

Entwicklungen im Strafprozessrecht / Le point sur le droit de la procédure pénale

Prof. Dr. Andreas Donatsch (Unterengstringen) und lic. iur. Angela Cavallo (Wettswil a.A.)¹

I. Rechtsetzung

Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007 (Opferhilfegesetz, OHG), in Kraft getreten am 1. Januar 2009 (AS 2008 1607); Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes vom 13. Juni 2008 (BPI), in Kraft getreten am 5. Dezember 2008 (AS 2008 4989); Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 20. März 2008 (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG), in Kraft getreten am 1. Januar 2009 (AS 2008 5463); Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP), Änderung vom 3. Oktober 2008 (Korrekturen infolge der Revision des AT MStG und weitere Anpassungen), in Kraft getreten am 1. März 2009 (AS 2009 701).

II. Rechtsprechung

1. Verfahrensgarantien

Nach Art. 369 Abs. 7 StGB darf eine aus dem Strafregister entfernte Vorstrafe dem Beschuldigten nicht mehr entgegen gehalten werden. Die frühere Praxis, nach welcher das deliktische Vorleben des Betroffenen uneingeschränkt bei der Strafzumessung und der Prognosebeurteilung berücksichtigt wurde, wird damit aufgegeben (anders noch BGE 121 IV 3). Daraus folgt nach BGE 135 IV 87 jedoch nicht, dass auch medizinische Sachverständige derartige Umstände nicht mehr verwerten dürfen. Im Interesse einer umfassenden Begutachtung dürfe der Sachverständige getilgte Vorstrafen nicht einfach «ausblenden». Das BGer stellt damit klar, dass ein Verwertungsverbot in Bezug auf Gutachten – wie bereits unter bisheriger Rechtsprechung (vgl. BGE 121 IV 3) – abzulehnen ist.

¹ Dieser Bericht umfasst nebst einer Auswahl der von Mai 2008 bis Mai 2009 gefällten Entscheide und in Kraft getretenen Erlasse eine Auswahl der in dieser Periode publizierten Fachliteratur.

Ist in einem Fall von retrospektiver Konkurrenz eine Zusatzstrafe auszusprechen, überschneiden sich die beiden Strafverfahren in dem für den Angeklagten zentralen Punkt der Strafzumessung. Mit Bezug auf ein richterliches Ausstandsbegehren sind derart eng zusammenhängende Verfahren deshalb als Einheit zu betrachten. Mithin ist es mit der verfassungsmässigen Garantie des unabhängigen Richters von Art. 30 Abs. 1 BV nicht vereinbar, wenn ein Richter im Strafverfahren, welches zum ersten Urteil gegen den Beschwerdeführer führte, noch als parteilicher Ankläger tätig war und im zweiten Prozess bezüglich Ausfällung einer Zusatzstrafe als Richter amtiert. Ein solcher Rollenwechsel ist gemäss BGer auf jeden Fall geeignet, objektive Zweifel an der Unparteilichkeit der betroffenen Justizperson zu wecken (so in einer ähnlichen Konstellation schon BGE 134 IV 289). Unterlässt es der grundsätzlich ausstandspflichtige Richter, von sich aus in den Ausstand zu treten, ist ein Ablehnungs- bzw. Ausstandsbegehren jedenfalls dann nicht verspätet, wenn es – wie vorliegend – noch knapp vor der Hauptverhandlung beim Strafgericht eingeht (6B_882/2008 vom 31.03.2009).

Wie das BGer mit Urteil vom 13.11.2008 (1B_277/2008) festhält, gilt auch für sämtliche Verfahren, in welchen die Bestimmungen des BGG zur Anwendung gelangen, dass derjenige gegen Treu und Glauben handelt und sein Recht verwirkt, welcher die Befangenheit der Justizperson nicht unverzüglich nach Kenntnisnahme aller Umstände geltend macht (vgl. Art. 36 Abs. 1 BGG). Ein nach Ablauf von fünf Tagen gestelltes Ausstandsbegehren ist im Sinne von Art. 38 Abs. 1 BGG zwar nicht unzulässig, bewirkt aber keine Aufhebung von früheren Amtshandlungen. Aus dieser Bestimmung kann aber nicht abgeleitet werden, dass das Recht auf Ausstand ohne zeitliche Beschränkung verlangt werden darf. Im zu beurteilenden Fall waren bis zur Ablehnung des Richters und Unterbrechung des Verfahrensfortgangs vier Wochen vergangen, was das BGer als klar verspätet beurteilte.

