

Jonas Eggmann

## Zur Revision der Teilnahmerechte

### Eine kritische Würdigung des bundesrätlichen Entwurfs

---

Ob und in welchem Ausmass ein Teilnahmerecht der beschuldigten Person an Einvernahmen von Mitbeschuldigten besteht, war nach Inkrafttreten der StPO lange umstritten. Nachdem sich das Bundesgericht für ein grundsätzliches Teilnahmerecht ausgesprochen hat, wird die Streitfrage nun im Rahmen der Beratung der StPO-Revision neu diskutiert. Der Beitrag zeigt die Einschränkungsmöglichkeiten der Teilnahmerechte bei Mitbeschuldigten de lege lata auf und würdigt die dazu vorgeschlagene Regelung im bundesrätlichen Entwurf kritisch. Unabdingbar ist dafür eine Einbettung der Teilnahmerechte in das gesamte Strafverfahren im Schweizerischen Strafprozess.

---

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Strafprozessrecht

Zitiervorschlag: Jonas Eggmann, Zur Revision der Teilnahmerechte, in: Jusletter 5. Oktober 2020

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Zweck der Teilnahmerechte
  - 2.1. Teilnahmerechte als Mitwirkungsrechte
    - 2.1.1. Verteidigungsrechte und Anspruch auf ein faires Verfahren
    - 2.1.2. Wahrnehmungen und Kontrolle bei Einvernahmen
  - 2.2. Teilnahmerechte und Wahrheitsfindung
3. Einschränkungen der Teilnahmerechte bei Mitbeschuldigten
  - 3.1. Gründe
  - 3.2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung
4. Revision der Teilnahmerechte
  - 4.1. Vorentwurf
  - 4.2. Vernehmlassung
  - 4.3. Entwurf
  - 4.4. Problemfelder
    - 4.4.1. Ausschluss nicht nur bei Mitbeschuldigten
    - 4.4.2. Einlässliche Äusserung
      - 4.4.2.1. Herkunft und Bedeutung
      - 4.4.2.2. Mitwirkungspflicht und nemo-tenetur
      - 4.4.2.3. Gleichgewicht der Parteien im Vorverfahren
    - 4.4.3. Ausschluss der Verteidigung
    - 4.4.4. Vorbehalt des Konfrontationsrechts
      - 4.4.4.1. Verhältnis zum Wiederholungsanspruch
      - 4.4.4.2. Einmalige Konfrontation im Vorverfahren und Waffengleichheit
    - 4.4.5. Koordination des Akteneinsichts- und Teilnahmerechts
      - 4.4.5.1. Zweck und Wortlaut
      - 4.4.5.2. Mögliche Auslegungen und ihre Konsequenzen
    - 4.4.6. Keine Kompensation der Einschränkung des Teilnahmerechts
    - 4.4.7. Weitergeltung des Status quo
      - 4.4.7.1. Rechtsmittel
      - 4.4.7.2. Getrennte Verfahren
    - 4.4.8. Würdigung
5. Fazit

## 1. Einleitung

[1] Die weitreichenden Teilnahmerechte der Parteien an Beweiserhebungen stellten sich in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011 schnell als einen der Hauptstreitpunkte der neuen Strafprozessordnung heraus. 2014 forderte die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK) in einer Medienmitteilung eine «unverzügliche» Revision der Teilnahmerechte, da diese ihrer Ansicht nach in der aktuellen Fassung die «Wahrheitsfindung massiv erschweren» und die «Verdunkelungs- oder Kollusionsgefahr fördern». Die Regelung in Art. 147 StPO wurde insgesamt als «schwerwiegender Mangel» bezeichnet.<sup>1</sup> Besonderen Diskussionsanlass bot – auch in der Lehre – die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Teilnahmerechte bei Mitbeschuldigten eingeschränkt werden können.<sup>2</sup> Die Frage ist mittlerweile höchstrichterlich weit-

---

<sup>1</sup> [https://www.ssk-cps.ch/sites/default/files/medienmitteilungen/141121\\_medienmitteilung\\_ssk\\_d.pdf](https://www.ssk-cps.ch/sites/default/files/medienmitteilungen/141121_medienmitteilung_ssk_d.pdf) (zuletzt besucht am 05. August 2020).

<sup>2</sup> Statt vieler und mit weiteren Hinweisen: WOLFGANG WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 147 N 3a f.

gehend geklärt.<sup>3</sup> Dogmatische Bedenken an der BGer-Rechtsprechung ergeben sich, nicht ausschliesslich, aber hauptsächlich, aus dem abgeleiteten Problem der Verfahrenstrennung – in getrennt geführten Verfahren besteht im jeweils anderen Verfahren kein Teilnahmeanspruch –, was in der Praxis teilweise dazu führt, dass Verfahren zur Umgehung der Teilnahmerechte getrennt geführt werden.<sup>4</sup> Ansonsten hat sich die Rechtsprechung in der Praxis gut etabliert.

[2] Im Rahmen der vom Parlament verlangten Überprüfung der neuen StPO auf ihre Praxistauglichkeit präsentierte der Bundesrat 2017 eine Vernehmlassungsvorlage einer Revision der StPO, die das Anliegen nach einer weitergehenden gesetzlichen Einschränkung des Teilnahmeanspruchs, neben anderen Änderungen, aufnahm. Nach der Veröffentlichung der Botschaft im August 2019 überwies der Bundesrat das Geschäft dem Parlament, wo in der Rechtskommission des Nationalrates aktuell die Beratung über die Revision im Gange ist.

[3] Wie zu zeigen sein wird, geht der vom Bundesrat vorgeschlagene Entwurf jedoch weit über die geltende Rechtsprechung und die Bedürfnisse der Praxis hinaus und steht punktuell im Konflikt mit dem aus der EMRK garantierten Recht auf ein faires Verfahren. Für eine solche Beurteilung und Kritik des Entwurfs ist zuerst die Einbettung der Teilnahmerechte im gesamten Strafverfahren und damit einhergehend der historische Wille des Gesetzgebers beim Erlass der vereinheitlichten StPO darzulegen. Anschliessend werden Gründe für Einschränkungen der Teilnahmerechte bei Mitbeschuldigten diskutiert, bevor die geplante Revision der Teilnahmerechte nachgezeichnet und kritisch (an ihren eigenen Prämissen) gewürdigt wird.

## 2. Zweck der Teilnahmerechte

### 2.1. Teilnahmerechte als Mitwirkungsrechte

#### 2.1.1. Verteidigungsrechte und Anspruch auf ein faires Verfahren

[4] Der Zweck der Teilnahmerechte ergibt sich erst aus einer Einordnung in die Ausgestaltung des gesamten Strafverfahrens ausreichend. Gewöhnlich werden die Teilnahmerechte als Teil der Verteidigungsrechte verstanden, die wie folgt eingeteilt werden:<sup>5</sup> Informationsrechte (Information über die Anschuldigung, Rechtsbelehrung, Akteneinsichtsrecht), Anspruch auf formelle Verteidigung (Recht auf Verteidigung ab der ersten Stunde, Recht auf amtliche Verteidigung bei Bedürftigkeit, Recht auf freien Verkehr mit der Verteidigung) und aktive Mitwirkungsrechte (*Teilnahme an Beweiserhebungen*, Recht auf Ergänzungsfragen, Beweisantragsrecht, eigene Ermittlungen).

[5] Die Einordnung des Teilnahmerechts in die Verteidigungsrechte zeigt einerseits bereits, wessen Rechte damit im Strafprozess gestärkt werden sollen: Die Rechte der beschuldigten Person (und ihres Rechtsbeistandes). Dies ist insofern zu ergänzen, als die Behandlung des Beschuldigten als Subjekt mit (Mitwirkungs-)Rechten ein elementarer Bestandteil eines fairen Verfahrens

---

<sup>3</sup> Siehe hinten 3.2.

<sup>4</sup> Ausführlich dazu: GUNHILD GODENZLI, Anmerkung zu BGer 1B\_124/2016 vom 12. August 2016: Grundsatz der Verfahrenseinheit; Voraussetzungen für eine Verfahrenstrennung; Feststellung einer Rechtsverzögerung, *forum poenale* 2017, 137, 141 ff.

<sup>5</sup> Aufzählung nach NIKLAUS RUCKSTUHL/VOLKER DITTMANN/JÖRG ARNOLD, *Strafprozessrecht*, unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich 2011, Rz. 297; vgl. auch MARK PIETH, *Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis*, 3. Aufl., Basel 2016, S. 89.

ist. Daraus leitet sich der Grundsatz der Teilhabe ab, der mit den Prinzipien des rechtlichen Gehörs und der Waffengleichheit konkretisiert wird.<sup>6</sup> In diesen Prozessmaximen kommt nicht nur die Autonomie des Beschuldigten zum Ausdruck, sie dienen genauso als Legitimationsprinzipien für das gesamte Strafverfahren.<sup>7</sup> Ihre Verwirklichung liegt deshalb im öffentlichen Interesse, das vom Staat beachtet und durchgesetzt werden muss.<sup>8</sup>

[6] Dieser Gedanke zeigt sich auch in der Gesamtkonzeption der StPO. Das eingeführte Staatsanwaltschaftsmodell ohne Untersuchungsrichter und mit nur sehr beschränkter Unmittelbarkeit im Hauptverfahren bedingte eine Stärkung der Beschuldigtenrechte im Vorverfahren: Es ist unbestritten, dass die gegenüber den kantonalen Rechtsordnungen gestärkten und deshalb allgemein-offen formulierten Teilnahmerechte einen notwendigen Ausgleich zur verfahrensleitenden Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren bilden.<sup>9</sup> Hinzu kommt, dass in der Rechtswirklichkeit die überwiegende Mehrheit der Straffälle im Strafbefehlsverfahren «erledigt» werden, einem Verfahren, in dem von Gesetzes wegen ausschliesslich auf die im Vorverfahren erhobene Beweise abgestellt wird.<sup>10</sup>

[7] Andererseits zeigen die aufgezählten Verteidigungsrechte, dass das Teilnahmerecht mit den anderen Verteidigungsrechten in einem engen Zusammenhang steht und nicht isoliert davon betrachtet werden kann. Das gilt insbesondere für das Akteneinsichtsrecht und das Beweisantragsrecht. Ohne Akteneinsichtsrecht lässt sich das Fragerecht als Teilanspruch des Teilnahmerechts nicht wirksam ausüben.<sup>11</sup> Fehlende Akteneinsicht kann deshalb dazu führen, dass Einvernahmen von Zeuginnen wiederholt werden müssen, was weder der Prozessökonomie noch dem Opferchutz dient.<sup>12</sup> Zudem wird das Teilnahmerecht als «Vorbereitung» für das Beweisantragsrecht bezeichnet.<sup>13</sup> Wenn ein Beweisantrag auf Befragung eines Belastungszeugen gestellt wird, muss die Partei an dessen Befragung teilnehmen und selber Ergänzungsfragen stellen können, sonst liefe das Beweisantragsrecht völlig ins Leere.<sup>14</sup> Zu ergänzen ist, dass sich aus Sicht der Verteidigung gerade in Einvernahmen von Mitbeschuldigten herauskristalisieren kann, welche Beweisangebote sinnvollerweise zu stellen sind, um das Beweisergebnis ergänzen oder in Frage stellen zu können.

---

<sup>6</sup> PIETH (Fn. 5), S. 53 f.

<sup>7</sup> REGULA SCHLAURI, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Zürich 2013, S. 101 f.; DOMINIQUE OTT, Der Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare» unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten, Zürich 2012, S. 103 f.; LORENZ GARLAND, Waffengleichheit im Vorverfahren, Eine kritische Auseinandersetzung mit der konzeptionellen Ausgestaltung des Strafverfahrens in der Schweiz, Zürich 2019, S. 53 f.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 BV.

<sup>9</sup> So auch das Bundesgericht in BGE 139 IV 25 E. 5.3, 141 IV 220 E. 4.3.1; Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, 1105; FRANZ RIKLIN, StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014, Vorbemerkungen zu Art. 147 N 4; ULRICH WEDER, forumpoenale 2016, 281, 282; ANDREAS NOLL, Das Recht des Beschuldigten zur Teilnahme an Einvernahmen, Bern 2013, S. 34.

<sup>10</sup> GUNHILD GODENZI, Heimliche Einvernahmen, ZStrR 2011, 322, 337; ULRICH WEDER, Die Teilnahmerechte in der delegierten Einvernahme einer Auskunftsperson, forumpoenale 2012, 228, 231.

<sup>11</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD (Fn. 5), Rz. 307; Botschaft Vereinheitlichung (Fn. 9), 1161 f.

<sup>12</sup> BGER 6B\_256/2017 vom 13. September 2018 E. 2.2.2; Botschaft Vereinheitlichung (Fn. 9), 1161 f.

<sup>13</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD (Fn. 5), Rz. 164.

<sup>14</sup> Vgl. BGER 6B\_295/2016 vom 24. Oktober 2016 E. 4.2. Die Problematik des nicht durchsetzbaren Beweisantragsrechtes wird hier nicht behandelt.

