



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2016

**Entscheidenmerkung, Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer,
Urteil vom 3. Dezember 2015 i.S. Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
sowie A. gegen B. - SB150061**

Thommen, Marc

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-140301>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Thommen, Marc (2016). Entscheidenmerkung, Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, Urteil vom 3. Dezember 2015 i.S. Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich sowie A. gegen B. - SB150061. *Forumpoenale*, (5):258-261.

forum poenale

Herausgeber ·

Editeurs · Editrici

Jürg-Beat Ackermann

Yvan Jeanneret

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·

Direction de revue ·

Direzione della rivista

Sandra Hadorn

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 258

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 281

Ulrich Weder: Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen – Eine Beurteilung aus staatsanwaltschaftlichem Blickwinkel, fokussiert auf das Teilnahmerecht mitbeschuldigter Personen 281

Patrick Schmocker: Die Strafbefehlsvoraussetzungen des «eingestandenem» oder «anderweitig ausreichend geklärten» Sachverhalts 291

Maria Ludwiczak: Compétence territoriale et vignette autoroutière: un dérapage incontrôlé, Remarques à propos de l'ATF 141 IV 336 298

Pascal Ronc/Sandra van der Stroom/Frank Meyer:
Zur Abgrenzung der verdeckten Ermittlung von der verdeckten Fahndung unter besonderer Berücksichtigung des Internets – zugleich Besprechung des Urteils OGer SB 150205/O/U/eh vom 2. November 2015 302

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONI 309



IMPRESSUM

9. Jahrgang – Année – Anno; Oktober – Octobre – Ottobre 2016
Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl –
FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina
ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)

Herausgeber
Editeurs
Editrici

Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, Frohburgstrasse 3, Postfach 4466, 6002 Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch
Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Genève, Uni-Mail, CH-1211 Genève 4, E-Mail: yvan.jeanneret@unige.ch
Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, Département de droit pénal, Uni-Mail, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch
Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel, E-Mail: wolfgang.wohlers@unibas.ch

Schriftleitung
Direction de revue
Direzione della rivista

Sandra Hadorn, MLaw, Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, 3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 55, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: forumpoenale@staempfli.com, Internet: www.forumpoenale.ch
Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di:
Linda Bläsi, Samuel Egli, Veronica Lynn, Thierry Urwyler

Beirat
Comité consultatif
Comitato consultivo

lic. iur. Lucius Richard Blattner, LL.M., DFE, BBA, CAMS, Rechtsanwalt; lic. iur. Corinne Bouvard, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Andreas Brunner, ehemaliger leitender Oberstaatsanwalt, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Lorenz Erni, Rechtsanwalt; lic. iur. Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt; Prof. Dr. iur. Marc Forster, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Straf- und Strafprozessrecht und internationales Strafrecht an der Universität St. Gallen, wissenschaftlicher Berater am Schweizerischen Bundesgericht; Dr. iur. Peter Goldschmid, Fürsprecher, Bundesamt für Justiz, Stv. Leiter Fachbereich Straf- und Strafprozessrecht; Titus Graf, Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer; Dr. iur. Thomas Hansjakob, Erster Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen; lic. iur. Christoph Ill, Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Studienleitung MAS Forensics, Staatsanwaltsakademie Universität Luzern; lic. iur. Konrad Jeker, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt und Notar; Dr. iur. Viktor Lieber, ehemaliger Generalsekretär des Kassationsgerichts des Kantons Zürich; Dr. iur. Alain Macaluso, Avocat au barreau de Genève, Professeur à l'Université de Lausanne; Dr. iur. Niklaus Oberholzer, Bundesrichter, Schweizerisches Bundesgericht; Prof. Dr. iur. Peter Popp, Richter am Bundesstrafgericht; Prof. Dr. iur. Niklaus Ruckstuhl, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Strafprozessrecht, Richter am Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft; lic. iur. Urs Rudolf, Rechtsanwalt und Notar Emmenbrücke; Dr. iur. Jann Six, Oberrichter am Obergericht des Kantons Aargau; Dr. iur. Nils Stohner, Fürsprecher, LL.M., Gerichtsschreiber am Bundesgericht; Prof. Dr. iur. Marc Thommen, LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Schweizerisches Straf- und Strafprozessrecht, Universität Zürich; Dr. iur. Petra Venetz, Richterin am Kriminalgericht des Kantons Luzern

