2004) 377 ff.; *Ch. A. Spénlé/C. V. Fumeaux*: Aspekte der polizeilichen Gewalt aus völker- und verfahrensrechtlicher Perspektive, SJZ 101 (2005) 129 ff.; *J.-M. Verniory*: Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal, Diss. Genève, Bern 2005.