

Referatteil Noll zu Modul 2: Teilnahmerechte und Verwertung

in Stichworten m.H.

- Teilnahmerechte nach Zürcher Praxis (**Rambert**; 5 min)

- Teilnahmerechte nach Basler Praxis (**Noll**; 5 min)
 - o Vorbemerkung: 2 Konstellationen
 - Beschuldigter -> Referat Anwalt der ersten Stunde; Kernfrage hier: Verzicht auf Beizug Anwalt -> Urteil Pishchalnikow (vom 24.9.2009, *Pishchalnikov v. Russland*, § 66) und Urteil Appellationsgericht (Urteil des Appellationsgerichtspräsidenten vom 7.4.2011 [BE 2011. 23])
 - Dritte (2 Unterfälle)
 - Mitangeschuldigter -> Explizite Basler Praxis (Entscheid vom 19. Januar 2012 [BE.2011 .87])
 - Zeuge/Auskunftsperson -> soweit ersichtlich keine explizite Basler Judikatur -> aber obiter dictum im Joset-Entscheid (E. 3, insb. 3.2). -> Unterscheidung deshalb sinnvoll, weil typischerweise Zeugen/Auskunftspersonen im Ermittlungsverfahren abgehört werden.
 - o Darstellung Basler Praxis Mitangeschuldigte (Zeugen/Auskunftspersonen)
 - „Gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO haben die Parteien das Recht, an sämtlichen Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte teilzunehmen. Teilgenommen werden kann an Einvernahmen und Augenscheinen, also unter anderem an der Vernehmung der beschuldigten Personen, von Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen“ (E. 3.2).
 - **Argumente** – beginnen wir mit einer **Zusammenfassung der Gegenargumente der Zürcher Praxis**, auf die der **Basler Entscheid explizit und ablehnend Bezug** nimmt (E. 4.4): „Der Beschluss des Obergerichts Zürich vom 11. Mai 2011, wonach aus Art. 146 StPO grundsätzlich folge, dass kein Anspruch von beschuldigten Personen, Zeugen oder Auskunftspersonen bestehe, bei der Einvernahme von Mitbeschuldigten, andern Zeugen oder Auskunftspersonen anwesend zu sein, überzeugt vor diesem Hintergrund nicht.“
 - **Art. 146 Abs. 1: getrennte Einvernahmen** -> ZH-Praxis: soll jedoch nur für Ermittlungsverfahren gelten.
 - **Der Anspruch auf spätere Konfrontation werde dadurch nicht berührt.**
 - **Argumente der Basler Praxis:**
 - **Wortlaut** von „Art. 146 Abs. 1 StPO lautet wie folgt: ‚Die einzuvernehmenden Personen werden getrennt einvernommen‘. Dass diese **Einvernahmen in Abwesenheit** der übrigen Beteilig-

ten erfolgen müssen, **ergibt sich aus dem Wortlaut selbst nicht**“ (E. 4.2.1). **Besage nur, dass in der Regel keine Konfrontationseinvernahme.**

- Der **Hinweis** des Zürcher Obergerichts auf das **spätere Konfrontationsrecht vermenge das Konfrontationsrecht nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK mit dem Teilnahmerecht nach Art. 147 Abs. 1 StPO: StPO gehe über den minimal standard der EMRK hinaus. Man dürfe nicht EMRK anwenden, wenn StPO weitergehe (E. 4.2.1).**
- **Beschränkung** von Art. 147 Abs. 1 StPO **gemäss Wortlaut nicht zulässig. Gemäss Botschaft** ist Art. 147 Abs. 1 StPO nur nach **Art. 108 und 149 ff.** beschränkbar (**BBI 2006 S. 1187**). (E. 4.2.2) „Gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO haben ‚die Parteien (...) das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Frage zu stellen (...)‘. Dass dieses Recht der Teilnahme bei Einvernahmen von Mitbeschuldigten nicht gelten soll, ergibt sich weder aus dem Wortlaut dieser Bestimmung noch aus der Botschaft dazu. Vielmehr sind gemäss der Botschaft Einschränkungen der Teilnahmerechte nur unter den Voraussetzungen von Art. 108 StPO und durch die Anordnung von Schutzmassnahmen (für Zeugen etc.) nach Art. 149 ff. StPO möglich (BBI 2006 S. 1187)“ (E. 4.2.2).
- **Beschränkung verbietet sich aus der Systematik des Gesetzes: Art. 146 ist Ordnungsvorschrift unter dem Titel „Einvernahmen“. Art. 147 ist unter dem Titel „Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen“ eingereiht und damit aus dem rechtlichen Gehör abgeleitete Verfahrensgarantie, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 108 beschränkbar ist** (Rechtsmissbrauch, Sicherheit v. Personen und Geheimhaltungsinteressen). (E. 4.3).