### 2.1.2. Wahrnehmungen und Kontrolle bei Einvernahmen

[8] Der konkrete Nutzen des Teilnahmeanspruchs bei Einvernahmen liegt in erster Linie in der Überprüfung der Glaubwürdigkeit von einvernommenen Personen und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen.<sup>15</sup> Mit der physischen Anwesenheit sind zahlreiche Wahrnehmungen möglich, u.a. das Auftreten, der Wortlaut von Fragen und Antworten sowie die Gestik und Mimik der befragenden *und* der einvernommenen Person,<sup>16</sup> aber auch deren Übersetzung von gesprochenem Dialekt in die hochdeutsche Verschriftlichung. Das Fragerecht erlaubt es weiter, die Aussagen insb. von Belastungszeuginnen besser zu überprüfen, ihre Aussagemotivation aufgrund von persönlichen Beziehungen zu hinterfragen und durch das Einbringen von zusätzlichen Themen den Befragungshorizont zu erweitern.<sup>17</sup> Es zeigt sich zudem, dass es aussagepsychologisch schwieriger ist, unzutreffende, belastende Aussagen zu machen, wenn die beschuldigte Person selber anwesend ist.<sup>18</sup> Weiter besteht durch das Teilnahmerecht eine Kontrolle über den Ablauf und die gestellten Fragen. Das Risiko für Leerläufe durch wiederholte Einvernahmen oder inkorrekte Einvernahmen – weil etwa falsch oder nicht alle Aussagen (geheime Vorverhöre) protokolliert wurden, unzureichende Belehrungen, Druckversuche oder Versprechen stattfanden oder unzulässige Fragen gestellt wurden – wird vermindert.<sup>19</sup> Somit kann die Qualität der Protokollierung mindestens kontrolliert, wenn nicht sogar gesteigert werden. Davon profitiert auch das Gericht, das sich in der Urteilsfindung auf die Protokolle der Einvernahmen stützt. Dem Gericht dient das Teilnahmerecht überdies als Erweiterung der Urteilsbasis,<sup>20</sup> z.B. indem in den Fragen der teilnahmeberechtigten Parteien ihre (alternative) Perspektive zum Ausdruck kommt. Damit werden die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen für das Urteil verbreitert und zugleich die richterlichen Machtbefugnisse eingedämmt, indem vereinfachenden Erledigungsstrategien und mangelnder Unabhängigkeit gegenüber den Strafbehörden entgegengewirkt wird.<sup>21</sup>

## 2.2. Teilnahmerechte und Wahrheitsfindung

[9] Darüber hinaus bestehen allerdings grundsätzliche Meinungsunterschiede zum Einfluss der Teilnahmerechte auf die Wahrheitsfindung. Diese Diskrepanzen äussern sich auch in den Motiven und der Diskussion zur Revision der Teilnahmerechte. So heisst es in der Botschaft zur StPO-Revision: «Das heutige Teilnahmerecht wird so weit eingeschränkt, dass es einerseits die Wahr-

---

<sup>15</sup> ANDREAS DONATSCH/CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/WOLFGANG WOHLERS, *Strafprozessrecht*, 2. Aufl., Zürich 2014, 132; WEDER (Fn. 10), 231.

<sup>16</sup> CHRISTOPH ILL, *Konfrontationsanspruch: Einschränkung und Kompensation*, *forumpoenale* 2010, 162, 164.

<sup>17</sup> ILL (Fn. 16), 164. Treffend zur Bedeutung des Beweisverfahrens WALTHER RODE, *Knöpfe und Vögel*, *Lesebuch für Angeklagte*, Köln 2000 [1931], S. 245: «Die kleinste Erschütterung einer Belastung im Prozess ist mehr wert als die vehementeste Rede nach Schluss des Beweisverfahrens.»

<sup>18</sup> MARKUS HUG, *Zur Vorbereitung von Konfrontationseinvernahmen aus der Sicht des Strafverteidigers*, in: Andreas Donatsch/Thomas Fingerhuth/Viktor Lieber/Jörg Rehberg/Hans Ulrich Walder-Richli (Hrsg.), *Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich*, hrsg. von Zürich 2000, 387, 393; DURI BONIN/GREGOR MÜNCH, *Verweigerung der Teilnahmerechte des Beschuldigten nur in begründeten Ausnahmefällen*, in: *Jusletter* 13. Januar 2014, Fn. 14.

<sup>19</sup> GODENZI (Fn. 10), 338; MARK PIETH, *Strafverteidigung – wozu?*, Basel 1986, S. 38 f.

<sup>20</sup> STEFAN CHRISTEN, *Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung*, Zürich 2010, S. 8; PETER ALBRECHT, *Mitwirkungsrechte der Parteien im Strafverfahren aus der Sicht des Richters*, *Kritische Anmerkungen zum Vorentwurf einer schweizerischen Strafprozessordnung*, *SJZ* 2002, 165, 166; ALAIN JOSET, *Konfliktverteidigung – was sonst?*, *Anwaltsrevue* 2019, 265, 265.

<sup>21</sup> Ausführlich dazu aus Sicht des Richters: ALBRECHT (Fn. 20), S. 166 f.

heitsfindung nicht verunmöglicht, andererseits aber nicht seines Gehaltes völlig entleert wird.»<sup>22</sup> Diese Formulierung impliziert, dass die Teilnahmerechte die Wahrheitsfindung mindestens beeinträchtigen, wenn nicht gar verhindern können. Die Strafverfolgungsbehörden bringen dieses Argument bereits seit Jahren politisch und medial vor. So sei die aktuelle Regelung (und Rechtsprechung) «rechtsstaatlich nicht vertretbar und verhindert, dass das ermittelt werden kann, was jemand tatsächlich begangen oder eben nicht begangen hat».<sup>23</sup> Referenzpunkt dieser Argumentation ist i.d.R. Art. 6 StPO, nach dem die Staatsanwaltschaft die «materielle Wahrheit» ermitteln soll.<sup>24</sup>

[10] *Begrifflich* ist zunächst zuzustimmen, dass Art. 6 StPO unter dem Titel «Untersuchungsgrundsatz» die Erforschung der «materiellen (historischen) Wahrheit» festhält.<sup>25</sup> Das bezweckt jedoch hauptsächlich, die Festlegung des relevanten Sachverhaltes im Strafverfahren (nach der Untersuchungsmaxime) von der im Zivilverfahren geltenden Regel (nach der Verhandlungsmaxime) abzugrenzen.<sup>26</sup> Wenn von materieller Wahrheit gesprochen wird, ist das folglich als Handlungsanweisung an die Strafbehörden zu verstehen, be- und entlastende Umstände gleichermaßen zu ermitteln (Art. 6 Abs. 2 StPO) und sich nicht mit Erklärungen der Parteien zufriedenzugeben.<sup>27</sup> Klar ist zudem, dass die Wahrheitsfindung nur mit justizförmigen Mitteln vonstattengehen kann,<sup>28</sup> weshalb auch von «formeller (oder prozessualer bzw. forensischer) Wahrheit» gesprochen wird, was wiederum verwirrend sein kann, weil sich der Begriff «formelle Wahrheit» im Zivilverfahren auf die Verhandlungsmaxime bezieht. Entscheidend ist jedoch, sich nicht in einer Begriffsjurisprudenz zu verlieren, sondern die *funktionale* Bedeutung der Konzepte herauszuarbeiten: Selbst eine im gerade dargelegten Sinn verstandene formelle (strafprozessuale) Wahrheit bleibt einem statischen Konzept von Wahrheit verhaftet. Dieses Verständnis, dass Wahrheit mit genügend Geschick und Beharrlichkeit – innerhalb rechtsstaatlicher Regeln – einseitig von den Strafbehörden ermittelt werden kann, kommt nicht nur in der eingangs zitierten Aussage<sup>29</sup> klar zum Ausdruck, sondern ist in der Tradition des schweizerischen Strafprozesses tief verankert.<sup>30</sup> Ein moderner, dualistischer Strafprozess hat jedoch von der Prämisse auszugehen, dass Wahrheit etwas Kommunikatives ist, also immer erst im Diskurs entstehen kann.<sup>31</sup>

---

<sup>22</sup> Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) vom 28. August 2019, BBl 2019 6697, 6699.

<sup>23</sup> ULRICH WEDER, Wahrheitssuche und Teilnahmerechte, NZZ vom 17. Juli 2015 (<https://www.nzz.ch/meinung/kommentare/wahrheitssuche-und-teilnahmerechte-im-strafprozess-1.18581167>, zuletzt besucht am 05. August 2020). Hans-Jürg Käser, damaliger Präsident der KKJPD, sprach in der NZZ am Sonntag vom 17. Mai 2015 wegen der Teilnahmerechte von Mitbeschuldigten von «ohnmächtigen Strafverfolgern».

<sup>24</sup> WEDER (Fn. 9), 283; WEDER (Fn. 10), 232; MICHAEL SCHÄFER, Die Teilnahme an Einvernahmen von Mittätern – Theorie und Praxis, *forum poenale* 2013, 39, 39.

<sup>25</sup> So der Wortlaut in der Botschaft Vereinheitlichung (Fn. 9), 1130; vgl. BGer 6B\_336/2013 vom 14. Februar 2014 E. 2.4.

<sup>26</sup> CHRISTOF RIEDO/GERHARD FIOKA, in: *Basler Kommentar StPO*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 6 N 5 und 59 f.; MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Materielle Wahrheit*, *Contra Legem* 2/2018, 83, 83. Es gibt allerdings auch im Zivilverfahren Bereiche, in denen die Untersuchungsmaxime gilt, vgl. Art. 55 Abs. 2 ZPO.

<sup>27</sup> Botschaft Vereinheitlichung (Fn. 9), 1130; CHRISTOF RIEDO/GERHARD FIOKA/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen*, Basel 2011, Rz. 164 f.; ANDREAS J. KELLER, *Die neue schweizerische StPO: Formalisierung und Effizienz – bleibt die materielle Wahrheit auf der Strecke?*, *ZStrR* 2011, 229, 232.

<sup>28</sup> WOHLERS, in: *Kommentar StPO* (Fn. 2), Art. 6 N 2; RIEDO/FIOKA/NIGGLI (Fn. 27), Rz. 166.

<sup>29</sup> Siehe Fn. 23.

<sup>30</sup> NIKLAUS RUCKSTUHL, *Anwaltsrevue* 2019, 256, 257; ähnlich bereits PIETH (Fn. 19), S. 10 f.

<sup>31</sup> DETLEF KRAUSS, *Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren*, 1. Teil, in: GÜNTER HEINE/MARK PIETH/KURT SEELMANN (Hrsg.), *Wer bekommt Schuld? Wer gibt Schuld?*, *Gesammelte Schriften von Detlef Krauss*, (Hrsg.) Zürich 2011, 273, 285; PIETH (Fn. 5), S. 4, 43 und 85 f.;

[11] Damit sind folgende Konsequenzen für das Verständnis der Ermittlung (präziser: der Konstruktion) von Wahrheit verbunden: Wahrheitsfindung benötigt als grundlegende Voraussetzung eine wechselseitige Kommunikation, im Strafverfahren also ein institutionelles, d.h. rechtlich geregeltes Setting, das die beteiligten Akteure bzw. Parteien zwingt, sich mit den von den anderen Akteuren bzw. Parteien kommunizierten Vorbringungen tatsächlich auseinanderzusetzen.<sup>32</sup> Hinzu kommt die Einsicht, dass jedes Erzählen über die Wahrheit (unmittelbar Erlebtes) eben nicht die Wahrheit sein kann, weil bereits durch den Akt der Wahrnehmung, danach durch die Abspeicherung und erst Recht durch die Wiedergabe in der Einvernahme Komplexität reduziert, d.h. Elemente weggelassen, verkürzt, hinzugefügt oder vergessen, und damit die Wahrheit verändert wird.<sup>33</sup> Was bleibt sind Erzählungen, Interpretationen und Wertungen.<sup>34</sup> Weiter gilt es nach DETLEF KRAUSS zu berücksichtigen, dass «Aussagen über ein vergangenes Geschehen Konstruktionen [sind], die durch das Interesse und die sozialen und personalen Bedingungen des Ermittlenden massgeblich beeinflusst werden. Wahrheitsfindung ist immer auch eine Frage der Perspektive, unter der sich der Gegenstand des Forschens als wesentlich hervorhebt».<sup>35</sup> Das bedeutet, dass selbst der gewissenhafteste, zur Objektivität verpflichtete Staatsanwalt und die sorgfältigste Verteidigerin je eine eigene (Perspektive der) Wahrheit präsentieren, die sich aus ihrer spezifischen Rolle im Strafverfahren ergibt.<sup>36</sup> Ein solches dialogisches, post-inquisitorisches Verständnis von Wahrheitsfindung drängt sich umso mehr auf, wenn mehrere Beschuldigte in einem Verfahren beteiligt sind und es unausweichlich zu widersprüchlichen Beweisergebnissen über das Vorgefallene kommen wird.<sup>37</sup>

[12] Aus dem Dargelegten ergibt sich somit, dass das Teilnahmerecht kein Instrument ist, welches der Wahrheitsfindung entgegensteht, sondern im Gegenteil die sich gegenseitig bedingenden Vorgänge der Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung fördert.<sup>38</sup> Hinzu kommt, dass die Legitimation des Urteils durch die Mitwirkungsmöglichkeiten gestärkt wird.<sup>39</sup>

---

RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD (Fn. 5), Rz. 289; KENAD MELUNOVIC/ALAIN JOSET, Partizipationsrechte und Verwertbarkeit, *forum* 2017, 332, 334.

<sup>32</sup> PIETH (Fn. 5), S. 85 f.; MELUNOVIC/JOSET (Fn. 31), 334.

<sup>33</sup> NIGGLI (Fn. 26), 83; RUCKSTUHL (Fn. 30), 257.

<sup>34</sup> MELUNOVIC/JOSET (Fn. 31), 334; vgl. auch Vernehmlassung SAV, 4; Vernehmlassung DJS, 5; Vernehmlassung Strafverteidiger, 4; Vernehmlassungen abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo.html> (zuletzt besucht am 05. August 2020).

<sup>35</sup> KRAUSS (Fn. 31), 285.

<sup>36</sup> Die Verteidigung ist nach Art. 128 StPO allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet. Die Staatsanwaltschaft ist zwar im Vorverfahren verfahrensleitende Behörde und dem Untersuchungsgrundsatz nach Art. 6 StPO verpflichtet, sie ist aber auch an den Grundsatz «in dubio pro duriore» gebunden (DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS (Fn. 15), S. 277).

<sup>37</sup> Siehe zum Ganzen auch die Folien der Tagung «Strafprozessordnung auf Abwegen» der Paulus-Akademie am 12. September 2019, verfügbar auf: <https://www.paulusakademie.ch/strafprozessordnung-auf-abwegen/> (zuletzt besucht am 05. August 2020) sowie ZStrR Nr. 3/2020, in der drei Referate der Tagung in schriftlicher Fassung abgedruckt sind.

<sup>38</sup> KRAUSS (Fn. 31), 282.

<sup>39</sup> BSK StPO-SCHLEIMINGER METTLER (Fn. 26), Art. 147 N 3; KRAUSS (Fn. 31), 283 f.; beide mit Verweis auf NIKLAS LUHMANN'S «Legitimation durch Verfahren»; vgl. auch ALEXANDRE GUISAN, La violation du droit de participer (art. 147 CPP), *AJP* 2019, 337, 349.

