COMPETENCE CENTER
FORENSIK UND
WIRTSCHAFTSKRIMINALISTIK

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts
HOCHSCHULE
LUZERN
Wirtschaft

Master of Advanced Studies in Forensics (MAS Forensics)

Teilnahmerechte nach Art. 147 StPO und deren Einschränkung

Eingereicht von

lic.iur. Linda Sulzer

Klasse MAS Forensics 3

am 13. Mai 2011

betreut von

Prof. Dr.iur. Felix Bommer

I. Inhaltsverzeichnis..... 3

II. Literaturverzeichnis..... 5

III. Abkürzungsverzeichnis..... 8

IV. Kurzfassung..... 9

I. INHALTSVERZEICHNIS

1. Die Teilnahmerechte 10

1.1. Teilnahme an Beweiserhebungen - Art. 147 Abs. 1 StPO 11

1.1.1. Was sind Beweiserhebungen im Sinne des Gesetzes? 12
1.1.2. Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei 13

A. Im Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren 13
B. Im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren 13

1.1.3. Verschiebung von Beweiserhebungen ï Art. 147 Abs. 2 StPO 14

1.2. Voraussetzungen für die Wiederholung von Beweiserhebungen 15

1.2.1. Vorliegen zwingender Gründe 15
1.2.2. Faktische und rechtliche Unmöglichkeit der Wiederholung der Beweiserhebung 16

2. Gewährung der Teilnahmerechte 17

2.1. Der Idealfall 17
2.2. Faktische Unmöglichkeit der Gewährung des Teilnahmerechts 18
2.3. Rechtliche Unmöglichkeit der Gewährung des Teilnahmerechts 19

2.3.1. Einschränkungen des rechtlichen Gehörs ï Art. 108 StPO 19

A. Missbrauchsschutz 19
B. Übergeordnete Interessen 21

2.3.2. Beschränkung der Verfahrensrechte durch Schutzmassnahmen ï Art. 149 ff. StPO 21

A. Einvernahmen unter Ausschluss der Parteien - Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO 21
B. Kompensation gemäss Art. 149 Abs. 5 StPO 24

3. Konsequenzen aus der Verletzung von Art. 147 StPO: Das Beweisverwertungsverbot 25

3.1. Verwertbarkeit: Art. 147 Abs. 4 i.V.m. Art. 141 StPO 26
3.2. Fernwirkung von Beweisverboten: Früher und heute 28

4. Die Strafverfolgung in der Praxis und der Art. 147 StPO 30

4.1. ĂDer Fallñ und ein Zwischenfazit 30
4.2. Weitere Möglichkeiten zur Einschränkung des Teilnahmerechts und mögliche gesetzliche Grundlagen 39

4.2.1. Bei Missbrauchsgefahr: Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO oder bei der Wahrung übergeordneter Interessen: Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO 39
4.2.2. Weitere gesetzliche Grundlagen in der Strafprozessordnung zur möglichen Einschränkung des Teilnahmerechts? 41

A. Getrennte Einvernahmen mehrerer Personen - Art. 146 StPO 41
B. Der Wortlaut von Art. 147 Abs. 4 StPO: Implizite Heilung des Primärbeweises bei der Wiederholung? 43

C. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und die Delegation der Beweiserhebung an die Polizei 45
D. Schweigegebot für Zeugen: Selektive Parteiöffentlichkeit in Art. 165 StPO? 46
E. Verweigerung der Akteneinsicht ï Art. 101 StPO 46

5. Fazit 47

II. LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

Zitierweise:

Die aufgeführten Werke und Materialien werden mit dem Namen des Verfassers oder dem Titel des Dokuments (bei den Materialien), der Seitenzahl und der Randnote zitiert.

Literatur:

BOMMER Felix	Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, in: recht 2010, Heft 6. zit. BOMMER, recht 2010, S.
CHRISTEN Stefan	Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung, Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich 2009, Zürich 2010. zit. CHRISTEN, S.
DONATSCH Andreas/ HANSJAKOB Thomas/LIEBER Viktor (Hrsg.)	Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von DONATSCH Andreas/HANSJAKOB Thomas/LIEBER Viktor, Zürich/Basel/Genf 2010. zit. BEARBEITER, in: ZK StPO, N zu Art.
ERNI Lorenz	Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum ĂAnwalt der ersten Stundeñ, in: ZStrR 3/2007 vom 10.09.2007. zit. ERNI, S.
GLESS Sabine	Beweisverbote und Fernwirkung, Sonderdruck aus ĂSchweizerische Zeitschrift für Strafrechtñ, Band 128, 2010, Heft 2. zit. GLESS, S.
GOLDSCHMID Peter/ MAURER Thomas/ SOLLBERGER Jürg (Hrsg.)	Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, hrsg. von GOLDSCHMID Peter/ MAURER Thomas/SOLLBERGER Jürg (Hrsg.), Bern 2008. zit. BEARBEITER, in: GOLDSCHMID/MAURER/ SOLLBERGER, Art., S.
GUIDON Patrick	Die Schweizerische Strafprozessordnung, in: Jusletter vom 15. September 2008 (Internet: www.weblaw.ch). zit. GUIDON, Rz.

HÄRING Daniel	Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung ï alte Zöpfe oder substanzielle Neuerungen?, in: ZStrR 3/2009 vom 07.09.2009. zit. HÄRING, S.
NIGGLI Marcel Alexander/ WIPRÄCHTIGER Hans	Basler Kommentar, Strafprozessordnung, hrsg. von NIGGLI Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER Hans, Basel/Genf/München 2003. zit. BSK STPO, BEARBEITER, N zu Art.
SCHMID Niklaus	Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009. zit. SCHMID, Praxiskommentar, N zu Art.
TRECHSEL Stefan	Unmittelbarkeit und Konfrontation als Ausfluss von Art. 6 EMRK, in: AJP/PJA 2000, Seite 1366 ï 1373. zit. TRECHSEL, S.
VEST Hans/HÖHENER Andrea	Beweisverwertungsverbote ï quo vadis Bundesgericht?, in: ZStrR 1/2009 vom 06.03.2009. zit. VEST/HÖHENER, S.
VETTERLI Luzia	Gesetzesbindung im Strafprozess, Dissertation, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 46, Zürich 2010. zit. VETTERLI, S.

Materialien und Gerichtsentscheide:

BEGLEITBERICHT VE-STPO	Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001. zit. BeB VE-StPO, S.
VORENTWURF StPO	Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001, Bern, Bundesamt für Justiz. Abrufbar unter www.bj.admin.ch ï Themen ï Sicherheit ï Gesetzgebung ï Strafprozess. zit. VE-StPO, S.
BOTSCHAFT	Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, inkl. Entwurf der Schweizerischen Strafprozessordnung (BBl 2006 1085 ff.). zit. BOTSCHAFT, 2006, S.

BGE 134 I 266: Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung.

BGE 6B_132/2009: Das Absehen von der Konfrontation mit der beschuldigten Person ist unter gewissen Voraussetzungen zulässig, wenn die Konfrontation wegen äusserer Umstände unmöglich ist.

BGE 133 IV 329: Es gibt kein Raum für eine Interessenabwägung, wenn das Gesetz explizit von der Unverwertbarkeit des Beweises ausgeht. Das Beweisverwertungsverbot entwickelt Fernwirkung bei Beweisen, die *conditio sine qua non* sind für die Sekundärbeweise.

BGE 6P.22/2005 (12.10.2005): Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch des Beschuldigten, dem Belastungszeugen mindestens einmal im Verfahren Fragen zu stellen, ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die kantonalen Behörden haben die Unverwertbarkeit einer Aussage aus dem Umstand, dass die Einvernahme nicht wiederholt werden kann, selbst zu vertreten, wenn sie nicht alles unternehmen, um eine Konfrontation möglichst frühzeitig durchzuführen.

BGE 133 I 33: Zum Grundsatz *fair trial* und den Einschränkungen des Konfrontationsrechts.

BGE 124 I 274: Aus Art. 6 Ziff. 3 lit. d folgt das Recht, Fragen an den Zeugen zu stellen. Es genügt, wenn der Beschuldigte im Laufe des Verfahrens einmal Gelegenheit dazu hat. Es kann unter bestimmten Umständen mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens vereinbar sein, von einer solchen Befragung abzusehen.

BGE 125 I 127: Verwertbarkeit von Aussagen anonymer Zeugen.

BGE 6B_64/2010: Der Antrag auf eine Konfrontationseinvernahme kann auch noch nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gestellt werden, wenn die beschuldigte Person vorher nicht anwaltlich vertreten war.

U.S. Supreme Court, Nix vs. Williams, 467 U.S. 431 (1984), No. 82-1651: Zur Anwendung der Ăfruit of the poisonous treeñ-Doktrin und den Ausnahmen, an die sich auch die Schweizerische Strafprozessordnung bis zu einem gewissen Grad anlehnt.

EGMR, Urteil vom 26. März 1996, Doorson vs. Niederlande: Zur Anhörung anonymer Zeugen in Anwesenheit des Verteidigers der beschuldigten Person, wobei nur der befragende Richter die Identität der Zeugen kannte und zu den drei Voraussetzungen, unter denen auch auf Aussagen anonymer Zeugen abgestellt werden darf.

EGMR, Urteil vom 20.1.2009, Al-Khawaja und Tahery vs. Grossbritannien: Der EGMR verlangt, dass der Beschuldigte in angemessener und geeigneter Weise von seinem Konfrontationsrecht Gebrauch machen und dabei die Zuverlässigkeit und Glaubhaftigkeit des Zeugen in Frage und auf die Probe stellen kann.

EGMR-Urteil vom 16.1.2001, S.N. vs. Schweden (app. no. 34209/96): Schuldspruch gestützt auf eine Zeugenaussage, bei der die beschuldigte Person nicht anwesend sein und keine Fragen stellen konnte.

III. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101)
etc.	et cetera
f./ff.	und folgende/fortfolgende
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
lit.	litera
N	Randnote
Nr.	Nummer
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
resp.	respektive
Rz	Randziffer
S.	Seite
s.o.	siehe oben
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 301)
s.u.	siehe unten
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)

IV. KURZFASSUNG

Die in Art. 147 StPO geregelten Teilnahmerechte der Parteien an Beweiserhebungen dienen der Waffengleichheit zwischen der Staatsanwaltschaft und den Parteien, die durch das Fragerecht des Beschuldigten und der weiteren Parteien angestrebt wird, dem fairen Verfahren, indem der Beschuldigte die Aussagen von Zeugen und anderen Befragten auf ihre Glaubhaftigkeit prüfen und in Frage stellen kann und ganz allgemein der Konkretisierung des rechtlichen Gehörs.

Die Gewährung der Teilnahmerechte kann aus tatsächlichen Gründen, die in der Person des Beschuldigten oder den Umständen eines Strafverfahrens liegen, oder aus rechtlichen Gründen zum Schutz von Zeugen oder verdeckten Ermittlern oder zur Verhinderung von Kollusionshandlungen eingeschränkt werden. Die Einschränkungen der Teilnahmerechte sind nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Dazu ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschrechte und des Bundesgerichts massgeblich.

Anhand eines konkreten Praxisbeispiels werden in der vorliegenden Arbeit neben den Art. 108 StPO und Art. 149 ff. StPO weitere gesetzliche Grundlagen für diese Einschränkungen des Teilnahmerechts besprochen. Insbesondere die Anwendung von Art. 146 StPO, der explizit die getrennte Befragung von Personen vorsieht und damit das Teilnahmerecht einschränkt und die Auslegung der Regelung von Art. 147 Abs. 3 StPO, die ein Abstützen auf den Inhalt einer unkonfrontierten Einvernahme zulässt, erlauben beide in Fällen von drohenden Kollusionshandlungen oder aus ermittlungstaktischen Gründen eine Einschränkung des Teilnahmerechts.

In der gesamten Arbeit wird zur besseren Lesbarkeit nur die männliche Form verwendet.

1. Die Teilnahmerechte

In Art. 147 StPO sind die Teilnahmerechte der Parteien bei Beweiserhebungen geregelt. Die Teilnahmerechte leiten sich aus den Grundsätzen der Parteiöffentlichkeit, der aktiven Verfahrensteilnahme und des rechtlichen Gehörs ab. Diese Grundsätze sind in den Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 der Bundesverfassung verankert. Die Rechte, welche Art. 147 StPO den Parteien im Strafprozess gewährt, sind insbesondere direkter Ausfluss aus Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, der die Parteiöffentlichkeit im Lichte eines fairen Verfahrens garantiert.[1]

Die Teilnahmerechte dienen verschiedenen Zielen: Der Waffengleichheit zwischen der Staatsanwaltschaft und den Parteien, die durch das Fragerecht des Beschuldigten und der weiteren Parteien angestrebt wird, dem fairen Verfahren, indem der Beschuldigte die Aussagen von Zeugen und anderen Befragten auf ihre Glaubhaftigkeit prüfen und in Frage stellen kann und ganz allgemein der Konkretisierung des rechtlichen Gehörs.[2]

Diese Grundsätze, welche den Zweck der Norm von Art. 147 StPO konkretisieren, dienen als Grundlage bei der Beantwortung der in dieser Arbeit gestellten Fragen und als Hintergrund für die folgenden Überlegungen. Zudem werden die Botschaft zur eidgenössischen Strafprozessordnung[3] und der Begleitbericht zum Vorentwurf der Schweizerischen Strafprozessordnung[4] herangezogen, wenn es darum geht, die Zielrichtung der Norm und der mit ihr in Zusammenhang stehenden Bestimmungen auszulegen.

Weiter wird bei der Auslegung des Art. 147 StPO auch in Betracht gezogen, dass es bei der Ausarbeitung und Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung auf den 1. Januar 2011 wohl nicht darum ging, die Strafverfolgung zu behindern oder zu verunmöglichen. Es ging viel mehr darum, die Position des Beschuldigten mit ausgebauten Verteidigungsmöglichkeiten und den Schutz der Opfer zu verstärken. Sind also, nachdem die oben genannten Verfahrensgrundsätze in die Auslegung miteingeflossen sind, mehrere Auslegungen einer Norm möglich, ist meiner Ansicht nach diejenige Auslegung zu wählen, welche einer praxisorientierten Strafverfolgung in den Schranken des Gesetzes dient.

Die in dieser Arbeit aufgeworfenen Fragen sind explizit aus dem Blickwinkel des Strafverfolgers verfasst ï des Strafverfolgers, der die Notwendigkeit, Wichtigkeit und Unabdingbarkeit der verfassungsrechtlichen Grundsätze kennt und anerkennt und der gleichzeitig in einem Spannungsfeld steht, weil er ebenso auch dem Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit und der Durchsetzung des Strafanspruchs des Staates verpflichtet ist. In diesem Spannungsfeld

---

[1] BSK StPO, SCHLEIMINGER, N 3 zu Art. 147 StPO; CHRISTEN, S. 6, S. 26 f. und S. 32 f.
[2] BSK StPO, SCHLEIMINGER, N 3 zu Art. 147 StPO; BGE 129 I 151 E. 3.1; CHRISTEN, S. 18.
[3] Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, inkl. Entwurf der Schweizerischen Strafprozessordnung (BBl 2006 1085 ff.).
[4] Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001.

müssen es die Strafverfolgungsbehörden anstreben, unter Beachtung der Verfassungsgrundsätze, der Grundsätze der Europäischen Menschenrechtskonvention und im Speziellen der Norm von Art. 147 der eidgenössischen Strafprozessordnung rechtskonform zu verwertbaren Beweisergebnissen im Strafverfahren zu kommen. Ein Spagat, der nicht immer einfach ist.

Nachfolgend werden die in der eidgenössischen Strafprozessordnung verankerten Regeln über die Gewährung der Teilnahmerechte und der Verwertbarkeit der Beweise, die praktischen Schwierigkeiten in der Anwendung und die nach dem Gesetz möglichen Einschränkungen der Teilnahmerechte besprochen. Dass diese Regelungen nicht für alle in der Praxis auftauchenden Fallkonstellationen brauchbar sind, wird dann im 4. Kapitel anhand eines realen Beispiels ebenfalls aufgezeigt ï ebenso aber, dass die genannten Regelungen für viele Fälle durchaus tauglich und umsetzbar sind.

1.1. Teilnahme an Beweiserhebungen - Art. 147 Abs. 1 StPO

Die grundsätzliche Regelung des Art. 147 Abs. 1 StPO ist rasch zusammengefasst: Die Norm zu den Teilnahmerechten bei Beweiserhebungen legt zunächst fest, dass die Parteien das Recht haben, an Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft teilzunehmen und der einvernommenen Person Fragen zu stellen.[5] Einvernommene Personen sind beschuldigte und mitbeschuldigte Personen, Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständige.[6] Das Teilnahmerecht nach Art. 147 StPO setzt sich zusammen aus dem Anwesenheitsrecht, dem Frage- und dem Konfrontationsrecht. Es gilt auch für diejenigen Beweiserhebungen durch die Polizei, deren Durchführung ihr gemäss Art. 312 Abs. 1 und 2 StPO von der Staatsanwaltschaft delegiert worden sind.[7]

Bei rein polizeilichen Beweiserhebungen nach Art. 306 StPO hat der Beschuldigte lediglich das Recht, dass sein Verteidiger bei seinen eigenen Befragungen anwesend ist und Fragen stellen darf.[8] In diesen Fällen selbständiger polizeilicher Ermittlung besteht daher lediglich das in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK als Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantierte Recht auf Anwesenheit und auf das Stellen von Ergänzungsfragen.[9] Diese Regelung behält ihre eigenständige Bedeutung für von der Polizei selbständig durchgeführten Beweiserhebungen. Weiter hat die Regelung von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK eine Bedeutung in jenen Fällen, in denen das Teilnahmerecht zu Recht eingeschränkt wurde und der Minimalstandard von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK wieder Platz greift mit den in der Europäischen Menschenrechtskonvention vorgesehenen Mindestgarantien.[10]

---

[5] ILL, in: GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Art. 147, S. 135 und S. 136.
[6] CHRISTEN, S. 71.
[7] WOHLERS, in: ZK StPO, N 2 zu Art. 147 StPO.
[8] Art. 147 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 159 Abs. 1 StPO und Art. 306 StPO; BSK StPO, SCHLEIMINGER, N 6 zu Art. 147 StPO; WOHLERS, in: ZK StPO, N 2 zu Art. 147 StPO; LANDSHUT, in: ZK StPO, N 17 zu Art. 306 StPO.
[9] BOMMER, recht 2010, S. 211 ff.
[10] BOMMER, recht 2010, S. 211.

1.1.1. Was sind Beweiserhebungen im Sinne des Gesetzes?

Die Parteien haben das Recht, an den Beweiserhebungen der Staatsanwaltschaft und des Gerichts teilzunehmen. Aus der Fülle der Beweismittel, der Sachbeweise wie dem Augenschein, der Erhebung von Urkunden, Berichten und Gutachten, der Personalbeweise und der Vielzahl an verschiedenen Zwangsmassnahmen wird klar, dass sich naturgemäss nicht alle Beweiserhebungen dazu eignen, den Parteien bei deren Erhebung ein Teilnahmerecht zu gewähren.

Mit Beweiserhebungen im Sinne von Art. 147 StPO, an denen ein Teilnahmerecht bestehen soll, ist demnach nicht die Erhebung aller Beweismittel, die prozessrechtlich existieren, gemeint, was sich auch aus dem Sinn des Teilnahmerechts ergibt. Es handelt sich dabei um Beweis*abnahmen* und nicht um Beweis*sicherungen* allgemein.[11] Beweisabnahmen im Sinne von Art. 147 StPO beziehen sich nur auf Beweise, deren Gestalt und Inhalt vor der Erhebung noch nicht bekannt sind. Denn Parteiöffentlichkeit bei Beweisabnahmen macht nur dann Sinn, wenn die Form der Beweiserhebung das Beweisergebnis beeinflussen kann und wenn die Parteien, die an der Erhebung teilnehmen, zusammen- und auf das Ergebnis und den schlussendlich in die Akten einfliessenden Inhalt einwirken können.[12] Dies ist bei den Einvernahmen aller Beteiligten (inkl. Gegenüberstellungen und Konfrontationen im engeren Sinn), dem Augenschein und der Tatrekonstruktion möglich.[13] Dabei können die beschuldigte Person und ihr Verteidiger aktiv Einfluss nehmen auf die Erhebung des Beweises, sie können lenkend eingreifen und durch Fragestellungen anstreben, die prozessuale Realität zu Gunsten der beschuldigten Person zu beeinflussen.