„In systematischer Hinsicht ist festzuhalten, dass die Art. 142 bis 146 StPO unter dem Titel ‚Einvernahmen‘ Ordnungsvorschriften zur Durchführung von Einvernahmen darstellen, während Art. 147 StPO unter dem Titel ‚Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen‘ als Verfahrensgarantie die Teilnahmerechte der Parteien statuiert. Diese Teilnahmerechte sind Ausfluss des verfassungsmässigen Anspruchs der Beschuldigten auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 und 32 Abs. 2 BV; Art. 3 Abs. 2 StPO, Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO). Unter diesen Umständen kann Art. 146 StPO schon aus systematischer Sicht nicht als Ausnahmebestimmung zu Art. 147 StPO betrachtet werden“ (E. 4.3).

- **Unerheblich, ob EV formell im Verfahren des Mitangeschuldigten geführt wird.** „Das Teilnahmerecht gemäss **Art. 147 Abs. 1 StPO** erstreckt sich auf alle Einvernahmen zu Taten, die der formell beschuldigten Person auch selbst angelastet werden“ (E. 5.2).
 - **Beschränkbarkeit v. Art. 147 Abs. 1 durch Art. 108 Abs. 1 lit. a: einfache Kollusion** (Anpassen der Aussagen aneinander) **genügt nicht, weil keine Wahrheitspflicht; Recht Aussage zu verweigern und nach Akteneinsicht anpassen (E. 6.1 und 6.3), sondern nur wenn ein eigentlicher Missbrauch** des Teilnahmerechts zu befürchten ist (z.B. bei **mafiosen Strukturen** [E. 6.3], was bei einfacher Mittäterschaft nicht der Fall sei). **Für Anwälte nur, wenn er selbst Anlass für Kollusionsbefürchtungen (ausserhalb seiner Informationspflicht gegenüber Beschuldigten [so explizit E. 6.3] gibt** bzw. wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, der Beschuldigte könnte ausser dem Anpassen seiner Aussage aufgrund der Information des Anwalts weitergehende Kollusionshandlungen vornehmen (E. 6.1 und 6.3; **Godenzi** ausserhalb des Kontakts bei Einvernahmen [**ZStrR 2011 S. 322 ff.**]).
 - Beschränkbarkeit **durch Art. 146 Abs. 4 lit. b** (später noch als Zeuge, Auskunftsperson, Sachverständiger): **Nicht möglich, da Beschuldigter nicht nur nicht explizit genannt, sich auch aufgrund Materialien ein qualifiziertes Schweigen ergibt (E. 7).**
- Graubereich Ermittlung/Untersuchung – Abgrenzung polizeiliches Ermittlungsverfahren und staatsanwaltlich geleitetes Untersuchungsverfahren (**Rambert**; 5 min)
 - unzulässiges Vorverhör nach der bisherigen Praxis des Kassationsgerichts Zürich (**Rambert**; 3 min)
 - Verwertbarkeit von teilnahmslos erhobenen Beweisen (**Noll**; 7 min)
 - **Grundsätzliche Unverwertbarkeit von teilnahmslos erhobenen Beweisen** -> Art. 147 Abs. 4; wichtig ist hier, dass zu Beginn möglichst detailliert aufgeführt wird, in welchem Umfang die **Teilnahmerechte geltend gemacht** werden
 - **Verhältnis 147 Abs. 4 und Art. 141** -> **Regelfall: Anwendungsfall von Art. 141 Abs. 1 => solche Beweiserhebungen sind rechtswidrig** (Schmid Praxiskommentar N 15 zu Art. 147); **denkbar ist aber noch ein gesonderter Anwendungsbereich** (die Idee dazu stammt von **Matthias Brunner**). Darauf **komme ich noch zu sprechen**.
 - **Fernwirkungsverbot von 141 Abs. 4 gilt auch für Fälle von Art. 141 Abs. 1** (argumento a fortiori aus Art. 141 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 und Abs. 4; de minore ad maius und Hinweis auf Schmid Praxiskommentar N 13 zu Art. 141; Basler Kommentar Gless N 90 zu Art. 141).