### 3. Einschränkungen der Teilnahmerechte bei Mitbeschuldigten

#### 3.1. Gründe

[13] Im Gegensatz zu einigen kantonalen Strafprozessordnungen bestehen in der vereinheitlichten StPO keine gesetzlichen Regelungen, welche den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit an Einvernahmen auf bestimmte Personengruppen einschränken, insb. gibt es keinen expliziten Ausschluss von Mitbeschuldigten an den gegenseitigen Einvernahmen.<sup>40</sup> Aus Sicht der Staatsanwaltschaften erwies sich das aber als zu weitgehend. So kann die Anwesenheit von Mitbeschuldigten die Aussage eines anderen einvernommenen Beschuldigten beeinflussen. Das kann dazu führen, dass dieser Sachverhalte verfälscht oder bagatellisiert schildert.<sup>41</sup> Vermindert wird durch das Teilnahmerecht auch die Möglichkeit der Strafbehörden, Mitbeschuldigte taktisch geschickt zu befragen.<sup>42</sup> Sodann besteht die Gefahr einer Ungleichbehandlung des Beschuldigten, der als erster einvernommen wird, und somit keine Kenntnis der Aussagen der anderen beschuldigten Personen hat, oder entgegengesetzt die Frage, wie der «Geständnisrabatt» den weiteren Beschuldigten zu gewähren ist, wenn der erste Beschuldigte seine Tat gestanden hat.<sup>43</sup> Schliesslich werden organisatorische Bedenken in Fällen mit vielen Parteien vorgebracht.<sup>44</sup>

[14] Vorneweg von diesen Problemen auszuschliessen ist die Konstellation, in der Mitbeschuldigte zu Sachverhalten befragt werden, die sie selber nicht betreffen.<sup>45</sup> Organisatorischen Bedenken wiederum ist nicht im Rahmen einer (generellen) Einschränkung der Parteiöffentlichkeit nachzukommen, sondern durch organisatorische Vorkehrungen durch die im Vorverfahren verfahrensleitende Staatsanwaltschaft. Dies kann bei einer grossen Anzahl an Verfahrensbeteiligten bspw. durch die Bildung von Gruppen, die zu einzelnen Sachverhaltskomplexen befragt werden, geschehen.<sup>46</sup> Zu beachten ist, dass die kritischen Stimmen am umfassenden Teilnahmerecht in erster Linie das Teilnahmerecht der beschuldigten Person einschränken möchten, die organisatorischen Probleme sich aber bei Konstellationen mit einer Vielzahl von Privatklägern ergeben. Hierfür haben die Gerichte in der Praxis jedoch überzeugende Lösungen gefunden.<sup>47</sup> Ganz ausnahmsweise könnte eine Beschränkung des Teilnahmerechts aus organisatorischen Gründen dann gerechtfertigt sein, wenn durch die Gewährung des Teilnahmerechts das Beschleunigungs-

---

<sup>40</sup> So hiess es z.B. in Art. 38 Abs. 1 aStPO/BL: «Die angeschuldigte Person und ihre Verteidigung können an Einvernahmen von Zeuginnen und Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen sowie an Augenscheinen teilnehmen, [...]» und in Art. 106 Abs. 1 aStPO/BS: «Der angeschuldigten Person und ihrer Verteidigerin oder ihrem Verteidiger ist auf Gesuch Gelegenheit zu geben, an Einvernahmen von Zeuginnen und Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen sowie an Augenscheinen teilzunehmen, [...]».

<sup>41</sup> WEDER (Fn. 9), 282; MARCEL MEIER, Zentrale Instrumente der StPO zur Kollisionsverhinderung und ihre Problemfelder, BE N'ius 9/2011, 29, 36.

<sup>42</sup> WEDER (Fn. 9), 282 (es sei eine «dilettantische Beweisführung» nötig); SCHÄFER (Fn. 24), 40 f. (Teilhabeanspruch sei im internationalen Vergleich «rechtsstaatlicher Luxus»); ALBERTO FABBRI, Polizeiliche Ermittlung oder staatsanwaltliche Untersuchung – ist das die Frage? Abgrenzungen im Vorverfahren nach Schweizerischer Strafprozessordnung, BJM 2013, 165, 180 f.

<sup>43</sup> FABBRI (Fn. 42), 180.

<sup>44</sup> PETER PELLEGRINI, Leitung von Verfahren mit einer grossen Anzahl von geschädigten Personen, forumpoenale 2014, 35, 37.

<sup>45</sup> OLIVIER THORMANN/GRÉGOIRE MÉGEVAND, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 147 N 1; BGer 1B\_46/2017 vom 22. August 2017 E. 2.3.

<sup>46</sup> PELLEGRINI (Fn. 44), 39; CAROLINE SCHÄR, Die Beschränkung von Teilnahmerechten und deren strafprozessuale Folgen, ZStrR 2019, 141, 149 f.

<sup>47</sup> So z.B. Kantonsgericht Basel-Landschaft vom 20. Januar 2020 (470 19 276).

gebot verletzt oder die Durchführung des Verfahrens und damit der Strafanspruch des Staates an sich gefährdet wird.<sup>48</sup>

### 3.2. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

[15] Das Bundesgericht hat sich in einem Leitentscheid für ein grundsätzliches Teilnahmerecht auch bei Mitbeschuldigten ausgesprochen.<sup>49</sup> Es unterscheidet Beschränkungsmöglichkeiten vor und nach der ersten (staatsanwaltlichen) Einvernahme des Beschuldigten, in der diesem Vorhalte gemacht wurden, die ihn persönlich betreffen und zu denen danach Mitbeschuldigte befragt werden.<sup>50</sup> In der im Leitentscheid vorliegenden Konstellation – Teilnahme nach erfolgter Einvernahme des Beschuldigten – erwähnt das Bundesgericht die Möglichkeit, das Teilnahmerecht aufgrund von Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO bei besonderen Verdunkelungsgefahren (drohende rechtsmissbräuchliche direkte und konkrete Beeinflussung der Aussagen von Dritten) im Hinblick auf die fragliche Beweiserhebung (und nicht generell auf den Gang der Untersuchung) zu beschränken.<sup>51</sup> Zudem hat das Bundesgericht in einem obiter dictum eine Beschränkungsmöglichkeit vor der ersten Einvernahme gestützt auf Art. 101 Abs. 1 StPO im Sinne einer «wertungskohärenten Lückenfüllung» erwähnt.<sup>52</sup>

[16] Diese Rechtsprechung wurde (erst) in BGer 6B\_256/2017 mit folgender apodiktischer Feststellung in geltende Praxis überführt: «Die [...] Möglichkeit einer Beschränkung der Teilnahmerechte bei Ersteinvernahmen von Mitbeschuldigten in analoger Anwendung von Art. 101 Abs. 1 StPO im Anfangsstadium der strafrechtlichen Untersuchung hat sich in der Praxis mittlerweile faktisch etabliert; hieran ist festzuhalten.»<sup>53</sup> Im gleichen Entscheid weitete das BGer die Beschränkungsmöglichkeiten aus, indem es festlegte, dass die Einschränkung der Teilnahmerechte der beschuldigten Person bis zu deren ersten Einvernahme «nicht auf Verfahren mit mehreren beschuldigten Personen beschränkt» sei. Es bejaht einen Ausschluss bei der Einvernahme eines Privatklägers, der als Auskunftsperson nach Art. 178 lit. a StPO einvernommen wird und weitete damit die Rechtsprechung zum Ausschluss nach Art. 101 Abs. 1 StPO auch auf die Einvernahme von Auskunftspersonen und Zeuginnen aus,<sup>54</sup> wobei unklar bleibt, ob dies neben Einvernahmen auch für alle anderen möglichen Beweiserhebungen gilt. Auf diese Ausweitung und der Kritik daran ist im Rahmen der Diskussion des vom Bundesrat vorgeschlagenen Entwurfs zurückzukommen.<sup>55</sup>

[17] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt, dass das Bedürfnis, Beschuldigte von der Einvernahme von Mitbeschuldigten auszuschliessen, hauptsächlich vor der ersten Einvernahme be-

---

<sup>48</sup> SCHÄR (Fn. 46), 150; vgl. auch CHRISTOPHER GETH, Fallstricke der Wahrheitsfindung im Vorverfahren – am Beispiel der Teilnahmerechte der beschuldigten Person, ZStrR 2020, 268, 281.

<sup>49</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.

<sup>50</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.5.4.1.

<sup>51</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.5.6 und 5.5.8. I.c. lagen aber keine solche Gründe vor.

<sup>52</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.5.4.1. Vgl. zur Kritik dazu WOHLERS, in: Kommentar StPO (Fn. 2), Art. 147 N 3b m.w.H.

<sup>53</sup> BGer 6B\_256/2017 vom 13. September 2019 E. 2.2.1 f., ohne weitere Begründung, worin sich diese Praxis zeigt und auch ohne auf die kritischen Stimmen in der Literatur zur Anwendung von Art. 101 StPO einzugehen.

<sup>54</sup> In BGer 1B\_431/2015 vom 15. Februar 2016 E. 2.4.3. hiess es noch, «dass die Frage, ob sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Teilnahmerecht der beschuldigten Person an Einvernahmen von Mitbeschuldigten (BGE 139 IV 25) auf Einvernahmen von Auskunftspersonen übertragen lässt, nicht geklärt ist».

<sup>55</sup> Siehe hinten 4.4.

steht. Erstens lässt sich nicht wegdiskutieren, dass die Gefahr einer Ungleichbehandlung von Mitbeschuldigten besteht,<sup>56</sup> die auch mit den in der Rechtsprechung genannten Massnahmen – rasch aufeinanderfolgende Einvernahmen sowie die Festlegung der Reihenfolge und Modalitäten der Einvernahmen<sup>57</sup> – nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Zweitens kann argumentiert werden, dass ganz zu Beginn der Ermittlung ein «Wissensvorsprung» des Beschuldigten bezüglich des untersuchten Sachverhalts besteht, denn nur er war unmittelbar beteiligt (oder weiss, dass er dies nicht war).<sup>58</sup> Dies ist freilich auf Fälle einzugrenzen, in denen die Staatsanwaltschaft nach Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO die Ermittlungen von Anfang an selber leitet und damit ein Teilnahmerecht in der Untersuchung besteht. In allen anderen Fällen ist ein geheimes, polizeiliches Ermittlungsverfahren (ohne Teilhaberecht) vorgelagert, sodass nicht von einem «Wissensvorsprung» durch den Beschuldigten ausgegangen werden kann – im Gegenteil hat hier die Staatsanwaltschaft einen (beträchtlichen) Wissensvorsprung.

## 4. Revision der Teilnahmerechte

### 4.1. Vorentwurf

[18] Die erwähnte Kritik der Strafverfolgungsbehörden an der Ausgestaltung der Teilnahmerechte in der eidgenössischen StPO fand schnell Widerhall im Parlament. Weniger als einen Monat, nachdem die SSK öffentlich eine Beschränkung der Teilnahmerechte forderte, wurde im Parlament ein entsprechender Vorstoss eingereicht.<sup>59</sup> Die parlamentarische Initiative verlangte, dass das Verwertungsverbot in Art. 147 Abs. 4 StPO so angepasst wird, dass für die Verwertbarkeit einer Aussage zulasten einer Partei eine einmalige Konfrontation im Verfahren ausreicht. Faktisch wird damit die Reduktion der Teilnahmerechte in der StPO auf das Konfrontationsrecht nach der EMRK gefordert, ohne dies so zu benennen. Die Begründung des Vorstosses ging dahin, dass die aktuelle Ausgestaltung der Teilnahmerechte die Ermittlung der materiellen Wahrheit «enorm erschwere, bisweilen verunmögliche». Der Vorstoss wurde im Parlament klar abgelehnt, weil die Räte bereits eine Motion der RK-S annahmen, nach der allfällige Revisionen der StPO nicht einzeln, sondern im Rahmen einer Gesamtschau anzugehen seien.<sup>60</sup> Der Bundesrat wurde mit dieser Motion beauftragt, die Praxistauglichkeit der StPO zu prüfen (also keine wissenschaftliche Untersuchung durchzuführen) und eine entsprechende Vorlage bis Ende 2018 zu erarbeiten.

[19] Der daraufhin vom Bundesrat ausgearbeitete und am 1. Dezember 2017 in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf sah folgende Anpassung der Teilnahmerechte vor:

---

<sup>56</sup> FABBRI (Fn. 42), 180.

<sup>57</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.4.1; SCHÄR (Fn. 46), 150; BEAT SCHNELL/SIMONE STEFFEN, Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis, Bern 2019, S. 201.

<sup>58</sup> MEIER (Fn. 41), 38.

<sup>59</sup> Parlamentarische Initiative (14.462) vom 09. Dezember 2014, Reimann Lukas, StPO, Teilnahmerechte, Aufklärung und Wahrheitsfindung nicht behindern, abgelehnt im Nationalrat am 08. Dezember 2015.

<sup>60</sup> Motion RK-S (14.3382) vom 15. Mai 2014, Anpassung der Strafprozessordnung, angenommen im Ständerat am 22. September 2014 und im Nationalrat am 11. März 2015.

*Art. 147 Abs. 3 und 3<sup>bis</sup>*

<sup>3</sup> *Die Partei oder ihr Rechtsbeistand können die Wiederholung einer Beweiserhebung verlangen, wenn:*

- a. der Rechtsbeistand oder die Partei ohne Rechtsbeistand aus zwingenden Gründen an der Teilnahme verhindert waren; oder*
- b. bei Mittäterschaft oder Teilnahme Strafverfahren ohne sachliche Gründe getrennt geführt wurden und dadurch die Teilnahme an Beweiserhebungen nicht möglich war.*

<sup>3bis</sup> *In den Fällen von Absatz 3 Buchstabe a kann auf eine Wiederholung verzichtet werden, wenn sie mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden wäre und dem Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, insbesondere dem Recht, Fragen zu stellen, auf andere Weise Rechnung getragen werden kann.*

*Art. 147a Einschränkung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person*

<sup>1</sup> *Ist zu befürchten, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird, so kann die Staatsanwaltschaft sie von dieser Einvernahme ausschliessen.*

<sup>2</sup> *Der Ausschluss gilt auch für die Verteidigung.*

<sup>3</sup> *Die Einvernahme wird in Bild und Ton aufgezeichnet, sofern die von der Einvernahme ausgeschlossene Person nicht auf die Aufzeichnung verzichtet.*

[20] Der erläuternde Bericht nennt die Regelung der Teilnahmerechte als den am häufigsten kritisierten Punkt der geltenden StPO.<sup>61</sup> Festgehalten wird weiter, dass die in der Praxis in solchen Konstellationen anzutreffende Verfahrenstrennung vor dem Hintergrund der Verfahrenseinheit nach Art. 29 StPO problematisch sei. Dass die Strafbehörden die Reihenfolge der Einvernahmen festlegen können, sei keine befriedigende Lösung, da das Aussageverhalten der einvernommenen Person im Vorhinein nicht bekannt sei.<sup>62</sup> Eine Beschränkung des Teilnahmeanspruchs auf das von der EMRK verlangte Minimum wird, um das Gleichgewicht der Parteien im Vorverfahren zu wahren, sowie vor dem Hintergrund der lediglich fakultativen Unmittelbarkeit im Hauptverfahren abgelehnt.<sup>63</sup>

[21] Die wesentlichen Eckpunkte des dargestellten Vorentwurfs sind: Um die Umgehung der Parteiöffentlichkeit durch die Verfahrenstrennung zu sanktionieren, wird erstens der in Art. 147 Abs. 3 StPO verankerte Wiederholungsanspruch erweitert. In unrechtmässig getrennt geführten Verfahren müssen geheime Beweiserhebungen im anderen Verfahren parteiöffentlich wiederholt werden (Art. 147 Abs. 3 lit. b VE-StPO). Die Rechtmässigkeit der Verfahrenstrennung richtet sich dabei nach den sachlichen Gründen i.S.v. Art. 30 StPO. Ein Verzicht auf die Wiederholung bei unverhältnismässigem Aufwand oder Unmöglichkeit und bei Kompensationsmassnahmen ist

---

<sup>61</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung), Bundesamt für Justiz, Bern 2017, 12.

