

Dokument	ZStrR 129/2011 S. 322
Autor	Gunhild Godenzi
Titel	Heimliche Einvernahmen
Publikation	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Herausgeber	Robert Roth, Wolfgang Wohlers
ISSN	0036-7893
Verlag	Stämpfli Verlag AG, Bern

ZStrR 129/2011 S. 322

Gunhild Godenzi, Zürich

Heimliche Einvernahmen

Die Aushöhlung der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung durch den Grundsatz der getrennten Einvernahme*

I. Einleitung

"Tanya and Cinque have been arrested for robbing the Hibernia Savings Bank and placed in separate isolation cells. Both care much more about their personal freedom than about the welfare of their accomplice. A clever prosecutor makes the following offer to each. "You may choose to confess or remain silent. If

ZStrR 129/2011 S. 322, 323

you confess and your accomplice remains silent I will drop all charges against you and use your testimony to ensure that your accomplice does serious time. Likewise, if your accomplice confesses while you remain silent, they will go free while you do the time. If you both confess I get two convictions, but I'll see to it that you both get early parole. If you both remain silent, I'll have to settle for token sentences on firearms possession charges. If you wish to confess, you must leave a note with the jailer before my return tomorrow morning."¹ How should the prisoners act?

* Herzlichst gedankt sei *Prof. Wolfgang Wohlers* und *Dr. Stephan Schlegel* für die kritische Lektüre und die streitlustige Diskussion der Problematik, die mir bei der Abfassung dieses Aufsatzes an zahllosen Stellen zugutegekommen ist.

¹ Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/prisoner-dilemma/> (13. Juni 2011).

Diese unter der Bezeichnung "prisoner dilemma" bekannte Versuchsanordnung der Spieltheorie² ist vom hiesigen Strafverfolgungsalltag nicht weit entfernt. Es erschwert die Verteidigung, wenn mehrere Beschuldigte, die wegen gemeinschaftlicher Taten strafrechtlich verfolgt werden, in Unkenntnis über das Aussageverhalten der jeweils anderen zwischen den Optionen Schweigen oder Reden wählen müssen.³ Zwei ineinander verwobene Rechte der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung können der ermittlungstaktischen Inszenierung solcher Dilemmata durch die Strafbehörden jedoch in die Quere kommen: das Recht auf Akteneinsicht (Art. 101 Abs. 1, 225 Abs. 2 StPO) und das Recht auf **Teilnahme** an Beweiserhebungen ab Eröffnung der Untersuchung (Art. 147 Abs. 1 StPO). Gegen Ersteres sind die Strafverfolgungsbehörden jedenfalls im heiklen Frühstadium der Untersuchung gut gewappnet. Nach der Grundregel zum Akteneinsichtsrecht (Art. 101 Abs. 1 StPO) ist eine Geheimhaltung der Strafakten im hängigen Verfahren zulässig, bis die erste **Einvernahme** der beschuldigten Person erfolgt ist und die übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft erhoben sind;⁴ weiter gehende Einschränkungen können auf die allgemeine Regel des Art. 108 StPO (Einschränkung des rechtlichen Gehörs) gestützt werden. Im Haftverfahren können sich die Strafverfolgungsbehörden immerhin damit behelfen, die Haftakten möglichst dünn zu halten. Die eigentliche Knacknuss auf dem Weg zu "heimlichen **Einvernahmen**" ist daher das Recht der Parteien auf **Teilnahme** an sämtlichen Beweiserhebungen, das Art. 147 Abs. 1 StPO postuliert. Insoweit nämlich ist vielen Staats-

ZStrR 129/2011 S. 322, 324

anwaltschaften am 1. Januar 2011 ein lieb und teuer gewordener Ausschlussgrund abhanden gekommen. Für eine Suspendierung von Parteirechten wegen einer "Gefährdung von Verfahrensinteressen", wie sie nach diversen kantonalen Strafprozessordnungen zulässig war,⁵ fehlt unter dem Regiment der Schweizerischen StPO eine explizite rechtliche Grundlage. Einige kantonale Beschwerdeinstanzen haben nun Beharrungsvermögen bewiesen und dem neuen Recht eine Rezeptur entwunden, mit der die Teilnahmerechte der Parteien in altbewährter Tradition "flexibel" gehandhabt werden können. Zunächst einmal hat das Obergericht Zürich in Anknüpfung an die frühere kantonale Praxis zu § 14 StPO/ZH⁶ den Grundstein dafür gelegt, dass es eigentliche Gefangenendilemmata auch nach Inkrafttreten der Schweizerischen StPO geben wird. **Einer wegen Kollusionsgefahr inhaftierten beschuldigten Person (Beschwerdeführer) - und darüber hinaus auch ihrer Verteidigung - wurde die Teilnahme an der Einvernahme einer mitbeschuldigten Person, die gleichfalls wegen Kollusionsgefahr inhaftiert war, gestützt auf den Grundsatz der**

2 Das Setting geht zurück auf A. W. Tucker, A Two-Person Dilemma, unpublished notes, Stanford University, May 1950. Das Originalbeispiel von Tucker schildert z. B. E. Rasmussen, Readings in Games and Information, Malden (USA) 2001, 7.

3 Vgl. schon P. Zappelli, Droits garantis au prévenu, un obstacle à la lutte contre la criminalité?, in: Festschrift Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, ZStrR 1992, 49, 55; J. Rehberg, Aussagen von Mitbeschuldigten als Beweismittel, in: Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, hrsg. von J. Gauthier/D. F. Marty/N. Schmid, ZStrR 1992, 186, 190 f.

4 Bestätigend BGer, Urteil vom 6. Juni 2011, 1B_261/2011, E. 2.3-2.6 (zur Publikation vorgesehen), das den Einwand der Lähmung der Verteidigung durch Vorenthaltung der Akten nicht genügen lässt, um von der gesetzlichen Regelung abzuweichen.

5 Vgl. z. B. Art. 38 Abs. 1 StPO/BL; Art. 106 Abs. 1 StPO/BS; Art. 139 Abs. 1 CPP/GE; Art. 76c Abs. 3 StPO/GR; Art. 111 Abs. 1 CPP/JU; Art. 68 Abs. 1 StPO/LU; Art. 131 Abs. 1 CPP/NE.

6 Vgl. Kassationsgericht ZH, ZR 98 (1999) Nr. 63, wonach die mitbeschuldigte Person zuerst in Abwesenheit der beschuldigten Person verhört werden darf. Entgegengesetzt noch Kassationsgericht ZH, ZR 88 (1989) Nr. 3; dazu A. Donatsch/V. Lieber, in: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, hrsg. von A. Donatsch/N. Schmid, Zürich 1996, § 14 N 32; M. Hug, Zur Vorbereitung von Konfrontationseinvernahmen aus der Sicht des Strafverteidigers, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, hrsg. von A. Donatsch/T. Fingerhuth/V. Lieber/J. Rehberg/H. U. Walder-Richli, Zürich 2000, 387, 403 f.

getrennten Einvernahme (Art. 146 Abs. 1 StPO) verwehrt.⁷ Zur Auslegung von Art. 146 Abs. 1 StPO und den Konsequenzen für die Reichweite von Art. 147 Abs. 1 StPO ist den Erwägungen das Folgende zu entnehmen:

Art. 146 Abs. 1 StPO normiere den Grundsatz der getrennten **Einvernahme** mehrerer Personen, was bedeute, dass die einzuvernehmenden Personen einzeln und unter Ausschluss der anderen zu befragen seien. Aufgrund des in Art. 146 Abs. 1 StPO statuierten Grundsatzes der getrennten **Einvernahme** bestehe somit kein Anspruch von beschuldigten Personen, Zeugen oder Auskunftspersonen, bei der **Einvernahme** von Mitbeschuldigten, anderen Zeugen oder Auskunftspersonen anwesend zu sein (E. 3b).

Freilich verbiete die (Ordnungs-)Vorschrift des Art. 146 Abs. 1 StPO nicht generell, d. h. in jedem Fall und im Hinblick auf den Verfahrensverlauf zeitlich unbeschränkt, die Zulassung von anderen Verfahrensbeteiligten, insbesondere von Mitbeschuldigten, zu **Einvernahmen**. Diese als Grundregel aufzufassende Bestimmung ziele vornehmlich auf die erste bzw. in einem

ZStrR 129/2011 S. 322, 325

frühen Verfahrensstadium durch die Staatsanwaltschaft oder mittels Delegation nach Art. 312 Abs. 2 StPO durch die Polizei durchgeführte **Einvernahme** einer beschuldigten Person im Verfahren gegen mehrere beschuldigte Personen. Dass bei einer allenfalls nochmaligen **Einvernahme** zu einem späteren Zeitpunkt bzw. bei einer unmittelbar anschliessenden oder späteren Konfrontationseinvernahme der beschuldigten Personen nach Art. 146 Abs. 2 StPO die Teilnahmerechte in Form des Anwesenheits- und Fragerechts entsprechend Art. 147 Abs. 1 StPO eingeräumt werden, sei unumstritten (E. 3c).

Aufgrund von Art. 146 Abs. 1 StPO sei nicht nur der Beschwerdeführer, sondern auch dessen Verteidigung zu Recht von der **Einvernahme** des Mitbeschuldigten ausgeschlossen worden (E. 3c).

Das Obergericht Zürich hat mit diesem Entscheid einen entschlossenen Schritt getan, um einer ermittlungstaktischen Handhabung des Teilnahmerechts Tür und Tor zu öffnen. Dass diese Stossrichtung auch jenseits der Kantons Grenzen Schule machen könnte, war abzusehen. Das Obergericht Aargau hat die vorstehenden Erwägungen mir nichts, dir nichts auf Konstellationen übertragen, in denen sich die beschuldigten Personen allesamt auf freiem Fuss befanden.⁸ Auf Granit beisst die Staatsanwaltschaft dagegen im Kanton Basel-Stadt. Das dortige Appellationsgericht hat ihr in zwei Urteilen zum Teilnahmerecht der *Verteidigung* gem. Art. 147 Abs. 1 StPO heimliche **Einvernahmen** einer beschuldigten Person unter Ausschluss der Verteidigung einer mitbeschuldigten Person untersagt.⁹

Die Existenz widersprüchlicher Rechtsauffassungen ist symptomatisch für die Gesetzesinterpretation und im Ringen um die bestmögliche Lösung gerade in der Konsolidierungsphase des neuen Rechts durchaus hilfreich. Dass man die Entscheide der Obergerichte Zürich und Aargau mit Befremden zur Kenntnis nimmt, liegt denn auch weniger am Ergebnis, als vielmehr an der Methode der Rechtsfindung. Zwei staatliche Institutionen, die auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eingeschworen sind (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 4 Abs. 1 StPO), haben bei der Auslegung von Art. 146 Abs. 1 StPO den gegenläufigen Meinungsstand zu Art. 147 Abs. 1 StPO komplett abgedunkelt. Ein Versehen wird dies wohl kaum gewesen sein. Es besteht daher aktueller Anlass und angesichts der praktischen Tragweite der Entscheide auch die dringende Notwendigkeit, den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit

⁷ OGer ZH, Beschluss vom 11. Mai 2011, Az. UH110023, abrufbar über die elektronische Entscheidsammlung der Zürcher Gerichte: <http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-stpo.html> (25. Mai 2011), auszugsweise abgedruckt in FP 2011, 207.

⁸ OGer AG, Entscheid vom 19. Mai 2011, SBK.2011.91, auszugsweise abgedruckt in FP 2011, 208.

⁹ Unveröffentlichtes Urteil vom 14. April 2011, BE.2011.20, E. 2.4.2 und 2.4.3, auszugsweise abrufbar unter <http://www.strafprozess.ch/zum-teilnahmerecht-der-verteidigung-art-147-abs-1-stpo/> (13. Juni 2011); ebenso unveröffentlichtes Urteil des Appellationsgerichts BS vom 11. Mai 2011, BE.2011.21, E. 4.3 und 4.4.

ZStrR 129/2011 S. 322, 326

von Beweiserhebungen (Art. 147 Abs. 1 StPO) ins Licht zu setzen.¹⁰ Diese Abhandlung beschränkt sich allerdings auf einen Ausschnitt des damit verbundenen Themenkreises: Es wird primär um das Teilnahmerecht der *beschuldigten Person und/oder ihrer Verteidigung* bei der **Einvernahme** *mitbeschuldigter Personen* gehen. Dabei wird der Begriff des Mitbeschuldigten hier im förmlichen Sinne für diejenige Person verwendet, die im nämlichen Verfahren neben einem oder mehreren anderen Beschuldigten strafrechtlich verfolgt wird.¹¹ Diesen Mitbeschuldigten weist die StPO bei **Einvernahmen** je nach Gegenstand der **Einvernahme** unterschiedliche strafprozessuale Rollen zu. Werden mehrere Personen im gleichen Verfahren wegen desselben Verfahrensgegenstandes verfolgt, so werden sie - auch über die Rolle der anderen - als beschuldigte Personen **einvernommen**.¹² Soll demgegenüber eine beschuldigte Person in ihrem Verfahren über Straftaten einer mitbeschuldigten Person **einvernommen** werden, an denen sie selbst nicht beteiligt war, so ist sie gem. Art. 178 lit. e StPO als Auskunftsperson **einzuvernehmen**.¹³

Einen ganzen Rattenschwanz von Problemen bringt die gesetzliche Option einer Spaltung der Verfahren mit sich (Art. 30, 38 StPO). Zwar sieht Art. 178 lit. f StPO vor, dass als Auskunftsperson **einzuvernehmen** ist, wer in einem *andern* Verfahren wegen einer Tat beschuldigt wird, die mit der abzuklärenden Straftat in Zusammenhang steht, und bewahrt die betroffene Person so einstweilen¹⁴ vor der

ZStrR 129/2011 S. 322, 327

Zeugenrolle im separat geführten Verfahren.¹⁵ Dies ändert aber nichts daran, dass mit der Abtrennung des Verfahrens gegen Mitbeschuldigte - schon nur wegen der hinfälligen Parteistellung der beschuldigten Person im jeweils anderen Verfahren - die Umgehung von Parteirechten,¹⁶ damit auch die Sperrung von Aktenbestandteilen aus dem anderen Verfahren (vgl. Art. 194 Abs. 1 StPO [Beizug von Akten]) sowie eine etwaige Vorbefassung der später urteilenden Behörde auf dem Prüfstand stehen. Diese Besonderheiten können und sollen hier nicht "schnell mitabgefertigt" werden.

