

Nr. 9**Schenk gegen Schweiz**

Urteil vom 12. Juli 1988 (Plenum)

Ausgefertigt in französischer und englischer Sprache, die gleichermaßen verbindlich sind, veröffentlicht in Série A / Series A Nr. 140.

Beschwerde Nr. 10862/84, eingelegt am 6. März 1984; am 15. Juli 1987 von der Kommission und am 28. Juli 1987 von der schweizerischen Regierung vor den Gerichtshof gebracht.

EMRK: Recht auf faires Strafverfahren, Art. 6 Abs. 1; Unschuldsvermutung, Art. 6 Abs. 2; Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz, einschließlich des Rechts auf Vertraulichkeit von Telefongesprächen, Art. 8.

Innerstaatliches Recht: Art. 179ter Schweizerisches Strafgesetzbuch.

Ergebnis: Keine Verletzung der Konvention.

Sondervoten: Drei.

Zum Verfahren:

Die *Europäische Menschenrechtskommission* gelangt in ihrem abschließenden Bericht (Art. 31 EMRK) vom 14. Mai 1987 zu dem Ergebnis, dass Art. 6 Abs. 1 nicht verletzt worden ist (elf Stimmen gegen zwei).

Die beim Gerichtshof ursprünglich gebildete Kammer hat am 25. Februar 1988 beschlossen, den Fall gem. Art. 50 VerfO-EGMR an das Plenum abzugeben.

Zu der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22. März 1988 sind vor dem Gerichtshof erschienen:

für die Regierung: O. Jacot-Guillarmod, Leiter der Abteilung für internationale Angelegenheiten im Bundesamt für Justiz als Verfahrensbevollmächtigter, unterstützt durch: C. Vautier, Kantonsrichter a.D., P. Boillat, Eidgenössisches Justizdepartement, als Berater;

für die Kommission: J.-C. Soyer als Delegierter;

für den Beschwerdeführer: RA D. Poncet, RA R. Assael, RA M. Hottelier.

Sachverhalt:

(Zusammenfassung)

I. Die Umstände des Falles

[8.] Der Beschwerdeführer (Bf.) Pierre Schenk, geb. 1912, ist Schweizer Bürger, von Beruf Geschäftsführer in einem Wirtschaftsunternehmen und wohnhaft in Tartegnin (Kanton Waadt).

1947 heiratete er Josette P. Als 1972 schwerwiegende Meinungsverschiedenheiten zwischen ihnen entstanden, trennten sie sich im darauffolgenden Jahr. 1974 beantragte der Bf. die Scheidung, die nach Abschluss einer Vereinbarung zwischen den Parteien schließlich am 10. Dezember 1981 ausgesprochen wurde.

A. Hintergrund

[9.] Am 28. Februar 1981 gab der Bf. in Annemasse (Frankreich, Haute-Savoie) unter falschem Namen folgende Anzeige auf:

„Suche ehemaligen Angehörigen der Fremdenlegion oder jemand ähnlichen für gelegentliche Aufgaben. Angebote mit Telefonnummer, Adresse und Lebenslauf an RTZ 81, postlagernd, CH Basel 2.“

Aus den Antworten auf diese Anzeige wählte der Bf. einen gewissen Richard Pauty aus, mit dem er sich dann mehrfach traf und den er für verschiedene Aufträge bezahlte, davon einen Auftrag in Haiti im Mai 1981.

[10.] Anfang Juni 1981 musste sich der Bf. für eine Operation ins Krankenhaus begeben. Nachdem R. Pauty aus Haiti kommend am 12. Juni in der Schweiz eingetroffen war, informierte er Frau Schenk am 19. Juni 1981, er sei vom Bf. beauftragt worden, sie zu töten. Am 20. Juni 1981 sind beide zum Untersuchungsrichter des Kantons Waadt gegangen.

B. Die polizeilichen Ermittlungen und die gerichtliche Voruntersuchung

[11.] Der Untersuchungsrichter vernahm am 20. Juni 1981 R. Pauty, der anschließend von den Polizeiinspektoren Rochat und Messerli auf Anordnung des Untersuchungsrichters noch ausführlich befragt wurde. Der Untersuchungsrichter vernahm auch Frau Schenk, ohne dass eine schriftliche Aufzeichnung gemacht wurde. Am folgenden Tag gaben beide eine schriftliche Erklärung ab.

[12.] Am 22. Juni richtete der Untersuchungsrichter ein Rechtshilfeersuchen an Frankreich, wonach im Rahmen eines Verfahrens gegen Unbekannt wegen versuchten Mordes verschiedene Nachforschungen angestellt werden sollten, insbesondere in Bezug auf R. Pauty und seinen Aufenthalt in Paris vom März bis Juni 1981, um zu ermitteln, ob R. Pauty den Bf. getroffen hat und mit ihm ein Flugticket nach Haiti gekauft hat. Nach förmlicher Eröffnung des Rechtshilfeverfahrens am 23. Juni vernahm die Kriminalpolizei in Paris am folgenden Tag R. Pauty in Gegenwart von Inspektor Messerli. R. Pauty gab an, dass der Bf. sich bestimmt demnächst an ihn wenden werde, um Einzelheiten über die von ihm angenommene Ermordung seiner Frau Josette Schenk zu erfahren. Er müsse ihm auch den vereinbarten Betrag von 40.000,- US \$ [ca. 27.400,- Euro]¹ bringen oder schicken. Herr Pauty erbat dann Anweisungen für den Fall, dass der Bf. mit ihm Kontakt aufnehmen werde.

[13.-14.] In der Erwartung, dass der Bf. ihn anrufen werde, installierte R. Pauty in der Wohnung seiner Mutter in der Nähe von Paris einen Kassettenrecorder am Telefonapparat.

Am Morgen des 26. Juni, ungefähr um 9.30 Uhr, rief der Bf. R. Pauty von einem Kiosk in Saint-Loup in der Schweiz an. R. Pauty nahm das Gespräch auf, informierte kurz danach Inspektor Messerli über die Tonbandaufnahme und übergab diesem die Kassette wenig später. Inspektor Messerli spielte die Kassette am 30. Juni in Lausanne Frau Schenk zur Identifikation der Stimme ihres Mannes vor. Der Bf. wurde am 1. Juli aufgrund eines Haftbefehls vom Vortag verhaftet und von den Inspektoren Rochat und Messerli R. Pauty gegenübergestellt. Die Tonbandaufnahme wurde vorgespielt.

