

forum poenale

Herausgeber ·

Editeurs · Editori

Jürg-Beat Ackermann

Roy Garré

Gunhild Godenzi

Yvan Jeanneret

Konrad Jeker

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·

Direction de revue ·

Direzione della rivista

Sandra Hadorn

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 82

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 119

Markus J. Meier/Jasmin Hashemi: Stealthing – Muss strafbar sein, was verwerflich ist? 119

Yvonne Thomet: Strafverteidigung in den Schranken von Gesetz und Standesregeln 125

Martin Reimann: Korruptionsrisiken bei der Vergabe von Sportgrossanlässen – Art. 322^{novies} StGB auf dem Prüfstand 129

Fiona Leu/Benjamin Stückelberger: Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 6B_1188/2018 vom 26.9.2019 zur Verwertbarkeit von durch Private illegal erlangten Beweismitteln im Strafverfahren 136

Kastriot Lubishtani: Terrorisme et droit pénal des mineurs: une équation complexe valant le détour par Winterthour – Résumé et analyse critique des jugements DJ1800005-K et DJ1800006-K du 26 février 2019 rendus par le Tribunal des mineurs de Winterthour 141

Maria Ludwiczak Glassey: Entraide internationale en matière d'exportation de biens culturels: l'obstacle de la double incrimination – Remarques à propos de l'ATF 145 IV 294 149

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONE 155



IMPRESSUM

13. Jahrgang – Année – Anno; April – Avril – Aprile 2020

Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno

Zitervorschlag – 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 Éditeurs Editore	Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch PD Dr. Roy Garré, Bundesstrafgericht, E-Mail: roy.garre@bstger.ch Prof. Dr. iur. Gunhild Godenzi, LL.M., RA, Universität Zürich, E-Mail: gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Genève, E-Mail: yvan.jeanneret@unige.ch lic. iur. M.B.L.-HSG Konrad Jeker, Fachanwalt SAV Strafrecht, Gressly Rechtsanwälte, E-Mail: jeker@gressly-rechtsanwaelte.ch Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Basel, E-Mail: wolfgang.wohlers@unibas.ch
Ständige Mitarbeiter Collaborateurs permanents Collaboratori permanenti	Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt, Zürich Prof. Dr. iur. Frank Meyer, LL.M., Universität Zürich
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: Sean Heneghan, Elif Haskaya, Fabienne Maurer
Regeste Résumé Regesto	Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt resp. übersetzt durch: LT Lawtank, Sprach- und Rechtsdienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 2654, 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 Gunhild Godenzi betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch. La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Gunhild Godenzi. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch. La rubrica Articoli è curata da Gunhild Godenzi. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a gunhild.godenzi@rwi.uzh.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 Verbrei- tung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut égale- ment pour les décisions judiciaires et les registres rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition. L'accettazione di contributi avviene alla condizione che il diritto esclusivo di riproduzione e distribuzione sia trasferito a Stämpfli Verlag AG. Tutti i contributi pubblicati nella presente rivista sono protetti dal diritto d'autore. Questo vale anche per le decisioni giudiziarie e i registri redatti dalla redazione o dagli editori. Nessuna parte della presente rivista può essere riprodotta, al di fuori dei limiti della legge sul diritto d'autore, in qualsiasi forma, ivi comprese tutte le procedure tecniche e digitali, senza l'autorizza- zione scritta della casa editrice.
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: zeitschriften@staempfli.com Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 359.– (Print und Online), CHF 310.– (Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: CHF 60.– (exkl. Porto); Europa – Europe – Europa: CHF 368.– (Print und Online) Ausland übrige Länder – Etranger d'autres pays – Estero altri paesi: CHF 404.– (Print und Online) Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich. Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.



