

Waffengleichheit im Vorverfahren

Eine kritische Auseinandersetzung
mit der konzeptionellen Ausgestaltung
des Strafverfahrens in der Schweiz

OPEN ACCESS

VOL 7

Lorenz Garland

DISSERTATION



Lorenz Garland

Waffengleichheit im Vorverfahren

 **sui generis**

Herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen

Band 7

Lorenz Garland

Waffengleichheit im Vorverfahren

Eine kritische Auseinandersetzung mit der konzeptionellen
Ausgestaltung des Strafverfahrens in der Schweiz

 **Carl Grossmann**
Verlag
Berlin Bern 2019

Autor:

Dr. iur. Lorenz Garland

Riederalp VS (Schweiz)

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*, herausgegeben von Prof. Dr. Daniel Hürlimann und Prof. Dr. Marc Thommen (ISSN 2569-6629 Print, ISSN 2625-2910 Online).

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2019 Dr. iur. Lorenz Garland (Schweiz)



Diese Arbeit wurde mit Ausnahme des Coverbilds unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert.

Lizenz: **CC BY 4.0** – siehe: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



DOI:10.24921/2019.94115935

Das vorliegende Werk wurde sorgfältig erarbeitet. Dennoch übernehmen der Autor und Verlag für die Richtigkeit von Angaben, Hinweisen sowie für etwaige Druckfehler keine Haftung.



Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

Die verwendete Schrift ist lizenziert unter der SIL Open Font License, v 1.1.

Gedruckt in Deutschland und den Niederlanden auf säurefreiem Papier.

Covergestaltung: Egbert Clement (© Coverbild: [iStock.com/gorodenkoff](https://www.istock.com/gorodenkoff))

Herstellung der Verlagsausgabe (Druck- und digitale Fassung):

Carl Grossmann Verlag, Berlin, Bern

www.carlgrossmann.com

ISBN: 978-3-941159-34-1 (gedruckte Ausgabe, Hardcover)

ISBN: 978-3-941159-35-8 (e-Book, Open Access)

*Meinen Eltern
und Helena*

Vorwort

Die vorliegende Dissertation entstand in den Jahren 2013 bis 2018 und somit mehrheitlich im Verlauf meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. iur. Sarah Summers. In die Arbeit sind aber auch zahlreiche Eindrücke aus meiner Praxiserfahrung eingeflossen, die ich bei der Anwaltskanzlei «Tethong Blattner» sammeln konnte. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Ende Januar 2019 berücksichtigt.

Viele Personen haben zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Allen voran war es Prof. Dr. iur. Sarah Summers, die mein wissenschaftliches Interesse förderte. Unermüdlich hat sie mit mir über die Bedeutung einer in der Rechtswirklichkeit gelebten Verfahrensfairness diskutiert. Für die Unterstützung, die zahlreichen Anmerkungen sowie die Freiheiten, die sie mir bei der Ausarbeitung der vorliegenden Doktorarbeit gewährt hat, bedanke ich mich. Ein grosser Dank gebührt ferner Prof. Dr. iur. Marc Thommen für die Erstellung des Zweitgutachtens und seine kritischen und wertvollen Anregungen.

Namentlich hervorheben möchte ich auch Dr. iur. David Studer, der meinen Nachfragen zur Datenauswertung stets viel Geduld entgegenbrachte. Weiter danke ich Sabrina Stöckli und Jana Stoffregen für die kritische Durchsicht meines Manuskripts. Anna Brassel hat das vorliegende Werk lektoriert und viele meiner Ausführungen überhaupt erst verständlich gemacht.

Ohne die Unterstützung meiner Eltern hätte ich mein wissenschaftliches Interesse nicht ausleben können. Sie ermöglichten mir, meine Ziele zu verfolgen und meinen eigenen Weg zu gehen.

Abschliessend gilt mein Dank meiner Familie. Während meine Tochter Rosa vorwiegend für Ablenkung gesorgt hat, gab mir Helena den nötigen Rückhalt und stand mir immerzu mit Rat und Tat zur Seite. Ihr und meinen Eltern ist diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Zürich, im März 2019

Inhaltsübersicht

Vorwort	vii
Inhaltsübersicht	ix
Inhaltsverzeichnis	xi
Literaturverzeichnis	xix
Materialienverzeichnis	liii
Abkürzungsverzeichnis	lv
Einleitung	1
A. Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
B. Verwendung empirischer Daten	4
C. Terminologie	4
Erster Teil: Historischer Hintergrund des Waffengleichheitsprinzips im Strafprozess	5
A. Einleitung	7
B. Reformation des Strafprozesses als Grundlage für das moderne Verständnis der «Waffengleichheit»	9
C. Umsetzung der Reformforderung nach einer «Waffengleichheit» in der Schweiz	19
D. Schlussfolgerungen	30
Zweiter Teil: Sinn und Zweck des Waffengleichheitsprinzips im Strafprozess	35
A. Einleitung	37
B. Korrekte Sachverhaltsermittlung	38
C. Achtung der Autonomie der beschuldigten Person	46
D. Legitimation einer strafrechtlichen Entscheidung	54
E. Zusammenfassung	61

Dritter Teil: Bedeutung des Waffengleichheitsprinzips im Strafprozess nach der EMRK	63
A. Einleitung	65
B. Unterschiedliche Bedeutung des Waffengleichheitsprinzips	66
C. Persönlicher Anwendungsbereich	90
D. Substanzieller Nachteil der beschuldigten Person gegenüber der Staatsanwaltschaft	98
E. Relevanz des Waffengleichheitsprinzips im Vorverfahren nach der EMRK	100
F. Zusammenfassung	125
Vierter Teil: Geltung der «Waffengleichheit» im schweizerischen Vorverfahren	129
A. Einleitung	131
B. Konzeption des Strafverfahrens nach dem Ideal des EGMR	134
C. Konzeption des Strafverfahrens in der Schweiz	136
D. Konsequenz der Vorverlagerung des entscheidenden Beweisverfahrens ins Vorverfahren	139
E. Einwand der Objektivität der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren	141
F. Schlussfolgerungen	145
Fünfter Teil: Umsetzung der «Waffengleichheit» im schweizerischen Vorverfahren	149
A. Einleitung	151
B. Recht auf anwaltlichen Beistand	153
C. Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf	180
D. Akteneinsichtsrecht	186
E. Konfrontation mit Belastungszeugen im Vorverfahren	210
F. Recht auf Erhebung des von der Verteidigung beantragten Zeugenbeweises	233
G. Recht auf objektive Begutachtung und Konfrontation mit einer sachverständigen Person	255
Sechster Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	283
A. Zusammenfassung	285
B. Ausblick	289
Stichwortverzeichnis	295

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	vii
Inhaltsübersicht	ix
Inhaltsverzeichnis	xi
Literaturverzeichnis	xix
Materialienverzeichnis	liii
Abkürzungsverzeichnis	lv
Einleitung	1
A. Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
B. Verwendung empirischer Daten	4
C. Terminologie	4
Erster Teil: Historischer Hintergrund des Waffengleichheitsprinzips im Strafprozess	5
A. Einleitung	7
B. Reformation des Strafprozesses als Grundlage für das moderne Verständnis der «Waffengleichheit»	9
I. Institutionelle Trennung zwischen richterlicher und straf- verfolgender Tätigkeit	12
II. Einführung des Instituts der Staatsanwaltschaft in der Schweiz	13
III. Forderung nach einem Gegengewicht zur staatlichen Anklage- vertretung (Prinzip der Waffengleichheit)	16
C. Umsetzung der Reformforderung nach einer «Waffengleichheit» in der Schweiz	19
I. Anwaltlicher Beistand im Vorverfahren	23
II. Mitwirkung der Verteidigung im Vorverfahren	25
III. Befugnisse der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren	26
D. Schlussfolgerungen	30

Zweiter Teil: Sinn und Zweck des Waffengleichheitsprinzips im Strafprozess	35
A. Einleitung	37
B. Korrekte Sachverhaltsermittlung	38
I. Korrekte Sachverhaltsermittlung als Strafverfahrensziel	38
II. Korrekte Sachverhaltsermittlung als Zweck des Waffengleichheitsprinzips	43
C. Achtung der Autonomie der beschuldigten Person	46
I. Achtung der Autonomie als Strafverfahrensziel	46
1. Passive Autonomie	48
2. Aktive Autonomie	50
II. Achtung der Autonomie als Zweck des Waffengleichheitsprinzips	52
D. Legitimation einer strafrechtlichen Entscheidung	54
I. Legitimation der strafrechtlichen Entscheidung als Strafverfahrensziel	55
II. Legitimation der strafrechtlichen Entscheidung als Zweck des Waffengleichheitsprinzips	59
E. Zusammenfassung	61

Dritter Teil: Bedeutung des Waffengleichheitsprinzips im Strafprozess nach der EMRK	63
A. Einleitung	65
B. Unterschiedliche Bedeutung des Waffengleichheitsprinzips	66
I. Formelle Gleichheit bei Rechtsstreitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen	68
1. Im Verhältnis zwischen Individualparteien	68
2. Das Verhältnis einer Individualpartei gegenüber einer staatlichen Behörde	70
3. Fazit	71
II. Materielle Gleichheit zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden	72
1. Ausgangslage	72
2. Verfahrensrechtlicher Ausgleich	74
a) Recht auf anwaltlichen Beistand	77
b) Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf	79
c) Akteneinsichtsrecht	80
d) Das Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen	81

e) Das Recht auf Erhebung des von der Verteidigung beantragten Zeugenbeweises	83
f) Das Recht auf objektive Begutachtung und Konfrontation mit einer sachverständigen Person	85
3. Verhältnis zwischen dem Waffengleichheitsprinzip und den spezifischen Verteidigungsrechten nach Art. 6 EMRK	87
C. Persönlicher Anwendungsbereich	90
I. Verhältnis zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden	91
II. Verhältnis zwischen der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft	94
III. Fazit	97
D. Substanzieller Nachteil der beschuldigten Person gegenüber der Staatsanwaltschaft	98
E. Relevanz des Waffengleichheitsprinzips im Vorverfahren nach der EMRK	100
I. Recht auf anwaltlichen Beistand	101
II. Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf	105
1. Umfang der Orientierung	105
2. Zeitpunkt der Orientierung	107
III. Akteneinsichtsrecht	109
1. Einschränkung der Akteneinsicht	110
2. Zeitpunkt der Akteneinsicht	112
3. Akteneinsicht im Haftprüfungsverfahren	114
IV. Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen	115
V. Recht auf Erhebung des von der Verteidigung beantragten Zeugenbeweises	117
VI. Recht auf objektive Begutachtung und Konfrontation mit einer sachverständigen Person	120
1. Recht auf Objektivität der sachverständigen Person	120
2. Recht auf Konfrontation mit einer sachverständigen Person	121
VII. Die Bedeutung der Ausgestaltung des Strafverfahrens für die «Waffengleichheit» im Vorverfahren	122
F. Zusammenfassung	125

Vierter Teil: Geltung der «Waffengleichheit» im schweizerischen Vorverfahren	129
A. Einleitung	131

B. Konzeption des Strafverfahrens nach dem Ideal des EGMR	134
C. Konzeption des Strafverfahrens in der Schweiz	136
D. Konsequenz der Vorverlagerung des entscheidenden Beweisverfahrens ins Vorverfahren	139
E. Einwand der Objektivität der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren.	141
F. Schlussfolgerungen	145
Fünfter Teil: Umsetzung der «Waffengleichheit» im schweizerischen Vorverfahren	149
A. Einleitung	151
B. Recht auf anwaltlichen Beistand	153
I. «Anwalt der ersten Stunde»	154
1. Gesetzlicher Anspruch	155
2. Ermessen hinsichtlich des Umfangs der Belehrung	156
3. Praktische Umsetzung des Rechts auf einen «Anwalt der ersten Stunde»	157
4. Die Belehrungskompetenz unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»	157
II. Notwendige Verteidigung	158
1. Staatsanwaltschaftliches Ermessen bei der Sicherstellung der notwendigen Verteidigung	159
a) Vorliegen der Voraussetzungen	159
b) Zeitpunkt der Sicherstellung	162
2. Auswirkung des staatsanwaltschaftlichen Ermessens in Bezug auf den Zeitpunkt der Sicherstellung der Verteidigung	165
3. Staatsanwaltschaftliches Ermessen unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»	166
III. Amtliche Verteidigung	166
1. Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung	167
2. Problematische Belehrungskompetenz der Strafverfolgungsbehörden	170
3. Auswirkung der Belehrungskompetenz der Strafverfolgungsbehörden in der Praxis	171
4. Die Belehrungskompetenz unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»	172
IV. Auswahl der amtlichen Verteidigung	173
1. Befugnis zur Auswahl der amtlichen Verteidigung unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»	174

2. Verlagerung der Befugnis zu Auswahl und Widerruf der amtlichen Verteidigung auf die Oberstaatsanwaltschaft	175
V. Vorschläge <i>de lege ferenda</i>	177
1. Anspruchsvoraussetzungen des Rechts auf anwaltlichen Beistand und allfällige Belehrungspflichten	177
2. Auswahl der amtlichen Verteidigung	179
C. Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf	180
I. Regelung in der Bundesverfassung und der StPO	180
1. Umfang der Orientierung	180
2. Zeitlicher Anwendungsbereich	181
II. Das Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»	182
III. Vorschlag <i>de lege ferenda</i>	184
D. Akteneinsichtsrecht	186
I. Strafprozessuale Regelung	186
1. Inhalt des Aktendossiers	186
2. Einschränkung der Akteneinsicht	188
a) Schutz vor Rechtsmissbrauch	190
b) Wahrung von privaten und öffentlichen Geheimhal- tungsinteressen	192
3. Zeitpunkt der Akteneinsicht	192
4. Akteneinsicht im Haftprüfungsverfahren	193
II. Das Akteneinsichtsrecht unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»	193
1. Kompetenz der Strafverfolgungsbehörden zur Auswahl des in die Akten aufzunehmenden Materials	193
a) Polizeiliche Rapportierung entscheidungswesentlicher Umstände	195
b) Beizug von Akten mitbeschuldigter Personen in getrennt geführten Verfahren	197
2. Staatsanwaltschaftliches Ermessen hinsichtlich des Zeitpunkts der Gewährung der Akteneinsicht	200
3. Staatsanwaltschaftliches Ermessen im Rahmen des Haftprüfungsverfahrens	201
a) Gefahr einseitiger Zusammenstellung der Haftakten	202
b) Einschränkung der Einsichtnahme in die Haftakten	203

III.	Vorschläge <i>de lege ferenda</i>	205
1.	Beschwerdemöglichkeit bei begründeter Gefahr einseitiger Aktenbedienung	205
2.	Recht auf Akteneinsichtnahme spätestens nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft	208
E.	Konfrontation mit Belastungszeugen im Vorverfahren	210
I.	Regelung des Konfrontationsrechts im schweizerischen Straf- prozess	211
1.	Verfassungs- und strafprozessuales Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen	211
2.	Einschränkungen des Konfrontationsrechts	213
a)	Verwertung der belastenden Zeugenaussage trotz unter- bliebener Konfrontation	213
b)	Schutzmassnahmen	214
3.	Konfrontation ausschliesslich im Vorverfahren	215
II.	Das Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen im Vorverfahren unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»	217
1.	Gefahr der verfahrensleitenden Stellung der Staatsan- waltschaft bei der Konfrontationseinvernahme	218
a)	Einseitige Durchführung der Konfrontationseinvernahme	218
b)	Suggestive Gesprächsführungstechniken	219
c)	Kompetenz zur Einschränkung des Fragerechts	221
2.	Würdigung der verfahrensleitenden Stellung der Staatsan- waltschaft bei der Konfrontationseinvernahme	222
III.	Vorschläge <i>de lege ferenda</i>	224
1.	Variante 1: Durchsetzbare Konfrontationsmöglichkeit in der Hauptverhandlung	224
2.	Variante 2: Systematische Konfrontation im Unter- suchungsverfahren unter Leitung einer richterlichen Instanz	227
3.	Variante 3: Spezifisch begründbare Konfrontationsein- vernahme vor dem Zwangsmassnahmengengericht	230
F.	Recht auf Erhebung des von der Verteidigung beantragten Zeugenbeweises	233
I.	Ausgestaltung des Beweisantragsrechts im schweizerischen Strafprozess	233

II.	Das Recht auf Ladung und Einvernahme von Zeugen unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»	234
1.	Fehlende Belehrung über das Recht auf Stellung eines Beweisantrags	234
2.	Staatsanwaltschaftliches Ermessen betreffend die Erhebung eines beantragten Zeugenbeweises	235
3.	Restriktive Möglichkeit zur privaten Zeugenbefragung	239
a)	Interessenwahrung der beschuldigten Person	241
b)	Sachliche Notwendigkeit	242
c)	Unzulässige Zeugenbeeinflussung	243
d)	Verbotene Handlung für einen fremden Staat (Art. 271 StGB)	247
III.	Vorschläge <i>de lege ferenda</i>	250
1.	Belehrung über das Recht auf einen Beweisantrag	250
2.	Einschränkung der antizipierten Würdigung eines Beweisantrags durch die Staatsanwaltschaft	250
3.	Effektive Möglichkeit zur selbständigen Befragung von Zeugen durch die Verteidigung	252
G.	Recht auf objektive Begutachtung und Konfrontation mit einer sachverständigen Person	255
I.	Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises in der Schweiz ..	256
1.	Amtliches Gutachten	256
2.	Parteigutachten der Verteidigung	257
II.	Bedeutung des amtlichen Gutachtens in der Praxis	260
III.	Recht auf unbefangene Begutachtung durch eine sachverständige Person	261
IV.	Recht auf Konfrontation mit einer sachverständigen Person ..	264
V.	Die Sachverständigenbegutachtung unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»	266
1.	Auswahl der sachverständigen Person und Bestimmung der abzuklärenden Fragestellung durch die Staatsanwaltschaft ..	267
a)	Auswahl der sachverständigen Person	267
b)	Eingeschränkter Einfluss der Verteidigung auf die Bestimmung gutachterlicher Fragestellungen	268
c)	Würdigung	269

2. Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Ausübung des Konfrontationsrechts	271
a) Beauftragung einer sachverständigen Person als Parteigutachter	273
b) Kosten des Parteigutachtens	273
c) Unzureichende Dokumentation der Exploration	274
VI. Vorschläge <i>de lege ferenda</i>	276
1. Auswahl der sachverständigen Person und Bestimmung der Fragestellung durch eine richterliche Instanz	276
2. Wirksame Möglichkeit, das amtliche Gutachten in der Hauptverhandlung auf die Probe zu stellen	277
a) Kompetenz zur Auswahl sachverständiger Personen bei einer richterlichen Behörde	279
b) Kostenvorschuss für die Ausarbeitung eines Methodikgutachtens	279
c) Anwesenheitsrecht des Privatgutachters an einem Explorationsgespräch, audiovisuelle Aufzeichnung	280
Sechster Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	283
A. Zusammenfassung	285
I. Festgestellte Probleme	286
II. Vorschläge zur Verbesserung	287
B. Ausblick	289
Stichwortverzeichnis	295

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden, wenn nichts anderes angegeben wird, mit Nachnamen des jeweiligen Verfassers bzw. der Verfasser und mit Seitenzahl oder Randziffer/Randnote zitiert.

ACKERMANN JÜRIG-BEAT/SCHÖDLER SARA, Anklage auf Freispruch, *forumpoenale* 2016, 33–38

AESCHLIMANN JÜRIG, Einführung in das Strafprozessrecht, Die neuen bernischen Gesetze, Bern/Stuttgart/Wien 1997

ALBERTINI GIANFRANCO/FEHR BRUNO/VOSER BEAT, Polizeiliche Ermittlungen, Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2008

ALBERTINI GIANFRANCO/VOSER BEAT/ZUBER THOMAS, Entwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung, *Krim* 2007, 53–58

ALBRECHT PETER, Die Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers im Strafverfahren, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), *Handbücher für die Anwaltspraxis*, Bd. VII, Strafverteidigung, Basel 2002, 5–49 (zit. ALBRECHT, Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers)

– Mitwirkungsrechte der Parteien im Strafverfahren aus der Sicht des Richters, *SJZ* 98 (2002), 165–170 (zit. ALBRECHT, Mitwirkungsrechte)

– Was bleibt von der Unmittelbarkeit?, *ZStrR* 2010, 180–196 (zit. ALBRECHT, Unmittelbarkeit)

– Strafrecht ohne Recht?, *ZStrR* 2013, 385–407 (zit. ALBRECHT, Strafrecht)

ALSBERG MAX, *Der Beweisantrag im Strafprozess*, 6. Aufl. (bearbeitet von DALLMEYER JENS/GÜNTGE GEORG-FRIEDRICH/TSAMBIKAKIS MICHAEL), Köln 2013

AMBOS KAI, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte: Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und [Art. 6 EMRK](#), *ZStW* 115 (2003), 583–637

- ANDORNO ROBERTO/DÜWELL MARCUS, Der Menschenwürdebegriff in der Bioethik, in: HILGENDORF ERIC/JOERDEN JAN/THIELE FELIX (Hrsg.), Menschenwürde und Medizin, Berlin 2013, 465–482
- ARQUINT SARARARD, «Anwalt der ersten Stunde?» – Ein Positionspapier, in: SCHINDLER BENJAMIN/SCHLAURI REGULA (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, 175–201
- ARQUINT SARARARD/SUMMERS SARAH, Konfrontationen nur vor dem Gericht, Plädoyer 2/2008, 38–41
- ARZT GUNTHER, Der befangene Strafrichter, Zugleich eine Kritik an der Beschränkung der Befangenheit auf die Parteilichkeit, Tübingen 1969 (zit. ARZT, Befangenheit)
- Verwirkung strafprozessualer Rechte durch den Angeklagten (BGE 114 Ia 348), recht 1991, 27–37 (zit. ARZT, Verwirkung)
 - Grundrechtsverwirkung im Strafverfahren, in: ACKERMANN JÜRG-BEAT/DONATSCH ANDREAS/REHBERG JÖRG (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 633–658 (zit. ARZT, FS Schmid)
- BAHNS RENÉ/BURKERT TIM/GUTHKE KAI/KITLIKOGLU LEFTER/SCHERZBERG THOMAS, Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung, Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen, Berlin 2018
- BARTH TANO, Consultation du dossier pénal par l'avocat à Genève, AJP 2018, 899–904
- BAUMGARTNER PAUL/FINGERHUTH THOMAS, Das Verbot der suggestiven Befragung im Zürcher Strafprozess, in: DONATSCH ANDREAS/FINGERHUTH THOMAS/LIEBER VIKTOR/REHBERG JÖRG/WALDER-RICHLI HANS ULRICH (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2010, 335–345
- BECKERS SIMONE, Das Konfrontationsrecht nach Art. 6(3)(d) EMRK, ZStrR 2015, 420–440
- BERLIN ISAAH, Two Concepts of Liberty, in: HARDY HENRY (Hrsg.), Liberty, Incorporating four essays on Liberty, New York 2002, 166–217
- BERLINGER ADRIAN, Privater Zeugenkontakt des Strafverteidigers, forumpoenale 2012, 82–87 (zit. BERLINGER, forumpoenale 2012)
- Glaubhaftigkeitsbegutachtung im Strafprozess, Beweiseignung und Beweiswert, Diss. Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. BERLINGER, Diss.)

- BERNARD STEPHAN, Sicherheitsgesellschaft und psychiatrische Begutachtungspraxis in Strafverfahren, Jusletter vom 13. Februar 2012 (zit. BERNARD, Jusletter 2012)
- In dubio pro reo?, forumpoenale 2013, 112–117 (zit. BERNARD, In dubio)
 - Amtliche Verteidigung darf nicht zweitklassig sein, Plädoyer 2/2013, 72–75 (zit. BERNARD, Amtliche Verteidigung)
 - Reden ist Silber, Schweigen ist Gold?, forumpoenale Sonderausgabe 2014, 2–36 (zit. BERNARD, Schweigen)
 - Take Care – Fürsorge als Basis der Verteidigung, forumpoenale 2015, 231–236 (zit. BERNARD, Fürsorge)
 - Ungleiches Strafrecht für Alle, ZStrR 2017, 117–144 (zit. BERNARD, Ungleiches Strafrecht)
- BERNARD STEPHAN/STUDER RAFAEL, Psychiatrische Gutachter ohne strafprozessuale Kontrolle?, ZStrR 2015, 76–100 (zit. BERNARD/STUDER, ZStrR 2015)
- Prekäre Unschuld bei Begutachtungen ohne Tat- oder Schuldinterlokut, in: HEER MARIANNE/HABERMAYER ELMAR/BERNARD STEPHAN (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bd. 1, Bern 2016, 1–29 (zit. BERNARD/STUDER, Prekäre Unschuld)
- BIENER FRIEDRICH AUGUST, Abhandlung aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte, Leipzig 1846
- BIGLER ADRIAN/BONIN DURI/GFELLER DIEGO R., Berücksichtigung von drohenden bedingten Strafen im Haftrecht, AJP 2018, 149–154
- BIRKMEYER KARL, Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1898
- BISCHOFF PATRICK, Die Anonymisierung gefährdeter Zeugen im Strafprozess, Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Zürich de lege lata sowie in der Schweiz de lege ferenda, Diss. Zürich/Basel/Genf 2010
- BLACKSTONE WILLIAM, in: COOLEY THOMAS N. (Hrsg.), Commentaries on the Laws of England; in four Books, Bd. II, 3. Aufl., Neudruck, Clark (New Jersey) 2010
- BOLLI HEINRICH, Bemerkungen zur regierungsrätlichen Vorlage an den Grossen Rat betreffend eine Strafprozess-Ordnung für den Kanton Schaffhausen, Beilage II, in: Regierungsrätliche Vorlage an den Grossen Rat, Entwurf vom 30. Oktober 1907, Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen, Schaffhausen 1907, 121–169

- BOMMER FELIX, Öffentlichkeit der Hauptverhandlung zwischen Individualgrundrecht und rechtsstaatlich-demokratischem Strukturprinzip, in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich/Basel/Genf 2002, 671–690 (zit. BOMMER, FS Trechsel)
- Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen?, ZStrR 2003, 172–194 (zit. BOMMER, ZStrR 2003)
 - Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Habil. Bern 2006 (zit. BOMMER, Verletztenrechte)
 - Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, 196–220 (zit. BOMMER, Parteirechte)
 - Über notwendige Verteidigung, in: BOMMER FELIX/BERTI STEPHAN V. (Hrsg.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 - 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. BOMMER, Notwendige Verteidigung)
 - Zur Vereinheitlichung der Behördenorganisation in der Schweizerischen Strafprozessordnung, ZBJV 2014, 231–264 (zit. BOMMER, ZBJV 2014)
 - Privatklägerische Rechte im Strafpunkt, recht 2015, 183–196 (zit. BOMMER, Privatklägerschaft)
 - Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012 (ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen), ZBJV 2016, 261–298 (zit. BOMMER, ZBJV 2016)
- BOVENS MICHAEL/VOUILLAMOZ ROGER, Die strafprozessuale Stellung des naturwissenschaftlichen-technischen Sachverständigen, AJP 2016, 1680–1686
- BRUN MARCEL, Gefahr der Verpolizeilichung des Vorverfahrens, recht 2014, 92–99 (zit. BRUN, Recht 2014)
- Staatsanwaltschaft und Fehlurteilrisiken im Vorverfahren, Diss. Basel 2015 (zit. BRUN, Diss.)
- BRUNNER MATTHIAS, Psychiatrische Begutachtung, Aspekte der Verteidigung, in: HEER MARIANNE/SCHÄBI CHRISTIAN (Hrsg.), Gericht und Expertise, La justice et l'expertise, Bern 2005, 185–203 (zit. BRUNNER, Begutachtung)
- Die Verlässlichkeit von psychiatrischen Gutachten, Aspekte der Verteidigung, in: CAPUS NADJA/BACHER JEAN-LUC (Hrsg.), Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Le système de justice pénal: ambitions et résultats, Bern 2010, 303–314 (zit. BRUNNER, Verlässlichkeit)

- BRUNETTI ELIO, Rolle und Funktion des Strafverteidigers in der Voruntersuchung der Tessiner Strafprozessordnung, in: BAUMGARTNER HANS/SCHUHMACHER RENÉ (Hrsg.), *Ungeliebte Diener des Rechts, Beiträge zur Strafverteidigung in der Schweiz*, Baden-Baden und Zürich 1999, 98–122
- BURGER-MITTNER NICOLE, Die Grenzen des delegierten Ermittlungsauftrags an die Polizei, *forumpoenale* 2016, 90–96
- CAPUS NADJA/ALBRECHT PETER, Die Kompetenz zur Einvernahme im Vorverfahren, *forumpoenale* 2012, 361–367
- CAPUS NADJA/HOHL ZÜRCHER FRANZISKA, Einvernahmeprotokolle: Der Stil beeinflusst die Richter, *Plädoyer* 6/2014, 30–35
- CAPUS NADJA/STOLL MIRJAM/SURI MIRJAM, Protokollstile im institutionellen Kontext, *ZStrR* 2017, 17–47
- CAPUS NADJA/STOLL MIRJAM/VIETH MANUELA, Protokolle von Vernehmungen im Vergleich und Rezeptionswirkung im Strafverfahren, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2014, 225–252
- CARLEN LOUIS, *Rechtsgeschichte der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1988
- CASSANI URSULA, «Pretrial discovery» sur sol suisse et protection pénale de la souveraineté territoriale, *SZW* 1992, 10–19
- CAVEGN CLAUDINE, Das Recht der beschuldigten Person auf Ladung und Befragung von Entlastungszeugen im ordentlichen Strafverfahren, *Diss. Zürich* 2010
- CESAROV MARKO, Bemerkungen zu [BGer 1B_11/2016](#), *forumpoenale* 2016, 325–328
- CHEN ZHUOLI, Der Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person im Schweizerischen Strafprozess, *Diss. Zürich/Basel/Genf* 2014
- CHRISTEN STEFAN, Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung, *Diss. Zürich* 2010 (zit. CHRISTEN, Anwesenheitsrecht)
- Zum Anwesenheitsrecht der Privatklägerschaft im schweizerischen Strafprozessrecht, *ZStrR* 2011, 463–477 (zit. CHRISTEN, Privatklägerschaft)
- CLERC FRANÇOIS, *Initiation à la justice pénale en Suisse, Notions préliminaires et principes directeurs*, Neuenburg 1975

- COHEN EMANUEL, Im Zweifel für die Strafe? Der Umgang mit dem Legalitätsprinzip im materiellen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebotes und des Analogieverbotes, Diss. Zürich/Basel/Genf 2015
- CORBOZ BERNARD, In dubio pro reo, ZBJV 1993, 403–428 (zit. CORBOZ, In dubio pro reo)
- Les infractions en droit suisse, Volume II, 3. Aufl., Bern 2010 (zit. CORBOZ, Infractions, Art. N)
- DELNON VERA/RÜDY BERNHARD, Untersuchungsführung und Strafverteidigung, ZStrR 1989, 43–68 (zit. DELNON/RÜDY, Untersuchungsführung)
- Strafbare Beweisführung, ZStrR 1998, 314–341 (zit. DELNON/RÜDY, Beweisführung)
- DEMKO DANIELA, Das Fragerecht des Angeklagten nach [Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK](#) aus Sicht des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, der schweizerischen sowie der deutschen Rechtsprechung, ZStrR 2004, 416–435 (zit. DEMKO, ZStrR 2004)
- Das «(Un-)Gerechte» am Fair-Trial-Grundsatz nach [Art. 6 Abs. 1 EMRK](#) im Strafverfahren, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HURTADO POZO JOSÉ/QUELOZ NICOLAS (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag am 8. September 2007, Zürich 2007, 351–377 (zit. DEMKO, FS Riklin)
- «Menschenrecht auf Verteidigung» und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, Habil. Bern 2015 (zit. DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung)
- DENNIS IAN, The Law of Evidence, 5. Aufl., London 2013
- DONATSCH ANDREAS, [Art. 271 Ziff. 1 StGB](#) und das Recht auf Befragung von Entlastungszeugen, in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich/Basel/Genf 2002, 587–598 (zit. DONATSCH, FS Trechsel)
- Der Sachverständige im Strafverfahrensrecht, unter besonderer Berücksichtigung seiner Unabhängigkeit sowie des Privatgutachtens, Jusletter vom 14. Mai 2007 (zit. DONATSCH, Jusletter 2007)

- Der amtliche Sachverständige und der Privatgutachter im Züricher Strafprozess, in: DONATSCH ANDREAS/FINGERHUTH THOMAS/LIEBER VIKTOR/REHBERG JÖRG/WALDER-RICHLI HANS ULRICH (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2010, 363–376 (zit. DONATSCH, Sachverständige)
- DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, 158–173 (zit. DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 2008)
- Der Anspruch auf einen Anwalt zu Beginn der Strafuntersuchung, forum-poenale 2009, 104–109 (zit. DONATSCH/CAVEGN, forum-poenale 2009)
- DONATSCH ANDREAS/FREI MIRJAM, Sühne ohne Schuld? Strafrechtliche Haftung bei unsicherer Rechts- und Sachlage, ZStrR 2009, 40–50
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. StPO Kommentar-BEARBEITER/IN, Art. N)
- DONATSCH ANDREAS/SCHMID NIKLAUS (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2007 (zit. StPO-ZH Kommentar-BEARBEITER/IN)
- DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG/THOMMEN MARC, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017
- DONATSCH ANDREAS/ZUBERBÜHLER SIMONE, Die Nutzung von Expertenwissen im Strafverfahren – am Beispiel des Strafprozessrechts des Kantons Zürich sowie des Entwurfs für eine eidgenössische Strafprozessordnung, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HURTADO POZO JOSÉ/QUELOZ NICOLAS (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag am 8. September 2007, Zürich 2007, 337–349
- DORER MAX, Der Verteidiger in Strafsachen, Bern 1943
- DROESE LORENZ, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss. Zürich/Basel/Genf 2008
- DUBBER MARKUS DIRK, The Criminal Trial and the Legitimation of Punishment, in: DUFF ANTONY/FARMER LINDSAY/MARSHALL SANDRA/TADROS VICTOR (Hrsg.), Trial on Trial, Volume 1, Truth and Due Process, Oxford und Portland (Oregon) 2004, 85–100

- DUFF ANTONY, *Trials and Punishments*, Cambridge 1986 (zit. DUFF, *Trials*)
- *Answering for Crime, Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Neudruck, Oxford 2009 (zit. DUFF, *Answering for Crime*)
 - *Perversions and Subversions of Criminal Law*, in: DUFF ANTONY/FARMER LINDSAY/MARSHALL SANDRA/RENZO MASSIMO/TADROS VICTOR (Hrsg.), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford/New York 2010 (zit. DUFF, *Perversions and Subversions*)
- DUFF ANTONY/FARMER LINDSAY/MARSHALL SANDRA/TADROS VICTOR, *Introduction*, in: DUFF ANTONY/FARMER LINDSAY/MARSHALL SANDRA/TADROS VICTOR (Hrsg.), *Trial on Trial, Volume 1, Truth and Due Process*, Oxford und Portland (Oregon) 2004 (zit. DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *Trial on Trial 1*)
- *The Trial on Trial, Volume 3, Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford und Portland (Oregon) 2007 (zit. DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *Trial on Trial 3*)
- DUBS HANS, *Behördenorganisation in der Strafrechtspflege*, in: *Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Aargauischen Juristenvereins*, Aarau 1961, 1–30
- ECHLE REGULA, *Waffengleichheit im Adhäsionsprozess? – Die Sicht des Beschuldigten*, *forumpoenale* 2018, 412–417 (zit. ECHLE, *forumpoenale* 2018)
- *Die Adhäsionsklage nach der Schweizerischen Strafprozessordnung und der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren*, *Diss. Zürich/St. Gallen* 2019 (zit. ECHLE, *Diss.*)
- EGE GIAN, *Der Affekt im schweizerischen Strafrecht, Die Berücksichtigung von heftigen Gemütsbewegungen im Allgemeinen und Besonderen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuch*, *Diss. Zürich/Basel/Genf* 2017
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 1–93, 3. Aufl.*, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. *BV Kommentar-BEARBEITER/IN, Art. N*)
- ERNI LORENZ, *Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum „Anwalt der ersten Stunde“*, *ZStrR* 2007, 229–241 (zit. ERNI, *Anwalt der ersten Stunde*)
- *Unabhängigkeit der Strafverteidigung*, *forumpoenale* 2018, 280–285 (zit. ERNI, *Unabhängigkeit der Strafverteidigung*)
- ESER ALBIN, *Funktionswandel von Prozessmaximen: Auf dem Weg zur „Reprivatisierung“ des Strafrechts?* *ZStW* 1992 (104), 361–397
- ESSER ROBERT, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, Berlin 2002

- FARMER LINDSAY, *The Obsession with Definition: The Nature of Crime and Critical Legal Theory*, *Social and Legal Studies*, 1996 (5), 57–73 (zit. FARMER, *Definition*)
- *Making the Modern Criminal Law, Criminalization and Civil Order*, Oxford 2016 (zit. FARMER, *Criminalization*)
- FEDOROVA MARIA IGOREVNA, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, Cambridge 2012
- FELLMANN WALTER, Kommentar zu [Art. 12 BGFA](#), in: FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ G. (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit. FELLMANN, *BGFA Kommentar, Art. N*)
- *Anwaltsrecht*, 2. Aufl., Bern 2017 (zit. FELLMANN, *Anwaltsrecht*)
- FINK STEFAN, *Private Zeugenbefragung im Zivilprozess*, Diss. Zürich/Basel/Genf 2015
- FORSTER MARC, *Kettentheorie der strafprozessualen Beweiswürdigung, "In dubio pro reo" vor Bundesgericht – Zum Prüfungsprogramm bei der Rüge willkürlicher Beweiswürdigung*, *ZStR* 1997, 61–85 (zit. FORSTER, *Kettentheorie*)
- *Rechtsschutz bei strafprozessualer Haft*, *SJZ* 1998, 35–41 (zit. FORSTER, *Haft*)
- FOUCAULT MICHEL, *Überwachen und Strafen*, 19. Aufl., Frankfurt am Main 2014
- FRANK FRIEDRICH, *Zur Verteidigung im Verwaltungsstrafverfahren*, *AJP* 2012, 1266–1280
- FRITZSCHE HANS, *Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich, Zur Erinnerung an die Regeneration von 1831 im Auftrag des Obergerichts*, Zürich 1931
- FROWEIN JOCHEN A./PEUKERT WOLFGANG (Hrsg.), *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 3. Aufl., Berlin 2009 (zit. EMRK *Kommentar-BEARBEITER/IN, Art. N*)
- FULLER LON L., *The Morality of Law*, Revised Edition, New Haven und London 1964
- GÄCHTER THOMAS, *Der Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Ein Beitrag zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht*, Habil. Zürich/Basel/Genf 2005
- GADAMER HANS-GEORG, *Gesammelte Werke, Bd. I, Hermeneutik, Wahrheit und Methode*, Tübingen 1986

- GAEDE KARSTEN, Fairness als Teilhabe – das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss [Art. 6 EMRK](#), Diss. Berlin 2007
- GALEAZZI CHRISTINA, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Diss. Zürich/Basel/Genf 2016
- GARBIEC PAULINA, Le recours à une expertise privée dans le cadre d'une procédure pénale: un risque accru d'erreurs judiciaires? Jusletter vom 10. August 2015
- GEPPERT KLAUS, Der Grundsatz Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, Berlin/New York, 1979
- GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf-, und Sozialversicherungsprozess, AJP 2005, 73–81
- GLASER JULIUS, Handbuch des Strafprozesses, Bd. I, Leipzig 1883
- GLESS SABINE, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2015
- GLOY KAREN, Wahrheitstheorien, Eine Einführung, Tübingen/Basel 2004
- GODENZI GUNHILD, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Eine Studie zu strafprozessualen Beweisverboten im schweizerischen und deutschen Recht, Diss. Zürich/Basel/Genf 2008
- GOLDSCHMID PETER, Das Zwangsmassnahmengericht, *forum* 2011, 37–42
- GOLLWITZER WALTER, Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und IPBPR Kommentar, Berlin 2005 (zit. GOLLWITZER, Art. N)
- GOSSEWEILER MARC, Richterliche Unabhängigkeit und Gewaltentrennung im Bund und Kantonen, Diss. Bern 1951
- GRABENWARTER CHRISTOPH, European Convention on Human Rights, Commentary, München 2014 (zit. GRABENWARTER, Art. N)
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München 2016
- GRAF DAMIAN K., Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, *GesKR* 2016, 169–185
- GRAF ZU DOHNA ALEXANDER, Das Strafprozessrecht, 3. Aufl., Berlin 1929
- GRETER JEAN-PIERRE, Die Akteneinsicht im Schweizerischen Strafverfahren, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012

GRISEBACH KLAUS, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im deutschen und schweizerischen Strafprozessrecht, Diss. Freiburg im Breisgau 1979

GUIDON PATRICK, Die Beschwerde gemäss Schweizer Strafprozessordnung, Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Beschwerde nach dem Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. GUIDON, Diss.)

– Von Angesicht zu Angesicht, NZZ Nr. 84 vom 13.04.2015, 21 (zit. GUIDON, NZZ)

GUT MATTHIAS, Grundsätze und Ablauf des ordentlichen erstinstanzlichen Verfahrens der Schaffhauser Strafprozessordnung, Diss. Zürich 1991

HAAS HENRIETTE/ILL CHRISTOPH, Gesprächsführungstechniken in der Einvernahme, *forum* poenale Sonderausgabe 2013, 2–27

HABERMAS JÜRGEN, Rationalitäts- und Sprachtheorie, Philosophische Texte, Bd. 2, Frankfurt am Main 2009

HABERMEYER ELMAR, Parteigutachten: Die Sicht des forensisch-psychiatrischen Sachverständigen, in: HEER MARIANNE/HABERMEYER ELMAR/BERNARD STEPHAN (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bd. 1, Bern 2016, 67–75

HÄCKER ROLF/SCHWARZ VOLKER/TREUER WOLF-DIETER/BENDER ROLF/NACK ARMIN, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl., München 2014

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016

HAFTER PETER, Aussagepsychologie im Zivilprozess aus der Sicht des Anwaltes, in: LUDEWIG REVITAL/BAUMER SONJA/TAVOR DAPHNA (Hrsg.), Aussagepsychologie für die Rechtspraxis, «Zwischen Wahrheit und Lüge», Zürich/St. Gallen 2017, 321–354

HANSJAKOB THOMAS, Bemerkungen zu [BGer 6B_627/2011](#), *forum* poenale 2013, 352–354 (zit. HANSJAKOB, *forum* poenale 2013)

– Der Umgang mit Opfern im Strafverfahren, Unter Berücksichtigung aussagepsychologischer Erkenntnisse, in: LUDEWIG REVITAL/BAUMER SONJA/TAVOR DAPHNA (Hrsg.), Aussagepsychologie für die Rechtspraxis, «Zwischen Wahrheit und Lüge», Zürich/St. Gallen 2017, 161–182 (zit. HANSJAKOB, Aussagepsychologie)

- HARARI MAURICE, Quelques réflexions autour du droit du prévenu à la présence de son conseil, in: PFISTER-LIECHTI RENATE (Hrsg.), La procédure pénale fédérale, Bern 2010, 79–93
- HART HERBERT LIONEL ADOLPHUS, Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law, Oxford 1968
- HASSEMER WINFRIED, Unverfügbares im Strafprozess, in: KAUFMANN ARTHUR/MESTMÄCHER ERNST-JOACHIM/ZACHER HANS F. (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1988, 183–204 (zit. HASSEMER, FS Maihofer)
- Human Dignity in the Criminal Process: The Example of Truth Finding, Israel Law Review 2011 (1–2), 185–198 (zit. HASSEMER, Truth)
- HAURI CORINNA/STÖCKLI CORINNE, Prozessrecht: Gerichte tun sich schwer damit, Plädoyer 2/2011, 26–27
- HAUSER ROBERT, Zur Teilnahme der Parteien in der Voruntersuchung, SJZ 71 (1975), 341–351 (zit. HAUSER, SJZ 1975)
- Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren, Landesbericht der Schweiz, Revue Internationale de Droit Pénal 1978 (49), Bd. II, 356–370 (zit. HAUSER, Landesbericht)
- Zum Prinzip der Unmittelbarkeit, ZStrR 1981, 168–178 (zit. HAUSER, Unmittelbarkeit)
- Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Basel 1984 (zit. HAUSER, Lehrbuch)
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/LIEBER VIKTOR, GOG Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § N)
- HEER MARIANNE, Die psychiatrische Begutachtung unter dem Einfluss des Strafprozessrechts, in: HEER MARIANNE/HEIMGATNER STEFAN/NIGGLI MARCEL ALEXANDER/THOMMEN MARC (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 177–205 (zit. HEER, FS Wiprächtiger)

- Zum Problem des unvollständigen Sachverhalts im Zusammenhang mit aussagepsychologischen Gutachten, in: HEER MARIANNE/HABERMEYER ELMAR/BERNARD STEPHAN (Hrsg.), *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, Band 1, Bern 2016, 101–108 (zit. HEER, *Aussagepsychologische Gutachten*)
- HEIMGARTNER STEFAN, *Amtliche Mandate im Vorverfahren - Zürcher Praxis, forumpoenale* 2012, 167–174 (zit. HEIMGARTNER, *Amtliche Mandate*)
- Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht, *AJP* 2016, 3–13 (zit. HEIMGARTNER, *Methodik*)
- HEIMGARTNER STEFAN/HARB BEDA, *Amtliche Mandate Leitfaden*, 3. Aufl., Zürich 2016
- HELFENSTEIN MARC, *Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess*, Diss. Zürich 1978
- HÉLIE FAUSTIN, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Bd. IV, *De l'instruction écrite*, 2. Aufl., Paris 1866
- HENKEL HEINRICH, *Strafverfahrensrecht*, 1. Aufl., Stuttgart/Köln 1953
- HEUSS ROBERT, *Das Ermittlungsverfahren nach der Basler Strafprozessordnung unter besonderer Berücksichtigung der Behördenorganisation*, Diss. Basel 1980
- HOHLER CHRISTOPH, *Grenzen der Verteidigung*, *forumpoenale* 2009, 296–300
- HO HOCK LAI, *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford 2008 (zit. Ho, *Evidence*)
- Book Review: Duff, Farmer, Marshall and Tadros, *The Trial on Trial* (Vol. 3): *Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, *International Commentary on Evidence* 2008 (6), Article 3, 1–5 (zit. Ho, *Review*)
- *Liberalism and the Criminal Trial*, *Singapore Journal of Legal Studies* 2010, 87–106 (zit. Ho, *Liberalism*)
- HÖRNLE TATJANA, *Theories of Criminalization*, in: DUBBER MARKUS DIRK/HÖRNLE TATJANA (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford 2015, 679–701
- HÜRLIMANN CORNELIA, *Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, Unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung*, Diss. Zürich/Basel/Genf 2006

- HUG MARKUS, Zur Vorbereitung von Konfrontationseinvernahmen aus der Sicht des Strafverteidigers, in: DONATSCH ANDREAS/FINGERHUTH THOMAS/LIEBER VIKTOR/REHBERG JÖRG/WALDER-RICHLI HANS ULRICH (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2010, 387–405 (zit. HUG, Konfrontationseinvernahme)
- Bemerkungen zu [BGer 1B_412/2016](#), *forumpoenale* 2017, 402–409 (zit. HUG, *forumpoenale* 2017)
- IGNOR ALEXANDER, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland, 1532–1846, Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz, Habil. Paderborn/München/Wien/Zürich 2002
- ILIEV PATRICK/WEHRENBURG STEFAN, Die Gebotenheit des amtlichen Verteidigers als Anwalt der ersten Stunde, *Jusletter* vom 11. Januar 2016
- ILL CHRISTOPH, Kommentar zu [Art. 142–51](#) und [156–181 StPO](#), in: GOLDSCHMID PETER/MAURER THOMAS/SOLLBERG JÜRIG (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008
- ISENRING BERNHARD/MÜLLER RAHEL, Kommunikation zwischen Verteidigung und Gutachter im Strafprozess, *AJP* 2016, 1334–1342
- ITEN BERTA, Studien zum zugerischen Strafprozess und seiner Reform, Diss. Zug 1939
- JAAG TOBIAS, Die Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung, in: GAUCH PETER/THÜRER DANIEL (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich 2002, 25–53
- JACKSON JOHN, Managing Uncertainty and Finality: The Function of the Criminal Trial in Legal Inquiry, in: DUFF ANTONY/FARMER LINDSAY/MARSHALL SANDRA/TADROS VICTOR (Hrsg.), *Trial on Trial, Volume 1, Truth and Due Process*, Oxford und Portland (Oregon) 2004, 121–145 (zit. JACKSON, Uncertainty)
- The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Process: Towards Convergence, Divergence or Realignment? *Modern Law Review* 68 (2005), 737–764 (zit. JACKSON, *Modern Law Review* 2005)
- Re-conceptualizing the right of silence as an effective fair trial standard, *International & Comparative Law Quarterly* 2009 (58), 835–861 (zit. JACKSON, Re-conceptualizing)
- JACKSON JOHN/SUMMERS SARAH, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge 2012 (zit. JACKSON/SUMMERS, *Internationalisation of Criminal Evidence*)

- Seeking Core Fair Trial Standards across National Boundaries: Judicial Impartiality, the Prosecutorial Role and the Right to Counsel, in: JACKSON JOHN/SUMMERS SARAH (Hrsg.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings*, Oxford und Portland (Oregon) 2018, 99–125 (zit. JACKSON/SUMMERS, Fair Trial Standards)
- JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Informationsgefälle und Waffengleichheit, in: ACKERMANN JÜRG-BEAT/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), *Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis*, Zürich 2008, 139–175
- JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, *Précis de procédure pénal*, 2. Aufl., Bern 2018
- JEKER KONRAD, Bemerkungen zu [BGer 1B_314/2015](#), *forumpoenale* 2016, 78–82
- JEKER KONRAD/DROLL CAMILL, Zum Anspruch auf wirksame Verteidigung – Besprechung von [BGE 143 I 164](#), *forumpoenale* 2018, 213–219
- JOSITSCH DANIEL, Beweisbare Wahrheit als Ziel des Anwalts, *Plädoyer* 3/2001, 39–48
- JOSITSCH DANIEL/EGE GIAN/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen*, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018
- JUNG THOMAS, *Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess*, Diss. Erlangen 1990
- KÁDÁR ANDRÁS/TÓTH BALÁZS/VAVRÓ ISTVÁN, Without Defense, Recommendations for the Reform of the Hungarian Ex Officio Appointment System in Criminal Matters, Budapest 2007
- KÄßER WOLFGANG, *Wahrheitserforschung im Strafprozess, Methoden der Sachverhaltsaufklärung*, Berlin 1974
- KANT IMMANUEL, *Schriften von 1783–1788*, in: BUCHENAU ARTUR/CASSIRER ERNST (Hrsg.), *Immanuel Kants Werke*, Bd. IV, Berlin 1922
- KAUFMANN ARIANE, *Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Diss. Zürich/Basel/Genf 2013
- KEBBELL MARK R./JOHNSON SHANE D., Lawyers' Questioning: The Effect of Confusing Questions on Witness Confidence and Accuracy, *Law and Human Behaviour* 2000, 629–641
- KELLER ANDREAS J., Strafverfahren des Bundes, Praxis der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zu Verfahrensfragen, *AJP* 2007, 197–213 (zit. KELLER, Beschwerde)

- Die neue schweizerische StPO: Formalisierung und Effizienz – bleibt die materielle Wahrheit auf der Strecke?, ZStrR 2011, 229–257 (zit. KELLER, StPO)
- KISS-PETER CHRISTINA, Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft, Basel/Frankfurt am Main 1993
- KISSLING ROBERT, Die Staatsanwaltschaft im solothurnischen Recht, Diss. Bern 1931
- KIENER REGINA/CUPA BASIL, Hybrider Status – relative Unabhängigkeit? Zur institutionellen Stellung der Staatsanwaltschaft, in: CAVALLO ANGELO/HIESTAND ELIANE/BLOCHER FELIX/ARNOLD IRENE/KÄSER BEATRICE/CASPAR MILENA/IVIC INGO (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2012, 395–416
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KIENER REGINA/KRÜSI MELANIE, Die Unabhängigkeit von Gerichtssachverständigen, ZSR 2006 I, 487–513
- KINTZI HEINRICH, Staatsanwaltschaft – objektive Behörde und Anwalt des Staates, DRiZ 1987, 457–464
- KLEMM ADRIAN, Die Befragung von Zeugen im Strafprozess, AJP 2000, 1377–1383
- KNECHT MAX, Das Institut der Staatsanwaltschaft nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1914
- KOCH HANNJÖRG, Zu den Rahmenbedingungen gutachterlicher Aufgaben im versicherungsmedizinischen Kontext, SZS 2016, 270–286
- KOHLBACHER URSULA, Verteidigung und Verteidigungsrechte unter dem Aspekt der „Waffengleichheit“, Diss. Zürich 1979
- KOHLMANN GÜNTER, Waffengleichheit im Strafprozess, in: JÜRGEN BAUMANN/KLAUS TIEDEMANN (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, 311–321
- KRAUSBECK MATTHIAS, Konfrontative Zeugenbefragung, Vorgaben des [Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK](#) für das deutsche Strafverfahren, Diss. Tübingen 2010
- KRAUSS DETLEF, Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess, in: GRÜNWALD GERALD/MIEHE OLAF/RUDOLPHI HANS-JOACHIM/SCHREIBER HANS-LUDWIG (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen 1975, 411–431 (zit. KRAUSS, FS Schaffstein)

- Zur Reform der baselstädtischen Strafprozessordnung, in: MÜLLER GEORG/EICHENBERGER KURT, Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, 757–772 (zit. KRAUSS, Reform)
 - Der Umfang der Straftakte, BJM 1983, 49–64 (zit. KRAUSS, Straftakte)
 - Rechtsstaat und Strafprozess im Vergleich, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht, Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, 171–200 (zit. KRAUSS, Rechtsstaat)
 - Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren – 1. Teil, recht 1986, 73–87 (zit. KRAUSS, Unmittelbarkeit I)
 - Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren – 2. Teil, recht 1987, 42–59 (zit. KRAUSS, Unmittelbarkeit II)
 - Schuld im Strafrecht, Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?, Antrittsvorlesung 3. Juni 1992 Humboldt-Universität zu Berlin Fachbereich Rechtswissenschaft, publiziert: <https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/2238/Krauss.pdf>, 1–22 (zit. KRAUSS, Schuld)
 - Strafverteidigung – wohin? recht 1999, 117–125 (zit. KRAUSS, Strafverteidigung)
- KUHN ANDRÉ/JEANNERET YVAN (Hrsg.), Code de procédure pénal suisse, Commentaire Rommand, Basel 2011, (zit. CR CPP-BEARBEITER/IN)
- KÜHNE STEFAN, Ausgewählte Probleme verdeckter Fahndung und (Vor-)Ermittlung nach StPO und kantonaler Polizeigesetzgebung, recht 2016, 112–122
- KUNZ KARL-LUDWIG, Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels, ZStW 2009 (121), 572–606 (zit. KUNZ, Tatbeweis)
- Zur Herstellung des strafrechtlichen Schuld- oder Freispruchs, ZStrR 2014, 47–60 (zit. KUNZ, Schuld)
- KUNZ KARL-LUDWIG/HAAS HENRIETTE, Zusammenhänge der strafgerichtlichen Entscheidungsfindung, Eine empirische Studie in drei Ländern, MSchr-Krim 2012, 158–183
- LAUBE VIKTOR, Zu Tendenzen der schnellen Verfahrenserledigung, Das abgekürzte Verfahren gemäss Art. 358-362 der eidgenössischen Strafprozessordnung im Zuge des Beschleunigungsgebotes, Lösungsansätze mittels strafprozessualer Sphärentheorie, Beachtung formaler Verfahrensgerechtigkeit und Betonung der verfahrensleitenden Filterfunktion, Diss. Zürich/Basel/Genf 2016

- LERCH EMIL, Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit im Verfahren vor den luzernischen Strafgerichten, ZStrR 1954, 355–365
- LIEBER VIKTOR, Bemerkungen zu BStrGer BB.2013.131, forumpoenale 2015, 74–77
- LOFTUS ELIZABETH F., Leading Questions and the Eyewitness Report, Cognitive Psychology 1975, 560–572
- LOFTUS ELIZABETH F./LOFTUS GEOFFREY R./MESSO JANE, Some Facts About „Weapon Focus“, Law and Human Behaviour 1987, Vol. 11/1, 55–62
- LOFTUS ELIZABETH F./PALMER JOHN C., Reconstruction of Automobile Destruction: An Example of the Interaction Between Language and Memory, Journal of verbal Learning and verbal Behaviour 1974, 13/5, 585–589
- LUDEWIG REVITAL/TAVOR DAPHNA/BAUMER SONJA, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen? AJP 2011, 1415–1435 (zit. LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, AJP 2011)
- LUDEWIG REVITAL/BAUMER SONJA/TAVOR DAPHNA, Einführung in die Aussagepsychologie – Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern und Staatsanwälten helfen? in: LUDEWIG REVITAL/BAUMER SONJA/TAVOR DAPHNA (Hrsg.), Aussagepsychologie für die Rechtspraxis, «Zwischen Wahrheit und Lüge», Zürich/St. Gallen 2017, 17–118 (zit. LUDEWIG/BAUMER/TAVOR, Aussagepsychologie)
- LUHMANN NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993 (zit. LUHMANN, Gesellschaft)
- Legitimation durch Verfahren, 9. Aufl., Frankfurt am Main 2013 (zit. LUHMANN, Legitimation)
- LÜTHI WERNER, Die schweizerische Bundesanwaltschaft, Diss. Bern 1923 (zit. LÜTHI, Bundesanwaltschaft)
- Das Kriminalgerichtswesen der Helvetischen Republik im Jahre 1798, Bern 1931 (zit. LÜTHI, Kriminalgerichtswesen)
- Die Gesetzgebung der Helvetischen Republik über die Strafrechtspflege, Bern 1938 (zit. LÜTHI, Gesetzgebung)
- MAAS SALLY, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit in der Reichsstrafprozessordnung, Breslau 1907
- MAHLMANN MATTHIAS, Human Dignity and Autonomy in modern Constitutional Orders, in: ROSENFELD MICHEL/SAJÓ ANDRÁS (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, 370–396 (zit. MAHLMANN, Human Dignity)

- Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, *AJP* 2013, 1307–1320 (zit. MAHLMANN, *AJP* 2013)
- The Good Sense of Dignity, in: MCCRUDDEN CHRISTOPHER (Hrsg.), *Understanding Human Dignity*, Oxford 2013, 593–614 (zit. MAHLMANN, *Good Sense of Dignity*)
- Theorie und Verfahren, in: BREITSCHMID PETER/JENT-SØRENSEN INGRID/SCHMID HANS/SOGO MIGUEL, *Tatsachen Verfahren Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, 437–447 (zit. MAHLMANN, *Verfahren*)
- Konkrete Gerechtigkeit, Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart, 4. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit. MAHLMANN, *Gerechtigkeit*)
- MARTI-SCHREIER, *Parteibefragung und Beweisaussage unter der Verhandlungsmaxime*, *AJP* 2017, 439–452
- MAURER HANS, *Der befangene Staatsanwalt nach Art. 56 lit. f StPO*, in: CAVALLLO ANGELO/HIESTAND ELIANE/BLOCHER FELIX/ARNOLD IRENE/KÄSER BEATRICE/CASPAR MILENA/IVIC INGO (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich/Basel/Genf 2012, 455–485
- MC GOUGH YOLANDA, *Verbotene Handlung für einen fremden Staat*, Diss. Zürich/Basel/Genf 2018
- MCCRUDDEN CHRISTOPHER, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, *The European Journal of International Law* 2008, 655–724
- MELUNOVIC KENAD, *Das Erfordernis von audiovisuellen Aufzeichnungen im Strafverfahren als Ausfluss des Gebots des bestmöglichen Beweismittels*, *AJP* 2016, 596–606
- METTLER CHRISTOPH, *In dubio pro reo – ein Grundsatz im Zweifel*, *AJP* 1999, 1107–1111 (zit. METTLER, *In dubio pro reo*)
- *Staatsanwaltschaft, Position innerhalb der Gewaltentrias, Funktion im Strafprozess und aufsichtsrechtliche Situation sowie ein Vorschlag zur Neuordnung*, Diss. Basel/Genf/München 2000 (zit. METTLER, *Staatsanwaltschaft*)
- MEYER CARL, *Kritische und vergleichende Darstellung der Strafverfolgung und Voruntersuchung nach den kantonalen Gerichtsorganisationen und Strafprozessordnungen*, Zürich 1897 (zit. MEYER, *Strafverfolgung*)
- MEYER FRANK, *Kommentierung zu Art. 6 EMRK*, in: KARPENSTEIN, ULRICH/MAYER FRANZ C. (Hrsg.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar*, 2. Aufl., München 2015 (zit. MEYER, *EMRK-Kommentar, Art. 6 N*)

- MEYER FRANK/WIĘCKOWSKA MARTA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2015, *forum* 2016, 376–387
- MEYER JÜRGEN, Dialektik im Strafprozess, eine Untersuchung der Spannungen im Strafprozess unter besonderer Berücksichtigung der dialektischen Gewinnung der Strafurteile im Kräftefeld der Schlussanträge, Tübingen 1964 (zit. MEYER, Dialektik)
- MILL JOHN STUART, On Liberty, in: GRAY JOHN (Hrsg.), On Liberty and Other Essays, Oxford 1991
- MITTERMAIER CARL JOSEPH ANTON, Theorie des Beweises im Peinlichen Prozesse nach den gemeinen positiven Gesetzen und den Bestimmungen der französischen Criminalgesetzgebung, Erster Theil, Darmstadt 1821 (zit. MITTERMAIER, Theorie des Beweises)
- Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts-Gebrauch und Particular-Gesetzbücher, Bd. I, Heidelberg 1845 (zit. MITTERMAIER, Strafverfahren)
 - Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, Erlangen 1856 (zit. MITTERMAIER, Gesetzgebung und Rechtsübung)
 - Der Grundsatz der Gleichheit der Waffen der Anklage und der Verteidigung im Strafverfahren mit Beziehung auf die Schrift: le ministère public et le barreau, StRZ 1861 (zit. MITTERMAIER, StRZ 1861)
- MOREILLON LAURENT/PAREIN-REYMOND AUDE, Code de procédure pénal, Petit commentaire, 2. Aufl., Basel 2016
- MÜLLER EGON, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, NJW 24 (1976), 1063–1067 (zit. MÜLLER, Waffengleichheit)
- MÜLLER HANSRUEDI, Verteidigung und Verteidiger im System des Strafverfahrens, Diss. Zürich 1975 (zit. MÜLLER, Diss.)
- Der Verteidiger in der zürcherischen Strafverteidigung, ZStrR 1979, 167–209 (zit. MÜLLER, ZStrR 1979)
 - Die Grenzen der Verteidigungstätigkeit, ZStrR 1996, 176–199 (zit. MÜLLER, ZStrR 1996)
 - Die Anfänge der Züricher Staatsanwaltschaft, in: DONATSCH ANDREAS/GOSSNER PASCAL/MAURER HANS/WIEDERKEHR CLAUDIA, Liber amicorum für Ulrich Weder, Zürich 2016, 147–153 (zit. MÜLLER, Staatsanwaltschaft)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZSR 94 (1975) I, 373–405 (zit. MÜLLER, EMRK)

- Die Kunst des Richtens, in: BREITENMOSER STEPHAN/EHRENZELLER BERNHARD/SASSÒLI MARCO/SOFFEL WALTER/WAGNER PFEIFER BEATRICE (Hrsg.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich/St. Gallen 2007, 1449–1468 (zit. MÜLLER, Kunst)
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER-HASLER ELISABETH, *Die Verteidigungsrechte im zürcherischen Strafprozess, insbesondere deren zeitlicher Geltungsbereich, unter dem Aspekt des fairen Verfahrens*, Diss. Zürich 1998
- NÄPFLI PHILIPP, *Das Protokoll im Strafprozess, Unter Berücksichtigung des Entwurfs zur Schweizerischen Strafprozessordnung und der Züricher Strafprozessordnung*, Diss. Visp 2007
- NAY GIUSEP, *Freie Beweiswürdigung und in dubio pro reo*, ZStrR 1996, 87–101
- NEDOPIL NORBERT/DITTMANN VOLKER/KIESEWETTER MARTIN, *Qualitätsanforderungen an psychiatrische Gutachten*, ZStrR 2005, 127–143
- NEUMANN SARAH, *Der gerichtliche Zweikampf*, Diss. Ostfildern 2010
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Strafrecht II. Art. 137-392 StGB*. Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB II-BEARBEITER/IN, Art. N)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Art. 1-195 StPO*, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO I-BEARBEITER/IN, Art. N)
- *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Art. 196-457 StPO, Art. 1-54 JStPO*, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO II-BEARBEITER/IN, Art. N)
- NINCK MATHIAS/NUSSBAUMER HANNES, *Beruf: Recht haben, Warum sind Richter allergisch auf Gerechtigkeit? Wie finden Sie die Wahrheit? Bundesrichter Niklaus Oberholzer im Interview*, *Das Magazin*, Nr. 38/2012, 22. September 2012, 20–30
- NOLL ANDREAS, *Das Recht des Beschuldigten zur Teilnahme an Einvernahmen, Geltungsbereich, Anforderungen an die Verfahrensgestaltung und Rechtsfolgen seiner Verletzung*, Bern 2013 (zit. NOLL, Teilnahmerecht)
- NOLL THOMAS, *Rückfallgefahr bei Gewalt- und Sexualstraftäter, Statistisches Risk-Assessment*, 2. Aufl., Diss. Bern 2012 (zit. NOLL, Rückfallgefahr)

- Die Schuldfähigkeit aus psychiatrisch-psychologischer Sicht, ZStrR 2017, 61–80 (zit. NOLL, Schuldfähigkeit)
- NOLL PETER, Die Strafverteidigung und das Disziplinarrecht der Rechtsanwälte, ZStrR 1981, 179–188 (zit. NOLL, ZStrR 1981)
- NOTTARP HERMANN, Gottesurteilstudien, München 1956
- OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012 (zit. OBERHOLZER, Grundzüge)
- Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung aus der Perspektive der Justiz in: HEER MARIANNE/HABERMEYER ELMAR/BERNARD STEPHAN (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bd. 1, Bern 2016, 43–55 (zit. OBERHOLZER, Begutachtung)
- OMLIN ESTHER, Strafverteidigung – Grenzen der Wahrung von Pateiinteressen, Anwaltsrevue 2/2009, 74–78
- OTT DOMINIQUE, Der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012
- OUTRY JOSEF, Verletzung schweizerischer Gebietshoheit durch verbotene Handlungen für einen fremden Staat, Diss. Zürich 1951
- PEDRAZZI FRANCESCA, L'expertise privée au regard du CPP, Jusletter vom 25. August 2014
- PELLET MARC, La liberté d'appréciation du juge face au psychiatre, ZStrR 2004, 225–233
- PETERS KARL, Fehlerquellen im Strafprozess, eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, Karlsruhe 1972
- PFENNINGER HANS FELIX, Die zürcherische Strafprozessreform, ZStrR 1919, 340–385 (zit. PFENNINGER, Strafprozessreform)
- Der Verteidiger im schweizerischen Strafverfahren, in: Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes, Ausgewählte Aufsätze von Prof. Dr. Hans Felix Pfenninger, Zürich 1966, 140–163 (zit. PFENNINGER, Strafprozessrecht)
- PIETH MARK, Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Basel/Frankfurt am Main 1984 (zit. PIETH, Beweisantrag)
- Strafverteidigung - wozu?, Basel 1986 (zit. PIETH, Strafverteidigung)

- Vom Inquisitionsprozess direkt zum postmodernen Kontrollmodell?, in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich/Basel/Genf 2002, 415–429 (zit. PIETH, FS Trechsel)
- Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. PIETH, Strafprozessrecht)
- FIGUET CHRISTOPHE/DYENS ALEXANDRE, *Le code de Procédure Pénal Suisse a-t-il réellement renforcé de la Défense?*, *Anwaltsrevue* 2015, 313–327
- PIQUEREZ GÉRARD, *Traité de procédure pénale suisse*, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2006
- PIQUEREZ GÉRARD/MACALUSO ALAIN, *Procédure pénale suisse*, 3. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2011
- PUNTEL BRUNO LORENZ, *Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie, eine kritisch-systematische Darstellung*, 3. Aufl., Darmstadt 2005
- RADTKE HENNING, *Das Strafverfahren als Diskurs?* in: AMELUNG KNUT/BEULKE WERNER/LILIE HANS/ROSENAU HENNING/RÜPING HINRICH/WOLFSLAST GABRIELE (Hrsg.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie*, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2003, 375–385
- RAZ JOSEPH, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986
- REGLI ROBERT, *Das umerische Strafverfahren, Charakteristik desselben anhand der Organisation der Rechtspflege, der Prozessparteien und Gestaltungsprinzipien*, Diss. Altdorf 1968
- REICHART PETER/HAFNER PETER, *Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Zivilprozess*, *SJZ* 2011, 201–205
- REINHART PETER, *Die Befragung des Beschuldigten im Strafprozess*, Diss. Bern/Frankfurt am Main/Las Vegas 1978
- RENIKOWSKI JOACHIM, *Fair Trial als Waffengleichheit – adversatorische Elemente im Strafprozess?* in: RENIKOWSKI JOACHIM (Hrsg.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und öffentlichen Recht, Grundlagen einer europäischen Rechtskultur*, Wien/Zürich 2004, 97–122
- RIEDER ROLF, *Das Untersuchungsverfahren im zürcherischen Strafprozess*, Diss. Zürich 1965
- RIEDO CHRISTOF/BEYDOUN KHALIL, *Bemerkungen zu BGer 6B_441/2011*, *AJP* 2012, 289–291

- RIKLIN FRANZ, Zur Aufgabenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Untersuchungsrichtern nach schweizerischem Strafprozessrecht, in: ROBERT HAUSER/REHBERG JÖRG/STRATENWERTH GÜNTER, Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 369–384 (zit. RIKLIN, Gedächtnisschrift)
- StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. RIKLIN, StPO Kommentar, Art. N)
- ROXIN CLAUDIUS, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., München 2005
- ROXIN CLAUDIUS/SCHÜNEMANN BERND, Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch, 29. Aufl., München 2017
- RUCKSTUHL NIKLAUS, Vertretung von Tatverdächtigen, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VII, Strafverteidigung, Basel 2002, 53–130 (zit. RUCKSTUHL, Handbuch)
- Verfahrensfragen bei der strafrechtlichen Landesverweisung und der migrationsrechtlichen Aufenthaltsbeendigung, Plädoyer 5/2016, 112–123 (zit. RUCKSTUHL, Landesverweisung)
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011
- RUDOLF URS/VETTERLI LUZIA, Erste Erfahrungen mit der neuen StPO - Am Beispiel des Kantons Luzern, *forum* 2011, 103–110
- RUTH MAX, Der Verteidiger im Schweiz. Strafprozessrecht, Bern 1905
- RÜTTIMANN JOHANN JAKOB, Ueber die englische Strafrechtspflege, Amtlicher Bericht an die Züricher Gesetzes-Revisions-Kommission, Zürich 1837
- RZEPKA DOROTHEA, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, Habil. Frankfurt am Main 2000
- SAFFERLING CHRISTOPH, Audiatur et altera pars - die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip? *NStZ* 2004, 181–189 (zit. SAFFERLING, Waffengleichheit)
- International Criminal Procedure, Oxford 2012 (zit. SAFFERLING, Criminal Procedure)
- SANDERMANN ALMUT, „Waffengleichheit“ im Strafprozess, Zu den rechtlichen Grundlagen dieses Rechtsinstituts, Diss. Köln 1975

- SANER ALAIN, Das Teilnahmerecht der Verteidigung bei der psychiatrischen Exploration der beschuldigten Person, ZStrR 2014, 121–142
- SCHEIDEGGER ALEXANDRA, Minderjährige als Zeugen und Auskunftspersonen im Strafverfahren, Unter besonderer Berücksichtigung der für das Strafverfahren relevanten psychologischen Aspekte, Diss. Zürich/Basel/Genf 2006
- SCHLAURI REGULA, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung, Diss. Zürich/Basel/Genf 2003
- SCHLEIMINGER DORRIT, Konfrontation im Strafprozess, [Art. 6. Ziff. 3 lit. d EMRK](#) mit besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Opferschutz im Bereich von Sexualdelikten gegen Minderjährige, Diss. Basel/Genf/München 2001 (zit. SCHLEIMINGER, Diss.)
- Aktuelle Fragen zum Konfrontationsrecht, AJP 2012, 1069–1074 (zit. SCHLEIMINGER, AJP 2012)
 - Das Konfrontationsrecht des Angeklagten nach [Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK](#), Bemerkungen zu [BGE 125 I 127](#), AJP 1999, 1223–1232 (zit. SCHLEIMINGER, AJP 1999)
- SCHLEGEL STEPHAN, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung, Diss. Zürich/Basel/Genf 2010
- SCHLEGEL STEPHAN/WOHLERS WOLFGANG, Der »Anwalt der ersten Stunde« in der Schweiz, StV 2012, 307–316
- SCHMID ALEXANDER, Die Staatsanwaltschaft im bündnerischen Recht, Diss. Zürich 1967 (zit. SCHMID, Staatsanwaltschaft)
- SCHMID NIKLAUS, «Anwalt der ersten Stunde», in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich/Basel/Genf 2002, 745–764 (zit. SCHMID, Anwalt der ersten Stunde)
- Einige Aspekte der naturwissenschaftlichen Gutachten aus der Sicht der Schweizerischen Strafprozessordnung, AJP 2010, 819–833 (zit. SCHMID, Gutachten)
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch)
- Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, Art. N)

- SCHMIDHÄUSER EBERHARD, Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: BOCKELMANN PAUL/GALLAS WILHELM (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, 511–524
- SCHMIDT EBERHARD, Staatsanwalt und Gericht, in: Probleme der Strafrechts-erneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin 1944, 263–318 (zit. SCHMIDT, FS Kohlrausch)
- Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz, DRiZ 1957, 271–283 (zit. SCHMIDT, DRiZ 1957)
 - Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil 1, 2. Aufl., Göttingen 1964 (zit. SCHMIDT, Lehrkommentar)
 - Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. I, 3. Aufl., Göttingen 1965 (zit. SCHMIDT, Deutsche Strafrechtspflege)
- SCHRAMM DOROTHEE, Entwicklungen bei der Strafbarkeit von privaten Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren, AJP 2006, 491–500
- SCHRÖDER ANDREAS, Ausgewählte Fragen im Straf- und Strafprozessrecht, BJM 2015, 68–98
- SCHUBARTH MARTIN, Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft, Bern 1973 (zit. SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren)
- Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht, ZSR 94 (1975) I, 465–510 (zit. SCHUBARTH, Artikel 5 und 6)
- SCHULZ HANS/WILHELM ALFRED/ROTH-WILLENER M., Aus der Rechtsprechung der Strafkammern und der Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Bern, ZBJV 1963, 106–116
- SCHULZ JOACHIM, Waffengleichheit und Verfahrensstruktur, in: BEMMANN GÜNTER (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Berlin 2007, 40–50 (zit. SCHULZ, Waffengleichheit)
- SCHWEIZER MARK, Beweiswürdigungen, Beweismass, Rationalität und Institution, Habil. Tübingen 2015
- SIEGRIST DAVE, Hoheitsakte auf fremden Staatsgebiet, Diss. Zürich 1987
- SIEVI NINO, Die negative Feststellungsklage des schweizerischen Rechts im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens, Zürich 2017

- SILVER JAY STERLING, Equality of Arms and the Adversarial Process: A new Constitutional Right, *Wisconsin Law Review*, 1990, 1007–1041
- SIMMLER MONIKA, Normstabilisierung und Schuldvorwurf, Diss. Berlin/Bern 2018
- SOLUM LAWRENCE B., Procedural Justice, *Southern California Law Review* 2004 (78), 181–321
- SPIRIG EUGEN, Zum psychiatrischen Gerichtsgutachten, *ZSR* 1990 I, 415–438
- STÄHELIN BEDA, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit dargestellt am Beispiel der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich/Basel/Genf 2017
- STAMP FRAUKE, Die Wahrheit im Strafverfahren, eine Untersuchung zur prozessualen Wahrheit unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des erkennenden Gerichts in der Hauptverhandlung, Diss. Baden-Baden 1998
- STAVROS STEPHANOS, The Guarantees for Accused Persons under [Article 6 of the European Convention on Human Rights](#), Dordrecht 1993
- STEIGER HEINRICH, Die bernische Staatsanwaltschaft, Diss. Bern 1951
- STERN WILLIAM, Zur Psychologie der Aussage, *ZStW* 1902, 313–370
- STOOSS CARL, Was ist Kriminalpolitik? *ZStrR* 1894, 228–232
- STRATENWERTH GÜNTER, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 134, Heidelberg/Karlsruhe* 1977 (zit. STRATENWERTH, Schuldprinzip)
- Darf der Verteidiger dem Beschuldigten raten zu schweigen?, *SJZ* 1978, 217–219 (zit. STRATENWERTH, *SJZ* 1978)
- Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, AT I, § N)
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. II, 7. Aufl., Bern 2013 (zit. STRATENWERTH/BOMMER, § N)
- STRENG FRANZ, Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, *ZStW* 1989, 273–334
- SUMMERS SARAH, Fair Trials, The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Diss. Oxford und Portland (Oregon) 2007 (zit. SUMMERS, Fair Trials)

- Presence, Absence, Dominance, Reflections on the Role of the Prosecutor in Switzerland, in: CAVALLO ANGELO/HIESTAND ELIANE/BLOCHER FELIX/ARNOLD IRENE/KÄSER BEATRICE/CASPAR MILENA/IVIC INGO (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich/Basel/Genf 2012, 517–529 (zit. SUMMERS, Dominance)
- Observing Criminal Trials, in: ANDERSON ROSS G./CHALMERS JAMES/MACLEOD JOHN (Hrsg.), *Glasgow Tercentenary Essays*, Edinburgh 2014, 217–232 (zit. SUMMERS, Observing Criminal Trials)
- Überlegungen zur Unparteilichkeit und der richterlichen Befragung, in: JOSITSCH DANIEL/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Donatsch*, Zürich/Basel/Genf 2017, 443–456 (zit. SUMMERS, Unparteilichkeit)
- SUMMERS SARAH/GARLAND LORENZ/STUDER DAVID, Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit, *ZStrR* 2016, 133–170
- SUMMERS SARAH/SCHEIWILLER ALINE/STUDER DAVID, Das Recht auf Konfrontation in der Praxis, *ZStrR* 2016, 351–381
- SUMMERS SARAH/STUDER DAVID, Fairness im Strafverfahren? Eine empirische Untersuchung, *ZStrR* 2016, 45–72
- SUTTER URS, Verteidigung im formellen Völkerstrafrecht, Dritter Weg zwischen Selbstverteidigung und notwendiger Verteidigung, Diss. Zürich/St. Gallen 2012
- THIER ANDREAS, »Die Wahrheit und nichts als die Wahrheit«, Wirklichkeitskonstruktion und Wahrheitsanspruch im Recht, *Zeitschrift für Kulturphilosophie* 2014 (2), 247–260
- THOMMEN MARC, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Habil. Bern 2013 (zit. THOMMEN, Kurzer Prozess)
- Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess, *recht* 2014, 264–274 (zit. THOMMEN, Gerechtigkeit)
- Nur noch Psychiater als Gutachter (*BGE* 140 IV 49), *forumpoenale* 2015, 14–19 (zit. THOMMEN, forumpoenale 2015)
- THOMMEN MARC/SAMADI MOJAN, The Bigger the Crime, the Smaller the Chance of a Fair Trial? Evidence Exclusion in Serious Cases Under Swiss, Dutch and European Human Rights Law, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2016, 65–86

- THORMANN OLIVIER, Sicht der Strafverfolger – Chancen & Risiken, in: ROMERIO FLAVIO/BAZZANI CLAUDIO (Hrsg.), *Interne und regulatorische Untersuchungen II*, Zürich/Basel/Genf 2016, 91–140 (zit. THORMANN, Strafverfolger)
- THORMANN PHILIPP, Die Revision des Strafverfahrens des Kantons Bern. Bericht der Justizdirektion des Kantons Bern im Juni 1906 erstattet, ZStrR 1907, 63–100 (THORMANN, ZStrR 1907)
- TONDORF GÜNTER/TONDORF BARBETTE, *Psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren, Verteidigung bei Schuldfähigkeits- und Prognosebegutachtung*, 3. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2011
- TÖNDURY GUOLF, *Die Staatsanwaltschaft im aargauischen Recht*, Diss. Zürich 1972
- TRECHSEL STEFAN, The Protection of Human Rights in Criminal Proceedings, *Revue Internationale de Droit Pénal* 1978 (49), Bd. II, 541–588 (zit. TRECHSEL, RIDP 1978)
- Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZStrR 1979, 337–392 (zit. TRECHSEL, Verteidigungsrechte)
 - Why must Trials be Fair? *Israel Law Review* 1997 (3), 94–119 (zit. TRECHSEL, Why must Trials be Fair?)
 - Schutz vor „Prozessen à la Kafka“, in: EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHAFFHAUSER RENÉ/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, 367–385 (zit. TRECHSEL, FS Hangartner)
 - Unmittelbarkeit und Konfrontation als Ausfluss von [Art. 6 EMRK](#), AJP 2000, 1366–1373 (zit. TRECHSEL, AJP 2000)
 - Gerechtigkeit im Fehlurteil, ZStrR 2000, 1–18 (zit. TRECHSEL, Fehlurteil)
 - Akteneinsicht – Information als Grundlage des fairen Verfahrens, in: SCHWEIZER RAINER J./BUKERT HERBERT/GASSER URS (Hrsg.), *Festschrift für Jean Nicolas Druey*, Zürich 2002, 993–1008 (zit. TRECHSEL, Akteneinsicht)
 - Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005 (zit. TRECHSEL, Human Rights)
 - The Character of the Right to a Fair Trial, in: JACKSON JOHN/SUMMERS SARAH (Hrsg.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings*, Oxford und Portland (Oregon) 2018, 19–35 (zit. TRECHSEL, Character)

- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. StGB Praxiskommentar-BEARBEITER/IN, Art. N)
- TRÜSSEL FRIEDRICH, Das Institut der Staatsanwaltschaft im Bernischen Recht, Diss. Bern 1908
- UHLMANN ERNST, Die Staatsanwaltschaft im schaffhauserischen Recht, Diss. Bern 1929
- VALTICOS MICHEL, Kommentar zu [Art. 12 BGFA](#), in: VALTICOS MICHEL/CHAPPUIS BENOÎT/REISER CHRISTIAN M. (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur les avocats, Basel 2010
- VARGHA JULIUS, Die Verteidigung in Strafsachen, Historisch und dogmatisch dargestellt, Neudruck der Ausgabe Wien 1879, Aalen 1994
- VERNIORY JEAN-MARC, La libre appréciation de la preuve pénale et ses limites, ZStrR 2000, 378–412 (zit. VERNIORY, Libre appréciation)
– Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal, Diss. Bern 2005 (zit. VERNIORY, Diss.)
- VEST HANS, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten oder der langwierige Abschied vom Inquisitionsmodell, in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich/Basel/Genf 2002, 745–764 (zit. VEST, FS Trechsel)
– Aspekte des strafprozessualen Rechtsmissbrauchs, ZBJV 2016, 387–414 (zit. VEST, Rechtsmissbrauch)
- VETTERLI LUZIA, Umfang des Akteneinsichtsrechts des Beschuldigten, ius.fo-cus, 7/2013, 29
- VILLIGER MARK EUGEN, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. Zürich 1999
- VON BELING ERNST, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, Berlin/Leipzig 1928
- VON CLERIC G. F., Die Prinzipien der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit im Strafprozess, SJZ 12, 41–48 (zit. VON CLERIC, Unmittelbarkeit)
– Zur forensischen Würdigung der Suggestivfragen, ZStrR 1929, 223–264 (zit. VON CLERIC, Suggestivfragen)
- VON FEUERBACH PAUL JOHANN ANSELM, Betrachtung über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Erster Bd., Giessen 1821
- VON KRIES AUGUST, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Freiburg 1892

- VON RECHENBERG DIETHER, Die Aufgabe des Strafverteidigers, ZStrR 1965, 225–242
- VON REPGOW EIKE, Dresdener Sachsenspiegel, in: LÜCK HEINER (Hrsg.), Sachsenspiegel, Die Dresdner Bilderhandschrift Mscr. Dresd. M 32, Textband, Graz 2006
- VUILLE JOËLLE/TARONI FRANCO, L'article 184 al. 3 CPP, une fausse bonne idée du législateur? ZStrR 2011, 164–179
- WACH ADOLF, Struktur des Strafprozesses, in: Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Karl Binding, München/Leipzig 1914, 1–40
- WAIBLINGER MAX, Das Strafverfahren des Kantons Bern, Langenthal 1937 und 1942 (zit. WAIBLINGER, Strafverfahren Bern)
- Zur Frage der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts, ZStrR 1952, 217–248 (zit. WAIBLINGER, ZStrR 1952)
 - La protection de la liberté individuelle durant l'instruction, Revue Internationale de Droit Pénal 1953 (24), 223–257 (zit. WAIBLINGER, RIDP 1953)
- WALDRON JEREMY, The Concept and the Rule of Law, Georgia Law Review 2008 (43), 1–61 (zit. WALDRON, Rule of Law)
- The Rule of Law and the Importance of Procedure, in: FLEMING JAMES E. (Hrsg.), Getting to the Rule of Law 2011, 3–31 (zit. WALDRON, Importance of Procedure)
 - How Law protects dignity, Cambridge Law Journal 2012 (71), 200–222 (zit. WALDRON, Dignity)
- WAŚEK-WIADEREK MAŁGORZATA, The Principle of "Equality of arms" in criminal procedure under Article 6 of the European convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries, Löwen 2000
- WEBER JONAS/SCHAUB JANN/BUMANN CORINNA/SACHER KEVIN, Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB mit Fokus auf geschlossene Strafanstalten bzw. geschlossene Massnahmeeinrichtungen, Studie zuhanden der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter, Bern 2015, publiziert: http://www.krim.unibe.ch/unibe/portal/fak_rechtwis/d_dep_krim/inst_krim/content/e62772/e62774/e62778/e558121/Weber-Schaub-Bumann-Sacher_Studie_Art.-59_2016.05.31_ger.pdf

- WEDER ULRICH, Die Mitwirkung der Anklagebehörde im gerichtlichen Hauptverfahren, in: DONATSCH ANDREAS/FORSTER MARC/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich/Basel/Genf 2002, 801–811 (zit. WEDER, FS Trechsel)
- Fragen zum „Anwalt der ersten Stunde“, Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess, NZZ Nr. 284 vom 6. Dezember 2006, 15 (zit. WEDER, NZZ 2006)
- WEICHBRODT KORINNA, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung, Diss. Berlin 2006
- WESSLAU EDDA, Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Prozess, in: HEFENDEHL ROLAND/HÖRNLE TATJANA/GRECO LUÍS (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schönemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, Berlin/Boston 2014, 995–1007
- WEIGEND THOMAS, Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht, ZStW 2001 (113), 271–304 (zit. WEIGEND, Unverzichtbares)
- Is the Criminal Process about Truth?: A German Perspective, Harvard Journal of Law & Public Policy 2003, 157–173 (zit. WEIGEND, Truth)
- WEIL BRUNO, Zur Abgrenzung der erheblichen von der unerheblichen falschen Äusserung ([Art. 307 StGB](#)), SJZ 1952, 315–317
- WIEDERKEHR RENÉ, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Habil. Bern 2006
- WIPRÄCHTIGER HANS, Aussagepsychologische Begutachtung im Strafprozess, forumpoenale 2010, 40–45 (zit. WIPRÄCHTIGER, Aussagepsychologie)
- Immer mehr, immer aufwändigere und teurere forensisch-psychiatrische Gutachten: Welcher Aufwand ist wirklich notwendig? Die Sicht des Richters, in: CAPUS NADJA/BACHER JEAN-LUC (Hrsg.), Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Le système de justice pénal: ambitions et résultats, Bern 2010, 315–324 (zit. WIPRÄCHTIGER, Gutachten)
- WOHLERS WOLFGANG, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, Ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens, Diss. Berlin 1994 (zit. WOHLERS, Staatsanwaltschaft)
- Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Habil. Berlin 2000 (zit. WOHLERS, Gefährdungsdelikte)

- Aktuelle Fragen des Zeugenschutzes - zur Vereinbarkeit der im Strafprozessrecht des Kantons Zürich anwendbaren Zeugenschutznorm mit [Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK](#), ZStrR 2005, 144–173 (zit. WOHLERS, Zeugenschutz)
- Das partizipatorische Ermittlungsverfahren: kriminalpolitische Forderung oder »unverfügbarer« Bestandteil eines fairen Strafverfahrens? GA 2005, 11–35 (zit. WOHLERS, Partizipatorisches Ermittlungsverfahren)
- Bemerkungen zu [BGE 131 I 185](#), AJP 2006, 621–627 (zit. WOHLERS, AJP 2006)
- Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt? in: VON HIRSCH ANDREW/SEELMANN KURT/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, 54–69 (zit. WOHLERS, Ultima Ratio)
- Selbstregulierung – Aufsicht – Strafrecht: (Ziel-)Konflikte und Interdependenzen, in: ACKERMANN JÜRG-BEAT/WOHLERS WOLFGANG (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsicht – Strafrecht, Zürich 2009, 267–314 (zit. WOHLERS, Zielkonflikte)
- Die Grenzen von Schutzmassnahmen zugunsten sensibler Zeugen und gefährdeter Personen, ZStrR 2011, 127–143 (zit. WOHLERS, Schutzmassnahmen)
- „In dubio pro duriore“ - zugleich Besprechung von [BGE 137 IV 219](#), forum-poenale 2011, 370–375 (zit. WOHLERS, In dubio pro duriore)
- Vorbefassung durch Erlass des Eröffnungsbeschlusses, in: HEINRICH MANFRED/JÄGER CHRISTIAN/SCHÜNEMANN BERND ET AL. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Berlin 2011, 1313–1327 (zit. WOHLERS, Vorbefassung)
- Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 2012, 55–75 (zit. WOHLERS, Interessenwahrung)
- Bemerkungen zu [BGer 6B_663/2011](#), forum-poenale 2012, 207–211 (zit. WOHLERS, Beweisantrag)
- Die formelle Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, ZStrR 2013, 318–336 (zit. WOHLERS, Unmittelbarkeit I)
- Bemerkungen zu *Pesukic v. Switzerland*, forum-poenale 2013, 84–89 (zit. WOHLERS, Pesukic)
- Das Anwesenheits- und Fragerecht der Verfahrensparteien bei Einvernahmen im Vorverfahren, forum-poenale 2013, 160–166 (zit. WOHLERS, Fragerecht)
- Die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung im Strafprozess, ZStrR 2014, 424–447 (zit. WOHLERS, Unmittelbarkeit II)

- Das Instrument der Fremdanamnese aus der Sicht des Strafprozessrechts, in: HEER MARIANNE/HABERMEYER ELMAR/BERNARD STEPHAN (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bd. 1, Bern 2016, 77–86 (zit. WOHLERS, Fremdanamnese)
 - Die Rolle und Funktion des Parteigutachtens aus der Sicht des Strafprozessrechts in: HEER MARIANNE/HABERMEYER ELMAR/BERNARD STEPHAN (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bd. 1, Bern 2016, 87–95 (zit. WOHLERS, Parteigutachten)
 - Strafjustiz und Sachverständige, ZStrR 2018, 431–461 (zit. WOHLERS, Sachverständige)
- ZACHARIÄ HEINRICH ALBERT, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Principis, Göttingen 1846 (zit. ZACHARIÄ, Gebrechen)
- Handbuch des deutschen Strafprozesses, Bd. I, Göttingen 1861 (zit. ZACHARIÄ, Handbuch Band I)
 - Handbuch des deutschen Strafprozesses, systematische Darstellung des auf den Quellen des gemeinen Rechts und der neueren deutschen Gesetzgebung beruhenden Criminal-Verfahrens, Bd. II, Göttingen 1868 (zit. ZACHARIÄ, Handbuch Band II)
- ZACHARIAS KLAUS, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, Diss. Berlin 1997
- ZIMMERLIN SVEN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, Diss. Zürich/Basel/Genf 2008
- ZUBERBÜHLER SIMONE, Geheimhaltungsinteressen und Weisungen der Strafbehörden an die Verfahrensbeteiligten über die Informationsweitergabe im ordentlichen Strafverfahren, Diss. Zürich/Basel/Genf 2011
- ZÜGER MARCEL, Privater Zeugenkontakt der Verteidigung in der Praxis, Zulässigkeitsgrenzen und Darstellung der praktischen Handhabung anhand einer empirischen Untersuchung, ZStrR 2013, 247–280
- ZWIEHOF GABRIELE, Das Recht auf den Sachverständigen, Habil. Baden-Baden 2000

Materialienverzeichnis

Amtliches Bulletin des Nationalrates (zit. *Name* [sofern eine Wortmeldung als Quelle dient], Amtl. Bull. NR, Jahr, Seitenzahl)

Aus 29 mach 1, Konzept einer einheitlichen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Dezember 1997 (zit. [Aus 29 mach 1](#))

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 8. Februar 2017, [KR-Nr. 373/2016](#) (zit. Anfrage Markus Bischoff, AL)

Begleitbericht zum Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Juni 2001 (zit. [Begleitbericht-VE-StPO 2001](#))

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, [BBI 1999, 1979 ff.](#) (zit. Botschaft StGB 1998)

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, [BBI 2006, 7221 ff.](#) (zit. Botschaft ZPO 2006)

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, [BBI 2005, 1085 ff.](#) (zit. Botschaft StPO 2005)

Erläuternder Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung, Dezember 2017 (zit. [Bericht VE-StPO 2017](#))

Informationsblatt für festgenommene Personen, Kantonspolizei Zürich, April 2014 (zit. Informationsblatt ZH)

Jahresbericht 2017 der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Oberstaatsanwaltschaft Zürich, ohne Nennung eines Veröffentlichungsdatums (zit. Jahresbericht 2017)

Merkblatt für beschuldigte Personen, Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, 2014 (zit. [Merkblatt BE](#))

- Stellungnahme Nr. 12 (2009) des Beirats der europäischen Richter (CCJE) und die Stellungnahme Nr. 4 (2009) des Beirats der europäischen Staatsanwälte (CCPE) zuhanden des Ministerkomitees des Europarates über Richter und Staatsanwälte in einer demokratischen Gesellschaft vom 8. Dezember 2009 (zit. «Bordeaux-Erklärung»)
- The ECHR in facts & figures 2017, European Court of Human Rights, März 2018 (zit. ECHR in facts & figures)
- UNO-Guideline on the Role of Prosecutors, ausgearbeitet im Rahmen des 8. Kongresses der Vereinten Nationen in Havanna (Kuba) über Verbrechenverhütung und den Umgang mit Straffälligen vom 27. August 1990–7. September 1990 (zit. UNO-Guideline on the Role of Prosecutors)
- Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Juni 2001 (zit. [VE-StPO 2001](#))
- Vorentwurf zur Änderung der Strafprozessordnung, Dezember 2017 (zit. [VE-StPO 2017](#))
- Weisung der Staatsanwaltschaft Bern vom 15. September 2016 betreffend die Umsetzung von [Art. 121 Abs. 3–6 BV](#) über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer (zit. Weisung Staatsanwaltschaft Bern)
- Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe, Februar 2003 (zit. [Zusammenfassung VE-StPO 2003](#))

Abkürzungsverzeichnis

a	alt (frühere Fassung eines Erlasses [CH])
Ahbb.	Abbildung
Abs.	Absatz
Abw. M.	Abweichende Meinung
aCCP GE	Code d'instruction pénale des Kantons Genf vom 25. Oktober 1884
aCPP NE	Code de procédure pénale neuchâtelois vom 25. September 1893 (322.0)
aCPP TI	Codice di procedura penale des Kantons Tessin vom 3. Mai 1895
aCPP VD	Code de procédure pénale des Kantons Waadt vom 1. Februar 1850
AG	Kanton Aargau
AGer	Appellationsgericht
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift CH)
AL	Alternative Liste (Politische Partei der Stadt Zürich)
a.M.	anderer Meinung
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin des National- und Ständerates Kanton Appenzell Ausserrhoden
AR	Appenzell Ausserrhoden
Art.	Artikel
aStPO AG	Strafprozessordnung für den Kanton Aargau vom 3. März 1858
aStPO SH	Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. März 1909
aStPO SO	Strafprozessordnung für den Kanton Solothurn vom 28. August 1885
aStrV BE	Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern vom 20. Mai 1928
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BBI	Bundesblatt
Bd.	Band

BE	Kanton Bern
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	(Nicht publizierter Entscheid des) Bundesgerichts
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (SR 935.61)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BL	Kanton Basel-Landschaft
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar, siehe Literaturverzeichnis bei NIGGLI
bspw.	beispielsweise
BStP/BStrP	Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstraf- rechtspflege
BStrGer	Bundesstrafgericht
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCJE	Consultative Council of European Judges
CCPE	Consultative Council of European Prosecutors
CH	Schweizerische Eidgenossenschaft
CPP	Code de procédure pénale suisse, siehe StPO
CPP GE	Code de procédure pénale des Kantons Genf vom 29. September 1977
CPP NE	Code de procédure pénale neuchâtelois vom 19. April 1945 (322.0)
CPP TI	Codice di procedura penale des Kantons Tessin vom 19. Dezember 1994 (3.3.3.1)
CPP VD	Code de procédure pénale des Kantons Waadt vom 12. September 1967 (312.01)
CR CPP	Commentaire Rommande, Code de procedure pénal Su- isse, siehe Literaturverzeichnis bei KUHN/JEANNERET
d/D	deutsch/e/en/er/es, Deutschland
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DNA	Desoxyribonukleinsäure

DRiZ	Deutsche Richterzeitung
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK/ECHR	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten: abgeschlossen in Rom am 4. November 1950; in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101)
et al.	et alii/et aliae/et alia (und andere)
etc.	et cetera
f./ff.	folgend(e)
Fn.	Fussnote
FR	Kanton Freiburg
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift D)
GBP	Britisches Pfund
GE	Kanton Genf
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift CH)
GK	Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte
GL	Kanton Glarus
Gl. M.	Gleicher Meinung
GO SO	Gesetz über die Gerichtsorganisation des Kantons Solothurn vom 13. März 1977 (125.12)
GOG OW	Gesetz über die Gerichtsorganisation des Kantons Obwalden vom 2. September 1996 (134.1)
GOG ZG	Gesetz über die Organisation der Zivil- und Strafrechtspflege des Kantons Zug vom 26. August 2010 (161.1)
GOG ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 (211.1)
GR	Kanton Graubünden
grds.	grundsätzlich
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
Habil.	Habilitationsschrift
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere

IPBPR	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
i.S.v.	im Sinne von
IT	Informationstechnik
i.V.m.	in Verbindung mit
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 (SR 312.1)
JU	Kanton Jura
Jusletter	http://jusletter.weblaw.ch (Zeitschrift CH)
KassGer	Kassationsgericht
KGer	Kantonsgericht
KR	Kantonsrat
Krim	Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis (Zeitschrift CH)
krit.	kritisch
lit.	litera
LS	Loseblattsammlung
LU	Kanton Luzern
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12)
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (Zeitschrift D)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote(n)
NE	Kanton Neuenburg
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift D)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer(n)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift D)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer	Obergericht
OV GR	Verordnung über die Organisation und Geschäftsführung der Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden vom 16. Dezember 1974 (350.050)
OW	Kanton Obwalden
PKG	Praxis des Kantons Graubünden
Plädoyer	Plädoyer – Magazin für Recht und Politik (Zeitschrift CH)

PPGV	Verordnung über psychiatrische und psychologische Gutachten in Straf- und Zivilverfahren vom 1./8. September 2010 mit Änderungen vom 26. November 2014 / 3. Dezember 2014, (LS 321.4)
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kanton Thurgau
recht	recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Zeitschrift CH)
RIDP	Revue International de Droit Pénal (Zeitschrift CH)
Rspr.	Rechtsprechung
Rz(n).	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SG	Schweizerischer Anwaltsverband
SH	Kanton Sankt Gallen
SJZ	Kanton Schaffhausen
SNF	Schweizerische Juristenzeitung
SO	Schweizerische Nationalfonds
sog.	Kanton Solothurn
Sp.	so genannt(en)
SR	Spalte(n)
SSR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Standesregeln
StPO Kommentar	Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)
StPO AG	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
StPO AR	Gesetz über die Strafrechtspflege vom 1. November 1958 (251.100)
StPO BS	Gesetz über den Strafprozess des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1978 (321.1)
StPO FR	Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt vom 8. Januar 1997 (257.100)
StPO GL	Strafprozessordnung des Kantons Freiburg vom 15. November 1996 (32.1)
StPO LU	Strafprozessordnung des Kantons Glarus vom 2. Mai 1965
StPO SG	Gesetz über die Strafprozessordnung des Kantons Luzern vom 3. Juni 1957
	Gesetz über die Strafrechtspflege vom 9. August 1954

StPO SH	Strafprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 15. Dezember 1986 (320.100)
StPO SO	Strafprozessordnung für den Kanton Solothurn vom 7. Juni 1970 (321.1)
StPO SZ	Verordnung über den Strafprozess im Kanton Schwyz vom 28. August 1974 (233.110)
StPO TG	Gesetz über die Strafrechtspflege des Kantons Thurgau vom 30. Juni 1970/5. November 1991 (312.1)
StPO UR	Strafprozessordnung des Kantons Uri vom 29. April 1980 (3.9222)
StPO VS	Strafprozessordnung des Kantons Wallis vom 2. Februar 1962 (312.0)
StPO ZG	Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 19. Dezember 2002
StPO ZH	Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 (321)
StrV BE	Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern vom 15. März 1995 (321.1)
StRZ	Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift D)
SZ	Kanton Schwyz
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
Textausgabe StPO	GOLDSCHMID/MAUER/SOLLBERGER (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung
TG	Kanton Thurgau
TI	Kanton Tessin
TPF	Tribunal pénal fédéral
u.a.	und and(e)re
UNO	Vereinte Nationen
UR	Kanton Uri
v.	versus
VD	Kanton Waadt
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VS	Kanton Wallis

WOSTA	Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für das Vorverfahren vom 24. Mai 2019
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	Zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Zeitschrift CH)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift CH)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift D)

Einleitung

A. GEGENSTAND UND GANG DER UNTERSUCHUNG

[Art. 6 EMRK](#) wird in einer Vielzahl von Fällen vor dem Menschenrechtsgerichtshof in Strassburg gerügt und ist diejenige EMRK-Bestimmung, mit der sich der EGMR am häufigsten auseinandersetzt.¹ Dies zeugt von der fundamentalen Bedeutung der Verfahrensfairness zum einen für die betroffene Einzelperson, zum anderen aber auch hinsichtlich der Legitimation des staatlichen Strafmonopols schlechthin. Im Bestreben, die Verfahrensgarantien von [Art. 6 EMRK](#) in den Mitgliedsstaaten einheitlich durchzusetzen, hat der EGMR laufend neue Ausprägungen bzw. Konkretisierungen des Rechts auf ein faires Verfahren hervorgebracht. Die vorherrschende Sichtweise, wonach [Art. 6 EMRK](#) ein Konglomerat spezifischer Verteidigungsrechte ist, erfasst meines Erachtens jedoch nicht die gesamte Tragweite der Fairness im Strafprozess. Denn die von [Art. 6 EMRK](#) vermittelten Verteidigungsrechte kommen in einem System von Institutionen zum Tragen. Demzufolge ist es für die Verfahrensfairness entscheidend, wie das Verfahren zu jenem Zeitpunkt in institutioneller Hinsicht konzipiert ist, in dem die kontradiktorische Auseinandersetzung mit den Beweisen erfolgt.

Nach der Idealvorstellung des EGMR basiert ein Strafurteil auf Beweismitteln, die im Rahmen der Hauptverhandlung abgenommen werden und unter der Leitung eines unparteiischen Gerichts kontradiktorisch auf die Probe gestellt werden können. Die im Jahr 2011 vereinheitlichte StPO räumt den Kantonen aber ein grosses Ermessen ein, wie sie ihr Strafverfahren konzipieren. Es bleibt also weiterhin den Kantonen überlassen, ob die Erhebung und Auseinandersetzung mit den Beweismitteln schwerpunktmässig im Vorverfahren oder in der Hauptverhandlung stattfindet. Wenngleich die Ausgestaltung des Strafverfahrens von Kanton zu Kanton stark divergieren kann, sprechen insbesondere verfahrensökonomische Gründe für eine möglichst umfassende

¹ In mehr als einem Viertel der im Jahr 2017 gefällten Urteile (28.05 %) setzte sich der EGMR mit einer geltend gemachten Verletzung von [Art. 6 EMRK](#) auseinander, siehe ECHR in facts & figures, 7.

Auseinandersetzung mit den Beweismitteln im Untersuchungsverfahren. Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass gemäss gegenwärtiger Konzeption der StPO die Staatsanwaltschaft dazu angehalten ist, dem Gericht die wesentlichen Grundlagen für die Beurteilung von Schuld und Strafe entscheidungsreif zu übermitteln.² Wenn es zu einer Vorverlagerung solch entscheidender Verfahrensschritte kommt, die nach dem Verständnis des EGMR eigentlich in die Hauptverhandlung gehören, drängt sich die Frage auf, was dies für die Verfahrensfairness bedeutet.

Ein wesentlicher Bestandteil der Verfahrensfairness ist das Prinzip der Waffengleichheit. Dieses Prinzip strebt nach einem verfahrensrechtlichen Ausgleich zwischen den institutionell übermächtigen Strafverfolgungsbehörden und dem Individuum, das einer Straftat verdächtigt wird. Die Frage, was genau das Waffengleichheitsprinzip nach [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) für das Strafverfahren bedeutet, steht am Ausgangspunkt der vorliegenden Dissertation.

Die Arbeit ist von der These getragen, dass dem Prinzip der Waffengleichheit nur dann Genüge getan wird, wenn die Staatsanwaltschaft im entscheidenden Verfahrenszeitpunkt als Gegenpartei der beschuldigten Person anerkannt und es Letzterer in verfahrensrechtlicher Hinsicht ermöglicht wird, ihre Sichtweise darzulegen. Inwieweit die schweizerische StPO im Bereich des Vorverfahrens den Erfordernissen einer so verstandenen «Waffengleichheit» gerecht wird, bildet den Schwerpunkt dieser Untersuchung. Es sei bereits an dieser Stelle vorweggenommen, dass sich die systematische Vorverlegung entscheidender Verfahrensschritte ins Vorverfahren, verbunden mit der verfahrensleitenden Stellung der Staatsanwaltschaft, unter dem Aspekt der «Waffengleichheit» als problematisch erweist. Ein weiteres Anliegen dieser Arbeit ist es, aufzuzeigen, wie die systematischen Probleme im schweizerischen Vorverfahren *de lege ferenda* behoben werden können.

Angesichts der eher geringen Anzahl an Fällen, die überhaupt noch im Rahmen einer Hauptverhandlung abgehandelt werden,³ könnte man fragen, weshalb sich diese Arbeit auf das «ordentliche Verfahren» konzentriert und nicht vielmehr die «besonderen Verfahrensarten» in den Fokus rückt. Aller-

² [Botschaft StPO 2005, 1263](#).

³ Gemäss dem Jahresbericht der Staatsanwaltschaft ZH wurden bloss 4.5 % aller im Jahr 2017 abgeschlossenen bzw. sistierten Verfahren durch eine Anklage erledigt. In 47.5 % der Fälle erging ein Strafbefehl und 48 % der eröffneten Verfahren wurden mittels Verfahrenseinstellung oder Sistierung erledigt, siehe Jahresbericht 2017, 24.

dings ist es insbesondere die Möglichkeit zur Durchführung eines ordentlichen Verfahrens, die zur Rechtfertigung eines Strafbefehlsverfahrens oder eines abgekürzten Verfahrens herangezogen wird. Verweigert sich die beschuldigte Person einer besonderen Verfahrensform, führt dies zur Abklärung des Tatverdachts im ordentlichen Verfahren unter Gewährung sämtlicher Verteidigungsrechte.⁴ Die Möglichkeit zur Durchführung eines Strafverfahrens unter Wahrung der «Waffengleichheit» bildet gewissermassen eine Voraussetzung zur Legitimierung der besonderen Verfahrensarten der Schweiz.

Dass die institutionelle Ausgestaltung des Strafverfahrens für die effektive Gewährleistung der Verteidigungsrechte eine bedeutende Rolle spielt, ist insofern keine neue Erkenntnis, als die Reformforderungen des Strafprozesses im 19. und 20. Jahrhundert auf dieser Erkenntnis beruhten. Der erste Teil dieser Arbeit widmet sich daher dem historischen Hintergrund des Waffengleichheitsprinzips im Strafverfahren. Im anschliessenden zweiten Teil wird der Frage nachgegangen, welches Ziel mit der Einhaltung des Prinzips der Waffengleichheit überhaupt erreicht werden soll. Die historische und teleologische Betrachtung bildet die Grundlage für die inhaltliche Erörterung des Waffengleichheitsprinzips gemäss [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) im dritten Teil der Arbeit. Der vierte Teil nimmt die schweizerische Ausgestaltung des ordentlichen Strafverfahrens ins Visier und untersucht, ob sich der zeitliche Anwendungsbereich des Prinzips der Waffengleichheit auf das schweizerische Vorverfahren erstreckt. Im fünften Teil wird diskutiert, inwiefern in der Schweiz den Erfordernissen dieses Prinzips im Verfahrensstadium vor Anklageerhebung nachgekommen wird und in welchem Bereich ein Verbesserungspotenzial auszumachen ist. Abschliessend ist im sechsten Teil auf abstrakter Ebene darauf zurückzukommen, wie mit den systematischen Problemen des Vorverfahrens in dogmatischer Hinsicht umgegangen werden könnte. Hierbei geht es nicht so sehr darum, konkrete Massnahmen auszuarbeiten, sondern vielmehr darum, die jeweiligen Verbesserungsvorschläge vor dem Hintergrund einer Gesamtkonzeption des schweizerischen Strafverfahrens zu diskutieren. Insofern sollen die Ausführungen in dieser Arbeit dazu dienen, eine Debatte darüber zu entfachen, wie es angesichts der verfahrensleitenden Stellung der Staatsanwaltschaft möglich ist, die Verteidigungsrechte im entscheidenden Vorverfahren zu gewährleisten.

4 Vgl. [Art. 354 Abs. 1 lit. a StPO](#) und [Art. 358 Abs. 1 i.V.m. Art. 362 Abs. 2 lit. a StPO](#).

B. VERWENDUNG EMPIRISCHER DATEN

Ein besonderes Augenmerk richtet diese Arbeit auf die Rechtswirklichkeit. Zu diesem Zweck wird mehrmals auf die Ergebnisse des SNF-Forschungsprojekts «Trial Observation» zurückgegriffen, in dessen Rahmen der Autor von November 2012 bis Ende 2014 mehr als 120 strafprozessuale Hauptverhandlungen beobachtet und seine Erkenntnisse nachbearbeitet hat. Die Methodologie dieses empirischen Forschungsprojekts wurde bereits an anderer Stelle eingehend dargestellt.⁵ Insbesondere die Auswertung der Fragebögen der Verfahrensbeteiligten aus insgesamt 439 Strafverfahren in den Kantonen Basel-Stadt, Bern, Genf und Zürich hat es ermöglicht, ein ausgewogenes Bild von der Umsetzung der Verteidigungsrechte in der Schweiz zu gewinnen. Wenngleich der Schwerpunkt dieses Forschungsprojekts auf der kantonalen Ausgestaltung der Hauptverhandlung im ordentlichen Strafverfahren lag, geben die Forschungsergebnisse wertvolle Rückschlüsse auf die Vorgänge im Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren. Auf der Grundlage dieser Forschungsergebnisse ist es möglich, die schweizerische Regelung des Vorverfahrens einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

C. TERMINOLOGIE

Da im Strafprozess unter dem Prinzip der Waffengleichheit nach hier vertrittener Ansicht keine formale bzw. mathematisch-quantitative Gleichheit zwischen den Parteien zu verstehen ist, wird das Wort «Waffengleichheit» immer dann in Anführungszeichen gesetzt, wenn es nicht im Sinne des gleichnamigen Prinzips verwendet wird.

Die vorliegende Arbeit legt grossen Wert auf eine möglichst geschlechtsneutrale Sprache. Wenn aus Gründen der sprachlichen Klarheit von diesem Grundsatz abgewichen wird, sind jedoch alle Geschlechter mitgemeint.

5 Siehe SUMMERS/STUDER, 51–59.

**Erster Teil:
Historischer Hintergrund
des Waffengleichheitsprinzips
im Strafprozess**

A. EINLEITUNG

Die anschauliche und einprägsame Terminologie der «Waffengleichheit» geht auf die Zeit der so genannten Gottesurteile zurück. Bis ins 13. Jahrhundert war der Strafprozess in Europa als privates Klageverfahren konzipiert, in welchem die geschädigte Person bzw. ihre Familienangehörigen mittels Anklage ein Strafverfahren einleiten konnten.⁶ Da ein Rechtsverstoss nach der damaligen Vorstellung gleichzeitig gegen die göttliche Ordnung verstieß, wurde «Gott» um eine Stellungnahme gebeten, damit dieser im entscheidenden Augenblick eine unschuldig angeklagte Person beschützen würde.⁷ Obschon die herrschaftliche Obrigkeit die Streitbeilegung mittels Vergleich favorisierte, entschied in Ausnahmefällen ein gerichtlicher Zweikampf «Mann gegen Mann» über die Richtigkeit des klägerischen Vorbringens.⁸ Der gerichtliche Zweikampf im Mittelalter ist jedoch nicht als Fortsetzung der juristischen Auseinandersetzung mit anderen Mitteln zu verstehen, sondern bildete Teil der Beweiserhebung und war somit Bestandteil des gerichtlichen Beweisverfahrens.⁹

Die Regeln für solche kämpferischen Entscheidungsfindungen waren von Region zu Region unterschiedlich. Grundsätzlich stand es jedem freien Mann bei schwerwiegenden Deliktswürfen frei, einen gerichtlichen Zweikampf zu fordern, falls die beklagte Person demselben oder einem niedrigeren Stand angehörte.¹⁰ Dass solche Auseinandersetzungen einen tödlichen Ausgang

6 Von dieser Art der Beweisführung sah man seit Beginn des 13. Jahrhunderts ab. Bereits anlässlich des vierten Laterankonzils von 1215 wies Papst Innozenz die kirchlichen Richter dazu auf, in einem Verfahren gegen Kleriker auf Reinigungseide sowie Gottesurteile zu verzichten, siehe KAUFMANN, 27 f. Trotz früher kirchlicher Verbote finden sich Nachweise solch gerichtlicher Zweikämpfe im deutschen Rechtsraum bis in die Mitte des 17. Jahrhunderts, siehe VARGHA, 109.

7 Zu den verschiedenen Formen der Gottesurteile, vgl. etwa SCHMIDT, Deutsche Strafrechtspflege, 99 f.

8 Die zahlreichen Aufzeichnungen solcher Duelle dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass der gerichtliche Zweikampf als *Ultima Ratio* diente. Aus diesem Grund sahen die Formvorschriften über die Einleitung einer solchen Streitbeilegung immer wieder Möglichkeiten für Vergleichsverhandlungen vor, siehe JACKSON, Uncertainty, 130 f.; NEUMANN, 86 f. mit Beispielen.

9 NEUMANN, 12.

10 Die Forderung eines Rangniedereren konnte mit Verweis auf die mangelnde Ebenbürtigkeit ausgeschlagen werden, vgl. VON REPGOW, 106. Der umgekehrte Fall, also die Forderung eines Höhergestellten an einen Niederen, war indes möglich, vgl. hierzu NOTTARP, 273 f.

nahmen, war eher selten. Für gewöhnlich reichte die Überwindung der gegnerischen Streitpartei durch physische Überlegenheit aus;¹¹ doch wurden auch Regelverstöße, etwa durch Verlassen der vorgegebenen Schranken, Verlust der Waffe, Nicht- oder verspätetes Erscheinen an der Kampfstätte, als Zeichen der Niederlage gedeutet.¹²

Ein typisches Kennzeichen solch gerichtlicher Zweikämpfe waren die detaillierten formalen Regeln.¹³ Hinsichtlich der Gleichheit der Waffen steht beispielsweise im Sachsenspiegel geschrieben, dass beide Parteien ein blankes Schwert in der einen Hand zu halten hatten und in der anderen Hand ein rundes Schild, «*der aus nichts (anderem) als Holz und Leder sei, ausser der Buckel, der darf gewiss eisern sein [...]*».¹⁴ Die Nichtbeachtung der formalen Regeln war mit ernsthaften Konsequenzen verbunden. Dies illustriert etwa ein überliefertes Duell aus dem späten 11. Jahrhundert, in welchem eine beschuldigte Person des Hochverrats bezichtigt wurde. Im Verlaufe der kämpferischen Auseinandersetzung verlor die klagende Partei ein Auge und zog angesichts der Niederlage ein Messer aus dem Schuh. Diese Handlung verlangte gemäss der Schilderung des Chronisten JOHN FODRUN nach einer unmittelbaren Bestrafung, weshalb der Kläger mit dem heimlich mitgebrachten Messer regelrecht durchlöchert wurde und man sich so seiner «gottlose Seele» entledigt hatte.¹⁵

Ein solches Verständnis der «Waffengleichheit» lässt sich nicht mehr in die heutige Zeit übertragen, in welcher auf der Grundlage rationaler Kriterien über den erhobenen Tatverdacht entschieden wird. Der Grund, weshalb im Zuge der Reformation des Strafprozesses am Begriff «Waffengleichheit» festgehalten wurde, liegt wohl in der ihm zugrundeliegenden Forderung nach der Schaffung einer gleichberechtigten Ausgangslage zwischen klagender und beklagter Partei im Beweisverfahren.

11 NOTTARP, 289. Bei besonders schwerwiegenden Delikten sowie bei Übereinkunft der beiden Streitparteien war ein Kampf auf Leben und Tod möglich, vgl. NEUMANN, 89.

12 NEUMANN, 89.

13 Vgl. VARGHA, 109.

14 VON REPGOW, 108. Die Franken kämpften mit Schild und Keule und die Goten auf dem Pferd mit Lanze, Schwert und Schild, siehe VARGHA, 109 (Fn. 11). Weitere Beispiele der Ausstattung finden sich bei NOTTARP, 283–287. Für den angelsächsischen Raum, vgl. BLACKSTONE, Third Book, Chapter 22, 337 ff.

15 NEUMANN, 94 f. mit Hinweis auf die lateinische Quelle.

Die Wurzeln des modernen Verständnisses der Waffengleichheit liegen in den Bestrebungen zur Reformation des Strafprozesses im 19. und 20. Jahrhundert, als es darum ging, den bis dahin geltenden Inquisitionsprozess unter Einführung neuer Verfahrensstrukturen zu reformieren. Wie hernach aufgezeigt wird, bildet die Reformbewegung in Europa die Voraussetzung für die Entstehung einer «Waffengleichheit» nach modernem Verständnis (B.). Inwieweit die reformerischen Ideen im Zusammenhang mit dem Waffengleichheitsprinzip in den schweizerischen Kantonen bis zur Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung im Jahr 2011 verwirklicht wurden, soll daran anschliessend überblicksartig beleuchtet werden (C.). Es ist jedoch nicht das Ziel der vorliegenden Arbeit, den geschichtlichen Hintergrund des Waffengleichheitsprinzips umfassend darzustellen. Die Ausführungen in diesem Kapitel sollen vielmehr als Grundlage für die Erörterung eines im modernen Sinn verstandenen Waffengleichheitsprinzips dienen. Im Rahmen der Schlussfolgerungen werden die aus dem Blickwinkel der «Waffengleichheit» besonders interessierenden Aspekte hervorgehoben (D.).

B. REFORMATION DES STRAFPROZESSES ALS GRUNDLAGE FÜR DAS MODERNE VERSTÄNDNIS DER «WAFFENGLEICHHEIT»

Der dem reformierten Strafprozess zeitlich vorausgehende Inquisitionsprozess zeichnete sich durch ein mit umfassenden Machtbefugnissen ausgestattetes Organ der Staatsgewalt (sog. Inquirent) aus, welches auf Verdacht hin von Amtes wegen einschritt.¹⁶ Die Aufgabe des Inquirenten bestand in der Abklärung des Sachverhalts, um entweder selbst eine Entscheidung über Schuld oder Unschuld zu treffen oder das Untersuchungsergebnis einem Spruchkörper zu übermitteln, der auf der Grundlage des Untersuchungsergebnisses über den Anklagevorwurf zu entscheiden hatte.¹⁷ Das Inquisitionsverfahren entsprach der damaligen absolutistischen Vorstellung eines Polizeistaates, in

¹⁶ WOHLERS, Staatsanwaltschaft, 50.