[15.] Am 2. Juli übergaben die Inspektoren die Kassette dem Richter, der sie den Strafakten beifügte und später eine Kopie anfertigen ließ. Der Bf. wurde zwischenzeitlich aus der Untersuchungshaft entlassen.

¹ Anm. d. Hrsg.: Die hier angegebene Umrechnung in Euro (Kurs per 31.12.07: 1 Euro = 1,45985 US \$ bzw. 1 Euro = 1,65420 SFr.) dient einer ungefähren Orientierung. Durch Zeitablauf bedingte Wertveränderungen sind nicht berücksichtigt.

[16.] Nach Akteneinsicht beantragte der Verteidiger des Bf. gründliche Ermittlungen in Bezug auf die Person des R. Pauty und ein Sachverständigen-gutachten hinsichtlich der Kassette. Das Gutachten wurde von dem Direktor einer Kassettenrecorderfirma und einem seiner Mitarbeiter erstattet.

[17.] Am 3. Februar 1982 stellte der Untersuchungsrichter das Verfahren gegen den Bf. wegen mangelnden Tatverdachts ein. Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt:

„(...)

Prima facie werden die von R. Pauty erhobenen Anschuldigungen durch eine Reihe von Fakten gestützt.

Es ist z.B. eigenartig, dass Pierre Schenk seine eigene Identität sorgfältig vor Richard Pauty verbarg und sich darum bemühte, alle Spuren, die zu ihm führen könnten, zu verwischen (Suchanzeige in einer französischen Zeitung nach einem Fremdenlegionär, Gebrauch eines falschen Namens, Benutzung einer Postfach-Adresse in Basel, die Tatsache, dass es immer Schenk war, der Pauty anrief usw.).

(...)

Es steht fest, dass die Aufzeichnung des Telefongesprächs am 26. Juni 1981 zwischen Pierre Schenk und Richard Pauty weder gekürzt noch verändert wurde.

Das scheint die Anschuldigungen von Richard Pauty zu bestätigen.

Dennoch ergeben sich bei sorgfältigem Abhören der Aufzeichnung gewisse Zweifel, ob sich die Gesprächspartner vollständig verstanden haben. Insbesondere Pierre Schenk vermittelt den Eindruck, dass er nicht genau verstand, was Richard Pauty eigentlich meinte.

In Anbetracht der Persönlichkeit von Richard Pauty, seiner Vergangenheit und seiner Erklärungen und Ausführungen gegenüber Josette Schenk, können seine Ausführungen nicht als absolut vertrauenswürdig angesehen werden.

(...)

Folglich stellen die Anschuldigungen von Richard Pauty und die gesammelten Indizien sich nicht als ausreichend dar, um Pierre Schenk vor Gericht zu bringen.

(...).“

[18.] Am 23. Februar legte die Staatsanwaltschaft gegen diese Entscheidung Beschwerde ein. Am 8. März nahm der Bf. zur Beschwerde der Staatsanwaltschaft Stellung und trug vor, dass R. Pauty die Zentrafigur des Falles sei und dass die Staatsanwaltschaft zu Recht das Abspielen der Kassette fordere, die ihn nicht belaste. R. Pauty habe bei der Aufnahme als „agent provocateur“ der Polizei gehandelt. Am 21. April 1982 eröffnete die Anklagekammer des Waadtländer Kantonsgerichts das Hauptverfahren gegen den Bf. vor dem Bezirksstrafgericht Rolle wegen versuchter Anstiftung zum Mord.

C. Das Verfahren vor dem Bezirksstrafgericht Rolle

1. Die Hauptverhandlung vom 9. bis 13. August 1982

[19.] In dem erstinstanzlichen Verfahren vor dem Strafgericht Rolle, das aus einem Berufsrichter als Vorsitzenden, zwei Laienrichtern und sechs Geschworenen zusammengesetzt war, wurde der Bf. von Rechtsanwalt Luthy verteidigt.

[20.] Den zu Beginn der Verhandlung gestellten Antrag des Bf., die Kassette aus den Strafakten zu entfernen, wies das Gericht zurück. Obwohl R.

Pauty nach seinen eigenen Angaben das Telefongespräch mit dem Bf. ohne dessen Wissen aufgenommen habe, könne Pauty wegen einer etwaigen Straftat nach Art. 179ter des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (Text s.u. 132) mangels Strafantrags des Bf. nicht mehr verfolgt werden, so dass schon aus diesem Grund die Entfernung der Kassette aus der Akte nicht erforderlich sei. Im Übrigen hätte der Inhalt der Tonbandaufnahme auch auf andere Weise Eingang in die Strafakten finden können, entweder indem auf richterliche Anordnung Pautys Telefonate abgehört worden wären oder einfach durch Vernehmung von Pauty zum Inhalt der Tonbandaufnahme. Das Verfahrensrecht überlasse dem Richter die Beweiswürdigung, das Beweismittel sei auch nicht im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention unzulässig.

[21.-24.] Am 9. August 1982 wurde die Tonbandaufnahme auf Anordnung des vorsitzenden Richters im Gerichtssaal vor den Mitgliedern des Gerichts, den Parteien und der Öffentlichkeit abgespielt. Das Gericht vernahm außerdem die vor Gericht erschienenen Zeugen. Inspektor Messerli sagte nicht vor Gericht aus, da er weder von Amts wegen noch auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung geladen worden war. Nach der Waadtländer Strafprozessordnung haben die Richter und Geschworenen mit Beginn der Hauptverhandlung, die Richter unter Umständen auch früher, Einsicht in die Akten.

2. Das Urteil vom 13. August 1982

[25.] Am 13. August 1982 verurteilte das Strafgericht Rolle den Bf. wegen versuchter Anstiftung zum Mord (Art. 24 Abs. 2 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren, der Mindeststrafe, und ordnete seine sofortige Inhaftierung an.

[26.] Das Gericht stellte folgenden Sachverhalt fest:

„Am 28. Februar 1981 begab sich Pierre Schenk in Annemasse in eine Werbeagentur. Unter dem falschen Namen Pierre Rochat, wohnhaft in Lyon, gab er den Auftrag, dass in drei französischen Zeitungen – Le Provençal, Le Progrès de Lyon und France-Soir – folgendes Inserat erscheinen solle:

„Suche ehemaligen Angehörigen der Fremdenlegion oder jemand ähnlichen für gelegentliche Aufgaben. Angebote mit Telefonnummer, Adresse und Lebenslauf an RTZ 81, postlagernd, CH Basel 2.“

Ein Angestellter der Werbeagentur machte ihn darauf aufmerksam, dass die Zeitungen seine Anzeige möglicherweise nicht akzeptieren würden; tatsächlich erschien der Text nur in France-Soir.