Fiona Leu, MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin an der Universität Bern

Benjamin Stückelberger, Hilfsassistent an der Universität Bern

Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 6B_1188/2018 vom 26. 9. 2019 zur Verwertbarkeit von durch Private illegal erlangten Beweismitteln im Strafverfahren

Inhaltsübersicht:

- I. Sachverhalt
- II. Aus den Erwägungen
- III. Einordnung des Urteils
- IV. «Schwere Straftat»
- V. Zusätzliche Differenzierung
- VI. Weitere prozessuale Fragen
- VII. Fazit

I. Sachverhalt

A. wurde von der Zürcher Gerichtsbarkeit wegen Verstössen gegen das SVG schuldig gesprochen. Der entscheidende Beweis wurde von einem anderen Verkehrsteilnehmenden auf einer Dashcam aufgezeichnet, was unbestrittenermassen gegen Art. 12 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 4 DSGVO versties. Vor Bundesgericht rügte die Beschwerdeführerin die Unverwertbarkeit dieses Beweises wegen dessen rechtswidriger Erstellung und beantragte daher Freispruch.

II. Aus den Erwägungen

2.1. Die Strafprozessordnung enthält Bestimmungen zu den verbotenen Beweiserhebungen (Art. 140 StPO) und zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise (Art. 141 StPO). Wieweit die Beweisverbote auch greifen, wenn nicht staatliche Behörden, sondern Privatpersonen Beweismittel sammeln, wird in der Strafprozessordnung nicht explizit geregelt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht in Anlehnung an die Doktrin davon aus, dass von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel nur verwertbar sind, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ

dazu eine Interessenabwägung für deren Verwertung spricht [...].

2.2. Bei der Interessenabwägung hat das Bundesgericht bereits vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung festgehalten, dass es einer Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person bedarf, dass der fragliche Beweis unterbleibt [...]. Hinsichtlich staatlich erhobener Beweise nimmt Art. 141 Abs. 2 StPO eine solche Interessenabwägung nunmehr selbst vor. Demnach dürfen Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich. Aus der Sicht der beschuldigten Person ist es unerheblich, durch wen die Beweise erhoben worden sind, mit welchen sie in einem gegen sie gerichteten Strafverfahren konfrontiert wird. Es erscheint deshalb angemessen, bei der Interessenabwägung im Sinne der oben erwähnten Rechtsprechung denselben Massstab wie bei staatlich erhobenen Beweisen anzuwenden und Beweise, die von Privaten rechtswidrig erlangt worden sind, nur zuzulassen, wenn dies zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist.

4. [...] Die Vorinstanz qualifizierte das Verhalten der Beschwerdeführerin teils als einfache, teils als grobe Verletzung der Verkehrsregeln (Art. 90 Abs. 1 und 2 SVG). Dabei handelt es sich um Übertretungen und Vergehen, die nach der Rechtsprechung nicht als schwere Straftaten im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO zu qualifizieren sind (BGE 137 I 218 E. 2.3.5.2). Dieser Massstab ist auch bei der Verwertung privat erhobener Beweise anzuwenden (siehe oben, E. 2.2), was dazu führt, dass die Interessenabwägung zugunsten der Verwertung ausfällt [...].

III. Einordnung des Urteils

Das Bundesgericht hat im Urteil 6B_1188/2018 vom 26.9.2019 das bisher geltende zweistufige Prüfschema bzgl. nach der Verwertbarkeit von rechtswidrig durch Private erlangten Beweisen konkretisiert.¹ In einem ersten Schritt fragt es weiterhin danach, ob das Beweismittel rechtmässig durch die Strafverfolgungsbehörden hätte erlangt werden können. Den zweiten Schritt – die Interessensabwägung – gestaltet es hingegen schematischer und näher an den Verwertungsregeln der staatlichen Beweiserhebung. Mit dem Argument, dass es für die beschuldigte Person im Strafprozess einerlei sei, wer die illegalen Beweise gegen sie erhoben habe, setzt das Bundesgericht in seinem aktuellen Entscheid nun die rechtswidrige private Beweismittelerhebung mit der rechtswidrigen staatlichen Beweismittelerhebung fast gleich.² So spricht es von einer analogen Anwendung von Art. 141 StPO auf die Privaten und es geht davon aus, dass die vormalig vom Gericht geforderte Interessensabwägung bereits in der gesetzlichen Regelung von Art. 141 StPO enthalten sei.³ Damit wird neu insbesondere auf eine detaillierte Interessensabwägung verzichtet und stattdessen nur noch gefragt, ob die im Strafverfahren zu beurteilende Straftat eine «schwere Straftat» i. S. v. Art. 141 Abs. 2 StPO sei. Damit wird der Kritik Rechnung getragen, die bemängelte, die Interessensabwägung beim bisherigen Schema bedürfe weiterer Kontur⁴ resp. deren Voraussetzungen seien kaum tiefer gehend erläutert worden.⁵ Insofern kann das Urteil als Beitrag zur Rechtssicherheit gesehen werden. Fraglich bleibt dabei jedoch u. a., welche Straftaten unter das Kriterium der «schweren Straftat» fallen, zudem bleiben weitere prozessuale Aspekte ungeklärt.