¹⁷ SCHMIDT, Deutsche Strafrechtspflege, 86 f. Im letzteren Fall bestand eine erhebliche Gefahr, dass ein Gericht allein auf der Grundlage der Untersuchungsakten und somit aus zweiter Hand urteilte, siehe ZACHARIÄ, Gebrechen, 156–180.

welchem der Macht des Staates uneingeschränkter Vorrang gegenüber dem Individuum zukam.¹⁸

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts gelangte man in der Rechtswissenschaft zur Überzeugung, dass der Strafprozess einer grundlegenden Reform bedurfte. Die verfahrensbeherrschende Stellung des Inquirenten, der gleichzeitig die Funktionen der Anklage, der Verfahrensleitung und der Verteidigung wahrnehmen sollte, stiess in jener Zeit zunehmend auf Ablehnung.¹⁹ Man erkannte, dass die Übertragung schrankenloser Machtbefugnisse auf eine Person, welche den Sachverhalt abschliessend zu untersuchen hatte, nicht geeignet war, um das Ziel einer materiell richtigen Entscheidung zu erreichen.²⁰ Das Strafverfahren sollte derart reformiert werden, dass die Anklage, die Verteidigung und das unparteiische Richteramt ihre jeweils eigenen Organe erhielten, «unter Vermeidung jeder Vereinigung der verschiedenen Funktionen in einer Person».²¹ Die Reformbewegung war gleichzeitig Ausdruck eines gewandelten staatsrechtlichen Denkens: Der Einzelne wurde nicht länger als blosses Objekt in einem absolutistischen Polizeistaat betrachtet, sondern als Subjekt und eigenständige Prozesspartei im Verfahren anerkannt.²²

Ihren Ausgangspunkt nahm die Reformbewegung in Frankreich.²³ Die französische Strafprozessordnung (*Code d'instruction criminelle*) aus dem Jahre 1808 spielte eine tragende Rolle für die weitere Reformbewegung in ganz Europa.²⁴ Im Zuge der Ausarbeitung dieser Strafprozessordnung bestand ein

18 ZACHARIÄ, Handbuch Band I, 145–147; SCHMIDT, Deutsche Strafrechtspflege, 324; IGNOR, 154 f.; GEPPERT, 42.

19 SCHMIDT, Deutsche Strafrechtspflege, 324; IGNOR, 154 f.; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 14.

20 Vgl. MITTERMAIER, Gesetzgebung und Rechtsübung, 272–290.

21 ZACHARIÄ, Handbuch Band I, 43.

22 Diese Entwicklung kennzeichnet den Übergang vom Polizeistaat zum Rechtsstaat, siehe SCHMIDT, DRiZ 1957, 276.

23 In Frankreich kam es aufgrund der vielen Gerichtsinstanzen zu Überschneidungen von Gerichtsbarkeiten. Durch dieses Durcheinander an Verfahrensweisen und Kompetenzkonflikten erschien die französische Justiz unorganisiert und lückenhaft. Die Reformbewegung gründete somit in nicht unerheblichem Masse auch auf dem Willen zur Neuorganisation einer für fehlerhaft befundenen «Ökonomie der Macht», siehe FOUCAULT, 100 f.

24 Die Bedeutung des *Code d'instruction criminelle* für das schweizerische Strafprozessrecht hervorhebend, HAUSER, Unmittelbarkeit, 168. Für das deutsche Schrifttum stellvertretend, MITTERMAIER, Theorie des Beweises, 16–23; MITTERMAIER, Gesetzgebung und Rechtsübung, 271.

reger Diskurs zwischen den Anhängern der Reformbewegung, die sich stark am angloamerikanischen Prozesssystem orientierten, und den Verfechtern traditioneller Verfahrensprinzipien.²⁵ Beide Strömungen fanden insofern Beachtung, als im *Code d'instruction criminelle* eine Mischform zwischen inquisitorischen und kontradiktorischen Verfahrenszügen festgeschrieben wurden (sog. «système mixte»):²⁶ Im inquisitorisch geprägten Vorverfahren war eine für neutral befundene Untersuchungsbehörde – unter Abwesenheit der Staatsanwaltschaft und Verteidigung – für die geheime Beweiserhebung zuständig;²⁷ demgegenüber sollte die öffentliche Hauptverhandlung im Sinne eines Anklageverfahrens kontradiktorisch ausgestaltet werden.²⁸ Unter einem «Anklageverfahren» wurde ein Strafverfahrensmodell nach angloamerikanischem Vorbild verstanden, in dem sowohl die Anklage als auch die Verteidigung die Möglichkeit erhielten, ihre Argumente in kontradiktorischer Weise vor einem unparteiischen Gericht darzulegen.²⁹

Die Reformbewegung wirkte sich auch auf die Schweiz aus. Unter französischer Herrschaft wurde 1799 das *Peinliche Gesetzbuch der Helvetischen Re-*

25 SUMMERS, *Fair Trials*, 25 m.w.H. Dabei wurde oftmals rechtsvergleichend aufeinander Bezug genommen, so beispielsweise in den Schriften von FEUERBACH «Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtspflege», Band I und II, aus den Jahren 1821 und 1825 oder in der rechtsvergleichenden Auseinandersetzung (Schottland, England, Frankreich und verschiedene Kantone der Schweiz) von MITTERMAIER «Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmässigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft» von 1845 sowie in dem Werk von VARGHA «Die Verteidigung in Strafsachen, Historisch und dogmatisch dargestellt» aus dem Jahr 1879.

26 GLASER, 211.

27 Damit sollte sichergestellt werden, dass weder die Staatsanwaltschaft noch die Verteidigung die Beweissammlung im Anfangsstadium der Untersuchung beeinflussten, vgl. SUMMERS, *Fair Trials*, 27. Kritisch zur unparteiischen Stellung des französischen Untersuchungsrichters, MEYER, *Strafverfolgung*, 44 f.

28 Siehe dazu CLERC, 17; GEPPERT, 44; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 4 N 12; PIQUEREZ, N 83; KAUFMANN, 42.

29 Vgl. BIENER, 46–54, Beschreibung des akkusatorischen Charakters des englischen Kriminalverfahrens («Das Wesen des accusatorischen Prozesses ergibt formell einen Rechtsstreit zweier Parteien, vor dem Richter einander gegenüberstehend [...]»); SANDERMANN, 70; VARGHA, 288. In Zeiten der deutschen Revolutionsphase 1948 war man sich über die Bedeutung des Begriffs «Anklageverfahren» nicht mehr einig, vgl. MITTERMAIER, *Gesetzgebung und Rechtsübung*, 275 ff. Zur unterschiedlichen Auslegung des Begriffs, siehe WOHLERS, *Staatsanwaltschaft*, 57–59 mit Verweis auf GLASER, 36: «Streit um Worte».

publik eingeführt, welches stark vom französischen *Code pénal* von 1791 beeinflusst war.³⁰ Mit dem Zerfall der Helvetischen Republik im Jahr 1803 kamen die Reformbestrebungen in der Schweiz ins Stocken, und in der darauf folgenden Mediationszeit folgte ein Rückfall in vorrevolutionäre Verhältnisse.³¹ Der reformierte Strafprozess konnte sich in der Eidgenossenschaft, ausgehend von der Julirevolution 1830 in Paris, erst im zweiten Anlauf durchsetzen.³²

I. Institutionelle Trennung zwischen richterlicher und strafverfolgender Tätigkeit

Ein wesentlicher Aspekt der Verfahrensreform betraf die Trennung der richterlichen Tätigkeit von der Strafverfolgung. Um den Anschein der Unparteilichkeit zu wahren, durfte das Gericht nicht mehr gleichzeitig mit der Abklärung des Tatverdachts befasst sein.³³ Im Sinne einer möglichst objektiven Strafuntersuchung und einer unparteiischen richterlichen Entscheidungsfindung sollten die Rollen sowohl des Untersuchungsrichteramts im Vorverfahren als auch des erkennenden Gerichts in der Hauptverhandlung von jener des «angreifenden Anklägers»³⁴ getrennt werden.³⁵

Das Erfordernis, den Anschein der Unparteilichkeit zu wahren, machte es notwendig, die Vertretung des staatlichen Interesses an der Strafverfolgung und der Bestrafung eines allfälligen Normbruchs vom Richteramt zu trennen.³⁶ Dem neu eingeführten Institut der Staatsanwaltschaft oblag die Aufgabe, die

30 CARLEN 41 f.; FRITZSCHE, 21.

31 KAUFMANN, 41; CLERC, 15; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 14 f.

32 Vgl. GOSSWEILER, 11; PIQUEREZ/MACALUSO, N 147 ff.; KAUFMANN, 41; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 4 N 12. Auf die Folgen für das Justizwesen in Zürich eingehend MÜLLER, Staatsanwaltschaft, 149 ff.

33 SCHMIDT, Deutsche Strafrechtspflege, 328 f.; ZACHARIÄ, Gebrechen, 143 f.; SUMMERS, Fair Trials, 31–34; WAIBLINGER, ZStrR 1952, 243 f.; SANDERMANN, 69; von einer «psychologischen Unvereinbarkeit» ausgehend PFENNINGER, Strafprozessrecht, 141.

34 SCHMIDT, FS-Kohlrausch, 279.

35 ZACHARIÄ, Handbuch Band I, 421: «Die Vermischung beider Funktionen im Inquisition-process war das Hauptgebrechen desselben und der Gewinn eines besondern Organs für die gerichtliche Verfolgung des Verbrechens eine der dringendsten reformatorischen Forderungen». MITTERMAIER, Gesetzgebung und Rechtsausübung, 273: «Sobald man den Untersuchungsrichter zum Ankläger machte, ist seine Unparteilichkeit gefährdet [...]».

36 Die Staatsanwaltschaft vertritt die Interessen des Gemeinwesens an der Verfolgung eines begangenen Rechtsbruchs und der Bestrafung des Verantwortlichen, vgl. RUTH, 10–14.

Strafverfolgung voranzutreiben und die öffentliche Anklageposition zu vertreten.³⁷ Ziel der Anklage sollte es sein, alle belastenden Momente möglichst vollständig zu ermitteln und vor Gericht zur Geltung zu bringen.³⁸ Das Beharren auf der Unparteilichkeit der richterlichen Behörden hatte zur Konsequenz, dass die anderen Verfahrensbeteiligten zwingend als Parteien im Strafprozess betrachtet werden mussten. Dies galt nicht nur für die beschuldigte Person, sondern ausdrücklich auch für die strafverfolgende Staatsanwaltschaft. Letztere sollte nach der Auffassung von ZACHARIÄ für die gesamte Dauer des Strafverfahrens eine Parteistellung einnehmen.³⁹

II. Einführung des Instituts der Staatsanwaltschaft in der Schweiz

Auf Druck von Napoleon trat am 12. April 1798 die Helvetische Verfassung in Kraft, welche einen öffentlichen Ankläger vor dem obersten Gerichtshof der Schweiz und vor den Kantonsgerichten vorsah.⁴⁰ Damit wurde kurzerhand schweizweit die bis dahin unbekannte Institution der Staatsanwaltschaft eingeführt.⁴¹ In den Kantonen war zunächst unklar, wie damit umgegangen werden sollte. Diese Rechtsunsicherheit führte dazu, dass die Zentralregierung mit kantonalen Anfragen regelrecht überhäuft wurde.⁴² So reichten die Regierungsstatthalter von Bern und Zürich ganze Fragenkataloge ein und wollten unter anderem wissen, ob die Staatsanwaltschaft das Recht habe, an den Verhören der beschuldigten Person anwesend zu sein.⁴³ Insbesondere die Frage, in welchem Umfang die neu geschaffene Staatsanwaltschaft in die Strafuntersuchung zu integrieren sei, war umstritten. Dies zeigte sich beispielsweise in der Auseinandersetzung im Kanton Bern, in welcher der Regierungsstatthalter der Auffassung war, die Strafuntersuchung in Kriminal-

37 Vgl. LÜTHI, Bundesanwaltschaft, 13 f.

38 RUTH, 14.

39 ZACHARIÄ, Handbuch Band I, 421–432.

40 LÜTHI, Bundesanwaltschaft, 2; STEIGER, 13. Die unteren Distriktsgerichte wurden von der Verfassungsbestimmung ausgenommen, was in den Kantonen zusätzlich für Verwirrung sorgte.

41 Vgl. ITEN, 25; METTLER, Staatsanwaltschaft, 172.

42 ITEN, 25.

43 Vgl. LÜTHI, Kriminalgerichtswesen, 20 f.

fällen müsse der Staatsanwaltschaft übertragen werden.⁴⁴ Das Kantonsgericht teilte diese Einschätzung nicht und richtete seinerseits an die Zentralregierung die Anfrage, ob die Staatsanwaltschaft wirklich die Strafuntersuchung zu führen habe, da *«es uns so unschicklich als widersprechend geschienen, dass der öffentliche Ankläger, der nach unseren Begriffen Partei ist, denselben zugleich examinieren soll»*.⁴⁵

Da das Parlament nicht zum Erlass einer übergeordneten Helvetischen Strafprozessordnung bewogen werden konnte, sah sich die Regierung im Jahre 1798 gezwungen, den Umfang der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft mittels Direktiven näher zu umschreiben. So hielt das Justizministerium zunächst in allgemeiner Form fest, dass die Staatsanwaltschaft vor dem Gericht im Namen der Nation den Anklageprozess fortzuführen habe.⁴⁶ Mit dieser abstrakten Definition der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit gaben sich die Kantone indes nicht zufrieden, weshalb der Justizminister in einem Zirkular konkret ausführte, dass die Staatsanwaltschaft nicht primär für die Untersuchung zuständig, jedoch zur Mitwirkung in diesem Verfahrensabschnitt befugt sei.⁴⁷

Die Weisungen führen nicht zur angestrebten Harmonisierung in der Rechtsanwendung. So wurde entgegen dem Wortlaut des Zirkulars in einigen Kantonen die Staatsanwaltschaft mit der Leitung der Strafuntersuchung betraut.⁴⁸ Zudem übernahmen in den unteren Gerichtsinstanzen (Distriktsgerichte) jeweils die Gerichtsmitglieder pro forma die Funktion der Staatsanwaltschaft,⁴⁹ was dem Zweck, der mit der Einführung der Staatsanwaltschaft erreicht werden sollte, diametral entgegenstand. Dennoch konnte sich das

44 LÜTHI, Kriminalgerichtswesen, 25; METTLER, Staatsanwaltschaft, 174–176.

45 Anfrage des Kantonsgerichts Bern vom Juni 1798, zitiert in: METTLER, Staatsanwaltschaft, 175.

46 Weisung des Helvetischen Justizministers an den Regierungsstatthalter von Oberland, zitiert in: LÜTHI, Kriminalgerichtswesen, 34 f.

47 Zirkular über den provisorischen Rechtsgang in Kriminalsachen vom 31. August 1798: *«Der öffentliche Ankläger wohnt den Verhören bey, er beobachtet den gesetzlichen Gang derselben, er fordert den Ausschuss des Bezirksgerichts auf, die Thatsachen, so noch nicht genau untersucht sind, in ein gehöriges Licht zu setzen [...]»*, zitiert in: METTLER, Staatsanwaltschaft, 177 f.

48 Beispielsweise im damaligen Kanton Baden sowie im Tessin, siehe LÜTHI, Kriminalgerichtswesen, 43 f.

49 METTLER, Staatsanwaltschaft, 183.

Institut der Staatsanwaltschaft in der damaligen Strafrechtspflege bis zum Ende der Helvetischen Republik im Jahre 1803 halten.⁵⁰

Mit der Einführung der Mediationsakte im Jahr 1803 bestimmten die Kantone wiederum eigenständig über die Organisation ihres Strafverfahrens.⁵¹ Dies führte dazu, dass viele Kantone die Figur der Staatsanwaltschaft gleich wieder abschafften oder deren Kompetenzen stark einschränkten.⁵² In den Kantonen Aargau, Bern und Wallis konnte sich die Staatsanwaltschaft zumindest ansatzweise etablieren,⁵³ wobei jedoch die Funktion der Anklagevertretung einem Mitglied des Gerichts übertragen wurde.⁵⁴ Der Kanton Zürich kannte eine Mischform: In den unteren Gerichtsinstanzen wurde der Ankläger aus den Reihen des Spruchkörpers gewählt, währenddessen vor Obergericht eine vom Richteramt personell getrennte Instanz die Funktion der Staatsanwaltschaft übernahm.⁵⁵

Die Reformation des Strafprozesses erfolgte in der Schweiz erst ab der Ära der Regeneration um 1830.⁵⁶ In dieser Zeit wurden die Reformationsideen in vielen Kantonen auf der Ebene der Gerichtsorganisationsgesetze aufgenommen. So wurde im Kanton Bern die Staatsanwaltschaft ab dem Jahr 1831 nicht mehr aus den Reihen des Gerichts gestellt, sondern sollte «*eine vom Gericht getrennte Person*» sein.⁵⁷ Ähnlich hält das Gesetz über die Gerichtsorganisation des Kantons Waadt aus dem Jahr 1832 ausdrücklich fest: «*les fonctions d'accusateur public sont incompatibles avec celles de juge*».⁵⁸ Im Kanton Zürich wurde das

50 Vgl. LÜTHI, Gesetzgebung, 152 f.

51 CARLEN, 91 f. Die Kantone Genf, Neuenburg sowie Jura blieben jedoch bis 1815 unter französischer Herrschaft, siehe METTLER, Staatsanwaltschaft, 184.

52 Die Kantone Graubünden (SCHMID, Staatsanwaltschaft, 28 f.), Schwyz (REISS, 93), Schaffhausen (UHLMANN, 7), Basel (HEUSS, 68–70), Uri (REGLI, 41) sowie Solothurn (KISSELING, 12–14) schafften das Institut des öffentlichen Anklägers ab. Die Kantone St. Gallen, Glarus und Thurgau schränkten die Bedeutung des öffentlichen Anklägers massiv ein, vgl. METTLER, Staatsanwaltschaft, 185 (Fn. 1038).

53 METTLER, Staatsanwaltschaft, 186; KAUFMANN, 41 (Aargau).

54 Näher zur geschichtlichen Entwicklung der Verfahrensstruktur im Kanton Aargau, TÖNDURY, 8–13. Für den Kanton Bern, vgl. TRÜSSEL, 43.

55 KNECHT, 15.

56 Siehe vorstehend, Fn. 32.

57 Vgl. TRÜSSEL, 48 mit Verweis. Das Institut der Staatsanwaltschaft war jedoch nur vor Obergericht vorgesehen, siehe STEIGER, 14.

58 Zitiert in METTLER, Staatsanwaltschaft, 189. Im Kanton Schaffhausen wurde die Staatsanwaltschaft (sog. Fiskal) weitestgehend auf ihre Anklagefunktion reduziert, siehe UHLMANN, 15 f.

Institut der Staatsanwaltschaft sogar auf der Ebene der Kantonsverfassung vom 10. März 1831 eingeführt.⁵⁹

III. Forderung nach einem Gegengewicht zur staatlichen Anklagevertretung (Prinzip der Waffengleichheit)

Durch die Einführung des Instituts der Staatsanwaltschaft ins Gefüge der kantonalen Strafprozessordnungen geriet die Entscheidungsfindung im Strafprozess in eine gefährliche Schiefelage.⁶⁰ Angesichts der hoheitlichen Befugnisse der Staatsanwaltschaft entstand die Forderung nach einem Gegengewicht. Es galt die institutionelle Übermacht der Staatsanwaltschaft zugunsten einer unbefangenen Entscheidung materiell auszugleichen. Nur wenn es der beschuldigten Person in prozessual gleichberechtigter Weise möglich sei, auf die Urteilsfindung kontradiktorisch einzuwirken,⁶¹ sei garantiert, dass kein Unschuldiger verurteilt und die Subjektstellung der beschuldigten Person gewahrt werde.⁶²

Das anzustrebende Verhältnis zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person im Strafverfahren wurde bereits früh unter dem Begriff der «Waffengleichheit» diskutiert.⁶³ Der Ausdruck traf jedoch auf Ablehnung, weil eine absolute Gleichheit nicht erreicht werden könne und deshalb ein falsches Bild der Verfahrenswirklichkeit erzeugt werde. Ausgehend von einer wortgetreuen Auffassung der Waffengleichheit als mathematisch-quantitative Egalität zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft wurde das Prinzip der

59 Demnach hatte die Staatsanwaltschaft im Namen des Staates die Verbrecher vor dem Kriminal- und Obergericht zu verfolgen. Vor Bezirksgericht vertrat weiterhin die Untersuchungsbehörde die Anklage, vgl. MÜLLER, Diss., 65.

60 Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft in aller Regel rechtsgelehrt und prozessverfahren war und somit ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen konnte, siehe MITTERMAIER, Gesetzgebung und Rechtsübung, 286.

61 Vgl. BIRKMEYER, 143: «Keine [Partei] darf vor der anderen bevorzugt sein in der Zuerkennung prozessualischer Rechte».

62 Zur Stellung als Prozesssubjekt bereits VARGHA, 271; MÜLLER, Waffengleichheit, 1064.

63 MITTERMAIER, StRZ 1861, Sp. 20 ff. und 37 ff.; SANDERMANN, 69 (Fn. 29); SCHULZ, Waffengleichheit, 40. Vgl. etwa ZACHARIÄ, Gebrechen, 278: «Völlige Gleichheit der Angriffs- und Verteidigungswaffen. Vor dem Richter hat auch der Staatsanwalt nur Parteirechte».

Waffengleichheit als Phrase,⁶⁴ als ganz und gar abwegige Vorstellung⁶⁵ oder schlicht als Unwahrheit⁶⁶ bezeichnet.⁶⁷ Allerdings ging es den massgebenden Reformern gar nicht darum, die beschuldigte Person mit den gleichen hoheitlichen Befugnissen auszustatten wie die Staatsanwaltschaft. Auch sie erachteten eine absolute Gleichstellung der Parteien weder als möglich noch als wünschbar.⁶⁸ Nach der Auffassung von GLASER ist selbst im Zivilprozess zwischen zwei natürlichen Personen eine ausnahmslose Gleichheit aufgrund der unterschiedlichen finanziellen Ressourcen nicht denkbar.⁶⁹ Umso mehr müsse dies für den Strafprozess gelten, in welchem naturgemäss keine Gleichheit zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft herrschen könne.⁷⁰ Denn die Stellung des Beschuldigten sei *«eine so gedrückte und gefährdete, dass er trotz aller rechtlichen Vermutungen, die man zu seinen Gunsten aufstellen mag, im Nachtheile ist»*.⁷¹

Die Befürworter des Prinzips waren sich der Undurchführbarkeit einer paritätischen Behandlung der sich gegenüberstehenden Verfahrensparteien durchaus bewusst und setzten sich für eine von der Begrifflichkeit der «Gleichheit» losgelöste Interpretation ein.⁷² Basierend auf einer ganzheitlichen Betrachtung des Strafprozesses verstand VON BELING die Waffengleichheit als Prinzip, das die ungünstige Stellung der beschuldigten Person durch

64 VON KRIES, 220: «Dies sogenannte Prinzip der Waffengleichheit ist eine Phrase. Denn die einfachste Betrachtung zeigt, dass die Parteien, da sie verschiedene Zwecke verfolgen, zur Erreichung derselben verschiedene Mittel bedürfen und dass schon aus diesem Grunde von einer völligen Gleichheit der Rechte gar keine Rede sein kann».

65 WACH, 8–14 (insbesondere S. 13, auf welcher die Gleichheit im Begriffshimmel der Scholastik verortet wird).

66 HENKEL, 123.

67 MÜLLER, Waffengleichheit, 1064.

68 GRAF ZU DOHNA, 49: «Es kann sich dabei immer nur um eine Einschränkung der Macht des Staates und um eine Stärkung der Position des Angeklagten handeln».

69 GLASER, 240.

70 MITTERMAIER, Gesetzgebung und Rechtsübung, 286: «Man fühlt, dass nach der Natur des Strafprozesses der Angeklagte dem Ankläger gegenüber mehr oder minder in schwerer Lage ist».

71 GLASER, 240.

72 Vgl. etwa MITTERMAIER, Strafverfahren, 169: «In so fern die bürgerliche Gesellschaft als Ankläger dem Angeklagten gegenüber steht, bedarf es einer Sicherung der Gleichheit der Rechte der Parteien in der Art, dass der Angeschuldigte hinreichend Mittel erhält, gegen jeden Angriff sich zu verteidigen, und daher rechtzeitig von der Beschuldigung in Kenntnis gesetzt wird, um sich rechtfertigen zu können».

gewisse Einzelbestimmungen (sog. «*favor defensionis*») verbessern sollte.⁷³ Der beschuldigten Person bzw. ihrem anwaltlichen Beistand müsse daher eine materiell gleichwertige Gelegenheit geboten werden, um ihre Sichtweise ins Verfahren hineinzutragen.⁷⁴ Mit dem Prinzip wurde eine Verfahrensbalance angestrebt, in der sich die prozessualen Einwirkungsmöglichkeiten der Verteidigung mit denjenigen des Angriffs in einem Gleichgewicht befinden sollten.⁷⁵ In Anerkennung der institutionellen Übermacht der Staatsanwaltschaft sollte das Waffengleichheitsprinzip also dazu beitragen, der beschuldigten Person eine vergleichbare Möglichkeit zu bieten, ihre Beweise und Sichtweise vor einer unparteiischen Behörde geltend zu machen und den Standpunkt der Gegenpartei zu kontern.

In der Schweiz hat man sich lange Zeit nicht mit dem Prinzip der Waffengleichheit und seiner Bedeutung auseinandergesetzt. Der Begriff tauchte noch nicht einmal im Bericht über die englische Strafrechtspflege auf, der als Basis für die Reform des Zürcher Strafprozesses von 1852 diente.⁷⁶ Soweit ersichtlich, hat sich RUTH im Jahr 1904 erstmals vertieft mit dem Waffengleichheitsprinzip im schweizerischen Kontext auseinandergesetzt. Seiner Abhandlung liegt ebenfalls kein formelles Verständnis der «Waffengleichheit» als absolute Gleichheit zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft zugrunde.⁷⁷ Vielmehr gelte es, beiden Parteien eine gleichwertige Möglichkeit einzuräumen, damit diese mit sachlichen Gründen auf die Urteilsfindung einwirken können.⁷⁸ Überdies gebiete das Prinzip der Waffengleichheit, dass die Staatsanwaltschaft «*nicht solche Funktionen (besonders in der Untersuchung) ausübe, die sich nicht mit der Stellung einer Partei vertragen*».⁷⁹

Inwieweit der Reformforderung nach einer so verstandenen, auf Gleichwertigkeit beruhenden Verfahrensbalance im Zeitraum bis zur Gesamtkodifikation des Strafprozesses von 2011 nachgekommen worden ist, wird im Folgenden einer näheren Überprüfung unterzogen.

73 VON BELING, 35, 137.

74 GLASER, 239.

75 Vgl. dazu etwa ZACHARIÄ, Handbuch Band II, 274.

76 Siehe den Bericht von RÜTTIMANN; KOHLBACHER, 6 f.

77 RUTH, 115.

78 Dabei gelte es die Aufgabe und Lage der Partei zu berücksichtigen, vgl. RUTH, 116.

79 RUTH, 116. Ähnlich GLASER, 239; VARGHA, 390: «[Der Staatsanwalt soll] als Partei über keine behördlichen Befugnisse mehr verfügen [...], welche das Prinzip der Waffengleichheit verletzen könnten».

C. UMSETZUNG DER REFORMFORDERUNG NACH EINER «WAFFENGLEICHHEIT» IN DER SCHWEIZ

Der Reformprozess verlief kantonal unterschiedlich, was mit der verschiedenartigen Organisation der Strafgewalt in den Kantonen zu tun hat.⁸⁰ Diese orientierten sich bei der Reformierung ihrer Strafprozessordnung häufig an den anderen Kantonen oder am benachbarten Ausland.⁸¹ Die Verschiedenartigkeit der Umsetzung der Reformideen erfordert daher eine differenzierte Betrachtung.

Als erstes muss auf die Untergliederung des Strafverfahrens in ein Vor- und Hauptverfahren näher eingegangen werden. Im Vorverfahren, das nach der Vorstellung der führenden Reformer bloss vorbereitenden Charakter aufweisen sollte, hatten sich die untersuchungsrichterlichen Behörden auf die Beweiserhebung zu beschränken.⁸² Auch im damaligen Deutschen Reich gelangte man zur Überzeugung, dass der Untersuchung lediglich eine vorbereitende und damit untergeordnete Funktion zukommen sollte.⁸³ Der Grundsatz der unmittelbaren Beweiserhebung vor Gericht⁸⁴ wurde mit der Einführung der Reichsstrafprozessordnung vom 1. Februar 1877 zumindest mittelbar festgeschrieben.⁸⁵ Die Entscheidung über die erhobene Anklage

80 Die Mannigfaltigkeit bildete ein charakteristisches Merkmal der kantonalen Strafprozessordnungen in der Schweiz, vgl. PFENNINGER, Strafprozessrecht, 147: «Das Raritätenkabinett unserer schweizerischen Strafprozessordnungen ist in der Lage, für jede Gestaltungsmöglichkeit einen lebenden Repräsentanten zu liefern».

81 HAUSER, Lehrbuch, 43.

82 In Bezug auf die französische Zweiteilung des Strafverfahrens, vgl. HÉLIE, 44: «Ainsi, deux phases dans les procédures, ou plutôt deux procédures successives: la procédure préparatoire et la procédure définitive, l'instruction et le débat». Die Überzeugung, wonach lediglich die Hauptverhandlung geeignet war, eine Entscheidung über die Anklage zu treffen, könnte der Grund sein, weshalb sich die Forderung nach einer institutionellen Trennung von untersuchender und anklagender Behörde in Frankreich nicht auf das Vorverfahren erstreckte, siehe SUMMERS, Fair Trials, 27.

83 GLASER, 212: «[d]iese inquisitorische, geheime und schriftliche Procedur soll aber nur ein untergeordneter Bestandtheil des Prozesses sein».

84 Die formelle Unmittelbarkeit verbietet es dem Gericht, die Sachverhaltsfeststellungen des Vorverfahrens ungeprüft zu übernehmen, und verlangt eine selbständige Beweiserhebung in der Hauptverhandlung im Sinne eines eigenständigen Erkenntnisvorgangs, vgl. KRAUSS, Unmittelbarkeit I, 77.

85 Die Unmittelbarkeit der Beweisabnahme wurde nicht ausdrücklich im Gesetz verankert. Ein Zeuge oder Sachverständiger musste jedoch in der Hauptverhandlung vernommen

sollte in einer akkusatorisch ausgestalteten Hauptverhandlung getroffen werden, die dadurch gekennzeichnet war, dass «*sich die Parteien der Anklage und der Vertheidigung vor dem unparteiischen Richter gegenüberstehen*». ⁸⁶ Die Hauptverhandlung sollte den Rahmen bilden, in dem sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Verteidigung die Möglichkeit erhielten, ihre Beweise und ihren Standpunkt kontradiktorisch vorzutragen.

Im Einklang mit den Reformbestrebungen in den europäischen Nachbarländern wollte man auch in der Schweiz die Urteilsfindung entscheidend auf jene Beweise stützen, die im Rahmen der Hauptverhandlung unter Mitwirkung der Parteien erhoben wurden. ⁸⁷ Diesem Konzept entsprechend sollte die Strafuntersuchung von untergeordneter Bedeutung sein und lediglich der Vorbereitung auf die Hauptverhandlung dienen. ⁸⁸

In Bezug auf die Zweiteilung des Strafprozesses in ein vorbereitendes Vorverfahren und ein entscheidendes Hauptverfahren war in den Kantonen keine einheitliche Praxis auszumachen. So waren die Reformideen in der Strafprozessordnung des Kantons Schaffhausen vom 3. März 1909 weitgehend verwirklicht. ⁸⁹ Das Vorverfahren war eindeutig von der Hauptverhandlung abgetrennt und die Untersuchungsbehörde sollte den Tatvorwurf lediglich insoweit untersuchen, als dies der Staatsanwaltschaft ermöglichte, einen Entscheid über die Anklageerhebung zu treffen. ⁹⁰ Sofern Anklage erhoben wurde, hatte das Gericht seine Überzeugung auf der Basis der in der Haupt-

werden. Grundsätzlich war auch die Anwesenheit der beschuldigten Person gefordert, was es dem Gericht ermöglichte, die Äusserungen unmittelbar wahrzunehmen, vgl. dazu MAAS, 56–60. Laut § 188 der Reichsstrafprozessordnung war die Voruntersuchung nicht weiter auszudehnen, als erforderlich, «um eine Entscheidung darüber zu begründen, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeschuldigte ausser Verfolgung zu setzen sei». Die im Vorverfahren erhobenen Beweise sollten somit in der Theorie nur in Ausnahmefällen die Grundlage der späteren gerichtlichen Entscheidung bilden, vgl. VARGHA, 390; GRAF ZU DOHNA, 146.

86 VARGHA, 271.

87 Vgl. MEYER, Strafverfolgung, 36.

88 KNECHT, 63; MEYER, Strafverfolgung, 37: «Somit wird die Untersuchung nur zur Stützung der Anklage geführt, keineswegs als beweiswürdigendes und bereits – de facto wenigstens – Recht wirkendes Prozessstadium».

89 Vgl. GRISEBACH, 13.

90 KAUFMANN, 55 mit Hinweis auf BOLLI, 144.

verhandlung erhobenen Beweise zu bilden.⁹¹ Für die damalige Zeit fortschrittlich präsentierte sich auch das bernische Strafverfahren aus dem Jahre 1928, wonach die richterliche Entscheidungsfindung in aller Regel auf die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung beschränkt war.⁹²

Obschon sich die Reformideen mithin in einzelnen Kantonen durchsetzen konnten, muss konstatiert werden, dass der Schwerpunkt der strafrechtlichen Verdachtsabklärung in der post-inquisitorischen Epoche noch immer im geheimen Vorverfahren lag.⁹³ Nur in wenigen Kantonen wurden die Beweise unmittelbar in der Hauptverhandlung und unter Mitwirkung der Parteien erhoben.⁹⁴ Der Strafprozess im Kanton Wallis bestand zu Beginn der Reformbewegung faktisch nur aus der Beweiserhebung im Vorverfahren; in der Hauptverhandlung war es nicht vorgesehen, weitere Beweise abzunehmen.⁹⁵ Im Kanton Luzern waren die Untersuchungsakten und somit die Beweiserhebung im Vorverfahren ausschlaggebend für die Urteilsfindung.⁹⁶ Auch im Kanton Zürich kam die Beweiserhebung vor Gericht – mit Ausnahme der Verfahren vor dem Geschworenengericht – nur äusserst selten vor.⁹⁷ Das Schwergewicht der Beweiserhebung lag ganz eindeutig im Prozesstadium vor

91 Art. 218 aStPO SH: «Ueber das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, einzig aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpften Überzeugung». Vgl. auch KRAUSS, Unmittelbarkeit II, 44.

92 Vgl. Art. 283 ff. aStrV BE. Zudem war es bei einem Widerspruch zwischen dem Beweisergebnis in der Hauptverhandlung und dem Untersuchungsprotokoll nicht erlaubt, auf das Untersuchungsprotokoll abzustellen, siehe WAIBLINGER, Strafverfahren Bern, 359.

93 Kantonal vergleichend: GRISEBACH, 82–94; KAUFMANN, 54 f.; WOHLERS, Unmittelbarkeit II, 429 f.

94 MEYER fasst die kantonalen Entwicklungen 1897 zusammen und unterscheidet drei Entwicklungsetappen: I. Kantone, die trotz öffentlicher Schlussverhandlung die Beweise nur aus den Akten (Untersuchung) entnehmen (8 Kantone), II. Kantone, in denen die Beweise sowohl aus den Akten wie auch aus der Schlussverhandlung ergehen (7 Kantone), und III. Kantone, in denen die Beweiserhebung hauptsächlich kontradiktorisch erfolgte (10 Kantone), vgl. MEYER, Strafverfolgung, 39. Beinahe 100 Jahre später sieht HAUSER das Unmittelbarkeitsprinzip in den Kantonen Zürich (nur vor Geschworenengericht), Bern, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Schaffhausen, Aargau sowie in der gesamten Westschweiz verwirklicht, vgl. HAUSER, Unmittelbarkeit, 168 f.

95 VON CLERIC, Unmittelbarkeit, 42. Das Strafverfahren im Kanton Appenzell Innerrhoden wies ebenfalls stark inquisitorische Züge auf, vgl. KAUFMANN, 53.

96 Vgl. LERCH, 355–365.

97 KAUFMANN, 53 f.; VON CLERIC, Unmittelbarkeit, 44. Was immerhin in der Rechtswissenschaft auf Kritik gestossen ist, vgl. PFENNINGER, Strafprozessreform, 362.

der Anklageerhebung.⁹⁸ So bestimmte beispielsweise § 285 StPO ZH, dass die Akten bei Anklageerhebung spruchreif sein mussten, ansonsten die Rückweisung zur ergänzenden Beweisabnahme drohe.⁹⁹ Um einer drohenden Rückweisung vorzubeugen, erfolgten in Zürich deshalb umfangreiche Beweisabnahmen im Prozessstadium der Untersuchung.

Zwar kannten viele Kantone bis kurz vor der Einführung der schweizerischen StPO Bestimmungen, die den Zweck der Untersuchung darauf beschränkten, den Sachverhalt soweit festzustellen, dass entschieden werden konnte, ob Anklage zu erheben oder die Strafverfolgung einzustellen sei.¹⁰⁰ Dennoch dürfen solche idealtypischen Zweckbestimmungen der kantonalen Strafprozessordnungen nicht darüber hinwegtäuschen, dass in der Praxis die entscheidenden Beweise im Vorverfahren erhoben wurden.¹⁰¹

Die vorstehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass den Vorgängen im Vorverfahren in der post-inquisitorischen Epoche bis hin zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnung entscheidende Bedeutung für die Würdigung des Tatvorwurfs durch das Gericht zukam. Vor diesem Hintergrund ist es für die Bewertung der «Waffengleichheit» von besonderer Relevanz, wie das Vorverfahren in institutioneller Hinsicht ausgestaltet war. Insbesondere interessiert, inwiefern es der beschuldigten Person möglich war, in diesem Verfahrensstadium einen anwaltlichen Beistand beizuziehen, und inwieweit die Verteidigung im entscheidenden Vorverfahren mitwirken konnte. Jede wie auch immer geartete Mitwirkungsmöglichkeit kann allerdings angesichts einer verfahrensbeherrschenden Stellung der Gegenpartei an Schlagkraft verlieren. Deshalb müssen auch die Befugnisse der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren zwingend in die Bewertung einer Verfahrensbalance zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft einfließen.

98 Dies lag zur Hauptsache daran, dass die überwiegende Anzahl der kantonalen Strafprozessordnungen den Grundsatz der unmittelbaren Beweiserhebung nur fakultativ vorsahen und somit ins richterliche Ermessen gestellt haben, siehe GRISEBACH, 82.

99 Gem. § 285 StPO ZH.

100 So der Wortlaut von § 95 StPO BS. Vgl. auch bspw. Art. 146 StPO AR oder § 30 Abs. 1 StPO ZH. Im Kanton Bern (StrV BE) wird zwischen dem Zweck des Ermittlungsverfahrens (Art. 204) sowie dem Zweck der Untersuchung (Art. 234: «[...] dient der Vorbereitung der Hauptverhandlung») unterschieden. Der Kanton Aargau kannte sogar eine Bestimmung, wonach die Richter entscheidende Beweise selbst zu erheben haben, siehe § 27 StPO AG.

101 KOHLBACHER, 80–82; KRAUSS, Unmittelbarkeit II, 43–45.

I. Anwaltlicher Beistand im Vorverfahren

Zur Herstellung einer Verfahrensbalance zwischen einer beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft ist der anwaltliche Beistand unerlässlich.¹⁰² In der zweiten Hälfte des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts war es lediglich in sieben Kantonen möglich, im Untersuchungsverfahren anwaltlichen Beistand beizuziehen,¹⁰³ wobei dies jedoch nicht bereits für die erste Befragung vorgesehen war.¹⁰⁴

Die Zurückhaltung in Bezug auf die Anwesenheit der Verteidigung im Zeitpunkt der ersten Befragung der beschuldigten Person zieht sich durch das gesamte 20. Jahrhundert. Im Laufe der Zeit vermochte sich die Parteiöffentlichkeit im schweizerischen Untersuchungsverfahren mehr und mehr durchzusetzen.¹⁰⁵ Nur wenige Kantone gingen jedoch so weit, den Beizug einer Verteidigung bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren zuzulassen.¹⁰⁶ Et-

102 VON FEUERBACH, 185: «Für das beste Mittel zur Herstellung des rechtlichen Gleichgewichts zwischen Ankläger und Angeklagten hat man von jeher die Aufstellung eines rechtsgelehrten Defensors gehalten».

103 Die Möglichkeit, einen anwaltlichen Beistand in der Untersuchung beizuziehen, kannten die deutschsprachigen Kantone Solothurn (§ 163 aStPO SO, zitiert in MEYER, Strafverfolgung, 173; vgl. auch RUTH, 88), Aargau (Art 129 aStPO AG, zitiert in RUTH, 87) und Zürich (RUTH, 87). Sowohl im Kanton Zürich als auch im Kanton Aargau konnte der Verkehr mit der Verteidigung jedoch für höchstens 14 Tage untersagt werden, siehe MEYER, Strafverfolgung, 173. In der französischsprachigen Schweiz war der Beizug eines anwaltlichen Beistands vor Abschluss der Untersuchung in Genf, Neuenburg sowie Waadt möglich, siehe MEYER, Strafverfolgung, 172 f. In diesen Kantonen konnte die Verfahrensleitung die beschuldigte Person durch die «mise au secret» von der gesamten Aussenwelt und somit vom anwaltlichen Beistand bis zu 15 Tage abschotten, siehe MEYER, Strafverfolgung, 173 f. Im Kanton Tessin war der Beizug des anwaltlichen Beistands auf gewisse Untersuchungshandlungen, wie den Augenschein und die Durchsuchung, beschränkt, siehe RUTH, 86.

104 MEYER, Strafverfolgung, 173.

105 HAUSER, SJZ 1975, 344.

106 Exemplarisch bestand im zürcherischen Strafverfahren in der Regel kein Recht auf Anwesenheit des anwaltlichen Beistands im polizeilichen Ermittlungsverfahren, vgl. StPO-ZH Kommentar-LIEBER/DONATSCH, § 17 N 25. Selbst in der Untersuchung konnte der Zugang zur Verteidigung wegen «Gefährdung des Untersuchungszweckes» eingeschränkt werden, vgl. § 17 Abs. 2 StPO ZH. Zudem war es dem anwaltlichen Beistand nicht möglich, Fragen an die beschuldigte Person zu stellen, siehe KOHLBACHER, 133. Keine Beschränkung der Anwesenheit der Verteidigung kannten die Kantone Solothurn (seit 1990) sowie Aargau, vgl. SCHLEGEL, 235. Im Kanton Basel-Stadt konnte die Verteidigung auf Gesuch hin an der zweiten protokollarischen Befragung der Polizei beigezogen

was vereinfachend kann somit festgehalten werden, dass die kantonalen Strafprozessordnungen den anwaltlichen Beistand während der ersten Befragung in aller Regel nicht vorsahen.¹⁰⁷

Auch hinsichtlich der notwendigen Verteidigung ging aus den kantonalen Regelungen gegen Ende des 20. Jahrhunderts zumeist nicht eindeutig hervor, zu welchem Verfahrenszeitpunkt eine solche sichergestellt sein musste. In seiner Abhandlung aus dem Jahr 1973 hat SCHUBARTH die damalige Situation rechtsvergleichend dargestellt.¹⁰⁸ Demnach war die notwendige Verteidigung im Untersuchungsverfahren in vier Kantonen nicht vorgesehen;¹⁰⁹ der Kanton Obwalden sah überhaupt keine Regelung über die notwendige Verteidigung vor; in vier Kantonen war es nicht ersichtlich, ab welchem Verfahrenszeitpunkt eine notwendige Verteidigung einsetzen sollte;¹¹⁰ in drei Kantonen musste die notwendige Verteidigung im Untersuchungsverfahren sichergestellt sein.¹¹¹ In den restlichen kantonalen Prozessordnungen wurde die notwendige Verteidigung bei Vorliegen besonderer Umstände im Untersuchungsverfahren sichergestellt.¹¹² In Zürich galt bis zur Revision von 1991 beispielsweise die Regel, dass die Verteidigung *«acht Tage nach Beginn der Untersuchungen, jedenfalls vor dem Beginn der eigentlichen Verhandlung»*¹¹³ gewährleistet sein musste.

werden, kritisch dazu PIETH, FS Trechsel, 419, der darin ein Missbrauchspotenzial erkennt, um die Unerfahrenen und Ungeschickten zu Aussagen zu drängen. Im Kanton Schwyz konnte eine vorläufig festgenommene Person seit Ende 2002 eine Verteidigung bei der ersten polizeilichen Befragung beiziehen, vgl. § 15 Abs. 2 StPO SZ (eingefügt am 16.10.2002).

107 SCHMID, Anwalt der ersten Stunde, 749 mw.H. Vgl. auch VERNIORY, Diss., 180 f.; SCHLEGEL, 234; SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, 232–234.

108 Vgl. SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, 220 ff.

109 Dies betraf die Kantone Luzern, Nidwalden, Graubünden sowie Thurgau.

110 Unklare Regelung bestanden in den Kantonen Glarus, Freiburg, Appenzell-Innerrhoden sowie Neuenburg, wobei in den Kantonen Freiburg und Appenzell-Innerrhoden eher nicht von einer notwendigen Verteidigung in der Untersuchung auszugehen war.

111 So in den Kantonen Waadt, Genf sowie Zug.

112 Einen Anspruch auf notwendige Verteidigung hatte die beschuldigte Person bspw. in Zürich, falls vor dem Schwurgericht verhandelt wurde, eine Freiheitsstrafe von über einem Jahr oder eine qualifizierte Massnahme beantragt wurde oder zu erwarten war, bei gewissen Krankheiten der beschuldigten Person sowie bei *«besonderen Umständen»*, vgl. SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, 221.

113 Gem. § 13 Abs. 1 StPO ZH, zitiert in: KOHLBACHER, 76.

II. Mitwirkung der Verteidigung im Vorverfahren

Anfang des 20. Jahrhunderts sah die Mehrzahl der Strafprozessordnungen überhaupt keine Teilhabe der Verteidigung in der Untersuchung vor.¹¹⁴ Lediglich in den Kantonen Aargau,¹¹⁵ Genf,¹¹⁶ Neuenburg,¹¹⁷ Tessin,¹¹⁸ Waadt¹¹⁹ sowie Zürich konnte die Verteidigung zumindest bis zu einem gewissen Grad an der Untersuchung teilnehmen,¹²⁰ wenn auch nur unter besonderen Bedingungen. Zum Beispiel machte die damalige Regelung im Kanton Zürich die Teilnahme des anwaltlichen Beistands an den Zeugenbefragungen von der Anwesenheit der beschuldigten Person abhängig.¹²¹

Auch im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts war die Teilnahme der Verteidigung an den Beweiserhebungen in den meisten Kantonen fakultativ und stand somit im Ermessen der Untersuchungsbehörde.¹²² Es ist jedoch wichtig zu erkennen, dass sich die Mitwirkungsrechte der Verteidigung auf das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren und nicht auf das polizeiliche Ermittlungsverfahren bezogen.¹²³

Ein in Bezug auf die Mitwirkung der Verteidigung an den Beweiserhebungen fortschrittlich gestaltetes Untersuchungsverfahren galt im Kanton Zürich. Nach § 14 Abs. 1 StPO ZH wurde der Verteidigung die Möglichkeit gegeben, «den Einvernahmen von Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen vor dem Untersuchungsbeamten beizuwohnen und an sie Fragen zu richten [...]».

114 RUTH, 141. Exemplarisch THORMANN, der im Hinblick auf die Revision des Berner Strafverfahrens keine Mitwirkung des anwaltlichen Beistands bei der Einvernahme der beschuldigten Person und allfälliger Zeugen empfiehlt, vgl. THORMANN, ZStrR 1907, 76–79.

115 Die Tätigkeit der Verteidigung im Vorverfahren beschränkt sich auf das Stellen von Beweisanträgen, vgl. Art. 174 aStPO AG, zitiert in RUTH, 144.

116 Im Kanton Genf konnte die Verteidigung nicht nur Beweisanträge, sondern darüber hinaus Fragen an Zeugen stellen, vgl. Art. 120 Abs. 2 aCPP GE, zitiert in RUTH, 143.

117 Art. 286 aCPP NE, zitiert in RUTH, 141.

118 Art. 156 aCPP TI, zitiert in RUTH, 142. Die Verteidigungsrechte waren in der Voruntersuchung auf das Minimum beschränkt, siehe BRUNETTI, 100.

119 Art. 169 aCPP VD, zitiert in RUTH, 141 f.

120 So auch THORMANN, ZStrR 1907, 70.

121 Vgl. Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. Dezember 1874, zitiert in RUTH, 142 f.

122 Vgl. KOHLBACHER, 126; SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, 234–236.

123 SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, 228, 235. So bspw. Art. 138 CPP GE: «[...] l'instruction devient contradictoire et l'inculpé a le droit de se faire assister d'un avocat».

Von dieser Regel durfte nur aus zwingenden Gründen abgewichen werden.¹²⁴ Lag kein zwingender Grund vor, waren Zeugen- und Sachverständigeneinvernahmen ohne Teilnahme und Fragerecht der Verteidigung nichtig, soweit die entsprechenden Aussagen die beschuldigte Person belasteten.¹²⁵

Die Mitwirkungsmöglichkeit der Verteidigung im Vorverfahren unterschied sich stark von Prozessordnung zu Prozessordnung. Sie kann indes nicht losgelöst von der Ausgestaltung der Hauptverhandlung betrachtet werden.¹²⁶ Dort, wo im Anschluss an das Vorverfahren in der Hauptverhandlung eine umfassende Beweiserhebung erfolgte, auf deren Grundlage die Urteilsfindung beruhte, lässt sich eine beschränkte Teilhabe der Verteidigung in der Untersuchung eher rechtfertigen. Der Umfang der Mitwirkungsrechte im Vorverfahren muss demnach stets differenziert, in Relation zur unmittelbaren Beweiserhebung in der Hauptverhandlung beurteilt werden.¹²⁷ In diesem Zusammenhang ist es interessant, dass sich im Kanton Zürich, in dem der Schwerpunkt der Beweisführung in der Strafuntersuchung lag, auch die Mitwirkungsmöglichkeiten der Verteidigung auf das entscheidende Prozessstadium des Vorverfahrens konzentrierten.

III. Befugnisse der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren

Im Verlaufe des 20. Jahrhunderts gingen immer mehr Kantone dazu über, der Staatsanwaltschaft im vorgerichtlichen Verfahren eine aktivere Rolle zuzuweisen.¹²⁸ Eine einheitliche Regelung konnte sich jedoch nicht durchsetzen.¹²⁹ Rückblickend lassen sich im Groben vier Modelle unterscheiden.

Die grösste Ähnlichkeit mit dem französischen Modell des inquisitorischen Untersuchungsverfahrens wies das Strafrechtswesen in den Kantonen Aargau,

124 Gem. § 14 Abs. 5 StPO ZH. Solche Gründe bestanden etwa beim Tod des Zeugen oder bei der Gefahr von Racheakten und Repressalien, vgl. StPO-ZH Kommentar-DONATSCH/LIEBER, § 14 N 66 ff.

125 Gem. § 15 StPO ZH.

126 WAIBLINGER hält fest, dass die Parteiöffentlichkeit der Untersuchung im bernischen Strafprozess nicht so entscheidend sei, da «das Hauptgewicht der Beweisführung in der unmittelbaren Beweisführung vor Gericht liegt», siehe WAIBLINGER, ZStrR 1952, 244.

127 SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, 237.

128 Vgl. im Einzelnen MEYER, Strafverfolgung, 71–77.

129 DUBS, 5–8.

Neuenburg, Jura und Genf auf. Charakteristisch für diese Strafprozessordnungen (sog. Staatsanwaltschaftsmodell I) war die Zweigliedrigkeit des Verfahrens: Die Staatsanwaltschaft leitete vor der Einschaltung der Untersuchungsbehörde die Ermittlungen.¹³⁰ Je nach Ergebnis der Voruntersuchung konnte sie das Verfahren einstellen, die Untersuchungsbehörde mit der weiteren Verdachtsabklärung betrauen oder direkt Anklage erheben.¹³¹ Sobald die Untersuchung eröffnet wurde, agierte die Untersuchungsbehörde unabhängig vom Handeln der Staatsanwaltschaft. Der Staatsanwaltschaft kam im Untersuchungsverfahren eine blosse Parteistellung zu.¹³² Sie konnte demzufolge mittels Anträgen Einfluss auf den Verfahrensgang nehmen.¹³³ Mit dem Schlussbericht der Untersuchungsbehörde und der Übermittlung der Akten an die Staatsanwaltschaft endete das Untersuchungsverfahren.¹³⁴ Das eigentliche Beweisverfahren erfolgte unmittelbar vor dem erkennenden Gericht, wobei die Akten der polizeilichen Voruntersuchung nicht die Urteilsgrundlage bilden durften.¹³⁵

In acht Kantonen leitete eine von der Staatsanwaltschaft unabhängige Behörde die Strafuntersuchung (sog. Untersuchungsrichtermodell I).¹³⁶ Sie ent-

130 So ausdrücklich in Art. 106 CPP NE.

131 Der Ermessensspielraum war jedoch kantonal eingeschränkt. Während in den Kantonen Genf, Jura und Neuenburg der Untersuchungsrichter bei mittlerer und schwerer Kriminalität hinzugezogen wurde (siehe METTLER, Staatsanwaltschaft, 94 mit Verweisen), war im Kanton Aargau das Untersuchungsverfahren gem. § 126 StPO AG lediglich fakultativer Natur.

132 Die Parteistellung ausdrücklich nennend: Art. 23 Abs. 1 CPP GE; Art. 46 CPP NE. Auch das Vorverfahren des Bundesstrafprozesses war so konzipiert, vgl. Art. 108 BStP (Stand 1. Januar 2010).

133 Der Kanton Jura hält ausdrücklich fest, dass der Staatsanwaltschaft dieselben Rechte zukommen sollen wie der Verteidigung, vgl. Art. 110 Abs. 3 CCP JU: «Le procureur général, l'avocat de la partie plaignante [...] ont les mêmes droits». In der Praxis konnte die Staatsanwaltschaft im Unterschied zur Verteidigung jedoch jederzeit in die Untersuchungsakten Einsicht nehmen, vgl. etwa Art. 24 Abs. 2 CPP GE oder Art. 42 Abs. 5 CPP JU.

134 Vgl. zum Beispiel § 135 StPO AG; Art. 154 StPO UR.

135 Vgl. SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, 241 m.w.H.

136 So in den Kantonen Freiburg, Glarus, Obwalden, Schaffhausen, Solothurn, Waadt, Wallis sowie Zug. Vgl. die Bestimmungen in Art. 11 Abs. 1 StPO FR, Art. 12 Abs. 1 StPO GL, Art. 44 Abs. 1 GOG OW, Art. 13 Abs. 1 StPO SH, § 86 StPO SO (Fassung vom 2.12.1990), Art. 4 Abs. 1 CPP VD, Art. 11^{bis} lit. a StPO VS sowie § 2 Abs. 2 Ziff. 1 StPO ZG. Die Kantone Solothurn und Zug wechselten kurz vor der schweizweiten Einführung in das sog. Staatsanwaltschaftsmodell II.

schied in eigener Regie, ob ein Verfahren eröffnet wurde oder nicht.¹³⁷ Auch hier war die Staatsanwaltschaft im Untersuchungsverfahren blosser Partei und gegenüber der Untersuchungsbehörde nicht weisungsbefugt.¹³⁸ Formell kamen der Staatsanwaltschaft dieselben Rechte zu wie den anderen Prozessparteien: Sie konnte bei der Untersuchungsbehörde bestimmte Untersuchungshandlungen beantragen,¹³⁹ auf Gesuch hin an der Beweiserhebung teilnehmen,¹⁴⁰ in Akten Einsicht nehmen¹⁴¹ oder Fragen an die beschuldigte Person stellen lassen.¹⁴² Insbesondere was das Recht auf Akteneinsicht und Teilnahme an der Beweiserhebung betrifft, war die Staatsanwaltschaft in der Rechtswirklichkeit gegenüber den anderen Verfahrensparteien regelmässig bevorteilt, weil sie ohne Antrag von ihren Rechten Gebrauch machen konnte. De facto bestand im Vorverfahren also oftmals eine einseitige Parteiöffentlichkeit zugunsten der Staatsanwaltschaft.¹⁴³

Die Mehrheit der Kantone hatte die Führung der Strafuntersuchung einer Untersuchungsbehörde übertragen, die jedoch der Aufsicht der Staatsanwaltschaft unterstand (sog. Untersuchungsrichtermodell II).¹⁴⁴ Die Entscheidung, eine Untersuchung zu eröffnen, lag grundsätzlich bei der Untersu-

137 Siehe [Botschaft StPO 2005](#), 1104.

138 Eine Parteistellung kam der Staatsanwaltschaft nicht nur bezüglich des Hauptverfahrens zu. Die Parteistellung wurde ausdrücklich in Art. 29 lit. b StPO FR, § 6 Abs. 1 StPO SO, Art. 42 CPP VD, Art. 47 Ziff. 3 StPO VS sowie § 8 StPO ZG festgehalten. Sinngemäss ergab sich die Parteistellung auch aus Art. 16 StPO GL sowie Art. 48 GOG OW. Entgegen dem Wortlaut von Art. 223 Abs. 2 StPO SH konnte die Staatsanwaltschaft die Durchführung von Untersuchungshandlungen nicht verlangen, sondern nur beantragen, siehe [GUT](#), 22 mit Verweis auf die *Rspr.*

139 Stellvertretend für andere Kantone, Art. 54 Ziff. 1 StPO VS.

140 Art. 191 Abs. 2 CPP VD.

141 So beispielsweise Art. § 13 Abs. 2 StPO SO (Fassung nach [§ 119 GO SO](#)): «[Die Staatsanwaltschaft] kann sich jederzeit über den Stand einer Untersuchung Aufschluss verschaffen».

142 Art. 53 Ziff. 1 StPO VS. Im Kanton Schaffhausen konnte die Staatsanwaltschaft selbständig Fragen an die beschuldigte Person stellen, vgl. Art. 223 Abs. 1 StPO SH.

143 [METTLER](#), Staatsanwaltschaft, 105 m.w.H.

144 Vgl. [METTLER](#), Staatsanwaltschaft, 95 ff. Dies betrifft die Kantone Appenzell-Ausserrhoden, Basel-Landschaft (abgesehen von der Strafverfolgung im Bereich der Wirtschaftskriminalität), Bern, Graubünden, Luzern, Nidwalden, Schwyz und Thurgau. Auch die Kantone Appenzell-Innerrhoden, St. Gallen sowie Zürich kannten lange Zeit ein solches Strafverfahrensmodell, bevor sie kurz vor der Einführung der schweizerischen StPO in das Staatsanwaltschaftsmodell II wechselten, vgl. [Botschaft StPO 2005](#), 1104 (Fn. 45).

chungsbehörde.¹⁴⁵ Die Staatsanwaltschaft konnte ihrerseits auf eine Reihe von Interventionsmassnahmen zurückgreifen, um eine einheitliche Strafverfolgungspraxis zu gewährleisten. Im Vordergrund stand dabei das Weisungsrecht. Die Weisungen erfolgten entweder in allgemeiner (mittels Rund- oder Kreisschreiben) oder in konkreter bzw. fallbezogener Form.¹⁴⁶ Unter anderem konnte die Staatsanwaltschaft Einfluss auf eine bestimmte Untersuchung nehmen, indem sie die Untersuchungseröffnung oder die Vornahme bestimmter Untersuchungshandlungen anordnete.¹⁴⁷ Die Geltendmachung des Weisungsrechts brachte es mit sich, dass die kantonalen Staatsanwaltschaften über weitreichende Mitwirkungs- und Informationsrechte verfügten. So konnten sie, sofern sie nicht über den Untersuchungsstand mittels Berichten auf dem Laufenden gehalten werden mussten,¹⁴⁸ zumindest jederzeit Einsicht in die Untersuchungsakten nehmen.¹⁴⁹ Vereinzelt war es der Staatsanwaltschaft zudem erlaubt, an den Beweiserhebungen der Untersuchungsbehörden teilzunehmen.¹⁵⁰ Im Kanton Bern konnte die Staatsanwaltschaft darüber hinaus auch Fragen an die Verfahrensbeteiligten stellen.¹⁵¹ Überdies war es in einigen Kantonen gesetzlich vorgesehen, dass die Staatsanwaltschaft generell oder in bestimmten Fällen die Untersuchung selbständig durchführen konnte.¹⁵² Dies sollte jedoch die Ausnahme und nicht die Regel darstellen.¹⁵³

145 Abgesehen von der Regelung im Kanton Graubünden, in welchem die Untersuchungsrichter den Auftrag der Staatsanwaltschaft abwarten mussten, vgl. Art. 7 Abs. 2 OV GR.

146 RIKLIN, Gedächtnisschrift, 370 f. Eine Ausnahme bildete der Kanton Basel-Landschaft, weil die Staatsanwaltschaft den Untersuchungsbehörden keine allgemeinen Weisungen erteilen durfte, vgl. dazu KISS-PETER, 138.

147 Vgl. RIKLIN, Gedächtnisschrift, 371, 378. Vgl. etwa § 27 StPO ZH: «Die Staatsanwaltschaft ist befugt, den Bezirksanwälten mit Bezug auf die Einleitung und Führung von Untersuchungen Weisungen und Aufträge zu erteilen», oder Art. 243 Ziff. 3 StrV BE: «Sie ist befugt [...], die Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen anzuordnen».

148 So in den Kantonen Basel-Landschaft, Graubünden, Luzern sowie St. Gallen, siehe METTLER, Staatsanwaltschaft, 99.

149 Zum Beispiel Art. 243 Ziff. 1 StrV BE.

150 Vgl. etwa § 153 Abs. 2 StPO LU; Art. 8 Abs. 5 StPO AR.

151 Art. 243 Ziff. 2 StrV BE. Von diesem Fragerecht sollte jedoch nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden, um den Eindruck zu vermeiden, dass die Staatsanwaltschaft das Verhör führe, siehe AESCHLIMANN, N 1356.

152 Eine allgemeine Befugnis zur Durchführung der Untersuchung bestand im Kanton Zürich (§ 27 Satz 2 StPO ZH), Appenzell-Ausserrhoden (Art. 8 Abs. 5 i.V.m. Art. 97 Ziff. 1, Art. 107 Abs. 2 sowie Art. 110 StPO AR), Graubünden (Art. 6 Abs. 2 OV GR) sowie im Kanton Thurgau (§ 4 Abs. 1 StPO TG). Im Kanton St. Gallen konnte die Staatsanwaltschaft gem. Art. 8 Ziff. 2 StPO SG in besonderen Fällen die Untersuchung durchführen. Dies soll der

Im Kanton Basel-Stadt wurde im Zuge der Revision der Strafprozessordnung von 1965 die Untersuchungsbehörde kurzerhand abgeschafft.¹⁵⁴ Neu leitete die Staatsanwaltschaft das Vorverfahren. Sie stand dem polizeilichen Ermittlungsverfahren vor und leitete die gesamte Strafuntersuchung. In aller Regel konnte die Staatsanwaltschaft selbständig über die Anordnung von Zwangsmassnahmen bestimmen.¹⁵⁵ Der Kanton Tessin folgte diesem Beispiel und organisierte die Strafverfolgung mit einer Teilrevision im Jahre 1993 in ähnlicher Weise.¹⁵⁶ Dieses Strafverfahrensmodell (sog. Staatsanwaltschaftsmodell II) war gekennzeichnet durch die dominierende Stellung der Staatsanwaltschaft als Herrscherin bzw. «Chefin des Vorverfahrens».¹⁵⁷

D. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Die Diskussion um die Bedeutung der «Waffengleichheit» im Strafprozess setzte in der Schweiz erst mit der Einführung des Prinzips durch den EGMR in den frühen 1960er Jahren ein.¹⁵⁸ Der Umstand, dass es erstmals in einer zivilrechtlichen Kommissionsentscheidung aus dem Jahr 1959 formuliert wur-

Fall gewesen sein, wenn die Staatsanwaltschaft die Anklage vor Gericht zu vertreten hatte. Im Kanton Basel-Landschaft war die Übernahme der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft vom Einverständnis des zuständigen Statthalters abhängig, vgl. zum Ganzen METTLER, Staatsanwaltschaft, 102.

153 Der Ausnahmecharakter wurde in Art. 6 Abs. 2 OV GR und § 4 Abs. 1 StPO TG ausdrücklich festgehalten. Auch in der Verfahrenspraxis in Zürich wurde von dieser Befugnis nur selten Gebrauch gemacht, vgl. RIEDER, 46.

154 Näher dazu HEUSS, 138–143.

155 Gem. § 4, § 10 Abs. 1 sowie § 96 StPO BS. Die Machtstellung der Staatsanwaltschaft war insofern durchbrochen, als die Untersuchungshaft gem. § 6 Abs. 1 i.V.m. § 71 lit. a StPO BS durch eine richterliche Instanz angeordnet werden musste.

156 Zur Teilrevision: BRUNETTI, 102. Vgl. Art. 193 sowie Art. 100 CPP TI. Der Kanton Tessin war lange Zeit der einzige Kanton, in dem ausschliesslich die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren leitete, vgl. bereits MEYER in seiner Abhandlung von 1897, MEYER, Strafverfolgung, 71. Zum Ganzen auch METTLER, Staatsanwaltschaft, 90 m.w.H.

157 Gem. § 96 Abs. 1 StPO BS, siehe METTLER, Staatsanwaltschaft, 90 (Fn. 462).

158 Vgl. KOHLBACHER, 7. Es waren vier Kommissionsentscheidungen gegen Österreich (EKMR vom 23.11.1962, *Ofner und Hopfinger v. Österreich* (Bericht), Nr. 524/59 und 617/59, Yearbook of the Convention, Vol. 6 (1963), 696–706, sowie EKMR vom 28.03.1963, *Pataki und Dunshirn v. Österreich* (Bericht), Nr. 596/59 und 789/60, Yearbook of the Convention, Vol. 6 (1963), 730–732), die das Waffengleichheitsprinzip strafprozessualer Ausprägung in die Rspr. des Menschenrechtsgerichtshofes in Strassburg eingeführt haben; SUMMERS, Fair Trials, 104 (Fn. 24); TRECHSEL, Verteidigungsrechte, 340.

de,¹⁵⁹ könnte zur Annahme verleiten, das Prinzip der Waffengleichheit strafprozessualer Ausprägung orientiere sich am Zivilverfahren und ziele darauf ab, eine formelle Gleichheit zwischen den Verfahrensparteien herzustellen.¹⁶⁰ Wie die vorstehenden Ausführungen jedoch aufgezeigt haben, hat das Waffengleichheitsprinzip im Strafprozess seine Wurzeln in den Bestrebungen zur Reform des Strafprozesses im 19. und 20. Jahrhundert. Die Forderung nach einer «Waffengleichheit» im Strafprozess geht auf die institutionelle Trennung der strafverfolgenden und richterlichen Tätigkeit sowie auf die institutionelle Übermacht der neu geschaffenen Staatsanwaltschaft zurück.

Die Reformbestrebungen zielten auf eine *materielle Gleichheit* zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft ab. Die im Zuge der Reformierung des Strafprozesses im 19. und 20. Jahrhundert von der Rechtswissenschaft verlangte «Waffengleichheit» stellte die institutionelle Übermacht der Staatsanwaltschaft nicht infrage, sondern bezweckte, die schwache Stellung der beschuldigten Person zu verbessern, indem ihr in der entscheidenden Prozessphase eine Mitwirkung im Verfahren eingeräumt werden sollte. Weiter musste in verfahrensrechtlicher Hinsicht sichergestellt sein, dass die Staatsanwaltschaft über keine Befugnisse verfügte, die sich nicht mit ihrer Parteilichkeit vertrugen. Die beschuldigte Person bzw. ihr anwaltlicher Beistand sollten im Rahmen der Hauptverhandlung eine gegenüber der Staatsanwaltschaft gleichwertige Möglichkeit erhalten, mit sachlichen Argumenten auf das unparteiische Gericht einzuwirken. Entgegen den Forderungen der Reformer blieben die Beweiserhebungen im Vorverfahren jedoch von entscheidender Bedeutung für die strafrechtliche Entscheidungsfindung. Dies führte in der Rechtswissenschaft im damaligen Deutschen Reich und in Österreich zur Frage, ob die parteiöffentliche und akkusatorische Verfahrensgestaltung nicht auf das Untersuchungsverfahren ausgedehnt werden sollte.¹⁶¹ Auch in den schweizerischen Kantonen behielten die Beweiserhebungen im Vorverfahren ihre entscheidende Bedeutung. Somit lässt sich die Frage nach der Umsetzung des Waffengleichheitsprinzips bis zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnung vereinfachend darauf reduzieren, inwieweit der beschuldigten Person

159 EKMR vom 30.06.1959, *X v. Schweden* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 434/58, Yearbook of the Convention, Vol. 2 (1959), 354, 370 (ohne explizite Nennung des Waffengleichheitsprinzips); vgl. auch SANDERMANN, 17.

160 Zum formellen Verständnis der Waffengleichheit im Zivilverfahren, siehe untenstehend Dritter Teil, Kapitel B.I.

161 Vgl. dazu ZACHARIÄ, Gebrechen, 73–77; MITTERMAIER, Gesetzgebung und Rechtsübung, 289 f.; VARGHA, 288 f.

eine Mitwirkung im Vorverfahren zugestanden wurde, die nicht neben der verfahrensbeherrschenden Stellung der Staatsanwaltschaft verblissen musste.

Obschon einige Kantone das Prinzip der Waffengleichheit zumindest implizit in ihrer Prozessordnung verankerten,¹⁶² lässt sich im Allgemeinen konstatieren, dass sich die Einsicht über die Notwendigkeit der Verteidigung zu Verfahrensbeginn (sog. «Anwalt der ersten Stunde») nur langsam durchsetzen konnte.¹⁶³ Die Mitwirkungsrechte der beschuldigten Person bzw. ihrer Verteidigung waren kantonal zwar unterschiedlich, aber schweizweit recht schwach ausgestaltet.¹⁶⁴ Darüber hinaus erhielt die Staatsanwaltschaft in einigen Kantonen Befugnisse, die nicht mit ihrer Parteistellung in Einklang zu bringen waren. Neben der Aufsichtsfunktion ist dabei die selbständige Durchführung von Beweiserhebungen zu nennen; allerdings sollte von dieser Befugnis in der Praxis nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden. In den Kantonen Basel-Stadt und Tessin war die Staatsanwaltschaft sogar uneingeschränkte Herrscherin des Vorverfahrens. Es ist jedoch bezeichnend, dass gerade in diesen zwei Kantonen das Unmittelbarkeitsprinzip weitgehend verwirklicht war.¹⁶⁵ Die gegenüber der Verteidigung verfahrensbeherrschende Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren liess sich insofern rechtfertigen, als sich die Urteilsfindung vorwiegend auf die in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise stützte.

Der Umstand, dass die untersuchungsrichterliche Behörde vorerst lediglich in denjenigen Kantonen abgeschafft wurde, in denen das formelle Unmittelbarkeitsprinzip verwirklicht war, zeugt davon, dass man der institutionellen

162 So beispielsweise die StPO GL vom 2. Mai 1965, welche die Rechte der Staatsanwaltschaft (Art. 16) und der Verteidigung (Art. 22) in der Untersuchung in exakt gleicher Weise umschrieben hatte.

163 Der Impuls zum Umdenken erfolgte aufgrund einer Entscheidung von Strassburg aus dem Jahr 2008, vgl. *EGMR vom 27.11.2008, Salduz v. Türkei* (GK), Nr. 36391/02. Insbesondere wenn die im polizeilichen Ermittlungsverfahren erhobenen Beweise im Verlauf des Verfahrens nicht wiederholt werden konnten, verstösst die fehlende Anwesenheit der Verteidigung in krasser Weise gegen das Prinzip der Waffengleichheit, siehe KOHLBACHER, 129.

164 Vgl. MÜLLER, Diss., 65.

165 Vgl. § 22 Abs. 2 StPO BS: «[Das Gericht hört] die Angeschuldigten selbst an und erhebt alle wichtigen Beweise selbst». Die Anträge der Staatsanwaltschaft (Plädoyer) mussten sich auf die durch die Hauptverhandlung erhaltene Überzeugung stützen, vgl. KRAUSS, Unmittelbarkeit I, 84; kritisch ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 186. In ähnlicher Weise regelte § 259 CCP TI, dass sich das Urteil hauptsächlich auf die Ergebnisse in der Hauptverhandlung zu stützen habe, vgl. dazu BRUNETTI, 115 f.

Ausgestaltung des Strafverfahrens in Bezug auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Verteidigungsrechte durchaus eine gewisse Bedeutung zumass.¹⁶⁶ Dieses Bewusstsein kam allerdings spätestens dann abhanden, als selbst Kantone, in denen die Beweiserhebung schwerpunktmässig im Vorverfahren erfolgte, kurz vor Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung zum Staatsanwaltschaftsmodell II wechselten.¹⁶⁷ Vor diesem Hintergrund erstaunt es wenig, dass die institutionelle Ausgestaltung des Vorverfahrens bei der Diskussion um die Vereinheitlichung des Strafprozesses keine Rolle mehr spielte – ganz entgegen den Vorstellungen der führenden Reformer des 19. und 20. Jahrhunderts.

166 Ein solches Verständnis zeigte zum Beispiel VERNIORY, Diss., 122: «[U]n modèle avec juge d'instruction permettra d'assurer le respect de l'égalité des armes dans une beaucoup plus large mesure que le modèle 'ministère public seul', puisque dans le premier cas le ministère public reste une partie – même si elle est souvent privilégiée».

167 Kurz vor der schweizweiten Vereinheitlichung der Strafprozessordnung haben die Kantone Solothurn, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen sowie Zürich ihre Strafprozesse ohne Beteiligung einer untersuchungsrichterlichen Behörde neu organisiert, vgl. [Botschaft StPO 2005](#), 1104 f. Dies diente danach zur Rechtfertigung der schweizweiten Einführung des Staatsanwaltschaftsmodells II mittels der eidgenössischen StPO.

**Zweiter Teil:
Sinn und Zweck des
Waffengleichheitsprinzips im
Strafprozess**

«We cannot begin to challenge the particular definitions until we begin to understand why and how they are important to the law.»¹⁶⁸

A. EINLEITUNG

Das Prinzip der Waffengleichheit ist kein Selbstzweck. Da das Prinzip der Waffengleichheit nicht wortgetreu auszulegen ist,¹⁶⁹ kommt der teleologischen Betrachtung eine besondere Bedeutung zu. Umso mehr erstaunt es, dass aus der Rechtsprechung des EGMR nicht hervorgeht, warum das Prinzip der Waffengleichheit im Strafprozess auf europäischer Ebene eingeführt worden ist.¹⁷⁰ Darin liegt meines Erachtens auch einer der Gründe, weshalb das Prinzip der Waffengleichheit eine typische Unschärfe¹⁷¹ aufweist und vereinzelt als bloße Phrase¹⁷² abgetan wird. Um dieser Unschärfe entgegenzuwirken, soll vorliegend vertiefend auf den Sinn und Zweck des Waffengleichheitsprinzips im Strafprozess eingegangen werden.

Die nachstehenden Ausführungen beruhen auf der Prämisse, dass sich der Zweck des Waffengleichheitsprinzips nicht diametral von gewissen Zielen unterscheidet, die generell mit der Einhaltung der strafprozessualen Verfahrensregeln erreicht werden sollen. Es erscheint daher zielführend, zunächst auf bestimmte strafprozessuale Zielvorstellungen einzugehen, um nachfolgend zu überprüfen, ob das Prinzip der Waffengleichheit diesen Verfahrenszielen dient. Im Zug dieser Auseinandersetzung werden die korrekte Sachverhaltsermittlung (B.), die Wahrung der Autonomie der beschuldigten Person (C.) und die legitimierende Wirkung einer strafrechtlichen Entscheidung (D.) in den Blick genommen. Abschliessend folgt eine Zusammenfassung der Erkenntnisse (E.).

168 FARMER, Definition, 68.

169 PIETH, Strafprozessrecht, 60.

170 SANDERMANN, 42.

171 SAFFERLING, Criminal Procedure, 411; MÜLLER, Waffengleichheit, 1063, 1066; TRECHSEL, Character, 28 f.

172 VON KRIES, 220.

B. KORREKTE SACHVERHALTSERMITTLUNG

Nach der Auffassung von SAFFERLING steht das Prinzip der Waffengleichheit, gleich wie das Strafverfahren an sich, im Zeichen der strafprozessualen Wahrheitsfindung.¹⁷³ Im gleichen Sinne sieht AMBOS seine auf dem Prinzip der Waffengleichheit beruhende Forderung nach einem partizipatorischen Vorverfahren unter dem Aspekt einer dialektischen Sachverhaltsfeststellung.¹⁷⁴

I. Korrekte Sachverhaltsermittlung als Strafverfahrensziel

Zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts bzw. des staatlichen Strafanspruchs bedarf es der Durchführung eines Strafprozesses,¹⁷⁵ in welchem autoritativ darüber entschieden wird, ob eine Straftat begangen wurde oder nicht. Da sich ein Tatverdacht auch gegen Unschuldige richten kann, liegt ein wesentliches Ziel des Strafverfahrens in der richtigen Entscheidung über den Verdacht einer Straftat.¹⁷⁶ Sowohl im schweizerischen Schrifttum als auch in der Rechtsprechung gilt die Rekonstruktion der rechtserheblichen Umstände als anerkanntes Ziel des Strafverfahrens.¹⁷⁷ Mit der Klärung der Frage, ob ein Tatverdacht zu Recht erhoben wurde, soll der Rechtsfrieden gesichert bzw. wiederhergestellt werden.¹⁷⁸

173 SAFFERLING, Waffengleichheit, 187 mit Verweis auf MÜLLER, Waffengleichheit, 1063, 1066 f.

174 AMBOS, 617 f.

175 Zur dienenden Funktion des Strafverfahrens, siehe DEMKO, FS Riklin, 358 f. Erst der Strafprozess ermöglicht es, eine Missachtung einer Norm als solche zu identifizieren und entsprechend darauf zu reagieren (Demonstration der Normgeltung), vgl. hierzu SIMMLER, 153, 156–158 mit Verweisen.

176 SCHMIDHÄUSER, 512 f.; DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 2008, 159.

177 PIETH, Strafprozessrecht, 43 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 7; StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 6 N 1; KRAUSS, Unmittelbarkeit II, 54; DERS., FS Schaffstein, 411; KUNZ, Schuld, 53; BGE 139 IV 25, E. 5.4.1: «Beweiserhebungen dienen nicht allein der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs der Parteien, sondern primär auch der Wahrheitsfindung im Strafprozess». Vgl. im internationalen Verhältnis, HO, Evidence, 52.

178 Vgl. WEIGEND, Unverzichtbares, 277; WEICHBRODT, 38 ff. Der Begriff des Rechtsfriedens lässt sich jedoch in unterschiedlicher Weise verstehen, je nachdem, von welchem Konflikt ausgegangen wird, der befriedet oder bewältigt werden soll, vgl. WEIGEND, Truth, 169. Nach der Ansicht von DUFF ET AL. gilt ein Konflikt nicht als bewältigt, wenn sich die beschuldigte Person und die Staatsanwaltschaft auf ein Resultat einigen, sondern nur dann, wenn der Tatvorwurf rechtsgenügend abgeklärt worden ist. Gemäss letzterer Ansicht ist die korrekte Sachverhaltserstellung nicht als Zwischenziel, sondern als eigen-

Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die Strafbehörden, sämtliche relevante Umstände in Bezug auf die beschuldigte Person und die ihr zur Last gelegten Vorwürfe abzuklären.¹⁷⁹ Die Sachverhaltsermittlung reduziert sich somit auf das im strafrechtlichen Sinne Relevante.¹⁸⁰ Neben den Umständen, die für die Strafzumessung von Bedeutung sein können,¹⁸¹ bezieht sich der Untersuchungsgrundsatz auf sämtliche Elemente der strafrechtlichen Verantwortlichkeit: das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen, den Nachweis der Merkmale des objektiven und subjektiven Tatbestands, den Ausschluss von Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründen sowie das allfällige Vorliegen einer objektiven Strafbarkeitsbedingung.¹⁸²

Nach der Korrespondenztheorie entspricht eine strafrechtliche Entscheidung dann der «Wahrheit», wenn die Urteilsgrundlage, also die tatsächlichen Umstände, aufgrund derer die rechtliche Würdigung und die Strafzumessung vorgenommen wird, mit der Wirklichkeit übereinstimmt bzw. korrespondiert.¹⁸³ Abstrakter drückt es HABERMAS aus: «Wahrheit ist ein Geltungsanspruch, den wir mit Aussagen verbinden, indem wir sie behaupten».¹⁸⁴ Im Bewusstsein der Unzulänglichkeit des menschlichen Erkenntnisvermögens¹⁸⁵ und der damit einhergehenden Unmöglichkeit, die Wirklichkeit vollständig zu erfassen, wird die Korrespondenztheorie im Schrifttum durchaus kritisch betrachtet.¹⁸⁶ Allerdings ist es für die Wirklichkeit – als theoretisches Denkmodell – bezeichnend, dass sie unabhängig von der Existenz und Würdigung

ständiger Zweck des Strafprozesses zu verstehen, siehe DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, Trial on Trial 3, 67–69.

- 179 Gem. Art. 6 Abs. 1 StPO. Die StPO erwähnt diese wahrheitsdienende Funktion nicht explizit, jedoch scheint der Gesetzgeber dies für selbstverständlich anzusehen, vgl. Botschaft StPO 2005, 1130. Dem Begriff «Untersuchungsgrundsatz» gleichgesetzt sind der Wahrheits-, Ermittlungs-, Instruktions-, oder Inquisitionsgrundsatz.
- 180 KRAUSS, FS Schaffstein, 417; THOMMEN, Gerechtigkeit, 270; DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 43 f.; STAMP, 125–128, insb. 127: «tatbestandsrelevante Wirklichkeit».
- 181 SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 6 N 4.
- 182 StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 139 N 1.
- 183 WESSLAU, 1002; HABERMAS, 214.
- 184 HABERMAS, 210.
- 185 Siehe auch DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 22: «Moment des Unperfekten eines jeden menschlichen Erkenntnisprozesses»; KÄßER, 29 f.
- 186 Auch bei der Wirklichkeit handele es sich stets um ein subjektives Konstrukt, vgl. HASSEMER, Truth, 192; THOMMEN, Gerechtigkeit, 269 f. m.w.H. OBERHOLZER geht in diesem Zusammenhang von vielen subjektiven Wahrheiten aber keiner absoluten Wahrheit aus, die sich rekonstruieren liesse, siehe OBERHOLZER, Grundzüge N 19.

eines Erkenntnissubjekts existiert.¹⁸⁷ Den Kritikern ist insofern zuzustimmen, als die nachträgliche Sachverhaltsermittlung im Strafverfahren immer nur eine Annäherung an die tatsächlichen Gegebenheiten sein kann.¹⁸⁸ Dies ändert indes nichts daran, dass die Intention eines Strafverfahrens auf eine materiell richtige Entscheidung gerichtet sein muss.¹⁸⁹

Das Strafgesetz selbst arbeitet mit Fiktionen bzw. Wahrscheinlichkeiten, die einer gesicherten Kenntnis entzogen und somit nicht im Sinne der Korrespondenztheorie überprüfbar sind. Als Beispiel kann etwa die hypothetische Kausalität bei Unterlassungsdelikten¹⁹⁰ oder der Rückgriff auf die Rechtsfigur einer vernünftig handelnden Vergleichsperson angeführt werden.¹⁹¹ Auch im Rahmen der Strafzumessung wird in einem gewissen Umfang auf das künftige Verhalten einer verurteilten Person im Sinne einer Legalprognose abgestellt. Doch all dies vermag die ideelle Zielvorstellung eines Strafverfahrens nicht ernsthaft zu relativieren. Denn was die Tatschuld betrifft, muss noch immer an die Tat als ein historisches Ereignis angeknüpft werden.¹⁹²

187 DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 29 mit Verweis auf GLOY 68: «Objekte [...] *an sich* existieren, gleichgültig ob ein Erkenntniswesen vorhanden ist, das dieselben erkennt oder nicht [...]». DEMKO greift in diesem Zusammenhang auf die Erkenntnistheorie zurück und beschreibt die Wirklichkeit als etwas, das «einfach ist, bezogen auf die Vergangenheit war und bezogen auf die Zukunft sein wird», siehe DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 29; vgl. dazu auch HO, Evidence, 57: «A fact is true whether anyone believes it; and not everything we believe is true».

188 KUNZ, Tatbeweis, 575 f.; KUNZ/HAAAS, 181. Das Recht begnügt sich insofern «mit einer auf Praktikabilität im Alltag *verkürzten* Wahrheit», siehe TRECHSEL, Fehlurteil, 7; vgl. auch THIER, 256 im Hinblick auf das deutsche Strafverfahren. Oft wird in diesem Zusammenhang auch der Begriff der formellen, forensischen oder prozessualen Wahrheit als Synonym verwendet.

189 SCHMIDT, Lehrkommentar, N 20: «Wohl aber wird [...] von den Richtern die unabdingbare *Intention* auf Wahrheit [...] verlangt». Am idealtypischen Ziel der Wahrheitsfindung ist nicht zu rütteln, siehe THOMMEN, Kurzer Prozess, 249; RZEPKA, 304 f. Mit einer Lossagung vom Ziel einer korrekten Sachverhaltsermittlung wäre dem Strafprozess jeglicher Orientierungspunkt genommen, siehe DEMKO, FS Riklin, 355.

190 Nach herrschender Lehre ist die Kausalität bei Unterlassungsdelikten nur gegeben, wenn eine Handlung den Erfolgseintritt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte, siehe dazu etwa BGE 108 IV 3, E. 2 mit Verweisen. Vgl. auch TRECHSEL, Why must Trials be Fair?, 104.

191 In Bezug auf den Affekt EGE, 244 mit Hinweis. Allgemein zur Rechtsfigur der vernünftigen Person, FARMER, Definition, 66.

192 Zur Abklärung der Schuld als Angelpunkt der strafrechtlichen Zurechnung gibt es keine Alternative, vgl. STRATENWERTH, Schuldprinzip, 46.

Die eigentliche Schwierigkeit besteht darin, dass die Rekonstruktion des Tatgeschehens und die Ermittlung der Täterschaft auf einem subjektabhängigen und subjektbezogenen Erkenntnisverfahren beruhen.¹⁹³ Dies zeigt sich am Beispiel von Zeugenaussagen: Sowohl die Kohärenztheorie, der zufolge eine Aussage dann als «wahr» gilt, wenn sie sich in ein aussagelogisches System widerspruchsfrei einordnen lässt,¹⁹⁴ als auch die Konsenstheorie, welche sich auf die Sprachteilnehmenden und die Sprechregeln fokussiert,¹⁹⁵ verdeutlichen, dass die Sachverhaltsfeststellung im Strafprozess das Resultat eines intersubjektiven Diskurses der Beteiligten in einem bestimmten, strukturierten Verfahren ist.¹⁹⁶ Man kommt also nicht umhin zu erkennen, dass die strafrechtliche Entscheidung trotz aller Objektivierungstendenzen von Subjektivität getragen ist.¹⁹⁷

Entscheidend für die Sachverhaltsfeststellung im Strafverfahren ist die Würdigung des Gerichts.¹⁹⁸ Es hat auf der Grundlage einer gewissenhaften Prüfung zu entscheiden, ob es eine Tatsache für bewiesen hält oder nicht.¹⁹⁹ In diesem

193 DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 33 m.w.H.

194 Das subjektive Element ergibt sich bei der Kohärenztheorie mittelbar, indem die Aussagen in einen systematischen Gesamtzusammenhang gebracht werden. Entscheidend ist, wie konsistent (logische Widerspruchsllosigkeit), umfassend (Vollständigkeit oder Geschlossenheit) und zusammenhängend (logische Verknüpfung aller Einzelemente zu einem Ganzen) eine Aussage ist. Vgl. zum Ganzen: PUNTEL, 191–198; GLOY, 168–187. In der Praxis wird oft auf die sog. Realitätskriterien zurückgegriffen, vgl. zum Beispiel HÄCKER/SCHWARZ/TREUER/BENDER/NACK, 76–116; BGE 133 I 33, E. 4.3; BGer, Urteil vom 09.02.2012, 6B_692/2011, E. 1.4.

195 Die Subjektbezogenheit der Konsenstheorie ergibt sich unmittelbar dadurch, dass die Theorie gewisse Anforderungen an einen Strafprozess stellt, damit die Handlungs- und Sprachteilnehmenden zu einem Konsens finden können. Diese Anforderungen an den Prozess beruhen etwa auf der Sachkunde und Vernunft im Sinne einer Aufgeschlossenheit der Gesprächsteilnehmenden oder auf dem Ideal eines herrschaftsfreien und auf Chancengleichheit beruhenden Diskurses. Vertiefend zur Diskurstheorie von HABERMAS: GLOY, 203–222; RADTKE, 379–382; PUNTEL, 144 und 164. Der Anspruch auf eine richtige Entscheidung wird bei der Diskurstheorie aufrechterhalten, vgl. MAHLMANN, Verfahren, 442.

196 Vgl. KRAUSS, Unmittelbarkeit I, 78.

197 KRAUSS, Unmittelbarkeit I, 81: «Das, was als 'prozessuale Wahrheit' erscheint, ist dann wieder nur ein rechtlich vorgezeichneter 'Akt' der gemeinsamen Problembewältigung durch verschiedene Subjekte [...]».

198 Gem. Art. 10 Abs. 2 StPO würdigt das Gericht die vorhandenen Beweismittel frei und ist nicht an irgendwelche Beweisregeln gebunden.

199 Vgl. BGE 127 IV 172, E. 3a. Die richterliche Überzeugungsbildung soll im Sinne eines besonnenen und vernünftigen Beobachters erfolgen, vgl. NAY, 91. Der freien Beweiswür-

Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass die Tatsachenfeststellung im Strafprozess von der Auslegung der Norm abhängig ist und sich beides gegenseitig bedingt.²⁰⁰ Der Gesetzgeber mag in der Ausformulierung von strafbarem Verhalten noch so sehr nach Eindeutigkeit streben,²⁰¹ ein Restmass an Interpretation in der Auslegung von Normtexten bleibt bestehen.²⁰² Obwohl die Methodenlehre den Prozess der juristischen Auslegung vorzeichnet,²⁰³ ist die Entscheidung im Einzelfall geprägt durch ein richterliches Vorverständnis, und damit durch ein Rechtsempfinden, welches auf der juristischen Ausbildung, der mitunter jahrelangen Praxiserfahrung oder ganz allgemein ausgedrückt auf der Sozialisation der urteilenden Person basiert.²⁰⁴ Insofern ist die Auffassung von KRAUSS, wonach man Schuld nicht einfach so habe, sondern Schuld einem zugeschrieben werde, zutreffend.²⁰⁵

Die festgestellten Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Abklärung eines Tatvorwurfs zwingen zu einer Abwägung. Wenngleich es einen ungerechtfertigten Freispruch ebenso zu verhindern gilt wie einen ungerechtfertigten Schuldspruch, sind die Folgen im letztgenannten Fall ungleich härter.²⁰⁶ Denn neben der Ungerechtigkeit einer falschen richterlichen Entscheidung wird die

digung sind jedoch aufgrund anerkannter Denk-, Natur- und Erfahrungssätze sowie wissenschaftlicher Erkenntnisse Grenzen gesetzt, vgl. OBERHOLZER, Grundzüge, N 686; VERNIORY, Libre appréciation, 393–396.

200 Die Wahrheitsfindung im Strafprozess erfordert ein Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Sachverhaltsvariante und Norm. Zum «hermeneutischen Zirkel» siehe auch GADAMER, 270 ff.; KÄßER, 4; MELUNOVIC, 598 m.w.H.

201 JÖRG PAUL MÜLLER weist darauf hin, dass «nicht Normen von der Präzision eines Naturgesetzes verfügbar sind oder erstrebenswert erscheinen», siehe MÜLLER, Kunst, 1451. Eine zu detailreiche Kodifizierung läuft dem Ziel einer nachvollziehbaren Gesetzgebung, nach der sich die Öffentlichkeit ausrichten kann, zuwider, vgl. DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, Trial on Trial 3, 77.

202 MÜLLER, Kunst, 1451: «[...] menschliches Urteil mitbestimmt [...]»; TRECHSEL, Fehlerurteil, 8: «[...] persönliche Wertungen bestimmen letztlich das Ergebnis der Auslegung mit [...]»; DELNON/RÜDY, Untersuchungsführung, 43: «[D]ie angestrebte Objektivität des Rechts wurzelt ausschliesslich im subjektiven Denkvermögen»; KUNZ, Schuld, 53.

203 Vgl. zur Auslegungsmethodik HEIMGARTNER, Methodik, 5 ff.

204 MÜLLER, Kunst, 1456 f. Es ist empirisch erwiesen, dass die richterliche Überzeugungsbildung mitunter auf irrationalen oder gefühlsmässigen Kriterien beruht, vgl. SCHWEIZER, 253–319.

205 KRAUSS, Schuld, 3, 16 f.

206 Vgl. auch JACKSON/SUMMERS, Internationalisation of Criminal Evidence, 204. Berühmt ist in diesem Zusammenhang die Formulierung von BLACKSTONE, Book IV, chapter 27, 358: «It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer».

zu Unrecht verurteilte Person in aller Regel mit einer Sanktion belegt. Hinzu kommt, dass ein Schuldspruch immer auch mit einem sozialetischen Tadel einhergeht.²⁰⁷ In Anbetracht der weitreichenden Konsequenzen, die ein Strafverfahren nach sich ziehen kann, auferlegt sich der Staat ein formales Verfahren, um sicherzustellen, dass nur diejenigen Personen einer Strafe zugeführt werden, die sich auch tatsächlich schuldig gemacht haben.²⁰⁸ Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Entscheidungsregel zugunsten der beschuldigten Person,²⁰⁹ wenn nach erfolgter Beweiswürdigung vernünftige Zweifel an der zu beweisenden Tatsache bestehen.²¹⁰ Insoweit kann sich der Grundsatz *in dubio pro reo* im Sinne der Korrespondenztheorie wahrheitsverzerrend auswirken. Damit geht jedoch keine Abkehr vom Strafverfahrensziel der korrekten Sachverhaltsermittlung einher. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass an die Richtigkeit der strafrechtlichen Entscheidung höhere Anforderungen gestellt werden, wenn es um den Nachweis von Täterschaft und Schuld geht, als bei der Feststellung der Nichtschuld.²¹¹

II. Korrekte Sachverhaltsermittlung als Zweck des Waffengleichheitsprinzips

Die Durchsetzung des Strafanspruchs erfolgt nicht um jeden Preis.²¹² Der Verdacht hinsichtlich einer Tatbegehung muss in einem fairen Verfahren abgeklärt werden,²¹³ in welchem die beschuldigte Person ihre Verteidigungsrechte geltend machen kann. Insofern dürfen die Ziele eines Strafverfahrens

207 ESER, 384; WEIGEND, Truth, 158: «Criminal sanctions are society's most severe expression of moral blame».

208 RUTH, 8: «Dass [das Aussprechen einer Strafe] nicht zu Unrecht geschehe, dagegen will der Staat Schutz gewähren durch das Gesetz über den Strafprozess»; STOOSS, 229: «Nur der Schuldige darf bestraft werden»; DELNON/RÜDY, Untersuchungsführung, 43: «Oberste Maxime im Strafrecht ist es, [...] die Verurteilung Unschuldiger zu vermeiden».

209 TRECHSEL, RIDP 1978, 555.

210 Vgl. KUNZ, Tatbeweis, 572; METTLER, In dubio pro reo, 1109 f.; FORSTER, Kettentheorie, 72 f.; BGE 120 Ia 31, E. 2d. Insofern müssen bei einem Schuldspruch alle entlastenden Hypothesen falsifiziert worden sein, siehe ACKERMANN/SCHÖDLER, 35.

211 Vgl. auch OGer ZH, Urteil vom 23.10.2015, SB150254, E. III.B.1.1: «In einem Strafprozess sind an den Beweis von Täterschaft und Schuld hohe Anforderungen zu stellen».

212 DONATSCH/FREI, 43.

213 BGE 142 IV 207, E. 8.4: «Das Strafprozessrecht dient dazu, auf eine faire Weise die Wahrheitsfindung zu ermöglichen».

nicht ohne Weiteres mit denjenigen des Strafprozessrechts bzw. der Regelung der Verteidigungsrechte gleichgesetzt werden.²¹⁴

Die Verteidigungsrechte werden häufig als Hindernis bei der Beweiserhebung und korrekten Sachverhaltserstellung betrachtet.²¹⁵ Selbst das Bundesgericht geht davon aus, dass die Ausweitung der Verteidigungsrechte dem Untersuchungszweck im Strafverfahren entgegenstehen könne.²¹⁶ Die Nichtbeachtung verfahrensrechtlicher Regeln, wie beispielsweise des Folterverbots,²¹⁷ bietet jedoch keineswegs Gewähr für eine korrektere Verdachtsabklärung.²¹⁸ Eher trifft das Gegenteil zu. So kann nicht ausgeschlossen werden, dass gerade die Einhaltung der Verfahrensregeln zur korrekten strafrechtlichen Entscheidung beitragen kann. Die Ambivalenz zeigt sich beispielsweise beim Recht auf einen anwaltlichen Beistand.²¹⁹ Entgegen dem weitverbreiteten Verständnis als wahrheitshemmender Faktor²²⁰ kann der Beizug einer formellen Verteidigung der korrekten richterlichen Entscheidung zugute kommen, weil die beschuldigte Person durch die psychische Unterstützung weniger Gefahr läuft, sich übermässig zu belasten.²²¹ Darüber hinaus kann die Verteidigung aufgrund ihres juristischen Fachwissens auf eine zutreffende Protokollierung der Aus-

214 So auch WOHLERS, Zielkonflikte, 281.

215 Instruktiv KGer BL, Urteil vom 27.09.2016, [460 15 267](#), E. 1.7.1: «Dennoch gilt es an dieser Stelle zu beachten, dass die strafprozessualen Rechte des Beschuldigten zur spezifischen Aufgabe haben, das Finden gerade eben dieser materiellen Wahrheit zu erschweren, so zum Beispiel durch das Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten (Art. 113 StPO), die Beweismethoden- und Beweisverwertungsverbote (Art. 140 f. StPO), die Teilnahmerechte (Art. 147 f. StPO), die Zeugnisverweigerungsrechte (Art. 168 ff. StPO) oder das abgekürzte Verfahren (Art. 358 ff. StPO)». Vgl. auch ALBRECHT, Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers, N 2.68; ALBERTINI/VOSER/ZUBER, 55.

216 BGE 104 Ia 17, E. 3c.

217 Gem. Art. 3 EMRK und Art. 140 Abs. 1 StPO.

218 Oder in den Worten von «Nice Guy» Eddie (Schauspieler Christopher Shannon Penn im Film Reservoir Dogs): «If you fucking beat this prick long enough, he'll tell you he started the goddamn Chicago fire, now that don't necessarily make it fucking so!». In zurückhaltenderer Formulierung, EGMR vom 26.07.2011, *Huseyn u.a. v. Aserbajdschan*, Nr. [35485/05](#), [45553/05](#), [35680/05](#) und [36085/05](#), § 202 mit Verweis.

219 Gem. Art. 127 Abs. 1 und Art. 129 StPO sowie dem übergeordneten Recht in Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. b IPBPR.

220 Vor allem der anwaltliche Beistand wurde als Störfaktor bei der korrekten Sachverhaltsermittlung angeführt, vgl. etwa MÜLLER, Diss., 65. Im Zusammenhang mit dem anwaltlichen Rat, vom Schweigerecht Gebrauch zu machen, siehe STRATENWERTH, SJZ 1978, 217–219.

221 Vgl. DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 2008, 170.

sagen hinwirken.²²² Die gesamte Diskussion, ob im Strafverfahren ein besseres bzw. korrekteres Resultat erzielt werden könne, wenn die Verteidigungsrechte nicht befolgt würden, ist aber ohnehin müssig. Denn die Verfahrensregeln geben den Umfang der zulässigen Sachverhaltsermittlung vor und sind somit selbst Bestandteil der strafprozessualen Wahrheitsfindung.²²³ Die strafprozessualen Regeln im Allgemeinen und das Prinzip der Waffengleichheit im Besonderen können nicht als externe Störfaktoren gegenüber einer unabhängigen Wahrheitsfindung im Strafverfahren betrachtet werden.

Im Sinne der vorstehenden Überlegungen kann der Zweck des Prinzips der Waffengleichheit in der prozessualen Feststellung des dem Tatverdacht zugrundeliegenden Sachverhalts gesehen werden. Indem in prozessualer Hinsicht sichergestellt wird, dass die beschuldigte Person gegenüber der institutionell bevorteilten Strafverfolgungsbehörde eine gleichwertige Möglichkeit zur Darlegung ihrer Sichtweise erhält, wird ihr eine effektive Möglichkeit geboten, auf die strafrechtliche Entscheidungsfindung einzuwirken. Auf diese Weise kann eine einseitige und somit fehleranfällige Sachverhaltsfeststellung verhindert werden. Damit steht das Prinzip der Waffengleichheit ganz im Zeichen einer dialektischen Verdachtsabklärung, welche auf der These der Anklage und der Antithese der Verteidigung beruht.²²⁴ Treffend bringt dies DORER zum Ausdruck: *«Der Grundgedanke des modernen Anklageverfahrens ist: Im Für und Wider, im Erschöpfen der Gründe zu Gunsten und zu Lasten des Inculpanten werden Zweck und Ziel der Strafuntersuchung am sichersten erreicht»*.²²⁵ Die wahrheitsdienende Funktion des Waffengleichheitsprinzips besteht in der Möglichkeit, den Prozessstoff umfassend darzustellen.²²⁶ Das

222 ARQUINT, 193 f.; BGE 104 Ia 17, E. 4.

223 RENZIKOWSKI, 118 *in fine*. Zum Umfang der zulässigen Sachverhaltsermittlung, vgl. etwa BGER, Urteil vom 08.02.2016, 6B_786/2015, E. 1.2.

224 Die Dialektik im Strafverfahren lässt sich mit dem Denken in Gegensätzen, der gedanklichen Bewegung in These und Antithese, beschreiben, vgl. MEYER, Dialektik, 33, mit Bezug auf das Verhältnis zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft, siehe 50–54; MÜLLER, ZStrR 1979, 169; DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 348.

225 DORER, 85 f.; vgl. auch PIETH, Beweisantrag, 311.

226 Vgl. MAHLMANN, Verfahren, 438 (Waffengleichheitsprinzip explizit nennend); in grundsätzlicher Weise vgl. BGE 134 IV 36, E. 1.4.5 mit Hinweis auf HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 80 N 2. Vgl. auch TRECHSEL, Why must Trials be Fair?, 108. Betreffend die Geltendmachung der unterschiedlichen Rechtspositionen, siehe NOLL, ZStrR 1981, 179; WACH, 27: *«[...] im Für und Wider, im Erschöpfen der Gründe zugunsten und zuungunsten der Beschuldigung [wird] am sichersten der Zweck der Untersuchung, die Wahrheit und das gerechte Urteil erreicht»*.

Prinzip ist gewissermassen eine Voraussetzung dafür, dass der Grundsatz der Unschuldsvormutung nach erfolgter Beweisabnahme und Beweiswürdigung nicht zur blossen Makulatur verkommt.

Mit der Anerkennung des Prinzips der Waffengleichheit als notwendiges Element der strafprozessualen Sachverhaltsermittlung sind wir jedoch nicht am Ende. Es stellt sich sodann die Frage, ob die «Waffengleichheit» ausschliesslich im Zeichen einer subjektiven Sachverhaltsermittlung zu betrachten ist oder ob es – jenseits von instrumentellen Überlegungen – weitere Gründe gibt, weshalb die Wahrung einer «Waffengleichheit» erstrebenswert sein kann.

C. ACHTUNG DER AUTONOMIE DER BESCHULDIGTEN PERSON

Gemäss der Ansicht von DEMKO beruhen sämtliche EMRK-Konventionsgarantien, also auch das Prinzip der Waffengleichheit, auf dem Fundament der Menschenwürde und der zu wahrenen Selbstbestimmung der beschuldigten Person.²²⁷ Der Zweck der «Waffengleichheit» könnte somit überdies in der Achtung der Autonomie und Würde einer beschuldigten Person liegen.

I. Achtung der Autonomie als Strafverfahrensziel

In allgemeiner Weise lässt sich die Autonomie als Fähigkeit umschreiben, selbstbestimmt eine Entscheidung bilden und gemäss dieser Entscheidung handeln zu können.²²⁸ Das Verständnis der Verfahrensfairness beruht nach Ansicht des EGMR im Wesentlichen auf der Vorstellung einer selbstbestimmten Ausübung der Verfahrensteilnahme.²²⁹ Indem die beschuldigte Person

²²⁷ DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 257. Die Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, auf die die EMRK in ihrer Präambel verweist, bestimmt, dass «die Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräusserlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet».

²²⁸ Insofern setzt eine selbstbestimmte Entscheidung eine Auswahl an möglichen Optionen bzw. Verhaltensweisen voraus, vgl. RAZ, 204: «A person is autonomous only if he has a variety of acceptable options available to him to choose from [...]».

²²⁹ Zur Autonomie als Grundlage der EMRK, vgl. EGMR vom 29.04.2002, *Pretty v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, § 61: «[T]he Court considers that the notion of personal auto-

selbst bestimmt, inwieweit sie von ihren prozessualen Mitwirkungs- und Äusserungsrechten Gebrauch machen möchte, wird sie als autonomes Rechtssubjekt ernst genommen.²³⁰

Eng verbunden mit der Autonomie ist der Grundsatz der Menschenwürde.²³¹ Was genau unter diesem Begriff verstanden wird, ist indessen nicht nur im Bereich der Rechtswissenschaften umstritten.²³² Das Bundesgericht umschreibt die Menschenwürde als «[d]as letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen», was sich einer abschliessenden positiven Festlegung entziehe.²³³ Die Offenheit des Rechtsbegriffs beruht auf der ethischen Überzeugung, man dürfe sich vom Menschsein kein fixes Bild machen.²³⁴ Je klarer die Konturen der Menschenwürde ausfallen, desto eher besteht die Gefahr der Ausgrenzung bestimmter Personen oder eines bestimmten Personenkreises. Das Menschsein entzieht sich gerade wegen der humanen Fähigkeit zur Selbstbestimmung einer abschliessenden Definition. Die offene Umschreibung der Menschenwürde ist jedoch zugleich problematisch. So sehen sich die aus der Menschenwürde abgeleiteten Handlungsmaximen der Kritik ausgesetzt, entweder zu vage formuliert zu sein²³⁵ oder – falls sie konkret ausformuliert sind – unvermittelt aus dem an sich unbestrittenen Grundsatz der Menschenwürde abgeleitet worden zu sein.²³⁶ Aus dem unbestimmten Grundsatz der Menschenwürde kann jedoch immerhin gefolgert werden, dass die beschuldigte Person als Subjekt im sie betreffenden

omy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees» (im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK); EGMR vom 27.04.2010, *Vörður Ólafsson v. Island*, Nr. 20161/06, § 46 (im Zusammenhang mit Art. 11 EMRK). Die passive Autonomie betonend EGMR vom 17.12.1996, *Saunders v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 19187/91, §§ 68 f.

230 Vgl. CHEN, 53. Die Möglichkeit des Verzichts auf die Mitwirkung im eigenen Verfahren bestätigt insofern die Autonomie der beschuldigten Person, so auch ZIMMERLIN, 27.

231 MAHLMANN, Good Sense of Dignity, 604.

232 Vgl. zum Beispiel zur Menschenwürde in der Bioethik, ANDORNO/DÜWELL, 472–478.

233 BGE 127 I 6, E. 5b; BGE 143 IV 77, E. 4.1. Der Inhalt der Menschenwürde hängt von kulturellen, religiösen und weltanschaulichen Parametern ab, siehe MAHLMANN, AJP 2013, 1308; MCCRUDDEN, 698.

234 MÜLLER/SCHEFER, 3: «Das Prinzip der Menschenwürde bedeutet gerade nicht die Garantie eines bestimmten objektiven Menschenbildes; eine solche bedrängt den Menschen eher, als dass sie ihn in seiner inneren Würde bestätigt und freisetzt».

235 Die Ableitungen sind «so vage, dass sie als kritischer Massstab für konkrete Entwicklungen des positiven Rechts kaum taugen», siehe HASSEMER, FS Maihofer, 199.

236 WOHLERS, Partizipatorisches Ermittlungsverfahren, 20; COHEN, 125.

Verfahren zu behandeln ist.²³⁷ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangt die Würde, dass der Einzelne nicht als Objekt im Verfahren behandelt wird, sondern seine rechtserheblichen Standpunkte im Verfahren geltend machen kann.²³⁸ Die Fähigkeit, selbstbestimmt zu entscheiden und zu handeln, ist somit gewissermassen als eine Voraussetzung für das zu begreifen, was mit der «Unfasslichkeitsformel» des Bundesgerichts gewahrt werden soll.²³⁹

Die Selbstbestimmung im Strafprozess bezieht sich auf die Möglichkeit zur Teilhabe am Verfahren. DUBBER unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen «passiver Autonomie» und «aktiver Autonomie». Letzteres bedeutet die Freiheit, sich am Strafprozess zu beteiligen, während Ersteres die Freiheit bezeichnet, nicht am Strafprozess mitzuwirken und dazu auch nicht gezwungen zu werden.²⁴⁰ Auf beide Arten der Autonomie soll im Folgenden eingegangen werden, um in einem nächsten Schritt zu überprüfen, ob das Prinzip der Waffengleichheit der Wahrung einer passiven oder aktiven Autonomie dienlich ist.

1. Passive Autonomie

Die passive Autonomie einer beschuldigten Person wird gewahrt, indem diese vor übermässigem staatlichem Zwang hinsichtlich ihrer Entscheidung, am Verfahren *nicht* mitzuwirken, geschützt wird. Entsprechend dieser negativ umschriebenen Autonomie müssen die Strafbehörden der beschuldigten Person einen Entscheidungsfreiraum einräumen, in dem sie frei von unzulässiger staatlicher Einwirkung entscheiden kann, ob sie am Verfahren teil-

237 Weitergehenden Ableitungen fehlt es an vermittelnden Ableitungszusammenhängen, siehe WOHLERS, Partizipatorisches Ermittlungsverfahren, 20. Im Ergebnis gleich BGE 143 IV 77, E. 4.1.

238 BGer, Urteil vom 11.09.1963, E. 3a, auszugsweise zitiert in: ZBl 1964, 216 f: «Die Würde des Menschen [...] verlangt, dass der Einzelne nicht bloss Objekt der behördlichen Entscheidung sei, sondern vor der Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Worte komme, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis zu nehmen». Vgl. dazu auch BGE 113 Ia 214, E. 2d. Diese Rspr. geht zurück auf die Dürig'sche Objektformel, vgl. MAHLMANN, Human Dignity, 379 (Fn. 54).

239 MAHLMANN, AJP 2013, 1314. In diesem Sinne auch KANT, 294: «Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur».

240 DUBBER, 92–96.

haben möchte.²⁴¹ Im Vordergrund steht hierbei das Verbot des Selbstbelastungszwangs, das die freie Willensbetätigung vor unzulässigem staatlichem Zwang schützt.²⁴² Auch die Rechtsprechung des EGMR betont die Willensfreiheit der beschuldigten Person im Zusammenhang mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs.²⁴³

Der Strafprozess kann jedoch nicht vollkommen auf die Selbstbestimmung der beschuldigten Person ausgerichtet sein. Es liegt zum Beispiel nicht in der Hand der beschuldigten Person zu entscheiden, ob gegen sie ein Strafverfahren geführt oder bei bestehendem Tatverdacht gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahmen ergriffen werden. Letztere sind vielmehr ausdrücklich erlaubt,²⁴⁴ obwohl zum Beispiel eine drohende Untersuchungshaft den freien Entschluss zur Einlassung in das Verfahren beeinflussen kann.²⁴⁵ Ferner kann sich eine beschuldigte Person der Teilhabe am Strafprozess nicht vollständig entziehen. Zumindes bezüglich der Anwesenheit an der Hauptverhandlung, bei der über die erhobenen Vorwürfe verhandelt wird, ist sie in der Regel zum Erscheinen verpflichtet.²⁴⁶ Nur aus wichtigen Gründen kann das Gericht der beschuldigten Person das persönliche Erscheinen in der Hauptverhandlung

241 Diese Art der Selbstbestimmung unter Ausschluss staatlicher Einwirkung wird als «negative Freiheit» bezeichnet, siehe BERLIN, 169–178. Dies darf jedoch nicht mit einer schrankenlosen Selbstherrlichkeit gleichgesetzt werden, siehe MAHLMANN, *Gerechtigkeit*, 275. Vgl. auch BGer, Urteil vom 09.05.2008, [6C_1/2008](#), E. 4.

242 Vgl. OTT, 82: «Es geht also darum, dass die Willensentschliessung bezüglich des Verhaltens im Strafverfahren nicht [...] beeinflusst werden darf, so dass eine selbstbestimmte Entscheidung über Selbstbelastung zustande kommen kann».

243 EGMR vom 21.07.2015, *Zachar and Čierny v. Slowakei*, Nr. 29376/12 und 29384/12, § 59: «The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resorting to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused». Vgl. dazu auch SCHLAURI, Diss., 95 f.

244 Sofern die Voraussetzungen von [Art. 197 StPO](#) erfüllt sind. Weshalb sich der Staat jeglichen Zwangs enthalten soll, lässt sich nicht schlüssig begründen, siehe dazu JACKSON, *Reconceptualizing*, 842–849.

245 Dies ist insbesondere kritisch, wenn die Untersuchungshaft in Fällen angeordnet wird, in denen mit erhöhter Wahrscheinlichkeit von einer bedingten Strafe auszugehen ist, kritisch dazu BIGLER/BONIN/GFELLER, 149–154.

246 Zur amtlich sicherzustellenden Anwesenheits- und Einvernahmepflicht im Rahmen eines Berufungsverfahrens, siehe BGer, Urteil vom 12.12.2017, [6B_422/2017](#), E. 4.3.2 mit Verweis auf [Art. 341 Abs. 3 StPO](#).

erlassen.²⁴⁷ Insofern besteht in jedem Strafverfahren ein gewisser faktischer Zwang zur Teilhabe, sei es auch nur durch die bloße Anwesenheit im Verfahren.

Entscheidend ist somit, was als unzulässige staatliche Einflussnahme gilt. Die StPO verbietet insofern den illegalen Einsatz von Zwangsmitteln,²⁴⁸ Gewaltanwendung,²⁴⁹ Drohungen,²⁵⁰ Versprechungen²⁵¹ sowie Täuschungen.²⁵²

2. Aktive Autonomie

Die Autonomie wird nicht nur dadurch gewahrt, dass sich der Staat unzulässiger Zwangsmassnahmen enthält und einer Person einen gewissen Freiraum lässt, gemäss ihrer freien Willensentscheidung zu handeln. Den Staat trifft darüber hinaus eine positive Leistungspflicht, damit die Rechtsunterworfenen in der Lage sind, ein selbstbestimmtes Leben zu führen.²⁵³ Die gesamte Rechtsordnung baut darauf auf, dass das Individuum die gesellschaftlichen Normen selbständig interpretieren und sein Verhalten danach ausrichten kann.²⁵⁴ Kommt es zu einem vermeintlichen Normbruch, ist idealiter davon auszugehen, dass der Einzelne sein Verhalten erklären und

247 Gem. Art. 336 Abs. 3 StPO. Unter wichtige Gründe fallen etwa Krankheit oder das hohe Alter und die Gebrechlichkeit einer beschuldigten Person, vgl. CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 184 f.

248 Darunter fallen etwa Zwangsmittel, die noch nicht die Schwelle der Gewalt erreicht haben, wie bspw. der Entzug von Essen und Trinken oder das Verbot die Toilette aufzusuchen, siehe StPO-Kommentar-WOHLERS, Art. 140 N 3 f.

249 Hauptanwendungsfall ist das Verbot der Folter gem. Art. 3 Abs. 2 lit. d StPO, Art. 10 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 4 BV, Art. 3 EMRK sowie Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 IPBPR.

250 Erfasst ist das Inaussichtstellen eines gesetzlich nicht vorgesehenen künftigen Übels, beispielsweise von Haft, obschon die Voraussetzungen für Untersuchungshaft offensichtlich nicht gegeben sind, siehe BSK-StPO I-GLESS, Art. 140 N 41 *e contrario*.

251 Darunter fällt das Inaussichtstellen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils. Kritisch erweist sich die als sicher hingestellte strafmildernde Wirkung eines Geständnisses, siehe OBERHOLZER, Grundzüge, N 740.

252 Darunter ist jedes Verhalten der Strafbehörden zu verstehen, welches darauf abzielt, bei der beschuldigten Person eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung zu erzeugen, vgl. dazu BGE 144 IV 23, E. 4.2.

253 JACKSON/SUMMERS, Fair Trial Standards, 102.

254 FULLER, 162: «To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults».

sich mit dem Vorwurf auseinandersetzen kann.²⁵⁵ Ausgehend von diesem Ideal erwachsen gewisse Anforderungen an das Recht selbst. Wenn man die menschliche Befähigung zur Selbstbestimmung ernst nimmt, müssen sich die gesellschaftlichen Normen gemäss FULLER an einer inneren Moral orientieren. Aus diesem Grund dürfen Normen nicht retrospektiv zur Anwendung gelangen.²⁵⁶ Vielmehr müssen gesellschaftliche Normen im Voraus in einer verständlichen Sprache veröffentlicht werden,²⁵⁷ sich widerspruchsfrei in die bisherige Rechtsordnung einfügen²⁵⁸ und kein Verhalten verlangen, das die Rechtsunterworfenen unmöglich erreichen können.²⁵⁹ Vor diesem Hintergrund gilt es eine stabile Rechtsordnung zu etablieren, an die sich die rechtsanwendenden Behörden halten können und müssen.²⁶⁰

Die Annahme, dass eine Person potenziell dazu fähig ist, ihre Rechtsauffassung und ihr Verhalten zu erklären, hat aber auch einen Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung eines Verfahrens.²⁶¹ Erstrebenswert ist demnach ein Verfahren, in dem es den betroffenen Personen möglich ist, ihre Sicht der Dinge darzulegen.²⁶² Übertragen auf das Strafverfahren bedeutet dies, dass der beschuldigten Person positivrechtlich die Gelegenheit geboten werden muss, sich mit dem Tatvorwurf und dessen tatsächlicher Grundlage auseinanderzusetzen.²⁶³ Die prozessuale Teilhabe und deren wirksame Umsetzung im Strafprozess stehen somit im Zeichen einer zu wahrenen Autonomie der beschuldigten Person.

255 Vgl. auch WALDRON, Dignity, 202.

256 FULLER, 51–62.

257 FULLER, 63–65.

258 FULLER, 63–70.

259 FULLER, 63–79. Gemäss dem Grundsatz *ultra posse nemo obligatur*.

260 Vgl. dazu auch WALDRON, Importance of Procedure, 5–12.

261 MAHLMANN, Verfahren, 440: «Wenn wir die Würde der Menschen als autonome Rechtsgenossen ernst nehmen wollen, müssen die prozessualen Rechte entsprechend gestaltet werden [...]».

262 WALDRON, Importance of Procedure, 15.

263 Im Rahmen eines fairen Verfahrens soll die beschuldigte Person Verantwortung übernehmen und zum Tatvorwurf Stellung beziehen, vgl. DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, Trial on Trial 3, 101, 203 ff. Es handelt sich dabei um das Ideal eines Strafprozesses, vgl. DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, Trial on Trial 3, 65: «[...] our enterprise is one of a normative theory, not of empirical analysis [...]».