(...)

(...) In der mündlichen Verhandlung vor Gericht erklärte Pierre Schenk, dass er Pauty nicht wissen lassen wollte, wo er in Paris wohnt. Er habe sich ihm als Mitglied einer sehr mächtigen Organisation in Deutschland vorgestellt; er sei der Vertreter dieser Organisation in Frankreich. (...)

Der erste Auftrag, den Richard Pauty erhielt, betraf einen gewissen [HR]. Nach Angaben Pautys bestand der Auftrag darin – gegen Bezahlung von 40.000 US Dollar plus Spesen – [HR] zu töten. In der Darstellung von Pierre Schenk sollte Pauty [HR] verprügeln, „und zwar so, dass dieser es nicht so schnell vergisst“. (...)

Das Gericht war nicht in der Lage ... festzustellen, welchen Auftrag Pauty tatsächlich erhalten hatte.

(...)

Da diese Sache zu keinem konkreten Ergebnis führte, gab der Angeklagte Pauty einen anderen Auftrag (...), der darin bestehen sollte, ihm Informationen über Josette Schenk zu beschaffen. Nach der Darstellung des Angeklagten sollten drei Dinge ermittelt werden:

- welchen Betrag Josette Schenk von ihrem Vater geerbt hat;
- ob sie im Begriff sei, auf Haiti ein Haus zu bauen und
- ob sie Vermögen in diesem Land hat, möglicherweise aufgrund von Beziehungen, von denen er keine Kenntnis hatte.

(...)

Nach der Aussage von Pauty bestand sein Auftrag darin, nach Haiti zu reisen, Frau Schenk zu töten – gegen Bezahlung von 40.000 US Dollar –, seine Spuren zu verwischen und Vergewaltigung, Einbruch oder Unfall vorzutauschen. (...)

Der EGMR gibt über mehrere Seiten den vollen Wortlaut des Urteils des Strafgerichts Rolle vom 13. August 1982 wieder, dazu gehören:

- Transskript des abgehörten Telefongesprächs zwischen dem Bf. und Pauty am 26. Juni 1981;
- die Ergebnisse der Untersuchung der Kassette durch einen Sachverständigen und die Schlussfolgerung des Gerichts, die Kassette sei authentisch;
- die allgemeinen Lebensverhältnisse des seit 1947 verheirateten Ehepaares Schenk und insbesondere das 1974 eingeleitete Scheidungsverfahren,
- die persönlichen Verhältnisse des R. Pauty.

Auf der Grundlage ausführlicher Erwägungen kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Bf. R. Pauty den Auftrag gab, Josette Schenk zu töten. Die Auffassung des Gerichts beruht zum Teil auf der Tonbandaufnahme des Telefongesprächs vom 26. Juni 1981. Das Gericht geht dann auf Einzelheiten des aufgezeichneten Gesprächs ein. Es folgt eine Würdigung des weiteren Beweismaterials (cf. die wörtliche Übersetzung in Ziff. 48) sowie der Einlassungen des Bf. Den Schluss bilden Feststellungen zur Persönlichkeit des Bf.

D. Das Verfahren vor dem Kassationshof in Strafsachen des Waadtländer Kantonsgerichts

[27.] Der Bf. legte Kassationsbeschwerde ein. Er rügte insbesondere, dass die Tonbandaufnahme nach Beginn der Ermittlungen rechtswidrig erlangt worden war, um Beweise für die Anklage sicherzustellen. Die Verwendung als Beweismittel verstoße gegen Strafrecht. Die Aufnahme war außerdem im Urteil als unmittelbares Beweismittel von Bedeutung.

In einer vorläufigen Stellungnahme vom 23. September 1982 beantragte der Generalstaatsanwalt des Kantons Waadt, das Gericht möge die Beschwerde verwerfen. Er meinte, die „fragliche Tonbandaufnahme sei im Rahmen eines Strafverfahrens und auf Antrag von Polizeibeamten gemacht [worden]“. Er gab in dieser Hinsicht keine weiteren Erklärungen.

[28.] Am 15. November 1982 wies der Kassationshof in Strafsachen des Waadtländer Kantonsgerichts die Beschwerde aus folgenden Gründen zurück:

„Das angefochtene Urteil hält ausdrücklich fest, dass das Strafgericht sich teilweise auf die Tonbandaufnahme stützte. Es gibt außerdem keinen Zweifel daran, dass die Tonbandaufnahme ihrer Natur nach einen möglicher-

weise entscheidenden oder zumindest nicht unerheblichen Einfluss auf den Ausgang des Strafverfahrens haben würde.

Das Strafverfahren unterliegt dem Untersuchungsgrundsatz, wobei das Ziel der Hauptverhandlung darin besteht, den Sachverhalt des Falles möglichst wahrheitsgetreu festzustellen und dann das Recht auf die festgestellten Tatsachen anzuwenden. Demnach kann man nicht ohne weiteres jedes Beweismittel ausschließen, das einen rechtswidrigen oder kriminellen Ursprung hat. Die Suche nach der Wahrheit sollte jedoch nicht um den Preis erfolgen, dass wichtigere Grundsätze aufgegeben werden (...). Die Justiz muss nach den Regeln von Treu und Glauben ihres Amtes walten.

Nach der Rechtsprechung, die nicht umfangreich ist, ist die Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel nur dann unzulässig, wenn diese Beweismittel nach geltendem Recht nicht hätten erlangt werden können, nicht aber bei Verletzung einer bloßen Verfahrensvorschrift, die weder bezweckte noch ungeeignet war, die Suche nach Beweismitteln zu verhindern (...).“

In dem Urteil, das vom Gerichtshof ausführlich wiedergegeben wird, folgt nunmehr die Auseinandersetzung mit dem Schrifttum, daran schließt sich die Analyse der Straßburger Rechtsprechung zur Frage der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Lichte von Art. 6 Abs. 1 und 2 sowie Art. 8 der Konvention an. In dem Urteil wird dann dargelegt, dass die beschriebenen Regeln für Ermittlungsbehörden nicht ohne Weiteres auf Beweismittel übertragen werden können, die Private rechtswidrig erlangten:

„Es wäre rechtswidrig gewesen, wenn die Polizei in der Schweiz ein Telefongespräch ohne richterliche Anordnung aufgenommen hätte. Eine solche Anordnung hätte jedoch gem. Art. 179octies Strafgesetzbuch erfolgen können, weil die Ermittlungen wegen einer schwerwiegenden Straftat eingeleitet worden waren. Die strittige Tonbandaufnahme stellt also an sich weder nach schweizerischem Recht noch nach den vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte niedergelegten Grundsätzen ein unzulässiges Beweismittel dar. Dem Bf. mag zugestanden werden, dass auch ohne Strafanzeige die private Tonbandaufnahme des Telefongesprächs zwischen Pauty und dem Bf. strafrechtlich relevant ist (...). Die verletzte Vorschrift – Art. 179bis StGB – schützt jedoch die individuelle Privatsphäre und soll kein Fehlerrisiko ausschließen (...).“

(Hier folgt dann das im zweiten Absatz von Ziff. 44 wiedergegebene Zitat).