Die Verwendung des Kriteriums der «schweren Straftat» ergibt insofern Sinn, als dass das Bundesgericht bereits heute bei der Interessensabwägung in den meisten Fällen ausschliesslich das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gegen das private Interesse an der Unverwertbarkeit des Beweises abwägt und Ersteres umso höher eingestuft wird, je schwerwiegender eine Straftat ist.⁶ Mangels weiterer Konkretisierung dieser Kriterien für diese Abwägung wurde die Interessensabwägung so faktisch meist auf das Kriterium der Schwere der Straftat reduziert, wobei dieses in der Rechtsprechung alles andere als einheitlich verwendet wurde. Auch die kantonalen Gerichte interpretierten die bundesgerichtli-

che Vorgabe unterschiedlich. Exemplarisch seien hier zwei Urteile aufgeführt, welche einen ähnlichen Sachverhalt betreffen und in der Lehre breit rezipiert wurden: Das Kantonsgericht Schwyz nahm – wie dieses Leiturteil jetzt – an, dass für die Bejahung der Interessenabwägung eine «schwere Straftat» i. S. v. Art. 141 Abs. 2 StPO vorliegen müsse.⁷ Dem entgegen steht das Obergericht des Kantons Zürich, welches als Vorinstanz des hier diskutierten Entscheids das Erfordernis des Vorliegens einer schweren Straftat verneinte, jedoch verschiedene Interessen aufzählte und diese lediglich rudimentär gegeneinander abwog.⁸ Diese Urteile wurden in der Lehre kritisiert: Es wurde bemängelt, sie gingen zulasten der Grundrechte und Datenschutzrechte Dritter.⁹ Weiter wurde kritisiert, dass sie vereinfacht und unvollständig seien¹⁰ respektive sogar oft nur formelhaft erwähnt würden.¹¹ Zudem würden bei schweren Straftaten die Konsequenzen eines rechtswidrigen Handelns theoretisch gegen null reduziert.¹²

Die von der Lehre geforderte Abwägung zwischen allen betroffenen Interessen ist jedoch sprachlich und methodisch kaum zu leisten. Als Beispiel seien Grundrechte Dritter (welche für und gegen eine Verwertung sprechen können) oder die Problematik, dass bei schwereren Straftaten sowohl das öffentliche Interesse an deren Aufklärung steigt, als auch das private Interesse an einem Verwertungsverbot zu erwähnen.¹³ Der neue Leitentscheid bringt somit wünschenswerte Klarheit in das Kriterium der Interessensabwägung. Dadurch kann ein Teil der Problematik, dass eine Interessensabwägung «notorisch unsicher und mit latenter Willkürgefahr behaftet»¹⁴ ist, ausgeräumt werden. Dennoch ist die fehlende Berücksichtigung weiterer Interessen zu kritisieren. Wie der Vorschlag des Bundesgerichts und die Kritikpunkte der Lehre kombiniert werden könnten, soll im Weiteren dargelegt werden.

IV. «Schwere Straftat»

Mit der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist künftig das Kriterium der «schweren Straftat» in Art. 141 Abs. 2 StPO zentral für die Frage, ob ein rechtswidrig von

¹ Das Urteil ist als Leitentscheid zur Publikation in der Amtlichen Sammlung vorgesehen.

² BGer, Urteil v. 26.9.2019, 6B_1188/2018, E. 2.2.

³ BGer, Urteil v. 26.9.2019, 6B_1188/2018, E. 2.2.

⁴ GLESS, Nr. 32 Kantonsgericht Schwyz, Strafkammer, Urteil vom 20. Juni 2017 i. S. A. gegen Staatsanwaltschaft Innerschwyz – STK 2017 I, FP 2018, 397, 403.

