

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 46

Luzia Vetterli

Gesetzesbindung im Strafprozess

**Zur Geltung von Verwertungsverboten
und ihrer Fernwirkung nach illegalen
Zwangsmassnahmen**



Nomos

Schulthess § 2010

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLVII
Urteilsverzeichnis	XLVIII
1. Teil: Problemstellung und Gang der Untersuchung	1
1. Problemstellung	1
2. Gang der Untersuchung	2
2. Teil: Deutsche Rechtsprechung und Lehre	5
1. Einleitung	5
2. Begriffe	6
3. Rechtsprechung	9
4. Lehre	14
4.1 Abwägungslehre	14
4.2 Kritik an der Abwägungslehre	16
4.2.1 Rechtsunsicherheit	16
4.2.2 Umkehrung von Regel und Ausnahme	18
4.2.3 Unklare Schutzinteressen des Staates	19
4.2.4 Keine Erklärung für absolute Verwertungsverbote	22
4.2.5 Kein Grundrechtsschutz in Extremsituationen	23
4.2.6 Verstoss gegen Gleichbehandlungsgebot und Unschuldsvermutung	25
4.2.7 Anmassung von Gesetzgebungskompetenzen	26
4.2.8 Fazit	28
4.3 Schutzzwecklehren	29
4.3.1 Irreparabel eingetretener Schaden (GRÜN WALD)	29
4.3.2 Wahrung materiell-prozessrechtlicher Interessen (RUDOLPHI)	31

4.3.3	Drohender Vertrauensverlust (DENCKER)	32
4.3.4	Selbstbeschränkung des Staates (FEZER)	34
4.3.5	Folgenbeseitigungsanspruch (AMELUNG)	36
4.3.6	Unterlassungsanspruch (STÖRMER)	41
4.4	Kritik an den Schutzzwecklehren	42
4.4.1	Keine Einigkeit über den Schutzzweck einzelner Normen	42
4.4.2	Zu strikte Trennung von Beweiserhebung und Beweisverwertung	44
4.4.3	Verfassungsrechtliche Mängel	46
4.4.4	Fazit	50
4.5	Zulässigkeit hypothetischer Ermittlungsverläufe	51
4.5.1	Einleitung	51
4.5.2	Konkrete oder abstrakte Hypothese	52
4.5.3	Bewertung	54
4.5.4	Weitere Aspekte	57
5.	Zusammenfassung	59
3. Teil:	Schweizerische Rechtsprechung und Lehre	63
1.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	63
1.1	Theorie der Abwägung	63
1.1.1	Einleitung	63
1.1.2	Bundesgerichtliche Vorgehensweise	64
1.1.2.1	Urteile zu Zwangsmassnahmen	65
1.1.2.2	Bewertung	71
1.1.2.3	Urteile zu Verteidigungsrechten	74
1.1.2.4	Bewertung	76
1.1.2.5	Exkurs: Abwägung im Verwaltungsverfahren	77
1.1.3	Fazit	78
1.2	Urteile ohne expliziten Bezug zu einer Theorie	79
1.3	Selbstständiges Verwertungsverbot	82
1.4	Zulässigkeit hypothetischer Ermittlungsverläufe	83
1.4.1	Urteile	83
1.4.2	Bewertung	85
2.	Kantonale Rechtsprechung	87
2.1	Urteile zu Zwangsmassnahmen	87
2.2	Urteile zu Verteidigungsrechten	89
2.3	Bewertung	92
3.	Lehre	93
3.1	Ordnungs- und Gültigkeitsvorschriften mit Abwägung	93

3.2 Verletzung materiellen Rechts	95
3.3 Ansätze einer Schutzzwecklehre	96
3.4 Abgewandelte These der rechtmässigen Alternative	97
3.5 Neuere Ansätze	99
4. Regelung in der StPO	101
4.1 Art. 141 StPO	101
4.2 Entstehungsgeschichte	104
4.3 Bewertung	106
4.3.1 Allgemeine Kritik	106
4.3.2 Konkrete Beispiele	109
4.3.3 Alternativen zur gewählten Lösung	111
4.3.4 Fazit	112
5. Zusammenfassung	112
4. Teil: Verwertungsverbote aus dem Fair-trial-Prinzip?	115
1. Grundsätzliche Haltung des EGMR	115
2. Annahme eines Verwertungsverbots	116
2.1 Verstoss gegen das Konfrontationsrecht	116
2.2 Verstoss gegen das Verbot der Tatprovokation	117
2.3 Verstoss gegen den Grundsatz nemo tenetur	119
2.4 Verstoss gegen Art. 3 EMRK	121
3. Ablehnung eines Verwertungsverbots	124
3.1 Das Urteil Schenk v. Switzerland	125
3.2 Das Urteil Khan v. UK	125
3.3 Das Urteil Perry v. UK	127
3.4 Das Urteil P.G. and J.H. v. UK	128
3.5 Die Urteile Heglas v. Czech Republic und Bykov v. Russia	129
4. Ergänzungen	131
5. Bewertung	133
5.1 Rechtsunsicherheit	135
5.2 Keine Garantie „praktischer und wirksamer Rechte“	135
5.3 Widerspruch zu Art. 8 EMRK	138
5.4 Verletzung der Unschuldsvermutung	141

