

**Basler Studien  
zur Rechtswissenschaft**

**Reihe C Strafrecht**

**Band 37**

**Stephan Bernard**  
**Die Funktion der Verteidigung  
bei der strafprozessualen  
Wahrheitssuche**

**Helbing Lichtenhahn**



Basler Studien  
zur Rechtswissenschaft

Stephan Bernard

Die Funktion der Verteidigung bei der  
strafprozessualen Wahrheitssuche

# Basler Studien zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben von

Urs Behnisch, Stephan Breitenmoser, Roland Fankhauser,  
Bijan Fateh-Moghadam, Sabine Gless, Felix Hafner,  
Lukas Handschin, Peter Jung, Kurt Pärli, Mark Pieth,  
Markus Schefer, Ulrich G. Schroeter, Thomas Sutter-Somm,  
Daniela Thurnherr, Christa Tobler, Corinne Widmer Lüchinger,  
Wolfgang Wohlers, Herbert Zech

Reihe C: Strafrecht

Band 37

Stephan Bernard

Die Funktion der Verteidigung bei der  
strafprozessualen Wahrheitssuche

Helbing Lichtenhahn

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds  
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

DOI: [https://doi.org/10.46455/HELBING\\_LICHTENHAHN/978-3-7190-4788-7](https://doi.org/10.46455/HELBING_LICHTENHAHN/978-3-7190-4788-7)



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Nicht kommerziell -  
Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

ISBN 978-3-7190-4788-7 (gedruckte Ausgabe)

2023 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

*Für Daddy und Grossdaddy*





*Wenn ein Wolf dem Hirten zuspräche: dieser möge den unhöflichen widerlichen Schäferhund an Ketten legen, oder, um nicht einen so beschwerlichen Wächter unnötig zu füttern, die Schafe lieber so gleich ihm selbst zum unmittelbaren Schutze vertrauen: dann wüsste jedermann, was solche Rede für eine Bedeutung habe. Aber das scheint man nicht immer einzusehen, was es bedeutet, wenn zuweilen Richter und Gewaltige wider die Nutzlosigkeit und Verderblichkeit des Advokatenstandes eifern.*

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach,  
*Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Giessen 1821,*  
Band 2, S. 386f.



## Vorwort

Die vorliegende Forschung habe ich im Januar 2016 nach vierzehn Jahren strafrechtlicher Praxis aufgenommen, sieben Jahre später abgeschlossen und an der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation eingereicht. Literatur und Rechtsprechung sowie Gesetzesänderungen wurden bis Ende 2022 berücksichtigt. Während mittlerweile über zwanzig Praxisjahren war ich lediglich vierzehn Monate als Auditor und Gerichtsschreiber am Zürcher Bezirksgericht tätig. Seither arbeitete ich zuerst als Anwaltssubstitut und hernach als selbständiger Anwalt mit strafrechtlichem Schwerpunkt. Die Abhandlung ist damit zwangsläufig von der Sicht und dem Vorverständnis des praktizierenden Verteidigers geprägt. Seit längerem publizierte ich überdies regelmässig zu rechtsdogmatischen, rechtspolitischen, berufsethischen, aber auch handwerklichen Verteidigungsfragen. Denn die völker- und verfassungsrechtlich garantierten Verteidigungsrechte lassen sich nach meiner Auffassung in der Praxis nur effektiv einlösen, wenn vermehrt ein theoretischer Diskurs zu sämtlichen Verteidigungsfragen stattfindet. Daher verstehen sich diese Forschung wie auch frühere Veröffentlichungen nicht nur als Beitrag zur Strafprozessrechtswissenschaft, sondern überdies zu einer hierzulande erst noch zu etablierenden Defensologie.

Dankbar bin ich vielen für vieles. Den ersten Zugang zur Rechtswissenschaft eröffneten mir 1995 bis 2001 einige sehr anregende Professoren während meiner Studien in Bern und Tübingen, wobei der Rechtshistoriker Pio Caroni mir damals am meisten mit auf meinen Weg gegeben hat. Wolfgang Wohlers hat mich bei der vorliegenden, jahrelangen Forschung in jeder Hinsicht ideal begleitet. Seiner Anteilnahme verdanke ich zahlreiche grössere und kleinere Hinweise, die nicht nur diese Schrift, sondern mich insgesamt stark geprägt haben. Gleichzeitig liess er mir alle denkbare Gestaltungsfreiheit und zeigte während der lange dauernden Erarbeitungszeit nicht nur ein aussergewöhnliches Interesse, sondern auch viel Geduld mit mir. Es ist schön, dass ich in den letzten Jahren nochmals einen derart vorzüglichen Lehrer getroffen habe. Sabine Gless danke ich für die sehr gehaltvolle, engagierte Zweitbegutachtung sowie Christian von Wartburg für die Bereitschaft zur Teilnahme als externer Experte am Doktorandenkolloquium. Für eine erste kritische Lektüre von einzelnen Entwürfen aus dieser Arbeit danke ich Rafael Studer und Florian Seitz. Sowohl dieser Schrift wie früheren Veröffentlichungen war ihr kluges Feedback zuträglich. Anna Brassel bin ich für das Schlusskorrektorat verbunden.

Ohne meine langjährige Supervisorin Lislot Etter hätte ich indessen diese Forschung kaum aufgenommen. Ihr danke ich für die dezidierte Bestärkung in meinem Vorhaben, mit über vierzig Jahren eine Dissertation in Angriff zu nehmen, sodann durchzuhalten und damit als Sprinter einen Marathon zu laufen. Der jahrelange Erarbeitungs- und Gärungsprozess hat daher nicht nur der Arbeit als solcher, sondern vor allem mir persönlich gutgetan. Dieses gemächliche Tempo verdanke ich den Verpflichtungen in meinen Beruf und vor allem auch als rollenteilender Vater, die es mir in all den Jahren nicht erlaubten, mich von der Mit- und Umwelt abzukapseln. Heidi und unseren Söhnen Merlin und Henry danke ich daher für diese vermeintliche Limitierung, die bei näherer Betrachtung zu einer Erweiterung des mir eigenen Denk- und Handlungsspielraums führte; darüber hinaus bin ich allen drei ohnehin dankbar, für alles und noch viel mehr.

Meine Eltern Marianne und Nicolai Bernard legten beide entscheidende Grundsteine zu dieser Arbeit. Die hartnäckige mütterliche Erstlektüre des Problemaufrisses und des Résumés dieses Buchs hat seiner Lesbarkeit an entscheidenden Stellen gutgetan; für ihren linguistischen Scharfsinn bin ich daher meiner Mutter neben vielem anderen dankbar. Ihr verdanke ich überdies indirekt auch den richtungsweisenden Erstkontakt zur Rechtswissenschaft: Ihr Vater war und ihr Bruder sowie mein Götti sind alle ausgebildete Bernische Fürsprecher. Ohne diese familiäre Anlage wäre ich im Sommer 1995 bei meiner damals dominierenden subkulturellen Orientierung kaum auf die Idee gekommen, unmittelbar nach der Matura in Bern ein Jusstudium aufzunehmen. Von meinem zu früh verstorbenen Vater wiederum habe ich in Debatten gelernt, dass jegliche aufrichtige Wahrheitssuche in und über Kontroversen erfolgt. Damit und mit seinem feinen, kritischen Sensorium für Machtverhältnisse hat er den roten Faden dieses Buchs wie insgesamt meine Denke wesentlich geprägt. Er fehlt mir nach wie vor – und begleitet mich weiter. Ihm und meinem Grossvater mütterlicherseits möchte ich deshalb in Erinnerung meine Forschung widmen.

Zürich, im Januar 2023

Stephan Bernard

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	IX
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XV
Literaturverzeichnis . . . . .	XXI
Materialienverzeichnis . . . . .	LXI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	LXIII
<b>Problemaufriss . . . . .</b>	<b>1</b>
<b>Erster Teil: Forschungsstand – Verteidigung als Akteurin der Wahrheitssuche oder Hindernis der Wahrheitsfindung . . . . .</b>	<b>7</b>
<b>1. Kapitel: Gegenstand und Vorgehen . . . . .</b>	<b>9</b>
<b>2. Kapitel: Überblick zum Forschungsstand . . . . .</b>	<b>10</b>
<b>3. Kapitel: Konkretisierung des Forschungsstandes anhand von fünf Beispielen . . . . .</b>	<b>16</b>
A. Anwalt der ersten Stunde . . . . .	16
B. Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter . . . . .	19
C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen . . . . .	29
D. Zeugenkontakte der Verteidigung . . . . .	33
E. Beweisanträge der Verteidigung und antizipierte Beweiswürdigung . . . . .	38
<b>4. Kapitel: Zusammenfassung . . . . .</b>	<b>44</b>

<b>Zweiter Teil: Strafprozessualer Wahrheitsbegriff und strafprozessuale Wahrheitssuche</b> . . . . .	47
<b>1. Kapitel: Gegenstand und Vorgehen</b> . . . . .	49
<b>2. Kapitel: Strafprozessuale Wahrheitsvorstellung im Gesetzgebungsprozess der schweizerischen Strafprozessordnung</b> . . . . .	51
A. Einleitung . . . . .	51
B. Diskussion zum Grundsatz der materiellen Wahrheit . . . . .	55
C. Diskussion zur strafprozessualen Wahrheit im Kontext einzelner Institute . . . . .	57
D. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit bei kurzen Prozessen insbesondere . . . . .	64
E. Fazit zum Wahrheitsbegriff im Gesetzgebungsprozess . . . . .	69
<b>3. Kapitel: Forschungsstand zum strafprozessualen Wahrheitsbegriff und zur strafprozessualen Wahrheitssuche</b> . . . . .	72
A. Einleitung . . . . .	72
B. Grundsätzliche Ausführungen zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche . . . . .	72
C. Forschungsstand zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche im Kontext einzelner Institute . . . . .	74
D. Forschungsstand zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche im Kontext von kurzen Prozessen . . . . .	77
E. Fazit zum Forschungsstand . . . . .	79
<b>4. Kapitel: Strafprozessualer Wahrheitsbegriff und strafprozessuale Wahrheitssuche im Licht der philosophischen und historischen Diskussion</b> . . . . .	80
A. Einleitung . . . . .	80
B. Fragmente aus der Wahrheit- und Wissenschaftstheorie . . . . .	81
C. Historische Wahrheit – Blick in die geschichtswissenschaftliche Diskussion . . . . .	85
D. Wahrheit als normativer, strafprozessrechtsinterner Begriff . . . . .	86
<b>5. Kapitel: Konkrete Ausgestaltung der strafprozessualen Wahrheitssuche</b> . . . . .	89
A. Einleitung . . . . .	89
B. Erkenntnisinteresse des schweizerischen Strafprozesses . . . . .	89
C. Normative Rahmenbedingungen der strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .	92
D. Die Rolle der zentralen Akteurinnen im schweizerischen Strafprozess und ihr Einfluss auf die strafprozessuale Wahrheitssuche . . . . .	97

E. Einfluss der Verfahrensarten auf die strafprozessuale Wahrheitssuche . . . . .	106
F. Fazit: Wahrheitssuche im normativen, strafprozessualen Rahmen mit rechtstatsächlichen Einflüssen . . . . .	122
<b>6. Kapitel: Schlussfolgerungen aus der Ausgestaltung der strafprozessualen Wahrheitssuche für den strafprozessualen Wahrheitsbegriff . . . . .</b>	<b>124</b>
A. Materielle Wahrheit als strafprozessuale Fata Morgana . . . . .	124
B. De lege ferenda . . . . .	128
<b>Dritter Teil: Vertiefung – Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .</b>	<b>131</b>
<b>1. Kapitel: Gegenstand und Vorgehen . . . . .</b>	<b>133</b>
<b>2. Kapitel: Abstrakte Funktion der Verteidigungsrechte und der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .</b>	<b>134</b>
A. Verteidigung als integraler Bestandteil der strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .	134
B. Konsequenz für die Auslegung sämtlicher mit Verteidigung und Verteidigungsrechten in Zusammenhang stehender Rechtsinstitute . . . . .	139
<b>3. Kapitel: Konkrete Umsetzung der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche im partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis . . . . .</b>	<b>141</b>
A. Welches Verteidigungsverständnis? . . . . .	141
B. Einseitige Interessenvertretung der Verteidigung als Dienst am Recht . . . . .	142
C. Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis . . . . .	144
D. Fazit . . . . .	156
<b>4. Kapitel: Zusammenfassung . . . . .</b>	<b>159</b>
<b>Vierter Teil: Normative Vorgaben zur Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche und deren Umsetzung in der Praxis . . . . .</b>	<b>161</b>
<b>1. Kapitel: Gegenstand und Vorgehen . . . . .</b>	<b>163</b>
<b>2. Kapitel: Ausgangspunkt . . . . .</b>	<b>164</b>
<b>3. Kapitel: Mindeststandards der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .</b>	<b>167</b>
<b>4. Kapitel: Grenzen der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .</b>	<b>170</b>