¹⁰ In Fortführung von *G. Godenzi*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, Zürich 2010, Art. 146 N 2.

¹¹ Vgl. *A. Donatsch*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 178 N 34.

¹² *N. Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 660, 915.

¹³ Vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, 1085, 1209: "Buchstabe e liegt die Situation zugrunde, dass eine zusammen mit andern beschuldigte Person in ihrem Verfahren über Straftaten der mitbeschuldigten Personen aussagen soll, an denen sie nicht beteiligt war, so wenn in einem Verfahren gegen eine Diebesbande eines der Mitglieder Angaben einen bestimmten Diebstahl betreffend machen soll, an dem es nicht teilgenommen hat.; *C. III*, in: Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, hrsg. von P. Goldschmid/T. Maurer/J. Sollberger, Bern 2008, 170; *R. Kerner*, in: Schweizerische Strafprozessordnung, Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, hrsg. von M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, Basel 2010, Art. 178 N 9; *F. Riklin*, StPO, Kommentar, Zürich 2010, Art. 178 N 3; *Schmid*, Handbuch (Fn. 12), N 915; ders., Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 178 N 12; *A. Donatsch*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 178 N 33; *A. Donatsch/C. Schwarzenegger/W. Wohlers*, Strafprozessrecht, Zürich 2010, 134.

¹⁴ Nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens ist der frühere Mitbeschuldigte grundsätzlich als Zeuge **einzuvernehmen**, *Donatsch* in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 178 N 36; *Schmid*, Handbuch (Fn. 12), N 916.

¹⁵ Vgl. *Kerner* (Fn. 13), Art. 178 N 10; *Schmid*, Handbuch (Fn. 12), N 660.

¹⁶ Vgl. *M. Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2009, 153.



II. Das vertrackte Verhältnis von Art. 146 Abs. 1 und Art. 147 Abs. 1 StPO

A. Der Wille des Gesetzgebers - ein Rückblick auf die (Vor-)Entwurfssfassung zur StPO

Der heutige Art. 146 StPO bestimmt unter dem Titel "**Einvernahme** mehrerer Personen und Gegenüberstellungen":

¹ Die einzuvernehmenden Personen werden getrennt **einvernommen**.

² Die Strafbehörden können Personen, einschliesslich solcher, die ein Aussageverweigerungsrecht haben, einander gegenüberstellen. Die besonderen Rechte des Opfers bleiben vorbehalten.

³ [...]

⁴ Die Verfahrensleitung kann eine Person vorübergehend von der Verhandlung ausschliessen, wenn:

a. eine Interessenkollision besteht; oder

b. diese Person im Verfahren noch als Zeugin, Zeuge, Auskunftsperson oder sachverständige Person **einzuvernehmen** ist.

Überholte Vorläufer der vorstehenden Bestimmung sind in chronologischer Reihenfolge der einstige Art. 156 im Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (VE StPO)¹⁷ und Art. 143 im Entwurf einer Schweizerischen Strafprozessordnung (E-StPO).¹⁸ Der Grundsatz der getrennten **Einvernahme** der einzuvernehmenden Personen - jetzt Art. 146 Abs. 1 StPO, zuvor Art. 156 Abs. 1 VE StPO, Art. 143 Abs. 1 E-StPO - ist im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens zwar

ZStrR 129/2011 S. 322, 328

apodiktischer formuliert worden, aber ansonsten unverändert geblieben.¹⁹ Welchen Inhalt er haben soll, liess die Botschaft offen; sie hat sich allein mit den Ausnahmen (Abs. 2 und 4) befasst²⁰ und ist daher für die Konkretisierung der Grundregel getrennter **Einvernahmen** unergiebig. Geht man weiter zurück, so stösst man im Begleitbericht zum VE StPO auf den Einzeiler: "Gemäss Art. 156 Abs. 1 VE sind verschiedene Beschuldigte, Zeuginnen und Zeugen etc. einzeln unter Ausschluss der anderen **einzuvernehmen**."²¹ Für sich allein gesehen scheint die Sache damit klar: "Ausschluss der anderen" bedeutet Abwesenheit der nicht gerade einvernommenen Parteien und sonstigen Verfahrensbeteiligten.

Mag sein, dass sich der Begleitbericht bei dieser Erläuterung zu Art. 156 Abs. 1 VE StPO an kantonalen Strafprozessordnungen orientierte, die den Grundsatz der Parteipflicht im Stadium der Untersuchung mit einem Grundsatz der getrennten **Einvernahme** von *Zeugen* im technischen Sinne kombinierten.²² *Deren* Einzeleinvernahme unter Ausschluss der jeweils anderen noch einzuvernehmenden *Zeugen* konnte aber - mangels Parteistellung - unmöglich etwaigen Teilnahmerechten

¹⁷ Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001.

¹⁸ BBl 2006, 1389, 1431.

¹⁹ Art. 156 Abs. 1 VE StPO lautete noch: "Die zu befragenden Personen werden *in der Regel* getrennt **einvernommen**" (Hervorhebung G. G.). Art. 143 Abs. 1 E-StPO sah bereits denselben Wortlaut vor wie der jetzige Art. 146 Abs. 1 StPO.

²⁰ Botschaft (Fn. 13), 1085, 1186 f.

²¹ Begleitbericht zum Vorentwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001, 112.

²² Vgl. z. B. § 140 StPO/ZH für die Untersuchung: "Die Zeugen werden einzeln **einvernommen**." Dazu A. *Donatsch*, in: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich (Fn. 6), § 140 N 4: "Die Zeugen, welche in einem bestimmten Verfahren auszusagen haben, werden nacheinander **einvernommen**. [...] Im Untersuchungsverfahren haben insbesondere der Angesch. und sein Verteidiger ein Anwesenheitsrecht."

der Parteien an Beweiserhebungen zuwiderlaufen. In sich stimmig waren auf der anderen Seite auch ältere kantonale Verfahrensordnungen, die gar keinen allgemeinen Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung kannten. Für sie galt die Devise, dass Zeugen (und Auskunftspersonen) prinzipiell in Abwesenheit anderer Zeugen (und Auskunftspersonen) *und* auch in Abwesenheit der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung **einzuvernehmen** seien.²³ Im Vergleich dazu ist die Verlautbarung des Begleitberichts zu Art. 156 Abs. 1 VE weder Fleisch noch Fisch. Aus dem Blickwinkel der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung

ZStrR 129/2011 S. 322, 329

kollidierten "heimliche **Einvernahmen**" nämlich schon damals zumindest partiell mit dem "wichtigen Grundsatz der Parteiöffentlichkeit bei Beweisabnahmen", den der Begleitbericht nur gerade eine Seite später hochhielt.²⁴ Diesem Grundsatz zog der VE freilich engere Grenzen, als es Art. 147 Abs. 1 StPO heute tut. Art. 158 Abs. 1 VE StPO gab die Regel vor, dass die Staatsanwaltschaft und die Gerichte den Parteien und ihrer Verteidigung Gelegenheit geben, "bei **Einvernahmen** von Zeuginnen und Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen sowie anderen Beweisabnahmen anwesend zu sein und den einvernommenen Personen Fragen zur Sache zu stellen." Auf **Einvernahmen** anderer *beschuldigter Personen* in eben dieser Rolle²⁵ erstreckte sich das Anwesenheits- und Fragerecht nicht, sofern man diese Beweiserhebung nicht - systematisch abwegig - unter die "anderen Beweisabnahmen" mengen will.²⁶ Mit Bestimmtheit lässt sich immerhin sagen, dass bei den ausdrücklich erwähnten **Einvernahmen** von Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen ein Teilnahmerecht der beschuldigten Person *und* ihrer Verteidigung bestehen sollte. Nur: Was bleibt von diesem übrig, wenn man die Erläuterung zu Art. 156 Abs. 1 VE StPO für bare Münze nimmt? Sollte das Anwesenheits- und Fragerecht etwa auf eine Anwesenheits *pflicht* bei eigentlichen Gegenüberstellungen iSv Art. 156 Abs. 2 VE StPO²⁷ zusammengeschmolzen werden? Im Begleitbericht zum VE StPO sucht man vergeblich nach einem Leitfaden.

Aus der Entstehungsgeschichte der StPO ist darüber hinaus Art. 159 VE StPO hervorzuheben, der für "Teilnahmerechte bei der **Einvernahme** von Beschuldigten und Mitbeschuldigten" folgende *lex specialis* vorsah:

¹ Die Verfahrensleitung gibt der Verteidigung Gelegenheit, bei den **Einvernahmen** der Beschuldigten durch Staatsanwaltschaft und Gerichte anwesend zu sein und ihnen Ergänzungsfragen zu stellen.

² [...]

³ Aussagen von Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren können als Beweismittel nur verwertet werden, wenn die Beschuldigten und die Verteidigung während des Verfahrens mindestens einmal mit diesen Mitbeschuldigten und deren Aussagen konfrontiert wurden.

²³ Vgl. Art. 80 Abs. 1 StPO GL: "Jeder Zeuge wird einzeln, in Abwesenheit anderer Zeugen und der Angeschuldigten **einvernommen**"; Art. 191 CPP VD, Assistance aux auditions: " ¹A moins de nécessité attestée au procès-verbal des auditions, nulle autre personne que le juge et le greffier n'assistent aux auditions. ²Sous réserve des articles 146, al. 2 et 191a, les avocats des parties n'assistent pas aux auditions." Vgl. zur Auswertung der kantonalen Strafprozessordnungen mit Blick auf die Teilnahmerechte der beschuldigten Person und die Ausgestaltung der Hauptverhandlung *D. Schleiminger*, Konfrontation im Strafprozess, Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK mit besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Opferschutz im Bereich von Sexualdelikten gegen Minderjährige, Basel 2001, 40 ff.

²⁴ Begleitbericht (Fn. 21), 113 zur entsprechenden Bestimmung in Art. 158 Abs. 1 VE.

²⁵ Vgl. zur Rollenzuweisung I.

²⁶ Der Begleitbericht (Fn. 21), 113 äussert sich zu dieser Frage nicht.

²⁷ "Zur Klärung des Sachverhaltes können die Strafbehörden Personen einander gegenüberstellen", was mit geringfügiger Abweichung dem heutigen Art. 146 Abs. 2 StPO entspricht. *Eine solche* Konfrontation ist aber kein zwingender Bestandteil eines Strafverfahrens, sondern von den Strafbehörden je nach Ergebnis der Einzeleinvernahmen nach Bedarf anzuordnen, insbesondere folgt sie anderen Regeln und ist daher *nicht* gleichzusetzen mit einer **Einvernahme** zur Gewährleistung des konventionsrechtlichen Anspruchs der beschuldigten Person auf Konfrontation mit Zeugen, vgl. dazu *Schmid*, Handbuch (Fn. 12), N 819.

⁴ Mitbeschuldigte in getrennten Verfahren werden als Auskunftspersonen **einvernommen**.