⁵ MAAGER, Verwertbarkeit privater Dashcam-Aufzeichnungen im Strafverfahren, *sui generis* 2018, 177, 189 f.

⁶ Vgl. dazu bspw. BGer, Urteil v. 8.2.2016, 6B_786/2015, E. 1.3.2 und BGE 131 I 272, 278, m. w. H.

⁷ KG SZ, Urteil v. 20.6.2017, STK 2017 I, E. 4.b.

⁸ OG ZH, Urteil v. 9.10.2018, SB180251, E. 1.2.

⁹ Vgl. MAEDER, Verwertbarkeit privater Dashcam-Aufzeichnungen im Strafprozess, *AJP* 2018, 155, 160 f.

¹⁰ Vgl. MAAGER (Fn. 4), 192; VEST/EICKER, Bundesgericht. I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 18.5.2004, Y. c. X. und Staatsanwaltschaft sowie Obergericht des Kantons Aargau, staatsrechtliche Beschwerde. BGE 130 I 126, *AJP* 2005, 883, 890; MAEDER (Fn. 9), 160 f.

¹¹ Vgl. VEST/HÖHENER, Beweisverwertungsverbote – quo vadis Bundesgericht?, *ZStrR* 127 (2009), 95, 103.

¹² Vgl. GLESS, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *BSK StPO*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 141 N 71.

¹³ Vgl. VEST/EICKER (Fn. 10), 891 ff.; FORNITO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, *St. Gallen* 2000, 250 ff.

¹⁴ MAEDER (Fn. 9), Fn. 53.



Privaten erhobenes Beweismittel in einem Strafverfahren verwertet werden darf. Eine Definition einer «schweren Straftat» nach Art. 141 Abs. 2 StPO fehlt jedoch weitgehend, was in der Lehre auch verschiedentlich bemängelt wurde.¹⁵ Die Rechtsprechung handhabt das Kriterium äusserst uneinheitlich.¹⁶ Der hier besprochene neue Leitentscheid bringt etwas dogmatische Klarheit: Übertretungen und Vergehen fallen demnach in keinem Fall unter das Kriterium «schwere Straftaten», entsprechend kommen dazu einzig Verbrechen infrage.¹⁷ Damit wird folglich bereits eine erste Mindestvoraussetzung in Bezug auf die Verwertbarkeit eingeführt.

In der Lehre wurde das Kriterium bislang nur wenig konkretisiert. Einig ist man sich insofern, als dass übereinstimmend auf die abstrakte Strafandrohung abgestellt wird. Gemäss einigen Stimmen in der Lehre kann eine «schwere Straftat» i. S. v. Art. 141 Abs. 2 StPO «nur ein Delikt der Schwerekriminalität sein, also ein Straftatbestand, bei dem als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe angedroht ist».¹⁸ Dieser Argumentation ist zu folgen, da die Gefahr, dass Private vorgeschoben werden, um für die Polizei rechtswidrige Aufgaben zu erledigen und damit der Schutzzweck von Art. 140 f. StPO unterlaufen wird, nur mit einer hohen Mindestvoraussetzung für die Verwertbarkeit entgegengetreten werden kann. Dafür spricht auch der Grundsatz, dass Beweise grundsätzlich durch die Strafverfolgungsbehörden erhoben werden sollten.¹⁹ Zudem kennt weder das Zivil- noch das Datenschutzrecht, und auch nicht das Strafrecht eine wirksame Handhabe gegen den Einsatz von Dashcams oder Überwachungskameras,²⁰ weshalb nur eine hohe Ver-

wertbarkeitsschwelle die Gefahr deren Erstellung verringern kann. Kriterium für die «schwere Straftat» und damit Mindestanforderung für die Verwertbarkeit von rechtswidrig von Privaten erlangten Beweismitteln sollte daher das Vorliegen eines Delikts sein, das ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedroht ist.