<b>5. Kapitel: Anwendung der Erkenntnisse auf die fünf Beispiele des ersten Teils . . .</b>	176
A. Anwalt der ersten Stunde . . . . .	176
B. Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter . . . . .	178
C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen . . . . .	181
D. Zeugenkontakte der Verteidigung . . . . .	183
E. Beweisanträge der Verteidigung und antizipierte Beweiswürdigung . . . . .	186
F. Fazit . . . . .	189
<b>6. Kapitel: Anwendung der Erkenntnisse auf die Verfahrensarten der Strafprozessordnung . . . . .</b>	192
A. Ordentliches Strafverfahren mit Vor- und Hauptverfahren . . . . .	192
B. Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB . . . . .	194
C. Abgekürztes Verfahren . . . . .	196
D. Strafbefehlsverfahren . . . . .	199
E. Fazit . . . . .	201
<b>7. Kapitel: Versuch einer Charakterisierung der Strafprozessordnung mit Blick auf die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .</b>	203
A. Ausgangspunkt . . . . .	203
B. Historischer Rückblick . . . . .	204
C. Zentrale Prägung der Strafprozessordnung durch den (reformierten) Inquisitionsprozess? . . . . .	205
D. Bisherige typologische Überlegungen zur Strafprozessordnung – ein Überblick . . .	211
E. Bilanzierende Skizze zur strafprozessualen Charakteristik . . . . .	213
<b>8. Kapitel: Zusammenfassung . . . . .</b>	215
<b>Résumé . . . . .</b>	219



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	XI
Literaturverzeichnis . . . . .	XXI
Materialienverzeichnis . . . . .	LXI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	LXIII
<b>Problemaufriss . . . . .</b>	<b>1</b>
<b>Erster Teil: Forschungsstand – Verteidigung als Akteurin der Wahrheitssuche oder Hindernis der Wahrheitsfindung . . . . .</b>	<b>7</b>
<b>1. Kapitel: Gegenstand und Vorgehen . . . . .</b>	<b>9</b>
<b>2. Kapitel: Überblick zum Forschungsstand . . . . .</b>	<b>10</b>
<b>3. Kapitel: Konkretisierung des Forschungsstandes anhand von fünf Beispielen . . . . .</b>	<b>16</b>
A. Anwalt der ersten Stunde . . . . .	16
B. Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter . . . . .	19
C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen . . . . .	29
D. Zeugenkontakte der Verteidigung . . . . .	33
E. Beweisanträge der Verteidigung und antizipierte Beweiswürdigung . . . . .	38
<b>4. Kapitel: Zusammenfassung . . . . .</b>	<b>44</b>

<b>Zweiter Teil: Strafprozessualer Wahrheitsbegriff und strafprozessuale Wahrheitssuche</b> . . . . .	47
<b>1. Kapitel: Gegenstand und Vorgehen</b> . . . . .	49
<b>2. Kapitel: Strafprozessuale Wahrheitsvorstellung im Gesetzgebungsprozess der schweizerischen Strafprozessordnung</b> . . . . .	51
A. Einleitung . . . . .	51
I. «Wille des historischen Gesetzgebers» . . . . .	51
II. Abriss der Entstehungsgeschichte der Schweizerischen Strafprozessordnung . . . . .	53
B. Diskussion zum Grundsatz der materiellen Wahrheit . . . . .	55
C. Diskussion zur strafprozessualen Wahrheit im Kontext einzelner Institute . . . . .	57
I. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit im Kontext des Beweisrechts und der Unschuldsvermutung . . . . .	57
II. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit im Kontext des Unmittelbarkeitsprinzips und des Beweisantragsrechts der Verteidigung . . . . .	61
III. Zwischenfazit . . . . .	64
D. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit bei kurzen Prozessen insbesondere . . . . .	64
I. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit im Kontext des Strafbefehlsverfahrens . . . . .	64
II. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit im Kontext des abgekürzten Verfahrens . . . . .	66
III. Zwischenfazit . . . . .	69
E. Fazit zum Wahrheitsbegriff im Gesetzgebungsprozess . . . . .	69
<b>3. Kapitel: Forschungsstand zum strafprozessualen Wahrheitsbegriff und zur strafprozessualen Wahrheitssuche</b> . . . . .	72
A. Einleitung . . . . .	72
B. Grundsätzliche Ausführungen zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche . . . . .	72
C. Forschungsstand zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche im Kontext einzelner Institute . . . . .	74
D. Forschungsstand zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche im Kontext von kurzen Prozessen . . . . .	77
E. Fazit zum Forschungsstand . . . . .	79
<b>4. Kapitel: Strafprozessualer Wahrheitsbegriff und strafprozessuale Wahrheitssuche im Licht der philosophischen und historischen Diskussion</b> . . . . .	80
A. Einleitung . . . . .	80
B. Fragmente aus der Wahrheit- und Wissenschaftstheorie . . . . .	81
C. Historische Wahrheit – Blick in die geschichtswissenschaftliche Diskussion . . . . .	85
D. Wahrheit als normativer, strafprozessrechtsinterner Begriff . . . . .	86

<b>5. Kapitel: Konkrete Ausgestaltung der strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .</b>	<b>89</b>
A. Einleitung . . . . .	89
B. Erkenntnisinteresse des schweizerischen Strafprozesses . . . . .	89
C. Normative Rahmenbedingungen der strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .	92
I. Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben . . . . .	93
II. Vorgaben der StPO . . . . .	94
III. Zwischenfazit . . . . .	96
D. Die Rolle der zentralen Akteurinnen im schweizerischen Strafprozess und ihr Einfluss auf die strafprozessuale Wahrheitssuche . . . . .	97
I. Interesse der beteiligten Parteien am Verfahrensausgang . . . . .	97
II. Rechtsbestände der Parteien und ihr Einfluss . . . . .	99
III. Staatsanwaltschaft als hybrides Konstrukt . . . . .	100
IV. Marginalisierte Gerichte im schweizerischen Strafprozess . . . . .	102
V. Zwischenfazit . . . . .	105
E. Einfluss der Verfahrensarten auf die strafprozessuale Wahrheitssuche . . . . .	106
I. Ordentliches Verfahren mit Vor- und Hauptverfahren . . . . .	107
II. Abgekürztes Verfahren . . . . .	110
III. Strafbefehlsverfahren . . . . .	111
IV. Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB . . . . .	115
V. Zwischenfazit . . . . .	120
F. Fazit: Wahrheitssuche im normativen, strafprozessualen Rahmen mit rechtstatsächlichen Einflüssen . . . . .	122
<b>6. Kapitel: Schlussfolgerungen aus der Ausgestaltung der strafprozessualen Wahrheitssuche für den strafprozessualen Wahrheitsbegriff . . . . .</b>	<b>124</b>
A. Materielle Wahrheit als strafprozessuale Fata Morgana . . . . .	124
B. De lege ferenda . . . . .	128
<b>Dritter Teil: Vertiefung – Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .</b>	<b>131</b>
<b>1. Kapitel: Gegenstand und Vorgehen . . . . .</b>	<b>133</b>
<b>2. Kapitel: Abstrakte Funktion der Verteidigungsrechte und der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .</b>	<b>134</b>
A. Verteidigung als integraler Bestandteil der strafprozessualen Wahrheitssuche . . . . .	134
I. Verteidigung zur Absicherung des effektiven Gebrauchs von Verteidigungsrechten . . . . .	134
II. Tendenz zur Marginalisierung von Verteidigungsrechten und der Verteidigung . . . . .	137
III. Zwischenfazit . . . . .	137
B. Konsequenz für die Auslegung sämtlicher mit Verteidigung und Verteidigungsrechten in Zusammenhang stehender Rechtsinstitute . . . . .	139

<b>3. Kapitel:</b>	<b>Konkrete Umsetzung der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche im partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis</b>	141
A.	Welches Verteidigungsverständnis?	141
B.	Einseitige Interessenvertretung der Verteidigung als Dienst am Recht	142
C.	Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis	144
I.	Offene Frage: Paternalistisches oder partnerschaftliches Verteidigungsverständnis?	144
II.	Konsequenzen aus dem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis	147
III.	Rückbindung der Verteidigung und des Gebrauchs von Verteidigungsrechten an das konkrete Klienteninteresse	150
IV.	Grenzen des partnerschaftlichen Verteidigungsverständnisses	153
D.	Fazit	156
<b>4. Kapitel:</b>	<b>Zusammenfassung</b>	159
<b>Vierter Teil:</b>	<b>Normative Vorgaben zur Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche und deren Umsetzung in der Praxis</b>	161
<b>1. Kapitel:</b>	<b>Gegenstand und Vorgehen</b>	163
<b>2. Kapitel:</b>	<b>Ausgangspunkt</b>	164
<b>3. Kapitel:</b>	<b>Mindeststandards der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche</b>	167
<b>4. Kapitel:</b>	<b>Grenzen der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche</b>	170
<b>5. Kapitel:</b>	<b>Anwendung der Erkenntnisse auf die fünf Beispiele des ersten Teils</b>	176
A.	Anwalt der ersten Stunde	176
B.	Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter	178
C.	Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen	181
D.	Zeugenkontakte der Verteidigung	183
E.	Beweisanträge der Verteidigung und antizipierte Beweiswürdigung	186
F.	Fazit	189

<b>6. Kapitel: Anwendung der Erkenntnisse auf die Verfahrensarten der Strafprozessordnung</b> . . . . .	192
A. Ordentliches Strafverfahren mit Vor- und Hauptverfahren . . . . .	192
B. Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB . . . . .	194
C. Abgekürztes Verfahren . . . . .	196
D. Strafbefehlsverfahren . . . . .	199
E. Fazit . . . . .	201
<b>7. Kapitel: Versuch einer Charakterisierung der Strafprozessordnung mit Blick auf die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche</b> . . . . .	203
A. Ausgangspunkt . . . . .	203
B. Historischer Rückblick . . . . .	204
C. Zentrale Prägung der Strafprozessordnung durch den (reformierten) Inquisitionsprozess? . . . . .	205
I. Schweizerische Strafprozessordnung als Variante des reformierten Inquisitionsprozesses? . . . . .	205
II. Die schweizerische Strafprozessordnung als Renaissance des historischen Inquisitionsverfahrens? . . . . .	209
D. Bisherige typologische Überlegungen zur Strafprozessordnung – ein Überblick . . . . .	211
E. Bilanzierende Skizze zur strafprozessualen Charakteristik . . . . .	213
<b>8. Kapitel: Zusammenfassung</b> . . . . .	215
<b>Résumé</b> . . . . .	219



## Literaturverzeichnis

- ABEGG, ANDREAS, Die Bedeutung der Wissenschaft für das Recht. Thesen zur Ancilla Iuris, dargestellt am Beispiel des Wirtschaftsrechts, *Ancilla Iuris* 2006, S. 29 ff. (zit. ABEGG, *Ancilla Iuris* 2006).
- ABEGG, ANDREAS, Evolutorische Rechtstheorie, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, S. 371 ff. (zit. ABEGG, *Rechtstheorie*).
- ACKERMANN, JÜRIG-BEAT, Tatverdacht und Cicero – in dubio contra suspicionem maleficii, in: Niggli, Marcel Alexander/Hurtado Pozo, José/Queloz, Nicolas (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich 2007, S. 319 ff.
- ADOMEIT, KLAUS, Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff, *JuS* 1972, Heft 11, S. 628 ff. (zit. ADOMEIT, *JuS* 1972).
- ADOMEIT, KLAUS, Noch einmal: Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff, *JuS* 1973, Heft 4, S. 207 ff. (zit. ADOMEIT, *JuS* 1973).
- AGAMBEN, GIORGIO, Was von Auschwitz bleibt. Das Archiv und der Zeuge (*Homo sacer III*), Frankfurt a.M. 2003.
- AGOSTINO-PASSERINI, ANGELA/RUCKSTUHL, NIKLAUS, Strafvollzug ohne rechtskräftiges Urteil – ein Unding im Rechtsstaat, *forumpoenale* 4/2021, S. 296 ff.
- ALBERTINI, GIANFRANCO/VOSER, BEAT/ZUBER, THOMAS, Entwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung. Bemerkungen aus gerichtspolizeilicher Sicht, *Kriminalistik* 1/2007, S. 53 ff.
- ALBRECHT, PETER-ALEXIS, Überzeugungsbildung und Sachverständigenbeweis in der neueren strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO), *NStZ* 1983, Heft 11, S. 486 ff. (zit. ALBRECHT, *NStZ* 1983).
- ALBRECHT, PETER, Die Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers in Strafverfahren, in: Niggli, Marcel Alexander/Weissenberger, Philippe (Hrsg.), *Strafverteidigung*, Basel u.a. 2002, S. 5 ff. (zit. ALBRECHT, *Funktion*).
- ALBRECHT, PETER, Untersuchungshaft – eine Strafe ohne Schuldspruch? Ein Plädoyer für den Grundsatz der Unschuldsvermutung im Haftrecht, in: Donatsch, Andreas/Forster, Marc/Schwarzenegger, Christian (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschen-*

- rechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 355 ff. (zit. ALBRECHT, Untersuchungshaft).
- ALBRECHT, PETER, Brauchen wir «Schnellrichter» in der Strafjustiz?, AJP 2004, S. 899 ff. (zit. ALBRECHT, Schnellrichter).
- ALBRECHT, PETER, Was bleibt von der Unmittelbarkeit?, ZStrR 2/2010, S. 180 ff. (zit. ALBRECHT, Unmittelbarkeit).
- ALBRECHT, PETER, Strafrecht ohne Recht?, ZStrR 4/2013, S. 385 ff. (zit. ALBRECHT, ZStrR 2013).
- ALBRECHT, PETER, Verdrängte Risiken für fremdsprachige Beschuldigte im Strafprozess – eine Problemskizze, in: Jositsch, Daniel/Schwarzenegger, Christian/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 313 ff. (zit. ALBRECHT, Risiken).
- ALBRECHT, PETER, Präventive Irritationen in der Dogmatik des Strafprozessrechts, sui-generis 2018, S. 58 ff. (zit. ALBRECHT, sui-generis 2018).
- ALBRECHT, PETER, Der Sanktionsrabatt im abgekürzten Verfahren, sui-generis 2020, S. 475 ff. (zit. Albrecht, sui-generis 2020).
- ALBRECHT, PETER, Konflikte der richterlichen Unabhängigkeit im Massnahmenrecht, Jusletter vom 25. Oktober 2021 (zit. ALBRECHT, Jusletter 2021).
- ALSBERG, MAX, Der Beweisermittlungsantrag (1919), erneut abgedruckt in: Taschke, Jürgen (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 489 ff. (zit. ALSBERG, Beweisermittlungsantrag).
- ALSBERG, MAX, Der Beweis Antrag im Strafprozess – Eine begriffliche Grundlegung (1926), erneut abgedruckt, in: Taschke, Jürgen (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 503 ff. (zit. ALSBERG, Beweis Antrag).
- ALSBERG, MAX, Die Philosophie der Verteidigung (1930), erneut abgedruckt, in: Taschke, Jürgen (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 550 ff. (zit. ALSBERG, Philosophie).
- ALSBERG, MAX, Das Weltbild des Strafrichters (1930), erneut abgedruckt, in: Taschke, Jürgen (Hrsg.), Max Alsberg 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 565 ff. (zit. ALSBERG, Weltbild).
- AMSTUTZ, MARC, Der zweite Text: Für eine kritische Systemtheorie des Rechts, in: Amstutz, Marc/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), Kritische Systemtheorie, Bielefeld 2013, S. 365 ff.
- ANDERHEIDEN, MICHAEL, Rechtsphilosophie jenseits des *Ordinary language*-Ansatzes, in: Brugger, Winfried/Neumann, Ulfrid/Kirste, Stephan (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2013, S. 26 ff.
- ARNOLD, JÖRG, Wahrheitsfindung – Fiktion oder Realität?, in: Vuille, Joëlle/Oberholzer, Niklaus/Graf, Marc (Hrsg.), Wahrheit, Täuschung und Lüge, Bern 2016, S. 1 ff.



- ARQUINT, SARARARD, «Anwalt der ersten Stunde»? – ein Positionspapier, in: Schindler, Benjamin/Schlauri, Regula (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren*, Zürich 2001, S. 175 ff.
- ARZT, GUNTHER, Zum Verhältnis von Strengbeweis und freier Beweiswürdigung, in: Baumann, Jürgen/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974 (zit. ARZT, Verhältnis).
- ARZT, GUNTHER, *Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo*, Berlin/New York 1997 (zit. ARZT, Bemerkungen).
- ARZT, GUNTHER, Grundrechtsverwirkung im Strafverfahren, in: Ackermann, Jürg-Beat/Donatsch, Andreas/Rehberg, Jörg (Hrsg.), *Wirtschaft und Strafrecht*, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 633 ff. (zit. ARZT, Grundrechtsverwirkung).
- ARZT, GUNTHER, Über den Nutzen der Rechtsunsicherheit, *recht 5/2001*, S. 166 ff. (zit. ARZT, *recht 2001*).
- ARZT, GUNTHER, Der Internationale Strafgerichtshof und die formelle Wahrheit, in: Arnold, Jörg/Burckhardt, Björn/Gropp, Walter/Heine, Günter/Koch, Hans-Georg/Lagodny, Otto/Perron, Walter/Walther, Susanne (Hrsg.), *Festschrift für Albin Esser, Menschenrechtliches Strafrecht*, München 2005, S. 691 ff. (zit. ARZT, Strafgerichtshof).
- ARZT, GUNTHER, Salomonische Wahrheit – heute, in: Hassemer, Winfried/Kempfer, Eberhard/Moccia, Sergio (Hrsg.), *In dubio pro libertate*, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 19 ff. (zit. ARZT, Wahrheit).
- ARZT, GUNTHER, Gewichtverlagerungen im System der Kriminalitätskontrolle, *forum-poenale 6/2009*, S. 360 ff. (zit. ARZT, *forum-poenale 2009*).
- ASH, MITCHELL G., Pseudowissenschaft als historische Grösse. Ein Abschlusskommentar, in: Rupnow, Dirk/Lipphardt, Veronika/Thiel, Jens/Wessely, Christina (Hrsg.), *Pseudowissenschaft. Konzeptionen von Nichtwissenschaftlichkeit in der Wissenschaftsgeschichte*, Frankfurt a.M. 2008, S. 451 ff.
- ATTINGER, MARCEL, Ist die Revision eines im abgekürzten Verfahren gefällten Urteils bei unverträglichem Widerspruch zu einem späteren Strafentscheid im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO zulässig?, *ZBJV 6/2018*, S. 447 ff.
- BAHNSEN, UWE, *Anwalt der Stars und Star der Anwälte*, Welt am Sonntag vom 18. Januar 2004 (<https://www.welt.de/print-wams/article/105367/Anwalt-der-Stars-und-Star-der-Anwaelte.html>; zuletzt besucht am 19. September 2022).
- BANNWART, URS, Die Stellung des Verteidigers im solothurnischen Strafprozess, *Grenzen 1974* (zit. BANNWART, Stellung).
- BANNWART, URS, Möglichkeiten und Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess, in: Ludewig, Revital/Baumer, Sonja/Tavor, Daphna (Hrsg.), *Aussagepsychologie für die Praxis*, Zürich/St. Gallen 2017, S. 121 ff. (zit. BANNWART, Möglichkeiten).
- BAUMANN, PETER, *Erkenntnistheorie*, 3. Aufl., Stuttgart 2015.

- BAUMER, SONJA/LUDEWIG, REVITAL/TAVOR, DAPHNA, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, *AJP* 2011, S. 1415 ff.
- BARTON, STEPHAN, Mindeststandards der Strafverteidigung, Baden-Baden 1994 (zit. BARTON, Mindeststandards).
- BARTON, STEPHAN, Ausserrechtliche Einflüsse auf Revisionsentscheidungen – eine rechtstatsächliche Betrachtung, in: Niggli, Marcel Alexander/Jendly, Manon (Hrsg.), *Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter*, Bern 2012, 65 ff. (zit. BARTON, Ausserrechtliche Einflüsse).
- BARTON, STEPHAN, Einführung in die Strafverteidigung, 2. Aufl., München 2013 (zit. BARTON, Einführung).
- BARTON, STEPHAN, Professionsfakultät ohne Praxisbezüge?, in: Barton, Stephan (Hrsg.), *Strafverteidigung*, Hamburg 2020, S. 173 ff. (zit. BARTON, Professionsfakultät)
- BAUMGARTNER, HANS, Zur Verteidigung in Wirtschaftsstraffällen, in: Niggli, Marcel Alexander/Weissenberger, Philippe (Hrsg.), *Strafverteidigung*, Basel u.a. 2002.
- BÄUMLIN, RICHARD, Lebendige oder gebändigte Demokratie?, Basel 1978.
- BEGLINGER, MARTIN, «Die Wahrheit will ich gar nicht wissen», Porträt über Daniel Vischer, in: Glaus, Bruno/Lüönd, Klaus (Hrsg.), *Läufer, Mietmaul, König, Anwälte an der Schnittstelle von Recht und Macht*, 17 Porträts, Zürich 2005, S. 287 ff.
- BENDIX, LUDWIG, Der alte Geist in den neuen Regierungsentwürfen zum Gerichtsverfassungsgesetz und zum Rechtsgange in Strafsachen, *Juristische Wochenschrift*, Neunundvierzigster Jahrgang, Nr. 4, 1920, S. 267 ff.
- BERBERICH, JANA/SINGELNSTEIN TOBIAS, Die Informalisierung der strafprozessualen Verfahrenserledigung als Ausdruck einer ambivalenten Rekonfiguration strafrechtlicher Sozialkontrolle, *Kriminologisches Journal*, 51. Jahrgang 2019, S.192 ff.
- BERGER, PETER L./LUCKMANN, THOMAS, *Die gesellschaftliche Konstruktion von Wirklichkeit*, 17. Aufl., Frankfurt a.M. 2000.
- BERLINGER, ADRIAN, Privater Zeugenkontakt des Strafverteidigers, *forumpoenale* 2/2012, S. 82 ff.
- BERNARD, STEPHAN, Klienteninteressen gehen Anwaltsinteressen vor, *plädoyer* 2/2010, S. 68 ff. (zit. BERNARD, plädoyer 2010).
- BERNARD, STEPHAN, Der lange Marsch zur Institution, *plädoyer* 1/2011, S. 12 ff. (zit. BERNARD, plädoyer 2011).
- BERNARD, STEPHAN, «Die Bezeichnung <Terroristen-Anwälte> war fast schon ein Markenzeichen», *Forum Recht* 1/2012, S. 28 ff. (zit. BERNARD, Forum Recht 2012).
- BERNARD, STEPHAN, Munterer Kuhhandel um Gerechtigkeit, *plädoyer* 2/2012, S. 82 (zit. BERNARD, plädoyer 2012).
- BERNARD, STEPHAN, Sicherheitsgesellschaft und psychiatrische Begutachtungspraxis in Strafverfahren, *Jusletter* vom 13. Februar 2012 (zit. BERNARD, Jusletter 2012).

- BERNARD, STEPHAN, Wechsel der amtlichen Verteidigung: gesetzeswidrige Rechtsprechung, ZStrR 1/2013, S. 87 ff. (zit. BERNARD, ZStrR 2013).
- BERNARD, STEPHAN, Amtliche Verteidigung darf nicht zweitklassig sein, plädoyer 2/2013, S. 72 ff. (zit. BERNARD, plädoyer 2013).
- BERNARD, STEPHAN, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold?, forumpoenale Sonderheft 2014 (zit. BERNARD, Sonderheft 2014).
- BERNARD, STEPHAN, Unabdingbar bei der Wahrheitssuche, NZZ vom 15. Juni 2015, S. 21 (zit. BERNARD, NZZ 2015).
- BERNARD, STEPHAN, Take Care – Fürsorge als Basis der Verteidigung, forumpoenale 4/2015, S. 231 ff. (zit. BERNARD, forumpoenale 2015).
- BERNARD, STEPHAN, Praxisferne Anwaltsausbildung, plädoyer 2/2016, S. 24 f. (zit. BERNARD, plädoyer 2016).
- BERNARD, STEPHAN, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder die Freiheit entziehende Massnahmen jenseits des Rechts? in: Kuhn, André/Schwarzenegger, Christian/Vuille, Joëlle (Hrsg.), Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, Bern 2017, S. 139 ff. (zit. BERNARD, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht).
- BERNARD, STEPHAN, Ungleiches Strafrecht für Alle, ZStrR 2/2017, S. 117 ff. (zit. BERNARD, ZStrR 2017).
- BERNARD, STEPHAN, (Keine) Kontrolle psychiatrischer Explorationsgespräche durch die Verteidigung? Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid 1B\_522/2017 vom 04. Juli 2018, iusNet 11/2018 (zit. BERNARD, iusNet 2018).
- BERNARD, STEPHAN, Rechtstatsächliche Diskriminierungsforschung – ein Denkanstoss, Jusletter vom 19. Februar 2018 (zit. BERNARD, Jusletter 2018).
- BERNARD, STEPHAN, Wahrung fremder Interessen, nicht eigener, ContraLegem 1/2019, S. 56 ff. (zit. BERNARD, ContraLegem 2019).
- BERNARD, STEPHAN, Wissens- und Prozessberatung als Pflichten der Verteidigung, forumpoenale 4/2019, S. 306 ff. (zit. BERNARD, forumpoenale 2019).
- BERNARD, STEPHAN, Nach dem Fall Rupperswil, Anwaltsrevue 4/2019, S. 163 ff. (zit. BERNARD, Anwaltsrevue 2019).
- BERNARD, STEPHAN, Anforderungen an die Strafverteidigung, plädoyer 6/2019, S. 80 (zit. BERNARD, plädoyer 2019).
- BERNARD, STEPHAN, Was ist Strafverteidigung?, Zürich 2021 (zit. BERNARD, Was ist Strafverteidigung?).
- BERNARD, STEPHAN, Grenzen der Verteidigung bleiben strittig, plädoyer 4/2022, S. 26 ff. (zit. BERNARD, plädoyer 2022).
- BERNARD, STEPHAN/BINDER, ANJA MARTINA, Neue StPO: Nach wie vor keine Kontrolle der sogenannten Erhebung bei (psychiatrischen) Begutachtungen?, Anwaltsrevue 1/2011, S. 9 ff.