II. Achtung der Autonomie als Zweck des Waffengleichheitsprinzips

Die Erfordernisse, die das Prinzip der Waffengleichheit an ein Strafverfahren stellt, führen in der Rechtswirklichkeit dazu, dass die beschuldigte Person aktiv von ihren Verteidigungsrechten Gebrauch machen kann. Hierbei gilt es sich die Ausgangslage im Strafverfahren zu vergegenwärtigen, welches von einem Ungleichgewicht zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden gekennzeichnet ist.²⁶⁴ In einer solchen Konstellation ist die Freiheit der beschuldigten Person, zu entscheiden, ob und *wie* sie im Strafverfahren gegen sich selbst mitwirken möchte, gefährdet.

Die «Waffengleichheit» versteht man am besten als ein Prinzip, welches verhindern soll, dass die ohnehin bereits bevorteilte Verfahrenspartei – also die Staatsanwaltschaft – ihre institutionelle Übermacht dazu missbraucht, die beschuldigte Person in der Ausübung ihrer Verteidigungsrechte in unsachlicher Weise einzuschränken. Es geht beim Waffengleichheitsprinzip im Strafverfahren also nicht darum, der beschuldigten Person dieselben Rechte zu erteilen wie der Staatsanwaltschaft. Unter Berücksichtigung der vorbestehenden Ungleichheit zwischen den Verfahrensparteien muss jedoch verfahrensrechtlich sichergestellt sein, dass die beschuldigte Person in einem korrekten Verfahren ihre Verteidigungsrechte auch tatsächlich geltend machen kann.²⁶⁵ Die Verteidigungsrechte dürfen nicht nur auf dem Papier bestehen; stattdessen soll die Verfahrensfairness tatsächlich gelebt werden.

Im Fokus des Waffengleichheitsprinzips steht der institutionelle Rahmen, in welchem die Verteidigungsrechte ausgeübt werden können.²⁶⁶ Gerade die Unterregulierung des Vorverfahrens birgt die Gefahr, dass die beschuldigte Person in der Ausübung ihrer Verteidigungsrechte substanziell benachteiligt wird.²⁶⁷ Indem das Waffengleichheitsprinzip verfahrensrechtlich sicherstellt, dass die Verteidigungsrechte gegenüber einer institutionell bevorteilten

264 Im Gegensatz zum Zivilprozess handelt es sich im Strafprozess nicht um zwei gleichgeordnete Streitparteien, vgl. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 97.

265 Vgl. GAEDE, 649: «Mit anderen Worten bedeutet Waffengleichheit das Gebot eines rechtlichen Gehörs, das nach dem Schutzbereich des Art. 6 EMRK stets auch im Vergleich zur Anklagevertretung ohne substantielle Nachteile zu eröffnen ist».

266 Vgl. untenstehend, Dritter Teil, Kapitel B.II. Ziff. 3; FEDOROVA, 141 *in fine*.

267 Vgl. untenstehend, Dritter Teil, Kapitel B.II. Ziff. 3.

Staatsanwaltschaft wirksam zum Tragen kommen können,²⁶⁸ dient es der Verwirklichung der aktiven Autonomie beschuldigter Personen im Strafverfahren.²⁶⁹ Eine effektive verfahrensrechtliche Gewährleistung der Verteidigungsrechte kann jedoch auch die passive Autonomie der beschuldigten Person stärken. Insbesondere die Gewährleistung des sog. «Anwalts der ersten Stunde» könnte bewirken, dass beschuldigte Personen im Bewusstsein ihrer Handlungsoptionen vermehrt von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen. Bei Einhaltung des Prinzips der Waffengleichheit wird die Autonomie der beschuldigten Person insofern gewahrt, als verfahrensrechtlich sichergestellt wird, dass sie ihre Sicht der Dinge in wirksamer Weise präsentieren oder aber ohne übermässigen Druck seitens der Strafverfolgungsbehörden (vorerst) darauf verzichten kann. Nicht zuletzt erhöht sich hierdurch auch die Wahrscheinlichkeit, dass die Verfahrensbeteiligten letztendlich die strafrechtliche Entscheidung innerlich anerkennen werden.²⁷⁰

Wenngleich es der autonomen Willensentscheidung der beschuldigten Person zur Durchsetzung verhelfen kann, steht das Prinzip der Waffengleichheit jedoch nicht in der Disposition der Verfahrensparteien. Denn neben dem Individualinteresse besteht auch ein öffentliches Interesse an der Geltung dieses Prinzips bzw. am Vorhandensein eines institutionellen Rahmens, in dem die Verteidigungsrechte trotz der Übermacht der Strafverfolgungsbehörden wirksam ausgeübt werden können.²⁷¹ Die vorherrschende Sichtweise, wonach die Fairnessgarantien reine Individualrechte der beschuldigten Person sind, greift daher zu kurz. Zumindest im ordentlichen Strafverfahren gilt, was VARGHA zutreffend festhält: «*Der Beschuldigte kann sich nie freiwillig unter Verzichtleistung auf eine processualische Feststellung seiner Schuld, der Strafe unterwerfen*».²⁷² Unabhängig davon, ob die beschuldigte Person von ihren

268 Das Waffengleichheitsprinzip im Sinne einer wirksamen Verfahrensteilhabe verstanden, DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 356 ff.

269 Vgl. auch WĄSEK-WIADEREK, 50.

270 Zu empirischen Studien in Nordamerika, wonach die subjektive Wahrnehmung der Verfahrensfairness für die Akzeptanz einer strafrechtlichen Entscheidung von signifikanter Bedeutung ist, siehe TRECHSEL, Why must Trials be Fair?, 113 f.

271 JACKSON/SUMMERS, Fair Trial Standards, 104: «There is thus an important public interest attached to the right of a fair trial missing from other rights which requires that the rights are exercised within a particular procedural framework that operates not just to the benefit of defendants but for the benefit of society as well».

272 VARGHA, 273 mit Verweis auf HOLTZENDORFF. Relativiert wird dies im schweizerischen System durch die besonderen Strafverfahren des Strafbefehls (Art. 352–357 StPO) sowie des abgekürzten Verfahrens (Art. 358–362 StPO).

Mitwirkungsrechten im Strafverfahren Gebrauch machen möchte oder nicht, beansprucht das Prinzip der Waffengleichheit Geltung im Strafprozess. Ähnlich wie das Recht auf ein unparteiisches Gericht²⁷³ oder das Recht auf notwendige Verteidigung²⁷⁴ liegt die Sicherstellung der Waffengleichheit im öffentlichen Interesse und ist deshalb einem Verzicht durch die beschuldigte Person nicht zugänglich. In dogmatischer Hinsicht steht das Prinzip der Waffengleichheit somit nicht nur im Dienst der Autonomie der beschuldigten Person, sondern wirkt sich insgesamt auf die Art und Weise der Durchführung eines Strafverfahrens aus. Dass daran auch ein öffentliches Interesse besteht, soll nachfolgend näher aufgezeigt werden.

D. LEGITIMATION EINER STRAFRECHTLICHEN ENTSCHEIDUNG

Die nachfolgenden Ausführungen stellen die Ausgestaltung des Strafverfahrens ins Zentrum der Betrachtung und sind von der Prämisse getragen, dass es für den Einzelnen und die Gesellschaft von Bedeutung ist, *wie* eine strafrechtliche Entscheidung zustande kommt. Nur auf der Grundlage einer als legitim wahrgenommenen Entscheidung kann der Staat berechtigterweise deren Verbindlichkeit gegenüber den Verfahrensbetroffenen und der Allgemeinheit einfordern.²⁷⁵ Daher ist es entscheidend, woraus sich die Legitimation, verstanden als berechtigte Akzeptanz einer autoritativen Entscheidung, ableiten lässt.²⁷⁶ Im Unterschied zum radikalen Wertskeptizismus bei der Systembeschreibung von LUHMANN, wonach die Legitimation einer Entscheidung durch das Verfahren an sich bzw. durch die Mitwirkung der Beteiligten erzeugt werde,²⁷⁷ wird die Legitimation vorliegend als ein normatives Konzept verstanden, das sich aus den im Schuldspruch immanenten Wertungen ergibt.

273 Der Abklärung des Ausstands liegt nicht in der Parteidisposition, siehe BGer, Urteil vom 17.08.2015, [1B_55/2015](#), E. 43.

274 Vgl. zu dieser Diskussion BOMMER, Notwendige Verteidigung, 109–113; siehe auch nachstehend, Fn. 741.

275 DENNIS, 51.

276 Vgl. zum soziologischen Begriff der Legitimität im Zusammenhang mit der Urteilsfindung Ho, Liberalism, 101 f.

277 LUHMANN, Legitimation, 114 f. Dadurch werde der Umstand kaschiert, dass eine strittige Rechtsfrage überhaupt nicht auf der Grundlage objektiver Kriterien oder einer gesicherten Kenntnis entschieden werden könne. Insofern diene das Verfahren zur blossen Mystifikation des Paradoxes, Unentscheidbares entscheiden zu müssen, siehe LUHMANN, Gesellschaft, 309 f. Vgl. dazu die konzise Kritik von MAHLMANN, Verfahren, 445–447.

Die Legitimität einer strafrechtlichen Entscheidung beruht somit nicht nur auf der Möglichkeit der Verfahrensbeteiligten zur Mitwirkung im Strafverfahren und deren Interaktion miteinander.²⁷⁸ Die Entscheidung muss darüber hinaus in Einklang mit den dem Rechtssystem zugrundeliegenden Werten stehen.

I. Legitimation der strafrechtlichen Entscheidung als Strafverfahrensziel

Ein für die Legitimität wichtiger Bestandteil ist die Richtigkeit der strafrechtlichen Entscheidung.²⁷⁹ Dies zeigt sich schon darin, dass ein bewusst dem tatsächlichen Geschehen widersprechender Schuldspruch oder die offensichtlich willkürliche Subsumtion eines Sachverhalts unter einen Straftatbestand nicht als eine legitime Entscheidung gelten kann. Ein strafrechtliches Urteil ist jedoch mehr als die blosse Entscheidung darüber, ob der in der Anklage umschriebene Sachverhalt jenseits vernünftiger Zweifel vorliegt oder nicht.²⁸⁰ Im Falle eines Schuldspruchs wird gleichzeitig die moralische Missbilligung des vorgeworfenen Verhaltens öffentlich zum Ausdruck gebracht.²⁸¹ Der Schuldspruch dient nicht bloss der Kommunikation der strafrechtlichen Entscheidung, sondern hat darüber hinaus eine expressive Funktion. Um diesen Punkt zu illustrieren, erscheint es zielführend, kurz auf das Thema der Kriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen einzugehen.

Die Kriminalisierung bezweckt, das Verhalten der Rechtsunterworfenen derart zu beeinflussen, dass das strafbewehrte Verhalten möglichst unterbleibt.²⁸²

278 Durch die Verstrickung in ein Rollenspiel soll das Individuum dazu gebracht werden, die künftige Entscheidung hinzunehmen, was als die heimliche Theorie des Verfahrens bezeichnet wird, siehe LUHMANN, Legitimation, 86 f., 103.

279 DENNIS, 51. Wie zuvor aufgezeigt, ist die Sachverhaltsrekonstruktion allerdings wertender Natur, siehe Zweiter Teil, Kapitel B.I.

280 DUFF, Perversions and Subversions, 91.

281 DUFF, Trials, 39: «[...] to indict someone for a criminal offence is to offer a particular criticism of his conduct; to try him is to seek to determine justice of that criticism; to convict him is to blame him publicly for that offence [...]».

282 Siehe etwa HART, 6: «To announce to society these actions are not to be done and that fewer of them are done»; DUFF, Trials, 76 f.; die Schutzpflicht des Staates hervorhebend DERS., Answering for Crime, 87; auf den Grundsatz *nulla poena sine lege* hinweisend HÖRNLE, 685; aufzeigend, dass die Steuerungsfunktion auf die Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung gerichtet und somit einem historischen Wandel ausgesetzt ist, FARMER, Criminalization, 37–60, hinsichtlich des Eigentums, 201–233, hinsichtlich strafbarer

Ungeachtet davon, ob ein Schuldspruch und die damit verbundene Strafe rückwärts- oder vorwärtsgerichtet ist,²⁸³ führt die propagierte Steuerungsfunktion des Strafrechts unweigerlich zur Frage, was für ein Verhalten unter Strafe gestellt werden soll. Sicherlich entscheidet nicht der legislatorische Wille allein, ob etwas strafwürdig ist oder nicht.²⁸⁴ Im Schrifttum wird oftmals der *Ultima-ratio*-Charakter des Strafrechts betont, wonach nur diejenigen Verhaltensweisen pönalisiert werden sollen, die grundlegend mit dem gesellschaftlichen Zusammenleben in Konflikt stehen, und auch dies nur, wenn keine weniger eingriffsintensiven, dabei aber ähnlich effektiven Massnahmen der Sozialkontrolle zur Verfügung stehen.²⁸⁵ Davon abgesehen, dass diesem begrenzenden Ansatz in der Praxis der Gesetzgebung ohnehin keine grosse Beachtung geschenkt wird,²⁸⁶ hilft die Betonung des angeblichen Ausnahmecharakters insofern nicht weiter, als zunächst geklärt werden muss, in welchem Bereich von der strafrechtlichen Normierung lediglich zurückhaltend Gebrauch gemacht werden soll. Hierzu wird – zumindest im kontinentaleuropäischen Rechtskreis – auf die Rechtsgütertheorie zurückgegriffen, wonach eine Kriminalisierung nur dann gerechtfertigt erscheint, wenn die entsprechende strafrechtliche Norm dem Rechtsgüterschutz dient. Problematisch ist, dass über die Kriterien zur Bestimmung schützenswerter Rechtsgüter kein tragfähiger Konsens besteht.²⁸⁷ Für die Belange der vorliegenden Untersuchung ist es wichtig zu erkennen, dass sowohl die Entschei-

Handlungen gegen Leib und Leben, 234–263, hinsichtlich der sexuellen Integrität 264–294.

283 Vgl. zu den absoluten und relativen Straftheorien, JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, 6–17.

284 So aber die Botschaft StGB 1998, 2142 im Hinblick auf die Einführung der strafrechtlichen Unternehmenshaftung.

285 Kritisch WOHLERS, Zielkonflikte, 274 f. m.w.H.; näher auf die Subsidiarität eingehend HÖRNLE, 697 f. Die Subsidiarität bzw. Unangemessenheit strafrechtlicher Normierung leitet sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ab, siehe WOHLERS, *Ultima Ratio*, 69.

286 WOHLERS, Zielkonflikte, 274 f. mit Verweis auf die Debatte im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Verbot der Zwangsheirat ([Art. 181a StGB](#)); DERS., *Ultima Ratio*, 57 f.

287 WOHLERS, Gefährdungsdelikte, 219. Gemäss ROXIN sind darunter «alle Gegebenheiten und Zwecksetzungen zu verstehen, die für die Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und des Funktionierens eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden Systems notwendig sind», siehe ROXIN, 16. Gemeinhin werden die Rechtsgüter in Individual- und Universalrechtsgüter unterteilt. Als Individualrechtsgüter gelten bspw. die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder das Eigentum. Als Beispiele für Universalrechtsgüter sei an dieser Stelle auf die Rechtspflege, die Zuverlässigkeit von Urkunden im Rechtsverkehr sowie die Funktionsfähigkeit des Zahlungsverkehrs verwiesen.

dung, was ein durch das Strafrecht zu schützendes Rechtsgut ist, als auch die Grenzziehung zwischen strafbaren und straflosen Einwirkungen auf dieses Rechtsgut politischen und moralischen Wertungen der Rechtsgemeinschaft entspringt.²⁸⁸ Dem Strafrechtssystem ist somit eine moralische Konzeption inhärent, mit der sich das geltende Strafrecht rechtfertigen, aber auch kritisieren lässt.

Mittels eines Strafverfahrens muss der Staat aufzeigen, weshalb sich eine Verurteilung und Bestrafung der beschuldigten Person im Einzelfall rechtfertigt.²⁸⁹ Es gilt die strafrechtliche Entscheidung gegenüber der beschuldigten Person und der Öffentlichkeit zu rechtfertigen und zu begründen.²⁹⁰ Vor diesem Hintergrund versteht man die strafrechtliche Hauptverhandlung wohl am besten als einen kommunikativen Prozess, in welchem die beschuldigte Person dazu angehalten wird, zu den in der Anklage umschriebenen Tatvorwürfen Stellung zu beziehen, wobei sie die Tatvorwürfe samt der rechtlichen Würdigung bestreiten kann.²⁹¹ Dabei steht es der beschuldigten Person frei, den in der Anklageschrift umschriebenen Sachverhalt, die Legalität der Be-

288 Vgl. DUFF, *Trials*, 93: «[...] a certain immorality should be a necessary, though not a sufficient, condition of criminality». Auch das im angloamerikanischen Rechtssystem vorherrschende, auf JOHN STUART MILL zurückgehende *harm principle* basiert auf Wertungen. Wenngleich das *harm principle* im politischen System als negative Freiheit im Sinne einer Begrenzung des staatlichen Zwangs umschrieben wurde (siehe MILL, 14), liegt darin zugleich eine positive Umschreibung der Freiheit: Die staatliche Ausübung von Macht ist gerechtfertigt, um ein Individuum vor schädigendem Verhalten anderer zu schützen, siehe HÖRNLE, 688. Übertragen auf die Strafrechtstheorie ist entscheidend, was unter einem individuellen oder kollektiven *Schaden* verstanden wird, der auf das unrechtmässige Verhalten eines anderen zurückgeht. Noch deutlicher tritt die Wertung bei den Vertretern auf einem Rechtskonzept inhärenten normativen Moralismus hervor, siehe zum Beispiel DUFF, *Answering for Crime*, 88: «If we are serious about the values by which we define ourselves as a political community, and the demand we show each other appropriate respect and concern as fellow citizens, we will take a breach of such values and of that demand seriously, and mark and condemn them as such».

289 Vgl. HO, *Review*, 4: «[...] the criminal trial should be construed essentially as a process of calling the state to account for its request for condemnation and punishment [...]».

290 DUFF, *Trials*, 115, 118, 129. Dies bedingt, dass die beschuldigte Person als ein rationaler Vertreter der Rechtsgemeinschaft («rational agent») wahrgenommen und behandelt wird, vgl. DUFF, *Trials*, 99, 116; DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *Trial on Trial* 3, 203.

291 Vgl. DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *Trial on Trial* 3, 127 f., 152; DIES., 3: «[...] communicative process that calls the defendant to answer, and through which he can challenge the accusations of wrongdoing made against him, including the norms in the light of which those accusations are made».

weiserhebung, die rechtliche Würdigung, die Anwendbarkeit des materiellen Strafrechts auf den vorliegenden Fall sowie den zeitlichen, räumlichen oder persönlichen Geltungsbereich infrage zu stellen.²⁹² Idealerweise soll die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf der Grundlage eines rationalen Diskurses mit der beschuldigten Person untersucht und festgestellt werden.²⁹³ Häufig übernimmt der anwaltliche Beistand diese Rolle für die beschuldigte Person, indem er die strafrechtliche Verantwortlichkeit bestreitet oder das Verhalten der beschuldigten Person erklärt und nachvollziehbar macht.²⁹⁴

Wenngleich in der Rechtswirklichkeit die Täterschaft oder der in der Anklage umschriebene Sachverhalt oftmals umstritten sind, beinhaltet die Anklage den Vorwurf eines strafrechtlich relevanten Verhaltens, den es vor Gericht darzulegen gilt.²⁹⁵ Diese normative Konzeption der Hauptverhandlung steht insofern im Einklang mit dem strafrechtlichen Ziel der Legitimität von Entscheidungen, als die dem jeweiligen Strafrechtssystem inhärenten Werte im Rahmen der Hauptverhandlung dargestellt und durch die strafrechtliche Entscheidung bekräftigt werden sollen. Besonders deutlich zeigt sich die Wertediskussion im Strafverfahren, wenn eine illegale Beweisverwertung geltend gemacht wird.²⁹⁶

Wenn also eine wesentliche Funktion der strafrechtlichen Entscheidung darin besteht, das materielle Strafrecht und die ihm zugrundeliegenden Werte gegenüber den Verfahrensbeteiligten und der Allgemeinheit zu bekräftigen, ist es wichtig, dass die entsprechenden Entscheidungen nicht im Widerspruch mit jenen fundamentalen Werten zustande gekommen sind. Beispiele für die dem Strafrechtssystem inhärenten fundamentalen Werte sind etwa die Achtung der Würde und Autonomie, der Schutz der persönlichen Freiheit und der Privatsphäre, aber auch prozessuale Werte wie die Unschuldsvermutung oder das Recht auf ein faires Verfahren.²⁹⁷ Obwohl selbst die Grundrechte unter

292 Vgl. DUFF, *Trials*, 136.

293 Vgl. DUFF, *Trials*, 129; DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *Trial on Trial* 3, 101. Durch die Mitwirkung am Verfahren wird versucht, die betroffene Person von der Richtigkeit der strafrechtlichen Entscheidung zu überzeugen, siehe DUFF, *Trials*, 116.

294 DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *Trial on Trial* 3, 211–213.

295 DUFF, *Trials*, 135.

296 Zum Beispiel die Verletzung der Persönlichkeitsrechte bei der gerichtlichen Verwertung von Daten einer Dashcam-Aufzeichnung durch Dritte, siehe KGER SZ, Urteil vom 20.06.2017, *STK 2017 1*, E. 3b.

297 Vgl. DENNIS, 55.

bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden können,²⁹⁸ sind strafrechtliche Entscheidungen, die den dem Strafrechtssystem zugrundeliegenden Werten nicht entsprechen, in sich widersprüchlich – sei es aufgrund der Art und Weise, wie das Strafverfahren durchgeführt worden ist, oder infolge fehlerhafter Beweiserhebung. In dogmatischer Hinsicht spielt es hierbei keine Rolle, wie gravierend der Vorwurf an die beschuldigte Person ist.²⁹⁹ Eine mit einem derartigen inneren Widerspruch behaftete strafrechtliche Entscheidung kann ihre legitimatorische und normstabilisierende Wirkung nicht entfalten. Im Gegenteil steht zu befürchten, dass die Öffentlichkeit das Vertrauen in die staatlichen Institutionen und die Geltung des Strafrechts – oder genauer: in die dem Strafrechtssystem inhärenten Werte, die das Strafrecht zu schützen vorgibt – verliert.

Im Hinblick auf die beabsichtigte Demonstration der Normgeltung, die von einer strafrechtlichen Entscheidung ausgehen soll, muss der Strafprozess weitestgehend Gewähr dafür bieten, dass die Entscheidung legitim ist und auch als legitim wahrgenommen wird. Insofern kann die Legitimität einer strafrechtlichen Entscheidung als das übergeordnete Ziel eines Strafverfahrens betrachtet werden.³⁰⁰ In diesem Kontext hat der oft zitierte Satz *«Justice must not only be done, it must also be seen to be done»*³⁰¹ seine Berechtigung.

II. Legitimation der strafrechtlichen Entscheidung als Zweck des Waffengleichheitsprinzips

Zentral für das Verständnis der Hauptverhandlung als kommunikatives Unterfangen ist die Mitwirkung der beschuldigten Person.³⁰² Allerdings ist diese nicht verpflichtet, an ihrem eigenen Strafverfahren mitzuwirken.³⁰³ Es ist die

298 Solange nicht der entsprechende Kerngehalt betroffen ist, siehe [BGE 143 I 292](#), E. 2 am Beispiel der technischen Überwachung von privaten Räumlichkeiten.

299 Dies gilt es im schweizerischen Kontext besonders zu betonen, siehe dazu THOMMEN/SAMADI, 83–86 mit Verweisen.

300 So etwa DENNIS, 51, 56: «[...] legitimacy of the verdict is [...] the ultimate goal».

301 Statt vieler EGMR vom 26.10.1984, *De Cubber v. Belgien*, Nr. 9186/80, § 26.

302 DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, Trial on Trial 3, 203.

303 Vgl. Art. 113 StPO. Zur Begründung auf die institutionelle Übermacht der Strafbehörden hinweisend DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, Trial on Trial 3, 210. Überdies erlaubt das

Aufgabe der Strafbehörden, die Normgeltung durchzusetzen, selbst wenn die beschuldigte Person sich nicht an die dem Strafrechtssystem inhärenten Werte gebunden sieht oder die Mitwirkung am Verfahren gänzlich verweigert.³⁰⁴ Das bedeutet aber nicht, dass der Staat nicht dafür Sorge zu tragen hat, dass eine Mitwirkung im Strafverfahren und ein Diskurs über die strafrechtliche Verantwortlichkeit weitestgehend ermöglicht wird.

Angesichts der institutionellen Übermacht der Strafverfolgungsbehörden kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die beschuldigte Person eine im Verhältnis zur staatlichen Verfahrenspartei gleichwertige Möglichkeit erhält, auf das Prozessthema einzuwirken. Denn anders als im Zivilverfahren, wo sich in aller Regel Individualparteien gegenüberstehen, verfügen die Parteien im Strafverfahren nicht über dieselben Möglichkeiten, über die strittigen Punkte Beweis zu führen und sich mit den Vorbringungen der Gegenseite auseinanderzusetzen. Diesem Ungleichgewicht soll das Prinzip der Waffengleichheit strafprozessualer Ausprägung abhelfen, indem es im Hinblick auf die Darstellung der jeweiligen Positionen eine materielle Gleichheit zwischen den Verfahrensparteien etabliert.³⁰⁵ Es soll auf verfahrensrechtlicher Ebene garantieren, dass die Verteidigungsrechte der beschuldigten Person nicht durch die institutionelle Übermacht der Staatsanwaltschaft unsachgemäß beeinträchtigt werden.³⁰⁶ Entscheidend für die Wahrung der Waffengleichheit ist die faire Ausgestaltung des Strafverfahrens,³⁰⁷ die es ermöglicht, die Perspektive der Verteidigung ins Verfahren hineinzutragen.

Der Fokus auf die Hauptverhandlung als das richtige Forum für die Auseinandersetzung mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit deutet darauf hin, dass die Legitimität von Entscheidungen unter anderem von der strukturellen Ausgestaltung des Verfahrens abhängt. Je mehr nun aber entscheidende

Recht auf Schweigen der beschuldigten Person, eine scheinbar unbeteiligte Aussenansicht auf das Strafverfahren einzunehmen, siehe DUFF, *Trials*, 135.

304 Vgl. DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, *Trial on Trial* 3, 139 und 210.

305 Siehe nachstehend, Dritter Teil, Kapitel B.II.

306 Ansonsten wäre die beschuldigte Person substanziell gegenüber den Möglichkeiten der Staatsanwaltschaft benachteiligt, siehe dazu nachstehend, Dritter Teil, Kapitel D.

307 Vgl. zur Bedeutung der öffentlichen Wahrnehmung einer fairen Ausgestaltung des Justizwesens im Zusammenhang mit dem Waffengleichheitsprinzip, EGMR vom 30.10.1991, *Bogers v. Belgien*, Nr. 12005/86, § 24; EGMR vom 22.02.1996, *Bulut v. Österreich*, Nr. 17358/90, § 47; EGMR vom 27.03.2008, *Perić v. Kroatien*, Nr. 34499/06, § 24; EGMR vom 09.10.2008, *Moiseyev v. Russland*, Nr. 62936/00, § 203.

Verfahrensschritte ins Vorverfahren verschoben werden,³⁰⁸ desto wichtiger wird es, der beschuldigten Person eine effektive Verfahrensteilhabe zu ermöglichen. Eine Verfahrensteilhabe, die dem Beschuldigten bloss abstrakt zur Verfügung steht, während tatsächlich dessen Verzicht auf Geltendmachung seiner Verteidigungsrechte unterstellt wird, steht im Widerspruch zu der angestrebten Demonstration der Normgeltung. Eine so verstandene Verfahrensteilhabe läuft Gefahr, zum Deckmantel für ein unfaires Strafverfahren zu werden, sofern nicht mit dem Prinzip der Waffengleichheit gegengesteuert und sichergestellt wird, dass die Möglichkeit zur Mitwirkung nicht bloss pro forma oder verspätet eingeräumt wird. Damit leistet das Prinzip der Waffengleichheit einen wichtigen Beitrag hinsichtlich der Legitimität einer strafrechtlichen Entscheidung.³⁰⁹

E. ZUSAMMENFASSUNG

Da die Wahrheitsfindung im Strafrecht ein prozessualer Vorgang ist, besteht ein Zweck des Waffengleichheitsprinzips darin, die korrekte Sachverhaltserstellung zu begünstigen. Die «Waffengleichheit» stellt sicher, dass der Prozessstoff umfassend dargestellt wird und die rechtlichen Vorbringungen beschuldigter Personen in kontradiktorischer Weise, ohne substanziellen Nachteil gegenüber der Staatsanwaltschaft einfließen können. Je nachdem, ob von den Verteidigungsrechten Gebrauch gemacht wird oder nicht, stärkt die Möglichkeit, am Verfahren derart mitzuwirken, die aktive oder passive Autonomie der beschuldigten Person. Das Prinzip der Waffengleichheit steht somit zum einen im Zeichen der Wahrung der Autonomie der beschuldigten Person im Strafverfahren. Im grösseren Zusammenhang geht es zum anderen darum, ein Strafrechtssystem zu installieren, welches auf der Prämisse beruht, dass die beschuldigte Person ihre eigene Sichtweise hat und diese dem Gericht auch darlegen kann.³¹⁰

308 Die Konzeption des schweizerischen Strafverfahrens begünstigt die abschliessende Beweiserhebung sowie Auseinandersetzung mit der Beweislage ausschliesslich im Vorverfahren, siehe nachstehend, Viertes Teil, Kapitel C.

309 Vgl. analog zum Zivilprozess SOLUM, 275: «[...] so far as legitimacy is concerned, it is the option to participate at a meaningful stage that is crucial».

310 Vgl. WALDRON, Dignity, 210.

Das Waffengleichheitsprinzip dient nicht nur dem individuellen Interesse der beschuldigten Person an der Wahrung ihrer Autonomie, sondern steht überdies in einem öffentlichen Interesse. Das Prinzip der Waffengleichheit soll strafrechtliche Entscheidungen legitimieren, indem es verfahrensrechtlich sicherstellt, dass die Verteidigungsrechte in wirksamer Weise zur Geltung gelangen. Durch die Erfordernisse, die das Waffengleichheitsprinzip an die institutionelle Ausgestaltung des Strafverfahrens stellt, können die dem Strafrechtssystem inhärenten Werte im konkreten Strafverfahren diskutiert und bekräftigt werden. Es ist im Wesentlichen diese legitimierende Wirkung, die mit der Einhaltung des Waffengleichheitsprinzips erreicht werden soll.

**Dritter Teil:
Bedeutung des
Waffengleichheitsprinzips im
Strafprozess nach der EMRK**

«Equality can only be conceived of [...] as a certain equivalence. One might recall fights of gladiators in ancient Rome where one was in armour equipped with a sword, whilst the other was unprotected and equipped with a net and a trident.»³¹¹

A. EINLEITUNG

Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person ein Recht, dass eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage in einem fairen Verfahren beurteilt wird. Gemäss gefestigter Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts sowie der Auffassung in der Lehre bildet das Prinzip der Waffengleichheit einen wesentlichen Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren.³¹²

Die Schwierigkeit in Bezug auf das Waffengleichheitsprinzip im Strafverfahren besteht im Wesentlichen darin, ihm über die grundsätzliche Anerkennung hinaus eine inhaltliche Kontur zu verschaffen. Denn oftmals wird das Prinzip der Waffengleichheit ohne nähere Auseinandersetzung mit seiner inhaltlichen Tragweite thematisiert, was zu einer begrifflichen Unschärfe führt.³¹³

Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es, dieser Unschärfe abzuhelpfen. Hierzu wird die Bedeutung des Prinzips der Waffengleichheit im Strafprozess nach der EMRK dogmatisch analysiert, ein angesichts der relativ geringen Anzahl an einschlägigen EGMR-Fällen schwieriges Unterfangen. Infolge der bisweilen uneinheitlichen Rechtsprechung des EGMR werden auch Fälle be-

311 TRECHSEL, Human Rights, 96. Dies gilt insbesondere für das strafprozessuale Vorverfahren, siehe TRECHSEL, RIDP 1978, 558.

312 EGMR vom 27.06.1968, *Neumeister v. Österreich*, Nr. 1936/63, § 22: «[The] «equality of arms» which the Commission, in several decisions and opinions, has rightly stated to be included in the notion of fair trial (procès équitable) mentioned in Article 6 (1) [...]»; EGMR vom 17.01.1970, *Delcourt v. Belgien*, Nr. 2689/65, § 28; EGMR vom 06.05.1985, *Bönisch v. Österreich*, Nr. 8658/79, § 32; MEYER, EMRK-Kommentar, Art. 6 N 115; RZEPKA, 186, 347; KOHLBACHER, 25 ff.; GRETER, 20; PIQUEREZ/MACALUSO, N 454; JEANNERET/KUHN, N 4021; BGE 137 V 210, E. 2.1.2.1; BGE 135 V 465, E. 4.3.1, jeweils mit Hinweisen. Gleich wie die EMRK garantiert Art. 14 Ziff. 1 IPBPR ein Recht auf ein faires Verfahren, das nach der Rspr. des Menschenrechtsausschusses auch das Prinzip der Waffengleichheit mit umfasst, siehe FEDOROVA, 41 (Fn. 95) mit Hinweis auf die Rspr.; Menschenrechtsausschuss vom 23.07.2007, *Dudko v. Australien*, Nr.1347/2005, Ziff. 7.4; GAEDE, 641; SAFFERLING, Criminal Procedure, 410.

313 Siehe bereits vorstehend, Fn. 171.

sprochen, die der EGMR nicht unter dem Aspekt der «Waffengleichheit» behandelt hat. Nicht fehlen soll schliesslich auch eine persönliche Wertung und Würdigung der Einzelfallrechtsprechung.

Zu Beginn ist zu klären, ob und inwiefern das Waffengleichheitsprinzip im Strafverfahren und im Zivilverfahren unterschiedlicher Natur ist und abweichende Anforderungen stellt (B.). Weiter ist zu klären, zwischen welchen Verfahrensbeteiligten das strafrechtliche Waffengleichheitsprinzip gilt und welche Partei sich überhaupt auf dieses Prinzip berufen kann (C.). Entscheidend für das Verständnis und den Anwendungsbereich des Waffengleichheitsprinzips im Strafverfahren ist sodann die Frage, wann von einem substantziellen Nachteil auszugehen ist, der einer Verletzung des Waffengleichheitsprinzips nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK gleichkommt (D.).

Die theoretischen Ausführungen zur Bedeutung des Waffengleichheitsprinzips im Strafverfahren bilden die Grundlage für die nachfolgende Analyse der Einzelfallrechtsprechung des EGMR. Hier wird es insbesondere darum gehen, inwieweit zur Gewährleistung bestimmter Verteidigungsrechte das Waffengleichheitsprinzip bereits im Stadium des Vorverfahrens beachtet werden muss (E.). Die gewonnenen Erkenntnisse werden abschliessend zusammengefasst (F.).

B. UNTERSCHIEDLICHE BEDEUTUNG DES WAFFENGLEICHHEITSPRINZIPS

In ständiger Rechtsprechung definiert der EGMR das Waffengleichheitsprinzip anhand einer Standardformel, wonach jede Partei im Strafprozess die Gelegenheit erhalten soll, ihre Sichtweise bzw. ihren Standpunkt ohne (substantziellen³¹⁴) Nachteil gegenüber der Gegenpartei vorzutragen.³¹⁵ Die Stan-

314 Dass die Formulierung hierbei das eine Mal «substantzieller Nachteil», das andere Mal bloss «Nachteil» lautet, lässt keine weiteren Schlussfolgerungen zu; vgl. TRECHSEL, Human Rights, 97; FEDOROVA, 37. Zur Verdeutlichung, dass nicht jeder Nachteil der beschuldigten Person gegenüber der Staatsanwaltschaft das Waffengleichheitsprinzip verletzt, wird in dieser Arbeit durchgehend der Begriff «substantzieller Nachteil» verwendet.

315 EGMR vom 22.02.1996, *Bulut v. Österreich*, Nr. 17358/90, § 47 (noch ohne den Zusatz «substantziell») mit Verweis auf einen zivilrechtlichen Entscheid (mit dem Wortlaut «substantzieller Nachteil»). Diese Rspr. wurde in zahlreichen Entscheiden bestätigt. Zum Beispiel: EGMR vom 12.05.2005, *Öcalan v. Türkei* (GK), Nr. 46221/99, § 140 (ohne den

dardformel hat Eingang in die schweizerische Rechtsprechung und das Schrifttum gefunden.³¹⁶ Vereinzelt wurde sie dahingehend ergänzt, dass die Verfahrensparteien über gleich lange Spiesse verfügen sollen, wenn es um die Mitwirkung im Strafverfahren geht.³¹⁷

Auch im Zusammenhang mit einer Rechtsstreitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen verlangt der EGMR, dass jeder Partei eine angemessene Gelegenheit geboten werden muss, ihren Fall, einschliesslich allfälliger Beweismittel, ohne substanziellen Nachteil gegenüber der Gegenpartei zu präsentieren.³¹⁸ Ziel ist es, eine wesentliche Benachteiligung bei der Möglichkeit zur Darlegung der jeweiligen Position gegenüber der anderen zivilen Streitpartei zu verhindern.³¹⁹

Das Prinzip der Waffengleichheit findet also sowohl auf zivilrechtliche Streitigkeiten als auch im Zusammenhang mit der Abklärung eines strafrechtlichen Vorwurfs Anwendung.³²⁰ Der EGMR geht indes davon aus, dass die Erfordernisse an ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK bei Rechtsstreitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen nicht notwendigerweise deckungsgleich ausfallen müssen wie im Strafverfahren zwischen der

Zusatz «substanziell»); EGMR vom 01.06.2017, *J.M. u.a. v. Österreich*, Nr. 61503/14, 61673/14, 64583/14, § 119 (mit dem Zusatz «substanziell»). Vgl. auch WĄSEK-WIADEREK, 23.

316 BGer, Urteil vom 21.03.2017, 6B_259/2016, E. 4.3.1; BGer, Urteil vom 03.09.2015, 6B_1021/2014, E. 5.2; BGer, Beschluss vom 13.07.2009, 6B_194/2009, E. 2.1; BGE 137 IV 172, E. 2.6; BGer, Beschluss vom 23.01.2006, 6P.125/2005, E. 4.2; BStrGer, Urteil vom 02.03.2015, BB.2014.106, E. 2.3.1; KGer GR, Urteil vom 16.02.2016, SK2 14 33, E. 3b. Für das Schrifttum, siehe KOHLBACHER, 25; MÜLLER-HASLER, 12 f.; CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 27; GAEDE, 305 f.; ZIMMERLIN, 26; StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 3 N 23; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 510; VERNIORY, Diss., 119.

317 HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 56 N 17; KAUFMANN, 68 f.; CAVEGN, 41; CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 27, 275 f.; DELNON/RÜDY, Beweisführung, 324.

318 Vgl. zum Beispiel EGMR vom 19.09.2017, *Regner v. Tschechien* (GK), Nr. 35289/11, § 146; EGMR vom 18.06.2002, *Wierzbicki v. Polen*, Nr. 24541/94, § 39, jeweils mit Hinweis. Im schweizerischen Kontext vgl. BGE 133 I 1, E. 5.3.1.

319 EGMR vom 24.04.2003, *Yvon v. Frankreich*, Nr. 44962/98, § 31: «une situation de net désavantage par rapport à son adversaire»; EGMR vom 11.01.2001, *Platakou v. Griechenland*, Nr. 38460/97, § 47: «substantial disadvantage vis-à-vis his opponent».

320 EGMR vom 08.03.2012, *Slyusar v. Ukraine*, Nr. 34361/06 § 28 mit Verweis; KOHLBACHER, 25–28; BGE 133 I 1, E. 5.3.1 m.w.H.

beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden.³²¹ Wie hernach aufgezeigt wird, gilt dies auch in Bezug auf das Prinzip der Waffengleichheit.

I. Formelle Gleichheit bei Rechtsstreitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen

Nach der Rechtsauffassung der Richter MARTENS und PETTITI in *Dombo Beheer B.V. v. Niederlande* kann sich das Waffengleichheitsprinzip bei einer zivilrechtlichen Streitigkeit ausschliesslich auf eine formale Gleichheit der prozessualen Rechtspositionen der sich gegenüberstehenden Parteien beziehen. Eine darüber hinausgehende, materiell verstandene Chancengleichheit der Verfahrensparteien im Zivilverfahren könne aus dem Prinzip der Waffengleichheit nicht abgeleitet werden.³²²

Diese Rechtsauffassung kann in solcher Absolutheit nicht geteilt werden. Denn je nach Identität und Art der Parteien, die sich bei einer Rechtsstreitigkeit über einen zivilrechtlichen Anspruch oder Verpflichtung gegenüberstehen, stellt das Waffengleichheitsprinzip nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK unterschiedliche Erfordernisse an ein Verfahren.

1. Im Verhältnis zwischen Individualparteien

Falls sich zwei oder mehrere Individualparteien gegenüberstehen,³²³ geht es beim Waffengleichheitsprinzip im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Rechtsstreitigkeit um eine *Gleichheit der Rechtspositionen*.³²⁴ Demnach ist dem Prinzip der Waffengleichheit bereits Genüge getan, sobald der gegenüberstehenden Individualpartei rein formal die gleichen Rechte eingeräumt werden, ihren Standpunkt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vorzutra-

321 EGMR vom 12.02.2004, *Perez v. Frankreich* (GK), Nr. 47287/99, § 72; EGMR vom 29.11.2016, *Carmel Saliba v. Malta*, Nr. 24221/13, § 67: «[...] the requirements inherent in the concept of a 'fair trial' are not necessarily the same in disputes about civil rights and obligations as they are in cases involving criminal trials».

322 EGMR, *Dombo Beheer B.V. v. Niederlande*, 27.10.1993, Nr. 14448/88, abw. M. der Richter MARTENS und PETTITI, B.4.

323 Als Individualpartei i.S.v. Art. 34 EMRK gilt jede natürliche Person, nichtstaatliche Organisation oder Personengruppe.

324 Siehe zu den Vertretern eines formellen Verständnisses des Waffengleichheitsprinzips im Zivilverfahren, JUNG, 44 f., 47–65 sowie 102–107 mit zahlreichen Verweisen auf das deutsche Schrifttum. Vgl. auch STÄHELIN, 74 f.

gen.³²⁵ Wenn etwa dem Antrag einer Partei auf persönliche Befragung vor einem Gericht stattgegeben wird, ist der Gegenpartei aufgrund des Waffengleichheitsprinzips ebenfalls ein solches Recht einzuräumen.³²⁶ Als weiteres Beispiel steht einer Partei zur Ausarbeitung einer Klage- bzw. Berufungsantwort zwingend dieselbe Zeitspanne zur Verfügung wie der Gegenpartei zur Ausarbeitung seiner Eingabe.³²⁷ Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch die negative Feststellungsklage eines Schuldners, der zur Abwehr eines fraglichen Anspruchs nicht die Verfahrenseinleitung durch die Klage eines Gläubigers abwarten muss.³²⁸ Hier trifft das Bild einer «Gleichheit» im Zusammenhang mit einer Rechtsstreitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zwischen zwei oder mehreren Individualparteien noch am ehesten zu.³²⁹

Die äussere Gleichheit von Rechten bietet indes noch lange keine Garantie dafür, dass die zivilen Streitparteien ihre Sichtweise dem Gericht mit gleicher Wirksamkeit vortragen können, da vorbestehende Unterschiede in den ökonomischen Ressourcen, der Bildung sowie allfällige Prozess Erfahrung unberücksichtigt bleiben.³³⁰ Allerdings setzt das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege einer übermässigen Ungleichbehandlung infolge unterschiedlicher finanzieller Ressourcen gewisse Grenzen.³³¹ Aus diesem Grund kann eine zu Unrecht nicht gewährte unentgeltliche Rechtspflege auch gleichzeitig eine Verletzung des Waffengleichheitsprinzips darstellen. Dies traf beispielsweise in dem Fall *Steel und Morris v. Vereinigtes Königreich* zu, in welchem der Fast-Food-Riese McDonalds mit der Unterstützung mehrerer im Recht des unlauteren Wettbewerbs spezialisierter Anwälte zwei finanziell schlecht gestellte Individualparteien auf Schadensersatz in Höhe von GBP 100'000 wegen Verbreitung eines Flyers mit unrichtigem bzw. unnötig rufschädigendem Inhalt verklagt hatten.³³² Mit dem Recht auf eine unentgeltliche Rechtspflege wird

325 Auf die Austauschbarkeit der Verfahrensrolle hinweisend MÜLLER, Waffengleichheit, 1065.

326 Krit. MARTI-SCHREIER, 450 f. m.w.H.

327 BGE 141 III 554, E. 2; Botschaft ZPO 2006, 7378.

328 SIEVI, 229 f. Dadurch werde auf der Ebene des LugÜ eine Gleichheit bezüglich der Möglichkeit einer Verfahrenseinleitung erzielt, siehe BGE 144 II 175, E. 5.1.2.

329 Vgl. TRECHSEL, Human Rights, 95.

330 Bereits früh wurde darauf hingewiesen, dass «eine äussere Gleichheit der Rechte in Wahrheit die grösste Verschiedenheit» bedeuten könne, siehe VON KRIES, 220.

331 STÄHELIN, 76, 192, jeweils mit Verweisen. Vgl. dazu auch BGE 137 III 470, E. 6.5.4.

332 EGMR vom 15.02.2005, *Steel und Morris v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 68416/01, §§ 9, 14, 16, 72.

vom rein formellen, quantitativen Verständnis des Waffengleichheitsprinzips abgewichen, indem sich nur die ressourcenschwache Partei auf dieses Recht berufen kann. Durch diese verfahrensrechtliche Besserstellung soll eine benachteiligte Person die gleiche materielle Chance zur Präsentation ihrer Sichtweise erhalten wie die ressourcenstärkere Gegenpartei. Wenn allerdings die unentgeltliche Rechtspflege an (zu) hohe Voraussetzungen geknüpft ist,³³³ bleibt sie den finanziell schwächsten Personen vorbehalten und kann anderen, finanziell ebenfalls überforderten Parteien keine gegenüber der Gegenpartei ebenso wirksame anwaltliche Vertretung garantieren.³³⁴

2. Das Verhältnis einer Individualpartei gegenüber einer staatlichen Behörde

Der Begriff «civil rights» im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK darf nicht mit dem kontinentalen Rechtsbegriff des Zivilrechts gleichgesetzt werden, sondern kann auch Ansprüche und Verpflichtungen miteinbeziehen, die nach nationalem Recht dem öffentlich-rechtlichen Bereich angehören.³³⁵ Als Gegenpartei einer Individualperson kommt somit auch eine staatliche Behörde in Betracht. Insofern kann auch eine Individualperson gegenüber einer staatlichen Behörde benachteiligt sein, die ihr Urteil nur sehr allgemein begründet und dadurch der Gegenpartei die Möglichkeit nimmt, das Ermessen der zuständigen Behörde auf die Probe zu stellen.³³⁶ Als weiteres Beispiel ist das Administrativverfahren um den Bestand eines Sozialversicherungsanspruchs zu nennen,³³⁷ in welchem einer versicherten Person mit beschränkten finanziellen Mitteln eine spezialisierte Fachverwaltungsbehörde mit erheblichen Ressourcen und besonderen juristischen Kenntnissen gegenübersteht. Im Bewusstsein der faktisch vorentscheidenden Bedeutung eines medizinischen Gutachtens für einen allfälligen Invaliditätsanspruch hat das schweizerische Bundesgericht das Ermessen der medizinischen Abklärungsstellen (sog. MEDAS) zur Auswahl sachverständiger Personen unter Verweis auf das Waffengleichheits-

333 Zu berücksichtigen sind die Bedeutung der Rechtsstreitigkeit für die betroffene Person, die Komplexität des Falls, die finanzielle Situation und intellektuellen Fähigkeiten der betroffenen Person sowie die Prozesschancen, vgl. EGMR vom 07.02.2012, *Alkan v. Türkei*, Nr. 17725/07, § 24 mit Verweisen.

334 STÄHELIN, 192 f.

335 St. Galler Kommentar-KLEY, Art. 29a N 13 m.w.H.

336 EGMR vom 22.09.1994, *Hentrich v. Frankreich*, Nr. 13616/88, § 56.

337 Eine solche Rechtsstreitigkeit fällt in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, vgl. EGMR vom 29.05.1986, *Felbrugge v. Niederlande*, Nr. 8562/79, §§ 26–40.

prinzip eingeschränkt,³³⁸ indem es im Bereich der polydisziplinären Begutachtung die Auftragsvergabe nach dem Zufallsprinzip anordnete.³³⁹

Wenn eine staatliche Behörde als Gegenpartei auftritt und das Verfahren somit durch ein hohes Mass an Ungleichheit geprägt ist, verlangt das Waffengleichheitsprinzip einen verfahrensrechtlichen Ausgleich, damit der Individualperson eine materiell gleichwertige Chance geboten wird, ihren Standpunkt vorzutragen.³⁴⁰ Das bedeutet nicht, dass beide Parteien die gleiche Chance haben sollten, vor Gericht mit ihrer Argumentation und ihren Anträgen zu obsiegen. Vielmehr geht es darum, dass beide Parteien gleichermaßen über den Verfahrensgang unterrichtet werden und eine gleichwertige Gelegenheit erhalten müssen, ihre Sichtweise in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vorzutragen und mittels Beweismitteln zu untermauern.³⁴¹ Das Prinzip der Waffengleichheit stellt in diesem Sinne sicher, dass allfällige strukturelle Vorteile der staatlichen Partei in verfahrensrechtlicher Hinsicht kompensiert werden, damit die andere Verfahrenspartei in der Lage ist, ihre Sichtweise und Beweismittel ohne Nachteil vorzutragen.

3. Fazit

Hinsichtlich der konventionsrechtlichen Vorgaben an ein Verfahren, in welchem über zivilrechtliche Ansprüche oder Verpflichtungen entschieden wird, drängt sich eine differenzierte Betrachtungsweise auf. Grundsätzlich geht das Prinzip der Waffengleichheit nicht über eine formale Gleichheit der Rechtspositionen hinaus. Dieser Grundsatz wird allerdings mit dem Recht auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand durchbrochen, welches in gewissem Masse eine materielle Gleichheit zwischen zwei unterschiedlich starken Parteien sicherstellt. Steht einer Individualpartei eine staatliche Behörde gegenüber, erfordert das Prinzip der Waffengleichheit gegebenenfalls ein verfahrensrechtliches Korrektiv, damit die Sichtweise der Individualpartei überhaupt ins Verfahren hineingetragen werden kann.

338 BGE 137 V 210, E. 3.1.1; BGE 138 V 271, E. 1.1.

339 Vgl. den daraufhin neu gefassten Art. 72^{bis} Abs. 2 IVV.

340 WIEDERKEHR, 26.

341 Vgl. BGE 139 I 121, E. 4.2.1; BGer, Urteil vom 13.11.2013, 2C_391/2013, E. 2.1 m.w.H.

II. Materielle Gleichheit zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden

1. Ausgangslage

Am Anfang jedes Strafverfahrens steht der gegen eine Person gerichtete Verdacht einer strafbaren Handlung oder Unterlassung. Im Anbetracht der ihr möglicherweise drohenden Strafe oder Sicherungsmassnahme bedeutet das Strafverfahren für die betroffene Person eine besondere Belastung. Dazu kommt, dass eine Verurteilung eines individuell schuldhaften Verhaltens auch immer ein sozialetisches Unwerturteil enthält und daher mit einer gesellschaftlichen Missbilligung einhergeht.³⁴² Angesichts solch gravierender Auswirkungen auf das künftige Leben der beschuldigten Person ist diese gerade zu Beginn eines Strafverfahrens häufig überfordert.³⁴³

Das Strafverfahren ist durch eine extreme Ungleichheit zwischen den Strafverfolgungsbehörden und der beschuldigten Person gekennzeichnet. Die Strafverfolgungsbehörden sind verpflichtet, die tatsächlichen Geschehnisse von Amtes wegen zu untersuchen,³⁴⁴ und können hierfür hoheitliche Zwangsmassnahmen einsetzen.³⁴⁵ Zur näheren Abklärung des mitunter noch vagen Tatverdachts verfügen sie über das ganze Instrumentarium von Zwangsmassnahmen, wie zum Beispiel die Auswertung von Mobiltelefonen,³⁴⁶ die Hausdurchsuchung,³⁴⁷ DNA-Analysen,³⁴⁸ Beschlagnahmungen³⁴⁹ oder ge-

342 WEIGEND, Truth, 158. ESER spricht in diesem Zusammenhang vom «sozialetischen Tadel», siehe ESER, 384; vgl. dazu auch STRENG, 275; DUFF, Trials, 39–42.

343 Vgl. EGMR vom 27.11.2008, *Salduz v. Türkei* (GK), Nr. 36391/02, § 54. Dies gilt im besonderen Mass, wenn sich die beschuldigte Person in Untersuchungshaft befindet.

344 Gem. Art. 6 StPO; KAUFMANN, 69; KRAUSS, Unmittelbarkeit I, 79; BGer 1B_163/2014, 18.07.2014, E. 2.2.: «Das Strafverfahren ist besonders geeignet, die materielle Wahrheit zu erforschen: der Staatsanwalt ist dazu von Amtes wegen verpflichtet, er verfügt über Zwangsmittel und weitgehende Befugnisse. Anders als beispielsweise der Zivilrichter darf er sich nicht damit begnügen, bestrittene Behauptungen abzuklären und den Parteien die Erstellung des Sachverhaltes zu überlassen». Die Unschuldsvermutung im Sinne der Beweiswürdigungsregel findet zum Zeitpunkt vor Anklageerhebung keine Anwendung. Es gilt der Grundsatz *in dubio pro duriore*, siehe BGE 137 IV 227, E. 7.2 f. sowie die diesbezügliche Urteilsbesprechung von WOHLERS, In dubio pro duriore, 374.

345 EGMR vom 03.05.2001, *J.B. v. Schweiz*, Nr. 31827/96, § 59 (*e contrario*).

346 Art. 241–243 StPO.

347 Art. 244 f. StPO.

348 Art. 255–259 StPO.

heime Überwachungsmaßnahmen^{350, 351}. Die beschuldigte Person hingegen kann zur beweislichen Untermauerung ihrer Position nicht selbständig Zwangsmassnahmen anwenden.³⁵² Ein weiterer gewichtiger Unterschied besteht darin, dass die Strafverfolgungsbehörden juristisch gebildet und in der Durchführung von Strafverfahren erfahren sind. Demgegenüber verfügt die beschuldigte Person in aller Regel nicht über die erforderlichen Kenntnisse und ist mit den Verfahrensabläufen im Strafprozess nicht vertraut.³⁵³ Bedenkt man, welche hohe Komplexität sowohl das materielle Strafrecht als auch das Strafprozessrecht aufweisen,³⁵⁴ sind die Strafverfolgungsbehörden naturgemäss in einer Vormachtstellung. Dieses Ungleichgewicht tritt insbesondere bei der ersten Befragung der beschuldigten Person durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft offen zutage.³⁵⁵

Aus alledem geht hervor, dass es sich bei der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden nicht um zwei ebenbürtige Streitparteien handelt.³⁵⁶ Angesichts der institutionellen Übermacht der Strafverfolgungsbehörden ist dem Prinzip der Waffengleichheit daher nicht Genüge getan, wenn die beschuldigte Person rein formal dieselbe Möglichkeit wie die Staatsanwaltschaft erhält, ihre tatsächliche und rechtliche Sichtweise im Rahmen der Hauptverhandlung vorzutragen. Denn dann blieben die strukturellen Ungleichheiten in Bezug auf Ressourcen und Einwirkungsmöglichkeiten auf die Beweiserhebung im Vorverfahren vollkommen unberücksichtigt.³⁵⁷ Zu Recht weist der EGMR daher darauf hin, dass das Prinzip der Waffengleichheit im Strafverfahren nach etwas anderem als nach identischen prozessualen Rech-

349 Art. 263–268 StPO.

350 Zum Beispiel Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 269 ff. StPO), rückwirkende Erhebung der Randdaten (Art. 273 StPO) oder verdeckte Ermittlung (Art. 286 ff. StPO).

351 VEST, FS Trechsel, 793; ALBRECHT, Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers, N 2.12; KAUFMANN, 69; TRECHSEL, Human Rights, 96; CAVEGN, 43; HÜRLIMANN, 48; EKMR vom 14.12.1981, *Guy Jaspers v. Belgien* (Bericht), Nr. 8403/78, § 55.

352 EGMR vom 01.06.2017, *J.M. u.a. v. Österreich*, Nr. 61503/14, 61673/14, 64583/14, § 116. Vgl. auch Art. 198 Abs. 1 StPO; BGE 143 IV 387, E. 4.2.

353 Vgl. WOHLERS, Interessenwahrung, 56; KOHLBACHER, 49.

354 Dies trifft besonders auf die prozessualen Regeln zur Erhebung und Verwertung von Beweisen zu, siehe EGMR vom 13.07.2010, *Lopata v. Russland*, Nr. 72250/01, § 131; EGMR vom 24.01.2012, *Nechto v. Russland*, Nr. 24893/05, § 103.

355 Vgl. EGMR vom 24.09.2009, *Pishchalnikov v. Russland*, Nr. 7025/04, § 86.

356 SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 97; KRAUSS, Rechtsstaat, 198; ARZT, FS Schmid, 635.

357 Vgl. FEDOROVA, 42 f.

ten und Befugnissen zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person bei der Erhebung der Beweise verlangt.³⁵⁸ Vielmehr hat das Waffengleichheitsprinzip im Verhältnis zwischen den Strafverfolgungsbehörden und der beschuldigten Person einen materiellen Charakter.³⁵⁹ Das bedeutet, dass ein normativer, verfahrensrechtlicher Ausgleich geschaffen werden muss, welcher sicherstellt, dass die beschuldigte Person ihre Position gegenüber der Staatsanwaltschaft in vergleichbarer Art und Weise zur Geltung bringen kann.³⁶⁰ Eine wirkliche Balance in der Möglichkeit zur Darlegung der jeweiligen Parteipositionen³⁶¹ lässt sich nur durch eine verfahrensrechtliche Besserstellung der beschuldigten Person erzielen.

2. Verfahrensrechtlicher Ausgleich

Wie der EGMR richtig festhält, verlangt das Prinzip der Waffengleichheit im Strafprozess keine formale Gleichheit im Sinne einer mathematischen Egalität.³⁶² Mit anderen Worten geht es nicht darum, dass die beschuldigte Person

358 EGMR vom 27.03.2014, *Matytsina v. Russland*, Nr. 58428/10, § 187 mit Hinweis auf EGMR vom 11.12.2008, *Mirilashvili v. Russland*, Nr. 6293/04, § 225.

359 Sich angesichts der institutionellen Übermacht der Strafverfolgungsbehörden ebenfalls für die Geltung einer materiellen Waffengleichheit im Strafprozess aussprechend: JUNG, 68 f.; PIETH, Beweis Antrag, 308: «funktionale Chancengleichheit»; KOHLBACHER, 29 f.; CAVEGN, 42; JACKSON, *Modern Law Review* 2005, 751 f. Wenn ein Verfahren durch ein hohes Mass an Ungleichheit geprägt ist, geht auch das Bundesgericht davon aus, dass das Waffengleichheitsprinzip über eine formale Gleichheit der Rechtspositionen hinausreicht, siehe BGE 138 V 318, E. 6.1.1; BGE 137 V 210, E. 2.1.2.2; BGE 135 V 465, E. 4.3.1.

360 KRAUSS, Strafverteidigung, 118: «Waffengleichheit meint die Einrichtung eines Verfahrens, in dem die Entlastungsperspektive des Beschuldigten dieselbe Chance und Bedeutung erhält wie die Belastungsperspektive [...]». PIETH, Strafprozessrecht, 59: «[Die Waffengleichheit] gleicht ein Stück weit die institutionelle Übermacht der Behörde aus und erlaubt dem Verteidiger eine ‚Gegenmachtsposition‘ aufzubauen». Vgl. zum verfahrensrechtlichen Ausgleich auch KassGer Zürich, Beschluss vom 05.04.2007, in: ZR 2007 (106), 232, 236; für die amerikanische Rspr., siehe SILVER, 1039.

361 EGMR vom 24.04.2014, *Duško Ivanovski v. Mazedonien*, Nr. 10718/05, § 45; EGMR vom 05.04.2007, *Stoimenov v. Mazedonien*, Nr. 17995/02, § 41.

362 Vgl. dazu auch SANDERMANN, 6 f.; MÜLLER, Waffengleichheit, 1065; WĄSEK-WIADEREK, 43, 49 f. m.w.H.; ZUBERBÜHLER, 90; PIETH, Beweis Antrag, 308; KOHLBACHER, 1, 27 ff.; CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 29; ZIMMERLIN, 26; CAVEGN, 42; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 34 f.; VERNIORY, Diss., 120. In die gleiche Richtung geht das Bundesgericht, wenn es – mit Verweis auf ein strafprozessuales Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs – festhält, dass das Waffengleichheitsprinzip keinen «umfassenden Ausgleich verfahrensspezifischer Unterschiede in der Rollenverteilung» gebiete, siehe BGE 137 V 2010, E. 2.1.2.1. A.M. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 3 N 5.

über dieselben Rechte bzw. hoheitlichen Befugnisse bei der Erhebung der Beweise verfügen soll wie die Strafverfolgungsbehörden.³⁶³ Dass eine paritätische Behandlung der Verfahrensparteien nicht praktikabel ist, wurde bereits zu Zeiten der Reformierung des Strafprozesses erkannt.³⁶⁴ Der Begriff der «Gleichheit» ist insofern beim Vergleich zwischen einer staatlichen Strafverfolgungsbehörde und der beschuldigten Person bzw. ihrer Verteidigung nicht passend.³⁶⁵ Man könnte auch auf die missverständliche Verwendung des Begriffs «Waffengleichheit» verzichten und stattdessen vom angemessenen Gleichgewicht zwischen den Verfahrensparteien («*juste équilibre entre les parties*»³⁶⁶) sprechen, wenn der Begriff nicht so tief im Schrifttum und der Rechtsprechung verwurzelt wäre.

Das Prinzip der Waffengleichheit soll vielmehr ein «*Korrektiv gegenüber dem in den Eingriffsmöglichkeiten verkörperten staatlichen Machtübergewicht [...]*» schaffen.³⁶⁷ Unter Berücksichtigung der strukturell angelegten Vormachtstellung der staatlichen Strafverfolgungsbehörden muss das Strafverfahren derart ausgestaltet sein, dass bei der Erhebung und kontradiktorischen Erörterung der Beweise zwischen den Verfahrensparteien eine gewisse Balance gewährleistet ist.³⁶⁸ Einen gewissen verfahrensrechtlichen Ausgleich verschafft bereits der Grundsatz der Unschuldsvermutung, dem zufolge sich erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel am vorgeworfenen Sachverhalt zugunsten

363 GOLLWITZER, Art. 6 N 61; vgl. auch MEYER, EMRK-Kommentar, Art. 6 N 115.

364 Siehe vorstehend, Erster Teil, Kapitel B.III.

365 TRECHSEL, Akteneinsichtsrecht, 966; DERS., Human Rights, 96; DERS., Verteidigungsrechte, 377 f.; DERS., RIDP, 557 f.; SAFFERLING, Waffengleichheit, 187 f.; DERS., Criminal Procedure, 411. Zu unterschiedlich sind die Ausgangslage, Ressourcen und Ziele der Verfahrensbeteiligten, siehe VEST, FS Trechsel, 792 f.; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, 141: «[D]ie Staatsanwaltschaft und die beschuldigte Person haben zwangsläufig ganz andersartige Spieße in Händen [...]».

366 So die viel treffendere Bezeichnung in der französischsprachigen Rspr., siehe BGer, Urteil vom 21.03.2017, [6B_259/2016](#), [6B_266/2016](#), E. 4.3.1; PIQUEREZ/MACALUSO, N 454.

367 VEST, FS Trechsel, 794.

368 Es muss eine Balance erzielt werden, siehe EGMR vom 24.04.2014, *Duško Ivanovski v. Mazedonien*, Nr. 10718/05, § 45; EGMR vom 05.04.2007, *Stoimenov v. Mazedonien*, Nr. 17995/02, § 41. Vgl. zur Balance der Einwirkungsmöglichkeit auf die Entscheidungsfindung des Gerichts auch ROXIN/SCHÜNEMANN, § 11 N 7. In diesem Sinne auch KRAUSS, Rechtsstaat, 198 f.; DERS., Strafverteidigung, 118; GOLLWITZER, Art. 6 N 59 f.; HÜRLIMANN, 47 f.; JACKSON/SUMMERS, Fair Trial Standards, 107; KOHLBACHER, 29 f.; GLESS, N 76; ESSER, 401; SUMMERS, Fair Trials, 104, 112; TRECHSEL, Human Rights, 96.

der beschuldigten Person auswirken müssen.³⁶⁹ Daraus folgt, dass die Staatsanwaltschaft die Bürde des Überführungsbeweises trägt.³⁷⁰

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass der *In-dubio*-Grundsatz nur zur Anwendung kommt, wenn nach einer vollständigen Beweismwürdigung relevante Zweifel bestehen bleiben.³⁷¹ Es muss daher darüber hinaus verfahrensrechtlich sichergestellt sein, dass die Verteidigung die Gelegenheit erhält, mit sachlichen Gründen aktiv auf die Erstellung des Sachverhalts und die Urteilsfindung einwirken zu können, wobei gleichzeitig ausgeschlossen werden muss, dass die Gegenpartei diese Verfahrensschritte durch unsachliche Gründe beeinflusst.³⁷² In prozessualer Hinsicht muss die beschuldigte Person, gleich wie die Staatsanwaltschaft, die Möglichkeit haben, ihre Position mit Beweismitteln zu untermauern.³⁷³ Dies ermöglicht es der Verteidigung, die Beweismwürdigung des Gerichts in die dem eigenen Standpunkt nützliche Richtung zu lenken.³⁷⁴ Dadurch ist garantiert, dass die Entlastungsperspektive der Verteidigung neben jener der institutionell übermächtigen Strafverfolgungsbehörden überhaupt zur Geltung gelangen kann.³⁷⁵

Die Verteidigungsrechte von [Art. 6 EMRK](#) stehen im Zeichen einer so verstandenen Verfahrensbalance.³⁷⁶ Nachfolgend wird aufgezeigt, in welcher Form bestimmte Verteidigungsrechte nach [Art. 6 EMRK](#) einen Ausgleich mit der strukturell angelegten Übermacht der Strafverfolgungsbehörden erzielen

369 [Art. 32 Abs. 1 BV](#) sowie [Art. 10 Abs. 3 StPO](#). Zur Beweismwürdigungsregel als Teilgehalt der Unschuldsumutung siehe [BGE 127 I 38](#), E. 2a.

370 VEST, FS Trechsel, 793. Vgl. bereits GLASER, 240; MITTERMAIER, Gesetzgebung und Rechtsausübung, 287; DERS., Strafverfahren, 169; WACH, 8.

371 BGer, Urteil vom 10.04.2017, [6B_824/2016](#), E. 13.1; [BGE 144 IV 345](#), E. 2.2.3.2 mit Verweisen; VERNIORY, *Libre appréciation*, 400 f.; CORBOZ, *In dubio pro reo*, 423.

372 Vgl. RUTH, 115 f. In ähnlicher Weise MÜLLER, *Waffengleichheit*, 1067.

373 WĄSEK-WIADEREK, 27: «The significant element of 'equality of arms' is connected with the evidence [...]». Vgl. auch JACKSON/SUMMERS, *Internationalisation of Criminal Evidence*, 84 f.; EKMR vom 14.12.1981, *Guy Jaspers v. Belgien* (Bericht), [Nr. 8403/78](#), § 55.

374 VEST, FS Trechsel, 793.

375 Vgl. ALBRECHT, *Mitwirkungsrechte*, 167 mit Hinweis auf KRAUSS, *Strafverteidigung*, 118 f. und PIETH, *Beweisantrag*, 210 ff. und 308. Siehe auch CAVEGN, 42.

376 EGMR vom 23.06.2009, *Bodrožić v. Serbien*, [Nr. 32550/05](#), § 63; EGMR vom 20.01.2005, *Mayzit v. Russland*, [Nr. 63378/00](#), § 79: «The 'rights of defence' [...] have been instituted, above all, to establish equality, as far as possible, between the prosecution and the defence».

sollen.³⁷⁷ Besprochen werden insbesondere solche Verteidigungsrechte, die im Vorverfahren von besonderer Bedeutung sein können. Aus diesem Grund wird zum Beispiel nicht näher auf das Anwesenheitsrecht der beschuldigten Person an einer Hauptverhandlung eingegangen, obwohl auch dieses nach der Praxis des EGMR für das Waffengleichheitsprinzip von hoher Relevanz ist.³⁷⁸

a) *Recht auf anwaltlichen Beistand*

Gemäss der Rechtsprechung des EGMR hat die beschuldigte Person das Recht, bei der ersten Befragung durch die Polizei einen anwaltlichen Beistand beizuziehen.³⁷⁹ Verfügt sie nicht selbst über die dazu erforderlichen Mittel, kann sie gestützt auf [Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK](#) einen unentgeltlichen anwaltlichen Beistand verlangen, soweit dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist.³⁸⁰

Das Recht auf anwaltlichen Beistand schafft die Grundlage dafür, dass zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden eine «Waffengleichheit» überhaupt entstehen kann.³⁸¹ Die hohe Komplexität des

377 Dabei legt der EGMR ein besonderes Augenmerk auf die Einhaltung des Waffengleichheitsprinzips im Zeitpunkt der Beweiserhebung, siehe etwa EGMR vom 03.10.2013, *Kasparov u.a. v. Russland* (Administrativentscheid), [Nr. 21613/07](#), § 58.

378 Das Recht auf Anwesenheit an der Verhandlung ist ein Teilgehalt von [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#). Ein Anwesenheitsrecht besteht insbesondere, wenn die richterliche Würdigung von der persönlichen Wahrnehmung der beschuldigten Person abhängt, vgl. EGMR vom 21.06.2016, *Vasenin v. Russland*, [Nr. 48023/06](#), §§ 134 f. Dies gilt grundsätzlich auch im Rechtsmittelverfahren. Eine prozessuale Benachteiligung der beschuldigten Person bei der Möglichkeit zur Anwesenheit an der Berufungsverhandlung geht daher in der Regel mit einer Verletzung des Waffengleichheitsprinzips einher, vgl. etwa EGMR vom 02.03.2017, *Palchik v. Ukraine*, [Nr. 16980/06](#), §§ 31–33.

379 Andernfalls sind die Verteidigungsrechte in der Regel unwiederbringlich beeinträchtigt, siehe EGMR vom 27.11.2008, *Salduz v. Türkei* (GK), [Nr. 36391/02](#), § 55; EGMR vom 15.01.2015, *Chopenko v. Ukraine*, [Nr. 17735/06](#), § 49. Sobald gegen eine Person ein konkreter Tatverdacht besteht, hat sie grundsätzlich das Recht, einen anwaltlichen Beistand beizuziehen, siehe EGMR vom 18.02.2010, *Aleksandr Zaichenko v. Russland*, [Nr. 39660/02](#), §§ 41–60. Nur aus zwingenden und gesetzlich klar umschriebenen Gründen kann das Recht auf einen anwaltlichen Beistand bei der ersten polizeilichen Befragung eingeschränkt werden, vgl. den hierzu anwendbaren zweistufigen Test in EGMR vom 13.09.2016, *Ibrahim u.a. v. Vereinigtes Königreich* (GK), [Nr. 50541/08](#), [50571/08](#), [50573/08](#) und [40351/09](#), §§ 257, 258 und 264.

380 Vgl. auch [Art. 14 Ziff. 3 lit. d IPBPR](#).

381 KOHLBACHER, 51. Vgl. dazu auch EGMR vom 04.04.2018, *Correia de Matos v. Portugal* (GK), [Nr. 56402/12](#), § 159; SUMMERS, *Observing Criminal Trials*, 227.

Verfahrensrechts und der Umstand, dass die Strafverfolgungsbehörden in aller Regel rechtsgelehrt und prozesserfahren sind, machen es notwendig, den Strafverfolgungsbehörden eine fachlich gleich befähigte Person gegenüberzustellen.³⁸² In vielen Fällen ermöglicht es der anwaltliche Beistand überhaupt erst, von den weiteren Verteidigungsrechten wirksam Gebrauch zu machen.³⁸³ Der anwaltliche Beistand stellt sicher, dass die entlastenden Momente sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht möglichst überzeugend zur Geltung gelangen.³⁸⁴ Mit anderen Worten ermöglicht sein Beizug, die Argumentation der Anklage wirksam zu kontern und die Einwendungen der beschuldigten Person klar zum Ausdruck zu bringen.³⁸⁵ Bei Fragen der Strafverfolgungsbehörden, die auf einer juristischen Sichtweise beruhen, kann die Anwältin oder der Anwalt aufklärend eingreifen, um zu verhindern, dass sich die beschuldigte Person unwissentlich und unnötig belastet.³⁸⁶ Der anwaltliche Beistand bietet Gewähr dafür, dass die prozessualen Regeln und somit die Justizförmigkeit des Verfahrens gewahrt werden.

In Anbetracht der Bedeutung, welche den Beweiserhebungen im Verfahrensstadium vor der Anklageerhebung zukommen kann, ist es wichtig, die Entlastungstätigkeit der Verteidigung schon im Vorverfahren zuzulassen und in wirksamer Art und Weise auszugestalten.³⁸⁷ In einer besonders gefährdeten Lage befindet sich die beschuldigte Person zum Zeitpunkt der ersten Befragung durch die Strafverfolgungsbehörden.³⁸⁸ In einer ihr unvertrauten Umgebung steht sie einem Behördenvertreter der Polizei oder der Staatsanwalt-

382 SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 726. Vgl. EGMR vom 23.03.2016, *Blokhin v. Russland* (GK), Nr. 47152/06, § 198; TRECHSEL, Why must Trials be Fair?, 108; BGer, Urteil vom 27.08.2013, 1B_224/2013, E. 2.3; LAUBE, 166.

383 EGMR vom 20.10.2015, *Dvorski v. Kroatien* (GK), Nr. 25703/11, § 101; EGMR vom 25.04.1983, *Pakelli v. Deutschland*, Nr. 8398/78, § 38 (*e contrario*); SUMMERS, Observing Criminal Trials, 228 f.

384 Vgl. KOHLBACHER, 53 m.w.H.

385 EGMR vom 16.10.2012, *Tsonyo Tsonev v. Bulgarien* (Nr. 3), Nr. 21124/04, §§ 48 und 52 m.w.H.

386 PIETH, Strafverteidigung, 38 f.: «Eine der wichtigsten Aufgaben des Verteidigers ist es, durch Aufklärung des Beschuldigten und Anwesenheit bei der Protokollierung richtiges Gestehen zu ermöglichen».

387 MÜLLER-HASLER, 22 f.; KOHLBACHER, 52 f.; ARQUINT, 182.

388 EGMR vom 27.11.2008, *Salduz v. Türkei* (GK), Nr. 36391/02, § 54.

schaft gegenüber, welcher für solche Situationen ausgebildet wurde.³⁸⁹ Angesichts der staatlichen Machtfülle erstaunt es nicht, dass sich die beschuldigte Person oftmals ausgeliefert fühlt. Dabei darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass für sie viel auf dem Spiel steht, was gerade bei drohender Untersuchungshaft zu einer emotional aufgeladenen Situation führen kann. Zu Recht geht der EGMR daher davon aus, dass die gefährdete Stellung der beschuldigten Person im strafprozessualen Vorverfahren in der Regel nur durch den Beizug einer Verteidigung gefestigt werden kann.³⁹⁰

b) *Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf*

Die beschuldigte Person hat das Recht, über den Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigungen informiert zu werden.³⁹¹ Bevor sich eine Person aktiv am Verfahren beteiligen und zum Vorwurf äussern kann, muss sie wissen, was genau ihr zur Last gelegt wird. Die Orientierung über die erhobenen Beschuldigungen dient der beschuldigten Person zur hinreichenden Vorbereitung ihrer Verteidigung.³⁹²

Aus der Optik der «Waffengleichheit» ist es wichtig, dass die Verteidigung nicht tatenlos zusehen muss, wie die Staatsanwaltschaft ihren Tatvorwurf beweismässig verdichtet.³⁹³ Die Orientierung über die vorgeworfene Tat und die daran geknüpfte rechtliche Qualifikation gibt der Verteidigung die Gelegenheit, bereits im Vorverfahren aktiv gegen die erhobenen Vorwürfe anzukämpfen und sich wirksam für die Erhebung entlastender Beweise einzuset-

389 Dies trifft im besonderen Masse auf die Befragungstechnik zu, siehe EGMR vom 24.09.2009, *Pishchalnikov v. Russland*, Nr. 7025/04, § 86. In Bezug auf die unvertraute Umgebung, vgl. EGMR vom 23.03.2016, *Blokhin v. Russland* (GK), Nr. 47152/06, § 208.

390 EGMR vom 13.07.2010, *Lopata v. Russland*, Nr. 72250/01, § 131 m.w.H. Selbst, wenn die beschuldigte Person juristisch versiert wäre, würde sie nicht die nötige Distanz aufweisen, um sich mit dem Tatvorwurf und dessen beweismässiger Grundlage in objektiver Weise auseinanderzusetzen. Die Strafverteidigung beinhaltet daher immer auch einen psychologischen Aspekt, siehe TRECHSEL, Human Rights, 245 f.

391 Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK; Art. 14 Abs. 3 lit. a IPBPR.

392 Die Orientierung über den Tatvorwurf und dessen rechtliche Qualifikation steht in enger Verbindung mit dem Recht, ausreichende Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten (Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK), siehe EGMR vom 25.03.1999, *Pélissier und Sassi v. Frankreich* (GK), Nr. 25444/94, § 54; EGMR vom 11.12.2007, *Drassich v. Italien*, Nr. 25575/04, § 34; EGMR vom 24.04.2007, *Juha Nuutinen v. Finnland*, Nr. 45830/99, § 32. Vgl. dazu auch KOHLBACHER, 91 f.; MÜLLER-HASLER, 96; TRECHSEL, Verteidigungsrechte, 343; VILLIGER, N 506.

393 Vgl. AMBOS, 598.

zen.³⁹⁴ Insofern kann die Orientierung dazu beitragen, eine einseitige Beweiserhebung im Vorverfahren zu verhindern, was angesichts der nur beschränkten Geltung des Unmittelbarkeitsprinzips in der Hauptverhandlung besonders ins Gewicht fallen kann.

c) Akteneinsichtsrecht

Gemäss [Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK](#) hat die angeklagte Person das Recht, ausreichend «Gelegenheit» zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten. Das Recht auf Akteneinsicht ist in der EMRK nicht ausdrücklich erwähnt, sondern wird unter dem Mantelbegriff «Gelegenheit» subsumiert.³⁹⁵

Das Recht auf Einsicht in die Verfahrensakten ist für die Wahrung einer Verfahrensbalance zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft besonders wichtig.³⁹⁶ Die Verteidigung soll über die gleiche Informationsgrundlage verfügen wie die Staatsanwaltschaft, um sich auf die Hauptverhandlung vorbereiten zu können.³⁹⁷ Daher muss die Staatsanwaltschaft grundsätzlich alle ihr bekannten wesentlichen Beweisergebnisse offenlegen,³⁹⁸ damit es der Verteidigung möglich ist, das Beweismaterial auf belastende und entlastende Elemente hin zu analysieren. Erst die umfassende Aktenkenntnis schafft die Voraussetzung, auf allfällige Widersprüche oder Unklarheiten hinzuweisen, die es im Sinne der Beweiswürdigungsregel *in dubio pro reo* zu berücksichtigen gilt.

394 Ziel von [Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK](#) ist es, eine wirksame Verteidigung zu ermöglichen, vgl. EGMR vom 20.04.2006, *I.H. u.a. v. Österreich*, Nr. 42780/98, §§ 33 f.; BStrGer, Beschluss vom 16.01.2013, [BB.2012.147](#), E. 2.1 (*e contrario*); ZUBERBÜHLER, 100. Auch [Art. 32 Abs. 2 BV](#) stellt das Recht auf Orientierung über die Tatvorwürfe in Zusammenhang mit der Möglichkeit, die Verteidigungsrechte geltend zu machen. Darüber hinaus ermöglicht die frühe Kenntnis der Tatvorwürfe eine wirksame Gegenwehr der darauf beruhenden Zwangsmassnahmen, vgl. GOLLWITZER, Art. 6 N 162 m.w.H.

395 Zur unglücklichen Terminologie vgl. TRECHSEL, Akteneinsichtsrecht, 994. Dieselbe Formulierung findet sich in [Art. 14 Ziff. 3 lit. c IPBPR](#).

396 Vgl. GLESS, N 76; vgl. auch JEANNERET/KUHN, N 4021 f.

397 [BGE 137 IV 172](#), E. 2.6; KGer Graubünden, Urteil vom 16.02.2016, [SK2 14 33](#), E. 3b; TRECHSEL, Human Rights, 223; GOLLWITZER, Art. 6 N 62 und N 181: «Parität des Wissens».

398 EGMR vom 15.09.2016, *Simon Price v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 15602/07, § 100; EGMR vom 06.03.2012, *Leas v. Estland*, Nr. 59577/08, § 77; EGMR vom 16.02.2000, *Jasper v. Vereinigtes Königreich* (GK), Nr. 27052/95, § 51; MEYER, EMRK-Kommentar, Art. 6 N 116.

Die wirksame Wahrnehmung der Verteidigungsrechte beruht in erheblichem Masse auf der Akteneinsicht.³⁹⁹ Die Kenntnis der Beweislage und der Verfahrensvorgänge ermöglicht die tatsächliche Mitwirkung bei der Beweiserhebung, zum Beispiel indem die Verteidigung zielgerichtete Ergänzungsfragen an Belastungszeugen stellen oder das Beweisverfahren durch das Einbringen von rechtserheblichen Beweisanträgen oder durch eigene Ermittlungen in eine ihr dienliche Richtung lenken kann.⁴⁰⁰ Dies ist unter dem Aspekt der «Waffengleichheit» von besonderer Bedeutung, weil die Strafverfolgungsbehörden in Kenntnis der verfahrensrelevanten Vorgänge agieren und ihre Beweiserhebungen im Sinne der Festigung der Anklagethese vorantreiben können. Aus diesem Grund ist es wichtig, dass die beschuldigte Person über alle wesentlichen Umstände und Verfahrensschritte unterrichtet wird.

d) *Das Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen*

Der Verteidigung muss eine angemessene und hinreichende Gelegenheit geboten werden, um die belastenden Aussagen von Zeugen sowie deren Glaubwürdigkeit in kontradiktorischer Art und Weise auf die Probe stellen zu können.⁴⁰¹

Sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Möglichkeit zur Konfrontation mit Belastungszeugen unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit» von besonderer Bedeutung ist.⁴⁰² Das Konfrontationsrecht ist als rechtlich verbindliche Ausformung des Waffengleichheitsprinzips zu verstehen.⁴⁰³ Es stellt in Bezug auf die Einvernahme von Belastungszeugen eine Balance zwischen den Strafverfolgungsbehörden und

399 Vgl. BARTH, 904; KRAUSS, Strafakte, 56: «Strafverteidigung wird [...] eigentlich erst möglich durch Akteneinsicht».

400 DELNON/RÜDY, Beweisführung, 315: «Mit spezifischen Beweiserhebungen wird jedes Strafverfahren geformt und in bestimmender Richtung beeinflusst».

401 Gem. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK sowie Art. 14 Ziff. 3 lit. e IPBPR. Siehe auch EGMR vom 23.04.1997, *Van Mechelen u.a. v. Niederlande*, Nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93 und 22056/93, § 51 mit Hinweis. Im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit, siehe EGMR vom 15.12.2011, *Al-Khawaja und Tahery v. Vereinigtes Königreich* (GK), Nr. 26766/05 und 22228/06, § 127.

402 EMRK Kommentar-PEUKERT, Art. 6 N 308 m.w.H.auf das Schrifttum; BGE 131 I 476, E. 2.2; BGE 129 I 151, E. 3.1; BStrGer, Urteil vom 23.08.2013, SK.2013.11, E. 1.5.5/a.

403 KOHLBACHER, 94 f. Nach der Meinung der EKMR ist das Konfrontationsrecht als *lex specialis* zum Waffengleichheitsprinzip aufzufassen, siehe EKMR vom 11.10.1984, *Unterpertinger v. Österreich* (Bericht), Nr. 9120/80, § 92.

der Verteidigung her.⁴⁰⁴ Ohne die Möglichkeit, eine belastende Zeugenaussage in Zweifel zu ziehen, ist eine sachgemässe Würdigung derselben unter Wahrung des Prinzips der Waffengleichheit nicht möglich.⁴⁰⁵

Mit der Durchführung einer Konfrontationseinvernahme ist sichergestellt, dass die Verteidigung von den belastenden Aussagen Kenntnis nimmt. Dies wiederum ist die Voraussetzung dafür, sich mit den vorgebrachten Belastungen wirksam auseinanderzusetzen. Durch die unmittelbare Wahrnehmung der Zeugenaussage lässt sich zudem überprüfen, dass allfällige Belastungen nicht unter unzulässiger Einwirkung seitens der Strafbehörden zustande gekommen sind.

Neben der unmittelbaren Kenntnisnahme der Zeugenaussage beinhaltet das Konfrontationsrecht auch ein Fragerecht, um die Aussagen eines Belastungszeugen auf die Probe stellen zu können. Dieses Fragerecht ist zur Wahrung einer Verfahrensbalance zwischen der Verteidigung und den Strafverfolgungsbehörden unter zwei Aspekten wichtig. Einerseits kann die Verteidigung das Fragerecht dazu nutzen, um auf allfällige Widersprüche oder Ungereimtheiten hinzuweisen, sei dies in Bezug auf die bisherigen Aussagen des Belastungszeugen oder im Hinblick auf weitere Beweise. Dadurch ist es der Verteidigung möglich, den Beweiswert einer belastenden Zeugenaussage zu hinterfragen.⁴⁰⁶ Mitunter führt die Ausübung des Fragerechts sogar dazu, dass ein Belastungszeuge seine Aussage von sich aus relativiert oder zumindest präzisieren muss. Andererseits schützt das Konfrontationsrecht vor einer einseitigen, von einer Schuldhypothese geleiteten Befragung von Zeugen. Durch die Ausübung des Fragerechts kann die Verteidigung ihre Sichtweise und ihre Anliegen in die Zeugeneinvernahme einbringen.⁴⁰⁷ Gerade dieser Aspekt ist für die Gewährleistung einer effektiven Verfahrensteilhabe beson-

404 Vgl. EGMR vom 26.07.2011, *Huseyn u.a. v. Aserbaidshan*, Nr. 35485/05, 45553/05, 35680/05 und 36085/05, § 196. Ähnlich CAVEGN, 42; VILLIGER, N 526. Vgl. auch BGE 104 Ia 314, E. 4b.

405 Übereinstimmende Meinung der Richter ERMACORA, GÖZÜBÜYÜK, SCHERMERS und VANDENBERGHE in EKMR vom 12.05.1988, *Kostovski v. Niederlande* (Bericht), Nr. 11454/85; HUG, Konfrontationseinvernahme, 393.

406 Das Konfrontationsrecht ist mehr als ein blosses Fragerecht; vielmehr geht es um ein Recht auf Infragestellung des Belastungszeugen und seiner Aussagen, siehe AMBOS, 608; KRAUSBECK, 25. Zur angemessenen Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist diese bei der Durchführung der Konfrontation und deren Würdigung oftmals auf einen anwaltlichen Beistand angewiesen, vgl. AGER BS, Urteil vom 24.08.2017, BES.2017.III, E. 3.2.4.

407 Vgl. EGMR vom 10.05.2012, *Aigner v. Österreich*, Nr. 28328/03, § 43.

ders wichtig, weil die Verteidigung, gleich wie die Staatsanwaltschaft, aktiv auf den Gang der Untersuchung und die Würdigung der Beweismittel Einfluss nehmen kann.⁴⁰⁸

e) *Das Recht auf Erhebung des von der Verteidigung beantragten Zeugenbeweises*

Das Recht der Verteidigung zur Erhebung eines Zeugenbeweises folgt sowohl aus [Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK](#) als auch aus [Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK](#). So umfasst eine «angemessene Gelegenheit» zur Vorbereitung der Verteidigung nach [Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK](#) auch das Recht der Verteidigung, rechtserhebliche Beweise in das Verfahren hineinzutragen.⁴⁰⁹ Überdies hat jede beschuldigte Person gestützt auf [Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK](#) das Recht auf Ladung und Einvernahme von Entlastungszeugen.⁴¹⁰

Der Terminus «Entlastungszeuge» ist insofern missverständlich, als es sich in der Praxis vielfach so verhält, dass ein Zeuge Aussagen tätigt, die sowohl belastend als auch entlastend gewertet werden können.⁴¹¹ Selbst ein Zeuge, der die beschuldigte Person in früheren Aussagen belastet hat, kann als Entlastungszeuge infrage kommen, sofern sich die Verteidigung von seiner erneuten Einvernahme eine Entlastung verspricht.⁴¹² Aus diesem Grund ist der Meinung von TRECHSEL zu folgen, wonach jede Person, die auf Initiative der Verteidigung geladen und einvernommen werden soll, als Entlastungszeuge zu betrachten ist.⁴¹³

408 SCHLEIMINGER, Diss., 17.

409 Eine aktive Teilhabe im Strafverfahren bedingt, dass der Verteidigung die Möglichkeit eingeräumt wird, sämtlichen entlastenden Momenten, die im Hinblick auf die Vorbereitung der Hauptverhandlung relevant erscheinen, nachzugehen, siehe EGMR vom 30.05.2013, *Malofeyeva v. Russland*, Nr. 36673/04, § 112; EGMR vom 20.01.2005, *Mayzit v. Russland*, Nr. 63378/00, § 78.

410 Siehe [Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK](#) und [Art. 14 Ziff. 3 lit. e IPBPR](#).

411 Die Unterscheidung zwischen Belastungszeugen und Entlastungszeugen ist von Bedeutung, da grundsätzlich ein absolutes Recht besteht, Belastungszeugen zu konfrontieren, während die Ladung und Einvernahme von Entlastungszeugen lediglich relativer Natur ist, vgl. CAVEGN, 14 f. Die Ambivalenz aufzeigend, EGMR vom 28.06.2011, *Miminoshvili v. Russland*, Nr. 20197/03, §§ 131 f.

412 GOLLWITZER, Art. 6 N 213; CAVEGN, 13.

413 TRECHSEL, *Human Rights*, 323; a.M. KRAUSBECK, 66. Vgl. auch EGMR vom 18.12.2018, *Murtazaliyeva v. Russland* (GK), Nr. 36658/05, § 138.

Mit der Erhebung von Beweisen wird ein Strafverfahren geformt und in eine bestimmte Richtung gelenkt.⁴⁴⁴ Die effektive Ausgestaltung des Beweisantragsrechts sichert der Verteidigung eine aktive Teilhabe, indem sie auf das Beweisverfahren einwirken und dieses mitgestalten kann.⁴⁴⁵ In Anbetracht dessen, dass die Staatsanwaltschaft sämtliche Beweise hoheitlich und eigenständig erheben kann, kommt dem Beweisantragsrecht der Verteidigung eine wichtige Ausgleichsfunktion zu. Die Möglichkeit, einen beantragten Beweis amtlich erheben zu lassen und das Beweisergebnis ins Verfahren hineinzutragen, ist für die Wahrung einer Verfahrensbalance zwischen Anklage und Verteidigung somit besonders wichtig.⁴⁴⁶

Die beschuldigte Person muss die Beweisabklärungen der Strafverfolgungsbehörden nicht passiv über sich ergehen lassen und zuwarten, bis die Staatsanwaltschaft genügend Verdachtsmomente gesammelt hat, um Anklage zu erheben. Die Verteidigung muss sich nicht darauf beschränken lassen, ihre Version des Tatgeschehens im Sinne einer blossen Parteibehauptung darzutun, sondern sie kann eine aktive Rolle im Beweisverfahren einnehmen.⁴⁴⁷ Dies ist umso wichtiger, wenn sich die Staatsanwaltschaft schon frühzeitig auf eine bestimmte Sachverhaltsvariante festgelegt hat.⁴⁴⁸ In einem solchen Fall bleibt der Verteidigung oftmals nichts anderes übrig, als sich mittels Beweisanträgen für die Abklärung einer alternativ in Betracht kommenden Sachverhaltsvariante einzusetzen.

Die erfolgreiche Geltendmachung eines Beweisantrags hängt in der Rechtswirklichkeit davon ab, ob die Verteidigung substantiiert begründen kann, wieso die Erhebung eines beantragten Beweises erforderlich ist.⁴⁴⁹ Auch hinsichtlich der Ladung und Einvernahme von Zeugen ist es wichtig, dass die

414 DELNON/RÜDY, Beweisführung, 315.

415 Botschaft StPO 2005, 1271.

416 Mit Verweis auf die Chancengleichheit und das Waffengleichheitsprinzip BOMMER, Parteirechte, 213; KAUFMANN, 226.

417 TRECHSEL, Human Rights, 323 f.

418 Vgl. WOHLERS, Fragerecht, 166; DONATSCH/FREI, 49. Dabei gilt es zu beachten, dass eine falsche Weichenstellung im Vorverfahren im weiteren Verlaufe des Verfahrens kaum mehr korrigiert werden kann. Dies wurde in Deutschland durch empirische Studien nachgewiesen, siehe PETERS, 195–213, insb. 205: «Einer der verhängnisvollsten Aufklärungsfehler ist das frühzeitige Festlegen auf die Richtigkeit einer Spur». Darauf hinweisend: PIETH, Beweisantrag, 291; HUG, Konfrontationseinvernahme, 392. Auf das Gebot der rechtsgleichen Strafverfolgung hinweisend, BRUN, Diss., 224.

419 Vgl. EGMR vom 22.11.2016, *Gviniashvili v. Russland*, Nr. 44292/09, § 89 mit Hinweis.

Verteidigung aufzeigt, dass dessen Zeugenaussage für den Ausgang des Verfahrens von Bedeutung ist.⁴²⁰ Hierbei ist entscheidend, ob die Erhebung des Zeugenbeweises geeignet ist, den vorgeworfenen Sachverhalt in einem anderen Licht erscheinen zu lassen.⁴²¹ Damit sie überhaupt erst begründen kann, weshalb die Erhebung des beantragten Beweises nötig ist, muss die Verteidigung auch eigenständige Beweisermittlungen vornehmen können. Insbesondere die private Zeugenbefragung gibt der Verteidigung die Möglichkeit, substanziiert dazutun, inwiefern eine amtliche Einvernahme eines Zeugen Rechts- und Entscheiderhebliches beitragen kann.⁴²² Vor dem Hintergrund, dass die Verteidigung in der Lage sein soll, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsanwaltschaft rechtserhebliche Beweise erheben zu lassen,⁴²³ ist die Möglichkeit der privaten Beweisermittlung von erheblicher Relevanz für die Wahrung des Waffengleichheitsprinzips.⁴²⁴

f) *Das Recht auf objektive Begutachtung und Konfrontation mit einer sachverständigen Person*

Nach der Rechtsprechung des EGMR handelt es sich beim Sachverständigenbeweis um die Gesamtheit der Informationen, die auf der Grundlage einer wissenschaftlichen, technischen oder ähnlichen Auswertung bestimmter Beweistatsachen gewonnen werden.⁴²⁵ Eine sachverständige Person unterstützt das Gericht in einer Frage, in welcher dieses nicht die nötige Fachkenntnis oder die erforderlichen Fähigkeiten aufweist.⁴²⁶ Aufgrund ihrer unterschiedlichen Funktion im Strafprozess gilt die sachverständige Person gemäss dem EGMR nicht als «Zeuge» im eigentlichen Wortsinn.⁴²⁷ Ungeachtet dieses funktionellen Unterschieds hat die Verteidigung jedoch nach gefestigter

420 EGMR vom 13.10.2016, *Tymchenko v. Ukraine*, Nr. 47351/06, § 90; EGMR vom 22.06.2006, *Guilloury v. Frankreich*, Nr. 62236/00, § 55.

421 EGMR vom 28.06.2011, *Mimoshvili v. Russland*, Nr. 20197/03, § 130 m.w.H.

422 Vgl. zur Entscheidewesentlichkeit, EGMR vom 13.10.2016, *Tymchenko v. Ukraine*, Nr. 47351/06, § 92 mit Hinweis.

423 EGMR vom 11.12.2008, *Mirilashvili v. Russland*, Nr. 6293/04, § 225.

424 Vgl. DELNON/RÜDY, *Beweisführung*, 323–325; TRECHSEL, *Human Rights*, 227 f.; MÜLLER-HASLER, 23 sowie 145; CAVEGN, 123 f.

425 EGMR vom 27.03.2014, *Matytsina v. Russland*, Nr. 58428/10, § 167. Im schweizerischen Kontext vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 518.

426 Vgl. EGMR vom 04.04.2013, *C.B. v. Österreich*, Nr. 30465/06, § 40.

427 EGMR vom 27.03.2014, *Matytsina v. Russland*, Nr. 58428/10, § 168. Auf den Unterschied zu Augenzeugen eingehend EGMR vom 25.07.2013, *Khodorkovskiy und Lebedev v. Russland*, Nr. 11082/06 und 13772/05, § 711.

Rechtsprechung des EGMR das Recht, die Glaubwürdigkeit einer sachverständigen Person und die Glaubhaftigkeit des Gutachtens auf die Probe zu stellen.⁴²⁸

Wird in einem Strafverfahren eine sachverständige Person hinzugezogen, ist deren Gutachten häufig von grosser Relevanz für die Beurteilung der vorgeworfenen Tat oder die Auferlegung einer Sanktion. Daher muss sichergestellt sein, dass die sachverständigen Personen ihrer bedeutsamen Aufgabe möglichst sorgfältig und objektiv nachkommen und sich der Begutachtungsprozess streng an wissenschaftlichen Kriterien orientiert. Die Gestaltung der strafprozessualen Regeln zum Sachverständigenbeweis muss jegliches Risiko, dass die sachverständige Person auf die Bestätigung einer der Anklage dienenden Position hinarbeitet, ausschliessen. Fehlt es der Begutachtung an Objektivität, ist angesichts des hohen Beweiswerts amtlicher Gutachten zumindest dem Grundsatz nach die faire Balance im Strafverfahren nicht mehr gegeben.⁴²⁹

Der Verteidigung muss es in prozessualer Hinsicht möglich sein, das amtliche Gutachten und dessen zugrundeliegende Wertungen und Interpretationen zu überprüfen.⁴³⁰ Erst dies ermöglicht es dem Gericht, im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung und unter Berücksichtigung des Grundsatzes *in dubio pro reo* die Schlussfolgerungen aus dem amtlichen Gutachten richtig einzuordnen. Die Geltendmachung einer alternativen Sichtweise bei der Begutachtung erfordert oftmals den Beizug einer weiteren sachverständigen Person seitens der Verteidigung. Dieser Sachverständige darf verfahrensrechtlich nicht schlechter gestellt werden als der amtliche Gutachter,⁴³¹ der die Anklage stützt. Im Sinne der «Waffengleichheit» darf es der Verteidigung auch nicht prozessual verunmöglicht werden, das Gutachten einer amtlich beauftragten sachver-

428 Gem. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK. Siehe dazu EGMR vom 27.03.2014, *Matytsina v. Russland*, Nr. 58428/10, § 177; EGMR vom 25.07.2013; *Khodorkovskiy und Lebedev v. Russland*, Nr. 11082/06 und 13772/05, § 711 mit Hinweis auf EGMR vom 28.08.1991, *Brandstetter v. Österreich*, Nr. 11170/84, 12876/87, 13468/87, § 42 und EGMR vom 11.12.2008, Nr. 6293/04, *Mirilashvili v. Russland*, § 158; EGMR vom 22.11.2018, *Avagyan v. Armenien*, Nr. 1837/10, § 39.

429 Vgl. EGMR vom 21.01.2014, *Placi v. Italien*, Nr. 48754/11, § 74.

430 Auf den Grundsatz *in dubio pro reo* im Zusammenhang mit der Begutachtung hinweisend DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 7; BERNARD/STUDER, Prekäre Unschuld, 6 ff.

431 PEDRAZZI, Rz. 66.

ständigen Person mittels eines Privatgutachtens analysieren zu lassen, um auf allfällige Mängel oder Widersprüche im amtlichen Gutachten hinzuweisen.⁴³²

3. Verhältnis zwischen dem Waffengleichheitsprinzip und den spezifischen Verteidigungsrechten nach Art. 6 EMRK

Das Prinzip der Waffengleichheit weist enge Bezüge mit dem rechtlichen Gehör und den daraus abgeleiteten Verteidigungsrechten auf.⁴³³ Für das Verständnis der «Waffengleichheit» entscheidend ist die Frage, in welchem Verhältnis sie zu den Verteidigungsrechten steht, die gemeinhin dem rechtlichen Gehör zugeschrieben werden.

Vorweg gilt es festzuhalten, dass sich aus dem Prinzip der Waffengleichheit im Strafverfahren keine originär durchsetzbaren Rechte ableiten lassen.⁴³⁴ Während die aus dem rechtlichen Gehör abgeleiteten Verteidigungsrechte eine persönlichkeitsbezogene Mitwirkung im Strafverfahren sicherstellen, geht es beim Prinzip der Waffengleichheit vielmehr darum, *wie* die in Art. 6 EMRK enthaltenen Verteidigungsrechte in der Rechtswirklichkeit wahrgenommen werden können. Um den Gehalt der «Waffengleichheit» vollständig zu erfassen, ist es somit notwendig, sich näher mit der prozessualen Ausgestaltung derjenigen Verfahrensabschnitte auseinanderzusetzen, bei denen die Verteidigungsrechte zur Geltung gelangen.⁴³⁵ Wichtig ist hierbei, dass die Verteidigungsrechte nicht in einem institutionellen Vakuum,⁴³⁶ sondern in einem Rechtssystem von Institutionen zum Tragen kommen.⁴³⁷ Insofern besteht im Einzelfall das Risiko, dass die rechtsanwendende Behörde die Ausübung derjenigen Verteidigungsrechte, die auf einen Ausgleich zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft abzielen, zu sehr einschränkt. Das Waffengleichheits-

432 EGMR vom 24.04.2014, *Duško Ivanovski v. Mazedonien*, Nr. 10718/05, §§ 59 f.; EGMR vom 05.04.2007, *Stoimenov v. Mazedonien*, Nr. 17995/02, § 42.

433 Vgl. TRECHSEL, Character, 28; STAVROS, 53.

434 RZEPKA, 347; GOLLWITZER, Art. 6 N 59; CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 27; CAVEGN, 41; JACKSON/SUMMERS, Internationalisation of Criminal Evidence, 83 f.; DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 357; SUMMERS, Fair Trials, 104.

435 FEDOROVA, 141: «It does not suffice to look only at the formal procedural elements (whether both prosecutor and defence have a particular right), the internal procedural arrangements have to be taken into account too, if one is to come to a meaningful interpretation of the principle of equality of arms».

436 SUMMERS, Fair Trials, 183: «structural vacuum».

437 WALDRON, Importance of Procedure, 14: «[...] law comes to life in *institutions*»; DERS., Dignity, 208 f.

prinzip auferlegt den Konventionsmitgliedstaaten eine positive Schutzpflicht, ihr Strafverfahren derart zu gestalten, dass die naturgemäss benachteiligte Partei – also die beschuldigte Person – bei der Wahrnehmung der Verteidigungsrechte nicht in unsachlicher Weise eingeschränkt wird. Das Prinzip der Waffengleichheit stellt somit gewisse Anforderungen an den institutionellen Rahmen, innerhalb dessen von den Verteidigungsrechten Gebrauch gemacht werden kann.

Tangiert ist das Prinzip der Waffengleichheit, wenn die *verfahrensrechtliche Ausgestaltung* die beschuldigte Person daran hindert, von ihren Verteidigungsrechten Gebrauch zu machen, und die beschuldigte Person dadurch in prozessualer Hinsicht gegenüber der Staatsanwaltschaft benachteiligt ist.⁴³⁸ Dies ist etwa der Fall, wenn verfahrensrechtlich nicht sichergestellt ist, dass die Eingaben der Staatsanwaltschaft oder die dem Gericht eingereichten Akten der beschuldigten Person zur Kenntnis gebracht werden, und Letztere nicht dazu Stellung nehmen kann.⁴³⁹ Die Staatsanwaltschaft ist über die fragliche Eingabe oder das entsprechende Beweismittel naturgemäss orientiert. Wenn nun die beschuldigte Person diesbezüglich schlechter gestellt ist, steht dies im Widerspruch zum Prinzip der Waffengleichheit.⁴⁴⁰ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Entscheidung darüber, ob eine Eingabe oder ein zu den Akten genommenes Beweismittel eine Reaktion erfordert, einzig der Verteidigung obliegt.⁴⁴¹

438 SUMMERS, Dominance, 518 f.

439 EGMR vom 25.04.2013, *Zahirović v. Kroatien*, Nr. 58590/11, §§ 47–50; EGMR vom 13.06.2017, *Çolak und Kasimoğulları v. Türkei*, Nr. 29969/07 und 47462/07, §§ 29–32; EGMR vom 11.07.2002, *Göç v. Türkei* (GK), Nr. 36590/97, §§ 53–58 (ohne explizite Nennung des Waffengleichheitsprinzips, aber mit Verweis auf EGMR vom 28.08.1991, *Brandstetter v. Österreich*, Nr. 11170/84, 12876/87, 13468/87, § 67); EGMR vom 17.01.2002, *Josef Fischer v. Österreich*, Nr. 33382/96, §§ 19–22.

440 Anders liegt der Fall, wenn weder die beschuldigte Person noch die Staatsanwaltschaft Kenntnis von einer beim Gericht eingereichten Stellungnahme erhalten haben und sich folglich beide nicht dazu äussern können. Diesfalls ist zwar das Recht auf ein kontraktorisches Verfahren verletzt, nicht aber das Prinzip der Waffengleichheit, vgl. TRECHSEL, Human Rights, 97; VERNIORY, Diss., 120; EGMR vom 25.04.2013, *Zahirović v. Kroatien*, Nr. 58590/11, § 42: «[I]t is even possible that a procedural situation which does not place a party at any disadvantage vis-à-vis his or her opponent still represents a violation of the right to adversarial proceedings if the party concerned did not have an opportunity to have knowledge of, and comment on, all evidence adduced or observations filed, with a view to influencing the court's decision».

441 Vgl. EGMR vom 22.02.1996, *Bulut v. Österreich*, Nr. 17358/90, § 49; EGMR vom 05.10.2017, *Sukhanov v. Ukraine*, Nr. 32598/07, § 33.

Auch in Bezug auf das Anwesenheitsrecht nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK muss verfahrensrechtlich sichergestellt sein, dass die beschuldigte Person, gleich wie die Staatsanwaltschaft, an einer Berufungsverhandlung mitwirken und ihre Sichtweise dem Berufungsgericht präsentieren kann.⁴⁴² Sofern die Anwesenheit der beschuldigten Person an einer Vorverhandlung zur Berufungsentscheidung prozessual nicht sichergestellt ist, in deren Rahmen die Staatsanwaltschaft mündliche Vorbringungen erstattet, ist den Erfordernissen der «Waffengleichheit» nicht Genüge getan.⁴⁴³ Auch die prozessuale Regelung, wonach die Staatsanwaltschaft automatisch über eine Berufungsverhandlung informiert wird, während die beschuldigte Person nur darüber in Kenntnis gesetzt wird, wenn sie zuvor einen Antrag auf Anwesenheit gestellt hat, ist dazu geeignet, diese gegenüber der Staatsanwaltschaft zu benachteiligen.⁴⁴⁴

Jede *Unterregulierung* hinsichtlich der Ausübung der Verteidigungsrechte vergrößert das Risiko, dass die beschuldigte Person im Einzelfall bei der Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte gegenüber der Staatsanwaltschaft in unsachlicher Weise benachteiligt wird. Denn allfällige Unklarheiten bezüglich der Gewährleistung der Verteidigungsrechte gehen in aller Regel mit einem Ermessensspielraum der verfahrensleitenden Behörde einher. Dem Umstand, dass die Verteidigungsrechte dem Handeln der Strafverfolgungsbehörden gewisse Grenzen setzen, wird dabei oftmals zu wenig Rechnung getragen.⁴⁴⁵ Richtigerweise hält der EGMR fest, dass eine inhaltlich nicht genügend bestimmte Verfahrensregel für gewöhnlich zum Nachteil der beschuldigten Person ausgelegt wird.⁴⁴⁶

Im Zusammenhang mit der kontradiktorischen Bestreitung eines Sachverständigengutachtens erweist sich die Unterregulierung dann als Problem der

442 Mit Bezug auf das Recht, sich selbst zu verteidigen, siehe EGMR vom 20.06.2013, *Abdulgadriov v. Aserbajdschan*, Nr. 24510/06, §§ 45–49.

443 Vgl. dazu die ukrainische Ausgestaltung des Berufungsverfahrens in EGMR vom 21.10.2010, *Zhuk v. Ukraine*, Nr. 45783/05, §§ 29–35; EGMR vom 17.11.2016, *Loboda v. Ukraine*, Nr. 8865/06, §§ 48–52; EGMR vom 02.03.2017, *Palchik v. Ukraine*, Nr. 16980/06, §§ 31–35; EGMR vom 01.02.2018, *Radchenko v. Ukraine*, Nr. 39555/07, §§ 26–30.

444 EGMR vom 02.07.2015, *Eftimov v. Mazedonien*, Nr. 59974/08, § 40.

445 SUMMERS, *Observing Criminal Trials*, 220: «[...] the potential for defence rights to constrain the prosecuting and investigation authorities is seldom paid much attention».

446 EGMR vom 22.06.2000, *Coëme u.a. v. Belgien*, Nr. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 und 33210/96, §§ 102 f. Zum Erfordernis der inhaltlichen Bestimmtheit (im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK), vgl. EGMR vom 12.05.2000, *Khan v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 35394/97, § 26 mit Verweisen.

«Waffengleichheit», wenn es an einer prozessualen Mitwirkungsmöglichkeit bei der Ausarbeitung eines amtlich bestellten Gutachtens fehlt sowie wenn die belastende gutachterliche Feststellung nicht oder nur eingeschränkt mittels eines Privatgutachtens auf die Probe gestellt werden kann.⁴⁴⁷ Eine kontradiktorische Bestreitung einer sachverständigen Expertise wird auch verunmöglicht, wenn verfahrensrechtlich nicht sichergestellt ist, dass die Verteidigung die dem Gutachten zugrundeliegenden Beweise bzw. Beweistatsachen einsehen kann.⁴⁴⁸ Auch die Unterregulierung bei der Gewährung der Akteneinsicht vermag die beschuldigte Person gegenüber der Staatsanwaltschaft zu benachteiligen. So muss verfahrensrechtlich sichergestellt sein, dass die Verteidigung beim Entscheidungsprozess über eine allfällige Einschränkung des Akteneinsichtsrechts im grösstmöglichen Mass miteinbezogen wird.⁴⁴⁹ Andernfalls bleibt es allein der rechtsanwendenden Behörde anheimgestellt, welche Beweise in die Akten überführt werden. Im Einzelfall ist damit nicht gewährleistet, dass die Verteidigung ebenso wie die Staatsanwaltschaft ihre Position mit aktenmässig belegten Beweismitteln untermauern kann.⁴⁵⁰

C. PERSÖNLICHER ANWENDUNGSBEREICH

Als Gegenpartei der beschuldigten Person im Strafprozess kommen verschiedene Verfahrensbeteiligte in Betracht. Aufseiten des Staates sind die Strafverfolgungsbehörden, also die Vertreter der polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Behörden, zu nennen. In einem ersten Schritt ist zu überprüfen, inwiefern sich die beschuldigte Person oder die Vertreter der Strafverfolgungsbehörden auf das Prinzip der Waffengleichheit berufen können (I.).

447 EGMR vom 27.03.2014, *Matytsina v. Russland*, Nr. 58428/10, §§ 185–195, 207–208; EGMR vom 24.04.2014, *Duško Ivanovski v. Mazedonien*, Nr. 10718/05, §§ 57–61; EGMR vom 05.04.2007, *Stoimenov v. Mazedonien*, Nr. 17995/02, §§ 38–43.

448 Die ohne nachvollziehbare Begründung verweigerte Akteneinsicht in die Originalaufnahmen einer Telefonüberwachung verstösst gegen das Prinzip der Waffengleichheit, weil die der Stimmanalyse zugrundeliegenden Beweise somit nicht auf deren Authentizität überprüft werden können, vgl. EGMR vom 23.09.2014, *Cevat Soysal v. Türkei*, Nr. 17362/03, §§ 66–68.

449 EGMR vom 11.12.2008, *Mirilashvili v. Russland*, Nr. 6293/04, § 205.

450 Vgl. EGMR vom 06.03.2012, *Leas v. Estland*, Nr. 59577/08, §§ 82–90.

Sofern ein Gericht im Beweisverfahren unkritisch die Sichtweise der Anklagebehörde übernimmt, könnte man versucht sein, das Prinzip der Waffengleichheit auch im Verhältnis zwischen Verteidigung und Gericht zur Anwendung bringen zu wollen.⁴⁵¹ Falls es zu einem derartigen Rollentausch zwischen Gericht und Strafverfolgungsbehörde bzw. zu einer Vermischung von richterlicher und strafverfolgender Tätigkeit kommt, beschlägt dies jedoch nicht das Prinzip der Waffengleichheit, sondern die Unparteilichkeit des Gerichts.⁴⁵² Aus diesem Grund hat das Waffengleichheitsprinzip zwischen beschuldigter Person und dem Gericht keine Geltung.

Die Interessen der beschuldigten Person können indessen auch im Konflikt mit jenen der Privatklägerschaft stehen. Daher muss geprüft werden, ob das Prinzip der Waffengleichheit auch in diesem Verhältnis zur Anwendung gelangt (II.).

Abschliessend werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst (III.).

I. Verhältnis zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden

Das Prinzip der Waffengleichheit im Strafprozess bezieht sich in erster Linie auf das Verhältnis zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden.⁴⁵³ Im Vordergrund steht dabei ein allfälliger Nachteil der

⁴⁵¹ Vgl. etwa ALBRECHT, Mitwirkungsrechte, 167; KRAUSS, Strafverteidigung, 118 (Untersuchungsführer); DELNON/RÜDY, Untersuchungsführung, 58 (Untersuchungsrichter).

⁴⁵² EGMR vom 06.03.2018, *Mikhaylova v. Ukraine*, Nr. 10644/08, §§ 57–67; EGMR vom 13.04.2017, *Podeschi v. San Marino*, Nr. 66357/14, §§ 178–193; EGMR vom 27.01.2011, *Krivoshapkin v. Russland*, Nr. 42224/02, §§ 43–46; EGMR vom 18.05.2010, *Ozerov v. Russland*, Nr. 64962/01, §§ 54 f.; EGMR vom 25.06.1992, *Thorgeir Thorgeirson v. Island*, Nr. 13778/88, §§ 46–54. Vgl. dazu auch BGer, Urteil vom 21.03.2018, [1B_17/2018](#), E. 4; BGer, Urteil vom 04.06.2018, [1B_197/2018](#), E. 4; BGE 144 I 234, E. 5.3–5.8; METTLER, Staatsanwaltschaft, 140 m.w.H.

⁴⁵³ EGMR vom 12.05.2017, *Simeonovi v. Bulgarien* (GK), Nr. 21980/04, § 112; EGMR vom 27.11.2008, *Salduz v. Türkei* (GK), Nr. 36391/02, § 53: «equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused». Siehe auch BV Kommentar-STEINMANN, Art. 29 N 41; VILLIGER, N 480; CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 27; ZR 106 (2007), 232, 236.

beschuldigten Person gegenüber einer staatsanwaltschaftlichen Behörde,⁴⁵⁴ mithin ihrer kontradiktorischen Gegenpartei.⁴⁵⁵ Im Zusammenhang mit dem «Anwalt der ersten Stunde» und der Belehrung über die Verteidigungsrechte stehen die polizeilichen Ermittlungsbehörden insofern im Fokus, als diese die kontradiktorische Natur des Strafverfahrens sicherzustellen haben. Allfällige Unterlassungen der polizeilichen Behörde, die auf eine Unterregulierung des Vorverfahrens zurückzuführen sind, können die beschuldigte Person in der Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte behindern, was als substantzieller Nachteil gegenüber der Staatsanwaltschaft zu werten wäre.⁴⁵⁶

Gemäss [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) hat jede beschuldigte Person ein Recht auf ein faires Verfahren. Das Prinzip der Waffengleichheit ist grundlegender Bestandteil eines solchen fairen Verfahrens.⁴⁵⁷ Daher ist die beschuldigte Person die anspruchsberechtigte Person, die sich im Strafverfahren auf das Prinzip der Waffengleichheit berufen kann. In Wahrung ihrer Interessen kann sich ein anwaltlicher Beistand im Namen seiner Mandantschaft auf das Waffengleichheitsprinzip berufen.⁴⁵⁸ Die beschuldigte Person und ihr anwaltlicher Beistand sind als Einheit zu betrachten.⁴⁵⁹

Nach dem Wortlaut der aus dem Zivilverfahren übernommenen Standardformulierung des Waffengleichheitsprinzips («jede Partei») ist es – zumindest in grammatikalischer Auslegung – nicht ausgeschlossen, dass auch die staatsanwaltschaftlichen oder die polizeilichen Behördenmitglieder sich auf das Prinzip der Waffengleichheit berufen könnten. In der Praxis finden sich hierfür auch entsprechende Beispiele. So wurde zur Begründung der staatsanwaltschaftlichen Legitimation zur Erhebung einer Beschwerde in Strafsachen das Prinzip der Waffengleichheit angeführt.⁴⁶⁰ Der Autor war auch schon

454 EGMR vom 22.06.2000, *Coëme und u.a. v. Belgien*, Nr. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 und 33210/96, § 103; EGMR vom 13.07.2006, *Popov v. Russland*, Nr. 26853/04, § 180: «vis-à-vis the prosecution». Siehe auch LAUBE, 165; GRABENWARTER, Art. 6 N 81; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, 510.

455 EGMR vom 17.02.2011, *Atanasov v. Mazedonien*, Nr. 22745/06, § 32.

456 Insofern führt die Rspr. des EGMR die (polizeilichen) Ermittlungsbehörden richtigerweise auf, siehe EGMR vom 13.09.2016, *Ibrahim u.a. v. Vereinigtes Königreich (GK)*, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 und 40351/09, § 255; EGMR vom 24.09.2009, *Pishchalnikov v. Russland*, Nr. 7025/04, § 68.

457 Siehe vorstehend, Fn. 312.

458 Vgl. auch SANDERMANN, 54.

459 TRECHSEL, Verteidigungsrechte, 353 mit Hinweis auf die EGMR-Rspr.

460 BGE 134 IV 36, E. 1.4.5.

an einer Hauptverhandlung anwesend, in der sich die Staatsanwaltschaft auf das Prinzip der Waffengleichheit berief, um zu verhindern, dass eine andere Verfahrenspartei ihre Plädoyernotizen zuhanden des Gerichts einreichen konnte, da sie ihrerseits keine solchen Plädoyernotizen vorbereitet hatte. Das Gericht folgte der staatsanwaltschaftlichen Argumentation und verfügte mittels mündlichen Zwischenentscheids, dass das Einreichen der Plädoyernotizen aus Gründen der «Waffengleichheit» nicht erlaubt sei.⁴⁶¹ Selbst im Schrifttum scheint vereinzelt dieses Verständnis vorzuherrschen. Nach der Auffassung von JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL ist die beschuldigte Person in Bezug auf die «Waffengleichheit» insofern immer faktisch bevorteilt, als sie, zumindest bei Vorsatzdelikten, einen Wissensvorsprung hinsichtlich ihrer mutmasslichen Schuld oder möglichen Unschuld aufweise.⁴⁶²

Einem solchen wechselseitigen Verständnis der «Waffengleichheit» strafprozessualer Ausprägung ist entgegenzuhalten, dass die Menschenrechtskonvention die Rechte von Individualparteien schützt.⁴⁶³ Da das Prinzip der Waffengleichheit eine Individualverfahrensgarantie ist,⁴⁶⁴ schützen die Konventionsbestimmungen nicht den Staat. Deshalb können sich die staatlichen, das heisst die polizeilichen und die staatsanwaltschaftlichen Behörden, nicht auf das Waffengleichheitsprinzip gemäss [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) berufen.⁴⁶⁵

461 Zwischenentscheid des Kollegialgerichtes Bern-Mittelland vom 18.03.2013, PEN 12 834. Zur Thematik der Einreichung von Plädoyernotizen vgl. auch BGer, Urteil vom 17.07.2014, [6B_993/2013](#), E. 1.1 f. und BGer, Urteil vom 12.12.2017, [6B_422/2017](#), E. 3.4.