Regeste
Résumé
Regesto

Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt resp. übersetzt durch:
LAWTANK GmbH, Juristische Dienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 7049, CH-3001 Bern,
Tel. +41 (0)31 511 22 22, Fax +41 (0)31 511 22 23, info@lawtank.ch, www.lawtank.ch (italienisch);
Sandra Hadorn (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)

Aufsätze
Articles
Articoli

Die Rubrik Aufsätze wird durch Jürg-Beat Ackermann betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an juerg-beat.ackermann@unilu.ch.
La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Jürg-Beat Ackermann. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à juerg-beat.ackermann@unilu.ch.
La rubrica Articoli è curata da Jürg-Beat Ackermann. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a juerg-beat.ackermann@unilu.ch.

Verlag
Editions
Edizioni

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 44, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com, Internet: www.staempfliverlag.com
Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift forumpoenale vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.
L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal forumpoenale. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.

Inserate
Annonces
Inserti

Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern,
Telefon: +41 (0)31 300 63 41, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Abonnement
Abonnements
Abbonamenti

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern,
Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com
Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 286.– (Print und Online), CHF 225.– (Online); Einzelheft – Numéro séparé –
Numero singolo: CHF 50.– (exkl. Porto); Ausland – Etranger – Estero: CHF 298.– (Print und Online)
Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt.

2. Strafverfahrensrecht Procédure pénale

Nr. 32 Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, Urteil vom 3. Dezember 2015 i. S. Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich sowie A. gegen B. – SB150061

Art. 10 Abs. 2, 141 und 177 Abs. 1 StPO: freie richterliche Beweiswürdigung; fehlende Zeugenbelehrung; Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Entlastungsbeweise.

Art. 177 Abs. 1 StPO sieht für den Fall, dass bei einer Zeugeneinvernahme die Belehrung betreffend die Rechte und Pflichten sowie die Strafbarkeit des falschen Zeugnisses unterbleibt, deren Ungültigkeit vor. Damit erweisen sich die so von einem Zeugen erlangten Aussagen als unverwertbar im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO, falls ihre Verwertung nicht zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich erscheint. Strittig ist, ob Beweisverwertungsverbote nach der StPO nur Belastungs- oder auch Entlastungsverbote sind. Zusammen mit einem Grossteil des Schrifttums und der Rechtsprechung ist von einem blossen Belastungsverbot auszugehen. (Regeste der Anmerkungsverfasser)

Art. 10 al. 2, 141 et 177 al. 1 CPP: libre appréciation des preuves; omission d'informer un témoin de ses droits; question de la possibilité d'exploiter des moyens de preuve à décharge, administrés en violation de la loi.

L'art. 177 al. 1 CPP prévoit que l'audition d'un témoin n'est pas valable si ce dernier n'a pas été informé de ses droits, de ses obligations et de la punissabilité d'un faux témoignage. Il en découle que les déclarations faites par un témoin en de pareilles circonstances ne sont pas exploitables au sens de l'art. 141 al. 2 CPP, à moins que leur exploitation ne soit indispensable pour élucider une infraction grave. Est controversée la question de savoir si les interdictions d'exploiter statuées par le code de procédure pénale concernent exclusivement les preuves à charge ou s'étendent également aux preuves à décharge. Avec une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence, il y a lieu de considérer que seuls les moyens de preuve à charge tombent sous le coup de l'interdiction d'exploiter. (Résumé des auteurs du commentaire)

Artt. 10 cpv. 2, 141 e 177 cpv. 1 CPP: libero apprezzamento delle prove; omissione di informare i testimoni sui loro diritti e doveri; utilizzabilità delle prove a discarico acquisite illegittimamente.