In der Lehre wurde weiter vorgeschlagen, zur Qualifikation des Kriteriums der «schweren Straftat» auf die Deliktskataloge zur Anordnung von Zwangsmassnahmen abzustützen – insbesondere auf Art. 269 Abs. 2 und Art. 286 Abs. 2 StPO.²¹ Diese beiden Kataloge enthalten teils ähnliche, aber nicht dieselben Straftaten. Welche Straftaten in diesen Katalogen aufgenommen wurden, war damit auch von pragmatischen Strafverfolgungsüberlegungen geprägt und orientierte sich nicht ausschliesslich am abstrakten Kriterium der «schweren Straftat».²² Überwachungsmaßnahmen werden zudem regelmässig im Voraus angeordnet, während sich die Frage der Verwertung von Beweismitteln immer erst im Nachhinein stellt. Hier wird also eine ganz andere Perspektive eingenommen. Damit sind diese Kataloge für die Differenzierung in Bezug auf die Frage, wann ein Beweismittel verwertet werden soll, nicht geeignet.²³

V. Zusätzliche Differenzierung

Beim ausschliesslichen Abstellen auf das Kriterium der «schweren Straftat» wird die Rechtsgutsverletzung des Privaten bei der Beweiserhebung gänzlich ausser Acht gelassen. Je nachdem, wie schwer diese wiegt, kann die Beweisverwertung jedoch auch bei einem Verbrechen, das ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedroht ist, nicht gerechtfertigt sein. Dies u. a. deshalb, da durch die Verwendung rechtswidriger Beweismittel im Strafprozess auch noch andere Grundrechte und öffentliche Interessen berührt sind als die der Beschuldigten.²⁴ Könnten diese regelmässig durch Vorliegen eines ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechens «geheilt» werden, würden die Umstände des Einzelfalls zu wenig berücksichtigt. So wird auch in Art. 141 StPO auf die Rechtsgutverletzung der Behörde eingegangen, indem zwischen strafrechtswidrig bzw. unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften (Abs. 2) sowie in Verletzung von Ordnungsvorschriften (Abs. 3) erlangten Beweisen unterschieden wird. In Anlehnung daran schlagen wir vor, bei Privaten zwischen einerseits strafrechtswidrig und andererseits bloss zivil- bzw. datenschutzrechtswidrig erhobenen

¹⁵ GLESS, BSK StPO (Fn. 12), Art. 141 N 72, mit Verweis auf VEST/EICKER (Fn. 10), 891; DONATSCH/CAVEGN, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126 (2008), 158, 166.

¹⁶ So wurde bspw. verschiedentlich Sozialversicherungsbetrug über mehrere Jahre als schwere Straftat eingestuft (vgl. bspw. BGer, Urteil v. 12.4.2018, 6B_739/2018, E. 1.4 m.w.H.); das Berner Obergericht schliesst sich in BK 19 315 dagegen GLESS an und meint, eine schwere Straftat könne nur ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedroht sein, und qualifiziert daher Hehlerei nicht als schwere Straftat (OG BE, Urteil v. 13.9.2019, BK 19 315, E. 4); im Urteil des Kantonsgerichts Schwyz, KG SZ, Urteil v. 20.6.2017, STK 2017 1, E. 3.b.cc wurde eine wahrscheinlich grobe Verkehrsregelverletzung nicht als schwerwiegende Straftat klassiert und auch im Urteil des Bundesgerichts, 6B_323/2013 wurde ein Vermögensdelikt mit mehreren Tausend Franken Schaden nicht als «schwerere Straftat» gesehen (BGer, Urteil, v. 3.6.2013, 6B_323/2013, E. 3.5).

¹⁷ Vgl. BGer, Urteil v. 26.9.2019, 6B_1188/2018, E. 4 sowie BGE 137 I 218, 224; das Bundesgericht hat so auch bereits in BGer, Urteil v. 14.10.2013, 6B_490/2013, E. 2.4.2. entschieden.

¹⁸ Vgl. GLESS, BSK StPO (Fn. 12), Art. 141 N 72; WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 141 N 21a, m.w.H.

¹⁹ Vgl. Art. 139 Abs. 1 und Art. 311 Abs. 1 StPO.

²⁰ UTTINGER/GEISER, Einsatz von Dashcams im Strassenverkehr, dRSK, publiziert am 31.10.2019, N 20 f.

²¹ Statt vieler: GLESS, BSK StPO (Fn. 12), Art. 141 N 72, m.w.H.; WOHLERS, ZK StPO (Fn. 18), Art. 141 N 21a, m.w.H.

²² So auch GLESS, BSK StPO (Fn. 12), Art. 141 N 72.