Bei allen anderen Beweismitteln gibt es anlässlich der Erhebung kein Teilnahmerecht. Bei der Einholung von Urkunden, der Erstattung von Berichten oder dem Beizug von Arztzeugnissen genauso wie bei Zwangsmassnahmen, die später zu Beweisen führen können, kann eine Teilnahme der Parteien nichts am Beweisergebnis verändern. Es handelt sich dabei lediglich um Beweissicherungen. Das darauffolgende Akteneinsichtsrecht und die Möglichkeit, Beweisanträge zu den gesicherten und eingesehenen Beweisen zu stellen, gibt der beschuldigten Person wiederum die Möglichkeit, einzugreifen und die Aktenlage zu verändern, indem zum Beispiel die Einholung eines Zweitgutachtens beantragt oder die Überprüfung einer eingeholten Urkunde auf ihre Echtheit verlangt wird. Bei der Einholung von Gutachten wird das Recht, Fragen an den Gutachter zu stellen, im Vorfeld der Erhebung gewährt, indem Ergänzungsfragen an den Gutachter direkt in den Gutachtensauftrag mit einfliessen und auch zur Wahl der Person des Gutachters Stellung genommen werden kann. Darauf, was der Gutachter aufgrund der gestellten Fragen in sein Gutachten schreibt, hat weder die Staatsanwaltschaft noch die Verteidigung oder die beschuldigte Person einen Einfluss, weshalb es anlässlich der Erstellung keine Teilnahmerechte gibt.

Zwangsmassnahmen sind ebenfalls keine Beweiserhebungen im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StPO.[14] Eine Zwangsmassnahme kann zu einem Ergebnis führen, welches zum Beweismittel

---

[11] BOMMER, recht 2010, S. 197 f.; BSK StPO, SCHLEIMINGER, N 5 zu Art. 147 StPO.
[12] BOMMER, recht 2010, S. 197 f.
[13] BOTSCHAFT, 2006, S. 1187; SCHMID, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 147 StPO.
[14] BOMMER, recht 2010, S. 197; SCHMID, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 147 StPO.

erhoben und in die Akten eingeführt wird (oder eben nicht). Zwangsmassnahmen *führen* also zu Beweismitteln, sie sind die Methode, die zu einer Beweiserhebung führt. Die Beschlagnahme beispielsweise einer Tatwaffe ist eine reine Zwangsmassnahme. Erst wenn der Spurenbericht zur DNA-Auswertung des an der Waffe gefundenen Blutes in die Akten genommen wird, wird er zum Beweismittel.

Zusammengefasst: Wenn ein Beweis durch eine Untersuchungshandlung der Staatsanwaltschaft erst bei der Erhebung entsteht, dann muss den Parteien das Teilnahmerecht nach Art. 147 StPO als Ausfluss des rechtlichen Gehörs gewährt werden, weil auf das Beweisergebnis eingewirkt werden kann. Wenn der Beweis schon existiert und lediglich gesichert wird, ist keine Einwirkung auf das Beweisergebnis möglich, und die Teilnahmerechte müssen nicht gewährt werden. Klar ist, dass kein Anwesenheitsrecht bei geheimen Zwangs- und Überwachungsmassnahmen besteht, da diese bereits aufgrund ihrer Natur unter Ausschluss der Parteien durchgeführt werden.[15]

1.1.2. Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei

A. Im Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren

Die genannten Beweiserhebungen der Einvernahme, des Augenscheins und der Tatrekonstruktion können durch die Staatsanwaltschaft durchgeführt werden, sobald diese die Strafuntersuchung eröffnet hat.[16] Weiter kann die Polizei im delegierten Ermittlungsverfahren aufgrund eines Auftrages der Staatsanwaltschaft Ermittlungshandlungen tätigen. Dies geschieht gestützt auf Art. 312 Abs. 2 StPO, indem die Staatsanwaltschaft nach eröffnetem Verfahren einen genau umschriebenen Ermittlungsauftrag an die Polizei gibt.[17] Diese gewährt die Teilnahmerechte im unselbständigen Ermittlungsverfahren im gleichen Umfang, wie wenn die Beweiserhebung durch die Staatsanwaltschaft durchgeführt würde.[18] Die Verfahrensherrschaft verbleibt dabei bei der Staatsanwaltschaft.

Art. 147 Abs. 1 StPO statuiert also den Grundsatz, dass Beweiserhebungen im Untersuchungsverfahren parteiöffentlich[19] sind, ungeachtet dessen, ob diese Beweise durch die Staatsanwaltschaft selber oder durch die Polizei im delegierten Ermittlungsverfahren durchgeführt werden.[20]

B. Im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren

Bei Vorliegen eines Tatverdachts ist automatisch das Ermittlungsverfahren eröffnet, sobald die Polizei erste Ermittlungen aufnimmt.[21] Solange sie dies im selbständigen Ermittlungsverfahren gemäss Art. 306 StPO macht, werden die Teilnahmerechte bei den Beweiserhebungen nicht im

---

[15] SCHMID, Praxiskommentar, N 2 zu Art. 147 StPO.
[16] Art. 307, Art. 309, Art. 311 und Art. 312 StPO.
[17] BSK StPO, RHYNER, N 26 zu Art. 306 und BSK StPO, LANDSHUT, N 5 zu Art. 312 StPO.
[18] BOTSCHAFT, 2006, S. 1187; BSK StPO, RHYNER, N 32 zu Art. 306 StPO; ERNI, S. 238.
[19] Zur Definition der Parteien vgl. Art. 104 StPO.
[20] BOMMER, recht 2010, S. 208.
[21] BSK StPO, RHYNER, N 22 und 23 zu Art. 306 StPO mit Verweis auf Art. 300 Abs. 1 lit. a StPO.

Umfang von Art. 147 StPO gewährt.[22] Die Polizei kann selbständige Beweiserhebungen tätigen, wie zum Beispiel Befragungen von beschuldigten Personen, Auskunftspersonen und Geschädigten durchführen und Spuren und Beweise sichern und auswerten. In diesem Verfahrensstadium hat die beschuldigte Person lediglich das Recht, den Verteidiger an die *eigene* Befragung mitzunehmen, dieser kann auch Ergänzungsfragen stellen.[23] Im selbständigen Ermittlungsverfahren kann den Parteien die Akteneinsicht gemäss Art. 101 StPO (e contrario) noch verweigert werden.

Es gelten also im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren bei Beweiserhebungen lediglich die Minimalvoraussetzungen von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, wonach die beschuldigte Person einmal an der Befragung eines Belastungszeugen anwesend sein und Fragen stellen kann.[24] Daraus folgt, dass aus dem Fehlen der beschuldigten Person bei der ersten Einvernahme des Belastungszeugen keine absolute Unverwertbarkeit des erhobenen Beweises wie bei Verletzung von Art. 147 StPO resultiert, da dieser nicht zur Anwendung kommt und die beschuldigte Person damit kein zwingendes Anwesenheitsrecht bei polizeilichen Einvernahmen hat. Ist die polizeiliche Befragung jedoch eine nach Art. 312 StPO delegierte, sind die vollen Teilnahmerechte gemäss Art. 147 StPO zu gewähren.[25]

In der Praxis relevant ist diese Unterscheidung zwischen selbständigem polizeilichem Ermittlungsverfahren und Ermittlungsverfahren unter der Leitung der Staatsanwaltschaft dann, wenn bspw. ein eingeschüchtertes Opfer eines Sexualdeliktes mit bekannter Täterschaft eine Anzeige wegen dieses Sexualdeliktes erstatten möchte. Hier kann und muss die Polizei ein Ermessen walten lassen und abwägen, ob sie umgehend eine Meldung an die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 307 StPO mit darauffolgender formeller Eröffnung der Strafuntersuchung nach Art. 309 StPO macht oder ob zuerst eine Opferbefragung im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren ohne Anwesenheit des Täters gemacht werden soll, weil dann Ănurñ ï wie soeben ausgeführt - der Voraussetzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK Rechnung getragen werden muss. So kann sie die Rollen der Beteiligten klären und sich eine Übersicht über das Geschehene und die zu sichernden Beweise und nächsten Untersuchungshandlungen verschaffen. Es resultiert bei diesem Vorgehen aus der Abwesenheit der beschuldigten Person bei der Einvernahme keine absolute Unverwertbarkeit der Aussagen, wie wenn Art. 147 StPO verletzt worden wäre, da dieser eben gerade nicht zur Anwendung kommt.

1.1.3. Verschiebung von Beweiserhebungen ï Art. 147 Abs. 2 StPO

Die Ausübung der Teilnahmerechte setzt Kenntnis der Parteien über die geplanten Beweiserhebungen voraus. Die Information der Parteien über die geplanten Beweiserhebungen obliegt der Staatsanwaltschaft oder in Delegationsfällen der Polizei.[26] Das Recht auf Information ist ebenfalls Ausfluss der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 107 StPO). Es entsteht ein Anspruch

---

[22] BSK StPO, RHYNER, N 31 zu Art. 306 StPO; LANDSHUT, in ZK StPO, N 6 und N 12 zu Art. 306 StPO.
[23] Vgl. Art. 159 StPO zum Anwalt der ersten Stunde; ERNI, S. 236; BOTSCHAFT, 2006, S. 1194.
[24] BOMMER, recht 2010, S. 211.
[25] ERNI, S. 236.
[26] ERNI, S. 231.

auf Wiederholung der Beweiserhebung, wenn die Parteien über die Beweiserhebung nicht informiert worden sind.

Hat die Partei Kenntnis der Beweiserhebung, hat sie danach auch ein Mitwirkungsrecht. Auch dieses ist Ausfluss der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 107 lit. b StPO) und gilt für die beschuldigte Person und den Rechtsbeistand. Das Teilnahmerecht ist dann zweiteilig und besteht aus dem Recht auf Teilnahme und dem Recht, Fragen zu stellen. Wer sein Teilnahmerecht geltend macht, kann daraus aber keinen Anspruch auf Verschiebung der Beweiserhebung ableiten.[27] Die Absätze 2 und 3 des Art. 147 StPO dienen in ihrer Ausgestaltung so auch der Durchsetzung des Beschleunigungsgebotes, indem es keinen Anspruch auf Verschiebung der Beweiserhebung gibt und das Verfahren dadurch nicht ungebührlich in die Länge gezogen wird.[28] Dass bei der Terminierung von Beweiserhebungen Rücksicht auf die beschuldigte Person und deren Rechtsbeistand genommen wird, ist selbstverständlich und liegt auch im Interesse der Verfahrensleitung.

1.2. Voraussetzungen für die Wiederholung von Beweiserhebungen

1.2.1. Vorliegen zwingender Gründe

Die Partei oder ihr Rechtsbeistand kann die Wiederholung der Beweiserhebung verlangen, wenn sie aus zwingenden Gründen an der Teilnahme verhindert war, die Wiederholung nicht mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden ist und dem Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör nicht auf andere Weise Rechnung getragen werden kann. Voraussetzungen sind ein entsprechender Antrag der Partei oder des Rechtsbeistands, die Verhinderung an der Teilnahme und ein zwingender Verhinderungsgrund.[29]

Zwingende Gründe sind gemäss der Botschaft und herrschender Lehre die Auslandabwesenheit, Krankheit und die rechtlichen Verhinderungsgründe aus Art. 108 StPO und Art. 149 ff. StPO, aber auch äussere Faktoren, wie bspw. die misslungene Zustellung der Vorladung.[30] Zudem kann ein zwingender Hinderungsgrund vorliegen, wenn der befragten Partei die Teilnahme der beschuldigten Person nicht zugemutet werden kann.[31] Natürlich kann eine Wiederholung der Beweiserhebung bei Vorliegen von zwingenden Verhinderungsgründen gemäss Art. 108 und Art. 149 ff. StPO nur geschehen, wenn diese Gründe in der Zwischenzeit weggefallen sind. Sind sie nicht weggefallen, ist die Verwertbarkeit des erhobenen Beweises nach den Kriterien, die unter Punkt 2.3.2. ausgeführt werden, zu prüfen.

Beim Vorliegen eines unverhältnismässigen Aufwandes einer Wiederholung ist der Verzicht auf die Wiederholung nur zulässig, wenn das rechtliche Gehör auf andere Weise gewährt werden kann, zum Beispiel, indem man rechtshilfeweise noch Fragen an den zuvor in Abwesenheit der

---

[27] Art. 147 Abs. 2 StPO; ERNI, S. 236.
[28] ILL, in: GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Art. 147 StPO, S. 136.
[29] Art. 147 Abs. 3 Satz 1 und 2 StPO.
[30] BOTSCHAFT 2006, S. 1187; GUIDON, Rz. 42; BSK StPO, SCHLEIMINGER, N 12 zu Art. 147 StPO; ERNI, S. 238 f.; vgl. zu den rechtlichen Verhinderungsgründen auch hinten Punkt 2.3.
[31] CHRISTEN, S. 83.

beschuldigten Person Einvernommenen stellen lässt oder auf schriftlichem Weg Ergänzungsfragen stellen kann. Einem Ersuchen um Wiederholung ist also nur bei zwingenden Gründen der Verhinderung nachzugeben. Liegen keine zwingenden Gründe vor und nehmen der Beschuldigte und sein Rechtsbeistand nicht an der Beweiserhebung teil, besteht auch kein Anspruch auf Wiederholung (oder Verschiebung). Die Konsequenz daraus ist, dass die Beweiserhebung und auch deren Folgebeweise ohne die Teilnahme des Beschuldigten verwertbar sind. Wenn keine zwingenden Gründe für das Nichterscheinen vorliegen, dann ist der Inhalt bspw. einer Einvernahme verwertbar, es müssen also lediglich noch die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK eingehalten sein, was bedeutet, dass ein sachlicher Grund rechtlicher oder tatsächlicher Natur für die Beschränkung vorgelegen haben muss. Es müssen zudem angemessene Kompensationsmassnahmen für die anderweitige Gewährung des rechtlichen Gehörs ergriffen worden sein und es darf sich nicht um ein ausschliessliches Beweismittel gehandelt haben.[32] Gegen die Ablehnung einer verlangten und nicht gewährten Wiederholung steht die Beschwerde gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO offen.

Ob das Teilnahmerecht auch nach Art. 146 Abs. 1 StPO eingeschränkt werden kann, und ob dies als zwingender Grund im Sinne von Art. 147 Abs. 3 StPO angesehen werden kann, wird unter Punkt 4.2.2.A. erörtert.

1.2.2. Faktische und rechtliche Unmöglichkeit der Wiederholung der Beweiserhebung

In diesem Kapitel ist von der Unmöglichkeit der *Wiederholung* der Beweiserhebung die Rede und nicht von der anfänglichen Unmöglichkeit der *Gewährung* der Teilnahmerechte.

Liegt ein Fall vor, in welchem eine Beweiserhebung wiederholt werden muss, weil zwingende Gründe die Teilnahme der Partei oder ihres Rechtsbeistandes verhindert haben, taucht dann ein Problem auf, wenn die Beweiserhebung früher möglich, die Wiederholung aber tatsächlich unmöglich ist. Dies ist in der Praxis gar nicht selten der Fall. Zu denken ist beispielsweise an befragte und später ausgeschaffte Hauptbelastungszeugen, untergetauchte Mitbeschuldigte, verstorbene oder mittlerweile schwer erkrankte und vernehmungsunfähige Auskunftspersonen, Gegenstände und Orte, die einem Augenschein unterzogen werden sollen, die nicht mehr existieren oder nicht mehr zugänglich sind sowie an Zeugen, die das Zeugnis bei der Wiederholung berechtigterweise verweigern. Dies sind alles Fälle tatsächlicher Unmöglichkeit der Wiederholung einer Beweiserhebung.

Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Wiederholung einer Beweiserhebung sind, dass der beschuldigten Person zumindest das Recht gewährt werden muss, sich zu bereits erhobenen Beweisen zu äussern. Damit die Beweiserhebung Art. 6 Ziff. 1 EMRK ï also dem Grundsatz des *fair trial* - standhält, muss die beschuldigte Person hinreichend Stellung zum erhobenen Beweis nehmen können, die Aussagen der in Abwesenheit der teilnahmeberechtigten Partei gemacht wurden, sind sorgfältig zu prüfen und ein Schuldspruch darf sich nicht alleine auf dieses Be-

[32] Statt vieler: BGE 6B_132/2009, E. 2.3.

weismittel abstützen.[33] Der Begleitbericht zum Vorentwurf der StPO lässt sich dahingehend interpretieren, dass in diesen Fällen, in welchen der beschuldigten Person wegen Unmöglichkeit der Wiederholung das rechtliche Gehör anderweitig gewährt wurde und daher das Recht zur Stellung von Ergänzungsfragen entfiel, der Beweis nur dann verwendet werden darf, wenn er nicht das einzige oder das ausschlaggebende Beweismittel darstellt.[34]

Daneben gibt es auch noch die Unmöglichkeit der *Wiederholung* der Beweiserhebung aus rechtlichen Gründen. Eine Wiederholung bei der vorgängigen Verweigerung der Teilnahmerechte aus rechtlichen Gründen gestützt auf Art. 108 StPO oder Art. 149 ff. StPO ist nur möglich, wenn diese Gründe, die zum Ausschluss einer Partei an einer Beweiserhebung geführt haben, in der Zwischenzeit weggefallen sind. Wenn dies nicht der Fall ist und beispielsweise eine Schutzmassnahme zugunsten eines Zeugen auch im Wiederholungsfall angezeigt und nötig ist, dann ist das rechtliche Gehör auf andere Weise zu gewähren und eine Wiederholung unter Gewährung der vollständigen Teilnahmerechte ebenfalls nicht möglich.[35] Dann wird ebenso verfahren wie bei der Ablehnung der Wiederholung nach Abs. 3 Satz 2 (unverhältnismässiger Aufwand und das rechtliche Gehör kann auch anders gewährleistet werden): Verwertbar ist diese Aussage auch nur dann, wenn die Beschränkung durch Ersatzmassnahmen kompensiert werden kann. Die Regel von Art. 147 Abs. 4 StPO, welche die Unverwertbarkeit des erhobenen Beweises statuiert, gilt unter Vorbehalt der genannten Regelung des Art. 147 Abs. 3 Satz 2 StPO.[36]

2. Gewährung der Teilnahmerechte

2.1. Der Idealfall

Im Idealfall ergeht nach einer schriftlichen Strafanzeige durch den Geschädigten ein Ermittlungsauftrag der Staatsanwaltschaft an die Polizei, in welchem genau umschrieben wird, welche Handlungen die Polizei in Delegation vornehmen soll (Art. 312 Abs. 2 StPO). Danach wird der Anzeigeerstatter unter Gewährung der vollen Teilnahmerechte polizeilich befragt, die beschuldigte Person und ihr Verteidiger sind dabei, hören sich den Vorhalt an und stellen Ergänzungsfragen an den Privatkläger. Danach wird auch die beschuldigte Person befragt, wobei auch dem Privatkläger und Anzeigeerstatter sowie dessen Rechtsbeistand das Teilnahme- und damit das Fragerecht gewährt wird. Wenn noch Unklarheiten bestehen, macht die Staatsanwaltschaft danach einen Augenschein und eine Rekonstruktion des Tatablaufs. Beide Parteien und ihre Rechtsbeistände sind dabei und können den Ablauf und den Inhalt des dabei erstellten Protokolls mitbeeinflussen. Die Staatsanwaltschaft erhebt noch mittels Herausgabebefehl eine Urkunde und macht sodann unter Gewährung der vollen Teilnahmerechte gemäss Art. 147 StPO eine abschliessende Einvernahme der beschuldigten Person, eröffnet die Akten, gibt Gelegenheit

[33] Noch so in BGE 6B_132/2009, E. 2.3. und BGE 124 I 274, E. 5.b und danach relativiert in BGE 132 I 127 und BGE 133 I 33, wonach eine Gesamtwürdigung im Hinblick auf ein faires Verfahren vorgenommen werden muss.
[34] BeB VE-StPO, S. 113 und 114.
[35] SCHMID, Praxiskommentar, N 12 zu Art. 147 StPO.
[36] SCHMID, Praxiskommentar, N 15 zu Art. 147 StPO.

zur Stellung von Beweisanträgen und erlässt danach einen Strafbefehl oder erhebt Anklage, sofern das Verfahren nicht eingestellt werden muss.