L'art. 177 cpv. 1 CPP prevede che l'audizione di un testimone non è valida, se quest'ultimo non è stato avvisato circa i diritti e i doveri come pure sulla punibilità della falsa testimonianza. Ne deriva che le testimonianze acquisite in tal modo non possono essere utilizzate in virtù dell'art. 141 cpv. 2 CPP, eccetto che la loro utilizzazione sia indispensabile per far luce su gravi reati. È controversa la questione volta a sapere se i divieti di utilizzare le prove ai sensi del CPP concernono esclusivamente le prove a carico o riguardano anche quelle a discarico. Come sostenuto da una grande parte della dottrina e della giurisprudenza occorre considerare che ne sono toccate soltanto le prove a carico. (Regesto dell'autore dell'annotazione)

Hinweis der Schriftleitung: Das Urteil ist rechtskräftig.

Sachverhalt:

Mit Urteil des BezGer Andelfingen vom 23.9.2014 wurde B. von den Vorwürfen der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB sowie der mehrfachen Schändung im Sinne von Art. 191 StGB freigesprochen. Gegen das Urteil erklärte die StA Berufung. Sie beantragte einen Schuldspruch im Sinne der Anklage und eine Bestrafung des Beschuldigten mit 3 Jahren Freiheitsstrafe, je 18 Monate bedingt und unbedingt. Die Privatklägerin erklärte ihrerseits Anschlussberufung. Sie stellte dabei unter anderem den Antrag, die Einvernahme mit Dr. med. C. anlässlich der Hauptverhandlung vom 22.9.2014 sei als nichtig zu erachten und entsprechend aus den Akten zu entfernen. Die StA schloss sich dieser Auffassung an und erachtete die Aussagen von Dr. med. C. ebenfalls als unverwertbar.

Das OGer ZH weist den Antrag, das Einvernahmeprotokoll betreffend die Aussagen von Dr. med. C. aus den Akten zu entfernen, ab, heisst die Berufung im Ergebnis aber grösstenteils gut.

Aus den Erwägungen:

[...]

3.2. Die Privatklägerin lässt ferner den Antrag stellen, die anlässlich der Hauptverhandlung durchgeführte Einvernahme von Dr. med. C. als Auskunftsperson sei als nichtig zu betrachten. Es sei nicht einsichtig, weshalb Dr. med. C. nicht als Sachverständige oder als Zeugin befragt worden sei. Ferner weist der Rechtsvertreter der Privatklägerin darauf hin, dass Dr. med. C. zu Beginn der Einvernahme nicht über ihre Rechte und Pflichten als Auskunftsperson hingewiesen worden sei [...]. Die Staatsanwaltschaft schliesst sich dieser Auffassung an und erachtet die Aussagen von Dr. med. C. als unverwertbar [...]. Die Verteidigung vertritt die Auffassung, [...] dass ein allfälliges Verwertungsverbot lediglich einseitig und zu Gunsten des Beschuldigten beste-

hen würde. Entsprechend könnten entlastende Momente nicht einfach unter Hinweis auf allfällige formelle Mängel aus den Akten gewiesen werden [...].

3.3. Zunächst ist festzuhalten, dass Dr. med. C. von der Vorinstanz zu Recht nicht als Sachverständige einvernommen wurde. Sie wurde weder im Sinne von Art. 184 Abs. 1 StPO als Sachverständige ernannt noch wäre eine amtliche Bestellung zulässig gewesen [...].

3.4. Wer als Auskunftsperson einzuvernehmen ist, bestimmt Art. 178 StPO in abschliessender Weise (SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Auflage 2014, Art. 178 N 1). Dr. med. C. fällt nicht unter eine dieser Kategorien. Entsprechend wurde sie in der falschen prozessualen Rolle einvernommen. Ausgehend von der Prämisse, dass Dr. med. C. tatsächlich der «Aufklärung dienende Aussagen» hätte machen können, hätte sie als Zeugin einvernommen werden müssen (vgl. Art. 162 StPO). So oder anders hätte die Einvernommene aber jedenfalls über die der prozessualen Stellung entsprechenden Rechte und Pflichten sowie auf die möglichen Straffolgen eines falschen Zeugnisses bzw. einer falschen Anschuldigung, einer Irreführung der Rechtspflege sowie einer Begünstigung aufmerksam gemacht werden müssen (vgl. Art. 143 Abs. 1 und 2 StPO, Art. 177 Abs. 1 und 3 StPO, Art. 181 StPO), was indessen – wie aus der diesbezüglichen Stellungnahme der Vorinstanz hervorgeht, in der Hitze des Gefechts [...] – nicht stattgefunden hat.