²³ Vgl. GLESS, BSK StPO (Fn. 12), Art. 141 N 72; WOHLERS, ZK StPO (Fn. 8), Art. 141 N 21a. Aus den gleichen Gründen sind auch die Deliktskataloge in Art. 251 Abs. 4 StPO resp. Art. 5 StGB ungeeignet, das Kriterium der «schweren Straftat» zu definieren.

²⁴ Siehe Fn. 10–13.

Beweismitteln zu differenzieren. Entsprechend dem Leitbild des Strafrechts als *ultima ratio* kann davon ausgegangen werden, dass strafrechtlich normierte Verhaltensweisen schwerwiegendere Rechtsgutseingriffe zur Folge haben als bloss zivil- bzw. datenschutzwidrige Verstösse.²⁵

An die Differenzierung sollte eine entsprechend unterschiedliche Rechtsfolge geknüpft werden: Durch Private auf zivil- bzw. datenschutzrechtswidrige Weise erhobene Beweise sollen entsprechend oben Ausgeführten zur Verfolgung von Verbrechen, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedroht sind, verwertet werden können (vgl. oben Ziff. IV.). Aufgrund der schwerwiegenden Rechtsgutsverstösse durch strafrechtswidrig von Privaten erlangten Beweisen sollte deren Verwertbarkeit im Strafverfahren restriktiver gehandhabt werden. Im Dienst der Rechtssicherheit bietet sich hier ebenfalls das Abstellen auf einen zusätzlichen, enger gefassten Straftatenkatalog an. Wie oben erörtert, eignen sich die in der Lehre diskutierten Straftatenkataloge dazu nicht. Eine thematische Nähe mit der Verwertung strafrechtswidrig aufgenommener Bild- und Tonaufnahmen weist jedoch der Quellenschutz der Medienschaffenden Art. 172 Abs. 2 lit. b StPO auf.²⁶ Sowohl beim Quellenschutz als auch bei der Frage der Verwertbarkeit haben Private Beweismittel erhoben, die grundsätzlich nicht im Strafverfahren verwendet werden dürfen bzw. sollten: Medienschaffende haben grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht über Informationen, die sie in Zusammenhang mit ihrem Beruf erhielten, und müssen diese grundsätzlich nicht zur Verwertung im Strafverfahren preisgeben. Die besagten Normen können eine Preisgabe aber ausnahmsweise erzwingen, wenn das zu verfolgende Delikt genügend schwer wiegt, d. h., wenn es im entsprechenden Deliktskatalog aufgeführt wird. Sehr ähnlich verhält es sich mit den strafrechtswidrig von Privaten erhobenen Beweisen. Diese sollten aufgrund der intensiven Rechtsgutsverletzung bei der Erhebung im Strafverfahren ebenfalls nur sehr zurückhaltend verwertet werden dürfen. Auch hier soll für die ausnahmsweise Verwertbarkeit auf die Schwere des zu verfolgenden Delikts abgestellt werden. In beiden Fällen werden die Geschehnisse zudem aus einer *ex post* Perspektive betrachtet.

Im Sinne einer weiteren Differenzierung sollte dieser Katalog somit eine zusätzliche Hürde für die Verwertbarkeit von Beweisen darstellen, die unter Verletzung von Strafnormen von Privaten erhoben wurden. Daher können nur jene Straftaten eine ausnahmsweise Verwertbarkeit von strafrechtswidrig durch Private erhobenen Beweisen rechtfertigen, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedrohte Ver-

brechen und *kumulativ* im Katalog von Art. 172. Abs. 2 lit. b StPO aufgeführt sind.²⁷

VI. Weitere prozessuale Fragen

Die Frage, auf welchen Zeitpunkt bei der Beurteilung der «schweren Straftat» abgestellt werden soll, wurde vom Bundesgericht im neuen Leitentscheid nicht angesprochen. Klar ist, dass nicht alleine auf die Anklage abgestellt werden darf, da die Staatsanwaltschaft sonst frei wäre, bei Vorliegen von durch Private erhobenen rechtswidrigen Beweismitteln regelmässig wegen Delikten anzuklagen, die eine Verwertbarkeit zur Folge hätten und damit das Kriterium der «schweren Straftat» systematisch umgehen könnte.²⁸ Folglich muss grundsätzlich, unter Berücksichtigung der u. U. unverwertbaren Beweismittel, gestützt auf den (hypothetischen) Schuldspruch entschieden werden. Auch im Beschwerdeverfahren soll für die Beurteilung der Beweisverwertung auf den (hypothetischen) Schuldspruch abgestützt werden.