<sup>62</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 61), 12.

<sup>63</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 61), 13, 27.

gemäss dem Vorentwurf nicht möglich (Art. 147 Abs. 3<sup>bis</sup> VE-StPO),<sup>64</sup> was nichts anderes heissen kann, als dass, sofern keine Wiederholung stattfindet, die Unverwertbarkeit der Beweiserhebung resultiert. Denn die Unverwertbarkeit nach Art. 147 Abs. 4 StPO bei «Verletzungen dieses Artikels», wozu neu auch Art. 147 Abs. 3<sup>bis</sup> VE-StPO zählen würde, bliebe unverändert.

[22] Zweitens schafft der Vorentwurf eine gesetzliche Grundlage, um das Teilnahmerecht der beschuldigten Person an Einvernahmen (nicht aber an weiteren Beweiserhebungen) einzuschränken, wenn zu «befürchten» ist, dass sie «ihre Aussage an diejenige einer einzuvernehmenden Person anpassen wird» (Art. 147a Abs. 1 VE-StPO). Nach den Ausführungen im erläuternden Bericht soll das BGer in der Tatsache, dass Art. 147 StPO keine Einschränkungen der Teilnahmerechte vorsieht, eine «Gesetzeslücke» gesehen haben. Das erscheint zumindest fraglich, hat das Bundesgericht doch gerade nachgezeichnet, dass im Gesetzgebungsprozess eine Bestimmung zum Ausschluss von Mitbeschuldigten gestrichen wurde.<sup>65</sup> Die neue Ausschlussmöglichkeit soll sodann der Rechtsprechung zur analogen Anwendung von Art. 101 StPO Rechnung tragen; hier hat das Bundesgericht tatsächlich von einer «Lückenfüllung» gesprochen. Nach Ansicht des Bundesrates sollen die Anforderungen an den Nachweis, dass die noch nicht einvernommene Person ihre Aussagen an jene der einzuvernehmenden anpasst, nicht zu streng sein. Die Befürchtung soll insb. bestehen, solange die beschuldigte Person noch nicht zum fraglichen Sachverhalt befragt wurde.<sup>66</sup> Ob sich eine beschuldigte Person dabei effektiv geäußert haben muss oder nicht, bleibt unklar. Die Regelung knüpft insofern auch an die neuere Rechtsprechung an, als sie die Ausschlussmöglichkeit nicht auf Mitbeschuldigte beschränkt, sondern auf alle Personen ausweitet, die einvernommen werden können (Zeuginnen, Sachverständige und Auskunftspersonen).

[23] Wie lange ein Ausschluss gilt und nach welchen weiteren Kriterien das (künftige) Aussageverhalten beurteilt werden soll, bleibt offen. Klar ist zum einen, dass nicht nur der Ausschluss bei der ersten Einvernahme möglich ist und zum anderen, dass nur die beschuldigte Person, nicht aber weitere Parteien wie die Privatklägerschaft ausgeschlossen werden können. Ebenso ist nach dem Wortlaut ein Ausschluss nur durch die Staatsanwaltschaft (sowie wohl bei delegierten Einvernahmen durch die Polizei), nicht aber durch das Gericht möglich. Unverändert bleibt zudem die Regelung des Akteneinsichtsrechts. Nach Art. 147a Abs. 2 VE-StPO gilt der Ausschluss der beschuldigten Person bei allen betroffenen Beweiserhebungen auch für deren Verteidigung.

[24] Als «Kompensation» zur Einschränkung der Parteiöffentlichkeit soll die Einvernahme, die ohne die beschuldigte Person und ihre Verteidigung stattfindet, in Bild und Ton (also mit Video) aufgezeichnet werden, sofern kein Verzicht vorliegt (Art. 147a Abs. 3 VE-StPO).<sup>67</sup> Begründet wird dies damit, dass das Interesse an parteiöffentlichen Einvernahmen häufig darin liege, das korrekte Zustandekommen der Aussagen (keine nicht protokollierten Vorhalte oder Versprechungen) zu kontrollieren und nicht «primär darin, vom Inhalt der Aussagen unmittelbare Kenntnis zu erlangen».<sup>68</sup> Das mag in einigen Fällen zwar zutreffen, widerspricht aber den vorhergehenden Ausführungen, wonach die Parteiöffentlichkeit zu beschränken sei, um eine Aussageanpassung

---

<sup>64</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 61), 26, wonach der unzulässigen Verfahrenstrennung Einhalt zu gebieten ist.

<sup>65</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.2; a.M. NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2017, Rz. 823 Fn. 108, wonach es keine Anhaltspunkte für die bewusste Streichung der Bestimmung des Vorentwurfs gebe, diese vielmehr «wohl schlicht als Beispiel für die oft missglückten Kürzungsübungen» zu sehen ist.

<sup>66</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 61), 27.

<sup>67</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 61), 27.

<sup>68</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 61), 27.

zu vermeiden. Dafür muss aber gerade vom Inhalt Kenntnis genommen werden können – sei es durch die Teilnahme oder durch Akteneinsicht.

## 4.2. Vernehmlassung

[25] Die Ausgestaltung der Einschränkung des Teilnahmerechtes der beschuldigten Person wird in der Vernehmlassung von allen Seiten stark kritisiert.<sup>69</sup> Mehrere Kantone sowie die SSK und die Bundesanwaltschaft machen darauf aufmerksam, dass die Befürchtung der Aussageanpassung immer bestehe, da im Vorfeld einer Einvernahme deren Inhalt ja noch nicht bekannt sei. Treffe das zu, bedeute die vorgeschlagene Regelung nichts anderes als den grundsätzlichen Ausschluss von allen Einvernahmen.<sup>70</sup> Es stelle sich zudem die Frage, wie der Nachweis für die Befürchtung der Aussageanpassung erbracht bzw. ob er überhaupt erbracht werden kann. Die Regelung würde somit in der Praxis ständig zu Rechtsstreitigkeiten führen. Hinzu kommt, dass neben der Aussageanpassung zahlreiche weitere Gründe für einen Ausschluss bestehen, wie die Einschüchterung von Mitbeschuldigten, aber auch von Zeuginnen, die im Vorentwurf unberücksichtigt bleiben.<sup>71</sup> Die grosse Mehrheit der Kantone, die SSK sowie die Bundesanwaltschaft plädieren deshalb dafür, die Teilnahmerechte gänzlich auf das von der EMRK verlangte Minimum zu reduzieren.<sup>72</sup> Gefordert wird ausserdem, die Beschränkungsmöglichkeit so auszugestalten, dass nicht nur die beschuldigte Person, sondern insb. auch die Privatklägerschaft ausgeschlossen werden kann.<sup>73</sup>

[26] Auch von anderer Seite wird kritisiert, die Bestimmung sei viel zu unscharf und unbestimmt und öffne einer willkürlichen Handhabung seitens der Strafbehörden Tür und Tor.<sup>74</sup> Zudem unterminiere sie die Anforderungen von Art. 108 StPO, wonach für die Einschränkung des rechtlichen Gehörs ein begründeter Verdacht bestehen muss.<sup>75</sup> Die Befürchtung der Aussageanpassung sei keine Gefahr für den Strafprozess und auch nach der Rechtsprechung klar kein Grund für einen pauschalen Ausschluss von Einvernahmen.<sup>76</sup> Vorgeschlagen wird von dieser Seite, die Rechtsprechung des Bundesgerichts in das Gesetz zu überführen. Der SAV und die DJS verlangen, dass «eine Beschränkung der Teilnahmerechte nur solange verfügt werden kann, bis die entsprechende mitbeschuldigte Person selber erstmals (einlässlich) zur Sache befragt worden ist. Nach der ersten einlässlichen Befragung der beschuldigten Person können die Teilnahmerechte (grundsätzlich) nicht mehr eingeschränkt werden.»<sup>77</sup> In die gleiche Richtung formuliert die Universität

---

<sup>69</sup> Vernehmlassungsergebnisse, 11. Kritisch u.a. AG, BL, BS, ZH, SSK, SAV, DJS, Strafverteidiger, Universität Bern, Universität Genf.

<sup>70</sup> Vernehmlassung SSK, 4; Vernehmlassung GE, 6; Vernehmlassung LU, 6; Vernehmlassung SO, 6; ebenso: Vernehmlassung DJS, 5; Vernehmlassung SAV, 3; Vernehmlassung Strafverteidiger, 4.

<sup>71</sup> Vernehmlassung GE, 6; Vernehmlassung LU, 6.

<sup>72</sup> Vernehmlassungsergebnisse, 3; so u.a. AG, BS, BL, BE, ZH, VD, GE.

<sup>73</sup> Vernehmlassung Bundesanwaltschaft, 7; Vernehmlassung SO, 6; so bereits auch WOLFGANG WOHLERS, Das Anwesenheits- und Fragerecht der Verfahrensparteien bei Einvernahmen im Vorverfahren, *forum* 2013, 160, 164.

<sup>74</sup> Vernehmlassung DJS, 4 f.; Vernehmlassung SAV, 3; Vernehmlassung Strafverteidiger, 4.

<sup>75</sup> Vernehmlassung Universität Genf, 6; Vernehmlassung Universität Bern, 13 f.; Vernehmlassung Genfer Advokatenkammer, 8 f.

<sup>76</sup> Vernehmlassung Universität Bern, 14; vgl. zur Rechtsprechung vorne 3.2.

<sup>77</sup> Vernehmlassung DJS, 6; Vernehmlassung SAV, 4; Vernehmlassung Strafverteidiger, 5. Man beachte den Unterschied zwischen «einlässlicher Befragung» und «einlässlicher Äusserung». Letzteres ist die Voraussetzung im Entwurf für die Wahrnehmung des Teilnahmerechts, siehe hinten 4.3.

Bern ihren Vorschlag, wonach der Ausschluss möglich sein soll, «wenn konkrete Hinweise darauf bestehen, dass sie auf die einzuvernehmende Person oder auf Beweismittel einwirkt; und sich die Befragung auf untersuchte Sachverhalte bezieht, welche die beschuldigte Person persönlich betreffen und zu denen ihr noch kein Vorhalt gemacht werden konnte.»<sup>78</sup> Zugleich wird gefordert, dass sich der Ausschluss auf Einvernahmen von Mitbeschuldigten beschränkt, sofern nicht ganz auf Art. 147a Abs. 1 E-StPO verzichtet wird.<sup>79</sup>

### 4.3. Entwurf

[27] Entgegen dem Auftrag des Parlaments, der eine ausgearbeitete Vorlage bis Ende 2018 verlangte, präsentierte der Bundesrat erst am 28. August 2019 den Entwurf und die dazugehörige Botschaft. Im Vergleich zum Vorentwurf hat der Bundesrat die Revision im Umfang reduziert, um die Verfahren nicht zu verlängern und keine zusätzlichen Kosten zu verursachen.<sup>80</sup> Die Einschränkungen der Teilnahmerechte werden völlig neu formuliert:

*Art. 101 Abs. 1<sup>bis</sup>*

*<sup>1bis</sup> Wurde die beschuldigte Person nach Artikel 147a von einer Einvernahme ausgeschlossen, so kann ihr und ihrer Verteidigung die Einsicht in das Protokoll dieser Einvernahme verweigert werden, bis sie aufgefordert wurde, sich zu den Aussagen der einvernommenen Person zu äussern.*

*Art. 147a Einschränkung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person*

*<sup>1</sup> Die Staatsanwaltschaft kann die beschuldigte Person von einer Einvernahme ausschliessen, solange sich die beschuldigte Person zum Gegenstand der Einvernahme nicht einlässlich geäussert hat.*

*<sup>2</sup> Der Ausschluss gilt auch für die Verteidigung.*

*<sup>3</sup> Die Aussagen der einvernommenen Person dürfen als Beweismittel nur verwertet werden, wenn die beschuldigte Person und ihre Verteidigung vor dem Abschluss der Untersuchung Gelegenheit zu einer Gegenüberstellung mit der einvernommenen Person hatten und dieser Fragen stellen konnten.*

[28] Der Entwurf behält zwar die Stossrichtung des Vorentwurfs bei, ändert das «Regelungskonzept» aber grundsätzlich. Neu soll eine beschuldigte Person solange von einer Einvernahme ausgeschlossen werden können, bis sie sich einlässlich zum Gegenstand der Einvernahme geäussert hat. Zudem wird das Akteneinsichtsrecht mit dieser Regelung koordiniert.

---

<sup>78</sup> Vernehmlassung Universität Bern, 14.

<sup>79</sup> Vernehmlassung Universität Bern, 14. Das Bundesgericht hat mittlerweile entschieden, dass die Ausschlussmöglichkeit auch nach geltender Rechtslage nicht auf Einvernahmen von Mitbeschuldigten beschränkt ist, siehe vorne 3.2.

<sup>80</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6710.

[29] Der vorgeschlagene Art. 101 Abs. 1<sup>bis</sup> E-StPO soll gemäss der Botschaft sicherstellen, dass die neu geschaffene Einschränkung des Teilnahmerechts nicht ihres Sinns entleert wird.<sup>81</sup> Eine beschuldigte Person soll nicht gleich im Anschluss an eine Einvernahme, von der sie ausgeschlossen wird, Akteneinsicht verlangen können und so Kenntnis vom Inhalt der Einvernahme erhalten.<sup>82</sup> Die gewählte Formulierung ist dafür jedoch missverständlich: In Art. 101 Abs. 1<sup>bis</sup> E-StPO ist davon die Rede, dass die Akteneinsicht verweigert werden kann, «bis [die beschuldigte Person] aufgefordert wurde, sich zu den Aussagen der einvernommenen Person zu äussern». In Art. 147a E-StPO wird dagegen für die Gewährung des Teilnahmerechts verlangt, dass sich die beschuldigte Person «einlässlich [zum Gegenstand der Einvernahme] geäussert hat». Das sind aber zwei unterschiedliche Voraussetzungen. Wie damit umzugehen ist, bleibt unklar.<sup>83</sup>

[30] Wiederum kann nur die beschuldigte Person – nicht aber andere Parteien wie z.B. die Privatklägerschaft – ausgeschlossen werden. Der Ausschluss betrifft nur Einvernahmen, keine anderen Beweiserhebungen. Ausgeschlossen werden kann die beschuldigte Person von allen denkbaren Einvernahmen, also auch von Einvernahmen von Zeuginnen, Auskunftspersonen und Sachverständigen.