3.5. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass der Entscheid, gestützt auf welchen eine Person als Auskunftsperson befragt wird, ungültig sei, falls die Person angesichts der im Zeitpunkt der Einvernahme massgebenden Sach- und Rechtslage zwingend als Zeuge hätte befragt werden müssen. Dies habe zumindest dann zu gelten, wenn der Betreffende nach wie vor als Zeuge befragt werden könnte. Damit erweisen sich die von der Auskunftsperson erlangten Aussagen als unverwertbar im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO, falls ihre Verwertung nicht zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich erscheint (DONATSCH, StPO Komm., a. a. O., Art. 178 N 14). Die gleiche Rechtsfolge sieht Art. 177 Abs. 1 StPO für den Fall vor, dass bei einer Zeugeneinvernahme die Belehrung betreffend die Rechte und Pflichten sowie die Strafbarkeit des falschen Zeugnisses unterbleibt [...]. Wenn die Person – wie vorliegend – [...] richtigerweise als (Entlastungs-)Zeugin hätte einvernommen werden müssen, [...], [ist] von der Ungültigkeit und damit Unverwertbarkeit der gemachten Aussagen auszugehen (vgl. auch Art. 180 Abs. 2 StPO).

3.6. Gemäss Art. 141 Abs. 5 StPO sind unverwertbare Einvernahmeprotokolle grundsätzlich aus den Strafakten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und hernach zu vernichten, dies jedenfalls dann, wenn sie den Beschuldigten ausschliesslich belasten. Ob Beweisverbote nach dem Recht der Schweizerischen Strafprozessordnung Belastungs- oder auch Entlastungsverbote sind, ist strittig.

Art. 141 StPO unterscheidet nicht zwischen Verwertungsverboten zugunsten und zulasten des Beschuldigten [...]. Tendenziell sprechen sich das Schrifttum und die Rechtsprechung aber für ein blosses Belastungsverbot aus [...]. Dies insbesondere mit der Begründung, dass es befremdlich erschiene, dem Beschuldigten Entlastungsbeweise zu entziehen, weil die Strafbehörden diesen rechtsfehlerhaft erlangt haben (GLESS, BSK StPO I, a. a. O., Art. 141 N 112, 116).

3.7. Im Einklang mit dieser Auffassung ist das Einvernahmeprotokoll betreffend die Aussagen von Dr. med. C. nicht aus den Akten zu entfernen. Allerdings dürfen die Aussagen nur zugunsten des Beschuldigten verwertet werden. Wollte man anders verfahren, müsste man Dr. med. C. erneut – nunmehr in der korrekten prozessualen Stellung und unter Hinweis auf ihre Rechte und Pflichten sowie auf die Strafbarkeit eines falschen Zeugnisses – einvernehmen, was die Verteidigung im Sinne eines Eventualantrages denn auch verlangte [...]. In der vorliegenden Konstellation erweist sich dies jedoch als nicht sachdienlich. Dr. med. C. wurde auf entsprechenden Beweisantrag der Verteidigung hin einvernommen [...]. Damit kommt ihr (zumindest faktisch) die Rolle einer Entlastungszeugin zu. Als Zeugin untersteht man einer Wahrheitspflicht, die mit Strafe sanktioniert ist. Damit Zeugen aber ihre Pflicht wahrnehmen können, müssen sie darüber informiert werden (KERNER, BSK StPO I, a. a. O., Art. 177 N 3), was indessen nicht stattgefunden hat. Dr. med. C. betonte allerdings anlässlich ihrer Einvernahme, dass sie mit ihrer Aussage eine subjektive Stellungnahme bezwecke, weil sie das laufende Strafverfahren betroffen mache [...]. Auch ihren Bericht vom 11. März 2013 hatte sie mit den Worten eingeleitet, sie mache ihre Ausführungen auf den Wunsch des Verteidigers und des Beschuldigten «in Verteidigung dessen Rechte vor der Staatsanwaltschaft und der Gerichtsbarkeit des Kantons Zürich» [...]. Bei ihrer Aussage handelte es sich also um eine persönliche Einschätzung, die – schon mangels Überprüfbarkeit – sicher auch nach Belehrung der ihr als Zeugin zustehenden Rechte und Pflichten sowie nach Hinweis auf die Strafbarkeit des falschen Zeugnisses gleich ausfiele, jedenfalls aber sicher nicht noch deutlicher zugunsten des Beschuldigten, als die bestehende Einvernahme ausgefallen ist. [...]