Die Umsetzung der Regelung des Art. 147 StPO ist in derartig gelagerten Fällen problemlos, sinnvoll und garantiert Transparenz im Verfahren, Waffengleichheit, Effizienz und umfassende Verteidigungsmöglichkeiten.

2.2. Faktische Unmöglichkeit der Gewährung des Teilnahmerechts

Schwieriger wird die Gewährung der Teilnahmerechte in der Praxis, wenn aus irgendeinem Grund die Gewährung der Teilnahmerechte aus tatsächlichen Gründen unmöglich ist.[37]

Solche Fälle von faktischer Unmöglichkeit sind in der Praxis häufig. Es kann bspw. sein, dass ein Beschuldigter auf der Flucht oder noch gar nicht namentlich bekannt ist, und gegen ihn beispielsweise ein Zeuge im bereits eröffneten Strafverfahren aussagt. Ebenso kann es vorkommen, dass ein Zeuge aus Angst nur Aussagen macht, wenn er anonym bleiben kann. Der beschuldigten Person kann in diesen Fällen das Teilnahmerecht aus Gründen, die sie selber zu verantworten hat und die nicht bei der Strafverfolgungsbehörde liegen, ihr Teilnahmerecht zunächst nicht gewährt werden. Nach der hier vertretenen Meinung muss die Strafverfolgungsbehörde in diesen Fällen bei einem flüchtigen Beschuldigten nicht mit den weiteren Ermittlungen zuwarten, bis der Beschuldigte dingfest gemacht werden kann. Im Gegenteil: Die Beweiserhebungen haben ungeachtet der Teilnahmerechte umgehend, sorgfältig und vollständig zu erfolgen. Denn Beweise sind oft unwiederbringlich verloren, wenn sie nicht sofort gesichert werden. Dies gilt für Sachbeweise genauso wie für Personalbeweise, also Einvernahmen. Erste, frische Eindrücke der Beteiligten sind umgehend zu Papier zu bringen. Über Teilnahmerechte, Möglichkeiten der Wiederholung und Verwertbarkeit so erlangter Aussagen hat sich der Strafverfolger zwar parallel dazu Gedanken zu machen. Diese Überlegungen dürfen aber bis auf wenige Ausnahmefälle nicht dazu führen, dass Beweise nicht oder später erhoben werden. Hinzu kommt, dass oft erst weitere Ermittlungen wie Zeugenbefragungen oder Telefonüberwachungen zum Aufenthaltsort eines Flüchtigen führen. Eine andere Auslegung wäre realitätsfremd, denn die Erforschung der materiellen Wahrheit hat in diesem Verfahrensstand Priorität, da vorwiegend am Anfang einer Strafuntersuchung noch Hinweise auf das tatsächliche Geschehen zu finden sind und diese im Laufe der Zeit verschwinden oder verändert werden. Die unter diesen Umständen getätigten Beweiserhebungen sind später zu wiederholen, wenn der Beschuldigte dies verlangt.[38]

Die Tatsache, dass ein Beschuldigter flüchtet, kann aber sicherlich nicht als endgültiger Verzicht auf seine Teilnahmerechte gewertet werden, insbesondere deshalb nicht, weil er sich durch Flucht der Strafverfolgung entziehen *darf* (straflose Selbstbegünstigung).[39] Durch die Flucht begnügt sich der Beschuldigte nicht bewusst nur noch mit dem Mindestanspruch seiner Teilnahmerechte gemäss EGMR, wonach er mindestens einmal die Möglichkeit haben muss, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen. Durch die Flucht verwirkt sein Anspruch auf alle Teilnahme-

---

[37] Auf die Konsequenzen aus der vorübergehenden Verletzung der Bestimmung von Art. 147 StPO wird unter Punkt 3. eingegangen.
[38] SCHMID, Praxiskommentar, N 11 zu Art. 147 StPO.
[39] WOHLERS, in: ZK StPO, N 8 zu Art. 147 StPO; a.M. SCHMID, Praxiskommentar, N 11 zu Art. 147 StPO.

rechte an allen Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft nicht. Er kann einen Antrag auf Wiederholung der während seiner Abwesenheit durchgeführten Beweiserhebungen stellen, sobald er der Strafverfolgungsbehörde wieder zur Verfügung steht.

Gleiche Konstellationen können sich auch ergeben, wenn andere Verfahrensbeteiligte aus tatsächlichen Gründen an einer Beweiserhebung nicht teilnehmen können. So bspw. wenn ein Zeuge aus tatsächlichen Gründen nicht mehr einvernommen werden kann, weil er verstorben, nicht mehr einvernahmefähig oder unauffindbar ist.[40] Es spielt also keine Rolle, ob die Unmöglichkeit der Gewährung der Teilnahmerechte dem Staat oder der beschuldigten Person zuzurechnen ist, die Konsequenzen[41] sind die gleichen. Dies wird auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bestätigt, wonach bei tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit der Teilnahme an Beweiserhebungen die Aussage eines Zeugen, mit der der Beschuldigte nicht konfrontiert werden konnte, nicht das einzige oder massgebende Beweismittel sein darf.[42]

2.3. Rechtliche Unmöglichkeit der Gewährung des Teilnahmerechts

In zwei gesetzlich geregelten Fällen sieht die eidgenössische Strafprozessordnung vor, dass die Teilnahmerechte, welche in Art. 147 StPO vorgesehen sind, eingeschränkt werden können. Einerseits bei Beschränkungen des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 108 StPO und andererseits, wenn Schutzmassnahmen gemäss Art. 149 ff. StPO ergriffen werden müssen, welche bedingen, dass nicht immer allen Parteien in vollem Umfang Teilnahmerechte gewährt werden können. Weiter ist die Gewährung der Teilnahmerechte auch dann *rechtlich* unmöglich, wenn sich ein Zeuge berechtigterweise auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft.

2.3.1. Einschränkungen des rechtlichen Gehörs ï Art. 108 StPO

A. Missbrauchsschutz

Die Behörden können das rechtliche Gehör einschränken, wenn der begründete Verdacht besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht.[43] Von Rechtsmissbrauch ist dann auszugehen, wenn jemand das Rechtsinstitut der Beweiserhebung zu Zwecken missbraucht, die dieses Institut gar nicht schützen will. Gemäss CHRISTEN genügt schon der Verdacht und nicht erst das Vorliegen von Rechtsmissbrauch zur Einschränkung des Teilnahmerechts und damit zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs.[44] Durch diese Einschränkungsmöglichkeit schafft die Strafprozessordnung ein Gegengewicht zu den nun sehr weitgehenden Akteneinsichts- und Verteidigungsrechten fest.

---

[40] CHRISTEN, S. 43 f.
[41] Die Konsequenzen werden unter Punkt 3. ausgeführt.
[42] Statt vieler: Doorson vs. Niederlande; EGMR-Urteil vom 26. März 1996.
[43] Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO; BOTSCHAFT, 2006, S. 1164; BGE 124 I 274, E. 5. b) und c).
[44] CHRISTEN, S. 147; so auch BeB VE-StPO, S. 85; wohl anderer Meinung: LIEBER, in: ZK StPO, N 4 zu Art. 108 StPO.

Eine solche Einschränkung darf nur mit Zurückhaltung und nach einer Interessenabwägung gemacht werden, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist zu beachten. Die Anwesenheit der beschuldigten Person dient ebenfalls der Wahrheitsfindung und es darf nicht leichthin darauf verzichtet werden, denn es ist grundsätzlich mit allen zulässigen Mitteln nach dem tatsächlich Geschehenen zu suchen.[45] Die Prüfung, ob eine solche Einschränkung verhältnismässig ist, erfolgt nach den Kriterien von Art. 36 BV, da der Anspruch auf rechtliches Gehör ein verfassungsmässiges Recht ist.[46] Nur wenn konkrete Anhaltspunkte für den Missbrauch des Teilnahmerechts bestehen, wobei konkrete Anhaltspunkte für den *Verdacht* des Missbrauchs reichen müssen, darf von dieser Bestimmung Gebrauch gemacht werden. Diese Fälle dürften relativ selten sein. In der Praxis kommt es zwar immer wieder vor, dass Parteien im Strafprozess Beweiserhebungen, insbesondere Einvernahmen, für die Klärung von Fragen eines kommenden oder hängigen Zivilprozesses nutzen, insbesondere in Verfahren wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung, in denen bereits Aussagen im Hinblick auf den Haftpflichtprozess erlangt werden sollen. Dies kann meiner Meinung nach in diesem Ausmass noch nicht als Missbrauch im Sinne von Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO gelten, da diese Aussagen gleichermassen auch dem Strafverfolger dienen. Der Missbrauchskomponente kann vom befragenden Staatsanwalt auch relativ einfach begegnet werden, indem er bei den Ergänzungsfragen der Parteien nach dem Hintergrund und der strafrechtlichen Relevanz einer Frage fragt. Das Stellen solcher Ergänzungsfragen, die mit dem Strafprozess nicht in Zusammenhang stehen, kann der Staatsanwalt gemäss Art. 62 Abs. 1 StPO und Art. 63 Abs. 2 StPO beschränken.[47] Der begründete Missbrauchsverdacht liegt höchstens vor, wenn hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, dass eine Partei ihre Anwesenheit oder die Anwesenheit ihres Verteidigers in einer Befragung und das daraus gewonnene Wissen aus einer Befragung für verfahrensfremde Zwecke missbraucht und Informationen aus Einvernahmen oder Akteneinsicht für parallele Verfahren benutzt und diese Informationen auch Drittpersonen aus diesen Parallelverfahren mitteilt. Ebenfalls kann das rechtliche Gehör eingeschränkt werden, wenn das Teilnahmerecht und das rechtliche Gehör dazu missbraucht werden, das Verfahren zu verschleppen und unnötig zu verzögern. Es ist durchaus erlaubt, gerade unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit, nur die beschuldigte Person aus den genannten Gründen von der Beweiserhebung auszuschliessen, ihren Verteidiger aber zuzulassen. Anders als in vielen früheren kantonalen Strafprozessordnungen sind die Gefährdung von Untersuchungsinteressen, also die drohende Vereitelung oder die Gefährdung des Untersuchungszwecks durch die Teilnahme einer Partei an einer Beweiserhebung nicht mehr Grund genug für eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs.[48]

Von Missbrauch ist klarerweise auszugehen, wenn der Beschuldigte aufgrund der in einer Zeugeneinvernahme gehörten Tatsachen entsprechende kolludierende Handlungen vornimmt. Verdunklungshandlungen wären das Einwirken auf Beweismittel oder das unzulässige Beeinflussen von noch einzuvernehmenden Personen mit dem Zweck, die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen.[49] Es genügt jedoch *nicht*, dass die Person lediglich ihre Aussagen an die Aussagen der be-

---

[45] Art. 108 Abs. 3 StPO; BSK STPO, VEST/HORBER, N 1 zu Art. 108 StPO; BOTSCHAFT, 2006, S. 1164.
[46] LIEBER, in: ZK StPO, N 1 zu Art. 108 StPO.
[47] BOTSCHAFT, 2006, S. 1187; der als Zivilkläger konstituierte Geschädigte kann m.E. jedoch Fragen zum Zivilpunkt stellen.
[48] BOTSCHAFT, 2006, S. 1164; BeB VE-STPO, S. 85; SCHMID, Praxiskommentar, N 5 zu Art. 108 StPO.
[49] BSK StPO, SCHLEIMINGER, N 14 zu Art. 147 StPO.

reits einvernommenen Person anpassen will, oder dass Mitbeschuldigte ihre Aussagen aufeinander abstimmen.[50] Denn die beschuldigte Person ist nicht verpflichtet, die Beeinflussung von Personen - in den Schranken des rechtlich Zulässigen - oder das Einwirken auf Beweismittel zu unterlassen.[51] Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO bietet also keine Grundlage, einen Beschuldigten in Abwesenheit eines mitbeschuldigten Mittäters zu befragen, wenn Ätediglichñ die Gefahr von Aussageanpassungen droht. Ob dieser Gefahr im Hinblick auf eine ergebnisorientierte Untersuchungsführung anderweitig begegnet werden kann, wird unter Punkt 4.2.2.A. im Hinblick auf Art. 146 StPO untersucht.

B. Übergeordnete Interessen

Weiter ist die Einschränkung des Teilnahmerechts und damit des rechtlichen Gehörs möglich, wenn dies für die Sicherheit von Personen oder zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen, sogenannter Äübergeordneter Interessenñ, erforderlich ist (Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO).

Die in Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO angesprochenen Fälle beziehen sich hinsichtlich privater Geheimnisse am ehestens auf Berufs-, Bank-, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse bei der Einvernahme von Geheimnisträgern. Bei den öffentlichen Interessen, welche durch die vollumfängliche Gewährung der Teilnahmerechte gefährdet sein könnten, sind Staatsschutzinteressen und Militärgeheimnisse gemeint. Die wichtigste Änderung für die Strafverfolgung ist die Tatsache, dass gestützt auf den in den früheren kantonalen Strafprozessordnungen noch bestehende Grund der Gefährdung des Untersuchungszwecks das Teilnahmerecht einer Partei heute nicht mehr gestützt auf Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO eingeschränkt werden kann.[52]

2.3.2. Beschränkung der Verfahrensrechte durch Schutzmassnahmen ï Art. 149 ff. StPO

A. Einvernahmen unter Ausschluss der Parteien - Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO

Besteht Grund zur Annahme, dass ein Zeuge, eine Auskunftsperson, eine beschuldigte Person, eine sachverständige Person oder ein Übersetzer durch die Mitwirkung im Verfahren sich oder eine Person, die ihm nahesteht (im Sinne von Art. 168 Abs. 1-3 StPO), einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem anderen schweren Nachteil aussetzten, so trifft die Verfahrensleitung auf Gesuch hin oder von Amtes wegen die geeigneten Schutzmassnahmen. Die Art. 149 ff. StPO sind als lex specialis zu den Einschränkungen des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 108 StPO zu verstehen.[53] Nebst den allgemeinen Schutzmassnahmen in den Art. 149 und 150 StPO gibt es besondere Schutzmassnahmen für verdeckte Ermittler (Art. 151 StPO), für Opfer (Art. 152 und 153 StPO), für Kinder mit Opferstellung (Art. 154 StPO), für Personen mit

---

[50] BSK StPO, SCHLEIMINGER, N 14 zu Art. 147 StPO. Zudem wäre der Rechtsanwalt berechtigt, bei der Einvernahme dabei zu sein und die Partei über den Aussageinhalt zu informieren (Art. 108 Abs. 2 StPO).
[51] CHRISTEN, S. 148.
[52] CHRISTEN, S. 150 f.
[53] CHRISTEN, S. 147; BSK StPO, VEST/HORBER, N 3 zu Art. 108 StPO.

psychischen Störungen (Art. 155 StPO) und für Personen ausserhalb eines Strafverfahrens (Art. 156 StPO).

Schutzmassnahmen nach Art. 149 ff. StPO beschränken das Recht des Beschuldigten an der Beweiserhebung, insbesondere den Einvernahmen, anwesend zu sein. Voraussetzung für die Anordnung von Schutzmassnahmen durch die Staatsanwaltschaft[54] ist das Vorliegen von objektiven Anhaltspunkten für eine erhebliche Gefährdung von Leib und Leben oder eines anderen schweren Nachteils für die am Verfahren mitwirkende Person oder deren Angehörige im Sinne von Art. 168 Abs. 1-3 StPO.[55] In der Praxis betreffen diese Schutzmassnahmen einerseits und anteilsmässig am häufigsten Zeugen, welche als Opfer von Sexualstraftaten aussagen müssen. Zur Verhinderung einer sekundären Viktimisierung sollen sie nur so befragt werden, dass sie nicht erneut das Tatgeschehen wiedererleben und sich nur indirekt den Fragen von beschuldigten Personen stellen müssen. Andererseits sind die Schutzmassnahmen für besonders gefährdete Personen konzipiert, welche aufgrund ihrer Rolle im Verfahren eine besondere Gefahr eingehen.[56] Dies sind Belastungszeugen, welche in einem Milieu belastende Aussagen machen, welches der organisierten Kriminalität oder terroristischer Gruppierungen zuzurechnen ist und weitere Personen, welche aufgrund ihrer Rolle einer Gefahr für sich selber oder ihre Angehörigen ausgesetzt sind. In einer solchen Rolle befinden sich ganz besonders verdeckte Ermittler, weil sie mit ihren Aussagen meist wichtigste Belastungszeugen in einem Prozess sind, zuvor das Vertrauen eines später Beschuldigten gewonnen und dieses in der Folge missbraucht haben. Zudem laufen sie Gefahr, eine bestehende Legende zu verlieren. Hier hat der Staat die Pflicht, diesen Personen besonderen Schutz im Verfahren zukommen zu lassen.[57]

Dieser Schutz steht mit den Teilnahmerechten des Art. 147 StPO in einem Spannungsfeld, wird doch gerade das prozessual so wichtige Konfrontationsrecht, welches auch in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK[58] statuiert ist, dadurch beschränkt. Auch dem Ziel der Wahrheitsfindung sind solche Einschränkungen nicht dienlich, weshalb noch viel mehr als sonst der Wahrheitsgehalt von Aussagen, bei deren Entstehung nicht alle Parteien teilnehmen können, von Amtes wegen zunächst durch den Staatsanwalt und später durch den Richter überprüft werden muss.[59]

Sobald die Voraussetzungen für Schutzmassnahmen gegeben sind oder ein Gesuch dafür gestellt wird, sind diese anzuordnen. Die Voraussetzungen sind das Vorliegen einer Gefahrensituation ï die Gefahr für Leib und Leben oder die Gefahr eines anderen schweren Nachteils ï und die Angemessenheit der geplanten Schutzmassnahme. Angemessen ist diese, wenn das Schutzinteresse - bspw. des Zeugen - das Interesse der beschuldigten Person an der Ausübung seiner Partei- und Teilnahmerechte überwiegt. Bei der Angemessenheit ist auch zu prüfen, ob die ins Auge gefassten Schutzmassnahmen überhaupt die Gefahr zu bannen vermögen, ob sie also tauglich sind.[60] Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO sieht vor, dass die Staatsanwaltschaft sogar den Beschuldigten und

---

[54] BeB VE-StPO, S. 116; BOTSCHAFT, 2006, S. 1189.
[55] WOHLERS, in: ZK StPO, N 7 ff. zu Art. 149 StPO.
[56] TRECHSEL, S. 1371.
[57] WOHLERS, in: ZK StPO, N 1 zu Art. 149 StPO.
[58] TRECHSEL, S. 1366.
[59] WOHLERS, in: ZK StPO, N 3 zu Art. 149 StPO.
[60] Verhältnismässigkeitsprüfung; BeB VE-StPO, S. 85.

dessen Rechtsbeistand ganz von einer Einvernahme ausschliessen kann, wenn eine Person mit schutzwürdigen Interessen im Sinne von Art. 149 StPO einvernommen wird.