Das Gericht wertet anschließend das Vorgehen des R. Pauty bei der Tonbandaufnahme und kommt zu dem Ergebnis, dass die im vorliegenden Fall eingesetzten Mittel im Rahmen dessen blieben, was zum Zweck der Verbrechensbekämpfung annehmbar ist.

Hinsichtlich des weiteren Arguments des Bf., eine richterlich angeordnete Telefonüberwachung hätte die nötige Sicherheit in Bezug auf Genauigkeit und Vollständigkeit der Aufnahme geboten, stellt das Gericht fest, dass es im vorliegenden Fall aufgrund genauer Kenntnis der Umstände und des Sachverständigengutachtens den Beweiswert der Tonbandaufnahme habe würdigen können.

E. Die Verfahren vor dem Bundesgericht

[29.] Der Bf. legte gegen das Urteil des Kassationshofs in Strafsachen des Waadtländer Kantonsgerichts staatsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeitsbeschwerde beim Bundesgericht ein, die hinsichtlich der strittigen Tonband-

aufnahme dieselben Rügen enthielten. Der Bf. trug im Wesentlichen vor, dass die Tonbandaufnahme rechtswidrig sei; dass das Strafgericht diese daher aus der Akte habe entfernen müssen und dass das Gericht, indem es dies unterließ, die Verfassung, Strafvorschriften und Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 der Konvention verletzt habe.

1. Die staatsrechtliche Beschwerde

[30.] Am 7. September 1983 verwarf das Bundesgericht (Kassationshof) die staatsrechtliche Beschwerde (BGE 109 I a S. 244-248).

In Abschnitt (a) der vom EGMR wörtlich wiedergegebenen Entscheidungsgründe wirft das Schweizerische Bundesgericht zunächst die Frage auf, ob Pautys Vorgehen notwendigerweise strafbar gewesen sei, lässt diese aber offen, da es darauf für die Verwertbarkeit einer solchen Aufnahme als Beweismittel vor Gericht nicht ankomme. Das Bundesgericht führt dann aus:

„b) Es trifft zu, dass das schweizerische Recht den Eingriff in Persönlichkeitsrechte und in die Vertraulichkeit jeglicher Kommunikation in der Form der Telefonüberwachung nur zulässt, wenn diese von der zuständigen Stelle mit Zustimmung eines Richters angeordnet wurde. Die Folgerung, dass jedes Beweismittel, das von einer nicht genehmigten Telefonüberwachung herrührt, unter keinen Umständen als Beweismittel verwertet werden dürfte, wäre zu apodiktisch und würde oft zu absurden Ergebnissen führen (...). In einem solchen Fall ist es notwendig, das Interesse des Staates, einen gewissen Verdacht bestätigt oder entkräftet zu haben, mit dem legitimen Interesse des Betroffenen am Schutz seiner Persönlichkeitsrechte in Ausgleich zu bringen. Zu diesem Zwecke müssen alle erheblichen Umstände berücksichtigt werden.“

Das Schweizerische Bundesgericht geht im Folgenden auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage ein, das zu demselben Ergebnis komme (BVerfGE 34, 238 [249]).² Bezogen auf den Fall Schenk führt das Schweizerische Bundesgericht aus:

² Anm. d. Hrg.: Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Januar 1973, 2 BvR 454/71 ist im Zusammenhang eines Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung, des Betrugs und der Urkundenfälschung ergangen.

Das BVerfG führt an oben erwähnter Stelle (BVerfGE 34, 249 f.) Folgendes aus: „(...) Das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege können in mannigfacher Weise miteinander in Widerspruch geraten. Ein gerechter Ausgleich dieser Spannungen lässt sich nur dadurch erreichen, dass den unter dem Blickwinkel der Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege erforderlich erscheinenden Eingriffen das Schutzgebot des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ständig als Korrektiv entgegengehalten wird (vgl. dazu BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49], 144 [147]). Das bedeutet, dass jeweils zu ermitteln ist, welchem dieser beiden verfassungsrechtlich bedeutsamen Prinzipien im konkreten Fall das größere Gewicht zukommt.

b) Den bei einer solchen Abwägung schutzwürdigen Belangen des Beschuldigten trägt die Strafprozessordnung unter anderem dadurch Rechnung, dass sie ihn nicht zwingt, gegen sich selbst auszusagen (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO). Schutzwürdig ist aber der Beschuldigte auch, wenn eine ohne sein Wissen auf Tonband festgehaltene Äußerung im Strafverfahren gegen ihn verwendet werden soll. →

„Im vorliegenden Fall sind einerseits das Interesse, die Verdachtsmomente gegen Schenk, er sei einer Anstiftung zum Mord schuldig, zu bestätigen oder zu entkräften, und andererseits sein Interesse, die Vertraulichkeit seines Gesprächs mit Pauty zu wahren, gegeneinander abzuwägen. Die unausweichliche Schlussfolgerung lautet, dass das Interesse an der Wahrheitsfindung in einer einen Mord betreffenden Strafsache das Interesse des Bf. überwiegt, die Vertraulichkeit eines Telefongesprächs zu wahren, das sich in keiner Weise auf seine Privatsphäre bezog, sondern allein auf die Durchführung eines Pauty übertragenen Auftrages. Die Notwendigkeit, die Privatsphäre eines Menschen zu schützen, kann nicht zur Folge haben, dass eine solche Tonbandaufnahme aus den Strafakten entfernt werden muss, wenn der starke Verdacht einer sehr schwerwiegenden Straftat besteht (...).“

Das Bundesgericht erwägt anschließend, dass das schweizerische Recht grundsätzlich Telefonüberwachung bei Personen kennt, die einer Straftat verdächtig sind. Die Tonbandaufnahme eines Gesprächs sei nicht prinzipiell unzulässig und unterscheide sich insofern von der Anwendung von Wahrheitsdrogen, Zwang oder Folter.