- BERNARD, STEPHAN/BLUM, STEFAN, Jugendstrafverteidigung: ein kurzer Praktikerinnenleitfaden, *Anwaltsrevue* 10/2012, 469 ff.
- BERNARD, STEPHAN/HOMBERGER BENEDIKT/INDERMAUR, INGRID/MEYER LÖHRER, BEDA/STUDER, RAFAEL/ZIHLMANN, MAGDA, Der Beweisantrag – Entscheidungshilfe für die Verteidigungspraxis, *forumpoenale* 4/2022, S. 275 ff. (zit. BERNARD et al.).
- BERNARD, STEPHAN/STUDER, RAFAEL, Psychiatrische Gutachter ohne strafprozessuale Kontrolle?, *ZStrR* 1/2015, S. 76 ff. (zit. BERNARD/STUDER, *ZStrR* 2015).
- BERNARD, STEPHAN/STUDER, RAFAEL, Prekäre Unschuld bei Begutachtungen ohne Tat- oder Schuldinterlokut, in: Heer, Marianne/Habermeyer, Elmar/Bernard, Stephan (Hrsg.), *Forum Justiz & Psychiatrie*, Band 1, Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bern 2016, S. 1 ff. (zit. BERNARD/STUDER, *Schuldinterlokut*).
- BERNARD, STEPHAN/STUDER, RAFAEL, Fachkommissionen: Ein Gedankengang vom Zollikerberg nach Strassburg, in: Heer, Marianne/Habermeyer, Elmar/Bernard, Stephan (Hrsg.), *Forum Justiz & Psychiatrie*, Band 3, Erkenntnisse von Fachkommissionen. Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, Bern 2017, S. 1 ff. (zit. BERNARD/STUDER, *Fachkommission*).
- BERNARD, STEPHAN/STUDER, RAFAEL, Nachverfahren im Rechtsstaat, in: Heer, Marianne/Habermeyer, Elmar/Bernard, Stephan (Hrsg.), *Forum Justiz & Psychiatrie*, Band 3, Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, Bern 2018, S. 91 ff. (zit. BERNARD/STUDER, *Nachverfahren*).
- BERNHART, CHRISTOF, *Die professionellen Standards des Rechtsanwalts*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2011.
- BERNAUER, CHRISTOF, Strafbefehl: Nein Danke?, *Jusletter* vom 26. März 2018 (zit. BERNAUER, *Jusletter* 2018).
- BERNAUER, CHRISTOF, Das Schuldprinzip im Strafbefehlsverfahren: nullum mandatum poenale sine culpa?, *ZStrR* 3/2018, S. 365 ff. (zit. BERNAUER, *ZStrR* 2018).
- BERNAUER, CHRISTOF/HASANI, YLBER, Die geplante Revision des Strafbefehlsverfahrens: Meilenstein oder Rohrkrepierer?, *Jusletter* vom 18. März 2019.
- BERTSCHI, MARCEL, Für eine effiziente Strafverfolgung, *NZZ* vom 22. Juni 2018, S. 9.
- BEULKE, WERNER, *Der Verteidiger im Strafverfahren*, Frankfurt a.M. 1980.
- BINSWANGER, MATHIAS, *Sinnlose Wettbewerbe. Warum wir immer mehr Unsinn produzieren*, Freiburg i. Br. 2010.
- BIRO, NOÉMI, *Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug*, Zürich 2019.
- BLÄTTLER, STEFAN, Die Stellung der Polizei im neuen schweizerischen Strafverfahren, *ZStrR* 3/2007, 242 ff.
- BLAZEK, BEATRICE/MEILER, RICHIE, *Schliesser und Eingeschlossene: Knast und Fluchtgeschichten*, Zürich 2001.
- BLOCH, ERNST, *Naturrecht und menschliche Würde*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1980.

- BOCKELMANN, PAUL, Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, in: Jäger, Herbert (Hrsg.), Kriminologie im Strafprozess, Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis, Frankfurt a.M. 1980, S. 11 ff.
- BOMMER, FELIX, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 2009 II, S. 5 ff. (zit. BOMMER, ZSR 2009).
- BOMMER, FELIX, Kurzer Prozess mit dem abgekürzten Verfahren?, in: Heer, Marianne (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Bern 2010, S. 149 ff. (zit. BOMMER, Kurzer Prozess).
- BOMMER, FELIX, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 6/2010, S. 196 ff. (zit. BOMMER, recht 2010).
- BOMMER, FELIX, Über notwendige Verteidigung, in: Bommer, Felix/Berti, Stephen V. (Hrsg.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich 2011, S. 93 ff. (zit. BOMMER, Verteidigung).
- BOMMER, FELIX, Ausschluss des Mitbeschuldigten von der Einvernahme der beschuldigten Person?, BE N<sup>o</sup> ius, Heft 10, 2012, S. 29 ff. (zit. BOMMER, BE N<sup>o</sup> ius 2012).
- BOMMER, FELIX, Zur Einschränkung des Teilnahmerechts des Beschuldigten an der Einvernahme Mitbeschuldigter, recht 5–6/2012, S. 143 ff. (zit. BOMMER, recht 5–6/2012).
- BONIN, DURI/MÜNCH, GREGOR, Teilnahmerechte des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung von Auskunftspersonen, Jusletter vom 22. April 2013.
- BRUNNER, ALEXANDER/HENN, MATTHIAS-CHRISTOPH/KRIESI, KATHRIN, Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015.
- BRUNNER, ANDREAS, Problematischer Deal mit der Gerechtigkeit, NZZ vom 18. September 2002, S. 16 (zit. BRUNNER, NZZ 2002).
- BRUNNER, ANDREAS, Das Geständnis – «Gesteh, sie schweigt», in: Heer, Marianne/Heimgartner, Stefan/Niggli, Marcel Alexander/Thommen, Marc (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 57 ff. (zit. BRUNNER, Geständnis).
- BRUNNER MATTHIAS, Straf- und Massnahmenvollzug, in: Niggli, Marcel Alexander/Weissenberger, Philippe (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel u.a. 2002, S. 223 ff. (zit. BRUNNER, Straf- und Massnahmenvollzug).
- BRUNNER MATTHIAS, Psychiatrische Begutachtung – Aspekte der Verteidigung, in: Heer, Marianne/Schöbi, Christian (Hrsg.), Gericht und Expertise, Bern 2005, S. 185 ff. (zit. BRUNNER, Begutachtung).
- BRUNNER, MATTHIAS, Die Tendenz zum kurzen Strafprozess, plädoyer 2/2008, S. 36 f. (zit. BRUNNER, plädoyer 2008).
- BRÜHL, ROLF, Wie Wissenschaft Wahrheit schafft. Theorie und Ethik, 2. Aufl., München 2017.

- BUCKEL, SONJA, Subjektivierung und Kohäsion, Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts, 2. Aufl., Weilerswist 2015.
- BURGER-MITTNER, NICOLE/BURGER, SIMON, Das Primat der Staatsanwaltschaft auf dem Prüfstand, *forumpoenale* 3/2011, S. 165 ff.
- BURKE, PETER, Papier und Marktgeschrei. Die Geburt der Wissensgesellschaft, Berlin 2014 (zit. BURKE, Papier).
- BURKE, PETER, Die Explosion des Wissens. Von der Encyclopédie bis Wikipedia, Berlin 2014 (zit. BURKE, Explosion).
- BUSSE, FELIX, Anwaltsethik unter der Geltung des neuen Berufsrechts, *AnwBl* 5/98, S. 233.
- BÜTTIKER, LUKAS, Provokation als Ermittlungsmethode, *forumpoenale* 2/2014, S. 93 ff.
- CALLIESS, GRALF-PETER, Systemtheorie: Luhmann/Teubner, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, S. 57 ff.
- CAMENZIND, HUGO, Teilnahmerecht der Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren, *plädoyer* 1/1995, S. 30 ff.
- CAPUS, NADJA/STUDER, DAVID, Stärkung der Verteidigungsrechte durch die Schweizerische Strafprozessordnung? – Eine Analyse von Einvernahmeprotokollen, *forumpoenale* 2/2016, S. 103 ff.
- CAPUS, NADJA/STOLL, MIRJAM/SURI, MIRJAM, Protokollstile im institutionellen Kontext, *ZStrR* 1/2017, S. 17 ff.
- CAPUTO, FRANCESCA, Rolle und Funktion der Verteidigung in einem politischen Prozess, *ZStrR* 2/2015, S. 167 ff.
- CARONI, PIO, «Privatrecht»: Eine sozialhistorische Einführung, Basel/Frankfurt a.M. 1988 (zit. CARONI, Privatrecht).
- CARONI, PIO, «Sogar wenn Löwen sprechen könnten ...» – Überlegungen zur Einführung, in: Caroni, Pio (Hrsg.), *Gewohnheitsrecht und seine Vergangenheit*, Bern 2000, S. 1 ff. (zit. CARONI, Löwen).
- CARONI, PIO, Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte, in: Caroni, Pio, *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers*, Basel/Genf/München 2005, S. 1 ff. (zit. CARONI, Evidenz).
- CARONI, PIO, Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit – Anmerkungen zum Neopandektismus, in: Caroni, Pio, *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers*, Basel/Genf/München 2005, S. 43 ff. (zit. CARONI, Schiffbruch).
- CARONI, PIO, *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel 2015 (zit. CARONI, Spurensuche).
- CARONI, PIO, Das Gesetz als Botschaft? – für eine andere Gesetzgebungsgeschichte, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 139 (2022), S. 186 ff. (zit. CARONI, Botschaft).
- CAVEGN, CLAUDINE, *Das Recht der beschuldigten Person auf Ladung und Befragung von Entlastungszeugen im ordentlichen Strafverfahren*, Zürich 2010.

- COMTESSE, FRÉDÉRIC-HENRI, Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozessrecht, ZSR 1946 (Band 65), S. 62a ff.
- CONINX, ANNA, Das Strafparadigma der Gegenwart: Was bedeutet das alles, und wohin führt das?, recht 1/2019, S. 25 ff. (zit. CONINX, recht 2019).
- CONINX, ANNA, Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, Habilitationsschrift, 2022, noch nicht publiziert (zit. CONINX, Verbrechensbekämpfung).
- DAELLENBACH, RUTH/RINGGER, BEAT/ZWICKY, PASCAL (Hrsg.), Reclaim Democracy, Zürich 2019.
- DAHS, HANS, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl., Köln 2015.
- DAPHINOFF, MICHAEL, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2012.
- DASTON, LORRAINE, Die unerschütterliche Praxis, in: Kiesow, Rainer Maria/Simon, Dieter (Hrsg.), Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit, Frankfurt a.M. 2000, S. 13 ff.
- DASTON, LORRAINE/GALISON, PETER, Objektivität, Frankfurt a.M. 2007.
- DE LAGASNERIE, GEOFFROY, Verurteilen. Der strafende Staat und die Soziologie, Berlin 2017.
- DELNON, VERA/GUGGENBÜHL, HEINRICH, «Anwälte stören die Wahrheitsfindung», Interview/Streitgespräch, plädoyer 6/2000, S. 10 ff.
- DELNON, VERA/RÜDY, BERNHARD, Untersuchungsführung und Strafverteidigung, ZStrR 1/1989, S. 43 ff. (zit. DELNON/RÜDY, ZStrR 1989).
- DELNON, VERA/RÜDY, BERNHARD, Strafbare Beweisführung?, ZStrR 3/1998, 314 ff. (zit. DELNON/RÜDY, ZStrR 1998).
- DEMKO, DANIELA, Das «(Un-)Gerechte» am Fair-Trial-Grundsatz nach Art. 6 Abs. 1 EMRK im Strafverfahren, in: Niggli, Marcel Alexander/Hurtado Pozo, José/Queloz, Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 379 ff. (zit. DEMKO, Fair-Trial-Grundsatz).
- DEMKO, DANIELA, «Menschenrecht auf Verteidigung» und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, Bern 2014 (zit. DEMKO, Menschenrecht).
- DEZZA, ETTORE, Der Feind der Wahrheit. Das Verteidigungsverbot und der Richter als «Faktotum» in der habsburgischen Strafrechtskodifikation (1768–1873), Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, Band 9, 2007/2008, S. 38 ff.
- DONATSCH, ANDREAS, Vereinbarungen im Strafprozess, in: Gauthier, Jean/Marty, Dick F./Schmid, Niklaus (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, Bern 1992, S. 159 ff. (zit. DONATSCH, Vereinbarungen).
- DONATSCH, ANDREAS, Erste Erfahrungen mit dem Beweisrecht, forumpoenale 4/2012, S. 235 ff. (zit. Donatsch, forumpoenale 2012).