Bemerkungen:

«Wo Du hörst hohe Schwüre, steht die Lüge vor der Türe.» Der vorliegende Entscheid des Obergerichts Zürich verdient im Ergebnis in Bezug auf die Verwertbarkeit von Entlastungsbeweisen Zustimmung. Gleichwohl drängen sich ein paar systematische Anmerkungen zur Unverwertbarkeit von Aussagen infolge fehlender Zeugenbelehrungen auf (I.). Daraufhin folgt eine Gegenüberstellung der in der Lehre und Rechtsprechung aufgeführten Argumente einerseits für (II.) und andererseits gegen (III.) die Verwertbarkeit von rechts-



widrig erhobenen Entlastungsbeweisen. Zum Schluss soll noch ein Blick auf die *ratio* der Zeugenbelehrung geworfen werden (IV.).

I. Dr. med. C., Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, wurde im Rahmen der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Andelfingen als Auskunftsperson einvernommen. Wer als Auskunftsperson zu befragen ist, bestimmt sich nach Art. 178 StPO. Da diese Aufzählung abschliessend ist (Botschaft 2005, 1208; KERNER, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 178 N 4) und Dr. med. C. keiner der gesetzlich aufgelisteten Kategorien zugeordnet werden kann, hätte eine Einvernahme als Auskunftsperson nicht erfolgen dürfen (E. 3.4). Wie das Obergericht ebenfalls richtigerweise festhält (E. 3.3), wäre auch eine Einvernahme von Dr. med. C. als sachverständige Person nach Art. 183 f. StPO nicht möglich gewesen, da diese durch ihre zuvor erfolgte therapeutische Behandlung des Beschuldigten den Anschein von Befangenheit erweckt hätte (vgl. Art. 56 StPO). Vielmehr wäre Dr. med. C. als Zeugin gemäss Art. 162 ff. StPO zu befragen gewesen, da davon auszugehen ist, dass sie der «Aufklärung dienende Aussagen» hätte machen können und eben nicht Auskunftsperson war. Zur falschen prozessualen Rolle der einvernommenen Person kam hinzu, dass das Bezirksgericht «in der Hitze des Gefechts» Dr. med. C. *weder* als Auskunftsperson *noch* als Zeugin über ihre prozessualen Rechte und Pflichten belehrte und sie auch nicht auf die möglichen Straffolgen (falsches Zeugnis bzw. falsche Anschuldigung, Irreführung der Rechtspflege, Begünstigung) hinwies. Die Rechtsfolgen einer fehlenden Zeugenbelehrung ergeben sich zunächst aus Art. 177 Abs. 1 Satz 2 StPO: Unterbleibt die Belehrung, so ist die Einvernahme ungültig. Es handelt sich entsprechend nicht um eine blosser Ordnungsvorschrift, sondern um ein Gültigkeitserfordernis (vgl. KERNER, BSK StPO, Art. 177 N 5). Art. 141 Abs. 2 StPO hält sodann fest, dass Beweise, die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, nicht verwertet werden dürfen, es sei denn, ihre Verwertung sei – im Sinne einer Interessenabwägung – zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (vgl. auch GIOVANNONE, AJP 2012, 1062, 1066).

Das Obergericht hätte die Verwertung der Aussagen daher mit der Begründung zulassen können, dass es um ein schweres Verbrechen ging. Auch wäre eine rechtsgültige Wiederholung der ungültigen Einvernahme möglich gewesen. Stattdessen erkannte es auf Unverwertbarkeit der Aussagen. Da Dr. med. C. zumindest faktisch die Rolle einer Entlastungszeugin zukam, stellte sich dem Gericht die Frage, ob die in der Einvernahme erfolgten *entlastenden* Aussagen ebenfalls ungültig sind oder grundsätzlich verwertet werden können. In der Lehre und Praxis ist dies umstritten:

II. Für eine umfassende Geltung des Verwertungsverbotes auch in Bezug auf Entlastungsbeweise liesse sich vor-

bringen, dass die Strafprozessordnung in Art. 141 nicht zwischen Verwertungsverboten zugunsten und zulasten des Beschuldigten unterscheidet (anders etwa § 15 aStPO/ZH [Fassung vom 1. 9. 1991 (OS 51, 851)]: «*Einvernahmen von Zeugen, Auskunftspersonen oder Sachverständigen, bei welchen die Vorschriften von § 14 nicht beachtet wurden, sind nichtig, soweit sie den Angeschuldigten belasten.*»). Das Fehlen einer speziellen Regelung für Entlastungsbeweise könnte entsprechend zeigen, dass auch diese den Beweisverboten unterstehen müssten. Die Botschaft zur StPO führt zu Art. 141 Abs. 1 StPO überdies explizit auf, dass die Verwertung «*von Beweisen, die mittels verbotener Methoden erlangt worden sind, generell, also insbesondere auch zu Gunsten der beschuldigten Person*» verboten sei (Botschaft StPO, 1183). Des Weiteren verweisen Stimmen in der Lehre auf Art. 141 Abs. 5 StPO. Gemäss diesem werden bei unverwertbaren Beweisen die Aufzeichnungen darüber aus den Strafakten entfernt und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens separat unter Verschluss behalten bzw. versiegelt. Danach werden sie vernichtet. Aus diesem Vernichtungsgebot müsse abgeleitet werden, dass ein solcher Beweis auch nicht zugunsten der beschuldigten Person berücksichtigt werden dürfe, wenn er ihre Unschuld belegen könnte (DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 126 [2008], 158, 166 f.). Aufgrund der Entfernung und Siegelung der Akten stelle sich schon rein faktisch die Frage, wie es überhaupt möglich sein solle, unverwertbare Beweise zugunsten der beschuldigten Person zu verwerten (WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 141 N 12; DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 126 [2008], 158, 166 f.). CHRISTEN weist schliesslich darauf hin, dass ein Grund für die grundsätzliche Unverwertbarkeit in der Ungewissheit des Wahrheitsgehalts des Beweismittels liege. Nicht nur seine belastende Wirkung sei entsprechend zweifelhaft, sondern auch seine entlastende (ZStrR 129 [2011], 463, 472 f.).

III. Gegen eine volle Geltung des Verwertungsverbotes war schon zum alten Recht überwiegend die Auffassung vertreten worden, bei Verwertungsverboten handle es sich nur um Belastungsverbote. Rechtswidrig erhobene Beweise sollten entsprechend verwertet werden dürfen, wenn dies der Entlastung der beschuldigten Person dienen konnte (vgl. etwa BGer, Urteil v. 5. 3. 2001, 1A.303/2000, E. 2b; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 60 N 13; SJZ 1975, 60, 62). WALDER hielt so etwa fest, dass die Strafjustiz es sich nicht leisten könne, irgendein vorhandenes Indiz der Unschuld des Beschuldigten zurückzuweisen (ZStrR 82 [1966], 36, 50). Nach vorherrschend vertretener Auffassung soll dies auch nach Einführung der schweizerischen StPO der Fall sein (vgl. CAN 2013, 105, 107 f.; FLACHSMANN/ISENRING, Grundsatz der Einheit des schweizerischen Strafprozessrechts, in: CAVALLO ET AL. [Hrsg.], Liber amicorum