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände im Falle des Bf. kommt das Bundesgericht unter (c) zu dem Ergebnis, dass das Strafgericht Rolle die Tonbandaufnahme ohne Verstoß gegen schweizerisches Verfassungsrecht bzw. Art. 6 und 8 der Konvention als Beweismittel verwerten durfte.

2. Die Nichtigkeitsbeschwerde

[31.] Ebenfalls am 7. September 1983 verwarf das Bundesgericht (Kassationshof) die Nichtigkeitsbeschwerde. Es erklärte insbesondere die Rüge für unzulässig, die Tonbandaufnahme sei dem Strafgericht vorgespielt worden, da diese Frage sich auf die Einführung von Beweismitteln bezog, die vom kantonalen Recht geregelt wird.

→

c) Damit ist allerdings noch nicht ausgeschlossen, dass in Fällen, wo überwiegende Interessen der Allgemeinheit dies zwingend gebieten, auch das schutzwürdige Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertung einer heimlichen Tonbandaufnahme zurücktreten muss.

So wird es im allgemeinen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen, wenn die Strafverfolgungsbehörden in Fällen schwerer Kriminalität – sei es gegen Leib und Leben anderer, sei es gegen die existenziellen Grundlagen der freiheitlich-demokratischen Grundlagen oder gegen sonstige Rechtsgüter vergleichbaren Ranges – zur Feststellung der Identität von Straftätern wie zur Entlastung zu Unrecht Beschuldigter notfalls auf heimlich hergestellte Tonbandaufnahmen Dritter zurückgreifen. Der vorliegende Fall nötigt nicht zur abschließenden Klärung der Frage, wo die Grenze für die unter diesen Blickpunkten zulässigen Eingriffe in das Recht am eigenen Wort im einzelnen verläuft, sowie zur Entscheidung der Frage, ob diese Grenzlinie etwa so zu ziehen wäre, wie der Gesetzgeber sie in § 100a StPO für den verwandten Bereich der Überwachung des Fernmeldeverkehrs und seiner Aufnahme auf Tonträger konkretisiert hat.“

F. Die Entlassung des Bf.

[32.-33.] Ein Antrag des Bf. vom Juli 1983, die Strafvollstreckung aus gesundheitlichen Gründen auszusetzen, blieb erfolglos. Am 5. Dezember 1984 wurde im Zuge einer teilweisen Begnadigung der Strafreue insbesondere im Hinblick auf seinen Gesundheitszustand ausgesetzt. Er wurde am 8. Dezember 1984 entlassen.

II. Anwendbares innerstaatliches Recht

[34.] Das Schweizerische Strafgesetzbuch enthält folgende Vorschriften, die sich auf Telefonüberwachungen beziehen.

Art. 179bis

Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche

„Wer ein fremdes nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten, mit einem Abhörgerät abhört oder auf einen Tonträger aufnimmt, wer eine Tatsache, von der er weiß oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, auswertet oder einem Dritten bekannt gibt,

wer eine Aufnahme, von der er weiß oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Abs. 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht,

wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.“

Art. 179ter

Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen

„Wer als Gesprächsteilnehmer ein nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung der andern daran Beteiligten, auf einen Tonträger aufnimmt,

wer eine Aufnahme, von der er weiß oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Abs. 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt, auswertet, einem Dritten zugänglich macht oder einem Dritten vom Inhalt der Aufnahme Kenntnis gibt,

wird, auf Antrag, mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bestraft.“

Art. 179quinquies

Nicht strafbare Handlungen

„Weder nach Art. 179bis Abs. 1 noch nach Art. 179ter Abs. 1 macht sich strafbar, wer ein Gespräch, das über eine dem Telefonregal unterstehende Telefonanlage geführt wird, mittels einer von den PTT-Betrieben bewilligten Sprechstelle oder Zusatzeinrichtung mithört oder auf einen Tonträger aufnimmt,

wer ein Gespräch, das über eine dem Telefonregal nicht unterstehende Telefon- oder Gegensprechanlage geführt wird, mittels einer Sprechstelle oder Zusatzeinrichtung dieser Anlage mithört oder auf einen Tonträger aufnimmt.“

Art. 179octies

Amtliche Überwachung

„Wer in Ausübung ausdrücklicher, gesetzlicher Befugnis die amtliche Überwachung des Post-, Telefon- oder Telegrafatenverkehrs einer Person anordnet oder technische Überwachungsgeräte (Art. 179bis ff.) einsetzt, ist nicht strafbar, wenn er unverzüglich die Genehmigung des zuständigen Richters einholt.

Die Genehmigung kann erteilt werden zur Verfolgung oder Verhütung eines Verbrechens oder eines Vergehens, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt, oder einer mit Hilfe des Telefons begangenen Straftat.“

[35.] Das Schweizerische Strafgesetzbuch ist gem. Art. 5 auch auf im Ausland gegen Schweizer begangene Straftaten anwendbar:

Art. 5

Verbrechen oder Vergehen im Auslande gegen Schweizer

„Wer im Auslande gegen einen Schweizer ein Verbrechen oder ein Vergehen verübt, ist, sofern die Tat auch am Begehungsort strafbar ist, dem schweizerischen Gesetz unterworfen, wenn er sich in der Schweiz befindet und nicht an das Ausland ausgeliefert, oder wenn er der Eidgenossenschaft wegen dieser Tat ausgeliefert wird. Ist das Gesetz des Begehungsortes für den Täter das mildere, so ist dieses anzuwenden.

Der Täter wird wegen des Verbrechens oder Vergehens nicht mehr bestraft, wenn die Strafe, zu der er im Auslande verurteilt wurde, vollzogen, erlassen oder verjährt ist.

Hat der Täter die Strafe im Auslande nicht oder nur teilweise verbüsst, so wird in der Schweiz die Strafe oder deren Rest vollzogen.“

Verfahren vor Kommission und Gerichtshof

[36.-38.] Die Kommission erklärte die am 6. März 1984 eingelegte Beschwerde am 6. März 1986 für zulässig, soweit sie die behauptete Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1) betrifft. Die auf Art. 8 der Konvention gestützte Rüge in Bezug auf die Tonbandaufnahme wurde mangels Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges für unzulässig erklärt.