- DONATSCH, ANDREAS, Die Anklage in besonderen Verfahren – Strafbefehlsverfahren, abgekürztes Verfahren, Verfahren gegen Schuldunfähige, *forumpoenale* 3/2017, S. 163 ff. (zit. DONATSCH, *forumpoenale* 2017).
- DONATSCH, ANDREAS, Das Sachverständigengutachten im Strafprozess, *forumpoenale* 2/2019, S. 135 ff. (zit. DONATSCH, *forumpoenale* 2019).
- DONATSCH, ANDREAS/CAVEGN, CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, *ZStrR* 2/2008, S. 158 ff. (zit. DONATSCH/CAVEGN, *ZStrR* 2008).
- DONATSCH ANDREAS/CAVEGN, CLAUDINE, Der Anspruch auf einen Anwalt zu Beginn der Strafuntersuchung, *forumpoenale* 2/2009, S. 104 ff. (zit. DONATSCH/CAVEGN, *forumpoenale* 2009).
- DONATSCH, ANDREAS/FREI, MIRJAM, Die Prüfungspflichten des Gerichts beim abgekürzten Verfahren, in: Heer, Marianne/Heimgartner, Stefan/Niggli, Marcel Alexander/Thommen, Marc (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtinger, Basel 2011, S. 73 ff.
- DONATSCH, ANDREAS/KOUTSOGIANNAKIS, VASSILIOS, Das Geständnis im Strafbefehls- sowie im abgekürzten Verfahren, in: Kuhn, André/Margot, Pierre/Aebi, Marcelo F./Schwarzenegger, Christian/Donatsch, Andreas/Jositsch, Daniel (Hrsg.), *Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive*, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 959 ff.
- DONATSCH, ANDREAS/LIEBER, VIKTOR/SUMMERS, SARAH/WOHLERS, WOLFGANG, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. *Zürcher Kommentar StPO-BEARBEITER*, Art ... N ...).
- DONATSCH, ANDREAS/LIEBER, VIKTOR/SUMMERS, SARAH/WOHLERS, WOLFGANG, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. *Zürcher Kommentar StPO-BEARBEITER*, Art ... N ..., 2. Aufl. 2014).
- DÖRING, ERICH, *Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess*, Berlin 1964.
- DUNJIC, IVAN, Strafprozessordnung soll praxistauglicher werden, *Jusletter* vom 12. März 2018.
- DRZALIC, JANA JOHANNA, *Gutachten und Richter im Strafprozess*, Zürich/Basel/Genf 2021.
- EHRENZELLER, BERNHARD/SCHINDLER, BENJAMIN/SCHWEIZER, RAINER J./VALLENDER KLAUS A., *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, (zit. *BEARBEITER*, St. Galler Kommentar zu Art ... Rz ...)
- EDRIZZI, LAURA, *Wahrheitstheorien. Korrespondenztheorie der Wahrheit und Pragmatische Wahrheitstheorie*, München 2011.
- EGGMANN, JONAS, Zur Revision der Teilnahmerechte, *Jusletter* vom 5. Oktober 2020.
- EICKER, ANDREAS, *Die Prinzipien der «materiellen Wahrheit» und der «freien Beweiswürdigung» im Strafprozess*, Herzbolzheim 2001.



- ENDERS, MARKUS/SZAIFF, JAN (Hrsg.), Die Geschichte des philosophischen Begriffs der Wahrheit, Berlin 2006.
- ENGISCH, KARL, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963.
- ENGLISCH, BIRTE, Ankereffekte im juristischen Kontext, in: Bierhoff, Hans-Werner/Frey, Dieter (Hrsg.), Handbuch der Psychologie, Band III, Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie, Göttingen 2006, 309 ff.
- ERNI, LORENZ, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde», ZStrR 3/2007, S. 229 ff. (zit. ERNI, ZStrR 2007).
- ERNI, LORENZ, «Ich säe Zweifel», Interview von Andreas Heller, NZZ Folio 4/2012, S. 28 ff. (zit. ERNI, NZZ 2012).
- ERNI, LORENZ, Urteilsanmerkung Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 11. Januar 2017 i.S.A. gegen Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft und D. – 1B\_259/2016, forumpoenale 3/2018, S. 170 ff. (zit. ERNI, forumpoenale 3/2018).
- ERNI, LORENZ, Unabhängigkeit der Verteidigung, forumpoenale 4/2018, S. 280 ff. (zit. ERNI, forumpoenale 4/2018).
- ERNST, GERHARD, Einführung in die Erkenntnistheorie, 6. Aufl., Darmstadt 2014.
- ESER, ALBIN, Beweisermittlung und Beweiswürdigung in vergleichender Perspektive, in: Kühne, Hans-Heiner (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, S. 561 ff.
- ESSER, JOSEF, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970 (zit. ESSER, Vorverständnis).
- ESSER, ROBERT, Auf dem Weg zum einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002 (zit. ESSER, Strafverfahrensrecht).
- FELLMANN, WALTER, Anwaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2017.
- FELLMANN, WALTER/ZINDEL, GAUDENZ G., Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2011.
- FEYERABEND, PAUL, Das Märchen Wissenschaft – Plädoyer für einen Supermarkt der Ideen, Kursbuch, Heft 53, September 1978, S. 47 ff. (zit. FEYERABEND, Märchen).
- FEYERABEND, PAUL, Erkenntnis für freie Menschen, Frankfurt a.M. 1980 (zit. FEYERABEND, Erkenntnis).
- FEYERABEND, PAUL, Wissenschaft als Kunst, Frankfurt a.M. 1984 (zit. FEYERABEND, Wissenschaft).
- FEYERABEND, PAUL, Thesen zum Anarchismus, Berlin 1996 (zit. FEYERABEND, Thesen).
- FEYERABEND, PAUL, Zeitverschwendung, Frankfurt a.M. 1997 (zit. FEYERABEND, Zeitverschwendung).
- FEYERABEND, PAUL, Widerstreit und Harmonie, Wien 1998 (zit. FEYERABEND, Widerstreit).

- FEYERABEND, PAUL, Wider den Methodenzwang, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 1999 (zit. FEYERABEND, Methodenzwang).
- FEYERABEND, PAUL, absolute, Freiburg i. Br. 2002 (zit. FEYERABEND, absolute).
- FEYERABEND, PAUL, Die Vernichtung der Vielfalt, Wien 2005 (zit. FEYERABEND, Vernichtung).
- FEZER, GERHARD, Tatrichterlicher Erkenntnisprozess – «Freiheit» der Beweiswürdigung, StV 2/95, S. 95 ff. (zit. FEZER, StV).
- FEZER, GERHARD, Inquisitionsprozess ohne Ende? – Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes, NStZ 2010, S. 177 ff. (zit. FEZER, NStZ).
- FINGERHUTH, THOMAS, Auskünfte von Drittpersonen sind ein Minenfeld, Beilage plädoyer 6/2006, S. 30 ff. (zit. FINGERHUTH, plädoyer 2006).
- FINGERHUTH, THOMAS, «Ich erzähle die Story des Beschuldigten», NZZ vom 9. März 2018, S. 17 (zit. FINGERHUTH, NZZ 2018).
- FINKE, PETER, Citizen science. Das unterschätzte Wissen der Laien, München 2014.
- FINK-EITEL, HINRICH, Michel Foucault zur Einführung, 3. Aufl., Hamburg 1997.
- FISCHER-LESCANO, ANDREAS, Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie, in: Amstutz, Marc/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), Kritische Systemtheorie, Bielefeld 2013, S. 13 ff.
- FLAIG, EGON, Kinderkrankheiten der neuen Kulturgeschichte, in: Kiesow, Rainer Maria/Simon, Dieter (Hrsg.), Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit, Frankfurt a.M. 2000, S. 26 ff.
- FÖGEN, MARIE THERES, Das Lied vom Gesetz, München 2007.
- FREI, PIRMIN, Mitwirkungsrechte im Strafprozess, Bern 2001.
- FREUND, GEORG, Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung», Heidelberg 1987.
- GABRIEL, GOTTFRIED, Grundprobleme der Erkenntnistheorie, 3. Aufl., Paderborn 2008.
- GAEDE, KARSTEN, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Berlin 2007.
- GALLAS, WILHELM, Grenzen zulässiger Verteidigung im Strafprozess, ZStW, Dreiundfünfzigster Band, 1934, S. 256 ff.
- GARLAND, LORENZ, Waffengleichheit im Vorverfahren, Berlin/Bern 2019 (zit. GARLAND, Waffengleichheit).
- GARLAND, LORENZ, Die Waffengleichheit muss gewahrt bleiben, NZZ vom 24. Februar 2020, S. 14 (zit. GARLAND, NZZ).
- GARRÉ, ROY, L'apprezzamento anticipato delle prove – vantaggi, rischi, limiti, forum-poenale 3/2019, S. 202 ff.
- GETH, CHRISTOPHER, Fallstricke der Wahrheitsfindung im Vorverfahren – am Beispiel der Teilnahmerechte der beschuldigten Person, ZStrR 3/2020, S. 268 ff. (zit. GETH, ZStrR 2020).

- GETH, CHRISTOPHER, Strafe auf Verdacht, ZStrR 4/2022, S. 383 ff. (zit. GETH, ZStrR 2022).
- GFELLER, DIEGO R./BIGLER, ADRIAN, Akzeptanz der Justiz nicht gefährden, NZZ vom 31. Mai 2018, S. 9.
- GFELLER, DIEGO R./BIGLER, ADRIAN/BONIN, DURI, Untersuchungshaft, Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. GFELLER/BIGLER/BONIN, Untersuchungshaft).
- GFELLER, DIEGO R./BIGLER, ADRIAN/BONIN, DURI, Apokryphe Haftgründe und ihre Problematik, ContraLegem 1/2018, S. 32 ff. (zit. GFELLER/BIGLER/BONIN, ContraLegem).
- GIGER, ANGELA, Die Unverwertbarkeit der Erklärungen nach Art. 362 Abs. 4 StPO: Rückschluss auf das Strafmassermessen der Staatsanwaltschaft im abgekürzten Verfahren? – Besprechung von BGE 144 IV 189, forumpoenale 1/2019, S. 73 ff. (zit. GIGER, forumpoenale 2019).
- GIGER, ANGELA, Das abgekürzte Verfahren (Art. 358–362 StPO), Zürich 2021 (zit. GIGER, Verfahren).
- GILLIÉRON, GWLADYS, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, Zürich 2010 (zit. GILLIÉRON, Quelle).
- GILLIÉRON, GWLADYS, Welchen Einfluss haben besondere Strafverfahrensarten auf das Risiko von Fehlurteilen in Europa und Amerika?, in: Kuhn, André/Margot, Pierre/Aebi, Marcelo F./Schwarzenegger, Christian/Donatsch, Andreas/Jositsch, Daniel (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 109 ff. (zit. GILLIÉRON, Einfluss).
- GILLIÉRON, GWLADYS/KILLIAS, MARTIN, Strafbefehl und Justizirrtum: Franz Riklin hatte Recht!, in: Niggli, Marcel Alexander/Hurtado Pozo, José/Queloz, Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 379 ff.
- GIGERENZER, GERD, Bauchentscheidungen, Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition, 8. Aufl., München 2008.
- GITZ, JESSICA, Interviews zum «Anwalt der ersten Stunde» (<https://www.strafprozess.ch/interviews-zum-anwalt-der-ersten-stunde>, zuletzt abgerufen am 19. September 2022).
- GLESS, SABINE, Heiligt der Zweck die Mittel? Beweisverbote im vereinheitlichten eidgenössischen Strafprozess, in: Niggli, Marcel Alexander/Hurtado Pozo, José/Queloz, Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 379 ff. (zit. GLESS, Zweck).
- GLESS, SABINE, Konsensuale Verfahrenserledigung in grösseren Wirtschaftsstrafverfahren – Chancen und Risiken, in: Ackermann, Jürg-Beat/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, Zürich 2008, S. 116 ff. (zit. GLESS, Verfahrenserledigung).
- GLESS, SABINE, Beweisverbote und Fernwirkung, ZStrR 2/2010, S. 146 ff. (zit. GLESS, ZStrR 2010).