ZStrR 129/2011 S. 322, 330

Diese Sondervorschrift wäre zwar auch nicht über alle Zweifel erhaben gewesen, doch hätte sich die Waagschale wohl deutlicher als im jetzt geltenden Recht in Richtung "heimliche **Einvernahmen**" geneigt. Wo die Mitbeschuldigten in Art. 159 VE StPO definitiv (mit)gemeint sind, werden sie ausdrücklich als solche bezeichnet. Ihre Nichtnennung in Absatz 1 spricht daher dafür, dass *die Verteidigung* in dieser speziellen Konstellation nur bei den **Einvernahmen** der *von ihr verteidigten* Beschuldigten ein Teilnahmerecht haben sollte. Die Verwendung des Plurals ("**Einvernahmen** der Beschuldigten") ist aber gerade in diesem Zusammenhang mehrdeutig.²⁸ Weiter machte Absatz 3 die Verwertbarkeit der **Einvernahmen** von Mitbeschuldigten nur von einer "Konfrontation" während des Verfahrens und nicht von einer **Teilnahme** an der Beweiserhebung abhängig.²⁹ Zusammen mit der engen Fassung der Grundregel in Art. 158 Abs. 1 VE StPO lässt dies darauf schliessen, dass Mitbeschuldigte in Abwesenheit anderer Mitbeschuldigter und deren Verteidigung **einvernommen** werden durften.³⁰

Für die Auslegung des geltenden Rechts ist mit diesem Befund jedoch nicht viel anzufangen. Die Regelung des Art. 159 VE StPO war schon im E-StPO Geschichte, und sie hat im geltenden Recht in der massgeblichen Bestimmung des Art. 147 StPO auch keinerlei Spuren mehr hinterlassen.³¹ Schon der E-StPO kannte

ZStrR 129/2011 S. 322, 331

bei den Teilnahmerechten der Parteien (Art. 144 f. E-StPO) keine Differenzierung nach der Art der **Einvernahme** und der Anzahl der beschuldigten Personen mehr, wie es in Art. 158 Abs. 1, 159 VE StPO noch vorgesehen war. Die Gesetz gewordene Fassung des Art. 147 Abs. 1 StPO, gleichlautend übrigens schon Art. 144 Abs. 1 E-StPO, ist kompromisslos: Das Teilnahmerecht gilt dem Wortlaut nach für *die Parteien* - im Untersuchungsverfahren also für die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft (Art. 104 Abs. 1 lit. a und b StPO) - und zwar bei *allen* Beweiserhebungen ab Eröffnung der Untersuchung. Zwar kann man diese Regelung teleologisch reduzieren und Beweiserhebungen wie etwa DNA-Untersuchungen ausnehmen, bei denen eine **Teilnahme** der Parteien das Beweisergebnis unmöglich beeinflussen kann und daher vollkommen sinnlos ist.³² Für eine **Teilnahme** der beschuldigten Person und ihrer

²⁸ Der Begleitbericht (Fn. 21), 114 wiederholt nur den gesetzlichen Wortlaut und führt daher nicht weiter. Der Vorentwurf (Fn. 17) sprach von der beschuldigten Person aber in der Regel - an manchen Stellen dann eben mehrdeutig - im Plural, vgl. etwa speziell zum Verkehr mit der Verteidigung in der Untersuchungshaft Art. 236 Abs. 1 und 2 VE StPO: "Die Verteidigung kann den **Einvernahmen** der Beschuldigten und weiteren Beweiserhebungen beiwohnen. Verhaftete Beschuldigte können im Haftverfahren nach Artikel 235 sowie während der anschliessenden Untersuchungs- und Sicherheitshaft jederzeit ohne Aufsicht mit der Verteidigung schriftlich oder mündlich verkehren."

²⁹ Im Gegensatz zu Art. 158 Abs. 6 VE StPO: "Beweise, die in Verletzung dieser Vorschriften erhoben wurden, sind nicht als Beweismittel zu Lasten der Partei verwertbar, die nicht anwesend war."

³⁰ Zwingend ist dieses Ergebnis aber nicht, jedenfalls scheint *Schmid*, Handbuch (Fn. 12), N 823 den einstigen Art. 159 Abs. 3 VE StPO so zu verstehen, dass ein Teilnahmerecht und nicht lediglich ein Anspruch auf nachträgliche Konfrontation bestand: "Sollen Aussagen von beschuldigten Personen als Beweise gegen Mitbeschuldigte dienen, sind auch diese teilnahmeberechtigt (so noch ausdrücklich VE 159 III)." Der Begleitbericht (Fn. 21), 115 beantwortet die Problematik nicht.

³¹ Ein Vernehmlasser hatte angeregt, die Materie der Gegenüberstellungen und der Teilnahmerechte der Parteien (Art. 156-159 VE StPO) in einem Artikel zusammenzufassen. Die Gründe für die Ausweitung des Teilnahmerechts auf alle Beweiserhebungen und der Verzicht auf Vorbehalte für Verfahren mit mehreren beschuldigten Personen bleiben im Dunklen, vgl. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, EJPB/Bundesamt für Justiz, Bern Februar 2003, 42 f.

³² Vgl. *D. Schleiminger*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 147 N 5; *Ill* (Fn. 13), 135; *Schmid*, Handbuch (Fn. 12), N 822; ders., Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 147 N 2.

Verteidigung an der **Einvernahme** von Mitbeschuldigten gilt *diese* Überlegung aber gewiss nicht.

B. Die "herrschende" Meinung ...

Das Schrifttum zu Art. 146 StPO ist sich vollkommen einig, dass Absatz 1 sowohl für die Voruntersuchung als auch für die Hauptverhandlung den Grundsatz der getrennten **Einvernahme** normiert. Ausser Streit steht auch der *Mindestgehalt* dieser Bestimmung: Mehrere einzuvernehmende Personen sind aufgrund von Art. 146 Abs. 1 StPO grundsätzlich *nacheinander zu befragen*.³³ Die Normlogik des Art. 146 StPO lässt diesbezüglich auch kaum eine andere Deutung zu. Die Ausnahme einer gemeinsamen Befragung mehrerer Personen, bei welcher sich die Einzuvernehmenden wechselseitig und in Gegenwart der jeweils anderen äussern sollen (Konfrontationseinvernahme), ist als eine Spielart der Gegenüberstellung in Art. 146 Abs. 2 StPO speziell geregelt.³⁴ Bildlich gesprochen: *Mehrere* einzuvernehmende Personen sitzen in der Sonderkonstellation von Absatz 2 der einvernehmenden Person Schulter an Schulter auf *mehreren* Einvernahmestühlen gegenüber. Wie aber stellt sich das Schrifttum gestaffelte Einzeleinvernahmen mehrerer einzuver-

ZStrR 129/2011 S. 322, 332

nehmender Personen nach Art. 146 Abs. 1 StPO im Untersuchungsverfahren vor? Sind diese in An- oder Abwesenheit der Parteien durchzuführen, denen Art. 147 Abs. 1 StPO an sich ein Teilnahmerecht an Beweiserhebungen garantiert? Bildlich gesprochen: Muss die Staatsanwaltschaft³⁵ im Untersuchungsverfahren in Konstellationen, in denen *eine* Person auf einem Einvernahmestuhl sitzt, auch Plätze für die (mit)beschuldigte Person und deren Verteidigung im Einvernahmezimmer reservieren?³⁶

1. ... zu Art. 146 Abs. 1 StPO

Auf der Suche nach einer Antwort sei mit den Stellungnahmen zu Art. 146 Abs. 1 StPO begonnen, die das Obergericht Zürich als Steilvorlage nahm, um der Staatsanwaltschaft "heimliche **Einvernahmen**" mitbeschuldigter Personen zu ermöglichen.³⁷ Das Gros des Schrifttums zu Art. 146 Abs. 1 StPO geht davon aus, dass verschiedene Beschuldigte, Zeugen oder Auskunftspersonen nicht nur *einzel*n *nacheinander*, sondern darüber hinaus *unter Ausschluss der anderen einzuvernehmen* seien.³⁸ Es bestehe zunächst *kein Anspruch* von beschuldigten Personen, Zeugen usw., bei der **Einvernahme** von Mitbeschuldigten, anderen Zeugen usw. *anwesend* zu sein.³⁹ Der so verstandene Grundsatz der getrennten **Einvernahme** nach Art. 146 Abs. 1 StPO wird dann allerdings im selben Atemzug mit Relativierungen versehen, die für die gesetzliche Systematik von Art. 146 Abs. 1 StPO und Art. 147 Abs. 1 StPO je nach

³³ OGer ZH (Fn. 7), E. II.3c; *Godenzi* (Fn. 10), Art. 146 N 2; *Häring*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 1; *Ill* (Fn. 13), 133; *D. Jositsch*, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N 292; *Pieth* (Fn. 14), 158 betr. Zeugeneinvernahme; *Riklin* (Fn. 13), Art. 146 N 1; *Schmid*, Handbuch (Fn. 12), N 818; ders., Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 146 N 1.

³⁴ OGer ZH, (Fn. 6), E. II.3c; *Häring*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 3; *Ill* (Fn. 13), 133; *Jositsch* (Fn. 33), N 293; *Riklin* (Fn. 13), Art. 146 N 2; *Schmid*, Handbuch (Fn. 12), N 818; ders., Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 146 N 1; *Godenzi* (Fn. 10), Art. 146 N 7.

³⁵ Bei delegierten **Einvernahmen** die Polizei (Art. 312 Abs. 2 StPO).

³⁶ Nicht behandelt wird in dieser Abhandlung das Teilnahmerecht der Privatklägerschaft, selbstverständlich stellt sich diese Frage auch bei ihr.

³⁷ OGer ZH (Fn. 7), E. III.

³⁸ *Häring*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 1; *Ill* (Fn. 13), 133; *Jositsch* (Fn. 33), N 292; *Riklin* (Fn. 13), Art. 146 N 1; *Schmid*, Handbuch (Fn. 12), N 818 f.; ders., Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 146 N 4 f.; aA *Godenzi* (Fn. 10), Art. 146 N 2 und wohl auch A. *Donatsch/C. Schwarzenegger/W. Wohlers* (Fn. 13), 120.

³⁹ *Häring*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 1.

Auffassung ganz unterschiedliche Vorzeichen setzen: Der Grundsatz der Einzeleinvernahme werde durch die allgemeinen Teilnahmerechte der Parteien nach Art. 147 StPO "eingeschränkt"⁴⁰ - danach wäre dann wohl Art. 146 Abs. 1 StPO der Grundsatz und Art. 147 Abs. 1 StPO eine Ausnahmebestimmung, obwohl der Anspruch der Parteien auf **Teilnahme** bei der Beweiserhebung an sich "absolut" gelten soll.⁴¹ Umgekehrt wird auch vertreten, dass Art. 146 Abs. 1 StPO "als Ausnahme zu Art. 147 Abs. 1 StPO zu betrachten" sei⁴²; oder aber es werden die Teilnahmerechte der Parteien nach Art. 147 Abs. 1 StPO ausdrück-

ZStrR 129/2011 S. 322, 333

lich "vorbehalten",⁴³ der fachsprachliche Ausdruck dafür, dass den Parteien ihre Rechte bleiben.⁴⁴

2. ... zu Art. 147 Abs. 1 StPO

Wie man es auch dreht und wendet: Art. 146 Abs. 1 StPO reibt sich offensichtlich in irgendeiner Form mit den Teilnahmerechten der Parteien nach Art. 147 Abs. 1 StPO. Der Bedeutungsgehalt des Grundsatzes der getrennten **Einvernahme** kann daher nicht zutreffend erfasst werden, solange man sich der Reichweite des Teilnahmerechts nach Art. 147 Abs. 1 StPO nicht versichert hat. Mit Blick auf die hier in Rede stehende Konstellation wird das Schrifttum allerdings nur dazu befragt, ob - grundsätzlich oder ausnahmsweise? - ein Anspruch der beschuldigten Person als Partei und/oder ihrer Verteidigung besteht, bei der **Einvernahme** von Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren anwesend zu sein.

Beginnt man die Erklärung des Teilnahmerechts mit der Vorschrift des Art. 147 StPO, fällt man gewissermassen mit der Tür ins Haus. Die Mitwirkungsrechte der Parteien bei der Beweiserhebung sind Ausfluss ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO; Art. 29 Abs. 2, 32 Abs. 2 Satz 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Diesem wird gemeinhin eine doppelte Funktion unterlegt. Einerseits soll die Gewährung rechtlichen Gehörs der Aufklärung des Sachverhalts dienen, weil die "Gehörten" ihre Sicht der Dinge in das Verfahren einbringen können. Andererseits soll der Gehörsanspruch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht im Verfahren sein, das die Subjektstellung der Parteien mit absichert.⁴⁵ Die Regelung des Art. 107 StPO konkretisiert diesen Anspruch auf rechtliches Gehör mit Blick auf die Besonderheiten des Strafverfahrens und nennt seine wichtigsten Teilgehalte, zu denen gem. Abs. 1 lit. b auch das Recht auf **Teilnahme** an Verfahrenshandlungen zählt.⁴⁶ Wiederum ein Bestandteil davon, das Teilnahmerecht der Parteien bei Beweiserhebungen, wird durch Art. 147 StPO speziell geregelt. Dessen Absatz 1 statuiert nach einhelliger Auffassung den Grundsatz, dass sämtliche Beweiserhebungen im Untersuchungsverfahren parteiöffentlich sind. Gemeint ist

ZStrR 129/2011 S. 322, 334

⁴⁰ Häring, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 2.

⁴¹ Häring, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 15.

⁴² Ill (Fn. 13), 133.

⁴³ Schmid, Handbuch (Fn. 12), N 818; ders., Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 146 N 3.

⁴⁴ Vgl. zur ursprünglichen Verwendung des Ausdrucks "all rights reserved"/"alle Rechte vorbehalten" im Zusammenhang mit dem copyright [http://www.iusmentis.com/copyright/allrightsreserved/\(27.Mai.2011\)](http://www.iusmentis.com/copyright/allrightsreserved/(27.Mai.2011)).

⁴⁵ BGE 103 Ia 139, 106 Ia 5, 112 Ia 3, 114 Ia 99; 115 Ia 11, 118 Ia 19, 120 Ib 383, 122 I 55; F. Bommer, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, 196, 198; Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 3 N 34; zum Anspruch auf rechtliches Gehör vor dem Erlass von Strafbefehlen M. Thommen, Unerhörte Strafbefehle, Strafbefehle ohne **Einvernahme** - ein Plädoyer für Kommunikation mit Beschuldigten, ZStrR 128/2010, 373 ff.