für Andreas Donatsch, Zürich 2012, 289, 292; GLESS, FP 2013, 343; DIES., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 141 N 111 ff.; PAREIN, Les preuves illégales recueillies par les particuliers sous l'empire du Code de procédure pénale suisse, in: Jusletter vom 8.10.2012, N 52; RIKLIN, StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 141 N 9; ZR 2013, 88, 93). Zum einen wird dies damit begründet, dass eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für eine gänzliche Unverwertbarkeit fehlt (FLACHSMANN/ISENRING, 292; mit Ausnahme von Art. 140 Abs. 2 StPO). So wird denn auch im Begleitbericht zum Vorentwurf-StPO festgestellt, dass es der Praxis überlassen bleiben könne, «inwieweit solche Beweise zugunsten der Beschuldigten oder anderer Parteien verwendet werden» (VE-StPO, 108). Nicht zu überzeugen vermag das Weiteren auch die unter II. erwähnte Ansicht, die sich für die Bejahung einer umfassenden Geltung des Verwertungsverbot auf die sich aus Art. 141 Abs. 5 StPO ergebenden faktischen Probleme stützt. Solche bestehen nämlich auch in denjenigen Konstellationen, in denen die Strafprozessordnung wie in Art. 147 Abs. 4 StPO eine gespaltene Verwertbarkeit ausdrücklich vorsieht (ZR 2013, 88, 93; vgl. auch WOHLERS, ZK StPO, Art. 141 N 12, der darauf hinweist, dass die Regelung des Art. 141 Abs. 5 StPO in der Praxis gar nicht zur Anwendung komme). Das gewichtigste Argument ergibt sich schliesslich aus der *ratio legis*: Indem rechtswidrig erhobene Beweise nicht gegen den Beschuldigten verwertet werden dürfen, sollen die Strafbehörden für die begangene Verletzung von Verfahrensrechten bestraft und von künftigen Verletzungen abgehalten werden. Dem Beschuldigten soll auf diese Weise ein faires Verfahren garantiert werden (THOMMEN/SAMADI, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2016, 65, 81 ff.).

Vor diesem Hintergrund erhellt es nicht, warum ein Beschuldigter etwa bei Vorliegen einer ihn begünstigenden, jedoch rechtswidrig erfolgten Einvernahme für die Unterlassung der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts benachteiligt werden soll (vgl. FLACHSMANN/ISENRING, 292; GLESS, ZStrR 128 [2010], 146, 160). Auf diese Problematik verweisen denn auch – trotz ihrer Bejahung der umfassenden Geltung des Verwertungsverbot – DONATSCH/CAVEGN (ZStrR 126 [2008], 158, 166 f.: «*Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es in der Regel die Strafverfolgungsorgane sind, welche die Unverwertbarkeit zu vertreten haben, weshalb die gewählte Lösung den Beschuldigten sehr hart treffen kann.*»). Nicht zuletzt ist auch mit HÄRING übereinzustimmen, dass es unerträglicher ist, einen offensichtlich Unschuldigen zu verurteilen, weil entlastende Beweise nicht verwertet werden dürfen, als einen offensichtlich Schuldigen mangels verwertbarer Beweise freizusprechen (ZStrR 127 [2009], 225, 236). Zu Recht lässt das Obergericht die entlastenden Aussagen deshalb zu, ohne dies jedoch näher zu begründen (E. 3.7).