In ihrem abschließenden Bericht (Art. 31 EMRK) vom 14. Mai 1987 gelangt die Kommission zu dem Ergebnis, dass Art. 6 Abs. 1 nicht verletzt worden ist (elf Stimmen gegen zwei).

Entscheidungsgründe:

(Übersetzung)

I. Die behauptete Verletzung von Art. 6

A. Art. 6 Abs. 1

39. Der Bf. behauptet zunächst, dass die Aufnahme seines Telefongesprächs mit R. Pauty und seine Verwendung als Beweismittel gegen Art. 6 Abs. 1 verstoße, der wie folgt lautet:

„Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. (...)“

40. Nach seinen Angaben wurde sein Telefon auf Veranlassung der Schweizer Polizei abgehört. Die Kommission hat die auf Art. 8 gestützte Beschwerde hinsichtlich der Herstellung der Tonbandaufnahme wegen Nichterschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges zurückgewiesen. Um zu überprüfen, ob das Strafverfahren in fairer Weise durchgeführt wurde, ist es aber insbesondere dann, wenn es sich wie hier um einen entscheidenden Gesichtspunkt handelt, erforderlich, die Ereignisse so zugrunde zu legen, wie sie sich zugetragen haben.

Der Gerichtshof stellt fest, dass die Kommission die Beschwerde ausschliesslich im Hinblick auf Art. 8 für unzulässig erklärt hat. Der Gerichtshof ist nicht zuständig, die Beschwerde in dieser Hinsicht zu prüfen (siehe u.a. *Guzzardi*, Ur-

teil vom 6. November 1980, *Série A* Nr. 39, S. 39, Ziff. 105, EGMR-E 1, 509). Das hindert ihn jedoch nicht, die Beschwerde unter dem Blickwinkel einer anderen relevanten Vorschrift, in diesem Fall Art. 6 Abs. 1, zu prüfen.

41. Der Bf. trägt ferner vor, dass bereits die Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel das Strafverfahren unfair mache und dass seine Verurteilung im Wesentlichen auf der Tonbandaufnahme beruhe. Er hält es zwar für notwendig, die widerstreitenden Interessen – das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung bei einer schwerwiegenden Straftat und das private Interesse, die Vertraulichkeit eines Telefongesprächs zu wahren – miteinander abzuwägen. Die Abwägung habe allerdings vor dem Abhören eines Telefongesprächs, nicht danach stattzufinden und schon gar nicht außerhalb der Legalität.

Im Übrigen trägt der Bf. zweierlei Gesichtspunkte vor. Erstens beschwert er sich darüber, dass Inspektor Messerli niemals als Zeuge vorgeladen wurde. Der Verteidiger hat ihn zugegebenermaßen weder während der gerichtlichen Voruntersuchung noch während der Hauptverhandlung als Zeuge vorgeladen. Dieses Versäumnis sei aber zum einen zu erklären mit der Erwartung – die sich erfüllte –, das Verfahren werde eingestellt (s.o. Ziff. 17), und zum anderen dadurch, dass Herr Messerli von der Schuld des Angeklagten überzeugt war (s.o. Ziff. 15). Der Bf. rügt zweitens die Art und Weise, in der das Strafgericht Rolle die Tonbandkassette anhörte. Er ist der Auffassung, dass Kopfhörer hätten installiert werden müssen und dass sogar besondere Vorkehrungen hätten getroffen werden müssen, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass er schwerhörig ist.

42. Die Regierung hält es für notwendig, zwischen dem Fall zu unterscheiden, dass die Behörden rechtswidrig vorgehen, um Beweismittel zu erlangen oder vorzubereiten, die später von einem Gericht verwendet werden, und dem Fall, dass eine Privatperson rechtswidrig handelt und anschließend das Beweismittel den Behörden übergibt. Sie fügt hinzu, dass die betroffenen Interessen gegeneinander abgewogen werden müssten und dass außerdem die Tonbandaufnahme nicht das einzige Beweismittel war. Sie verweist insoweit auf die im vorliegenden Fall ergangenen Gerichtsentscheidungen.

43. Die Regierung bestreitet nicht, dass die fragliche Tonbandaufnahme rechtswidrig zustande gekommen war. Die mit dem Fall befassten schweizerischen Gerichte erkannten das ebenfalls an.

Das Strafgericht Rolle befand beispielsweise, dass die Tonbandaufnahme „nicht von der zuständigen Behörde genehmigt oder angeordnet [worden war]“ (s.o. Ziff. 20).

Der Kassationshof in Strafsachen des Waadtländer Kantonsgerichts stellte fest: „Es mag dem Bf. zugestanden werden, dass selbst ohne Strafanzeige die private Tonbandaufnahme des Telefongesprächs zwischen Pauty und dem Bf. strafrechtlich relevant ist“ (s.o. Ziff. 28).

Schließlich entschied das Bundesgericht, „es (könne) angenommen werden, dass die Merkmale einer Straftat nach Art. 179ter StGB hinsichtlich der fraglichen Tonbandaufnahme gegeben waren“ (s.o. Ziff. 30).

44. Die drei Gerichte ließen dennoch die Tonbandaufnahme als Beweismittel zu. Das Strafgericht Rolle meinte u.a., dass „der Inhalt der Tonbandaufnahme auf jeden Fall in die Akte habe genommen werden können, weil ent-

weder der Untersuchungsrichter das Telefon von Pauty hätte überwachen lassen können oder weil es einfach genügt hätte, Pauty als Zeugen zum Inhalt der Tonbandaufnahme zu vernehmen“ und dass, „folge man den Ansichten des Angeklagten, ein großer Teil des Beweismaterials aus den Straftakten genommen werden müsste“ (s.o. Ziff. 20).

Der Kassationshof in Strafsachen des Waadtländer Kantonsgerichts bemerkte, dass „die strittige Tonbandaufnahme als solche kein unzulässiges Beweismittel darstelle“, dass, „wenn das Gleichgewicht zwischen den betroffenen Interessen und Rechten beachtet [werde] (...), die Verletzung der Privatsphäre nicht zur Folge haben dürfe, dass das öffentliche Interesse, den Schuldigen einer schweren Straftat zu überführen, zurücktreten muss“ und dass „die im vorliegenden Fall eingesetzten Mittel im Rahmen dessen blieben, was zum Zwecke der Verbrechensbekämpfung vertretbar sei“ (s.o. Ziff. 28).