462 JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, 140 f.; ähnlich ALBERTINI/VOSER/ZUBER, 55; WEDER, NZZ, 15. A.M. MÜLLER, ZStrR 1979, 172 (Recht auf Informationsvorsprung der Strafverfolgungsbehörden).

463 Gem. [Art. 34 EMRK](#) (jede natürliche Person, nichtstaatliche Organisation oder Personengruppe). Vgl. im Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör, TRECHSEL, Human Rights, 90.

464 BGer, Urteil vom 13.11.2013, [2C_391/2013](#), E. 2.1. Nichts anderes ergibt sich aus [Art. 29 Abs. 1 BV](#), welche ebenfalls eine Individualgarantie darstellt, siehe BGer, Urteil vom 13.11.2013, [2C_391/2013](#), E. 2.1. Nur im Rahmen von [Art. 33 EMRK](#) können Mitgliedsstaaten eine Verletzung der EMRK geltend machen.

465 Vgl. dazu auch MÜLLER/SCHEFER, 992 (mit Bezug auf [Art. 32 Abs. 2 BV](#)).

II. Verhältnis zwischen der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft

Wenngleich der EGMR in einem Fall das Waffengleichheitsprinzip auf das Verhältnis zwischen der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft im Strafprozess angewendet hat,⁴⁶⁶ ist weitgehend unklar, inwiefern das Waffengleichheitsprinzip in diesem Kontext zum Tragen kommt. Die Unsicherheiten resultieren hauptsächlich daraus, dass aus der Rechtsprechung des EGMR nicht hervorgeht, ob im Verhältnis zwischen der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft ein formelles oder materielles Verständnis der «Waffengleichheit» gilt.

Unbestritten ist, dass sich eine geschädigte Person mit Bezug auf einen ad-häsionsweise im Strafverfahren geltend gemachten Zivilanspruch auf die Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK berufen kann.⁴⁶⁷ Die geschädigte Person kann somit zur Durchsetzung ihres Zivilanspruchs im Strafprozess das Prinzip der Waffengleichheit geltend machen.⁴⁶⁸ Dies gilt reziprok auch für die

466 In diesem Entscheid verneinte der Gerichtshof eine substanzielle Schlechterstellung der beschuldigten Person bei der Möglichkeit zur Präsentation ihrer Sichtweise vor Gericht infolge der Platzierung in einem Metallkäfig gegenüber der Staatsanwaltschaft sowie der Privatklägerschaft, siehe EGMR vom 15.06.2010, *Ashot Harutyunyan v. Armenien*, Nr. 34334/04, § 138.

467 EGMR vom 12.02.2004, *Perez v. Frankreich* (GK), Nr. 47287/99, §§ 66 f., 70. Diese Rspr. wurde in EGMR vom 05.07.2005, *Krumpel und Krumpelová v. Slowakei*, Nr. 56195/00, §§ 35, 39 bestätigt. Die Erklärung, sich als Zivilkläger im Strafverfahren zu beteiligen, kann auch im Stadium des strafprozessualen Vorverfahrens erfolgen, siehe EGMR vom 21.05.2002, *Zuili v. Frankreich* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 46820/99.

468 Relevant ist, ob in einem Verfahren über den Bestand eines zivilrechtlichen Anspruchs entschieden wird, vgl. EGMR vom 29.10.1991, *Helmers v. Schweden*, Nr. 11826/85, § 29 mit Hinweis. Darunter fallen neben dem Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zum Beispiel auch eine Genugtuung für die Verletzung des guten Rufes einer Person (Persönlichkeitsverletzung), vgl. EGMR vom 12.02.2004, *Perez v. Frankreich* (GK), Nr. 47287/99, § 70; EGMR vom 21.02.1975, *Golder v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 4451/70, § 27. Nach hier vertretener Ansicht kann sich auch der Strafkläger auf das Waffengleichheitsprinzip berufen, weil er einerseits im Verlauf des Vorverfahrens die Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen erklären kann und andererseits im schweizerischen System die Möglichkeit eines separaten Zivilprozesses besteht, in welchem im Anschluss an das Strafverfahren über die finanziellen Ansprüche infolge eines strafbaren Verhaltens entschieden wird.

beschuldigte Person zur Abwehr eines strittigen Zivilanspruchs.⁴⁶⁹ Gemeint ist hierbei jedoch das Prinzip der Waffengleichheit zivilprozessualer Ausprägung.⁴⁷⁰ Diesem zufolge müssen beide Parteien, also die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft, formal über dieselben Rechte verfügen, um ihren Standpunkt im Zusammenhang mit dem strittigen Zivilanspruch in der Hauptverhandlung präsentieren zu können. Dem Waffengleichheitsprinzip ist insofern bereits Genüge getan, wenn sich beide Parteien unter den *gleichen Bedingungen* im Rahmen der Hauptverhandlung zur Begründung und Höhe der Zivilforderungen äussern können.⁴⁷¹ Aus diesem Grund reicht es aus, wenn sowohl die beschuldigte Person als auch die Privatklägerschaft im Hinblick auf die Darlegung ihrer Position in der Hauptverhandlung unter den gleichen Voraussetzungen einen unentgeltlichen Rechtsbeistand beziehen,⁴⁷² ein Privatgutachten zu den Akten einreichen⁴⁷³ und die Akten einsehen können.⁴⁷⁴

469 Vgl. zur Anwendbarkeit des Waffengleichheitsprinzips im Verhältnis zwischen Zivilkläger und einer beschuldigten Person, BGer, Urteil vom 13.07.2009, [6B_194/2009](#), E. 2.1; BGer, Urteil vom 21.03.2017, [6B_259/2016](#) und [6B_266/2016](#), E. 4.3.1: «Au pénal, ce principe suppose un équilibre non seulement entre le prévenu et le ministère public soutenant l'accusation, mais également entre le prévenu et la partie civile». Vgl. in Bezug auf das Akteneinsichtsrecht auch KGer GR, Urteil vom 16.02.2016, [SK2 14 33](#), E. 3b; ZR 113 (2014), 209, 211. So auch PIQUEREZ/MACALUSO, N 454; JEANNERET/KUHN, N 4021; ECHLE, forum-poenale 2018, 413 f.; DIES., Diss., 140 f. Hierbei gilt es zu beachten, dass nach ständiger Rspr. des Bundesgerichts die adhäsionsweise Geltendmachung öffentlich-rechtlicher Ansprüche im Strafprozess ausgeschlossen ist, siehe BGer, Urteil vom 04.06.2018, [6B_1200/2017](#), E. 2; BGer, Urteil vom 06.01.2016, [6B_780/2015](#), E. 1.1; [BGE 131 I 455](#), E. 1.2.4; [BGE 128 IV 188](#), E. 2.2; BGer, Urteil vom 11.07.2018, [1B_158/2018](#), E. 2.1 und 2.5.

470 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel B.I.

471 Im Hinblick auf die Auseinandersetzung über einen zivilrechtlichen Anspruch in der Hauptverhandlung muss sich die Verteidigung angemessen auf die Abwehr der Zivilforderungen vorbereiten können. Nach der bundesgerichtlichen Praxis besteht indes kein Recht, über die Begründung und Bezifferung der geltend gemachten Zivilforderung vorgängig zur Hauptverhandlung in schriftlicher Form orientiert zu werden, siehe BGer, Urteil vom 21.03.2017, [6B_259/2016](#), [6B_266/2016](#), E. 4.3.2. Diese Problematik wird sich künftig etwas entschärfen, weil der Vorentwurf der StPO vorsieht, dass die Bezifferung und Begründung des geltend gemachten Zivilanspruchs bis zum Abschluss der Untersuchung zu erfolgen hat, vgl. [Art. 123 Abs. 2 VE-StPO 2017](#); ECHLE, forum-poenale 2018, 417.

472 Sowohl die mittellose beschuldigte Person ([Art. 132 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 132 Abs. 2 StPO](#)) als auch die mittellose geschädigte Person ([Art. 136 Abs. 2 lit. c StPO](#)) haben das Recht auf anwaltlichen Beistand, wenn die Rechtsstreitigkeit über einen allfälligen Zivilanspruch in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten aufweist. Das Waffengleichheitsprinzip ist verletzt, wenn einer mittellosen geschädigten Partei ein unentgeltlicher Rechtsbeistand gewährt wird und gleichzeitig der mittellosen beschuldigten Person in der gleichen Sache eine amtliche Verteidigung verweigert wird, siehe BGer, Urteil vom

Der Anwendungsbereich des Waffengleichheitsprinzips im Zusammenhang mit der Privatklägerschaft im Strafprozess beschränkt sich auf die Anerkennung einer Rechtsverletzung, welche zu einem Schadensersatz- oder Genugtuungsanspruch führen kann.⁴⁷⁵ Der Adhäsionsprozess ist als ein in das Strafverfahren integrierter Zivilprozess zu verstehen. Im Zusammenhang mit einem fraglichen Zivilanspruch kann sich das Waffengleichheitsprinzip im Strafprozess somit nur auf diejenigen Mitwirkungsrechte beziehen, die zur Aufklärung der widerfahrenen Rechtsverletzung etwas beitragen können.⁴⁷⁶

In Bezug auf das hier interessierende Vorverfahren gilt es festzuhalten, dass die Strafverfolgung und die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs allein dem Staat zustehen.⁴⁷⁷ Das bedeutet nicht, dass die Privatklägerschaft kein Interesse an der Verurteilung sowie Sanktionierung der Täterschaft hat;⁴⁷⁸

-
- 30.05.2005, [1P.154/2005](#), E. 3. Bei nicht mittellosen Personen ist der Beizug eines anwaltlichen Beistands jederzeit möglich und verfassungsmässig garantiert.
- 473 STÄHELIN, 77. Sofern sich ein Gericht dazu entschliesst, zu einer rechtserheblichen Frage einen Parteigutachter anzuhören, ist es auch dazu verpflichtet, den Gutachter der Gegenpartei in der Hauptverhandlung anzuhören; jedoch ist es nicht Aufgabe des Gerichts, die Anwesenheit der sachverständigen Zeugen sicherzustellen, siehe BGer, Urteil vom 16.12.2014, [6B_56/2014](#), E. 4.5.
- 474 Gem. [Art. 107 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 104 Abs. 1 lit. a bzw. b StPO](#). Praxisgemäss wird der Privatklägerschaft häufig zu einem früheren Verfahrenszeitpunkt die Akteneinsicht gewährt, vgl. DROESE, 96 f.; KGer GR, Urteil vom 16.02.2016, [PKG 2016, 177](#), 178 ff. Dies dürfte zur Hauptsache daran liegen, dass von der Privatklägerschaft in aller Regel keine konkrete Kollisionsgefahr ausgeht, die einer frühen Einsichtnahme in die Verfahrensakten entgegenstehen würde. Da sich das Recht auf Akteneinsicht und deren Beschränkung jedoch aus denselben Voraussetzungen ergeben, erblickt die herrschende Lehre in dieser Frage zu Recht keinen Verstoß gegen das Waffengleichheitsprinzip, vgl. [BGE 137 IV 280](#), E. 2.3; BSK StPO I-SCHMUTZ, Art. 101 N 21 m.w.H.; BOMMER, Privatklägerschaft, 192.
- 475 In der Regel dürfte die finanzielle Entschädigung auch das Hauptinteresse der Privatklägerschaft an der Beteiligung am Strafprozess darstellen, vgl. BOMMER, ZStrR 2003, 177 f.; GODENZI, 84 m.w.H. Die Interessen der Privatklägerschaft und der Staatsanwaltschaft fallen daher nicht notwendigerweise deckungsgleich aus, vgl. dazu auch EGMR vom 03.12.2002, [Berger v. Frankreich, Nr. 48221/99](#), §§ 26, 35, 38.
- 476 Das rechtlich geschützte Interesse der Privatklägerschaft bezieht sich nach der bundesgerichtlichen Rspr. auf den Schuldpunkt, siehe [BGE 139 IV 78](#), E. 3.3.4; GALEAZZI, 92.
- 477 Gem. [Art. 6 Abs. 1](#) sowie [Art. 16 Abs. 1 StPO](#), vgl. auch [BGE 143 IV 77](#), E. 4.5. Die Privatklägerschaft sieht ihre Interessen im Vorverfahren bereits durch die Strafverfolgungsbehörden gewahrt, vgl. GODENZI, 84; WĄSEK-WIADEREK, 33. Insofern hat die beschuldigte Person bloss ein mittelbares Interesse an der Strafverfolgung und einer Verurteilung, siehe BGer, Urteil vom 04.06.2018, [6B_1200/2017](#), E. 2.4.2; [BGE 136 IV 29](#), E. 1.7.2.
- 478 BOMMER, Privatklägerschaft, 190, 193; DERS., Verletztenrechte, 153–155.

doch bleibt die hoheitliche Erhebung von Beweisen den Strafverfolgungsbehörden vorbehalten. Aus diesem Grund ist das umfassende Teilnahme- und Fragerecht der Privatklägerschaft bei behördlichen Einvernahmen kritisch zu betrachten.⁴⁷⁹ Sind bei einer Zeugeneinvernahme neben der Staatsanwaltschaft bzw. Polizei auch noch Privatklässler bzw. deren anwaltliche Beistände anwesend,⁴⁸⁰ führt dies bei der einvernommenen Person zu einem gesteigerten Erwartungseffekt.⁴⁸¹ Denn ein Zeuge möchte für gewöhnlich bei den Anwälten einen guten Eindruck hinterlassen.⁴⁸² Die schiere Überzahl der in der Konfrontationseinvernahme geltend gemachten Belastungsperspektiven kann die einvernommene Person dazu bringen, nicht wahrgenommene Belastungen zu tätigen, entlastende Wahrnehmungen zu verschweigen oder die belastenden Formulierungen der Privatklägerschaft im Rahmen der Aussage zu übernehmen.

Angesichts der ohnehin schwachen Stellung der beschuldigten Person gegenüber den institutionell übermächtigen Strafverfolgungsbehörden muss daher nach hier vertretener Ansicht das Teilnahmerecht der Privatklägerschaft an den Beweiserhebungen in der Untersuchung auf das blosse Anwesenheitsrecht beschränkt bleiben. Andernfalls wird das Ungleichgewicht zulasten der beschuldigten Person in unzulässiger Weise verstärkt.

III. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass das Prinzip der Waffengleichheit sowohl hinsichtlich eines strittigen Zivilanspruchs zwischen der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft als auch im Verhältnis zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden gilt. Anders als im Verhältnis zwischen der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft geht es im Verhältnis zwischen der beschuldigten Person und den

479 Vgl. in diesem Zusammenhang § 10 Abs. 1 aStPO ZH, wonach die geschädigte Person einem Zeugen lediglich Fragen stellen konnte, «welche zur Aufklärung der Sache dienen können».

480 Zum Recht auf Anwesenheit der Privatklägerschaft bei der Beweiserhebung, siehe CHRISTEN, Privatklägerschaft, 467–472.

481 Zu Recht kritisch betreffend die Legitimation der Mitwirkungsrechte der Privatklägerschaft an der Konfrontationseinvernahme, BOMMER, Privatklägerschaft, 193 f.

482 Vgl. HAFTER, 332 in Bezug auf den Zivilprozess.

Strafverfolgungsbehörden nicht um eine formelle Gleichheit, sondern um eine materiell zu verwirklichende Verfahrensbalance. Gegenstand dieser Untersuchung ist einzig das Waffengleichheitsprinzip zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden.

Das Prinzip der Waffengleichheit trägt programmatische Züge,⁴⁸³ weil ihm ein Programm innewohnt, anhand dessen der Gesetzgeber sämtliche Strafverfahren zu gestalten hat. Zur Durchsetzung der Verfahrensbalance kann eine beschuldigte Person ein Gericht anrufen, wenn sie in ihren Möglichkeiten, die eigene Sichtweise darzulegen, gegenüber der Staatsanwaltschaft benachteiligt worden ist. Das Prinzip richtet sich somit nicht ausschliesslich an den Gesetzgeber, sondern stellt zugleich auch eine justiziable, direkt anwendbare Garantie dar. Letzteres setzt wiederum voraus, dass das Prinzip der Waffengleichheit zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft inhaltlich genügend konkretisierbar ist. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, was genau unter einem «substanziellen Nachteil» verstanden wird, welcher zu einer Verletzung des Waffengleichheitsprinzips führt.

D. SUBSTANZIELLER NACHTEIL DER BESCHULDIGTEN PERSON GEGENÜBER DER STAATSANWALTSCHAFT

Wenn die beschuldigte Person bei der Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte – sei es im Hinblick auf ihr Informations-, Anwesenheits- oder Mitwirkungsrecht – durch eine rechtsanwendende Behörde in unsachlicher Weise eingeschränkt wird, stellt dies in aller Regel eine substanzielle Benachteiligung und somit eine Verletzung des Waffengleichheitsprinzips dar.⁴⁸⁴ Unsachgemäss ist eine Einschränkung der Verteidigungsrechte dann, wenn sie nicht durch die berechtigten Interessen an einer wirksamen Strafverfolgung oder durch den Opferschutz abgedeckt ist.

483 Zum programmatischen Gehalt von Art. 6 Ziff. 1 EMRK siehe MÜLLER, EMRK, 385–388. Mit Bezug auf das Waffengleichheitsprinzip im Strafprozess: KOHLBACHER, 41–45; JUNG, 68; VERNIORY, Diss., 121.

484 Vgl. EGMR vom 23.09.2014, *Cevat Soysal v. Türkei*, Nr. 17362/03, §§ 67 f.; MÜLLER, Waffengleichheit, 1066 f.; VILLIGER, N 483; KOHLMANN, 314. In Bezug auf die Belehrung über die Sach- und Rechtslage siehe DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 34.

Allerdings ist nicht jede noch so kleine Benachteiligung gegenüber der Staatsanwaltschaft als ein substanzieller Nachteil der beschuldigten Person zu werten. Ein solcher setzt vielmehr eine Schlechterstellung der beschuldigten Person voraus, die eine gewisse Intensität und somit auch das Potenzial aufweist, die wirksame Wahrnehmung eines Verteidigungsrechts gemäss [Art. 6 EMRK](#) zu gefährden.⁴⁸⁵ So führt beispielsweise eine vorteilhaftere Sitzposition der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung grundsätzlich noch nicht zu einem substanziellen Nachteil der Verteidigung und stellt somit keine Verletzung des Waffengleichheitsprinzips dar.⁴⁸⁶

Die konkrete verfahrensrechtliche Ausgestaltung darf es der beschuldigten Person nicht verunmöglichen, von ihren Verteidigungsrechten in wirksamer Weise Gebrauch zu machen.⁴⁸⁷ Nach der Rechtsprechung des EGMR,⁴⁸⁸ die vom Bundesgericht übernommen wurde,⁴⁸⁹ ist es für die Annahme einer Verletzung des Waffengleichheitsprinzips nicht nötig, dass die beschuldigte Person im konkreten Einzelfall nachweist, dass sich die Gefahr der Beeinträchtigung eines bestimmten Verteidigungsrechts auch tatsächlich verwirklicht hat. Im Ergebnis würde dies einer abstrakten Normenkontrolle durch den EGMR gleichkommen, weshalb dieser Ansatz abzulehnen ist.⁴⁹⁰ Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass sich ein substanzieller Nachteil insbesondere daraus ergeben kann, dass ein Verteidigungsrecht von [Art. 6 EMRK](#) infolge der Verfahrensausgestaltung nicht angemessen wahrgenommen wer-

485 Vgl. EGMR vom 21.09.1993, *Kremzow v. Österreich*, Nr. 12350/86, § 75 (*e contrario*); FEDOROVA, 39.

486 EGMR vom 31.05.2012, *Diriöz v. Türkei*, Nr. 38560/04, § 25 mit Hinweis auf EGMR vom 21.06.2011, *Carballo und Piñero v. Portugal* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 31237/09 und EGMR vom 09.12.2003, *Chalmont v. Frankreich* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 72531/01 m.w.H.

487 EGMR vom 27.03.2014, *Matytsina v. Russland*, Nr. 58428/10, § 187: «The rules on taking evidence and producing it at the trial should not make it impossible for the defence to exercise the rights guaranteed by Article 6 of the Convention».

488 EGMR vom 04.12.2014, *Lonić v. Kroatien*, Nr. 8067/12, §§ 83–86; EGMR vom 31.01.2002, *Lanz v. Österreich*, Nr. 24430/94, § 58; EGMR vom 17.01.2002, *Josef Fischer v. Österreich*, Nr. 33382/96, § 19.

489 BGer, Urteil vom 03.09.2015, [6B_1021/2014](#), E. 5.2 mit Hinweis auf [BGE 137 V 210](#), E. 2.1.2.1: «Die Waffengleichheit ist als formales Prinzip schon dann verletzt, wenn eine Partei bevorteilt wird; es ist nicht notwendig, dass die Gegenpartei dadurch tatsächlich einen Nachteil erleidet». So auch BGer, Urteil vom 27.08.2013, [1B_224/2013](#), E. 2.3 m.w.H. A.M. noch [BGE 116 Ia 305](#), E. 4c.

490 Dies ist nicht die Aufgabe des EGMR, siehe EGMR vom 04.04.2018, *Correia de Matos v. Portugal* (GK), Nr. 56402/12, § 115 mit Verweisen.

den konnte. Dahinter steht die Annahme, dass die Beweiswürdigung anders ausgefallen wäre, wenn das Prinzip der Waffengleichheit beachtet worden wäre. Der Nachweis der negativen Beeinträchtigung der Beweiswürdigung durch ein Gericht dürfte allerdings nur schwerlich gelingen.⁴⁹¹ Vor diesem Hintergrund dürfen die Anforderungen an den Nachweis, inwiefern die geltend gemachte Verletzung des Waffengleichheitsprinzips sich *in concreto* im Verfahren ausgewirkt hat, nicht zu hoch ausfallen. Eine bloss theoretische Beeinträchtigung der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK reicht hierfür jedoch nicht aus. Es braucht zumindest konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall, dass die Ausgestaltung des Strafverfahrens die beschuldigte Person in der Wahrnehmung eines ihrer Verteidigungsrechte behindert und gegenüber der Staatsanwaltschaft benachteiligt hat.⁴⁹² Beim substantziellen Nachteil handelt es sich oftmals um systematische bzw. konzeptionelle Probleme der Ausgestaltung des Strafverfahrens im jeweiligen EMRK-Mitgliedsstaat.⁴⁹³

E. RELEVANZ DES WAFFENGLEICHHEITSPRINZIPI IM VORVERFAHREN NACH DER EMRK

Während des Vorverfahrens muss im Sinne des Prinzips der Waffengleichheit verfahrensrechtlich sichergestellt sein, dass die beschuldigte Person ihre

491 Vgl. KOHLBACHER, 38 f.

492 TRECHSEL, Human Rights, 99 «[...] some sort of detrimental effect on the defence will have to be shown». GOLLWITZER sieht den substantziellen Nachteil gegeben, wenn «tatsächlich eine ins Gewicht fallende Benachteiligung in den potentiellen Möglichkeiten der Verfahrensteilnahme eingetreten ist», siehe GOLLWITZER, Art. 6 N 63. A.M. VILLIGER, N 480: «[V]ielmehr komme es darauf an, [...] ob die Gegenpartei den Vorteil hätte ausnützen können»; vgl. auch EMRK Kommentar-PEUKERT, Art. 6 N 147; STAVROS, 53.

493 So zum Beispiel: Eine im Vergleich zur Staatsanwaltschaft gesetzlich beschränkte Berufungsmöglichkeit (EGMR vom 18.07.2017, *Özalp v. Türkei*, Nr. 48583/07 und 53717/07, § 29 mit Hinweis); im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft keine gesetzlich vorgesehene Anwesenheitspflicht an einer Berufungsverhandlung (EGMR vom 02.03.2017, *Palchik v. Ukraine*, Nr. 16980/06, §§ 31–33; EGMR vom 17.11.2016, *Loboda v. Ukraine*, Nr. 8865/06, § 50); gesetzlich vorgesehene Orientierung der Staatsanwaltschaft über die Berufungsverhandlung, währenddessen die Verteidigung nur auf Gesuch hin informiert wird (EGMR vom 02.07.2015, *Eftimov v. Mazedonien*, Nr. 59974/08, § 40 mit Verweisen); keine prozessuale Regelung, die sicherstellt, dass die Eingaben der Bundesanwaltschaft der Verteidigung vor Abschluss des Beweisverfahrens zur Kenntnis gebracht werden (EGMR vom 25.04.2013, *Zahirović v. Kroatien*, Nr. 58590/11, § 47; EGMR vom 04.12.2014, *Lonić v. Kroatien*, Nr. 8067/12, § 85).

«Verteidigungsrechte stets wirksam und ohne unfaire Benachteiligung gegenüber der Strafverfolgungsbehörde [...] ausüben [kann]». ⁴⁹⁴

Angesichts der übermächtigen Stellung der Staatsanwaltschaft besteht die Gefahr, dass allfällige Rechtsunsicherheiten im Gesetz oder in der Rechtsprechung zum Nachteil der beschuldigten Person ausgelegt werden. Um ihrer Rolle als Strafverfolgungsorgan gerecht zu werden, ist es jedoch unumgänglich, den Strafverfolgungsbehörden im Vorverfahren eine starke prozessuale Stellung einzuräumen. ⁴⁹⁵ Das Waffengleichheitsprinzip will diese Übermacht nicht infrage stellen, sondern bezweckt als Korrektiv eine wirksame Möglichkeit der beschuldigten Person zur Teilhabe im Strafverfahren. Den sachlogischen Unterschieden, die sich aus der jeweiligen Verfahrensrolle der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person ergeben, muss dabei Rechnung getragen werden. ⁴⁹⁶ In verfahrensrechtlicher Hinsicht muss allerdings sichergestellt sein, dass die konkrete Ausgestaltung des Vorverfahrens die beschuldigte Person bei der Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte nicht substantiell benachteiligt. In welchen Bereichen die institutionelle Ausgestaltung des Vorverfahrens zu einer substantiellen Benachteiligung der beschuldigten Person im Einzelfall führen *kann*, soll im Folgenden auf der Grundlage der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR analysiert werden.

I. Recht auf anwaltlichen Beistand

Die Unterregulierung des Vorverfahrens kann die beschuldigte Person in der Wahrnehmung ihres Rechts auf anwaltlichen Beistand in mannigfacher Weise gegenüber der Staatsanwaltschaft behindern und sie somit substantiell benachteiligen. Dies ist etwa der Fall, wenn die beschuldigte Person, weil sie sich der Tragweite des Rechts auf anwaltlichen Beistand nicht bewusst ist, nur verspätet davon Gebrauch macht oder sogar gänzlich vom Beizug eines Anwalts absieht. ⁴⁹⁷

494 VILLIGER, N 483.

495 Vgl. dazu [Botschaft StPO 2005](#), 1258.

496 SANDERMANN, 146; vgl. auch STAVROS, 54.

497 Der unterbliebene Beizug eines anwaltlichen Beistands führt nach Ansicht von AMBOS, 604: «zu einem irreparablen Ungleichgewicht zwischen Verfolgungsbehörde und Beschuldigtem [...]».

Grundsätzlich steht es der beschuldigten Person frei, in autonomer Art und Weise auf ihr Recht auf anwaltlichen Beistand bei der ersten Befragung seitens der Polizei oder der Staatsanwaltschaft zu verzichten. Dies setzt jedoch voraus, dass sie sich der prozessualen Konsequenzen ihres Handelns im Zeitpunkt des Verzichts bewusst ist.⁴⁹⁸ In Anbetracht der Bedeutung des Rechts auf anwaltlichen Beistand sind bei einem Verzicht besonders hohe Anforderungen hinsichtlich der Kenntnissnahme der prozessualen Folgen der Verzichtshandlung zu stellen.⁴⁹⁹ Aus diesem Grund muss verfahrensrechtlich sichergestellt sein, dass die beschuldigte Person über den genauen Inhalt des Rechts auf einen «Anwalt der ersten Stunde» und die damit verbundenen Abläufe sowie die Bedeutung der ersten Aussagen im Strafverfahren aufgeklärt wird. Erst dadurch ist die beschuldigte Person in der Lage, rechtsgültig und im vollen Bewusstsein der Konsequenzen auf einen anwaltlichen Beistand zu verzichten.

Insbesondere die korrekte Belehrung über das Recht auf eine unentgeltliche Verteidigung stellt die Praxis vor erhebliche Schwierigkeiten, weil sich die Anspruchsvoraussetzungen aus der einzelfallbezogenen Beurteilung des Tatvorwurfs und den individuellen und finanziellen Fähigkeiten der beschuldigten Person ergeben. Bei Personen, die nicht über genügende finanzielle Mittel verfügen, ist anwaltlicher Beistand im Interesse der Rechtspflege nach der Praxis des EGMR immer geboten, sobald eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden *könnte*.⁵⁰⁰ Neben der Art und Schwere der angedrohten Sanktion gilt es zu berücksichtigen, ob der Tatvorwurf in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten aufweist.⁵⁰¹ Die Beurteilung der Komplexität eines Tatvorwurfs hängt nicht zuletzt von den persönlichen Eigen-

498 Vgl. EGMR vom 22.05.2012, *Idalov v. Russland* (GK), Nr. 5826/03, § 173 mit Hinweis. Dies setzt unter anderem voraus, dass die beschuldigte Person weiss, was für ein Tatvorwurf ihr nach dem gegenwärtigen Stand des Verfahrens gemacht wird, siehe EGMR vom 10.11.2016, *Sitnevskiy und Chaykovskiy v. Ukraine*, Nr. 48016/06 und 7817/07, § 73.

499 EGMR vom 20.10.2015, *Dvorski v. Kroatien* (GK), Nr. 25703/11, § 101.

500 EGMR vom 10.06.1996, *Benham v. Vereinigtes Königreich* (GK), Nr. 19380/92, § 61; EGMR vom 19.02.2009, *Shabelnik v. Ukraine*, Nr. 16404/03, § 58; EGMR vom 16.10.2012, *Tsonyo Tsonev v. Bulgarien* (Nr. 3), Nr. 21124/04, § 52; EGMR vom 06.11.2012, *Zdravko Stanev v. Bulgarien*, Nr. 32238/04, § 38. Es reicht aus, wenn eine Freiheitsstrafe nach nationalem Recht möglich ist, siehe EGMR vom 24.05.1991, *Quaranta v. Schweiz*, Nr. 12744/87, § 33. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts in BGE 143 I 164 stellt die abstrakte Strafan drohung nach der Rspr. des EGMR für sich allein ein hinreichendes Kriterium für die Einsetzung einer unentgeltlichen Verteidigung dar.

501 EGMR vom 25.09.1992, *Pham Hoang v. Frankreich*, Nr. 13191/87, § 40; VILLIGER, N 520.

schaften der beschuldigten Person ab.⁵⁰² So kann unter Umständen ein Recht auf unentgeltliche Verteidigung auch ohne drohende Freiheitsstrafe bestehen, weil die Komplexität des Anklagevorwurfs und die persönlichen Umstände der beschuldigten Person dies erfordern.⁵⁰³

Bei der Belehrung der beschuldigten Person gilt es zu beachten, dass [Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK](#) keine endgültige Kostenbefreiung garantiert.⁵⁰⁴ Ein Mitgliedsstaat kann daher die amtliche Verteidigung so gestalten, dass der Staat die Kosten der Verteidigung bei einer Verurteilung vorübergehend vorschiesst und erst nach Eintritt der Verjährung den Rückforderungsanspruch definitiv abschreibt. Verbessern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der verurteilten Person in der Zwischenzeit, ist es möglich, den vorgeschossenen Betrag zurückzufordern. Hierüber ist die beschuldigte Person aufzuklären, wobei indes zu verdeutlichen ist, dass ein allfälliger Rückforderungsanspruch an eine bestimmte Frist und an eine Verbesserung der finanziellen Verhältnisse gebunden ist. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Aussicht auf eine Rückzahlungspflicht abschreckend wirkt und die beschuldigte Person von der Geltendmachung ihres Rechts auf einen unentgeltlichen anwaltlichen Beistand abhält, obwohl ein Rechtsanspruch bestehen würde.⁵⁰⁵ Eine solche Verfahrensausgestaltung wäre mit dem Prinzip der Waffengleichheit unvereinbar.

In bestimmten Situationen schränkt der EGMR die Möglichkeit, auf einen anwaltlichen Beistand zu verzichten, stark ein, was im Ergebnis einer notwendigen Verteidigung gleichkommt. Neben fehlender persönlicher Reife können auch geistige Einschränkungen dazu führen, dass sich eine Person der Folgen eines Verzichts auf anwaltlichen Beistand nicht bewusst ist,⁵⁰⁶ weshalb

502 EGMR vom 06.11.2012, *Zdravko Stanev v. Bulgarien*, Nr. 32238/04, §§ 38 und 40. Die persönlichen Eigenschaften werden vor allem unter dem Aspekt betrachtet, inwiefern es der beschuldigten Person möglich ist, ihre Sichtweise zum Ausdruck zu bringen. Die Unkenntnis der Gerichtssprache oder die fehlende Vertrautheit mit dem Rechtssystem sind daher beachtlich, siehe EGMR vom 09.06.1998, *Twalib v. Griechenland*, Nr. 24294/94, § 53.

503 EGMR vom 04.01.2008, *Barsom und Varli v. Schweden* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 40766/06 und 40831/06.

504 Siehe EKMR vom 06.05.1982, *X. v. Deutschland* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 9365/81.

505 Siehe EGMR vom 17.02.2011, *Ognyan Asenov v. Bulgarien*, Nr. 38157/04, § 44 (*e contrario*).

506 EGMR vom 23.03.2016, *Blokhin v. Russland* (GK), Nr. 47152/06, § 203. In Bezug auf minderjährige beschuldigte Personen, vgl. EGMR vom 02.03.2010, *Adamkiewicz v. Polen*,

ihr ein aufgeklärter Verzicht nicht möglich ist.⁵⁰⁷ Es liegt im Ermessen der Mitgliedsstaaten, ob sie daneben in weiteren Situationen eine unverzichtbare Verteidigung vorsehen und somit über den von der EMRK verlangten Mindestrechtsschutz hinausgehen.⁵⁰⁸ Bei Rechtsunsicherheit bezüglich des Zeitpunkts der Sicherstellung einer unverzichtbaren Verteidigung kann es im Einzelfall zur verspäteten Einsetzung einer Verteidigung kommen, mit entsprechenden Nachteilen zulasten der beschuldigten Person.

Nicht zu vernachlässigen ist schliesslich die Tatsache, dass eine Verfahrensausgestaltung, in der die Gegenpartei über die Vergabe von künftigen amtlichen Mandaten entscheidet, den anwaltlichen Beistand in eine passive Verfahrensrolle drängen kann. Obwohl nicht jeder Fall eine konfrontative Auseinandersetzung mit den Strafverfolgungsbehörden erfordert, geht der EGMR von einem offensichtlichen Fehler aus, wenn der anwaltliche Beistand unerklärlicherweise passiv bleibt, obwohl die beschuldigte Person die Anklage bestreitet und die erhobenen Beweise infrage stellt.⁵⁰⁹ Eine solche Situation erfordert zumindest nähere Abklärungen, wie es zu diesem widersprüchlichen Verhalten gekommen ist,⁵¹⁰ denn die beschuldigte Person hat ein Recht auf eine sachkundige und engagierte Verteidigung, welche ihre Interessen wahr-

Nr. 54729/00, § 70; EGMR vom 16.12.1999, *V. v. Vereinigtes Königreich (GK)*, Nr. 24888/94, § 86; EGMR vom 16.12.1999, *T. v. Vereinigtes Königreich (GK)*, Nr. 24724/94, § 84.

507 EGMR vom 11.12.2008, *Panovits v. Zypern*, Nr. 4268/04, § 68 *in fine*.

508 Siehe zum Ermessensspielraum EGMR vom 25.09.1992, *Croissant v. Deutschland*, Nr. 13611/88, § 27. Zu einem rechtsvergleichenden Überblick über die unterschiedliche Ausgestaltung des Instituts der notwendigen Verteidigung, siehe SUTTER, 301 ff. Kritisch zu diesem breiten Verständnis des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten, abw. M. der Richter PINTO DE ALBUQUERQUE und SAJÓ, in EGMR vom 04.04.2018, *Correia de Matos v. Portugal (GK)*, Nr. 56402/12, §§ 13–20. Falls ein Mitgliedsstaat eine weitergehende Regelung der notwendigen Verteidigung vornimmt, berücksichtigt dies der EGMR bei der Würdigung einer allfälligen Verletzung von Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK, vgl. etwa EGMR vom 17.03.2016, *Zaksheskiy v. Ukraine*, Nr. 7193/04, § 115.

509 Durch das passive Verhalten bestätigt der anwaltliche Beistand konkludent die Sichtweise der Staatsanwaltschaft, siehe EGMR vom 21.06.2016, *Vasenin v. Russland*, Nr. 48023/06, §§ 142 und 144.

510 Die Verfahrensleitung ist dann zur Intervention verpflichtet, wenn ein offensichtlicher Fehler begangen wurde und somit eine wirksame Verteidigung nicht mehr gewährleistet ist, siehe EGMR vom 19.12.1989, *Kamasinski v. Österreich*, Nr. 9783/82, § 65. Diese Interventionspflicht gilt auch im Falle einer erbetenen Verteidigung, vgl. TRECHSEL, *Human Rights*, 286 f. m.w.H. auf die Rspr. Ein solch offensichtlicher Fehler kann auch im Unterlassen einer sich aufdrängenden Verfahrensrüge erblickt werden, siehe BGer, Urteil vom 26.10.2015, 1B_297/2015, E. 2.6.

nimmt.⁵¹¹ Den Staat trifft in dieser Hinsicht eine positive Schutzpflicht, das Strafverfahren derart auszugestalten, dass eine konfrontative Ausübung der Verteidigungsrechte möglich ist, ohne dass dem anwaltlichen Beistand bei der künftigen Vergabe von Fällen ein Nachteil droht.

II. Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf

Die Pflicht zur Orientierung über den Tatvorwurf bindet die Strafbehörden und im besonderen Mass die Staatsanwaltschaft.⁵¹² Unter dem Aspekt der «Waffengleichheit» ist vor allem von Interesse, wie und zu welchem Verfahrenszeitpunkt eine Orientierung über den vorgeworfenen Sachverhalt und dessen rechtliche Qualifikation durch die Staatsanwaltschaft konkret erfolgen muss.

1. Umfang der Orientierung

Das Recht auf Orientierung bezieht sich auf eine bestimmte Handlung oder auf ein bestimmtes Unterlassen, das der betroffenen Person vorgeworfen wird.⁵¹³ Der vorgeworfene Sachverhalt muss der beschuldigten Person in tatsächlicher Hinsicht detailliert vorgehalten werden.⁵¹⁴ Wie präzise diese Angaben sein müssen, bestimmt sich anhand der Umstände des Einzelfalls.⁵¹⁵ Ein besonderes Augenmerk legt der EGMR darauf, ob der Tatvorwurf in Bezug auf die Örtlichkeit, den Zeitpunkt sowie die Beteiligungsrolle genügend bestimmt ausfällt.⁵¹⁶

-
- 511 Vgl. in diesem Kontext HASLER-MÜLLER, 61; OGer BE, Beschluss vom 07.02.2018, BK 2017 475, E. 7.1; KassGer ZH, Beschluss vom 01.06.2012, AC110010, E. III.5.4 sowie BGE 138 IV 161, E. 2.4.
- 512 Vgl. EGMR vom 25.07.2000, *Mattoccia v. Italien*, Nr. 23969/94, § 65. Diese Informationspflicht ist insofern relativiert, als die beschuldigte Person nachweisen muss, dass eine mangelhafte Orientierung einen negativen Einfluss hatte, vgl. TRECHSEL, Verteidigungsrechte, 344 f.; MÜLLER-HASLER, 95.
- 513 Vgl. EGMR vom 08.10.2013, *Haxhia v. Albanien*, Nr. 29861/03, § 127.
- 514 EGMR vom 25.03.1999, *Pélissier und Sassi v. Frankreich* (GK), Nr. 25444/94, § 51. Der Gerichtshof erachtet eine umfassende und präzise Orientierung über den vorgeworfenen Sachverhalt als essenzielle Voraussetzung eines fairen Verfahrens, siehe EGMR vom 07.02.2006, *Pertti Antti Tapio Virolainen v. Finnland* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 29172/02.
- 515 EGMR vom 25.07.2000, *Mattoccia v. Italien*, Nr. 23969/94, § 61; MÜLLER-HASLER, 95 *in fine*.
- 516 EGMR vom 19.12.1989, *Brožicek v. Italien*, Nr. 10964/84, § 42; EGMR vom 23.09.1998, *Steel u.a. v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 24838/94, §§ 22 und 87. Dies zumindest, wenn das vorgeworfene Delikt auf einer gefestigten Rspr. beruht, siehe ESSER, 438. Doch gilt es zu

Überdies muss die beschuldigte Person über die rechtliche Qualifikation des Tatvorwurfs aufgeklärt werden.⁵¹⁷ Verändert oder erweitert sich im Verlaufe des Vorverfahrens der vorgeworfene Sachverhalt oder dessen rechtliche Qualifikation, ist dies der beschuldigten Person mitzuteilen.⁵¹⁸ Eine Änderung der rechtlichen Qualifikation im Verlaufe des Verfahrens ist dann mit der Konvention vereinbar, wenn dies für die Verteidigung voraussehbar war und die beschuldigte Person ausreichend Zeit hatte, sich gegen den neuen Tatvorwurf effektiv zur Wehr zu setzen.⁵¹⁹ Entscheidend ist, dass die Verteidigung aufgrund der Umstände mit einer veränderten rechtlichen Qualifikation rechnen musste.⁵²⁰

Wenn sich aus dem Gesetz oder der Rechtsprechung keine strikten Vorgaben hinsichtlich der Bestimmtheit des Tatvorwurfs ergeben, besteht die Gefahr, dass die Staatsanwaltschaft den Tatvorwurf möglichst offen formuliert, um in der rechtlichen Würdigung des vorgeworfenen Verhaltens nicht eingeschränkt zu sein. Erfahrungsgemäss ist es für die Verteidigung jedoch sehr schwierig, sich im Vorverfahren gegen einen bloss abstrakten Tatvorwurf effektiv zur Wehr zu setzen. Der substanzielle Nachteil der Verteidigung ist darin zu sehen, dass die beschuldigte Person mangels Kenntnis des genauen Tatvorwurfs nicht aktiv von ihren Verteidigungsrechten Gebrauch machen kann und

berücksichtigen, dass in Fällen, in denen sich einzelne Tatvorwürfe über einen längeren Zeitraum erstrecken, selbst die örtliche und zeitliche Bestimmung des vorgeworfenen Sachverhalts Schwierigkeiten bereiten dürfte, vgl. TRECHSEL, Human Rights, 201.

⁵¹⁷ EGMR vom 18.03.2014, *Szabo u.a. v. Rumänien*, Nr. 8193/06, § 49 m.w.H. In der deutschen Übersetzung der EMRK und des IPBPR wird dafür der etwas missverständliche Begriff der «Art» der erhobenen Beschuldigungen verwendet, siehe Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK; Art. 14 Abs. 3 lit. a IPBPR.

⁵¹⁸ EGMR vom 25.07.2000, *Mattoccia v. Italien*, Nr. 23969/94, § 61 (Tatvorwurf); EGMR vom 18.03.2014, *Szabo u.a. v. Rumänien*, Nr. 8193/06, §§ 50–52 (rechtliche Qualifikation).

⁵¹⁹ GRABENWARTER/PABEL, 532; zur Voraussehbarkeit der veränderten rechtlichen Qualifikation siehe EGMR vom 08.10.2013, *Mulosmani v. Albanien*, Nr. 29864/03, § 133.

⁵²⁰ Zum Beispiel aufgrund der staatsanwaltschaftlichen Eingaben vor Gericht, siehe EGMR vom 08.10.2013, *Mulosmani v. Albanien*, Nr. 29864/03, § 133. Oder indem sich die Verteidigung zur fehlenden rechtlichen Qualifikation äussert, vgl. EKMR vom 28.02.1996, *Rabenseifner v. Österreich* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 24154/94. Ein Gericht ist unter Umständen dazu verpflichtet, die Verteidigung vorab über ihre einstweilige rechtliche Würdigung zu informieren. Das wäre der Fall, wenn die Staatsanwaltschaft nicht auf die relevante rechtliche Würdigung eingeht und die Verteidigung mit der Heranziehung der unausgesprochen gebliebenen rechtlichen Würdigung nicht rechnen musste, vgl. EGMR vom 18.12.2003, *Skondrianos v. Griechenland*, Nr. 63000/00, 74291/01 und 74292/01, § 30 ff. Vgl. im schweizerischen Kontext Art. 344 StPO.

deshalb weder auf eine Verfahrenseinstellung hinwirken noch ein alternatives Tatgeschehen aufzeigen kann.

2. Zeitpunkt der Orientierung

Nach dem Wortlaut der EMRK muss jede angeklagte Person innerhalb einer möglichst kurzen Frist über die Art und den Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet werden.⁵²¹ Fraglich ist, ab wann diese Frist zu laufen beginnt. Nach der Rechtsprechung des EGMR beginnt die Frist zur Orientierung über den Tatvorwurf zu dem Zeitpunkt, ab dem die betroffene Person im Sinn der Konvention als «angeklagt» gilt.⁵²² Dies ist gemäss autonomer Auslegung der EMRK der Fall, sobald einer Person offiziell mitgeteilt wird, dass gegen sie ein Strafverfahren eröffnet worden ist.⁵²³ Im konventionsrechtlichen Sinne angeklagt ist eine Person auch dann, wenn sich aus einer Handlung der Strafverfolgungsbehörden implizit ergibt, dass ein Strafverfahren im Gange ist und die Person dadurch in ihrer Rechtsstellung wesentlich beeinträchtigt wird.⁵²⁴

Obwohl der Wortlaut der Konvention von einer möglichst kurzen Frist ausgeht, in der die betroffene Person über die Tatvorwürfe aufzuklären ist, konzentriert sich der EGMR auf die Frage, ob die beschuldigte Person angesichts des tatsächlichen Zeitpunkts der Information ausreichend Zeit hatte, um ihre Verteidigung wirksam vorzubereiten.⁵²⁵ Der EGMR lässt sogar eine detaillierte

521 Gem. Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK. Art. 14 Ziff. 3 lit. a EMRK fordert sogar eine unverzügliche Unterrichtung.

522 EGMR vom 08.12.1998, *Padin Gestoso v. Spanien* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 39519/98; EGMR vom 27.04.2006, *Casse v. Luxemburg*, Nr. 40327/02, § 71; EGMR vom 04.01.2012, *Gül v. Deutschland* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 57249/09; EGMR vom 10.12.2013, *Junior v. Deutschland*, Nr. 53792/09 und 11320/13, §§ 47 f.

523 Eine solche offizielle Mitteilung erfolgt häufig im Rahmen der Festnahme, vgl. EGMR vom 18.01.2007, *Šubinski v. Slowenien*, Nr. 19611/04, § 62 m.w.H.

524 EGMR vom 27.02.1980, *Deweer v. Belgien*, Nr. 6903/75, §§ 42 und 46; EGMR vom 15.07.1982, *Eckle v. Deutschland*, Nr. 8130/78, § 73; GOLLWITZER, Art. 6 N 38 f. m.w.H. auf die Rspr. Wesentliches Kriterium ist, ob die beschuldigte Person durch die Handlung der Strafverfolgungsbehörden in ihrer Rechtsstellung betroffen ist. So zum Beispiel bei der Hausdurchsuchung oder einem Antrag auf Aufhebung der Immunität, siehe GRABENWARTER/PABEL, 482 f. m.w.H. Diese Rspr. ist Ausdruck davon, dass die Garantien der EMRK nicht bloss scheinbar, sondern effektiv verbürgt werden müssen, vgl. etwa EGMR vom 21.04.2009, *Martinen v. Finnland*, Nr. 19235/03, §§ 62 und 64.

525 Vgl. EGMR *Uche v. Schweiz*, EGMR vom 17.04.2018, Nr. 12211/09, § 29; EGMR vom 21.12.2006, *Borisova v. Bulgarien*, Nr. 56891/00, §§ 41–45; EGMR vom 20.04.2006, *L.H. u.a. v. Österreich*, Nr. 42780/98, §§ 33 f. Dazu schon TRECHSEL, Verteidigungsrechte, 347: «Die

Orientierung im Rahmen der ersten oder zweiten Instanz genügen,⁵²⁶ vorausgesetzt, dass der beschuldigten Person dennoch genügend Zeit bleibt, ihre Verteidigung effektiv vorzubereiten. Weniger Spielraum besteht bei festgenommenen Personen, die ein Recht haben, unverzüglich, also anlässlich oder unmittelbar nach der Festnahme, über die Gründe aufgeklärt zu werden.⁵²⁷

Im Schrifttum wird zuweilen vertreten, dass die beschuldigte Person gemäss [Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK](#) bereits im Vorverfahren ein Recht darauf habe, über die Tatvorwürfe aufgeklärt zu werden.⁵²⁸ Dieser Auffassung ist, zumindest was die Schweiz betrifft, zu folgen. Das Recht auf Orientierung über die Tatvorwürfe soll unter anderem eine effektive Wahrnehmung der Verteidigungsrechte gewährleisten. Die Kenntnis des Tatvorwurfs ist vor allem von Bedeutung, wenn sich die Verteidigung für die Geltendmachung entlastender Beweise einsetzen und auf die Beweiserhebung aktiv einwirken will. In einem Rechtssystem, in dem Beweise schwerpunktmässig im Vorverfahren erhoben und diskutiert werden, ist es für eine wirksame Verteidigung unabdingbar, den konkreten Tatvorwurf zu kennen. Insbesondere das Erfordernis, dass die Verfahrensgarantien in [Art. 6 EMRK](#) nicht rein theoretischer oder illusorischer Natur sein dürfen,⁵²⁹ spricht für die Anwendung von [Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK](#) auf das Vorverfahren. Erfolgt die Erhebung der Beweise und die Auseinandersetzung mit denselben im Wesentlichen vor der Anklageerhebung, hat die betroffene Person nach hier vertretener Ansicht einen Anspruch auf Ori-

-
- Versuchung ist gross, das Problem quasi ‚von hinten‘ anzugehen und eine Mindestfrist vor Beginn oder Schluss der Hauptverhandlung vorzusehen». Dadurch instrumentalisieren man das Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf, siehe TRECHSEL, FS Hangartner, 384.
- 526 Zumindest in einer Instanz muss die Verteidigung die Möglichkeit erhalten, sich mit dem Tatvorwurf und dessen korrekter rechtlicher Würdigung effektiv auseinanderzusetzen, siehe EGMR vom 20.04.2006, *I.H. u.a. v. Österreich*, Nr. 42780/98, § 37.
- 527 Gem. [Art. 5 Ziff. 2 EMRK](#) sowie [Art. 9 Abs. 2 IPBPR](#). Die Unterrichtung der festgenommenen Personen muss jedoch nicht auf alle Einzelheiten der vorgeworfenen Tatumstände eingehen, vgl. VILLIGER, N 350; ZUBERBÜHLER, 100; TRECHSEL, Verteidigungsrechte, 345. Die Dichte der Information muss es jedoch ermöglichen, sich gegen eine ungerechtfertigte Festnahme zur Wehr zu setzen, siehe SCHUBARTH, Artikel 5 und 6, 481. Die Vorgaben zur Orientierung über den Tatvorwurf gem. [Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK](#) sind höher als bei [Art. 5 Ziff. 2 EMRK](#), EMRK Kommentar-PEUKERT, Art. 6 N 282.
- 528 Vgl. etwa VILLIGER, N 506; MÜLLER/SCHEFER, 991 f. *in fine*. Die Kommission hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1989 die Frage, ob [Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK](#) auch im Vorverfahren gilt, explizit offengelassen, siehe EKMR vom 17.12.1989, *X. v. Niederlande* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 8361/78.
- 529 EGMR vom 21.04.2009, *Martinen v. Finnland*, Nr. 19235/03, § 64.

tierung über den Tatvorwurf, sobald sie in ihrer Rechtsstellung betroffen ist und somit Kenntnis davon hat, dass gegen sie ein Strafverfahren eröffnet wurde.⁵³⁰ Andernfalls besteht angesichts der beschränkten Geltung des Unmittelbarkeitsprinzips die Gefahr, dass die Staatsanwaltschaft insofern Fakten schaffen kann, als sie ihre gegenüber der Verteidigung nicht offengelegten Anklagethese beweisfällig untermauert und es der Verteidigung de facto verunmöglicht, zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt im Rahmen der Strafuntersuchung ein alternatives Tatgeschehen geltend zu machen. Aus diesem Grund vermögen allfällige gesetzliche Unklarheiten hinsichtlich des Zeitpunkts der Orientierung über den konkreten Tatvorwurf die beschuldigte Person gegenüber der Staatsanwaltschaft substantiell zu benachteiligen.

III. Akteneinsichtsrecht

Damit die beschuldigte Person im Sinne von [Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK](#) «ausreichende Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung» erhält, muss sichergestellt sein, dass ihr alle wesentlichen Verfahrensvorgänge und Beweiserhebungen im Vorverfahren zur Kenntnis gebracht werden.⁵³¹ Insofern ist die Staatsanwaltschaft dazu verpflichtet, alle *wesentlichen* Beweisergebnisse dem Gericht und der Verteidigung offenzulegen.⁵³²

⁵³⁰ A.M. TRECHSEL, Human Rights, 196–200 und DERS., FS Hangartner, 368–378, der davon ausgeht, dass [Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK](#) erst bei der förmlichen Anklageerhebung gelte. Das Hauptargument, wonach [Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK](#) im Lichte von [Art. 5 Ziff. 2 EMRK](#) redundant erscheine, vermag nicht gänzlich zu überzeugen. Zum einen lässt diese Argumentation die Orientierungspflicht bei Personen, die nicht festgenommen wurden, unbeachtet. Zum anderen statuiert [Art. 5 Ziff. 2 EMRK](#) keine derart weitgehende Informationspflicht, sondern bezieht sich explizit nur auf die Gründe der Festnahme.

⁵³¹ Vgl. EGMR vom 17.05.2016, *Nekrasov v. Russland*, Nr. 8049/07, § 112; EKMR vom 15.01.1997, *C.G.P. v. Niederlande* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 29835/96.

⁵³² EGMR vom 15.09.2016, *Simon Price v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 15602/07, § 100; EGMR vom 16.02.2000, *Rowe und Davis v. Vereinigtes Königreich* (GK), Nr. 28901/95, § 60. Das Recht auf Kenntnisnahme der wesentlichen Akten gilt unabhängig davon, ob ein Beweis von einer Strafverfolgungsbehörde oder einer unparteiischen Behörde erhoben wurde. Ausschlaggebend muss sein, ob das entsprechende Beweisergebnis einen Einfluss auf die Entscheidungsfindung haben kann, siehe EGMR vom 07.06.2001, *Kress v. Frankreich* (GK), Nr. 39594/98, §§ 72 und 74 m.w.H.; EGMR vom 02.07.2015, *Eftimov v. Mazedonien*, Nr. 59974/08, § 38; JACKSON, *Modern Law Review* 2005, 751 f.

Wesentlich sind sämtliche Umstände, die den Tatvorwurf erhärten oder entkräften können.⁵³³ Dazu zählen insbesondere auch behördlich bekannte Umstände, welche die beschuldigte Person entlasten oder einen Einfluss auf die Strafzumessung haben können.⁵³⁴ So kann es für die Verteidigung durchaus von Interesse sein, wenn eine Beweisabnahme ergebnislos verlief⁵³⁵ oder gar Hinweise auf eine andere Täterschaft lieferte. Wesentlich ist für die Verteidigung überdies, wie ein Beweis erhoben wurde, denn die Art und Weise der Beweiserhebung kann unter Umständen einen Einfluss auf die Würdigung des entsprechenden Beweises haben.⁵³⁶ Grundsätzlich muss es der Verteidigung möglich sein, zu erfahren, wie ein Beweis produziert wurde.

1. Einschränkung der Akteneinsicht

Das Recht, in die entscheidenden Umstandsabklärungen und Beweisergebnisse Einsicht zu nehmen, gilt jedoch nicht absolut.⁵³⁷ In einigen Fällen ist es notwendig, der Verteidigung bestimmte Beweisstücke vorzuenthalten, um fundamentale Interessen einer Privatperson oder des Staates zu schützen.⁵³⁸ Darunter fällt zum Beispiel das Interesse an der Wahrung der nationalen Sicherheit, der Schutz von Zeugen oder ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse bezüglich der konkreten Durchführung polizeilicher Ermittlungsme-

533 Vgl. EGMR vom 27.03.2014, *Matytsina v. Russland*, Nr. 58428/10, § 201; EGMR vom 16.12.1992, *Edwards v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 13071/87, § 36. Dies umfasst alle behördlich bekannten Umstände, welche einen Einfluss auf die Beurteilung der Tat, Schuld oder Strafe haben können, siehe BSK StPO I-VEST/HORBER, Art. 107 N 16. Die äusseren Umstände des subjektiven Tatbestands betonend, EMRK Kommentar-PEUKERT, Art. 6 N 290.

534 EGMR vom 08.12.2009, *Janatuinen v. Finnland*, Nr. 28552/05, § 45 mit Hinweis. Die Unterscheidung, ob ein Beweismittel den Tatvorwurf erhärtet oder entkräftet, ist schwierig, weil ein Beweismittel oftmals be- und entlastende Elemente enthält, vgl. TRECHSEL, Human Rights, 229.

535 Zum Beispiel verschwiegen die Strafverfolgungsbehörden dem Gericht und der Verteidigung einerseits die ergebnislose Durchführung einer Fotokonfrontation mit dem Raubopfer und andererseits den erfolglosen Abgleich mittels Fingerabdrucks. Insbesondere wurde nicht offengelegt, dass zwei Fingerabdrücke sichergestellt wurden, die weder der beschuldigten noch der mitbeschuldigten Person zugewiesen werden konnten, siehe EGMR vom 16.12.1992, *Edwards v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 13071/87, §§ 11 f.

536 EGMR vom 18.03.2014, *Beraru v. Rumänien*, Nr. 40107/04, § 75; EGMR vom 10.03.2009, *Bykov v. Russland* (GK), Nr. 4378/02, § 90.

537 EGMR vom 18.05.2010, *Kennedy v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 26839/05, § 187.

538 EGMR vom 16.02.2000, *Rowe und Davis v. Vereinigtes Königreich* (GK), Nr. 28901/95, § 60.

thoden.⁵³⁹ Es muss indes sichergestellt sein, dass sämtliche entlastenden Umstände, die den Strafverfolgungsbehörden bekannt sind, der Verteidigung offengelegt werden, sofern keine berechtigten Interessen an einer Geheimhaltung bestehen.⁵⁴⁰

Eine Einschränkung der Akteneinsicht ist heikel und erfordert immer eine einzelfallbezogene Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips.⁵⁴¹ Allfällige Schutzmassnahmen, welche die Wahrnehmung der Parteirechte behindern, müssen sich auf das unbedingt Notwendige beschränken und im Laufe des Strafverfahrens hinreichend kompensiert werden.⁵⁴²

Ein besonderes Augenmerk legt der EGMR darauf, ob bei einer Einschränkung der Einsichtnahme in entscheidungswesentliches Beweismaterial dem Prinzip der Waffengleichheit Genüge getan wurde.⁵⁴³ So darf die Staatsanwaltschaft den Entscheid zur Einschränkung der Einsichtnahme in bestimmte Beweisstücke nicht unilateral treffen, ohne die Verteidigung über die Gründe zu informieren.⁵⁴⁴ Andernfalls besteht aufgrund der verfahrensbeherrschenden Stellung der Strafverfolgungsbehörden das Risiko, dass die Verteidigung gar nicht erst von entlastenden Umständen oder Beweisergebnissen Kenntnis erhält.⁵⁴⁵ Dies würde die Verteidigung gegenüber der Staatsanwaltschaft substanziell benachteiligen, könnte sie doch ihren Standpunkt nicht auf aktenmässig belegte Umstände stützen.

539 EGMR vom 16.02.2000, *Jasper v. Vereinigtes Königreich* (GK), Nr. 27052/95, § 52.

540 EGMR vom 27.03.2014, *Matysina v. Russland*, Nr. 58428/10, § 201. Es reicht nicht aus, wenn die entlastenden Umstände lediglich dem Gericht weitergeleitet werden, siehe EGMR vom 15.01.2009, *Sharomov v. Russland*, Nr. 8927/02, § 44. Andernfalls ist Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK verletzt, siehe EGMR vom 31.03.2009, *Natunen v. Finnland*, Nr. 21022/04, § 43; EKMR vom 15.01.1997, *C.G.P. v. Niederlande* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 29835/96.

541 TRECHSEL, Akteneinsicht, 997.

542 EGMR vom 23.09.2014, *Cevat Soysal v. Türkei*, Nr. 17362/03, § 65; EGMR vom 06.07.2010, *Užukauskas v. Litauen*, Nr. 16965/04, § 46.

543 Vgl. EGMR vom 06.03.2012, *Leas v. Estland*, Nr. 59577/08, § 79; EGMR vom 16.02.2000, *Fitt v. Vereinigtes Königreich* (GK), Nr. 29777/96, § 46.

544 EGMR vom 06.03.2012, *Leas v. Estland*, Nr. 59577/08, §§ 85 und 88.

545 Es ist Sache der Verteidigung zu entscheiden, ob und wie sie ein Beweismittel zur Geltendmachung ihrer Position verwenden möchte, vgl. EGMR vom 09.10.2008, *Moiseyev v. Russland*, Nr. 62936/00, § 220; EKMR vom 12.07.1984, *Can v. Österreich* (Bericht), Nr. 9300/81, § 53. Siehe dazu auch GRABENWARTER/PABEL, 508 mit Verweisen.

Eine Möglichkeit zur angemessenen Wahrung der Interessen der beschuldigten Person liegt in der richterlichen Kontrolle über Einschränkungen der Akteneinsicht.⁵⁴⁶ Zumindest wenn der begründete Verdacht besteht, dass der Verteidigung entlastende Umstände vorenthalten worden sind, muss eine richterliche Kontrolle der Sachlage möglich sein.⁵⁴⁷ Der Umstand, dass die Strafverfolgungsbehörden bei der Offenlegung gesetzlich dazu verpflichtet sind, sowohl die belastenden als auch die entlastenden Umstände aktenkundig zu machen, vermag eine richterliche Kontrolle nicht zu ersetzen.⁵⁴⁸

2. Zeitpunkt der Akteneinsicht

Entscheidend ist, *wann* die Verteidigung Einsicht in die Akten nehmen kann. Die Einsichtnahme in die Akten darf nicht ohne sachlichen Grund hinausgezögert werden.⁵⁴⁹ Wenn der Zeitpunkt im Ermessen der Staatsanwaltschaft liegt, besteht das Risiko, dass die Akteneinsicht so lange wie möglich hinausgezögert wird, um die Anklagehypothese ohne Zutun der Verteidigung mittels Beweiserhebungen zu festigen. Nicht zuletzt im Lichte der antizipierten Beweiswürdigung steht zu befürchten, dass die beweismässige Überprüfung der Entlastungsperspektive in einem solchen Fall nicht mehr mit der gebotenen Ergebnisoffenheit vorgenommen wird, wodurch der beschuldigten Person ein substantieller Nachteil entsteht.

Nach dem Wortlaut der Konvention hat jede Person, die konventionsrechtlich «angeklagt» ist,⁵⁵⁰ das Recht auf eine ausreichende Gelegenheit zur Vorbe-

546 Zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist eine richterliche Kontrolle der Einschränkung der Akteneinsicht besonders wichtig, siehe EGMR vom 06.03.2012, *Leas v. Estland*, Nr. 59577/08, § 88.

547 EGMR vom 31.03.2009, *Natunen v. Finnland*, Nr. 21022/04, §§ 43 und 46; EGMR vom 08.12.2009, *Janatuinen v. Finnland*; Nr. 28552/05, § 45; EGMR vom 24.02.1994, *Bendenoun v. Frankreich*, Nr. 12547/86, § 52. Die Verteidigung muss jedoch zumindest glaubhaft machen, dass ihr Beweise vorenthalten wurden, welche die beschuldigte Person entlasten könnten, vgl. EGMR vom 15.09.2016, *Simon Price v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 15602/07, § 102 (ablehnend).

548 Vgl. EGMR vom 31.03.2009, *Natunen v. Finnland*, Nr. 21022/04, § 47.

549 Vgl. TRECHSEL, Verteidigungsrechte, 348 mit Hinweis. Insofern trifft es zu, wenn ausgeführt wird, dass es einen uneinholbaren Informationsrückstand der Verteidigung zu verhindern gelte, siehe AMBOS, 598.

550 Im Sinne der Konvention gilt eine Person als angeklagt, wenn ihr mitgeteilt wird, dass gegen sie ein Strafverfahren eröffnet wurde, oder aus den Handlungen der Strafverfolgungsbehörden hervorgeht, dass ein Strafverfahren läuft und die beschuldigte Person in ihrer Rechtsstellung betroffen ist, siehe vorstehend Fn. 523 und 524.

reitung der Verteidigung, worunter auch das Recht auf Akteneinsicht fällt.⁵⁵¹ Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass das Recht auf Akteneinsicht besteht, sobald die beschuldigte Person in ihrer Rechtsstellung substantiell betroffen ist, also unter anderem dann, wenn die Polizei die beschuldigte Person erstmals befragt.⁵⁵² Das Hauptaugenmerk des EGMR bei der Gewährung von Verteidigungsrechten unter [Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK](#) liegt jedoch vielmehr darauf, ob es der beschuldigten Person möglich war, ihre Verteidigung im Hinblick auf die Hauptverhandlung vorzubereiten.⁵⁵³

Der EGMR anerkennt, dass der Akteneinsicht zu Verfahrensbeginn öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen können.⁵⁵⁴ Auch die Sicherheit von Zeugen kann es erfordern, der Verteidigung nicht bereits zu Verfahrensbeginn vollständige Einsicht in die Akten zu gewähren.⁵⁵⁵ Überdies besteht gerade zu Beginn des Verfahrens eine erhöhte Gefahr, dass die beschuldigte Person die Akteneinsicht missbrauchen könnte, um die Ermittlung des relevanten Sachverhalts zu behindern oder gar zu vereiteln.⁵⁵⁶ Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, die Akteneinsicht in zeitlicher Hinsicht so lange hinauszuzögern, bis abgeklärt ist, ob ein berechtigtes Interesse an einer Einschränkung der Akteneinsicht besteht.

Die fehlende Akteneinsicht zu Verfahrensbeginn darf es der Verteidigung jedenfalls nicht verunmöglichen, sich aktiv am Beweisverfahren zu beteiligen.⁵⁵⁷ Falls ein Strafverfahren derart ausgestaltet ist, dass die Beweiserhebungen schwerpunktmässig im Vorverfahren stattfinden, kann sich der Zeitpunkt der Akteneinsicht nicht mehr am Kriterium der Vorbereitungszeit auf die Hauptverhandlung bestimmen. Vielmehr muss die Verteidigung zu einem Verfahrenszeitpunkt Einsicht in die Akten nehmen können, der es ihr ermöglicht, im entscheidenden Stadium des Beweisverfahrens effektiv mitzuwirken. In *A.T. v. Luxemburg* hat der EGMR einen gangbaren Weg aufgezeigt, wie den gegenüberstehenden Interessen entsprochen werden kann: Der Ge-

551 AMBOS, 599 f.

552 Dies ist der Standpunkt von TRECHSEL, *Human Rights*, 234.

553 EGMR vom 10.07.2012, *Gregačević v. Kroatien*, Nr. 58331/09, § 51 m.w.H.

554 EGMR vom 09.04.2015, *A.T. v. Luxemburg*, Nr. 30460/13, § 79; EGMR vom 24.06.2010, *Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin v. Ukraine*, Nr. 1727/04, § 72.

555 Vgl. EGMR vom 06.12.2012, *Pesukic v. Schweiz*, Nr. 25088/07, §§ 46 f.

556 Vgl. EGMR vom 25.07.2013, *Khodorkovskiy und Lebedev v. Russland*, Nr. 11082/06 und 13772/05, § 641; ZUBERBÜHLER, 91.

557 Vgl. EGMR vom 24.06.2010, *Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin v. Ukraine*, Nr. 1727/04, § 72.

richtshof sah sowohl die Interessen der Strafverfolgung als auch jene der beschuldigten Person gewahrt, wenn die Akteneinsicht nach der ersten Einvernahme durch den luxemburgischen Untersuchungsrichter eingeräumt wird.⁵⁵⁸

3. Akteneinsicht im Haftprüfungsverfahren

Nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK hat jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen wurde, das Recht, die Rechtmässigkeit der Haft in einem gerichtlichen Verfahren prüfen zu lassen.⁵⁵⁹ In Anbetracht des drohenden Freiheitsentzugs und der damit einhergehenden Einschränkung der Bewegungsfreiheit muss das Haftprüfungsverfahren soweit wie möglich den grundlegenden Garantien eines fairen Verfahrens entsprechen.⁵⁶⁰ Dazu gehört auch das Recht auf Einsichtnahme in behördlich bekannte Informationen, die zur Überprüfung der Rechtmässigkeit der Haft wesentlich sein können.

Um die effiziente Durchführung von Strafuntersuchungen zu gewährleisten, kann es indes notwendig sein, bestimmte Informationen, die im Verlaufe der Untersuchung gewonnen wurden, geheim zu halten, damit die beschuldigte Person nicht störend auf das Beweisverfahren einwirken kann. Dies darf jedoch nicht auf Kosten der effektiven Wahrnehmung der Verteidigungsrechte gehen. Es muss sichergestellt sein, dass die Verteidigung von Informationen, die für die Beurteilung der Haft wesentlich sein können, in angemessener Weise Kenntnis nehmen kann.⁵⁶¹

Das Prinzip der Waffengleichheit ist verletzt, wenn die Staatsanwaltschaft von wesentlichen Haftakten Kenntnis hat, während die Verteidigung noch nicht einmal weiss, dass ihr die entsprechende Einsichtnahme verwehrt worden ist.⁵⁶² Insofern muss verfahrensrechtlich sichergestellt sein, dass die Verteidigung zumindest in einem solchen Umfang Einsicht in die Haftakten nehmen kann, dass es ihr möglich ist, das Vorliegen der Haftvoraussetzungen kon-

558 EGMR vom 09.04.2015, *A.T. v. Luxemburg*, Nr. 30460/13, §§ 79 und 81; vgl. dazu auch MEYER/WIĘCKOWSKA, 380 f.

559 Dieses Recht ist überdies in Art. 9 Ziff. 4 IPBPR verbrieft.

560 Gem. Art. 6 EMRK. Siehe EGMR vom 19.01.2016, *Albrechtas v. Litauen*, Nr. 1886/06, § 73; EGMR vom 13.02.2001, *Garcia Alva v. Deutschland*, Nr. 23541/94, § 39.

561 Vgl. EGMR vom 19.01.2016, *Albrechtas v. Litauen*, Nr. 1886/06, § 75; EGMR vom 26.11.2013, *Elimian-George Igna v. Rumänien*, Nr. 21249/05, § 27; EGMR vom 13.02.2001, *Lietzow v. Deutschland*, Nr. 24479/94, § 47.

562 EGMR vom 19.01.2016, *Albrechtas v. Litauen*, Nr. 1886/06, § 74; EGMR vom 09.07.2009, *Mooren v. Deutschland* (GK), Nr. 11364/03, § 124.

tradiktorisch zu bestreiten. Auch im Haftprüfungsverfahren gilt es mithin eine einseitige Zusammenstellung der Haftakten durch die Strafverfolgungsbehörden zu verhindern.

IV. Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen

Nach Auffassung des EGMR sollte die Konfrontation mit einem Belastungszeugen *idealerweise* in der Hauptverhandlung unter der Leitung desjenigen Gerichts erfolgen, das über den angeklagten Sachverhalt befindet.⁵⁶³ Dies ermöglicht es dem Gericht, die Aussagen und das nonverbale Verhalten des Belastungszeugen unmittelbar wahrzunehmen und sich ein eigenes Bild seiner Glaubwürdigkeit zu machen.⁵⁶⁴

Die systematische Konfrontation ausschliesslich im Vorverfahren ist aber dennoch nicht per se mit **Art. 6 Ziff. 1** und **Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK** inkompatibel – vorausgesetzt, die Verfahrensgarantien der EMRK werden im Vorverfahren hinreichend berücksichtigt,⁵⁶⁵ indem der Verteidigung eine angemessene Gelegenheit der Konfrontation geboten wird.⁵⁶⁶ Ist es der Verteidigung im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht mehr möglich, den Belastungszeugen zu konfrontieren, kommt der Art und Weise, wie eine Konfrontationseinvernahme im Vorverfahren durchgeführt wird, eine umso entscheidendere Bedeutung zu.⁵⁶⁷

Wenn das Recht auf Konfrontation mit einem Belastungszeugen nach dem Gesetz oder in der Praxis ausschliesslich im Vorverfahren gewährt wird, muss das Vorverfahren kontradiktorisch ausgestaltet sein. Dies setzt voraus, dass die Konfrontation, in der man sich mit den erhobenen Beweisen auseinander-

563 EGMR vom 06.12.2016, *Škaro v. Kroatien*, Nr. 6962/13, § 23; EGMR vom 18.03.2014, *Beraru v. Rumänien*, Nr. 40107/04, § 64; EGMR vom 02.12.2014, *Cutean v. Rumänien*, Nr. 53150/12, § 60; TRECHSEL, AJP 2000, 1368 f. Vgl. auch KRAUSBECK, 95–97.

564 EGMR vom 27.03.2014, *Matytsina v. Russland*, Nr. 58428/10, § 153; EGMR vom 23.10.2012, *Pichugin v. Russland*, Nr. 38623/03, § 199; EGMR vom 09.07.2002, *P.K. v. Finnland* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 37442/97.

565 EGMR vom 18.07.2013, *Vronchenko v. Estland*, Nr. 59632/09, § 55 und 65; EGMR vom 24.04.2012, *Damir Sibgatullin v. Russland*, Nr. 1413/05, § 51; EGMR vom 20.09.1993, *Saïdi v. Frankreich*, Nr. 14647/89, § 43 mit Hinweis; WOHLERS, Partizipatorisches Ermittlungsverfahren, 32.

566 EGMR vom 19.02.2013, *Gani v. Spanien*, Nr. 61800/08, § 38.

567 EGMR vom 15.12.2015, *Schatschaschwili v. Deutschland* (GK), Nr. 9154/10, § 156.

setzt, unter der Leitung einer unparteiischen Behörde steht. Unzureichend ist eine Konfrontation, wenn sie unter der Leitung einer Behörde steht, die, obwohl aufgrund ihrer Funktion der Anschein der Unparteilichkeit nicht gegeben ist, dennoch über die Kompetenz verfügt, ergänzende Fragen der Verteidigung abzublocken.⁵⁶⁸ Aus diesem Grund können die staatsanwaltschaftlichen Behörden bei objektiver Betrachtung ihrer Funktion nicht als unparteiisch gelten.⁵⁶⁹ Der EGMR hält sogar ausdrücklich fest, dass eine Konfrontation unter der Leitung der Staatsanwaltschaft die Verfahrensfairness nicht gewährleiste, weil die Staatsanwaltschaft hierbei eine Funktion wahrnehme, die einer richterlichen Behörde vorbehalten bleiben muss.⁵⁷⁰ Es ist insofern bezeichnend, dass der EGMR eine ausschliesslich im Vorverfahren durchgeführte Konfrontation nur dann als hinreichende Gelegenheit zur Überprüfung von belastenden Zeugenaussagen wertet, wenn nicht die Staatsanwaltschaft, sondern eine (untersuchungs-)richterliche Behörde die Konfrontation mit dem Belastungszeugen leitete.⁵⁷¹ Hingegen kann es bei der Abklärung von Sexualdelikten, insbesondere wenn Kinder betroffen sind, angesichts der Gefahr einer sekundären Viktimisierung gerechtfertigt sein, wenn speziell ausgebildete Polizisten die Konfrontationseinvernahme im Vorverfahren leiten.⁵⁷²

Weiter setzt eine hinreichende Konfrontationsmöglichkeit im Vorverfahren in aller Regel voraus, dass die beschuldigte Person dabei einen anwaltlichen Beistand beziehen kann;⁵⁷³ der Verteidigung müssen sowohl die Identität des Belastungszeugen als auch dessen bisherige Aussagen vorgängig bekannt ge-

568 EGMR vom 14.01.2010, *Melnikov v. Russland*, Nr. 23610/03, § 80; EGMR vom 13.03.2012, *Karpenko v. Russland*, Nr. 5605/04, § 69.

569 Vgl. zu diesem Erfordernis EGMR vom 21.01.2016, *Borg v. Malta*, Nr. 37537/13, § 83 m.w.H.

570 EGMR vom 24.04.2012, *Damir Sibgatullin v. Russland*, Nr. 1413/05, § 47.

571 EGMR vom 10.05.2012, *Aigner v. Österreich*, Nr. 28328/03, §§ 41, 43, 45; EGMR vom 19.02.2013, *Gani v. Spanien*, Nr. 61800/08, §§ 44, 48 f.; EGMR vom 17.04.2012, *Sarkizov u.a. v. Bulgarien*, Nr. 37981/06, 38022/06, 39122/06 und 44278/06, §§ 16–18, 58.

572 Vgl. EGMR vom 02.07.2002, *S.N. v. Schweden*, Nr. 34209/96, §§ 26, 47, 49, 53 f., kritisch Richter TÜRMEYER und MARUSTE in ihrer abw. M. Diese Rspr. wurde in der Folge bestätigt: EGMR vom 24.04.2007, *B. v. Finnland*, Nr. 17122/02, §§ 22, 44, 50; EGMR vom 10.01.2012, *A.G. v. Schweden* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 315/09; EGMR vom 02.04.2013, *D.T. v. Niederlande* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 25307/10, §§ 7, 25, 52.

573 Vgl. dazu EGMR vom 15.12.2015, *Schatschaschwili v. Deutschland* (GK), Nr. 9154/10, §§ 160, 162 und 165.

geben⁵⁷⁴ und genügend Zeit gewährt werden, um sich auf die Konfrontation vorzubereiten.⁵⁷⁵

Ein Verfahren, in dem die Verteidigung ihr Konfrontationsrecht nur im Vorverfahren unter der Leitung der Staatsanwaltschaft ausüben kann, trägt der strafverfolgenden Tätigkeit der Staatsanwaltschaft zu wenig Rechnung. Es ist evident, dass bei einer solchen Ausgestaltung des Verfahrens die Staatsanwaltschaft ihre beherrschende Stellung dazu nutzen kann, mehr oder weniger subtil auf den Belastungszeugen einzuwirken und das Fragerecht der Verteidigung in unsachlicher Weise einzuschränken.

V. Recht auf Erhebung des von der Verteidigung beantragten Zeugenbeweises

Die Verteidigung hat kein absolutes Recht auf Ladung und Einvernahme eines Entlastungszeugen.⁵⁷⁶ Der EGMR geht in zurückhaltender Interpretation der Konvention davon aus, dass Entlastungszeugen unter den gleichen Bedingungen geladen und einvernommen werden sollten wie die Zeugen der Staatsanwaltschaft.⁵⁷⁷ Dies darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Verteidigung ein Recht hätte, Zeugen in gleicher Anzahl vorzuladen wie die Staatsanwaltschaft.⁵⁷⁸ Vielmehr geht es darum, der Verteidigung eine im Ergebnis ähnliche Möglichkeit einzuräumen, Personen, von denen eine

574 Vgl. EGMR vom 02.04.2013, *Garofalo v. Schweiz* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 4380/09, § 56. Es sei denn, es bestehen gute Gründe, weshalb die Identität eines Belastungszeugen geheim gehalten werden muss, siehe EGMR vom 06.12.2012, *Pesukic v. Schweiz*, Nr. 25088/07, §§ 45–47.

575 EGMR vom 26.02.2013, *Papadakis v. Mazedonien*, Nr. 50254/07, § 94.

576 EGMR vom 28.06.2011, *Miminoshvili v. Russland*, Nr. 20197/03, § 129; PIETH, Beweisantrag, 207, 212; TRECHSEL, Verteidigungsrechte, 367 f.

577 EGMR vom 08.06.1976, *Engel u.a. v. Niederlande*, Nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 91; EGMR vom 22.04.1992, *Vidal v. Belgien*, Nr. 12351/86, § 33.

578 Illustrativ ist in diesem Zusammenhang EGMR vom 12.07.2007, *Jorgic v. Deutschland*, Nr. 74613/01, § 86. Darin wird festgehalten, dass die Ablehnung von 28 von der Verteidigung beantragten Zeugen und die gleichzeitige Ladung von sechs Zeugen, welche die Anklage stützen, nicht gegen die EMRK verstößt. Reziprok gilt jedoch auch, dass die Verteidigung nicht das Recht auf Ladung und Einvernahme eines Zeugen verliert, wenn die Staatsanwaltschaft keine Zeugen lädt und einvernimmt.

rechtserhebliche Aussage zu erwarten ist, behördlich laden und einvernehmen zu lassen.⁵⁷⁹

Ob und inwieweit ein beantragter Zeugenbeweis zu erheben ist, bestimmt sich grundsätzlich nach nationalem Recht.⁵⁸⁰ Folglich gewährt der EGMR den nationalen *Gerichten* der Mitgliedsstaaten einen grossen Ermessensspielraum bei der Beurteilung, inwieweit sie die Erhebung des beantragten Zeugenbeweises als notwendig bzw. erforderlich für die Sachverhaltserstellung erachten und dementsprechend zulassen.⁵⁸¹ Wenn der konkrete Tatvorwurf primär auf der Vermutung aufbaut, dass sich die beschuldigte Person zu einer gewissen Zeit an einer bestimmten Örtlichkeit aufgehalten hat, die Beweislage sich jedoch als unklar bzw. widersprüchlich erweist, besteht nach der Rechtsprechung des EGMR ein Recht darauf, mit rechtserheblichen Anträgen auf Ladung und Einvernahme eines Zeugen gehört zu werden.⁵⁸² Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich der Tatvorwurf lediglich auf subjektive Beweismittel, also auf Aussagen von Belastungszeugen, stützt.⁵⁸³ Aber auch bei Vorliegen objektiver Beweismittel kann ein Recht auf Ladung und Einvernahme eines Entlastungszeugen bestehen, sofern die Verteidigung glaubhaft machen kann, dass das Ergebnis der Beweismittelerhebung auf illegalem Weg zustande gekommen ist.⁵⁸⁴

579 GOLLWITZER, Art. 6 N 215.

580 EGMR vom 02.07.2002, *S.N. v. Schweden*, Nr. 34209/96, § 44; EGMR vom 07.07.1989, *Bricmont v. Belgien*, Nr. 10857/84, § 89. Vgl. dazu auch BGer, Urteil vom 05.02.2015, 6B.662/2014, E. 2.2.2.

581 EGMR vom 28.06.2011, *Miminoshvili v. Russland*, Nr. 20197/03, § 129 mit Hinweis auf EGMR vom 24.10.1989, *H. v. Frankreich*, Nr. 10073/82, §§ 60 f.

582 Vgl. EGMR vom 28.06.2011, *Miminoshvili v. Russland*, Nr. 20197/03, § 132. Vgl. auch EGMR vom 13.07.2006, *Popov v. Russland*, Nr. 26853/04, § 183; EGMR vom 29.01.2009, *Polyakov v. Russland*, Nr. 77018/01, § 36.

583 EGMR vom 29.01.2009, *Polyakov v. Russland*, Nr. 77018/01, § 36 (zurückgezogene Aussagen einer angeblichen Drogenabnehmerin); EGMR vom 13.07.2006, *Popov v. Russland*, Nr. 26853/04, §§ 184 ff. (Belastungszeugen mit eingeschränktem Hörvermögen); EGMR vom 14.02.2008, *Dorokhov v. Russland*, Nr. 66802/01, § 74 (verneinend, weil voneinander unabhängige Zeugen belastend ausgesagt hatten).

584 Die Verteidigung muss die Gelegenheit haben, mittels Zeugenbeweises die illegale Beweiserhebungsmethode nachzuweisen, vgl. im Zusammenhang mit einem Fingerabdruck, EGMR vom 24.04.2014, *Duško Ivanovski v. Mazedonien*, Nr. 10718/05, §§ 54 ff. Hinsichtlich des DNA-Beweises, siehe EGMR vom 17.10.2013, *Horvatić v. Kroatien*, Nr. 36044/09, §§ 84 ff.

Die vorstehende Rechtsprechung verdeutlicht, dass sich – entgegen den Beteuerungen des EGMR, keine vierte Beweismittelinstanz sein zu wollen – in letzter Zeit eine Tendenz abzeichnet, der Verteidigung jedenfalls dann ein Recht auf Ladung und Einvernahme von Zeugen zuzugestehen, wenn sich der Tatvorwurf auf einen bestimmten Zeitpunkt und Ort bezieht *und* die Beweislage zum Zeitpunkt des Antrags unklar ist. In solchen Konstellationen muss es der Verteidigung verfahrensrechtlich erlaubt sein, mit Personen, die zumindest potenziell Rechtserhebliches beitragen können und somit als Entlastungszeugen in Betracht kommen, privat in Kontakt zu treten.⁵⁸⁵ Die Möglichkeit der Verteidigung, privat ermittelte entlastende Zeugenaussagen vorzulegen, darf als ein zulässiges Mittel der Verteidigung nicht durch die nationale Ausgestaltung des Strafverfahrens unterbunden werden.⁵⁸⁶

Die Praxis, Zeugen nicht mehr unmittelbar vor Gericht einzuvernehmen, spricht für eine grosszügige Handhabung bei der Gewährung von Beweisanträgen im vorverfahrensrechtlichen Stadium. Denn nur in den seltensten Fällen dürfte sich die Beweislage im Vorverfahren als derart klar und widerspruchsfrei erweisen, dass auf die Einvernahme von Zeugen von vornherein verzichtet werden könnte. Darüber hinaus muss die Verteidigung auch bei einer vermeintlich klaren Beweislage die Gelegenheit erhalten, allfällige Entlastungszeugen privat zu befragen, um überhaupt einen begründeten Antrag auf deren Ladung und Vernehmung stellen zu können. Dadurch wird es der Verteidigung ermöglicht, aufzuzeigen, weshalb ein bestimmter Entlastungszeuge für die Sachverhaltserstellung relevant sein kann.⁵⁸⁷ Eine übermässige verfahrensrechtliche Einschränkung der Befugnis, rechtserhebliche Zeugen im Vorverfahren behördlich einvernehmen zu lassen, benachteiligt die beschuldigte Person gegenüber der Staatsanwaltschaft, weil es der Verteidigung so

585 Die Relevanz einer privaten Zeugenbefragung durch die Verteidigung betonend, EGMR vom 11.12.2008, *Mirilashvili v. Russland*, Nr. 6293/04, § 227.

586 Vgl. EGMR vom 15.09.2016, *Simon Price v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 15602/07, § 99; EGMR vom 09.10.2008, *Moiseyev v. Russland*, Nr. 62936/00, § 220; EGMR vom 20.01.2005, *Mayzit v. Russland*, Nr. 63378/00, § 78.

587 Zum Erfordernis eines ausreichend begründeten Antrags auf Ladung und Einvernahme eines Zeugen, vgl. EGMR vom 18.12.2018, *Murtazaliyeva v. Russland* (GK), Nr. 36658/05, §§ 141, 144 f. Sofern die Verteidigung nachweist, dass ein Zeuge Rechtserhebliches beitragen kann, was zur Entlastung oder sogar zu einem Freispruch führen könnte («strengthen the position of the defence»), müssen die Strafbehörden begründen, weshalb trotzdem von einer behördlichen Einvernahme abgesehen wurde, siehe EGMR vom 18.12.2018, *Murtazaliyeva v. Russland* (GK), Nr. 36658/05, §§ 146, 155–159, 164, 166 (Präzisierung der Rspr.).

verunmöglicht wird, ihre Sichtweise mittels Zeugenbeweisen beweis- und aktenmässig zu untermauern.

VI. Recht auf objektive Begutachtung und Konfrontation mit einer sachverständigen Person

In zunehmendem Mass hängt der Ausgang eines Strafverfahrens von Sachverständigengutachten ab, weshalb die Expertisen im Rahmen einer zu erzielenden «Waffengleichheit» berücksichtigt werden müssen. So muss einerseits sichergestellt sein, dass die jeweilige amtlich eingesetzte sachverständige Person bei der wissenschaftlichen Analyse, der Interpretation der Resultate sowie bei der mündlichen oder schriftlichen Erstattung ihrer Schlussfolgerungen (in Form des Gutachtens) die gebotene Objektivität wahrt (1.). Andererseits muss es der Verteidigung ermöglicht werden, Gutachten, auf die sich die Staatsanwaltschaft abstützt, wirksam auf die Probe stellen zu können (2.).

1. Recht auf Objektivität der sachverständigen Person

Das Erfordernis der Objektivität erwächst aus der Funktion der sachverständigen Person als Hilfsperson des Gerichts.⁵⁸⁸ Die Objektivität beurteilt sich unter anderem danach, *wie* ein Gutachten erstellt wird und wie sich die sachverständige Person zu der gestellten Gutachterfrage äussert.⁵⁸⁹ Dass eine sachverständige Person durch eine Verfahrenspartei, insbesondere durch die Staatsanwaltschaft, beauftragt worden ist, berechtigt für sich allein nicht zu der Annahme, dass sie ihren Auftrag nicht mit der geforderten Professionalität und Objektivität erfüllen kann.⁵⁹⁰ Obschon es verständlich ist, wenn eine beschuldigte Person diesbezüglich gewisse Bedenken hegt, muss eine solche

⁵⁸⁸ EGMR vom 27.09.2005, *Zarb v. Malta* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 16631/04.

⁵⁸⁹ Im Zusammenhang mit der Objektivität von sachverständigen Personen hält der EGMR ausdrücklich fest: «What is decisive [...] is the position occupied by the experts throughout the proceedings, the manner in which they performed their functions [...]», siehe EGMR vom 12.05.2016, *Poletan und Azirovik v. Mazedonien*, Nr. 26711/07, 32786/10 und 34278/10, § 94; EGMR vom 11.12.2008, *Shulepova v. Russland*, Nr. 34449/03, § 62.

⁵⁹⁰ EGMR vom 01.06.2017, *J.M. u.a. v. Österreich*, Nr. 61503/14, 61673/14, 64583/14, §§ 122 ff. Obschon die Bestellung durch ein unparteiisches Gericht für die Objektivität einer sachverständigen Person spricht, vgl. EGMR vom 04.04.2013, *C.B. v. Österreich*, Nr. 30465/06, § 42.

subjektive Einschätzung durch weitere, einzelfallbezogene Umstände belegt und objektiviert werden.⁵⁹¹

2. Recht auf Konfrontation mit einer sachverständigen Person

Unabhängig davon, ob ein amtliches Gutachten einen erkennbaren Widerspruch aufweist, muss es der Verteidigung überdies ermöglicht werden, auf allfällige Interessenskonflikte der sachverständigen Person, unzureichendes Beweismaterial sowie Methodikfehler hinzuweisen.⁵⁹² Um ein amtliches Gutachten inhaltlich überprüfen zu können, ist es in aller Regel erforderlich, eine weitere sachverständige Person beizuziehen.⁵⁹³ Zumindest bei objektiven Zweifeln an der Richtigkeit eines amtlichen Gutachtens muss es der Verteidigung nach der Rechtsprechung des EGMR möglich sein, zur Klärung der strittigen Gutachterfrage ein alternatives, von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten einzureichen.⁵⁹⁴ Dies gilt umso mehr, wenn die Verteidigung nicht an der Erstellung des fraglichen amtlichen Gutachtens mitwirken konnte.⁵⁹⁵ Indes ist ein Gericht nicht dazu verpflichtet, die privat beauftragte sachverständige Person im Rahmen der Hauptverhandlung zu befragen. Voraussetzung ist jedoch, dass die Verteidigung im Rahmen der Hauptverhandlung eine ausreichende Möglichkeit erhält, die Schlüssigkeit des amtlichen Gutachtens in

591 Vgl. zum Erfordernis der Objektivierung: EGMR vom 05.04.2007, *Stoimenov v. Mazedonien*, Nr. 17995/02, §§ 39 f. mit Hinweis auf EGMR vom 28.08.1991, *Brandstetter v. Österreich*, Nr. 1170/84; 12876/87; 13468/87, § 44; EGMR vom 27.09.2005, *Zarb v. Malta* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 16631/04; EGMR vom 12.05.2016, *Poletan und Azirovik v. Mazedonien*, Nr. 26711/07, 32786/10 und 34278/10, §§ 98 und 101. Ein solcher Umstand liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitgeber der sachverständigen Person ein direktes Interesse am Resultat des in Auftrag gegebenen Gutachtens hat, siehe EGMR vom 11.12.2008, *Shulepova v. Russland*, Nr. 34449/03, § 65.

592 EGMR vom 24.04.2014, *Duško Ivanovski v. Mazedonien*, Nr. 10718/05, §§ 56 und 59. Im Gegensatz zur Konfrontation mit einem Belastungszeugen muss die Verteidigung die Bedeutung des Gutachtens für die Urteilsfindung und dessen potenziell belastenden Charakter nicht näher darlegen, siehe EGMR vom 25.07.2013, *Khodorkovskiy und Lebedev v. Russland*, Nr. 11082/06 und 13772/05, § 712.

593 Vgl. EGMR vom 25.07.2013, *Khodorkovskiy und Lebedev v. Russland*, Nr. 11082/06 und 13772/05, § 731.

594 EGMR vom 11.12.2008, *Mirilashvili v. Russland*, Nr. 6293/04, § 190; EGMR vom 05.04.2007, *Stoimenov v. Mazedonien*, Nr. 17995/02, § 42; EGMR vom 24.04.2014, *Duško Ivanovski v. Mazedonien*, Nr. 10718/05, § 59. Dies erfordert unter Umständen, dass das sichergestellte Beweismaterial dem Privatgutachter zur Untersuchung zugänglich gemacht wird, vgl. EGMR vom 05.04.2007, *Stoimenov v. Mazedonien*, Nr. 17995/02, § 38.

595 EGMR vom 27.03.2014, *Matytsina v. Russland*, Nr. 58428/10, § 184.

Zweifel zu ziehen,⁵⁹⁶ wobei die amtlich ernannte sachverständige Person zur inhaltlichen Kritik in substanziiert Form Stellung nehmen muss.⁵⁹⁷ Nur dann ist es dem Gericht möglich, das amtliche Gutachten – unter Einbezug des inhaltlichen Vorbringens des Parteigutachters und der diesbezüglichen Stellungnahme der amtlich eingesetzten sachverständigen Person – sachgerecht und unter Wahrung des Prinzips der Waffengleichheit zu würdigen.⁵⁹⁸ Dies setzt jedoch voraus, dass sich der Parteigutachter mit allen wesentlichen Akten und Verfahrensvorgängen, die dem amtlichen Gutachten zugrunde liegen, vertraut machen kann. Mit anderen Worten muss bei einer eingeschränkten Möglichkeit der gerichtlichen Befragung des Privatgutachters sichergestellt sein, dass das Vorverfahren einem allfällig eingesetzten Parteigutachter anderweitig Gelegenheit gibt, die Vorgehensweise und Schlussfolgerungen der amtlich eingesetzten sachverständigen Person zu überprüfen.

Falls es der Verteidigung durch die konkrete Ausgestaltung des Vorverfahrens verunmöglicht ist, das methodische Vorgehen und die Schlussfolgerung einer amtlich eingesetzten sachverständigen Person in der Hauptverhandlung zu überprüfen, ist den Erfordernissen der «Waffengleichheit» nicht Genüge getan.

VII. Die Bedeutung der Ausgestaltung des Strafverfahrens für die «Waffengleichheit» im Vorverfahren

Als Strafverfahren wird gemeinhin ein Prozess verstanden, in dem sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Verteidigung ihre jeweilige tatsächliche und rechtliche Sichtweise vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht

596 Es muss eine kontradiktorische Befragung einer sachverständigen Person gewährleistet sein, siehe EGMR vom 22.11.2018, *Avagyan v. Armenien*, Nr. 1837/10, § 43 m.w.H.

597 EGMR vom 04.04.2013, *C.B. v. Österreich*, Nr. 30465/06, §§ 43 f.

598 Vgl. EGMR vom 01.06.2017, *J.M. u.a. v. Österreich*, Nr. 61503/14, 61673/14, 64583/14, § 127. Ein gutes Beispiel, in welchem sich das Gericht mit den Vorbringungen eines Parteigutachters auseinandersetzt, findet sich in BGer, Urteil vom 06.02.2017, 6B_742/2016, E. 1.4.

kontradiktorisch darlegen können.⁵⁹⁹ Nach der Idealvorstellung des EGMR sollten normalerweise alle Beweise im Rahmen der Hauptverhandlung unmittelbar erhoben und kontradiktorisch erörtert werden.⁶⁰⁰ Die unmittelbare Beweiserhebung in der Hauptverhandlung entspricht also der Norm; die ausschliessliche Beweiserhebung im Vorverfahren ist die Ausnahme, die einer besonderen Begründung und Rechtfertigung bedarf.⁶⁰¹

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung lässt sich fragen, weshalb primär die Hauptverhandlung als das richtige Forum für die Erhebung der Beweise und deren kontradiktorischer Auseinandersetzung betrachtet wird. Oft wird die Bedeutung der unmittelbaren Wahrnehmung der Aussagepersonen betont,⁶⁰² was das Gericht in die Lage versetzen soll, die Glaubwürdigkeit der im Prozess beteiligten Personen und somit indirekt auch den Beweiswert ihrer Aussagen besser einzuschätzen.⁶⁰³ Viel entscheidender ist meines Erachtens jedoch die Tatsache, dass mit der unmittelbaren Erhebung der Beweise im Rahmen der Hauptverhandlung sichergestellt ist, dass die Verteidigungsrechte von [Art. 6 EMRK](#) zum Tragen kommen und eine unparteiische Instanz über deren korrekte Anwendung wacht. Dieser institutionelle Rahmen bildet die Voraussetzung für die kontradiktorische Auseinandersetzung mit der Beweislage zwischen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung. All dies trägt zur Legitimation einer strafrechtlichen Entscheidung bei.⁶⁰⁴

Entgegen der Idealvorstellung des EGMR lässt sich auf nationaler Ebene eine Tendenz zur Verlagerung entscheidender Verfahrensschritte ins Vorverfahren

599 SUMMERS/STUDER, 65. Für WALDRON besteht ein Prozess in institutioneller Hinsicht aus einer Partei, einer Gegenpartei und einer unparteiischen Instanz, die über die Streitsache befindet, siehe WALDRON, *Importance of Procedure*, 15; DERS., *Rule of Law*, 23.

600 EGMR vom 14.03.2013, *Isanov v. Aserbaidshon*, Nr. 16133/08, § 160; EGMR vom 23.04.1997, *Van Mechelen u.a. v. Niederlande*, Nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93 und 22056/93, § 51: «[A]ll the evidence must normally be produced at a public hearing, in the presence of the accused, with a view to adversarial argument». Vgl. dazu auch DEMKO, ZStrR 2004, 423 f.; CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 28; ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 192; vgl. auch BGE 125 I 127, E. 6b.

601 TRECHSEL, AJP 2000, 1369.

602 Vgl. im Zusammenhang mit Belastungszeugen Fn. 564; im schweizerischen Kontext, siehe Fn. 1036.

603 Diese Argumentation darf jedoch nicht überstrapaziert werden, siehe die kritischen und zutreffenden Anmerkungen bei WOHLERS, Unmittelbarkeit II, 438–442.

604 Siehe zur Legitimation einer strafrechtlichen Entscheidung als Verfahrensziel, vorstehend Zweiter Teil, Kapitel D.

ausmachen, die vom EGMR nicht unbemerkt geblieben ist.⁶⁰⁵ Der Gerichtshof hat darauf reagiert, indem er verfügte, dass es je nach Ausgestaltung des Strafverfahrens notwendig sein kann, die Verfahrensgarantien von [Art. 6 EMRK](#) rigoros im Vorverfahren anzuwenden.⁶⁰⁶ Andernfalls drohe eine nicht wiedergutzumachende Beeinträchtigung der Verfahrensfairness.⁶⁰⁷ Dieses Erkenntnis steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des EGMR, wonach die EMRK als ein «living instrument» zu verstehen ist und der Schutzbereich von [Art. 6 EMRK](#) sich an die jeweiligen Gegebenheiten der Gegenwart anzupassen hat.⁶⁰⁸ Zudem dürfen die Verfahrensgarantien in [Art. 6 EMRK](#) nicht rein theoretischer oder illusorischer Natur sein, sondern müssen in Gestalt von Verteidigungsrechten in der Rechtswirklichkeit wirksam gewährleistet werden.⁶⁰⁹ Nicht zuletzt durch die autonome Auslegung des Zeitpunktes, ab dem eine Person im Sinne der Konvention als «angeklagt» gilt,⁶¹⁰ zeigt der EGMR auf, dass er sich der vorentscheidenden Bedeutung vorgerichtlicher Verfahrenshandlungen durchaus bewusst ist.

In Bezug auf das Waffengleichheitsprinzip gibt die Rechtsprechung des EGMR keine starren Regeln vor, wie den Erfordernissen der «Waffengleichheit» im

605 Übereinstimmende Meinung der Richter SPIELMANN und SAJÓ und der Richterinnen KARAKAŞ und KELLER in EGMR vom 15.12.2015, *Schatschaschwili v. Deutschland* (GK), [Nr. 9154/10](#), § 13: «There is a recent tendency at the national level to shift procedural measures which belong to the trial stage forward to the investigation stage [...]». Diese Entwicklung anhand der Rspr. des EGMR aufzeigend, MEYER/WIĘCKOWSKA, 380–384. Vgl. dazu bereits GAEDE, 201 f.

606 EGMR vom 15.12.2015, *Schatschaschwili v. Deutschland* (GK), [Nr. 9154/10](#), § 105 sowie die übereinstimmende Meinung der Richter SPIELMANN und SAJÓ und der Richterinnen KARAKAŞ und KELLER in § 13: «[I]f the Court considers this shifting of procedural measures to the investigation stage to be in accordance with the Convention, it must make unmistakably clear that the relevant procedural safeguards must be rigorously adhered to». Dies betrifft bspw. das Recht auf einen Anwalt zu Verfahrensbeginn, siehe EGMR vom 27.11.2008, *Salduz v. Türkei* (GK), [Nr. 36391/02](#), §§ 54 f.

607 EGMR vom 24.11.1993, *Imbrioscia v. Schweiz*, [Nr. 13972/88](#), § 36; EGMR vom 24.04.2014, *Duško Ivanovski v. Mazedonien*, [Nr. 10718/05](#), § 41.

608 EGMR vom 10.02.2009, *Sergey Zolotukhin v. Russland* (GK), [Nr. 14939/03](#), § 80 m.w.H.

609 EGMR vom 21.04.2009, *Marttinen v. Finnland*, [Nr. 19235/03](#), § 64.

610 EGMR vom 26.03.1982, *Adolf v. Österreich*, [Nr. 8269/78](#), § 30; KOHLBACHER, 15–19; vgl. auch vorstehend, Fn. 523 und 524. Hierbei kommt es gemäss der Praxis des EGMR seit jeher darauf an, ob eine Person durch eine Verfahrenshandlung substantiell beeinträchtigt ist, vgl. EGMR vom 27.02.1980, *Deweer v. Belgien*, [Nr. 6903/75](#), §§ 42 und 46; JACKSON/SUMMERS, *Internationalisation of Criminal Evidence*, 96.

nationalen Recht nachzukommen ist.⁶¹¹ Die schwerpunktmässige Auseinandersetzung mit den Beweisen im strafprozessualen Vorverfahren steht nicht per se im Widerspruch zum Waffengleichheitsprinzip. Sobald aber die für die Sachverhaltserstellung wesentlichen Beweiserhebungen und deren konträktorische Erörterung zur Hauptsache im Vorverfahren erfolgen, müssen die Vorgaben des Waffengleichheitsprinzips bereits im Stadium vor der formellen Anklageerhebung beachtet werden. Es muss mithin verfahrensrechtlich sichergestellt sein, dass die Verteidigungsrechte im Vorverfahren nicht in unsachlicher Weise eingeschränkt werden.⁶¹² Mit anderen Worten muss die Ausgestaltung des Vorverfahrens Schutz vor dem Missbrauchspotenzial der in diesem Stadium verfahrensbeherrschenden Strafverfolgungsbehörden bieten.

Abschliessend lässt sich somit Folgendes konstatieren: Je weniger in einem Strafverfahren dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung tatsächlich nachgelebt wird, desto wichtiger sind die verfahrensrechtlichen Sicherungen im Vorverfahren, damit die Verfahrensfairness im Einzelfall nicht durch die Vorgänge im vorgerichtlichen Stadium in unwiederbringlicher Weise beeinträchtigt wird.

F. ZUSAMMENFASSUNG

Die Anforderungen, die das Prinzip der Waffengleichheit an ein Verfahren stellt, sind unterschiedlicher Natur, je nachdem, ob dem Verfahren eine zivilrechtliche Streitigkeit oder die Abklärung eines Tatverdachts zugrunde liegt. Während es bei der Rechtsstreitigkeit über einen Anspruch oder eine Verpflichtung zivilrechtlicher Natur um die formelle Gleichheit der Rechtspositionen geht,⁶¹³ soll das Waffengleichheitsprinzip im Strafprozess einen mate-

611 EGMR vom 27.03.2008, *Perić v. Kroatien*, Nr. 34499/06, § 19 (zivilrechtliche Ausprägung des Waffengleichheitsprinzips); AMBOS, 618; SANDERMANN, 47; grds. WOHLERS, Partizipatorisches Ermittlungsverfahren, 35.

612 Sei dies in Bezug auf das Recht auf einen anwaltlichen Beistand (Dritter Teil, Kapitel E.I.), das Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf (Dritter Teil, Kapitel E.II.), das Akteneinsichtsrecht (Dritter Teil, Kapitel E.III.), das Konfrontationsrecht (Dritter Teil, Kapitel E.IV.), das Zeugenladungsrecht (Dritter Teil, Kapitel E.V.) oder das Recht auf objektive Begutachtung und wirksame Konfrontationsmöglichkeiten mit einer sachverständigen Person (Dritter Teil, Kapitel E.VI.).

613 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel B.I.

riellen bzw. verfahrensrechtlichen Ausgleich mit den institutionell übermächtigen Strafverfolgungsbehörden herstellen.⁶¹⁴

In einem Strafverfahren kommen sowohl die zivilrechtliche als auch die strafprozessuale «Waffengleichheit» zur Anwendung: Im Verhältnis zwischen der Privatklägerschaft und der beschuldigten Person gilt das Prinzip der Waffengleichheit zivilrechtlicher Ausprägung.⁶¹⁵ Im Verhältnis zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person greift die «Waffengleichheit» strafprozessualer Ausprägung.⁶¹⁶ Um ein Strafverfahren im Sinne des Prinzips der Waffengleichheit auszugestalten, muss genau definiert sein, was unter einem substanziellen Nachteil der beschuldigten Person zu verstehen ist, der zu einer Verletzung des Prinzips führt. Von einem solchen substanziellen Nachteil ist auszugehen, wenn die beschuldigte Person in der Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte nach Art. 6 EMRK in unsachlicher Weise behindert wird.⁶¹⁷

Jegliche Unterregulierung hinsichtlich der institutionellen Ausgestaltung des Vorverfahrens ist problematisch und droht die Verfahrensfairness und die Legitimation eines Strafverfahrens zu unterminieren.⁶¹⁸ Wird die Gewährleistung der Verteidigungsrechte verfahrensrechtlich völlig ins Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt, ist der angestrebte Ausgleich der strukturell angelegten Übermacht der Strafverfolgungsbehörden nicht gewährleistet.⁶¹⁹ Bei einer solchen Regelung besteht ein latentes Risiko, dass die beschuldigte Person in der Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte unsachgemäß eingeschränkt wird.⁶²⁰

614 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel B.II.

615 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel C.II.

616 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel C.I.

617 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel D.

618 Vgl. auch SUMMERS, *Observing Criminal Trials*, 219.

619 Vgl. etwa EGMR vom 09.10.2008, *Moiseyev v. Russland*, Nr. 62936/00, § 205: «What causes the Court still greater concern is that this arrangement put the defence in a position of dependence on, and subordination to, the discretion of the prosecution and therefore destroyed the appearance of the equality of arms».

620 Als Beispiel gilt etwa die ukrainische Ausgestaltung des Vorverfahrens, die den Strafverfolgungsbehörden ein Ermessen hinsichtlich der Qualifikation des Deliktsvorwurfes einräumt. Dieser Ermessensspielraum wurde von den Strafverfolgungsbehörden in systematischer Weise dazu genutzt, um den Tatvorwurf bei der Eröffnung des Verfahrens unter einen möglichst milden Tatbestand zu qualifizieren, damit die nach nationalem Recht vorgesehene notwendige Verteidigung umgangen werden konnte, siehe EGMR vom

Die Erkenntnis, dass die beschuldigte Person durch die verfahrensrechtliche Ausgestaltung bzw. die Unterregulierung des Vorverfahrens substanziell benachteiligt werden kann, ist von grosser Bedeutung. Potenzielle Behinderungen der beschuldigten Person in der Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Vorverfahrens können sich insbesondere in Bezug auf das Recht auf anwaltlichen Beistand,⁶²¹ das Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf,⁶²² das Akteneinsichtsrecht,⁶²³ das Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen,⁶²⁴ das Recht auf Erhebung des von der Verteidigung beantragten Zeugenbeweises⁶²⁵ sowie das Recht auf eine objektive Begutachtung und Konfrontation mit einer sachverständigen Person ergeben.⁶²⁶ Im Ergebnis führt eine Einschränkung in der Wahrnehmung der Verteidigungsrechte dazu, dass die beschuldigte Person gegenüber der Staatsanwaltschaft insofern benachteiligt ist, als sie ihre Sichtweise nicht mittels Beweisen untermauern oder die Beweise der Gegenpartei nicht infrage stellen kann.

Bei entsprechender Verfahrensausgestaltung ist es daher unerlässlich, dass die Verteidigungsrechte bereits im Vorverfahren wirksam und unter Beachtung des Prinzips der Waffengleichheit zur Anwendung gelangen können.⁶²⁷ Gegenstand des nächsten Teils der vorliegenden Arbeit ist daher, ob und inwieweit das Prinzip der Waffengleichheit nach [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) im schweizerischen Vorverfahren Geltung beansprucht.

03.11.2011, *Balitskiy v. Ukraine*, Nr. 12793/03, §§ 51 f. m.w.H. Allerdings hat der EGMR dieses systematische Problem nicht unter dem Aspekt der «Waffengleichheit» behandelt.

621 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.I.

622 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.II.

623 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.III.

624 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.IV.

625 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.V.

626 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.VI.

627 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.VII.

**Vierter Teil:
Geltung der «Waffengleichheit»
im schweizerischen
Vorverfahren**

A. EINLEITUNG

Das Prinzip der Waffengleichheit strafprozessualer Ausprägung wird nach der Praxis des Bundesgerichtes neben [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) und [Art. 14 Ziff. 1 IPBPR](#) aus [Art. 29 Abs. 1 BV](#) sowie [Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO](#) abgeleitet.⁶²⁸ Ob das Prinzip der Waffengleichheit auf das Vorverfahren des schweizerischen Strafprozesses Anwendung findet, wird unterschiedlich beurteilt.

Geht man von einem strikt formellen Verständnis der «Waffengleichheit» im Sinne einer formalen Gleichheit der Rechtspositionen der beschuldigten Person und der Strafverfolgungsbehörden aus, besteht für die Anwendung des Prinzips im Vorverfahren kein Raum. In diesem Sinn und unter Hinweis auf die staatsanwaltlichen Möglichkeiten zur Anordnung von Zwangsmassnahmen lehnen SCHMID/JOSITSCH die Geltung des Waffengleichheitsprinzips für das Verfahrensstadium vor der Anklageerhebung ab.⁶²⁹ Auch in den Materialien zum Vorentwurf der schweizerischen Strafprozessordnung findet sich der ausdrückliche Hinweis, dass das Prinzip der Waffengleichheit deshalb nicht in die StPO aufgenommen wurde, weil es sich im Vorverfahren nicht verwirklichen lasse.⁶³⁰

Angesichts der starken Stellung der Staatsanwaltschaft spricht sich die herrschende Lehre für eine eingeschränkte Geltung des Waffengleichheitsprinzips im strafprozessualen Vorverfahren aus.⁶³¹ Im Ergebnis gleich hält das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2003 fest, dass das Prinzip der Waffengleichheit für den gesamten Verfahrensablauf gelte, aber auf das Verfahrensstadium vor Anklageerhebung nur bedingt Anwendung finde.⁶³² Die

628 BGer, Urteil vom 21.03.2017, [6B_259/2016](#), E. 4.3.1; BGer, Urteil vom 29.08.2013, [6B_357/2013](#), E. 1; [BGE 139 I 121](#), E. 4.2.1 m.w.H. Vgl. zur früheren Rspr. [BGE 106 IV 85](#), E. 2b/aa.

629 SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 97: «Nicht möglich, ja gar nicht erstrebenswert ist eine Gleichstellung jedoch im Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren». Siehe auch SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 3 N 5. So auch HAUSER, Landesbericht, 358: «Weder im Ermittlungsverfahren noch in der Untersuchung ist eine Waffengleichheit denkbar». Vgl. auch BISCHOFF, 84; für das deutsche Strafverfahren, KOHLMANN, 319; SAFFERLING, Waffengleichheit, 183.

630 Siehe [Begleitbericht-VE-StPO 2001](#), 33 (Fn. 14).

631 HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 56 N 18; StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 3 N 24; KAUFMANN, 69; ZUBERBÜHLER, 91.

632 Einer uneingeschränkten Geltung stehe die Möglichkeit der Anordnung von Zwangsmassnahmen der Staatsanwaltschaft entgegen, siehe BGer, Urteil vom 29.08.2003, [6P.79/2003](#) und [6S.214/2003](#), E. 2.1 mit Hinweis auf [BGE 119 Ia 316](#), E. 2b.

höchstrichterliche Praxis hat diesbezüglich eine Entwicklung durchgemacht, hatte das Bundesgericht doch die Anwendung des Prinzips der Waffengleichheit für das Vorverfahren im Jahr 1980 noch verneint.⁶³³ Bis anhin wurde allerdings offengelassen, ob dem Waffengleichheitsprinzip im Strafverfahren ein formeller oder ein materieller Wesensgehalt zukommt.

Dadurch, dass die herrschende Lehre und die Rechtsprechung von einer eingeschränkten Anwendung des Waffengleichheitsprinzips im Vorverfahren ausgehen, besteht allerdings die Gefahr, dass die inhaltliche Tragweite des Prinzips unklar bleibt bzw. sein Schutzbereich mit bestimmten aus dem rechtlichen Gehör abgeleiteten Verteidigungsrechten gleichgesetzt wird.⁶³⁴ Hierbei wird im besonderen Mass das Recht auf einen anwaltlichen Beistand⁶³⁵ und das Akteneinsichtsrecht hervorgehoben.⁶³⁶ Im Schrifttum werden darüber hinaus die aktiven Mitwirkungsrechte der Verteidigung betont, sei dies in Bezug auf das Recht, selbständig Beweise zu erheben,⁶³⁷ die wirksame Möglichkeit, Beweisanträge stellen zu können,⁶³⁸ oder das Teilnahmerecht an der Beweiserhebung im Vorverfahren.⁶³⁹

Mit der Begründung, dass das Prinzip der Waffengleichheit gerade dazu diene, die starke Stellung der Staatsanwaltschaft im entscheidenden Beweisverfahren auszugleichen, gibt es im Schrifttum vereinzelt auch Meinungen, die sich für eine uneingeschränkte Geltung des Waffengleichheitsprinzips im Vorverfahren aussprechen.⁶⁴⁰ Angesichts der verfahrensbeherrschenden Stellung der

633 Selbst wenn es anders wäre, könnte das Prinzip der Waffengleichheit in der Untersuchung nur bedingt angewendet werden, siehe [BGE 106 IV 85](#), E. 2b/aa.

634 Vgl. etwa HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 56 N 19, die in diesem Zusammenhang auf die Teilnahme- und Mitwirkungsrechte im Sinne des rechtlichen Gehörs (Recht auf einen anwaltlichen Beistand, Akteneinsicht etc.) hinweisen. In ähnlicher Weise RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 173.

635 [BGE 106 IV 85](#), E. 2b/aa; BGer, Urteil vom 01.07.2016, [1B_167/2016](#), E. 3.6. So auch PIETH, Strafprozessrecht, 58 f., 86.

636 Vgl. etwa ZUBERBÜHLER, 91 f.

637 DELNON/RÜDY, Beweisführung, 324 f.

638 StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 3 N 24; GAEDE, 661.

639 Gem. [Art. 147 StPO](#). CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 29; ZUBERBÜHLER, 91; NOLL, Teilnahmerecht, 31.

640 MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Art. 3 N 18; SCHUBARTH, Artikel 5 und 6 der Konvention, 501; MEYER, EMRK-Kommentar, Art. 6 N 115. Vgl. auch CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 28 f.; CAVEGN, 43; im Zusammenhang mit dem Recht auf einen anwaltlichen Beistand, siehe BSK StPO II-WEHRENBURG/FRANK, Art. 429 N 14, zitiert in AGER BS, Urteil vom 23.05.2017, [BES.2016.188](#), E. 3.3. Vgl. für das deutsche Strafverfahren AMBOS, 595 f.

Staatsanwaltschaft ist jedoch davon auszugehen, dass diese Autoren ihren Ausführungen kein formelles, sondern ein materielles, ausgleichendes Verständnis des Waffengleichheitsprinzips zugrunde gelegt haben.⁶⁴¹

Die Frage nach der Anwendbarkeit des Waffengleichheitsprinzips auf das Vorverfahren kann indes nicht losgelöst von der konkreten Ausgestaltung der Hauptverhandlung beantwortet werden.⁶⁴² Es kommt somit entscheidend darauf an, wie ein Strafverfahren insgesamt konzipiert ist. Aus diesem Grund muss nochmals vertiefend auf die Strafverfahrenskonzeption des EGMR eingegangen werden (B.). Dieser ideellen Verfahrensgestaltung gilt es sodann die Konzeption des schweizerischen Strafverfahrens gegenüberzustellen (C.). Die daraus hervorgehenden Differenzen müssen dahingehend analysiert werden, welche Konsequenzen sich für die Geltung des Waffengleichheitsprinzips im schweizerischen Vorverfahren ergeben (D.). Weiter ist zu überprüfen, ob die gesetzliche Pflicht zur Objektivität der Staatsanwaltschaft der Geltung des Waffengleichheitsprinzips im Vorverfahren entgegensteht (E.). Die Erkenntnisse werden sodann in den Schlussfolgerungen (F.) zusammengefasst und es wird diskutiert, wie den Erfordernissen des Waffengleichheitsprinzips bei einer Vorverschiebung des eigentlichen Beweisverfahrens ins Vorverfahren *in abstracto* entsprochen werden könnte.

641 So ausdrücklich KOHLBACHER, 30: «Wenn wir die Forderung nach Waffengleichheit im materiellen Sinne verstehen [...], so kann und muss sich ihr Geltungsbereich auf das ganze Strafverfahren unter Einbezug des Vorverfahrens erstrecken». Vgl. auch CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 29 mit Verweis; GRETER, 21; GAEDE, 660 f. Zum materiellen Verständnis der «Waffengleichheit», siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel B.II.

642 SUMMERS/STUDER, 50 mit Hinweis auf DUFF/FARMER/MARSHALL/TADROS, Trial on Trial 1, 11. Insofern müssen das Vorverfahren und die Hauptverhandlung als Einheit betrachtet werden, vgl. EGMR vom 24.11.1993, *Imbrioscia v. Schweiz*, Nr. 13972/88, § 38; TRECHSEL, Verteidigungsrechte, 391: «Das Strafverfahren bildet über alle Stadien hinweg eine Einheit».