Die möglichen Schutzmassnahmen, welche die Staatsanwaltschaft ergreifen kann, sind im Gesetz aufgezählt, wobei die Aufzählung nicht abschliessend ist: Die Zusicherung der Anonymität, Einvernahmen unter Ausschluss der Parteien, Feststellung der Personalien unter Ausschluss der Parteien, Veränderung des Aussehens oder der Stimme der zu schützenden Person, Abschirmung derselben oder Einschränkung der Akteneinsicht.[61] So können Personen, die Schutz bedürfen, sogar anonym bleiben, was besonders bei Opfern von Straftaten, die als Hauptbelastungszeugen aussagen und bei verdeckten Ermittlern Sinn macht und oft auch notwendig ist, denn diese Schutzmassnahmen dienen klarerweise nicht nur der schutzbedürftigen Person, sondern auch der Strafverfolgungsbehörde, resp. der Erforschung der materiellen Wahrheit. Diese kann ansonsten Opferzeugen und verdeckte Ermittler in gewissen Fällen kaum dazu bringen, Aussagen zu machen, wenn eine Gefahr für sie oder ihre Angehörigen besteht.[62]

Für die Frage der Verwertbarkeit einer Zeugenaussage unter teilweisem oder vollständigem Ausschluss der beschuldigten Person bleibt massgebend, ob sich diese genügend verteidigen konnte. Läuft diese Abwägung darauf hinaus, dass die Verteidigungsrechte nicht genügend gewährt wurden, dürfen die Aussagen eines Zeugen nicht zuungunsten der beschuldigten Person verwendet werden.[63] Die Erforschung der materiellen Wahrheit hat dann zurück zu treten.[64]

Die erwähnten Schutzmassnahmen der Art. 149 ff. StPO sind zwingende Gründe im Sinne von Art. 147 Abs. 3 StPO. Sie begründen einen Anspruch auf Wiederholung der Beweiserhebung, wenn die Partei durch deren Anordnung von der Beweiserhebung ausgeschlossen war. Dies kann selbstverständlich nur geschehen, wenn der Grund für den Ausschluss von der Beweiserhebung wegen der Anordnung einer Schutzmassnahme weggefallen ist.

> *Zu den Schutzmassnahmen ein Beispiel:*
> *Eine Frau erstattet auf dem Polizeiposten eine Anzeige wegen Vergewaltigung, da sie soeben von ihren Lebenspartner gegen ihren Willen zum Geschlechtsverkehr gezwungen worden sei. Ihr Lebensgefährte sei danach zur Arbeit gefahren und sie habe sich umgehend zum Polizeiposten begeben. Sie wolle Aussagen machen, wolle ihren Lebenspartner aber vorerst nicht mehr sehen müssen.*

Vorliegend ist der Beschuldigte bekannt und auch umgehend greifbar, da er sich an seinem Arbeitsort aufhält. Korrekterweise muss hier das Strafverfahren sofort eröffnet werden, nachdem der Polizeibeamte die Aussage des Opfers in groben Zügen erfahren hat, denn er ist nach Art. 307 StPO verpflichtet, diese Anzeige einer schweren Straftat umgehend der Staatsanwaltschaft zu melden. Bei einem Tatverdacht nach Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO muss eine Untersuchung eröffnet werden. Dies sieht Art. 307 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 309 Abs. 1 StPO vor,

---

[61] Art. 149 Abs. 2 StPO.
[62] TRECHSEL, S. 1371.
[63] TRECHSEL, S. 1368; HÄRING, S. 233; BGE 125 I 127, E. 6. c) ee) und ff).
[64] So entschieden in BGE 6P.22/2005 (12.10.2005), E. 2.3.2: Abwägung zwischen Wahrheitsfindung und Abstützen auf eine einzige, ausschlaggebende Belastungsaussage eines Zeugen ohne Anwesenheit des Täters.

und hat zur Konsequenz, dass grundsätzlich dem Beschuldigten die vollen Teilnahmerechte gewährt werden müssen. Nun liegt jedoch der Opferschutz nach Art. 152 StPO im Ermessen der Staatsanwaltschaft, da sie ab diesem Zeitpunkt das Verfahren leitet.[65] Eine mögliche Schutzmassnahme könnte hier die Anordnung der Schutzmassnahmen nach Art. 153 StPO sein, wonach eine Gegenüberstellung gegen den Willen des Opfers nur angeordnet wird, wenn das rechtliche Gehör der beschuldigten Person nicht anderweitig gewährt werden kann. Dabei können die Schutzmassnahmen nicht nur dem Opfer dienen, sondern auch die Möglichkeit eröffnen, zunächst einmal ungestört mit dem Opfer alleine und ohne Anwesenheit des Täters zu sprechen. Gerade aufgrund der Erstaussagen des Opfers kann erst beurteilt werden, ob tatsächlich der Tatbestand erfüllt sein kann. Dann sind mögliche Beweismittel in der Wohnung zu sichern und erst dann ist der Täter zu tangieren. Unter Umständen ist das Opfer später bei der Wiederholung der Beweiserhebung bereit, in Anwesenheit der beschuldigten Person Aussagen zu machen, oder das rechtliche Gehör kann mit anderen Massnahmen, wie bspw. der Einvernahme mit Videoübertragung ins Nebenzimmer mit der Möglichkeit, Ergänzungsfragen zu stellen, gewährt werden.

B. Kompensation gemäss Art. 149 Abs. 5 StPO

Werden die Teilnahmerechte des Art. 147 StPO beschränkt, weil Schutzmassnahmen gemäss den Art. 149 ff. StPO angezeigt sind, so hat die Verfahrensleitung gemäss Art. 149 Abs. 5 StPO dafür zu sorgen, dass die Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien, insbesondere die Verteidigungsrechte der beschuldigten Person, auf andere Weise als durch direkte Konfrontation gewahrt bleiben. Die Verfahrensleitung muss die Beschränkungen der Teilnahmerechte durch Kompensationsmassnahmen aufwiegen, welche die Wahrung des rechtlichen Gehörs anderweitig gewährleisten, resp. die Folgen der Einschränkung mildern oder diese verhältnismässiger machen.[66] Sie hat zwar Kompensation zu leisten für die Beschränkung, muss jedoch schon vor deren Anordnung die involvierten Interessen dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz[67] folgend gegeneinander abwägen.[68]

Als Kompensationsmassnahme können auf schriftlichem Weg Ergänzungsfragen an den Zeugen gestellt werden, es kann lediglich die beschuldigte Person ausgeschlossen, ihr Rechtsvertreter aber zugelassen werden, es kann eine optische Abschirmung des Zeugen oder die Erhebung seiner Personalien unter Ausschluss des Beschuldigten stattfinden, es kann eine Videokonfrontation gemacht oder das Aussehen und die Stimme des Zeugen verändert werden.[69]

Eine vollständige Kompensation im Sinne eines Ersatzes für die Beschränkungen des Teilnahmerechts kann aber nie vorliegen, es handelt sich vielmehr - wie vorgehend dargelegt - um eine Milderung der Folgen dieser Einschränkungen. Ein Verfahren ist gemäss der Rechtsprechung

---

[65] Art. 61 lit. a StPO.
[66] CHRISTEN, S. 46; BGE 133 I 33, E. 3.1.
[67] Die Interessen des Zeugen und der beschuldigten Person sind gegen die Interessen der Wahrheitsfindung und der Strafverfolgung abzuwägen.
[68] BSK STPO, WEHRENBERG, N 33 zu Art. 149 StPO; BGE 133 I 33, E. 3.1.; ILL, in: GOLDSCHMID/ MAURER/SOLLBERGER, Art. 149 StPO, S. 141; BeB VE-STPO, S. 86.
[69] BOTSCHAFT, 2006, S. 1189.

des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte dann nicht mehr als fair anzusehen, wenn das einzige und ausschlaggebende Beweismittel, das zu einer Verurteilung führte, unter Einschränkung der Verteidigungsrechte erhoben wurde. In gewisser Hinsicht wurde diese Regelung relativiert durch den EGMR-Entscheid S.N. vs. Schweden[70], in welchem festgehalten wird, dass auch ein einziges Beweismittel, bei welchem die Verteidigungsrechte bei der Erhebung eingeschränkt wurden, dann verwertbar sein soll, wenn angemessen Kompensation für diese Einschränkung geleistet wurde. Der Kern der Verteidigungsrechte muss jedoch immer gewahrt und die Beschränkungen durch Kompensationsmassnahmen ausgeglichen werden.[71]

Das heisst, die Grenze der zulässigen Beschränkung der Teilnahmerechte wird sicher dort erreicht, wo Kompensationsmassnahmen gar keine Aufwiegung der eingeschränkten Verteidigungsrechte zu erreichen vermögen, wo also eine belastende Aussage eines Zeugen das einzige oder das für einen Schuldspruch ausschlaggebende Beweismittel darstellt und keine Konfrontation oder eine anderweitige Gewährung des rechtlichen Gehörs stattfand. Auf diese unkonfrontierte Aussage eines anonymen Zeugen darf also gar nicht abgestellt werden, wenn dieser Zeuge mit seiner Aussage das einzige oder ausschlaggebende Beweismittel darstellt.[72] Auch das Bundesgericht führt aus, dass beim Vorliegen besonderer Umstände, wie z.B. der rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichkeit, einen Zeugen mit der beschuldigten Person zu konfrontieren, das Verfahren nur dann fair im Lichte von Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. d EMRK sei, wenn die beschuldigte Person ausserhalb einer eigentlichen Konfrontation Stellung nehmen könne, die Aussagen sorgfältig geprüft würden und das Zeugnis nicht der einzige oder ausschlaggebende Beweis darstelle.[73] Insgesamt als fair kann das Verfahren dann noch angeschaut werden, wenn die Abwägung zwischen der Schwere der Gefahr und der Möglichkeit der beschuldigten Person, sich richtig zu verteidigen, korrekt durchgeführt wurde, wenn die Rechte der Parteien nur so weit beschränkt wurden als notwendig, wenn angemessene Kompensationsmassnahmen ergriffen wurden, dem erhobenen Beweis nicht ausschlaggebendes Gewicht zukommt und wenn die Gesamtbetrachtung das Verfahren noch als fair erscheinen lässt.[74]

3. Konsequenzen aus der Verletzung von Art. 147 StPO: Das Beweisverwertungsverbot

Die Folgen zu Unrecht verweigerter Teilnahme oder Verweigerung der Wiederholung einer Beweiserhebung trotz gegebener Voraussetzungen sind in Art. 147 Abs. 4 StPO geregelt.

---

[70] S.N. vs. Schweden, EGMR-Urteil vom 16.01.2001 (app. no. 34209/96).
[71] BSK StPO, WEHRENBERG, N 6 zu Art. 149 StPO. Kern der Verteidigungsrechte sind - wie ausgeführt - das Konfrontations- und das Fragerecht der beschuldigten Person mindestens einmal im Laufe des Verfahrens.
[72] BSK StPO, WEHRENBERG, N 6 zu Art. 149 StPO.
[73] Statt vieler: BGE 6B_132/2009, E. 2.3; BGE 124 I 274, E. 5.
[74] BSK StPO, GLESS, N 21 - 23 zu Art. 141 StPO; ILL, in: GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Art. 149 StPO, S. 141; HÄRING, S. 232; BGE 133 I 33, E. 3.1.

3.1. Verwertbarkeit: Art. 147 Abs. 4 i.V.m. Art. 141 StPO

Die Konsequenz aus der Verletzung von Art. 147 Abs. 1 StPO ist die Unverwertbarkeit der erhobenen Beweise zu Lasten der abwesenden Partei bei Missachtung der Teilnahmerechte nach Abs. 1 von Art. 147 StPO, bei Missachtung des Rechts auf Wiederholung nach Abs. 3 Satz 1 von Art. 147 StPO und bei unzulässigem Verzicht auf eine Wiederholung der Beweiserhebung bei gegebenen Voraussetzungen.[75] Anders als die Europäische Menschenrechtskonvention und die Bundesverfassung geht die Eidgenössische Strafprozessordnung bei der Beurteilung, ob ein Verfahren fair war, nicht von einer Gesamtbetrachtung aus, sondern die Verfahrensfairness wird anhand des konkreten Beweismittels bestimmt.[76] Bezüglich der Frage, was passiert, wenn Beweise unter Missachtung der Vorgaben des Art. 147 StPO erhoben wurden, findet sich die Antwort in Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO. Die Beweise, z.B. der Inhalt einer Einvernahme, sind demnach unverwertbar und das Verwertungsverbot entwickelt die gleiche Fernwirkung wie in Art. 141 Abs. 4 StPO vorgesehen ist.[77] Die Mindestgarantien des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK sind dann irrelevant. Art. 147 Abs. 4 StPO ist ein absolutes Beweisverwertungsverbot im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO, das aber nur einseitig wirkt.[78] Es ist zudem nicht abwägungsoffen wie die relativen Verwertungsverbote des Art. 141 Abs. 2 StPO.[79]

Mit den Aussagen, die ein Zeuge macht, ohne dass dem Beschuldigten das Teilnahmerecht an der Befragung gewährt wurde, kann also grundsätzlich nichts erreicht werden. Sie sind nicht verwertbar unter dem Vorbehalt, dass zum Zeitpunkt der Beweiserhebung keine rechtlichen oder tatsächlichen Gründe vorlagen, welche die Gewährung der Teilnahmerechte verunmöglichten. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts besagt, dass das Recht auf Teilnahme, das aus Art. 147 Abs. 1 StPO und Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK abgeleitet wird, bei Nichtbeachtung zur Unverwertbarkeit der Aussage führt. Nach den Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hat der Angeschuldigte Anspruch darauf, dem Belastungszeugen Fragen zu stellen. Dieser Anspruch ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Eine belastende Zeugenaussage ist somit grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessen und hinreichend Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Zeugen zu stellen, wobei als Zeugenaussagen auch in der Voruntersuchung gemachte Aussagen vor Polizeiorganen gelten.[80] Der Beschuldigte muss namentlich in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und in Frage zu stellen.[81]

Im Sinne eines nur einseitig absoluten Verwertungsverbotes legt Abs. 4 von Art. 147 StPO weiter fest, dass Beweise, die in Verletzung der Bestimmungen von Art. 147 StPO erhoben wurden, *nicht zulasten* der Partei verwendet werden dürfen, die bei deren Erhebung nicht anwesend war.[82] Zu Lasten des Beschuldigten wirkt sich ein Beweis dann aus, wenn erst durch diese Ver-

---

[75] BOMMER, recht 2010, S. 210; WOHLERS, in: ZK StPO, N 11 zu Art. 147 StPO.
[76] CHRISTEN, S. 69.
[77] HÄRING, S. 237; VETTERLI, S. 101 ff.; mehr zur Fernwirkung unter Punkt 3.2.
[78] BSK StPO, GLESS, N 15 zu Art. 141 StPO.
[79] BSK StPO, GLESS, N 48 und N 49 zu Art. 141 StPO.
[80] BGE 6B_64/2010 vom 26.02.2010, E. 2.3.
[81] BGE 6P.22/2005, E. 2.2; BGE 133 I 33, E. 3.1.
[82] HÄRING, S. 234 f.

wertung ein Schuldspruch resultiert, ein zusätzlicher Tatbestand oder eine qualifizierte Tatbestandsvariante erfüllt ist oder eine strengere Strafe zu erwarten ist.

Als Konsequenz ergibt sich aus dieser Regelung, dass die Erforschung der materiellen Wahrheit in den Hintergrund rückt. Es scheint nach dem Willen des Gesetzgebers nicht mehr ausschlaggebend zu sein, was gemäss der Aussage eines Zeugen passiert ist, sondern es geht vielmehr darum, das Verteidigungsrecht auf möglichst sicheren Boden zu stellen und weitestgehend auszubauen. Wenn die Aussage eines Zeugen nur noch dann verwertbar ist, wenn sie dem Beschuldigten nützt, nicht hingegen, wenn sie ihm schadet, widerspricht dies dem Sinn einer solchen Bestimmung über die Verwertbarkeit eines Beweises und auch der Waffengleichheit zum Nachteil des Staates. Denn Art. 147 StPO bezweckt den rechtmässigen Gang des Verfahrens und die rechtmässige Beweiserhebung. Vor diesem Hintergrund sollte bei unrechtmässiger Beweiserhebung vor allem unter dem Aspekt der Rechtssicherheit für alle Verfahrensbeteiligten und dem Aspekt der Waffengleichheit stets die gleiche Rechtsfolge eintreten, nämlich die absolute Unverwertbarkeit des Beweises, sofern man dem Willen des Gesetzgebers folgen will. Sinnvoller wäre hingegen eine Lösung, die es erlaubt, auch unkonfrontierte Aussagen zu verwerten und zu verwenden, wenn dieser Mangel der fehlenden Konfrontation in der Folge geheilt wird. Damit wäre dem Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit genauso Genüge getan wie dem Recht der beschuldigten Person, sich am ĂHeilungsprozessñ zu beteiligen, sich zu verteidigen und Ergänzungsfragen zu stellen.

Es findet im Falle einer Verletzung von Art. 147 StPO keine Abwägung gegen allfällige Strafverfolgungsinteressen statt wie beim in Art. 141 Abs. 2 StPO statuierten Verwertungsverbot, sondern die Einvernahme muss, sobald man das Verwertungsverbot bemerkt, aus den Strafakten entfernt werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel das ausschliessliche oder entscheidende ist. Für die Unverwertbarkeit genügt die ĂErhebung in Verletzung der Bestimmungen dieses Artikelsñ (Art. 147 Abs. 4 StPO). Insofern ist die Praxis des Bundesgerichts und des EGMR zu den rechtswidrig erlangten Beweismitteln überflüssig geworden. Es sind jedoch weiterhin andere, von der Strafprozessordnung nicht explizit geregelte Fälle der Folgen fehlender Konfrontation, denkbar und insofern behält die Praxis zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ihre Bedeutung. Die EMRK verankert bekanntlich als Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 6 Ziff. 3 EMRK das Recht, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen oder durch den Verteidiger stellen zu lassen. In diesem Teilbereich ist dieses Konfrontationsrecht nun zwar durch Art. 147 StPO abgedeckt. Zum einen kann das Teilnahmerecht aber nach den Massstäben von Art. 147 StPO zu Recht verweigert oder eingeschränkt werden. Dann hat sich diese Beweiserhebung nach wie vor am in der EMRK garantierten Konfrontationsrecht beurteilen zu lassen. Zum anderen gilt Art. 147 StPO nur für Beweiserhebungen der Staatsanwaltschaft und des Gerichts sowie denjenigen, die nach Art. 312 StPO an die Polizei delegiert wurden. Was die Polizei im Rahmen ihrer selbständigen Ermittlungstätigkeit nach Art. 306 StPO an Beweisen erhebt, entzieht sich dem Anwendungsbereich von Art. 147 StPO. Wenn die Polizei also selbständig Personen als Auskunftspersonen einvernimmt, ist eine Teilnahme des Beschuldigten, resp. einer der Tat erst verdächtigten Person an diesen Befragungen gesetzlich nicht vorgesehen. Auch insofern legt also noch immer Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK die Bedingungen der Verwertung entsprechender Beweisergebnisse fest.[83]

---

[83] BOMMER, recht 2010, S. 211 ff.