- **Fazit** Teilnahmerechte und Verwertbarkeit teilnahmslos erhobener Beweise
 - **2 Thesen:**
 - **These 1: Der Gesetzgeber der neuen StPO hat den Grundsatz der materiellen Wahrheit fallengelassen.**
 - **These 2: Die Verwertbarkeit von teilnahmslos erhobenen Beweisen beurteilt sich nach einem materiellen Untersuchungsverfahrensbegriff, d.h. der Zeitpunkt, von welchem an ein hinreichender Tatverdacht besteht, bestimmt sich aus einer retrospektiven objektiven Betrachtung.**
 - **2 Kernfragen:**
 - 1) **Gilt** der in den Kantonen **unter altem Recht herrschende Grundsatz** der materiellen Wahrheit **auch in der neuen StPO?** Und **wenn ja, welche Rangordnung kommt ihm nach dem Willen des Gesetzgebers zu?**
 - 2) **Wann tritt** das Vorverfahren vom polizeilichen **Ermittlungsverfahren in das Untersuchungsverfahren über?**
 - Leitgedanke der StPO: **effiziente und trotzdem rechtsstaatliche Strafverfolgung**
 - **Effizienzgedanke:** Entscheid für das **Staatsanwaltschaftsmodell** und **Grundsatz der beschränkten Mittelbarkeit** der Hauptverhandlung nach Art. 343 StPO (Beweiserhebung findet im Vorverfahren nicht in der Hauptverhandlung statt; -> Godenzi S. 336 f.)
 - **Rechtsstaatlich kann ein solches Verfahrenskonzept nur durch den Anwalt der ersten Stunde inkl. ausgedehnter Teilnahmerechte sein**, ansonsten die StPO nur eine juristische Umformulierung von Franz Kafkas Prozess wäre. -> **Begleitbericht Vorentwurf S. 18 f., 20, 64, 85, 113; Botschaft BBI 2006 S. 1105, 1107, 1187**
 - **Fazit:** Der Gesetzgeber der neuen StPO hat den Grundsatz der materiellen Wahrheit **wenn nicht gänzlich fallengelassen**, so doch jedenfalls **klar einer umfassenden Geltung der Verteidigungsrechte i.S.v. Art. 147 Abs. 1 nachgeordnet**. Art. 6 StPO Änderung Entwurf zu Gesetz: „materielle Wahrheit“ und „Untersuchungsmaxime“. Botschaft vertritt zwar gegenteiligen Standpunkt (BBI 2006 S. 1130), wesentlich auch mit dem Schutzbedürfnis des Beschuldigten begründet. Ausserdem werden umfassende Teilnahmerechte mit der grossen Machtkonzentration der Staatsanwaltschaft – scil. der damit einhergehenden grossen Missbrauchsgefahr (nur belastende Beweise zu sammeln) – begründet. Damit wird ein formeller Wahrheitsbegriff implizit anerkannt. Ergibt sich aber auch aus der Systemlogik: Der Verlust an Wahrheit durch ein effizientes

Staatsanwaltschaftsmodell wird durch ausgebaute Verteidigungsrechte kompensiert. Das ist nichts anderes als formelle Wahrheit. Schliesslich war der Begriff der materiellen Wahrheit immer schon eine blosser Illusion, dessen Realität immer schon in der Gestaltung der formellen Wahrheitsfindung bestand.