[31] Anders als im Vorentwurf soll für die Beschränkung der Parteiöffentlichkeit nicht mehr auf ein spekulatives Kriterium wie der Befürchtung der Aussageanpassung abgestellt werden.<sup>84</sup> Die Botschaft äussert sich sehr kritisch zu den Bemerkungen im erläuternden Bericht, wonach der Vorentwurf eine «massvolle» Einschränkung vorsieht: «Lässt man hingegen die allgemeine Lebenserfahrung genügen, dass beschuldigte Personen ihre Aussage mitunter anpassen, so würde die Fassung des Vorentwurfs das Teilnahmerecht aushöhlen.»<sup>85</sup> Die Voraussetzung zur Teilnahme, dass eine beschuldigte Person sich einlässlich zum Gegenstand der Einvernahme geäussert hat, soll nun an ein objektives bzw. objektivierbares Kriterium anknüpfen.<sup>86</sup> Zugleich soll die Regelung klarstellen, dass die Einschränkung die Ausnahme und nicht den Regelfall darstellt.<sup>87</sup>

[32] Vorderhand eine klare Absage erteilt die Botschaft dem Vorbringen der Kantone bzw. der Staatsanwaltschaften, wonach die Teilnahmerechte auf das EMRK-Minimum reduziert werden sollen.<sup>88</sup> Die Botschaft erinnert daran, dass bei der Diskussion um die Teilnahmerechte immer das gesamte Verfahren (Vorverfahren und Hauptverfahren) im Auge zu behalten ist. Sie hält, mit Bezugnahme auf die Rechtsprechung, nochmals klar fest, dass die ausgebauten Teilnahmerechte im Vorverfahren einen bewussten Ausgleich zur ebenfalls bewusst gestärkten Rolle der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren sowie zur eingeschränkten Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung darstellen.<sup>89</sup> Das vom Gesetzgeber dadurch angestrebte Gleichgewicht der Parteien soll gewahrt bleiben. Ob der Entwurf diesem Anliegen gerecht wird, erscheint allerdings fraglich.<sup>90</sup> Auf jeden Fall ist die vorgeschlagene Regelung an diesen Ansprüchen zu messen, denn nach der Botschaft

---

<sup>81</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6728.

<sup>82</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6728.

<sup>83</sup> Siehe ausführlich hinten IV. 4. b).

<sup>84</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6737.

<sup>85</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), ebd.

<sup>86</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6738.

<sup>87</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6738. Ob das zutrifft, siehe hinten 4.4.2.

<sup>88</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6738.

<sup>89</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6738 f.

<sup>90</sup> Siehe hinten 4.4.2.3.

ist eine Reduktion auf das EMRK-Minimum mit der Konzeption der vereinheitlichten StPO nicht vereinbar oder würde ausgleichende Massnahmen (z.B. Ausbau der Unmittelbarkeit) verlangen. Für einen solchen «Paradigmenwechsel» bestehe jedoch weder Anlass noch ein Auftrag des Parlaments.<sup>91</sup> Hingewiesen wird zuletzt darauf, dass andere Länder, die eingeschränktere Teilnahmerechte kennen, diese eben durch eine ausgebaute Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung kompensieren.<sup>92</sup>

[33] Mit der Verabschiedung der Botschaft ist die Änderung der StPO dem Parlament zur Beratung überwiesen worden.<sup>93</sup> Die RK-N hat als Kommission des Erstrates an ihrer Sitzung am 20. Februar 2020 zum ersten Mal über die StPO-Revision beraten. Nach Anhörungen von Vertreterinnen und Vertreter der Kantone, Strafverfolgungsbehörden, Gerichte, Anwaltschaft, Opferhilfe sowie der Lehre hat sie einstimmig Eintreten auf die Vorlage beschlossen.<sup>94</sup> Die Detailberatung der Vorlage steht noch aus.

## 4.4. Problemfelder

### 4.4.1. Ausschluss nicht nur bei Mitbeschuldigten

[34] Als erstes ist an der im Entwurf vorgeschlagenen Bestimmung zu kritisieren, dass der Ausschluss nicht nur für Einvernahmen von Mitbeschuldigten gilt, sondern auch für alle anderen möglichen Einvernahmen, d.h. von Zeuginnen, Auskunftspersonen und Sachverständigen. Dies entspricht zwar der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, es bestehen diesbezüglich jedoch mehrere Bedenken. Erstens gilt es zu beachten, dass die Kontroverse um die Teilnahmerechte ihren Ursprung in den Teilnahmerechten bei Mitbeschuldigten hatte. Eine schlanke Revision, die sich auf die tatsächlichen Schwierigkeiten in der Praxis beschränken soll (so die Botschaft), hätte sich deshalb auf den Ausschluss von Mitbeschuldigten zu beschränken. Dass die Einvernahme von Zeuginnen oder Auskunftspersonen bei Anwesenheit der beschuldigten Person Schwierigkeiten bereitet, die mit den geltenden Beschränkungsmöglichkeiten nicht gelöst werden können, ist zumindest in der Literatur nicht ersichtlich. Zweitens ist nicht überzeugend, wieso zwar die beschuldigte Person von weiteren Einvernahmen ausgeschlossen werden kann, die anderen Parteien, v.a. die Privatklägerschaft aber nicht.<sup>95</sup> Im Ergebnis führt das dazu, dass die Privatklägerschaft – deren Interesse nach Art. 119 Abs. 2 StPO in der Verfolgung der Straftat sowie der Zivilklage liegt – markant weitergehende Teilnahmerechte hat als die beschuldigte Person. Die kontradiktorische Beweiserhebung dient aber nicht der Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen, sondern in erster Linie dazu, das rechtliche Gehör in einem Strafverfahren *gegen die beschuldigte Person* zu gewährleisten. Drittens bestehen bereits jetzt ausreichend gesetzliche Schranken, den Gefahren bei der Einvernahme von Zeuginnen oder Auskunftspersonen zu begegnen. Zwar gilt

---

<sup>91</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6739.

<sup>92</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6739; so z.B. Deutschland, vgl. WOLFGANG WOHLERS, Die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung im Strafprozess, ZStrR 2014, 424, 432 ff.

<sup>93</sup> Geschäft des Bundesrates (19.048) vom 28. August 2019, Strafprozessordnung, Änderung. Zum aktuellen Stand: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20190048> (zuletzt besucht am 05. August 2020).

<sup>94</sup> Siehe die Medienmitteilung der RK-N: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2020-02-21.aspx> (zuletzt besucht am 05. August 2020).

<sup>95</sup> Vgl. WOHLERS (Fn. 73), 164.

für die beschuldigte Person das Selbstbegünstigungsprivileg, dieses hat jedoch seine Grenze in den Rechtspflegedelikten (wie z.B. eine unzulässige Zeugenbeeinflussung).<sup>96</sup> Die Einschränkung des Teilnahmerechts ist aber nicht das Mittel zur Durchsetzung dieser Regeln. Viertens, und das ist der gewichtigste Einwand, unterstehen Zeuginnen und die Privatklägerschaft, wenn sie als Auskunftsperson einvernommen wird, im gesamten Verfahren der Aussage- und Wahrheitspflicht.<sup>97</sup> Da sich eine vorbefragte Zeugin bei einer Abweichung ihrer Aussage dem Verdacht der falschen Zeugenaussage nach Art. 307 StGB aussetzt, geht für den Beschuldigten mit der nicht parteiöffentlichen Einvernahme der Verlust von elementaren Verteidigungs-, Mitwirkungs- und Kontrollrechten einher.<sup>98</sup> Diesen Einwänden trägt sowohl die BGer-Rechtsprechung als auch der Entwurf zu wenig Rechnung. Das Teilnahmerecht erst zu gewähren, wenn die Gefahr von verfestigten Aussagen besteht, ist deshalb gänzlich abzulehnen. Vielmehr sollte der Gesetzgeber die Revision nutzen, um klarzustellen, dass ein Ausschluss von Beschuldigten nur bei mitbeschuldigten Personen möglich ist.

#### 4.4.2. Einlässliche Äusserung

##### 4.4.2.1. Herkunft und Bedeutung

[35] Die bedeutendste Änderung im Vergleich zum Vorentwurf ist die Voraussetzung, wonach die beschuldigte Person von einer Einvernahme ausgeschlossen werden kann, «solange [sie] sich zum Gegenstand der Einvernahme nicht einlässlich geäußert hat». Es lässt sich aus den Ausführungen in der Botschaft nicht klar erkennen, woher der Gedanke bzw. das Regelungskonzept der «einlässlichen Äusserung» stammt. Angemerkt wird einzig, dass damit an die frühere Rechtslage in den Kantonen angeknüpft werden soll.<sup>99</sup> Im Zusammenhang mit Art. 147a E-StPO kommt der Begriff «einlässlich» in allen Vernehmlassungsantworten der Parteien, Kantone und weiteren Teilnehmenden einzig in den koordinierten Vernehmlassungen des SAV, der DJS und der Strafverteidiger vor. Dort heisst es aber, dass die beschuldigte Person «erstmal (einlässlich) zur Sache befragt» sein muss, was nicht das Gleiche wie eine «einlässliche Äusserung» ist.<sup>100</sup> Wie wichtig dieser Unterschied ist, zeigt sich, wie sogleich zu zeigen ist, in den Auswirkungen auf das Aussageverweigerungsrecht.

[36] Zuerst ist zu klären, was «einlässlich» heisst. Laut Duden sind Synonyme dafür «ausführlich, detailliert, eingehend».<sup>101</sup> In der französischen und italienischen Fassung von Art. 147a E-StPO heisst es «s'est exprimé de maniere substantielle» (deutsch: substantiell, wesentlich) bzw. «sia espresso in maniera approfondita» (umfassend, vertieft). Der Bundesrat führt dazu in der Botschaft aus: «Entscheidend [soll] sein, ob die beschuldigte Person zum Thema der Einvernahme selber bereits Aussagen gemacht hat. Nach dieser Voraussetzung genügt es nicht, dass die beschuldigte

---

<sup>96</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD (Fn. 5), Rz. 191.

<sup>97</sup> Art. 163 Abs. 2 und Art. 180 Abs. 2 i.V.m. Art. 163 Abs. 2 StPO.

<sup>98</sup> HANNO WIESER, Das Ermittlungsverfahren und die Untersuchung ergänzen sich – auch bei der Personalbeweiserhebung, *forum* 2014, 340, 344 f.; vgl. auch WOHLERS (Fn. 92), 442. Darüber hinaus zur stabilisierenden Wirkung von gemachten Aussagen aus psychologischer Sicht: DORRIT SCHLEIMINGER, Konfrontation im Strafprozess, Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK mit besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Opferschutz im Bereich von Sexualdelikten gegen Minderjährige, Basel 2001, S. 316 f.

<sup>99</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6714.

<sup>100</sup> Daneben wird die «konkrete Gefahr einer Absprache» gefordert (Vernehmlassung DJS, 6; Vernehmlassung SAV, 5; Vernehmlassung Strafverteidiger, 5).

<sup>101</sup> Siehe <https://www.duden.de/rechtschreibung/einlaesslich> (zuletzt besucht am 05. August 2020).

Person befragt worden ist. Gefordert ist, dass sie sich einlässlich, das heisst substanziell, zur Sache geäußert hat. Das ist etwa dann nicht der Fall, wenn sie von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht.»<sup>102</sup> Diese Ausführungen entsprechen der Auslegung von § 17 Abs. 2 aStPO/ZH, wonach im Kanton zugelassene Rechtsanwälte an Einvernahmen des Beschuldigten teilnehmen konnten, sobald dieser «erstmalig einlässlich ausgesagt hat oder sich seit 14 Tagen in Haft befindet»: Eine einlässliche Aussage gemäss dieser Bestimmung soll vorliegen, wenn der Beschuldigte «*die wesentlichen Fragen* zur Sache beantwortet hat; bei vollumfänglicher oder teilweiser Aussageverweigerung liegt hingegen keine einlässliche Aussage vor».<sup>103</sup> Offenbar herrschte allerdings bis zum Ende der Geltungsdauer der aStPO/ZH keine abschliessende Klarheit über die Tragweite des Begriffs «einlässlich».<sup>104</sup> Höchstrichterliche Urteile zur Auslegung dieser Bestimmung oder andere Urteile, in denen sich das Bundesgericht mit dem Vorhandensein einer einlässlichen Äusserung in einem Strafverfahren befassen musste, fehlen soweit ersichtlich. In einem Urteil zu den Voraussetzungen des abgekürzten Verfahrens hat das Bundesgericht immerhin festgehalten, dass die Aussageverweigerung (i.c. in Form des Nichterscheins vor Gericht) keine Anerkennung des Sachverhalts und Erklärung gemäss Art. 361 Abs. 2 StPO ist; die Vorinstanz hat hier von der Notwendigkeit einer «einlässlichen Äusserung» gesprochen.<sup>105</sup>

[37] Zweifelsfrei klar ist damit, dass eine gänzliche Aussageverweigerung keine einlässliche Äusserung darstellt. Soweit an die Rechtslage in den Kantonen angeknüpft werden soll, stellt auch die teilweise Aussageverweigerung zu wesentlichen Fragen keine einlässliche Äusserung dar. Dasselbe dürfte für pauschales Bestreiten, d.h. Bestreiten ohne weitergehende Aussagen gelten. Wie eine teilweise Aussageverweigerung oder punktuelles Bestreiten von einer einlässlichen Äusserung abzugrenzen sind, ist nur schwer festzulegen. Auf jeden Fall verbleibt ein erheblicher Ermessensspielraum für die Strafbehörden, was ihre Stellung im Vorverfahren weiter stärkt und zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten führen dürfte.