⁴⁶ Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 107 N 1 f.; Bommer (Fn. 45), 196, 198.

damit ein Recht der Parteien, bei allen Untersuchungshandlungen und selbstverständlich später im gerichtlichen Verfahren physisch anwesend zu sein und die Beweiserhebung unmittelbar beeinflussen zu können.⁴⁷ Der Normalfall sei ein volles direktes *simultanes* Frage- und Anwesenheitsrecht der Parteien.⁴⁸ Obwohl die Verteidigung in Art. 147 Abs. 1 StPO nicht explizit genannt wird, steht ausser Streit, dass das Teilnahmerecht auch für sie gilt.⁴⁹ Der beschuldigten Person *und* ihrer Verteidigung sei daher die **Teilnahme** an *allen Einvernahmen* zu gestatten, soweit nicht ausnahmsweise eine Beschränkung nach Art. 108 oder 149 ff. StPO gerechtfertigt sei.⁵⁰ Ein Passus bei *Schmid* leistet dagegen einer Sonderbehandlung von **Einvernahmen Mitbeschuldigter** Vorschub: "Sollen Aussagen von Beschuldigten im gleichen oder abgetrennten Verfahren gegen Mitbeschuldigte verwendet werden, so ist diesen die **Teilnahme** zu ermöglichen [...] oder aber es ist nachträglich eine Konfrontation durchzuführen."⁵¹ Bloss bleibt hier der ganz entscheidende Gesichtspunkt offen, unter welchen Umständen das Ausweichen auf eine zeitversetzte Konfrontation gestattet ist.

III. Rechtsfolge Verwertungsverbot - na und?

Bei dem nun anstehenden Versuch, das Ineinandergreifen von Art. 146 Abs. 1 und Art. 147 Abs. 1 StPO zu präzisieren und den widersprüchlichen Streitstand zu ordnen, sei das Pferd einmal von hinten aufgezäumt und mit den Rechtsfolgen "heimlicher **Einvernahmen**" begonnen. Art. 147 Abs. 4 StPO ordnet an, dass "Beweise, die in Verletzung der Bestimmungen dieses Artikels erhoben worden sind, [...] nicht zulasten der Partei verwertet werden [dürfen], die nicht anwesend war." Aus Sicht der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung nimmt diese Bestimmung über den Rückverweis auf Art. 147 Abs. 1-3 StPO auf zwei unterschied-

ZStrR 129/2011 S. 322, 335

liche Fallgestaltungen Bezug: die zu Unrecht verweigerte **Teilnahme** an der Beweiserhebung und die zu Unrecht verweigerte Wiederholung, "wenn der Rechtsbeistand oder die Partei ohne Rechtsbeistand aus zwingenden Gründen an der **Teilnahme** verhindert waren." Der zwingende Grund kann tatsächlicher Natur sein, wie etwa bei unverschuldeter Säumnis, oder aber im Gesetz selbst angelegt sein, wie etwa bei einer rechtmässigen Beschränkung der Teilnahmerechte nach Art. 108 oder 149 ff. StPO.⁵² Die Rechtsfolge einer zu Unrecht verweigerten **Teilnahme** ist dieselbe wie bei der zu Unrecht verweigerten Wiederholung: Die **Einvernahme** ist nicht zulasten der beschuldigten Person verwertbar.⁵³ Die Schweizerische Strafprozessordnung, insbesondere zum "Anwalt der ersten Stunde", ZStrR 125/2007, 229, 239; *P. Guidon*, Die Schweizerische Strafprozessordnung, Jusletter vom 15. September 2008, Rz. 42; *Jositsch* (Fn. 33), N 294 ff.; *Riklin* (Fn. 13), Vorbem. Art. 147 f. N 1 f.; *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 147 N 1, 7 f.; *S. Stalder/O. Vergères*, Incidences de la procédure pénale unifiée sur le travail de la police, SZK 2009, 60, 61; *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 147 N 3.

48 *Erni* (Fn. 47), 229, 239; *Pieth* (Fn. 16), 85; *Riklin* (Fn. 13), Vorbem. Art. 147 f. N 11; vgl. auch *Jositsch* (Fn. 33), N 296.

49 Zur rechtlichen Herleitung *Bommer* (Fn. 45), 196, 208; *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 147 N 4; vgl. auch *J.-M. Verniory*, Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal, Bern 2005, 205.

50 *Schleiminger*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 147 N 5, 13 ff.; *Riklin* (Fn. 13), Art. 147 N 2 f.; *Ill* (Fn. 13), 135.

51 *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 147 N 5.

52 *Bommer* (Fn. 45), 196, 209 f.; *Schleiminger*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 147 N 12 ff.; *Riklin* (Fn. 13), Art. 147 N 6; *Jositsch* (Fn. 33), N 297; *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 147 N 9.

53 Vgl. *Bommer* (Fn. 45), 196, 210; *Verniory* (Fn. 49), 208; *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 147 N 11; im Schrifttum tönt es gelegentlich so, als sei eine *kumulative* Verletzung sowohl der Teilnahmerechte als auch des Rechts auf Wiederholung nötig, damit eine **Einvernahme**, bei der die **Teilnahme** zu Unrecht verweigert wurde, nicht zulasten der beschuldigten Person verwertet werden darf, vgl. z. B. *Jositsch* (Fn. 33), N 297: "Wurde bei der Beweiserhebung das Anwesenheitsrecht nicht gewährt *und* [Hervorhebung G. G.] die Beweisabnahme nicht nachgeholt, dürfen Beweise nicht zulasten der betreffenden Partei verwertet werden." Wurde aber die Anwesenheit zu Unrecht verweigert, dann muss jene **Einvernahme** schon deshalb ohne Weiteres dem Verwertungsverbot nach Art. 147 Abs. 4 StPO unterstehen, vgl. *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 147 N 11.

Der im Schrifttum vertretene Ansatz, aus Art. 146 Abs. 1 StPO ein Recht auf **Einvernahmen** unter Ausschluss der Parteien herzuleiten, bezieht seine ganze Überzeugungskraft daraus, die Verwertbarkeit einer solchen Beweiserhebung ausdrücklich offenzulassen.⁵⁴ Ja mehr noch: Die in Art. 147 Abs. 4 StPO normierte Rechtsfolge geht offenbar nach hinten los. Warum sollte man sich über den hehren Grundsatz der Parteiöffentlichkeit von Beweiserhebungen den Kopf zerbrechen, wenn man ohnehin willens ist, den "Preis der Unverwertbarkeit der **Einvernahme**" zu zahlen und in Anwesenheit der Parteien noch einmal von vorne zu beginnen? Oder vielleicht ist man in Anlehnung an die Auffassung von *Schmid* zur **Teilnahme** an **Einvernahmen** von Mitbeschuldigten⁵⁵ auch geneigt zu fragen: Warum sollte der beschuldigten Person und/oder ihrer Verteidigung eine **Teilnahme** ermöglicht werden, wenn die einvernehmende Person sowieso nicht vorhat, heimliche **Einvernahmen** des Beschuldigten im Verfahren gegen Mitbeschuldigte zu verwerten?

ZStrR 129/2011 S. 322, 336

Die Antwort tönt so dramatisch, wie sie ist: Eine Auffassung, die das Teilnahmerecht der Parteien mit einem subjektiven Kriterium der Verwertungsabsicht der einvernehmenden Person verbindet, bedeutet nichts anderes als die Verabschiedung des Rechtsstaates. Es kann kein *Recht* der Staatsanwaltschaften auf Vorverhöre mit einer einzuvernehmenden Person geben, wenn das Gesetz darauf mit dem Verwertungsverbot des Art. 147 Abs. 4 StPO reagiert. Eine Verwertungsverbotsfolge, die rechtstechnisch an ein *rechtswidriges* Verhalten der Strafverfolgungsbehörden anknüpft,⁵⁶ ist der Inbegriff einer gesetzlichen Missbilligung der Art und Weise der Beweiserhebung. Sie ist - soweit man *auch* eine Disziplinierungsfunktion von Beweisverwertungsverboten anerkennt⁵⁷ - ein nachdrücklicher Appell an die Strafverfolgungsbehörden, die Parteiöffentlichkeit der Untersuchung zu achten. *Diesen* Weg der Sachverhaltsrekonstruktion hat der Gesetzgeber vorgegeben, selbst wenn er die Strafverfolgung erschweren mag. Es steht den Staatsanwaltschaften nicht zu, sich über diesen Entscheid "im Interesse der Wahrheitsfindung" hinwegzusetzen und unter billiger Inkaufnahme eines Verwertungsverbot *contra legem* heimliche **Einvernahmen** durchzuführen.⁵⁸ *Darum* ist es - auch aus praktischer Sicht - unverzichtbar, sich um Klarheit darüber zu bemühen, wo der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit endet und Einzeleinvernahmen unter Ausschluss der nicht einvernommenen Partei und ihres Rechtsbeistandes zulässig sind. Die jüngsten Entscheide des Obergerichts Zürich und des Obergerichts Aargau haben in dieser Hinsicht Tatsachen geschaffen, nicht aber Klarheit.

IV. Das hohe Gut der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung

Welche Bedeutung der Parteiöffentlichkeit von Beweiserhebungen in einer nationalen Verfahrensordnung zukommt, wird erst vor dem Hintergrund der rechtlichen

⁵⁴ *Häring*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 2: "Eine getrennte **Einvernahme** ist zwar jederzeit möglich, doch ist damit noch nichts über die Verwertbarkeit einer **Einvernahme** gesagt, die ohne Gewährung der Konfrontations-/Teilnahmerechte durchgeführt wurde"; *III* (Fn. 13), 133: "Damit ist aber noch nichts über die Verwertbarkeit dieser **Einvernahme** gesagt, die allenfalls ohne Gewährung der Teilnahmerechte durchgeführt wurde."

⁵⁵ *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 147 N 5, siehe oben II.B.2.

⁵⁶ Sog. unselbstständiges Verwertungsverbot, vgl. *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 141 N 5, 18.

⁵⁷ Vgl. *S. Gless*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 139 N 27; *R. Fornito*, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, St. Gallen 2000, 57 f., 66 f. (Sanktionsnorm mit präventivem Zweck).

⁵⁸ Vgl. auch den Grundsatz der Formstrenge gem. Art. 2 Abs. 2 StPO. Zur Bedeutung dieses Grundsatzes für die Verteidigungsrechte und die Subjektstellung der beschuldigten Person *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 2 N 7 ff. m. w. N.

Ausgestaltung des weiteren Verfahrens deutlich.⁵⁹ Die Konzeption der Schweizerischen Strafprozessordnung läuft in ihrer praktischen Umsetzung über-

ZStrR 129/2011 S. 322, 337

wiegend darauf hinaus, dass es mit der Beweiserhebung im Vorverfahren sein Bewenden hat. Dies liegt nicht nur daran, dass der Gesetzgeber für das erstinstanzliche Hauptverfahren den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisabnahme abgeschwächt hat (vgl. Art. 343 StPO): Das Gericht darf auf alle Beweise abstellen, die im Vorverfahren in prozessordnungskonformer Weise erhoben worden sind. Eine erneute Abnahme rechtmässig erhobener Beweise ist möglich, jedoch nur dann geboten, wenn das Gericht davon ausgeht, deren unmittelbare Kenntnisnahme sei für die Urteilsfällung notwendig.⁶⁰ Während sich in jener Konstellation aber immerhin noch darüber streiten lässt, inwieweit sich das Gericht zu einer erneuten Beweiserhebung aufraffen muss,⁶¹ steht die präjudizierende Kraft der im Vorverfahren gewonnenen Beweise für eine andere Konstellation zweifelsfrei fest: Angesprochen ist die in der Rechtswirklichkeit dominierende Verfahrenserledigung per Strafbefehl.⁶² Akzeptiert die beschuldigte Person das "Strafangebot" der Staatsanwaltschaft oder versteht sie es nicht, sich dagegen zu wehren,⁶³ gibt es von Gesetzes wegen keine andere Beweiserhebung als diejenige im Vorverfahren. Auf diesem Szenario basiert die Effizienz des Strafbefehlsverfahrens. Ebenso wenig gibt es einen Handwechsel der bereinigten Straftaten (Art. 141 Abs. 5 StPO) an eine unabhängige (?) Justizbehörde, der aus dem *faktisch vorhandenen* Wissen das *rechtmässig erworbene* Wissen der Staatsanwaltschaft herausfiltert. Gerade deshalb kann sich das Verwertungsverbot des Art. 147 Abs. 4 StPO ja als stumpfe Waffe zur Disziplinierung eigensinniger Strafverfolger erweisen. Den faktischen Informationsgewinn aus einem illegalen Vorverhör kann ein Verwertungsverbot nicht wett machen,⁶⁴ wenn der Staatsanwalt allwissender Untersuchungsrichter, Ankläger und

ZStrR 129/2011 S. 322, 338

Richter in Personalunion ist.⁶⁵ Dies bleibt die Achillesferse einer "Restitution"⁶⁶ staatlicher Rechtsverletzungen durch Verwertungsverbote, selbst wenn diese von einer Pflicht der Strafbehörden zur Säuberung der Akten flankiert sind.

⁵⁹ Vgl. auch *K. Gaede*, Fairness als Teilhabe - Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gem. Art. 6 EMRK, Zürich 2005, 457; *A. Klemm*, Die Befragung von Zeugen im Strafprozess, AJP 2000, 1377, 1378; *Riklin* (Fn. 13), Vorbem. Art. 147 f. N 3.

⁶⁰ *T. Fingerhuth*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 343 N 11; vgl. *Jositsch* (Fn. 33), N 525; *Riklin* (Fn. 13), Art. 343 N 4; *Donatsch/Schwarzenegger/Wohlens* (Fn. 13), 43; Ständerat F. Wicky, Amtl. Bull. StR 2006, 984: "Angesichts der gut ausgebauten Parteiöffentlichkeit im Vorverfahren lässt es sich rechtfertigen, dass in der Hauptverhandlung nur eine beschränkte Unmittelbarkeit gilt."

⁶¹ Vgl. etwa die Kritik von *P. Albrecht*, Was bleibt von der Unmittelbarkeit?, ZStrR 128/2010, 180, 187 ff.