- **Beginn des Untersuchungsverfahrens:**
 - **bei schweren Straftaten gibt es kein Ermittlungsverfahren** (Art. 307 Abs. 1 i.V.m. Art. 309 Abs. 1 lit. c)
 - **mit hinreichendem Tatverdacht** (Art. 309 Abs. 1 lit. a) beginnt Untersuchungsverfahren.
 - „ausgehend vom Verdacht, es sei eine Straftat begangen worden“ (**Art. 399 Abs. 2**) => gleich Ermittlungsverfahren
 - **Mit Blick auf die Teilnahmerechte beurteilt sich die Frage des Beginns des Untersuchungsverfahrens ex post (Schutzzweck der Verteidigungsrechte)**
 - Bedeutung der **Verfahrensprotokolle** (Art. 77) -> **Krankengeschichte** eines Prozesses. Eine KS soll mitunter sie eine retrospektive Beurteilung gewährleisten, welche Untersuchungen wann welchen Verdacht auf welche Krankheit begründen mussten, im Strafprozess erfüllen diese Funktion die Verfahrensprotokolle: wann gegenüber welcher Person ein hinreichender Verdacht auf welches Delikt bestehen musste. => **retrospektive Beurteilbarkeit des Zeitpunkts des Beginns des Untersuchungsverfahrens** -> **implizit zur Funktion der Protokolle (Basler Komm Näpfl N 1 zu Art. 76: „eine wichtige Grundlage für eine wirksame Strafverteidigung“)**
 - **Im Gegensatz von formellem und materiellen Untersuchungsverfahrensbergiff für die Beurteilung der Verletzung von Teilnahmerechten liegt der selbständige Anwendungsbereich von Art. 147 Abs. 4 StPO (-> Idee, Unverwertbarkeit nicht eo ipso mit Rechtswidrigkeit der Erlangung gleichzusetzen von Matthias Brunner): Eine Beweiserhebung könnte zum Zeitpunkt, in der sie erfolgt rechtmässig sein, da das Untersuchungsverfahren formell noch nicht eröffnet worden ist. Ex post erweist sie sich jedoch als unrechtmässig, da bei der Frage der Verwertbarkeit (die erst zu einem späteren Zeitpunkt zur Debatte steht) ein materieller Untersuchungsverfahrensbegriff massgebend sein muss. Man kann sich hier also mit der Feststellung begnügen, dass die Erhebung**

selbst nicht unrechtmässig war, eine Verwertung wäre dies expressis verbis (Art. 147 Abs. 4) jedoch schon.

- Protokollierungsvorschriften gelten auch für die Polizei (BBl 2006 S. 1155). Nach Schmid soll Art. 77 für die Polizei nur bedingt gelten, es genüge, wenn diese Berichte i.S.v. Art. 307 Abs. 3 schreibe (Schmid Praxiskomm. N 2 zu Art. 76 und N 3 zu Art. 77). Klar ist jedenfalls, dass selbst wenn die Auffassung Schmid zutreffen sollte, die Polizei im Ermittlungsverfahren nicht Einvernahmen nach Art. 78 protokollieren darf, ohne nicht gleichzeitig auch schon im Ermittlungsverfahren Verfahrensprotokolle führen zu müssen. Die Bestimmungen von Art. 76 ff. dürfen kein Selbstbedienungsladen der Polizei sein. Alles oder nichts ist hier die Devise. Das ergibt sich aus dem Schutzzweck der Verteidigungsrechte. Eine Umgehung der Verteidigungsrechte durch ein Aufblähen des Ermittlungsverfahrens ist nach dem Konzept der StPO verboten. Mit anderen Worten: Führt die Polizei im Ermittlungsverfahren kein Verfahrensprotokoll darf sie mögliche Zeugen Auskunftspersonen etc. nur befragen und deren Aussagen in einem Bericht zusammenfassen, nicht aber Einvernahmen durchführen.