[38] Mit der vorgeschlagenen Regelung werden die durch die Rechtsprechung entwickelten Einschränkungenmöglichkeiten also massiv ausgeweitet. Während das Bundesgericht eine «wertungskohärente Lückenfüllung» erreichen und deshalb die Regelungen des Akteneinsichts- und Teilnahmerechtes koordinieren möchte, geht der Entwurf weit darüber hinaus. Eine Koordination mit Art. 101 StPO würde voraussetzen, dass die dort geltenden Grundsätze übernommen werden. Dazu würde insb. zählen, dass die verlangte erste Einvernahme der beschuldigten Person auch dann vorliegt, wenn sie aus Sicht der Staatsanwaltschaft nicht erfolgreich verlaufen ist, z.B. weil der Beschuldigte von seinem Schweigerecht Gebrauch machte.<sup>106</sup> Der Entwurf macht diese Überlegung obsolet, genauso wie die Diskussion darüber, ob der zweite Halbsatz von Art. 101 Abs. 1 StPO («nach Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise») auch ein Kriterium zur Einschränkung der Parteiöffentlichkeit sein soll.<sup>107</sup> Die Feststellung des BGer, dass mit seiner Rechtsprechung an

---

<sup>102</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6737 f.

<sup>103</sup> VIKTOR LIEBER/ANDREAS DONATSCH, in: Andreas Donatsch/Niklaus Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2007, § 17 N 26. Zu beachten ist, dass die einlässliche Aussage in § 17 Abs. 2 aStPO/ZH den Teilnahmeanspruch der Verteidigung regelt, nicht den des Beschuldigten selbst.

<sup>104</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid (Fn. 103), § 17 N 26.

<sup>105</sup> BGE 139 IV 233 E. 2.2, 2.5 und 2.6.

<sup>106</sup> Dass diese erste Einvernahme nach Art. 101 Abs. 1 StPO «einlässlich» ist, liegt in der Verantwortung und im Interesse der Staatsanwaltschaft, denn auch eine summarische oder sonst wie zu kurze bzw. unergiebigste Befragung gilt als erste Einvernahme (BSK StPO-SCHMUTZ (Fn. 26), Art. 101 N 14).

<sup>107</sup> SCHÄR (Fn. 46), 149.

die grundsätzliche Rechtslage in den Kantonen angeknüpft wird, bezieht sich im Übrigen auf die in Art. 101 und Art. 108 StPO enthaltenen Möglichkeiten der Einschränkung des Akteneinsichtsrechtes bzw. generell des rechtlichen Gehörs.<sup>108</sup> In den Kantonen waren für die Einschränkung objektive, konkrete Anhaltspunkte für eine unzulässige Einwirkung auf das Untersuchungsverfahren nötig.<sup>109</sup> Eine Aussage oder gar eine einlässliche Aussage waren allerdings nicht gefordert. Der Entwurf geht damit auch weit über die frühere kantonale Rechtslage hinaus.

[39] Zudem enthält auch Art. 147a E-StPO ein prognostizierendes Element: Was «Gegenstand einer Einvernahme» ist, lässt sich im Vorhinein nicht genau festlegen.<sup>110</sup> Ob sich also eine beschuldigte Person zum fraglichen Thema bereits geäußert hat, lässt sich im Voraus nicht genau sagen, da je nach Aussageverhalten der einvernommenen Person auch andere Themen in der Einvernahme behandelt werden. Als Verfahrensleiterin obliegt es der Staatsanwaltschaft, eine Einvernahme zu unterbrechen und diese parteiöffentlich weiterzuführen (oder ganz abzubringen), wenn Gegenstände zur Sprache kommen, zu denen sich die beschuldigte Person bereits äusserte. Klar ist nach der Rechtsprechung, dass es beim Gegenstand einer Einvernahme nur um Vorhalte geht, die den Beschuldigten persönlich betreffen,<sup>111</sup> was allerdings zur Wahrung der Mitwirkungsrechte weit auszulegen ist.

#### 4.4.2.2. Mitwirkungspflicht und nemo-tenetur

[40] Mit Abstand am bedeutendsten ist der Konflikt der vorgeschlagenen Regelung, der sich mit dem Aussageverweigerungsrecht ergibt. Wenn das Teilnahmerecht nur ausgeübt werden kann, sofern eine einlässliche Äusserung vorliegt, wird damit für den Beschuldigten faktisch eine Mitwirkungspflicht eingeführt.<sup>112</sup> Wer die Aussage verweigert hat, hat grundsätzlich keinen Teilnahmeanspruch. Das steht in diametralem Gegensatz zu Art. 113 Abs. 1 StPO, wonach die beschuldigte Person «namentlich das Recht hat, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern» (nemo-tenetur-Prinzip, vgl. auch Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO). Zu beachten ist immerhin, dass nach Art. 147a Abs. 3 E-StPO eine (einzige) Gegenüberstellung mit der einvernommenen Person mit Anwesenheits- und Fragerecht stattfinden muss – auch wenn die beschuldigte Person sich nicht einlässlich geäußert hat.

[41] Fraglich ist, ob damit gegen übergeordnetes Recht verstossen wird, denn das Selbstbegünstigungsprivileg ist völkerrechtlich u.a. in der EMRK und im UNO-Pakt II verankert.<sup>113</sup> Nach der Rechtsprechung des EGMR sind drei Kriterien entscheidend, ob eine Mitwirkungspflicht gegen Art. 6 EMRK verstösst oder nicht: Die Art und Intensität des ausgeübten Zwanges zur Erlangung des Beweises, das Bestehen von verfahrensrechtlichen Sicherungen und die Art der Verwendung der erlangten Beweise.<sup>114</sup> Für das Kriterium des Zwangs wird auf die drohende Sanktion (Geld-/Freiheitsstrafe oder Gewalteinwirkung) abgestellt.<sup>115</sup> Im Falle eines Beschuldigten, dem eine

---

<sup>108</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.5.4.1.

<sup>109</sup> ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 76 N 18.

<sup>110</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6738, vgl. auch die gleichlautende Formulierung in Art. 143 Abs. 4 StPO.

<sup>111</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.5.4.1.

<sup>112</sup> NIKLAUS RUCKSTUHL, plädoyer 1/2020, 32, 33.

<sup>113</sup> DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS (Fn. 15), S. 26.

<sup>114</sup> EGMR vom 29. Juni 2007, O'Halloran and Francis v. United Kingdom, §§ 55.

<sup>115</sup> OTT (Fn. 7), S. 153 m.w.H.

Freiheitsstrafe droht und der sich einlässlich äussern muss, um an einer Einvernahme teilzunehmen, könnte also durchaus argumentiert werden, dass ein Zwang vorliegt. Bei der Prüfung, ob verfahrensrechtliche Sicherungen vorliegen, stellt der EGMR bspw. auf den frühen Zugang zu einer Verteidigung ab.<sup>116</sup> Die StPO sieht in Art. 159 eine «Verteidigung der ersten Stunde» vor, was eine starke Rechtsschutzgarantie darstellt. Gegen eine ungenügende verfahrensrechtliche Sicherung spricht auch, dass Art. 147a Abs. 3 E-StPO eine einmalige Konfrontation in Anwesenheit des Beschuldigten und ihrer Verteidigung zwingend vorschreibt, ansonsten die Aussagen der einvernommenen Person unverwertbar sind. Damit schreibt der Entwurf eine Rechtsschutzgarantie fest, welche die EMRK selbst in Art. 6 Abs. 3 lit. d enthält. Es wäre in sich widersprüchlich, wenn das Konfrontationsrecht keinen genügenden Rechtsschutz für ein faires Verfahren nach EMRK garantieren würde. Für diese Ansicht spricht überdies, dass die EGMR-Rechtsprechung in der gesetzlich vorgesehenen Lenkeraskunft (die Pflicht eines registrierten Inhabers eines Autos, im Falle einer Straftat Auskunft u.a. zum Lenker zu geben) keinen automatischen Verstoss gegen das Aussageverweigerungsrecht sieht.<sup>117</sup> Das nemo-tenetur-Prinzip ist also gemäss der EGMR-Rechtsprechung nicht absolut zu verstehen und ein Verstoss gegen die EMRK dürfte mit der vorgeschlagenen Regelung also nicht vorliegen.

[42] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum nemo-tenetur-Prinzip geht jedenfalls nicht wesentlich über die des EGMR hinaus.<sup>118</sup> Zwar sagt das Bundesgericht, dass der Beschuldigte grundsätzlich nicht mit Sanktionen belegt werden darf, wenn er die Aussage verweigert.<sup>119</sup> Es geht aber mit einem Teil der Lehre davon aus, dass gesetzliche Ausnahmen von der Geltung des Selbstbelastungsverbotes möglich sind.<sup>120</sup> Zu fragen wäre demnach, ob Art. 147a Abs. 1 E-StPO eine solche Ausnahme festlegt. Die Ausführungen in der Botschaft, wonach die Aussageverweigerung keine einlässliche Äusserung darstellt, weisen darauf hin. Zu berücksichtigen bleibt auch hier, dass trotz der Sanktion des Ausschlusses von Einvernahmen eine Konfrontation stattfinden muss. Ob mit dieser Regelung eine Verletzung von Art. 113 StPO in dem Sinne vorliegt, dass daraus eine Unverwertbarkeit resultiert – was zur Konsequenz hätte, dass alle Einvernahmen, die sich auf einen Ausschluss nach Art. 147a E-StPO stützen, unverwertbar sind –,<sup>121</sup> muss aber bezweifelt werden.<sup>122</sup>

[43] Zu beachten bleibt, dass das Selbstbelastungsverbot gebietet, die Beschränkungsmöglichkeit des Beschuldigten eng auszulegen. Erstens hat das nemo-tenetur-Prinzip gerade den Zweck, die Glaubwürdigkeit von Aussagen des Beschuldigten zu stärken, denn diese ergehen freiwillig und ohne Druck,<sup>123</sup> was bei einer Mitwirkungspflicht anders ist und deshalb auch die Wahrheitsfindung behindern kann. Angewendet auf die vorgeschlagene Regelung der einlässlichen Äusserung heisst das, dass ein latenter Geständnisdruck besteht, um das Teilnahmerecht zu erhalten. Damit ist v.a. die Gefahr von falschen Geständnissen verbunden. Festzuhalten ist darüber hinaus aber,

---

<sup>116</sup> OTT (Fn. 7), S. 153 m.w.H.

<sup>117</sup> OTT (Fn. 7), S. 153, vgl. auch BGE 144 I 242 E. 1; 145 IV 50 E. 3.6.

<sup>118</sup> Vgl. OTT (Fn. 7), S. 177 ff.

<sup>119</sup> BGE 106 Ia 7 E. 4.

<sup>120</sup> BGE 124 IV 175 E. 4; OTT (Fn. 7), S. 180.

<sup>121</sup> Zur Verwertbarkeit bei einer Verletzung von Art. 113 StPO siehe OTT (Fn. 7), S. 197 ff.

<sup>122</sup> Mit der Rechtsprechung zum Selbstbelastungsverbot im Zusammenhang mit Zwangsmassnahmen lässt sich die hier vorliegende Konstellation insofern schlecht vergleichen, da Zwangsmassnahmen nicht unter Wahrung der (Teilnahme-)Rechte des Beschuldigten wiederholt werden können.

<sup>123</sup> SCHLAURI (Fn. 7), S. 101 m.w.H.

dass es nicht das Ziel eines Strafverfahrens ist, ein Geständnis zu erreichen.<sup>124</sup> Zweitens dient das Selbstbelastungsverbot nicht nur dem Individualschutz, sondern liegt genauso im öffentlichen Interesse an einem fairen Verfahren.<sup>125</sup>

#### 4.4.2.3. Gleichgewicht der Parteien im Vorverfahren

[44] Das grösste Problem ergibt sich nach dem Dargelegten daraus, dass ein schweigender Beschuldigter sein über das EMRK-Minimum hinausgehendes Teilnahmerecht verwirkt, da er gemäss Art. 147a E-StPO von Einvernahmen ausgeschlossen werden kann, solange er sich nicht einlässlich geäußert hat. Dies steht im Widerspruch zu den Äusserungen in der Botschaft, wonach eine solche Reduktion ausdrücklich abgelehnt wird: Für einen derartigen «Paradigmenwechsel» bestehe weder Anlass noch ein Auftrag des Parlaments. Mit der im Entwurf vorgeschlagenen Regelung wird vielmehr der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers beim Erlass der vereinheitlichten StPO, wonach die ausgebauten Stellung der Staatsanwaltschaft mit einer Stärkung der Partei- und Teilnahmerechte im Vorverfahren kompensiert wird, ausgehebelt. Es steht dem Gesetzgeber zwar frei, eine solche grundlegende Änderung in der Konzeption der StPO vorzunehmen, allerdings bedarf es dafür eines breiten Diskurses unter Einbezug aller betroffenen Akteure, in dem über diese Frage verhandelt wird.<sup>126</sup> Eine parlamentarische Diskussion im Rahmen einer StPO-Revision, die lediglich punktuelle Anpassungen vornehmen will, kann nicht ausreichen. Denn mit einer Reduktion der Teilnahmerechte auf das EMRK-Minimum gerät das Gleichgewicht zwischen den Parteien im Vorverfahren aus dem Lot und verstärkt alle Bedenken, wonach die Waffengleichheit bereits unter dem geltenden Recht nicht genügend etabliert sei.<sup>127</sup>

#### 4.4.3. Ausschluss der Verteidigung

[45] Der Ausschluss des Beschuldigten von allen Einvernahmen gestützt auf Art. 147a Abs. 1 E-StPO gilt auch für die Verteidigung. Art. 147a Abs. 2 E-StPO hat damit Vorrang vor Art. 108 Abs. 2 StPO. Nach letztgenannter Bestimmung wäre ein Ausschluss nicht möglich, weil der Rechtsbeistand selbst keinen Anlass zur Beschränkung des Teilnahmerechtes gibt; er wird im Verfahren ja gar nicht befragt. Da der Ausschluss der beschuldigten Person sehr weitgehend ist, ist der folglich ebenso weitgehende Ausschluss der Verteidigung im Hinblick auf Art. 108 StPO als unverhältnismässig einzustufen, weil damit eine effektive Verteidigungstätigkeit unterbunden wird. Wie das mit den Anforderungen an eine notwendige Verteidigung in Einklang zu bringen ist, ist nicht erkennbar. Möglich wäre es zwar, die Verteidigung zuzulassen und ihr eine (kurze) Geheimhaltungspflicht gegenüber dem Beschuldigten aufzuerlegen, z.B. bis zur nächsten Einvernahme (unabhängig davon, was deren Ergebnis ist).<sup>128</sup> Damit liefere die Regelung in Art. 147a E-StPO aber leer, da der Beschuldigte, ohne sich zu äussern, via seinem Rechtsbeistand

---

<sup>124</sup> MELUNOVIC/JOSET (Fn. 31), 335; Vernehmlassung Universität Bern, 13.