⁶² Vgl. *G. Gilliéron*, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlerurteilen, Zürich 2010, 53 f.; *S. Gless*, Der Strafbefehl - in der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, hrsg. von M. Heer, Bern 2010, 41, 61 f.; *C. Riedo/G. Fiolka*, Der Strafbefehl: Netter Vorschlag oder ernste Drohung, FP 2011, 156, 157; *Riklin* (Fn. 13), Vor Art. 352-356 N 2 f.; *Thommen* (Fn. 45), 373, 375.

⁶³ Kritisch zur Freiwilligkeit des Verzichts auf Einsprache mangels genügender Kenntnis der Sach- und Rechtslage oder aus Furcht vor dem Kostenrisiko und sonstigen Umtrieben *Gilliéron* (Fn. 62), 55 ff., 107 ff.; *Riedo/Fiolka* (Fn. 62), 156, 157; *Thommen* (Fn. 45), 373, 389 ff.

⁶⁴ Vgl. zur Unmöglichkeit einer echten "Kompensation" von Beschränkungen der Teilnahmerechte durch Ersatzmassnahmen *Schleiminger* (Fn. 23), 316 f.; dies., in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 147 N 20.

⁶⁵ Vgl. die auf das Strafbefehlsverfahren übertragbare Argumentation in BGE 118 Ia 471 zum Umgang mit einer in Missachtung des Konfrontationsanspruchs erhobenen Zeugenaussage. Danach bestehe stets die Gefahr, dass der Richter bei seinem Urteil zwangsläufig direkt oder indirekt durch den Eindruck der Zeugenaussage beeinflusst werde, auch wenn sich der Schuldspruch formal auf andere, mangelfreie Beweisgründe stütze.

⁶⁶ *Fornito* (Fn. 57), 66.

Dieser Ausblick auf den Fortgang des Strafverfahrens enthüllt den Stellenwert von Art. 147 Abs. 1 StPO im Stadium der Untersuchung: Das Teilnahmerecht der Parteien ist ein hohes Gut, das vor voreiliger Preisgabe zu schützen ist.⁶⁷ Nur eine **Teilnahme** an der **Einvernahme** gewährleistet, dass die Parteien mitgestalten können, worüber und in welcher Art und Weise kommuniziert wird. Nur eine **Teilnahme** an der **Einvernahme** eröffnet ihnen die Chance, klarstellend in eine Aussage einzugreifen oder einseitig orientierte Fragen der einvernehmenden Person zu korrigieren, *bevor* das Beweisergebnis steht.⁶⁸ Und nur die **Teilnahme** an der **Einvernahme** ermöglicht den Parteien eine Kontrolle darüber, dass Einvernahmevorschriften eingehalten werden und ausserprotokollarische "Geheimgespräche" unterbleiben. Dass solche Ermittlungs- oder Erledigungsmethoden nicht rein fantastisch sind, bezeugt die Rechtsprechung.⁶⁹ Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung ist daher sehr viel mehr als ein Diener der Wahrheitsermittlung: Er trägt wesentlich dazu bei, dass das Postulat einer Subjektstellung der beschuldigten Person im Strafverfahren⁷⁰ kein Lippenbekenntnis bleibt. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 107 Abs. 1 StPO), aus dem sich die Teilnahmerechte der Parteien ableiten,⁷¹ wird dieses Standbein abgeschlagen, wenn die Legitimität heimlicher **Einvernahmen** einseitig mit dem Interesse der Wahrheitsfindung begründet wird.⁷² **Davon abgesehen kann sogar aus diesem verengten Blickwinkel heraus eine Teilnahme der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung wünschenswert sein: Es ist einfacher, gegenüber Abwesenden unzutreffende Vorwürfe zu erheben als gegenüber einer Person, welche im selben Raum anwesend ist.**⁷³

ZStrR 129/2011 S. 322, 339

Diese disziplinierende Wirkung der Anwesenheit mitbetroffener Personen sollte nicht einfach ausgeblendet werden.

V. Harmonisierung des Teilnahmerechts der Parteien mit dem Grundsatz der getrennten **Einvernahme**

Dem Gesetzgeber muss unterstellt werden, dass er mit der neuen Strafprozessordnung ein in sich stimmiges Gesamtkonzept vorlegen wollte. Diese Prämisse nötigt dazu, die widersprüchliche Auslegung von Art. 146 Abs. 1 und Art. 147 Abs. 1 StPO zu überdenken. Eine angebliche Berechtigung der Staatsanwaltschaft zu heimlichen **Einvernahmen** kollidiert frontal mit einem Teilnahmerecht der Parteien bei sämtlichen Beweiserhebungen. Die folgenden Ausführungen widmen sich der Suche nach einem Lösungsweg, der den Grundsatz der getrennten **Einvernahme** mit dem Primat der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung versöhnt.

A. Art. 146 Abs. 1 StPO als immanente Schranke des Art. 147 Abs. 1 StPO

Ein auf den ersten Blick bestechender Ansatz liegt darin, den Grundsatz der getrennten **Einvernahme** als eine immanente Schranke von Art. 147 Abs. 1 StPO zu interpretieren. Ein solcher Umgang mit kollidierenden Ansprüchen oder Geboten ist dem Recht in

⁶⁷ Vgl. auch *Riklin* (Fn. 13), Vorbem. Art. 147 f. N 3 f.

⁶⁸ Vgl. Obergericht LU, LGVE 1989 I Nr. 52, 107, 108; *Schleiminger* (Fn. 23), 316.

⁶⁹ Vgl. ZR 86/1987, Nr. 93 zum Vorgehen eines Bezirksanwalts, der sich im Verlaufe der **Einvernahme** eines **Mitangeschuldigten** mit diesem entfernte, um unter Ausschluss des Angeschuldigten und seines Verteidigers ein Gespräch zu führen.

⁷⁰ Vgl. A. *Donatsch/C. Cavegn*, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126/2008, 158, 159; *Gaede* (Fn. 59), 415; *Schleiminger* (Fn. 23), 241 ff.; *Wohlers*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 2 N 7, Art. 147 N 15.

⁷¹ Vgl. oben II.B.2.

⁷² OGer ZH (Fn. 7), E. II.3b; OGer AG (Fn. 8), E. 2.3.3 und 2.3.4.

⁷³ Vgl. *Hug* (Fn. 6), 387, 393; *Donatsch/Lieber* (Fn. 6), § 14 N 6.

anderen Zusammenhängen unter dem Stichwort der "praktischen Konkordanz" geläufig. Wenn sich zwei oder mehrere auf gleicher Regelungsstufe verankerte Grundsätze widersprechen, d. h. nicht gleichzeitig voll zur Geltung gebracht werden können, ist ein angemessener Ausgleich anzustreben. Angesprochen ist damit nicht etwa eine Technik, die eine Bestimmung a priori auf Kosten der anderen realisiert. Es geht vielmehr um ein Verfahren, bei dem die Reichweite einer jeden kollidierenden Bestimmung so beschnitten wird, dass keine im Übermass zurücktritt.⁷⁴

ZStrR 129/2011 S. 322, 340

1. Metamorphose des Teilnahmerechts in ein Recht auf nachträgliche Konfrontation

Schlagseite hat die im Schrifttum favorisierte Auslegung des Art. 146 Abs. 1 StPO, wonach zunächst *kein* Anspruch von beschuldigten Personen, Zeugen usw. bestehe, bei der **Einvernahme** von Mitbeschuldigten, anderen Zeugen usw. anwesend zu sein.⁷⁵ Optimale Wirksamkeit hätte bei dieser Lesart des Gesetzes allein der Grundsatz der getrennten **Einvernahme**. Das Teilnahmerecht verkäme als Kehrseite der Medaille zu einem Schatten seiner selbst. So müsste das an sich gewährleistete Anwesenheits- und Fragerecht bei allen Beweiserhebungen zwangsläufig auf einen Kernbereich reduziert werden, der sich im Ergebnis mit der Minimalforderung des Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK deckt: dem Anspruch der beschuldigten Person, Belastungszeugen wenigstens einmal während des Verfahrens *in direkter Konfrontation* zu befragen.⁷⁶ Dies gesteht unfreiwillig auch das Obergericht Zürich ein, wenn es sich bei seinem Entscheid in Übereinstimmung "mit der bisherigen Rechtsprechung zu § 14 StPO/ZH⁷⁷ bzw. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV" weiss.⁷⁸ Auf diesen Gleichklang ist kein Loblied zu singen. Die Zürcher Praxis der Vorverhöre von mitbeschuldigten Personen war umstritten,⁷⁹ zumal auch der EGMR den Normalfall einer kontradiktorischen

⁷⁴ Vgl. zur Anerkennung des Grundsatzes praktischer Konkordanz im Verfassungsrecht z. B. BGE 127 I 164, 172: "Neben der Beachtung der in Art. 36 BV festgehaltenen Grundrechtsschranken ist daher nach praktischer Konkordanz unterschiedlicher Interessen zu fragen [...]"; BGE 129 I 173, 181; G. Biagini, Verfassung und Richterrecht, Basel 1991, 416 f.; T. Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005, 369 ff., 416 ff.; J. Reich, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt. Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, ZaöRV 68/2008, 979, 1008; R. Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, Basel 1979, 154 f.; Schleiminger (Fn. 23), 39.

⁷⁵ Vgl. oben II.B.1.

⁷⁶ Vgl. zu diesem Minimalgehalt des Konfrontationsrechts EGMR vom 25. Juni 1992, *Lüdi c. Schweiz*, Nr. 238, Ziff. 47; EGMR vom 23. April 1997, *van Mechelen c. Niederlande*, Rec. 1997-III, Ziff. 51; EGMR vom 2. Juli 2002, *S. N. c. Schweden*, Rec. 2002-V, Ziff. 44; EGMR vom 20. Dezember 2001, *P. S. c. Deutschland*, Nr. 33900/96, Ziff. 21; BGE 124 I 274, 285; 125 I 127, 136 f.; BGE 129 I 151, 153; 131 I 476, 480 f.; BGE 132 I 127, 129; 133 I 33, 41; *Riklin* (Fn. 13), Vorbem. Art. 147 f. N 5; *Schleiminger*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 147 N 30; *S. Trechsel*, Unmittelbarkeit und Konfrontation als Ausfluss von Art. 6 EMRK, AJP 2000, 1366, 1368 ff.; *Wohlers*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 147 N 21.

⁷⁷ Vgl. Kassationsgericht ZH, ZR 98 (1999) Nr. 63.

⁷⁸ OGer ZH (Fn. 7), E. II.3b.

⁷⁹ Vgl. die fundierte Kritik bei *Hug* (Fn. 6), 387, 403 f.; restriktiver einst auch das Kassationsgericht ZH, ZR 88 (1989) Nr. 3.

Beweisabnahme deklariert.⁸⁰ Vor allem aber steht die Reproduktion des "Altbewährten" der Erkenntnis im Wege, dass die Schweizerische StPO sich über konventionsrechtliche Minimalforderungen erhebt und das kantonale Verfahren auf ihre Weise ordnet.

ZStrR 129/2011 S. 322, 341

Bei einer Umgestaltung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person in ein Recht auf zeitversetzte Konfrontation wäre der Wortlaut des Art. 147 StPO nur noch Makulatur. "Teilnahme" setzt schon dem Wortsinn nach ein "Dabeisein" voraus, eine simultane Teilhabe am Geschehen.⁸¹ Die Erwartungen sind hier nicht anders als im zivilen Leben. Wer die "Teilnahme" an einem Golfkurs bucht, wird sich auch nicht damit zufrieden geben, im Nachhinein den Kursabsolventen vorgestellt zu werden, die von ihren Lektionen schwärmen. Das Schrifttum betont daher völlig zu Recht, dass die Grundregel des Art. 147 Abs. 1 StPO über den konventionsrechtlichen Anspruch der beschuldigten Person auf Konfrontation von Belastungszeugen hinausgeht.⁸²

Die herrschende Meinung zu Art. 146 Abs. 1 StPO will um die logische Konsequenz ihrer Auslegung - die Metamorphose des Teilnahmerechts in ein Recht auf zeitversetzte Konfrontation - herumkommen, indem sie den Grundsatz der getrennten **Einvernahme** als rechtliches Leichtgewicht hinstellt: Art. 146 Abs. 1 StPO soll eine blosse Ordnungsvorschrift sein.⁸³ In dieser Klassifikation drückt sich eine merkwürdige Geringschätzung aus. Immerhin soll die Aberkennung eines Teilnahmerechts der Parteien und ihrer Rechtsbeistände ein kollusives Aussageverhalten erschweren.⁸⁴ Eine Funktion, die für die Sachverhaltsrekonstruktion im Strafprozess keineswegs nebensächlich ist. Es liegt die Vermutung nahe, dass mit der Einstufung des Art. 146 Abs. 1 StPO als Ordnungsvorschrift ein unausweichliches Verwertungsverbot vermieden werden soll, das droht, wenn man einem "absoluten"⁸⁵ Teilnahmerecht der Parteien nicht das Wort reden will. Der Konflikt zwischen Art. 146 Abs. 1 StPO und Art. 147 Abs. 1 StPO lässt sich so zwar nicht auflösen - auch eine Ordnungsvorschrift ist beachtliches Recht (!)⁸⁶ -, aber in seinen praktischen Auswirkungen mildern. Anders als die Missachtung des Teilnahmerechts (Art. 147 Abs. 4 StPO) bringt der Verstoss gegen eine Ordnungsvorschrift kein Verwertungsverbot mit sich (Art. 141 Abs. 3 StPO).