Nach der Praxis des Bundesgerichts ist dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger die Gelegenheit zu bieten, mindestens einmal während des gesamten Verfahrens das Fragerecht auszuüben.[84] Der EGMR verlangt, dass der Beschuldigte in angemessener und geeigneter Weise von seinem Konfrontationsrecht Gebrauch machen und dabei die Zuverlässigkeit und Glaubhaftigkeit des Zeugen in Frage und auf die Probe stellen kann.[85] In den beiden Fällen fehlender Konfrontation und selbständiger Ermittlung durch die Polizei schliesst es die Strafprozessordnung nicht aus, dass eine nachträglich ergänzende Einvernahme unterbleibt, die Beweiserhebung also unkonfrontiert bleibt. Solche Fälle sind dann aber an den Voraussetzungen zu messen, die das Bundesgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zur Einschränkung des Konfrontationsrechts festlegen. Demnach muss für die Beschränkung des Fragerechts ein Grund rechtlicher oder tatsächlicher Natur vorliegen, wie z.B. die berechtigte Aussageverweigerung, die Zusicherung der Anonymität, der Schutz des verdeckten Ermittlers oder die Unmöglichkeit der erneuten Beweiserhebung unter Wahrung des Konfrontationsrechts, z.B. wegen dem Tod oder der Unerreichbarkeit des Zeugen. Es stellt aber nur dann einen zureichenden Grund dar, wenn die Strafverfolgungsbehörde die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Fehlt es an einem zureichenden Grund, ist der Beweis nicht verwertbar. Liegt ein zureichender Grund rechtlicher oder tatsächlicher Natur für die Beschränkung des Teilnahme- und Konfrontationsrechts vor, stellt sich in der Folge die Frage, ob angemessene Kompensationsmassnahmen ergriffen wurden, damit dennoch von einer ausreichenden Ausübung des Fragerechts die Rede sein kann.[86] Ist die ergriffene Kompensation ungenügend, ist der Beweis auch nicht verwertbar. Ist sie hingegen genügend, dann darf auf den Beweis abgestellt werden, um eine Verurteilung herbei zu führen, ausser diese würde sich ausschliesslich oder in entscheidendem Umfang auf das fragliche Beweismittel abstützen.[87]

3.2. Fernwirkung von Beweisverboten: Früher und heute

Die Problematik der Fernwirkung stellt sich dann, wenn ein Beweismittel prozessrechtswidrig erhoben wurde und dieses Beweismittel später zur Auffindung eines weiteren Beweismittels führt, welches aber für sich gesehen verwertbar, da rechtmässig erhoben, wäre.[88]

Grundsätzlich gilt, dass nicht nur Beweise, welche auf illegale Weise erlangt wurden, sondern auch deren Folgebeweise unverwertbar sind, wenn die Erhebung der Folgebeweise nur durch die

---

[84] BGE 125 I 127, E. 6c/ee.

[85] Statt vieler: EGMR-Urteil vom 20.1.2009, Al-Khawaja und Tahery vs. Grossbritannien (app. no. 26766/05 und 22228/06), Ziff. 34 ff.

[86] BOMMER, recht 2010, S. 211 f.; dazu auch BGE 6P.22/2005, E. 2.2.

[87] Doorson vs. Niederlande; EGMR-Urteil vom 26. März 1996, Ziff. 76: ĂFinally, it should be recalled that even when Ăcounterbalancingñ procedures are found to compensate sufficiently the handicaps under which the defence labours, a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statement.ñ und Al-Khawaja und Tahery vs. Grossbritannien, EGMR-Urteil vom 20.1.2009, Ziff. 42 und 46: Ă(é) the Court is not persuaded that any more appropriate direction could effectively counterbalance the effect of an untested statement which was the only evidence against the applicant.ñ

[88] WOHLERS, in: ZK StPO, N 14 zu Art. 141 StPO; HÄRING, S. 250.

unverwertbaren Erstbeweise möglich waren.[89] Wenn also ein Zweitbeweis auch hätte erlangt werden können, wenn der Erstbeweis gar nicht erhoben worden wäre, dann darf dieses Ergebnis der zweiten Beweiserhebung verwendet werden. Diese Regelung gilt nicht nur für die Fälle von Art. 141 Abs. 2 StPO, sondern a fortiori auch für die Fälle von Art. 141 Abs. 1 StPO.[90] Das Bundesgericht war bislang der Ansicht[91], dass der unrechtmässig erhobene Erstbeweis *conditio sine qua non* sein muss für den Zweitbeweis. Wenn also in einer Rückschau das Beweismittel legal hätte erlangt werden können, dann soll eine Fernwirkung des Beweisverbots nicht eintreten.[92] Dies setzt in der Praxis wohl voraus, dass bei der Beantwortung dieser Frage, ob der Folgebeweis auch gefunden und erhoben worden wäre, wenn der Erstbeweis nicht bereits vorhanden gewesen wäre, tatsächlich der Blickwinkel eingenommen wird, den man damals hatte und nicht rückblickend beurteilt wird, ob man mit jenem damaligen Wissen den Sekundärbeweis auch gefunden hätte.

Mit Blick auf die Botschaft zu Art. 141 der eidgenössischen Strafprozessordnung wird klar, dass der Gesetzgeber neu zwar immer noch will, dass die Beweisverbote durch eine Fernwirkungsregelung vor der Aushöhlung und Umgehung geschützt werden, jedoch will er eine absolute Fernwirkung in jenen Fällen vermeiden, in denen ein Beweismittel ohnehin in die Hände der Strafverfolgungsbehörde gelangt wäre.[93] Dies bedeutet, dass unter dem Regime der neuen Strafprozessordnung geschaut werden muss, wie die Beweis- und Sachlage vor Erlangung des illegalen Beweises ausgesehen hatte und ob nach den konkreten Umständen des Einzelfalles der Zweitbeweis höchstwahrscheinlich auch ohne Kenntnis des illegal erhobenen Erstbeweises hätte gefunden werden können. Diese Auslegung erinnert an die amerikanische Interpretation der Äfruit of the poisonous treeñ-Doktrin, die mittels dreier Ausnahmen in ihrer Radikalität durch höchstrichterliche Rechtsprechung abgeschwächt wurde. Zunächst wird die Fernwirkung abgeschwächt durch die Äindependent source exeptionñ, welche eben diesem Grundsatz entspricht, dass wenn der Beweis auch aus einer anderen, unabhängigen Quelle hätte erhoben werden können, er verwertet werden darf. Weitere Ausnahmen sind die Äultimate or inevitable discovery exceptionñ, also die Ausnahme, dass keine Fernwirkung eintritt, wenn das Beweismittel ohnehin letztlich und unausweichlich entdeckt worden wäre und die Ausnahme der ñabsence of bad faithñ im Zeitpunkt der Beweiserhebung (die Strafverfolgungsbehörde konnte in guten Treuen annehmen, die Beweiserhebung sei rechtmässig; auch Ägood faith theoryñ).[94]

---

[89] BSK StPO, GLESS, N 88 und N 91 zu Art. 141 StPO; WOHLERS, in: ZK StPO, N 14 zu Art. 141 StPO; HÄRING, S. 251; GLESS, S. 154; BOTSCHAFT, 2006, S. 1184.
[90] WOHLERS, in: ZK StPO, N 15 zu Art. 141 StPO; GLESS, S. 159.
[91] noch so: BGE 133 IV 329, E. 4.5; Zusammenstellung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Fernwirkung in: VETTERLI, S. 320 ff.
[92] Dazu interessant und ausführlich Nix vs. Williams, 467 U.S. 431 at 444 (1984) zur Äfruit of the poisonous tree doctrineñ und den Ausnahmen dazu; BOTSCHAFT, 2006, S. 1184; BeB VE-StPO, S. 109; HÄRING, S. 249 f., S. 251; GLESS, S. 155.
[93] BOTSCHAFT, 2006, S. 1184; BSK StPO, GLESS; N 93 ff. zu Art. 141 StPO.
[94] Vgl. zur Anwendung der Äfruit of the poisonous treeñ-Doktrin und den Ausnahmen, an die sich auch die Schweizerische Strafprozessordnung bis zu einem gewissen Grad anlehnt, den oben zitierten Entscheid Nix. vs. Williams; BeB VE- StPO, S. 108; BOTSCHAFT, 2006, S. 1184; VEST/HÖHENER, S. 106 f.

4. Die Strafverfolgung in der Praxis und der Art. 147 StPO

Die Konsequenzen für die Praxis aus den bislang ausgeführten Regelungen sind ungleich komplexer als die Regelungen selbst, und die Ergebnisse, zu denen sie führen, manchmal stossend. Für welche Praxisfälle das Gesetz selber eine Abschwächung aus der jederzeitigen und vollumfänglichen Gewährung der Teilnahmerecht vorsieht und in welchen Fällen nicht, wird nun aufgezeigt.

4.1. ĂDer Fallñ und ein Zwischenfazit

Bis jetzt wurde dargelegt, was Beweiserhebungen im Sinne der neuen Strafprozessordnung und Art. 147 StPO sind, was die Voraussetzungen sind, unter welchen solche Beweiserhebungen wiederholt werden müssen, wie die Gewährung der Teilnahmerechte in der Praxis ausgestaltet ist und welche faktischen und rechtlichen Schwierigkeiten sich bei der Wiederholung und Gewährung von Teilnahmerechten an Beweiserhebungen stellen. Sodann wurde erläutert, welche Konsequenzen resultieren, wenn die Bestimmung von Art. 147 StPO missachtet wird.

Nun stellt sich die Frage, für welche Konstellationen in der Praxis Schwierigkeiten in der Umsetzung von Art. 147 StPO auftauchen und ob es für diese Praxisprobleme in der Strafprozessordnung selber Lösungsansätze gibt, die herangezogen werden können. Der instinktive Wunsch des Strafverfolgers, die Teilnahmerechte in gewissen Fällen einzuschränken, ergibt sich daraus, dass der oft entscheidende Vorteil, der bislang in der Hand des Strafverfolgers war, aus der Hand gegeben wird. Unter altem Recht wurde der Informationsvorsprung des Beschuldigten, der im Wissen um die Tat liegt, durch die prozessualen Möglichkeiten des Strafverfolgers ausgeglichen. So konnte bei Einvernahmen mehrerer Beschuldigter dieses Wissen über Einzelheiten der Tat taktisch klug erlangt, verwertet, daraus Schlüsse gezogen und Beweise erhoben werden. Das prozessuale Spielen mit diesen Mitteln war häufig der Schlüssel zur Lösung eines Falles, zur Klärung des zunächst Unerklärlichen. Dieser Vorteil wurde mit der neuen Regelung nicht etwa nur dahingehend abgeändert, dass für beide Seiten Waffengleichheit herrscht, sondern in einen regelrechten Nachteil für die Strafverfolger umgewandelt, denn der Informationsvorsprung bezüglich einer Straftat ist immer noch auf Seiten der beschuldigten Person. Dem Strafverfolger wird hingegen mit den genannten gesetzlichen Bestimmungen sein Vorteil genommen, mit ermittlungstaktisch geschickten Einvernahmen der prozessualen Wahrheit auf die Spur zu kommen.

Zunächst zur Illustration ein Praxisbeispiel, das aufzeigt, wie in der Realität eine Anwendung von Art. 147 StPO aussehen muss und inwieweit eine solche Anwendung zu vereinbaren ist mit ernsthafter und erfolgreicher Ermittlungsarbeit der Strafverfolgungsbehörden:

> *Im 8. Januar 2011 wird in einer Wohnung in Zürich der 30-jährige T getötet. Die Staatsanwaltschaft eröffnet gleichentags gestützt auf Art. 307 in Verbindung mit Art. 309 StPO eine Strafuntersuchung gegen Unbekannt. Zunächst gibt es keine Hinweise auf Täterschaft und Motiv. Das IRM Zürich bestätigt den ersten Verdacht und schreibt im Obduktionsbericht, dass T gewaltsam durch mehrere heftige Schläge mit einem stumpfen Gegenstand auf den Kopf getötet wurde. Erste polizeiliche Ermittlungen im Umfeld ï das übliche ĂKlinkenputzenñ bei Nachbarn und Bekannten des Getöteten ï geben den Hinweis darauf, dass der Getötete einige Tage zuvor Besuch in der Wohnung hatte und*

mit diesem Besuch ï gemäss Zeuge Z drei asiatisch aussehende Männer ï Streit hatte. Diese Aussage macht der Zeuge Z, der zufällig in der Wohnung des Opfers war, als der Besuch auftauchte und der den Streit in der Folge mitanhörte. Es ist nach wie vor unklar, wer die Männer sind, die zu Besuch waren. Der Zeuge Z gibt an, auch eine Drohung gehört zu haben, bei der T mit dem Tod gedroht wurde, falls er Ăein Wort über die Sache verliereñ. Daraufhin soll T dem Besuch gesagt haben, er gehe zu Polizei und erzähle alles, was er wisse. Mehr zum Inhalt der Unterhaltung kann der Zeuge Z nicht sagen, er gibt aber eine gute Beschreibung der drei Männer ab. Der Zeuge wird durch die Polizei im Rahmen der polizeilichen Ermittlungen und als Teil des Ermittlungsauftrags der Staatsanwaltschaft als Auskunftsperson in einer delegierten Einvernahme befragt. Nachdem erkennbar wird, dass die Aussage des Zeugen Z sehr wichtig ist, will die Staatsanwaltschaft den Z selber als formellen Zeugen einvernehmen, wartet damit aber noch zu.

Ein weiterer Zeuge X, ein älterer Herr, der die Strasse vor dem Haus durch sein Wohnzimmerfenster beobachtet hat, hat die mutmassliche Täterschaft am Tag des Streits mit dem späteren Opfer mit dem Auto vorfahren sehen. Er kann das Auto beschreiben und hat die Täter auch im Treppenhaus noch einmal gesehen. Er gibt wichtige Hinweise über das Aussehen der Täter und macht Angaben zu Tattoos, die er an den Händen eines mutmasslichen Täters gesehen hat. Auch der Zeuge X wird als Teil des Ermittlungsauftrags der Staatsanwaltschaft als Auskunftsperson in einer delegierten Einvernahme befragt.

Im Rahmen der Strafuntersuchung, die noch immer gegen eine unbekannte Täterschaft läuft, wird nun mit Hochdruck ermittelt. Um herauszufinden, wer mit dem Opfer T zuletzt Kontakt hatte, werden die rückwirkenden Randdaten von T erhoben, es wird ein Antennensuchlauf gemacht und in der Agenda des Opfers T werden die Notizen ĂTomoñ und ĂXianñ mit dazugehörigen Telefonnummern gefunden. Wenige Tage später ergibt die Auswertung einer gesicherten DNA-Spur am Opfer einen Hit auf eine Person namens ĂAñ. Die Strafuntersuchung gegen Unbekannt wird geändert auf eine Strafuntersuchung gegen A wegen vorsätzlicher Tötung.

Die Auswertung des Umfeldes von A, die Überprüfung von dessen bekannten Telefonnummern aus vormaligen Strafverfahren, der Abgleich mit dem Antenennsuchlauf und die rückwirkenden Randdaten aus dem Mobiltelefon des Opfers ergeben schlussendlich eine Tätergruppierung von 5 Personen, die zur Tatzeit am Tatort waren und untereinander Verbindungen aufweisen. Einer ist A, der nach der Tat nach Singapur geflüchtet ist, die vier weiteren sind mittlerweile bekannte Personen chinesischer Abstammung, welche in der Schweiz bereits mehrfach wegen Heroinhandels, Schutzgelderpressungen und Gewaltdelikten aktenkundig sind. Es werden auf alle drei in der Schweiz anwesenden Verdächtigen Telefonüberwachungen geschaltet. Weiter wird eine Audioüberwachung in das von den Verdächtigen benutzte Auto installiert. Alle Tatverdächtigen stehen unter Observation. Alle Überwachungen werden durch das Zwangsmassnahmengericht genehmigt. Ziel aller noch verdeckten Ermittlungen ist es, das Tötungsdelikt aufzuklären und zu erfahren, ob diese Verdächtigen über die Tatnacht reden, ob sie darüber reden, wann und ob A, auf den der DNA-Hit lautet, in die Schweiz zurückkehrt und genau zu

eruieren, wer alles selber zum Tatzeitpunkt in der Wohnung von Opfer T anwesend war, wer welche Rolle spielte und wer von ihnen den Auftrag zur Tötung des Opfers T gab.

Aus den laufenden Überwachungen werden immer neue Straf- und Katalogtaten i.S.v. Art. 269 Abs. 2 StPO bekannt (schwerer Heroinhandel, Erpressung, schwere Körperverletzungen), diese werden jeweils als sachliche Zufallsfunde genehmigt.

Eines Tages wird aus der Telefonüberwachung bekannt, dass einer der Verdächtigen, B, plant, in der folgenden Nacht bei einem chinesischen Restaurant in Zürich vorbei zu gehen, um dem Wirt, der bisher zweimal erfolgslos aufgesucht wurde, ohne dass er das verlangte Schutzgeld bezahlt hätte, Ăeine Lektionñ zu erteilen. Die Tatvorbereitungen für diese Nacht sind auf der Audio-Überwachung des Autos klar zu hören, und aus den Überwachungsprotokollen wird klar, dass mit der Tötung des Wirtes gerechnet werden muss. Eine Intervention der Polizei vor Ort in jener Nacht führt zur Verhaftung des Beschuldigten B, der sich mit einer bereits entsicherten Pistole bewaffnet bei der Anhaltung im Wohnhaus des Wirtes befindet.

Damit liegt nun folgende Situation vor: Gegen A, B, C und D sind Verfahren eröffnet worden. A ist nach Singapur geflohen, er wurde bewusst nicht international ausgeschrieben, da er eine enge Bindung zur Schweiz, seinen Landsleuten und den Strukturen hier hatte und die Chance bestand, dass er sich nach kurzer Zeit wieder in Sicherheit wähnt und in die Schweiz zurückkehrt. C und D sind in der Schweiz und gegen sie wird wegen Mittäterschaft zur Vorsätzlichen Tötung, Handel mit Betäubungsmitteln (schwerer Fall), schwerer Körperverletzung und strafbaren Vorbereitungshandlungen zu vorsätzlicher Tötung noch immer verdeckt ermittelt. B wurde verhaftet wegen der in Ausführung begriffenen Tötung des Wirtes. Gegen ihn war auch wegen Mittäterschaft zu vorsätzlicher Tötung, Handel mit Betäubungsmitteln (schwerer Fall) und schwerer Körperverletzung eine Strafuntersuchung eröffnet worden. Diese wird mit dem Tatbestand der versuchten vorsätzlichen Tötung zum Nachteil des Wirtes erweitert.

In der Zwischenzeit ist der Zeuge X an einem Herzinfarkt verstorben. Der Zeuge Z wird von der Staatsanwaltschaft formell als Zeuge einvernommen und er erkennt auf einer Fotoauswahlkonfrontation die Täter A, B, C und D zweifelsfrei wieder. Bei den Tätern handelt es sich um Mitglieder der chinesischen Mafia. Die Staatsanwaltschaft geht davon aus, dass für den Zeugen Z akute Gefahr für Leib und Leben besteht und ergreift von Amtes wegen Schutzmassnahmen, indem der Zeuge optisch abgeschirmt in einem anderen Einvernahmezimmer einvernommen wird und seine Personalien geheim erhoben werden.

B wird mehrfach von der Staatsanwaltschaft als Beschuldigter befragt. Er macht belastende Aussagen gegen A und D in Bezug auf die Tötung des Opfers T. Ebenso belastete er A und D des schweren Heroinhandels. C belastet er nicht, er gibt an, C sei nicht bei der Tötung von T dabei gewesen und handle auch nicht mit Drogen. Nachdem B in Haft genommen wurde, erhält der Zeuge Z mehrfach Anrufe einer unbekannten Person mit Todesdrohungen. Wer anruft und wer Kenntnis hat von der Identität und der Telefonnummer des Zeugen Z kann nicht ermittelt werden.

Nach der Verhaftung des B wurden über die Telefonüberwachungen aufschlussreiche und belastende Gespräche aufgezeichnet, in welchen über die Tötung des T verschlüsselt gesprochen wurde, und auf der Audio-Überwachung wurde die Tötung des T und die versuchte Tötung des Wirtes offen besprochen. Daraufhin wurden die beiden weiteren Täter C und D gleichzeitig verhaftet. Aufgrund der Kollusionsgefahr zwischen den Mitbeschuldigten entschied sich die Staatsanwaltschaft, die ersten Einvernahmen der Beschuldigten in Abwesenheit der Mitbeschuldigten durchzuführen. A ist weiter im Ausland, die Zielfahndung läuft und er ist mittlerweile international ausgeschrieben.