6. Ausblick	142
6.1 Umfassendes Verwertungsverbot aus Art. 6 EMRK?	143
6.2 Unmittelbares Verwertungsverbot aus Art. 8 EMRK?	145
5. Teil: Grundrechtlicher Lösungsansatz	149
1. Mögliche Einwände gegen Verwertungsverbote	149
1.1 Grundsatz der Wahrheitsfindung	149
1.2 Grundsatz der freien Beweiswürdigung	154
1.3 Fazit	157
2. Charakter des Strafprozessrechts	158
3. Justizförmigkeit des Strafverfahrens	160
3.1 Einleitung	160
3.2 Legalitätsprinzip	161
3.2.1 Strafprozessuales Legalitätsprinzip	161
3.2.1.1 Definition	161
3.2.1.2 Umfang und Rechtsschutz	162
3.2.1.3 Einschränkungen	163
3.2.1.4 Gleichbehandlung im Unrecht	165
3.2.1.5 Fazit	166
3.2.2 Staatsrechtliches Legalitätsprinzip	167
3.2.2.1 Definition	167
3.2.2.2 Gesetzesvorrang	167
3.2.2.3 Gesetzesvorbehalt	168
3.2.2.4 Erhöhte Anforderungen bei Grundrechtseingriffen	170
3.2.2.5 Polizeiliche Generalklausel	173
3.2.2.6 Fazit	175
3.2.3 Ergebnis	175
3.2.4 Versuch einer Angleichung	177
3.3 Analogieverbot	180
3.3.1 Einleitung	180
3.3.2 Definition im materiellen Strafrecht	180
3.3.3 Analogieverbot im Strafverfahrensrecht?	183
3.3.3.1 Lehre	183
3.3.3.2 Rechtssprechung	187
3.3.3.3 Bewertung	189
3.4 Konsequenzen am Beispiel der verdeckten Ermittlung	191
3.4.1 Grundrechtsrelevanz	191
3.4.2 Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage	193
3.5 Zusammenfassung und Ausblick	198

4. Verwertungsverbote als Folge von Grundrechtsverletzungen	201
4.1 Einleitung	201
4.2 Struktur der Grundrechte	201
4.2.1 Negative Pflichten	203
4.2.2 Positive Pflichten	205
4.2.2.1 Schutzpflichten	205
4.2.2.2 Gewährleistungspflichten	205
A) Vielseitigkeit von Gewährleistungspflichten	205
B) Umfang von Gewährleistungspflichten	208
4.2.3 Keine Unterteilung in positive und negative Pflichten?	210
4.2.3.1 Schwierige Abgrenzung zwischen Abwehr- und Gewährleistungspflichten	210
4.2.3.2 Umfassende staatliche Sicherungsfunktion	211
4.2.4 Restitutions- und Kompensationspflichten	214
4.2.4.1 Internationale Menschenrechtsinstrumente	215
4.2.4.2 Praxis des EGMR	220
4.2.4.3 Folgenbeseitigungsanspruch in Deutschland	227
4.2.4.4 Pragmatischer Ansatz in der Schweiz	229
A) Bundesgerichtliche Rechtsprechung	231
B) Lehre	232
C) Reaktion auf die Vorgaben des EGMR	233
4.2.4.5 Zwischenergebnis	233
4.2.5 Schwierige Abgrenzung von präventiven, fortwährenden und nachträglichen Pflichten	235
4.2.6 Definition des Grundrechtseingriffs	237
4.2.7 Zusammenfassung	239
4.3 Anwendung auf Verwertungsverbote	240
4.3.1 Besonderheit der Grundrechtsverletzung	240
4.3.2 Verwertungsverbote als Folgenbeseitigungsanspruch	242
4.3.2.1 Zwei deutsche Auffassungen	242
4.3.2.2 Eine schweizerische Ansicht	243
4.3.2.3 Bewertung	246
A) Absage an den Folgenbeseitigungsanspruch	246
B) Ableitung aus dem Primäranspruch	247
a) Beweise aus rechtswidrigen Zwangsmassnahmen	247
b) Ausweitung auf alle Verwertungsverbote	250
4.3.3 Ungenügende Restitutionsmassnahmen	251
4.3.3.1 Finanzielle Entschädigung	252
4.3.3.2 Feststellungsurteil	252