ZStrR 129/2011 S. 322, 342

⁸⁰ Vgl. nur EGMR vom 2. Juli 2002, *S. N. c. Schweden*, Nr. 34209/96, Ziff. 44: "Les éléments de preuve doivent normalement être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire, mais l'emploi de dépositions remontant à la phase de l'enquête préliminaire et de l'instruction ne se heurte pas en soi aux paragraphes 3 d) et 1 de l'article 6, sous réserve du respect des droits de la défense; en règle générale, ils commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard [...]"; gleichlautend bereits EGMR vom 20. September 1993, *Saïdi c. France*, Ziff. 43; EGMR vom 14. Dezember 1999, *A. M. v. Italy*, Nr. 37019/97, Ziff. 25.

⁸¹ Vgl. zur dementsprechenden Auslegung des Art. 147 Abs. 1 StPO oben II.B.2.

⁸² *Schleiminger*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 147 N 3; *Schmid*, Handbuch (Fn. 12), N 916; vgl. auch *Bommer* (Fn. 45), 196, 211.

⁸³ *Häring*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 1; *Jositsch* (Fn. 33), N 292; *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 146 N 1; ders., Handbuch (Fn. 12), N 818; ebenso jetzt OGer ZH (Fn. 7), E. II.3c.

⁸⁴ Vgl. nur *Häring*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 1; *Riklin* (Fn. 13), Art. 146 N 1; *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 146 N 1; *Godenzi* (Fn. 10), Art. 146 N 1.

⁸⁵ *Häring*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 15, wobei dies irreführend ist. Wenn die Teilnahmerechte aufgrund gesetzlicher Regelungen eingeschränkt werden können (vgl. nur Art. 108, 149 ff. StPO), sind sie nicht "absolut".

⁸⁶ Fragwürdig daher *Jositsch* (Fn. 33), N 292: "Da es sich hierbei um eine Ordnungsvorschrift handelt, können mehrere Angeklagte in Anwesenheit der anderen **einvernommen** werden."

2. Wechselseitige Begrenzung von Art. 146 Abs. 1 und Art. 147 Abs. 1 StPO

Den Kompromiss einer *wechselseitigen Begrenzung* von Art. 146 Abs. 1 und Art. 147 Abs. 1 StPO hat das Obergericht Zürich gewählt. Zwar wird das Gebot der Einzeleinvernahme nach wie vor mit dem Gebot eines Ausschlusses anderer einzuvernehmender Personen kombiniert; mit Blick auf das Teilnahmerecht der Parteien soll die Grundregel des Art. 146 Abs. 1 StPO jedoch "vornehmlich auf die erste bzw. in einem frühen Verfahrensstadium [...] durchgeführte Befragung einer von mehreren beschuldigten Personen [zielen]." ⁸⁷ Nach dieser Konzeption wird der Grundsatz der getrennten **Einvernahme** iSv Art. 146 Abs. 1 StPO von zwei Seiten her verengt: Art. 146 Abs. 1 StPO soll in *zeitlicher Hinsicht* primär für das "frühe Verfahrensstadium" bzw. "erste **Einvernahmen**" gelten; in *sachlicher Hinsicht* soll er primär **Einvernahmen** von mitbeschuldigten Personen betreffen. Damit wäre tatsächlich eine moderate wechselseitige Beschränkung des Grundsatzes der getrennten **Einvernahme** und des Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung erreicht. Für das Teilnahmerecht der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung bei der **Einvernahme** mitbeschuldigter Personen bliebe jedenfalls bei erneuten **Einvernahmen** mitbeschuldigter Personen bzw. im zeitlich diffusen "Spätstadium" der Untersuchung Raum. Überzeugen kann der Lösungsweg trotzdem nicht.

Zunächst einmal beschlägt ein solcher Kompromiss auch den einhellig anerkannten *Mindestgehalt* des Grundsatzes der getrennten **Einvernahme**: das Gebot, die einzuvernehmenden Personen *nacheinander* zu befragen. Es liegt auf der Hand, dass *dieser* Grundsatz keineswegs primär für das "Frühstadium des Verfahrens" bzw. "erste **Einvernahmen**" und auch keineswegs vornehmlich für die **Einvernahmen** mitbeschuldigter Personen gilt. Solange keine eigentliche Gegenüberstellung iSv Art. 146 Abs. 2 StPO ⁸⁸ stattfindet, laufen "Gruppeneinvernahmen" sowohl im Spätstadium der Untersuchung als auch in der gerichtlichen Hauptverhandlung dem Ziel der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren zuwider. Sollen etwa Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige bei weiteren noch nötigen **Einvernahmen** im Spätstadium des Verfahrens oder vor den Schranken des Gerichts ihre Aussagen wie im Ping-Pong-Spiel miteinander entwickeln können und vom Gefühl der individuellen Verantwortlichkeit für das Gesagte entlastet werden? Sicher nicht. *In dieser Hinsicht* leistet der Grundsatz der getrennten **Einvernahme** auch dann noch einen wichtigen Beitrag zur Wahrheitsfindung, wenn den Parteien und ihren Rechtsbeiständen eine **Teilnahme** nach Art. 147 Abs. 1 StPO gestattet wird.

Eine Auslegung, die das Teilnahmerecht der Parteien unter Rückgriff auf Art. 146 Abs. 1 StPO nach ermittlungstaktischen Gesichtspunkten zuschneidet,

ZStrR 129/2011 S. 322, 343

muss sich noch einen weiteren Einwand gefallen lassen: Sie untergräbt rechtsstaatliche Sicherungen, die der Gesetzgeber zur Gewähr einer Verfahrensteilhabe der Parteien eingeführt hat. Dem gesetzlichen Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Art. 147 StPO nach ist das Teilnahmerecht der Parteien zunächst für sämtliche Beweiserhebungen ab Eröffnung der Untersuchung garantiert. Die Sonderregelung zum Teilnahmerecht bei **Einvernahmen** von Mitbeschuldigten ist im Gesetzgebungsverfahren fallen gelassen worden. ⁸⁹ Beschränkungen aus rechtlichen Gründen sind nach allgemeiner Auffassung an sich nur nach einem fein abgestuften System möglich. Zur allgemeinen Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 108 StPO) treten die speziellen Schutzmassnahmen der Art. 149 ff. StPO und der Ausschluss einer Person von der Verhandlung nach Art. 146 Abs. 4 StPO hinzu. ⁹⁰ Eine

⁸⁷ OGer ZH (Fn. 7), E. II.3c.

⁸⁸ Vgl. oben II.B.

⁸⁹ Vgl. oben II.A.

⁹⁰ Vgl. unten VI.

Kollisionslösung, wonach der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung gar kein Teilnahmerecht bei den **Einvernahmen** mitbeschuldigter Personen im Frühstadium des Verfahrens zustehen soll, lässt diese Schrankenregelungen leerlaufen. In dem Bereich, der aus Art. 147 Abs. 1 StPO "herausgeschnitten" wird, entfällt die staatliche Legitimationslast für heimliche **Einvernahmen**. Wo gar kein Teilnahmerecht besteht, bedarf es keiner rechtfertigungsbedürftigen Beschränkung.

Den rechtlichen Argumenten gegen eine scheinweise Reduktion der Teilnahmerechte der Parteien sei abschliessend noch eine simple praktische Überlegung zur Seite gestellt. Man bedenke, dass eine beschuldigte Person aus legitimen und nachvollziehbaren Gründen von ihrem Recht auf Aussageverweigerung Gebrauch machen könnte, gerade *weil* sie noch nicht weiss, ob und ggfs. was die jeweils andere mitbeschuldigte Person ausgesagt hat. Anders als im mathematischen Modell des eingangs beschriebenen "Gefangenendilemmas" muss sich eine beschuldigte Person ja nicht über Nacht entscheiden, ob sie reden (gestehen) oder schweigen will, und sie kann ihre Verteidigungsstrategie jederzeit ändern.⁹¹ Schon deshalb darf eine Einlassung nicht als unglaublich eingestuft werden, bloss weil sie erst zu einem späten Zeitpunkt des Verfahrens erfolgt.⁹² Bei der Suspendierung von Teilnahmerechten ist also nur eines sicher: Der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung wird die Aufsicht darüber verwehrt, ob sich die jeweils andere beschuldigte Person an getroffene Absprachen oder schlicht an die Wahrheit hält. Soweit die kantonale Praxis darüber hinaus auf unbefangene Aussagen der beschuldigten Personen hofft, setzt sie darauf, dass diese nicht die Standfestigkeit haben werden, zumindest so lange auf ihrem Recht auf Aussageverweigerung zu beharren, bis sie Einsicht in die Straftakte erhalten haben. Es wäre eine reizvolles Erhe-

ZStrR 129/2011 S. 322, 344

bungskriterium der Verfahrensstatistik, zu überprüfen, ob diese Rechnung auch aufgeht, wenn eine beschuldigte Person einen "Anwalt der ersten Stunde" beigezogen hat (Art. 159 Abs. 1 StPO), der ihr von Beginn an den Rücken stärkt.⁹³

B. Grundsatz der parteiöffentlichen Einzeleinvernahme

Will man im Anschluss an diese Kritik nun eine in sich konsistente und rechtsstaatlich tragbare Aussage zum Grundsatz der getrennten **Einvernahme** nach Art. 146 Abs. 1 StPO und zu den Teilnahmerechten der Parteien nach Art. 147 Abs. 1 StPO machen, dann bleibt nur eine Lösung: Es gilt, schon die Widersprüchlichkeit der beiden Bestimmungen selbst abzuwenden. Dies ist ohne grössere Schwierigkeiten möglich. Art. 146 Abs. 1 StPO muss als "Grundsatz der parteiöffentlichen Einzeleinvernahme" interpretiert werden, der das Anwesenheitsrecht der Parteien nach Art. 147 Abs. 1 StPO unberührt lässt. Das Gebot der getrennten **Einvernahme** ist also auf seinen unbestrittenen Mindestgehalt zu beschränken, die einzuvernehmenden Personen einzeln, d. h. *nacheinander*, **einzuvernehmen**.⁹⁴ Der Wortlaut des Art. 146 Abs. 1 StPO bietet keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber vom Grundsatz der Parteiöffentlichkeit von Beweiserhebungen Abstand nehmen wollte. Vorlagen für dahin gehende Regelungen hätte es im kantonalen Recht ja gegeben. So sah etwa Art. 80 Abs. 1 StPO/GL vor: "Jeder Zeuge wird einzeln, in Abwesenheit anderer Zeugen und der Angeschuldigten **einvernommen**."⁹⁵ Art. 191 CPP/VD lautete: "A moins de nécessité attestée au procès-verbal des auditions, nulle autre personne que le juge et le

⁹¹ Vgl. *Godenzi* (Fn. 10), Art. 158 N 24; *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 10 N 35 auch zur rechtlichen Würdigung des Teilschweigens.

⁹² *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 10 N 35.

⁹³ Vgl. *N. Ruckstuhl*, Die Praxis der Verteidigung der ersten Stunde, ZStrR 2010, 132, 143, der darauf hinweist, dass bei Unkenntnis der Beweislage wegen verweigerter Akteneinsicht die einzig vernünftige Beratung der Rat zum Schweigen ist; ebenso *F. Petermann*, Aussageverweigerung und anwaltliche Sorgfalt, ZStrR 2006, 405, 408 f.

⁹⁴ In diesem Sinne bereits *Godenzi* (Fn. 10), Art. 146 N 1.

⁹⁵ Vgl. ausserdem die Übersicht zu den Teilnahmerechten der Parteien und den Ausschlussgründen in den kantonalen Strafprozessordnungen *Schleiminger* (Fn. 23), 40 ff.

greffier n'assistent aux auditions. Sous réserve des articles 146, al. 2 et 191a, les avocats des parties n'assistent pas aux auditions." Vergleichbare Vorgaben zum Ausschluss der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung sind Art. 146 Abs. 1 StPO fremd. Dass der Begleitbericht zum VE StPO sich in anderer Weise äussert, kann letztlich nicht ausschlaggebend sein. Schon damals ist der Widerspruch zum Teilnahmerecht (Art. 158 VE StPO) offensichtlich gewesen⁹⁶ - und er muss trotzdem übersehen worden sein.

Soweit es nun speziell das Teilnahmerecht der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung bei der **Einvernahme** mitbeschuldigter Personen im Untersuchungsverfahren betrifft, kann nach alledem nichts anderes gelten, als bei sonsti-

ZStrR 129/2011 S. 322, 345

gen **Einvernahmen** auch: Aufgrund von Art. 147 Abs. 1 StPO besteht grundsätzlich ein Recht der beschuldigten Person *und* ihres Rechtsbeistands, bei solchen **Einvernahmen** physisch anwesend zu sein und Fragen zu stellen. Damit korrespondiert eine Pflicht der Staatsanwaltschaft, die beschuldigte Person und deren Verteidigung über anstehende **Einvernahmen** mitbeschuldigter Personen rechtzeitig in Kenntnis zu setzen. Besonderheiten können sich *auf der Stufe des Anwendungsbereichs* von Art. 147 Abs. 1 StPO allein dadurch ergeben, dass in Verfahren gegen mehrere beschuldigte Personen der Verfahrensgegenstand nicht identisch sein muss. Das Teilnahmerecht nach Art. 147 Abs. 1 StPO erstreckt sich nur auf **Einvernahmen** zu Taten, die der formell beschuldigten Person auch selbst angelastet werden. Nur insoweit ist sie durch die Beweiserhebung in *ihren* Verteidigungsrechten betroffen. Tatvorwürfe, die allein gegenüber einer mitbeschuldigten Person erhoben werden und mit den Taten der beschuldigten Person in keinem sachlichen Zusammenhang stehen, gehen die beschuldigte Person und deren Verteidigung nichts an. Daran ändert sich nichts, wenn solche Tatvorwürfe zufällig in ein und demselben Verfahren mituntersucht werden. Für die Privatklägerschaft wird ein solcher Vorbehalt der Selbstbetroffenheit bereits gemacht;⁹⁷ für die beschuldigte Person ist dieselbe Einschränkung angebracht.