- GLESS, SABINE, Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverböten – strafprozessuale Wahrheitssuche und ihre Grenzen im Rechtsvergleich, ZStrR 1/2019, S. 1 ff. (zit. GLESS, ZStrR 2019).
- GLOY, KAREN, Wahrheitstheorien. Eine Einföhrung, Tübingen/Basel 2004.
- GMÜR, MARIO, Die Unfähigkeit zu zweifeln, Stuttgart 2006.
- GODAU-SCHÜTTKE, KLAUS-DETLEV, Max Alsberg. Starverteidiger der Weimarer Republik und homme de lettres, in: Schlüter, Holger (Hrsg.), Zwischen Recht und Unrecht: Lebensläufe deutscher Juristen, Düsseldorf 2004, S. 34 ff.
- GODENZI, GUNHILD, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Zürich 2008 (zit. GODENZI, Beweisbeschaffung).
- GODENZI, GUNHILD, Heimliche Einvernahmen, ZStrR 3/2011, S. 322 ff. (zit. GODENZI, ZStrR 2011).
- GODENZI, GUNHILD, Urteilsanmerkung, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 12. August 2016 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich – 1B\_124/2016, forumpoenale 3/2017, S. 137 ff. (zit. GODENZI, forumpoenale 2017).
- GOLDSCHMID, PETER/MAURER, THOMAS/SOLLBERGER, JÜRIG, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, Bern 2008.
- GOSLAR, JEANNETTE, Gehirnforschung und Justiz, München 2019.
- GÖSSEL, KARL-HEINZ, Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Verfahren, ZStW 94 (1992) Heft 1, S. 5 ff. (zit. GÖSSEL, ZStW 94).
- GÖSSEL, KARL-HEINZ, Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess?, Berlin/New York 2000 (zit. GÖSSEL, Wahrheit).
- GRABENWARTER, CHRISTOPH/PABEL, KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016.
- GRASNICK, WALTER, Wozu Rechtsrhetorik?, Goldammer's Archiv für Strafrecht, Jahrgang 1990, S. 483 ff. (zit. GRANICK, Rechtsrhetorik).
- GRASNICK, WALTER, Wahres über die Wahrheit – auch im Strafprozess, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, 1993, S. 55 ff. (zit. GRASNICK, Wahrheit).
- GRECO, LUÌS, Strafprozessrechtstheorie und materielle Rechtskraft, Berlin 2015.
- GRISEBACH, KLAUS, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im deutschen und schweizerischen Strafprozessrecht, Freiburg i. Br. 1979.
- GUGGENBÜHL, ALAN, Die vergessene Klugheit, Bern 2016.
- GUIDON, PATRICK, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. GUIDON, Beschwerde).
- GUIDON, PATRICK, «You'll get a fair trial followed by a first class hanging» – Überlegungen zur Bedeutung und zu den Voraussetzungen eines fairen Gerichtsverfahrens, forumpoenale 6/2019, S. 448 ff. (zit. GUIDON, forumpoenale 2019).

- HAAS, HENRIETTE, Plädoyer für das Geständnis, *Anwaltsrevue* 11–12/2017, S. 466 ff.
- HAEFELIN, WALTER, Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozess, Zürich/St. Gallen 2010.
- HABERMEYER, ELMAR, Die Folgen von BGE 146 IV 1: Verbrechen als soziale Krankheit?!, *NKrim* 1/2021, S. 26 ff.
- HABERMEYER, ELMAR/MOKROS, ANDREAS/HILL, ANDREAS/LAU, STEFFEN/HACHTTEL, HENNING/GRAF, MARC, Möglichkeiten und Grenzen der Forensischen Psychiatrie, *forumpoenale* 4/2019, S. 290 ff.
- HAFFKE, BERNHARD, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, in: Jäger, Herbert (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozess, Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis*, Frankfurt a.M. 1980, S. 133 ff.
- HAMPE, MICHAEL, *Die dritte Aufklärung*, Berlin 2018.
- HANSJAKOB, THOMAS, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, *forumpoenale* 3/2014, S. 160 ff.
- HÄRRI, MATTHIAS, Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf das Recht der Untersuchungshaft, *AJP* 2006, S. 1217 ff.
- HASSEMER, WINFRIED, Die «Funktionstüchtigkeit» der Strafrechtspflege – ein neuer Rechtsbegriff?, *StV* 6/1982, S. 275 ff. (zit. HASSEMER, *StV* 1982).
- HASSEMER, WINFRIED, Funktion, Status und Rolle des Verteidigers im reformierten Strafprozess, in: Schreiber, Hans-Ludwig/Wassermann, Rudolf (Hrsg.), *Gesamtreform des Strafverfahrens*, Darmstadt 1987, S. 143 ff. (zit. HASSEMER, *Funktion*).
- HASSEMER, WINFRIED, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., München 1990 (zit. HASSEMER, *Einführung*).
- HASSEMER, WINFRIED, Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, *KritV* No. 3/4 1990, S. 260 ff. (zit. HASSEMER, *KritV* No. 3/4 1990).
- HASSEMER, WINFRIED, Prozeduralisierung, Wahrheit und Gerechtigkeit. Eine Skizze, in: Pieth, Mark/Seelmann, Kurt (Hrsg.), *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht*, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauss, Basel/Genf/München 2006, S. 9 ff. (zit. HASSEMER, *Prozeduralisierung*).
- HASSEMER, WINFRIED, Grenzen des Wissens im Strafprozess, *ZStW* 121 (2009), Heft 4, S. 829 ff. (zit. HASSEMER, *ZStW*).
- HASSEMER, WINFRIED, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Kaufmann, Arthur/Hassemmer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl., Heidelberg 2011, S. 251 ff. (zit. HASSEMER, *Rechtssystem*).
- HAUSHERR, CHRISTA, Das abgekürzte Verfahren in der schweizerischen Strafprozessordnung – Entlastung der Strafverfolgungsbehörden versus Rechtsstaatlichkeit, *forumpoenale* 5/2008, S. 308 ff.

- HEER, MARIANNE, Die psychiatrische Begutachtung unter dem Einfluss des Strafprozessrechts, in: Heer, Marianne/Heimgartner, Stefan/Niggli, Marcel Alexander/Thommen, Marc (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 177 ff. (zit. HEER, Begutachtung).
- HEER, MARIANNE, Die schwere psychische Störung im Lichte von BGE 146 IV 1: Eine juristische Analyse des Urteils, NKrim 1/2021, S. 8 ff. (zit. HEER, NKrim).
- HEER, MARIANNE, Gewisse Urteile belasten mich bis heute, Interview, NZZ vom 20. November 2021, S. 45 ff. (zit. HEER, NZZ).
- HEER, MARIANNE/COVACI, JACQUELINE, Teilnahmerecht der Verteidigung bei psychiatrischen Explorationsgesprächen, AJP 2019, S. 438 ff.
- HEIL, PETER M., Konstruktion der sozialen Konstruktion. Grundlinien einer konstruktivistischen Sozialtheorie, in: Gumin, Heinz/Meier, Heinrich (Hrsg.), Einführung in den Konstruktivismus, 6. Aufl., München 2002, S. 109 ff.
- HEIMGARTNER, STEFAN, Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht, AJP 2016, S. 3 ff.
- HEINRICH, RICHARD, Wahrheit, Wien 2009.
- HELPERICH, CHRISTOPH, Geschichte der Philosophie. Von den Anfängen bis zur Gegenwart und Östliches Denken, 2. Aufl., Stuttgart 1992.
- HETZER, WOLFGANG, Wahrheitsfindung im Strafprozess unter Mitwirkung psychiatrischer/psychologischer Sachverständiger, Berlin 1982.
- HILGENDORF, ERIC, Der Wahrheitsbegriff im Strafrecht am Beispiel der strafrechtlichen Aussagetheorien, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 547 ff. (zit. HILGENDORF, Wahrheitsbegriff).
- HILGENDORF, ERIC, Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland, in: Brugger, Winfried/Neumann, Ulfrid/Kirste, Stephan (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2013, S. 111 ff. (zit. HILGENDORF, Grundlagenforschung).
- HOFF, PAUL, Was darf die Psychiatrie?, Bern 2014.
- HOHLER, CHRISTOPH, Grenzen der Verteidigung, forumpoenale 5/2009, S. 296 ff.
- HOLFORT, WERNER, Der Anwalt als soziale Gegenmacht, vorgänge Nr. 29 (Heft 5/1977), S. 78 ff.
- HÖFFE, OTFRIED, «Soll der Philosoph König sein?», in: Höffe, Otfried, Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatsethik, Stuttgart 1988, S. 8 ff. (zit. HÖFFE, König).
- HÖFFE, OTFRIED, Kleine Geschichte der Philosophie, München 2001 (zit. HÖFFE, Geschichte).
- HUBER, ANDREAS, Experten und Expertenkommissionen im Strafprozess und im Straf- und Massnahmenvollzug, Zürich/St. Gallen 2019.
- HUG, BARBARA, Moral und Verteidigung, in: Baumgartner, Hans/Schuhmacher, René (Hrsg.), Ungeliebte Diener des Rechts, Baden-Baden 1999, S. 57 ff. (zit. HUG, Moral).

- HUG, MARKUS, Zur Vorbereitung von Konfrontationseinvernahmen aus Sicht des Strafverteidigers, in: Donatsch, Andreas/Fingerhuth, Thomas/Lieber, Viktor/Rehberg, Jörg/Walder-Richli, Hans Ulrich (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 387 ff. (zit. HUG, Vorbereitung).
- HÜBL, PHILIPP, Bullshit-Resistenz, Berlin 2018.
- HUNKELER, GILBERT, Mittendrin statt nur dabei – Reflexion über die Rolle des Rechtsanwenders, Jusletter vom 15. Juni 2009.
- HÜRLIMANN, BRIGITTE, Dialog mit einem Kriminaltouristen, Republik vom 16. Januar 2019 (<https://www.republik.ch/2019/01/16/dialog-mit-einem-kriminal-touristen>, zuletzt abgerufen am 19. September 2022; zit. HÜRLIMANN, Kriminaltouristen).
- HÜRLIMANN, BRIGITTE, Wenn der Prozess zur Farce verkommt, Republik vom 17. September 2019 (<https://www.republik.ch/2019/09/17/wenn-der-prozess-zur-farce-verkommt>, zuletzt abgerufen am 19. September 2022; zit. HÜRLIMANN, Farce).
- HUTZLER, DORIS, Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren, Zürich 2010.
- IGNOR, ALEXANDER, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, München/Wien/Zürich 2002 (zit. IGNOR, Geschichte).
- IGNOR, ALEXANDER, Max Alsberg (1877–1933) – «Unter den wissenschaftlich arbeitenden Praktikern weitaus an erster Stelle» (2010), erneut abgedruckt, in: Tasche, Jürgen (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 149 ff. (zit. IGNOR, Alsberg).
- ILG, WALO C., Briefe von der Insel, Frauenfeld 2008.
- ILL, CHRISTOPH, «Strafrecht dient oft politischen Zwecken», Interview, Republik vom 9. Dezember 2020 (<https://www.republik.ch/2020/12/09/strafrecht-dient-zu-oft-politischen-zwecken>, zuletzt abgerufen am 19. September 2022).
- ISENRING, BERNHARD/MAYBUND, ROY D./PAYER, ANDRÉS, Grenzen der zulässigen Strafverteidigung, AJP 2021, S. 58 ff.
- JAHN, MATTHIAS/ZINK, SARAH, Ist Vertrauen ein Qualitätsmerkmal notwendiger Verteidigung?, in: Barton, Stephan (Hrsg.), Strafverteidigung, Hamburg 2020, S. 49 ff.
- JÄGER, HERBERT, Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, in: Jäger, Herbert (Hrsg.), Kriminologie im Strafprozess, Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis, Frankfurt a.M. 1980, S. 173 ff.
- JAGGI, IRMA, Die strafprozessuale Absprache vor Gericht, Zürich/Basel/Genf 2016.
- JANICH, PETER, Was ist Wahrheit?, 3. Aufl., München 2005.
- JEANNERET, YVAN/KUHN, ANDRÉ, Précis de procédure pénale, 2. Aufl., Bern 2018.
- JEANNERET, YVAN, Révision et procédure simplifiée: la contractualisation du droit pénal aux dépens de la vérité judiciaire, ZStrR 3/2019, S. 245 ff.
- JEANNERET, YVAN/KUHN, ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE, CAMILLE (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse (CCP), 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR CCP-BEARBEITER, Art ... N ...).