B. KONZEPTION DES STRAFVERFAHRENS NACH DEM IDEAL DES EGMR

Als Ausgangspunkt für die Konzeption eines Strafverfahrens dient das Ideal des EGMR, wonach alle Beweise im Normalfall in der Hauptverhandlung erhoben und kontradiktorisch erörtert werden sollen.⁶⁴³

Es gibt gute Gründe, weshalb an der unmittelbaren Erhebung der wesentlichen Beweise und deren kontradiktorischer Erörterung in der Hauptverhandlung, trotz aller Kritik an ihrer Doppelspurigkeit,⁶⁴⁴ festzuhalten ist. Vorweg ist auf die klassische Zweiteilung des Strafverfahrens in ein vorbereitendes Vorverfahren einerseits und eine entscheidende Hauptverhandlung andererseits hinzuweisen:⁶⁴⁵ Aus den im Vorverfahren gewonnenen Beweismitteln ergibt sich gewissermassen der Rahmen, anhand dessen der angeklagte Sachverhalt vor Gericht zu beurteilen ist.⁶⁴⁶ Der vorbereitende Charakter des Vorverfahrens steht der kontradiktorischen Erörterung der Beweislage im Untersuchungsverfahren insofern entgegen, als allfällige Belastungszeugen noch gar nicht mit sämtlichen Beweisen konfrontiert werden können, da diese teilweise erst noch zu erheben sind. Bei einer Verschiebung entscheidender Verfahrensschritte ins Vorverfahren muss zudem prozessual sichergestellt sein, dass eine von der Strafverfolgung unabhängige Richterperson über die Einhaltung der Verfahrensfairness wacht. Die Unparteilichkeit des Gerichts ist nach objektiven Gesichtspunkten beeinträchtigt, sobald eine richterliche Instanz, die für die kontradiktorische Erörterung der Beweislage im Untersuchungsverfahren als zuständig zeichnet, sich bereits vorgängig, anlässlich der Anordnung einer Zwangsmassnahme, ein vorläufiges Urteil über die Beweislage gebildet hat.⁶⁴⁷ Der zusätzliche Aufwand für die institutionelle Sicherung der Verteidigungsrechte im Vorverfahren spricht ebenfalls gegen die vollständige Abkehr vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung vor Gericht. Zuletzt muss auch die legitimierende Bedeutung

643 Siehe dazu vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.VII.

644 WOHLERS, Unmittelbarkeit II, 436 m.w.H.

645 In der Schweiz ist diese Zweiteilung in Art. 308 StPO verankert.

646 EGMR vom 15.12.2015, *Schatschaschwili v. Deutschland* (GK), Nr. 9154/10, § 104; EGMR vom 27.11.2008, *Salduz v. Türkei* (GK), Nr. 36391/02, § 54.

647 Vgl. etwa EGMR vom 26.10.1984, *De Cubber v. Belgien*, Nr. 9186/80, §§ 29 f. Siehe zur Vorbefassung von Richterpersonen durch die Handlungen im Vorverfahren auf der Grundlage der EGMR-Rspr., WOHLERS, Vorbefassung, 1318–1323.

einer kontradiktorischen Hauptverhandlung betont werden. Dabei ist es nicht so sehr die unmittelbare Kenntnisnahme des Zeugenbeweises durch das urteilende Gericht, die eine strafrechtliche Entscheidung rechtfertigt. Die Legitimität ergibt sich vielmehr aus der Möglichkeit der beschuldigten Person, sich im Rahmen einer öffentlichen Hauptverhandlung mit allen Beweismitteln auseinanderzusetzen. Das bloße Verlesen der im polizeilichen Ermittlungsverfahren protokollierten Aussagen in der Hauptverhandlung vermag die kontradiktorische Beweiserhebung vor Gericht auf jeden Fall nicht zu ersetzen und verletzt das Recht auf ein faires Verfahren gem. [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#).⁶⁴⁸

Allerdings fällt die Grenze zwischen unwesentlichen und wesentlichen Beweismitteln, die theoretisch im Rahmen einer Hauptverhandlung kontradiktorisch zu erheben wären, in der Rechtswirklichkeit nicht trennscharf aus. In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass die Mitgliedsstaaten der EMRK grundsätzlich autonom über die Zulässigkeit und Verwertbarkeit von Beweismitteln entscheiden und der EGMR nur dann eingreift, wenn deren Erhebung in unfairen Weise erfolgte.⁶⁴⁹ Zu Recht insistiert der EGMR jedoch darauf, dass in einem Beweiserhebungssystem von beschränkter Unmittelbarkeit sichergestellt sein müsse, dass die Verteidigungsrechte von [Art. 6 EMRK](#) bereits im Vorverfahren wirksam zur Geltung gelangen können.⁶⁵⁰ Insbesondere hinsichtlich des Konfrontationsrechts dürfte aufgrund der geforderten unparteiischen Verfahrensleitung ein wirksames Infragestellen eines Belastungszeugen und seiner Aussagen im Untersuchungsverfahren nicht möglich sein, ohne die Ausübung der Verteidigungsrechte nach [Art. 6 EMRK](#) mit zusätzlichen prozessualen und institutionellen Mitteln abzusichern. Der vollständigen Vorverschiebung des entscheidungswesentlichen Beweisverfahrens sind aufgrund des vorbereitenden Charakters des Vorverfahrens und der legitimierenden Funktion einer Hauptverhandlung indes gewisse konzeptionelle Grenzen gesetzt.

648 EGMR vom 06.12.1988, *Barberà, Messegué und Jabardo v. Spanien*, Nr. 10590/83, §§ 81–89.

649 Statt vieler EGMR vom 18.12.2018, *Murtazaliyeva v. Russland* (GK), Nr. 36658/05, § 130 m.w.H. Kritisch Richter PINTO DE ALBUQUERQUE in seiner abweichenden Meinung zu dem oben aufgeführten Entscheid.

650 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.VII.

C. KONZEPTION DES STRAFVERFAHRENS IN DER SCHWEIZ

Inwieweit das urteilende Gericht seine Überzeugung auf der Grundlage eigener Anschauung in der Hauptverhandlung bilden und sich nicht auf die im Vorverfahren erhobenen Beweise stützen soll, ist eine grundlegende Frage bei der Ausarbeitung einer Strafverfahrenskonzeption.⁶⁵¹

Gemäss der geltenden StPO sollen die Strafverfolgungsbehörden im Untersuchungsverfahren dem Gericht die für die Beurteilung von Schuld und Strafe wesentlichen Grundlagen liefern.⁶⁵² Erläuternd hält die Botschaft hierzu fest, dass die Staatsanwaltschaft die Akten dem Gericht entscheidungsreif zu übermitteln habe.⁶⁵³ Nur unter bestimmten Umständen ist ein Gericht verpflichtet, in der Hauptverhandlung unmittelbar Beweise zu erheben.⁶⁵⁴ Insbesondere, wenn ein Gericht eine als Beweisantrag vorgebrachte Tatsache bereits als bekannt oder rechtsgenügend erwiesen erachtet, kann es einen Antrag auf Erhebung des entsprechenden Beweises in der Hauptverhandlung ablehnen.⁶⁵⁵ Nur im Falle einer «Aussage gegen Aussage»-Konstellation ist ein Gericht unter Umständen verpflichtet, eigenständig Beweise abzunehmen.⁶⁵⁶ Vor diesem Hintergrund bestimmt das Bundesgericht, dass es primär die Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist, die erforderlichen Beweise zu erheben und den relevanten Sachverhalt zu ermitteln.⁶⁵⁷

Sowohl nach der gesetzlichen Konzeption als auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist es also weitgehend möglich, dass die Beweise im Vorverfahren allein durch die Strafverfolgungsbehörden erhoben werden. Es vermag daher nicht zu erstaunen, dass sich in der Praxis eine Tendenz zur abschliessenden Erhebung der Beweise im Vorverfahren feststellen lässt.⁶⁵⁸ Als

651 Vgl. [Botschaft StPO 2005](#), 1283; WOHLERS, Unmittelbarkeit II, 426–429; JEANNERET/KUHN, N 4099.

652 [Art. 308 Abs. 3 StPO](#).

653 [Botschaft StPO 2005](#), 1263; WOHLERS, Unmittelbarkeit I, 319 f.; CAPUS/ALBRECHT, 365; ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 187.

654 [Art. 343 StPO](#); BGer, Urteil vom 12.10.2015, [6B_288/2015](#), E. 1.3.1.

655 In sog. antizipierter Beweismwürdigung i.S.v. [Art. 343 Abs. 3 StPO](#). Dies im teilweisen Gegensatz zum früheren kantonalen Recht, vgl. etwa für den Kanton Bern, BGer, Urteil vom 23.01.2019, [6B_909/2018](#), 1.3.1 mit Verweis.

656 BGer, Urteil vom 02.11.2016, [6B_1068/2015](#), E. 1.3; BGer, Urteil vom 01.06.2015, [6B_1251/2014](#), E. 1.4.

657 BGer, Urteil vom 12.10.2015, [6B_288/2015](#), E. 1.5.4.

658 SUMMERS/STUDER, 66 f.; KUNZ/HAAAS, 175 f.

Ausgleich für die eingeschränkte Möglichkeit zur nochmaligen Erhebung der bereits ordnungsgemäss abgenommenen Beweise kann die beschuldigte Person an den Beweiserhebungen im Untersuchungsverfahren teilnehmen und den einvernommenen Personen Fragen stellen.⁶⁵⁹ Im Bewusstsein darum, dass die Beweise ihre Gestalt im Verlauf ihrer Erhebung annehmen,⁶⁶⁰ soll das Teilnahme- und Fragerecht die kontradiktorische Mitwirkung der Verteidigung im Strafverfahren sicherstellen.⁶⁶¹ Nach der schweizerischen Konzeption des Strafverfahrens hat die *kontradiktorische Erörterung* der Beweise zum Zeitpunkt ihrer Erhebung im Vorverfahren zu erfolgen.⁶⁶² Die StPO ist darauf ausgelegt, dass die wesentlichen Beweise im Vorverfahren nicht nur erhoben, sondern gleichzeitig auch – unter der Leitung der Staatsanwaltschaft – bestritten werden können. Geht man, wie vorliegend,⁶⁶³ davon aus, dass sich ein Strafverfahren durch die kontradiktorische Auseinandersetzung der jeweiligen rechtlichen und tatsächlichen Sichtweisen kennzeichnet, verlagert sich die Hauptverhandlung, zumindest was die Sachverhaltsfeststellung betrifft, ins Vorverfahren.⁶⁶⁴

In einem Rechtssystem, in dem wesentliche Beweise hauptsächlich im Vorverfahren erhoben und kontradiktorisch bestritten werden, beruht die Überzeugungsbildung des Gerichts ganz entscheidend auf den von den Strafverfolgungsbehörden erstellten Akten und den darin enthaltenen Würdigungen der Staatsanwaltschaft oder der Polizei.⁶⁶⁵ Die für die Beurteilung von Schuld

659 Vgl. BGer, Urteil vom 12.12.2017, [6B_422/2017](#), E. 1.3 mit Verweis auf [BGE 139 IV 25](#), E. 5.3. Gem. [Art. 147 Abs. 1 StPO](#) und vorbehaltlich der Einschränkung des rechtlichen Gehörs i.S.v. [Art. 101](#) und [108 StPO](#), siehe BGer, Urteil vom 13.09.2018, [6B_256/2017](#), E. 2.2.

660 BOMMER, Parteidrechte, 197.

661 OGer ZH, Beschluss vom 20.08.2013, [UH130204](#), E. 3.3, in: ZR 112 (2013), 185, 188.

662 Das kontradiktorische Element verschiebt sich von der Hauptverhandlung ins Vorverfahren, siehe CHRISTEN, Privatküglägerschaft, 466 f.

663 Vgl. vorstehend, Fn. 599.

664 Zur Schwerpunktverlagerung der Beweiserhebung ins Vorverfahren vgl. auch PIQUERZ/MACALUSO, N 636; THOMMEN, Kurzer Prozess, 262; KRAUSS, Strafverteidigung, 122 (polizeiliche Ermittlungsverfahren); MÜLLER-HASLER, 35 ff.; WOHLERS, Fragerecht, 160; DERS., Unmittelbarkeit II, 430 ff.; BOMMER, Parteidrechte, 196 f.; PIGUET/DYENS, 314 f.

665 Auf der Grundlage sozialpsychologischer Studien weist KAUFMANN darauf hin, dass sich Richterinnen und Richter bei der Sachverhaltsfeststellung von der vorweggenommenen Einschätzung der Polizei oder Staatsanwaltschaft leiten lassen, siehe KAUFMANN, 70. Vgl. bereits HAUSER, Unmittelbarkeit, 172: «Kennt der Richter die Aussagen nur aus den Untersuchungsakten, so sieht er den Sachverhalt vorwiegend in der Optik der Strafverfolgungsbehörde».

und Strafe tatsächlichen Umstände nehmen ihre Konturen im Wesentlichen bereits im Verfahrensstadium vor Anklageerhebung an. Umso mehr ist daher der Auffassung von WOHLERS zuzustimmen, wonach gemäss gegenwärtiger Konzeption des schweizerischen Strafprozesses die Würfel bereits im Vorverfahren fallen.⁶⁶⁶ Oder wie es Bundesrichter OBERHOLZER in einem Zeitungsinterview pointiert ausdrückte: «Die Gerichtsverhandlung hat heute den Stellenwert einer Hochzeit: Für die Betroffenen zwar ein Riesending, aber etwas Entscheidendes findet nicht mehr statt».⁶⁶⁷

Die Diskrepanz zwischen der schweizerischen Strafverfahrenskonzeption und der Idealvorstellung des EGMR ist augenfällig. Die schweizerische Praxis verkehrt die vom EGMR festgelegte Grundsatz-Ausnahme-Regelung ins Gegenteil, indem hier die mittelbare Hauptverhandlung den Normalfall darstellt, von dem nur in begründeten Fällen – insbesondere bei einer «Aussage gegen Aussage»-Konstellation⁶⁶⁸ – abgewichen werden muss. Diese Diskrepanz geht aus der Rechtsprechung zu wenig deutlich hervor, wenn das Bundesgericht – zwar inhaltlich korrekt – ausführt, dass die Verwendung von Aussagen im Vorverfahren nicht per se unvereinbar mit Art. 6 EMRK sei,⁶⁶⁹ aber gleichzeitig unterschlagen wird, dass sich der EGMR unmissverständlich für den Grundsatz der unmittelbaren Beweiserhebung in der Hauptverhandlung ausgesprochen hat. Es wäre aufrichtiger, sich dieser Diskussion zu stellen und im Einzelfall auszuführen, was für Gründe für die schwerpunktmässige Beweiserhebung im Untersuchungsverfahren gesprochen haben. Entgegen der gelebten Verfahrenspraxis in der Schweiz darf nicht vergessen werden, dass die kontradiktorische Auseinandersetzung mit den Beweisen ausschliesslich im Vorverfahren eine begründungsbedürftige Ausnahme bleiben sollte. Ganz generell und ungeachtet der Begründungen im Einzelfall stellt sich die Frage, was es für das Prinzip der Waffengleichheit bedeutet, wenn die Beweiserhebung und deren kontradiktorische Erörterung systematisch ins Vorverfahren verschoben werden.

666 WOHLERS, Unmittelbarkeit II, 446 mit Verweis.

667 NINCK/NUSSBAUMER, 20.

668 Siehe vorstehend, Fn. 656.

669 BGE 125 I 127, E. 6b; BGer, Urteil vom 18.12.2000, 1P.492/2000, E. 2a.

D. KONSEQUENZ DER VORVERLAGERUNG DES ENTSCHEIDENDEN BEWEISVERFAHRENS INS VORVERFAHREN

Im schweizerischen Schrifttum und in der Rechtsprechung hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die Verteidigungsrechte im Vorverfahren Anwendung finden müssen, sobald die Sachverhaltserstellung in der Rechtswirklichkeit oder nach der gesetzlichen Konzeption im Vorverfahren erfolgt.⁶⁷⁰ Angesichts der beschränkten Möglichkeit, im Rahmen der Hauptverhandlung auf die Sachverhaltsrekonstruktion einwirken zu können, müssen die Verteidigungsrechte bereits im Vorverfahren gewährleistet sein.⁶⁷¹ Die wirksame Wahrnehmung der Verteidigungsrechte darf daher nicht nur der «*Belétage des gerichtlichen Verfahrens*»⁶⁷² vorbehalten sein.

Diese Überlegungen lassen sich auch auf das Prinzip der Waffengleichheit übertragen. Je mehr sich der Schwerpunkt der Sachverhaltserstellung und die kontradiktorische Auseinandersetzung mit den Beweismitteln ins Vorverfahren verschieben, desto mehr ist «dem Gedanken der Waffengleichheit» auch im Vorverfahren Rechnung zu tragen.⁶⁷³ Da es die gesetzliche Konzeption des Strafverfahrens in der Schweiz weitestgehend erlaubt, die Beweise abschliessend im Vorverfahren zu erheben und zu erörtern, muss das Prinzip der Waffengleichheit auch im Vorverfahren greifen.⁶⁷⁴ In Anbetracht der gefähr-

670 WAIBLINGER hat bereits im Jahr 1953 in Bezug auf das Anwesenheitsrecht der Verteidigung im Untersuchungsverfahren festgehalten, dass ein solches bestehen soll, wenn der Schuldbeweis «légalement ou en pratique» in der Untersuchung erbracht werde, siehe WAIBLINGER, RIDP 1953, 241 ff. Ganz allgemein soll das Verfahren in der prozessentscheidenden Phase fair sein, siehe BOMMER, Parteidrechte, 196 f.; KRAUSS, Rechtsstaat, 199; DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 222; GAEDE, 187 ff. Je weniger der Unmittelbarkeitsgrundsatz in der Hauptverhandlung gewährleistet ist, desto mehr müssten die Verteidigungsrechte im Vorverfahren ausgebaut werden, vgl. ZR (94) 1995, 50 m.w.H.; TRECHSEL, Verteidigungsrechte, 391.

671 TRECHSEL, FS Hangartner, 370.

672 Die Formulierung geht auf EBERHARD SCHMIDT zurück, vgl. SCHULTZ/WILHELM/ROTH-WILLENER, 109.

673 Vgl. SCHUBARTH, Artikel 5 und 6 der Konvention, 501; SAFFERLING, Criminal Procedure, 412: «A fair balance of powers is necessary only as far as the evidence gathering has prejudicial value to the later trial».

674 Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man auf der Basis der Rspr. des EGMR, siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.VII. Andernfalls wäre das Prinzip der Waffengleichheit infolge der beschränkten formellen Unmittelbarkeit der Beweiserhebungen in Gefahr,

deten Stellung der beschuldigten Person im Vorverfahren und der ihr gegenüberstehenden institutionellen Übermacht der Strafverfolgungsbehörden bei der Erhebung und kontradiktorischen Erörterung der entscheidenden Beweise, führt kein Weg daran vorbei, dem Prinzip der Waffengleichheit für das gesamte schweizerische Strafverfahren, also auch für das polizeiliche Ermittlungsverfahren und das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren,⁶⁷⁵ Geltung zu verschaffen.⁶⁷⁶

Im Strafverfahren geht es jedoch darum, eine Verfahrensbalance im Sinne einer materiell zu verstehenden «Waffengleichheit» sicherzustellen.⁶⁷⁷ Wie der EGMR richtig erkannt hat, erfordert dies eine strikte Gewährleistung der Verteidigungsrechte im Vorverfahren, um der Verteidigung zu ermöglichen, ihre Sichtweise ins Verfahren einzubringen. Das allein genügt den Anforderungen des Waffengleichheitsprinzips jedoch noch nicht. Darüber hinaus muss der institutionelle Rahmen, in dem die Verteidigungsrechte geltend gemacht werden können, mitberücksichtigt werden. In dieser Hinsicht könnte sich die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren als Problem der «Waffengleichheit» erweisen.⁶⁷⁸ Dies wird gemeinhin mit der Argumentation verneint, dass die Staatsanwaltschaft nach [Art. 6 Abs. 2 StPO](#) sowohl belastenden als auch entlastenden Umständen mit gleicher Sorgfalt nachzugehen habe,⁶⁷⁹ weshalb sie im Sinne des Waffengleichheitsprinzips bis

siehe KAUFMANN, 70. Vgl. zur Anwendbarkeit des Waffengleichheitsprinzips in kontinentaleuropäischen Rechtssystemen auch WĄSEK-WIADEREK, 21.

675 Im Ermittlungsverfahren stellt die Polizei gem. [Art. 306 StPO](#) selbständig den für eine Straftat relevanten Sachverhalt fest. Im Untersuchungsstadium obliegt die tatsächliche und rechtliche Abklärung des Sachverhalts gem. [Art. 308 Abs. 1 StPO](#) der Staatsanwaltschaft. In der Praxis macht die Staatsanwaltschaft jedoch häufig von ihrer in [Art. 312 StPO](#) festgehaltenen Delegationskompetenz an die Polizei Gebrauch, siehe BRUN, *Recht* 2014, 96 f., 99; SCHRÖDER, 76–78; krit. BURGER-MITTNER, 94 f.

676 Analog für das deutsche Strafverfahren AMBOS, 595 f.

677 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel B.II.

678 Gem. [Art. 16 Abs. 2 StPO](#) sowie [Art. 6i lit. a StPO](#).

679 [BGE 38 I 96](#) (1912): «Wohl steht der Staatsanwalt nach dem Anklageprinzip den Angeklagten *formell* als Gegenpartei gegenüber, *materiell* aber hat er nicht in einseitiger Weise, unter Geltendmachung nur der den Angeklagten belastenden Momente, die Strafverfolgung zu betreiben, sondern als staatlicher Funktionär der Gerichtsbarkeit neben dem Richter für die der gesamten Aktenlage angemessene und in diesem Sinne objektiv gerechte Anwendung der staatlichen Straffassungen einzutreten». HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 56 N 19; «[Das Recht] weist dem Untersuchungsführer die Rolle eines objektiven Sachverwalters zu, der nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln hat».

zum Zeitpunkt der Anklageerhebung nicht als Gegenpartei der Verteidigung auftrete. Ob diese Argumentation vor der Rechtsprechung des EGMR standhält, gilt es im Folgenden kritisch zu hinterfragen.

E. EINWAND DER OBJEKTIVITÄT DER STAATSANWALTSCHAFT IM VORVERFAHREN

Nach der StPO ist die Staatsanwaltschaft im Haupt- und Rechtsmittelverfahren eine Partei im Strafverfahren.⁶⁸⁰ Ihre Rolle im Verfahrensstadium nach der Anklageerhebung ist also definitionsgemäss eine parteiische: Sie hat die Anklage zu vertreten.⁶⁸¹ Demgegenüber bleibt die Rolle der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren in der StPO unerwähnt.

Sowohl das Schrifttum als auch die Rechtsprechung gehen von einer Doppelrolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren aus.⁶⁸² Während die parteiische Rolle im Haupt- und Rechtsmittelverfahren weitgehend unbestritten ist, darf die Staatsanwaltschaft nach Ansicht von HAUSER/SCHWERI/HARTMANN in ihrer Funktion als Untersuchungsbehörde keinesfalls parteiisch erscheinen.⁶⁸³ Unter Zugrundlegung dieser Doppelrolle bestimmt das Bundesgericht, dass die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren insofern dem Gebot der Objektivität verpflichtet sei, als sie sich nicht bereits vor Abschluss der Untersuchung auf das Vorliegen eines strafbaren Verhaltens festlegen dürfe.⁶⁸⁴ Mit anderen Worten muss die Staatsanwaltschaft den entlastenden Momenten im Vorverfahren mit gleicher Sorgfalt nachgehen wie den belastenden Momenten.⁶⁸⁵

680 Art. 104 Abs. 1 lit. c StPO.

681 BGE 141 IV 178, E. 3.2.2: «In diesem Verfahrensstadium ist die Staatsanwaltschaft definitionsgemäss nicht mehr zur Unparteilichkeit verpflichtet und hat sie grundsätzlich die Anklage zu vertreten».

682 Auf die Zwitterstellung verweisend, SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 104 N 5, wobei relativierend auf die parteiische Rolle der Staatsanwaltschaft im Haft- und Beschwerdeverfahren hingewiesen wird. Vgl. zur parteiischen Rolle der Staatsanwaltschaft im Haftprüfungsverfahren auch BGE 137 IV 91, E. 3.3; BGer, Urteil vom 15.02.2018, [1B_53/2018](#), E. 3.4.

683 HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 36 N 6.

684 BGer, Urteil vom 15.06.2017, [1B_130/2017](#), E. 2.2 mit Hinweis; relativierend BGE 138 IV 142, E. 2.2.1; BGer, Urteil vom 09.09.2015, [6B_411/2015](#) und [6B_412/2015](#), E. 4.2; BGer, Urteil vom 27.08.2014, [1B_213/2014](#), E. 2; BStrGer, Urteil vom 31.05.2013, [BB.2013.31](#), E. 2.2.2.

685 Art. 6 Abs. 2 StPO. BGer, Urteil vom 27.07.2017, [1B_202/2017](#), E. 2.2 mit Hinweis.

In Bezug auf die persönliche Unbefangenheit stellt das Bundesgericht an die verfahrensleitende Staatsanwaltschaft im Vorverfahren dieselben inhaltlichen Anforderungen wie an eine richterliche Behörde.⁶⁸⁶

Es ist jedoch wichtig zu erkennen, dass die Unterscheidung zwischen der strafverfolgenden und richterlichen Tätigkeit seit der Aufklärung und noch mehr seit der Reformation des Strafprozesses im 19. Jahrhundert eine wesentliche Voraussetzung jedes rechtsstaatlichen Strafverfahrens ist.⁶⁸⁷ Die institutionelle Trennung dieser Funktionen dient der Absicherung der Gewaltenteilung und bietet Gewähr für eine gegenüber der Rechtsanwendung unabhängige Rechtsprechung.⁶⁸⁸ Demnach hat die Staatsanwaltschaft den Strafanspruch des Staates zu vertreten,⁶⁸⁹ indem sie eine Strafuntersuchung einleitet, den Tatverdacht energisch untersucht, bei Zweifeln an der Strafbarkeit im Sinne des Grundsatzes *in dubio pro duriore* Anklage erhebt und die Sichtweise der Anklage vor Gericht geltend macht.⁶⁹⁰ Demgegenüber besteht die Rolle eines Strafgerichtes grundsätzlich in der freien Würdigung der Beweise und deren Subsumtion unter die anwendbaren Strafbestimmungen.⁶⁹¹ Falls infolge einer Vermischung dieser Rollen der Anschein entsteht, als nehme eine richterliche Behörde eine strafverfolgende Tätigkeit wahr, ist die Unparteilichkeit nicht mehr gewährleistet.⁶⁹² Im gleichen Masse problematisch ist es, wenn die staatsanwaltschaftlichen Behörden richterliche Funktionen wahrnehmen.⁶⁹³

686 Art. 29 Abs. 1 BV stimmt in einem solchen Fall inhaltlich weitgehend mit Art. 30 Abs. 1 BV überein, vgl. etwa BGer, Urteil vom 13.06.2018, [1B_166/2018](#), E. 2.2; BGer, Urteil vom 22.11.2017, [1B_355/2017](#), E. 3.3.1; [BGE 141 IV 178](#), E. 3.2.2; illustrativ BGer, Urteil vom 07.02.2018, [1B_375/2017](#) und [1B_379/2017](#), E. 4 und 5 in Bezug auf die Missachtung der Teilnahmerechte, unzulässige Druckausübung bei der Einvernahme von vermeintlichen Opfern sowie das Vorenthalten entlastender Beweismittel seitens der Staatsanwaltschaft.

687 Siehe vorstehend, Erster Teil, Kapitel B.I.

688 Gem. Art. 4 Abs. 1 StPO, Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Abs. 1 IPBPR, siehe StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 4 N 7 f.

689 Gem. Art. 16 Abs. 1 StPO sowie zum Beispiel BGer, Urteil vom 15.02.2018, [1B_53/2018](#), E. 3.4 (auf Haupt- und Berufungsverfahren beschränkt).

690 Gem. Art. 16 Abs. 2 StPO.

691 Der Grundsatz *in dubio pro reo* dient hierbei als Korrektiv hinsichtlich einer von der Schuldhypothese geleiteten Staatsanwaltschaft und dem Umstand, dass die Gerichte aus psychologischen Gründen eher dazu neigen, Informationen, die die Anklage untermauern, zu überschätzen, siehe [BGE 144 IV 345](#), E. 2.2.3.6.

692 Siehe vorstehend, Fn. 452.

693 Vgl. die rechtlich nicht verbindliche UNO-Guideline Role of Prosecutors, Ziff. 10–16 sowie «Bordeaux-Erklärung», Ziff. 3.

Die Staatsanwaltschaft darf mithin nicht mit einer richterlichen Behörde gleichgesetzt werden.⁶⁹⁴ Sie ist keine rechtsprechende, sondern eine rechtsanwendende und somit zur Exekutive zählende Verwaltungsbehörde innerhalb der Rechtspflege.⁶⁹⁵ Mit der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses an der Durchsetzung des Strafanspruchs nimmt die Staatsanwaltschaft eine Funktion ein, die den Anschein der Unparteilichkeit gegenüber der beschuldigten Person nach objektiver Betrachtung ausschliesst. Denn die Eröffnung einer Strafuntersuchung beruht immer auf der Vermutung, dass ein Straftatbestand verwirklicht worden sei. Hierbei besteht die Gefahr, dass die Staatsanwaltschaft die zu Beginn der Untersuchung im Zusammenhang mit der Verdachtsabklärung notwendigerweise vorherrschende Belastungsperspektive im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht mehr abzustreifen vermag.⁶⁹⁶ In diesen Fällen ist das Risiko einer selektiven Wahrnehmung und damit zusammenhängend auch die Tendenz, auf eine Bestätigung des ursprünglichen Tatverdachts hinzuwirken, hoch.⁶⁹⁷ Die Parteilichkeit der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren folgt aus ihrem gesetzlichen Auftrag,⁶⁹⁸ der im Wesentlichen darin besteht, die belastenden Momente möglichst vollständig zu ermitteln und zur Geltung zu bringen.⁶⁹⁹

Die Strafverfolgung im Sinne einer auf Überführung des Straftäters gerichteten Tätigkeit lässt sich *nicht* mit den Erfordernissen an eine unparteiische Behörde in Einklang bringen. Folgerichtig verzichten sowohl das Bundesgericht als

694 Vgl. auch BRUN, Diss., 80 f. Dies gilt selbst in Fällen, in denen Staatsanwälte einen Strafbefehl erlassen, vgl. BGE 124 I 76, E. 2: «L'exercice occasionnel et limité de ces fonctions ne métamorphose pas pour autant le Procureur général en juge». Im Widerspruch dazu BGer, Urteil vom 20.05.2015, 1B_417/2014, E. 2.2 m.w.H.

695 BGE 102 Ia 179, E. 3b; METTLER, Staatsanwaltschaft, 75; KIENER/CUPA, 398, 400. Insofern kann die Staatsanwaltschaft nicht die Anforderungen an ein von der Exekutive unabhängiges Gericht erfüllen, siehe THOMMEN, Kurzer Prozess, 34 m.w.H.

696 Vgl. etwa PIGUET/DYENS, 315; BRUN, Diss., 222.

697 RENZIOWSKI, 119; BERNARD, In dubio, 113; ALBRECHT, Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers, N 25; JOSITSCH, 39: «Die Untersuchung tendiere [...] dazu, einseitig auszufallen». MAURER, 460: «Mit der Aufgabe der Staatsanwaltschaft, strafbare Handlungen zu verfolgen, [ist] ein gewisses Mass an Einseitigkeit funktional verbunden».

698 KRAUSS, Strafverteidigung, 119. RUTH, 11 f.: «Die Untersuchung erfordert Initiative, rasches Handeln, zähes Vorgehen der für richtig gehaltenen Fährte, das um so mehr, als der Verfolgte häufig mit aller Energie der Aufklärung des Tatbestandes entgegenarbeitet und infolgedessen die Untersuchung es mit sich bringt, dass der Verfolger ihm als Widersacher entgegentreten muss».

699 RUTH, 14.

auch der EGMR darauf, die für ein Gericht geltenden Anforderungen der institutionellen Unabhängigkeit und funktionalen Unparteilichkeit gleichermaßen auf die strafverfolgende Staatsanwaltschaft anzuwenden.⁷⁰⁰

Das bedeutet indes nicht, dass die Staatsanwaltschaft bei der Wahrnehmung ihrer strafverfolgenden Tätigkeit nicht möglichst objektiv vorgehen und allein dem Recht verpflichtet sein sollte.⁷⁰¹ Die gesetzlich normierte Pflicht, auch die zur Entlastung der beschuldigten Person wesentlichen Umstände abzuklären, stellt die Staatsanwaltschaft in der Praxis jedoch oftmals vor grosse Probleme.⁷⁰² Insbesondere wenn zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ein anwaltlicher Beistand hinzugezogen worden ist, dürfte es sich bei der geforderten Objektivität der Staatsanwaltschaft in der Rechtswirklichkeit wohl um nicht viel mehr als eine «Scheinobjektivität» handeln, die sich in einer «Inkognito-Verteidigung» erschöpft.⁷⁰³

Aus diesem Grund vermag die Pflicht der Staatsanwaltschaft, im Rahmen ihrer strafverfolgenden Tätigkeit objektiv vorzugehen, die Geltung des Waffengleichheitsprinzips im schweizerischen Vorverfahren nicht zu relativieren. Nach der zutreffenden Ansicht des EGMR kommt der Staatsanwaltschaft infolge der von ihr wahrgenommen strafverfolgenden Funktion eine funktionale Parteistellung im Strafverfahren zu.⁷⁰⁴ Im Sinne des Waffengleichheitsprinzips

700 BGE 112 Ia 142, E. 2b (noch zu Art. 58 aBV); EGMR vom 27.09.2005, *Zarb v. Malta* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 16631/04: «The Court reiterates that the requirements of impartiality and independence enshrined in Article 6 of the Convention only refer to the 'tribunal' called upon to determine the criminal charges against the accused and do not apply to the prosecuting authorities [...]».

701 Diese Pflicht zur Objektivität der Staatsanwaltschaft gilt im Übrigen für das gesamte Verfahren, siehe CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 28 mit Hinweis auf WEDER, FS Trechsel, 803 f.; dies gilt auch für den Zeitpunkt nach der Anklageerhebung, siehe BGer, Urteil vom 26.11.2018, 1B_139/2018, E. 4.3. Die Pflicht zur möglichst objektiven Strafverfolgung und Anklagevertretung darf indes nicht mit der Unparteilichkeit gleichgesetzt werden. So aber BGer, Urteil vom 18.10.2018, 1B_340/2018, E. 3.2.

702 Diese Pflicht kann die Untersuchungsbehörden gelegentlich überfordern, siehe SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 156; zur psychologischen Unzumutbarkeit einer solchen Doppelrolle siehe WOHLERS, Staatsanwaltschaft, 24 f. Davon überzeugt, dass die Staatsanwaltschaft dazu befähigt ist, beide Rollen wahrzunehmen, KINTZI, 458.

703 PFENNINGER, Strafprozessrecht, 145.

704 EGMR vom 04.07.2000, *Niedbata v. Polen*, Nr. 27915/95, § 53: « [T]he mere fact [...] that under applicable laws the prosecutors, in addition to exercising a prosecutorial role also act as guardian of the public interest, cannot be regarded as conferring on them a judicial status. It notes that the prosecutors perform investigative and prosecuting functions and,

ist die Staatsanwaltschaft somit als Gegenpartei der beschuldigten Person im Vorverfahren des schweizerischen Strafprozesses aufzufassen und anzuerkennen.⁷⁰⁵

F. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Mit der Verschiebung entscheidender Verfahrensschritte ins Vorverfahren steht die Schweiz im Vergleich mit anderen Mitgliedsstaaten der EMRK nicht allein da. Sowohl das Bundesgericht als auch der EGMR haben dieser Entwicklung insofern Rechnung getragen, als beide verlangen, dass bei einer systematischen Vorverschiebung des eigentlichen Beweisverfahrens die Verteidigungsrechte bereits im Vorverfahren strikt gewährleistet sein müssen. Im europäischen Vergleich einzigartig ist hingegen die Konzeption des schweizerischen Vorverfahrens, wonach die Beweise unter der Leitung der Staatsanwaltschaft, also der Gegenpartei der beschuldigten Person, nicht bloss erhoben, sondern auch kontradiktorisch erörtert und bestritten werden sollen. Wenn sich aber ein Strafverfahren durch die kontradiktorische Erörterung der gegenüberstehenden Sichtweisen vor einer unabhängigen und unparteiischen Instanz auszeichnet bzw. auszeichnen sollte, stellt die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren ein massives Problem dar.⁷⁰⁶ Wie vorstehend aufgezeigt wurde, erfüllt die strafverfolgende Staatsanwaltschaft die Anforderungen an ein funktional unparteiisches Gericht nicht.

therefore, their position in the criminal proceedings as provided for by law [...] must be seen as that of a party to these proceedings». Diese Rspr. wurde bestätigt in EGMR vom 30.03.2004, *Merit v. Ukraine*, Nr. 66561/01, § 63. Vgl. hierzu auch SUMMERS, Unparteilichkeit, 447 f.

705 Der Parteibegriff ist prozessualer Natur, siehe SANDERMANN, 49 mit Hinweis auf die Rspr. Zum missverständlichen Parteienbegriff im Strafprozess, siehe auch OBERHOLZER, Grundzüge, N 302. Um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen, ist darauf hinzuweisen, dass hiermit nicht über den Umweg von Art. 6 Ziff. 1 EMRK die Forderung erhoben wird, das Vorverfahren als reinen Parteienprozess aufzufassen, in welchem allen Parteien die formell gleichen Rechte zustehen müssen. Wie die Ausführungen unter dem vorstehenden Dritten Teil, Kapitel B.II. verdeutlichen, geht es nach hier vertretenem Verständnis beim Waffengleichheitsprinzip um ein materielles Verständnis der Verfahrensteilnahme in einem bestimmten institutionellen Rahmen.

706 Es erscheint zumindest fraglich, ob die Verwertung der so gewonnenen Beweisergebnisse als unabhängige Rspr. bezeichnet werden darf, kritisch ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 191.

Unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit» birgt die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft in Kombination mit der systematischen Vorverlegung des Beweisverfahrens das Potenzial, die beschuldigte Person in der Ausübung ihrer Verteidigungsrechte in mannigfacher Weise zu benachteiligen. Die Pflicht zur Objektivität der Staatsanwaltschaft, deren Umsetzung in der Rechtswirklichkeit ohnehin infrage steht, vermag daran nichts zu ändern. Solange für die Einhaltung und Gewährleistung der Verteidigungsrechte im entscheidenden Vorverfahren keine unparteiische Instanz zuständig ist, kann den Erfordernissen der «Waffengleichheit» nicht entsprochen werden – und mögen der beschuldigten Person noch so viele Verteidigungsrechte von Gesetzes wegen eingeräumt werden.

Inwiefern die Verteidigungsrechte im schweizerischen Vorverfahren gefährdet sind, wird gleich anschliessend im fünften Teil aufgezeigt. Diese Arbeit will sich aber nicht mit der blossen Beschreibung der Probleme begnügen, sondern auch Wege aufzeigen, wie mit den festgestellten Problemen *de lege ferenda* umgegangen werden könnte.

Um den Erfordernissen der «Waffengleichheit» nachzukommen, erscheint es unumgänglich, einzelne Bestimmungen im schweizerischen Vorverfahren in Bezug auf die institutionelle Ausgestaltung der Verteidigungsrechte neu zu regeln. Auf der theoretischen Ebene kommen hierbei grundsätzlich drei verschiedene *Varianten* in Betracht.

Die erste Variante liegt im Beharren auf der kontradiktorischen Erhebung und Bestreitung der Beweise im Rahmen einer unmittelbaren Hauptverhandlung. Dies stünde im Einklang mit der klassischen Zweiteilung des Strafverfahrens in ein vorbereitendes und ein entscheidendes Verfahrensstadium und würde die Wirksamkeit der Verteidigungsrechte in effektiver Art und Weise gewährleisten.

Eine weitere Variante, wie dem Ungleichgewicht zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person im Vorverfahren entgegengewirkt werden könnte, besteht in der Wiedereinführung des Instituts des Untersuchungsrichteramts, das über die Einhaltung der Verfahrensregeln im – in der Rechtswirklichkeit entscheidenden – Vorverfahren wacht. Entgegen der mehrheitlichen Empfehlung der Expertenkommission⁷⁰⁷ wurde dieses Kon-

707 [Aus 29 mach 1](#), 29 ff., insb. 35 f.

zept im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nicht mehr weiterverfolgt.⁷⁰⁸ Das ist jedoch kein dogmatischer Grund, weshalb nicht über eine Wiedereinführung des Untersuchungsrichteramts nachgedacht werden darf.

Schliesslich könnte als dritte Variante das Zwangsmassnahmengericht für die Gewährleistung spezifischer Verteidigungsrechte im Vorverfahren verantwortlich gemacht werden. Dieses Vorgehen trägt dem normativen Gefüge der geltenden StPO am besten Rechnung, weil es die vertrauten Strukturen am wenigsten tangiert. Der vorgeschlagene Kompetenzzuwachs des Zwangsmassnahmengerichts dürfte aber vor allem bei den Praktikern auf gewisse Zurückhaltung stossen. Einerseits fürchten die Behörden wohl den personellen Mehraufwand und stören sich an den Änderungen ihrer bisherigen Verfahrensabläufe. Die Bedenken der Strafverteidigung andererseits gründen wohl eher auf der restriktiven Praxis der Zwangsmassnahmengerichte, die in ihren Beschlüssen selten von der Sichtweise der Staatsanwaltschaft abweichen.⁷⁰⁹ In Antizipation dieser Kritik sei auf die konzeptionelle Rolle des Zwangsmassnahmengerichts als eigenständiges Korrektiv zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft verwiesen.⁷¹⁰ Diese Rolle gilt es richtig zu interpretieren. Das Zwangsmassnahmengericht darf nicht einfach die Sichtweise der Staatsanwaltschaft unkritisch übernehmen, sondern hat eigenständig über die Einhaltung der Verteidigungsrechte zu wachen.

Es ist es durchaus möglich, dass die Wirksamkeit der verschiedenen Verteidigungsrechte auf unterschiedlichen Wegen erzielt werden muss. Mit anderen Worten kann sich für das eine Verteidigungsrecht die Geltendmachung in der Hauptverhandlung vor dem Gericht aufdrängen, während ein anderes mittels eines Richtervorbehalts im Untersuchungsverfahren berücksichtigt werden könnte. Welche Massnahme im Einzelnen zu treffen ist, um die «Waffengleichheit» sicherzustellen, kann jedoch nicht näher ausgeführt werden, ohne zuvor auf die konkreten Probleme bei der Umsetzung der Verteidigungsrechte im Vorverfahren einzugehen. Dabei sind die *De-lege-ferenda*-Vorschläge im fünften Teil dieser Arbeit bewusst offen formuliert. Der sechste Teil geht sodann auf theoretischer Ebene nochmals auf die Grundkonzeption des Strafverfahrens in der Schweiz ein. In diesem abschliessenden Teil der Arbeit sollen

708 Botschaft StPO 2005, 1106–1109.

709 Vgl. betreffend die in der Praxis festgestellten Schwierigkeiten etwa PIGUET/DYENS, 321 f.

710 GOLDSCHMID, 38 f.; Botschaft StPO 2005, 1107, 1137; BGE 142 IV 29, E. 3.2; StPO Kommentar-KIENER, Art. 18 N 1 mit Verweis auf die Eintretensdebatte zur Vereinheitlichung der StPO, Amtl. Bull. NR 2007, 941.

die verschiedenen Vor- und Nachteile der drei Varianten – immer mit dem Ziel der Wahrung der «Waffengleichheit» vor Augen – gegeneinander abgewogen werden.

**Fünfter Teil:
Umsetzung der
«Waffengleichheit» im
schweizerischen Vorverfahren**

A. EINLEITUNG

Mit der Einführung der gesamtschweizerischen StPO im Jahr 2011 wurde das Institut des Untersuchungsrichteramtes – unter dem Etikett der Effizienz⁷¹¹ – gesamtschweizerisch abgeschafft.⁷¹² Seither steht das Vorverfahren unter der Leitung der Staatsanwaltschaft.⁷¹³ Um die damit einhergehende erstarkte Stellung der Staatsanwaltschaft auszugleichen, sind die Verteidigungsrechte in diesem Verfahrensstadium ausgebaut worden.⁷¹⁴

Es ist jedoch unübersehbar, dass die Stellung der beschuldigten Person nicht allein dadurch gestärkt wird, dass ihre Rechte im Vorverfahren ausgebaut werden. Im Schrifttum finden sich viele Abhandlungen zu einzelnen Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK und es wird aufgezeigt, weshalb diese für die Legitimität eines Strafverfahrens von besonderer Bedeutung sind.⁷¹⁵ Zwar wird in diesem Zusammenhang oft darauf hingewiesen, dass die EMRK keine theoretische, sondern eine konkrete und wirksame Gewährleistung der Verteidigungsrechte verlangt;⁷¹⁶ dennoch wird gemeinhin darauf vertraut, dass die Verteidigungsrechte ohne Weiteres – also unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Strafverfahrens – in der Praxis zur Anwendung gelangen, sobald ihr Anwendungsbereich einmal «richtig» erfasst wurde. Dieser Ansatz trägt dem Umstand, dass die Verteidigungsrechte dem Handeln der Strafverfolgungsbehörden gewisse Grenzen auferlegen, zu wenig Rechnung. Der Fokus auf die theoretische Möglichkeit zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte ohne nähere Auseinandersetzung mit den institutionellen Ge-

711 Vgl. [Botschaft StPO 2005](#), 1105: «Durch die Einheitlichkeit von Ermittlung, Untersuchung und Anklageerhebung soll ein hoher Grad an Effizienz in der Strafverfolgung erreicht werden».

712 Was in den Kantonen teils auf heftigen Widerstand stiess, vgl. BOMMER, ZBJV 2014, 260 m.w.H. Bezeichnend die Bedenken der waadtländischen Nationalrätin *Menétrey-Savary*, gemäss deren Votum die vorgesehene Vereinheitlichung der Strafprozessordnung eine Gefahr für die «Waffengleichheit» darstellt, siehe *Menétrey-Savary*, [Amtl. Bull. NR, 2007](#), 936.

713 Gem. [Art. 16 Abs. 2](#) und [Art. 61 lit. a StPO](#).

714 [Botschaft StPO 2005](#), 1105. In Bezug auf die Teilnahme- und Mitwirkungsrechte, siehe BGer, Urteil vom 12.12.2017, [6B_422/2017](#), E. 1.3.

715 Zum Beispiel DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung; CHRISTEN, Anwesenheitsrecht; SCHLEIMINGER, Diss. (Konfrontationsrecht), GRETER hinsichtlich des Akteneinsichtsrechts sowie SCHLEGEL hinsichtlich des anwaltlichen Beistands.

716 Siehe zum Beispiel [BGE 131 I 350](#), E. 4.1 m.w.H.

gebenheiten erlaubt es der Justiz, die konkret vorhandene Unfairness des Strafverfahrens zu kaschieren.

Die wirksame Gewährung von Verteidigungsrechten hängt wesentlich davon ab, in welchem institutionellen Rahmen diese geltend gemacht werden können. Daher ist entscheidend, *wer* das Strafverfahren leitet und über die Erhebung der Beweise und die Gewährung der Verteidigungsrechte wacht. Insbesondere wenn bei der Umsetzung der Verteidigungsrechte ein Ermessensspielraum besteht, ist eine nähere Auseinandersetzung mit dem institutionellen Rahmen, in welchem die Verteidigungsrechte geltend gemacht werden können, zwingend geboten. Den Staat trifft hierbei eine positive Schutzpflicht, die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte zu ermöglichen.⁷¹⁷

Mit Blick auf das Waffengleichheitsprinzip geht es darum, inwieweit eine Verfahrensbalance in der Verfahrenswirklichkeit tatsächlich gewährleistet ist und gelebt wird.⁷¹⁸ Die Gewährung, aber auch die Einschränkung der Verteidigungsrechte fallen im Prozessstadium vor der Anklageerhebung weitestgehend ins Ermessen der Staatsanwaltschaft. In Anbetracht der verfahrensleitenden Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren ist es fraglich, ob die Verteidigungsrechte in der Rechtswirklichkeit tatsächlich eine Stärkung erfahren haben. Allfällige Schwierigkeiten der beschuldigten Person, ihre Rechte im Vorverfahren zur Geltung zu bringen, fallen in der schweizerischen Konzeption des Strafverfahrens besonders ins Gewicht, weil diese der Tendenz Vorschub leistet, entscheidende Beweise im Vorverfahren abschliessend zu erheben und kontradiktorisch zu bestreiten.⁷¹⁹

Auf der Grundlage empirischer Daten wird im Folgenden aufgezeigt, in welchem Bereich die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren eine konkrete Gefahr für die wirksame Umsetzung der Verteidigungsrechte nach [Art. 6 EMRK](#) darstellt. Die folgenden Verteidigungsrechte werden hierbei einer näheren Überprüfung unterzogen: Das Recht auf einen anwaltlichen Beistand (B.), das Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf (C.), das Akteneinsichtsrecht (D.), das Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen (E.), das Recht auf Erhebung des von der Verteidigung beantragten Zeugenbeweises (F.) sowie das Recht auf objektive Begutachtung und

⁷¹⁷ Vgl. JAAG, 44.

⁷¹⁸ Siehe [BGE 116 Ia 312](#), E. 4b.

⁷¹⁹ Vgl. vorstehend, Vierter Teil, Kapitel C.

Konfrontation mit einer sachverständigen Person (G.). Bestehen im Einzelfall Anhaltspunkte dafür, dass das Ermessen der Strafverfolgungsbehörde die wirksame Ausübung eines dieser Verteidigungsrechte behindert hat, ist von einem substanziellen Nachteil der Verteidigung auszugehen.⁷²⁰ Das Prinzip der Waffengleichheit wäre in einem solchen Fall nicht mehr gewährleistet.

Zum Schluss jedes Kapitels wird diskutiert, wie mit den festgestellten Problemen *de lege ferenda* umgegangen werden könnte, um den Erfordernissen des Prinzips der Waffengleichheit im schweizerischen Vorverfahren besser Rechnung tragen zu können. Der Weg führt hier entweder über eine Einschränkung des Ermessens der Strafverfolgungsbehörden, sei es durch eine verfahrensrechtliche Neuregelung oder durch die Rechtsprechung, oder über eine richterliche Instanz, der die Aufgabe übertragen wird, die Gewährung und Einhaltung bestimmter Verteidigungsrechte im Vorverfahren zu überwachen.

B. RECHT AUF ANWALTlichen BEISTAND

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es primär die Aufgabe der Staatsanwaltschaft, den Sachverhalt zu ermitteln und die rechtserheblichen Beweise zu erheben.⁷²¹ In der Theorie hat die Staatsanwaltschaft den entlastenden Umständen mit gleicher Sorgfalt nachzugehen wie den belastenden Umständen.⁷²² Man kommt jedoch nicht umhin zu erkennen, dass in der Praxis das Hauptaugenmerk der Staatsanwaltschaft darauf gerichtet ist, zu verhindern, dass ein Schuldiger seiner Strafe entgeht.⁷²³ Um vor einer solchen einseitigen Sachverhaltsermittlung zu schützen, ist anwaltlicher Beistand unabdingbar.⁷²⁴ Damit ist zugleich sichergestellt, dass von den Verteidigungsrechten auch tatsächlich wirksam Gebrauch gemacht wird.⁷²⁵

720 Vgl. zum substanziellen Nachteil vorstehend, Dritter Teil, Kapitel D.

721 BGer, Urteil vom 12.10.2015, [6B_288/2015](#), E. 1.5.4.

722 [Art. 6 Abs. 2 StPO](#).

723 KOHLBACHER, 50: «[Die Staatsanwaltschaft] ist berufsmässig Gegner des Verdächtigen»; TRECHSEL, *Human Rights*, 270; ZUBERBÜHLER, 90.

724 TRECHSEL, *Why Must Trials Be Fair?*, 108; vgl. dazu auch JEKER, 81: «Das Interesse an der Wahrheitsfindung in einem kontradiktorischen Verfahren, in dem auch der Standpunkt der beschuldigten Person wirksam vertreten sein muss, ist ohne professionelle Verteidigung reine Illusion».

Das Recht auf Verteidigung umfasst sowohl das Recht auf Verteidigung in eigener Person als auch das Recht auf anwaltlichen Beistand.⁷²⁶ In Bezug auf Letzteres kann die verfahrensleitende Stellung der Strafverfolgungsbehörden zu einem Problem der «Waffengleichheit» werden, auf das an dieser Stelle eingegangen werden soll. Denn das Ermessen der Verfahrensleitung kann unter Umständen dazu führen, dass die beschuldigte Person von ihrem Recht auf Verteidigung – sei es im Sinne des «Anwalts der ersten Stunde» oder im Sinne der notwendigen oder amtlichen Verteidigung – nicht oder nur verspätet Gebrauch macht. Dadurch würden die Strafverfolgungsbehörden aufgrund ihres Fachwissens und ihrer Praxiserfahrung in einer gegenüber der beschuldigten Person privilegierten Stellung verbleiben.

Im Fokus der Betrachtung steht mithin das Ermessen der verfahrensleitenden Strafverfolgungsbehörden. Insbesondere wird diskutiert, inwieweit die beschuldigten Personen über ihr Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde» und ihr allfälliges Recht auf amtliche Verteidigung zu belehren sind. Zu beleuchten ist ferner das staatsanwaltschaftliche Ermessen hinsichtlich der Frage, ob und zu welchem Verfahrenszeitpunkt eine notwendige Verteidigung sichergestellt sein muss und wie die Auswahl der amtlichen Verteidigung auszugestalten ist, um die kontradiktorische Wahrnehmung der Verteidigungsrechte nicht zu beeinträchtigen.

I. «Anwalt der ersten Stunde»

Das Recht auf einen anwaltlichen Beistand bei der ersten Befragung durch die Polizei oder bei der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft ist von grosser Bedeutung für die beschuldigte Person, da der Verfahrensausgang wesentlich von den dort getätigten ersten Aussagen abhängt.⁷²⁷ Der hohe

725 FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 53 (auf das Waffengleichheitsprinzip hinweisend); TRECHSEL, RIDP 1978, 576.

726 Das Recht auf einen anwaltlichen Beistand kann sich sowohl auf die Wahlverteidigung als auch auf die amtliche Verteidigung beziehen. Die einzelnen Rechte werden neben den internationalen Vereinbarungen auch von der BV und StPO gewährleistet, vgl. Art. 127 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 129 Abs. 1 StPO; vgl. auch Art. 29 Abs. 2 und 3 BV, Art. 31 Abs. 2 Satz 2 BV sowie Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV.

727 Der ersten Einvernahme wird in der Praxis ein erhöhter Stellenwert eingeräumt, vgl. OGer BE, Urteil vom 15.05.2013, SK 2012 223, E. 6.2; MELUNOVIC, 605; HÄCKER/SCHWARZ/TREUER/BENDER/NACK, 62; krit. REINHART, 135–138.

Stellenwert der Aussagen im Vorverfahren spiegelt sich auch in den Auswertungen des Forschungsprojekts «Trial Observation» wider.

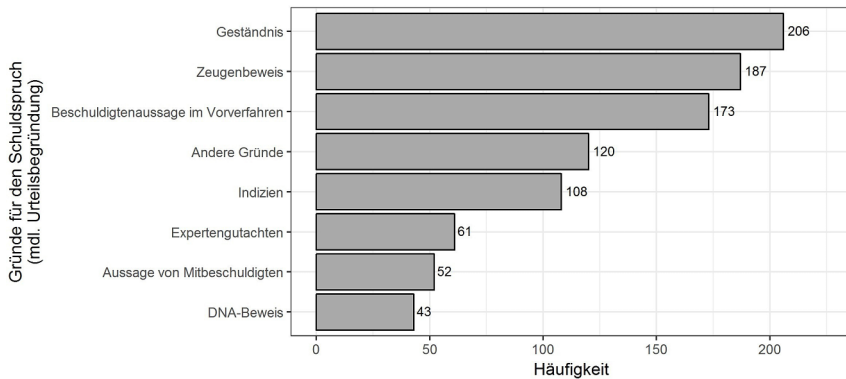


Abbildung 1: Gründe, die bei der mündlichen Urteilsbegründung für den Schuldspruch im Hauptanklagepunkt herangezogen wurden (Mehrfachantworten).

Wie die Auswertung zeigt, wurde bei der mündlichen Urteilsbegründung in rund 40 Prozent der untersuchten Fälle (in 173 von 439 beobachteten Hauptverhandlungen) auf die Aussagen der beschuldigten Person im Vorverfahren abgestellt.⁷²⁸ Dies illustriert deren Relevanz für den Ausgang des Strafverfahrens in aller Deutlichkeit.

1. Gesetzlicher Anspruch

Mit der Einführung der StPO hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung des EGMR Rechnung getragen.⁷²⁹ Die StPO sieht vor, dass eine beschuldigte Person auf jeder Verfahrensstufe eine Verteidigung beziehen kann.⁷³⁰ Über dieses Recht ist sie zu Beginn der Vernehmung hinzuweisen.⁷³¹ Gemäss dem Wortlaut

⁷²⁸ Diese Auswertung wurde bereits in der ZStrR veröffentlicht, siehe SUMMERS/GARLAND/STUDER, 152. Allgemein zur Relevanz der subjektiven Beweismittel, KUNZ/HAAS, 181; CAPUS/ALBRECHT, 362.

⁷²⁹ Richtungsweisend war EGMR vom 27.11.2008, *Salduz v. Türkei* (GK), Nr. 36391/02, § 55.

⁷³⁰ Art. 127 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 129 Abs. 1 StPO. Der Einführung des «Anwalts der ersten Stunde» wurde seitens der Strafverfolgungsbehörde zunächst mit grosser Skepsis begegnet, vgl. z.B. WEDER, NZZ 2006, 15.

⁷³¹ Art. 158 lit. c StPO; DONATSCH/CAVEGN, forumpoenale 2009, 106.

von Art. 158 lit. c StPO genügt hierzu der Hinweis auf die Möglichkeit, eine Verteidigung zu bestellen.

2. Ermessen hinsichtlich des Umfangs der Belehrung

Das Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde» bezieht sich nicht nur auf das Recht, eine Verteidigung formell zu bestellen,⁷³² sondern auch darauf, dass die Verteidigung bei der polizeilichen Befragung oder staatsanwaltschaftlichen Einvernahme anwesend sein und Fragen stellen kann.⁷³³ Darüber hinaus muss es der beschuldigten Person ermöglicht werden, sich vor der Befragung ungestört,⁷³⁴ und ohne dass das Gespräch abgehört wird, mit der Verteidigung abzusprechen.⁷³⁵ Der freie Verkehr mit dem anwaltlichen Beistand sichert dessen Wirksamwerden anlässlich der ersten Vernehmung,⁷³⁶ indem die beschuldigte Person über Konsequenzen und Bedeutung ihrer ersten Aussagen im Strafprozess aufgeklärt wird und – zumindest in den Grundzügen – eine Verteidigungsstrategie entwickelt werden kann.⁷³⁷

Inwieweit die Polizei oder die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person über das Anwesenheits- und Fragerecht der Verteidigung sowie das Recht auf freien Verkehr mit derselben aufzuklären hat, lässt sich dem Gesetz nicht explizit entnehmen und steht somit im Ermessen der verfahrensleitenden Strafverfolgungsbehörde.

732 SCHLEGEL/WOHLERS, 312: «Allein zu wissen, dass man theoretisch eine Verteidigung bestellen kann, bedeutet noch lange nicht zu wissen, wie und wann man deren Dienst nutzen kann».

733 Im polizeilichen Ermittlungsverfahren ergibt sich das Anwesenheitsrecht aus Art. 159 Abs. 1 StPO. Im staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsverfahren ergibt sich das Recht aus Art. 147 Abs. 1 StPO.

734 EGMR vom 09.04.2015, *A.T. v. Luxemburg*, Nr. 60460/13, §§ 87–91. In diesem Fall ging es zwar um die erste Befragung durch einen Untersuchungsrichter. Es ist jedoch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen diese Rspr. nicht auf die erste Befragung durch die Polizei übertragbar sein sollte. Art. 159 Abs. 2 StPO sieht im Zusammenhang mit der polizeilichen Befragung ebenfalls den freien Verkehr mit der Verteidigung vor. Die Beratung mit der beschuldigten Person kann laut Botschaft vor, während oder nach der polizeilichen Befragung erfolgen, vgl. *Botschaft StPO 2005*, 1195.

735 SCHLEGEL, 351 ff.; vgl. auch SCHMID/JOSITSCH, *Praxiskommentar*, Art. 159 N 4.

736 SCHLEGEL, 335 ff.

737 Vgl. EGMR vom 28.11.1991, *S. v. Schweiz*, Nr. 12629/87 und 13965/88, § 48; BERNARD, *Fürsorge*, 233, 235. In der Praxis dürfte vor allem die Frage von Bedeutung sein, ob die beschuldigte Person von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen soll oder nicht, vgl. dazu BERNARD, *Schweigen*, 9–22.

3. Praktische Umsetzung des Rechts auf einen «Anwalt der ersten Stunde»

Angesichts des Gewichts, das die Praxis den ersten Aussagen der beschuldigten Person zumisst, wäre zu erwarten, dass Letztere häufig von ihrem Recht auf den «Anwalt der ersten Stunde» Gebrauch macht. Die erhobenen empirischen Daten ergeben jedoch ein anderes Bild:

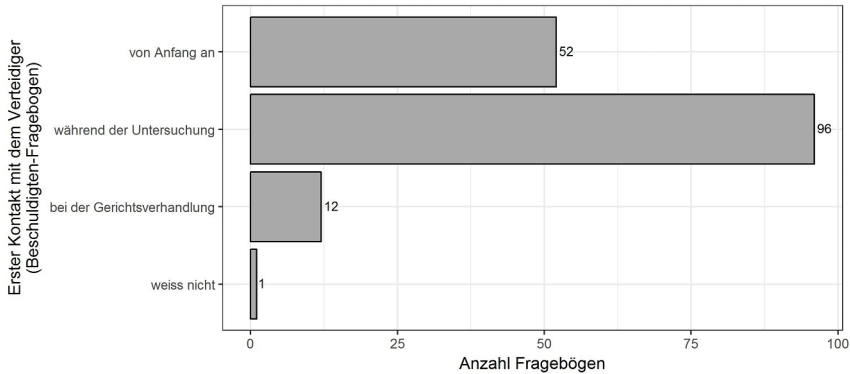


Abbildung 2: Erster Kontakt der beschuldigten Person mit ihrer Verteidigung gemäss Selbstauskunft der beschuldigten Person (Angaben in Prozent).

Die im Rahmen des Forschungsprojekts «Trial Observation» ausgewerteten Fragebögen zeigen, dass die beschuldigte Person in 68 Prozent aller untersuchten Fälle *nicht* von ihrem Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde» Gebrauch gemacht hat.⁷³⁸ Angesichts der herausragenden Bedeutung der ersten Aussagen erstaunt die relativ hohe Anzahl der Fälle, in denen erst im weiteren Verlauf der Untersuchung oder zu einem noch späteren Zeitpunkt anwaltlicher Beistand beansprucht wird.

4. Die Belehrungskompetenz unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»

Die Häufigkeit, in welcher die beschuldigte Person ihr Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde» nicht geltend macht, ist aus der Optik einer anzustrebenden «Waffengleichheit» per se problematisch. Die Situation könnte

⁷³⁸ Diese Auswertung wurde bereits in der ZStrR veröffentlicht, siehe SUMMERS/GARLAND/STUDER, 152.

allenfalls verbessert werden, wenn die beschuldigte Person nicht nur zwingend darüber aufgeklärt würde, dass sie jederzeit einen Anwalt beiziehen kann, sondern gleichzeitig – d.h. nicht erst unter der Bedingung, dass eine Verteidigung verlangt wurde – darauf hingewiesen wird, dass ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung bei der Vernehmung besteht und sie sich vorgängig mit dem Rechtsbeistand beraten kann.⁷³⁹

Eine umfassende Belehrungspflicht ändert aber nichts daran, dass die Belehrung über das Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde» de facto durch die polizeiliche Behörde erfolgt. Hierbei besteht die Gefahr, dass bestimmte Kriterien wie die Kostenfolge,⁷⁴⁰ der (eingeschränkte) Nutzen der Verteidigung oder die mögliche Strafmilderung bei freiwilligen und nicht taktischen Geständnissen übermässig hervorgehoben werden. Dieses Ermessen kann verhindern, dass sich die beschuldigte Person der Bedeutung des Rechts wirklich bewusst wird. Die Unklarheit, inwieweit die beschuldigte Person zu belehren ist, kann die wirksame Umsetzung des «Anwalts der ersten Stunde» vereiteln und die beschuldigte Person im Einzelfall substantiell benachteiligen, indem diese ihr Recht auf Mandatierung eines anwaltlichen Beistands nicht oder erst verspätet wahrnimmt.

II. Notwendige Verteidigung

In gewissen Konstellationen, wie etwa bei einer drohenden Freiheitsstrafe von über einem Jahr oder bei eingeschränkten kognitiven Fähigkeiten der beschuldigten Person, sieht die StPO zwingend die Sicherstellung einer Vertei-

739 Diese Hinweispflicht ergibt sich aus der Rspr. des EGMR, siehe vorstehend Dritter Teil, Kapitel E.I. Auch **Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO** verlangt eine umfassende Belehrung der einzuvernehmenden Person. In dieser Hinsicht vorbildlich das **Merkblatt BE**, Ziff. 2.2: «Sie können jederzeit eine [...] Wahlverteidigung beiziehen und mit ihr ohne Aufsicht schriftlich und mündlich verkehren. Bei der Einvernahme haben Sie das Recht, dass Ihre Verteidigung anwesend ist und Fragen stellen darf».

740 Die Hervorhebung des Kostenrisikos beim Informationsblatt ZH («Sie sind berechtigt, auf eigenes Kostenrisiko eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls bei der Verfahrensleitung eine amtliche Verteidigung zu beantragen») ist bewusst abschreckend formuliert, siehe dazu **SCHLEGEL/WOHLERS**, 311.

digung vor.⁷⁴¹ Damit geht die schweizerische Regelung der notwendigen Verteidigung über das hinaus, was die EMRK als Mindeststandard vorgibt.⁷⁴²

Gemäss StPO muss die verfahrensleitende Staatsanwaltschaft eine notwendige Verteidigung *unverzüglich* sicherstellen.⁷⁴³ Wie hernach aufgezeigt wird, kommt ihr dabei ein Ermessen hinsichtlich der Einschätzung der Schwere des Tatvorwurfs und des geistigen Zustands der beschuldigten Person zu, die je nachdem die Sicherstellung einer Verteidigung notwendig macht. Aufgrund des unklaren Gesetzeswortlauts liegt zudem auch der Verfahrenszeitpunkt, ab dem eine notwendige Verteidigung sichergestellt sein muss, im Ermessen der Staatsanwaltschaft.

Das Ermessen der verfahrensleitenden Staatsanwaltschaft ist anfällig für Missbrauch, sei es, indem die Sicherstellung der notwendigen Verteidigung hinausgezögert oder sogar – trotz gegebener Voraussetzungen – überhaupt nicht gewährt wird.⁷⁴⁴ Damit würde der Zustand des Ungleichgewichts zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden bei der polizeilichen Befragung bzw. staatsanwaltschaftlichen Einvernahme fortbestehen. Auf diese Problematik muss daher sogleich näher eingegangen werden.

1. Staatsanwaltschaftliches Ermessen bei der Sicherstellung der notwendigen Verteidigung

a) *Vorliegen der Voraussetzungen*

Die Beurteilung, ob die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung vorliegen, verpflichtet in erster Linie die Staatsanwaltschaft.⁷⁴⁵ Eher unproblematisch sind Fälle, in denen das Ermessen eingeschränkt ist, insbesondere

741 Art. 130 StPO. Bei jugendlichen beschuldigten Personen gelten striktere Vorgaben, siehe Art. 24 JStPO; vgl. dazu auch BGer, Urteil vom 01.12.2016, 6B_655/2016. Die notwendige Verteidigung ist insofern zwingender Natur, als auf deren Einsetzung nicht verzichtet werden kann, siehe BGE 143 I 164, E. 2.2; BGE 131 I 350, E. 2.1. Daran besteht ein öffentliches Interesse, siehe CHEN, 182.

742 Vgl. zum Mindeststandard der EMRK, vorstehend Dritter Teil, Kapitel E.I.

743 Art. 131 Abs. 1 StPO.

744 Vgl. zu dieser Problematik auch die Rspr. des EGMR, vorstehend Fn. 620.

745 Es gilt jedoch zu beachten, dass die Verfahrensleitung im Haftverfahren beim Zwangsmassnahmengericht liegt, weshalb Letzteres bei Vorliegen der Voraussetzungen eine notwendige Verteidigung sicherstellen muss, vgl. BGE 137 IV 215, E. 2.3.

bei Vorliegen einer zehntägigen Untersuchungshaft, bei drohender freiheitsentziehender Massnahme oder Landesverweisung,⁷⁴⁶ bei der Anwesenheit der Staatsanwaltschaft an der Hauptverhandlung sowie bei der Durchführung eines abgekürzten Verfahrens⁷⁴⁷. Weniger deutlich ist die Ausgangslage dann, wenn eine notwendige Verteidigung aufgrund einer drohenden Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder wegen einer kognitiven Einschränkung der beschuldigten Person angezeigt ist.⁷⁴⁸

Entscheidendes Kriterium bei der Einschätzung, ob die geistige Fähigkeit zur Interessenwahrung ausreicht, ist die Befähigung zur wirksamen Selbstverteidigung. Grundsätzlich gilt, dass eine beschuldigte Person in der Lage sein muss, ihre Sichtweise vorzubringen, allfällige Entlastungsmomente zu erkennen und belastende Beweise kritisch zu hinterfragen.⁷⁴⁹ Es ist nicht notwendig, dass die psychische Beeinträchtigung eine Geisteskrankheit im psychiatrischen Sinne darstellt oder zu einer Verhandlungsunfähigkeit

746 Ein Fall notwendiger Verteidigung liegt grundsätzlich immer dann vor, wenn die Staatsanwaltschaft im Rahmen eines Tatvorwurfs, welcher eine Katalogtat von [Art 66a Abs. 1 StGB](#) bildet, Anklage erhebt oder eine Landesverweisung im abgekürzten Verfahren beantragt. Entscheidend ist wiederum die Frage, ab welchem Zeitpunkt von einer *Erkennbarkeit* der notwendigen Verteidigung ausgegangen wird. Erkennbar ist eine notwendige Verteidigung, sobald ein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich einer (versuchten) Katalogtat von [Art. 66a Abs. 1 StGB](#) besteht, so auch RUCKSTUHL, Landesverweisung, 119. Zwar kann die Staatsanwaltschaft i.S.v. [Art. 66a Abs. 2 StGB](#) in einem Härtefall auf den Antrag auf Landesverweisung verzichten und einen Strafbefehl erlassen. Allerdings ist zum Zeitpunkt der ersten Einvernahme noch nicht ersichtlich, ob die Staatsanwaltschaft auf die obligatorische Landesverweisung verzichtet. Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, dass gegen einen Strafbefehl auch seitens der Verteidigung oder einer allfälligen Privatklägerschaft Einsprache erhoben werden kann (siehe zur Legitimation der Privatklägerschaft zur Erhebung einer Einsprache, [BGE 141 IV 231](#), E. 2.3–2.6), wobei ein Gericht frei über die Landesverweisung entscheidet. Aus diesen Gründen liegt, sofern ein Tatverdacht hinsichtlich einer Katalogtat von [Art. 66 Abs. 1 StGB](#) gegen eine ausländische Person besteht, ein Fall erkennbarer notwendiger Verteidigung vor. A.M. Weisung Staatsanwaltschaft Bern.

747 Gem. [Art. 103 lit. a, b, d und e StPO](#). Vgl. zur notwendigen Verteidigung im abgekürzten Verfahren, LAUBE, 302 f.

748 [Art. 130 lit. b StPO](#) sieht eine notwendige Verteidigung bei einer drohenden Freiheitsstrafe von über einem Jahr oder einer freiheitsentziehenden Massnahme vor. [Art. 130 lit. c StPO](#) verlangt nach einer Verteidigung, falls die beschuldigte Person ihre Interessen aufgrund körperlicher oder geistiger Beeinträchtigungen nicht ausreichend wahren kann und auch die gesetzliche Vertretung dazu nicht in der Lage ist.

749 KGer BL, Urteil vom 19.07.2016, [470 16 71](#), E. 2.3.1 mit Verweis.

führt.⁷⁵⁰ Denn die Verhandlungsfähigkeit einer beschuldigten Person garantiert noch lange nicht, dass diese ihre Interessen im Strafverfahren wahren kann. Bei der Frage, ob die Fähigkeit zur Selbstverteidigung noch gegeben ist oder bereits eine relevante psychische Beeinträchtigung vorliegt, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls und auf die Komplexität des Anklagevorwurfs in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht an: Je komplexer der Fall, desto höher sind die Anforderungen an die Fähigkeit zur Selbstverteidigung.⁷⁵¹ Die Verhandlungsfähigkeit ist von Amtes wegen zu prüfen,⁷⁵² wobei der Verfahrensleitung ein gewisser Ermessensspielraum zukommt.⁷⁵³ Im Sinne einer «Waffengleichheit» ist indes zu fordern, dass bei Zweifeln an der ausreichenden Fähigkeit zur Interessenwahrung eine Verteidigung sichergestellt wird.⁷⁵⁴

Ob eine Freiheitsstrafe von über einem Jahr konkret zu erwarten ist, ist gerade zu Beginn eines Strafverfahrens vielfach schwierig einzuschätzen.⁷⁵⁵ Selbst wenn die Staatsanwaltschaft aufgrund ihrer Einschätzung davon ausgeht, dass sie beim konkreten Tatvorwurf keine Freiheitsstrafe von über einem Jahr beantragt, bleibt ungewiss, ob das Gericht nicht doch eine höhere Strafe ins Auge fasst. Sofern ein Gericht entgegen der Einschätzung der Staatsanwaltschaft zur Überzeugung gelangt, es drohe eine Freiheitsstrafe von über einem Jahr, ist es verpflichtet, von sich aus eine Verteidigung einzusetzen.⁷⁵⁶ Eine solche verspätete Sicherstellung ist unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit» problematisch, weil entscheidende Beweise bereits im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft ohne das Beisein einer (notwendigen) Verteidigung erhoben worden sind.

Zu Recht gehen RIEDO/BEYDOUN davon aus, dass es zumindest im Vorverfahren für die Sicherstellung der notwendigen Verteidigung bereits ausreichen

750 Zum mangelnden Erfordernis einer Geisteskrankheit im psychiatrischen Sinne, vgl. StPO-Kommentar-LIEBER, Art. 130 N 19. Bei Verhandlungsunfähigkeit ist Art. 114 StPO anwendbar, siehe JEKER, 81.

751 KGer BL, Urteil vom 19.07.2016, 470 16 71, E. 2.3.1.

752 Bei Anhaltspunkten, die eine Verhandlungsfähigkeit infrage stellen, sind nähere Abklärungen geboten, vgl. BGer, Urteil vom 23.10.2015, 1B_314/2015, E. 2.2.

753 KassGer ZH, Beschluss vom 21.10.2004, AC040080, E. 6.2.

754 Im Ergebnis gleich, CR CPP-HARARI/ALIBERTI, Art. 130 N 31; BGE 143 I 164, E. 2.4.4.

755 Eine Freiheitsstrafe von über einem Jahr droht, wenn eine solche konkret zu erwarten ist, siehe Botschaft StPO 2005, 1178. In ausdrücklicher Abweichung von der Rechtsauffassung des EGMR (EGMR vom 24.05.1991, *Quaranta v. Schweiz*, Nr. 12744/87, § 33) sei das konkret zu erwartende Strafmass massgeblich, BGE 120 Ia 43, E. 2b; BGE 143 I 164, E. 2.4.3.

756 StPO Kommentar-LIEBER, Art. 130 N 16.

muss, wenn eine «relativ entfernte Möglichkeit» besteht, dass ein Gericht eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausspricht.⁷⁵⁷ Beabsichtigt die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe im Bereich zwischen zehn und zwölf Monaten Freiheitsstrafe zu beantragen, sollte sie der beschuldigten Person nur zurückhaltend eine Verteidigung verwehren. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von einem Jahr verlangt und damit genau unter der gesetzlichen Grenze bleibt, welche die Sicherstellung einer Verteidigung zwingend erfordert.⁷⁵⁸ In der Praxis wird der Strafantrag aus taktischen Überlegungen zu einem möglichst späten Verfahrenszeitpunkt bekannt gegeben. Die Staatsanwaltschaft dürfte sich deshalb regelmässig damit rechtfertigen, dass sie erst zu einem späten Verfahrenszeitpunkt zur Überzeugung gekommen ist, eine Freiheitsstrafe in der Grössenordnung von zwölf Monaten zu beantragen.

b) Zeitpunkt der Sicherstellung

Obwohl die StPO klar zum Ausdruck bringt, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen unverzüglich eine notwendige Verteidigung einzusetzen ist,⁷⁵⁹ ist der Zeitpunkt, ab dem dies zwingend sichergestellt werden *muss*, keineswegs unumstritten. Dies hängt hauptsächlich mit dem unklaren Gesetzeswortlaut zusammen. Diesem zufolge muss die notwendige Verteidigung «nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft», in jedem Fall aber «vor Eröffnung der Untersuchung» garantiert sein.⁷⁶⁰

Stellt man auf das Kriterium der Untersuchungseröffnung ab, führt dies zur Frage, ob damit eine formelle Eröffnungsverfügung oder aber die materielle Untersuchungseröffnung gemeint ist. Würde der Zeitpunkt der notwendigen Verteidigung vom Erlass einer Verfügung durch die Staatsanwaltschaft abhängen, könnte diese die frühzeitige Sicherstellung der Verteidigung nach Belieben verhindern.⁷⁶¹ Nach der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung kommt der Eröffnungsverfügung rein deklaratorische Bedeutung zu.⁷⁶² Das

⁷⁵⁷ RIEDO/BEYDOUN, 291.

⁷⁵⁸ Vgl. dazu auch SUMMERS/GARLAND/STUDER, 149.

⁷⁵⁹ Gem. Art. 131 Abs. 1 StPO.

⁷⁶⁰ Gem. Art. 131 Abs. 2 StPO.

⁷⁶¹ OGer ZH, Beschluss vom 17.03.2015, UH150031, E. 3b: «Es ist nicht zulässig, Verteidigungsrechte dadurch zu unterbinden, dass die an sich geforderte formelle Eröffnungsverfügung unterbleibt».

⁷⁶² BGE 141 IV 20, E. 1.1.4; BGer, Urteil vom 18.04.2018, 6B_990/2017, E. 2.3.2; OGer BE, Beschluss vom 09.02.2016, SK 2015 24, E. 1.1; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1227.

Untersuchungsverfahren gilt materiell als eröffnet, sobald sich die Staatsanwaltschaft mit dem Fall zu befassen beginnt, mit anderen Worten, wenn die Staatsanwaltschaft Zwangsmassnahmen anordnet oder selbst vornimmt.⁷⁶³ Das Untersuchungsverfahren ist daher in aller Regel dann eröffnet, wenn die Staatsanwaltschaft eine Einvernahme vornimmt oder mittels Delegation anordnet.⁷⁶⁴ Dies steht aber im scheinbaren Widerspruch zum Gesetz, nach dessen Wortlaut die Sicherstellung einer notwendigen Verteidigung erst «nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft» erforderlich ist. Tatsächlich sollte dies jedoch nur in Ausnahmesituationen so gehandhabt werden, um abzuklären, ob die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung überhaupt vorliegen.⁷⁶⁵

Im Zusammenhang mit «schweren Straftaten» ist die Polizei verpflichtet, *unverzüglich* die Staatsanwaltschaft zu informieren, welche die Strafuntersuchung zu eröffnen hat.⁷⁶⁶ Die Formulierung des Gesetzgebers lässt darauf schliessen, dass dies zeitlich unmittelbar nach der Kontaktaufnahme durch die Polizei geschehen muss.⁷⁶⁷ Das staatsanwaltschaftliche Ermessen ist also, was den Zeitpunkt der Sicherstellung der notwendigen Verteidigung bei «schweren Straftaten» betrifft, eingeschränkt – wenngleich unklar ist, welche Tatvorwürfe unter den Begriff der «schweren Straftaten» fallen.⁷⁶⁸ Unterbleibt

763 BGE 141 IV 20, E. 1.1.4.

764 OBERHOLZER, Grundzüge, N 1371. Vgl. auch Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO.

765 Vgl. BSK StPO II-OMLIN, Art. 309 N 9. Die Unsicherheit kann sich sowohl auf die Einschätzung der kognitiven Fähigkeiten der beschuldigten Person (Art. 130 lit. c StPO) als auch auf die Frage beziehen, ob ein genügender Tatverdacht vorliegt. Letzteres spielt vor allem bei der staatsanwaltschaftlichen Haftenvernahme gem. Art. 224 Abs. 1 StPO eine Rolle. Entgegen dem Begriff «Haftenvernahme» handelt es sich nicht um eine eigentliche Einvernahme im Sinne einer umfassenden Äusserung zum Tatverdacht (Art. 143 Abs. 4 StPO), bei der die Staatsanwaltschaft zu Vollständigkeit der Aussagen und Klärung der Widersprüche angehalten ist (Art. 143 Abs. 5 StPO), sondern um eine kurze Befragung zwecks Orientierung über das Bestehen eines Tatverdachts. Ergibt sich ein Tatverdacht bereits aus den polizeilichen Befragungen oder sonstigen Beweisen, wie etwa der Anhaltesituation, besteht bei Tatvorwürfen, bei denen eine Freiheitsstrafe von einem Jahr droht, kein Raum mehr für Haftenvernahmen ohne Anwesenheit der Verteidigung, vgl. OGer Zürich, Urteil vom 21.11.2014, SB140455, E. II.4j.

766 Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO i.V.m. Art. 307 Abs. 1 StPO.

767 BSK StPO II-OMLIN, Art. 309 N 8.

768 ALBERTINI et al. gehen bei Tötungsdelikten, Raubüberfällen, serienmässigen Einbruchdiebstählen, Vergewaltigungen, Geiselnahmen, Brandstiftungen und schweren Betäubungsmitteldelikten von «schweren Straftaten» aus, vgl. ALBERTINI/FEHR/VOSER, 557 f. Die Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft Zürich sind, obwohl sie zusätzlich die Spreng-

die Sicherstellung der Verteidigung in diesen Fällen, sind die Ergebnisse der Einvernahme nach hier vertretener Ansicht absolut unverwertbar.⁷⁶⁹

Wesentlich mehr Ermessensspielraum kommt der Staatsanwaltschaft bei Tatvorwürfen zu, bei denen erkennbar eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr droht, aber keine «schwere Straftat»⁷⁷⁰ vorliegt. Dabei gilt es zu beachten, dass während der Dauer des polizeilichen Ermittlungsverfahrens keine Pflicht besteht, eine Verteidigung sicherzustellen.⁷⁷¹ Die Staatsanwaltschaft könnte mithin, indem sie mit etwaigen Untersuchungshandlungen zuwartet, die Sicherstellung einer notwendigen Verteidigung hinauszögern.⁷⁷² Die StPO setzt einer solchen Handhabung gewisse Grenzen durch die Bestimmung, dass bei «hinreichendem Tatverdacht» die Untersuchung zu eröffnen ist.⁷⁷³ Wann dies zutrifft, lässt sich jedoch wiederum nicht abstrakt normieren, sondern beruht häufig auf dem Ermessen der verfahrensleitenden Staatsanwaltschaft.⁷⁷⁴ Blosser Gerüchte oder Vermutungen reichen allerdings nicht aus. Erforderlich ist eine plausible Tatsachengrundlage, aus der sich die konkrete und erhebliche Möglichkeit abzeichnet, dass eine Straftat begangen wurde.⁷⁷⁵

stoffdelikte aufführen, restriktiver, siehe WOSTA, Ziff. 12.4 sowie 12.5. Die Botschaft hält in offener Weise fest, dass sowohl Verbrechen als auch schwere Vergehen unter den Begriff der «schweren Straftat» fallen, siehe [Botschaft StPO 2005](#), 1261.

769 I.S.v. [Art. 131 Abs. 3 StPO](#) i.V.m. [Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO](#). Siehe OGer BE, Beschluss vom 21.03.2016, BK 2016 44, E.4.4. Vgl. auch BGer, Urteil vom 17.02.2014, [6B_883/2013](#), E. 2.3; BGer, Urteil vom 25.10.2017, [6B_178/2017](#) und [6B_191/2017](#), E. 2.6. f.

770 I.S.v. [Art. 307 Abs. 1 StPO](#).

771 Kritisch HARARI, 83 f. Liegt eine «schwere Straftat» i.S.v. [Art. 307 Abs. 1 StPO](#) vor, ist die staatsanwaltschaftliche Untersuchung unverzüglich zu eröffnen, was eine selbständige, polizeiliche Befragung ausschliesst.

772 Dies gestaltet sich in einigen Fällen jedoch schwierig. Zu denken ist dabei zum Beispiel an Personen, die einer polizeilichen Vorladung nicht Folge leisten. Das Ausstellen eines Vorführbefehls und die darauf basierende Verhaftung eröffnet die Untersuchung, vgl. OGer ZH, Beschluss vom 17.03.2015, [UH150031](#), E. 3b.

773 [Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO](#).

774 Vgl. BSK StPO II-OMLIN, Art. 309 N 31.

775 BGer, Urteil vom 25.10.2017, [6B_178/2017](#) und [6B_191/2017](#), E. 2.2.2 m.w.H.

2. Auswirkung des staatsanwaltschaftlichen Ermessens in Bezug auf den Zeitpunkt der Sicherstellung der Verteidigung

Bei Tatvorwürfen mit einer Strafdrohung von über einem Jahr Freiheitsstrafe, die keine «schweren Straftaten» im Sinne des Gesetzes darstellen, lassen sich aus der StPO keine verbindlichen Regeln ableiten, zu welchem Verfahrenszeitpunkt die Verteidigung sichergestellt sein muss. In diesen Fällen beruht das staatsanwaltschaftliche Ermessen auf den unklaren prozessualen Regeln hinsichtlich der Untersuchungseröffnung. Angesichts dieser Unsicherheit ist es nicht überraschend, dass erhebliche kantonale Unterschiede bestehen. Im Rahmen des Forschungsprojekts «Trial Observation» ist ausgewertet worden, in welchem Verfahrenszeitpunkt die Strafverteidigung in Fällen mit einem Strafantrag von über einem Jahr eingesetzt wurde.

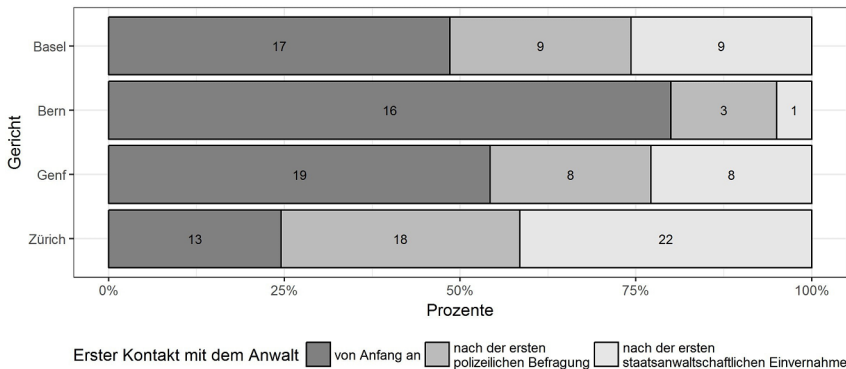


Abbildung 3: Erster Kontakt mit Verteidigung (gemäss der Auskunft der Strafverteidigung; nur Fälle mit einem Strafantrag von über einem Jahr).

Wie sich deutlich zeigt, interpretieren die das Vorverfahren leitenden Behörden ihr Ermessen bezüglich des Zeitpunkts der Sicherstellung der notwendigen Verteidigung sehr unterschiedlich.⁷⁷⁶ Bedenklich ist vor allem die hohe Anzahl der Fälle in Zürich, in denen eine notwendige Verteidigung erst nach der ersten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme sichergestellt wurde

⁷⁷⁶ Während vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland 80 Prozent der beschuldigten Personen von Beginn an eine Verteidigung hatten, liegt dieser Wert beim Bezirksgericht Zürich nur bei 25 Prozent. Diese Auswertung wurde bereits in der ZStrR veröffentlicht, siehe SUMMERS/GARLAND/STUDER, 154.

(knapp 42 Prozent), obwohl dies eigentlich nur in Ausnahmefällen vorkommen sollte.

3. Staatsanwaltschaftliches Ermessen unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»

Sowohl die Beurteilung des geistigen Zustands als auch die Höhe der in Aussicht stehenden Strafe stellen notwendigerweise Ermessensfragen dar. Das Ermessen der Staatsanwaltschaft stellt jedoch die wirksame Gewährung der notwendigen Verteidigung infrage, weshalb im Sinne der anzustrebenden Verfahrensbalance zu überlegen ist, ob dieses Ermessen wirklich der Staatsanwaltschaft zustehen sollte.⁷⁷⁷ Am Beispiel von Zürich zeigt sich eindrücklich, wie eine unklare Prozessregel und der daraus resultierende Ermessensspielraum die Ausübung der Verteidigungsrechte beschränken kann.⁷⁷⁸ Die Möglichkeit der restriktiven Handhabung des Zeitpunkts, ab dem eine notwendige Verteidigung sichergestellt sein muss, gefährdet in der Praxis die wirksame Gewährleistung der notwendigen Verteidigung. Wenn die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft im Einzelfall dazu führt, dass die beschuldigte Person trotz erkennbar notwendiger Verteidigung eine solche überhaupt nicht oder bloss verspätet erhält, erleidet sie eine substantielle Benachteiligung. Die Ursache dafür liegt in der unklaren gesetzlichen Regelung der notwendigen Verteidigung.

III. Amtliche Verteidigung

«The law, like the Ritz hotel, is open to all.»⁷⁷⁹

Das Recht auf unentgeltliche bzw. amtliche Verteidigung ist unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit besonders wichtig. Grundsätzlich soll jeder Betroffene, unabhängig von seiner finanziellen Situation, auf einen anwaltlichen Beistand

777 Immerhin sollte in Haftfällen das Zwangsmassnahmengericht die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung nochmals unabhängig und von Amtes wegen beurteilen.

778 Zur Gefahr unklarer Prozessregeln vgl. EGMR vom 22.06.2000, *Coëme u.a. v. Belgien*, Nr. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 und 33210/96, §§ 102 f.; vgl. auch vorstehend, Fn. 446.

779 In die gleiche Stossrichtung: «La loi, dans sa majestueuse impartialité, permet aux riches comme aux pauvres de dormir sous les ponts», beides zitiert nach TRECHSEL, RIDP 1978, 577.

zugreifen können, um die Sichtweise der Anklage wirksam auf die Probe stellen und seine Position vor Gericht zur Geltung bringen zu können.⁷⁸⁰ Unter gewissen Voraussetzungen steht deshalb auch einer mittellosen beschuldigten Person ein anwaltlicher Beistand zu, um zu gewährleisten, dass zwischen ihr und den Strafverfolgungsbehörden eine «Waffengleichheit» herrscht.⁷⁸¹

Die Gewährung der amtlichen Verteidigung im Sinne von [Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO](#) hängt in der Rechtswirklichkeit vom Antrag der beschuldigten Person ab.⁷⁸² Doch damit die beschuldigte Person überhaupt einen Antrag stellen kann, muss sie zuvor über ihr diesbezügliches Recht informiert werden.⁷⁸³ Dazu ist die Polizei oder die Staatsanwaltschaft bei der ersten Befragung bzw. Einvernahme verpflichtet.⁷⁸⁴ Die beschuldigte Person kann ihre Chance auf Zuweisung einer amtlichen Verteidigung nur dann richtig einschätzen, wenn ihr die einzelnen Voraussetzungen verständlich gemacht werden.⁷⁸⁵

1. Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung

Die beschuldigte Person hat einen Anspruch auf eine amtliche Verteidigung, wenn sie nicht über die erforderlichen finanziellen Mittel verfügt und eine Verteidigung zur Interessenwahrung geboten ist.⁷⁸⁶ Wann dies der Fall ist,

780 WALDRON, Dignity, 216: «Just as a non-English speaker must be provided with a translator, the legally mute should have – in the very finest sense of the term – a mouthpiece». Vgl. dazu auch [BGE 131 I 350](#), E. 3.1 mit Hinweis.

781 BGer, Urteil vom 01.05.2014, [6B_89/2014](#), E. 1.3.3; [BGE 131 I 350](#), E. 3.1. Das Bundesgericht geht hierbei von einer «gewissen Waffengleichheit» aus, was meines Erachtens zum Ausdruck bringen soll, dass es bei dem Waffengleichheitsprinzip nicht um die absolute Gleichheit von Rechten, sondern vielmehr um eine Balance geht.

782 Obwohl der Wortlaut von [Art. 131 Abs. 1 StPO](#) den Begriff «anordnen» verwendet. In der Praxis dürfe die Anordnung einer amtlichen Verteidigung wohl zur Hauptsache in Fällen erfolgen, in denen eine notwendige Verteidigung vorliegt ([Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO](#)) und die beschuldigte Person keine Verteidigung benennen will oder kann. Die folgende Betrachtung zur Problematik der Belehrung über die amtliche Verteidigung beschränkt sich daher auf die amtliche Verteidigung i.S.v. [Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO](#).

783 KOHLBACHER, 102: «Es genügt nicht, Rechte zu haben, man muss auch wissen, dass man sie hat, und zwar von dem Zeitpunkt an, in dem man sie nutzen kann».

784 Gem. [Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO](#).

785 Siehe ILL, 151.

786 Gem. [Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO](#). Die Voraussetzungen der Mittellosigkeit und der Gebotenheit zur Interessenwahrung müssen kumulativ erfüllt sein. Die finanzielle Bedürftigkeit ist grundsätzlich von der beschuldigten Person nachzuweisen, siehe BGer, Urteil vom 15.03.2017, [1B_435/2016](#), E. 4.5. Entscheidend ist die gesamte wirtschaftliche Situation

entzieht sich allerdings einer strengen Schematisierung, weshalb es hier auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.⁷⁸⁷ Von massgeblicher Bedeutung sind die persönliche Situation und die Fähigkeiten einer beschuldigten Person.⁷⁸⁸

Die StPO geht zum Beispiel («namentlich») dann von der Gebotenheit einer amtlichen Verteidigung aus, wenn ein Fall tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre; Bagatellen sind hiervon ausdrücklich ausgenommen.⁷⁸⁹ Tatsächliche Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn die Täterschaft unklar ist oder der Tatbestand in objektiver oder subjektiver Hinsicht umstritten ist und es deshalb zu komplexen Beweisabklärungen kommt (bspw. Einvernahme vieler Zeugen oder mitbeschuldigter Personen oder Erstellen von Gutachten etc.).⁷⁹⁰ Rechtliche Schwierigkeiten liegen unter anderem vor, wenn die rechtliche Qualifikation des vorgeworfenen Tatverhaltens umstritten ist oder sich heikle Abgrenzungsfragen auf tun.⁷⁹¹

Trotz Vorliegens von tatsächlichen oder rechtlichen Problemen besteht in einem Bagatellfall kein Anspruch auf amtliche Verteidigung. Ein Bagatellfall liegt nach der StPO jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Sanktion von über vier Monaten Freiheitsstrafe, von über 120 Tagessätzen Geldstrafe oder von über 480

zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs, siehe im Detail BGer, Urteil vom 14.03.2017, [1B_425/2016](#), E. 4; KGer BL, Entscheid vom 06.09.2016, [470 16 179](#), E. 2.3.

787 BGer, Urteil vom 01.07.2016, [1B_167/2016](#), E. 3.5; OGer ZH, Beschluss vom 16.08.2016, [UP160035](#), E. II.3b.

788 Von Bedeutung sind die Intelligenz, der Bildungsstand, der Beruf sowie das Sprachvermögen der beschuldigten Person, vgl. StPO Kommentar-LIEBER, Art. 132 N 15. Auch die mangelnde Vertrautheit mit dem schweizerischen Rechtssystem ist zu beachten, siehe BGer, Urteil vom 12.08.2015, [1B_66/2015](#), E. 2.2. Allgemein sollte die beschuldigte Person in der Lage sein, sich im Verfahren zurechtzufinden, siehe [BGE 128 I 225](#), E. 2.5.2; BGer, Urteil vom 06.12.2012, [1B_555/2012](#), E. 2.2.

789 Gem. Art. 132 Abs. 2 StPO.

790 SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 132 N 11; BSK StPO I-RUCKSTUHL, Art. 132 N 38. Grds. zu tatsächlichen Schwierigkeiten BGer, Urteil vom 20.11.2013, [1B_263/2013](#), E. 4.3 und 4.5; [BGE 143 I 164](#), E. 3.7.2.

791 Zum Beispiel die Abgrenzung zwischen einfacher und grober Verkehrsregelverletzung sowie die Abgrenzung zwischen arglistiger Täuschung und einfacher Lüge beim Betrug, siehe StPO Kommentar-LIEBER, Art. 132 N 15. Ferner ist an die Abgrenzung zwischen einer straflosen Vorbereitungshandlung und dem Anfangsstadium eines strafbaren Versuchs zu denken, siehe BGer, Urteil vom 12.08.2015, [1B_66/2015](#), E. 2.5. Allgemein ist von rechtlichen Schwierigkeiten auszugehen, wenn es einem Laien nicht zugemutet werden kann, sich mit solch komplizierten Fragen auseinanderzusetzen, siehe HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 40 N 16. Dabei können auch schon eine Mehrzahl von Tatvorwürfen zur erheblichen Komplexität führen, vgl. BGer, Urteil vom 12.08.2015, [1B_66/2015](#), E. 2.5.

Stunden gemeinnütziger Arbeit im Raum steht.⁷⁹² Die gesetzlich gewählte Formulierung («jedenfalls dann nicht») vermeidet einen Automatismus, wonach bei Fällen, in denen die konkrete Strafdrohung unter dem gesetzlichen Schwellenwert liegt, durchweg von einer Bagatelle auszugehen ist.⁷⁹³ Das Bundesgericht ist bei der Annahme einer Bagatelle bei tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit einer zu erwartenden *Freiheitsstrafe* von bis zu vier Monaten zurückhaltend.⁷⁹⁴ Lediglich bei offensichtlichen Bagatellen, bei denen nur eine Busse oder eine geringfügige Freiheitsstrafe in Betracht kommen, wird ein Anspruch auf amtliche Verteidigung verneint.⁷⁹⁵

Im Lichte der wieder eingeführten kurzen Freiheitsstrafen ab drei Tagen⁷⁹⁶ erscheint es angesichts der EGMR-Rechtsprechung⁷⁹⁷ unumgänglich, dass das Bundesgericht sich näher dazu auslässt, ob und inwiefern bei einem Tatvorwurf, bei dem eine kurze Freiheitsstrafe droht, überhaupt von einer Bagatelle im gesetzlichen Sinne die Rede sein kann. Zumindest für den Fall, dass eine beschuldigte Person einschlägig vorbestraft und somit eine unbedingte Freiheitsstrafe möglich ist, erscheint dies ausgeschlossen.

Neben tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten sind noch weitere, vom Gesetz nicht explizit genannte Gesichtspunkte denkbar, die zur Interessenwahrung der beschuldigten Person eine amtliche Verteidigung gebieten.⁷⁹⁸ Die Rechtsprechung stützt einen solchen Anspruch zur Gewährleistung von «Waffengleichheit», wenn die Privatklägerschaft anwaltlich verbeiständet ist.⁷⁹⁹ Auch

792 Gem. Art. 132 Abs. 3 StPO.

793 BGer, Urteil vom 01.07.2016, [1B_167/2016](#), E. 3.5; BGer, Urteil vom 20.11.2013, [1B_263/2013](#), E. 4.3, je mit Hinweisen.

794 [BGE 115 Ia 103](#), E. 4 (unbedingte Freiheitsstrafe von drei Monaten); BGer, Urteil vom 04.05.2003, [1P_627/2002](#), E. 3.2 (40 Tage Freiheitsstrafe bedingt). Allfällige Ersatzfreiheitsstrafen können dabei an die konkret zu erwartende Freiheitsstrafe angerechnet werden, siehe BGer, Urteil vom 08.02.2016, [1B_23/2016](#), E. 2.6.

795 [BGE 120 Ia 43](#), E. 2a; [BGE 128 I 225](#), E. 2.5.2; BGer, Urteil vom 08.02.2016, [1B_23/2016](#), E. 2.4.

796 [Art. 40 Abs. 1 StGB](#).

797 Gemäss EGMR-Rspr. hat eine mittellose beschuldigte Person, bei der eine Freiheitsstrafe im Raum steht, dem Grundsatz nach ein Recht auf eine amtliche Verteidigung, siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.I. Kritisch in Bezug auf eine isolierte Betrachtung der möglichen Freiheitsstrafe, [BGE 143 I 164](#), E. 3.3.

798 I.S.v. [Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO](#). Vgl. BGer, Urteil vom 05.03.2013, [1B_746/2012](#), E. 2.5.

799 BGer, Urteil vom 27.08.2013, [1B_224](#), E. 2.3 m.w.H.; BGer, Urteil vom 01.07.2016, [1B_167/2016](#), E. 3.6. Dieser Anspruch auf eine amtliche Verteidigung bei anwaltlicher Verbeiständung der Gegenpartei gilt indes nicht absolut, siehe BGer, Urteil vom 01.09.2016, [1B_219/2016](#), E. 2.4; BGer, Urteil vom 27.07.2017, [1B_202/2017](#), E. 2.2. Vgl. dazu vorstehend, Dritter Teil, Kapitel C.II.

für eine mitbeschuldigte Person kann der Beizug eines Anwalts von Bedeutung sein.⁸⁰⁰ Ebenso wird der Anspruch auf eine amtliche Verteidigung bejaht, wenn der Prozessausgang für die beschuldigte Person von besonderer Tragweite ist.⁸⁰¹

2. Problematische Belehrungskompetenz der Strafverfolgungsbehörden

Zu Beginn der ersten Befragung durch die Polizei oder zu Beginn der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft ist die beschuldigte Person über ihr Recht auf Beantragung einer amtlichen Verteidigung aufzuklären.⁸⁰² Der blosser Verweis auf den Gesetzestext genügt insofern nicht, weil nicht jeder Fall der Gebotenheit im Gesetz aufgeführt ist.

Inwieweit auf die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung eingegangen wird, liegt nach geltendem Recht im Ermessen der Polizei oder Staatsanwaltschaft.⁸⁰³ In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass ein juristischer Laie bei der Einschätzung seines Anspruchs auf amtliche Verteidigung regelmässig überfordert sein dürfte.⁸⁰⁴ Auch wenn im konkreten Fall die Strafverfolgungsbehörden eine amtliche Verteidigung überhaupt in Erwägung ziehen, besteht die Gefahr, dass sie deren Voraussetzungen restriktiv auslegt.⁸⁰⁵ Das gilt im besonderen Mass für die Kosten der amtlichen Verteidigung, die trotz Rückerstattungsanspruch während zehn Jahren oft-

800 Insbesondere wenn die Täterschaft untereinander umstritten ist, vgl. BGE 103 Ia 1, E. 2.

801 Von einer besonderen Tragweite ist auszugehen, wenn die beschuldigte Person die elterliche Sorge oder die Berufsbewilligung zu verlieren droht (vgl. BGer, Urteil vom 04.01.2012, [1B_477/2011](#), E. 2.2) oder mit ausländerrechtlichen Konsequenzen rechnen muss (StPO Kommentar-LIEBER, Art. 132 N 16). Bei einem konkreten Tatvorwurf i.S.v. Art. 66a StGB gegen eine ausländische Person ist von einem Fall notwendiger Verteidigung i.S.v. Art. 130 lit. b StPO auszugehen, siehe vorstehend Fn. 746. Relativierend BGer, Urteil vom 24.11.2017, [1B_338/2017](#), E. 2.4.

802 Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO.

803 Grundsätzlich wäre zu fordern, dass der beschuldigten Person alle abstrakten Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung verständlich gemacht werden. Die Erörterung, inwieweit die Voraussetzungen im konkreten Fall vorliegen, kann von der Polizei jedoch nicht erwartet werden, vgl. StPO Kommentar-GODENZI, Art. 158 N 27.

804 Insbesondere wenn die Strafverfolgungsbehörden dazu verpflichtet sind, die beschuldigte Person auf eine – aus ihrer Sicht – vermeintliche Aussichtslosigkeit eines Antrags auf amtliche Verteidigung und eine mögliche Rückerstattungspflicht (gemäss Art. 135 Abs. 4 und 5 StPO) hinzuweisen, vgl. WOSTA, Ziff. 9.6.2.5.

805 Vgl. dazu etwa BGE 143 I 164, E. 2.3.2. Die unvollständige oder missverständliche Belehrung dürfte in der Praxis nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führen, siehe SUMMERS/GARLAND/STUDER, 158 f.

mals zulasten des Staates gehen.⁸⁰⁶ Die Belehrung der Strafbehörden in Bezug auf die Rückerstattungspflicht könnte die beschuldigte Person davon abbringen, einen Antrag auf amtliche Verteidigung zu stellen, was in aller Regel als (stillschweigender) Verzicht ausgelegt wird.⁸⁰⁷

3. Auswirkung der Belehrungskompetenz der Strafverfolgungsbehörden in der Praxis

Die vorstehenden Überlegungen führen zur Frage, wie oft es in der Praxis vorkommt, dass eine beschuldigte Person – trotz Anspruchs – nicht von ihrem Recht auf amtliche Verteidigung Gebrauch macht. Dazu ist im Rahmen des Forschungsprojekts «Trial Observation» untersucht worden, in wie vielen Fällen der beschuldigten Person bei Tatvorwürfen, die im gesetzlichen Sinne keine Bagatelle darstellen, eine amtliche Verteidigung zugesprochen wurde.

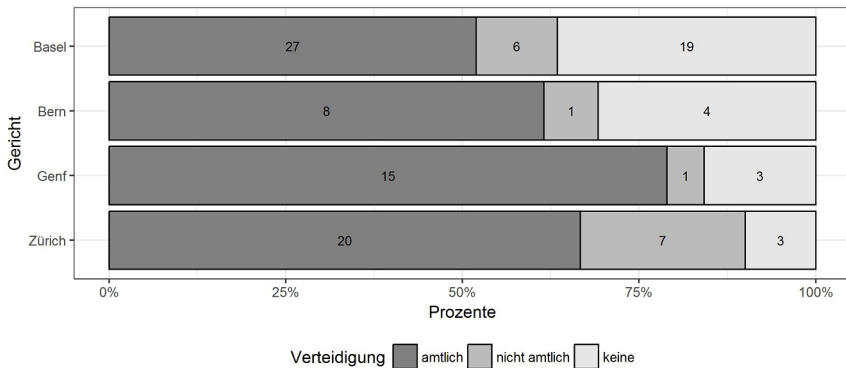


Abbildung 4: Art der Verteidigung in Abhängigkeit der beantragten Strafhöhe (5–12 Monate) in Prozent.

Die Auswertung zeigt auf, dass die beschuldigte Person in rund 25 Prozent der Fälle (29 von 114) nicht amtlich verteidigt wurde, obwohl im gesetzlichen Sinne nicht mehr von einer Bagatelle auszugehen war.⁸⁰⁸ Es ist somit nicht ausge-

806 JEKER/DROLL, 218.

807 Die amtliche Verteidigung i.S.v. Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO ist einem Verzicht zugänglich, vgl. OGer ZH, Beschluss vom 15.08.2013, UP130037, E. 4.3 mit Verweis. Fraglich ist jedoch, ob in Fällen mangelhafter Belehrung ein rechtsgültiger Verzicht vorliegt, was voraussetzen würde, dass die beschuldigte Person die prozessualen Konsequenzen ihres Handelns erfasst hat, vgl. zum Erfordernis eines sog. «aufgeklärten Verzicht», vorstehend Dritter Teil, Kapitel E.I.

808 Gem. Art. 132 Abs. 3 StPO.

geschlossen, dass sich darunter beschuldigte Personen befinden, die keine amtliche Verteidigung beantragt haben, obwohl ein rechtlicher Anspruch bestehen würde.

4. Die Belehrungskompetenz unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»

Führt eine unvollständige oder mangelhafte Belehrung dazu, dass die beschuldigte Person keinen Antrag auf amtlichen Beistand stellt, ist das ein Problem der «Waffengleichheit», weil die dominierende Stellung der Staatsanwaltschaft nicht – oder bestenfalls verzögert – durch den Beizug einer amtlichen Verteidigung ausgeglichen wird, obwohl ein Recht darauf bestand. Die Unsicherheit über die Gewährung der amtlichen Verteidigung dürfte gerade für mittellose beschuldigte Personen einen gewichtigen Grund darstellen, auf einen entsprechenden Antrag zu verzichten.⁸⁰⁹

Eine Möglichkeit, die Situation zu verbessern, läge darin, die Voraussetzungen zur Gewährung der amtlichen Verteidigung bei Verfahrensbeginn herabzusetzen. Nach dem Vorschlag von ILIEV/WEHRENBURG wäre bei der ersten Befragung durch die Polizei generell davon auszugehen, dass eine Verteidigung geboten ist, sobald Mittellosigkeit glaubhaft gemacht wird.⁸¹⁰ Dies würde indes nichts daran ändern, dass die Belehrung der Strafverfolgungsbehörde und damit der prozessualen Gegenpartei obliegt. Gerade darin liegt die eigentliche Gefahr für eine wirksame Umsetzung der amtlichen Verteidigung. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Belehrung und Erörterung der Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung nicht stattdessen in die Hände einer unabhängigen Amtsperson gelegt werden müsste.

809 BERNARD, Ungleiches Strafrecht, 135 f.

810 Dies ist der Vorschlag von ILIEV/WEHRENBURG, Rzn. 26–34. Das Bundesgericht schränkt zumindest das Ermessen der Staatsanwaltschaft zu Verfahrensbeginn ein, vgl. BGer, Urteil vom 12.08.2015, [iB_66/2015](#), E. 2.3: «Steht nicht bereits zu Beginn fest, dass es sich klarerweise bloss um einen leichten und einfachen Straffall handelt, ist der aufgebotene Anwalt der ersten Stunde als amtlicher Verteidiger beizugeben».

IV. Auswahl der amtlichen Verteidigung

Im Vorverfahren ist es grundsätzlich die Aufgabe der Staatsanwaltschaft, eine amtliche Verteidigung einzusetzen.⁸¹¹ Das Gesetz definiert keine näheren Kriterien, nach denen sich deren Auswahl zu richten hat.⁸¹² Immerhin hält die StPO fest, dass nach Möglichkeit die Wünsche der beschuldigten Person berücksichtigt werden sollen.⁸¹³ Mittlerweile kann die Staatsanwaltschaft in vielen Kantonen auf eine privat organisierte Vereinigung («Pikett Strafverteidigung») zurückgreifen,⁸¹⁴ was in der Regel die Wahl vorbestimmt. Es ver-

-
- 811 [Art. 133 Abs. 1 StPO](#) i.V.m. [Art. 16 Abs. 2](#) und [Art. 61 lit. a StPO](#). Das verfahrensleitende Zwangsmassnahmengericht kann allerdings auch eine amtliche Verteidigung anordnen, vgl. [BGE 137 IV 215](#), E. 2.3. Es müsste deshalb im Rahmen des Haftverfahrens i.S.v. [Art. 225 ff. StPO](#) überprüfen, ob es die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung als erfüllt betrachtet. In der Praxis ist es jedoch fraglich, inwieweit ein Zwangsmassnahmengericht in die kantonale eingespielte Handhabung der Auswahl amtlicher Verteidigung eingreifen wird. So soll nach der zürcherischen Praxis ein vor dem Zwangsmassnahmengericht gestellter Antrag auf amtliche Verteidigung der OStA ZH zur Genehmigung weitergeleitet werden, siehe [StPO Kommentar-LIEBER](#), [Art. 133 N 1a m.w.H.](#)
- 812 Die amtliche Verteidigung umfasst hier sowohl die Fälle notwendiger Verteidigung ([Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO](#)) als auch die Fälle der Gebotenheit zur Interessenwahrung ([Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO](#)).
- 813 [Art. 133 Abs. 2 StPO](#). Das Vorschlagsrecht der beschuldigten Person begründet keine strikte Ernennungspflicht. Von einem geäußerten Wunsch darf jedoch nur aus sachlichen Gründen (Interessenkollision, fehlende sachliche Qualifikation oder Berufsausübungsberechtigung, Mandatsablehnung, Überbelastung etc.) abgewichen werden, vgl. [BGE 139 IV 113](#), E. 4.3. Im Jahr 2011 haben in Zürich beschuldigte Personen in immerhin 35 Prozent der Fälle von ihrem Vorschlagsrecht Gebrauch gemacht, siehe [HEIMGARTNER](#), [Amtliche Mandate](#), 168. Dabei besteht die Gefahr, dass die Polizei oder Staatsanwaltschaft eine Strafverteidigung empfiehlt, die sie als leichten oder unkomplizierten Gegner erachtet. Zumindest sieht die WOSTA in [Ziff. 9.6.2.5](#) nun vor, dass sich die Staatsanwaltschaft einer Empfehlung zu enthalten hat.
- 814 Dies geschieht in Zürich in dringenden Fällen gem. [§ 155 Abs. 2 GOG ZH](#). Die WOSTA geht in [Ziff. 9.6.2.5](#) von einer Dringlichkeit aus, wenn ausserhalb der Geschäftszeiten (vorwiegend an Wochenenden oder Feiertagen) ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt und beweisrelevante Einvernahmen (Zeugeneinvernahmen oder Haftenvernahmen) anstehen. In Zürich wurde im Jahr 2011 in fünf Prozent der Fälle ein Pikettanwalt direkt durch die Staatsanwaltschaft bestellt; in 17 Prozent wurde der «Anwalt der ersten Stunde» vom Pikettdienst bestimmt und zu einem späteren Zeitpunkt (auf Antrag hin) in eine amtliche Verteidigung umgewandelt, siehe [HEIMGARTNER](#), [Amtliche Mandate](#), 168.

bleiben dennoch viele Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft ihren Gegenpart selbst auswählen kann.⁸¹⁵

1. Befugnis zur Auswahl der amtlichen Verteidigung unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»

Ist die Auswahl einer amtlichen Verteidigung der fallführenden Staatsanwaltschaft überlassen, besteht insofern eine Gefahr für die «Waffengleichheit» zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft, als Letztere bei der Auswahl der amtlichen Verteidigung versucht sein könnte, einen möglichst unerfahrenen oder bekanntermassen kooperativen Strafverteidiger («leichten Gegner») einzusetzen.⁸¹⁶ Zudem sollte man sich im Klaren darüber sein, dass die Kompetenz zur Auswahl der amtlichen Verteidigung durch die Staatsanwaltschaft auch einen Einfluss auf die konkrete Ausübung der Verteidigungstätigkeit hat.⁸¹⁷ Im Wissen um die möglichen Konsequenzen bezüglich der Berücksichtigung bei zukünftigen amtlichen Mandaten dürfte sich eine amtliche Verteidigung nur ungern mit der Staatsanwaltschaft anlegen, sei dies, indem sie bei Zeugeneinvernahmen kritisch nachfragt oder verlangt, dass allfällige Suggestivfragen oder unzulässige Druckausübung der Staatsanwaltschaft zu Protokoll genommen werden.⁸¹⁸ Eine konfrontative Verteidigungsstrategie kann jedoch unter bestimmten Voraussetzungen angezeigt sein.⁸¹⁹ Deshalb sollte es nicht erlaubt sein, die Verteidigung mehr oder weniger subtil dazu zu zwingen, sich gegenüber den Strafbehörden oder allfälligen geschä-

815 In Zürich wurden im Jahr 2011 43 Prozent aller amtlichen Verteidigungen durch das bei der Oberstaatsanwaltschaft angesiedelte Büro für amtliche Mandate angeordnet, siehe HEIMGARTNER, *Amtliche Mandate*, 168.

816 Vgl. ERNI, *Unabhängigkeit der Strafverteidigung*, 281. Zur gleichen Thematik in Deutschland, siehe BAHNS/BURKERT/GUTHKE/KITLIKOGU/SCHERZBERG, 10 f.

817 Dies belegt auch eine empirische Studie aus Ungarn. Die Auswahl der notwendigen Verteidigung durch die Strafverfolgungsbehörden hat einen Einfluss darauf, wie engagiert die Verteidigung auftritt, siehe KÁDÁR/TÓTH/VAVRÓ, 13–18. Siehe auch EGMR vom 08.11.2016, *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn* (GK), Nr. 18030/11, § 14.

818 Die Verteidigung kann allfällige Beanstandungen durch Verweigern der Unterzeichnung des Einvernahmeprotokolls durchsetzen, vgl. Art. 78 Abs. 5 StPO. Der Verteidigung kommt bei unzulässiger Druckausübung eine Kontrollfunktion zu, siehe BGer, Urteil vom 14.02.2014, 6B_336/2013, E. 2.4.

819 Vgl. zu diesem Erfordernis unter dem Gesichtspunkt der EMRK vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.I.

digten Personen «nett» zu verhalten.⁸²⁰ Im schlimmsten Fall kann eine konfrontative Verteidigung gar dazu führen, dass die fallführende Staatsanwaltschaft das Mandat widerruft.⁸²¹

Möchte die beschuldigte Person den Tatvorwurf durch die Verteidigung bestreiten lassen, stellt die staatsanwaltschaftliche Befugnis zur Auswahl und zum Widerruf der amtlichen Verteidigung ein gewichtiges Problem dar, weil dadurch die kontradiktorische Auseinandersetzung bei der Beweiserhebung behindert wird. Das Abhängigkeitsverhältnis im Zusammenhang mit der Fallzuteilung drängt die amtliche Verteidigung in eine passive Rolle. Die Möglichkeit der verfahrensleitenden Staatsanwaltschaft, ihren Prozessgegner selbst auszuwählen oder abzusetzen, ist potenziell geeignet, die beschuldigte Person in der Wahrnehmung ihres Rechts auf eine amtliche Verteidigung substanziell zu benachteiligen.⁸²²

2. Verlagerung der Befugnis zu Auswahl und Widerruf der amtlichen Verteidigung auf die Oberstaatsanwaltschaft

Einige Kantone haben den gesetzlichen Missstand erkannt und sind dazu übergegangen, der fallführenden Staatsanwaltschaft die Kompetenz zur Auswahl ihrer Gegner zu entziehen.⁸²³ So trägt der Zürcher Gesetzgeber den Bedenken bezüglich der Unabhängigkeit bei Anordnung der amtlichen Verteidigung Rechnung und bestimmt, dass diese Kompetenz grundsätzlich der Oberstaatsanwaltschaft zufällt.⁸²⁴ Gemäss dieser Logik sollte die Auswahl der amtlichen Verteidigung der Zuständigkeit einer nicht unmittelbar mit der

820 AGer BS, Entscheid vom 23.04.2015, [BES.2014.175](#), E. 2: «Ein Beschuldigter hat vielmehr das Recht auf einen engagierten Verteidiger. [...] Ein Verteidiger muss nicht nett sein». Siehe auch [BGE 141 IV 178](#), E. 3.4.1.

821 Die Kompetenz zur Anordnung der amtlichen Verteidigung umfasst auch das Recht auf deren Widerruf gem. [Art. 134 StPO](#), siehe BGer, Urteil vom 04.09.2014, [1B_251/2014](#), E. 3.5 f. Ein Widerruf einer amtlichen Verteidigung rechtfertigt sich aber nicht allein dadurch, dass der anwaltliche Beistand viele Beschwerden vorbringt, siehe AGer BS, Entscheid vom 23.04.2015, [BES.2014.175](#), E. 2.

822 Vgl. SUMMERS, Dominance, 523.

823 Vgl. bspw. auch die vorgeschlagene Teilrevision von [§ 46 GOG ZG](#).

824 Gem. [§ 155 Abs. 1 GOG ZH](#). In dringenden Fällen bleibt die fallführende Staatsanwaltschaft zuständig ([§ 155 Abs. 2 lit. a GOG](#)), doch sind diese Fälle der OStA ZH zur Genehmigung vorzulegen ([§ 155 Abs. 3 GOG ZH](#)).

Sache befassten Behörde anheimgestellt werden.⁸²⁵ Das der Oberstaatsanwaltschaft ZH angegliederte Büro für amtliche Mandate trifft die Auswahl der amtlichen Verteidigung auf Grundlage einer Liste, die mehr als 500 Anwälte enthält.⁸²⁶ Auch im Kanton Luzern erfolgt die Vergabe der amtlichen Verteidigung aufgrund einer solchen Liste, wobei der Regierungsrat bestimmt, wer darin aufgenommen wird.⁸²⁷

Die Trennung der Auswahlbefugnis von der Verfahrensleitung und die Überantwortung an eine mit der konkreten Verfahrensleitung unabhängige Behörde ist zu begrüssen. So ist auch die im Vorentwurf vom Dezember 2017 vorgeschlagene Neuregelung der Bestellung der amtlichen Verteidigung positiv zu bewerten.⁸²⁸ Dennoch ist anzumerken, dass eine organisatorisch bei der Oberstaatsanwaltschaft angegliederte Behörde nicht unabhängig *erscheint*. Ein Problem ist dies insbesondere bei schwerwiegenden Deliktswürfen, bei denen nur Anwälte mit ausgewiesenen Fähigkeiten im Straf- und Strafprozessrecht berücksichtigt werden sollten. Die Deutungshoheit hierüber fällt wiederum der Oberstaatsanwaltschaft zu, wobei das Risiko besteht, dass sachfremde Kriterien die Auswahl beeinflussen. Sollte sich diese Gefahr im Einzelfall verwirklichen, bedeutet dies einen substanziellen Nachteil der Verteidigung und somit eine Verletzung des Prinzips der Waffengleichheit.