VI. Rechtsgrundlagen zur Beschränkung des Teilnahmerechts wegen "Kollusionsgefahr"

Die Feuertaufe erhält das Teilnahmerecht der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung auf der nachfolgenden Prüfungsstufe, der Frage nach der Beschränkbarkeit des Art. 147 Abs. 1 StPO. Der Gesetzgeber schützt den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit, indem er bei der Statuierung von Rechtsgrundlagen zur Aufhebung des Teilnahmerechts Zurückhaltung übt. Bei der Gefahr eines kollusiven Aussageverhaltens der beschuldigten Person ist der Rückgriff auf zwei Regelungen diskutabel: der vorübergehende Verhandlungsausschluss nach Art. 146 Abs. 4 lit. b StPO und die Einschränkung des rechtlichen Gehörs wegen des Verdachts auf Rechtsmissbrauch nach Art. 108 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 StPO. Ein Plädoyer für ein Primat der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung muss den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen mit in den Blick nehmen - erst dann wird augenfällig, welche gesetzlichen Schranken der Beschränkbarkeit von Teilnahmerechten die im Vormarsch begriffene Auslegung von Art. 146 Abs. 1 StPO einreisst.

ZStrR 129/2011 S. 322, 346

⁹⁶ Vgl. oben II.A.

⁹⁷ III (Fn. 13), 135: "Grundsätzlich hat die Privatklägerschaft die gleichen Teilnahmerechte wie die beschuldigte Person, z. B. Anspruch darauf, bei allen **Einvernahmen** anwesend zu sein, wobei sich das Anwesenheitsrecht nur auf die **Einvernahmen** beziehen kann, welche sich mit dem die Privatklägerschaft betreffenden Tatbestand befassen."

A. Ausschluss von der Verhandlung nach Art. 146 Abs. 4 lit. b StPO

Der vorübergehende Ausschluss einer Person von der Verhandlung nach Art. 146 Abs. 4 lit. b StPO soll "eine Beeinflussung oder Kollusion unter den genannten Personen verhindern".⁹⁸ Im Gesetzgebungsverfahren hat es eine beachtliche Kehrtwende bei der Ausgestaltung dieses Ausschlussgrundes gegeben. Nach der ursprünglichen Fassung des Art. 156 Abs. 4 lit. b VE StPO konnte ein Ausschluss von der Verhandlung noch denkbar weit gegenüber *Parteien*, der *Verteidigung*, den Rechtsbeiständen, der Vertretung oder anderen Personen angeordnet werden, die selbst im Verfahren noch als *Beschuldigte*, Zeuginnen oder Zeugen, Auskunftspersonen oder Sachverständige **einvernommen** werden sollten. Im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens hat der Gesetzgeber den Adressatenkreis indes wohlweislich beschränkt. Art. 146 Abs. 4 lit. b StPO lässt den vorübergehenden Ausschluss "einer Person" von der Verhandlung nur dann zu, "wenn diese Person im Verfahren noch als Zeugin, Zeuge, Auskunftsperson oder sachverständige Person **einzuvernehmen** ist". Die Bestimmung wird zwar in weiter Auslegung des Begriffs "Verhandlung" auf Beweiserhebungen im Untersuchungserfahren erstreckt,⁹⁹ doch fällt ein Ausschluss der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung bei der **Einvernahme** von Mitbeschuldigten aufgrund von Art. 146 Abs. 4 lit. b StPO ausser Betracht. Abhängig vom Gegenstand der **Einvernahme** ist die Berufung auf den Ausschlussgrund nicht *möglich* oder aber sie ist gar nicht erst *nötig*. Der erste Fall betrifft **Einvernahmen** zu Tatvorwürfen, die mehreren beschuldigten Personen in einem Verfahren gemeinsam angelastet werden. Insoweit sind die beschuldigten Personen in ihrem Verfahren stets in der Rolle der beschuldigten Person und nicht etwa in der Rolle des Zeugen, der Auskunftsperson oder der sachverständigen Person **einzuvernehmen**, wie es Art. 146 Abs. 4 lit. b StPO voraussetzt - einerlei, ob sie nur zu ihrer eigenen Tatbeteiligung oder auch zur Tatbeteiligung der mitbeschuldigten Personen befragt werden sollen.¹⁰⁰ Klammert man die skurrile Situation einer **Einvernahme** der Verteidigung im Verfahren gegen die Mandantschaft aus, dann erfasst Art. 146 Abs. 4 lit. b StPO auch die Verteidigung nicht. Der zweite Fall betrifft **Einvernahmen** einer beschuldigten Person zu Tatvorwürfen, die nur ihr selbst, nicht aber den im gleichen Verfahren mitbeschuldigten Personen angelastet werden. Bei solchen **Einvernahmen** haben die formell mitbeschuldigten Personen im Untersuchungsverfahren mangels Selbstbetroffenheit von der Beweiser-

ZStrR 129/2011 S. 322, 347

hebung ohnehin kein Teilnahmerecht.¹⁰¹ Die Berufung auf einen Ausschlussgrund erübrigt sich damit.

B. Einschränkung des rechtlichen Gehörs wegen Missbrauchsverdacht nach Art. 108 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 StPO

Da Art. 146 StPO keine Handhabe bietet, um das Teilnahmerecht der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung bei der **Einvernahme** Mitbeschuldigter im Untersuchungsverfahren zu suspendieren, ist alle Aufmerksamkeit auf die verbleibende gesetzliche Option, die Beschränkung des rechtlichen Gehörs, gerichtet (Art. 108 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 StPO). In Anbetracht der Verwurzelung des Teilnahmerechts der

⁹⁸ Botschaft (Fn. 13), 1085, 1187 zum entsprechenden Art. 143 Abs. 4 lit. b E-StPO.

⁹⁹ So die gesamte Kommentarliteratur: *Häring*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 146 N 23; *Ill* (Fn. 13), 134; *Godenzi* (Fn. 10), Art. 146 N 28 f.; *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 146 N 15; *Riklin* (Fn. 13), Art. 146 N 5.

¹⁰⁰ Vgl. oben I.

¹⁰¹ Vgl. oben V. B. Ebenso für die analoge Konstellation mangelnder Selbstbetroffenheit der Privatklägerschaft *Ill* (Fn. 13), 135; anderer Ansicht wohl *Riklin* (Fn. 13), Art. 146 N 5, der die Bestimmung auf die beschuldigte Person erstreckt: "Ausschluss wegen einer späteren Befragung als Zeugin oder Zeuge, Auskunftsperson oder als sachverständige Person. Es geht um Personen, die noch in einer andern Funktion anwesend sind, namentlich als beschuldigte Person, als Privatklägerschaft und als Gutachterin oder Gutachter."

Parteien im Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO)¹⁰² schlägt die Schranke des Art. 108 StPO auf Art. 147 Abs. 1 StPO durch.¹⁰³ Kann sich die Staatsanwaltschaft also auf den Verdacht des Missbrauchs von Parteirechten iSv Art. 108 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 StPO berufen, um wenigstens im Anfangsstadium der Untersuchung heimliche **Einvernahmen** mitbeschuldigter Personen durchzuführen?

1. Ausschluss der beschuldigten Person

Für die beschuldigte Person folgt aus Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO, dass die Strafbehörden ihren Anspruch auf rechtliches Gehör einschränken können, wenn der begründete Verdacht besteht, dass sie ihre Rechte missbraucht. Dies bedeutet bezogen auf das von Art. 147 Abs. 1 StPO mitumfasste Recht auf Anwesenheit an **Einvernahmen**: Es müssen zureichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Anwesenheit oder das durch die Anwesenheit erlangte Wissen zu eigentlichen Verdunkelungshandlungen missbraucht wird, bspw. zu einer unzulässigen Beeinflussung der einzuvernehmenden Person.¹⁰⁴ Schon die Botschaft hat betont, dass nicht

ZStrR 129/2011 S. 322, 348

etwa eine diffuse "Gefährdung des Verfahrensinteresses" genügt, um das rechtliche Gehör der Parteien einzuschränken.¹⁰⁵ Obwohl diese Umschreibungen als Konkretisierung von Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO gedacht sind, legen sie zugleich offen, dass der Begriff des "begründeten Verdachts auf Missbrauch" keine klaren Konturen aufweist. Im Grenzbereich der Bestimmung kann daher relevant werden, dass das Teilnahmerecht der beschuldigten Person zumindest in der Anfangsphase des Vorverfahrens Anlass zu *besonderem* Argwohn gibt. Die beschuldigte Person hegt ein Eigeninteresse an einem möglichst glimpflichen Ausgang des Verfahrens, sie ist nicht zur Aussage verpflichtet, und an einfache Lügen sind keine unmittelbaren Sanktionen geknüpft. Die Gefahr, dass sie ihre Aussage an das Gehörte anpassen oder mitbeschuldigte Personen ihre Aussagen aufeinander abstimmen könnten, ist deshalb typischerweise grösser als bei neutralen Zeugen. Es bedarf daher einer Verdeutlichung, warum diese Ausgangslage kein "zureichender Anhaltspunkt" ist, um eine beschuldigte Person von der **Einvernahme** mitbeschuldigter Personen nach Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO auszuschliessen.¹⁰⁶

Die Antwort liegt im Begriff des *Missbrauchs* eines Rechts.¹⁰⁷ Dieser verlangt schon dem allgemeinen Sprachgebrauch nach etwas anderes als das, was mit dem *Gebrauch* dieses Rechts gewollt oder zwangsläufig verbunden ist. Das Recht muss in einer Weise eingesetzt werden, die nicht seiner eigentlichen Bestimmung oder seinem eigentlichen Zweck entspricht.¹⁰⁸ Es ist daher darauf zurückzukommen, was die gesetzliche Gewährleistung des Teilnahmerechts nach Art. 147 Abs. 1 StPO bezweckt. Die beschuldigte Person soll durch die **Teilnahme** an der **Einvernahme** in die Lage versetzt werden, den Ablauf der Beweiserhebung simultan kontrollieren und auf die Entstehung

¹⁰² Vgl. oben II.B.2.

¹⁰³ Vgl. *Bommer* (Fn. 45), 196, 209; *Schleiminger*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 147 N 13; *Ill* (Fn. 13), 135; *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 147 N 12; *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 147 N 9.

¹⁰⁴ *Schleiminger*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 147 N 14; *H. Vest/S. Horber*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 108 N 5; *Lieber*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 108 N 4; *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 108 N 5; ders., Handbuch (Fn. 12), N 113.

¹⁰⁵ Botschaft (Fn. 13), 1085, 1164.

¹⁰⁶ Ablehnend auch *Schleiminger*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 147 N 14.

¹⁰⁷ Man wird nicht einfach die Auslegung der gleichlautenden Wendung in Art. 235 Abs. 4 Satz 2 StPO zur Einschränkung des Verteidigerverkehrs übernehmen können, weil jener Eingriff in das Verteidigungsverhältnis noch schwerer wiegt als ein Ausschluss der Verteidigung von **Einvernahmen** mitbeschuldigter Personen.

¹⁰⁸ Vgl. Duden-online zum Begriff "missbrauchen", <http://www.duden.de/rechtschreibung/missbrauchen> (22. Juni 2011).

des Beweisergebnisses Einfluss nehmen zu können.¹⁰⁹ Sie soll den Aussageinhalt unmittelbar mitverfolgen, darüber hinaus aber auch am ersten Eindruck vom nonverbalen Aussageverhalten der einvernommenen Person teilhaben können.¹¹⁰ Eine Wiederholung der **Einvernahme** ist gerade in dieser Hinsicht ein schlechter Ersatz. "Beim zweiten Mal" ist die einvernommene Person aufgrund ihrer Erfahrungen aus der ersten **Einvernahme** gegen die Fragestellungen innerlich längst gewappnet. Gilt ein so verstandenes Anwesen-

ZStrR 129/2011 S. 322, 349

heitsrecht, sind einige Konsequenzen unvermeidlich: Die teilnehmende Person wird durch das Gehörte beeinflusst, sie büsst ihre Unvoreingenommenheit und Ahnungslosigkeit bei allen noch folgenden Beweiserhebungen ein, und sie kann ihr künftiges prozessuales Verhalten am Beweisergebnis ausrichten. Das eine ist nun einmal ohne das andere nicht zu haben. Wenn sich der Gesetzgeber gleichwohl für ein grundsätzliches Teilnahmerecht bei *allen* Beweiserhebungen ausgesprochen hat, muss er diese Begleiterscheinungen bewusst in Kauf genommen haben. Der Ausschlussgrund des Art. 146 Abs. 4 lit. b StPO zeugt von diesem Bewusstsein. Dort sind Fälle umgrenzt, in denen ein Ausschluss der einzuvernehmenden Person zur Vermeidung von Kollusionen ausnahmsweise zulässig ist.¹¹¹ Es wurde bereits erörtert, dass jener Ausschlussgrund die beschuldigte Person nicht erfasst und auf die Verteidigung in der Regel nicht zutrifft.¹¹² Am Ende geriete gar der *Gebrauch* von Verteidigungsrechten schlechthin unter Beschuss, wollte man eine Anpassung des Aussageverhaltens als Missbrauch des Teilnahmerechts deuten: Solange eine beschuldigte Person ihr Aussageverweigerungsrecht beansprucht, könnte ihr die **Teilnahme** an jeglicher Beweiserhebung unter Berufung auf Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO verweigert werden. Es wäre nämlich stets damit zu rechnen, dass sie sich noch zu einer Aussage entschliesst und dabei ein Vorwissen um die Beweislage ausnutzt.