<sup>125</sup> BSK StPO-ENGLER (Fn. 26), Art. 101 N 3a; ANDREAS EICKER/ROLAND HUBER, Grundriss des Strafprozessrechts, Mit besonderer Berücksichtigung des Kantons Luzern, S. 19 f.; CHRISTOPHE PIGUET/ALEXANDRE DYENS, Le Code de procédure pénale suisse a-t-il réellement renforcé les droits de la défense?, *Anwaltsrevue* 2015, 313, 324.

<sup>126</sup> Vgl. NIKLAUS RUCKSTUHL, *plädoyer* 3/2018, 30, 30 f.

<sup>127</sup> GARLAND (Fn. 7), S. 285; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD (Fn. 5), Rz. 392; PIGUET/DYENS (Fn. 125), 315.

<sup>128</sup> Beachte aber BGer 1B\_474/2019 vom 06. Mai 2020 E. 3.2.3, wonach es unzulässig ist, der Verteidigung Akteneinsicht zu gewähren, ihr aber unter Strafdrohung eine Geheimhaltungspflicht gegenüber dem Beschuldigten aufzuerlegen.

Kenntnis vom Inhalt der anderen Einvernahmen erlangen könnte. Und während man es noch für vertretbar halten kann, eine befristete Geheimhaltungspflicht aufzuerlegen, würde eine andauernde Geheimhaltungspflicht, bis sich die beschuldigte Person einlässlich geäußert hat, die Verteidigung in einen unauflösbaren Interessenwiderspruch bringen. Der unverhältnismässige Ausschluss der Verteidigung sowie die genauso unbefriedigenden Lösungsmöglichkeiten belegen damit, dass für eine verhältnismässige und kohärente Regelung der Ausschluss des Beschuldigten nach Art. 147a Abs. 1 E-StPO korrigiert werden muss. Erst dann lassen sich auch die daraus abgeleiteten Problemstellungen lösen.

#### **4.4.4. Vorbehalt des Konfrontationsrechts**

##### **4.4.4.1. Verhältnis zum Wiederholungsanspruch**

[46] Art. 147a Abs. 3 E-StPO, der für die Verwertbarkeit eine einmalige Konfrontation vorbehält, wirft zwei Fragen auf. Erstens ist das Verhältnis zu Art. 147 Abs. 3 und Abs. 4 StPO zu klären, wo der Wiederholungsanspruch und die Unverwertbarkeit bei Verletzung der Parteiöffentlichkeit geregelt sind. Die damit verbundene Frage ist, was für Folgen eine allfällige Verletzung von Art. 147a Abs. 1 E-StPO nach sich zieht (Beschuldigter hat sich bereits einlässlich geäußert, wird aber weiterhin ausgeschlossen). Art. 147a E-StPO sieht keinen expliziten Wiederholungsanspruch vor. Würde allerdings *kein* solcher bestehen, wären alle Einvernahmen, an denen ein Teilnahmerecht nach Art. 147a Abs. 1 E-StPO bestanden hätte – weil sich der Beschuldigte bereits einlässlich geäußert hat –, verwertbar, solange im Anschluss daran eine Konfrontation im Vorverfahren stattfindet. Das kann nicht gemeint sein und wird so auch nicht vertreten. Schlüssiger ist, wenn Art. 147a Abs. 1 E-StPO als «zwingender Grund» i.S.v. Art. 147 Abs. 3 StPO gilt, der bereits jetzt rechtliche Ausschlussgründe mitumfasst. Wird ein Beschuldigter also trotz einlässlicher Äusserung von einer Einvernahme ausgeschlossen, besteht ein Wiederholungsanspruch.

##### **4.4.4.2. Einmalige Konfrontation im Vorverfahren und Waffengleichheit**

[47] Zweitens ist zu prüfen, ob eine einmalige Konfrontation mit Belastungszeuginnen im Untersuchungsverfahren den EMRK-Garantien genügt. Der Konfrontationsanspruch nach EMRK ist nur einmal im Verfahren zu gewährleisten, wobei es grundsätzlich keine Rolle spielt, in welchem Verfahrensstadium dies passiert.<sup>129</sup> Nach dem EGMR ist die Konfrontation vor dem urteilenden Gericht jedoch der Idealfall; eine ausschliessliche Konfrontation im Vorverfahren bedingt wegen des Prinzips der Waffengleichheit die Leitung durch eine den Anschein der Unparteilichkeit wahrende Behörde.<sup>130</sup> Aufgrund ihrer verfahrensleitenden Stellung und Rolle als Strafverfolgungsorgan ist zweifelhaft, ob die Staatsanwaltschaft eine genügend unparteiliche Behörde im Sinne der EGMR-Rechtsprechung darstellt.<sup>131</sup> Die Gefahren, die sich aus ihrer Rolle ergeben, liegen in einer

---

<sup>129</sup> WOLFGANG WOHLERS, Das partizipatorische Ermittlungsverfahren: kriminalpolitische Forderung oder »unverfügbarer« Bestandteil eines fairen Strafverfahrens?, GA 2005, 11, 32.

<sup>130</sup> GARLAND (Fn. 7), S. 115 und 217 f. (für eine Zusammenfassung dieser Studie siehe LORENZ GARLAND, Die Waffengleichheit muss gewahrt bleiben, NZZ vom 24. Februar 2020); SIMONE BECKERS, Das Konfrontationsrecht nach Art. 6(3)(d) EMRK in der konventionsrechtlichen und schweizerischen Praxis, S. 21; STEFAN TRECHSEL, Unmittelbarkeit und Konfrontation als Ausfluss von Art. 6 EMRK, AJP 2000, 1366, 1369 verlangt dafür eine Begründung bzw. Rechtfertigung.

<sup>131</sup> GARLAND (Fn. 7), S. 223; BECKERS (Fn. 130), S. 21 f.

einseitigen Durchführung der Konfrontationseinvernahme – in der lediglich die Schuldhypothese bestätigt wird –, in einer suggestiven Fragestellung, mit der eine Erwartungshaltung gegenüber der einvernommen Person kommuniziert wird, sowie dem Abblocken von berechtigten Fragen der Verteidigung.<sup>132</sup> Nach geltender Rechtslage besteht immerhin ein grundsätzliches Teilnahmerecht an allen Beweiserhebungen im Untersuchungsverfahren und damit die Möglichkeit, die Entstehung von Beweisen zu verfolgen und darauf einzuwirken. Die Regelung des Entwurfs führt hingegen dazu, dass Beschuldigte, die sich nicht einlässlich äussern, lediglich Anspruch auf eine einmalige Konfrontation im Untersuchungsverfahren haben. Es erscheint aber fraglich, ob damit eine ausreichende Gelegenheit geschaffen wird, mit der die Be- und Entlastungsperspektive gleichwertig eingebracht werden können, wie es das Prinzip der Waffengleichheit verlangt.<sup>133</sup> Als einfachste – und mit dem Entwurf vereinbare – Lösung bietet sich daher im Lichte der Waffengleichheit und der EMRK eine Pflicht zur Wiederholung der Konfrontation an der Hauptverhandlung vor dem urteilenden Gericht an.<sup>134</sup> Damit würde die geltende BGer-Rechtsprechung, nach der sich eine unmittelbare Befragung durch das Gericht (nur) bei «Aussage gegen Aussage»-Konstellationen aufdrängt,<sup>135</sup> auf alle Fälle mit lediglich einmaliger Konfrontation im Vorverfahren ausgeweitet.

#### 4.4.5. Koordination des Akteneinsichts- und Teilnahmerechts

##### 4.4.5.1. Zweck und Wortlaut

[48] Wie in der Vernehmlassung verschiedentlich gefordert, koordiniert der vorgeschlagene Art. 101 Abs. 1<sup>bis</sup> E-StPO die Bestimmungen des Akteneinsichts- mit dem Teilnahmerecht. So soll sichergestellt werden, dass eine beschuldigte Person einmal mit den Aussagen einer (geheim) einvernommenen Person konfrontiert werden kann, ohne dass sie den Inhalt der Aussage kennt – sei es durch die Teilnahme an der Einvernahme oder sei es aus den dazu erstellten Akten.<sup>136</sup> Die Regelung ist wohl auch an die BGer-Rechtsprechung zur Kohärenz von Art. 101 und Art. 147 StPO angelehnt, verkehrt diese (umstrittene Rechtsprechung) allerdings in ihr Gegenteil: Anstatt das Teilnahmerecht an die bestehenden Einschränkungsmöglichkeiten zum Akteneinsichtsrecht anzupassen, schafft der Entwurf weitergehende Einschränkungsmöglichkeiten für das Teilnahmerecht und übernimmt diese (strengerer) Voraussetzungen für das Akteneinsichtsrecht.

[49] Die verwendete Formulierung ist für eine Koordination jedoch missverständlich: Art. 101 Abs. 1<sup>bis</sup> E-StPO legt fest, dass der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung «die Einsicht in das Protokoll dieser Einvernahme [die Einvernahme, von der sie ausgeschlossen wurden] verweigert werden kann, bis [die beschuldigte Person] aufgefordert wurde, sich zu den Aussagen der einvernommenen Person zu äussern». Die Aufforderung sich zu äussern (was wohl die Definition von «Befragen» ist) ist aber nicht das gleiche wie die einlässliche Äusserung, die in Art. 147a

---

<sup>132</sup> GARLAND (Fn. 7), S. 218 mit Verweis auf DANIELA DEMKO, Das Fragerecht des Angeklagten nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der schweizerischen sowie der deutschen Rechtsprechung, ZStrR 2004, 416, 429. Zu betonen ist, dass sich diese Gefahren nicht aufgrund von individuellem (Falsch-)Verhalten, sondern aufgrund der *funktionellen Rolle* der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren ergeben.

<sup>133</sup> BECKERS (Fn. 130), S. 22; ARIANE KAUFMANN, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2013, S. 71.

<sup>134</sup> Für weitere Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda siehe GARLAND (Fn. 7), S. 224 ff.

<sup>135</sup> GARLAND (Fn. 7), S. 215.

<sup>136</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6728.

E-StPO verlangt wird. In der Botschaft heisst es zu Art. 147a Abs. 1 E-StPO ausdrücklich, dass es für die Teilnahmemöglichkeit an einer Einvernahme nicht reicht, wenn die beschuldigte Person (lediglich) *befragt* worden ist.<sup>137</sup>

#### 4.4.5.2. Mögliche Auslegungen und ihre Konsequenzen

[50] Diese widersprüchliche Regelung lässt sich auf zwei Arten interpretieren: Entweder ist Art. 101 Abs. 1<sup>bis</sup> E-StPO so zu verstehen, dass auch die Aussageverweigerung als «Aufforderung, sich zu äussern» ausreicht. Für eine solche Auslegung spricht neben dem Wortlaut auch, dass bisher nach Art. 101 Abs. 1 StPO unbestritten die Aussageverweigerung als erste Einvernahme zählt (systematische Auslegung). So verstanden würde die neue Regelung an der geltenden Rechtslage (zu der auch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 StPO gehört) allerdings nichts ändern. Der Beschuldigte hätte also auch bei Schweigen oder partieller Aussageverweigerung die Möglichkeit, Kenntnis von den Aussagen an einer Einvernahme, von der er wegen fehlender einlässlicher Äusserung ausgeschlossen wurde, zu erlangen. Die *ratio legis* von Art. 147a Abs. 1 E-StPO liefe damit leer, wie die Botschaft selbst sagt.<sup>138</sup> Oder die Bestimmung ist so auszulegen, dass für die beschuldigte Person und ihre Verteidigung solange kein Akteneinsichtsrecht in die Protokolle der geheimen Einvernahmen besteht, bis sich die beschuldigte Person einlässlich geäussert hat. Damit wäre aber eine effektive bzw. wirksame Verteidigung, wie sie von der EMRK gefordert wird, kaum mehr möglich: Das Akteneinsichtsrecht ist die Vorbedingung jeder wirksamen Verteidigung, da darauf basierend erst eine Verteidigungsstrategie konzipiert und verfolgt werden kann.<sup>139</sup> Ohne Akteneinsicht in wesentliche Einvernahmen können weder Abklärungen zur Entlastung des Beschuldigten (z.B. durch Beweisanträge oder eigene Ermittlungen) sinnvoll durchgeführt werden, noch ist eine tatsächliche Teilhabe an anderen Beweiserhebungen möglich.<sup>140</sup> Zu beachten wäre, dass selbst bei dieser Auslegung spätestens vor der zwingenden einmaligen Konfrontation nach Art. 147a Abs. 3 E-StPO die Akteneinsicht zu gewähren wäre, da ansonsten der Konfrontationsanspruch nicht wirksam ausgeübt werden kann.<sup>141</sup> Dasselbe gilt (zu Beginn des Verfahrens) für die Akteneinsicht in einem allfälligen Haftverfahren nach Art. 225 Abs. 2 StPO: Dieser Anspruch auf Akteneinsicht ist in diesen Fällen von der StPO auf Verlangen zwingend vorgeschrieben und würde bei einer Missachtung – selbst wenn man argumentieren würde, Art. 101 Abs. 1<sup>bis</sup> E-StPO sei eine *lex specialis* zu Art. 225 StPO, was wenig überzeugend ist – das Recht auf eine effektive Verteidigung gemäss der EMRK verletzen. Eine solche Auslegung führt dazu, dass faktisch das geheime polizeiliche Ermittlungsverfahren auf das Untersuchungsverfahren ausgedehnt und grundlegendste Mitwirkungsrechte wie das Akteneinsichtsrecht, die im Untersuchungsverfahren bestehen, stark beschränkt würden.

[51] Zu konstatieren ist also, dass beide möglichen Auslegungen zu keinem sinnvollen Ergebnis, bzw. im zweiten Fall sogar zu einem Konflikt mit der EMRK führen. Daran ändert sich auch nichts Grundlegendes, wenn die Bestimmung inhaltlich anders ausgestaltet wird. Es zeigt sich

---

<sup>137</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6737.

<sup>138</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6728.

<sup>139</sup> GARLAND (Fn. 7), S. 200 f.; vgl. auch DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS (Fn. 15), S. 27 und 29 f.

<sup>140</sup> GARLAND (Fn. 7), S. 201; TRECHSEL (Fn. 130), 994 f.; EICKER/HUBER (Fn. 125), S. 110 f.