C und D machen keine Aussagen. Die Tochter des C, der offensichtlich der Kopf der Gruppierung und Auftraggeber der Tötung von T und der versuchten Tötung des Wirts ist, meldet sich bei der Polizei und macht freiwillig als Zeugin belastende Aussagen gegen ihren Vater und die weiteren Mitbeschuldigten. Zudem gibt sie bekannt, wo sich die Tatwaffe befindet, mit welcher das Opfer T getötet wurde.

Zwischenfazit:
Im Gegensatz zum früher geschilderten Idealfall (Punkt 2.1.) zeigt der Blick in die Realität eine Fülle von strafprozessualen Hindernissen, welche die effektive Strafverfolgung einschränken und erschweren. Im Hinblick auf die Gewährung der Teilnahmerechte im Sinne von Art. 147 StPO und die Verwertbarkeit erlangter Beweise und Folgebeweise sind folgende Handlungen und Geschehnisse relevant:

1. Die Tatzeugen[95] X und Z werden in delegierten Einvernahmen durch die Polizei als Auskunftspersonen einvernommen.
   Problem: Die beschuldigten Personen sind an der delegierten Befragung der Tatzeugen X und Z durch die Polizei nicht anwesend, obwohl die Teilnahmerechte nach Art. 147 StPO zu gewähren wären. Sie sind nicht anwesend, da sie zu jenem Zeitpunkt noch nicht bekannt sind. Noch bevor die Beschuldigten verhaftet werden, stirbt Tatzeuge X.
   Rechtsfolgen: Die beschuldigten Personen können die Wiederholung der Befragungen verlangen. In Bezug auf die Aussage des Tatzeugen X ist die Wiederholung faktisch unmöglich. Den Beschuldigten ist später anderweitig das rechtliche Gehör zu diesen Aussagen zu gewähren. Sie müssen hinreichend dazu Stellung nehmen können und der Beweis darf verwertet werden, wenn er nicht das einzige oder das auschlaggebende Beweismittel ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Es gibt weitere ebenso wichtige Beweismittel, wie die Aussagen der Tochter des Beschuldigten C, die Aussagen von Tatzeuge Z und weitere objektive Beweise. Die Befragung des Tatzeugen Z kann wiederholt werden. Beide Aussagen von X und Z sind somit klar verwertbar. Wenn die Wiederholung der Einvernahme in Bezug auf Z nicht verlangt wird, ist diese meiner Ansicht nach von Amtes wegen anzubieten, damit eine volle Verwertbarkeit der Aussagen resultiert.[96]

---

[95] ĂTatzeugeñ wird im untechnischen Sinn verwendet. Ist der Zeuge im juristischen Sinn gemeint, wird dieser als ĂZeugeñ bezeichnet.

[96] Es muss hier aufgrund des vorgeschriebenen Umfangs dieser Arbeit unbeantwortet bleiben, wie es im Hinblick auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs aussehen würde, wenn der Rechtsvertreter nach der Akteneröffnung keinen Antrag auf Wiederholung und erneute Einvernahme des Zeugen Z stellen würde und dies erst vor Gericht verlangt, resp. dann erst vorbringt, die Einvernahme sei nicht verwertbar.

2. Aus den Erkenntnissen der ersten Aussagen der als Auskunftspersonen befragten Tatzeugen Z und X werden als weitere Beweiserhebungen die Abgleichung des Tattoos in einer polizeilichen Datenbank und eine Fahndung nach dem täterischen Auto (beides gestützt auf die Aussage des Tatzeugen X) angeordnet. Aufgrund der Beschreibung des Autos und der Nachforschung bei Strassenverkehrsämtern kann das von den Tätern benutzte Auto ausfindig gemacht und durch die Polizei mit einem GPS-Sender und einem Audioüberwachungsgerät versehen werden.
   Problem: Aus den ersten, unkonfrontierten Befragungen der Tatzeugen X und Z erfolgten weitere Ermittlungen, welche zu Beweismitteln (Zuordnung des Autos am Tatort zu den Tätern) und geheimen Überwachungsmassnahmen führten (GPS- und Audioüberwachung), die ihrerseits wieder zu Beweismitteln (z.B. Protokolle von im Auto gemachten Aussagen) führen.
   Rechtsfolgen: Die Sekundärbeweise sind vorliegend verwertbar, denn aus den Ausführungen zu Ziff. 1 folgt, dass bereits die Erstbeweise verwertbar sind. Beweise und Folgebeweise wären nur dann unverwertbar, wenn das Teilnahmerecht zu Unrecht nicht gewährt oder die Beweiserhebung trotz gegebener Voraussetzungen nicht wiederholt worden wären. Hinzu kommt, dass die Teilnahmerechte nach Art. 147 StPO bei der Erlangung der Sekundärbeweise ohnehin nicht hätten gewährt werden müssen, weil es sich hierbei um geheime Zwangsmassnahmen handelt und insofern keine Teilnahmerechte bestehen.[97] Die Beweiserhebungen der Telefonüberwachungen, der Observation und der Erhebung der rückwirkenden Randdaten sind gestützt auf die Aussagen der Tatzeugen erhoben worden, hängen aber nur noch mittelbar mit den Zeugenaussagen zusammen. Rechtsfolge daraus ist, dass vorliegend auch diese Tertiärbeweise verwertbar sind, weil schon der Primärbeweis rechtmässig erhoben wurde (vgl. unter Ziff. 1). Selbst bei der Annahme einer Unverwertbarkeit des Primärbeweises und der Folgebeweise sind wohl die mittelbaren Beweiserhebungen der Telefonüberwachungen, der Observation und der Erhebung der rückwirkenden Randdaten aufgrund einer gewissen Verwässerung der Erhebungskette verwertbar. Sie stützen sich nicht mehr unmittelbar auf die Aussage des Tatzeugen, sondern erforderten diverse Ermittlungsschritte bis zu ihrer Anordnung und Erlangung.[98] Zudem liegen in Bezug auf die Auswertung der Agendaeinträge und den Antennensuchlauf alternative Ermittlungspfade vor, die sich gar nicht auf die Zeugenaussagen stützen und ohnehin angeordnet worden wären. Diese Beweise sind ebenfalls verwertbar.

3. Der Tatzeuge Z wird zunächst in einer delegierten Einvernahme polizeilich als Auskunftsperson befragt und macht entscheidende und belastende Aussagen. Er hat die Drohung gegen das Opfer T gehört, deren Inhalt Aufschluss über Motiv und Auslöser für die darauffolgende Tötung liefert. Später wird die Befragung wiederholt und er wird als formeller Zeuge durch die Staatsanwaltschaft einvernommen, die Teilnahmerechte werden gewährt. Zum Schutz des Zeugen Z findet die Befragung so statt, dass die Beschuldigten ihn jedoch nicht persönlich sehen, sondern der Befragung nur akustisch folgen

[97] Vgl. vorne Punkt 1.1.1.
[98] SCHMID, Praxiskommentar, N 17 zu Art. 141 StPO

können. Die Rechtsvertreter und die Beschuldigten können Ergänzungsfragen stellen lassen. Zudem bleibt der Zeuge anonym, seine Personalien kennen nur die Behörden.
Problem: Das Konfrontationsrecht, das Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantiert, wird teilweise eingeschränkt dadurch, dass der Zeuge anonym bleibt und dass seiner Befragung nur akustisch gefolgt werden kann. Seine Mimik und seine Reaktionen sind daher für die Beschuldigten nicht sichtbar.
Rechtsfolgen: Auf die Aussagen des Zeugen Z darf zuungunsten der beschuldigten Personen nur dann abgestellt werden, wenn diese sich trotz der Schutzmassnahmen genügend verteidigen konnten. Es muss also eine Abwägung zwischen den ergriffenen Kompensationsmassnahmen und den Einschränkungen des Teilnahmerechts vorgenommen werden. Die Einschränkung, dass nur akustisch, aber nicht optisch an der Befragung teilgenommen werden kann, gilt nicht als wesentliche Einschränkung für eine effektive Verteidigung. Die Tatsache, dass der Zeuge anonym bleibt, schränkt die Verteidigung dahingehend ein, dass sich die beschuldigte Person kein vollständiges Bild davon machen kann, ob der Belastungszeuge glaubwürdig ist oder nicht. Dies kann insbesondere bei Belastungen im Drogenmilieu durchaus relevant sein. Eine derartige Einschränkung ist zwar vorliegend gravierend, jedoch nicht derart, dass eine solche Aussage bei gleichzeitigen Kompensationsmassnahmen unverwertbar würde.

4. Der Tatzeuge X macht ebenfalls in einer delegierten Einvernahme als Auskunftsperson entscheidende und belastende Aussagen. Er beschreibt das Aussehen des Verdächtigen B sehr genau, gibt an, dass er B am Tattag im Treppenhaus des Tatortes gesehen habe und beschreibt ebenfalls das unverkennbare Tattoo an der Hand des B.
Problem (Unteraspekt von Ziff. 1): Der Tatzeuge X macht ausschlaggebende Aussagen. Die Täter, insbesondere B, sind bei der ersten Befragung nicht dabei, da sie zu jenem Zeitpunkt noch nicht bekannt oder noch flüchtig sind. Eine Wiederholung der Befragung durch die Staatsanwaltschaft kann nicht stattfinden, weil der Tatzeugen X zwischenzeitlich verstorben ist.
Rechtsfolgen: Zunächst lag zum Zeitpunkt der Befragung von X faktische Unmöglichkeit der Gewährung der Teilnahmerechte vor wegen unbekannter, resp. flüchtiger Täterschaft, später bestand eine faktische Unmöglichkeit der Wiederholung der Befragung wegen des Versterbens des Tatzeugen X. Seine Aussage ist ein ausschlaggebendes, aber nicht das einzige Beweismittel. In der Regel dürfen Aussagen von Zeugen nur nach erfolgter Konfrontation zum Nachteil des Beschuldigten verwendet werden. Dies gilt aber uneingeschränkt nur, wenn dem Zeugnis alleinige oder ausschlaggebende Bedeutung zukommt, dieses also den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt. Vorliegend muss davon ausgegangen werden, dass die Identifikation des B durch den Tatzeugen X und die detailreiche Beschreibung ein wesentliches Beweismittel darstellen. Die Aussage blieb aber unkonfrontiert, ist also zunächst grundsätzlich nicht verwertbar. Gemäss dem EGMR ist es in Fällen, wo der Zeuge verstorben ist, aber möglich, dass auf eine Konfrontation verzichtet wird. Dann ist es jedoch notwendig, dass der Beschuldigte zu dessen Aussage hinreichend Stellung nehmen kann, die Aussage durch das Gericht sorgfältig geprüft wird und ein Schuldspruch sich nicht alleine darauf abstützt. In casu ist das Beweismittel also gemäss EGMR-Rechtsprechung verwertbar, steht aber auf wackligen Beinen, soweit man ihm ausschlaggebende Kraft für eine Verurteilung zuspricht. Gemäss Bundesgericht spielt es zudem eine Rolle, ob eine rechtzeitige Konfrontation mög-

lich gewesen wäre. Vorliegend verstarb der Tatzeuge X vor der Verhaftung des B. Eine rechtzeitige Konfrontation war so unmöglich.

5. Die Staatsanwaltschaft hat die Mittäter B, C und D getrennt voneinander befragt. C und D machen keine Aussagen, d.h. sie belasten auch niemanden. B belastet C und D schwer. Er macht umfassende Aussagen in der Hoffnung auf eine Strafreduktion aufgrund des Geständnisses. Belastungen, die er gegen die Mitbeschuldigten C und D in den eigenen Einvernahmen ausspricht, sind Beweiserhebungen im Sinne von Art. 147 StPO zu Lasten von C und D. In späteren Einvernahmen, 3 Wochen nach der Inhaftierung, werden die Teilnahmerechte gewährt, B wiederholt die Belastungen gegen C und D und diese können Ergänzungsfragen an B stellen. Aufgrund der ersten Befragungen des B, an der C und D noch nicht dabei waren, wurden Heroinabnehmer, die C und D ebenfalls belasten, als weitere Zeugen einvernommen.
   Problem: Zuerst werden die Teilnahmerechte nicht gewährt, da Kollusionsgefahr besteht und die Staatsanwaltschaft nicht will, dass die mitbeschuldigten Täter in den ersten Einvernahmen hören, welche Aussagen die Mittäter machen oder eben nicht machen. Die Belastungen von B gegenüber C und D sind also zunächst unkonfrontiert. Ein weiteres Problem sind die Sekundärbeweise, also die Einvernahmen der Heroinabnehmer, die C und D mit ihren Aussagen belasten, dass sie bei ihnen Heroin in grossen Mengen gekauft haben.
   Rechtsfolgen: Meines Erachtens ist eine getrennte Einvernahme von B, C und D gestützt auf Art. 146 StPO zulässig (vgl. Punkt 4.2.2.A.).
   Wenn der Mangel der fehlenden Konfrontation der ersten Einvernahme geheilt wird durch die Wiederholung, resp. wenn man annimmt, dass durch die Wiederholung keine Verletzung des Art. 147 StPO mehr vorliegt, dann sind diese Aussagen und auch die Aussagen der Drogenabnehmer als Sekundärbeweise verwertbar. Wenn keine Heilung möglich ist, dann sind diese Aussagen als Folgebeweise wegen der Fernwirkung nicht verwertbar. Sie müssten somit auch wiederholt werden.

6. Gegenüber A werden ebenfalls vom Mitbeschuldigten B, vom Zeugen Z und dem als Auskunftsperson befragten Tatzeugen X schwere Belastungen bezüglich der Tötung des T, dem Heroinhandel und weiteren Delikten erhoben.
   Problem: Zu den Belastungen gegen ihn kann A nicht Stellung nehmen und keine Ergänzungsfragen stellen, weil er zwar namentlich bekannt, aber auf der Flucht ist.
   Rechtsfolgen: Es gilt, was unter 4. gesagt wurde: Zunächst liegt faktische Unmöglichkeit der Gewährung der Teilnahmerechte vor wegen unbekannter, dann flüchtiger Täterschaft, später tatsächliche Unmöglichkeit der Wiederholung der Befragung des Tatzeugen X wegen Versterbens. In der Regel dürfen Aussagen von Zeugen nur nach erfolgter Konfrontation zum Nachteil des Beschuldigten verwendet werden. Dies gilt aber uneingeschränkt nur, wenn dem Zeugnis alleinige oder ausschlaggebende Bedeutung zukommt, dieses also den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt. Hier muss davon ausgegangen werden, dass die Aussage des Tatzeugen X, die den Beschuldigten A belastet, zwar ein wichtiges, aber kein wesentliches, alleiniges Beweismittel darstellt. Es blieb aber unkonfrontiert, ist also grundsätzlich nicht verwertbar. Gemäss dem EGMR ist es in solchen Fällen, wo der Zeuge verstorben ist, aber möglich, dass auf eine Konfrontation verzichtet wird, dann ist es aber notwendig, dass der Beschuldigte zu dieser Aussage

hinreichend Stellung nehmen kann, die Aussage sorgfältig durch das Gericht geprüft wird und ein Schuldspruch sich nicht alleine darauf abstützt. In casu ist das Beweismittel also gemäss EGMR-Rechtsprechung verwertbar. Das Bundesgericht sagt zu dieser Problematik auch, dass es ebenfalls eine Rolle spielt, ob eine rechtzeitige Konfrontation möglich gewesen wäre, was hier sicher nicht der Fall gewesen ist, da die Staatsanwaltschaft auf die Flucht des A und deren Dauer keinen massgeblichen Einfluss hatte.

Der Mitbeschuldigte B kann jedoch in Anwesenheit des A, sobald er in die Schweiz ausgeliefert wird, seine Aussagen wiederholen, womit dem A dann die Teilnahmerechte gewährt werden können. Problematisch wird es dann, wenn B in Anwesenheit des A keine Aussagen mehr macht, wenn er ausführt, er könne sich nun nicht mehr erinnern, wenn er sich weigert, Ergänzungsfragen zu beantworten oder wenn er die Erstaussage gar widerruft. Dann liegen Fälle von faktischer Unmöglichkeit der Wiederholung vor. Es müssen wiederum Kompensationsmassnahmen ergriffen werden, um die Verteidigungsrechte anderweitig zu wahren, wobei aber das Stellen von Ergänzungsfragen als tauglichste Kompensationsmassnahme ebenfalls wegfällt. Zudem liegt in Bezug auf den Heroinhandel eine wesentliche, entscheidende und ausschlaggebende Belastung vor, was dazu führt, dass das Beweismittel der Aussage von B im Sinne von Art. 147 Abs. 3 StPO unverwertbar ist.

Die Befragung des Tatzeugen Z kann ebenfalls mit den Einschränkungen des rechtlichen Gehörs unter Gewährung von Schutzmassnahmen wiederholt werden. Es gilt, was unter 3. in rechtlicher Hinsicht dazu gesagt wurde.

7. Die Tochter von C ist bereit, Aussagen zu machen gegen A, B, C und D, aber nur wenn sie diese anonym deponieren kann. Um die Untersuchung voran zu treiben und die schweren Straftaten zu klären, werden diese Aussagen in Abwesenheit der dadurch belasteten Personen zu Protokoll genommen und die Zusicherung der Anonymität wird vom Zwangsmassnahmengericht gemäss Art. 150 StPO genehmigt. Die Verteidiger der Beschuldigten sind anwesend. In ihrer Befragung gibt sie bekannt, wo sich die Tatwaffe befindet, mit der das Opfer T getötet wurde. Die Tatwaffe wird aufgrund dieses Hinweises in einem Schliessfach gefunden.
   Problem: Die Aussage der Tochter ist ein ausschlaggebendes und wesentliches, wenn auch nicht das einzige Beweismittel. Schutzmassnahmen, die das rechtliche Gehör *teilweise* einschränken, greifen nicht, da sie aufgrund ihrer Aussagen und der Nähe zu den Beschuldigten unverwechselbar identifiziert werden kann. Eine totale Anonymitätszusicherung ist angebracht.
   Rechtsfolgen: Wie im Fall EGMR-Urteil Doorson[99] und auch in BGE 125 I 127, E. 6.d) cc) und dd) entschieden, ist es zulässig, die Anonymität eines Zeugen zu wahren und es genügt vorliegend, dass die Tochter als Zeugin in Abwesenheit der beschuldigten Person, aber in Anwesenheit des Verteidigers, der das Fragerecht ausüben konnte, angehört wurde. Bei Vorliegen besonderer Umstände, wie z.B. der rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichkeit, einen Zeugen mit der beschuldigten Person zu konfrontieren, ist das

[99] Doorson vs. Niederlande; EGMR-Urteil vom 26. März 1996.

Verfahren nur dann fair im Lichte von Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. d EMRK, wenn die beschuldigte Person ausserhalb einer eigentlichen Konfrontation Stellung zu den belastenden Aussagen nehmen konnte, die Aussagen sorgfältig geprüft wurden und das Zeugnis nicht den einzigen oder ausschlaggebenden Beweis darstellt. Insgesamt als fair kann das Verfahren dann noch angeschaut werden, wenn die Abwägung zwischen der Schwere der Gefahr für den Zeugen und der Möglichkeit der Verteidigung korrekt durchgeführt wurde, wenn die Rechte der Parteien nur so weit als notwendig beschränkt wurden, wenn angemessene Kompensationsmassnahmen ergriffen wurden, wenn dem erhobenen Beweis nicht ausschlaggebendes Gewicht zukommt und wenn eine Gesamtbetrachtung das Verfahren noch als fair erscheinen lässt. Vorliegend ist das Teilnahmerecht massiv eingeschränkt, und die Abwägung der Interessen von Staat und Beschuldigten führt zum Schluss, dass dieses Vorgehen dem Grundsatz von *fair trial* nicht standhält. Dies insbesondere, weil es kaum wahrscheinlich ist, dass dem Verteidiger von A das Fragerecht in einem so gelagerten Fall in der Weise gewährt würde, dass er die Zeugin sehen könnte. Auch er könnte nur akustisch an der Befragung teilnehmen und Ergänzungsfragen stellen, denn er könnte seinem Klienten ja mitteilen, wer die Aussagen macht. Ihm dies zu verbieten, brächte ihn in ein unerträgliches Spannungsfeld zwischen seiner Aufgabe als Verteidiger und der Wahrung dieses Geheimnisses.