- JEKER, KONRAD, Vom fränkisch-germanischen Anklageprozess zur Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Eng, Andreas/Féraud, Michel/Fürst, Franz/Koller, Heinrich/Reinhardt, Klaus (Hrsg.), Festgabe Walter Straumann, Solothurn 2013, S. 313 ff.
- JEKER, KONRAD/DROLL, CAMILL, Zum Anspruch auf wirksame Verteidigung – Besprechung von BGE 143 I 164, *forumpoenale* 3/2018, S. 213 ff.
- JOOS, ALESSANDRA, Das Recht der Verteidigung und der beschuldigten Person auf Teilnahme an der Einvernahme von Mitbeschuldigten, Bern 2013.
- JORDAN, STEFAN, Theorien und Methoden der Geschichtswissenschaft, 3. Aufl., Paderborn 2016.
- JOSET, ALAIN, Kritische Bemerkungen zu den Entscheidungsgrundlagen im Nachverfahren, in: Heer, Marianne/Habermeyer, Elmar/Bernard, Stephan (Hrsg.), *Forum Justiz & Psychiatrie*, Band 1, Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bern 2016, S. 1 ff. (zit. JOSET, Nachverfahren).
- JOSET, ALAIN, Konfliktverteidigung – was sonst?, *Anwaltsrevue* 6–7/2019, S. 265 ff. (zit. JOSET, *Anwaltsrevue*).
- JOSITSCH, DANIEL, Beweisbare Wahrheit als Ziel des Anwalts, *plädoyer* 3/2001, S. 39 ff. (zit. JOSITSCH, Wahrheit).
- JOSITSCH, DANIEL, Werkstattbericht zur Revision der Strafprozessordnung (StPO), Jusletter vom 6. September 2021 (zit. JOSITSCH, Jusletter).
- JOSITSCH, DANIEL/BISCHOFF, PATRICK, Das «Abgekürzte Verfahren» gemäss Art. 365–369 des Entwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Niggli, Marcel Alexander/Hurtado Pozo, José/Queloz, Nicolas (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich 2007, S. 429 ff.
- JOSITSCH, DANIEL/CLAVUOT-JAKSIC, KATARINA, Die Verteidigungstätigkeit im Rahmen der notwendigen Verteidigung, Jusletter vom 22. Februar 2021.
- JUNG, HEIKE, Die ganze Wahrheit?, in: Wittinger, Michaela/Wendt, Rudolf/Ress, Georg (Hrsg.), *Verfassung – Völkerrecht – Kulturgüterschutz*, Festschrift für Wilfried Fiedler zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 903 ff. (zit. JUNG, Wahrheit).
- JUNG, HEIKE, Von der Emanzipation des Strafprozessrechts und der Strafprozesswissenschaft, *ZStrR* 1/2012, S. 39 ff. (zit. JUNG, *ZStrR* 2012).
- JUNGFER, GERHARD, Max Alsberg (1877–1933). Verteidigung als ethische Mission, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, Baden-Baden 1988, S. 141 ff. (zit. JUNGFER, Alsberg).
- JUNGFER, GERHARD, Strafverteidigung. Annäherung an einen Beruf, Berlin 2016, S. 5 ff. (zit. JUNGFER, Annäherung).
- JUNGFER, GERHARD, Strafverteidigung in der Weimarer Republik – Strafverteidigung in der Bundesrepublik: neuer Typ des Strafverteidigers!?, in: Jungfer, Gerhard, *Strafverteidigung. Annäherung an einen Beruf*, Berlin 2016, S. 5 ff. (zit. JUNGFER, Weimarer Republik).



- KAHNEMANN, DANIEL/SIBONY, OLIVIER/SUNSTEIN, CASS R., Noise, München 2021.
- KALENSCHER, TOBIAS, Die Neurobiologie der Urteilsbildung. Oder: Was hat das Frühstück mit richterlichen Entscheidungen zu tun?, «Justice – Justiz – Giustizia», 3/2018.
- KARNUSIAN, PHILIP, Der Tatverdacht und seine Quellen, *forumpoenale* 6/2016, S. 350 ff.
- KAUFMANN, ARIANE, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2013 (zit. KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip).
- KAUFMANN, ARTHUR, Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1986, S. 425 ff. (zit. KAUFMANN, Wissenschaftlichkeit).
- KAUFMANN, ARTHUR, Die strafrechtlichen Aussagetheorien auf dem Prüfstand der philosophischen Wahrheitstheorien, in: Arzt, Gunther/Fezer, Gerhard/Weber, Ulrich/Schlüchter, Erich/Rössner, Dieter (Hrsg.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 1992, S. 119 ff. (zit. KAUFMANN, Aussagetheorien).
- KAUFMANN, ARTHUR, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, in: Krawietz, Werner/Wròblewski, Jerzy (Hrsg.), *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts*, Berlin 1993, S. 187 ff. (zit. KAUFMANN, Prozedurale Theorien).
- KAUFMANN, ARTHUR, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl., Heidelberg 2011, S. 26 ff. (zit. KAUFMANN, Problemgeschichte).
- KÄSSER, WOLFGANG, *Wahrheitsforschung im Strafprozess*, Berlin 1974.
- KELLER, ANDREAS J., DIE neue schweizerische StPO: Formalisierung und Effizienz – bleibt die materielle Wahrheit auf der Strecke?, *ZStrR* 3/2011, S. 229 ff.
- KELSEN, HANS, *Reine Rechtslehre*, Nachdruck Wien 2000.
- KIESOW, RAINER MARIA, Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit, in: Kiesow, Rainer Maria/Simon, Dieter (Hrsg.), *Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit*, Frankfurt a.M. 2000, S. 7 ff.
- KINZER, DANIEL/HOHL-CHIRAZI, CATHERINE, 147 CCP: Le droit de participer à l'administration des preuves sort renforcé de l'épreuve parlementaire, *Anwaltsrevue* 8/2022, S. 319 ff.
- KLENNER, HERMANN, *Historisierende Rechtsphilosophie*, Freiburg i.Br. 2009 (zit. KLENNER, Historisierende).
- KLENNER, HERMANN, *Kritik am Recht. Aktualisierende Rechtsphilosophie*, Berlin 2016 (zit. KLENNER, Aktualisierende).
- KLENNER, HERMANN, *Recht, Rechtsstaat und Gerechtigkeit*, Köln 2016 (zit. KLENNER, Rechtsstaat).
- KOCH, ARND, Die gescheiterte Reform des reformierten Strafprozesses, *ZIS* 10/2009, S. 542 ff.

- KÖLBEL, RALF, Zur Kriminalsoziologie der Verteidigung, in: Barton, Stephan (Hrsg.), Strafverteidigung, Hamburg 2020, S. 23 ff.
- KÖNIG, STEFAN, Schlechte Verteidigung als Ursache von Fehlurteilen, in: Barton, Stefan (Hrsg.), Strafverteidigung 2020, Hamburg 2020, S. 71 ff.
- KOTSOGLOU, KYRIAKOS N., Das Fehlurteil gibt es nicht. Zur Aufgabe des Tatrichters, 72. Juristenzeitung (2017), S. 123 ff.
- KRACH, TILLMANN, Max Alsberg (1877–1933) – Der Kritizismus des Verteidigers als schöpferisches Prinzip der Wahrheitsfindung in: Heinrichs, Helmut/Franzki, Harald/Schmalz, Klaus/Stolleis, Michael (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, Baden-Baden 1993, S. 655 ff.
- KRAUSS, DETLEF, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, in: Müller-Dietz, Karl-Heinz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln/Berlin/Bonn/München 1971, S. 153 ff. (zit. KRAUSS, Unschuldsvermutung).
- KRAUSS, DETLEF, Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess, in: Grünwald, Gerald/Miehe, Olaf/Rudolph, Hans Joachim/Schreiber, Hans-Ludwig, Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, Göttingen 1975, S. 411 ff. (zit. KRAUSS, Wahrheit).
- KRAUSS, DETLEF, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, in: Jäger, Herbert (Hrsg.), Kriminologie im Strafprozess. Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis, Frankfurt a.M. 1980, S. 110 ff. (zit. KRAUSS, Gehalt).
- KRAUSS DETLEF, Rechtsstaat und Strafprozess im Vergleich, Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 171 ff. (zit. KRAUSS, Rechtsstaat).
- KRAUSS, DETLEF, Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren, 1. Teil, recht 3/1986, S. 73 ff. (zit. KRAUSS, recht 1986).
- KRAUSS, DETLEF, Zur Funktion der Prozessdogmatik, in: Jung, Heike/Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens, Beiträge anlässlich des Colloquiums zum 65. Geburtstag von Gerhard Kielwein, Köln/Berlin/Bonn/München 1989, S. 1 ff. (zit. KRAUSS, Prozessdogmatik).
- KRAUSS DETLEF, Strafverteidigung – wohin?, recht 4/1999, S. 117 ff. (zit. KRAUSS, recht 1999).
- KRAUTH, STEFAN, Kritik des Rechts, Stuttgart 2013.
- KRÖBER, HANS-LUDWIG, Der psychiatrische Gutachter und der schweigende Angeklagte, in: Heer, Marianne/Habermeyer, Elmar/Bernard, Stephan (Hrsg.), Forum Justiz & Psychiatrie, Band 1, Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bern 2016, S. 31 ff.
- KUHN, THOMAS S., Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1976.

- KUHN, ANDRÉ/JEANNERET, YVAN (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code de procédure pénale suisse (CPP)*, Basel 2011 (zit. CR CPP-BEARBEITER, 2011, Art ... N ...).
- KUNKEL, WOLFGANG, *Römische Rechtsgeschichte*, 12. Aufl., Wien 1990.
- KUNZ, KARL-LUDWIG, *Die Verdrängung des Richters durch den Staatsanwalt: eine zwangsläufige Entwicklung effizienzorientierter Strafrechtspflege?*, *Kriminologisches Journal*, 16. Jahrgang/1984, S. 39 ff. (zit. KUNZ, Verdrängung).
- KUNZ, KARL-LUDWIG, *Grundzüge der heutigen Kriminalpolitik*, *Neue Kriminalpolitik* 4/2005, S. 151 ff. (zit. KUNZ, Kriminalpolitik).
- KUNZ, KARL-LUDWIG, *Die wissenschaftliche Zugänglichkeit von Kriminalität. Ein Beitrag zur Erkenntnistheorie der Sozialwissenschaften*, Wiesbaden 2008 (zit. KUNZ, Zugänglichkeit).
- KUNZ, KARL-LUDWIG, *Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels*, *ZStW* 121 (2009), Heft 3, S. 572 ff. (zit. KUNZ, ZStW 121).
- KUNZ, KARL-LUDWIG, *Zur Herstellung des strafrechtlichen Schuld- oder Freispruchs*, *ZStrR* 1/2014, S. 47 ff. (zit. KUNZ, ZStrR 2014).
- KUNZ, KARL-LUDWIG, *Soziales Klima, Sanktionspraxis und Kriminalitätsvolumen – Ein Nationenvergleich*, *SZK* 2/2015, S. 18 ff. (zit. KUNZ, SZK 2015).
- KUNZ, KARL-LUDWIG, *Die Produktion eines Strafrechtsfalls*, *plädoyer* 4/2018, S. 24 ff. (zit. KUNZ, plädoyer 2018).
- KUNZ, KARL-LUDWIG/HAAAS, HENRIETTE, *Zusammenhänge der strafgerichtlichen Entscheidungsfindung*, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Heft 3, 2012, S. 158 ff.
- KUNZ, KARL-LUDWIG/MONA, MARTINO, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie*, 2. Aufl., Bern 2015, S. 1 ff.
- KÜHNE, HANS-HEINER, *Die Instrumentalisierung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2008, S. 361 ff. (zit. KÜHNE, Instrumentalisierung).
- KÜHNE, STEFAN, *Ausgewählte Probleme verdeckter Fahndung und (Vor-)Ermittlung nach StPO und kantonalen Polizeigesetzgebung*, *recht* 2/2016, S. 112 ff. (zit. KÜHNE, recht 2016).
- LAGLER, MARION, *Besondere Verfahrensarten: Überlastung der Strafjustiz oder Ausdruck erhöhter Punitivität?*, Zürich/Basel/Genf 2016.
- LANDMANN, VALENTIN, *Interview*, «Der Gangster ist am einfachsten zu verteidigen», *Tagesanzeiger* vom 13. März 2010, S. 12.
- LANDMANN, VALENTIN/BORNATICO, REMO, *Richter und Rechtsanwälte zwischen Recht und Gerechtigkeit. Moraldilemmata im Strafrecht*, in: Ehrenzeller, Bernhard/Ludewig-Kedmi, Revital (Hrsg.), *Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwälten*, St. Gallen 2006, S. 39 ff.
- LANDTWING, ANDREAS/DÖSSEGER, REGULA, *Der Verfolgungsverzicht im abgekürzten Verfahren*, *ZStrR* 1/2015, S. 61 ff.