Das Bundesgericht war der Auffassung, dass „das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung bei einer einen Mord betreffenden Strafsache das Interesse des Bf. überwiegt, die Vertraulichkeit eines Telefongesprächs zu wahren, das sich in keiner Weise auf seine Privatsphäre bezog“ (s.o. Ziff. 30).

45. Die Aufgabe des Gerichtshofs besteht gem. Art. 19 der Konvention darin, sicherzustellen, dass die Verpflichtungen, welche die Vertragsstaaten in der Konvention übernommen haben, eingehalten werden. Er ist dagegen nicht zuständig, innerstaatliche Gerichtsentscheidungen auf ihre Rechtmäßigkeit oder die Richtigkeit der Tatsachenfeststellung hin zu untersuchen, es sei denn, dass von der Konvention geschützte Rechte und Freiheiten verletzt wurden.

46. Art. 6 der Konvention garantiert das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren, enthält aber keine grundsätzlichen Bestimmungen über die Zulässigkeit von Beweismitteln, dies ist daher in erster Linie eine Materie innerstaatlicher Gesetzgebung.

Der Gerichtshof kann deshalb nicht grundsätzlich und abstrakt ausschließen, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel wie im vorliegenden Fall zulässig sein können. Er hat allein zu prüfen, ob das Strafverfahren gegen den Bf. insgesamt fair war.

47. Der Gerichtshof stellt wie die Kommission zunächst fest, dass die Rechte der Verteidigung nicht missachtet wurden.

Der Bf. war nicht im Unklaren darüber, dass die fragliche Tonbandaufnahme rechtswidrig war, weil sie nicht von dem zuständigen Richter angeordnet war. Er hatte die Möglichkeit, die er auch wahrnahm, die Authentizität der Aufnahme in Frage zu stellen und ihrer Weiterverwendung zu widersprechen, obwohl er zunächst einverstanden war, dass sie abgespielt werden sollte (s.o. Ziff. 18). Der Umstand, dass seine Versuche erfolglos blieben, ist unbeachtlich.

Bereits im Stadium der richterlichen Ermittlungen beantragte und erreichte der Bf. außerdem eine Untersuchung in Bezug auf die Person des R. Pauty (s.o. Ziff. 16).

Weiterhin hätte der Verteidiger des Bf. den R. Pauty, der als Zeuge geladen war, in der Hauptverhandlung vor dem Strafgericht Rolle befragen können (s.o. Ziff. 22).

Schließlich ließ der Bf. nicht Inspektor Messerli laden, obwohl dieser mit der Untersuchung beauftragt und verantwortlich dafür war, in Frankreich Ermittlungen entsprechend den Rechtshilfeersuchen der Schweizer Behörden zu führen (s.o. Ziff. 12).

48. Der Gerichtshof misst auch der Tatsache Bedeutung bei, dass die Aufnahme des Telefongesprächs nicht der einzige Beweis war, auf dem die Verurteilung beruhte. Das Strafgericht Rolle lehnte es ab, die Kassette als Beweismittel nicht zuzulassen, da es ausgereicht hätte, R. Pauty als Zeugen über den Inhalt der Aufnahme zu hören (s.o. Ziff. 20). Es vernahm außerdem verschiedene andere Zeugen, die von Amts wegen – wie Frau Schenk – oder auf Antrag der Verteidigung geladen worden waren (s.o. Ziff. 22). Das Gericht legte ausführlich an mehreren Stellen des Urteils dar, dass es sich auf andere Beweismittel als die Aufnahme stützte, die wiederum die sich aus der Aufnahme ergebenden Gründe erhärteten, die für die Schuld des Bf. sprachen. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der folgende Abschnitt:

„Die Auffassung des Gerichts beruht zum Teil auf der Aufnahme des Telefongesprächs vom 26. Juni 1981 (...). Aber es gibt außerdem all die anderen Beweise, die sich aus den Akten ergeben: die unglaublich ausgeklügelten Vorkehrungen, die der Angeklagte traf; die Tatsache, dass der Angeklagte jahrelang Unterhalt an seine Ehefrau zahlen musste, obwohl deren ehewidriges Verhalten, wovon der Angeklagte wusste, was er aber nicht beweisen konnte, wahrscheinlich eine andere Beurteilung der Lage nahegelegt hätte; die Tatsache, dass die Vereinbarung über Nebenfolgen diese Situation bestätigen sollte; die Tatsache, dass es völlig unwahrscheinlich erscheint, dass jemand einen Mann, der sich selbst als ehemaligen Legionär bezeichnet und ohne Ausbildung, Kultur und Fähigkeiten ist, nach Haiti und später in die Schweiz entsendet, um ziemlich harmlose Informationen zu erlangen, deren Bedeutung für das Scheidungsverfahren im Übrigen fraglich war; die Tatsache, dass nach dem Fehlschlag des Auftrags in Bezug auf [H. R.] und des Auftrags in Haiti – woher Pauty zumindest mit dem Wissen hätte zurückkehren können, ob Josette Schenk sich hatte ein Haus bauen lassen oder nicht –, es überhaupt keinen Grund gab, Pauty in die Schweiz zu schicken, wo er keinerlei Kontakte hatte; die Tatsache, dass der Angeklagte mehr als 10.000,- SFr. [ca. 6.045,- Euro] ausgab, um, wenn man seiner Darstellung folgt, ziemlich belanglose Informationen zu erhalten; und schließlich die Tatsache, dass der Angeklagte zu keiner Zeit Maßnahmen ergriffen hat, Anzeige wegen falscher Verdächtigung zu erstatten“ (s.o. Ziff. 26).

Daraus folgt eindeutig, dass das Strafgericht eine Vielzahl von Beweisen bei seiner Überzeugungsbildung berücksichtigte.

49. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Verwertung der strittigen Aufnahme als Beweismittel den Bf. nicht einem fairen Verfahren entzogen hat und folglich Art. 6 Abs. 1 nicht verletzt worden ist.

B. Art. 6 Abs. 2

50. Der Bf. behauptet ferner, seine Schuld sei nicht „gesetzlich“ nachgewiesen worden, da eine rechtswidrig erlangte Tonbandaufnahme verwertet wurde. Er sieht darin eine Verletzung der Unschuldsumsetzung aus Art. 6 Abs. 2, der wie folgt lautet:

„Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“

Die Regierung bestreitet diese Behauptung.