Weiter ist fraglich, wann und von wem im Verfahren über die Verwertbarkeit eines rechtswidrig von einem Privaten erlangten Beweismittels entschieden werden soll. Art. 339 Abs. 2 lit. d i. V. m. Abs. 3 StPO sieht vor, dass diese Frage grundsätzlich vom Sachgericht im Rahmen der Vorfragen entschieden werden soll.²⁹ U. U. kann über eine Vorfrage auch erst nach Durchführung des Hauptverfahrens entschieden werden.³⁰

Um die Benachteiligungen durch die Beeinflussung des Sachgerichts durch rechtswidrige Beweise zu verhindern, muss das Beweismittel in klaren Fällen der Unverwertbarkeit so früh wie möglich aus den Akten entfernt werden. Infrage kommen hierbei bspw. Fälle, in denen lediglich wegen eines geringfügigen Delikts ermittelt oder angeklagt wird, sodass das Kriterium der «schweren Straftat» gar nicht zur Anwendung gelangen kann. In jenen Fällen sollten Beweismittel bereits im Vorverfahren aus den Akten ausgeschieden werden, wenn sie aufgrund des Gesetzes oder des Einzelfalles klarerweise unverwertbar sind. Die Staatsanwaltschaft sollte also von sich aus bereits im Vorverfahren offensichtlich rechtswidrige Beweise aus den Akten wei-

²⁵ SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016, 6 ff.; TRECHSEL/NOLL/PIETH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Zürich 2017, 23; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 5.

²⁶ Dieser Katalog ist deckungsgleich mit dem Katalog Strafbarkeit der Medien nach Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB.

²⁷ Dies sind: vorsätzliche Tötung (Art. 111), Mord (Art. 112), Totschlag (Art. 113), qualifizierter Raub (Art. 140 Abs. 4), qualifizierte Geiselnahme (Art. 185 Ziff. 2 und 3), qualifizierte sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 3), Vergewaltigung (Art. 190), qualifizierte Brandstiftung (Art. 221 Abs. 2), Völkermord (Art. 264), andere Kriegsverbrechen (Art. 264a–h), Angriffe auf die Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft bei Beziehungen mit Agenten oder der Regierung eines fremden Staates (Art. 266 Ziff. 2) sowie qualifizierte Betäubungsmitteldelikte (Art. 19 Abs. 2 BetmG).

²⁸ Vgl. GLESS, BSK StPO (Fn. 12), Art. 141 N 72; zur Problematik der «Hochdefinition» der Straftat vgl. PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2012, 167.

²⁹ Vgl. dazu auch HAURI/VENETZ, BSK StPO (Fn. 12), Art. 339 N 16.

³⁰ HAURI/VENETZ, BSK StPO (Fn. 12), Art. 339 N 20.



Schema	Von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig erlangbar	Von den Strafverfolgungsbehörden nicht rechtmässig erlangbar
Strafrechtswidrige Beweiserhebung durch Private	Verwertbar bei Straftaten nach Art. 172 Abs. 2 lit. b StPO, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedroht sind	Nicht verwertbar
Zivil- und datenschutzrechtswidrige Beweiserhebung durch Private	Verwertbar bei ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedrohten Straftaten	Nicht verwertbar

sen, wenngleich dies wohl eher selten praktiziert wird. Auch dem erstinstanzlichen Gericht steht es in klaren Fällen frei, bereits im Vorfeld der Hauptverhandlung oder bei den Vorfragen in der Hauptverhandlung über die Verwertbarkeit von rechtswidrigen Beweismitteln zu entscheiden.³¹