825 Der Vorentwurf der StPO sah die Kompetenz zur Auswahl der Verteidigung noch beim Zwangsmassnahmengericht, siehe [VE-StPO 2001](#), Art. 139. Dadurch solle verhindert werden, dass die Staatsanwaltschaft eine ihr genehme Verteidigung anordnen könne, vgl. [Begleitbericht-VE-StPO 2001](#), 101. Davon wurde aber aus Effizienzgründen Abstand genommen, vgl. Zusammenfassung [VE-StPO 2003](#), 39.

826 Dabei wird nicht streng nach Alphabet vorgegangen. Spezialgebiete, Kenntnisse einer Fremdsprache sowie Einsatzbereitschaft werden bei der Entscheidung ebenfalls mitberücksichtigt, siehe HEIMGARTNER, Amtliche Mandate, 168 (Fn. 10).

827 Die Anwälte werden für die Dauer von vier Jahren «gewählt», vgl. [§ 7a Anwaltsgesetz des Kantons Luzerns](#) vom 4. März 2002 (Stand 01.06.2013). Es steht der beschuldigten Person allerdings frei, im Rahmen ihres Vorschlagsrechts einen Anwalt zu wählen, der nicht auf der Liste steht, vgl. RUDOLF/VETTERLI, 105. Die Beschränkung der Zahl der amtlichen Strafverteidiger ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erlaubt, sofern sie im Bestreben um eine gewisse Qualität der Verteidigung erlassen wurde, siehe [BGE 138 I 217](#), E. 3.3-5 sowie E. 3.4-3; BOMMER, ZBJV 2016, 276 f. Wenn die Parteizugehörigkeit als Auswahlkriterium hinzugezogen wird, verstösst dies hingegen gegen das Diskriminierungsverbot gem. [Art. 8 Abs. 2 BV](#), vgl. [BGE 138 I 217](#), E. 3.3.

828 Vgl. [Art. 133 Abs. 1 VE-StPO 2017](#) sowie Bericht [VE-StPO 2017](#), 11 f.

V. Vorschläge *de lege ferenda*

Bei den Verbesserungsvorschlägen gilt es zu unterscheiden. Zum einen ist der Ermessensspielraum der Strafverfolgungsbehörden bei der Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen (bzgl. der amtlichen und notwendigen Verteidigung) und betreffend die Belehrungspflichten (Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde», Recht auf amtliche Verteidigung) ein Problem der «Waffengleichheit». Zum anderen drängt das staatsanwaltschaftliche Ermessen bei der Auswahl die amtliche Verteidigung in eine passive Rolle, was mit dem Prinzip der Waffengleichheit ebenfalls nicht zu vereinbaren ist.

1. Anspruchsvoraussetzungen des Rechts auf anwaltlichen Beistand und allfällige Belehrungspflichten

Bei der Beurteilung, ob eine beschuldigte Person die Voraussetzungen der amtlichen und notwendigen Verteidigung erfüllt, kommt den Strafverfolgungsbehörden ein weites Ermessen zu. Bei restriktiver Auslegung der Voraussetzungen ist es möglich, dass die Schlechterstellung der beschuldigten Person nicht durch Beizug eines Anwalts ausgeglichen wird, obwohl die Voraussetzungen einer amtlichen oder notwendigen Verteidigung an sich vorliegen würden. Diese Gefahr besteht auch, wenn die Strafverfolgungsbehörde ihre restriktive Sichtweise bei der Belehrung über das Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde» oder das Recht auf eine amtliche Verteidigung mit einfließen lässt. Sowohl das Ermessen betreffend die Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen als auch jenes hinsichtlich der konkreten Durchführung der Belehrung, ist geeignet, die beschuldigte Person von der Geltendmachung ihres Rechts auf Verteidigung abzuhalten.

Eine mögliche Lösung liegt in der Beschränkung des behördlichen Ermessens, um das damit verbundene Missbrauchspotenzial einzudämmen. Zum Beispiel könnten die Polizei oder die Staatsanwaltschaft gesetzlich verpflichtet werden, explizit auszuführen, dass die beschuldigte Person nicht nur berechtigt ist, jederzeit eine Verteidigung beizuziehen, sondern darüber hinaus den Anspruch hat, sich vor ihrer Vernehmung ungestört mit der Verteidigung zu besprechen; zudem muss ihr eröffnet werden, dass der anwaltliche Beistand an der Befragung teilnehmen und Fragen stellen kann. Eine weitere Alternative bestünde darin, dass das Recht auf amtliche Verteidigung bei der ersten Befragung bereits dann greift, wenn die Mittellosigkeit nur glaubhaft gemacht

wird.⁸²⁹ Ferner könnte die Rechtsprechung mehr Klarheit schaffen, ob bei Fällen, in denen eine Strafe in der Grössenordnung von 12 Monaten Freiheitsstrafe oder 360 Tagessätzen Geldstrafe droht, eine notwendige Verteidigung generell zu bejahen ist. Beseitigen müsste die Rechtsprechung schliesslich auch die Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Verfahrenszeitpunkt, ab dem eine erkennbare notwendige Verteidigung sicherzustellen ist.

Doch selbst wenn das behördliche Ermessen eingeschränkt wäre, würde dies nichts daran ändern, dass die Kompetenz zur Belehrung und Einschätzung der Anspruchsberechtigung in den Händen der prozessualen Gegenpartei liegt, was unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit» als ein systemimmanentes Problem des schweizerischen Vorverfahrens zu erachten ist.

Um die effektive Wahrnehmung des Rechts auf anwaltlichen Beistand zu gewährleisten, wäre es deshalb zielführender, wenn die Aufklärung und Beurteilung des Rechts auf Verteidigung einer unabhängigen Person obläge. Dies liesse sich umsetzen, indem der Staat oder der jeweilige Kanton vor der ersten Befragung bzw. Einvernahme für eine beschränkte Zeit die Kosten eines anwaltlichen Beistands übernehmen würde.⁸³⁰ Könnte eine beschuldigte Person vor der ersten Befragung kostenlos auf einen «Anwalt der ersten drei Stunden» zurückgreifen,⁸³¹ würde dies dazu beitragen, dass sie sich der Bedeutung einer Strafverteidigung gleich zu Verfahrensbeginn bewusst wird; zumindest aber könnte sie so ihren allfälligen Anspruch auf amtliche oder notwendige Verteidigung mit einer für ihre Interessen einsetzenden Person besprechen. Das Recht auf einen «Anwalt der ersten drei Stunden» sollte daher jeder beschuldigten Person ohne Kostenrisiko zustehen.⁸³² Davon ausgenommen wären nur Fälle, in denen offensichtlich nicht mehr als eine Busse droht. Wäre die

829 Was aber zur Folge hätte, dass eine amtliche Verteidigung auch konsequent zu widerrufen wäre, wenn sich herausstellt, dass die Voraussetzungen nicht vorliegen, vgl. ILIEV/WEHRENBURG, Rz. 43.

830 Bereits heute übernehmen die Mehrheit der Kantone (19:7) die Kosten einer amtlichen Verteidigung ab der ersten Befragung/Einvernahme zumindest für eine gewisse Zeitdauer. So kommt zum Beispiel der Kanton Thurgau uneingeschränkt für die ersten fünf Stunden der amtlichen Verteidigung auf, siehe dazu ILIEV/WEHRENBURG, Rz. 33 (Fn. 53). Ähnlich die Praxis in St. Gallen, siehe HAURI/STÖCKLI, 26.

831 So auch der Vorschlag bei SUMMERS/GARLAND/STUDER, 169 f.

832 Übertretungen sind gem. Art. 103 StGB alle Taten, die ausschliesslich mit Busse bedroht sind. Im Übertretungsstrafverfahren ist die Übertretungsstrafbehörde i.S.v. Art. 61 lit. b StPO für die Anordnung einer amtlichen Verteidigung zuständig, siehe OGer ZH, Entscheid vom 27.07.2011, UH10067, E. 16.

kostenlose anwaltliche Beratung vom Kriterium der Mittellosigkeit abhängig, bestünde wiederum die Gefahr, dass die drohende Rückerstattungspflicht überproportional gerade diejenigen Personen von der Geltendmachung ihres Rechts auf amtliche Verteidigung abhalten würde, die eigentlich einen Anspruch darauf hätten.

Ein solcher «*Anwalt der ersten drei Stunden*» bietet Gewähr für eine effektive Wahrnehmung des Rechts auf anwaltlichen Beistand und verhindert, dass die Strafverfolgungsbehörden ihr Ermessen hinsichtlich der Belehrung und Gewährung der notwendigen und amtlichen Verteidigung zu Ungunsten der beschuldigten Person ausüben.

2. Auswahl der amtlichen Verteidigung

Damit im Bedarfsfall eine konfrontative Ausübung der Verteidigungsrechte gesichert ist, müsste die Kompetenz zur Auswahl – wie im ursprünglichen [Vorentwurf der StPO](#) vorgesehen⁸³³ – und zum Widerruf der amtlichen Verteidigung einer gerichtlichen Instanz vorbehalten bleiben.⁸³⁴ Hierbei sollte die Verteilung der amtlichen Mandate, ähnlich wie bei der Zusammensetzung des Gerichts, IT-gestützt nach dem Zufallsprinzip erfolgen. Von der vorgeschlagenen Verteilung dürfte nur aus gewichtigen Gründen (Sprachkompetenz, fehlende Einsatzbereitschaft etc.) abgewichen werden, was zu protokollieren wäre. Alternativ könnte, sofern vorhanden, auf einen privat organisierten Pikettdienst im jeweiligen Kanton zurückgegriffen werden. In dringenden Fällen wäre es denkbar, dass wie bis anhin die Polizei oder die Staatsanwaltschaft die Pikettenummer selbst wählt. Dazu müsste allerdings sichergestellt sein, dass den Strafverfolgungsbehörden nur die anonyme Telefonnummer, jedoch nicht die Namen der Pikettanwältinnen und Pikettanwälte zur Verfügung gestellt werden. Andernfalls könnten sie wiederum mittelbar auf die Wahl einer ihnen genehmen Verteidigung hinwirken.

Bei besonders gravierenden Tatvorwürfen, wie bspw. einem Tötungsdelikt, müsste eine separate Liste mit erwiesenermassen fähigen Strafverteidigern und Strafverteidigerinnen zum Zuge kommen. Die diesbezüglichen Aufnah-

833 Siehe vorstehend, Fn. 825. Auch einige Kantone sahen vor der Einführung der StPO die Kompetenz zur Auswahl der amtlichen Verteidigung beim Zwangsmassnahmengericht. So zum Beispiel § 16 Abs. 1 StPO BS (Haftrichter).

834 So auch PIGUET/DYENS, 320. Dies wurde vor Inkrafttreten der StPO in den Kantonen vereinzelt so gehandhabt, vgl. § 13 Abs. 2 aStPO ZH.

mekriterien dürften sich nur an der Fähigkeit zur Führung einer Strafverteidigung und an der Prozessenerfahrung orientieren und wären im Voraus öffentlich bekanntzumachen. Selbstredend müsste auch bei diesen amtlichen Mandaten die zufällige oder alternativ die strikt alphabetische Vergabe eingehalten werden.

C. RECHT AUF ORIENTIERUNG ÜBER DEN TATVORWURF

Wie im Folgenden aufgezeigt wird, gehen die Regelungen der StPO und BV in Bezug auf die Orientierung über den Tatvorwurf über den Mindestrechtsschutz der EMRK hinaus. Allerdings kommt den Strafverfolgungsbehörden ein erhebliches Ermessen zu, wie und wann sie die beschuldigte Person über den Tatvorwurf aufklären. Dies könnte die wirksame Gewährung des Rechts auf Orientierung über den Tatvorwurf gefährden und somit die beschuldigte Person gegenüber der Staatsanwaltschaft substantiell benachteiligen.

I. Regelung in der Bundesverfassung und der StPO

1. Umfang der Orientierung

Die Bundesverfassung fordert eine umfassende Unterrichtung über die erhobenen «Beschuldigungen». ⁸³⁵ Demgegenüber verlangt der Gesetzeswortlaut der StPO den Hinweis, welche «Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden». ⁸³⁶ Die auf den ersten Blick engere Gesetzesformulierung ist jedoch insofern unbeachtlich, als sich der verfassungsmässige und der gesetzliche Rechtsanspruch in ihrer inhaltlichen Tragweite nicht unterscheiden. ⁸³⁷

Der Tatvorwurf soll möglichst umfassend und präzise umschrieben werden. ⁸³⁸ Dabei sollen nicht strafrechtliche Begrifflichkeiten, sondern konkrete äussere

⁸³⁵ Gem. Art. 32 Abs. 2 BV.

⁸³⁶ Gem. Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO sowie Art. 143 Abs. 1 lit. b StPO. Für die erste Befragung bzw. Einvernahme der beschuldigten Person ist Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO als *lex specialis* zu Art. 143 Abs. 1 lit. b StPO einschlägig.

⁸³⁷ BStrGer, Beschluss vom 16.01.2013, BB.2012.147, E. 2.2. Dies gilt jedoch nicht in zeitlicher Hinsicht.

⁸³⁸ Botschaft StPO 2005, 1192 f.; StPO Kommentar-GODENZI, Art. 158 N 21; VERNIORY, Diss., 332 f.

Umstände der vorgeworfenen Tat formuliert werden.⁸³⁹ Verlangt ist demnach der Vorhalt eines nach dem aktuellen Verfahrensstand möglichst präzisen Lebenssachverhalts.⁸⁴⁰ Entscheidend ist, ob die beschuldigte Person den Tatvorwurf erfassen und sich dagegen zur Wehr setzen und ihre Verteidigung entsprechend vorbereiten kann.⁸⁴¹ Neben dem konkret vorgeworfenen Sachverhalt ist der beschuldigten Person die daran geknüpfte rechtliche Qualifikation (Strafnorm) zu nennen. Zum Zeitpunkt der ersten Befragung bzw. Einvernahme ist es jedoch noch nicht nötig, die konkrete rechtliche Würdigung des vorgeworfenen Verhaltens darzulegen.⁸⁴²

Die Orientierung über den Tatvorwurf muss in einer für die beschuldigte Person verständlichen Sprache erfolgen und ist zu Beginn der Untersuchung an keine besondere Formvorschrift gebunden.⁸⁴³ Es ist nicht erforderlich, der beschuldigten Person bereits mitzuteilen, worauf sich der Tatverdacht beweismässig stützt.⁸⁴⁴ Das Recht, über die Beweislage aufgeklärt zu werden, richtet sich nach den Bestimmungen zur Akteneinsicht.⁸⁴⁵

2. Zeitlicher Anwendungsbereich

Beschuldigte Personen besitzen ein verfassungsmässiges Recht, *möglichst rasch* über die erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden.⁸⁴⁶ Nach

839 SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 86o.

840 BGer, Urteil vom 04.12.2015, [6B_1056/2015](#), E. 2.2; BGer, Urteil vom 08.08.2016, [6B_157/2016](#), E. 1.3. Die Nennung der genauen Örtlichkeit und Zeit eines vorgeworfenen Verhaltens kann unter Umständen bei einem einzelnen Tatvorwurf zu Beginn des Strafverfahrens ausreichen, siehe [BGE 141 IV 20](#), E. 1.3.3 f.

841 BGer, Urteil vom 28.08.2014, [6B_1191/2013](#), E. 3.4; BGer, Urteil vom 27.09.2016, [6B_976/2015](#), E. 1.3.

842 BGer, Urteil vom 29.09.2014, [6B_1021/2013](#), E. 2.1; BGer, Urteil vom 08.08.2016, [6B_157/2016](#), E. 1.3. Die Anforderungen an die Orientierung dürfen zu Beginn der Untersuchung nicht überstrapaziert werden, siehe [BGE 119 Ib 12](#), E. 5c.

843 BGer, Urteil vom 10.02.2005, [1P.42/2005](#), E. 4.2 m.w.H.

844 Vgl. BGer, Urteil vom 27.09.2016, [6B_976/2015](#), E. 1.4.3 mit Hinweis auf BGer, Urteil vom 18.05.2016, [1B_311/2015](#), E. 4.4.3.

845 Gem. [Art. 101, 102](#) sowie [108 StPO](#). Es ist nicht auszuschliessen, dass die Orientierung über die Tatvorwürfe bisweilen gewisse Rückschlüsse auf die Beweislage zulässt, siehe BStrGer, Beschluss vom 16.01.2013, [BB.2012.147](#), E. 2.1 und 2.3.

846 [Art. 32 Abs. 2 BV](#). Obwohl die BV den Begriff «angeklagte Person» verwendet, findet die Verfassungsbestimmung aufgrund der Bedeutung der Beweiserhebung im Vorverfahren auch auf den Verfahrenszeitpunkt vor Anklageerhebung Anwendung, siehe MÜLLER/SCHEFER, 991 f.

der StPO muss die Orientierung über den Tatvorwurf und die rechtliche Qualifikation zum Zeitpunkt der ersten polizeilichen Befragung oder ersten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme erfolgen.⁸⁴⁷ Es darf aber nicht übersehen werden, dass die Strafverfolgungsbehörden im Verlauf des Untersuchungsverfahrens von weiteren rechtserheblichen Sachverhalts Umständen Kenntnis erhalten können oder sich die ursprünglich vorgehaltene rechtliche Qualifikation ändern kann. Zur Vorbereitung ihrer Verteidigung müssen die beschuldigte Person und ihr anwaltlicher Beistand zeitnah über eine veränderte beweismässige oder rechtliche Ausgangslage informiert werden.⁸⁴⁸

Nach Abschluss der Untersuchung hat die beschuldigte Person ein Recht darauf, umfassend und detailliert über den vorgeworfenen Sachverhalt und dessen tatsächliche und rechtliche Grundlage orientiert zu werden. Indes ist es der Staatsanwaltschaft nicht erlaubt, sich im Rahmen der Anklageschrift, quasi im Sinne eines Vorabplädoyers, mit der Beweiswürdigung auseinanderzusetzen.⁸⁴⁹ Die Schilderung des Tatvorwurfs muss möglichst präzise und knapp ausfallen.⁸⁵⁰ Der in der Anklageschrift beschriebene Sachverhalt bindet das Gericht.⁸⁵¹

II. Das Recht auf Orientierung über den Tatvorwurf unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»

In zeitlicher Hinsicht gibt die StPO vor, dass die Orientierung zu Beginn der polizeilichen Befragung oder staatsanwaltschaftlichen Einvernahme zu erfolgen habe. Unklar ist jedoch, wie zu verfahren ist, wenn die beschuldigte Person über einen längeren Zeitraum nicht einvernommen wird, sondern zunächst offene Zwangsmassnahmen wie bspw. eine Hausdurchsuchung

847 Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO.

848 So bereits KOHLBACHER, 92. Es sind daher unter Umständen mehrere Orientierungen geboten, vgl. GOLLWITZER, Art. 6 N 164.

849 Auch nicht im Rahmen eines Schlussberichts bei umfangreichen und komplizierten Fällen, es sei denn, die Staatsanwaltschaft vertritt die Anklage i.S.v. Art. 326 Abs. 2 StPO nicht persönlich vor Gericht.

850 Mit Verweis auf die «Waffengleichheit», BGer, Urteil vom 29.08.2013, 6B_357/2013, E. 1.1.

851 Art. 350 Abs. 1 StPO. Damit ist das Immutabilitätsprinzip angesprochen, vgl. TRECHSEL, Human Rights, 195; BGer, Urteil vom 07.12.2016, 6B_601/2016, E. 1.2.1. Indes ist das Gericht nicht an die rechtliche Würdigung der Staatsanwaltschaft gebunden.

durchgeführt werden.⁸⁵² Der Zeitpunkt der Orientierung bestimmt sich dabei im Einzelfall anhand der Auslegung des Begriffs «möglichst rasch».⁸⁵³ Wenn sich im Verlaufe des Untersuchungsverfahrens neue rechtserhebliche Sachverhaltsumstände ergeben oder es zu einer geänderten bzw. erweiterten rechtlichen Qualifikation kommt, liegt es wiederum im Ermessen der Staatsanwaltschaft, wie rasch die Verteidigung über die veränderte Ausgangslage informiert wird.

Wie umfassend und konkret eine Orientierung im Einzelfall ausformuliert sein muss, um vor der StPO und der BV zu bestehen, ist ebenfalls eine Frage des Ermessens.⁸⁵⁴ Nach der Auffassung von ILL muss die beschuldigte Person nicht bereits zu Beginn der Befragung oder Einvernahme umfassend über den Tatvorwurf informiert werden; vielmehr reiche es aus, wenn sich im Verlaufe der Befragung ergebe, welcher Sachverhalt der beschuldigten Person vorgeworfen werde.⁸⁵⁵ Der geforderte Detaillierungsgrad des Tatvorwurfs entzieht sich einer abstrakten Vorgabe.⁸⁵⁶ Der Einzelfall kann es erfordern, näher auf die Tatumstände einzugehen, bspw. auf das Deliktsgut, die geschädigte Person, die vorgeworfene Beteiligungsform oder -rolle und weitere Mitbeschuldigte.⁸⁵⁷ Die Dichte der zu vermittelnden Informationen richtet sich nach dem Verfahrensstand. Mit Fortschreiten des Untersuchungsverfahrens steigen die Informationsanforderungen in Bezug auf die vorgeworfene Handlung und deren rechtliche Qualifikation.⁸⁵⁸ Zumindest in groben Zügen muss allerdings

852 Handelt es sich bei der Zwangsmassnahme um eine Festnahme, muss die beschuldigte Person in möglichst kurzer Frist über deren Gründe und die Beschuldigungen orientiert werden, vgl. Art. 5 Ziff. 2 EMRK sowie Art. 9 Abs. 2 IPBPR.

853 BStrGer, Beschluss vom 16.01.2013, BB.2012.147, E. 2.2.

854 Vgl. ZUBERBÜHLER, 99 f.

855 ILL, 151 mit Verweis auf BGer, Urteil vom 10.02.2005, 1P.42/2005, E. 4.2. Allerdings bezieht sich ILL auf einen älteren Bundesgerichtsentscheid. Die bruchstückhafte Offenlegung der Verdachtslage ist mit dem Wortlaut der neu eingeführten StPO nicht mehr vereinbar, siehe KELLER, StPO, 240 m.w.H.

856 Vgl. BStrGer, Entscheid vom 06.09.2011, TPF 2011 152, E. 2.3.

857 Vgl. ILL, 151 m.w.H.

858 BStrGer, Entscheid vom 24.10.2005, TPF 2005 180, E. 4.2; BStrGer, Entscheid vom 27.04.2005, BB.2005.4, E. 4.2; ZUBERBÜHLER, 100. In einem frühen Verfahrensstadium sind gewisse Verallgemeinerungen zulässig, siehe BGer, Urteil vom 01.05.2018, 6B_646/2017, E. 5.1.

stets zu erkennen sein, welches Tatgeschehen einer beschuldigten Person vorgeworfen wird.⁸⁵⁹

Es besteht das Risiko, dass die Strafverfolgungsbehörden die unklaren Regeln zum Nachteil der beschuldigten Person auslegen.⁸⁶⁰ Dies kann einerseits zur Folge haben, dass verspätet über den Tatvorwurf orientiert wird. Andererseits wird die beschuldigte Person möglicherweise nicht umfassend und mit der erforderlichen Präzision über den vorgeworfenen Sachverhalt informiert.⁸⁶¹ Unter dem Aspekt der «Waffengleichheit» bringt der erhebliche Ermessensspielraum der Strafverfolgungsbehörde und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit eine ernsthafte Gefahr mit sich, dass die beschuldigte Person substantiell benachteiligt wird, indem ihr verunmöglicht wird, den Tatvorwurf in tatsächlicher Hinsicht bereits im Vorverfahren zu entkräften und auf ein alternatives Tatgeschehen hinzuwirken.

III. Vorschlag *de lege ferenda*

Im Sinne einer Verfahrensbalance zwischen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft wäre es wünschenswert, wenn das verfassungsmässige Recht auf eine möglichst zeitnahe Orientierung eng ausgelegt wird. Der Entscheid der beschuldigten Person, sich bereits zu einem frühen Verfahrenszeitpunkt aktiv gegen einen erhobenen Tatvorwurf zur Wehr zu setzen, darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass die Strafverfolgungsbehörde einen bestimmten strafbaren Vorwurf in der Hinterhand behält.⁸⁶² Demnach wäre zu

859 BStrGer, Beschluss vom 16.01.2013, [BB.2012.147](#), E. 2.3. Massgeblich ist hierbei die Tathypothese, von welcher die Strafverfolgungsbehörde ausgeht, siehe BGer, Urteil vom 18.04.2016, [6B_1262/2015](#), E. 3.2.

860 Vgl. vorstehend, Fn. 446.

861 Gemäss WOSTA, Ziff. 10.5.1.3.1 ist die beschuldigte Person nicht über alle Umstände der vorgeworfenen Tat zu informieren, wenn es sich dabei um Details handelt, die nur der Täter wissen kann. Dieses Vorgehen sei im Lichte der Glaubhaftigkeitsprüfung einer Aussage geboten.

862 Eine Ausnahme besteht bei Fällen, in denen der beschuldigten Person mehrere Tathandlungen vorgeworfen werden. So ist es bei einem Serielikt ausreichend, wenn der beschuldigten Person zunächst ein genereller Tatvorwurf gemacht wird, der mit einzelnen Sachverhaltsvorwürfen konkretisiert wird, siehe BGer, Urteil vom 29.09.2014, [6B_1021/2013](#), E. 2.1. Wichtig ist allerdings, dass nur das, was der beschuldigten Person konkret vorgehalten wurde, den Gegenstand der Befragung bzw. Einvernahme bilden darf. Es ist

fordern, dass die Strafverfolgungsbehörden eine noch nicht einvernommene Person zeitlich unmittelbar nach der Durchführung einer gegen sie gerichteten offenen Zwangsmassnahme über den konkreten Tatvorwurf und dessen rechtliche Qualifikation orientieren. Dies gilt selbst dann, wenn eine zeitnahe Befragung der beschuldigten Person unterbleibt. Der Umstand, dass sich der vorgeworfene Sachverhalt oder die Qualifikation noch ändern können, rechtfertigt kein Hinauszögern der Orientierung. Ergeben sich aber im Verlaufe der Untersuchung weitere rechtserhebliche Sachverhaltsumstände oder ändert sich die rechtliche Qualifikation, ist die Verteidigung über die veränderte Ausgangslage unverzüglich in Kenntnis zu setzen.⁸⁶³ Bezüglich des Detaillierungsgrads des Sachverhalts ist zu fordern, dass der beschuldigten Person ein konkreter Tatvorwurf mit Angaben zur Örtlichkeit und Zeit des fraglichen Geschehens vorgehalten wird. Je nach Kenntnisstand ist sie zudem näher über das allfällige Tatobjekt bzw. die geschädigte Person oder ihre Beteiligungsrolle zu unterrichten.

Die vorgeschlagene Vorgehensweise würde in der Praxis Gewähr bieten für eine wirksame Umsetzung des Rechts auf Orientierung. Die Rechtsprechung könnte zur strikten Einhaltung der Orientierungspflicht beitragen, indem sie allfällige Beweisergebnisse, die auf Grundlage einer unvollständigen oder unpräzisen Orientierung erhoben wurden, für absolut unverwertbar erklärt.⁸⁶⁴ Alternativ würde es sich anbieten, den Wortlaut der StPO um eine umfassende Orientierungspflicht in Bezug auf Zeit und Örtlichkeit des konkreten Tatvorwurfs zu ergänzen.⁸⁶⁵

nicht erlaubt, die beschuldigte Person über einen anderen Lebenssachverhalt zu befragen als jenen, der ihr konkret vorgeworfen wurde, vgl. SCHMID/JOSITSCH Handbuch, N 860; ERNI, Anwalt der ersten Stunde, 233.

863 Spätestens wenn die beschuldigte Person zur neuen Verdachtslage befragt wird, muss sie über die veränderten Umstände aufgeklärt werden, vgl. BOMMER, Parteirechte, 201. GODENZI geht davon aus, dass sich die mitteilungsbedürftige Präzisierung einer veränderten rechtlichen Qualifikation des vorgeworfenen Sachverhalts unmittelbar aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gebiete, siehe StPO Kommentar-GODENZI, Art. 158 N 15.

864 I.S.v. Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO i.V.m. Art. 158 Abs. 2 StPO. So bereits OGer TG, Urteil vom 09.02.2015, in: RBOG 2015, Nr. 20, E. 5b. Siehe dazu auch BGer, Urteil vom 01.05.2018, 6B_646/2017, E. 5.3.

865 So der Vorschlag von PIGUET/DYENS, 317. Damit wäre auch gleichzeitig klargestellt, dass das Unterlassen einer detaillierten Orientierung zu einem absoluten Beweisverwertungsverbot i.S.v. Art. 141 Abs. 1 StPO führen würde.

D. AKTENEINSICHTSRECHT

Die wirksame Gewährung der Akteneinsicht beruht ganz entscheidend darauf, was alles zu den Akten genommen wird und zu welchem Verfahrenszeitpunkt die Verteidigung Einsicht in die Akten erhält.⁸⁶⁶ Die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft kann sich insbesondere hinsichtlich des Zusammenstellens des Aktendossiers bzw. der Haftakten und des Zeitpunkts der Gewährung der Akteneinsicht als Problem der «Waffengleichheit» erweisen.

I. Strafprozessuale Regelung

1. Inhalt des Aktendossiers

Dem Gesetz lässt sich nicht explizit entnehmen, was alles im Aktendossier festzuhalten ist. Die StPO listet zwar die Hauptbestandteile eines Aktendossiers auf,⁸⁶⁷ doch insbesondere das Abstellen auf «Akten, die von den Strafbehörden zusammengetragen werden», ist ein Zirkelschluss und hilft bei der inhaltlichen Bestimmung dessen, was Eingang in die Akten finden muss, nicht weiter.

Nach der Praxis des Bundesgerichts soll alles in den Akten festgehalten werden, was zur Sache gehört und entscheidewesentlich sein kann.⁸⁶⁸ Dazu zählen alle Umstände, die mit dem Schuldvorwurf oder der Strafzumessung in Zusammenhang stehen,⁸⁶⁹ wie etwa sämtliche Beweisgegenstände,⁸⁷⁰ beigezo-

866 Vgl. BGE 129 I 85, E. 4.1; TRECHSEL, Akteneinsicht, 994.

867 Gem. Art. 100 Abs. 1 StPO enthält das Aktendossier Verfahrens- und Einvernahmeprotokolle (lit. a), seitens der Strafbehörden zusammengetragene Akten (lit. b) sowie von den Parteien eingereichte Akten (lit. c).

868 BGer, Urteil vom 14.06.2018, 6B_1368/2017, E. 2.3; BGer, Urteil vom 04.03.2015, 6B_850/2014, E. 5.2; BGer, Urteil vom 30.09.2014, 6B_98/2014, E. 2.3; BGer, Urteil vom 21.08.2014, 1B_206/2014, E. 3.1; BGer, Urteil vom 30.01.2012, 6B_627/2011, E. 3.1.

869 BGer, Urteil vom 11.06.2013, 1B_171/2013, E. 2.5; BGer, Urteil vom 30.04.2018, 1B_151/2018, E. 2.3. Im Strafverfahren müssen daher alle relevanten Beweise, die nicht unmittelbar in der Hauptverhandlung erhoben wurden, im Dossier enthalten sein, siehe BGer, Urteil vom 14.02.2013, 6B_307/2012, E. 3.1.

870 Gem. Art. 192 Abs. 1 StPO. Aus Gründen der Sicherheit und Praktikabilität müssen die Beweisgegenstände nicht mit den Akten zusammen aufbewahrt werden, siehe StPO Kommentar-BRÜSCHWEILER, Art. 100 N 4. Aus den Akten muss jedoch hervorgehen, wo sich die Beweisgegenstände befinden, vgl. Art. 77 lit. g StPO.

gene Akten,⁸⁷¹ Aussagen von mitbeschuldigten Personen, die als Belastungszeugen auftreten,⁸⁷² und Polizeirapporte.⁸⁷³

Die Strafbehörden können sich somit bei der Aktenführung auf das beschränken,⁸⁷⁴ was im konkreten Fall für die Beurteilung der vorgeworfenen Tat und die Bestimmung einer allfälligen Sanktion wesentlich erscheint.⁸⁷⁵ So verstösst es nicht gegen den Grundsatz der Aktenführungspflicht, wenn bestimmte Daten aus einer Mobiltelefonauswertung (SMS-Verkehr mit uneteiligten Dritten) nicht ins Dossier überführt werden, wenn nicht einmal theoretisch ersichtlich ist, inwiefern diese Daten zur Entlastung oder Belastung der beschuldigten Person beitragen könnten.⁸⁷⁶ Die Schwierigkeit besteht im Wesentlichen darin, zu beurteilen, was entscheidend sein kann und was nicht. Auch eine erfolglose Beweismassnahme muss Aufnahme in die Akten finden, sofern sie geeignet ist, Zweifel an der Schuld zu begründen.⁸⁷⁷ Zu denken ist dabei etwa an eine über eine längere Zeit andauernde, aber ergebnislose Telefonüberwachung.⁸⁷⁸ Nicht zuletzt kann es für die Beurteilung einer vorgeworfenen Tat von Bedeutung sein, auf welche Art und Weise ein Beweis erhoben wurde. Auch dies ist deshalb aktenkundig zu machen, damit

871 Art. 194 Abs. 2 StPO.

872 MÜLLER-HASLER, 130; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 625.

873 Gem. Art. 307 Abs. 3 StPO; StPO Kommentar-BRÜSCHWEILER, Art. 100 N 4.

874 BGer, Urteil vom 04.03.2015, [6B_850/2014](#), E. 5.2; BGer, Urteil vom 23.07.2013, [6B_737/2012](#), E. 1.3.3; BGer, Urteil vom 10.05.2011, [6B_896/2010](#), E. 2.2.2.

875 Vgl. KRAUSS, Strafakte, 59; StPO Kommentar-BRÜSCHWEILER, Art. 100 N 1; TRECHSEL, Akteneinsicht, 999 f.; SCHEFER/MÜLLER, 874, 877; ZUBERBÜHLER, 95; GRETER, 94: «[D]ie Strafakte [kann] umschrieben werden als die Gesamtheit der in einem konkreten Verfahren anfallenden Daten, die bezüglich der Begründung bzw. Widerlegung einer konkreten Anklagethese gegen eine bestimmte Person im Zusammenhang stehen». Vgl. bereits StPO-ZH Kommentar-LIEBER/DONATSCH, § 17 N 7.

876 BGer, Urteil vom 30.01.2012, [6B_627/2011](#), E. 3.2.

877 Vgl. [BGE 115 Ia 97](#), E. 4d. In diesem Fall wurde eine Identifizierungsgegenüberstellung mittels Fotografie der beschuldigten Person nicht zu den Akten genommen, was den Verdacht schürte, dass die Fotogegenüberstellung aus der Sicht der Staatsanwaltschaft nicht das gewünschte Resultat hervorgebracht hatte. Vgl. dazu auch KRAUSS, Strafakte, 61; ZR 90 (1991), 93–96.

878 BGer, Urteil vom 14.06.2018, [6B_1368/2017](#), E. 2.3 und E. 2.5.2; BGer, Urteil vom 14.01.2019, [6B_403/2018](#), E. 2.3.3 mit Verweis auf die Rspr. des EGMR.

die Verteidigung in der Lage ist, die Rechtmässigkeit der Beweiserhebung zu prüfen.⁸⁷⁹

Unzulässig ist es, Vorgänge, welche für die Beurteilung der untersuchten Tat oder die Strafzumessung relevant sein könnten, lediglich intern zu erfassen und nicht ins offizielle Aktendossier zu überführen (sog. Geheimakten).⁸⁸⁰

2. Einschränkung der Akteneinsicht

Jede Einschränkung des Akteneinsichtsrechts bedarf eines sachlichen Grundes. Ein solcher liegt unter anderem im begründeten Verdacht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht.⁸⁸¹ Zudem ist eine Einschränkung der Akteneinsicht möglich, wenn dies zur Sicherheit von Personen oder zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist.⁸⁸² Allfällige Schutzmassnahmen, die das Akteneinsichtsrecht einschränken, müssen verhältnismässig ausfallen und dürfen es der Verteidigung nicht verunmöglichen, eine belastende Aussage kontradiktorisch auf die Probe zu stellen.⁸⁸³ Eine von der Staatsanwaltschaft verfügte Einschränkung der Einsichtnahme in wesentliche Aktenstücke muss der Verteidigung angezeigt werden, um allenfalls eine richterliche Kontrolle im Beschwerdeverfahren zu ermöglichen.⁸⁸⁴

Grundsätzlich sind sowohl die beschuldigte Person als auch ihre Verteidigung zur Einsichtnahme in sämtliche Akten berechtigt.⁸⁸⁵ Die Einsichtnahme durch

879 BGE 144 IV 302, E. 2.2; BGer, Urteil vom 19.02.2018, 6B_307/2017, E. 1.3.1; BGer, Urteil vom 27.09.2016, 6B_976/2015, E. 5.2.1; BStrGer, Urteil vom 08.11.2011, SK.2011.1, E. 2.5.4b; BGE 129 I 85, E. 4.1.

880 HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 55 N 14; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 52; BGer, Urteil vom 30.01.2012, 6B_627/2011, E. 3.2. Auch der EGMR stellt bei der Gewährung der Akteneinsicht nicht darauf ab, ob eine Akte als «intern» bezeichnet wird, sondern orientiert sich daran, ob die entsprechende Akte als Entscheidungsgrundlage dienen kann, siehe EGMR vom 27.03.1998, *K.D.P. v. Niederlande*, Nr. 21981/93, § 44 m.w.H.

881 Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO.

882 Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO.

883 Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs muss der Verteidigung zumindest der wesentliche Inhalt einer belastenden Aussage zur Kenntnis gebracht werden, vgl. Art. 108 Abs. 4 StPO.

884 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.III. Ziff. 1. Zur Beschwerdelegitimation vgl. BStrGer, Beschluss vom 08.11.2016, BB.2016.85, E. 1. Zum nicht wiedergutzumachenden Nachteil im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren, vgl. BGer, Urteil vom 10.01.2017, 1B_261/2016, E. 1.2; BGer, Urteil vom 11.06.2013, 1B_171/2013, E. 1.2.4, je mit Hinweisen.

885 Für die beschuldigte Person folgt dies aus Art. 107 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 104 Abs 1 lit. a StPO. Das Akteneinsichtsrecht für den anwaltlichen Beistand im hängigen Strafverfahren ist nicht explizit im Gesetz verankert, ergibt sich aber aufgrund von Art. 127 Abs. 1 StPO.

den anwaltlichen Beistand ist geboten, weil dieser die Akten unter dem technischen Gesichtspunkt der Rechtsanwendung und Beweisverwertung evaluieren kann.⁸⁸⁶ Demgegenüber kann die beschuldigte Person die Relevanz der gesammelten Beweise in tatsächlicher Hinsicht besser beurteilen, da sie in der Regel weiss, was zum fraglichen Tatzeitpunkt vorgefallen ist.⁸⁸⁷ Einschränkungen der Akteneinsicht gelten grundsätzlich sowohl für die beschuldigte Person als auch für ihren anwaltlichen Beistand.⁸⁸⁸ Die Praxis, lediglich dem anwaltlichen Beistand Einsicht in vertrauliches Material zu gewähren, verbunden mit der Auflage, den Akteninhalt nicht weiterzugeben, führt zu einem unhaltbaren Interessenskonflikt aufseiten des anwaltlichen Beistands.⁸⁸⁹ Die anwaltliche Sorgfalts- und Treuepflicht verlangt eine wirksame Interessenwahrung, was voraussetzt, dass die Verteidigung relevante Informationen mit der beschuldigten Person teilt, um gemeinsam eine Verteidigungsstrategie zu entwickeln. Das Vorenthalten bedeutsamer Informationen durch den anwaltlichen Beistand kann das Vertrauensverhältnis mit der Mandantschaft somit nachhaltig belasten. Vor diesem Hintergrund kann es nicht angehen, dass dem anwaltlichen Beistand eine Diskretionspflicht gegenüber seiner Mandantin oder seinem Mandanten auferlegt wird.⁸⁹⁰ Soweit ein begründetes Interesse an der Verweigerung der Akteneinsicht der beschuldigten Person besteht, rechtfertigt sich – aufgrund der gebotenen anwaltlichen Treue- und Sorgfaltspflicht und der damit einhergehenden Gefahr der Weitergabe von vertraulichem Material – eine Einschränkung der Ak-

Nimmt sich die beschuldigte Person zur Wahrung ihrer Interessen einen anwaltlichen Beistand, stehen diesem dieselben Rechte zu wie seiner Mandantin oder seinem Mandanten, siehe StPO Kommentar-BRÜSCHWEILER, Art. 101 N 9. Für das Haftverfahren ist [Art. 225 Abs. 2 StPO](#) bzw. [Art. 227 Abs. 3 StPO](#) einschlägig.

886 Vgl. TRECHSEL, Akteneinsichtsrecht, 997.

887 Vgl. StPO-ZH Kommentar-DONATSCH/LIEBER, § 14 N 29; vgl. auch AMBOS, 601 m.w.H. 888 Siehe BStrGer, Beschluss vom 24.05.2012, [BB.2012.27](#), E. 2.7; BStrGer, Beschluss vom 22.10.2015, [BB.2015.11](#), E. 4.

889 Ein solches Vorgehen befürwortend, [Botschaft StPO 2005](#), 1164. Als Beispiel wird ein medizinisches Gutachten aufgeführt, welches vertrauliche Informationen über Drittpersonen enthält. Vgl. auch BGer, Urteil vom 10.01.2017, [1B.261/2016](#), E. 1.2.

890 ZUBERBÜHLER, 129; DROESE, 171. A.M. [BGE 139 IV 25](#), E. 5.5.9. Ein solches Vorgehen trägt dem berechtigten Interesse an der Geheimhaltung, am Schutz privater Personen sowie an der Verhinderung von Rechtsmissbrauch nicht genügend Rechnung, vgl. StPO Kommentar-LIEBER, Art. 108 N 11a.

teneinsicht sowohl für die beschuldigte Person als auch für den anwaltlichen Beistand.⁸⁹¹

a) Schutz vor Rechtsmissbrauch

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs gem. [Art. 108 lit. a StPO](#) ist nach dem Wortlaut des Gesetzes an die Parteien gerichtet. Die ausdrückliche Normierung des Rechtsmissbrauchsverbots ist insofern erforderlich, als das allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauchs in [Art. 3 Abs. 2 StPO](#) allein die Strafbehörden bindet.⁸⁹² Die Bundesverfassung verpflichtet zwar auch Private zu Treu und Glauben,⁸⁹³ jedoch nicht im gleichen Mass wie die staatlichen Organe. Aus der allgemein gehaltenen Verfassungsbestimmung kann keine weitergehende Mitwirkungspflicht der Verfahrensparteien abgeleitet werden, als ohnehin strafprozessual vorgesehen wäre.⁸⁹⁴

Welche konkreten Verhaltensweisen rechtsmissbräuchlich sind, lässt sich der geltenden StPO nicht entnehmen. Nach der Rechtsprechung liegt ein Missbrauch vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig eingesetzt wird, um Interessen zu verwirklichen, die mit diesem Rechtsinstitut nicht geschützt werden sollen.⁸⁹⁵ Der Begriff «Rechtsinstitut» ist insofern missverständlich, als auch ein einzelnes Recht bzw. eine einzelne Rechtsnorm zweckwidrig verwendet

891 Die latente Gefahr der Weitergabe des Akteninhalts, die gemäss [Art. 108 Abs. 2 StPO](#) in der Person der Verteidigerin oder des Verteidigers bzw. in der anwaltlichen Treuepflicht begründet liegt, rechtfertigt die Einschränkung der Akteneinsicht, siehe ZUBERBÜHLER, 129; a.M. OGer ZH, Beschluss vom 19.09.2016, [UH160091](#), E. 3b. Eine solche Einschränkung muss i.S.v. [Art. 108 Abs. 3–5 StPO](#) hinreichend kompensiert werden.

892 BSK StPO I-THOMMEN, [Art. 3 N 78](#); VEST, Rechtsmissbrauch, 392: «Parteien und andere Verfahrensbeteiligte [...] werden durch [Art. 3 StPO](#) nicht verpflichtet». Auch der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben in [Art. 2 Abs. 2 ZGB](#) kann nicht einfach für das Strafverfahren herangezogen werden, a.M. [Botschaft StPO 2005](#), 1128, denn es geht im Strafprozess nicht um zwei einander gleichgestellte Parteien, die sich gegenseitig Treu und Glauben schulden. Daher besteht im Strafprozess keine so weitgehende Mitwirkungspflicht der beschuldigten Person wie im Zivilprozess zwischen zwei gleichgestellten Parteien, vgl. dazu ARZT, FS Schmid, 644. A.M. [BGE 143 IV 117](#), E. 3.2; [BGE 144 IV 189](#), E. 5.1.

893 Gem. [Art. 5 Abs. 3 BV](#); BGer, Urteil vom 06.11.2015, [6B_790/2015](#), E. 2.2.

894 [Art. 5 Abs. 3 BV](#) ist inhaltlich nicht genügend bestimmt, um der beschuldigten Person bzw. ihrer Verteidigung bestimmte Handlungspflichten vorzuschreiben und ein bestimmtes Verhalten als rechtsmissbräuchlich einzustufen, vgl. BSK StPO I-THOMMEN, [Art. 3 N 64](#); VEST, Rechtsmissbrauch, 393.

895 [BGE 130 IV 72](#), E. 2.2; [BGE 131 I 185](#), E. 3.2.4; BStrGer, Entscheid vom 22.11.2012, [RR. 2012.110](#), E. 7.2.

werden kann.⁸⁹⁶ VEST fordert darüber hinaus, dass der Rechtsmissbrauch im Strafprozess analog zur zivilrechtlichen Bestimmung offenkundig sein muss.⁸⁹⁷ Nach dieser Logik sind zur Annahme eines Rechtsmissbrauchs sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht hohe Anforderungen zu stellen.⁸⁹⁸ Nur ein Verhalten, das *ausschliesslich* prozessfremden Zwecken dient, ist daher rechtsmissbräuchlich.⁸⁹⁹ Die subjektive Komponente eines Rechtsmissbrauchs ist gegeben, wenn sich die Ausübung eines Rechts nur mit der Verfolgung normfremder Zwecke erklären lässt,⁹⁰⁰ wie etwa mit der Beseitigung von Beweismitteln oder der Verhinderung der Erhebung weiterer rechtserheblicher Beweise.

Nicht rechtsmissbräuchlich ist es, wenn eine beschuldigte Person bzw. ihre Verteidigung die Aktenkenntnis nutzen, um im gesetzlichen Rahmen Einfluss auf einen Zeugen auszuüben.⁹⁰¹ Das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen, dient unter anderem dazu, ein widersprüchliches oder unsicheres Aussageverhalten aufzuzeigen. Es kann daher nicht rechtsmissbräuchlich sein, wenn die Verteidigung die Kenntnis der bisher getätigten Aussagen einsetzt, um auf etwaige Widersprüche oder Unklarheiten hinzuweisen. Dass die aktive Ausübung des Fragerechts geeignet ist, einen Zeugen in seinem Aussageverhalten zu beeinflussen, ändert daran nichts. Sofern kein begründeter Verdacht in Gestalt konkreter Anhaltspunkte besteht,⁹⁰² dass die Dossierinformationen verwendet werden, um einen Zeugen mittels einer strafbaren Handlung⁹⁰³ zu einer bestimmten Aussage zu bewegen, lässt sich eine Verweigerung der Akteneinsicht nicht rechtfertigen. Dasselbe gilt, wenn zu vermuten ist, dass die beschuldigte Person die Aktenkenntnis nutzt, um ihre Aussage dem Ermittlungsstand anzupassen.⁹⁰⁴ In diesem Kontext gilt es zu beachten, dass die

896 Siehe GÄCHTER, 312.

897 VEST, Rechtsmissbrauch, 395.

898 WOHLERS, AJP 2006, 626 mit Hinweis auf ARZT, Verwirkung, 37.

899 Die Geltendmachung von Rechten, die einem berechtigten prozessualen Zweck dienen können, ist nicht als rechtsmissbräuchlich einzustufen, siehe CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 148.

900 VEST, Rechtsmissbrauch, 414.

901 CHRISTEN, Anwesenheitsrecht, 148.

902 Vgl. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 108 N 5. Die abstrakte Gefahr eines Missbrauchs genügt nicht, siehe für die Einschränkung des Teilnahmerechts, BGE 139 IV 25, E. 5.5.7. Für das Akteneinsichtsrecht, vgl. KELLER, StPO, 244.

903 Zum Beispiel durch eine Drohung i.S.v. Art. 180 StGB oder deren Versuch.

904 Es ist der beschuldigten Person erlaubt, sich selbst im Strafverfahren zu begünstigen, siehe ARZT, FS Schmid, 635.

StPO den früher in manchen Kantonen vorgesehenen Einschränkungsggrund der Gefährdung von Verfahrensinteressen nicht mehr kennt.⁹⁰⁵

b) Wahrung von privaten und öffentlichen Geheimhaltungsinteressen

Eine Einschränkung der Akteneinsicht kommt ferner in Betracht, wenn dies zur Sicherheit von Personen erforderlich erscheint. Davon ist auszugehen, wenn einer im Verfahren beteiligten Person oder deren Verwandten eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben oder ein sonstiger schwerer Nachteil droht, wie etwa Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz, Zerstörung von Eigentum oder Beeinträchtigung der beruflichen Zukunft.⁹⁰⁶ Aus diesen Gründen kann es sich rechtfertigen, die Identität eines Belastungszeugen gegenüber der Verteidigung geheim zu halten.⁹⁰⁷

Darüber hinaus kann das Akteneinsichtsrecht aufgrund öffentlicher Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden.⁹⁰⁸ Dies ist der Fall, wenn die innere oder äussere Sicherheit des Staates betroffen ist, was insbesondere auf Informationen im militärischen, diplomatischen oder polizeilichen Bereich zutreffen kann.⁹⁰⁹ Dabei geht es hauptsächlich um aktenkundige Vorgänge im Rahmen einer polizeilichen Vorermittlung.⁹¹⁰ Schliesslich kann die Verfahrensleitung die Einsicht in die Akten einschränken, wenn ein privates Interesse an der Geheimhaltung des Akteninhalts besteht, wie zum Beispiel beim Befund eines medizinischen oder psychiatrischen Gutachtens.⁹¹¹

3. Zeitpunkt der Akteneinsicht

Die StPO definiert keinen bestimmten Verfahrenszeitpunkt, in welchem die Verteidigung Einsicht in die Akten nehmen kann. Als Minimalgarantie wird lediglich eine obere Grenze festgelegt, nämlich nach der ersten Einvernahme

905 Siehe [Botschaft StPO 2005](#), 1164; [Begleitbericht-VE-StPO 2001](#), 85.

906 GRETER, 153–155 m.w.H.; StPO Kommentar-LIEBER, Art. 108 N 6; [Botschaft StPO 2005](#), 1189. Siehe zu den Schutzmassnahmen, [Art. 149 ff. StPO](#).

907 Die Einschränkung der Akteneinsicht darf es der Verteidigung jedoch nicht verunmöglichen, von ihrem Konfrontationsrecht wirksam Gebrauch zu machen, vgl. [BGE 125 I 127](#), E. 6.

908 [Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO](#).

909 GRETER, 156 mit Verweisen.

910 Vgl. zur Nichtoffenlegung von Akten über den Einsatz einer Vertrauensperson im Rahmen einer polizeilichen Vorermittlung, BStrGer vom 17.11.2009, [BB.2009.64](#), E. 4.1–4.4.

911 Zu denken ist ferner an allenfalls bestehende Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, vgl. dazu die Ausführungen von GRETER, 161 f.

der beschuldigten Person *und* nach Erhebung der wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft.⁹¹² Vor diesem Zeitpunkt ist die Staatsanwaltschaft nicht verpflichtet, der Verteidigung Einsicht in die Akten zu gewähren.

4. Akteneinsicht im Haftprüfungsverfahren

Die Verteidigung hat das Recht, sämtliche Beweismittel, die förmlich zu den Haftakten erkannt wurden und dem Zwangsmassnahmengericht zur Beurteilung der Haftanordnung oder der Haftfortsetzung vorliegen, einzusehen.⁹¹³ Dadurch soll die Verteidigung in die Lage versetzt werden, sich effektiv gegen die Anordnung der Untersuchungshaft zur Wehr zu setzen.⁹¹⁴ Das Zwangsmassnahmengericht darf seiner Entscheidung über die Haft nur diejenigen Akten zugrunde legen, welche die Verteidigung einsehen konnte.⁹¹⁵ Die Staatsanwaltschaft muss jedoch dem Zwangsmassnahmengericht im Rahmen der Haftprüfung nicht sämtliche ihr bereits bekannten Beweisergebnisse und deren Erhebungsmethoden vorlegen.⁹¹⁶ Vielmehr sieht die StPO vor, dass alle *wesentlichen* Akten dem Haftantrag beizulegen sind.⁹¹⁷

II. Das Akteneinsichtsrecht unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»

1. Kompetenz der Strafverfolgungsbehörden zur Auswahl des in die Akten aufzunehmenden Materials

Da eine Strafuntersuchung häufig auch Unwesentliches zu Tage fördert, bedingt das Zusammenstellen des Aktendossiers notwendigerweise eine Auswahl. Die zur Überführung in die Akten notwendige Beurteilung der Entscheidewesentlichkeit obliegt im Ermittlungsverfahren faktisch der Polizei und

912 Gem. Art. 101 Abs. 1 StPO und unter Vorbehalt von Art. 108 StPO.

913 Entscheidend sind die haftrelevanten Unterlagen, siehe ALBRECHT, Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers, N 2.71.

914 RENZIKOWSKI, 112.

915 BStrGer, Entscheid vom 13.12.2005 BH.2005.42, E. 3.4; BStrGer, Beschluss vom 04.10.2016, BH.2016.3, E. 2.5; GUIDON, Diss., 251.

916 Vgl. OBERHOLZER, Grundzüge, N 947.

917 Gem. Art. 224 Abs. 2 StPO; Art. 227 Abs. 2 StPO.

im Untersuchungsverfahren der Staatsanwaltschaft.⁹¹⁸ Dabei besteht die Gefahr, dass die Strafverfolgungsbehörden in der Wahrnehmung ihrer Rolle als Strafverfolger einseitig selektiv vorgehen und nicht sämtliches bedeutsames Material in die Akten überführen.⁹¹⁹ Damit soll nicht unterstellt werden, dass die Polizei oder Staatsanwaltschaft systematisch und bewusst entlastendes Material vorenthalten würden.⁹²⁰ Vielmehr steht zu befürchten, dass das Interesse an der Verfolgung und Bestrafung einer Straftat einen Einfluss auf die Zusammenstellung des Aktendossiers bzw. der Haftakten hat. Deshalb ist auch die Forderung, wonach bei Zweifel an der Rechtserheblichkeit eher etwas zu den Akten zu erkennen sei,⁹²¹ nicht geeignet, um das Problem der anklageorientierten Aktenführung zu beheben. Denn die eigentliche Problematik besteht darin, dass der Staatsanwaltschaft solche Zweifel aufgrund ihrer Verfahrensrolle in der Regel überhaupt gar nicht erst auffallen.

Das Risiko einer einseitigen Aktenführung im Vorverfahren betrifft in erster Linie entlastende Umstände, die von der Polizei oder Staatsanwaltschaft nicht als solche erkannt werden oder sogar bewusst zurückgehalten werden und somit nicht Eingang ins Aktendossier finden. Durch eine lückenhafte Aktenführung verliert das Akteneinsichtsrecht an Substanz,⁹²² da eine wirksame Geltendmachung der Entlastungsperspektive sowie eine reelle Ausübung des Konfrontationsrechts und des Beweisantragsrechts nicht mehr gewährleistet sind.

Um aufzuzeigen, in welchem Bereich die Aktenführung durch die Strafverfolgungsbehörden die wirksame Gewährleistung des Akteneinsichtsrechts

918 Zur polizeilichen Beurteilung prozessrelevanter Vorgänge im Vorverfahren, vgl. auch MÜLLER-HASLER, 142; KÜHNE, 118 f.

919 Vgl. KRAUSS, Strafakte, 57; TRECHSEL, Akteneinsicht, 1000 f. Vgl. auch BGer, Urteil vom 25.01.2018, [1B_7/2018](#), E. 4.

920 Die Auffassung, dass die vorsätzliche Unterschlagung entscheidungswesentlicher Beweisvorgänge zur Verletzung der Amtspflicht führe, geht daher an der Sache vorbei, vgl. dazu etwa BStrGer, Beschluss vom 04.10.2016, [BH.2016.3](#), E. 2.6 mit Hinweis auf KELLER, Beschwerde, 209. Zumal sich die vorsätzliche Unterschlagung rechtserheblicher Vorgänge nur schwerlich nachweisen lässt.

921 BSK StPO I-SCHMUTZ, Art. 100 N 14; KELLER, Beschwerde, 209.

922 Vgl. BGer, Urteil vom 12.11.2012, [6B_719/2011](#), E. 4.5 m.w.H. Insofern bedingt die effektive Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts, dass alles, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann, in geeigneter Form schriftlich festgehalten und systematisch ins Aktendossier überführt wird, siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel D.I. Ziff. 1; vgl. auch BGer, Urteil vom 12.11.2012, [6B_719/2011](#), E. 4.5; BGer, Urteil vom 08.12.2016, [1B_426/2016](#), E. 3.1; MÜLLER/SCHEFER, 877; ZUBERBÜHLER, 93; NÄPFLI, 9.

gefährden kann, ist näher auf zwei Konstellationen einzugehen, die in der Praxis häufig zu Schwierigkeiten führen. Dies betrifft zum einen die Akteneinsicht in die polizeiliche Ermittlungstätigkeit (a.) und zum anderen die Einsicht in potenziell relevante Akten mitbeschuldigter Personen, die in einem getrennt geführten Verfahren beurteilt werden (b.).

a) *Polizeiliche Rapportierung entscheidwesentlicher Umstände*

Die Pflicht, entscheidwesentliche Ermittlungshandlungen und Vorgänge zu dokumentieren, gilt auf allen Verfahrensstufen und somit auch für das polizeiliche Ermittlungsverfahren.⁹²³ Besteht ein hinreichender Verdacht auf eine konkrete Straftat, beurteilt sich das Verhalten der Polizei nach den Bestimmungen der StPO.⁹²⁴ Die polizeiliche Tätigkeit zur Verhinderung oder Erkennung zukünftiger strafbarer Handlungen im Sinne polizeilicher Vorermittlungen oder sicherheitspolizeilicher Vorkehrungen, die sich typischerweise an eine grosse Personenzahl richtet, fallen hingegen unter das anwendbare Polizeirecht.⁹²⁵ Ergibt sich im Zuge polizeilicher Vorermittlungen oder sicherheitspolizeilicher Vorkehrungen ein Tatverdacht auf eine begangene Straftat, finden wiederum die Bestimmungen der StPO Anwendung.⁹²⁶

Die StPO verpflichtet die Polizei, alle Feststellungen und beweismässigen Abklärungen fortlaufend in Polizeirapporten schriftlich festzuhalten.⁹²⁷ Diese werden nach Abschluss der Ermittlungen an die Staatsanwaltschaft übermittelt, wodurch sichergestellt werden soll, dass alle entscheidwesentlichen Vorgänge im polizeilichen Ermittlungsverfahren aktenkundig sind. Welche Aktenstücke im Polizeirapport enthalten sein müssen, lässt sich der StPO nicht entnehmen.⁹²⁸ Im Sinne einer Grundregel ist davon auszugehen, dass

923 Botschaft StPO 2005, 1155.

924 BGE 143 IV 27, E. 2.5 mit Hinweis auf BGer, Urteil vom 06.06.2016, 6B_1143/2015, E. 1.3.1. Ein solcher Tatverdacht kann sich bspw. aus einer Anzeige oder aufgrund eigener Feststellungen der Polizei ergeben, siehe Art. 306 Abs. 1 StPO.

925 Die Abgrenzung der strafprozessualen und polizeirechtlichen Tätigkeit der Polizei gestaltet sich in der Praxis schwierig, siehe bspw. BGE 140 I 353, E. 5.2.

926 BGE 143 IV 27, E. 2.5: «Das entscheidende Abgrenzungskriterium für die Anwendbarkeit der StPO ist der strafprozessuale Anfangsverdacht».

927 Vgl. Art. 307 Abs. 3 StPO. Zur Protokollierungspflicht in Bezug auf wesentliche Verfahrenshandlungen vgl. Art. 77 StPO. Die Polizei kommt ihrer Dokumentationspflicht mittels schriftlicher Rapporte an die Staatsanwaltschaft gem. Art. 307 Abs. 3 StPO nach, siehe OGer ZH, Beschluss vom 23.04.2016, UH160084, E. 2.1.2.

928 Die gesetzliche Aufzählung in Art. 307 Abs. 3 StPO hat nur beispielhaften Charakter, siehe ALBERTINI/FEHR/VOSER, 562.

sämtliche Ermittlungsvorgänge zu erfassen sind, die für die Beurteilung der vorgeworfenen Tat oder zum Nachvollzug der Untersuchung erforderlich erscheinen.⁹²⁹ Es ist jedoch umstritten, inwieweit die Polizei die konkrete Durchführung ihrer Ermittlungen in den Polizeirapporten offenlegen muss. Sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung wird betont, dass die Polizei nicht sämtliche Details, wie zum Beispiel interne Arbeitsunterlagen zur operativen Tätigkeit (Einsatzpläne, Sicherheitskonzepte etc.) oder polizeitaktische Dokumente (Journaleinträge, Beobachtungsnotizen der involvierten Polizisten) in die Akten überführen muss.⁹³⁰

Für die Beurteilung eines Schuldvorwurfs ist es jedoch unter Umständen von Bedeutung, wie die Polizei bei ihrer Ermittlungstätigkeit konkret vorgegangen ist. So kann bspw. die Frage aufkommen, ob einer polizeilichen Ermittlungshandlung im Zusammenhang mit der Abklärung einer begangenen Tat ein genügender Tatverdacht zugrunde lag.⁹³¹ Bei der Durchführung einer Beweismassnahme ohne genügenden Tatverdacht handelt es sich um eine illegale Beweisausforschung (sog. «fishing expedition»)⁹³² Im Einzelfall kann es erforderlich sein, allfällige Handnotizen oder strategische Dokumente, die Aufschluss über das polizeiliche Vorgehen geben, im Polizeibericht festzuhalten und somit aktenkundig zu machen.⁹³³

Bestimmt die Polizei selbständig, welche Vorgänge einer Ermittlung schriftlich dokumentiert werden und im Rahmen von Polizeirapporten Eingang in die Akten finden, besteht die Gefahr, dass zweifelhafte Ermittlungstätigkeiten der

929 Vgl. zur verdeckten Fahndung und Ermittlung der Polizei KÜHNE, 118. Dazu gehören die Ausgangslage, die Durchführung und das Ergebnis polizeilicher Ermittlungen, siehe ALBERTINI/FEHR/VOSER, 562 f.; OGer ZH, Beschluss vom 23.04.2016, [UH160084](#), E. 2.1.2.

930 SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 568; StPO Kommentar-BRÜSCHWEILER, Art. 100 N 2; OGer ZH, Beschluss vom 23.04.2016, [UH160084](#), E. 2.1.2. Kritisch zur Praxis, Handnotizen der Polizei nicht in die Akten zu überführen, BSK StPO I-SCHMUTZ, Art. 100 N 19.

931 I.S.v. Art. 215 StPO.

932 Allfällige Beweisergebnisse, die auf der Grundlage einer illegalen Beweisausforschung beruhen, sind unverwertbar, vgl. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1067. In [BGE 137 I 218](#), E. 2.3.2 wurde offengelassen, ob es sich hierbei um ein absolutes oder relatives Beweisverwertungsverbot handelt. Sich ebenfalls für ein absolutes Beweisverbot (aufgrund der illegalen Beweiserhebungsmethode i.S.v. [Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO](#)) aussprechend BSK StPO I-GLESS, Art. 141 N 81.

933 Anders als bei Observationsberichten dürfte in diesen Fällen auch kein gewichtiges öffentliches Interesse an der Geheimhaltung bestehen, vgl. zu den Observationsberichten, BStrGer, Urteil vom 08.11.2011, [SK.2011.1](#), E. 2.5.4b m.w.H.

Polizei nicht in die Akten überführt werden.⁹³⁴ So banal es auch klingen mag: Was nicht Bestandteil der Akten ist, kann von der Verteidigung auch nicht eingesehen werden,⁹³⁵ sodass sie weder die Rechtmässigkeit der entsprechenden polizeilichen Massnahme hinterfragen noch sich für die Unverwertbarkeit etwaiger belastender Beweise einsetzen kann. Der polizeiliche Ermessensspielraum bei der Rapportierung entscheidungswesentlicher Vorgänge kann die Verteidigung somit substanziell benachteiligen, sofern ihr nicht die Möglichkeit der richterlichen Kontrolle offensteht.

b) Beizug von Akten mitbeschuldigter Personen in getrennt geführten Verfahren

Die Aussagen mitbeschuldigter Personen sind für den Ausgang des Verfahrens oft entscheidend, lassen sie doch in der Regel Rückschlüsse auf den Umfang und die Art der Beteiligung (Mittäterschaft oder Teilnahme) der involvierten Personen zu. In welchem Grad eine Person bei der Begehung einer Straftat mitgewirkt hat, spielt auch für die Strafzumessung eine grosse Rolle.

Nach dem Grundsatz der Verfahrenseinheit, der ein wesentliches Merkmal des schweizerischen Strafprozessrechts ist,⁹³⁶ werden bei Vorliegen von mutmasslicher Mittäterschaft oder Teilnahme die Tatvorwürfe gegen die beschuldigten Personen in einem einzigen Strafverfahren beurteilt.⁹³⁷ Dieser Grundsatz soll sicherstellen, dass in Fällen, in denen sich mutmassliche Mittäter oder Teilnehmer gegenseitig belasten und unklar ist, wer welchen Tatbeitrag geleistet hat, keine widersprüchlichen Entscheide ergehen.⁹³⁸ Neben der Wahrung des Gleichbehandlungsgebots dient die Verfahrenseinheit auch der Prozessökonomie.⁹³⁹ Die Einhaltung des Grundsatzes der Verfahrenseinheit stellt überdies sicher, dass die beschuldigten Personen die aus ihrer Parteilstellung fliessenden Rechte wahrnehmen können. Soweit die jeweiligen Tat-

934 Siehe auch das Bundesgericht in BGer, Urteil vom 11.04.2017, [1B_176/2016](#), E. 3.3: «Da die Polizei das Polizeijournal verfasst hat, kann sodann nicht angenommen werden, dass sich darin etwas für die beteiligten Polizeibeamten Nachteiliges finden könnte».

935 OGer ZH, Beschluss vom 23.04.2016, [UH160084](#), E. 2.1.3.

936 BGer, Urteil vom 12.08.2016, [1B_124/2016](#), E. 4.4.

937 Gem. [Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO](#). Der Grundsatz der Verfahrenseinheit gilt auch für die mittelbare Täterschaft und Nebentäterschaft, siehe [BGE 138 IV 29](#), E. 3.2.

938 Sei dies in Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts, die rechtliche Würdigung oder die Strafzumessung, siehe BGer, Urteil vom 23.05.2016, [1B_11/2016](#), E. 2.2 f. Vgl. dazu auch [BGE 138 IV 29](#), E. 3.2.

939 BGer, Urteil vom 24.10.2016, [6B_295/2016](#), E. 2.3.

handlungen im selben Verfahren untersucht werden, ist das Recht auf Einsichtnahme in die Aussagen mitbeschuldigter Personen im Rahmen der gesetzlich gewährleisteten Parteirechte unbestritten.⁹⁴⁰

Schwieriger gestaltet sich hingegen die Einsichtnahme in die Akten mitbeschuldigter Personen, wenn das Strafverfahren gegen einzelne Mitbeschuldigte separat geführt wird. Eine solche Verfahrenstrennung bei mutmasslichen Mittätern oder Teilnehmern muss allerdings die Ausnahme bleiben und ist nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.⁹⁴¹ Insbesondere wenn sich die involvierten Personen gegenseitig belasten und unklar ist, wer welchen Tatbeitrag geleistet hat, ist eine Verfahrenstrennung äusserst problematisch.⁹⁴² Der blosse Wille der Staatsanwaltschaft zur Durchführung eines abgekürzten Verfahrens stellt für sich allein genommen keinen sachlichen Grund zur Verfahrenstrennung dar.⁹⁴³

Für das Akteneinsichtsrecht dürfte es theoretisch keine Rolle spielen, ob das Verfahren gegen eine mitbeschuldigte Person getrennt geführt wird oder nicht. Wesentliches Kriterium, ob etwas in die Akten überführt wird, bleibt die Entscheidwesentlichkeit der Beweisabnahme für den Schuldvorwurf oder die Strafzumessung. Die StPO verpflichtet die Staatsanwaltschaft zum Aktenbeizug, sobald dies zum Nachweis des Sachverhalts oder für die Beurteilung der beschuldigten Person erforderlich ist.⁹⁴⁴ Äussert sich eine mitbeschuldigte Person in einem getrennt geführten Verfahren zu ihrem eigenen oder zu einem Tatbeitrag einer anderen Person, muss dies ins Aktendossier der Letzteren überführt werden. Dies gilt selbst dann, wenn eine mitbeschuldigte Person keine Aussagen zur Beteiligungsrolle macht, weil dies die Entlas-

940 Gem. [Art. 101 Abs. 1 StPO](#). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Akteneinsicht nicht nach [Art. 108 StPO](#) eingeschränkt werden kann.

941 Gem. [Art. 30 StPO](#); [BGE 116 Ia 305](#), E. 4b. Als sachlicher Trennungsgrund kommt etwa die längerdauernde Unerreichbarkeit einer mutmasslich mitbeteiligten Person oder die bevorstehende Verjährung einzelner Straftaten in Betracht, siehe [BGE 138 IV 29](#), E. 3.2; BGer, Urteil vom 12.08.2016, [1B_124/2016](#), E. 4.4.

942 Für das abgekürzte Verfahren siehe BGer, Urteil vom 23.05.2016, [1B_11/2016](#), E. 2.3.

943 BGer, Urteil vom 16.05.2017, [1B_467/2016](#), E. 3.2 und 4.8 mit Hinweis. Kommt es, obwohl kein sachlicher Grund vorliegt, zur Durchführung eines abgekürzten Verfahrens, ist das darin ergangene Urteil nichtig, siehe BGer, Urteil vom 23.05.2016, [1B_11/2016](#), E. 3.3. Kritisch zur Annahme der Nichtigkeit bei unsachlicher Verfahrenstrennung, [CESAROV](#), 327 f.

944 [Art. 194 Abs. 1 StPO](#).

tungsperspektive der anderen mitbeschuldigten Personen stützen kann.⁹⁴⁵ Gemäss diesen Überlegungen sind grundsätzlich alle Aussagen mutmasslicher Mittäter oder Teilnehmer, welche in einem getrennt geführten Verfahren ergehen, ins Aktendossier der anderen mitbeschuldigten Personen zu überführen.⁹⁴⁶

In der Praxis kommt es indessen immer wieder zu Problemen hinsichtlich des Bezugs von Akten mitbeschuldigter Personen, die in einem separaten Verfahren beurteilt werden.⁹⁴⁷ Seitens der Staatsanwaltschaft ist eine deutliche Zurückhaltung auszumachen, wenn es darum geht, Aussagen mitbeschuldigter Personen, die in einem getrennt geführten Verfahren getätigt wurden, in ihrer Gesamtheit ins Aktendossier der mitbetroffenen beschuldigten Personen zu überführen. Diese Praxis führt dazu, dass die Verteidigung von entlastenden Umständen keine Kenntnis erhält und diese vor Gericht auch nicht geltend machen kann. Ferner wird es der Verteidigung so verunmöglicht, auf allfällige Widersprüche bei der Zuschreibung der Tatbeiträge oder auf mögliche Suggestivfragen hinzuweisen. Nicht zuletzt können die Akten Aufschluss auf das Motiv zur Durchführung eines getrennt geführten Verfahrens geben und allenfalls aufzeigen, dass dahinter ein Interesse des Mitbeschuldigten stand, den eigenen Tatbeitrag möglichst geringfügig darzustellen.

Das Prinzip der Waffengleichheit ist verletzt, wenn die Staatsanwaltschaft vom Inhalt der Akten mitbeschuldigter Personen in getrennt geführten Verfahren Kenntnis hat und selektiv nur die belastenden Elemente ins Aktendossier überführt. Könnte die Staatsanwaltschaft abschliessend darüber bestimmen, was im Aktendossier enthalten ist, wäre die Verteidigung substanziell benachteiligt. Demzufolge ist eine richterliche Kontrolle unabdingbar, um zu verhindern, dass der Verteidigung entlastendes Material vorenthalten wird.

945 Daher erscheint die Praxis, nur diejenigen Passagen einer Aussage ins Verfahrensdossier zu überführen, in denen konkret von der beschuldigten Person die Rede ist, nicht gesetzeskonform, sofern dafür keine sachlichen Gründe vorliegen, vgl. BGer, Urteil vom 11.06.2013, [1B_171/2013](#), E. 2.5.

946 Vgl. auch VETTERLI, 29; MÜLLER-HASLER, 140; ZR 103 (2004), 158 ff. Kritisch BGer, Urteil vom 27.09.2016, [6B_976/2015](#), E. 7.2.

947 BGer, Urteil vom 27.09.2016, [6B_976/2015](#), E. 7.1; BGer, Urteil vom 08.12.2016, [1B_426/2016](#), E. 3; OGer ZH, Urteil vom 11.12.2015, [SB150158](#), E. 4; OGer ZH, Urteil vom 13.07.2015, [SB140564](#), E. 7.2.3; OGer ZH, Beschluss vom 24.03.2015, [UH150075](#), E. 5.1 ff.

2. Staatsanwaltschaftliches Ermessen hinsichtlich des Zeitpunkts der Gewährung der Akteneinsicht

Bei der Beurteilung der Frage, zu welchem Verfahrenszeitpunkt die wichtigsten Beweise im Untersuchungsverfahren erhoben werden und folglich die Akteneinsicht zu gewähren ist, kommt der Staatsanwaltschaft ein erhebliches Ermessen zu.⁹⁴⁸ Dessen Ausübung muss indes pflichtgemäss erfolgen.⁹⁴⁹ Das bedeutet, dass die Vorenthaltung der Akten zu Verfahrensbeginn im Einklang mit den internationalen Vereinbarungen, der Verfassung und der StPO stehen und in zeitlicher Hinsicht *verhältnismässig* ausfallen muss.

Im Zusammenhang mit der zeitlichen Einschränkung der Akteneinsicht im hängigen Verfahren müssen die auf dem Spiel stehenden Interessen sorgfältig gegeneinander abgewogen werden. Auf der einen Seite besteht insbesondere zu Beginn des Strafverfahrens eine erhöhte Gefahr der Kollusion.⁹⁵⁰ Darüber hinaus muss es der Staatsanwaltschaft in zeitlicher Hinsicht möglich sein, die bestehenden Akten zu analysieren, um festzustellen, ob allenfalls ein Grund vorliegt, um die Akteneinsicht gemäss [Art. 108 StPO](#) einzuschränken. Solche praktischen Gründe stehen der sofortigen Akteneinsicht entgegen.⁹⁵¹ Auf der anderen Seite hat die Verteidigung ein Interesse an einer möglichst frühzeitigen Akteneinsicht, weil die vollständige Einsichtnahme in die Akten für die effektive Wahrnehmung ihres Mandats essenziell ist.⁹⁵² Einerseits wird die Verteidigung dadurch befähigt, von ihrem Recht, Ergänzungsfragen zu stellen, wirksam Gebrauch zu machen.⁹⁵³ Andererseits ist die Aktenkenntnis eine Vorbedingung, um überhaupt eine aktive Verteidigungsstrategie verfolgen zu

948 Zu Recht weist DROESE darauf hin, dass es sich bei der Frage, ob noch wichtige Beweiserhebungen anstehen, um ein antizipiertes Ermessen der Staatsanwaltschaft handelt, siehe DROESE, 96.

949 [BGE 137 IV 280](#), E. 2.3; BStrGer, Beschluss vom 22.10.2015, [BB.2015.11](#), E. 3.2.

950 Vgl. BStrGer, Beschluss vom 22.10.2015, [BB.2015.11](#), E. 3.2 m.w.H. auf die Bundesgerichtsrechtsprechung; GRETER, 124. Mit fortlaufender Dauer des Untersuchungsverfahrens werden jedoch höhere Anforderungen an die Einschränkung der Akteneinsicht gestellt, siehe StPO Kommentar-LIEBER, Art. 108 N 1. Grds. zur Kollusion, BGer, Urteil vom 25.05.2016, [1B_173/2016](#), E. 2.3.

951 KELLER, Beschwerde, 200; BStrGer, Beschluss vom 20.06.2017, [BB.2017.27](#), E. 2.1.

952 ZUBERBÜHLER, 91; DROESE, 93: «Die Akteneinsicht hat der Rechtswahrnehmung vorauszu gehen».

953 Vgl. [Botschaft StPO 2005](#), 1161: «Ohne Aktenkenntnis kann das Recht auf Ergänzungsfragen oft nur schwer ausgeübt werden». Das Recht, Zusatzfragen zu stellen, ist besonders wichtig, weil den ersten Aussagen von Zeugen eine perpetuierende Wirkung zukommt, vgl. TRECHSEL, Human Rights, 234.

können und sich für die beweismässige Abklärung der Entlastungsperspektive einzusetzen – sei es, indem in Kenntnis der Aktenlage zielgerichtete Beweisanträge unterbreitet oder eigene Ermittlungen getätigt werden. Die Akteneinsicht ist nicht nur wichtig, um sich im Hinblick auf die Hauptverhandlung vorbereiten zu können, sondern auch, weil die Aktenkenntnis eine tatsächliche Teilhabe bei entscheidenden Beweiserhebungen im Vorverfahren überhaupt erst möglich macht. In diesem Zusammenhang gilt es zu berücksichtigen, dass eine wirkungsvolle Möglichkeit sich zu verteidigen durchaus zur kontradiktorischen Klärung des Sachverhalts beitragen kann.⁹⁵⁴ Insofern ist die pauschale Behauptung, dass die frühe Akteneinsicht die «Wahrheitsfindung» im Strafprozess behindere, zurückzuweisen.

Mit Blick auf die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft muss näher auf deren Interessenslage eingegangen werden. Zweifelsohne hat die Staatsanwaltschaft ein Interesse an einer möglichst ungestörten Beweiserhebung im Untersuchungsverfahren.⁹⁵⁵ Die gesetzliche Regelung der Akteneinsicht und der damit einhergehende weite Ermessensspielraum der Staatsanwaltschaft birgt das latente Risiko, dass eine aktive Mitwirkung im entscheidenden Beweisverfahren unterbunden wird. Übermässiges Hinauszögern der Akteneinsicht schmälert die Chance, dass die Entlastungsperspektive der Verteidigung im selben Mass zur Geltung gelangt wie die Belastungsperspektive der Strafverfolgungsbehörden.⁹⁵⁶ Die unklare Regelung des Zeitpunkts, ab dem die Verteidigung Einsicht in die Akten nehmen kann, weist zumindest das Potenzial auf, die effektive Wahrnehmung weiterer Verteidigungsrechte zu beeinträchtigen. Falls die Staatsanwaltschaft im Einzelfall die Gewährung der Akteneinsicht aus unsachlichen Gründen hinauszögert, steht dies im Widerspruch zum Prinzip der Waffengleichheit.

3. Staatsanwaltschaftliches Ermessen im Rahmen des Haftprüfungsverfahrens

Für das Prinzip der Waffengleichheit ist es problematisch, wenn die Staatsanwaltschaft abschliessend darüber bestimmen kann, inwieweit entlastendes Material Teil der Haftakten ist (a.). Zudem ist es unter dem Gesichtspunkt der

954 Vgl. KOHLBACHER, 113; SCHUBARTH, Untersuchungsverfahren, 244.

955 OGer ZH, Beschluss vom 11.09.2012, [UH120181](#), E. 1.3; GRETER, 113.

956 Zum Erfordernis einer Balance gemäss EMRK, siehe vorstehend Dritter Teil, Kapitel E.III. Ziff. 2.

«Waffengleichheit» wichtig, dass die Kompetenz zur Einschränkung der Einsichtnahme in die Haftakten einer richterlichen Instanz zukommt, die hierbei hohe Anforderungen zu beachten hat (b.).

a) *Gefahr einseitiger Zusammenstellung der Haftakten*

Dem Antrag auf Haftanordnung oder -verlängerung sind alle *wesentlichen* Akten beizulegen.⁹⁵⁷ Im Prinzip müsste daher alles, was für die Beurteilung der Haftvoraussetzungen von Bedeutung sein könnte, in den Haftakten erscheinen. Dies würde sämtliche den Strafverfolgungsbehörden bekannten Umstände und Beweisergebnisse, die den Tatverdacht oder die Haftgründe erhärten oder entkräften können, umfassen.⁹⁵⁸ Das Bundesgericht geht jedoch nicht so weit, sondern führt aus, dass sich die Haftakten auf diejenigen Umstände beschränken sollen, die den Kern der bisherigen Beweisabklärungen angemessen und objektiv wiedergeben.⁹⁵⁹ Zur Wahrung einer objektiven Darstellung der für die Beurteilung der Haftvoraussetzungen relevanten Beweislage ist es erforderlich, dass dem Zwangsmassnahmengericht auch die entlastenden Beweise vorgelegt werden.

Das Zwangsmassnahmengericht ist verpflichtet, die vorgelegten Akten kritisch zu hinterfragen und bei konkreten Anhaltspunkten für eine einseitige Beweismittelauswahl weitere relevant erscheinende Akten von der Staatsanwaltschaft einzufordern.⁹⁶⁰ Nach herrschender Auffassung ist es dem Haftrichter verwehrt, selbst Einsicht in sämtliche Akten zu nehmen, weil er ansonsten die Haft auf Umstände stützen könnte, die der Verteidigung gar nicht bekannt sind und zu denen sie folglich nicht Stellung nehmen konnte.

Wenn jedoch keine richterliche Kontrolle darüber besteht, ob entlastendes Material – bewusst oder unbewusst – zurückbehalten worden ist, besteht die Gefahr, dass die Verteidigung substanziell benachteiligt wird, weil die Staatsanwaltschaft allein darüber bestimmen kann, welche Akten dem Zwangsmassnahmengericht vorgelegt werden. Die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft birgt die Gefahr, dass die Haftakten das vorläufige

957 Gem. Art. 224 Abs. 2 StPO; Art. 227 Abs. 2 StPO. Vgl. OBERHOLZER, Grundzüge, N 947 mit Hinweis. Die entscheidende Frage ist wiederum, wer darüber entscheidet, ob ein bestimmter Akteninhalt für die Prüfung der Haft relevant ist, siehe RENZIKOWSKI, 114.

958 Analog zu Art. 225 Abs. 4 StPO. Vgl. BStrGer, Beschluss vom 29.04.2014, BH.2014.2, E. 2.1.

959 BGer, Urteil vom 05.12.2016, 1B_412/2016, E. 2.6.

960 BSK StPO II-FORSTER, Art. 225 N 4; BGer, Urteil vom 05.12.2016, 1B_412/2016, E. 2.6; HUG, forumpoenale 2017, 408.

Beweisergebnis nicht objektiv widerspiegeln, weil die relevanten Beweise und Beweisvorgänge *einseitig* überführt und somit wesentliche entlastende Elemente unterschlagen werden. Damit den Erfordernissen des Waffengleichheitsprinzips Genüge getan wird, bedarf es nach meinem Dafürhalten einer unparteiischen richterlichen Instanz, die eine einseitige Beweismittelauswahl untersuchen und nötigenfalls entlastende Umstände zu den Haftakten erkennen kann. Nur so ist es der Verteidigung möglich, die Haftvoraussetzungen kontradiktorisch zu bestreiten. Der Umstand, dass die Verteidigung ihr bekannte entlastende Umstände oder Beweisergebnisse vor dem Zwangsmassnahmengericht geltend machen kann,⁹⁶¹ ist nicht zielführend; denn das Zwangsmassnahmengericht darf seine Entscheidung nicht auf Parteibehauptungen stützen, die sich anhand der ihm vorliegenden Akten nicht verifizieren lassen. Diesbezüglich gilt der Grundsatz: *Quod non est in actis, non est in mundo*.

b) *Einschränkung der Einsichtnahme in die Haftakten*

Gemäss herrschender Meinung kann die Einsichtnahme in die Haftakten nicht eingeschränkt werden.⁹⁶² Demgegenüber ist FORSTER der Ansicht, dass die Einsicht in die Haftakten in begründeten Fällen beschränkt werden könne, wenn dies zur Sicherung des Verfahrenszwecks notwendig erscheine.⁹⁶³

Im Lichte der Rechtsprechung zur EMRK lässt sich festhalten, dass der EGMR die Notwendigkeit zur Geheimhaltung gewisser Aktenstücke im Haftprüfungsverfahren anerkennt.⁹⁶⁴ Das Prinzip der Waffengleichheit ist indes verletzt, wenn der Verteidigung die Einsicht in Haftakten, die zur Bestreitung der Rechtmässigkeit der Haft wesentlich sind, verwehrt bleibt.⁹⁶⁵ Die Verteidigung muss in diejenigen Haftakten Einsicht nehmen können, auf die sich der Tatverdacht im Wesentlichen stützt.⁹⁶⁶ Eine Einschränkung ist somit nur in

961 BGer, Urteil vom 05.12.2016, 1B_412/2016, E. 2.6.

962 Vgl. *Botschaft StPO 2005*, 1231; RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 225 N 2; BStrGer, Beschluss vom 29.04.2014, BH.2014.2, E. 2.1; BStrGer, Beschluss vom 04.10.2016, BH.2016.3, E. 2.3 und 2.4.

963 BSK StPO II-FORSTER, Art. 225 N 4. Siehe auch BGer, Urteil vom 05.12.2016, 1B_412/2016, E. 2.8.

964 Vgl. vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.III. Ziff. 3.

965 EGMR vom 09.07.2009, *Mooren v. Deutschland* (GK), Nr. 11364/03, § 124; EGMR vom 25.03.1999, *Nikolova v. Bulgarien* (GK), Nr. 31195/96, § 58; EGMR vom 30.03.1989, *Lamy v. Belgien*, Nr. 10444/83, § 29.

966 EGMR vom 13.12.2007, *Mooren v. Deutschland*, Nr. 11364/03, § 96.

einem Umfang statthaft, der es der Verteidigung tatsächlich noch ermöglicht, das Vorliegen der Haftvoraussetzungsgründe kontradiktorisch zu bestreiten.⁹⁶⁷

Wenn die Staatsanwaltschaft selbständig über eine Einschränkung der Einsichtnahme in die Haftakten bestimmen kann, besteht die Gefahr, dass den Interessen der Verteidigung nicht genügend Rechnung getragen wird. Die Entscheidung über eine allfällige Einschränkung der Akteneinsicht im Haftprüfungsverfahren muss dem Zwangsmassnahmengericht vorbehalten bleiben.⁹⁶⁸ Möchte die Staatsanwaltschaft ihren Haftantrag auf Beweise stützen, die nach ihrer Auffassung einer Einschränkung der Akteneinsicht unterliegen, müsste sie vorgängig das Einverständnis des Zwangsmassnahmengerichts einholen.⁹⁶⁹

Zur Begründung einer eingeschränkten Einsicht in die Haftakten darf das Zwangsmassnahmengericht nicht ohne nähere Prüfung auf die Sicherung des Verfahrenszwecks abstellen. Im Haftprüfungsverfahren gelten die Bestimmungen des [Art. 108 StPO](#) analog. Daher braucht es für die Annahme einer Kollusionsgefahr konkrete Anhaltspunkte, dass die beschuldigte Person die Kenntnis der Akten missbrauchen könnte, um Spuren oder Beweismittel zu beseitigen oder mittels einer Straftat Einfluss auf das Aussageverhalten von Belastungszeugen zu nehmen.⁹⁷⁰ Die blossе Möglichkeit, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen dem Beweisergebnis anpassen könnte, reicht nicht aus, um von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten auszugehen und die Einsichtnahme in die Haftakten einzuschränken. In Anbetracht des Stellenwerts der betroffenen Grundrechte gelten für die konkreten Massnahmen hohe Anforderungen an die Verhältnismässigkeit.⁹⁷¹

967 Vgl. BGer, Urteil vom 05.12.2016, [1B_412/2016](#), E. 2.8 mit Hinweis auf EGMR vom 13.02.2001, *Lietzow v. Deutschland*, Nr. 24479/94, §§ 44–47; BGer, Urteil vom 15.07.2009, [1B_186/2009](#), E. 2.1; BSK StPO II-FORSTER, Art. 225 N 4 (Fn. 28). Siehe auch FORSTER, Haft, 39.

968 Dies lässt sich im Übrigen auch aus der verfahrensleitenden Stellung des Zwangsmassnahmengerichts im Haftprüfungsverfahren ableiten. Die Verfahrensleitung bestimmt gem. [Art. 149 Abs. 2 lit. e StPO](#) über die Einschränkung der Akteneinsicht.

969 Dies deckt sich mit dem Vorgehen der Bundesanwaltschaft, siehe BGer, Urteil vom 05.12.2016, [1B_412/2016](#), E. 2.1.

970 Vgl. zu den Voraussetzungen gem. [Art. 108 StPO](#), vorstehend Fünfter Teil, Kapitel D.I. Ziff. 2a.

971 Gem. [Art. 36 Abs. 3 BV](#) i.V.m. [Art. 12 Abs. 2 BV](#).

Hingegen ist es der Staatsanwaltschaft erlaubt, *belastende Beweise* aus untersuchungstaktischen Gründen teilweise oder in ihrer Gesamtheit in der Hinterhand zu behalten und nicht in die Haftakten zu überführen.⁹⁷² Es liegt in der Verantwortung der Staatsanwaltschaft, wie sie ihren Standpunkt vor dem Haftrichter vertritt.⁹⁷³ Sie trägt das Risiko, dass ihrem Haftantrag nicht entsprochen wird, wenn dem Zwangsmassnahmengericht nicht sämtliche belastenden Beweise vorliegen. In Anbetracht der hohen Anforderungen, die an die Einschränkung der Akteneinsicht gestellt werden, könnte die Staatsanwaltschaft im Einzelfall gewillt sein, dieses Risiko einzugehen.

III. Vorschläge *de lege ferenda*

1. Beschwerdemöglichkeit bei begründeter Gefahr einseitiger Aktenbedienung

Nur eine richterliche Kontrolle in Bezug auf die Gesetzeskonformität der Aktenbedienung kann den berechtigten Bedenken der Verteidigung und dem Prinzip der Waffengleichheit genügend Rechnung tragen.⁹⁷⁴ Geht aus den Akten hervor, dass nicht sämtliche Beweisvorgänge, die mit der Abklärung eines Tatvorwurfs in einem sachlichen Zusammenhang stehen, ins Akten-dossier überführt wurden, muss die Verteidigung mittels Beschwerde verlangen können, dass die Beschwerdeinstanz Einsicht in die fraglichen Akten nimmt, um zu eruieren, ob – absichtlich oder unbewusst – entlastendes Material zurückbehalten wurde.⁹⁷⁵ In diesem Zusammenhang gilt es zu berücksichtigen, dass alle Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft mittels Beschwerde anfechtbar sind, solange die StPO die Beschwerde nicht explizit

972 Auf die Kollisionsgefahr bezogen BStrGer, Beschluss vom 04.10.2016, [BH.2016.3](#), E. 2.6; [Botschaft StPO 2005](#), 1230; HUG, [forumpoenale 2017](#), 408 f.

973 BGer, Urteil vom 08.12.2016, [1B_426/2016](#), E. 2.

974 Vgl. die belgische Regelung hinsichtlich der richterlichen Überprüfung der Aktenbedienung, EGMR vom 23.05.2017, *van Wesenbeeck v. Belgien*, [Nr. 67496/10](#) und [52936/12](#), §§ 50–55, 78–84.

975 Bei Observationsakten, welche die Verteidigung nur eingeschränkt einsehen kann, prüft die Beschwerdekammer bereits im Einzelfall die kompletten Observationsprotokolle, um ausschliessen zu können, dass das Akten-dossier entscheidungswesentliche Umstände unerwähnt lässt, siehe BStrGer, Urteil vom 08.11.2011, [SK.2011.1](#), E. 2.5.4c. Andernfalls ist [Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK](#) verletzt, siehe EGMR vom 31.03.2009, *Natunen v. Finnland*, [Nr. 21022/04](#), § 43; EKMR vom 15.01.1997, *C.G.P. v. Niederlande* (Zulässigkeitsentscheid), [Nr. 29835/96](#).

ausschliesst.⁹⁷⁶ Die Möglichkeit zur Beschwerde darf nicht unterbunden werden, indem die Geltendmachung einer Verletzung der Dokumentations- und Aktenführungspflicht in einen abweisenden Beweis Antrag umgedeutet wird.⁹⁷⁷ Das rechtlich geschützte Interesse liegt nicht darin, dass der Verteidigung ein Antrag auf rechtserhebliche Beweisabnahme verweigert wurde, sondern im einseitig selektiven Vorgehen bei der Aktenbedienung hinsichtlich bereits erhobener Beweise, sodass die Einsichtnahme in alle entscheidwichtigen Beweise oder Beweisvorgänge verwehrt wird. Gegen eine solche De-facto-Verweigerung der Akteneinsicht muss die Beschwerde zulässig sein.⁹⁷⁸ Die Beschwerde im Vorverfahren darf nicht durch den Hinweis verunmöglicht werden, dass die entsprechende Rüge ohne Rechtsnachteil in der Hauptverhandlung nochmals vorgebracht werden kann. In diesem Zusammenhang gilt es sich zu vergegenwärtigen, dass mit der Einführung der gesamtschweizerischen StPO ein Ausbau des Beschwerderechts im Vorverfahren als Korrektiv zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft bezweckt worden ist.⁹⁷⁹

Im Rahmen einer solchen Beschwerde trifft die Verteidigung die Obliegenheit, auszuführen, welche entlastenden Beweise oder Beweisvorgänge des polizeilichen Ermittlungsverfahrens oder des staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsverfahrens nicht ins Aktendossier überführt worden sind.⁹⁸⁰ Jedoch dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, wenn die Verteidigung keine Kenntnis vom Ergebnis einer potenziell relevanten Beweismassnahme hat. Gerade in Fällen, in denen die Verteidigung nicht nachvollziehen

976 Es gilt der Grundsatz der Universalität der Beschwerde unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, siehe [BGE 143 IV 475](#), E. 2.4; [BGE 144 IV 81](#), E. 2.3.1; PIQUEREZ/MACALUSO, N 1964 ff.

977 So OGer ZH, Beschluss vom 24.03.2015, [UH150075](#), E. 5.4b, in welchem ein Gesuch auf Beizug der Akten vom Gericht mit der Begründung abgelehnt wurde, es liege ein abgelehnter Beweis Antrag vor, der gemäss [Art. 394 lit. b StPO](#) keiner Beschwerde zugänglich ist, weil der Beweis Antrag ohne Rechtsnachteil vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholt werden kann. Auch das KGer SG geht davon aus, dass Akteneinsichtsgesuche in Akten, die nicht Bestandteil des offiziellen Aktendossiers sind, als Beweis Anträge zu qualifizieren seien, siehe KGer SG, Entscheid vom 18.06.2013, [AK.2013.118](#), E. 2b/bb.

978 Im Allgemeinen ist die Einschränkung bzw. Verweigerung der Akteneinsicht mittels Beschwerde anfechtbar, vgl. BSK StPO II-GUIDON, Art. 393 N 10; BStrGer, Beschluss vom 22.10.2015, [BB.2015.11](#), E. 1.1.

979 [Botschaft StPO 2005](#), 1107.

980 Siehe dazu die konventionsrechtlichen Vorgaben, vorstehend Dritter Teil, Kapitel E.III. Ziff. 1.

kann, weshalb bestimmte rechtserheblich erscheinende Beweise oder Beweisvorgänge nicht ins Aktendossier überführt wurden, ist eine richterliche Kontrolle besonders wichtig.⁹⁸¹ Dies ist in aller Regel bei Aussagen mitbeschuldigter Personen in getrennt geführten Strafverfahren der Fall, weil dort kein Teilnahmerecht an der Beweiserhebung besteht und die Verteidigung somit keine Kenntnis der für die Entscheidungsfindung möglicherweise relevanten Aussagen hat.⁹⁸²

Die Gefahr der Unterschlagung entlastender Umstände ist auch im Haftprüfungsverfahren vorhanden.⁹⁸³ In Anbetracht der drohenden Haft, die einen besonders schweren Eingriff in die Grundrechte darstellt, muss die Verteidigung zumindest im Haftbeschwerdeverfahren rügen können, dass wesentliche entlastende Umstände nicht Eingang in die Haftakten gefunden haben. Auch hier obliegt es der Verteidigung zu substantizieren, welche wesentlichen Beweisvorgänge betroffen und demzufolge einer zeitnahen richterlichen Überprüfung zu unterziehen sind.⁹⁸⁴ Entgegen der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre⁹⁸⁵ muss es der Beschwerdeinstanz in begründeten Fällen erlaubt sein, Akten einzusehen, welche der Verteidigung vorenthalten werden. Dies ist insofern mit dem rechtlichen Gehör zu vereinbaren, als die Beschwerdeinstanz im Rahmen einer solchen Beschwerde lediglich zu entscheiden hat, ob entlastende Akten zurückbehalten wurden, jedoch nicht unmittelbar über die Rechtmässigkeit der Haft zu befinden hat.

Aus Praktikabilitätsgründen und aufgrund der vereinfachten Natur des Beschwerdeverfahrens muss die Beschwerdeinstanz nicht sämtliche Akten, die mit dem Tatvorwurf in sachlichem Zusammenhang stehen («dossier com-

981 Vgl. auch HANSJAKOB, *forumpoenale* 2013, 354.

982 Im polizeilichen Ermittlungsverfahren besteht kein Teilnahmerecht an der Beweiserhebung. Im staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsverfahren hängt das Teilnahmerecht gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO von der Parteistellung im Verfahren ab. In getrennt geführten Strafverfahren kommt der beschuldigten Person im jeweils anderen Strafverfahren folglich kein Teilnahmerecht zu, siehe BGE 141 IV 220, E. 4.5; BGE 140 IV 172, E. 1.2.3.

983 EGMR vom 16.12.1992, *Edwards v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 13071/87, § 36; KELLER, Beschwerde, 209 mit Hinweis auf BGer, Urteil vom 13.02.2006, 1S.1/2006, E. 2.2 f.

984 Vgl. zum Beschleunigungsgebot in Haftsachen gemäss Art. 5 Ziff. 4 EMRK, Art. 31 Abs. 4 BV sowie Art. 5 Abs. 2 StPO auch BGer, Urteil vom 07.04.2015, 1B_51/2015, E. 4.6.

985 BStrGer, Beschluss vom 13.12.2005, BH.2005.42, E. 3.4; BStrGer, Beschluss vom 04.10.2016, BH.2016.3, E. 2.5; BGer, Urteil vom 05.12.2016, 1B_412/2016, E. 2.6; GUIDON, Diss., 251; KELLER, Beschwerde, 209 f. m.w.H.

plet»),⁹⁸⁶ einsehen. Es genügt, wenn nur diejenigen Akten der Beschwerdeinstanz zur Prüfung weitergeleitet werden, die gemäss der Rüge der Verteidigung zu Unrecht nicht Eingang ins Aktendossier gefunden haben bzw. nicht zu den Haftakten erkannt wurden.

2. Recht auf Akteneinsichtnahme spätestens nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft

Aus der Perspektive der Verteidigung ist es unerklärlich, wieso der Gesetzgeber es zulässt, dass die vollständige Akteneinsicht erst nach Erhebung der wesentlichen Beweise gewährt werden muss.⁹⁸⁷ Eine Stärkung der Verteidigungsrechte im Vorverfahren ist jedenfalls in Bezug auf das Akteneinsichtsrecht in der StPO nicht auszumachen.⁹⁸⁸

Aus den Materialien geht hervor, dass ein Minderheitsantrag, der der Verteidigung die Akteneinsicht «ab Beginn der Strafuntersuchung» zuerkennen wollte, im Nationalrat abgelehnt wurde.⁹⁸⁹ Folglich besteht kein Anspruch auf Akteneinsicht vor der ersten Einvernahme im Verfahrensstadium der Untersuchung.⁹⁹⁰ Zwischen der Eröffnung des Untersuchungsverfahrens und dem Abschluss der Erhebung der wesentlichen Beweise durch die Staatsanwaltschaft liegt jedoch eine beträchtliche Zeitspanne, die insbesondere für die Verteidigung von entscheidender Bedeutung ist. Die bestehende gesetzliche Regelung der Akteneinsicht wird dem Interesse der Verteidigung an einer aktiven Mitwirkung an den Beweiserhebungen im Vorverfahren nicht gerecht,

986 Vgl. BGer, Urteil vom 09.07.2004, [1S.1/2004](#), E. 3. Zu den praktischen Schwierigkeiten der Umsetzung einer Einsichtnahme der Beschwerdeinstanz in sämtlich erstellte Verfahrensakten, vgl. KELLER, Beschwerde, 208 f.; GUIDON, Diss., 249 f.

987 ALBRECHT, Mitwirkungsrechte, 168; kritisch auch DROESE, 93 f.

988 Noch immer hängt die Akteneinsicht von einem auslegungsbedürftigen Begriff («wesentliche Beweise») ab. Dies steht im Widerspruch mit dem gesetzgeberischen Willen, die Akteneinsicht nicht an eine schwammige Formulierung («Gefährdung des Untersuchungszwecks») zu binden, vgl. DROESE, 96; BSK StPO I-SCHMUTZ, Art. 101 N 16.

989 Der Minderheitsantrag wurde mit 59 zu 98 Stimmen abgelehnt, siehe [Amtl. Bull. NR, 2007, 950](#). Die parlamentarische Debatte zu diesem Minderheitsantrag präsentierte sich indes verworren, da gleichzeitig mit der Akteneinsicht von Beginn an (zum Verfahrenszeitpunkt des «Anwalts der ersten Stunde») argumentiert wurde, siehe [Amtl. Bull. NR, 2007, 949 f.](#)

990 So auch BStrGer, Beschluss vom 05.09.2011, [BB.2011.48](#), E. 2.2 m.w.H. Im Stadium des selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahrens besteht kein Recht auf Einsichtnahme in die Akten, vgl. [BGE 137 IV 172](#), E. 2.3; kritisch PIGUET/DYENS, 317 f.

denn sie verkennt, dass sich entscheidende Verfahrensschritte, namentlich die kontradiktorische Bestreitung der Beweise, ins Vorverfahren verlagert haben.

Einen gangbaren Weg, wie die divergierenden Interessen gewahrt werden können, zeigt der EGMR in *A.T. v. Luxemburg* auf.⁹⁹¹ Übertragen auf die schweizerische StPO müsste demnach grundsätzlich das Recht auf Akteneinsicht gewährt werden, *nachdem* die beschuldigte Person erstmals im Untersuchungsverfahren einvernommen wurde.⁹⁹² Nach hier vertretener Ansicht darf es für die Gewährung der Akteneinsicht weder eine Rolle spielen, ob die beschuldigte Person im Rahmen der ersten Einvernahmen bereits zu sämtlichen Tatvorwürfen befragt wurde,⁹⁹³ noch, ob sie dabei von ihrem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat.⁹⁹⁴ Gemäss diesem Vorschlag müsste sicher gestellt sein, dass die Verteidigung vor der staatsanwaltlichen Einvernahme von Zeugen, Opfer und mitbeschuldigten Personen Einsicht in die Akten erhält, um von ihrem Teilnahmerecht an der Beweiserhebung wirksam Gebrauch machen zu können.⁹⁹⁵

Das Recht auf vollständige Akteneinsicht nach der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft ist auch für beschuldigte Personen von Bedeutung, die bereits im Rahmen des Haftprüfungsverfahrens Einsicht in die Haftakten nehmen konnten. Anders als im Haftprüfungsverfahren ist die Staatsanwaltschaft zu diesem Verfahrenszeitpunkt verpflichtet, sämtliche entscheidungswesentlichen Umstände und Beweisergebnisse offenzulegen.⁹⁹⁶ Vorbehalten bleibt die Einschränkung der Akteneinsicht bei begründetem Verdacht auf rechtsmissbräuchliches Verhalten, zur Sicherheit von Personen oder zur Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen.⁹⁹⁷ Eine zeitlich weitergehende Einschränkung der Akteneinsicht ist möglich, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Verwendung der Akteneinsicht vorliegen. Die Staatsanwaltschaft muss hinreichende Gründe darlegen, worauf sie einen solchen Verdacht stützt. Nicht als rechtsmissbräuchliches Verhalten

991 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.III. Ziff. 2.

992 Unabhängig davon, ob die Staatsanwaltschaft oder – mittels Delegation gemäss [Art. 312 Abs. 1 StPO](#) – die Polizei die Einvernahme durchführt.

993 A.M. BStrGer, Beschluss vom 22.10.2015, [BB.2015.11](#), E. 3.2 mit Hinweis auf BSK StPO I-SCHMUTZ, Art. 101 N 14. Vgl. auch OGer ZH, Beschluss vom 11.09.2012, [UH120181](#), E. 4.1.

994 Die Verweigerung der Aussage ohne Aktenkenntnis ist aus Sicht der Verteidigung oftmals zu empfehlen, siehe BERNARD, Schweigen, 11.

995 Gem. [Art. 147 Abs. 1 StPO](#).

996 Vgl. BGer, Urteil vom 05.12.2016, [1B_412/2016](#), E. 2.6.

997 Gem. [Art. 108 Abs. 1 StPO](#).

ist es zu werten, wenn die Verteidigung die Kenntnis der Akten nützt, um im gesetzlichen Rahmen von ihrem Teilnahme- und Fragerecht in der Untersuchung Gebrauch zu machen. Grundsätzlich sollte eine zeitliche Einschränkung der Akteneinsicht über die erste Einvernahme hinaus die Ausnahme bilden, damit der Verteidigung eine aktive Mitwirkung an der Beweiserhebung im Vorverfahren möglich ist.

E. KONFRONTATION MIT BELASTUNGSZEUGEN IM VORVERFAHREN

Die Aussagen von Zeugen sind für den Ausgang eines Strafverfahrens häufig von besonderer Bedeutung.⁹⁹⁸ Dies bestätigt sich auch in den Ergebnissen des Forschungsprojekts «Trial Observation». So wurde in 187 von 439 mündlichen Urteilsbegründungen Bezug auf eine Zeugenaussage genommen.⁹⁹⁹ Da gemäss autonomer Rechtsprechung des EGMR alle Aussagen, die dem Gericht zur Kenntnis gelangen und für die Urteilsfindung verwendet werden können, als Zeugenaussagen zu werten sind,¹⁰⁰⁰ sind auch die Aussagen von Mitbeschuldigten (52 Fälle) und die gutachterlichen Feststellungen sachverständiger Personen (61 Fälle) hinzuzurechnen. Insgesamt wurde mithin in 68 Prozent aller untersuchten Fälle (300 Verhandlungen) bei der mündlichen Urteilsbegründung auf Aussagen von Zeugen abgestellt.¹⁰⁰¹

Die grosse Bedeutung, die die Praxis dem Zeugenbeweis zumisst, ist deshalb so problematisch, weil Zeugenaussagen in besonderer Weise fehleranfällig sind.¹⁰⁰² Mögliche Fehlerquellen ergeben sich bei der Wahrnehmung, der Erinnerung oder der Wiedergabe des bezeugten Geschehens.¹⁰⁰³ So nehmen Menschen ihre Umwelt nicht allumfassend, sondern bruchstückhaft und verzerrt wahr. Eine kurze Wahrnehmungsdauer hat zum Beispiel einen er-

998 Vgl. zur Bedeutung des Zeugenbeweises auch ZACHARIAS, 46–56; BERLINGER, Diss., 6; JACKSON/SUMMERS, *Internationalisation of Criminal Evidence*, 325, jeweils mit Hinweisen.

999 Im Rahmen des Forschungsprojekts wurden neben Zeugen im formellen Sinn von Art. 162 StPO auch geschädigte Personen und Auskunftspersonen unter den Begriff des Zeugens subsumiert.

1000 BGE 125 I 127, E. 6a; BGE 131 I 476, E. 2.2.

1001 Siehe vorstehend, Abb. 1 (Fünfter Teil, Kapitel B.I.).

1002 SCHLEIMINGER, Diss., 257; DIES., AJP 1999, 1227; SUMMERS/SCHWEILLER/STUDER, 351.

1003 LUDEWIG/BAUMER/TAVOR, *Aussagepsychologie*, 28 ff.; HÄCKER/SCHWARZ/TREUER/BENDER/NACK, 4–51.

heblichen Einfluss darauf, wie genau und detailliert ein Zeuge vermeintlich strafbares Verhalten beobachten kann.¹⁰⁰⁴ Hinzu kommt, dass ein Zeuge in seiner Wahrnehmung durch die eigene Erwartungshaltung beeinflusst ist.¹⁰⁰⁵ Auch Angst oder andere Gemütszustände können bewirken, dass die Geschehnisse nicht mehr objektiv, sondern subjektiv verzerrt aufgenommen werden.¹⁰⁰⁶ Neben solchen Wahrnehmungsfehlern können sich Zeugen auch in ihrer Erinnerung täuschen oder das Geschehen – unbewusst oder absichtlich – falsch wiedergeben.¹⁰⁰⁷ Bei der Diskussion um den Zeugenbeweis ist es daher wichtig, sich zu vergegenwärtigen, dass jede Zeugenaussage das Produkt eines fehleranfälligen Rekonstruktionsprozesses zwischen einvernommener und einvernehmender Person darstellt.¹⁰⁰⁸ Hierbei dürfte die fehlerfreie Aussage in der Praxis nicht die Regel, sondern eher die Ausnahme sein.¹⁰⁰⁹

Die Fehleranfälligkeit des Zeugenbeweises macht es umso wichtiger, dass die Verteidigung in der Lage ist, die Aussagen eines Belastungszeugen zu überprüfen und deren Beweiswert in kontradiktorischer Art und Weise auf die Probe zu stellen.

I. Regelung des Konfrontationsrechts im schweizerischen Strafprozess

1. Verfassungs- und strafprozessuales Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen

Die belastende Aussage eines Zeugen ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn die beschuldigte Person im Verlauf des Verfahrens mindestens einmal eine hinreichende Gelegenheit erhält, dem Zeugen Fragen zu stellen und den Beweiswert seiner Aussage kritisch zu hinterfragen.¹⁰¹⁰ Das Konfrontations-

¹⁰⁰⁴ Zur Flüchtigkeit des Eindrucks siehe bereits VON FEUERBACH, 232, 273–276.

¹⁰⁰⁵ Zum sog. Erwartungseffekt, siehe LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, AJP 2011, 1418.

¹⁰⁰⁶ So zum Beispiel bei der einseitigen Aufmerksamkeitsverteilung bei Bedrohung durch eine Waffe (sog. «Waffenfokuseffekt»), siehe LOFTUS/LOFTUS/MESSO, 60–63.

¹⁰⁰⁷ WOHLERS, Zeugenschutz, 147; LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, AJP 2011, 1419 f.

¹⁰⁰⁸ LUDEWIG/BAUMER/TAVOR, Aussagepsychologie, 32 mit Verweis; KRAUSBECK, 27.

¹⁰⁰⁹ KRAUSBECK, 23 f.; LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, AJP 2011, 141; bereits STERN, 327.

¹⁰¹⁰ BGer, Urteil vom 09.03.2017, 6B_100/2017, E. 3.2; BGE 131 I 476, E. 2.2.

recht bezieht sich auf Zeugen,¹⁰¹¹ Auskunftspersonen,¹⁰¹² Mitbeschuldigte,¹⁰¹³ Geschädigte¹⁰¹⁴ und Sachverständige,¹⁰¹⁵ sofern diese die beschuldigte Person mit ihren Aussagen bzw. gutachterlichen Feststellungen belasten.

In aller Regel ist das Fragerecht sowohl der Verteidigung als auch der beschuldigten Person gemeinsam einzuräumen.¹⁰¹⁶ Das Fragerecht der beschuldigten Person ist insbesondere von Bedeutung, wenn die Aussage Geschehnisse betrifft, an denen sie selber involviert gewesen sein soll.¹⁰¹⁷ Der Beizug eines anwaltlichen Beistands an der Konfrontationseinvernahme ist vor dem Hintergrund der juristischen Konstruktion des Tatvorwurfs erforderlich.¹⁰¹⁸

Das Konfrontationsrecht ist als eine Konkretisierung des rechtlichen Gehörs anzusehen und leitet sich demzufolge aus der Verfassung ab.¹⁰¹⁹ Teilweise ergibt es sich auch auf der Grundlage des strafprozessualen Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit, wonach die Verteidigung das Recht hat, an den Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren anwesend zu sein und den einvernommenen Personen Fragen zu stellen.¹⁰²⁰ Die Beurteilung einer rechtsgenügenden Konfrontationsmöglichkeit im Ermittlungsverfahren beurteilt sich anhand der einschlägigen Bestimmungen der BV und EMRK.¹⁰²¹

¹⁰¹¹ I.S.v. Art. 162 StPO.

¹⁰¹² I.S.v. Art. 178 StPO.

¹⁰¹³ I.S.v. Art. 111 StPO. Unabhängig davon, ob die mitbeschuldigte Person im gleichen oder in einem getrennten Strafverfahren beurteilt wird, siehe BGer, Urteil vom 24.10.2016, [6B_295/2016](#), E. 4.4.2.

¹⁰¹⁴ I.S.v. Art. 115 StPO.

¹⁰¹⁵ I.S.v. Art. 183 StPO.

¹⁰¹⁶ BGer, Urteil vom 26.03.2018, [6B_886/2017](#), E. 2.3.2. Siehe auch BGer, Urteil vom 30.01.2015, [6B_836/2014](#), E. 2.4; TRECHSEL, AJP 2000, 1370 f.

¹⁰¹⁷ Vgl. BGer, Urteil vom 02.06.2008, [6B_45/2008](#), E. 2.4. Allerdings kann von einer direkten Konfrontation abgesehen werden, wenn dies aus Gründen des Opferschutzes notwendig erscheint und dem rechtlichen Gehör auf andere Weise genügend Nachachtung verschafft werden kann, siehe BGer, Urteil vom 26.10.2011, [6B_324/2011](#), E. 1.2 m.w.H.

¹⁰¹⁸ SCHLEIMINGER, Diss., 320–322.; TRECHSEL, AJP 2000, 1370 f.; KRAUSBECK, 121. Zur Konstruktion des Rechtsfalls vgl. auch KRAUSS, Unmittelbarkeit I, 78 ff.

¹⁰¹⁹ Gem. Art. 29 Abs. 2 sowie Art. 32 Abs. 2 BV, vgl. BGE 131 I 476, E. 2.2; BGE 129 I 151, E. 3.1.

¹⁰²⁰ Gem. Art. 147 Abs. 1 StPO. Das Teilnahme- und Fragerecht gilt jedoch nur für die Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren. Vom Fragerecht gem. Art. 147 StPO nicht erfasst sind die selbständigen Beweiserhebungen der Polizei im Ermittlungsverfahren (zum Beispiel polizeiliche Befragungen von Auskunftspersonen), vgl. BGer, Urteil vom 29.06.2017, [6B_760/2016](#), E. 3.2.2.

¹⁰²¹ Siehe SUMMERS/SCHWEILLER/STUDER, 352.

2. Einschränkungen des Konfrontationsrechts

Die Verteidigung kann sich grundsätzlich nicht gegen die Verwertung einer unkonfrontierten Zeugenaussage stellen, wenn sie es unterlassen hat, rechtzeitig und formgerecht einen entsprechenden Antrag zu stellen.¹⁰²² Hierin ist keine Einschränkung des Konfrontationsrechts zu erkennen, sondern ein Verzicht auf dasselbe.¹⁰²³

Probleme bei der Gewährung des Konfrontationsrechts treten in der Praxis vor allem dann auf, wenn die Verteidigung ihr Recht auf Konfrontation geltend macht, der Zeuge jedoch zwischenzeitlich verstorben ist oder aus anderen Gründen für eine Konfrontationseinvernahme nicht mehr zur Verfügung steht. Darüber hinaus darf das Konfrontationsrecht nicht in unangemessener Art und Weise eingeschränkt werden, wenn einem Belastungszeugen eine Opferschutzmassnahme gewährt oder die Anonymität zugesichert wird.

a) *Verwertung der belastenden Zeugenaussage trotz unterbliebener Konfrontation*

Das Konfrontationsrecht gilt grundsätzlich absolut.¹⁰²⁴ Nur unter besonderen Umständen darf die Aussage eines Zeugen verwertet werden, dessen Konfrontation beantragt wurde, aber trotzdem unterblieben ist. Dies ist der Fall, wenn der entsprechende Zeuge das Zeugnis berechtigterweise verweigert, wenn er trotz angemessener behördlicher Nachforschungen nicht auffindbar ist oder wenn er dauernd oder für lange Zeit einvernahmeunfähig wird oder in der Zwischenzeit verstorben ist.¹⁰²⁵ Die Verwertung einer unkonfrontierten Zeugenaussage kommt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings auch in diesen Fällen nur in Betracht, wenn die Verteidigung zu den Belastungen hinreichend Stellung nehmen konnte. Darüber hinaus muss das Gericht die belastenden Aussagen mit der nötigen Vorsicht würdigen und darf

¹⁰²² BGer, Urteil vom 03.03.2014, [6B_510/2013](#), E. 1.3.2 m.w.H. Das Stellen eines entsprechenden Antrags auf Ladung und Einvernahme eines Zeugen erfolgt auch dann noch rechtzeitig, wenn er im Hinblick auf die Berufungsverhandlung geltend gemacht wird, siehe BGer, Urteil vom 24.10.2016, [6B_295/2016](#), E. 4.3.3 m.w.H.

¹⁰²³ Liegt kein stillschweigender Verzicht auf die Geltendmachung des Konfrontationsrechts vor, darf ein solcher gemäss bundesgerichtlicher Rspr. nur aufgrund einer förmlichen und unzweideutigen Verzichtserklärung angenommen werden, siehe BGer, Urteil vom 30.09.2014, [6B_98/2014](#), E. 3.9.

¹⁰²⁴ [BGE 131 I 476](#), E. 2.2; [BGE 129 I 151](#), E. 3.1.

¹⁰²⁵ BGer, Urteil vom 10.04.2017, [6B_961/2016](#), E. 3.3.1.

einen Schuldspruch nicht allein auf die unkonfrontierte Zeugenaussage abstützen.¹⁰²⁶

b) Schutzmassnahmen

Im Rahmen der Schutzmassnahmen muss zwischen zwei Gruppen von schutzbedürftigen Zeugen unterschieden werden: Einerseits geht es um Zeugen, die durch die Mitwirkung am Strafverfahren besonderen Belastungen ausgesetzt sind. Andererseits handelt es sich um gefährdete Zeugen, die sich oder ihr nahes Umfeld durch die Beteiligung im Strafverfahren der konkreten Gefahr von Repressalien oder Racheakten aussetzen.¹⁰²⁷

Zum Schutz von berechtigten Opferinteressen kann eine Konfrontation nötigenfalls bloss indirekt, das heisst mittels audiovisueller Übertragung der Einvernahme in einen anderen Raum, wo die beschuldigte Person synchron Fragen stellen kann, durchgeführt werden.¹⁰²⁸ Unter spezifischen Umständen ist es denkbar, dass nur der anwaltliche Beistand oder eine speziell ausgebildete Person Fragen an das Opfer richten kann.¹⁰²⁹ Um insbesondere Opfer von Sexualdelikten oder Kinder von einer nochmaligen Traumatisierung durch die Schilderung des Tatgeschehens (sog. «sekundäre Viktimisierung») zu schützen,¹⁰³⁰ kann es angezeigt sein, die indirekte Konfrontation solcher Opfer ausschliesslich im Vorverfahren, zeitnah zum Tatgeschehen, durchzuführen.¹⁰³¹

Bestehen konkrete Anhaltspunkte, dass ein potenzieller Zeuge durch seine Aussage sich oder sein persönliches Umfeld einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem anderen schweren Nachteil aussetzen könnte, kann ihm Anonymität zugesichert werden.¹⁰³² Diesfalls ist es sowohl der beschul-

1026 BGer, Urteil vom 10.04.2017, [6B_961/2016](#), E. 3.3.1.

1027 Vgl. zu den zwei Gruppen, WOHLERS, Schutzmassnahmen, 128 f.

1028 Vgl. BGer, Urteil vom 26.10.2011, [6B_324/2011](#), E. 1.3; BGer, Urteil vom 29.06.2017, [6B_760/2016](#), E. 3.3. Nach der bundesgerichtlichen Rspr. ist eine Videoübertragung nicht zwingend erforderlich, siehe [BGE 143 IV 397](#), E. 5.2.