Nach Auffassung der Kommission fällt dieser Beschwerdepunkt in den Bereich des Rechts auf ein faires Verfahren. Die Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 2 beruhe auf einer falschen Auslegung. In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof fügte der Delegierte hinzu, dass im vorliegenden Fall der Angeklagte bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld als unschuldig behandelt wurde, da die Schweizer Gerichte das Verfahren trotz Nichtbeachtung einer „strafrechtlichen Vorschrift“ insgesamt als völlig rechtmäßig erachteten.

51. Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass das Protokoll der Verhandlungen vom 9.-13. August und das Urteil vom 13. August 1982 (s.o. Ziff. 19-23 und 26) nichts enthalten, das darauf schließen ließe, dass das Strafgericht Rolle den Bf. vor seiner Verurteilung als schuldig behandelt hätte. Die bloße Verwertung der Tonbandkassette als Beweismittel stützt die Behauptung des Bf. nicht, so dass insoweit ebenfalls keine Konventionsverletzung vorliegt.

II. Die behauptete Verletzung von Art. 8

52. Der Bf. behauptet schließlich, dass sein Recht auf Achtung seines Privatlebens und seiner Korrespondenz, welches das Recht auf Vertraulichkeit von Telefongesprächen einschliesse, verletzt worden sei. Er beruft sich auf Art. 8 der Konvention, der wie folgt lautet:

„1. Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

2. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“

Der Bf. trägt vor, die Kommission habe nur die Beschwerde hinsichtlich des Herstellens der fraglichen Tonbandaufnahme für unzulässig erklärt. Er beantragt daher, der Gerichtshof möge die Verwertung der Tonbandkassette als Beweismittel unter dem Aspekt von Art. 8 überprüfen und entscheiden, dass die Verwertung ebenfalls gegen diese Vorschrift verstoße. Er bringt folgende Gesichtspunkte vor: Die Übergabe der Kassette an die Polizei und die Verwertung durch die Polizei; die Übergabe an den Untersuchungsrichter und sein Abhören der Kassette; die Weitergabe der Akten an den Generalstaatsanwalt und anschließend an die Anklagekammer; die Mitteilung an die Rechtsanwälte auf dem Postwege; die Zugangsmöglichkeit für zahlreiche Personen wie die Angestellten des Gerichts; das Verbleiben der Kassette in den Akten und deren Abspielen während der Verhandlung.

Die Regierung hält die Kontroverse hinsichtlich der Beschwerdepunkte in Bezug auf Art. 8 für abgeschlossen und bezieht sich auf den Bericht der Kommission.

53. Der Gerichtshof stellt fest, dass die Kommission in ihrer Entscheidung vom 6. März 1986 nur „die Beschwerde hinsichtlich des Herstellens der frag-

lichen Tonbandaufnahme“ wegen Nichterschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges für unzulässig erklärte (s.o. Ziff. 37).³ Der Gerichtshof wäre deswegen nicht daran gehindert, die Frage der Verwertung der Aufnahme zu behandeln. Eine solche Prüfung ist jedoch im vorliegenden Fall nicht erforderlich, da dieser Gesichtspunkt von der unter Art. 6 entschiedenen Frage der Verwertung der Kassette in dem Ermittlungsverfahren und der Hauptverhandlung konsumiert wird.

Aus diesen Gründen entscheidet der Gerichtshof,

1. mit dreizehn Stimmen gegen vier, dass Art. 6 Abs. 1 der Konvention nicht verletzt worden ist;
2. einstimmig, dass Art. 6 Abs. 2 nicht verletzt worden ist;
3. mit fünfzehn Stimmen gegen zwei, dass es nicht erforderlich ist, den Fall auch unter dem Blickwinkel von Art. 8 zu prüfen.

Zusammensetzung des Gerichtshofs (Plenum): die Richter Ryssdal, *Präsident* (Norweger), Cremona (Malteser), Thór Vilhjálmsson (Isländer), Bindschedler-Robert (Schweizerin), Gölcüklü (Türke), Matscher (Österreicher), Pinheiro Farinha (Portugiese), Pettiti (Franzose), Walsh (Ire), Sir Vincent Evans (Brite), Macdonald (Kanadier, gewählt auf Vorschlag Liechtensteins), Russo (Italiener), Bernhardt (Deutscher), Spielmann (Luxemburger), De Meyer (Belgier), Carrillo Salcedo (Spanier), Valticos (Grieche); *Kanzler:* Eissen (Franzose); *Vize-Kanzler:* Petzold (Deutscher)
Sondervoten: Drei. (1) Gemeinsame abweichende Meinung der Richter Pettiti, Spielmann, De Meyer und Carrillo Salcedo; (2) Gemeinsame abweichende Meinung der Richter Pettiti und De Meyer; (3) Abweichende Meinung des Richters De Meyer.

³ Anm. d. Hrsg.: In ihrer Entscheidung vom 6. März 1986 [EuGRZ 1987, 358] hatte die Kommission zum behaupteten Eingriff in Art. 8 der Konvention durch die heimliche Aufnahme des Telefongesprächs ausgeführt:

„Die Kommission muss zunächst prüfen, ob die gerügte Handlung einen Eingriff in das von Art. 8 Abs. 1 der Konvention garantierte Recht darstellt. Sie verweist auf ihre eigene Rechtsprechung und die des Gerichtshofs, wonach Telefongespräche von den Begriffen „Privatleben“ und „Korrespondenz“ i.S.d. Art. 8 Abs. 1 mitumfasst sind (s. Urteil *Klass* vom 6. September 1978, Série A Nr. 28, Ziff. 41, EGMR-E 1, 332 f.). Daher kann der Bf. sich auf dieses Recht berufen. Ein Eingriff in die Ausübung dieses Rechts kann aber nur dann vorliegen, wenn er von einer staatlichen Behörde ausgeht. (...) Die Frage, inwieweit die Polizei an der Aufzeichnung mitgewirkt hat, inwieweit also der gerügte Eingriff einer staatlichen Behörde zurechenbar ist, ist zwischen den Parteien strittig. Diese Frage kann jedoch nach Auffassung der Kommission offen bleiben. (...) Im vorliegenden Fall hat der Bf. vor den zuständigen schweizerischen Behörden keine Anzeige gegen den oder die Urheber der Aufzeichnung erstattet. Folglich hat er die ihm nach schweizerischem Recht zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe nicht erschöpft. (...) Insbesondere war er von der Erstattung der Anzeige nicht deshalb dispensiert, weil die Einstellung seines Verfahrens bevorstand und er deshalb kein Interesse hatte, die Angelegenheit durch eine solche Anzeige publik zu machen.“