In allen anderen Fällen kann der Schuldspruch erst nach Erstellung des Sachverhalts ergehen und der Sachverhalt oftmals nur mithilfe der unverwertbaren Beweismittel erstellt werden. Daher muss in jenen Fällen das Gericht oder die den Endentscheid fällende Strafbehörde erst den Sachverhalt erstellen und die rechtliche Würdigung vornehmen. In jenen Fällen ist erst im Rahmen der Urteilsberatung entsprechend dem hypothetischen Urteil über die Verwertung des Beweismittels zu entscheiden.³² Kann das entsprechende Beweismittel nicht verwertet werden, muss dieses bei der Beweiswürdigung für die Ausfällung des Endentscheids weggedacht werden. Das Bundesgericht ist der Ansicht, dass vom Sachgericht erwartet werden könne, dass es in der Lage sei, die unzulässigen Beweise von den zulässigen zu unterscheiden und sich bei der Würdigung ausschliesslich auf Letztere zu stützen.³³ Dies ist sicherlich wünschenswert, kann aber wohl nicht in jedem Fall gewährleistet werden.

VII. Fazit

Gemäss neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Verwertung von Privaten unrechtmässig erhobenen Beweismitteln nur zur Verfolgung von «schweren Straftaten», d. h. Verbrechen, zulässig.

Wir fordern zusätzlich, dass künftig Beweise, die von einem Privaten in zivil- bzw. datenschutzrechtswidriger Weise erhoben wurden, bei der Verfolgung von Verbrechen, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedroht sind, verwendet werden dürfen. Wurden bei der Beweiserhebung vom Privaten strafrechtliche Normen verletzt, sollen die Beweismittel dagegen einzig zur Verfolgung von den in Art. 172 Abs. 2 lit. b StPO genannten Straftaten, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedroht sind, verwendet werden dürfen.

³¹ Vgl. dazu WOHLERS, ZK StPO (Fn. 18), Art. 141 N 1 und N 13, der auch diese Zwischenentscheide zu den Entscheidungen über die Beweisverwertung zählt.

³² Vgl. BGE 143 IV 378, 397, m. w. H.

³³ BGE 143 IV 397, 394.

Stichwörter: Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise, Beweisverwertung, private Beweismittel, Art. 141 StPO, Dashcams

Mots-clés: possibilité d'exploiter des moyens de preuve obtenus de manière illicite, exploitation de moyens de preuve, moyens de preuve recueillis par des particuliers, art. 141 CPP, caméras de tableau de bord (*dashcams*)

■ **Zusammenfassung:** Gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung waren die von Privaten rechtswidrig erlangten Beweismittel nur verwertbar, wenn diese auch von den Strafverfolgungsbehörden rechtmässig hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für die Verwertung sprach. Das hier besprochene Urteil des Bundesgerichts konkretisiert das Kriterium der Interessenabwägung analog Art. 141 Abs. 2 StPO, wonach für die Verwertbarkeit des Beweismittels die Verfolgung einer «schweren Straftat» Voraussetzung ist. Dies bringt Klarheit in Bezug auf das Vorgehen bei der Interessenabwägung, lässt aber nach wie vor offen, wie das Kriterium der «schweren Straftat» konkretisiert werden soll. Wir schlagen eine differenziertere Lösung vor, welche aber dennoch die Voraussehbarkeit wahrt, und diskutieren zudem, auf welchen Zeitpunkt des Verfahrens abzustützen ist, um die Schwere zu beurteilen.

Résumé: Aux termes de la jurisprudence fédérale rendue à ce jour, les moyens de preuve recueillis de manière illicite par des particuliers n'étaient exploitables que si deux conditions cumulatives étaient remplies: les autorités de poursuite pénale auraient pu administrer les moyens de preuve considérés conformément à la loi et une pesée des intérêts en présence plaide pour l'exploitation de ceux-ci. L'arrêt du Tribunal fédéral ici commenté concrétise le critère de la pesée des intérêts par une application analogique de l'art. 141 al. 2 CPP, disposition qui subordonne l'exploitabilité du moyen de preuve à la poursuite d'une « infraction grave ». Cette approche clarifie la démarche devant présider à la pesée des intérêts, mais laisse toujours indécise la question de savoir comment concrétiser le critère de l'« infraction grave ». Les auteurs de la présente contribution proposent une solution à la fois différenciée et conforme à l'impératif de prévisibilité; ils se penchent en outre sur le moment déterminant au cours de la procédure pénale pour apprécier la gravité requise.