2. Beweisrecht

Im Urteil Gäfgen v. Deutschland vom 30.6.2008 (Nr. 22978/05) bestätigt der EGMR seine bisherige Praxis zum Folterverbot und zur Verwertung von Beweisen, die aus einem Verstoß gegen Art. 3 EMRK herrühren. Gemäss EGMR ist ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK ohne Ausnahme unzulässig, d.h. ein Eingriff ist weder zur Rettung eines einzelnen Menschenlebens noch im Falle

eines Staatsnotstandes gerechtfertigt. Die Misshandlung muss jedoch ein Minimum an Schwere aufweisen, um unter den Schutz der besagten Bestimmung zu fallen. Der Gerichtshof kommt zum Schluss, dass die unmittelbare und ernstliche Bedrohung mit Folter zwecks Erlangung eines Geständnisses des Beschwerdeführers – im vorliegenden Fall ging es in erster Linie darum, den Aufenthaltsort des entführten und mutmasslich noch lebenden Kindes zu erfahren – bereits eine unmenschliche Behandlung gemäss Art. 3 EMRK darstellt. Eine derart erlangte Aussage dürfe nie zum Nachteil des Folteropfers verwendet werden, so dass diesbezüglich von einem absoluten Verwertungsverbot auszugehen sei. Hingegen führe die Verwertung von Beweismitteln, die nur mittelbar aus einem Verstoss gegen das Folterverbot stammten, nicht zwangsläufig dazu, dass das Fairnessprinzip verletzt sei. Das Urteil wurde an die Grosse Kammer weitergezogen.

BGE 134 IV 266 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein 26 jähriger pädophiler Mann nahm im Chatforum «kidstalk» unter einem Pseudonym Kontakt mit «manuela_13» auf. Anlässlich des Chats konfrontierte er die vermeintlich Dreizehnjährige mit diversen Äusserungen, Fragen und Anforderungen sexuellen Inhalts. Anstelle eines jungen Mädchens erschienen am vereinbarten Treffen des folgenden Tages Polizeibeamte, die sich hinter dem Pseudonym «manuela_13» verborgen hatten. Im Anschluss an die Festnahme des Pädophilen wurden dessen Wohnung durchsucht und auf seinem Computer kinderpornographische Bildaufnahmen sichergestellt. Das BGer stellt klar, dass Polizisten, welche unter einem Pseudonym in einem Chatforum im Internet kommunizieren und zu Ermittlungszwecken Kontakt mit einer verdächtigen Person aufnehmen, als verdeckte Ermittler im Sinne des BVE zu qualifizieren sind. Der Einsatz als verdeckter Ermittler bedürfe einer richterlichen Genehmigung, welche bereits vor Beginn des Einsatzes eingeholt werden müsse; eine nachträgliche Genehmigung sei unzulässig. Im erwähnten Fall gelangten die am Chat beteiligten Polizeiangehörigen weder als verdeckte Ermittler zum Einsatz noch wurde ein solcher Einsatz richterlich genehmigt. Daraus resultiert laut BGer ein Beweisverwertungsverbot, weshalb die durch die verdeckte Ermittlung gewonnenen Erkenntnisse dem mutmasslichen Täter nicht zum Nachteil gereichen und auch nicht für weitere Ermittlungen verwendet werden durften. Entsprechend wurde der Mann von den Vorwürfen des untauglichen Versuchs sexueller Handlungen mit Kindern und der Pornographie freigesprochen.

Die in BGE 133 IV 329 publizierte Rechtsprechung zur Auslegung von Art. 9 BÜPF wird mit Entscheid 6B_50/2008 vom 20. Juni 2008 bestätigt. Demnach handelt es sich bei der Identifizierung eines bisher unbekanntes Drogenhändlers durch die rechtmässige Abhörang des Telefons eines Komplizen um einen «personellen Zufallsfund». In einer solchen Konstellation sind weitere Ermittlungen gegen den so eruierten Mitangeschuldigten ohne vorgängige Zustimmung der Genehmigungsbehörde unzulässig (Art. 9 Abs. 2 BÜPF). Die auf unzulässige Weise erlangten Dokumente und Daten sind nicht verwertbar und umgehend zu vernichten (Art. 9 Abs. 3 BÜPF). Das BGer bemerkt abschliessend, dass die Komplizen des abgehörten Verdächtigen vom Genehmigungsentscheid selbst dann nicht mitumfasst werden, wenn – wie vorliegend – das Strafverfahren (auch) gegen Unbekannt eröffnet worden sei.

3. *Verteidigungsrechte*

Nach dem Entscheid der grossen Kammer des EGMR in Sachen Salduz v. Türkei vom 27.11.2008 (Nr. 36391/02) verlangt der Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK, dass bereits im frühen Zeitpunkt der ersten polizeilichen Befragung der Zugang des Beschuldigten zu einem Anwalt gewährleistet ist, jedenfalls dann, wenn den Aussagen der beschuldigten Person im fraglichen Stadium der Voruntersuchung eine Bedeutung beigemessen wird, welche für die Verteidigung im nachfolgenden Strafverfahren von insgesamt erheblicher Relevanz ist. Eine Verurteilung durch den Gerichtshof erfolgt allerdings nur dann, wenn das Verfahren zufolge der Verweigerung des Rechtsbeistands zu Beginn der Voruntersuchung insgesamt als unfair erachtet werden muss. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn die belastenden Aussagen des Beschuldigten, welche anlässlich der polizeilichen Einvernahme in Abwesenheit der Verteidigung getätigt wurden, als (alleinige) Grundlage für eine Verurteilung verwendet werden. Konnte der Anspruch auf Anwesenheit eines Verteidigers gemäss bisheriger Rechtsprechung des EGMR noch in begründeten Fällen eingeschränkt werden, verlangt die grosse Kammer nunmehr zwingende Gründe für eine – klar bestimmte und zeitlich limitierte – Einschränkung. Damit ist gemäss Konventionsrecht ein Schritt in Richtung des Anspruchs auf einen Anwalt der ersten

Stunde gemacht worden, ein Anspruch, der im Übrigen in der künftigen Schweizerischen Strafprozessordnung weitgehend verankert ist (vgl. Art. 159 StPO/CH).