Der Fund der Tatwaffe ist unverwertbar, weil die Zeugenaussage der Tochter unverwertbar ist. Dies gilt aber nur dann, wenn die Tatwaffe ohne die unverwertbare Aussage mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht gefunden worden wäre. Hätte die Tatwaffe, also der mittelbare Beweis, auch auf anderem Weg beschafft werden können, erstreckt sich das Verwertungsverbot nicht auch auf den Folgebeweis. Es fragt sich indes, ob das Beweismittel der Tatwaffe nicht trotzdem verwertbar ist. Hätte nämlich die Tochter, anstatt zur Polizei zu gehen und dort eine Aussage unter Ausschluss der Teilnahmerechte zu machen, einfach anonym aus einer Telefonzelle angerufen und mitgeteilt, wo sich die Tatwaffe befindet, ohne weitere belastende Aussagen zu machen, dann wäre die Sicherung dieses Beweismittels und die Erhebung sämtlicher darauf basierender Folgebeweise (bspw. DNA-Spuren) zulässig gewesen. Es darf nun jedoch keinen Unterschied machen, ob die Tochter diesen Hinweis anonym per Telefon oder aber in einer Einvernahme unter Ausschluss der Teilnahmerechte tätigt. Der Beweis muss verwertbar sein. Demgegenüber sind die weiteren Beweise in Bezug auf den Heroinhandel und die belastenden Aussagen zum Tötungsdelikt und die darauf erhobenen Folgebeweise unverwertbar.

In diesem Beispiel sind die oben erwähnten Einschränkungen der Teilnahmerechte wegen faktischer Unmöglichkeit der Gewährung der Teilnahmerechte, faktischer Unmöglichkeit der Wiederholung der Beweiserhebungen, die Wiederholung von Beweiserhebungen, die Kompensationsmassnahmen, die Verwertbarkeit von Sekundärbeweisen (Fernwirkung), die Einschränkungen des rechtlichen Gehörs aufgrund von Schutzmassnahmen nach Art. 149 ff. StPO, die getrennten Einvernahmen von mitbeschuldigten Personen wegen Kollusionsgefahr und die Verwertbarkeit von Aussagen anonymer Zeugen enthalten. An diesem realen Beispiel zeigt sich auch die Problematik der Regelung von Art. 147 StPO, den Beweisverwertungsregeln von Art. 141 StPO und des Beweisverwertungsverbots im Sinne von Art. 147 Abs. 4 und Art. 141 Abs. 4 StPO sowie der Fernwirkung des Beweisverbots. Die manchmal unumgängliche - zu-

mindest vorübergehende - Verletzung dieser Regelung und die Folgen aus der Verletzung werden deutlich. Es geht offensichtlich nicht darum, dass Strafverfolgungsbehörden Teilnahmerechte in gewissen Situationen nicht gewähren *wollen*, sondern, dass dies nicht zu jedem Zeitpunkt möglich ist.

4.2. Weitere Möglichkeiten zur Einschränkung des Teilnahmerechts und mögliche gesetzliche Grundlagen

Die allgemeinen rechtlichen Ausführungen dazu befinden sich im Kapitel Ă2. Gewährung der Teilnahmerechteñ. Nun geht es darum, mit Blick auf die sich in der Praxis stellenden und unter Punkt 4.1. besprochenen Konstellationen, unter den möglichen gesetzlichen Grundlagen jene zu evaluieren, welche Ansatzpunkte für (zumindest vorübergehende) Einschränkungen der Teilnahmerechte bieten.

4.2.1. Bei Missbrauchsgefahr: Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO oder bei der Wahrung übergeordneter Interessen: Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO

Art. 147 StPO lässt grundsätzlich die Teilnahme an der Einvernahme von Mitbeschuldigten zu, resp. schreibt diese gar vor. Einschränkungen dieses Rechts auf Teilnahme sind unter Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO bei Vorliegen einer Missbrauchsgefahr erlaubt.[100] Weiter ist die Einschränkung des Teilnahmerechts und damit des rechtlichen Gehörs möglich, wenn dies für die Sicherheit von Personen oder zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen, sogenannter Ăübergeordneter Interessenñ, erforderlich ist (Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO).

Die Frage, ob Kollusionshandlungen eines Beschuldigten bereits Missbrauch im Sinne dieser Bestimmung darstellen, ist meines Erachtens zu bejahen, doch ist die jetzige Regelung in der schweizerischen Strafprozessordnung, anders als früher in vielen kantonalen Prozessordnungen, wo ein Ausschluss der beschuldigten Person schon möglich war, wenn der Untersuchungszweck durch die Teilnahme gefährdet war, enger. Die Botschaft[101] sagt diesbezüglich klar, dass Kollusionsgefahr nicht genügt, um einer Partei das Akteneinsichtsrecht oder die Teilnahmerechte zu beschränken. Diese Einschränkungen der Teilnahmerechte nach Art. 108 Abs. 1 lit. a und b StPO bieten also nach Auffassung des Gesetzgebers keine Möglichkeit für die Strafverfolgungsbehörde, eine Person, zum Beispiel einen Mitbeschuldigten, ohne Anwesenheit des Beschuldigten und weiteren Mitbeschuldigten im Hinblick auf die Bannung einer offensichtlichen Kollusionsgefahr einzuvernehmen. Der Gesetzgeber übersieht in seiner Formulierung in der Botschaft aber, dass gerade bei Gewährung der vollen Teilnahmerechte, also wenn bei mehreren Beschuldigten der einzelne Beschuldigte an der Befragung der anderen Beschuldigten teilnehmen kann, quasi eine gesetzlich legitimierte Kollusion zwischen den Mitbeschuldigten stattfindet, indem gegenseitig mitgeteilt wird, was bereits zu den vorgeworfenen Taten ausgesagt wurde. Dabei bleibt letztlich die materielle Wahrheit auf der Strecke.

---

[100] Theoretische Ausführungen dazu unter Punkt 2.3.1.A.
[101] BOTSCHAFT, 2006, 1164.

Auch die Ausführungen dazu in der Lehre sind in zweierlei Hinsicht verwirrlich: Da ist bspw. zu lesen, es könne zu Einschränkungen des rechtlichen Gehörs führen, wenn konkreter Anlass zu Annahme bestehe, dass ein Einsichtsberechtigter die Akteneinsicht benutze, um aus den gewonnenen Informationen Beteiligten aus parallelen Straf- (é)verfahren Mitteilungen zu machen[102]. Dabei ist nur von Akteneinsicht die Rede, obwohl sich der Artikel allgemein auf die Einschränkung des rechtlichen Gehörs bezieht und damit auch auf die Einschränkung der Teilnahmerechte. Sodann gilt festzustellen, dass wenn ein Einsichts-, oder eben Teilnahmeberechtigter die Einsicht oder die Teilnahme an einer Beweiserhebung benutzt, um aus den gewonnenen Informationen Beteiligten aus parallelen Strafverfahren (also am ehesten Mitbeschuldigten) Mitteilung zu machen, er eben nichts anderes tut, als zu kolludieren. Wenn also von einer Kollusionsmöglichkeit bei Akteneinsicht ausgegangen wird, so muss diese Möglichkeit in erhöhtem Ausmass auch für die Einvernahme von Beschuldigten bei mehreren Mitbeschuldigten gelten. Entsprechend muss Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO ï entgegen dem Botschaftstext ï auch für diesen Fall zur Anwendung gelangen und somit die Teilnahmerechte des Beschuldigten eingeschränkt werden können.

Zudem ist es dem Strafverfolger auch unbenommen, in solchen Fällen drohender Kollusionshandlungen Kreativität in den Schranken des Gesetzes an den Tag zu legen und in Fällen, in denen er zum Beispiel vor einer Zeugeneinvernahme kolludierende Handlungen einer beschuldigten Person befürchtet, dieser aus ermittlungstaktischen Gründen den Namen des zu befragenden Zeugen erst kurz vor der Einvernahme bekannt gibt. Natürlich bedingt solches Vorgehen, dass man anderweitig dafür sorgt, dass die Verteidigung effektiv ausgeübt werden kann, indem man zum Beispiel bekannt gibt, worum es in der Einvernahme gehen wird, indem die Akten vorher eröffnet werden, indem auch nach der Befragung eine Pause eingelegt wird für eine Beratung und Besprechung zwischen Beschuldigtem und Verteidiger und sodann die Ergänzungsfragen gestellt werden können und die Möglichkeit angeboten wird, später eine weitere Einvernahme des Zeugen im Rahmen eines Beweisantrages zu verlangen. Wird die effektive Verteidigung so sichergestellt, ist weder das Verteidigungsrecht verletzt, noch das rechtliche Gehör unzulässigerweise eingeschränkt. Wenn tatsächlich die Gefahr besteht, eine Partei werde ihre Rechte missbrauchen und z.B. vor einer Einvernahme mit einem Zeugen Kontakt aufnehmen, dann kann das rechtliche Gehör wie ausgeführt eingeschränkt werden. Das Teilnahmerecht nach Art. 147 StPO gibt das Recht auf Anwesenheit bei der Beweiserhebung, das Recht, Fragen zu stellen und rechtzeitige Information über den Zeitpunkt der Erhebung zu erhalten. Eine Befragung kann jedoch sogar in Abwesenheit der beschuldigten Person stattfinden, wenn diese aus nicht zwingenden Gründen nicht zur Befragung erscheint oder auch wenn sie dieser aus zwingenden Gründen fernbleibt, aber die Wiederholung ein unverhältnismässiger Aufwand darstellen würde. Wenn also die Einvernahme sogar nach dem Gesetz in Abwesenheit der beschuldigten Person keine Verletzung der Verteidigungsrechte und keine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt, dann kann ein solches Detail, wie die nicht vorgängige Bekanntgabe des Namens des zu befragenden Zeugen ebenfalls keine Verletzung des rechtlichen Gehörs sein, wenn angemessen dafür gesorgt wird, dass während und nach der Einvernahme eine ausreichende Verteidigung, Aktenstudium und die erneute Befragung möglich und sichergestellt sind. Mit der gleichen Argumentation kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass die Abwendung von

[102] BSK StPO, VEST/HORBER, N 5 zu Art. 108 StPO.

Kollusionshandlungen ein übergeordnetes Interesse im Sinne von Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO darstellt. Die Berufung auf Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs wäre dann der in Art. 147 Abs. 3 StPO geforderte *zwingende Grund* für die Durchführung der Einvernahme in Abwesenheit der beschuldigten Person. Entsprechend müssen gemäss Art. 108 Abs. 1 lit a und b StPO das rechtliche Gehör und die Teilnahmerechte meines Erachtens bei Kollusionsgefahr oder bei klarem Verdacht auf Kollusionshandlungen eingeschränkt werden können.[103] In beiden Fällen ergibt sich aus der Einschränkung des Teilnahmerechts wegen Kollusionsgefahr nach dem Wegfall dieser Gefahr ein Wiederholungsanspruch.

Es muss abgewartet werden, in welche Richtung die höchstrichterliche Rechtsprechung in dieser Frage geht.

4.2.2. Weitere gesetzliche Grundlagen in der Strafprozessordnung zur möglichen Einschränkung des Teilnahmerechts?

A. Getrennte Einvernahmen mehrerer Personen - Art. 146 StPO

Gemäss Art. 146 StPO werden beschuldigte Personen getrennt einvernommen. Art. 146 Abs. 1 StPO ist der Grundsatz, Art. 146 Abs. 2 StPO ist die Ausnahme bei Konfrontationseinvernahmen[104]. Systematisch steht Art. 146 StPO unter dem Titel ĂAllgemeine Bestimmungenñ zu den Beweismitteln und betrifft gemäss dem 2. Abschnitt das Beweismittel der ĂEinvernahmenñ. Da Einvernahmen eine von diversen Beweiserhebungen sind, gilt er meines Erachtens systematisch gesehen auch für Art. 147 StPO sinngemäss.

Die Bestimmung in Abs. 1 des Art. 146 StPO, wonach die einzuvernehmenden Personen getrennt einvernommen werden, steht auf den ersten Blick im Widerspruch zum nachfolgenden Art. 147 StPO, welcher das Teilnahmerecht einer Partei an Einvernahmen festlegt. Es besteht jedoch gemäss klarem Wortlaut von Art. 146 StPO kein Anspruch auf Teilnahme an den Einvernahmen einer mitbeschuldigten Person, auf jeden Fall nicht sofort und immer.[105] Denn Art.146 StPO nimmt der beschuldigten Person nicht grundsätzliche das Recht, mit der Person, die sie belastet, konfrontiert zu werden, sondern es wird durch die Regelung nur der Zeitpunkt verschoben.[106] Dies ist im Ergebnis meines Erachtens richtig. Denn es kann nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, dass mitbeschuldigte Personen schon bei der ersten Einvernahme, meist also bei der Hafteröffnung, gegenseitig in den Einvernahmen anwesend sein können, weil sie sich gegenseitig belasten könnten.

Dazu zum Praxisbeispiel, S. 30 ff.:

Ohne die Auslegung von Art. 146 StPO in der soeben ausgeführten Art, würden nach der Verhaftung von B, C und D diese gegenseitig bei den Hafteröffnungen anwesend sein. B

---

[103] So entschieden im unpublizierten Entscheid des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 7. April 2011.
[104] HÄRING, in: ZK STPO, N 2 zu Art. 146 StPO.
[105] SCHMID, Praxiskommentar, N 1 zu Art. 146 StPO.
[106] SCHMID, Praxiskommentar, N 5 f. zu Art. 147 StPO.

würde dabei mitbekommen, dass C nur eine Tötung zugegeben hat und den Heroinhandel abstreiten. Er würde also von sich aus niemals mehr oder anderes eingestehen, als sein Mitbeschuldigter C.

Der Haftgrund der Kollusionsgefahr fiele nach der ersten Hafteröffnungseinvernahme und vor Stellung eines Haftantrages regelmässig weg. Ein Haftantrag könnte nur noch auf den weiteren, besonderen Haftgründen basieren. Natürlich gewährt Art. 147 StPO der beschuldigten Person das Recht auf Konfrontation mit ihren Mitbeschuldigten, die sie belasten. Daraus ist jedoch nicht abzuleiten, dass bereits bei der ersten Einvernahme ein Anwesenheitsrecht besteht. Kann eine Beweiserhebung, z.B. eine Einvernahme, wiederholt werden, ist es meines Erachtens zulässig, diese zuerst in Abwesenheit der mitbeschuldigten Personen durchzuführen. Denn von der Frage der Möglichkeit der Durchführung einer Einvernahme ohne Anwesenheit von Mitbeschuldigten ist die Frage zu trennen, ob die Aussagen in dieser Einvernahme verwertbar sind. Die Erstaussage ist verwertbar, wenn in der Folge nach der Einzeleinvernahme noch eine Konfrontationseinvernahme oder eine Einvernahme in Anwesenheit der belasteten Person stattfindet.[107] Den Zeitpunkt der Einvernahme bestimmt die Staatsanwaltschaft, wie sie auch den Zeitpunkt für die Akteneröffnung bestimmen kann.[108] Wenn man Art. 146 Abs. 1 StPO unter dem Gesichtspunkt betrachtet, dass die Kollusionsgefahr oder Kollusionsmöglichkeit ausgeschlossen werden sollte, dann wäre in Art. 146 Abs. 1 StPO der Ăzwingende Grundñ zu sehen, warum jemand an der Teilnahme verhindert war, wie es Art. 147 Abs. 3 StPO vorsieht. Die Verwertbarkeit der ersten Einvernahme ohne Teilnahme der beschuldigten Person stellt somit kein Problem mehr dar, wenn Art. 146 Abs. 1 StPO als zwingender Grund im Sinne von Art. 147 Abs. 3 StPO definiert und gestützt darauf die Teilnahmerechte beschränkt werden. Nach Art. 147 Abs. 3 StPO bestehen dann keine Mängel mehr. Man kann entweder die Beweiserhebung wiederholen, wenn keine Kollusionsgefahr mehr besteht oder auf andere Weise das rechtliche Gehör gewähren, wenn es unmöglich ist, die erste Beweiserhebung zu wiederholen. Diese Regelung dient dazu, dass die Staatsanwaltschaft sich zunächst einen Eindruck verschaffen kann, was die befragte Person weiss und damit diese eine unbeeinflusste und unverfälschte Äusserung abgeben kann.[109] Jedoch muss später jedem Beschuldigten und seinem Vertreter die Gelegenheit geboten werden, Fragen zu stellen und die Aussagen des Belastungszeugen in kontradiktorischer Weise in Frage zu stellen und auf ihre Glaubhaftigkeit zu überprüfen.

Noch unter Art. 156 Abs. 1 VE-StPO waren die verschiedenen Beschuldigten, Zeugen etc. einzeln unter Ausschluss der anderen einzuvernehmen.[110] Abs. 4 liess einen vorübergehenden Ausschluss von Parteien und Rechtsvertretern zu, falls dies zur Vermeidung von Interessenkollisionen notwendig schien oder wenn die betreffende Person, zum Beispiel ein Mitbeschuldigter, später selber noch einzuvernehmen war und so Beeinflussungsmöglichkeiten ausgeschaltet werden mussten.[111] Zudem lässt sich aus dem Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates entnehmen, dass die Teilnahmerechte ursprünglich weit ausführlicher in zwei Artikeln mit mehreren Absätzen im Gesetz geregelt waren, und dass bereits damals das Problem erkannt

---

[107] ILL, in: GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Art. 146 StPO, S. 133.
[108] SCHMID, Praxiskommentar, N 3 zu Art. 146 StPO.
[109] BSK StPO, HÄRING, N 1 f. zu Art. 146 StPO.
[110] BeB VE-StPO, S. 112.
[111] So wörtlich in BeB VE-StPO, S. 113.

wurde, dass diese Zusammenfassung von zwei auf einen Artikel zu Resultaten führt, die man so nicht gewollt hat. Man stellte fest, dass mit der zusammengefassten Regelung Geschädigten und Rechtsvertretern von Anfang an das Teilnahmerecht an Befragungen der beschuldigten Person gewährt werden musste. Dies sei praktisch unmöglich und gar absurd und diesen Ansprüchen könne man in der Praxis gar nicht gerecht werden. Durch diese starke Zusammenfassung würde sich in der Praxis die eine oder andere Folge ergeben, die man so nicht gewollt habe und die Probleme bereiten würde.[112] Der Widerspruch zwischen Art. 146 Abs. 1 StPO und Art. 147 Abs. 1 StPO und die absolute Unmöglichkeit einer Durchführung von getrennten Einvernahmen war so also nicht gewollt.

Dem Credo der Erforschung der materiellen Wahrheit folgend muss eine getrennte Einvernahme möglich sein. Das Gesetz sieht diese in Art. 146 Abs. 1 StPO vor und davon ist in der Praxis Gebrauch zu machen.