Bleibt noch das andere Risiko, die *einvernehmliche* Koordination von Aussagen zwischen mitbeschuldigten Personen.¹¹³ Auch dieses Szenario rechtfertigt keinen Ausschluss der beschuldigten Person von der **Einvernahme** mitbeschuldigter Personen nach Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO. Eine Koordination des Aussageverhaltens zwischen mehreren beschuldigten Personen muss *ausserhalb* der **Einvernahme** stattfinden, im günstigsten Fall vor ersten Einlassungen. Nimmt eine beschuldigte Person an der **Einvernahme** einer mitbeschuldigten Person teil, kann sie allenfalls beaufsichtigen, inwiefern eine bereits getroffene Absprache eingehalten wird.¹¹⁴ Die Berufung auf Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO ist daher regelmässig ein ungeeignetes und schon deshalb unzulässiges Mittel, um eine allseitige Abstimmung von Aussagen zu unterbinden.¹¹⁵ Eine bedingt taugliche Gegenmassnahme wäre die Anordnung von Untersuchungshaft (Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO),¹¹⁶ sofern

ZStrR 129/2011 S. 322, 350

die Voraussetzungen vorliegen. Nebst dem wird sich eine beschuldigte Person bei der Abstimmung ihres Aussageverhaltens mit anderen beschuldigten Personen in vielen Fällen innerhalb des gesetzlichen Rahmens bewegen, den das Strafprozessrecht ihr lässt. So wäre ihr wohl nicht einmal die Absprache einfacher Lügen vorwerfbar, weil

¹⁰⁹ Vgl. oben II.B.2 und IV.

¹¹⁰ Vgl. *Donatsch/Lieber* (Fn. 6), § 14 N 6; *Hug* (Fn. 6), 387, 393.

¹¹¹ *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 146 N 15.

¹¹² Vgl. oben VI.A.

¹¹³ Bei "Kooperationszwang" stehen die Art. 149 ff. StPO im Vordergrund.

¹¹⁴ Vgl. oben V.A.2.

¹¹⁵ Vgl. auch *Lieber*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 108 N 5, wonach einer allfälligen Kollusionsgefahr durch Untersuchungshaft nach Massgabe von Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO zu begegnen sei.

¹¹⁶ Vgl. *M. Hug*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 221 N 20 zu fortbestehenden Kollusionsmöglichkeiten.

die Strafprozessordnung einem solchen Verhalten neutral gegenübersteht.¹¹⁷ Und erst recht kann die zwischen mehreren beschuldigten Personen koordinierte Wahl zwischen Reden und Schweigen nicht als Rechtsmissbrauch gedeutet werden: Es geht einmal mehr um einen effektiven *Gebrauch* von Verteidigungsrechten.¹¹⁸

2. Ausschluss der Verteidigung

Gemäss Art. 108 Abs. 2 StPO sind Einschränkungen des rechtlichen Gehörs gegenüber dem Rechtsbeistand nur zulässig, wenn dieser selbst Anlass für die Beschränkung gibt. Dies bedeutet im Falle von Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO, dass auch aufseiten des Verteidigers eine Missbrauchskonstellation gegeben sein muss.¹¹⁹ Davon wird man immerhin ausgehen können, wenn der Verteidiger am Rechtsmissbrauch der beschuldigten Person *bewusst* mitwirkt.¹²⁰ Mit diesen Massgaben könnte der Verteidigung eine **Teilnahme** an der **Einvernahme** mitbeschuldigter Personen wegen der Gefahr eines kollusiven Aussageverhaltens ihrer Mandantschaft wenn überhaupt, dann nur "um die Ecke gedacht" verweigert werden. Anzusetzen wäre bei der Pflicht der Verteidigung, im Falle ihrer alleinigen **Teilnahme** an der **Einvernahme** ihre Mandantschaft über das Beweisergebnis zu informieren. Eine solche Information würde der Mandantschaft die Wissensgrundlage zu einer Anpassung des Aussageverhaltens vermitteln - sodass die Verteidigung aus diesem Grunde allenfalls selbst Anlass für eine Beschränkung gäbe.¹²¹ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit tritt dann allerdings sogleich die Suche nach einer weniger eingriffsintensiven Variante los. Könnte die Verteidigung zur **Einvernahme** mitbeschuldigter Personen unter der Auflage zugelassen werden, dass sie gemäss

ZStrR 129/2011 S. 322, 351

Art. 73 Abs. 2 Satz 1 StPO über den Verlauf der **Einvernahme** ihrer Mandantschaft gegenüber Stillschweigen bewahrt? Die Rechtslage ist in diesem Punkt alles andere als eindeutig. Die eine Schwierigkeit ist organisatorisch-praktischer Natur. Da eine solche Anordnung mit einer Befristung zu versehen wäre (Art. 73 Abs. 2 Satz 2 StPO), stellt sich die Frage, ob diese kalendarisch bestimmt werden muss¹²² oder vorgangsbezogen sein darf, z. B. "bis die ersten staatsanwaltschaftlichen **Einvernahmen** aller beschuldigten Personen erfolgt sind". Die Angabe eines Datums, welches das Schweigegebot nicht über Gebühr in die Länge zieht, kann angesichts des steten Risikos der Verschiebung von **Einvernahmen** heikel sein,¹²³ zumal die Mandantschaft sich bis zum Ablauf der Frist auf eine Aussageverweigerung verlegen kann.¹²⁴ Die andere Schwierigkeit betrifft den Adressatenkreis des Schweigegebotes. Ob die Verteidigung gegenüber ihrer Mandantschaft überhaupt zum Stillschweigen

¹¹⁷ Vgl. zum Streitpunkt eines Lügerechts der beschuldigten Person *Lieber*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 113 N 29 ff.

¹¹⁸ Vgl. auch E. *Omlin*, Strafverteidigung - Grenzen der Wahrung von Parteiinteressen, AnwRev 2009, 74, 75 ff.

¹¹⁹ *Lieber*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 108 N 11; *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 108 N 7; *Verniory* (Fn. 49), 206 f.; vgl. auch S. *Schlegel*, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum schweizerischen und deutschen Recht, Zürich 2010, 353 zur Beschränkung des Verteidigerverkehrs (Art. 235 Abs. 4 Satz 2 StPO) beim Verdacht auf Rechtsmissbrauch.

¹²⁰ Vgl. *Schlegel* (Fn. 119), 353.

¹²¹ Eine solche Einschränkung wäre dann nach Art. 108 Abs. 3 StPO auf einzelne Verfahrenshandlungen - die **Einvernahme** mitbeschuldigter Personen - begrenztbar.

¹²² In diesem Sinne *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 73 N 9; zustimmend U. *Saxer/S. Thurnheer*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 73 N 16.

¹²³ Vgl. zum Parallelproblem der erforderlichen Befristung einer Einschränkung des Verteidigerverkehrs nach Art. 235 Abs. 4 Satz 2 StPO M. *Hug*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 235 N 15: "Mag sein, dass mit dem Wegfallen der Kollusionsgefahr kein Anlass mehr für Einschränkungen besteht, doch lässt sich diese Zeitspanne nur selten von Anfang an beziffern."

¹²⁴ Vgl. zur Nutzlosigkeit einer Verpflichtung der Verteidigung zum Stillschweigen wegen der erforderlichen Befristung auch *Bommer* (Fn. 45), 196, 207.



verpflichtet werden kann, ist umstritten.¹²⁵ Dass eine solche Lösung das Vertrauen der Strafbehörden in die Einhaltung eines Schweigegebots überstrapaziert, lässt sich schwerlich behaupten, ohne die gesetzliche Regelung des Art. 73 Abs. 2 StPO generell infrage zu stellen. Und die Abwägung zwischen den zwei Übeln - Stillschweigen oder Ausschluss nach Art. 108 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 StPO - läge immerhin bei den vom Eingriff betroffenen Personen selbst. Eine Vertiefung all dieser Probleme bei der Anwendung des Art. 73 Abs. 2 StPO gegenüber der Verteidigung sei hier dahingestellt. Es ist nicht zu vergessen: Allein die Gefahr, dass die beschuldigte Person ihre Aussage an das Gehörte anpassen oder mitbeschuldigte Personen ihre Aussagen aufeinander abstimmen könnten, begründet keinen Missbrauchsverdacht iSv Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO. Schon deshalb behält in dieser Konstellation sowohl die beschuldigte Person als auch die Verteidigung ihr Teilnahmerecht nach Art. 147 Abs. 1 StPO.

ZStrR 129/2011 S. 322, 352

VII. Fazit

Passé ist der vielerorts gewohnte Spielraum der Staatsanwaltschaften, das Recht der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung auf **Teilnahme an Einvernahmen** aus ermittlungstaktischen Gründen zu suspendieren. Die gesetzlichen Regelungen in Art. 146 Abs. 4 StPO und Art. 108 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 StPO sind kein Ersatz für den Ausschlussgrund der "Gefährdung des Verfahrensinteresses", den diverse kantonale Prozessordnungen kannten. Von daher erstaunt es nicht, dass die Praxis nach Mitteln und Wegen sucht, die Parteiöffentlichkeit von **Einvernahmen** auf andere Weise zu beschränken¹²⁶ - und dafür Art. 146 Abs. 1 StPO fruchtbar macht. Dem Gesetzgeber wird mit diesem Vorgehen jedoch ins Handwerk gepfuscht. Die Sonderregelung des Art. 159 VE zu den "Teilnahmerechten bei der **Einvernahme** von Beschuldigten und Mitbeschuldigten" ist im Gesetzgebungsverfahren verworfen worden. Der radikal gefasste Art. 147 Abs. 1 StPO nimmt keine Rücksicht auf das Stadium der Untersuchung und die Rolle der einvernommenen Person. Aus rechtsstaatlicher Sicht verdient diese Konzeption Beifall.¹²⁷ Sie setzt die Staatsanwaltschaft unter Erklärungszwang bei heimlichen **Einvernahmen** gleich welcher Art. Solange sich die äusseren Verhältnisse oder Werte der Gesellschaft nicht erheblich wandeln, wirkt dieser Entscheid der Legislative "versteinern" fort.¹²⁸ Die Gerichte sind aufgerufen, ihn zu respektieren, indem sie den Grundsatz der getrennten **Einvernahme** nach Art. 146 Abs. 1 StPO auf seinen unbestrittenen Mindestgehalt beschränken: Die einzuvernehmenden Personen sind grundsätzlich einzeln, d. h. nacheinander, zu befragen.¹²⁹ Dies lässt die Reichweite des Art. 147 Abs. 1 StPO unangetastet, mit allen positiven und negativen

¹²⁵ Für die Zulässigkeit der Massnahme gegenüber der Verteidigung *Brüschweiler*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Fn. 10), Art. 73 N 6 (ohne Begründung); dagegen *U. Saxer/S. Thurnheer*, in: Basler Kommentar (Fn. 13), Art. 73 N 13 (ohne Begründung); *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 13), Art. 73 N 6 mit dem bedenkenswerten Hinweis darauf, dass das Gesetz von den Parteien explizit nur die Privatklägerschaft aufzählt; offengelassen bei *Bommer* (Fn. 45), 196, 207.

¹²⁶ Vgl. zu anderen Methoden wie z. B. der übermässigen Ausdehnung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens *N. Burger-Mittner/S. Burger*, Das Primat der Staatsanwaltschaft auf dem Prüfstand - Die Durchsetzung der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft als wesentliches Recht des Beschuldigten, FP 2011, 165, 166.

¹²⁷ Für das allseitige Interesse an einer zügigen Strafverfolgung ist die Gesamtkonzeption des Art. 147 StPO allerdings eine Plage. Man denke nur an Untersuchungsverfahren gegen flüchtige oder unbekannte Personen, denen aus zwingenden praktischen Gründen die **Teilnahme an Einvernahmen** von Belastungszeugen bis zu ihrer Ergreifung nicht ermöglicht werden kann. Der in Art. 147 Abs. 3 StPO normierte Anspruch auf Wiederholung der Beweiserhebung sorgt dann dafür, dass die Strafverfolgungsbehörden bei ihren Ermittlungen im wahrsten Sinne auf der Stelle treten. Vgl. dazu auch *Bommer* (Fn. 45), 196, 211 Anm. 113.

¹²⁸ Vgl. zu dieser Vorbedingung für die objektiv-zeitgemässe Auslegung einer Gesetzesnorm durch die Gerichte BGE 107 Ia 234, 237; 116 Ia 359; BGE 134 II 223, 229; 137 II 164, 172 f.; *Rhinow* (Fn. 74), 188 f.

¹²⁹ Vgl. *Godenzi* (Fn. 10), Art. 146 N 2; für das frühere Zürcher Strafprozessrecht auch bereits *Donatsch*, in: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich (Fn. 6), § 140 N 4.



Konsequenzen für den Fortgang des Strafverfahrens. Wer daran rütteln will, bewegt sich auf kriminalpolitischem Terrain *de lege ferenda*.