4. *Rechtsmittel*

In BGE 135 IV 43 bestätigt das BGer einmal mehr, dass ein kantonaler Entscheid betreffend Entschädigung eines Freigesprochenen für die private oder amtliche Verteidigung als Entscheid in Strafsachen gemäss Art. 78 Abs. 1 BGG zu erachten ist. Begründet wird dies damit, dass die Parteikosten eng mit dem Strafverfahren verbunden sind und regelmässig in diesem beurteilt werden. Demgegenüber handle es sich bei einem Genugtuungsanspruch gegen die Strafverfolgungsbehörden um einen Staatshaftungsanspruch. Hier sei kein enger Zusammenhang zum Strafverfahren festzustellen, weshalb für solche Forderungen grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) gegeben sei. Da in diesem Fall die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- zu beachten ist (Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG), ist bei Genugtuungsforderungen wegen ungerechtfertigter Strafverfolgung, welche diesen Wert nicht erreichen, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG zu ergreifen.

5. *Kosten und Entschädigung*

Bei der Bemessung der Parteientschädigung eines freigesprochenen Angeklagten steht dem Richter ein weiter Ermessensspielraum zu. Das BGer greift deshalb praxisgemäss nur bei willkürlicher Anwendung der kantonalen Bestimmungen ein. Insofern kann gemäss Urteil vom 19. Juni 2008 (6B_799/2007 = Pra 97 [2008] Nr. 149) nicht beanstandet werden, dass die Vorinstanz den Aufwand der Verteidigung aufgrund einer Schätzung festlegte. Zusätzliche Bemühungen und Abklärungen, die der Verteidiger zur Entlastung des Angeschuldigten tatsächlich vornahm, sind laut BGer nur insoweit zu vergüten, als sie nicht nutzlos waren und sich in einem vernünftigen Rahmen halten. Dies folge bereits daraus, dass es Sache der Strafverfolgungsbehörde – und eben nicht des Verteidigers – sei, den massgeblichen Sachverhalt abzuklären. Der Angeschuldigte bzw. sein Verteidiger habe im Rahmen des rechtlichen Gehörs aber die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen.

6. Opferhilfe

In einem Grundsatzentscheid (BGE 134 II 308) legt das BGer fest, dass ein Anspruch auf Opferhilfe auch dann bestehen kann, wenn die eigentliche Tathandlung vor Inkrafttreten des OHG stattgefunden hat. Unter «Begehung der Straftat» im Sinne des OHG sei gestützt auf eine opferbezogene Auslegung – anders als im Strafrecht – bei fahrlässigen Erfolgsdelikten mit grossem zeitlichem Abstand zwischen der Tathandlung und dem Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs mithin die «Verwirklichung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale» zu verstehen. Abzustellen sei somit auf den Zeitpunkt des Eintritts der für das Opfer relevanten sowie erkennbaren Folgen der strafbaren Handlung. Das opferhilferechtliche Entschädigungs- und Genugtuungsbegehren eines Asbestopfers darf deshalb nicht allein mit der Begründung abgewiesen werden, das schädigende Täterverhalten – die Asbestexposition – habe bereits vor Inkrafttreten des OHG stattgefunden. Massgebend ist vielmehr der Zeitpunkt des Ausbruchs der Krankheit. Dass in solchen Fällen bei Prüfung der erforderlichen Straftat infolge der lange zurückliegenden Asbestaussetzung Beweisschwierigkeiten auftreten können, vermag laut BGer an dieser Auffassung nichts zu ändern.

III. Literaturswahl

G. Albertini/B. Fehr/B. Voser (Hrsg.), Polizeiliche Ermittlung, Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2008; *A. Donatsch/C. Cavegn*, Der Anspruch auf einen Anwalt zu Beginn der Strafuntersuchung, *forumpoenale* 2/2009, 104 ff.; *B. Ehrenzeller/C. Guy-Ecabert/A. Kuhn (Hrsg.)*, Das revidierte Opferhilfegesetz, Zürich 2009; *P. Goldschmid/T. Maurer/J. Sollberger (Hrsg.)*, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008; *T. Hansjakob*, Verdeckte Ermittlung – Gesetz und Rechtsprechung, *forumpoenale* 1/2008, 361 ff.; *A. Kuhn/C. Perrier*, Quelques points problématiques du Code de procédure pénale suisse, *Jusletter* 22.9.2008; *V. Lieber*, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen schweizerischen Strafprozessordnung, *ZStrR* 126 (2008) 174

ff.; *S. Zimmerlin*, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, Zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 2008.