In Art. 146 Abs. 4 StPO steht weiter, dass die Verfahrensleitung eine Person vorübergehend von der Verhandlung ausschliessen kann, wenn ein Interessenkonflikt besteht. In der Botschaft zur Strafprozessordnung kann man dazu nachlesen, dass ein solcher Interessenskonflikt vorliegen kann, wenn bspw. ein Kind, das in Begleitung eines Elternteils zur Einvernahme erscheint, vom Staatsanwalt in Anwesenheit des Elternteils gefragt wird, wie das Klima zu Hause sei. Dann bestehe die Möglichkeit, dass die einvernommene Person wegen der Anwesenheit einer weiteren Person im Raum nicht wahrheitsgemäss oder vollständig aussage. In einem solchen Fall müsse die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit haben, die Einvernahmen ohne Gegenwart einer weiteren Person durchzuführen. Nebst dem Ausschluss nach Abs. 4 lit. a kann auch ein Ausschluss nach Absatz 4 lit. b angeordnet werden, wenn eine Beeinflussung oder Kollusion unter den genannten Personen verhindert werden will.[113] Das heisst nichts anderes, als dass wenn die Gefahr besteht, dass *wegen der Anwesenheit einer anderen Person in der Einvernahme* nicht vollständig oder wahrheitsgemäss ausgesagt wird, wenn die Gefahr besteht, dass eine Partei beeinflusst wird in dem, was sie aussagt oder noch aussagen wird oder gar kolludierende Handlungen drohen, wenn eine anwesenden Person bei der Befragung eines Beschuldigten in der Folge Beweise verschwinden lässt, dass dann die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit hat, die Einvernahme ohne die beschuldigte Person bei Zeugen oder ohne die mitbeschuldigte Person bei mehreren Beschuldigten durchzuführen.

B. Der Wortlaut von Art. 147 Abs. 4 StPO: Implizite Heilung des Primärbeweises bei der Wiederholung?

Die oben ausgeführten Grundsätze zur Fernwirkung werfen eine weitere Frage auf: Können rechtswidrig erlangte Beweise später im Verfahren noch einmal rechtmässig, also z.B. in Anwesenheit der beschuldigten Person, erhoben werden und welche Rechtsfolgen hat eine solche Wiederholung für den Inhalt des Erstbeweises?

Die Schweizerische Strafprozessordnung sieht in Art. 343 StPO vor, dass Beweise neu abgenommen, sie ergänzt und auch, dass sie *nochmals* abgenommen werden können. Folglich kön-

---

[112] Protokoll der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 22./23. Februar 2007, S. 30.
[113] BOTSCHAFT, 2006, S. 1186 (unten) und 1187.

nen also auch unrechtmässig erhobene Beweise bspw. durch das Gericht erneut erhoben werden. Geschieht dies rechtmässig, sind sie verwertbar. Unklar ist damit aber immer noch, was dann mit dem ursprünglich erhobenen Beweis*ergebnis* geschieht und ob die unverwertbaren Beweise durch die erneute, rechtmässige Erhebung umgewandelt werden können in verwertbare. Mit anderen Worten: Kann diese Wiederholung der Beweiserhebung den Beweiserhebungsmangel auch bezüglich des *Inhalts* des erhobenen Erstbeweises heilen?

Meines Erachtens ist dies aus folgenden Gründen möglich, resp. eine Heilung gar nicht notwendig: Erstens ist die Regelung von Art. 147 Abs. 4 StPO strenger als die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, was es grundsätzlich erlaubte, dass die Rechte nach Art. 147 StPO unter gewissen Voraussetzungen eingeschränkt werden könnten. Weiter ist zwar auch das Wissen aus einem erhobenen Beweis ï also bspw. der Inhalt einer Einvernahme - von der Fernwirkung tangiert. Doch das in der Lehre vorgebrachte Argument, die Verwendung des Inhalts der ersten Einvernahme würde zu einer Umgehung der Beweisverwertungsverbote führen, zielt am Sinn und Zweck dieser Bestimmung vorbei. Wenn man bedenkt, dass gemäss Art. 147 Abs. 3 StPO vorgesehen ist, dass unter gewissen Umständen eine Wiederholung der Einvernahme (als *eine* Art der Beweiserhebung) unterbleiben kann, wenn der Anspruch auf rechtliches Gehör auf andere Weise gewährleistet werden kann, dann muss in diesen Fällen ja bezüglich des Aussage*inhaltes* auf die Ersteinvernahme abgestellt werden. Heilung bedeutet also in den Fällen von Abs. 3 des Art. 147 StPO, dass das bereits erhobene Beweismittel verwertbar wird, auch wenn es die abwesende Person belastet. Das wiederum bedeutet nichts anderes, als dass Abs. 3 bei diesen Fällen implizit von einer Heilung der Ersteinvernahme und der damit einhergehenden Verwendung von deren Inhalt ausgeht. Wenn die Beweiserhebung gemäss Art. 147 Abs. 3 StPO also wiederholt wurde, dann liegt keine Verletzung Ăder Bestimmungen dieses Artikelsñ mehr vor, weshalb auch der Inhalt der Ersteinvernahme verwertbar ist. Der Wortlaut von Art. 147 Abs. 4 statuiert, dass Beweise, die Ăin Verletzung der Bestimmungen dieses Artikelsñ erhoben worden sind, nicht zu Lasten der Partei verwertet werden dürfen, die nicht anwesend war. E contrario kann man folgern, dass nach einer Wiederholung der Beweiserhebung keine Verletzung der Bestimmungen dieses Artikels mehr vorliegt und damit auch die erste Einvernahme und deren Inhalt verwertbar sind. Den Gedanken zu Ende gedacht bedeutet dies, dass es eigentlich gar keine Heilung braucht, wenn zwingende Gründe gemäss Abs. 3 des Art. 147 StPO vorliegen, aufgrund derer die Teilnahmerechte eingeschränkt wurden. Wenn zwingende Gründe vorliegen, wurde der Beweise korrekt erhoben (wenn keine anderen Beweiserhebungsverbote missachtet wurden). Die Beweise wurden folglich nicht in Verletzung von Art. 147 StPO erhoben und Art. 147 Abs. 4 StPO kommt gar nicht zur Anwendung. Daraus erschliesst sich, dass eine solche Heilung auch für die weiteren Fernwirkungsfälle gelten muss, resp. dass aufgrund der obigen Argumentation keine Heilung stattfinden muss, weil Art. 147 StPO nicht verletzt wurde, da es nicht sein kann, dass in einigen Fällen eine Heilung und die Verwendung des Inhalts einer Ersteinvernahme zulässig ist und in anderen Fällen nicht, und in diesen Fällen dann bei der Beweisführung lediglich auf die Ergebnisse der wiederholten Einvernahme abgestellt werden darf.

Gleiches gilt konsequenterweise dann auch für die Beweiserhebung, die von der Fernwirkung betroffen ist. Wenn die erste Einvernahme mittels Durchführung einer zweiten Einvernahme mit Gewährung der Teilnahmerechte geheilt wird, resp. wenn gemäss den obigen Überlegungen gar keine Verletzung von Art. 147 StPO vorlag, dann werden auch die sekundären Beweiserhebungen, die nach der ersten Einvernahme getätigt wurden, geheilt, resp. direkt verwertbar. Zudem

wird bei Aussagen *zugunsten* der beschuldigten Person ja auch auf den Inhalt der in Verletzung von Art. 147 StPO gemachten Beweiserhebung abgestellt. Die Fernwirkung kann in Art. 147 Abs. 4 StPO also nicht so strikte gelten wie in Art. 141 Abs. 1 StPO, da wie gesagt entlastende Beweise durchaus verwertbar sind.[114]

C. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und die Delegation der Beweiserhebung an die Polizei

Gemäss Art. 147 StPO haben die Parteien das Recht, an sämtlichen Beweiserhebungen der Staatsanwaltschaft teilzunehmen, ganz egal wie oft und in welcher Form diese Einvernahmen stattfinden. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK hingegen legt nicht fest, in welchem Verfahrensabschnitt und zu welchem Zeitpunkt diese Konfrontation zu geschehen hat oder wie oft dem Beschuldigten das Recht auf Beiwohnung an einer Befragung gewährt werden muss.

Die Staatsanwaltschaft könnte daher, wenn das Teilnahmerecht gemäss Art. 147 StPO vorübergehend aus bestimmten Gründen nicht gewährt werden will oder kann, den Zeitpunkt der Eröffnung der Strafuntersuchung zeitlich nach hinten verschieben und so die ersten Einvernahmen nicht schon unter dem prozessual strengeren Regime von Art. 147 StPO selber durchführen, sondern diese Durchführung im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren abwarten, in welchem nur gilt, dass die beschuldigte Person einmal die Möglichkeit haben muss, der Befragung von Belastungszeugen beizuwohnen und ihnen Fragen zu stellen.

Ist bspw. Gefahr im Verzug, können Zwangsmassnahmen gemäss Art. 241 Abs. 3 StPO sofort von der Polizei durchgeführt werden und die Anwesenheitsmöglichkeit der beschuldigten Person scheidet aus. Solche Zwangsmassnahmen finden in der Praxis oft vor der formellen Eröffnung der Untersuchung statt[115], wobei im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren kein Anwesenheitsrecht, ausser dem Beizug des in Art. 159 StPO garantierten Anwalts der ersten Stunde, besteht.[116] In der Lehre wird dazu bspw. ausgeführt[117], dass sich der Anwesenheitsausschluss im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren dadurch erklären lässt, dass der Zweck der polizeilichen Ermittlungen gefährdet werden könnte, wenn den Parteien schon in dieser Phase vollumfängliche Teilnahmerechte zugestanden würden. Diese Argumentation widerspricht den Ausführungen zum Missbrauchsschutz bezüglich der Gefährdung von Verfahrensinteressen. Das Argument, die Rollenverteilung der involvierten Personen sei in diesem Zeitpunkt noch nicht geklärt und die Polizei ermittle in mehrere Richtungen, beschreibt ja eben genau die Situation, in der sich auch die Staatsanwaltschaft befindet und geht fehl im Hinblick auf eine Rechtfertigung des Anwesenheitsausschlusses im polizeilichen Ermittlungsverfahren. Denn in den relevanten Fällen schwerer Kriminalität schreibt die Strafprozessordnung eben genau vor, dass von der Polizei eine Meldung nach Art. 307 StPO ergeht und die Staatsanwaltschaft sich dann in der genau gleichen Rolle wie sonst die Polizei befindet. Auch sie ermittelt in verschiedene Richtungen, die Rollen sind noch nicht klar, die Gewährung der Teilnahmerechte gefährdet

---

[114] Anderer Meinung: CHRISTEN, S. 79 in FN 409 und S. 169 ff: Durch die Wiederholung einer Beweiserhebung wird das Beweismittel nicht in ein verwertbares umgewandelt, es wird vielmehr ein neues generiert.
[115] Theoretisch ist dies gar nicht möglich, da durch die Anwendung von Zwangsmassnahmen eine Strafuntersuchung eröffnet wird: Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO; BSK StPO, RÜEGGER, N 4 zu Art. 307 StPO.
[116] CHRISTEN, S. 74; SCHMID, Praxiskommentar, N 3 zu Art. 147 StPO.
[117] CHRISTEN, S. 191 f.

die Ermittlungen. Mit dieser Argumentation wird also auch der Ausschluss der beschuldigten Person im Ermittlungsverfahren unter bestimmten Umständen legitimiert.

Auch hier muss die Praxis zeigen, wie das Zusammenspiel zwischen Art. 307 und Art. 309 StPO und damit der Zeitpunkt der Eröffnung der Strafuntersuchung gehandhabt wird.

D. Schweigegebot für Zeugen: Selektive Parteiöffentlichkeit in Art. 165 StPO?

Art. 165 StPO sieht vor, dass ein einvernommener Zeuge durch die einvernehmende Behörde verpflichtet werden kann, über eine beabsichtigte oder erfolgte Einvernahme Stillschweigen zu bewahren. Diese Regelung richtet sich nur an Zeugen. Dieser Artikel ist die gesetzliche Grundlage, welche die Kollusion mit anderen Zeugen oder aber beschuldigten Personen verhindern will.[118] Das Schweigegebot ist wiederum wie bei der Einschränkung des rechtlichen Gehörs in Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO nur zulässig, wenn es Anzeichen gibt, dass Kollusionshandlungen zu befürchten sind.[119]

Auch diese Norm ist ein Hinweis darauf, dass es sehr wohl Einvernahmen ï und damit Beweiserhebungen ï gibt, die ohne Gewährung der Teilnahmerechte durchgeführt werden können. Andernfalls würde diese Regelung absolut keinen Sinn machen. Auch diese Norm ändert nichts daran, dass die Teilnahmerechte bei einer wiederholten Einvernahme gewährt werden müssen, soweit eine Wiederholung der Beweiserhebung beantragt wird. Zumindest aber muss der Beschuldigte, wenn man diese Norm dergestalt auslegt, nicht bei jeder Beweiserhebung immer und von Anfang an dabei sein. Dass er in einem möglichst frühen Stadium des Verfahrens an den Beweiserhebungen teilnehmen soll, ist unbestritten. Möglichst früh definiert sich danach, ab wann es der Zweck der Beweiserhebung zulässt, dass der Beschuldigte von dessen Inhalt Kenntnis erhält. Auch hier stellt sich die Frage, ob mit der nachträglichen Wiederholung die erste Befragung des Zeugen geheilt und deren Inhalt verwertbar wird. Davon ist auszugehen, meines Erachtens muss eine Heilung der ersten Einvernahme möglich sein, müsste doch sonst gar nie eine Zeugeneinvernahme ohne die Teilnahme des Beschuldigten durchgeführt werden, denn sie dient ja nur dem Erkenntnisgewinn und der Erhebung weiterer Beweise. Sobald die Untersuchung es später zulässt, dass der Beschuldigte von den Aussagen eines Zeugen Kenntnis erlangt, ist die Befragung zu wiederholen und der Beschuldigte kann ihm Ergänzungsfragen stellen und seine Aussagen in Zweifel ziehen.

E. Verweigerung der Akteneinsicht ï Art. 101 StPO

Die Akteneinsicht ist Ausfluss des rechtlichen Gehörs und für die Ausübung des Teilnahmerechts, insbesondere des Frage- und Konfrontationsrechts unabdingbar.[120]

---

[118] SCHMID, Praxiskommentar, N 1 zu Art. 165 StPO; ILL, in: GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Art. 165 StPO, S. 156.
[119] BSK StPO, BÄHLER; N 1 zu Art. 165 StPO, der ja damit eben genau annimmt, dass Kollusionsgefahr unter Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO subsumiert wird; BeB VE-StPO, S. 127, 129; BOTSCHAFT, S. 1197; DONATSCH, in: ZK StPO, N 14 zu Art. 165 StPO.
[120] SCHMID, Praxiskommentar, N 1 ff. zu Art. 101 StPO; BSK StPO, SCHMUTZ, N 1 zu Art. 101 StPO.

Art. 101 Abs. 1 StPO lässt es zu, dass einer Partei die Akteneinsicht bis nach der ersten Einvernahme und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise vorübergehend verwehrt wird. Die Informationspflicht der Staatsanwaltschaft über geplante Beweiserhebungen wird durch Art. 101 Abs. 1 StPO in prozesstaktischer Hinsicht stark eingeschränkt. Die Akteneinsicht gibt dem Einsichtsberechtigten Kenntnis über die gesammelten Beweise. Wird sie im Sinne von Art. 101 StPO eingeschränkt, bezweckt die Untersuchungsbehörde damit die vorübergehende Zurückbehaltung von Informationen. Diese Zurückbehaltung von Informationen, welche die Strafprozessordnung bis nach der ersten Einvernahme und der Erhebung der wichtigsten Beweise explizit vorsieht, macht nur dann Sinn, wenn auch die Teilnahmerechte an Einvernahmen gleichzeitig eingeschränkt werden. So können Einvernahmen zunächst auch ohne die beschuldigte Person durchgeführt werden, wenn bspw. weitere Einvernahmen der beschuldigten Person und Mitbeschuldigten zu zusätzlichen Beweismitteln anstehen.[121] Art. 101 StPO löst dem Sinn nach also ebenfalls das praktische Problem, dass ein Geschädigter aus untersuchungstaktischen Gründen zunächst ohne die Anwesenheit der mutmasslich beschuldigten Person einvernommen werden soll.

Die Aussagen einer Person, die sich als Privatklägerin konstituiert hat und in Abwesenheit der beschuldigten Person einvernommen wurde, weil die Akten ebenfalls noch nicht eröffnet worden sind, muss in der Folge anderweitig in das Verfahren eingebracht werden, damit sie zu Lasten der beschuldigten Person verwendet werden darf. Dazu wird auf die theoretischen Ausführungen zur Unverwertbarkeit gemäss Art. 147 Abs. 4 StPO verwiesen.

5. Fazit

Nebst den explizit in der Strafprozessordnung vorgesehenen Einschränkungen der durch Art. 147 StPO gewährten Teilnahmerechte in den Art. 108 StPO und Art. 149 ff. StPO gibt es weitere Einschränkungsmöglichkeiten der Teilnahmerechte. Darauf deuten zahlreiche Hinweise im Gesetzestext der Strafprozessordnung, in der Auslegung der Normen und in den Gesetzgebungsmaterialien hin.

Vor allem die Auslegung des Art. 146 StPO und der dazugehörigen Materialien zeigen, dass ein Spielraum für die Strafverfolgungsbehörden besteht ï dieser ist zu nutzen. Gerade die Zusammenführung der beiden früheren Artikel zu den Teilnahmerechten im Vorentwurf zur Eidgenössischen Strafprozessordnung führte zu nicht gewollten Resultaten bei der Befragung mehrerer Mitbeschuldigter. Diese ungewollten Folgen sind durch eine sachgerechte Auslegung den Bedürfnissen der Praxis anzupassen. Auch die Auslegung von Art. 147 Abs. 3 StPO, welche dazu führt, dass gar keine Verletzung des Art. 147 StPO vorliegt, wenn eine Beweiserhebung wiederholt werden kann und muss, lässt es zu, dass auf den Inhalt einer ersten Einvernahme, welche noch ohne die beschuldigte Person durchgeführt wurde, abgestützt werden kann und diese verwertbar ist. Demnach ist es möglich, die Teilnahmerechte des Art. 147 StPO nebst den in Art. 108 StPO und Art. 149 ff. StPO vorgesehenen Fällen zumindest vorübergehend einzuschränken, wenn dies aus ermittlungstaktischen Gründen notwendig ist.

---

[121] BSK StPO, SCHMUTZ, N 15 f. zu Art. 101 StPO.

Sollten sich Lehre und Rechtsprechung gegen eine solche Auslegung von Art. 146 StPO und Art. 147 StPO entscheiden, wäre zumindest eine Unterscheidung sinnvoll, welche die Heilung einer ersten Beweiserhebung durch anderweitige Kompensationsmassnahmen zulässt, wenn die Beweiserhebung wegen faktischer Unmöglichkeit nicht wiederholt werden kann. In jenen eher seltenen Fällen, in denen das zunächst unkonfrontierte Beweismittel gerade auch das einzige oder ausschlaggebende ist, müsste man sich bezüglich der Verwertbarkeit nach wie vor an der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte orientieren, welche die Voraussetzungen für die Verwertbarkeit festlegen.

Oberstes Ziel einer Strafprozessordnung muss stets die Erforschung der materiellen Wahrheit bleiben. Dass dazu keine unerlaubten Beweismethoden wie Folter und Drohung angewendet werden dürfen, ist in der Schweiz selbstverständlich und klar. Dass aber mit schon fast an überspitzen Formalismus grenzender Auslegung von prozessualen Normen die Rechte des Beschuldigten ausgebaut werden, dient in keinster Weise einer Strafverfolgung, die zu Ergebnissen führt, welche die Bevölkerung akzeptieren kann. Diesen nicht unwichtigen Aspekt sollte man in Zukunft bei der Rechtsanwendung, Rechtsauslegung und Rechtsprechung nie aus den Augen verlieren.

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Ausnützung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.

_____

Linda Sulzer
Schaffhausen, im Mai 2011