<sup>141</sup> TRECHSEL (Fn. 130), 996; WOHLERS (Fn. 129), 33.

wiederum, dass die Probleme ihren Kern in der Regelung in Art. 147a Abs. 1 E-StPO haben und auch dort gelöst werden müssen.

#### **4.4.6. Keine Kompensation der Einschränkung des Teilnahmerechts**

[52] Zuerst ist festzustellen, dass zur Einschränkung des Teilnahmerechts jegliche Kompensationen fehlen. Der Entwurf nimmt beide Regelungen im Vorentwurf, die als Kompensation verstanden werden konnten – der Wiederholungsanspruch bei ungerechtfertigter Verfahrenstrennung sowie die Videoaufzeichnungspflicht von geheimen Einvernahmen – nicht auf. Zusätzlich wird für die beschuldigte Person, die sich nicht einlässlich äussert, weil sie bspw. von ihrem prozessualen Recht auf Aussageverweigerung Gebrauch macht, der Teilnahmeanspruch auf das EMRK-Minimum reduziert. Wenn das aber zutrifft, bräuchte es nach den Ausführungen in der Botschaft ausgleichende Massnahmen in der grundsätzlichen Ausgestaltung der StPO.<sup>142</sup> Eine Kompensation müsste die starke Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren ausgleichen, wofür sich in erster Linie ein Ausbau der Unmittelbarkeit an der Hauptverhandlung eignet. Weitere Möglichkeiten wären, ein durchsetzbares Beweisantragsrecht einzuführen, die unrechtmässige Verfahrenstrennung zur Umgehung der Teilnahmerechte stärker zu sanktionieren oder die Voraussetzungen des Strafbefehlserlasses einzuschränken.<sup>143</sup> Unabhängig davon, wie geeignet die aufgezählten Kompensationsmöglichkeiten sind, stellt sich diese Frage gar nicht, weil in der Revision keine enthalten sind.<sup>144</sup>

#### **4.4.7. Weitergeltung des Status quo**

##### **4.4.7.1. Rechtsmittel**

[53] Schliesslich ist zu bemängeln, dass wenn mit dem Entwurf schon eine sehr weitgehende Ausschlussmöglichkeit geschaffen wird, wenigstens die Beschwerde gegen den Ausschluss der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung vor der umstrittenen Beweiserhebung möglich sein sollte. Diese Forderung wurde auch in der Vernehmlassung erhoben, der Entwurf hat sie aber nicht aufgenommen.<sup>145</sup> Damit bleibt es bei der Möglichkeit der nachträglichen Beschwerde und dem Vorbringen vor Gericht, um eine Verletzung geltend zu machen.

##### **4.4.7.2. Getrennte Verfahren**

[54] Auch die im erläuternden Bericht noch angesprochene Problematik der ungerechtfertigten Verfahrenstrennung zur Umgehung der Teilnahmerecht wird im Entwurf nicht aufgenommen. Ebenso verworfen wurde der Vorschlag der Universität Bern, die Unverwertbarkeit statt eines Wiederholungsanspruchs bei unrechtmässiger Verfahrenstrennung gesetzlich zu verankern.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> Botschaft Revision (Fn. 22), 6739. Diese Ansicht vertritt auch WEDER (Fn. 9), 290.

<sup>143</sup> Aufzählung der Vorschläge nach: Botschaft Revision (Fn. 22), 6739; WEDER (Fn. 9), 290.

<sup>144</sup> Die vorgesehene zwingende Einvernahme gemäss Art. 352a E-StPO ändert an den Voraussetzungen des Strafbefehls nach Art. 352 Abs. 1 StPO nichts.

<sup>145</sup> Vernehmlassung DJS, 6; Vernehmlassung SAV, 4; Vernehmlassung Strafverteidiger, 5; Vernehmlassung Sozialdemokratische Partei, 3.

<sup>146</sup> Vernehmlassung Universität Bern, 12.

Demnach gilt weiter die geltende Rechtsprechung mit allen damit verbundenen Problemen.<sup>147</sup> Zu fordern ist jedoch mindestens, dass wenn jetzt eine gesetzlich vorgesehene Ausnahme vom Grundsatz der Parteiöffentlichkeit geschaffen wird, die sachlichen Gründe für eine Verfahrenstrennung strenger ausgelegt werden.

#### 4.4.8. Würdigung

[55] Der Entwurf ist in Bezug auf die Regelung der Teilnahmerechte in jeder Hinsicht missglückt. Anstatt den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien eine gesetzliche Grundlage zu geben, werden die Teilnahmerechte weit über die geltende Rechtslage eingeschränkt. Beschuldigte Personen, die von ihrem grundlegenden prozessualen und von der EMRK garantierten Recht auf Aussageverweigerung Gebrauch machen, haben lediglich noch Anspruch auf eine einmalige Konfrontation mit Belastungszeuginnen. Das Kriterium einer «einlässlichen Äusserung», um das Teilnahmerecht in den weiteren Einvernahmen zu erlangen, erweist sich als gänzlich ungeeignet, das zahlreiche weitere Probleme in der Ausgestaltung der Teilnahmerechte nach sich zieht. Dazu zählt insb. die misslungene Regelung zum Akteneinsichtsrecht, die je nach Auslegung entweder ins Leere läuft oder eine in Konflikt mit der EMRK stehende Beschränkung zur Folge hat. Die vorgeschlagenen Regelungen stehen insgesamt in einem grossen Spannungsverhältnis zum Selbstbelastungsverbot, wonach eine beschuldigte Person nicht an ihrer eigenen Überführung mitwirken muss. Art. 147a E-StPO führt eine Mitwirkungspflicht ein, die zwar nach hier vertretener Ansicht nicht gegen das nemo-tenetur-Prinzip in der EMRK verstösst, weil eine einmalige Konfrontation vorbehalten bleibt, jedoch die Konzeption des Vorverfahrens grundlegend ändert. Faktisch werden die Regelungen des geheimen polizeilichen Ermittlungsverfahrens auf das Untersuchungsverfahren ausgedehnt, was die Machtkonzentration bei der Staatsanwaltschaft verstärkt.<sup>148</sup> Die weitreichende Einschränkung der Mitwirkungsrechte im Untersuchungsverfahren steht im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers beim Erlass der vereinheitlichten StPO, zum Auftrag des Parlaments an den Bundesrat für die Erarbeitung der StPO-Revision sowie zu den Ausführungen in der Botschaft. Mit dem Entwurf wird das Gleichgewicht der Parteien im Vorverfahren aus dem Lot gebracht, was im Hinblick auf die bloss fakultative Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung die institutionelle Übermacht der Strafbehörden verstärkt, anstatt sie nach dem Prinzip der Waffengleichheit zu kompensieren. Dass die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren nicht Partei, sondern Verfahrensleiterin ist, ändert daran nichts, denn die Waffengleichheit bezieht sich auf das Verhältnis von Anklage und Verteidigung und die Staatsanwaltschaft ist die anklagende Behörde. Eine Kompensation der vorgeschlagenen Änderungen wäre denn auch nur durch einen Ausbau der Unmittelbarkeit an der Hauptverhandlung möglich, wie dies in anderen Ländern mit eingeschränkten Teilnahmerechten im Vorverfahren oder in der Schweiz im Militärstrafprozess der Fall ist.

[56] Zu betonen ist schliesslich erneut, dass die Prozessmaximen des fairen Verfahrens und der Waffengleichheit nicht einfach im Interesse der beschuldigten Person, sondern in einem öffentlichen Interesse liegen, dem der Staat in der Ausgestaltung und Anwendung seines Strafprozesses nachzukommen hat. Die Regelung im Entwurf ist deshalb abzulehnen. Soweit es dem Gesetzgeber um eine schlanke und praxisorientierte Anpassung der StPO geht, wäre de lege ferenda die

---

<sup>147</sup> Ausführlich dazu: GODENZI (Fn. 4), 142 f.

<sup>148</sup> Vgl. RUCKSTUHL (Fn. 126), 34.

einfachste Möglichkeit, die ursprüngliche BGer-Rechtsprechung in das Gesetz zu übernehmen, so wie es von der Universität Bern in ihrer Vernehmlassung vorgeschlagen wird. Damit könnte ein Beschuldigter von der Einvernahme eines *Mitbeschuldigten* ausgeschlossen werden, wenn eine konkrete Kollusionsgefahr in Bezug auf einen Sachverhalt besteht, zu dem der beschuldigten Person noch kein Vorhalt gemacht werden konnte. So wird auch den Bedürfnissen der Strafverfolgungsbehörden Rechnung getragen, ohne an der grundsätzlichen Ausgestaltung der StPO etwas zu ändern.

## 5. Fazit

[57] Die Statuierung der weitreichenden Teilnahmerechte in Art. 147 StPO war ein bewusster Entscheid des Gesetzgebers, um die mit dem Staatsanwaltschaftsmodell massiv gestärkte Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren sowie die nur fakultative Unmittelbarkeit an der Hauptverhandlung auszugleichen. Damit werden die Prozessmaximen der Waffengleichheit und des fairen Prozesses konkretisiert, in denen nicht nur die Autonomie des Beschuldigten zum Ausdruck kommt, sie dienen genauso als Legitimationsprinzipien für das gesamte Strafverfahren und liegen damit im öffentlichen Interesse.

[58] Konkret ermöglichen das Anwesenheits- und Fragerecht in Einvernahmen den teilnahmeberechtigten Parteien die gestellten Fragen und Antworten sowie die Gestik und Mimik der befragenden und der einvernommenen Person unmittelbar wahrzunehmen. Zusätzlich kann die Qualität der Protokollierung kontrolliert und mit eigenen Fragen der Befragungshorizont – und die Urteilsbasis für das Gericht – erweitert und die Glaubwürdigkeit der einvernommenen Person hinterfragt werden. Die kontradiktorische Beweiserhebung stellt somit ein zentrales Mitwirkungsrecht der beschuldigten Person dar, das insb. zusammen mit dem Akteneinsichtsrecht die Grundlage für eine effektive und wirksame Verteidigung bildet. Die Teilnahmerechte fördern damit auch die Wahrheitsfindung, denn Wahrheit entsteht erst im Diskurs: Jedes einseitige Erzählen von Wahrheit gibt diese nur verkürzt und aus einer bestimmten Perspektive, die sich im Strafverfahren aus der *funktionellen Rolle* der Strafbehörden und des Beschuldigten ergibt, wieder.

[59] Vor diesem Hintergrund sowie der Prämisse des Bundesrates, die Teilnahmerechte nicht auf das EMRK-Minimum zu reduzieren, sind der Vorentwurf sowie der Entwurf ablehnend zu beurteilen: Die im Vorentwurf vorgeschlagene Beschränkungsmöglichkeit von parteiöffentlichen Einvernahmen, wenn «zu befürchten ist, dass der Beschuldigte seine Aussage anpassen wird» hätte das Teilnahmerecht ausgehöhlt, weil diese Befürchtung immer besteht. Immerhin enthielt der VE aber leichte «Kompensationen», wie eine ausgebaute Unverwertbarkeit bei unrechtmässig getrennt geführten Verfahren sowie eine Pflicht zur Videoaufzeichnung von geheimen Einvernahmen.

[60] Auch der Regelung im Entwurf stehen erhebliche Einwände entgegen: Da beschuldigte Personen auch von Einvernahmen von Zeuginnen und Auskunftspersonen, die unter Aussage- und Wahrheitspflicht aussagen, ausgeschlossen werden können, droht der Verlust von elementaren Verteidigungsrechten. Die Voraussetzung der einlässlichen, tatsächlichen Äusserung, wozu die Aussageverweigerung explizit nicht zählt, führt zu einer massiven Ausweitung der Beschränkungsmöglichkeiten im Vergleich zur geltenden und zur früheren kantonalen Rechtslage. Zudem steht die Regelung in einem grossen Spannungsverhältnis zum nemo-tenetur-Prinzip und widerspricht sowohl dem Auftrag des Parlaments als auch den Ausführungen in der Botschaft, wonach

keine Reduktion auf das EMRK-Minimum angestrebt wird. Fraglich ist weiter, ob für Beschuldigte, die von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machen, eine (einzige) Konfrontation im Untersuchungsverfahren EMRK-konform ist, da die Staatsanwaltschaft als Verfahrensleiterin keine genügend unparteiliche Behörde zur Durchführung der Gegenüberstellung ist. Eine Wiederholung der Konfrontation vor dem urteilenden Gericht drängt sich hier auf. Missglückt ist überdies die Koordination mit dem Akteneinsichtsrecht, welche entweder leerläuft oder das Akteneinsichtsrecht so massiv einschränkt, dass eine wirksame Verteidigung kaum mehr möglich ist. Schliesslich fehlt jede Kompensation dieser weit ausgebauten Beschränkungen der Parteioffenheit. Zusammenfassend werden für beschuldigte Personen, die von ihrem prozessualen Recht auf Aussageverweigerung Gebrauch machen, mit den im Entwurf vorgeschlagenen Bestimmungen faktisch die Regeln des polizeilichen Ermittlungsverfahrens auf das Untersuchungsverfahren ausgedehnt, was das Gleichgewicht der Parteien im Vorverfahren aus dem Lot bringt und dem Prinzip der Waffengleichheit nicht gerecht wird. Die vorgeschlagene Regelung ist deshalb abzulehnen.

[61] Um den Bedürfnissen der Strafverfolgungsbehörden Rechnung zu tragen, ist de lege ferenda vorzuschlagen, die ursprüngliche BGer-Rechtsprechung zum Ausschluss von Mitbeschuldigten ins Gesetz zu überführen, wie dies in der Vernehmlassung von verschiedener Seite gefordert wurde. Beschuldigte Personen könnten danach von der Einvernahme eines *Mitbeschuldigten* ausgeschlossen werden, wenn eine konkrete Kollusionsgefahr in Bezug auf einen Sachverhalt besteht, zu dem der beschuldigten Person noch kein Vorhalt gemacht werden konnte. Damit blieben die Konzeption der StPO und das Gleichgewicht der Parteien unverändert. Weitergehenden Einschränkungswünschen vonseiten der Staatsanwaltschaft steht der Einwand entgegen, dass bisher kein überzeugender Beweis geführt bzw. kein Fall aufgezeigt wurde, der belegt, dass die BGer-Rechtsprechung die Aufklärung einer Straftat rechtsstaatlich unvertretbar behindert hat.

---

JONAS EGGMANN, BLaw, schloss im Sommer 2020 sein Masterstudium in Rechtswissenschaft an der Universität Basel ab. Ein grosser Dank geht an Prof. Dr. Niklaus Ruckstuhl, Advokat und Soloth. Notar, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.