IV. Zum Schluss muss noch die *ratio* der Zeugenbelehrung kurz betrachtet werden. Weshalb sollen Zeugenaussagen nur dann ein verlässliches Beweismittel sein, wenn sie unter Hinweis auf die strafbewehrte Wahrheitspflicht geäussert wurden? Unaufgeklärte Zeugenaussagen sollen deshalb unverwertbar sein, weil man ihrem Wahrheitsgehalt nicht traut (ähnlich CHRISTEN, ZStrR 129 [2011], 463, 473). Es gilt aber zu beachten, dass es keine feste Beweisregel für die Wertung von Zeugenaussagen gibt und sie daher nach wie vor der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegen (vgl. KERNER, BSK StPO, Art. 177 N 1; s. ferner BGE 103 IV 299, 300). Ein Teil des Schrifttums scheint jedoch im Sinne einer unausgesprochenen Beweisregel gerade davon auszugehen, dass jene, die unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB eine Aussage tätigen, die Wahrheit sagen (vgl. BRUNNER, Einführung zur Publikation der Vorträge des Forum Strafverteidigung vom 20. Mai 2000: «Redlich aber falsch: zur Problematik von Zeugenaussagen im Strafverfahren», AJP 2000, 1353). So halten etwa HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (§ 62 N 7 f.) fest, dass keine Rechtsordnung auf solche Zwangsmittel verzichten könne, weil die Rechtsfindung zum grossen Teil darauf beruhe, dass die Gerichte durch die Zeugen *wahrheitsgemäss* vom Sachverhalt unterrichtet werden. Diese Annahme erweist sich jedoch nach aussagepsychologischen Erkenntnissen in etwa der Hälfte der Fälle als unzutreffend (vgl. STELLER/VOLBERT, Glaubwürdigkeitsbegutachtung, in: STELLER/VOLBERT [Hrsg.], Psychologie im Strafverfahren, Bern 1997, 12 ff.; s. auch STEIN-WIGGER, AJP 2010, 1409, 1410 unter Verweis auf das alte Sprichwort «Wo Du hörst hohe Schwüre, steht die Lüge vor der Türe.»; m. w. H. DITTMANN, plädoyer 2/1997, 28 ff.). Auch das Obergericht misst den Hinweisen auf die Wahrheitspflicht und Strafandrohung keine grosse Bedeutung zu, wenn es davon ausgeht, dass die Aussagen der Zeugin auch nach erfolgter Aufklärung gleich ausfielen (E. 3.7). Es gilt sich daher ernsthaft zu fragen, ob die Rolle des Zeugen im Strafverfahren nicht einer Umdeutung bedarf. Die fortbestehende Strafandrohung bei Verletzung der Wahrheitspflicht durch den Zeugen lässt das Festhalten an altertümlichen Beweisregeln in Form eines Eids oder Gelübdes vermuten. «*[T]he oath has never quite lost its primitive roots in the decisive magic rite.*» (SILVING, The Yale Law Journal 1959, 1329, 1389). Dies steht jedoch im Widerspruch zur freien richterlichen Beweiswürdigung nach Art. 10 Abs. 2 StPO. Entscheidend ist nämlich stets nur der Beweiswert des konkret vorhandenen Beweismittels, also auch bei einem Zeugen (als Personalbeweis) die Glaubwürdigkeit der Person sowie die Glaubhaftigkeit der durch sie getätigten Angaben im jeweiligen Einzelfall (vgl. WOHLERS, ZK StPO, Art. 10 N 27, sog. innere Autorität des konkreten Beweismittels).

Prof. Dr. iur. Marc Thommen, LL.M./Martin Seelmann, MLaw, RA



Das unverzichtbare Instrument für Ihren Berufsalltag



forumpoenale

Zeitschrift für die Strafrechtspraxis

Jürg-Beat Ackermann, Yvan Jeanneret,
Bernhard Sträuli, Wolfgang Wohlers
(Herausgeber)

Erscheint 6x jährlich,

deutsch/französisch, geheftet, 1662-5536

- **Anmerkungen** von **Spezialistinnen** und **Spezialisten**, welche wichtige Gerichtsurteile ergänzen.
- **Ausgewählte Aufsätze** zu besonders **praxisrelevanten Themen**, welche die Diskussion über die Grenzen einzelner Berufsgruppen hinweg intensiviert und fördert.
- Ein grosszügiger **Überblick der wichtigsten Literatur des Strafrechts**, gliedert nach spezifischen Fachgebieten.
- Gesetzgebungsbericht, Buchbesprechungen, Veranstaltungshinweise.

inkl. Online-
Archivzugang

Mehr Informationen finden Sie unter:
www.staempfliverlag.com/forumpoenale

Stämpfli

Verlag

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

verlag@staempfli.com

www.staempfliverlag.com



Bestellschein

— **Ex. Jahresabonnement inkl. 1 Online-Archivzugang**

CHF 286.–* inkl. Versandkosten

— **Ex. Jahresabonnement (nur online)**

CHF 225.–

— **Ex. Probeheft**

Gratis

*Lieferanschrift Schweiz

Name, Vorname _____

Firma _____

Strasse _____

PLZ/Ort _____

Telefon _____

E-Mail _____

Ich abonniere den Newsletter _____

Datum, Unterschrift _____

Retournieren Sie den Bestellschein oder bestellen Sie Ihre Exemplare unter

www.staempflishop.com | order@staempfli.com
Telefon: +41 31 300 66 77 | Fax: +41 31 300 66 88



A

Nicht frankieren
Ne pas affranchir
Non affrancare

Geschäftsantwortsendung Invio commerciale-risposta
Correspondance commerciale-réponse



Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

3001 Bern