1029 BGer, Urteil vom 24.10.2012, [6B_295/2012](#), E. 1.2.2.

1030 WOHLERS, Schutzmassnahmen, 129; DERS., Unmittelbarkeit II, 437; SCHLEIMINGER, Diss., 306; [BGE 129 I 155](#), E. 3.2.

1031 Vgl. zur Gefahr einer sekundären Viktimisierung auch EGMR vom 19.12.2013, *Rosin v. Estland*, Nr. 26540/08, § 57 mit Hinweis; EGMR vom 02.04.2013, *D.T. v. Niederlande* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 25307/10, § 48. Vgl. zum strafprozessualen Schutz auch [Art. 153](#) sowie [Art. 154 StPO](#).

1032 Gem. [Art. 149 Abs. 1 i.V.m. Art. 149 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 150 StPO](#).

digten Person als auch dem anwaltlichen Beistand lediglich erlaubt, dem Zeugen indirekt, mittels Audioübertragung, Fragen stellen zu lassen.¹⁰³³

3. Konfrontation ausschliesslich im Vorverfahren

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine Konfrontation mit einem Belastungszeugen entweder zum Zeitpunkt erfolgen, in dem er seine Aussage macht, oder zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt.¹⁰³⁴ Nur in Fällen, in denen der Ausgang des Strafverfahrens im besonderen Mass auf der Würdigung von Zeugenaussagen beruht, drängt sich gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts eine unmittelbare Befragung und Wahrnehmung des entsprechenden Zeugen durch das Gericht auf.¹⁰³⁵ Andernfalls wäre es dem Gericht nicht möglich, das nonverbale Verhalten des Zeugen zu beobachten, sodass die Würdigung der Zeugenaussage auf einer unvollständigen Grundlage beruhen würde.¹⁰³⁶ Die unmittelbare Befragung und Konfrontation vor Gericht drängt sich laut Bundesgericht insbesondere dann auf, wenn es neben der Zeugenaussage keine weiteren direkten Beweise gibt und eine eigentliche «Aussage gegen Aussage»-Konstellation vorliegt.¹⁰³⁷

Wenn es sich *nicht* um eine «Aussage gegen Aussage»-Konstellation handelt, ist es aber weiterhin der kantonalen Praxis überlassen, in welchem Verfahrensstadium, also im Vorverfahren oder in der Hauptverhandlung, für gewöhnlich eine Konfrontation mit Belastungszeugen vorgesehen ist. Vor diesem Hintergrund ist es wenig überraschend, dass im Rahmen des Forschungsprojekts «Trial Observation» erhebliche Unterschiede in Bezug auf die Zeugenkonfrontation vor Gericht festgestellt wurden. Die folgende Grafik zeigt auf, in wie vielen Fällen Zeugen in der Hauptverhandlung befragt wurden und folglich eine Möglichkeit zur Konfrontation unter der Leitung eines Gerichts bestand.

1033 Kritisch zu einer so verstandenen Kompensationsmöglichkeit bei eingeschränkter Möglichkeit zur Konfrontation, WOHLERS, Pesukic, 88 f.

1034 BGer, Urteil vom 24.10.2016, [6B_295/2016](#), E. 4.3.2; [BGE 131 I 476](#), E. 2.2; [BGE 125 I 127](#), E. 6b.

1035 [BGE 140 IV 196](#), E. 4.4.2; BGer, Urteil vom 01.06.2015, [6B_1251/2014](#), E. 1.3 f.

1036 BGer, Urteil vom 25.09.2014, [6B_620/2014](#), E. 1.4.2; BGer, Urteil vom 03.04.2014, [6B_856/2013](#), E. 2.2.

1037 Vgl. BGer, Urteil vom 18.06.2018, [6B_1469/2017](#), E. 1.3 f.; BGer, Urteil vom 02.11.2016, [6B_1068/2015](#), E. 1.3; BGer, Urteil vom 01.06.2015, [6B_1251/2014](#), E. 1.4.

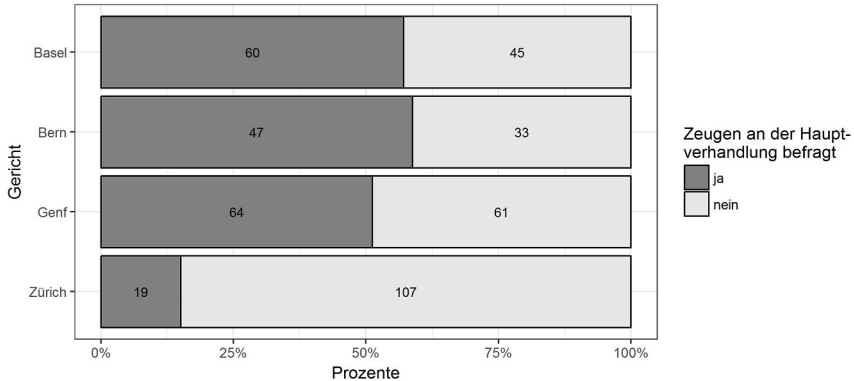


Abbildung 5: Befragung von Zeugen während der Hauptverhandlung (Anzahl Verhandlungen/ Prozent), getrennt nach Gerichten.

Vor dem Strafgericht Basel-Stadt, dem Regionalgericht Bern-Mittelland und dem Tribunal pénal de Genève sind in über 50 Prozent der Fälle Zeugen vor Gericht befragt worden.¹⁰³⁸ In auffallendem Gegensatz dazu ist es vor dem Bezirksgericht Zürich lediglich in rund 15 Prozent der Fälle zu einer Zeugenbefragung in der Hauptverhandlung gekommen. Bezeichnenderweise handelte es sich in etwas über der Hälfte dieser Fälle (10 Fälle) beim Zeugen um eine mitbeschuldigte Person im selben Verfahren, sodass die Befragung bzw. Konfrontation vor Gericht gewissermassen vorgegeben war. Folglich war es der Verteidigung vor dem Bezirksgericht Zürich nicht im gleichen Masse möglich, Zeugen unter der Leitung eines unparteiischen Gerichts zu konfrontieren, wie an den anderen untersuchten Gerichtsstandorten.

Abschliessend lässt sich konstatieren, dass eine systematische Vorverlegung der Zeugenkonfrontation ins Vorverfahren unter der geltenden Regelung der StPO durchaus möglich ist.

¹⁰³⁸ Diese Auswertung wurde bereits in der ZStrR veröffentlicht, siehe SUMMERS/SCHWEIWILLER/STUDER, 359.

II. Das Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen im Vorverfahren unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»

Das Bundesgericht setzt das Teilnahme- und Fragerecht der Verteidigung im Vorverfahren weitestgehend mit dem Konfrontationsanspruch in der Hauptverhandlung gleich.¹⁰³⁹ Nach dieser Rechtsauffassung spielt es – sofern zum Zeitpunkt der Konfrontation bereits ein Anwalt beigezogen wurde –¹⁰⁴⁰ grundsätzlich keine Rolle, ob die Konfrontation mit einem Belastungszeugen im Verlauf des Untersuchungsverfahrens unter der Leitung der Staatsanwaltschaft oder in der Hauptverhandlung durch das Gericht erfolgt.¹⁰⁴¹

Die ausschliessliche Konfrontation im Vorverfahren ist für die Verteidigung jedoch mit schwerwiegenden Konsequenzen verbunden. Indem die bundesgerichtliche Rechtsprechung bloss den Aspekt der unmittelbaren Wahrnehmung der Mimik und Gestik von Zeugen durch das urteilende Gericht herausstreicht,¹⁰⁴² setzt es sich nicht hinreichend mit der Rechtsprechung des EGMR auseinander. Dieser zufolge kann eine ausschliessliche Konfrontation im Vorverfahren zwar als angemessene Gelegenheit gelten, um die Glaubhaftigkeit einer belastenden Zeugenaussage und deren Beweiswert auf die Probe zu stellen.¹⁰⁴³ Dies bedingt jedoch, dass die Konfrontation unter der Leitung einer den Anschein der Unparteilichkeit wahren Behörde stattfindet.¹⁰⁴⁴ Das Beharren auf der Unparteilichkeit der Verfahrensleitung ist deshalb so wichtig, weil die Rekonstruktion des rechtlich relevanten Sachverhalts durch ein Zusammenwirken zwischen einvernehmender und ein-

1039 BGer, Urteil vom 05.05.2017, [6B_542/2016](#), E. 2.4; BGer, Urteil vom 18.05.2016, [6B_1294/2015](#), E. 4.2. Es besteht grundsätzlich kein Recht auf Konfrontation zu einem bestimmten Verfahrenszeitpunkt, vgl. SCHLEIMINGER, AJP 2012, 1070.

1040 Vgl. [BGE 116 Ia 289](#), E. 3c; [BGE 120 Ia 48](#), E. 2b/aa; [BGE 125 I 127](#), E. 6c/ee.

1041 Beides stelle eine hinreichende Gelegenheit zur Konfrontation dar, vgl. etwa [BGE 140 IV 196](#), E. 4.2.1.

1042 Zumal dieser Aspekt mangels zuverlässiger Deutung der Körpersprache ohnehin überschätzt sein dürfte, vgl. SCHLEIMINGER, AJP 2012, 1072 f. m.w.H.; JACKSON/SUMMERS, *Internationalisation of Criminal Evidence*, 346. Dies ist allerdings umstritten, vgl. CHRISTEN, *Anwesenheitsrecht*, 11 f. m.w.H.

1043 Vgl. WOHLERS, *Unmittelbarkeit II*, 444; SUMMERS/SCHWEILLER/STUDER, 370; auf den Ausnahmecharakter hinweisend BECKERS, 433.

1044 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.IV.; JACKSON/SUMMERS, *Internationalisation of Criminal Evidence*, 344 f.

vernommener Person entsteht.¹⁰⁴⁵ Treffend hält KRAUSS hierzu fest: «Das Ergebnis jeder Vernehmung hängt massgeblich davon ab, wer sie durchführt, [...] wie sie abläuft, welches Ziel der Vernehmende verfolgt und von welchem Vorurteil er sich leiten lässt».¹⁰⁴⁶ Mit anderen Worten hat die Vorgehensweise der einvernahmeleitenden Person einen entscheidenden Einfluss auf die Antworten der einvernommenen Person.¹⁰⁴⁷

Wenn die Verteidigung einen Belastungszeugen ausschliesslich im Vorverfahren konfrontieren kann, ist es die Staatsanwaltschaft, die die Konfrontationseinvernahme leitet und über die Zulässigkeit allfälliger Ergänzungsfragen befindet.¹⁰⁴⁸ Inwiefern die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft einen negativen Effekt auf die wirksame Gewährung des Konfrontationsrechts haben kann, soll sogleich aufgezeigt werden.

1. Gefahr der verfahrensleitenden Stellung der Staatsanwaltschaft bei der Konfrontationseinvernahme

Aufgrund der verfahrensleitenden Stellung der Staatsanwaltschaft besteht die latente Gefahr einer einseitigen, auf einer Schuldhypothese beruhenden Konfrontationseinvernahme (a.), in welcher Belastungszeugen in suggestiv wirkender Weise einvernommen werden (b.) und die Verteidigung ihr Fragerecht nur pro forma ausüben kann (c.).

a) Einseitige Durchführung der Konfrontationseinvernahme

Das Phänomen, dass jemand die Befragung auf die Bestätigung einer vorgefassten Annahme ausrichtet, wird in der Wissenschaft als «Confirmation-Bias» bezeichnet.¹⁰⁴⁹ Übertragen auf die hier interessierende Konstellation ist damit

1045 DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 405 m.w.H.; SCHLEIMINGER, Diss., 257.

1046 KRAUSS, Reform, 765.

1047 VON CLERIC, Unmittelbarkeit, 44: «Die Aussage einer Person hängt in erster Linie von der Art der Fragestellung ab»; CAPUS/STOLL/VIETH, 234; CAPUS/HOHL ZÜRCHER, 33 ff. Im internationalen Kontext: LOFTUS, 561–565; KEBBELL/JOHNSON, 637–640. Selbst die Reihenfolge der Fragen kann einen Einfluss auf die Aussage haben, siehe SCHLEIMINGER, Diss., 257; KRAUSBECK, 27.

1048 Gem. Art. 147 Abs. 1 StPO. Trotz umfassender Delegationskompetenz ist die Staatsanwaltschaft gehalten, die wichtigsten Verfahrenshandlungen, wie die Konfrontationseinvernahme, selbst durchzuführen, siehe BURGER-MITTNER, 94 f.

1049 DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 405 m.w.H. Siehe als Praxisbeispiel BGer, Urteil vom 20.06.2018, 6B_1035/2017, E. 1.3.2.

die Gefahr angesprochen, dass die verfahrensleitende Staatsanwaltschaft eine Einvernahme in einer Art und Weise durchführt, welche die vorgefasste Schuldhypothese bestätigt und mögliche (entlastende) Alternativszenarien ausblendet.¹⁰⁵⁰

Hat sich die Staatsanwaltschaft vorschnell auf eine bestimmte Sachverhalts-hypothese festgelegt, bleibt der Verteidigung häufig nichts anderes übrig, als mittels Ergänzungsfragen auf einen alternativen Geschehensablauf hinzuarbeiten oder zumindest begründete Zweifel an dem Sachverhalt, wie er sich nach Ansicht der Staatsanwaltschaft zugetragen haben soll, zu wecken. Dies setzt jedoch voraus, dass es der Verteidigung überhaupt möglich ist, von ihrem Fragerecht effektiv Gebrauch zu machen.¹⁰⁵¹

b) Suggestive Gesprächsführungstechniken

Eine suggestive Gesprächsführungstechnik liegt vor, wenn die einvernehmende Person Fragen stellt, die der einvernommenen Person eine bestimmte Antwort nahelegen.¹⁰⁵² Mehrheitlich dürften sich die Strafverfolgungsbehörden wohl nicht vorsätzlich solcher suggestiv wirkenden Gesprächsführungstechniken bedienen. Vielmehr steht zu befürchten, dass die Polizei oder die Staatsanwaltschaft unbewusst auf das Aussageverhalten eines Zeugen einwirken, indem sie eine suggestive Befragungstechnik anwenden.¹⁰⁵³ Das kann in unterschiedlicher Art und Weise erfolgen.

Eine Form der suggestiven Befragung besteht im Vorgeben spezifischer Informationen. So weisen Studien der renommierten Gedächtnisforscherin LOFTUS nach, dass Informationen, die in Fragen enthalten sind, von der befragten Person bei ihrer Aussage häufig übernommen werden.¹⁰⁵⁴ Dies geschieht beispielsweise dadurch, dass die befragende Person bereits in ihrer Fragestellung das tatbestandsmässige Verhalten schildert oder Mutmassungen anstellt, wie sich das Tatgeschehen abgespielt haben könnte.¹⁰⁵⁵ Eine subtilere Form der Zeugenbeeinflussung besteht darin, das vermutete Tatgeschehen im

¹⁰⁵⁰ Vgl. BERLINGER, Diss., 51 ff.

¹⁰⁵¹ Siehe im Zusammenhang mit der Konfrontation mit sachverständigen Personen untenstehend, Fünfter Teil, Kapitel G.IV.

¹⁰⁵² VON CLERIC, Suggestivfragen, 223 f.; BAUMGARTNER/FINGERHUTH, 338 f.

¹⁰⁵³ Vgl. zum Beispiel den Sachverhalt in BGer, Urteil vom 25.10.2017, [6B_888/2017](#), E. 3.4.

¹⁰⁵⁴ LOFTUS/PALMER, 585–589; LUDEWIG/BAUMER/TAVOR, Aussagepsychologie, 32.

¹⁰⁵⁵ BERLINGER, Diss., 55 f. Siehe als Praxisbeispiel OGer ZH, Urteil vom 23.11.2018, SU180022, E. 3.2.3.

Verlauf der Einvernahme durch mehrere Fragen beiläufig zu erwähnen, um in der Folge von der einvernommenen Person die gewünschte Antwort zum tatbestandsmässigen Verhalten zu erhalten.¹⁰⁵⁶ Denkbar ist ferner, dass der einvernommenen Person selektiv Aussagen anderer Belastungszeugen oder weitere Beweisergebnisse bekannt gegeben werden, die das dem Tatvorwurf zugrundeliegende Verhalten zu untermauern scheinen. Die Gefahr besteht also vor allem darin, dass die Staatsanwaltschaft die Beweisergebnisse nicht wertungsfrei in die Konfrontationseinvernahme einbringt, weil sie sie bereits vorgängig im Sinne der Anklagethese gewürdigt hat und der einvernommenen Person entsprechend gefiltert vorlegt.

Selbst die Art und Weise, wie eine Frage formuliert wird, hat einen Effekt auf die Antwort.¹⁰⁵⁷ Eine bewusst missverständliche Fragestellung, wie bspw. die Verwendung einer komplizierten Satzstruktur oder eines elitären Vokabulars, kann die einvernommene Person dazu bringen, inhaltlich falsch auszusagen.¹⁰⁵⁸ Die Staatsanwaltschaft könnte ihre verfahrensleitende Stellung dazu nutzen, komplizierte, abstrakte oder anderweitig suggestive Fragen zu stellen, damit möglichst eine Zeugenaussage zustande kommt, die das tatbestandsmässige Verhalten bestätigt.

Häufig geht auch bereits aus der Frageformulierung hervor, welche Antwort am ehesten den Erwartungen der befragenden Person entspricht.¹⁰⁵⁹ Von einer solchen Erwartungshaltung ist etwa auszugehen, wenn einem Belastungszeugen zu Beginn der Einvernahme verdeutlicht wird, dass seine Aussagen für die Überführung der beschuldigten Person von entscheidender Bedeutung sind. Wenngleich eine solche Vorgehensweise nicht zulässig ist,¹⁰⁶⁰ lässt sich eine gewisse Erwartungshaltung – selbst wenn sie unausgesprochen bleibt – kaum vollständig vermeiden.

1056 Empirisch nachgewiesen in LOFTUS, 566, 571 f.

1057 Siehe vorstehend, Fn. 1047.

1058 KEBBELL/JOHNSON, 630, 637 ff. mit Verweisen.

1059 HAAS/ILL, 8; DEMKO, Menschenrecht auf Verteidigung, 406; SCHLEIMINGER, Diss., 257. In diesem Zusammenhang wird auch von «Pygmalioneffekt» gesprochen, siehe HÄCKER/SCHWARZ/TREUER/BENDER/NACK, 25 f.

1060 Zu Recht weist HANSJAKOB im Zusammenhang mit Opfeereinvernahmen darauf hin, dass die Kundgabe einer solchen Erwartungshaltung unzulässig sei, siehe HANSJAKOB, Aussagepsychologie, 174 f.

c) *Kompetenz zur Einschränkung des Fragerechts*

Die StPO gibt der beschuldigten Person bzw. ihrem anwaltlichen Beistand das Recht, einvernommenen Personen Fragen zu stellen.¹⁰⁶¹ Falls die Fragen der Verteidigung ungebührlichen Inhalts sind oder keinerlei Bezug zum Verfahrensgegenstand aufweisen, können sie von der Verfahrensleitung zurückgewiesen werden.¹⁰⁶² Da es sich hierbei um einen ermessensbedingten Entscheid handelt, ist es im Untersuchungsverfahren weitgehend der Staatsanwaltschaft überlassen, welche Ergänzungsfragen sie zulässt und welche nicht.

Weniger Ermessensspielraum besteht hinsichtlich ungebührlicher Fragen, die nur dazu dienen, die einvernommene Person einzuschüchtern oder übermässig blosszustellen.¹⁰⁶³ Berechtigte Vorhalte müssen aber vorgebracht werden können.¹⁰⁶⁴ Sofern die Fragen der Verteidigung darauf abzielen, Widersprüche im Aussageverhalten oder Anhaltspunkte für eine beschränkte Glaubwürdigkeit aufzuzeigen, darf das Fragerecht nicht eingeschränkt werden.

Das weitaus grössere Konfliktpotenzial liegt in der Einschränkung des Fragerechts wegen mangelnden Bezugs zum Verfahrensgegenstand. Ergänzungsfragen, die inhaltlich keinerlei Verbindung zum vorgeworfenen Sachverhalt und dessen rechtlicher Würdigung aufweisen, sind zurückzuweisen.¹⁰⁶⁵ Die Verteidigung muss jedoch nicht thematisch an die Fragen der Staatsanwaltschaft anknüpfen. Denn der Begriff «Ergänzungsfragen» ist nicht im Sinne von «Anschlussfragen» zu verstehen, sondern im Sinne von «weiteren Fragen», die für die Sachverhalterstellung von Bedeutung sein können.¹⁰⁶⁶ Dies betrifft sowohl Fragen zu einer alternativen Sachverhaltshypothese als auch Fragen, welche die Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen als solche heruntersetzen können.¹⁰⁶⁷

Die Gefahr im Zusammenhang mit der staatsanwaltschaftlichen Verfahrensleitung liegt darin, dass das Fragerecht der Verteidigung über Gebühr und somit in unsachlicher Weise eingeschränkt wird. Insbesondere wenn sich die Staatsanwaltschaft von der Schuldhypothese überzeugt zeigt, wird sie dazu

1061 [Art. 147 Abs. 1 StPO](#).

1062 [Botschaft StPO 2005](#), 1187; WOHLERS, *Fragerecht*, 165.

1063 Vgl. [CR CCP-THORMANN](#), Art. 147 N 10.

1064 WOHLERS, *Fragerecht*, 165.

1065 WOHLERS, *Fragerecht*, 165.

1066 [Botschaft StPO 2005](#), 1284.

1067 Vgl. zum Letzteren, HUG, *Konfrontationseinvernahme*, 397.

neigen, alle Fragen, aus denen nicht klar hervorgeht, worauf die Verteidigung hinauswill, als irrelevant anzusehen und folglich nicht zuzulassen. Verglichen mit der Konfrontationsmöglichkeit vor einem unparteiischen Gericht dürfte der Verteidigung oftmals nicht der erforderliche Freiraum gewährt werden, um begründete Zweifel an der Aussage eines Belastungszeugen wecken oder auf ein Alternativszenario hinarbeiten zu können.

2. Würdigung der verfahrensleitenden Stellung der Staatsanwaltschaft bei der Konfrontationseinvernahme

Die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft vermag den Einfluss der Verteidigung auf das Zustandekommen von belastenden Aussagen entscheidend einzuschränken. Denn bei einer solchen Verfahrensausgestaltung ist es zunächst einmal die Staatsanwaltschaft, die das Thema der Einvernahme vorgibt und dem Belastungszeugen Fragen zum Tatvorwurf stellt. Durch die Art, wie dem Belastungszeugen Fragen gestellt und die bislang gesammelten Beweismittel präsentiert werden, kann auf die Aussage im Sinne eines interaktiven Gesprächs eingewirkt werden. Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft über die Kompetenz verfügt, berechtigte Fragen der Verteidigung abzublocken,¹⁰⁶⁸ was es dieser faktisch nahezu verunmöglicht, die aus ihrer Sicht wichtigen Gesichtspunkte in die Konfrontationseinvernahme einzubringen.¹⁰⁶⁹

Bei einer systematischen Vorverlagerung der Konfrontationseinvernahme ins Vorverfahren beruht die richterliche Überzeugungsbildung im Wesentlichen auf den Zeugeneinvernahmeprotokollen des Vorverfahrens.¹⁰⁷⁰ Folglich würdigt das Gericht die belastende Zeugenaussage vorwiegend aus der Optik der Staatsanwaltschaft, weil diese das Zustandekommen der Aussage wesentlich beeinflusst hat. Darüber hinaus kommt der Verfahrensleitung als protokollführende Instanz ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu, wie die entsprechenden Aussagen schriftlich dokumentiert werden.¹⁰⁷¹ Denn bei der Erstellung eines Einvernahmeprotokolls handelt es sich immer um einen selektiven Prozess,¹⁰⁷² in dem es der Staatsanwaltschaft möglich ist, die getätigten Aus-

1068 Siehe auch KLEMM, 1378; vgl. vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel E.II. Ziff. 1c.

1069 Vgl. DEMKO, ZStrR 2004, 429; SUMMERS/SCHEIWILLER/STUDER, 353.

1070 CAPUS/STOLL/SURI, 18, 42.

1071 CAPUS/STOLL/SURI, 33 f., 43; HÄCKER/SCHWARZ/TREUER/BENDER/NACK, 270: «Beim Lesen des Protokolls lernt man wohl den Diktierenden, nicht aber den Vernommenen kennen».

1072 VON CLERIC, Unmittelbarkeit, 44 ff.

sagen in einem bestimmten, der Anklage dienlichen Licht erscheinen zu lassen.¹⁰⁷³

In Anbetracht all dieser Einflussmöglichkeiten der Verfahrensleitung auf die Entstehung und Dokumentation einer Zeugenaussage ist es nachvollziehbar, wenn der EGMR hohe Anforderungen an die konfrontationsleitende Behörde stellt. Gemäss dieser Rechtsprechung muss die Konfrontation mit einem Belastungszeugen, von wenigen Ausnahmen abgesehen,¹⁰⁷⁴ unter der Leitung einer unparteiischen Behörde stehen.¹⁰⁷⁵ Die Leitung der Konfrontationseilvernahme darf nicht *systematisch* einer parteiisch erscheinenden Behörde übertragen werden, die über die Kompetenz verfügt, das Fragerecht der Verteidigung einzuschränken.¹⁰⁷⁶ Die Staatsanwaltschaft kann den Anschein der Unparteilichkeit aufgrund ihrer gesetzlich zugewiesenen Rolle als Strafverfolgungsorgan nicht wahren.¹⁰⁷⁷

Indem die bestehende Gesetzeslage und die bundesgerichtliche Rechtsprechung es erlauben, eine Konfrontation mit einem Belastungszeugen ausschliesslich unter der Leitung der Staatsanwaltschaft durchzuführen, besteht ein latentes Risiko, dass das Recht zur Konfrontation mit Belastungszeugen nicht wirksam wahrgenommen werden kann. Bei einer solchen Ausgestaltung des Strafverfahrens ist die Ausübung des Konfrontationsrechts vollständig dem Ermessen der Staatsanwaltschaft anheimgestellt. Kommt es in einem solchen Fall zu einer unsachgemässen Einschränkung des Konfrontationsrechts, ist die Verteidigung substantiell benachteiligt¹⁰⁷⁸ und demzufolge das Waffengleichheitsprinzip verletzt.

¹⁰⁷³ Vgl. zu dieser Gefahr auch CAPUS/STOLL/SURI, 43.

¹⁰⁷⁴ Bei Sexualdelikten mit Kindern ist es gemäss der Rspr. des EGMR zulässig, wenn die Einvernahme von speziell ausgebildeten Polizisten geleitet wird und angesichts der Gefahr einer sekundären Viktimisierung nicht mehr vor Gericht wiederholt werden muss, siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.IV.

¹⁰⁷⁵ Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.IV.

¹⁰⁷⁶ Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.IV.

¹⁰⁷⁷ Vgl. dazu etwa SUMMERS, Dominance, 519, 521, 525; siehe auch vorstehend, Vierter Teil, Kapitel E.

¹⁰⁷⁸ Siehe dazu vorstehend, Dritter Teil, Kapitel D.

III. Vorschläge *de lege ferenda*

Die institutionelle Absicherung des Konfrontationsrechts kann auf verschiedene Weise erreicht werden. Um den Erfordernissen der «Waffengleichheit» nachzukommen, könnte darauf beharrt werden, dass die Konfrontation vor einem unparteiischen Gericht und im Rahmen der Hauptverhandlung stattfindet (1.). Möchte man hingegen weiterhin an der systematischen Konfrontationsmöglichkeit im Untersuchungsverfahren festhalten, braucht es zur institutionellen Absicherung eine richterliche Instanz, die über die Einhaltung des Konfrontationsrechts wacht (2.). Als dritte Variante und gleichsam als Kompromiss könnten Konfrontationseinvernahmen in begründbaren Ausnahmefällen vor dem Zwangsmassnahmengericht stattfinden (3.). Letzteres liesse sich in den bestehenden Strukturen verwirklichen, wäre aber trotzdem in einigen Kantonen mit erheblichen Änderungen der Verfahrensvorgänge verbunden.

1. Variante 1: Durchsetzbare Konfrontationsmöglichkeit in der Hauptverhandlung

Aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK leitet TRECHSEL – zumindest dem Grundsatz nach – die Verpflichtung der EMRK-Mitgliedsstaaten zur unmittelbaren Erhebung der *relevanten* Zeugenbeweise durch das erkennende Gericht ab.¹⁰⁷⁹ Angesichts der Notwendigkeit einer institutionellen Absicherung der Verfahrensfairness besteht in der strikten Einhaltung des Unmittelbarkeitsprinzips und der damit verbundenen Möglichkeit zur Konfrontation unter der Leitung eines unparteiischen Gerichts ein effektives Vorgehen, um die Konfrontation unter grösstmöglicher Wahrung der «Waffengleichheit» durchzuführen.¹⁰⁸⁰ Das Festhalten an der formellen Unmittelbarkeit ist von der Einsicht getragen, dass das Vorverfahren, insbesondere das Untersuchungsverfahren, nicht sämtliche Funktionen der Hauptverhandlung, dem eigentlichen Kernstück und legitimierenden Faktor eines Strafverfahrens, übernehmen kann. Der vorbereitende Charakter des Untersuchungsverfahrens, in dem begriffsnotwendig das Vorliegen eines strafbaren Verhaltens untersucht wird, verhindert die Konfrontation mit allen Beweisen, die dem

1079 TRECHSEL, AJP 2000, 1369 f. Vgl. aber auch den Aufruf zu mehr Unmittelbarkeit von GUIDON, NZZ.

1080 Vgl. auch ARQUINT/SUMMERS, 40: «Eine Konfrontationseinvernahme, vorgenommen und überwacht durch den Staatsanwalt, muss so notgedrungen als weit weniger fair bezeichnet werden als eine solche, welche vor einer unparteiischen Amtsperson erfolgte».

urteilenden Gericht in einer späteren Hauptverhandlung aufgrund der Akten und der Vorgänge in der Hauptverhandlung bekannt sind.¹⁰⁸¹ Die Zweiteilung des Strafverfahrens setzt der Vorverschiebung entscheidender Verfahrensschritte gewisse konzeptionelle Grenzen und schützt somit vor einer Überbeanspruchung des Untersuchungsverfahrens, das in aller Regel nicht dieselben institutionellen Absicherungen wie eine Hauptverhandlung bietet.

Es entbehrt nicht einer gewissen Ambivalenz, wenn man zur Wahrung der «Waffengleichheit» im Vorverfahren fordert, dass die Ausübung des Konfrontationsrechts nicht systematisch im Untersuchungsverfahren erfolgen sollte. Eine solche Forderung ist indes nicht absolut zu verstehen. Zum einen gibt es durchaus Umstände, die eine zeitnahe und einmalige Konfrontation im Untersuchungsverfahren notwendig machen können.¹⁰⁸² Zum anderen muss insbesondere mit Blick auf das Waffengleichheitsprinzip sichergestellt sein, dass selbst bei gegebener Möglichkeit zur Konfrontation in der Hauptverhandlung das Teilnahme- und Fragerecht der Verteidigung in der Untersuchung nicht aus unsachlichen Gründen eingeschränkt wird. Denn die frühzeitige Gewährung des Teilnahmerechts bietet nicht nur Gewähr für ein rechtskonformes Zustandekommen der Aussagen, sondern verhindert überdies, dass das Konfrontationsrecht in der Hauptverhandlung zur blossen Farce verkommt. Diese Gefahr bestünde deshalb, weil die vor Gericht konfrontierte Person nach Möglichkeit versucht, jeglichen Widerspruch zu ihren ersten Einvernahmen, bei denen die Verteidigung nicht zugegen war, zu vermeiden.¹⁰⁸³

Die Schwierigkeit bei der Forderung nach einer strikten Durchsetzbarkeit des Unmittelbarkeitsprinzips liegt im Wesentlichen darin, dass nicht jeder Personalbeweis für die Urteilsfindung gleich relevant ist. In diesem Zusammenhang ist nicht einzusehen, weshalb es gegen das Gebot der Verfahrensfairness verstossen soll, wenn die Verteidigung einen Zeugen nicht in der Hauptverhandlung konfrontieren konnte, dessen Aussagen für den Ausgang des Verfahrens überhaupt nicht von Bedeutung sind.¹⁰⁸⁴ Soweit die Verteidigung al-

1081 Vgl. ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 195 f.

1082 Siehe nachstehend, Fünfter Teil, Kapitel E.III. Ziff. 3.

1083 Siehe hierzu ARQUINT/SUMMERS, 41, insb. auf die Problematik der Amtszeugen hinweisend, WOHLERS, Unmittelbarkeit II, 440 f.

1084 TRECHSEL, AJP 2000, 1368.

lerdings dem Gericht die Relevanz einer Aussage dartun kann,¹⁰⁸⁵ muss es ihr gemäss dieser Variante auch möglich sein, ihr Konfrontationsrecht vor einem unparteiischen Gericht durchzusetzen. Selbstverständlich würde es der Verteidigung weiterhin freistehen, auf ihr Konfrontationsrecht (stillschweigend) zu verzichten.¹⁰⁸⁶ Tut sie dies aber nicht, muss es dem urteilenden Gericht – im Rahmen dieser Variante – *de lege ferenda* verwehrt sein, einen rechtzeitigen und formgerechten Antrag auf Konfrontation anlässlich der Hauptverhandlung mittels antizipierter Beweiswürdigung abzulehnen.¹⁰⁸⁷ Die Verteidigung könnte demnach eine Konfrontation mit einem relevanten Belastungszeugen in der Hauptverhandlung einseitig erzwingen. Das müsste selbst für Fälle gelten, in denen die Verteidigung vorgängig ihr Fragerecht unter der Leitung der Staatsanwaltschaft ausüben konnte. Die Einschränkung des Spielraums bei der antizipierten Beweiswürdigung wäre also eine Möglichkeit, wie eine Konfrontation mit einem Belastungszeugen unter gleichen Bedingungen für die Staatsanwaltschaft und für die Verteidigung gewährleistet werden könnte.

Bei all den Vorteilen, die ein einseitig durchsetzbares Konfrontationsrecht in der Hauptverhandlung bietet, muss gleichwohl konstatiert werden, dass ein «durchermitteltes» Untersuchungsverfahren in Verbindung mit einer unmittelbaren Hauptverhandlung unvermeidlich zu einer gewissen Doppelspurigkeit führt,¹⁰⁸⁸ was sich nicht zuletzt auch in erhöhtem Aufwand und vor allem erhöhter Kostenfolge niederschlagen dürfte.¹⁰⁸⁹ Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Verfahrenswirklichkeit in der Schweiz drängt sich die Frage auf, ob *alternativ* nicht auch die Konfrontationsmöglichkeit im Untersuchungsverfahren institutionell so ausgestaltet werden könnte, dass dem Prinzip der Waffengleichheit Genüge getan wird.

1085 Vgl. zum Massstab für den Nachweis der Relevanz einer Zeugenaussage, WOHLERS, Unmittelbarkeit I, 334 f.

1086 Siehe EKMR vom 19.10.1995, *Ronald Kremers v. Niederlande* (Zulässigkeitsentscheid), Nr. 25208/94; BGer, Urteil vom 30.08.2016, 6B_522/2016, E. 1.3 m.w.H.

1087 Ebenfalls zugunsten der Einschränkung der antizipierten Beweiswürdigung des Gerichts, WOHLERS, Unmittelbarkeit I, 330 f. und 334 f.; DERS. Unmittelbarkeit II, 435 f. und 443; ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 196; JEANNERET/KUHN, N 4099. Auf den grossen Ermessensspielraum des Gerichts bei der antizipierten Beweiswürdigung hinweisend, MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Art. 343 N 13.

1088 WOHLERS, Unmittelbarkeit I, 328.

1089 KAUFMANN, 159 m.w.H.; GRISEBACH, 200; WOHLERS, Unmittelbarkeit II, 437.

2. Variante 2: Systematische Konfrontation im Untersuchungsverfahren unter Leitung einer richterlichen Instanz

Es gibt gute Gründe, weshalb die Konfrontation mit einem Belastungszeugen bereits im Verfahrensstadium der Untersuchung stattfinden sollte. Da sich eine Zeugenaussage im Verlauf des Verfahrens mehr und mehr festigt,¹⁰⁹⁰ ist es für die Verteidigung eminent wichtig, einen Belastungszeugen zu einem möglichst frühen Verfahrenszeitpunkt mit allfälligen Widersprüchen und Ungereimtheiten konfrontieren zu können. Dazu kommt, dass die Fehleranfälligkeit des Zeugenbeweises nicht nur mit wachsender zeitlicher Distanz, sondern auch aufgrund des einschüchternden Zeremoniells der Hauptverhandlung noch höher sein dürfte.¹⁰⁹¹ Mit einer zeitnahen Konfrontation im Untersuchungsverfahren kann überdies die sekundäre Viktimisierung des Opfers in der Hauptverhandlung verhindert werden.¹⁰⁹² Schliesslich wird mit der Durchführung der Konfrontationseilvernahme im Untersuchungsverfahren der Gefahr begegnet, dass ein Belastungszeuge für die schweizerischen Strafbehörden trotz zumutbarer Anstrengungen für eine Konfrontationseilvernahme nicht mehr zur Verfügung steht, bspw. weil er zwischenzeitlich verstorben ist. Vor diesem Hintergrund und zur Vermeidung unnötiger Doppelspurigkeiten ist es verständlich, wenn die Strafverfolgungsbehörden den Spielraum der geltenden StPO ausnützen, um die Konfrontationseilvernahme systematisch ins Untersuchungsverfahren zu verlegen.

Das Bundesgericht verlangt nur in Ausnahmefällen, dass die Konfrontation von Belastungszeugen im Rahmen einer Hauptverhandlung durchgeführt werden muss.¹⁰⁹³ Angesichts dieser Tatsache drängt sich eine differenzierende Betrachtung des Verhältnisses zwischen dem Unmittelbarkeitsgrundsatz und der institutionellen Absicherung zur Gewährleistung eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts auf. Die wirksame Ausübung des Konfrontationsrechts setzt nicht zwingend eine Befragung des Zeugen vor dem urteilenden Gericht voraus, sondern kann – bei entsprechender institutioneller Absiche-

1090 SCHLEIMINGER, Diss., 316 f.; TRECHSEL, Akteneinsicht, 1007; DERS., AJP 2000, 1370; KOHLBACHER, 129 f.

1091 Vgl. HAUSER, Unmittelbarkeit, 173; SCHLEIMINGER, AJP 2012, 1069, 1073; WOHLERS, Unmittelbarkeit II, 440; HACKER/SCHWARZ/TREUER/BENDER/NACK, 30 f.

1092 EGMR vom 13.03.2012, *Karpenko v. Russland*, Nr. 5605/04, § 70.

1093 Das Bundesgericht geht von einer Verpflichtung zur Unmittelbarkeit aus, wenn der Ausgang des Strafverfahrens entscheidend von der Würdigung des Aussageverhaltens eines Zeugen abhängt, siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel E.I. Ziff. 3.

rung – auch im Untersuchungsverfahren erfolgen.¹⁰⁹⁴ Eine solche hinreichende Konfrontationsmöglichkeit im Untersuchungsverfahren ist jedoch unter der Leitung der Staatsanwaltschaft ausgeschlossen.¹⁰⁹⁵

Um den Erfordernissen der «Waffengleichheit» bei systematischer Ausübung des Konfrontationsrechts im Untersuchungsverfahren gerecht zu werden, wäre es denkbar, die Leitung der Konfrontation *de lege ferenda* einer untersuchungsrichterlichen Instanz zu übertragen. Die Forderung nach Einführung des Untersuchungsrichteramts führt unweigerlich zur Frage, ob die entsprechenden Untersuchungsrichter unabhängig vom erkennenden Gericht agieren oder Teil des späteren Spruchkörpers sein sollten. Verfahrensökonomische Überlegungen würden eindeutig für Letzteres sprechen. Damit ist das Erfordernis des Anscheins der Unparteilichkeit des *urteilenden Gerichts* angesprochen.

Nach der Rechtsprechung des EGMR stellt es für sich allein genommen noch keinen Befangenheitsgrund dar, wenn eine Richterperson bereits in einem früheren Verfahrenszeitpunkt in anderer Funktion mit dem Tatvorwurf befasst war und vor der Hauptverhandlung über umfassende Aktenkenntnis verfügte.¹⁰⁹⁶ Für die Annahme einer unzulässigen Vorbefassung müssen noch weitere Umstände hinzutreten, die berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit aufkommen lassen. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn eine Richterperson im Rahmen der untersuchungsrichterlichen Tätigkeit über dieselben Fragen zu entscheiden hatte wie anschliessend als Teil des Spruchkörpers und die frühere Entscheidung eine Feststellung der Schuld indiziert.¹⁰⁹⁷ Zweifel an der Unparteilichkeit sind objektiv berechtigt, sofern ein Sachrichter in der Untersuchung über ausgedehnte strafprozessuale Zwangsmassnahmenkompetenzen verfügte, die eine Auseinandersetzung mit den Beweismitteln notwendig machte.¹⁰⁹⁸ Die untersuchungsrichterliche Befragung von Zeugen im Rahmen einer Konfrontationseinvernahme geht indes nicht zwingend mit

¹⁰⁹⁴ Vgl. SUMMERS/SCHWEILLER/STUDER, 370.

¹⁰⁹⁵ Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel E.IV.

¹⁰⁹⁶ EGMR vom 04.03.2014, *Fazlı Aslaner v. Türkei*, Nr. 36073/04, § 31; EGMR vom 04.05.2007 (Zulässigkeitsentscheidung), *Selahattin Ökten v. Türkei*, 22347/07, § 41; EGMR vom 06.06.2000, *Morel v. Frankreich*, Nr. 34130/96, § 45. Obschon die vertiefte Aktenkenntnis zu einer herausragenden Stellung im Richtergremium führen kann, vgl. EGMR vom 26.10.1984, *De Cubber v. Belgien*, Nr. 9186/80, § 29. Vgl. dazu auch ARZT, Befangenheit, 83 f.

¹⁰⁹⁷ Siehe WOHLERS, Vorbefassung, 1320, 1322 f. Vgl. auch BGE 114 Ia 50, E. 5b/aa.

¹⁰⁹⁸ Siehe etwa BGE 112 Ia 290, E. 5b; BGE 115 Ia 217, E. 4c und 5a m.w.H.

einer Würdigung von Beweismitteln einher. Folglich stellt die Befugnis zur Ladung und Einvernahme von Zeugen nach der Rechtsprechung des EGMR die Unparteilichkeit der untersuchungsleitenden Richterperson nicht per se infrage.¹⁰⁹⁹

Die institutionelle Absicherung des Konfrontationsrechts im Untersuchungsverfahren muss also nicht zwingend zu einer eigentlichen Umwälzung des Verfahrenssystems führen. Falls die Beurteilung und Anordnung von Zwangsmassnahmen weiterhin dem Zwangsmassnahmengericht vorbehalten bliebe, könnte die konfrontationsleitende Funktion im Untersuchungsverfahren auch von einer Richterperson wahrgenommen werden, die später über den Anklagevorwurf zu befinden hat. Das bedingt jedoch, dass die konfrontationsleitenden Untersuchungsbehörden ihre Rolle richtig interpretieren. Die künftigen Untersuchungsrichter dürften nicht von einem Strafverfolgungsinteresse geleitet sein.¹¹⁰⁰ Hierbei gilt es zu beachten, dass die Abwesenheit der Staatsanwaltschaft an einer Zeugenbefragung die richterliche Instanz insofern in die Rolle des Strafverfolgers drängen kann, als diese sich verpflichtet fühlt, die staatsanwaltschaftliche Sichtweise in die Konfrontationseinvernahme einzubringen.¹¹⁰¹ Zur Vermeidung allfälliger Rollenkonflikte müsste daher zwingend die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft an der Konfrontationseinvernahme vorgesehen sein. Falls die beschuldigte Person über einen anwaltlichen Beistand verfügt, ist auch dessen Anwesenheit an der Konfrontationseinvernahme erforderlich, damit die Anliegen bzw. Perspektive der Verteidigung zur Sprache kommen. Nur bei Vorliegen eines rechtsgültigen Verzichts dürfte die Konfrontation in Fällen nicht notwendiger Verteidigung ohne anwaltlichen Beistand durchgeführt werden. Eine solche Regelung bietet Gewähr dafür, dass sowohl die Verteidigung als auch die Staatsanwaltschaft ihre jeweiligen Fragen unter der Leitung einer unparteiischen Richterperson stellen können.¹¹⁰²

1099 EGMR vom 22.02.1996, *Bulut v. Österreich*, Nr. 17358/90, § 34. Vgl. auch BGE 115 Ia 217, E. 4c: «Für die Verfassungs- und Konventionswidrigkeit der Personalunion ist als nicht entscheidend angesehen worden, dass der Untersuchungsrichter [...] sowohl Belastungs- als auch Entlastungsbeweise zu beschaffen hat».

1100 Vgl. zu den Schwierigkeiten in der Praxis im Zusammenhang mit Richterpersonen in der Hauptverhandlung, SUMMERS, Unparteilichkeit, 452–456.

1101 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel C (Fn. 452).

1102 Damit wird die «accusatorische Trinität von Richter, Anklage- und Verteidigungspartei» gewahrt, siehe VARGHA, 288.

Eine hinreichende Konfrontationsmöglichkeit setzt zudem voraus, dass die beschuldigte Person bzw. ihre Verteidigung über die früheren Aussagen des Belastungszeugen vorgängig in Kenntnis gesetzt wird.¹¹⁰³ Von begründeten Ausnahmen abgesehen wäre daher zu fordern, dass die Verteidigung zwecks Vorbereitung auf die Konfrontation Einsicht in die Akten erhält.¹¹⁰⁴ Weiter muss ihr genügend Zeit gewährt werden, um sich angemessen vorbereiten zu können. Diesem Erfordernis wird in der Praxis oftmals nicht genügend Rechnung getragen, wenn die Konfrontation zeitlich unmittelbar an die Einvernahme eines Belastungszeugen anschliesst. Dadurch wird eine Vorbesprechung der Konfrontationseinvernahme zwischen der beschuldigten Person und der Verteidigung im Lichte der Aussagen des Belastungszeugen vereitelt.

3. Variante 3: Spezifisch begründbare Konfrontationseinvernahme vor dem Zwangsmassnahmengericht

Um die Anforderungen des EGMR an die Unparteilichkeit der konfrontationsleitenden Behörden zu erfüllen, wäre es bei bestehender Organisation des Strafwesens *de lege ferenda* auch denkbar, Konfrontationseinvernahmen in begründeten Ausnahmefällen unter der Leitung des Zwangsmassnahmengerichts durchzuführen. Die Staatsanwaltschaft könnte hierbei eine Konfrontation im Untersuchungsverfahren beim zuständigen Zwangsmassnahmengericht beantragen. Ein solcher Antrag dürfte sich einerseits bei betagten oder suizidgefährdeten Beschuldigten aufdrängen, daneben aber auch bei Personen, die weder in der Schweiz noch im Ausland einen festen Wohnsitz haben. Unter Umständen sprechen auch Opferschutzinteressen, insbesondere die Gefahr einer sekundären Viktimisierung oder die Gefahr von Repressalien,¹¹⁰⁵ für die Durchführung der Konfrontationseinvernahme im Untersuchungsverfahren, nötigenfalls unter Gewährung weiterer Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 149 ff. StPO. Es würde allerdings der Staatsanwaltschaft ob-

1103 ZR 89 (1990), 68 f.; MÜLLER-HASLER, 174; BSK StPO II-ARQUINT, Art. 201 N 7; HUG, Konfrontationseinvernahme, 396–399.

1104 WOHLERS, Partizipatorisches Ermittlungsverfahren, 33; DERS., Unmittelbarkeit II, 443; DERS., Schutzmassnahmen, 135 m.w.H. Die Sicherstellung der Akteneinsicht im Zusammenhang mit der Konfrontationseinvernahme gehört daher zu den fundamentalsten Aufgaben der Strafverteidigung, siehe ZR 95 (1996), 29.

1105 Auch Opferschutzinteressen können eine ausschliesslich im Untersuchungsstadium erfolgte Konfrontation rechtfertigen, siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel E.I. Ziff. 2.

liegen, das Vorliegen solch ausserordentlicher Umstände darzulegen, die eine ausnahmsweise Konfrontation in der Untersuchung notwendig machen.

Ohne nun in allen Einzelheiten auf die konkrete verfahrensrechtliche Ausgestaltung einer spezifisch begründbaren Konfrontationseinvernahme im Untersuchungsverfahren einzugehen, muss dennoch in dogmatischer Hinsicht geklärt werden, wie die *Unparteilichkeit des Zwangsmassnahmengerichts*, ohne die eine Konfrontation unter Wahrung der «Waffengleichheit» nicht möglich ist, sichergestellt werden kann. Im Unterschied zur vorstehend beschriebenen zweiten Variante ist die Unparteilichkeit des urteilenden Gerichts hierbei nicht betroffen, weil die Mitglieder eines Zwangsmassnahmengerichts nicht im selben Fall als Sachrichterinnen oder Sachrichter amten dürfen.¹¹⁰⁶ Es geht vorliegend also um die Frage, ob die betroffenen Zwangsmassnahmenrichter, trotz ihrer Befugnis zur Anordnung von staatlichem Zwang, den objektiven Anschein der Unparteilichkeit im Rahmen einer Konfrontationseinvernahme wahren können oder ob sie – gleich wie die Strafverfolgungsbehörden – die geforderte Unparteilichkeit aus organisatorischen und funktionellen Gründen von vornherein nicht zu erfüllen vermögen.

Eine begründete Befürchtung der Voreingenommenheit liegt immer dann vor, wenn die Richterperson in derselben Streitsache schon einmal befasst war und sich dabei bereits ein vorläufiges Urteil gebildet hat. Eine derartige Vorbefassung lässt sie nach objektiven Gesichtspunkten als nicht mehr unvoreingenommen erscheinen.¹¹⁰⁷ Gewisse Fragen und Probleme könnten gar nicht erst aufgeworfen werden, weil die betreffende Richterperson in ihrer früheren Entscheidung bereits zu einer vorläufigen Einschätzung gekommen und nicht mehr offen ist, auf diese zurückzukommen und sie allenfalls zu relativieren.¹¹⁰⁸ Übertragen auf die hier vorgeschlagene Konstellation steht zu befürchten, dass ein Zwangsmassnahmenrichter, der zuvor über die Anordnung einer Zwangsmassnahme entschieden hat, eine spätere Konfrontationseinvernahme nicht unvoreingenommen leiten wird. Insbesondere im Fall der Anordnung von Haft bestehen grösste Zweifel, ob dieselbe Richterperson in derselben Streitsache in einem späteren Verfahrensabschnitt als funktional unparteiischer Richter angesehen werden kann.¹¹⁰⁹ Vor diesem Hintergrund

1106 Art. 18 Abs. 2 StPO.

1107 BGE 131 I 113, E. 3.4 m.w.H. Siehe auch vorstehend, Fn. 1097.

1108 Vgl. ARZT, Befangenheit, 65 f. und 68 f.

1109 Von einer Befangenheit ist nach der Rspr. des EGMR auszugehen, wenn für die Anordnung der Haft ein qualifizierter Tatverdacht vorliegen muss, siehe EGMR vom 24.05.1989,

wäre zu fordern, dass eine ausnahmsweise vor dem Zwangsmassnahmengericht durchgeführte Konfrontation nicht vom gleichen Zwangsmassnahmenrichter geleitet werden dürfte, der zuvor mit der Prüfung der Anordnung einer Zwangsmassnahme befasst war. Eine Personalunion zwischen der Richterperson, die über die Anordnung einer Zwangsmassnahme entscheidet, und der konfrontationsleitenden Richterperson in der Untersuchung müsste also gemäss dieser Variante ausgeschlossen werden.

Zur Sicherung der funktionalen Unvoreingenommenheit des konfrontationsleitenden Zwangsmassnahmenrichters gilt es wiederum die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft an der Konfrontationseinvernahme sicherzustellen.¹¹¹⁰ Vorbehältlich der notwendigen Schutzmassnahmen von Art. 149 ff. StPO hat auch die beschuldigte Person bzw. ihr anwaltlicher Beistand das Recht, an der Konfrontationseinvernahme unmittelbar teilzunehmen und der einvernommenen Person Fragen zu stellen. Damit die Verteidigung von diesem Teilnahme- und Fragerecht wirksam Gebrauch machen kann, müssen ihr auch gemäss dieser Variante im Regelfall vor der Konfrontation die Akten zur Einsicht vorgelegt werden.¹¹¹¹

Falls eine Konfrontation vor dem Zwangsmassnahmengericht durchgeführt worden ist, würde sich eine erneute Befragung vor dem urteilenden Gericht nur insoweit aufdrängen, als die unmittelbare Kenntnisnahme des Zeugen für die Urteilsfindung notwendig ist oder wenn seither im Vorverfahren wesentliche Beweise hinzugetreten sind, mit denen der Belastungszeuge noch nicht konfrontiert werden konnte. Daher würde es sich anbieten, die ausnahmsweise zu erfolgenden Konfrontationen jeweils erst gegen Ende des Untersuchungsverfahrens durchzuführen.

Hauschildt v. Dänemark (GK), Nr. 10486/83, §§ 50–53; EGMR vom 31.07.2007, *Ekeberg u.a. v. Norwegen*, Nr. 1106/04, 1108/04, 1116/04, 1131/04 und 13276/04, § 38. Sich grds. für die personelle Identität von Haft- und Sachrichter aussprechend, BGE 131 I 113, E. 3.4 mit Hinweis auf BGE 117 Ia 182, E. 3b; krit. Botschaft StPO 2005, 1107 f. Zu Recht darauf hinweisend, dass die Haftanordnung die Bejahung eines dringenden Tatverdachts erfordert, ARZT, Befangenheit, 76 f.

1110 A.M. OGer ZH, Beschluss vom 20.06.2012, UB120065, E. II.2.

1111 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel E.III. Ziff. 2.

F. RECHT AUF ERHEBUNG DES VON DER VERTEIDIGUNG BEANTRAGTEN ZEUGENBEWEISES

Dieses Kapitel beschränkt sich auf die Erörterung des Beweisantrags auf Ladung und Einvernahme eines Zeugen, wobei wiederum vom konventionsrechtlichen Zeugenbegriff ausgegangen wird.¹¹¹² Demnach gilt als Zeuge, wer Aussagen tätigt, die dem Gericht als Urteilsgrundlage dienen können.¹¹¹³ Dazu zählen neben den förmlichen Zeugen nach schweizerischem Recht auch Auskunftspersonen, mitbeschuldigte Personen oder sachverständige Personen. Aufgrund der besonderen Bedeutung der sachverständigen Begutachtung für die Wahrung der «Waffengleichheit» wird die Rolle der sachverständigen Person in einem eigenen Kapitel untersucht.

Der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft einen beantragten Zeugen in vorweggenommener Würdigung ablehnen kann, könnte, zusammen mit der nur restriktiv zugänglichen Möglichkeit, einen Beweisantrag durch Erkenntnisse einer privat durchgeführten Zeugenbefragung zu konkretisieren, der Verwirklichung der «Waffengleichheit» im Wege stehen.

I. Ausgestaltung des Beweisantragsrechts im schweizerischen Strafprozess

Beim Beweisantrag handelt es sich um ein förmliches Begehren der Verteidigung zur Erhebung eines bestimmten Beweismittels zum Nachweis einer konkreten und rechtserheblichen Tatsache.¹¹¹⁴ Im Vordergrund steht hierbei die Einvernahme eines Zeugen, der Rechtserhebliches beitragen kann.

1112 Zum Beispiel EGMR vom 27.02.2001, *Lucà v. Italien*, Nr. 33354/96, § 41 mit Hinweis; CAVEGN, 11.

1113 Siehe vorstehend, Fn. 1000.

1114 DELNON/RÜDY, Beweisführung, 317; BOMMER, Parteirechte, 212 f.; DONATSCH, FS Trechsel, 588; WOHLERS, Unmittelbarkeit I, 329 f.; KAUFMANN, 220. Davon abzugrenzen sind Beweismittelanträge, die keine näheren Angaben zu einem bestimmten Beweismittel oder zu einer konkreten Beweistatsache enthalten, siehe StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 139 N 7.

Das Beweisantragsrecht ist nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung festgeschrieben, ergibt sich jedoch implizit aus dem rechtlichen Gehör.¹¹¹⁵ Demnach besteht ein verfassungsmässiger Anspruch, mit rechtzeitigen und formgültigen Beweisanträgen gehört zu werden, soweit diese rechtserhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind.¹¹¹⁶ Darüber hinaus kann ein Beweisantrag abgelehnt werden, wenn die beweisbeantragte Tatsache durch die vorliegenden Beweisergebnisse bereits rechtsge-nügend erwiesen ist.¹¹¹⁷

II. Das Recht auf Ladung und Einvernahme von Zeugen unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»

1. Fehlende Belehrung über das Recht auf Stellung eines Beweisantrags

An verschiedenen Stellen in der StPO wird auf die Möglichkeit der Stellung eines Beweisantrags hingewiesen.¹¹¹⁸ Weder die Polizei noch die Staatsanwaltschaft sind indes gesetzlich ausdrücklich dazu verpflichtet, die beschuldigte Person über ihr Beweisantragsrecht aufzuklären. Dies ist problematisch, setzt doch die Ausübung der Verteidigungsrechte deren Kenntnis voraus. Insofern ist es bedauerlich, dass im Gesetzgebungsverfahren einem Minderheitsantrag der Rechtskommission nicht gefolgt wurde, der vorsah, dass die beschuldigte Person zu Beginn der ersten polizeilichen Befragung oder staatsanwaltschaftlichen Einvernahme über ihr Recht auf Stellung eines Beweisantrags aufgeklärt wird.¹¹¹⁹ Trotzdem könnte sich allerdings eine solche Pflicht auf der Grundlage von **Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO** ergeben, der eine umfassende Belehrung über die Parteirechte vorsieht.¹¹²⁰

1115 Gemäss **Art. 29 Abs. 2 BV**; **Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO**; **107 Abs. 1 lit. e StPO**. Zum Beweisantragsrecht als Ausfluss des rechtlichen Gehörs siehe ferner: DELNON/RÜDY, Beweisführung, 317 f.; DONATSCH, FS Trechsel, 588; CAVEGN, 16 f.; MÜLLER-HASLER, 219; BGer, Urteil vom 17.01.2017, **6B_1310/2015**, E. 4.2.

1116 BGer, Urteil vom 20.07.2016, **6B_1301/2015**, E. 1.3.

1117 **Art. 139 Abs. 2 StPO**. Vgl. auch BGer, Urteil vom 17.11.2017, **6B_224/2017**, E. 2.2 m.w.H.

1118 Vgl. **Art. 318 Abs. 1 StPO**; **Art. 331 Abs. 2 StPO**; **Art. 345 StPO**; **Art. 389 Abs. 3 StPO**; **Art. 399 Abs. 3 lit. c StPO**.

1119 **Amtl. Bull. NR, 2007, 959 ff.**

1120 So StPO Kommentar-GODENZI, Art. 158 N 16.

Besonders problematisch ist die unterbliebene Belehrung dann, wenn die beschuldigte Person über keinen anwaltlichen Beistand verfügt. Sofern es allein im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden steht, ob und inwieweit eine beschuldigte Person über ihr Beweisantragsrecht aufgeklärt wird, besteht das Risiko, dass sie sich der Möglichkeit, einen Antrag auf Ladung und Einvernahme eines Zeugen zu stellen, nicht bewusst ist. Die fehlende Regulierung steht mithin einer wirksamen Wahrnehmung des Rechts auf Stellung und Ladung eines Entlastungszeugen entgegen.

2. Staatsanwaltschaftliches Ermessen betreffend die Erhebung eines beantragten Zeugenbeweises

Nicht zu beanstanden ist, wenn eine beantragte Zeugeneinvernahme von der Staatsanwaltschaft abgelehnt wird, weil die unter Beweis gestellte Tatsache für die strafrechtliche Entscheidungsfindung unerheblich ist¹¹²¹ oder wenn sie offenkundig bzw. gerichtsnotorisch schon vorliegt.¹¹²² Obwohl nicht ausdrücklich in der StPO aufgeführt, spricht ebenfalls nichts dagegen, dass die Staatsanwaltschaft die Ladung und Einvernahme eines beantragten Zeugen ablehnt, wenn von vornherein feststeht, dass deren Zeugenaussage für die Klärung der strittigen Beweisfrage *ungeeignet* ist. Davon ist einerseits auszugehen, wenn ein Beweismittel die streitige und rechtserhebliche Tatsache überhaupt nicht beweisen kann.¹¹²³ Andererseits ist ein Zeugenbeweis als ungeeignet zu betrachten, falls der angerufene Zeuge dauernd einvernahme-

1121 Rechtsunerheblich ist eine Beweistatsache, die weder direkt noch indirekt einen Einfluss auf die Entscheidungsfindung haben kann, siehe WOHLERS, Beweisantrag, 211. Vgl. zur Unerheblichkeit auch VEST, FS Trechsel, 797.

1122 Gem. Art. 139 Abs. 2 StPO sowie Art. 318 Abs. 2 StPO. Siehe auch BGE 124 I 274, E. 5b mit Hinweis. Offenkundig ist, was als allgemeingültige Tatsache anerkannt ist, siehe BSK StPO I-GLESS, Art. 139 N 36. Gerichtsnotorisch ist eine Tatsache, wenn der zu beweisende Umstand aufgrund der amtlichen Tätigkeit der Strafbehörde bekannt ist, siehe StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 139 N 18. Wird zum Nachteil der beschuldigten Person auf gerichtsnotorische Tatsachen abgestellt, muss der beschuldigten Person vorgängig das rechtliche Gehör gewährt werden, siehe KAUFMANN, 223.

1123 FRANK, 1274 m.w.H. Sofern eine theoretische Möglichkeit besteht, dass der beantragte Beweis eine relevante Beweistatsache belegen kann, ist nicht von einer Uneignung auszugehen – selbst wenn der Beweiswert fragwürdig erscheint, siehe StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 139 N 13.

unfähig, tot, oder trotz zumutbarer Anstrengungen der Strafbehörden un-auffindbar ist.¹¹²⁴

Aus der Sicht des Waffengleichheitsprinzips besteht das eigentliche Problem in der Ablehnung des Beweisantrags gestützt auf die *Annahme der Staatsanwaltschaft*, dass die beantragte Beweistatsache bereits rechtsgenügend erwiesen ist.¹¹²⁵ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt die antizipierte Beweiswürdigung der Staatsanwaltschaft insofern zu, als die verfahrensleitende Strafbehörde einen Beweisantrag ablehnen kann, weil sie auf der Grundlage der bereits erhobenen Beweise zur Überzeugung gelangt ist, dass der rechtserhebliche Sachverhalt genügend abgeklärt sei, sodass sie, ohne in Willkür zu verfallen, antizipiert annehmen darf, dass die Erhebung des beantragten Beweises ihre Überzeugung nicht mehr zu ändern vermöge.¹¹²⁶

Die antizipierte Beweiswürdigung im Vorverfahren muss differenziert betrachtet werden. Die Rechtsprechung und weite Teile der Lehre sprechen sich für die Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung aus, wenn auf der Grundlage der bisher getätigten Beweiserhebungen *zugunsten* der Verteidigung davon ausgegangen wird, dass die beweisbeantragte Tatsache in deren Sinne vorliegt (sog. «Wahrunterstellung»)¹¹²⁷. Allerdings weist KAUFMANN in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass es keine Garantie dafür gibt, dass das Gericht die Beweislage gleich würdigt wie zuvor die Staatsanwaltschaft.¹¹²⁸ Dies erweist sich als problematisch, wenn es sich um einen Zeugenbeweis handelt, der in der Hauptverhandlung nicht mehr oder nur mit Einbussen hinsichtlich des Erinnerungsvermögens erhoben werden kann.¹¹²⁹

1124 KAUFMANN, 222; StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 139 N 15. Zu den zumutbaren behördlichen Anstrengungen vgl. EGMR vom 09.01.2007, *Gossa v. Polen*, Nr. 47986/99, § 59.

1125 Vgl. DONATSCH/FREI, 43; KAUFMANN, 223–227; BOMMER, Parteirechte, 214; StPO Kommentar-WOHLERS, Art. 139 N 11. Zur Komplexität der antizipierten Würdigung einer Zeugenaussage, welche nicht nur die Wahrnehmungsmöglichkeit, sondern auch die Wiedergabefähigkeit eines Zeugen umfasst, vgl. PIETH, Beweisantrag, 289 f.

1126 Vgl. BGer, Urteil vom 17.01.2019, [6B_1090/2018](#), E. 3.2 m.w.H.; BGer, Urteil vom 06.01.2017, [6B_794/2016](#), E. 2.2; BGer, Urteil vom 25.11.2015, [6B_690/2015](#), E. 3.3.2.

1127 BGer, Urteil vom 14.04.2011, [6B_793/2010](#), E. 2.3; OGer ZH, Urteil vom 13.05.2015, [SB140470](#), E. 3.4C; CAVEGN, 159 f.; DONATSCH/CAVEGN, 164; VEST, FS Trechsel, 799 (Fn. 72).

1128 KAUFMANN, 224 f.

1129 In einem solchen Fall soll das Gericht an die antizipierte Würdigung der Staatsanwaltschaft gebunden sein, siehe KAUFMANN, 224 f. Vor dem Hintergrund der freien Beweiswürdigung des Gerichts gem. [Art. 10 Abs. 2 StPO](#) erscheint dies allerdings fraglich.

Kritisch ist die Ablehnung eines Beweisantrags, wenn sich die Strafbehörde vom Gegenteil dessen überzeugt zeigt, was die Verteidigung mit ihrem Antrag beweisen möchte. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass sich sowohl das Schrifttum als auch die Rechtsprechung dezidiert mit der antizipierten Würdigung des Gerichts auseinandersetzen,¹¹³⁰ aber kaum je auf die antizipierte Würdigung eines Beweisantrags durch die *Staatsanwaltschaft* eingegangen wird.¹¹³¹ Dies dürfte – zumindest in der Rechtsprechung – darauf zurückzuführen sein, dass ein durch die Staatsanwaltschaft abgewiesener Beweisantrag im Regelfall nicht mittels Beschwerde anfechtbar ist.¹¹³² Die Einschränkung der Beschwerdemöglichkeit soll verhindern, dass eine vertiefte Würdigung der Beweislage bereits in diesem frühen Verfahrensstadium durch die Beschwerdeinstanz vorweggenommen wird, was zu erheblichen Verfahrensverzögerungen führen könnte.¹¹³³ Eine solche Rechtsmitteleinschränkung hat jedoch zur Konsequenz, dass die Staatsanwaltschaft nicht dazu angehalten wird, einen Beweisantrag sorgfältig zu prüfen und dessen Ablehnung sorgfältig zu begründen,¹¹³⁴ weil ohnehin nicht mit einem Beschwerdeverfahren zu rechnen ist.

Zur Rechtfertigung der eingeschränkten Beschwerdemöglichkeit wird oftmals auf die Möglichkeit der Wiederholung eines Beweisantrags in der Hauptverhandlung hingewiesen.¹¹³⁵ Diese Argumentation überzeugt indes nicht, weil der *Verfahrenszeitpunkt*, in welchem der Beweisantrag gewürdigt wird, in der

1130 SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 230; BSK StPO I-GLESS, Art. 139 N 51; siehe auch vorstehend, Fn. 1087; kritisch dazu auch ALBRECHT, Mitwirkungsrechte, 168; VERNIORY, Libre appréciation, 413; CAVEGN, 163 f. Vgl. auch die Bundesgerichtsrechtsprechung in BGer, Urteil vom 18.05.2016, [6B_90/2016](#), E. 1.2; BGer, Urteil vom 21.04.2015, [6B_1104/2014](#), E. 1.5.

1131 Eine Ausnahme dazu bildet KAUFMANN, 223 ff.

1132 [Art. 394 lit. b StPO \(e contrario\)](#). Lediglich wenn durch die Wiederholung eines Beweisantrags im Rahmen der Hauptverhandlung ein materieller Rechtsnachteil droht, steht der Beschwerdeweg offen. Von einem solchen Rechtsnachteil ist beispielsweise auszugehen, wenn ein Zeuge aufgrund seines Alters, Gesundheitszustands oder baldigen Auslandsaufenthalts mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr im Rahmen der Hauptverhandlung befragt werden kann, siehe StPO Kommentar-KELLER, Art. 394 N 3. Vgl. zu den hohen Anforderungen auch BStrGer, Beschluss vom 10.05.2011, [TPF 2011 58](#), E. 1.2 f.

1133 [Botschaft StPO 2005](#), 1271. Kritisch dazu KAUFMANN, 227–230.

1134 Wenngleich eine kurze und schriftliche Begründung in Form einer Verfügung gem. [Art. 318 Abs. 2 StPO](#) verlangt ist. Vgl. zum Erfordernis der Begründung eines abgelehnten rechtserheblichen Beweisantrags auch EGMR vom 10.10.2013, [Topić v. Kroatien](#), [Nr. 51355/10](#), § 42 m.w.H.

1135 Gem. [Art. 331 Abs. 2 StPO](#) sowie [Art. 345 StPO](#). Vgl. zum Beispiel [Botschaft StPO 2005](#), 1271.

Rechtswirklichkeit von entscheidender Bedeutung ist: Je länger mit einem Beweisantrag zugewartet wird, desto eher ist es der Staatsanwaltschaft möglich, die Belastungsperspektive mittels Beweiserhebungen im Vorverfahren zu festigen, wodurch ein Antrag auf Erhebung eines Zeugenbeweises zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung nicht mehr notwendig erscheint.¹¹³⁶ Die vorweggenommene Würdigung eines Gerichtes beruht auf einem aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden gezeichneten Tatbild, das die beschuldigte Person zumindest insoweit belastet, als es eine Anklage rechtfertigt. Dadurch besteht die Gefahr, dass das Gericht seine Entscheidung auf der Grundlage der einseitigen Optik des Anklägers fällt.¹¹³⁷ Hinzu kommt, dass je nach kantonaler Verfahrensgestaltung ohnehin keine umfangreiche Zeugenbefragung in der Hauptverhandlung mehr vorgesehen ist.¹¹³⁸ Ferner ist mit zunehmender Zeitdauer davon auszugehen, dass das Erinnerungsvermögen eines Zeugen nachlässt.¹¹³⁹ Nicht vergessen werden darf, dass die Erhebung eines beantragten Zeugenbeweises im Vorverfahren auch für die Beurteilung der Haftvoraussetzungen von Bedeutung sein kann.¹¹⁴⁰

Eine restriktive Handhabe bei Gewährung des Beweisantrags durch die Staatsanwaltschaft nimmt der Verteidigung die Möglichkeit, ihren Standpunkt mittels Zeugenbeweis dazulegen.¹¹⁴¹ In Anbetracht der Tatsache, dass das Beweisgebäude in der Hauptverhandlung kaum je nochmals in Zweifel gezogen werden kann,¹¹⁴² ist es umso wichtiger, dass das Beweisverfahren im Stadium des Vorverfahrens für die Verteidigung offen gestaltet ist.¹¹⁴³ Zu diesem Verfahrenszeitpunkt verbietet sich eine Festlegung auf einen bestimmten Tatbestand; vielmehr muss das Vorverfahren Raum für andere Sachverhaltsvarianten lassen, sodass das Untersuchungsverfahren auch andere Konturen annehmen kann. Sofern ein Strafverfahren derart ausgestaltet ist, dass es der

1136 Vgl. ZÜGER, 271; CAVEGN, 164 *in fine*.

1137 Vgl. DELNON/RÜDY, Beweisführung, 324 f.

1138 Vgl. Abb. 5 (Fünfter Teil, Kapitel E.I. Ziff. 3).

1139 FINK, 79. Dieser Umstand kann sich negativ auf die Beweiswürdigung auswirken.

1140 BGE 136 II 551, E. 3.1.

1141 KAUFMANN, 220; BOMMER, Parteirechte, 213. Siehe dazu auch PIETH, Beweisantrag, 289: «Dem Beschuldigten sollte vielmehr Gelegenheit gegeben werden, sein ‚Wahrheitsbild‘ [...] nicht nur abstrakt behauptend, sondern *ebenso konkret* in den Prozess einzubringen [...]».

1142 PIETH, Strafverteidigung, 19.

1143 Auf die Notwendigkeit eines ergebnisoffenen Beweisverfahrens hinweisend, BSK StPO I-GLESS, Art. 139 N 51.

Verteidigung verwehrt ist, auf eine fehlerhafte Weichenstellung der Strafverfolgungsbehörden im Vorverfahren mittels Beweisanträgen korrigierend einzuwirken, stellt dies im Einzelfall einen substanziellen Nachteil der Verteidigung dar.

Die praktische Entwertung des Beweisantragsrechts durch die antizipierte Würdigung der Staatsanwaltschaft ist als ein gewichtiges Problem im strafprozessualen Vorverfahren der Schweiz einzustufen. Solange das Beweisantragsrecht so ausgestaltet ist, dass die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Ladung und Einvernahme eines Zeugen aufgrund der Überzeugung ablehnen kann, die unter Beweis gestellte Tatsache sei bereits rechtsgenügend erwiesen, wird den Erfordernissen des Waffengleichheitsprinzips nicht Genüge getan.¹¹⁴⁴ Dies gilt umso mehr, als es der Verteidigung, wie im Folgenden aufgezeigt wird, de facto weitgehend verunmöglicht wird, einen Beweisantrag mithilfe der Ergebnisse einer privat durchgeführten Zeugenbefragung zu substanziieren.¹¹⁴⁵

3. Restriktive Möglichkeit zur privaten Zeugenbefragung

Die private Zeugenbefragung dient der Einschätzung, ob eine Person rechts-erhebliche Aussagen tätigen kann, die der gewählten Verteidigungsstrategie dienlich sein können. Es gilt möglichst auszuschliessen, dass ein Zeuge bei einer förmlichen Einvernahme durch die Strafbehörden unerwartet belastend aussagt.¹¹⁴⁶ Die Stellung eines Beweisantrags aufs Geratewohl, also ohne Kenntnis, was ein Zeuge aussagen wird, ist als Kunstfehler der Verteidigung zu werten.¹¹⁴⁷ Bei Unklarheiten, was ein potenzieller Zeuge aussagen wird, ist die Verteidigung deshalb unter anderem verpflichtet, einen potenziellen Zeugen zu kontaktieren und zumindest in oberflächlicher Weise zu befragen.¹¹⁴⁸

1144 Vgl. auch CAVEGN, 164; PIETH, Beweisantrag, 289; BOMMER, Parteirechte, 214; KAUFMANN, 226 *in fine*; VEST, FS Trechsel, 794 f.

1145 DONATSCH, FS Trechsel, 588; HOHLER, 299; ZÜGER, 272; DELNON/RÜDY, Beweisführung, 326: «Private Ermittlungsergebnisse liefern oft eine unentbehrliche Grundlage für die Stellung konkreter Beweisanträge [...]».

1146 KOHLBACHER, 115. Vgl. auch CAVEGN, 124; Aufsichtskommission BS, Entscheid vom 20.09.1989, in: BJM 1991, 160, 162.

1147 WOHLERS, Unmittelbarkeit I, 330.

1148 ZÜGER, 250; CAVEGN, 129; MÜLLER-HASLER, 144; StPO Kommentar-LIEBER, Art. 128 N 17a; ferner ZR 106 (2007), 162.

Gesetzlich ist es der Verteidigung *nicht* verboten, selbständig Zeugen zu befragen.¹¹⁴⁹ Die Rechtsprechung schränkt diese Möglichkeit jedoch empfindlich ein. So führt das Bundesgericht in seinem Leitentscheid aus, dass von einer privaten Zeugenbefragung stets eine abstrakte Gefahr der Zeugenbeeinflussung ausgehe,¹¹⁵⁰ wobei bereits der Anschein einer unzulässigen Einflussnahme vermieden werden solle.¹¹⁵¹ Vor diesem Hintergrund vermag die Auffassung des Bundesgerichts, wonach eine Zeugenbefragung in aller Regel den Strafverfolgungsbehörden oder dem Gericht vorbehalten bleiben solle,¹¹⁵² nicht zu erstaunen. Nur *ausnahmsweise* sei eine private Zeugenbefragung mit der anwaltlichen Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung vereinbar.¹¹⁵³ Eine Kontaktaufnahme und Befragung kommt demzufolge lediglich in Betracht, wenn die Befragung im Interesse der Mandantschaft liegt, ein sachlicher Grund vorliegt und kein Anschein einer Zeugenbeeinflussung erweckt wird.¹¹⁵⁴ Ist das Strafverfahren im Ausland anhängig oder zeichnet sich ein solches Auslandsstrafverfahren ab, ist das schriftliche Festhalten einer privaten Zeugenbefragung durch die Verteidigung nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung unter Umständen sogar strafbar.¹¹⁵⁵

Angesichts der restriktiven Möglichkeit, selbständig Zeugen zu befragen und deren Aussagen zur Konkretisierung eines Beweisantrags heranzuziehen, ist es fraglich, ob die praktische Ausgestaltung des Beweisantragsrechts den Anforderungen an das Prinzip der Waffengleichheit genügt. Wenn es der Verteidigung faktisch nicht möglich ist, eigene Beweise abnehmen zu lassen, kann kein gelebtes Gegengewicht zur Sichtweise der Strafverfolgung entstehen. Eine kritische Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung zur Zulässigkeit der privaten Zeugenbefragung zeigt jedoch auf, dass die geltenden strafprozessualen und aufsichtsrechtlichen Regeln

1149 Ein generelles Verbot der privaten Zeugenbefragung wäre nicht mit der EMRK vereinbar, siehe vorstehend Dritter Teil, Kapitel E.V. Bereits im Jahr 1912 führte die Appellationskammer des Kantons Zürich aus, dass es einem Anwalt erlaubt sei, Zeugen vor Erhebung der Anklage zu befragen, soweit er dabei nicht versuche, Einfluss auf den Zeugen auszuüben, siehe ZR 12 (1913), 93. Siehe ferner: MÜLLER, ZStrR 1996, 190; MÜLLER, Diss., 141.

1150 BGE 136 II 551, E. 3.2.1; BGer, Urteil vom 12.04.2011, 2C_909/2010, E. 2.1.

1151 BGE 136 II 551, E. 3.2.2 sowie E. 3.3.2; BGer, Urteil vom 12.04.2011, 2C_909/2010, E. 2.1.

1152 BGer, Urteil vom 12.04.2011, 2C_909/2010, E. 2.1; Aufsichtskommission ZH, Beschluss vom 01.03.2007, in: ZR 106 (2007), 307.

1153 BGE 136 II 551, E. 3.2.2; FELLMANN, BGFA-Kommentar, Art. 12 N 22a; VALTICOS, Art. 12 N 67; StPO Kommentar-LIEBER, Art. 128 N 17a; ZR 106 (2007), 162 f.

1154 BGE 136 II 551, E. 3.2.2.–3.2.4.

1155 BGE 114 IV 128, E. 2 mit Verweis auf Art. 271 StGB.

durchaus so interpretiert werden können, dass dem Prinzip der Waffen-
gleichheit Genüge getan wird.

a) *Interessenwahrung der beschuldigten Person*

Als erste Voraussetzung verlangt die Rechtsprechung, dass die private Zeugenbefragung im Interesse der Mandantschaft liegen muss.¹¹⁵⁶ Ob dieses Kriterium vorliegt, ergibt sich aus den Umständen im Einzelfall.¹¹⁵⁷

Die Pflicht zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person lässt sich dem Grundsatz nach aus der StPO ableiten.¹¹⁵⁸ In diesem Sinne hat die Verteidigung alles zu unterlassen, was den tatsächlichen Interessen der beschuldigten Person zuwiderläuft.¹¹⁵⁹ Sobald der anwaltliche Beistand seiner Pflicht zur Wahrung der Interessen der Mandantschaft nicht in gehöriger Weise nachkommt, stellt dies überdies eine Verletzung der anwaltlichen Standespflichten dar.¹¹⁶⁰

In aller Regel hat die beschuldigte Person ein Interesse daran, dass im Vorfeld abgeklärt wird, ob ein Zeuge tatsächlich etwas zur Sache beitragen kann oder nicht im Gegenteil sogar unerwartet belastend aussagt. Eine mangelnde Interessenwahrung kann sich bereits aus der Kontaktaufnahme zwecks Durchführung einer privaten Zeugenbefragung ergeben. Dies wäre der Fall, wenn die Verteidigung eine alternativ tatverdächtige Person kontaktiert, die sich überhaupt erst hierdurch der Möglichkeit eines drohenden Strafverfahrens bewusst wird und somit entsprechende Vorkehrungen treffen kann.¹¹⁶¹ Unzutreffend ist die Sichtweise, wonach die private Zeugenbefragung per se nicht im Interesse der beschuldigten Person stehe, weil von einer Minderung des Beweiswerts auszugehen sei, sobald ein Zeuge vorgängig von der Vertei-

1156 Aufsichtscommission ZH, Entscheid vom 03.04.2014, in: ZR 113 (2014), 183; BGE 136 II 551, E. 3.2.3; BGer, Urteil vom 12.04.2011, 2C_909/2010, E. 2.1. Siehe auch BERLINGER, forum-poenale 2012, 83.

1157 ZÜGER, 253.

1158 Art. 128 StPO. Zur Pflicht der Parteilichkeit, siehe BGE 106 Ia 100, E. 6b.

1159 Innerhalb der gesetzlichen und standesrechtlichen Grenzen, siehe WOHLERS, Interessenwahrung, 55 f., 70; BGer, Urteil vom 23.01.2019, 6B_909/2018, E. 1.2. Der anwaltliche Beistand darf nichts tun, was sich aus Sicht des Mandanten negativ auswirken könnte, siehe NOLL, ZStrR 1981, 181.

1160 Gem. Art. 12 lit. a BGFA, siehe FELLMANN, BGFA Kommentar, Art. 12 N 9.

1161 BGE 136 II 551, E. 3.3.2 f. In aller Regel dürften alternativ tatverdächtige Personen zudem kein Interesse daran haben, sich im Rahmen einer privaten Zeugenbefragung freiwillig zu belasten.

digung kontaktiert oder befragt wird.¹¹⁶² Solange gewisse Vorsichtsmassnahmen beachtet werden,¹¹⁶³ ist nicht einzusehen, weshalb der Beweiswert einer Zeugenaussage als geschmälert zu betrachten sein sollte.

b) Sachliche Notwendigkeit

Sachlich notwendig ist eine private Zeugenbefragung, wenn sie dazu dient, das künftige rechtliche Vorgehen der Strafverteidigung zu bestimmen.¹¹⁶⁴ Mit Verweis auf das Schrifttum erachtet das Bundesgericht eine private Zeugenbefragung unter anderem für sachlich gerechtfertigt, wenn die Verteidigung dadurch die Erfolgchance eines Rechtsmittels oder eines Beweisantrags einschätzen kann.¹¹⁶⁵ Nicht sachlich geboten sei eine private Zeugenbefragung, wenn dieselbe Information auch anderweitig hätte beschafft werden können.¹¹⁶⁶ Die Rechtsprechung geht hier augenscheinlich von der Subsidiarität der privaten Zeugenbefragung aus, was die Verteidigung zur Informationsbeschaffung mittels anderer, im Vergleich zur privaten Zeugenbefragung weniger einschneidender Mittel verpflichten würde.¹¹⁶⁷ Dies widerspricht jedoch der Argumentation des Bundesgerichts, wonach die private Zeugenbefragung sachlich notwendig ist, um herauszufinden, ob das Stellen eines Beweisantrags aus der Perspektive der Verteidigung überhaupt sinnvoll und erfolgsversprechend ist.¹¹⁶⁸

Im Schrifttum wird zu Recht darauf hingewiesen, dass das Kriterium der sachlichen Notwendigkeit als Voraussetzung einer privaten Zeugenbefragung ohnehin fragwürdiger Natur ist. Dafür werden drei Gründe ins Feld geführt. Erstens ist unklar, in welchen Fällen eine private Zeugenbefragung nicht durch

1162 Andeutungen in diese Richtung finden sich in OGer TG, Urteil vom 06.07.1995, [RBOG 1995, Nr. 50](#), E. 2b.

1163 Siehe untenstehend, Fünfter Teil, Kapitel F.II. Ziff. 3c.

1164 ZR 47 (1948), 270; ZR 95 (1996), 132; CAVEGN, 131; MÜLLER, ZStrR 1996, 190.

1165 Entscheidend sind die Umstände im Einzelfall, vgl. BGer, Urteil vom 14.05.2012, [6B_115/2012](#), E. 1.4.4; [BGE 136 II 551](#), E. 3.2.2.

1166 Aufsichtscommission ZH, Beschluss vom 07.11.1996, in: ZR 96 (1997), 118 f.; KGer St. Gallen, Entscheid vom 14.02.2007, in: GVP 2007, Nr. 86, 256; BGer, Urteil vom 12.04.2011, [2C_909/2010](#), E. 2.4.

1167 ZR 47 (1948), 271; vgl. auch CAVEGN, 131.

1168 So auch ZÜGER, 254. Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn ein Beweisantrag von der Staatsanwaltschaft bereits abgelehnt wurde und die Verteidigung im Hinblick auf einen erneuten Beweisantrag in der Hauptverhandlung abklären will, ob eine Person rechts-erhebliche Aussagen tätigen kann, die für die Verfolgung der Verteidigungsstrategie von Interesse sind.

einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Insbesondere wenn eine private Zeugenbefragung im Hinblick auf das Stellen eines Beweisantrags erfolgt, kommt eine unsachliche Kontaktaufnahme eines Zeugen wohl nur dann in Betracht, wenn bereits im Voraus feststehen würde, dass ein Zeuge nichts Rechtserhebliches aussagen kann.¹¹⁶⁹ Zweitens besteht für die Einschränkung der privaten Zeugenbefragung durch das Kriterium der sachlichen Notwendigkeit keine genügend bestimmte rechtliche Grundlage.¹¹⁷⁰ Drittens gilt es zu beachten, dass die Entscheidungsfreiheit über die Wahl der Verteidigungsmittel nicht durch die standesrechtlichen Vorschriften übermäßig eingeschränkt werden darf.¹¹⁷¹ Da nicht ersichtlich ist, warum eine unsachliche Zeugenbefragung, bei der keine unerlaubte Zeugenbeeinflussung stattfindet,¹¹⁷² sanktioniert werden sollte, stellt das Kriterium eine unnötige und somit unzulässige Einschränkung der Entscheidungsfreiheit über die Wahl der Verteidigungsmittel dar.

Aus den vorgenannten Gründen ist das Kriterium der sachlichen Notwendigkeit im Zusammenhang mit der privaten Zeugenbefragung *abzulehnen*. Mit seinem Wegfall könnte gleichzeitig das Risiko gesenkt werden, wegen Nichtbeachtung einer unnötigen Zulässigkeitsvoraussetzung diszipliniert zu werden.¹¹⁷³

c) Unzulässige Zeugenbeeinflussung

Die entscheidende und zugleich umstrittenste Voraussetzung zur Durchführung einer privaten Zeugenbefragung ist die Unzulässigkeit der Zeugenbeeinflussung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt es bereits die abstrakte Gefahr bzw. den Anschein der Zeugenbeeinflussung zu vermei-

1169 Doch selbst in solchen Fällen ist es fraglich, weshalb die anwaltliche Tätigkeit sanktioniert werden sollte, wenn die Verteidigung nicht unzulässig auf den Zeugen einwirkt, siehe analog für das Zivilverfahren FINK, 80; BERLINGER, *forumpoenale* 2012, 84. REICHART/HAFNER kommen deshalb zum Schluss, dass das Kriterium der sachlichen Notwendigkeit eine «Leerformel» sei, REICHART/HAFNER, 203.

1170 REICHART/HAFNER, 203; FINK, 81 f.; BERLINGER, *forumpoenale* 2012, 86.

1171 MÜLLER-HASLER, 146; BGE 106 Ia 100, E. 6b; NOLL, ZStrR 1981, 180–183.

1172 Die Gefahr der Beweisvereitelung oder unzulässigen Beweisverfälschung besteht nicht, siehe FINK, 80. Es ist bezeichnend, dass das Kriterium der sachlichen Notwendigkeit für sich allein genommen nicht praxisrelevant ist, sondern immer nur in Verbindung mit dem Vorwurf einer unzulässigen Zeugenbeeinflussung aufkommt, vgl. BERLINGER, *forumpoenale* 2012, 83 m.w.H. auf die Rspr.

1173 RUCKSTUHL, *Handbuch*, N 3.168.

den.¹¹⁷⁴ Die Zeugenbefragung wird als Aufgabe des Gerichts und nicht der Parteien erachtet.¹¹⁷⁵ Die restriktive Handhabung der privaten Zeugenbefragung durch die Verteidigung gewährleiste eine störungsfreie Sachverhaltsermittlung des Gerichts.¹¹⁷⁶ Die Auffassung, wonach die Zeugenbefragung eine gerichtliche Aufgabe darstellt, muss jedoch – insbesondere angesichts der Ergebnisse des Forschungsprojekts «Trial Observation»¹¹⁷⁷ – als überholt betrachtet werden. In der Praxis finden nämlich die förmlichen Zeugenbefragungen oftmals ausschliesslich im Vorverfahren unter Leitung der Strafverfolgungsbehörden statt.¹¹⁷⁸

Insgesamt ist eine grosse Skepsis gegenüber Zeugenbefragungen durch den anwaltlichen Beistand der beschuldigten Person auszumachen.¹¹⁷⁹ Das Anwaltsmonopol bietet indes Gewähr für die fachliche Qualifikation der Strafverteidigung,¹¹⁸⁰ weshalb darauf vertraut werden kann, dass die Verteidigung nicht in unzulässiger Weise auf einen Zeugen einwirkt. Durch die blosser Befragung eines Zeugen als solche ergibt sich auf jeden Fall noch kein Anschein der Zeugenbeeinflussung. Dieser Anschein müsste sich vielmehr durch die Art und Weise der Befragung manifestieren.

Es ist ohnehin fraglich, ob für das Kriterium des *Anscheins* der Zeugenbeeinflussung eine genügende gesetzliche Grundlage besteht. Denn für die Einschränkung der privaten Zeugenbefragung als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs¹¹⁸¹ braucht es eine inhaltlich genügend bestimmte Rechtsgrundlage.¹¹⁸²

1174 Zur abstrakten Gefahr der Zeugenbeeinflussung, siehe [BGE 136 II 551](#), E. 3.2.1; BGer, Urteil vom 04.09.2012, [2C_257/2012](#), E. 3.1. Zur Vermeidung des Anscheins der Zeugenbeeinflussung, Aufsichtscommission ZH, Beschluss vom 01.03.2007, in: ZR 106 (2007), 307; Aufsichtscommission BS, Urteil vom 13.10.2004, [BJM 2006](#), 49 f.

1175 [BGE 136 II 551](#), E. 3.2.2: «Generell wird [...] die Zeugenbefragung als Aufgabe des Gerichts und nicht der Parteien oder ihrer Anwälte erachtet».

1176 BGer, Urteil vom 04.09.2012, [2C_257/2012](#), E. 3.2.

1177 Vgl. Abb. 5 (Fünfter Teil, Kapitel E I. Ziff. 3).

1178 Gem. [Art. 308 Abs. 3 StPO](#) sollen die wesentlichen Urteilsgrundlagen bereits im Vorverfahren produziert werden. Vgl. auch OGer TG, Urteil vom 06.07.1995, [RBOG 1995, Nr. 50](#), E. 2b; Aufsichtscommission ZH, Beschluss vom 01.03.2007, in: ZR 106 (2007), 307.

1179 So bereits [MÜLLER-HASLER](#), 143; [FINK](#), 64; [DELNON/RÜDY](#), Beweisführung, 335; [VON RECHENBERG](#), 239; [TRECHSEL](#), Human Rights, 228.

1180 [FINK](#), 78 m.w.H.

1181 Das rechtliche Gehör garantiert unter anderem eine persönlichkeitsbezogene Mitwirkung am Verfahren, siehe BGer, Urteil vom 23.03.2015, [6B_549/2014](#), E. 3 m.w.H. Die Mitwirkung im Beweisverfahren umfasst auch das Recht auf private Zeugenbefragung.

1182 Gem. [Art. 36 Abs. 1 BV](#) i.V.m. [Art. 29 Abs. 2 BV](#).

Das Anwaltsgesetz hält dazu in genereller Weise fest, dass Anwälte verpflichtet sind, ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben.¹¹⁸³ Dieser Rechtssatz ist inhaltlich nicht genügend bestimmt, um daraus konkrete Vorschriften bei der Zeugenbefragung ableiten zu können, nach denen sich die Anwaltschaft richten kann.¹¹⁸⁴

Zur Konkretisierung der Berufsregeln im Anwaltsgesetz können die schweizweit geltenden Standesregeln herangezogen werden.¹¹⁸⁵ Die vom schweizerischen Anwaltsverband erlassenen Standesregeln halten fest, dass die Anwältinnen und Anwälte *jede Beeinflussung* von Zeugen und Sachverständigen unterlassen müssen.¹¹⁸⁶ Es fällt auf, dass die Standesregeln zwar das Beeinflussen von Zeugen verbieten, nicht aber den dahingehenden Anschein.¹¹⁸⁷ Aufgrund der vorstehenden Überlegungen besteht für die Disziplinierung infolge des blossen Anscheins der Zeugenbeeinflussung keine genügende Rechtsgrundlage. Daher muss die Verteidigung nicht nachweisen, dass es nicht zu einer Beeinflussung eines Zeugen gekommen ist. Dennoch empfiehlt es sich, bei der Kontaktaufnahme und Durchführung einer privaten Zeugenbefragung gewisse Vorsichtsmassnahmen einzuhalten, damit der Verdacht einer unzulässigen Zeugenbefragung gar nicht erst aufkommt. Taugliche Vorkehrungen sind die schriftliche Kontaktaufnahme mit einem Zeugen,¹¹⁸⁸ die Befragung in Abwesenheit der Mandantschaft¹¹⁸⁹ sowie die schriftliche

1183 Art. 12 lit. a BGFA.

1184 Vgl. zu den generellen Anforderungen an die Bestimmtheit eines Gesetzes BGE 143 I 310, E. 3.3.1; BGE 138 IV 13, E. 4.1; COHEN, 68 f. und 86 ff. Hierbei gilt es zu beachten, dass das Bundesgericht dieselben Kriterien für die inhaltliche Bestimmtheit einer Norm im materiellen und prozessualen Strafrecht verwendet, siehe COHEN, 87. Zur fehlenden Bestimmtheit der disziplinarrechtlichen Regeln vgl. bereits NOLL, ZStrR 1981, 182.

1185 KGer SG, Entscheid vom 11.01.2012, GVP 2012, Nr. 75, 206 mit Hinweis auf BGE 130 II 270, E. 3.1.1.

1186 Art. 7 Satz 1 SSR-SAV.

1187 REICHART/HAFNER, 203; FINK, 76.

1188 Wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, empfiehlt es sich, mit einem möglichen Zeugen schriftlich Kontakt aufzunehmen und ihn um ein Gespräch zu ersuchen, wobei gleichzeitig darauf hinzuweisen ist, dass weder eine Pflicht besteht zu erscheinen noch auszusagen. Zudem sollte aus dem Schreiben hervorgehen, welche Interessen der anwaltliche Beistand im Strafverfahren wahrnimmt, vgl. BGer, Urteil vom 12.04.2011, 2C_909/2010, E. 2.1; BGE 136 II 551, E. 3.2.2; BERLINGER, forumpoenale 2012, 84 f.; ZÜGER, 259. Diese Aufklärung gewinnt zusätzliche Bedeutung, wo ein möglicher Zeuge sich selbst belasten könnte, vgl. KGer SG, Entscheid vom 16.11.2009, BR.2008.3, E. 4.3.

1189 BGE 136 II 551, E. 3.2.2; RUCKSTUHL, Handbuch, N 3.172.

oder audiovisuelle Protokollierung des mündlichen Gesprächs.¹¹⁹⁰ Es muss allerdings ausdrücklich betont werden, dass die Nichtbeachtung solcher Vorsichtsmassnahmen nicht automatisch einen aufsichtsrechtlichen Verstoss bedeuten muss.¹¹⁹¹

Gemäss dem Standesrecht haben sich Anwältinnen und Anwälte jeder Beeinflussung von Zeugen zu enthalten. Demzufolge wäre jegliche Einwirkung verboten, die dazu führen könnte, dass ein Zeuge nicht so aussagt, wie er aus freien Stücken aussagen würde.¹¹⁹² Die private Zeugenbefragung birgt jedoch immer das Risiko einer Zeugenbeeinflussung, sei es auch nur durch die Art und Weise, wie eine Frage formuliert wird.¹¹⁹³ Eine unzulässige Zeugenbeeinflussung setzt somit eine gewisse Intensität der Einwirkungshandlung voraus, die darauf abzielt, einen Zeugen in seinem Aussageverhalten zu beeinflussen.¹¹⁹⁴ Doch selbst dies ist noch nicht in jedem Fall unzulässig. Zu denken ist dabei an den Fall, in dem auf einen Zeugen eingewirkt wird, um zu verhindern, dass dieser bei der staatsanwaltschaftlichen oder gerichtlichen Einvernahme vorsätzlich die Unwahrheit zu Protokoll gibt. Eine Zeugenbeeinflussung ist nur dann unzulässig, wenn ein Zeuge dazu gebracht werden soll, inhaltlich falsch auszusagen.¹¹⁹⁵ Davon ist auszugehen, sobald die Aussage im Widerspruch zum tatsächlich beobachteten Geschehen steht oder wenn wesentliche Beobachtungen unerwähnt bleiben.¹¹⁹⁶ Ferner ist es nicht erforderlich, dass ein Zeuge im gerichtlichen Verfahren tatsächlich falsch aussagt.

1190 Letzteres nur mit Zustimmung der zu befragenden Person. Ausführlich dazu FINK, 121 ff.; ZÜGER, 265 f.

1191 Gl. M. FINK, 114. Im Übrigen hat die Verteidigung auch ein Eigeninteresse am Nachweis einer möglichst transparenten und nachvollziehbaren Zeugenbefragung – andernfalls besteht das Risiko einer Minderung des Beweiswerts.

1192 Vgl. BGer, Urteil vom 04.09.2012, 2C_257/2012, E. 3.2.

1193 Vgl. vorstehend, Fn. 1047. Daher ist das Abstellen auf die abstrakte Gefahr der Zeugenbeeinflussung überspitzt, siehe ZR 81 (1982), 104. Müsste bereits der Anschein der Zeugenbeeinflussung vermieden werden, würde man das gesamte Institut der privaten Zeugenbefragung infrage stellen, siehe CAVEGN, 134.

1194 Die Einwirkungsintensität wird überschritten, wenn eine Person, der im Verfahren Zeugenqualität zukommen könnte, unter Hinweis auf die Strafbarkeit des falschen Zeugnisses *aufgefordert* wird, ihre Aussage gegenüber dem anwaltlichen Beistand schriftlich zu bestätigen, vgl. Aufsichtskommission Zürich, Beschluss vom 03.04.2014, KG130030, E. III.B.4, in: ZR 113 (2014), 183 f.

1195 FINK, 84 f. mit Verweisen.

1196 Siehe StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 163 N 18; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, Art. 306 N 28; StGB Praxiskommentar-TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 307 N 14.

Bereits der Versuch der Anstiftung zum falschen Zeugnis ist strafbar und daher standesrechtlich untersagt.¹¹⁹⁷

Abschliessend lässt sich konstatieren, dass weder das BGFA noch die schweizweit geltenden Standesregeln ausdrücklich bestimmen, inwieweit die private Zeugenbefragung mit der anwaltlichen Sorgfaltpflicht vereinbar ist. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass es praktisch nicht möglich sei, die Berufspflichten der Anwaltschaft umfassend und abschliessend im Gesetz aufzuzählen, weshalb eine Generalklausel mit dem Legalitätsprinzip vereinbar sei.¹¹⁹⁸ Eine solche Argumentation trägt jedoch dem Umstand, dass eine unklare Regelung für gewöhnlich die Verteidigung in der Wahrnehmung ihrer Rechte wesentlich beschränken kann,¹¹⁹⁹ zu wenig Rechnung. Diese Rechtsunsicherheit dürfte, wie ZÜGER empirisch nachgewiesen hat,¹²⁰⁰ einer der Gründe sein, weshalb in der Praxis von der privaten Zeugenbefragung nur mit grosser Zurückhaltung Gebrauch gemacht wird. In der festgestellten Unterregulierung liegt die Ursache, weshalb die Verteidigung im Zusammenhang mit der Ladung und Einvernahme von Zeugen nicht auf gleicher Stufe mit der Staatsanwaltschaft steht. Um den Erfordernissen des Prinzips der Waffengleichheit zu genügen, müssten die unzulässigen Handlungsweisen bei einer privaten Zeugenbefragung gesetzlich näher umschrieben werden.

d) Verbotene Handlung für einen fremden Staat (Art. 271 StGB)

Ist ein Strafverfahren im Ausland hängig oder zeichnet sich ein ausländisches Strafverfahren ab, schränkt das Bundesgericht die Möglichkeit zur privaten Zeugenbefragung massiv ein. So verurteilte es im Jahr 1988 einen Rechtsanwalt, weil eine im Rahmen einer privaten Zeugenbefragung erstellte Aktennotiz Eingang ins ausländische Strafverfahren gefunden hatte.¹²⁰¹ Diese Einschränkung basiert auf [Artikel 271 StGB](#), demzufolge sich strafbar macht, wer für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen und für die er keine Bewilligung besitzt.¹²⁰² Dabei ist

1197 I.S.v. [Art. 24 Abs. 2 StGB](#) i.V.m. [Art. 10 Abs. 2 StGB](#) i.V.m. [Art. 307 Abs. 1 StGB](#).

1198 Siehe [BGE 108 Ia 316](#), E. 2b/aa.

1199 Siehe vorstehend, Fn. 446.

1200 ZÜGER, 252 und 255.

1201 [BGE 114 IV 128](#); vgl. zum Sachverhalt, Mc GOUGH, 40 f.

1202 [Art. 271 Ziff. 1 StGB](#). Das geschützte Rechtsgut ist die staatliche Herrschaftssphäre, siehe OUTRY, 43; Staatsanwaltschaft ZH, Einstellungsverfügung vom 22.03.2005, in: ZR 104 (2005), 232 m.w.H. Es soll sichergestellt sein, dass staatliches Handeln auf dem Gebiet der

nicht erforderlich, dass ein fremder Staat den Auftrag zu einer Amtstätigkeit gibt.¹²⁰³ Es reicht aus, wenn eine Handlung mit Rücksicht auf ein im Ausland stattfindendes Verfahren erfolgte und somit im Interesse einer fremden staatlichen Rechtsprechung steht.¹²⁰⁴

Der objektive Tatbestand erfordert unter anderem eine Handlung, die gemäss ihrer Natur, mithin nach ihrem Wesen und Zweck, eine Amtshandlung darstellt.¹²⁰⁵ Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach schweizerischem Recht.¹²⁰⁶ Der förmlichen Einvernahme von Zeugen für die Zwecke der späteren Verwertung im gerichtlichen Verfahren kommt Amtscharakter zu.¹²⁰⁷ Davon abzugrenzen ist die *informelle* Befragung von Zeugen, die der Vorbereitung einer Beweismassnahme und der Konkretisierung eines Beweisantrags dient. Solche informellen Kontaktaufnahmen und Zeugenbefragungen sind grundsätzlich erlaubt.¹²⁰⁸

Uneinigkeit besteht darüber, inwieweit es der Verteidigung erlaubt ist, den Inhalt einer privaten Zeugenbefragung in schriftlicher oder audiovisueller Form festzuhalten. CASSANI sieht bereits im schriftlichen Festhalten einer privaten Zeugenbefragung ein strafbares Verhalten, falls es sich um ein ausländisches Strafverfahren handelt.¹²⁰⁹ Dagegen vertritt DONATSCH die Ansicht, dass es sich bei der Protokollierung einer Zeugenbefragung gemäss ihrem Zweck nicht um eine Amtshandlung handle, sofern die Protokollierung nicht direkt auf die beweismässige Verwertung der Aussagen abziele, sondern lediglich prozessvorbereitenden Charakter aufweise.¹²¹⁰

Schweiz durch schweizerische Institutionen vorgenommen und der Rechtshilfeweg eingehalten wird, vgl. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 8; DONATSCH/WOHLERS/THOMMEN, 343.

1203 CORBOZ, *Infractions*, Art. 271 N 6; BStrGer, Urteil vom 06.10.2017, SK.2017.16, E. 4.4; STRATENWERTH/BOMMER, § 47 N 14.

1204 GRAF, 172. Siehe auch BGE 114 IV 128, E. 3b; BGE 65 I 39, E. 2.

1205 BGer, Urteil vom 06.11.2008, 6B_402/2008, E. 2.3.2; BGE 114 IV 128, E. 2b m.w.H. auf das Schrifttum. Nicht erforderlich ist, dass ein fremder Staat den Auftrag zu einer Amtstätigkeit gibt, vgl. CORBOZ, *Infractions*, Art. 271 N 6; STRATENWERTH/BOMMER, § 47 N 14.

1206 BGE 114 IV 128, E. 2c; BGE 65 I 39, E. 2; CASSANI, 12; StGB Praxiskommentar-TRECHSEL/VEST, Art. 271 N 2; OUTRY, 48 f.; SCHRAMM, 491 f.; SIEGRIST, 147.

1207 BGE 114 IV 128, E. 2c; Staatsanwaltschaft ZH, Einstellungsverfügung vom 22.03.2005, in: ZR 104 (2005), 233; SIEGRIST, 147.

1208 TRECHSEL, *Human Rights*, 227 f.; BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 61 f.; FINK, 241.

1209 Vgl. CASSANI, 14 f.

1210 DONATSCH, FS Trechsel, 590, 594. Im Ergebnis gleich, GRAF, 177.

Grundsätzlich stellt sich indes die Frage, ob das Bundesgericht den Straftatbestand von [Art. 271 StGB](#) nicht zu weit fasst.¹²¹¹ Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hält eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich aus dem Jahr 2005 fest, dass beim Geltungsbereich von [Art. 271 StGB](#) auf die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers abzustellen sei, wonach nur diejenigen Handlungen strafbar sein sollen, die innerstaatlich den Tatbestand einer Amtsanmassung erfüllen würden.¹²¹² Im Zusammenhang mit der privaten Zeugenbefragung würde sich demnach nur der verbotenen Handlung für einen fremden Staat strafbar machen, wer im Rahmen eines Auslandsverfahrens zumindest konkludent vorgibt, zur förmlichen und hoheitlichen Einvernahme eines Zeugen auf schweizerischem Gebiet befugt zu sein – sei dies gestützt auf tatsächliche oder bloss vorgespielte Amtsbefugnisse im Ausland –, obwohl keine Bewilligung vorliegt.¹²¹³

Nach schweizerischer Rechtsauffassung besteht kein staatliches Monopol auf die Beweiserhebung im Strafverfahren.¹²¹⁴ Die beschuldigte Person bzw. ihr anwaltlicher Beistand kann bei der Sachverhaltsaufklärung mitwirken. Es ist der Verteidigung zwar verboten, im Rahmen der privaten Zeugenbefragung hoheitlich aufzutreten und Zwang anzuwenden; gibt sich die Strafverteidigung aber als solche zu erkennen und macht den Zeugen darauf aufmerksam, dass er nicht zur Aussage verpflichtet ist, liegt weder eine Amtsanmassung noch eine verbotene Handlung für einen fremden Staat vor.¹²¹⁵ Anders zu entscheiden hiesse, zweierlei Massstäbe anzuwenden, wenn es um die private Zeugenbefragung in einem schweizerischen oder in einem ausländischen Strafverfahren geht. Dies kann nach der Auffassung der Zürcher Staatsanwaltschaft nicht richtig sein: *«Es kann nicht sein, dass Tätigkeiten, die in innerstaatlichen Prozessen erlaubt sind, unter dem Gesichtspunkt der Wahrung*

1211 Vgl. MC GOUGH, 41–45 mit zahlreichen Hinweisen.

1212 Falls die vorgeworfene Handlung nicht für einen fremden Staat erfolgt wäre, siehe Staatsanwaltschaft ZH, Einstellungsverfügung vom 22.03.2005, in: ZR 104 (2005), 233; vgl. auch DONATSCH, FS Trechsel, 593; BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 61.

1213 Strafbar macht sich auch, wer die Durchführung einer solchen Handlung organisatorisch unterstützt, siehe DONATSCH/WOHLERS/THOMMEN, 343 und 345; STRATENWERTH/BOMMER, § 47 N 16.

1214 BGer, Urteil vom 08.02.2016, [6B_786/2015](#), E. 1.2; THORMANN, Strafverfolger, 96 mit Hinweis auf BGer, Urteil vom 03.06.2013, [6B_323/2013](#), E. 3.3.

1215 FINK, 245.

*der Landessouveränität plötzlich strafbar sein sollen, wenn sie Auswirkungen auf ein ausländisches Verfahren haben».*¹²¹⁶

An diesem Ergebnis vermag es auch nichts zu ändern, wenn die schriftlichen oder audiovisuellen Aufzeichnungen zur Untermauerung eines Antrags auf Ladung und Einvernahme eines Zeugen im ausländischen Strafverfahren direkt Verwendung finden. Die private Zeugenbefragung wird nicht plötzlich zur hoheitlichen Einvernahme, nur weil ein ausländisches Gericht deren Ergebnisse direkt verwertet.¹²¹⁷

III. Vorschläge *de lege ferenda*

1. Belehrung über das Recht auf einen Beweisantrag

Das Ermessen der Strafverfolgungsbehörden, eine nicht anwaltlich verteidigte Person über ihr Recht auf Antrag von rechtserheblichen Beweisen aufzuklären, lässt sich nicht mit dem Prinzip der Waffengleichheit vereinbaren. Aus diesem Grund müssten die Strafverfolgungsbehörden zu Beginn der ersten Einvernahme verpflichtet sein, eine nicht anwaltlich verbeiständete beschuldigte Person in einer ihr verständlichen Sprache über das Recht auf Stellung eines Beweisantrags aufzuklären.¹²¹⁸ Diese Belehrungspflicht sollte *de lege ferenda* ausdrücklich in [Art. 158 StPO](#) aufgenommen werden, um jeglicher Rechtsunsicherheit, inwiefern eine solche Aufklärungspflicht in [Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO](#) enthalten ist, entgegenzuwirken. Dabei wäre es wünschenswert, wenn die Staatsanwaltschaft ausdrücklich auf die Möglichkeit des Antrags auf Einvernahme eines Zeugen hinweisen würde.

2. Einschränkung der antizipierten Würdigung eines Beweisantrags durch die Staatsanwaltschaft

In konzeptioneller Hinsicht ist es höchst bedenklich, wenn die Staatsanwaltschaft darüber entscheidet, welche rechtserheblichen Beweise dem Gericht als Urteilsgrundlage vorgelegt werden. Angesichts ihrer strafverfolgenden Funktion sollte die Staatsanwaltschaft nicht in vorweggenommener Würdi-

¹²¹⁶ Staatsanwaltschaft ZH, Einstellungsverfügung vom 22.03.2005, in: ZR 104 (2005), 233.

¹²¹⁷ Vgl. auch DELNON/RÜDY, Beweisführung, 329 f.

¹²¹⁸ In die gleiche Richtung argumentierend bereits KOHLBACHER, 104 f.

gung über rechtserhebliche Beweisanträge der Verteidigung im Vorverfahren abschliessend entscheiden können.¹²¹⁹

Es braucht ein Umdenken in Bezug auf die Möglichkeiten der Staatsanwaltschaft, einen beantragten Zeugenbeweis in vorweggenommener Würdigung abzulehnen. Bei der staatsanwaltschaftlichen Beurteilung, ob die Erhebung des beantragten Zeugenbeweises die Überzeugung des Gerichts noch ändern könne, sind im vorprozessualen Verfahrensstadium hohe Anforderungen zu stellen. Auf die subjektive Überzeugung der Staatsanwaltschaft, die den Tatverdacht im Vorverfahren zu erhärten hat, darf es nicht ankommen. Die Situation ist insofern vergleichbar mit derjenigen bei Rügen wegen Verletzung des Grundsatzes *in dubio pro reo*.¹²²⁰ Die Staatsanwaltschaft darf einen Beweisantrag nur dann ablehnen, wenn keine vernünftigen Zweifel bestehen, dass die Erhebung des Zeugenbeweises für die spätere Entscheidungsfindung nicht von Bedeutung sein kann. In diesem Zusammenhang gilt es zu berücksichtigen, dass auch geringfügige Gewichtsverschiebungen bei der Sachverhaltserstellung geeignet sind, die Tatvorwürfe in ein völlig anderes Licht zu rücken.¹²²¹ Sobald die Verteidigung im Rahmen ihres Antrags auf Ladung und Einvernahme eines Zeugen einen Bezug zu einer alternativen Täterschaft, zum Tatvorwurf oder zu allfälligen für die Strafzumessung bedeutsamen Umständen, nachweisen kann, darf die Staatsanwaltschaft einen entsprechenden Beweisantrag nicht mit dem blossen Hinweis, sie sei bereits vom Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache überzeugt, abweisen.¹²²² Im Ergebnis müsste das Ermessen der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Ablehnung eines Beweisantrages auf unerhebliche, offenkundige, gerichtsnotorische oder ungeeignete Beweise beschränkt sein. Die antizipierte Beweiswürdigung ist der Staatsanwaltschaft verboten.¹²²³

1219 Art. 10 Abs. 2 StPO *e contrario*. Der EGMR geht ebenfalls davon aus, dass ein *Gericht* über die Ladung und Einvernahme eines Zeugen entscheiden sollte, siehe vorstehend Dritter Teil, Kapitel E.V.

1220 Mit Bezug auf das Beweisantragsrecht im Rahmen der Hauptverhandlung, siehe WOLLERS, Unmittelbarkeit I, 334 f.

1221 DELNON/RÜDY, Beweisführung, 321.

1222 Gl. M. bereits PIETH, Beweisantrag, 290: «Konkret gebietet bereits die Vernunft, im Vorverfahren ein eigentliches Beweisantragsrecht unter Ausschluss der Vorauswürdigung [...] einzurichten».

1223 Für das deutsche Recht, siehe ALSBERG, 287 f., der das Verbot der antizipierten Beweiswürdigung aus der Pflicht zur Wahrheitserforschung ableitet.

Vage Vermutungen oder blossе Behauptungen reichen in der Regel nicht, um die Rechtserheblichkeit einer Zeugenaussage darzutun. Vielmehr werden konkrete Anhaltspunkte oder Indizien für die Rechtserheblichkeit der beantragten Beweiserhebungen verlangt. Wenn es der Verteidigung nicht möglich ist, einen Zeugen privat zu befragen, gestaltet sich die Konkretisierung eines Beweisantrags in der Praxis schwierig.¹²²⁴ Daher ist es für das Prinzip der Waffengleichheit von grosser Bedeutung, dass ein Strafverfahren so ausgestaltet ist, dass es der Verteidigung effektiv möglich ist, selbständig Zeugen zu befragen, um die entsprechenden Aussagen zur Untermauerung eines Beweisantrags zu verwenden.

3. Effektive Möglichkeit zur selbständigen Befragung von Zeugen durch die Verteidigung

Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre es wünschenswert, wenn die bestehenden Unklarheiten im Anwaltsgesetz beseitigt und eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage geschaffen würde, aus der hervorgeht, unter welchen Voraussetzungen eine private Zeugenbefragung mit der anwaltlichen Treue- und Sorgfaltspflicht vereinbar ist.

Von den überzogenen Schranken, welche die Rechtsprechung in Bezug auf die Kontaktaufnahme und Durchführung von privaten Zeugenbefragungen errichtet hat, ist Abstand zu nehmen. In diesem Zusammenhang sollte es zu einer deckungsgleichen Auslegung der standesrechtlichen Berufspflichten und der einschlägigen Strafbestimmungen kommen. Die Unzulässigkeit der privaten Zeugenbefragung müsste sich dabei anhand des materiellen Strafrechts bestimmen.¹²²⁵ Unzulässig wäre demnach, wenn die Strafverteidigung vorsätzlich einen Zeugen anstiftet, im gerichtlichen Verfahren falsch auszusagen.¹²²⁶ Als falsch ist eine Aussage zu werten, wenn sie nicht der tatsächlichen Wahrnehmung entspricht. Dies ist unter anderem der Fall, wenn Beobachtungen als eigene Wahrnehmungen geschildert werden, obwohl die geschilderten Vorfälle nicht mit eigener Anschauung miterlebt wurden, oder wenn

1224 Vgl. BGer, Urteil vom 14.05.2012, [6B_115/2012](#), E. 1.4.1 und 1.4.4.

1225 So FINK, 85 m.w.H.

1226 Nach einhelliger Auffassung gilt auch das der Hauptverhandlung vorgelagerte Untersuchungsverfahren als «gerichtliches Verfahren» i.S.v. Art. 307 StGB, siehe BSK StGB II-DELNON/RÜDY, Art. 307 N 17 m.w.H. Gleich wie die Restriktionen des Bundesgerichts zur privaten Zeugenbefragung soll die Gesetzesbestimmung die störungsfreie Sachverhaltsfeststellung schützen, siehe WEIL, 316.

eine rechtserhebliche¹²²⁷ Wahrnehmung nicht oder nur selektiv wiedergegeben wird.¹²²⁸ Da es sich beim falschen Zeugnis um ein Verbrechen handelt, ist auch die versuchte Anstiftung hierzu strafbar.¹²²⁹

Fraglich ist, welcher Grad der Einwirkung erforderlich ist, damit von einer Anstiftungshandlung zum falschen Zeugnis ausgegangen werden muss. Gemäss herrschender Lehre braucht es für die Annahme einer Anstiftungshandlung eine psychologische oder kommunikative Einwirkung auf den unmittelbaren Täter, die eine gewisse Intensität aufweist.¹²³⁰ Tatbestandsmässig ist nur eine Handlung, die zumindest implizit einer Aufforderung gleichkommt, falsch auszusagen. Neben der Drohung, dem Drängen oder der Bitte zum falschen Zeugnis kommt vor allem das Inaussichtstellen geldwerter Vorteile in Betracht.¹²³¹ Das Stellen von Suggestivfragen weist hingegen noch keine genügende Intensität auf, um als Anstiftungshandlung qualifiziert zu werden.¹²³² Keine Anstiftungshandlung liegt auch dann vor, wenn die Verteidigung den Zeugen fragt, ob sich ein bestimmter Sachverhalt auf eine bestimmte Art und Weise zugetragen hat, oder wenn auf eine andere Möglichkeit des Tatgeschehens hingewiesen wird.

Darüber hinaus ist es der Verteidigung verboten, einen Zeugen mit Zeugnisverweigerungsrecht, der im Strafverfahren aussagen möchte, dazu zu drängen,

1227 Das falsche Zeugnis einer nicht rechtserheblichen Tatsache ist gemäss [Art. 307 Abs. 3 StGB](#) strafprivilegiert.

1228 Vgl. DONATSCH/WOHLERS/THOMMEN, 536 f. m.w.H.

1229 Einerseits ist von einer versuchten Anstiftung auszugehen, wenn die Einwirkung auf den Zeugen keinen Einfluss auf dessen Aussageverhalten hat. Andererseits liegt ein Versuch vor, wenn der Zeuge, auf den eingewirkt wurde, nicht von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht als Zeuge einvernommen wird, siehe FINK, 107 f. Darüber hinaus ist von einer versuchten Anstiftung zu einem falschen Zeugnis auszugehen, wenn der Zeuge ohnehin bereits entschlossen war, falsch auszusagen, vgl. STRATENWERTH, AT I, § 13 N 103. Sowohl bei der Anstiftung als auch bei der versuchten Anstiftung zum falschen Zeugnis muss der Anstifter damit gerechnet haben, dass die angestiftete Person als Zeuge einvernommen wird, siehe StGB Praxiskommentar-AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 307 N 18.