- **Tragweite der Teilnahmerechte aus verfassungsrechtlicher Sicht (Noll; 5 min)**

- **2 Ideen für eine Stärkung der Verteidigungsrechte:**

- **1) Verfahrenshängige Überprüfbarkeit von Verteidigungsrechtsverletzungen vor Bundesgericht trotz Art. 93 BGG:**
 - **Verletzungen von Verteidigungsrechten perpetuieren sich im Laufe des Verfahrens zusehends.** Das gilt zwar für alle Verfahrensmängel, für die Verletzung von Verteidigungsrechten mit Blick auf den Zweck von Art. 93, den Zugang zum Bundesgericht in gravierenden Fällen trotzdem zu gewähren, aber in besonderem Masse.
 - Verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt: Bei den in **Art. 32 Abs. 2 S. 2 BV** gewährleisteten Verteidigungsrechten handelt es sich seit dem Wechsel zur eidg. StPO **nicht mehr um blosse minimal standards**, die unter altem recht im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 EMRK judiziert worden sind, **sondern um Verteidigungsrechte wie sie in der StPO gewährleistet sind.** Eine Verletzung der Verteidigungsrechte nach StPO stellt nunmehr immer auch einen Verstoss gegen die Verfassung dar. Im Vordergrund steht heute nebst dem **grundrechtlichen der staatsrechtliche Gehalt dieser Verfassungsbestimmung** (einheitliche Rechtsanwendung). **Das Bundesgericht sollte dazu übergehen, die Verletzung von Grundrechten immer als einen nicht wieder gut**

zumachenden Nachteil anzusehen, da sie realiter nie wieder gut gemacht werden können. -> ausführlich ZStrR 2011 S. 440 ff.

- Ansatzpunkt Rechtsfolge von Beweisverwertungsverböten: Der **nicht wieder gutzumachende Nachteil** ergibt sich aber auch unmittelbar aus der StPO: Art. 141 Abs. 5 i.V.m. Art. 147 Abs. 4 sieht als Rechtsfolge **Entfernung aus den Strafakten vor**. Hintergrund dieser Bestimmung ist, dass das Gericht nicht indirekt durch die Kenntnis des Inhalts unverwertbarer Beweise in seiner freien Beweiswürdigung beeinflusst werden soll. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil liegt damit im Falle von Verletzung von Teilnahmerechten de lege immer vor.
- Ich möchte sie daher dazu ermuntern, **Fälle von Teilnahmerechtsverletzungen direkt ans Bundesgericht** weiterzuziehen. Das **schlagendste** Argument ist m.E. die **Rechtsfolge v. Art. 141 Abs. 5**. Weitere Argumente finden Sie in **ZstrR 2011 S. 440 ff.**
- 2) **Korrekturmöglichkeit durch EGMR (fair trial nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK [nicht nur Ziff. 3])**, wenn das Bundesgericht der Zürcher Praxis folgen sollte. Ein wesentlicher **Anwendungsfall eines Verstosses gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK (fair trial)** besteht darin, **wenn ein Urteil gegen geltendes nationales Recht verstösst**, mithin wenn Verteidigungsrechte nicht in gesetzmässiger Weise beschränkt werden. Ob der EGMR das Bundesgericht zugunsten der Basler Praxis desavouieren würde, wage ich zu bezweifeln. Aber immerhin, ein Ansatzpunkt besteht. **Ausserdem sprechen der Wortlaut des Gesetzes und die Botschaft klar für die Basler Praxis**. Die **Rechtslage** hat sich **insoweit geändert**, als dass die **Teilnahmerechte nicht mehr aus der Befürchtung beschränkt werden können, die Teilnahme könne „den Verfahrenszweck beeinträchtigen“ (§ 106 Abs. 1 StPO-BS) bzw. „das Verfahrensinteresse gefährden“ (vgl. Godenzi S. 324 m.w.H.)**.