4.3.3.3	Straf- und Disziplinarmaßnahmen	252
4.3.3.4	Sorgfältige Beweiswürdigung	253
4.3.4	Fazit	254
4.4	Schlussfolgerungen zur Funktion von Verwertungsverboten	255
5.	Grundrechtsverzicht	258
5.1	Einleitung	258
5.2	Grundsatz der Dispositionsfreiheit	259
5.3	Einwilligung statt gesetzlicher Grundlage?	261
5.4	Voraussetzungen für die Gültigkeit	262
5.5	Schranken	264
5.5.1	Einbezug weiterer Interessen	265
5.5.2	Einwilligungsverbot zum Selbstschutz?	266
5.5.2.1	Rechtsprechung des EGMR	269
5.5.2.2	Rechtsprechung des Bundesgerichts	270
5.5.2.3	Bewertung	271
5.6	Einwilligung in die Verwertung illegaler Beweise	272
5.6.1	Grundsätzliche Verwertbarkeit	273
5.6.2	Einwilligung bei mehreren Betroffenen	275
5.6.3	Einwilligung bei Gültigkeitsvorschriften und absolut unverwertbaren Beweisen	276
5.7	Zusammenfassung	280
6.	Auswirkungen des Lösungsentwurfs	281
6.1	Durchsuchungen und Untersuchungen	282
6.2	DNA-Analysen	284
6.3	Erkennungsdienstliche Erfassung	285
6.4	Beschlagnahme	286
6.5	Überwachung des Post- und Telefonverkehrs	288
6.6	Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten	290
6.7	Observation	291
6.8	Überwachung von Bankbeziehungen	292
6.9	Verdeckte Ermittlung	292
6. Teil:	Reichweite von Verwertungsverboten	295
1.	Einleitung	295
2.	Fernwirkung	296
2.1	Abgrenzungen	296
2.1.1	Allgemeines	296

2.1.2	Unverwertbare Beweise in Vernehmungen	297
2.2	Deutsche Rechtsprechung und Lehre	299
2.2.1	Ablehnende Meinungen	299
2.2.1.1	Rechtsprechung	299
2.2.1.2	Lehre	301
2.2.1.3	Kritik	301
2.2.2	Abwägungslehre	305
2.2.2.1	Lehre	305
2.2.2.2	Kritik	306
2.2.3	Befürwortende Meinungen	307
2.2.3.1	Im Einzelfall	307
2.2.3.2	Allgemein	308
2.2.4	Hypothetische Ermittlungsverläufe	308
2.2.4.1	Zulässigkeit im US-amerikanischen Recht	308
2.2.4.2	Zulässigkeit im deutschen Recht	311
2.3	Rechtsprechung des EGMR	315
2.4	Bewertung	317
2.4.1	Befürwortung der Fernwirkung	317
2.4.2	Möglichkeit des Verzichts	319
2.5	Schweizerische Rechtsprechung und Lehre	320
2.5.1	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	320
2.5.2	Kantonale Rechtsprechung	323
2.5.3	Lehre	326
2.5.3.1	Fernwirkung im Allgemeinen	326
2.5.3.2	Fernwirkung von Zufallsfunden im BÜPF	330
2.6	Regelung in der StPO	332
2.6.1	Missverständlicher Gesetzeswortlaut	333
2.6.2	Alternative Kausalverläufe	335
2.6.3	Tertiärbeweise	336
2.6.4	Übernahme bisheriger Bestimmungen	337
2.7	Zusammenfassung	338
3.	Frühwirkung	340
3.1	Lehre	340
3.2	Bewertung	341
3.2.1	Unverwertbarer Beweis und Untersuchungshaft	342
3.2.2	Unverwertbarer Beweis und Anfangsverdacht	344
3.2.3	Weitere Aspekte	349
3.3	Zusammenfassung	350
4.	Fazit	351

7. Teil: Verfahren zur Aussonderung der unverwertbaren Beweise	353
1. Rechtsprechung und Lehre	353
2. Garantie des unabhängigen Gerichts	356
2.1 Im Allgemeinen	356
2.2 Bei Verwertungsverboten	359
3. Lösungsvorschlag	361
4. Fazit	364
8. Teil: Ergebnisse	367
1. Ergebnisse des 2. Teils	367
2. Ergebnisse des 3. Teils	368
3. Ergebnisse des 4. Teils	370
4. Ergebnisse des 5. Teils	371
5. Ergebnisse des 6. Teils	374
6. Ergebnisse des 7. Teils	376
Sachregister	377