1230 STRATENWERTH, AT I, § 13 N 101.

1231 Vgl. FINK, 106; StGB Praxiskommentar-AFFOLTER-EIJSTEN, Art. 307 N 18; ZÜGER, 261. Das Verbot des Inaussichtstellens materieller Vorteile schliesst jedoch nicht die Rückerstattung der Spesen aus, siehe RUCKSTUHL, Handbuch, N 3.171.

1232 A.M. OMLIN, 75. Wenngleich das Stellen von Suggestivfragen verpönt ist, siehe BGer, Urteil vom 12.04.2011, [2C_909/2010](#), E. 2.1; BGer, Urteil vom 04.09.2012, [2C_257/2012](#), E. 3.2.

von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.¹²³³ Letzteres stellt eine Nötigung oder zumindest einen Versuch dazu dar.¹²³⁴ Falls die Strafverteidigung sich im Rahmen einer Zeugenbefragung strafbarer Mittel bedient, liegt regelmässig auch eine Begünstigung oder eine versuchte Begünstigung vor.¹²³⁵

Aus Sicht des Waffengleichheitsprinzips besteht keine Veranlassung die Möglichkeit der privaten Zeugenbefragung in der StPO ausdrücklich zu regeln, nur um ihren Anwendungsbereich sogleich wieder einzuschränken. Erlaubt ist, was den Interessen der beschuldigten Person dient – innerhalb der Grenzen des materiellen Strafrechts und des Standesrechts. Die eigentliche Problematik besteht darin, dass aus dem BGFA nicht hervorgeht, inwieweit die private Zeugenbefragung mit den anwaltlichen Sorgfaltspflichten vereinbar ist. In Anbetracht der Tatsache, dass das Standesrecht die Möglichkeit der privaten Zeugenbefragung und somit das rechtliche Gehör einschränkt, erfordert die Schwere des Eingriffs eine inhaltlich genügend bestimmte Regelung auf Gesetzesstufe.¹²³⁶ Die zur Konkretisierung herangezogenen Standesregeln des schweizerischen Anwaltsverbands vermögen dem Gesetzeserfordernis nicht zu genügen.¹²³⁷ Zur Klärung der Rechtslage müsste Art. 12 BGFA um folgende Bestimmung ergänzt werden: *Sie dürfen im Rahmen der privaten Befragung eines Zeugen oder einer sachverständigen Person nicht in strafbarer Weise einwirken.*

¹²³³ Differenzierend CAVEGN, die festhält, dass die Rechtsbelehrung unproblematisch sei, dem Zeugen aber nicht der Rat gegeben werden dürfe, vom Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen, siehe CAVEGN, 132 (Fn. 751). In gleicher Weise, RUCKSTUHL, Handbuch, N 3.171; NOLL, ZStrR 1981, 182.

¹²³⁴ Gem. Art. 181 StGB evtl. i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB. Betroffen ist die Freiheit der Willensbetätigung. Doch nicht jeder geringfügige Druck auf die Entscheidungsfreiheit reicht aus; der Druck muss das üblicherweise geduldete Mass an Beeinflussung überschreiten, vgl. BGE 141 IV 437, E. 3.2.1. Der blosser Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht erfüllt diese Voraussetzung nicht.

¹²³⁵ Gem. Art. 305 Abs. 1 StGB evtl. in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB. Dies gilt selbst dann, wenn der anwaltliche Beistand in der Absicht handelt, sich selbst zu begünstigen, siehe BGE 81 IV 39, E. 1; OMLIN, 75 mit Verweis.

¹²³⁶ Einschränkungen von Grundrechten müssen auf einer generell-abstrakten Norm beruhen, die inhaltlich genügend bestimmt ist, vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 380; BGE 128 I 327, E. 4.2 mit zahlreichen Hinweisen.

¹²³⁷ Zumal die einschlägige Standesbestimmung zur privaten Zeugenbefragung in ihrer bestehenden Form unklar und unscharf geregelt ist, siehe vorstehend Fünfter Teil, Kapitel F.II. Ziff. 3c.

Durch eine solche gesetzliche Regelung bestünde Klarheit darüber, dass die private Zeugenbefragung auch nach Ständerecht zulässig ist, soweit man sich keiner strafbaren Mittel bedient. Falls sich die Verteidigung bei der privaten Zeugenbefragung innerhalb des gesetzlichen Rahmens bewegt und es zu keiner unzulässigen Zeugenbeeinflussung kommt, ist nicht ersichtlich, weshalb der Kontaktaufnahme und Befragung von Zeugen lediglich Ausnahmecharakter zukommen soll.¹²³⁸ Die beschuldigte Person sollte nicht untätig zusehen müssen, ob und wann sich die Staatsanwaltschaft dazu entschliesst, Zeugen einzuvernehmen. Vielmehr sollte sie aktiv auf die Einvernahme bestimmter Zeugen hinarbeiten können, was zur Wahrung einer Verfahrensbalance von zentraler Bedeutung ist.¹²³⁹

G. RECHT AUF OBJEKTIVE BEGUTACHTUNG UND KONFRONTATION MIT EINER SACHVERSTÄNDIGEN PERSON

Dieses Kapitel setzt sich mit dem Sachverständigenbeweis im Strafprozess auseinander. Dabei soll der Frage nachgegangen werden, ob durch die staatsanwaltschaftliche Kompetenz zur Auswahl der sachverständigen Person und zur Festlegung der Gutachterfragen die Objektivität der Begutachtung gefährdet wird und somit eine substantielle Schlechterstellung der Verteidigung vorliegt. Weiter ist von Interesse, ob bei geltender Gesetzeslage die tatsächliche Überprüfung eines *amtlichen* Gutachtens, auf das sich die Staatsanwaltschaft stützt, überhaupt möglich ist.

1238 Vgl. RUCKSTUHL, Handbuch, N 3.168 ff.; BERLINGER, forumpoenale 2012, 86; DELNON/RÜDY, Beweisführung, 337: «Sofern keine unzulässige Beeinflussung erfolgt, ist dem Anwalt die private Befragung von möglichen Zeugen und Auskunftspersonen gestattet».

1239 TRECHSEL, Human Rights, 227; DELNON/RÜDY, Beweisführung, 324: «[...] jede Einschränkung der privaten Befragung während der Untersuchung [stellt] eine Behinderung der wirksamen Verteidigung dar und verletzt zugleich den Anspruch auf Waffengleichheit».

I. Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises in der Schweiz

1. Amtliches Gutachten

Die amtlich eingesetzten sachverständigen Personen haben eine unterstützende Funktion, indem sie der Verfahrensleitung in bestimmten Sachfragen als Gehilfen dienen.¹²⁴⁰ Basierend auf ihrer Sachkunde vermitteln sie dem Gericht (und allen anderen nicht sachkundigen Verfahrensbeteiligten)¹²⁴¹ fachspezifische Erfahrungs- oder Wissenssätze oder ziehen sachliche Schlussfolgerungen aus einer vorgegebenen Tatsachenbasis (sog. «Anknüpfungspunkte»)¹²⁴². Das Gericht oder die Staatsanwaltschaft ziehen eine sachverständige Person hinzu, wenn die Feststellung oder Beurteilung des Sachverhalts besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten erfordert.¹²⁴³ Obligatorisch ist das Einholen eines amtlichen Gutachtens, wenn sich Zweifel an der Schuldfähigkeit aufdrängen oder wenn über die Anordnung einer therapeutischen Massnahme entschieden wird.¹²⁴⁴

Auf der Grundlage des Untersuchungsgrundsatzes sind die Strafbehörden verpflichtet, das benötigte Fachwissen ins Strafverfahren einzubringen.¹²⁴⁵ Inwieweit die Erstellung des Sachverhalts im konkreten Einzelfall eine besondere Fachkenntnis erfordert, steht im pflichtgemässen Ermessen der Ver-

1240 BGE 127 I 73, E. 3d und 3f/bb; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 1; DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 8; krit. zu der Fiktion, wonach das Gericht sich die Sachkunde im Einzelfall durch die Mithilfe einer sachverständigen Person selbst aneignen könne, und für eine realistischere Sichtweise plädierend, WOHLERS, Sachverständige, 432 f., 434.

1241 WOHLERS, Sachverständige, 438, 455 f.

1242 BGer, Urteil vom 27.04.2017, 6B_1029/2016, E. 3.4; BGer, Urteil vom 05.09.2016, 6B_488/2016, E. 3.4.2.

1243 Gem. Art. 182 StPO.

1244 Gemäss Art. 20 StGB und Art. 56 Abs. 3 StGB. Sobald gewisse Indikatoren die Anordnung einer therapeutischen Massnahme nahelegen und diese auch geprüft wird, muss ein Gutachten eingeholt werden, siehe BGer, Urteil vom 25.01.2016, 6B_519/2015, E. 1.3. Ob Zweifel an der Schuldfähigkeit bestehen, bestimmt sich anhand objektiver Kriterien im Einzelfall, siehe BGE 133 IV 145, E. 3.3; differenziert BGer, Urteil vom 25.10.2017, 6B_800/2016, E. 8.3.2. Vgl. zur Pflicht, ein amtliches Gutachten einzuholen, und betr. die Abgrenzung zum Gericht, NOLL, Schuldfähigkeit, 73 ff.; DERS., Rückfallgefahr, 11 f.

1245 DONATSCH/ZUBERBÜHLER, 338; DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 13. Der Verzicht auf Einholung eines Gutachtens, obwohl nach objektiver Betrachtung eine sachverständige Begutachtung notwendig ist, verletzt das rechtliche Gehör gem. Art. 29 Abs. 2 BV, siehe BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 7.

fahrensleitung.¹²⁴⁶ Das Ermessen ist insofern objektiviert, als das private Fachwissen einer Richterperson grundsätzlich unbeachtlich ist.¹²⁴⁷ Ungeachtet der eigenen Einschätzung der Verfahrensleitung ist ein Gutachten stets dann einzuholen, wenn auf Kenntnisse oder Fähigkeiten zurückgegriffen werden muss, die nach allgemeiner Lebenserfahrung nur durch eine spezielle Fachausbildung erworben werden können.¹²⁴⁸

Das von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in Auftrag gegebene Gutachten kann – im Gegensatz zum Parteigutachten – unmittelbar Grundlage eines Urteils bilden. Dies gilt selbst für ein Gutachten, das nach Anklageerhebung von der Staatsanwaltschaft in Auftrag gegeben wurde oder erst nach Anklageerhebung erstellt und zu den Akten genommen wird.¹²⁴⁹ Aus der formalen Parteistellung der auftraggebenden Staatsanwaltschaft leitet sich keine Befangenheit der beauftragten sachverständigen Person ab.¹²⁵⁰

2. Parteigutachten der Verteidigung

Das Parteigutachten der Verteidigung ist in der Strafprozessordnung nicht geregelt.¹²⁵¹ Es handelt sich dabei um ein Gutachten, das von einer sachverständigen Person erstellt wurde, die nicht von der verfahrensleitenden Straf-

1246 BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 7; HELFENSTEIN, 30 f. Auf den weiten Ermessensspielraum des Gerichts bei Glaubwürdigkeitsgutachten hinweisend SCHEIDEGGER, 282–291; vgl. auch WIPRÄCHTIGER, Aussagepsychologie, 41 f. Wenn trotz unklarer Sachlage und entgegen einer ärztlichen Empfehlung kein Gutachten zum Vorliegen eines objektiven Tatbestandsmerkmals eingeholt wird, ist der Untersuchungsgrundsatz verletzt, siehe BGer, Urteil vom 19.02.2018, [6B_311/2017](#), E. 2.3.3.

1247 Dies gilt insbesondere, wenn sich das jeweilige Behördenmitglied erst im Hinblick auf das konkrete Strafverfahren das erforderliche Spezialwissen angeeignet hat, siehe StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 26. Die Staatsanwaltschaft fällt aufgrund der begründeten Bedenken hinsichtlich ihrer Unparteilichkeit ohnehin als sachverständige Person ausser Betracht. Zumindest denkbar wäre, dass die über das erforderliche Fachwissen verfügende richterliche Instanz mit dem Einverständnis aller Parteien die Funktion der sachverständigen Person wahrnimmt, vgl. HELFENSTEIN, 30; kritisch DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 11.

1248 BSK StPO I-HEER, Art. 182 N 8; EGE, 313 f.

1249 Es ist nicht so, dass ein Gutachten, das vor der Anklageerhebung in Auftrag gegeben wurde, aber erst nach der Anklageerhebung erstellt wird, zu einem Parteigutachten der Staatsanwaltschaft mutiert, siehe dazu WOHLERS, Parteigutachten, 88 f.

1250 A.M. WOHLERS, Parteigutachten, 88.

1251 DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 164 f.; GARBIEC, Rz. 8; WOHLERS, Parteigutachten, 87. Darauf hinweisend, dass das Privatgutachten in der StPO näher umschrieben sein müsste, PEDRAZZI, Rz. 87.

behörde, sondern von der beschuldigten Person bzw. ihrer Verteidigung beauftragt worden ist.

Anders als bei einem amtlich eingesetzten Sachverständigen besteht die Aufgabe von Privatgutachtern nicht in erster Linie darin, das Gericht bei der sachgemässen Entscheidungsfindung zu unterstützen. Vielmehr haben sie bei der Begutachtung die Interessen der Verteidigung zu wahren. Dieses Interesse besteht einerseits darin, der Verfahrensleitung aufzuzeigen, dass die Sachverhaltserstellung im konkreten Fall eine amtliche Begutachtung erfordert.¹²⁵² Andererseits kann das Interesse darin liegen, ein bereits vorhandenes amtliches Gutachten auf allfällige Mängel oder Widersprüche hin zu überprüfen.¹²⁵³

Aufgrund der unterschiedlichen Funktionen der privat und amtlich bestellten sachverständigen Personen wird das Privatgutachten gemäss herrschender Lehre und konstanter Praxis des Bundesgerichts als blosses Parteivorbringen betrachtet und als solches zu den Akten genommen.¹²⁵⁴ Das Privatgutachten hat somit nicht den gleichen Stellenwert wie ein Gutachten, das von einer Untersuchungsbehörde oder einem Gericht eingeholt wird.¹²⁵⁵ Insbesondere darf ein Gericht seine Entscheidung nicht auf ein Privatgutachten abstützen.¹²⁵⁶ Das bedeutet indessen nicht, dass ein Privatgutachten entbehrlich ist. Die amtlich eingesetzte sachverständige Person ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur fachlichen Auseinandersetzung mit einem Privatgutachten angehalten.¹²⁵⁷ Das Privatgutachten vermag das amtliche Gutachten insofern zu relativieren, als der amtliche Gutachter seine Expertise im Lichte der fachlichen Einwendungen präzisieren muss. Darüber hinaus muss

1252 WIPRÄCHTIGER, *Aussagepsychologie*, 44; DONATSCH, *Jusletter* 2007, Rz. 17; BGer, Urteil vom 28.03.2017, [6B_652/2016](#), E. 3.4.2; LIEBER, 76.

1253 BGer, Urteil vom 27.01.2014, [6B_215/2013](#), E. 1.2; PEDRAZZI, Rz. 22.

1254 DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 164 f.; HELFENSTEIN, 257 f.; BSK StPO I-HEER, Art. 189 N 6; StPO Kommentar-DONATSCH, 182 N 15; PIQUERREZ/MACALUSO, N 1102; CR CPP-VUILLE, Art. 182 N 18; DONATSCH, *Sachverständige*, 371; WIPRÄCHTIGER, *Gutachten*, 322; [BGE 141 IV 369](#), E. 6.2; [BGE 97 I 320](#), E. 3. Dies gilt selbst dann, wenn eine erfahrene und etablierte Fachperson das Privatgutachten erstellt hat, siehe BGer, Urteil vom 06.02.2017, [6B_328/2016](#), E. 6.2; kritisch dazu ISENRING/MÜLLER, 1340; ebenfalls kritisch, aber einschränkend auf Privatgutachten, bei denen keine Pflicht zur Einholung eines amtlichen Gutachtens besteht, BSK StPO I-HEER, Art. 189 N 7.

1255 BGer, Urteil vom 04.04.2011, [6B_49/2011](#), E. 1.4; GLANZMANN-TARNUTZER, 76 f.; OBERHOLZER, *Grundzüge*, N 830.

1256 BGer, Urteil 18.11.2011, [6B_438/2011](#), E. 2.4.3; BSK StPO I-HEER, Art. 189 N 6; krit. WOHLERS, *Parteiutachten*, 91 m.w.H.

1257 BGer, Urteil vom 06.02.2017, [6B_328/2016](#), E. 6.4.1.

sich auch ein Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung mit den substantiiert dargelegten Einwendungen des Privatgutachtens auseinandersetzen.¹²⁵⁸

Falls ein Privatgutachten nachweist, dass das amtliche Gutachten unvollständig oder ungenau ausfällt oder sonstige erhebliche Zweifel an dessen Richtigkeit bestehen,¹²⁵⁹ muss eine ergänzende Beweiserhebung angeordnet werden. Andernfalls wird das Willkürverbot verletzt.¹²⁶⁰ Als zusätzliches Beweismittel kommt vordergründig die Ergänzung des amtlichen Gutachtens oder die Einholung eines Obergutachtens in Betracht.¹²⁶¹ Ausgeschlossen ist die Ergänzung des amtlichen Gutachtens durch die bisherige sachverständige Person, wenn an dessen Sachkunde gezweifelt werden muss.¹²⁶²

Der unterschiedliche Stellenwert, den die Gerichtspraxis dem amtlichen und dem privaten Gutachten zumisst, steht nicht per se im Widerspruch zum Prinzip der Waffengleichheit. Es gilt sich in Erinnerung zu rufen, dass das Waffengleichheitsprinzip keine formale Gleichstellung mit der Staatsanwaltschaft verlangt. Weiter ist zu bedenken, dass sich aus dem Prinzip der Waffengleichheit keine konkreten Verfahrensrechte ableiten lassen. Entscheidend für die Wahrung der «Waffengleichheit» bei der Sachverständigenbegutachtung ist vielmehr, dass eine unparteiische Begutachtung sichergestellt ist und die Verteidigung die *tatsächliche* Gelegenheit erhält, ein Gutachten, worauf sich die Anklage stützt, inhaltlich auf die Probe zu stellen.

1258 BGer, Urteil vom 06.02.2017, [6B_328/2016](#), E. 6.2 und 6.4.2; [BGE 141 IV 369](#), E. 6.2; HELFENSTEIN, 260; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 15; PEDRAZZI, Rz. 37; OBERHOLZER, Grundzüge, N 830; WOHLERS, Parteigutachten, 90; DONATSCH, Sachverständige, 372–374. Auf den weiten Ermessensspielraum des Gerichts hinweisend EGMR vom 27.03.2014, *Matytsina v. Russland*, Nr. 58428/10, § 169.

1259 Gem. Art. 189 lit. a und c StPO. Vgl. zur Abgrenzung der jeweiligen Kategorien StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 189 N 6 ff.; DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 45 f.

1260 Vgl. [BGE 143 IV 369](#), E. 6.1; BGer, Urteil vom 09.02.2018, [6B_265/2017](#), E. 2.3.3.1; BGer, Urteil vom 27.01.2014, [6B_215/2013](#), E. 1.2; BGer, Urteil vom 02.05.2017, [6B_53/2017](#), E. 1.3 mit zahlreichen Hinweisen; DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 47; WIPRÄCHTIGER, Aussagepsychologie, 41. Das Willkürverbot ist ebenfalls verletzt, wenn nach objektiven Kriterien mittels Privatgutachten nachgewiesen wurde, dass für die Beurteilung des Sachverhalts eine amtliche Begutachtung notwendig gewesen wäre und trotzdem darauf verzichtet worden ist.

1261 [BGE 118 Ia 144](#), E. 1c. Die Erstellung eines zusätzlichen Gutachtens bildet im schweizerischen Strafprozess hingegen die Ausnahme. In der Regel bleibt es bei der amtlichen Begutachtung durch eine sachverständige Person, siehe WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 319 f.; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 77.

1262 DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 48.

II. Bedeutung des amtlichen Gutachtens in der Praxis

Das Forschungsprojekt «Trial Observation» weist nach, dass in der Praxis oftmals auf das Gutachten einer sachverständigen Person abgestellt wird.¹²⁶³

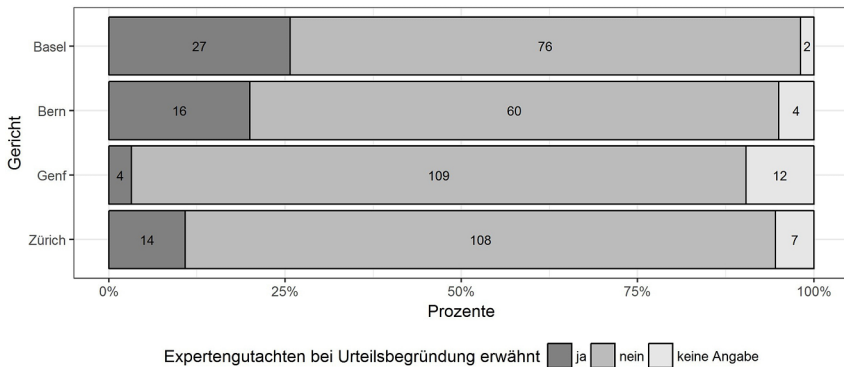


Abbildung 6: Expertengutachten bei der mündlichen Urteilsbegründung erwähnt (Anzahl Verhandlungen/Prozent), getrennt nach Gerichten.

In rund 14 Prozent aller untersuchten Fälle (61 von 439 Fälle), in denen das Stadium der Hauptverhandlung erreicht wurde, spielte das Sachverständigengutachten bei der mündlichen Urteilsbegründung eine Rolle. Augenfällig sind dabei die kantonalen Unterschiede. Relativ häufig stellten das Strafgericht Basel-Stadt (rund 26 Prozent) und das Regionalgericht Bern-Mittelland (20 Prozent) auf das Gutachten einer sachverständigen Person ab. Demgegenüber setzte sich das Bezirksgericht Zürich bei der Urteilsbegründung in rund 11 Prozent und das Tribunal pénal Genève in nur 3 Prozent der Fälle mit der Expertise einer sachverständigen Person auseinander.

Am häufigsten wird eine sachverständige Person in einem Strafverfahren hinzugezogen, wenn es um eine rechtsmedizinische oder kriminaltechnische Begutachtung geht.¹²⁶⁴ Im Kontext von Wirtschaftsstraffällen werden häufig

¹²⁶³ In der Darstellung ist die Auswertung des DNA-Profiles nicht enthalten, weil diese im Rahmen des Forschungsprojekts separat erfasst wurde. Vgl. zur Häufigkeit von DNA-Profilauswertungen Abb. 1 (vorstehend Fünfter Teil, Kapitel B.I).

¹²⁶⁴ Unter den Begriff «rechtsmedizinisches Gutachten» fallen die Abklärungen zur Todesursache oder zu medizinischen Behandlungsfehlern, die Erstellung eines DNA-Profil-

finanztechnische Gutachten bezüglich der Buchhaltung und Geldflüsse in Auftrag gegeben.¹²⁶⁵ In der Rechtswirklichkeit sind die Gutachten sachverständiger Personen also oftmals von grosser Bedeutung für den Ausgang eines Strafverfahrens.¹²⁶⁶ Insbesondere wenn es eine Sorgfaltspflichtverletzung nachzuweisen gilt oder wenn sich Fragen zur Schuldfähigkeit oder zur Notwendigkeit von therapeutischen Massnahmen stellen, ist das Gutachten einer sachverständigen Person regelmässig eine entscheidende Grundlage für die richterliche Entscheidung.¹²⁶⁷

III. Recht auf unbefangene Begutachtung durch eine sachverständige Person

Da die Feststellungen in einem amtlichen Gutachten in aller Regel verbindlichen Charakter aufweisen,¹²⁶⁸ sind an die Objektivität von sachverständigen Personen hohe Anforderungen zu stellen. Sie müssen denselben inhaltlichen Anforderungen an die Unbefangenheit genügen wie die Richterpersonen.¹²⁶⁹ Verfassungsrechtlich wird dies aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitet.¹²⁷⁰ Entschei-

Gutachtens sowie die psychiatrischen Gutachten. Unter einem kriminaltechnischen Gutachten werden Fingerabdruck-Gutachten, ballistische Gutachten oder Gutachten zu Brandursachen oder Arbeitsunfällen etc. verstanden, vgl. zum Ganzen: RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 522.

1265 RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 522.

1266 PELLET, 225 f.; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 78; HEER, FS Wiprächtiger, 179; BERNARD, Jusletter 2012, Rz. 6; WOHLERS, Sachverständige, 438 f. Diese Entwicklung bereits aufzeigend FOUCAULT, 31 ff.

1267 ISENRING/MÜLLER, 1335.

1268 Ein Gericht darf nur aus triftigen Gründen von den Feststellungen einer sachverständigen Person abweichen. Eine abweichende Auffassung muss begründet werden, siehe zum Ganzen: BGer, Urteil vom 06.02.2017, [6B_328/2016](#), E. 6.2; [BGE 128 I 81](#), E. 2; BERNARD, Jusletter 2012, Rz. 1. Auf die Grenzen der freien Beweiswürdigung hinweisend, WOHLERS, Sachverständige, 444–449.

1269 Vgl. BGer, Urteil vom 12.07.2018, [6B_616/2018](#), E. 2.2; BGer, Urteil vom 10.10.2017, [1B_141/2017](#), E. 4.2; BGer, Urteil vom 03.10.2016, [1B_343/2016](#), E. 2.3 m.w.H.; KGer BL, Entscheid vom 19.01.2016, [470 15 269](#), E. 2.7. So auch DONATSCH/ZUBERBÜHLER, 345; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 936; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 519; WIPRÄCHTIGER, Aussagepsychologie, 44.

1270 Die gerichtsdienende Funktion rechtfertigt dieselben inhaltlichen Anforderungen, siehe KIENER/KRÜSI, 491; BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 20 m.w.H. auf die Rspr.; BGer, Urteil vom 03.10.2016, [1B_343/2016](#), E. 2.3.

dend ist somit, ob bei objektiver Betrachtung Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen.¹²⁷¹ Dass die sachverständige Person tatsächlich befangen ist, ist nicht notwendig; es genügt, wenn die Umstände des Einzelfalls den Anschein der Befangenheit nahelegen.¹²⁷² Der Anschein der Befangenheit kann sich entweder aus organisatorischen und funktionellen Gründen oder aus dem persönlichen Verhalten der amtlich eingesetzten sachverständigen Person ergeben.¹²⁷³

In funktioneller und organisatorischer Hinsicht ist zu beachten, dass es grundsätzlich nicht mit der unparteiischen Funktion einer amtlichen sachverständigen Person vereinbar ist, wenn ein Mitglied einer Strafverfolgungsbehörde mit dieser Rolle betraut wird.¹²⁷⁴ Dies gilt insbesondere auch für naturwissenschaftlich-technische sachverständige Personen, die bspw. Unfallanalysen durchführen oder biochemische oder technisch-biomechanische Spezialgutachten verfassen.¹²⁷⁵ Die Regeln der Unbefangenheit gelten unterschiedslos für naturwissenschaftlich-technische und für andere sachverständige Personen.¹²⁷⁶

Unzulässig ist ferner eine Vermischung der Funktionen der sachverständigen Person und der auftraggebenden Strafbehörde. Im Vorverfahren obliegt es der Staatsanwaltschaft, der sachverständigen Person die für die Ausarbeitung ihres Gutachtens notwendige Tatsachenbasis vorzugeben und gegebenenfalls zur Verfügung zu stellen.¹²⁷⁷ Der amtliche Gutachter darf nicht die Rolle des

1271 Vgl. für ein Mitglied des Gerichts, [BGE 131 I 113](#), E. 3.4 m.w.H.

1272 BGer, Urteil vom 17.05.2016, [1B_196/2015](#), E. 3.4 m.w.H.

1273 DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 20; BGer, Urteil vom 03.10.2016, [1B_343/2016](#), E. 2.4.

1274 Ebenfalls kritisch zu den wissenschaftlichen Gutachten der Polizei, PIETH, *Beweisantrag*, 236 f. A.M. SCHMID/JOSITSCH, *Handbuch*, N 936 (Fn. 375) mit Hinweis auf ZR 96 (1996), 110; SCHMID, *Gutachten*, 822 f.

1275 WOSTA, Ziff. 10.5.2.2 (Fn. 235). Oftmals sind naturwissenschaftlich-technische Gutachter mit der Spurensicherung befasst und werden somit zeitlich vor der Eröffnung der Strafuntersuchung tätig, vgl. BOVENS/VOUILLAMOZ, 1681 f.

1276 Eine Unterscheidung sei nicht praktikabel, wenn vorab abzuklären wäre, inwiefern ein Gutachten normative Bewertungen und Interpretationen enthält, siehe BGer, Urteil vom 17.05.2016, [1B_196/2015](#), E. 4.4.3. Daher darf zum Beispiel ein durch ein Labor erstelltes DNA-Profil nicht durch die Polizei selbst ausgewertet werden, sondern durch eine unbefangene sachverständige Person i.S.v. [Art. 255 Abs. 2 lit. b StPO](#). So auch BSK StPO II-FRICKER/MAEDER, Art. 255 N 33. A.M. BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 1, wonach die Polizei die Auswertung vornehmen darf; differenzierend, ob eine Auswertung eines DNA-Mischprofils vorliegt, StPO Kommentar-HANSJAKOB, Art. 255 N 22.

1277 Die Erhebung von relevanten Beweistatsachen darf nicht an die sachverständige Person delegiert werden, siehe dazu WOHLERS, *Fremdanamnese*, 78 f.; SPIRIG, 421.

Strafverfolgers einnehmen und in Eigenregie relevante Beweistatsachen erheben.¹²⁷⁸ Einzige Ausnahme sind einfache Erhebungen, die mit dem Sachverständigenauftrag in einem engen Zusammenhang stehen.¹²⁷⁹ Die Ermittlung des relevanten Sachverhalts jedoch ist der Staatsanwaltschaft vorbehalten.¹²⁸⁰ Hält sich eine sachverständige Person nicht daran, indem sie die Anklageperspektive von sich aus beweismässig untermauert, lässt sich der Anschein der Unparteilichkeit nicht länger aufrechterhalten.¹²⁸¹

Die Durchführung einer Sachverständigenbegutachtung und die nachfolgende Interpretation der Resultate gehen zwingend mit normativen Wertungen einher.¹²⁸² Problematisch ist es, wenn sich die sachverständige Person vor oder während der Ausarbeitung des Gutachtens vom Ergebnis ihrer Auswertung überzeugt zeigt. Unzweifelhaft befangen ist eine sachverständige Person, die sich bereits zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe auf das Ergebnis der Begutachtung festlegt.¹²⁸³ Falls sie im laufenden Verfahren gegenüber Dritten erklärt, von der Schuld der begutachteten Person überzeugt zu sein, kann nicht mehr von einer ergebnisoffenen Interpretation oder Befundsbewertung ausgegangen werden.¹²⁸⁴ Auch eine abfällige Mimik, Gestik oder anderweitig beleidigendes Verhalten kann Anlass für objektive Zweifel an der Unparteilichkeit der sachverständigen Person sein.¹²⁸⁵ Enthält ein Gutachten eine rechtliche Würdigung oder werden sachfremde Kriterien für die Schlüssigkeit der gutachterlichen Feststellung herangezogen, muss die sachverständige Person ebenfalls als befangen gelten.¹²⁸⁶

1278 HEER, FS Wiprächtiger, 186; SCHMID, Gutachten, 827.

1279 I.S.v. Art. 185 Abs. 4 StPO. Dazu zählt die Einholung einfacher und nachprüfbarer Auskünfte, die keine Wertungen beinhalten, bei Dritten, siehe HEER, FS Wiprächtiger, 187. Vgl. hierzu BGE 144 IV 302, E. 3.4.2.

1280 Dies gilt es insbesondere bei der Erstellung eines aussagepsychologischen Gutachtens zu beachten, vgl. HEER, Aussagepsychologische Gutachten, 102.

1281 Zutreffend auf die Verantwortung des Gerichts hinweisend, WOHLERS, Sachverständige, 456.

1282 HEER, FS Wiprächtiger, 178 f. m.w.H.; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, 342. Wenngleich der Ermessensspielraum für normative Bewertungen bei naturwissenschaftlich-technischen Gutachten beschränkt ist, vgl. BRUNNER, Begutachtung, 186; BGer, Urteil vom 17.05.2016, 1B_196/2015, E. 4.4.2. Vgl. zur Unterscheidung zwischen der Untersuchung und der Interpretation, VUILLE/TARONI, 166–169.

1283 BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 29; DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 28.

1284 ESSER, 706; DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 28 mit Hinweis auf BGE 115 Ia 180, E. 3.

1285 BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 29; DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 28.

1286 DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 28; BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 29 mit Hinweis. Die mangelhafte Sachkunde wird von der Praxis allerdings nur sehr zurückhaltend angenommen, vgl. BGer, Urteil vom 10.10.2017, 1B_141/2017, E. 4.5 und 5.4.

Falls allfällige Bedenken hinsichtlich der Unbefangenheit der sachverständigen Person infolge funktionaler oder organisatorischer Gegebenheiten oder aus dem persönlichen Verhalten der sachverständigen Person objektiv fundiert sind, darf sich ein Gericht nicht auf ein solches Gutachten stützen, sondern muss ein neues, ergänzendes Gutachten in Auftrag geben.¹²⁸⁷

IV. Recht auf Konfrontation mit einer sachverständigen Person

Sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung ist gemeinhin anerkannt, dass sich die Regeln der Konfrontation mit Belastungszeugen auch auf die amtlich bestellte sachverständige Person erstrecken.¹²⁸⁸ Folglich muss der Verteidigung eine angemessene Gelegenheit eingeräumt werden, deren Gutachten in Zweifel zu ziehen.¹²⁸⁹

Sofern sich die Staatsanwaltschaft bei der Geltendmachung ihrer Position auf ein Gutachten stützt, hat die beschuldigte Person bzw. ihre Verteidigung das Recht, die sachverständige Person vor Gericht zu konfrontieren, um das Gutachten auf die Probe zu stellen.¹²⁹⁰ Dagegen stellt weder das Recht, zum schriftlich vorliegenden Gutachten Stellung zu nehmen, noch die Möglichkeit, eine Verbesserung oder Ergänzung des Gutachtens zu beantragen,¹²⁹¹ eine angemessene Gelegenheit zur Konfrontation dar. Dies gilt umso mehr, als eine abgegebene Stellungnahme oder ein Antrag auf Ergänzung des Gutachtens

1287 BGer, Urteil vom 18.04.2017, [1B_110/2017](#), E. 3.3. HELFENSTEIN, 143; BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 20.

1288 Vgl. BGer, Urteil vom 09.03.2017, [6B_100/2017](#), E. 3.1 und 3.6; BGer, Urteil vom 23.03.2015, [6B_549/2014](#), E. 3; GRABENWARTER/PABEL, 541 f.; EMRK Kommentar-PEUKERT, Art. 6 N 149 f.; GOLLWITZER, Art. 6 N 214; TRECHSEL, Human Rights, 303 f.; KOHLBACHER, 95; MÜLLER-HASLER, 182; CAVEGN, 13; StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 5 m.w.H.; SCHMID/JO-SITSCH, Handbuch, N 949; VERNIORY, Diss., 501; kritisch und differenzierend hinsichtlich der Tätigkeit der sachverständigen Person KRAUSBECK, 78–85.

1289 BSK StPO I-HEER, Art. 187 N 5.

1290 Vgl. die EMRK-Rspr., vorstehend Dritter Teil, Kapitel E.VI. Ziff. 2. Insbesondere auf die Konfrontationsmöglichkeit vor Gericht hinweisend GRABENWARTER/PABEL, 541; EGMR vom 06.10.2016, *Constantinides v. Griechenland*, [Nr. 76438/12](#) § 38; EGMR vom 11.12.2008, *Mirilashvili v. Russland*, [Nr. 6293/04](#), § 190. Vgl. auch HEER, FS Wiprächtiger, 184.

1291 Gem. [Art. 188](#) und [189 StPO](#).

lediglich von der Verfahrensleitung zur Kenntnis genommen, jedoch nicht zur Stellungnahme an die sachverständige Person weitergeleitet werden muss.¹²⁹²

Nach der geltenden StPO besteht die Möglichkeit, dass eine sachverständige Person ihr Gutachten mündlich erläutert.¹²⁹³ Diesfalls finden die Vorschriften der Zeugeneinvernahme sinngemäss Anwendung.¹²⁹⁴ Das bedeutet, dass die Verteidigung das Recht hat, bei der Befragung durch die Verfahrensleitung anwesend zu sein und Fragen an die sachverständige Person zu richten.

Im Rahmen des Forschungsprojekts «Trial Observation» wurde ausgewertet, in wie vielen Fällen sachverständige Personen im Rahmen der *Hauptverhandlung* auftraten, um ihr Gutachten mündlich zu erläutern. Die folgende Grafik zeigt gezielt nur diejenigen Fälle, in denen das Gericht eine therapeutische Massnahme¹²⁹⁵ oder eine Verwahrung¹²⁹⁶ ausgesprochen hat, wofür gemäss StPO eine sachverständige Begutachtung zwingend vorgesehen ist.

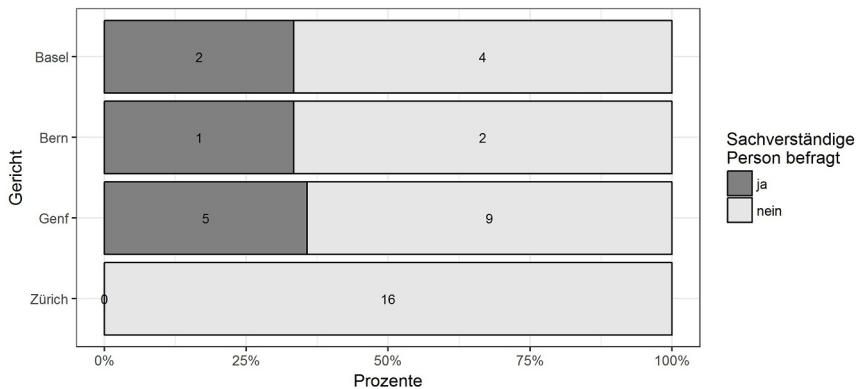


Abbildung 7: Befragung einer sachverständigen Person in der Hauptverhandlung bei Anordnung einer therapeutischen Massnahme oder Verwahrung, getrennt nach Gerichten.

1292 ISENING/MÜLLER, 1338.

1293 Gem. Art. 187 Abs. 2 StPO.

1294 StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 187 N 9.

1295 Auf der Grundlage von stationär therapeutischen Massnahmen gem. Art. 59 StGB (psychische Störung), Art. 60 StGB (Suchtbehandlung) oder Art. 61 StGB (Massnahme für junge Erwachsene) oder basierend auf einer ambulanten Massnahme i.S.v. Art. 63 StGB.

1296 Gem. Art. 123a BV i.V.m. Art. 64 StGB.

Die Auswertung ergibt, dass eine sachverständige Person in rund 21 Prozent dieser Fälle (8 von 39 Verhandlungen) ihr Gutachten in der Hauptverhandlung näher erläutert hat. In der zürcherischen Gerichtspraxis bildet die Befragung der sachverständigen Person im Rahmen der Hauptverhandlung hingegen die absolute Ausnahme.

Vergegenwärtigt man sich die immense Bedeutung des Sachverständigen-gutachtens für den Verfahrensausgang, stellt sich die Frage, weshalb es nicht häufiger zu einer Konfrontation mit sachverständigen Personen in der Hauptverhandlung kommt. Der geringe Anteil wahrgenommener Konfrontationen ist als gewichtiges Indiz dafür zu werten, dass eine wirksame Konfrontation im Rahmen der Hauptverhandlung bei bestehender Gesetzeslage nicht in jedem Fall gewährleistet ist.

V. Die Sachverständigenbegutachtung unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit»

Der Umgang mit dem Sachverständigenbeweis erweist sich unter zwei Gesichtspunkten als problematisch hinsichtlich der Vorgaben, die das Waffengleichheitsprinzip an die Ausgestaltung eines Strafverfahrens stellt. Der eine betrifft das Fehlen durchsetzbarer Mitwirkungsrechte der Verteidigung bei der Auswahl der sachverständigen Person und beim Formulieren der gutachterlichen Fragestellung (1.). Beim zweiten geht es um die Unterregulierung – sowohl bezüglich der Bestellung eines Parteigutachters als auch mit Blick auf die Dokumentation des Begutachtungsprozesses und die Teilhabe am Explorationsgespräch –, welche eine wirksame Konfrontation in der Hauptverhandlung gefährdet (2.).

1. Auswahl der sachverständigen Person und Bestimmung der abzuklärenden Fragestellung durch die Staatsanwaltschaft

a) Auswahl der sachverständigen Person

In der Praxis werden die sachverständigen Personen regelmässig vor Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft ausgewählt und beauftragt.¹²⁹⁷ Bei ihrer Ernennung verfügt die Verfahrensleitung über einen weiten Ermessensspielraum. Die StPO bestimmt einzig, dass eine sachverständige Person die geforderten Sachkenntnisse und Fähigkeiten aufweisen muss.¹²⁹⁸ Im Zusammenhang mit psychiatrischen Begutachtungen hinsichtlich der Schuldfähigkeit oder bei der Beurteilung der Notwendigkeit einer Massnahme nach [Art. 56 Abs. 3 StGB](#) hält das Bundesgericht in restriktiver Auslegung fest, dass prinzipiell nur psychiatrisch, nicht aber psychologisch ausgebildete Personen zur sachverständigen Begutachtung in Betracht kommen.¹²⁹⁹ Weiter gilt es bei der Bestellung einer sachverständigen Person zu beachten, dass es der Staatsanwaltschaft untersagt ist, Vorberichte einzuholen, auf deren Grundlage sie dann entscheidet, ob die entsprechende Person als Expertin oder Experte für die Erstellung eines Vollgutachtens ernannt wird.¹³⁰⁰

1297 Gem. [Art. 184 Abs. 1 und 2 lit. a und c StPO](#) i.V.m. [Art. 61 lit. a StPO](#). Vgl. BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 77; BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 1; ISENRING/MÜLLER, 1336.

1298 Gem. [Art. 183 Abs. 1 StPO](#). Die Eignung als sachverständige Person lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern ergibt sich im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkret abzuklärenden Fragestellung, vgl. BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 13. Die Weiterentwicklungen im wissenschaftlichen Bereich führen dazu, dass die Anforderungen an sachverständige Personen stetig steigen, vgl. BGE 118 Ia 144, E. 1c; EGE, 316 m.w.H.

1299 Bei nicht medizinisch ausgebildeten Personen muss im Einzelfall geprüft werden, ob die geforderte Fachkenntnis vorliegt, siehe BGE 140 IV 49, E. 2.7. Auf die Auswirkungen in der Praxis eingehend THOMMEN, forumpoenale 2015, 18 f. Diese Rspr. wurde dahingehend präzisiert, dass auch die Beurteilung einer Weiterführung einer stationären Massnahme i.S.v. [Art. 59 Abs. 4 StGB](#) grundsätzlich nur von psychiatrisch geschulten Personen vorgenommen werden darf, siehe BGer, Urteil vom 24.04.2014, 6B 850/2013, E. 2.2 f. Psychologisch geschulte Personen können jedoch weiterhin als sachverständige Personen eingesetzt werden, wenn es die Glaubhaftigkeit von Aussagen zu beurteilen gilt, siehe HAUSER/SCHWERI/LIEBER, § 123 N 23b. Kritisch zum Ausschluss psychologisch geschulter Personen bei der Begutachtung, NOLL, Schuldfähigkeit, 77–79; EGE, 351 f.

1300 Dies lässt sich nicht mit dem Anschein der Unbefangenheit vereinbaren, siehe BGer, Urteil vom 17.05.2016, 1B 196/2015, E. 4.4.4. Nicht ausgeschlossen ist aber, dass eine Person, die nach den Regeln von [Art. 182 StPO](#) ff. ein Kurzgutachten erstellt hat, danach in gleicher Stellung ein Vollgutachten ausarbeitet, siehe BGer, Urteil vom 03.10.2016, 1B 343/2016, E. 2.5. Richtigerweise gehen BOVENS/VOUILLAMOZ davon aus, dass auch die

Die Verteidigung muss vor der Ernennung der sachverständigen Person die Möglichkeit haben, sich zur Auswahl zu äussern und allenfalls Anträge zu stellen.¹³⁰¹ Ein Antrag des Beschuldigten auf Ernennung einer bestimmten sachverständigen Person ist für die Staatsanwaltschaft indes nicht verbindlich.¹³⁰² Ein abschlägiger Beschluss der Staatsanwaltschaft kann zwar nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung mittels Beschwerde angefochten werden.¹³⁰³ De facto muss sich die Verteidigung aber auf das Geltendmachen allfälliger Ausstandsgründe gegen die Ernennung einer bestimmten sachverständigen Person beschränken lassen.¹³⁰⁴ Dies erweist sich in der Praxis jedoch als schwierig, weil es der Verteidigung gemäss Standesrecht nur beschränkt möglich ist, eine sachverständige Person zwecks Feststellung eines Befangenheitsgrundes zu kontaktieren.¹³⁰⁵

b) Eingeschränkter Einfluss der Verteidigung auf die Bestimmung gutachterlicher Fragestellungen

Die Qualität eines Gutachtens hängt ganz entscheidend von präzisen Gutachterfragen ab.¹³⁰⁶ Die Formulierung der konkreten Fragestellung ist Aufgabe

-
- naturwissenschaftlich-technischen Gutachter bereits im Rahmen solcher Vorberichte als amtliche sachverständige Personen zu ernennen sind, siehe BOVENS/VOUILLAMOZ, 1684 f.
- 1301 Art. 184 Abs. 3 StPO. Wie dem Gesetzestext zu entnehmen ist, gilt dies nicht im Zusammenhang mit Laboruntersuchungen, wie zum Beispiel Untersuchungen der Blutalkoholkonzentration oder des Reinheitsgrads von Stoffen, den Nachweis von Betäubungsmitteln im Blut oder die Erstellung eines DNA-Profiles. Nach der Praxis des Bundesgerichts gilt auch eine Begleitstoffanalyse als Laboruntersuchung, siehe BGE 144 IV 69, E. 2.4.
- 1302 Immerhin hat die Staatsanwaltschaft in einem solchen Fall zu begründen, weshalb dem Antrag auf Ernennung nicht Folge geleistet wurde, vgl. BSK StPO I-HEER, Art. 184 N 2. Kritisch und für eine Neuregelung plädierend, DONATSCH, Sachverständige, 375.
- 1303 Sofern ein psychiatrisches Gutachten betroffen ist, siehe BGer, Urteil vom 06.09.2018, 1B_242/2018, E. 2.4. Die Schwierigkeit besteht jedoch weiterhin darin, einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil nachzuweisen, vgl. etwa BGer, Urteil vom 03.10.2016, 1B_343/2016, E. 1.3; HEER, FS Wiprächtiger, 197.
- 1304 Nur wenn Befangenheit geltend gemacht wird, kommt die Beschwerde nach StPO in Betracht, vgl. BSK StPO II-GUIDON, Art. 393 N 10. Dabei gelten die gleichen Ausstandsgründe für sachverständige Personen wie für Mitglieder einer Strafbehörde, vgl. Art. 183 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 56 StPO; vgl. auch BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 87. In Ausnahmefällen spricht auch die drohende Unverwertbarkeit eines Gutachtens für die Aufhebung eines Gutachterauftrags, vgl. BStrGer, Beschluss vom 15.03.2018, BB.2017.180, E. 5 sowie 6.
- 1305 Vgl. Aufsichtskommission ZH, Beschluss vom 07.11.1996, in: ZR 96 (1997), 118 ff.
- 1306 SPIRIG, 420.

der verfahrensleitenden Behörde.¹³⁰⁷ Obwohl der Gesetzgeber der Verteidigung die Gelegenheit einräumt, sich zu der Formulierung der Gutachterfragen zu äussern und über die Verfahrensleitung eigene Fragen einzubringen,¹³⁰⁸ ist wiederum festzuhalten, dass die Staatsanwaltschaft nicht dazu verpflichtet ist, die ergänzenden Fragen der Verteidigung bei der Formulierung des Gutachterauftrags zu berücksichtigen.¹³⁰⁹ In der Praxis kommt es häufig vor, dass der Verteidigung erst nach Erstellung des Gutachtens ein nachträgliches Fragerecht eingeräumt wird. Gegen eine fehlende oder unzulängliche Berücksichtigung der Standpunkte der Verteidigung kann nur Beschwerde erhoben werden, wenn ein nicht wiedergutzumachender Nachteil geltend gemacht werden kann.¹³¹⁰ Es lässt sich somit konstatieren, dass die Kompetenz zur Definition des Gutachterauftrags im Vorverfahren bei der Staatsanwaltschaft liegt, während der Verteidigung keine rechtlich durchsetzbaren Mitwirkungsrechte zustehen.

c) Würdigung

Es ist verständlich, dass die gegenwärtige Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises im Vorverfahren bei der beschuldigten Person gewisse Befürchtungen in Bezug auf die Objektivität der eingesetzten sachverständigen Person wecken können.

Die Bestellung der sachverständigen Person und die Deutungshoheit über die abzuklärende Fragestellung durch die Staatsanwaltschaft sind per se jedoch nicht ausreichend, um objektive Zweifel an der Unparteilichkeit einer sachverständigen Person zu begründen.¹³¹¹ Von einer sachverständigen Person kann durchaus erwartet werden, dass sie die Begutachtung mit der erforderlichen Objektivität und Professionalität durchführt. Um eine mangelhafte Objektivität

1307 Gem. Art. 184 Abs. 2 lit. c StPO; ISENRING/MÜLLER, 1336. In der Praxis wird dabei oft auf standardisierte Fragenkataloge zurückgegriffen, siehe PIQUEREZ, N 806.

1308 Gem. Art. 184 Abs. 3 StPO.

1309 ISENRING/MÜLLER, 1336.

1310 Grundsätzlich ist eine Beschwerde in einer solchen Konstellation zulässig, siehe BGer, Urteil vom 06.09.2018, [1B_242/2018](#), E. 2.4 m.w.H.; vgl. auch BSK StPO II-GUIDON, Art. 393 N 10.

1311 Vgl. ZR 95 (1996), 110: «Der Experte wird [durch die Bestellung der Staatsanwaltschaft] nicht etwa zum Sachverständigen der Anklage, sondern bleibt auch im Untersuchungsstadium der Wahrheit und Objektivität verpflichtet».

vität nachzuweisen, bedarf es somit weiterer konkreter Anhaltspunkte im Einzelfall.¹³¹²

Angesichts der überschaubaren Anzahl von Personen, die als psychiatrische Gutachter in Betracht kommen, ist die Objektivität in besonderem Mass gefährdet. Gemäss Stand vom Februar 2017 konnte die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich im Rahmen der psychiatrischen Begutachtung auf eine Liste von 38 sachverständigen Personen zurückgreifen.¹³¹³ Aufgrund von Erfahrungswerten wäre die Staatsanwaltschaft somit in der Lage, für jeden Einzelfall eine aus ihrer Sicht passende sachverständige Person zu ernennen.¹³¹⁴ Mit anderen Worten besteht die Gefahr einer selektiven Auswahl.¹³¹⁵ Insbesondere, wenn sich zeigt, dass die Verurteilung oder das Strafmass bzw. die Auferlegung einer Sanktion wesentlich von gutachterlichen Abwägungen abhängen, liegt es nahe, dass die Staatsanwaltschaft eine ihr bekannte sachverständige Person einsetzt, um den Ausgang des Strafverfahrens in die gewünschte Richtung zu lenken. Im Umkehrschluss besteht das Risiko, dass sachverständige Personen, die als exkulpationsfeindlich gelten, bei der Vergabe von amtlichen Gutachten unberücksichtigt bleiben.¹³¹⁶

In Anbetracht der Verdienstmöglichkeiten besteht zudem die Gefahr, dass eine sachverständige Person das Strafverfolgungsinteresse bei der Begutachtung und der Auswertung der Resultate zumindest unbewusst mit einfließen lässt,¹³¹⁷ um für weitere gutachterliche Abklärungen berücksichtigt zu werden.¹³¹⁸ In diesem Zusammenhang hält der EGMR fest, dass an der Unparteilichkeit einer sachverständigen Person berechnete Zweifel bestehen, wenn aufgrund ihrer regelmässigen Beauftragung nachweislich eine finanzielle

1312 BGer, Urteil vom 17.05.2016, [1B_196/2015](#), E. 4.1; BSK StPO I-HEER, Art. 183 N 22; vgl. auch die Rspr. des EGMR, vorstehend Dritter Teil, Kapitel E.VI. Ziff. 1.

1313 Aus den Antworten des Regierungsrates ist ferner ersichtlich, dass die Gutachterbestellung durch die Staatsanwaltschaft den Normalfall darstellt, siehe Anfrage Markus Bischoff, AL, 4.

1314 BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 86.

1315 BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 86 mit Hinweis auf ZWIEHOFF, 275 f.

1316 Vgl. auch die Vergabe von Gutachteraufträgen durch IV-Stellen, wo sich ähnliche Fragen stellen, siehe [BGE 137 V 210](#), E. 2.4.1.

1317 Kritisch im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit sachverständiger Personen im Sozialversicherungsrecht, [BGE 137 V 210](#), E. 1.3.3; BGer, Urteil vom 29.05.2015, [8C_467/2014](#), E. 4.

1318 BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 86; ZWIEHOFF, 276. Auf die finanziellen Verdienstmöglichkeiten hinweisend auch ISENRING/MÜLLER, 1337.

Abhängigkeit entstanden ist.¹³¹⁹ Bei der geltenden verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Auswahl der sachverständigen Person und der Festlegung des Gutachterauftrags durch die Staatsanwaltschaft besteht eine strukturell angelegte Gefährdung der Unparteilichkeit sachverständiger Personen. Wenn eine sachverständige Person bei der Begutachtung sachfremde Kriterien mit einfließen lässt, um für weitere Gutachteraufträge infrage zu kommen, stellt dies einen substantziellen Nachteil für die beschuldigte Person dar, was als Verstoß gegen das Prinzip der Waffengleichheit zu werten ist.¹³²⁰

2. Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Ausübung des Konfrontationsrechts

Vorweg ist festzuhalten, dass die Verfahrensleitung von Amtes wegen einschreiten und eine hinreichende Begutachtung sicherstellen muss, wenn die im Auftrag gestellte Frage nicht oder nur unzureichend beantwortet worden ist; dasselbe gilt, wenn die gutachterlichen Schlussfolgerungen offensichtlich mangelhaft begründet, unwissenschaftlich hergeleitet oder in sich widersprüchlich sind.¹³²¹

Schwieriger gestaltet sich die Ausgangslage, wenn keine offensichtlich erkennbaren Mängel vorhanden sind, das Gutachten jedoch trotzdem fehlerhaft ist. Dies ist unter anderem bei einem ungenauen Gutachten der Fall, das wohl auf sämtliche gutachterlichen Fragestellungen eingeht, aber nicht das gesamte einschlägige Meinungsspektrum in der Wissenschaft berücksichtigt und insbesondere nicht auf anerkannte abweichende Meinungen eingeht.¹³²² Solche

1319 EGMR vom 01.06.2017, *J.M. u.a. v. Österreich*, Nr. 61503/14, 61673/14, 64583/14, § 124 (*e contrario*).

1320 Vgl. auch BERNARD/STUDER, ZStr 2015, 83; in Bezug auf die fehlende Mitwirkung KOHLBACHER, 130 f.; betreffend die fehlende Möglichkeit zur Auswahl, siehe DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 14.

1321 Das Abstellen auf ein nicht schlüssiges Gutachten und der Verzicht auf die zusätzlichen Beweiserhebungen stellen einen Verstoß gegen das Willkürverbot gem. Art. 9 BV dar, siehe BGer, Urteil vom 06.02.2017, 6B_328/2016, E. 6.2; BGer, Urteil vom 06.05.2014, 6B_829/2013, E. 4.1; AGer BS, Urteil vom 17.09.2014, AG.2014.748, E. 4.3.2. Auf ein Gutachten darf nicht abgestellt werden, wenn gewichtige und begründete Tatsachen oder Indizien vorliegen, welche das Zutrauen des Gerichts in die gutachterlichen Ausführungen ernstlich erschüttern, siehe WIPRÄCHTIGER, Aussagepsychologie, 41. Dabei gilt es zu beachten, dass eine Plausibilitätsprüfung gar nicht erst erfolgen kann, wenn es an einer hinreichenden Begründung fehlt, wie die sachverständige Person zu ihren Schlussfolgerungen gelangte, siehe WIPRÄCHTIGER, Gutachten, 319.

1322 StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 189 N 11; HELFENSTEIN, 217 f.; SPIRIG, 435.

mangelhafte wissenschaftliche Auseinandersetzung bei der Interpretation der Untersuchungsergebnisse deutet auf mangelnde Sachkunde hin.¹³²³

Auch wenn keine offensichtlich erkennbaren Mängel im amtlichen Gutachten vorhanden sind, ist die Strafverteidigung verpflichtet, sich eingehend und kritisch mit dem Gutachten auseinanderzusetzen, um allfällige Unstimmigkeiten und methodische Fehler aufzudecken.¹³²⁴ Allerdings dürfte sie hierbei aufgrund ihrer fehlenden Sachkenntnisse in der Regel fachlich überfordert sein.¹³²⁵ In der Rechtswirklichkeit ist die Verteidigung daher oftmals auf die Unterstützung eines Privatgutachters angewiesen, um methodische Mängel oder unstimmbare bzw. undifferenzierte Schlussfolgerungen im Gutachten schlüssig aufzeigen zu können.¹³²⁶ Aus diesem Grund ist es von besonderer Bedeutung, dass die Verteidigung eine sachverständige Person hinzuziehen kann, die die beschuldigte Person in angemessener Weise unterstützt.¹³²⁷

Die Notwendigkeit einer inhaltlichen Qualitätsprüfung von Gutachten ist zumindest im Rahmen der psychiatrischen Begutachtung empirisch nachgewiesen.¹³²⁸ Eine sachlich versierte sachverständige Person sollte zudem in der Lage sein, berechtigte Kritik an ihrem Gutachten ernst zu nehmen, dazu differenziert Stellung zu beziehen und soweit erforderlich ihre gutachterlichen Schlussfolgerungen zu präzisieren.¹³²⁹ In der Praxis stellen sich der Verteidigung, wie sogleich aufgezeigt wird, verschiedene Probleme tatsächlicher Natur.

1323 StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 189 N 13.

1324 Zum Beispiel, wenn sich ein Gutachten nicht hinreichend damit auseinandersetzt, inwiefern eine Behandlungsfähigkeit vorliegt oder die Anordnung einer Massnahme die Legalprognose verbessern könnte, vgl. BStrGer, Beschluss vom 21.07.2014, [BB.2013.131](#), E. 2.4.

1325 RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 533.

1326 Nach Ansicht der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts gehört es sogar zur anwaltlichen Sorgfaltspflicht, einen Privatgutachter hinzuzuziehen, wenn das amtliche Gutachten nach Ansicht der Verteidigung unzureichend ist, siehe BStrGer, Beschluss vom 21.07.2014, [BB.2013.131](#), E. 2.4; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 94; BSK StPO I-HEER, Art. 189 N 7; BRUNNER, Verlässlichkeit, 314 f.

1327 WOHLERS, Parteigutachten, 92.

1328 Im Zusammenhang mit der psychiatrischen Begutachtung wurde nachgewiesen, dass bei Gutachten aus der Romandie bedeutende Unterschiede in der Qualität festzustellen sind, siehe WEBER/SCHAUB/BUMANN/SACHER, 53 f.

1329 HABERMEYER, 74.

a) *Beauftragung einer sachverständigen Person als Parteigutachter*

Häufig wird ein Privatgutachten bereits im Vorverfahren in Auftrag gegeben, weil die Verteidigung von Anfang an davon ausgeht, dass das amtliche Gutachten zu einer aus ihrer Sicht ungünstigen Erkenntnis gelangt.¹³³⁰ Die Verteidigung tut sich indes häufig schwer, geeignete sachverständige Personen für die Ausarbeitung eines Privatgutachtens zu gewinnen.¹³³¹ Parteigutachten haben vor allem im forensisch-psychiatrischen Bereich einen schlechten Ruf.¹³³² Renommiertere sachverständige Personen nehmen Aufträge von Privatpersonen in der Regel gar nicht erst an.¹³³³ Die Zurückhaltung der forensisch tätigen Psychiater ist durchaus nachvollziehbar. Denn sachverständige Personen, die in der Vergangenheit durch Kritik an einem amtlichen Gutachten aufgefallen sind, laufen Gefahr, dass sie bei der Vergabe von künftigen Gutachteraufträgen durch die Staatsanwaltschaft nicht mehr berücksichtigt werden und entsprechend mit finanziellen Einbussen zu rechnen haben. Es erstaunt daher nicht, dass es nach der Praxiserfahrung von ISENRING/MÜLLER zahlreiche sachverständige Personen gibt, die per se keine Privatbegutachtungen übernehmen, weil sie sich nicht dem Risiko aussetzen möchten, für künftige staatliche Auftragsvergaben ausser Betracht zu fallen.¹³³⁴

b) *Kosten des Parteigutachtens*

Nicht jede beschuldigte Person kann sich die Kosten für die Ausarbeitung eines Parteigutachtens leisten. Insofern führt eine restriktive Haltung der Staatsanwaltschaft, die im Zusammenhang mit einer amtlichen Verteidigung keine Kostengutsprachen für ein Parteigutachten im Vorverfahren bewilligt,¹³³⁵ zu einer Zweiklassenjustiz mit finanziell privilegierten und unterprivilegierten beschuldigten Personen.¹³³⁶ Angesichts der Ungewissheit, ob ein Gericht bei der Urteilsöffnung ein Parteigutachten als für die Wahrung der Interessen der beschuldigten Person notwendig und verhältnismässig erachtet, ist es höchst fraglich, ob der anwaltliche Beistand bereit ist, das erhebliche Kos-

1330 DONATSCH, Sachverständige, 363 f.

1331 BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 94; BRUNNER, Verlässlichkeit, 313 f.

1332 HABERMEYER, 67.

1333 BSK StPO I-HEER, Art. 189 N 7.

1334 ISENRING/MÜLLER, 1339.

1335 Vgl. zur ablehnenden Haltung der Staatsanwaltschaft, HEIMGARTNER/HARB, 57: «Parteigutachten: Das Begehren um Begutachtung kann auch vor Gericht noch gestellt werden, weshalb keine Kostengutsprache für ein Parteigutachten im Vorverfahren bewilligt wird».

1336 Kritisch betreffend die Benachteiligung der amtlich Verteidigten, BERNARD, Amtliche Verteidigung, 72 mit Verweisen.

tenrisiko zu tragen und einen Parteigutachter im Vorverfahren zu beauftragen. Ausserdem kann es vorkommen, dass ein Parteigutachten von der Verteidigung überhaupt erst gar nicht eingereicht wird, weil es nicht das gewünschte Ergebnis hervorbracht hat.¹³³⁷ Wenngleich die sachliche Notwendigkeit zum Beizug eines Privatgutachters *ex tunc* zu beurteilen ist, dürfte sich die Verfahrensleitung in einem solchen Fall schwertun, das Parteigutachten als sachlich gerechtfertigt anzuerkennen und für dessen Kosten aufzukommen.

Wenn die amtliche Verteidigung nicht gewillt ist, das erhebliche Kostenrisiko zu tragen, ist es mittellosen beschuldigten Personen de facto verwehrt, die gutachterliche Feststellung mithilfe eines Parteigutachters in wirksamer Weise auf die Probe zu stellen.

c) Unzureichende Dokumentation der Exploration

Für die Überprüfung eines amtlichen Gutachtens ist es von fundamentaler Bedeutung, dass ein Privatgutachter Einsicht in die dem Gutachten zugrundeliegenden Akten nehmen kann,¹³³⁸ um die Schlussfolgerungen nachvollziehen und überprüfen zu können. In dieser Hinsicht ist ein durch die Verteidigung ernannter Gutachter *verfahrensrechtlich* gleich zu behandeln wie die amtlich eingesetzte sachverständige Person.¹³³⁹ Die Verfahrensleitung muss der privat bestellten sachverständigen Person denselben Zugang zu den Dokumenten und Beweistatsachen gewähren wie dem amtlichen Gutachter.¹³⁴⁰

Nach dem Grundsatz der Dokumentationspflicht müssen sämtliche entscheidewesentlichen Umstände in geeigneter Form festgehalten und ins Aktendossier überführt werden.¹³⁴¹ Dazu zählen unter anderem die Gespräche zwischen einem amtlichen Gutachter und der beschuldigten oder der ge-

1337 RUCKSTUHL, Handbuch, N 3.175; LIEBER, 77.

1338 Dem Privatgutachter müssen sämtliche Verfahrensakten zugänglich gemacht werden, vgl. HEER, FS Wiprächtiger, 195 f. Dabei ist darauf zu achten, dass der amtliche Sachverständige die aus seiner Sicht relevanten Aktenschriften bezeichnet, damit überprüft werden kann, ob dem amtlichen Gutachten sämtliche relevanten Dokumente zugrunde lagen, siehe HABERMEYER, 73.

1339 StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 182 N 16 mit Hinweis auf die EGMR-Rspr.; EGE, 317, PEDRAZZI, Rz. 67; CAVEGN, 42: «Ein von der Verteidigung ernannter Sachverständiger ist grundsätzlich gleich zu behandeln wie ein amtlicher Sachverständiger».

1340 Vgl. diesbezüglich auch BGE 144 IV 302, E. 3.3.

1341 Gem. Art. 76 Abs. 3 StPO. Siehe zum Umfang des Aktendossiers, vorstehend Fünfter Teil, Kapitel D.I. Ziff. 1.

schädigten Person im Rahmen einer psychiatrischen oder psychologischen Begutachtung (sog. Explorationsgespräche).¹³⁴²

Teilweise wird im Schrifttum und in der Praxis der kantonalen Obergerichte eine Pflicht zur Aufzeichnung des Explorationsgesprächs verneint. Aus diesem Grund erstaunt es nicht, wenn ein Parteigutachten in der Rechtswirklichkeit oftmals nicht auf einer vollständigen Informationslage beruht,¹³⁴³ weil der Privatgutachter keine oder bloss unzureichende Kenntnis von dem Inhalt eines Explorationsgesprächs hatte. Die Arbeit mit einer vollständigen Informationsgrundlage ist für die Privatbegutachtung hingegen besonders wichtig, weil die richterliche Würdigung des Parteigutachtens entscheidend davon abhängt, ob die Expertise auf einer vollständigen Tatsachengrundlage basiert.¹³⁴⁴ Indem das Explorationsgespräch nicht hinreichend dokumentarisch festgehalten wird, ist es einer privat ernannten sachverständigen Person nur sehr eingeschränkt möglich, die Stichhaltigkeit eines amtlichen Gutachtens zu bewerten und dessen Schlussfolgerungen in Zweifel zu ziehen.¹³⁴⁵ Die unzureichende Dokumentation der Explorationsgespräche macht es einem Gericht folglich einfach, das Parteigutachten als unvollständig abzutun und sich nicht vertieft mit ihm auseinanderzusetzen.

Wenngleich abschliessend festzuhalten ist, dass die StPO es der Verteidigung nicht verbietet, eine sachverständige Person beizuziehen und ein Parteigutachten einzureichen, tun sich in der Rechtswirklichkeit verschiedene faktische Schwierigkeiten hinsichtlich der Überprüfung eines amtlichen Gutachtens auf. Diese Schwierigkeiten können die Verteidigung in der Ausübung ihres Konfrontationsrechts behindern und führen im Einzelfall zu einem substanziellen Nachteil gegenüber der Staatsanwaltschaft.

¹³⁴² In BGer, Urteil vom 12.11.2003, 1P.544/2003, E. 5.4 hielt das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer aussagepsychologischen Begutachtung fest, dass kein Recht auf Bekanntgabe der Tonaufnahme des Gesprächs bestehe, weil die Befragung weitestgehend wörtlich im Protokoll festgehalten wurde. Zur Protokollierungspflicht vgl. auch HEER, FS Wiprächtiger, 192–194, 203; BRUNNER, Begutachtung, 196.

¹³⁴³ Vgl. SPIRIG, 416.

¹³⁴⁴ DONATSCH, Jusletter 2007, Rz. 18 (in Bezug auf Schuldfähigkeitsgutachten).

¹³⁴⁵ Vgl. HEER, FS Wiprächtiger, 203.

VI. Vorschläge *de lege ferenda*

1. Auswahl der sachverständigen Person und Bestimmung der Fragestellung durch eine richterliche Instanz

Um der Gefahr der zielgerichteten Auftragsvergabe zu begegnen, wäre es nach BERNARD/STUDER wünschenswert, wenn nicht die fallführende Staatsanwaltschaft über die Auswahl der sachverständigen Person und die Bestimmung des Gutachterauftrags entscheidet, sondern die Ober- bzw. Generalstaatsanwaltschaft. Ähnlich dem «Büro für amtliche Mandate» könne auch ein «Büro für amtliche Sachverständige» geschaffen werden, das organisatorisch bei der jeweiligen Oberstaatsanwaltschaft angegliedert wäre.¹³⁴⁶ Dies setzt jedoch voraus, dass die kantonalen Staatsanwaltschaften auf organisatorischer Ebene überhaupt eine Ober- bzw. Generalstaatsanwaltschaft vorsehen.¹³⁴⁷ Zudem wird das grundlegende Problem, dass eine staatsanwaltschaftliche Behörde als Prozessgegner die sachverständige Person ernennt und beauftragt, dadurch nicht behoben. Immerhin würde sich gemäss diesem Vorschlag die Problematik ein wenig entschärfen, weil nicht die verfahrensleitende Staatsanwaltschaft gezielt über die Auftragsvergabe und Fragestellung entscheiden könnte.

Ein weiterer Vorschlag, um die Gefahr der zielgerichteten Auftragsvergabe zu bannen, liegt darin, Begutachtungsaufträge im Strafprozess durch eine IT-Plattform nach dem Zufallsprinzip zu vergeben.¹³⁴⁸ Mit einem solchen System könnte die Gutachterbestellung allerdings nicht mehr so flexibel und den Bedürfnissen des Einzelfalls angemessen gestaltet werden. Zudem würde auch hier das Problem der mangelhaften Mitwirkung an der gutachterlichen Fragestellung nicht behoben.

Aus diesem Grund drängt sich im Zusammenhang mit den Modalitäten der Auftragsvergabe an amtliche Sachverständige eine gesetzliche Neuregelung auf. Die Disbalance bei der Gutachterbeauftragung könnte behoben werden, indem eine richterliche Behörde über die Auswahl der sachverständigen Person und den Umfang der gutachterlichen Abklärung entscheidet. Denn bei richtiger Betrachtung handelt es sich bei der Begutachtung durch eine sachverständige Person um eine Zwangsmassnahme.¹³⁴⁹ Im Vordergrund steht

1346 So der Vorschlag von BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 89.

1347 Gem. Art. 14 Abs. 2 StPO ist dies nicht zwingend.

1348 Analog der Auftragsvergabe von polydisziplinären Gutachten durch die IV-Stelle, siehe dazu KOCH, 272 und 276 ff. mit Hinweis auf BGE 137 V 210 sowie Art. 72^{bis} IVV.

1349 Gem. Art. 197 StPO. Vgl. auch HEER, FS Wiprächtiger, 177, 179 f.

dabei die Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit des Exploranden; denkbar ist aber auch die Tangierung des Rechts auf Schutz der Privatsphäre.¹³⁵⁰ Es erscheint deshalb folgerichtig, wenn *de lege ferenda* eine richterliche Instanz über die Auswahl der einzusetzenden sachverständigen Person und die Gutachterfragen bestimmen würde.¹³⁵¹ In vielen Kantonen ist die Bestellung der sachverständigen Person bereits in kantonalen Gesetzen oder Verordnungen näher geregelt.¹³⁵² Bei vorbestehenden, in verschiedene Kategorien aufgegliederten Listen von amtlichen Gutachern wäre es somit vergleichsweise einfach für die zuständige richterliche Instanz, Aufträge an geeignete Fachleute zu vergeben. Gemäss diesem Vorschlag könnten sowohl die Verteidigung als auch die Staatsanwaltschaft einen Antrag hinsichtlich der Person des amtlichen Gutachters stellen.¹³⁵³ Auch der Fragenkatalog würde durch die richterliche Behörde bestimmt, wobei die Verteidigung und die Staatsanwaltschaft Fragen einreichen könnten.

2. Wirksame Möglichkeit, das amtliche Gutachten in der Hauptverhandlung auf die Probe zu stellen

Falls ein Gericht auf ein amtliches Gutachten abstellen möchte, muss die Verteidigung die Möglichkeit haben, die sachverständige Person und deren Schlussfolgerungen im Rahmen der Hauptverhandlung zu überprüfen.¹³⁵⁴ Die Möglichkeit zur Konfrontation in der Hauptverhandlung ist umso wichtiger, wenn der Verteidigung beim Vorgang der Gutachterbestellung und bei der Ausformulierung der Gutachterfragestellung keine effektive Mitwirkungsmöglichkeit zugestanden wurde.¹³⁵⁵

1350 Betreffend die persönliche Freiheit vgl. Art. 5 Ziff. 1 EMRK, Art. 9 IPBPR, Art. 10 Abs. 2 BV. Hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre vgl. Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV.

1351 Dies würde für sämtliche Begutachtungen mit Ausnahme der Laboruntersuchungen i.S.v. Art. 184 Abs. 3 StPO gelten. Vgl. auch BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 91 f.

1352 Gestützt auf Art. 183 Abs. 2 StPO. In Zürich ermächtigt § 123 GOG ZH den Regierungsrat und das Obergericht, Regeln zur Gutachterbestellung aufzustellen. Diese Kompetenz wurde dahingehend wahrgenommen, dass eine Verordnung in Kraft gesetzt wurde, welche ein Sachverständigenverzeichnis für verschiedene Arten von Gutachten vorsieht, siehe § 10 PPGV Zürich.

1353 Damit wäre ein effektives Mitspracherecht, wie es in der Lehre verlangt wird (WOHLERS, Sachverständige, 457), gewährleistet.

1354 Vgl. WOHLERS, Sachverständige, 458 f.; EGMR vom 25.07.2013, *Khodorkovskiy und Lebedev v. Russland*, Nr. 11082/06 und 13772/05, § 712; EGMR vom 11.12.2008, *Mirilashvili v. Russland*, Nr. 6293/04, § 190. Siehe auch vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel G.IV.

1355 Vgl. EGMR vom 27.03.2014, *Matysina v. Russland*, Nr. 58428/10, §§ 173 und 175.

Damit von dem Recht auf Konfrontation in der Hauptverhandlung wirksam Gebrauch gemacht werden kann, muss ein von der Verteidigung beauftragter Privatgutachter das Recht haben, bei der Befragung des amtlichen Gutachters und weiteren relevanten Beweiserhebungen vor Gericht anwesend zu sein.¹³⁵⁶ Andernfalls wäre der Privatgutachter nicht in der Lage, die Verteidigung in Bezug auf die mündlichen Ausführungen der amtlich bestellten sachverständigen Person zu beraten und sie beim Stellen von Ergänzungsfragen wirksam zu unterstützen.¹³⁵⁷ Das Anwesenheitsrecht des Privatgutachters an der Hauptverhandlung ist insbesondere deshalb notwendig, weil sich im Verlauf der Befragung völlig neue Aspekte auf tun können, auf die im Rahmen des Privatgutachtens überhaupt noch nicht eingegangen werden konnte.¹³⁵⁸

Das Gericht ist demgegenüber nicht verpflichtet, einen Parteigutachter im Rahmen der Hauptverhandlung zu befragen. Dies gilt selbst in Fällen, in denen die amtliche sachverständige Person in der Hauptverhandlung befragt wird.¹³⁵⁹ Wenn ein Antrag auf Befragung des Privatgutachters in der Hauptverhandlung abgelehnt wird, handelt es sich der Sache nach um eine antizipierte Beweiswürdigung durch das Gericht.¹³⁶⁰ Damit eine wirksame Konfrontation unter Zuhilfenahme eines Privatgutachters in der Hauptverhandlung überhaupt möglich ist, müssen die zuvor festgestellten tatsächlichen Schwierigkeiten *im Vorverfahren* behoben werden.

1356 Vgl. BGE 127 I 73, E. 3f; BGer, Urteil vom 02.05.2017, 6B_53/2017, E. 1.4.1 m.w.H. Die Möglichkeit der Unterstützung durch einen Privatgutachter bei der Konfrontation der amtlich ernannten sachverständigen Person wird vom EGMR als gewichtiger Umstand anerkannt, welcher die Verfahrensbalance beim Sachverständigenbeweis gewährleistet, siehe EGMR vom 01.06.2017, *J.M. u.a. v. Österreich*, Nr. 61503/14, 61673/14, 64583/14, § 125.

1357 WOHLERS, Parteigutachten, 92. Dieser Aspekt ist ebenfalls in BGE 127 I 73, E. 3f/cc angesprochen.

1358 BGE 127 I 73, E. 3f/dd; WOHLERS, Parteigutachten, 92.

1359 BGer, Urteil vom 06.02.2017, 6B_328/2016, E. 6.1. Zumindest solange die Möglichkeit besteht, den amtlichen Gutachter mit den Feststellungen des Privatgutachters zu konfrontieren, und jener auf die einzelnen Kritikpunkte eingeht, vgl. EGMR vom 04.04.2013, *C.B. v. Österreich*, Nr. 30465/06, § 44.

1360 Darin ist keine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erblicken, vgl. BGer, Urteil vom 27.01.2014, 6B_215/2013, E. 1.2 m.w.H.

a) *Kompetenz zur Auswahl sachverständiger Personen bei einer richterlichen Behörde*

Wenn die Kompetenz zur Auswahl der sachverständigen Person, wie vorgeschlagen,¹³⁶¹ einer richterlichen Instanz übertragen würde, hätte dies aller Voraussicht nach einen positiven Effekt auf die Möglichkeit der Verteidigung, einen Sachverständigen beauftragen zu können. Die privat bestellte sachverständige Person müsste nicht mehr das Ausbleiben zukünftiger Aufträge und die finanziellen Einbussen befürchten. Dies hätte wohl auch zur Folge, dass die sachverständigen Personen ihre Tätigkeit im Auftrag der Verteidigung nicht mehr als persönliche Kritik am amtlichen Sachverständigen, sondern als bedeutsamen Beitrag zur Qualitätssicherung eines Gutachtens verstehen würden. Mit einem solchen Umdenken wäre bereits viel erreicht.

b) *Kostenvorschuss für die Ausarbeitung eines Methodikgutachtens*

Im Rahmen der amtlichen Verteidigung werden die Aufwendungen der Verteidigung entschädigt, sofern diese im kausalen Zusammenhang mit der Wahrung der Beschuldigteninteressen stehen, notwendig sind und verhältnismässig ausfallen.¹³⁶² Die entscheidende Frage ist, ob die Einholung eines Privatgutachtens notwendig ist. Wenn aus Sicht der Verteidigung wesentliche Fragen offenbleiben oder sich ernsthafte Zweifel an den Schlussfolgerungen im amtlichen Gutachten aufdrängen, ist die Privatbegutachtung nach hier vertretener Ansicht notwendig und somit zumindest dem Grundsatz nach entschädigungspflichtig.¹³⁶³ Es obliegt jedoch der Verteidigung, die Relevanz eines Privatgutachtens im Einzelfall nachzuweisen.¹³⁶⁴

Der kategorische Ausschluss der Bezahlung eines Kostenvorschusses für die Ausarbeitung eines Privatgutachtens im Zusammenhang mit der amtlichen Verteidigung ist nicht gerechtfertigt. Denn eine wirksame Verteidigung kann

¹³⁶¹ Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel G.VI. Ziff. 1.

¹³⁶² Mit Verweis auf [Art. 29 Abs. 3 BV](#), siehe BStrGer, Verfügung vom 16.10.2014, [BB.2014.54](#), E. 3.

¹³⁶³ Gl. M. LIEBER, in PR 97 (2008), Nr. 149, 953–955; WOHLERS, Parteigutachten, 89; DERS., Sachverständige, 458. Auch im Zusammenhang mit einer Wahlverteidigung kann das Einholen einer Privatexpertise im Sinne einer effektiven Verteidigung geboten sein. Drängen sich Zweifel am amtlichen Gutachten auf, sind die Kosten der notwendigen Privatexpertise mittels Parteientschädigung zu erstatten, vgl. LIEBER, 77 mit Hinweis auf DONATSCH, Sachverständige, 375.

¹³⁶⁴ Vgl. BStrGer, Beschluss vom 18.07.2017, [BB.2017.60](#), E. 4.3.

das Einholen eines Privatgutachtens gebieten, obwohl vorderhand ungewiss ist, ob die Aufwendungen danach vom Gericht zurückerstattet werden. Nach hier vertretener Ansicht müsste die Staatsanwaltschaft, auf begründeten Antrag hin, fixe Kostenvorschüsse gewähren, um es der Verteidigung zu ermöglichen, glaubhaft gemachte Schwächen im amtlichen Gutachten vor Gericht aufzeigen und auf alternative Sichtweisen hindeuten zu können. Die Höhe des Kostenvorschusses sollte ausreichen, um ein methodenkritisches Parteigutachten ausarbeiten zu können, das keine persönliche Untersuchung des Privatgutachters voraussetzt.¹³⁶⁵

c) *Anwesenheitsrecht des Privatgutachters an einem Explorationsgespräch, audiovisuelle Aufzeichnung*

Im Schrifttum wird teilweise die Forderung nach einem Anwesenheitsrecht der Verteidigung an den Explorationsgesprächen erhoben.¹³⁶⁶ Ein solches Recht ergibt sich jedoch weder aus der Judikatur des EGMR noch aus den Teilnahmerechten der Verteidigung in der Strafuntersuchung gemäss StPO.¹³⁶⁷ Zur Wahrung des Prinzips der Waffengleichheit sollte jedoch der privat ernannten sachverständigen Person beim Explorationsgespräch ein Anwesenheitsrecht eingeräumt werden. Dies ist insofern kein neuer Vorschlag, als dies bereits vor Einführung der gesamtschweizerischen StPO im Kanton Tessin gesetzlich vorgesehen war.¹³⁶⁸ Gegen ein solches Recht wird eingewandt, dass ein entsprechendes Gesuch im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens zwar

¹³⁶⁵ Bei der psychiatrischen Begutachtung werden hauptsächlich diagnostische und kriminalprognostische Gesichtspunkte überprüft, siehe HABERMEYER, 72. Siehe zur Methodik von Gutachten allgemein RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 1679 und spezifisch hinsichtlich psychiatrischer Gutachten, TONDORF/TONDORF, 51–59.

¹³⁶⁶ BRUNNER, Begutachtung, 196 f.; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 92 f., 97; SANER, 136 ff.; ISENING/MÜLLER, 1342.

¹³⁶⁷ HEER verweist darauf, dass Art. 147 Abs. 1 StPO ein generelles Anwesenheitsrecht der Verteidigung nur bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht vorsieht, siehe BSK StPO I-HEER, Art. 185 N 36 (relativierend HEER, FS Wiprächtiger, 203). Das Anwesenheitsrecht der Verteidigung an der Exploration ebenfalls ablehnend StPO Kommentar-DONATSCH, Art. 185 N 41; CR CCP-VUILLE, Art. 185 N 15; KGer LU, Entscheid vom 12.08.2014, LGVE 2014, Nr. 16, E. 4.2; SCHMID, Gutachten, 830; SCHEIDEGGER, 384 f. A.M. BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, 92 f.; JEANNERET/KUHN, N 13011; SANER, 136 f., 141 f. Das Bundesgericht geht in einem neueren Grundsatzentscheid ebenfalls nicht von der Teilnahmeberechtigung der Verteidigung beim Explorationsgespräch aus, siehe BGE 144 I 253, E. 3.7 f.

¹³⁶⁸ Dies war gemäss der früher geltenden StPO des Kantons Tessin vom 19. Dezember 1994 möglich, siehe PEDRAZZI, Rz. 78 i.V.m. Rzn. 58 f.

gestellt, jedoch letztendlich zurückgezogen wurde. Es ist indes nicht ersichtlich, weshalb eine von der Verteidigung ernannte sachverständige Person, die im Unterschied zum anwaltlichen Beistand das erforderliche Fachwissen aufweist,¹³⁶⁹ nicht bei der Exploration anwesend sein darf, zumal kein Grund zur Annahme besteht, dass der Beizug einer weiteren sachverständigen Person die gutachterliche Sachverhaltsermittlung beeinträchtigt. Es sei daran erinnert, dass das Geltendmachen von Verteidigungsrechten nicht bloss hypothetisch möglich sein darf. Nur mithilfe eines Privatgutachters ist es der Verteidigung möglich, in *wirksamer Weise* von ihrem Konfrontationsrecht in der Hauptverhandlung Gebrauch zu machen. Aus diesen Gründen muss es dem privat ernannten Sachverständigen erlaubt sein, an Explorationsgesprächen anwesend zu sein.¹³⁷⁰

Unabhängig davon, ob ein Privatgutachter bei einem Explorationsgespräch anwesend sein darf oder nicht, muss eine vollständige Protokollierung der Fragen und Antworten eines Explorationsgesprächs sichergestellt sein. Nur die vollständige Protokollierung ermöglicht es einem Parteigutachter, der zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt hinzugezogen wurde, das wissenschaftliche und methodische Vorgehen bei der Ausarbeitung eines psychiatrischen oder psychologischen Gutachtens kritisch zu hinterfragen.

Einfacher als die schriftliche Protokollierung wäre es, wenn das Explorationsgespräch audiovisuell aufgezeichnet würde.¹³⁷¹ Denn eine audiovisuelle Aufzeichnung ist authentischer und erfasst auch die Mimik und Gestik.¹³⁷² Nicht zuletzt bietet sie auch Gewähr, dass die sachverständige Person ihre Pflichten zur Belehrung und zur Vermeidung unzulässiger Einwirkung ein-

1369 Vgl. zu diesem Kriterium ZR 110 (2011), III.

1370 Vgl. auch CR CPP-VUILLE, Art. 185 N 15. Ferner besteht auch ein Eigeninteresse des amtlichen Sachverständigen an der Qualitätssicherung seines Gutachtens, vgl. NEDOPIL/DITTMANN/KIESEWETTER, 128 f.

1371 Gem. Art. 76 Abs. 4 StPO können sämtliche Verfahrenshandlungen, die der Protokollierungspflicht unterstehen, auch audiovisuell aufgezeichnet werden. Um allfällige Opferchutzinteressen, insbesondere in Bezug auf den Schutz der Persönlichkeit hinsichtlich der missbräuchlichen Weiterverbreitung solcher audiovisuellen Aufnahmen, gerecht zu werden, wäre es denkbar, dass eine audiovisuelle Aufzeichnung des Explorationsgesprächs nur in den Räumlichkeiten der Verfahrensleitung visiert werden darf, vgl. dazu SCHEIDEGGER, 218.

1372 So auch HEER, FS Wiprächtiger, 203. Siehe zum Vorteil der audiovisuellen Aufzeichnung auch MELUNOVIC, 602.

gehalten hat.¹³⁷³ Aus all diesen Gründen sollte die audiovisuelle Aufzeichnung nach hier vertretener Ansicht den Vorzug erhalten.

¹³⁷³ Siehe zu den (unklaren) Pflichten, welche die sachverständige Person bei der Befragung einzuhalten hat, OBERHOLZER, Begutachtung 52 f.; HEER, FS Wiprächtiger, 177, 190 ff.; BRUNNER, Begutachtung, 195 f.

**Sechster Teil:
Zusammenfassung der
Ergebnisse und Ausblick**

A. ZUSAMMENFASSUNG

In Anbetracht des extremen Ungleichgewichts zwischen den Strafverfolgungsbehörden und der beschuldigten Person kommt dem Prinzip der Waffengleichheit materieller Charakter zu,¹³⁷⁴ wie bereits im Zuge der Reformation des Strafprozesses erkannt wurde.¹³⁷⁵ Die strukturell angelegte Vormachtstellung der Strafverfolgungsbehörde verlangt nach einer Ausgestaltung des Strafverfahrens, die bei der Beweiserhebung und kontradiktorischen Auseinandersetzung mit den Beweismitteln eine gewisse Balance zwischen den Verfahrensparteien gewährleistet.¹³⁷⁶ Daher muss, um den Anforderungen der «Waffengleichheit» im Strafprozess gerecht zu werden, im entscheidenden Beweisverfahren eine Balance zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person erzielt werden.

Die geltende StPO erlaubt sowohl konzeptionell als auch in der Praxis die schwerpunktmässige Erhebung der Beweise und deren kontradiktorische Erörterung im Vorverfahren.¹³⁷⁷ Daher muss das Prinzip der Waffengleichheit auch auf die Prozesshandlungen im schweizerischen Vorverfahren Anwendung finden.¹³⁷⁸ Anhand empirischer Daten konnte nachgewiesen werden, dass die geltende Regelung des Vorverfahrens das Potenzial birgt, die beschuldigte Person bei der Geltendmachung ihrer Position gegenüber der Staatsanwaltschaft in mannigfacher Weise substanziell zu benachteiligen. Die Unterregulierung des Vorverfahrens und die unklare Regelung bei der Gewährung der Verteidigungsrechte stellen unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit» gewichtige Probleme im schweizerischen Strafprozess dar. Häufig liegt die Gewährleistung der Verteidigungsrechte im Vorverfahren im alleinigen Ermessen der Strafverfolgungsbehörden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn entscheidende Verfahrensschritte ins Verfahrensstadium der Untersuchung verschoben werden, in welchem – zumindest in der Theorie – die kontradiktorische Auseinandersetzung mit den Beweismitteln unter der Leitung der Staatsanwaltschaft, also der prozessualen Gegenpartei der beschuldigten Person, erfolgt.

1374 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel B.II. Ziff. 1 und Kapitel F.

1375 Siehe vorstehend, Erster Teil, Kapitel B.III.

1376 Siehe vorstehend, Dritter Teil, Kapitel B.II. Ziff. 2.

1377 Siehe vorstehend, Viertes Teil, Kapitel C und Fünftes Teil, Kapitel E.I. Ziff. 3.

1378 Siehe vorstehend, Viertes Teil, Kapitel D.

I. Festgestellte Probleme

Es besteht die konkrete Gefahr einer Disbalance hinsichtlich der Möglichkeiten der beschuldigten Person, ihre Sichtweise zu präsentieren. Denn solange die Aufklärung über den Rechtsanspruch auf einen «Anwalt der ersten Stunde» und die damit verbundenen Modalitäten nicht näher geregelt werden, steht es im alleinigen Ermessen der Strafverfolgungsbehörden, inwiefern die beschuldigte Person hierüber aufgeklärt wird.¹³⁷⁹ Überdies kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Staatsanwaltschaft ihre verfahrensleitende Stellung dazu missbraucht, das Recht auf eine amtliche bzw. notwendige Verteidigung zu unterminieren, indem sie die Anspruchsvoraussetzungen negiert oder die Einsetzung hinauszögert.¹³⁸⁰ Im Zusammenhang mit den zahlreichen Fällen amtlicher Verteidigung steht die in einigen Kantonen vorgesehene Kompetenz der fallführenden Staatsanwaltschaft zur Auswahl ihres Prozessgegners im Widerspruch zum Prinzip der Waffengleichheit.¹³⁸¹ Die festgestellten Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Recht auf einen anwaltlichen Beistand fallen besonders ins Gewicht, weil ohne dessen Unterstützung die wirksame Wahrnehmung der weiteren Verteidigungsrechte im Regelfall nicht möglich ist.

Auch die unklare Regelung, wie und wann die beschuldigte Person über den konkreten Tatvorwurf aufgeklärt werden muss, kann bei schwerpunktmässiger Beweiserhebung im Vorverfahren einen substanziellen Nachteil gegenüber der Staatsanwaltschaft bewirken.¹³⁸²

Ein weiteres gewichtiges Problem der «Waffengleichheit» ist die selektive Aktenführung durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft,¹³⁸³ die es der Verteidigung verunmöglicht, von allen entscheidungswesentlichen Umständen Kenntnis zu erhalten. Infolge der unklaren und interpretationsbedürftigen Gesetzesbestimmung steht zudem zu befürchten, dass die Staatsanwaltschaft der Verteidigung die Akten zu einem möglichst späten Verfahrenszeitpunkt zukommen lässt.¹³⁸⁴

1379 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel B.I. Ziff. 4.

1380 In Bezug auf die notwendige Verteidigung, siehe vorstehend Fünfter Teil, Kapitel B.II. Ziff. 3. In Bezug auf die amtliche Verteidigung, siehe vorstehend Fünfter Teil, Kapitel B.III.

1381 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel B.IV. Ziff. 1.

1382 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel C.II.

1383 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel D.II. Ziff. 1.

1384 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel D.II. Ziff. 2.

Auch die unter der geltenden Gesetzeslage bestehende Möglichkeit zur systematischen Durchführung von Konfrontationseinvernahmen ausschliesslich im Untersuchungsverfahren ist nicht mit dem Prinzip der Waffengleichheit in Einklang zu bringen.¹³⁸⁵ Zu gross ist das Risiko, dass die verfahrensbeherrschende Stellung der Staatsanwaltschaft eine angemessene Konfrontationsmöglichkeit im Einzelfall verhindert.

Hinzu kommt, dass der beschuldigten Person bzw. ihrer Verteidigung in Bezug auf das Recht, mit Beweisanträgen auf die Untersuchungsführung einzuwirken, hohe prozessuale Hürden auferlegt werden; dadurch bleibt es ihr gemäss geltender Rechtsprechung weitgehend verwehrt, eigene Beweise zur Untermauerung ihrer Beweisanträge beizubringen.¹³⁸⁶ Bedenkt man zudem die Möglichkeit der antizipierten Beweiswürdigung, besteht die begründete Befürchtung, dass die beschuldigte Person vor vollendete Tatsachen gestellt wird, ohne dass sie sich im entscheidenden Untersuchungsverfahren für eine alternative Sichtweise hätte einsetzen können.

Schliesslich kann sich auch der eingeschränkte Einfluss auf die Bestellung einer sachverständigen Person und die Formulierung der gutachterlichen Fragestellung als substanzieller Nachteil der Verteidigung erweisen.¹³⁸⁷ Besonders gravierend ist die fehlende Mitwirkung der Verteidigung insofern, als verfahrensrechtlich nicht sichergestellt ist, dass sie mithilfe von Aufzeichnungen der Explorationsgespräche die Schlussfolgerungen im amtlichen Gutachten nachvollziehen und überprüfen kann. Damit ist ihr eine wirksame Konfrontation in der Hauptverhandlung nahezu verunmöglicht.¹³⁸⁸

II. Vorschläge zur Verbesserung

In der vorliegenden Arbeit wurde aufgezeigt, wie die festgestellten Probleme *de lege ferenda* behoben oder zumindest entschärft werden könnten, um dem Prinzip der Waffengleichheit im schweizerischen Vorverfahren Genüge zu tun.

Damit überhaupt ein Gegengewicht zur Sichtweise der Staatsanwaltschaft entstehen kann, muss gewährleistet sein, dass die beschuldigte Person um-

¹³⁸⁵ Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel E.II. Ziff. 2.

¹³⁸⁶ Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel F.II.

¹³⁸⁷ Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel G.V Ziff. 1.

¹³⁸⁸ Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel G.V. Ziff. 2.

fassend über ihr Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde» aufgeklärt wird und nicht auf eine amtliche und/oder notwendige Verteidigung verzichtet, obwohl ein Rechtsanspruch besteht. Angesichts der Relevanz der ersten Aussagen im Strafverfahren ist ein besonderes Augenmerk auf den Zeitpunkt der Sicherstellung einer notwendigen Verteidigung zu legen. Um zu verhindern, dass die beschuldigte Person in Unkenntnis ihres Rechts auf den Beizug eines anwaltlichen Beistands verzichtet oder ihr die notwendige Verteidigung verspätet zur Seite gestellt wird, ist gemäss dem hier vertretenen Vorschlag ein kostenloser «Anwalt der ersten drei Stunden» einzuführen.¹³⁸⁹

Gemeinhin könnte die Situation im Vorverfahren stark verbessert werden, wenn die Rechtsprechung ihrer positiven Schutzpflicht nachkommen und im Zusammenhang mit der Ausübung bestimmter Verteidigungsrechte striktere Vorgaben machen würde. So müsste die verspätete oder unvollständige Orientierung über den Tatvorwurf zu einer absoluten Unverwertbarkeit der fraglichen Einvernahme führen.¹³⁹⁰ Zudem müsste sichergestellt sein, dass sich die Verteidigung gegen eine selektive Aktenführung bereits im Vorverfahren auf dem Beschwerdeweg effektiv zur Wehr setzen kann.¹³⁹¹ Im Zusammenhang mit der Möglichkeit, aktiv auf das Beweisverfahren einzuwirken, ist die Aufklärung einer unverteidigten Person über ihr Recht auf Stellung von Beweis-anträgen essenziell.¹³⁹² Die Staatsanwaltschaft sollte gleichzeitig nur sehr restriktiv Beweisanträge in vorweggenommener Würdigung ablehnen dürfen.¹³⁹³

Zur Widerlegung der Schlussfolgerungen in einem amtlichen Gutachten ist häufig die Beiziehung einer Privatgutachterin oder eines Privatgutachters erforderlich. Die Rechtsprechung müsste dafür Sorge tragen, dass auch amtlich verteidigte Personen in begründeten Fällen eine sachverständige Person zur Ausarbeitung eines Methodikgutachtens beiziehen können.¹³⁹⁴ Im Hinblick auf eine wirksame Konfrontation in der Hauptverhandlung sollte den privat beauftragten sachverständigen Personen ein Anwesenheitsrecht an den Explorationsgesprächen eingeräumt werden.¹³⁹⁵ Ferner müsste die Rechtsprechung

1389 Siehe zu diesem Vorschlag vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel B.V. Ziff. 1.

1390 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel C.III.

1391 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel D.III. Ziff. 1.

1392 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel F.III. Ziff. 1.

1393 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel F.III. Ziff. 2.

1394 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel G.VI. Ziff. 2b.

1395 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel G.VI. Ziff. 2c.

auf der Grundlage der Dokumentationspflicht die vollständige Protokollierung oder audiovisuelle Aufzeichnung der Explorationsgespräche vorgeben.¹³⁹⁶

Auf eine *gesetzliche Neuregelung* kann indes nicht vollständig verzichtet werden. Eine solche drängt sich insbesondere hinsichtlich der Festlegung des Verfahrenszeitpunkts der Akteneinsicht auf, die der Rechtsprechung des EGMR zufolge nach der erstmaligen Befragung bzw. Einvernahme der beschuldigten Person zu gewähren ist.¹³⁹⁷ Zudem müsste auf Gesetzesstufe klar geregelt sein, inwiefern es der Verteidigung zur Untermauerung eines Beweisanspruchs erlaubt ist, privat Zeugen zu befragen.¹³⁹⁸

Aufgrund der Verschiebung entscheidender Verfahrensschritte ins Vorverfahren erscheint es unumgänglich, dass punktuell eine richterliche Instanz über die Einhaltung der Verteidigungsrechte wacht. Die bestehende Organisation der schweizerischen Strafrechtspflege legt es nahe, diese Funktion im Vorverfahren dem *Zwangsmassnahmengericht* zu übertragen, das als eines der Korrektive zur staatsanwaltschaftlichen Übermacht im Untersuchungsverfahren figuriert. Eine Möglichkeit, die gefährdete Stellung der beschuldigten Person im Vorverfahren zu verbessern, besteht darin, das Zwangsmassnahmengericht für die Auswahl und den Widerruf der amtlichen Verteidigung,¹³⁹⁹ die Leitung von ausnahmsweise im Untersuchungsverfahren durchzuführen-ende Konfrontationseinvernahmen¹⁴⁰⁰ sowie für die Auswahl der amtlich eingesetzten sachverständigen Person und die Formulierung der Gutachterfragen zuständig zu machen.¹⁴⁰¹

B. AUSBLICK

Die Frage, inwieweit die geltende StPO den Anforderungen an das Waffengleichheitsprinzip genügt, kann nicht losgelöst von der konkreten Ausgestaltung eines Strafverfahrens beantwortet werden. Es besteht mit anderen Worten ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Waffengleichheitsprinzip und weiteren Prozessmaximen. Eine Abhandlung über das Prinzip der

1396 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel G.VI. Ziff. 2c.

1397 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel D.III. Ziff. 2.

1398 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel F.III. Ziff. 3.

1399 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel B.V. Ziff. 2.

1400 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel E.III. Ziff. 3.

1401 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel G.VI. Ziff. 1 und Ziff. 2a.

Waffengleichheit erfordert daher zwingend eine Auseinandersetzung mit der *Grundkonzeption des Strafverfahrens* und der gelebten Verfahrenspraxis. Anhand dieser Arbeit wurde aufgezeigt, dass die schwerpunktmässige Auseinandersetzung mit den jeweiligen Beweismitteln im Untersuchungsverfahren unter der Leitung der Staatsanwaltschaft unter dem Gesichtspunkt der «Waffengleichheit» äusserst problematisch ist. Um der systemimmanenten Gefahr einer substanziellen Benachteiligung im Einzelfall entgegenzuwirken,¹⁴⁰² sollte, sofern an der schwerpunktmässigen Beweiserhebung im Vorverfahren festgehalten wird, die Kompetenz der Zwangsmassnamengerichte erweitert werden. Müsste die Staatsanwaltschaft die Konfrontation eines Belastungszeugen spezifisch vor dem Zwangsmassnahmengericht begründen, würde das Untersuchungsverfahren nach meinem Dafürhalten vor einer Überladung, ohne entsprechende institutionelle Absicherungen, geschützt.

Zu betonen bleibt, dass diese Abhandlung nicht sämtliche Problemfelder behandelt, die sich aufgrund der Verschiebung entscheidender Verfahrensschritte ins Untersuchungsverfahren und der verfahrensleitenden Stellung der Staatsanwaltschaft unter dem Blickwinkel der «Waffengleichheit» auf tun. Die verfahrensleitende Stellung der Staatsanwaltschaft kann sich beispielsweise auch bei der Gewährung der Teilnahmerechte im Untersuchungsverfahren als missbrauchsanfällig erweisen. Diese Problematik dürfte sich sogar noch verschärfen, da die vorgesehene Revision der StPO der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit gibt, die Verteidigung von der Teilnahme auszuschliessen.¹⁴⁰³ Die vorliegende Arbeit beschränkt sich jedoch auf die Betrachtung derjenigen Verteidigungsrechte, die sich eindeutig aus [Art. 6 EMRK](#) ableiten lassen. Angesichts der schier unbegrenzten Möglichkeiten der verfahrensleitenden Staatsanwaltschaft, die Verteidigungsrechte der beschuldigten Person in unsachlicher Art und Weise einzuschränken, fragt es sich, ob zur Wahrung der «Waffengleichheit» nicht eine Veränderung in der konzeptionellen Ausgestaltung des schweizerischen Strafverfahrens notwendig ist.

In diesem Zusammenhang könnte man beim Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung vor Gericht ansetzen. Falls die Möglichkeit des Gerichts, einen relevanten Zeugen in antizipierter Beweiswürdigung abzulehnen, *gesetzlich* eingeschränkt würde, käme es in der Folge vermehrt zur kontradiktorischen Erörterung der Beweise vor Gericht. Soweit zusätzliche

¹⁴⁰² Vgl. zum substanziellen Nachteil vorstehend, Dritter Teil, Kapitel D.

¹⁴⁰³ Vgl. [Art. 147a Abs. 1 und 2 VE-StPO 2017](#).

verfahrensrechtliche Sicherungen gegen eine übermässige Einschränkung der Teilnahmerechte in der Untersuchung bestehen, würde die strikte Einhaltung des Unmittelbarkeitsprinzips weitgehend Gewähr dafür bieten, dass die von der Verteidigung beantragten Zeugen unter Wahrung der «Waffengleichheit» vor einem unparteiischen Gericht einvernommen und konfrontiert werden können.¹⁴⁰⁴ Zugleich könnte eine solche Regelung, indem sie die eigenständige richterliche Entscheidungsfindung stärken würde, dem Bedeutungsverlust der Justiz entgegenwirken.¹⁴⁰⁵ Wenngleich die Beschränkung der antizipierten Beweiswürdigung auch bei der gegenwärtigen Organisation der Strafjustiz möglich wäre, darf nicht unterschlagen werden, dass es damit in gewissen Kantonen zu einer eigentlichen Umwälzung ihrer Verfahrensabläufe kommen würde. Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass ein einseitig durchsetzbares Zeugenladungsrecht der Verteidigung bei einem sorgfältig abgeklärten Tatvorwurf in der Untersuchung zu einer unnötigen Doppelspurigkeit des Verfahrens führen kann. So sind es wohl vor allem prozessökonomische Überlegungen, die gegen eine gesetzliche Einschränkung der antizipierten Beweiswürdigung des Gerichts sprechen.

Naheliegender wäre es angesichts der Verfahrenswirklichkeit in der Schweiz, das Prinzip der Waffengleichheit bei der Mitwirkung der Verteidigung im Vorverfahren sicherzustellen.¹⁴⁰⁶ Falls an der schwerpunktmässigen Auseinandersetzung mit den Beweismitteln im Vorverfahren festgehalten wird, bedarf es aber notwendigerweise zusätzlicher institutioneller Absicherungen der Verfahrensfairness, und zwar in einem möglichst frühen Verfahrensstadium. Eine solche Absicherung könnte durch die Wiedereinführung des Instituts des Untersuchungsrichteramts erzielt werden.¹⁴⁰⁷ Die Untersuchungsrichter könnten auch Teil des später urteilenden Spruchkörpers sein; allerdings dürfte ihnen diesfalls keine Kompetenz zur Anordnung von Zwangsmassnahmen zustehen, da sie sich ansonsten bereits ein vorläufiges Urteil über die Beweislage bilden müssten. Die Einführung des Untersuchungsrichteramts wäre also nicht zwingend mit einem allzu hohen personellen und finanziellen

1404 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel E.III. Ziff. 1.

1405 Vgl. ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 184, 192 f.; DERS., Strafrecht, 397, der den Grundsatz der beschränkten Unmittelbarkeit sowohl unter dem Aspekt des Rechts auf einen verfassungsmässigen Richter als auch unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips als bedenklich einstuft. Zum Demokratieprinzip des Öffentlichkeitsgrundsatzes, vgl. auch BOMMER, FS Trechsel, 678 f.

1406 Vgl. auch KRAUSS, Unmittelbarkeit I, 87.

1407 Siehe vorstehend, Fünfter Teil, Kapitel E.III. Ziff. 2.

Mehraufwand verbunden. Die vorgeschlagene Neuorganisation des schweizerischen Untersuchungsverfahrens würde dem Prinzip der Waffengleichheit insofern gerecht, als eine unparteiische Instanz über die Gewährung der Verteidigungsrechte im entscheidungswesentlichen Untersuchungsverfahren wachen würde. So wären die Untersuchungsrichter gemäss diesem Modell für die Auswahl und den Widerruf der amtlichen Verteidigung, die Einsetzung einer sachverständigen Person und den dieser vorzulegenden Fragenkatalog zuständig; darüber hinaus könnten sie die Konfrontationseinvernahmen im Untersuchungsverfahren leiten, wobei sie *de lege ferenda* auch über den Ausschluss der Verteidigung an den ersten Einvernahmen von Zeugen, mitbeschuldigten Personen etc. zu befinden hätten. Das Untersuchungsrichteramt könnte hierbei als *wirksames Korrektiv zur faktischen Dominanz der Staatsanwaltschaft* dienen, indem es bspw. auch über die rechtzeitige und vollständige Akteneinsicht im Rahmen der Konfrontationseinvernahme wachen würde oder über die Höhe der Entschädigung der amtlichen Verteidigung bei einer Verfahrenseinstellung in der Untersuchung zu befinden hätte. Zumindest auf theoretischer Ebene wäre die Variante der Wiedereinführung des Untersuchungsrichteramts eine pragmatische, zielführende und der gelebten Verfahrenswirklichkeit in der Schweiz angepasste Lösung zur institutionellen Absicherung der Verfahrensfairness im entscheidenden Vorverfahren.

Die Variantenbildung zeigt auf, dass es eine einzig richtige Vorgehensweise zur Wahrung der «Waffengleichheit» im schweizerischen Vorverfahren nicht gibt. Viele der im Zuge dieser Dissertation herausgearbeiteten Verbesserungsvorschläge orientieren sich an der Verfahrenswirklichkeit des schweizerischen Strafverfahrens, ohne dass der Anspruch erhoben wird, sämtliche organisatorischen Einzelheiten der jeweiligen Verbesserungsvorschläge bedacht oder ausgearbeitet zu haben. Das Ziel dieser Arbeit liegt vielmehr darauf, ein Bewusstsein dafür zu schaffen, wie wichtig der institutionelle Rahmen bei der Ausübung der Verteidigungsrechte im entscheidenden Verfahrensstadium ist.

In einem prozessualen und institutionellen Vakuum kann kein Gegengewicht zur starken Stellung der Strafverfolgungsbehörden entstehen. Es ist mit dem Prinzip der Waffengleichheit nicht vereinbar, wenn die kontradiktorische Auseinandersetzung mit den Beweismitteln als wesensimmanenter Teil des Strafverfahrens aus der institutionell abgesicherten Verfahrensstruktur herausgelöst wird. In diesem Zusammenhang gilt es sich vor Augen zu führen, dass das Prinzip der Waffengleichheit nicht nur der Durchsetzung der Be-

schuldigtenperspektive dient, sondern darüber hinaus die Legitimität strafrechtlicher Entscheidungen schlechthin sichert.¹⁴⁰⁸ Aus diesem Grund ist es auch mehr als der subjektive Anspruch einer Person. Das Prinzip der Waffengleichheit muss darüber hinaus als ein institutioneller Bestandteil jedes fairen Strafverfahrens verstanden werden.

¹⁴⁰⁸ Siehe vorstehend, Zweiter Teil, Kapitel D und E.

Stichwortverzeichnis

	A
Akteneinsicht	28, 80, 132, 181, 186
Bedeutung	81
Einschränkung	90, 110, 188
Zeitpunkt	112, 192, 201, 209, 289
Inhalt, <i>siehe</i> Dossier und Haftakten	
anwaltlicher Beistand	18, 23, 44, 58, 92, 104, 132, 153, 189, 212, 241, 286
amtliche Verteidigung	167, 179
Anwalt der ersten drei Stunden	179, 288
Anwalt der ersten Stunde	32, 92, 154, 157
Belehrung	158, 170
EGMR-Rspr.	77, 102 f., 116
freier Verkehr	156
notwendige Verteidigung	24, 159 f.
Auskunftsperson	212, 233
autonome EGMR-Rspr.	
angeklagt	107, 112, 124
living instrument	124
Zeugenbeweis	210, 233
Autonomie	46, 61
aktive	50
als Zweck der Waffengleichheit	52 ff.
passive	48
	B
beschuldigte Person	92
Anwesenheitsrecht	77, 89
Stellung	16 f., 31, 47, 72 f., 79, 151, 235, 289
besondere Verfahrensarten	2 f.
abgekürztes Verfahren	160, 198
Beweisantrag	84, 136, 194, 233 f., 239, 242
antizipierte Beweiswürdigung	236, 239, 251, 278
Bedeutung	84
Belehrung, <i>siehe</i> Informationsrecht	
	C
Code d'instruction criminelle	10 f.
Confirmation-Bias	218

	D	
Demonstration der Normgeltung		59, 62
Dokumentationspflicht		206, 274 f., 289
Dossier		
Aktenbeizug		198
anklageorientierte Aktenführung		194
Beschwerdemöglichkeit		205
Geheimakten		188
Inhalt		109 f., 186, 195, 209, 274
	E	
Erwartungseffekt		97, 211, 220
Expertise, <i>siehe</i> Gutachten		
Explorationsgespräch		275
Anwesenheit Privatgutachter		281
Anwesenheit Verteidigung		280
Protokollierungspflicht		281
	F	
Fairness des Verfahrens		2, 46, 291
als Individualgarantie		53
institutioneller Aspekt		134
fishing expedition		196
Forschungsprojekt Trial Observation		4, 155, 157, 165, 171, 210, 215, 260, 265
	G	
gerichtlicher Zweikampf		7
Gleichheit		16, 74, 125, 131
formelle		31, 68
materielle		31, 60, 71
Gutachten		85 f.
amtliches Gutachten		86, 121 f., 256
Bedeutung		86, 120, 261
Gutachterfragestellung		268, 277 f.
Mängel		87, 259, 263, 271 f.
Methodikgutachten		279 f., 288
Privatgutachten		87, 90, 122, 257 f., 273
Gutachter, <i>siehe</i> sachverständige Person		
	H	
Haftakten		114, 202
Beschwerdemöglichkeit		207
Einschränkung		114, 203 f.
einseitige Erstellung		202
Helvetische Republik		12, 15
	I	
in dubio pro duriore		142
in dubio pro reo		43, 46, 76, 80, 86, 251
Informationsrecht		
über amtliche Verteidigung		102, 170, 177

über Anwalt der ersten Stunde	156, 158, 177
über Beweisanztragsrecht	234, 250
über Akteninhalt, <i>siehe</i> Akteneinsicht	
über Tatvorwurf, <i>siehe</i> Orientierung über Tatvorwurf	
institutioneller Rahmen	1, 33, 52 f., 87, 140, 152, 292
Hauptverhandlung	123
Vorverfahren	22, 101
	K
Konfrontationsrecht	81, 211 f., 224
Akteneinsicht	116 f.
Ausübung	212
Belastungszeuge	82
Einschränkung	213
im Vorverfahren	115, 216, 222, 227
in der Hauptverhandlung	115, 134
Konfrontationseinvernahme	97, 218
Leitung durch unparteiische Behörde	115, 217, 223
mit sachverständiger Person	85 f., 121, 255, 264, 277 f.
Verzicht, <i>siehe</i> Verzicht	
kontradiktorisches Beweisverfahren	11, 61, 75, 92, 123, 134, 137, 285, 290
amtliche Verteidigung	175
Gutachten	90
Haftverfahren	115, 203
Zeugenbeweis	211
Kosten	
amtliche Verteidigung	103, 170
anwaltlicher Beistand	178
Belehrung	158
Konfrontation in der Hauptverhandlung	226
Privatgutachten	273 f., 279
Kriminalisierung	55
	L
Legitimation	
des Strafmonopols	1
strafrechtlicher Entscheide	55, 58, 61, 123, 135, 224, 293
	M
Menschenwürde	47
Mitbeschuldigter	183, 187, 197, 207, 209 f., 216, 233
	O
Orientierung über Tatvorwurf	79 f., 180
Informationsdichte	105, 180 f.
Übersetzung	181
Zeitpunkt	107, 182, 184 f.

	P	
Parteigutachten, siehe Privatgutachten bei Gutachten		
Pikett Strafverteidigung		173, 179
Plädoyerentzogen		93
Polizei	73, 78, 92, 113, 154, 158, 163, 170, 193, 195	
private Zeugenbefragung		119, 239, 252, 289
Bedeutung		85
Beweisantrag		233, 239
Modalitäten		246
unzulässige Beeinflussung		243
unzulässige Einwirkung		240, 252
Verbotene Handlung für fremden Staat		247
Privatklägerschaft		91, 94, 97, 126, 169
	R	
rechtliches Gehör		87, 132, 207, 234
Rechtsmissbrauch		190, 204, 209
reformierter Strafprozess		3, 9 f., 15, 19, 31, 75, 142, 285
	S	
Sachverhaltsermittlung		38, 43, 153
Kohärenztheorie		41
Konsensstheorie		41
Korrespondenztheorie		39
richterliche Zuschreibung		42
sachverständige Person		
Bedeutung		210
Funktion		85 f., 256
Kenntnisse		257, 267
Objektivität		120, 261, 263, 269
selektive Auswahl		70 f., 270, 276
Staatsanwaltschaft		
als Gegenpartei		2, 92, 104, 145, 285
Einführung		12
Einführung in der Schweiz		13
Ermessen	106, 112, 152, 154, 156, 163, 166, 183, 200, 235, 286	
institutionelle Übermacht		16, 18, 31, 52, 73, 101, 126, 289
Objektivität		141, 144, 153
Parteistellung		13, 18, 141, 143 f., 257
Verfahrensleitung		26, 140, 151, 173, 218, 290
Staatsanwaltschaftsmodell II		30, 33
substanzieller Nachteil		66, 92, 98, 126, 285
bei der Orientierung über den Tatvorwurf		106, 109, 184
beim Akteneinsichtsrecht		111 f., 197, 199
beim anwaltlichen Beistand		101, 158, 166, 175
beim Konfrontationsrecht		117, 223

beim Sachverständigenbeweis	122, 271, 275
beim Zeugenbeweis	119, 239
Suggestivfragen	174, 199, 219, 253
T	
Teilnahmerecht	25 f., 132, 137, 207, 209, 217, 280 f.
Akteneinsicht	232
der Privatklägerschaft	97
Einschränkung	225, 290
U	
Unmittelbarkeitsprinzip	19, 21, 32, 80, 109, 123, 134, 136, 224, 291
Unparteilichkeit	116, 143, 217, 223
des Gerichts	12, 54, 91, 134, 142, 228
des Zwangsmassnahmengerichts	231
Unterregulierung des Vorverfahrens	52, 89, 92, 101, 126, 285 f.
Gutachten	266
Zeugenbefragung	247
Untersuchungseröffnung	29, 143, 208
formelles Verständnis	162
materielles Verständnis	163
Untersuchungsrichter	12, 27, 32, 114, 146, 151, 228, 291 f.
V	
Verzicht	54
amtliche Verteidigung	171
anwaltlicher Beistand	102, 104
Konfrontation mit Belastungszeugen	213, 226
Vorabplädoyer	182
Vorverfahren	19, 78, 100, 123, 134, 145, 238
Bedeutung	137, 155, 209, 222, 224
Ermittlungsverfahren	23, 25, 140, 164, 195, 212
partizipatorisches	38
schwerpunktmässige Beweiserhebung	113, 125, 136, 285
Untersuchungsverfahren	20, 23, 25, 134, 136, 140, 163, 182 f., 290
W	
Waffengleichheit	2, 65, 87, 98, 124, 131, 199, 225, 252, 259, 285, 293
als Korrektiv	75, 101
als Phrase	17
als verfahrensrechtlicher Ausgleich	2, 71, 74, 88, 126, 137
historischer Hintergrund	7, 16, 18, 30
materielle	132 f.
persönlicher Anwendungsbereich	91, 94
Prinzip strafprozessualer Ausprägung	73
Prinzip zivilprozessualer Ausprägung	68, 71, 95
Standardformel	66, 92
Unschärfe des Prinzips	37, 65
Unterschied zu anderen Verfahrensgarantien	87
zeitlicher Anwendungsbereich	125, 132, 140

Stichwortverzeichnis

zur Terminologie	4
Zweck	37, 46, 54, 61 f.
Z	
Zeugenbeweis	41, 215, 227, 235
Aussage gegen Aussage-Situation	136, 138, 215
Bedeutung	85, 210, 222
Bedeutung der ersten Aussage	154
Entlastungszeuge	83
Erhebung	83, 117
fehleranfällig	210, 218
Schutzmassnahmen	214
unmittelbare Wahrnehmung	82, 115, 123, 215, 217
Zwangsmassnahmen	30, 131, 185
Auswertung Mobiltelefon	72
Begutachtung	276
Beschlagnahmung	72
DNA	72
geheime Überwachung	73
Hausdurchsuchung	72, 182
illegale	50
Untersuchungshaft	49, 79, 160, 193
Zwangsmassnahmengericht	147, 193, 202, 204, 230, 289



Herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen

In der Reihe ***sui generis*** werden ausgezeichnete Dissertationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher dieser Reihe erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version in den Formaten PDF und ePUB ist weltweit für Leser und Bibliotheken *kostenlos* zugänglich (Open Access), wodurch eine maximale Verbreitung, Sichtbarkeit und Zitierung ermöglicht wird. Die Urheberrechte verbleiben bei den Autoren; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Weitere Informationen: sui-generis.ch/buecher oder carlgrossmann.com
ISSN 2569-6629 Print, ISSN 2625-2910 Online

Bisher in der Reihe ***sui generis*** erschienen:

Band 1

Monika Simmler

Normstabilisierung und Schuldvorwurf

Band 2

Marc Thommen

Introduction to Swiss Law

Band 3

Silvio Hänsenberger

**Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen
unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften**

Band 4

Mais A.M. Qandeel

Enforcing Human Rights of Palestinians in the Occupied Territory

Band 5

Moritz Oehen

Der Strafkörper im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren

Band 6

Jens Lehne

Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?

Band 7

Lorenz Garland

Waffengleichheit im Vorverfahren