- LAUTMANN, RÜDIGER, *Justiz – die stille Gewalt*, 2. Aufl., Wiesbaden 2011.
- LAWES, JUTTA, *Strafverteidigung in der staatlichen Pflichtfachprüfung – mit Herz und Verstand?!*, in: Barton, Stephan (Hrsg.), *Strafverteidigung*, Hamburg 2020, S. 173 ff.
- LEE, JOO-HEE, *Die Beteiligung des Strafverteidigers an der Geldwäscherei*, Basel 2006.
- LEGE, JOACHIM, *Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism*, in: Brugger, Winfried/Neumann, Ulfrid/Kirste, Stephan (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2013, S. 207 ff.
- LEGNARO, ALDO/AENGENHEISER, ASTRID, *Die Aufführung von Strafrecht: Kleine Ethnographie gerichtlichen Verhaltens*, Baden-Baden 1999.
- LEVI, ROBERT, *Die Verteidigung und die Wahrheit*, in: Gauthier, Jean/Marty, Dick F./Schmid, Niklaus (Hrsg.), *Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung*, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, Bern 1992, S. 179 ff.
- LOEFFEL, ANAÏS, *L'avocat a-t-il le droit de mentir à la justice pénale?*, Jusletter vom 20. Februar 2012.
- LOPPACHER, BARBARA/ROOS, EVELINE, «Aus Effizienzgründen nimmt man Fehlurteile in Kauf», Interview/Streitgespräch, plädoyer 4/2019, S. 6 ff.
- LUDEWIG-KEDMI, REVITAL, *Berufsschwierigkeiten und Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwältinnen. Ergebnisse einer Pilotstudie*, in: Ehrenzeller, Bernhard/Ludewig-Kedmi, Revital (Hrsg.), *Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwältinnen*, St. Gallen 2006, S. 105 ff.
- LUHMANN, NIKLAS, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993 (zit. LUHMANN, Gesellschaft).
- LUHMANN, NIKLAS, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl., Wiesbaden 2008 (zit. LUHMANN, Rechtssoziologie).
- LUMINATI, MICHELE, *Die Entstehung der Staatsanwaltschaft in der Schweiz – ein rechts-historischer Streifzug*, forumpoenale Sonderheft 2018, S. 340 ff.
- MACDONALD, HECTOR, *Wahrheit*, München 2018.
- MACK, LOTHAR, *Tat ohne Täter, Das Problem der falschen Erinnerungen*, Kriminalistik – Schweiz 7/2014, S. 459 ff.
- MAEDER, STEFAN, *Schafft der Gesetzgeber das Strafrecht ab – und ist das etwas Schlechtes?*, recht 1/2019, 19 ff.
- MALEK, KLAUS, *Abschied von der Wahrheitssuche*, StV 9/2011, S. 559 ff.
- MARITZ, DANIEL/HALPÉRIN LIONEL, *Mogelpackung Revision der Strafprozessordnung*, NZZ vom 17. Juni 2020, S. 8.
- MARKWALDER, NORA/SIMMLER, MONIKA, *Das Unrecht der eventualvorsätzlichen Tat*, ZStrR Sonderheft 2018, S. 22 ff.
- MARTI, URS, *Demokratie – das uneingelöste Versprechen*, Zürich 2006.
- MASTRONARDI, PHILIPPE, *Verfassungslehre*, Bern/Stuttgart/Wien 2007.

- MATHYS, HANS, Erstinstanzliches Hauptverfahren – Berufungsverfahren, in: Tag, Brigitte/Hauri, Max (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Ausgewählte Aspekte aus Zürcher Sicht, Zürich 2010, S. 119 ff.
- MATTMANN, JASCHA/ESCHLE, DAVID/RADER, FRANZISKA/WALSER, SIMONE/THOMMEN, MARC, Heimliche Verurteilungen, ZStrR 2/2021, S. 253 ff.
- MAUS, INGEBORG, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie, Berlin 2018.
- MAU, STEFFEN, Das metrische Wir. Über die Quantifizierung des Sozialen, Berlin 2017.
- MELUNOVIC MARINI, KENAD, Begutachtungen in der Dunkelkammer, plädoyer 5/18, S. 37 ff.
- MELUNOVIC, KENAD/JOSET, ALAIN, Teilnahmerechte: quo vadis?, Anwaltsrevue 6–7/2015, S. 251 ff. (zit. MELUNOVIC/JOSET, Anwaltsrevue 2015).
- MELUNOVIC, KENAD/JOSET, Alain, Partizipationsrechte und Verwertbarkeit, forumpoenale 5/2017, S. 332 ff. (zit. MELUNOVIC/JOSET, forumpoenale 2017).
- MENKE, CHRISTOPH, Recht und Gewalt, 2. Aufl., Berlin 2012.
- MEYER LÖHRER, BEDA, Nutzung und Ausnutzung der Aussagepsychologie im Strafrecht, Anwaltsrevue 2/2012, S. 91 ff. (zit. MEYER LÖHRER, Anwaltsrevue 2012).
- MEYER LÖHRER, BEDA, Ergänzungsfragen ja oder nein? Pocket-Guide einer Kardinalsfrage, forumpoenale 5/2018, S. 418 ff. (zit. MEYER LÖHRER, forumpoenale 2018).
- MEYER LÖHRER, BEDA/LÖHRER, SIMONE, «Freispruch!» Zum taktischen Einsatz von kognitiven Verzerrungen durch die Strafverteidigung, forumpoenale 2/2021, S. 117 ff.
- MEYER, FRANK/STAFFLER, LUKAS, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2018, forumpoenale 4/2019, S. 312 ff.
- MICHOD, PATRICK, Le rôle de l’avocat dans les différentes étapes de mise en œuvre d’une expertise psychiatrique en procédure pénale, Jusletter vom 27. April 2015.
- MONA, MARTINO, Strafrechtstheoretische Grundlagen der Vereinheitlichung des Schweizer Strafrechts unter Carl Stoops: Die Wurzeln des Präventionismus, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 35 (2013), S. 21 ff.
- MÜHLEMANN, DAVID, Der (unzulässige) Strafbefehl im abgekürzten Verfahren, recht 2/2018, S. 83 ff.
- MÜLLER, GEORG, Mehr denken beim Lenken, in: Griffel, Alain (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014, S. 63 ff. (zit. MÜLLER, Lenken).
- MÜLLER, HANSRUEDI, Verteidigung und Verteidiger im System des Strafverfahrens, Zürich 1975 (zit. MÜLLER, Verteidigung).
- MÜLLER, HANSRUEDI, Der Verteidiger in der zürcherischen Strafuntersuchung, ZStrR 2/1979, S. 167 ff. (zit. MÜLLER, ZStrR 1979).
- MÜLLER, HANSRUEDI, Die Grenzen der Verteidigertätigkeit, ZStrR 2/1996, S. 176 ff. (zit. MÜLLER, ZStrR 1996).

- MÜLLER, INGO, Der Wert der «materiellen Wahrheit», *Leviathan* 1977, S. 522 ff. (zit. MÜLLER, Wahrheit).
- MÜLLER INGO, Rechtsstaat und Strafverfahren, Frankfurt a.M. 1980, (zit. MÜLLER, Rechtsstaat und Strafverfahren).
- MÜLLER, JÖRG PAUL, Funktion des Rechtsanwalts im Rechtsstaat – Mittel und Grenzen der Staatsaufsicht, Bern 1985 (zit. MÜLLER, Funktion).
- MÜLLER, JÖRG PAUL, Demokratische Gerechtigkeit, München 1993 (zit. MÜLLER, Gerechtigkeit).
- MÜLLER, JÖRG PAUL, Der politische Mensch – menschliche Politik, Basel/Genf/München 1999 (zit. MÜLLER, Mensch).
- MÜLLER, JÖRG PAUL, Die demokratische Verfassung, Zürich 2002 (zit. MÜLLER, Verfassung).
- MÜLLER, JÖRG PAUL, Gute Gesetzgebung in der Demokratie – Chancen und Klippen, in: Griffel, Alain (Hrsg.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Bern 2014, S. 75 ff. (zit. MÜLLER, Gesetzgebung).
- MÜLLER, JÖRG PAUL/SCHEFER, MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.
- MÜLLER-DIETZ, HEINZ, Der Wahrheitsbegriff im Strafverfahren, *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 1971, S. 257 ff. (zit. MÜLLER-DIETZ, Wahrheitsbegriff).
- MÜLLER-DIETZ, HEINZ, Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozess, *ZStW* 93 (1981), S. 1177 ff. (zit. MÜLLER-DIETZ, ZStW).
- MÜLLER-DIETZ, HEINZ, Der Richter und die Wahrheit, *NJW* 30/1994, S. 1921 ff. (zit. MÜLLER-DIETZ, NJW).
- MULTERER, FELIX, Strafbefehlsverfahren und Öffentlichkeit: zwingendes Spannungsverhältnis oder Möglichkeit einer Symbiose?, *recht* 1/2017, S. 20 ff.
- MUSGRAVE, ALAN, Alltagswissen, Wissenschaft und Skeptizismus, 1. Aufl., Tübingen 1993, Nachdruck 2010.
- NAEGELI, GEORG, Darf man im Prozess lügen?, *Anwaltsrevue* 6–7/2010, S. 292 ff.
- NEUMANN, ULFRID, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, *ZStW* 101 (1989), Heft 1, S. 52 ff.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Zur Problematik der Auslegung in Zivil- und Strafrecht, *AJP* 1993, S. 154 ff. (zit. NIGGLI, AJP 1993).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Menschliche Ordnung. Zu den metaphysischen Grundlagen der modernen Gesellschafts-, Norm- und Straftheorien, Basel/Genf/München 2000 (zit. NIGGLI, Ordnung).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Strafrecht: Von der Repression zur Prävention, *plädoyer* 2/2014, S. 28 ff. (zit. NIGGLI, plädoyer 2014).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, in: *Forum Strafverteidigung (CH), Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (Ö), Organi-*

- sationsbüro Strafverteidigervereinigung (D), Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im DAV (D) (Hrsg.), Strafverteidigung und Sicherheitswahn, 3. Dreiländerforum Strafverteidigung Zürich, 14./15. Juni 2013, Wien/Graz/Zürich/Basel/Genf 2014, S. 13 ff. (zit. NIGGLI, Abkehr).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER, Unschuldsumutung? Wieso Vermutung?, *ContraLegem* 1/2019, S. 53 ff. (zit. NIGGLI, *ContraLegem* 2019).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/MAEDER, STEFAN, Sicherheit als Ziel des Strafrechts? in: Brägger, Benjamin/Steiner, Silvia/Vuille, Joëlle (Hrsg.), *Bedrohte oder bedrohende Sicherheit?*, Bern 2012, 3 ff. (zit. NIGGLI/MAEDER, *Sicherheit*).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/MAEDER, STEFAN, Strafverteidigung als Störfaktor, Vortrag am Forum Strafverteidigung vom 23. Oktober 2015 (Powerpoint-Präsentation, nicht publiziert, zit. NIGGLI/MAEDER, *Strafverteidigung*).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/HEER, MARIANNE/WIPRÄCHTIGER, HANS, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO-BEARBEITER, Art ... N ...).
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS, Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-BEARBEITER, Art ... N ...).
- NIJBOER, JOHANNES FREDERIKUS, Das Streben nach materieller Wahrheit im Strafprozess, in: Nijboer, Johannes Frederikus, *Beweisprobleme und Strafrechtssysteme – Proof and Criminal Justice Systems*, Frankfurt a.M. 1995, S. 23 ff.
- NOLL, PETER, Die Strafverteidigung und das Disziplinarrecht der Rechtsanwälte, *ZStrR* 3/1981, S. 179 ff.
- NOLL, THOMAS/ENDRASS JÉRÔME/ROSSEGGER, ASTRID/OBERHOLZER, NIKLAUS/GRAF, MARC, Die «schwere psychische Störung» im Massnahmenrecht aus psychiatrisch-psychologischer Perspektive, *NKrim* 1/2021, S. 44 ff.
- NOSETTI-KAUFMANN, ARIANNE, Strafbefehl, abgekürztes Verfahren und fehlende Unmittelbarkeit: Festhalten am Status quo – eine verpasste Chance?, *ZStrR* 3/2020, S. 248 ff.
- NOTTER, MARKUS, Gesetzgebung als Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln, in: Griffel, Alain (Hrsg.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Bern 2014, S. 97 ff.
- OBERHOLZER, NIKLAUS, Informelle Absprachen im Strafverfahren, *AJP* 1992, S. 7 ff. (zit. OBERHOLZER, *AJP* 1992).
- OBERHOLZER, NIKLAUS, Absprachen im Strafverfahren – pragmatische Entlastungsstrategie oder Abkehr vom strafprozessualen Modell?, *ZStrR* 2/1993, S. 157 ff. (zit. OBERHOLZER, *ZStrR* 1993).
- OBERHOLZER, NIKLAUS, Der Prozess als Rollenspiel oder die systemimmanenten Entlastungsstrategien – ein Beitrag zur Vermeidung von Moraldilemmata, in: Niggli, Marcel Alexander/Hurtado Pozo, José/Queloz, Nicolas (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich 2007, S. 467 ff. (zit. OBERHOLZER, *Rollenspiel*).

- OBERHOLZER, NIKLAUS, Zwischen «Kopf ab» und «Händchen halten» – von den neueren Entwicklungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, *forumpoenale* 1/2008, S. 46 ff. (zit. OBERHOLZER, *forumpoenale* 2008).
- OBERHOLZER, NIKLAUS, Die Wahl des Verfahrens und das gerechte Urteil, *plädoyer* 5/2015, S. 13 ff. (zit. OBERHOLZER, *plädoyer* 2015).
- OBERHOLZER, NIKLAUS, Wert und Bedeutung des gerichtlichen Ermessens in Zeiten der Verschärfungen des Strafrechts, in: Riklin, Franz (Hrsg.), *Strafen ohne Augenmass*, Bern 2016, S. 25 ff. (zit. OBERHOLZER, *Bedeutung*).
- OBERHOLZER, NIKLAUS, Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung aus der Perspektive der Justiz, in: Heer, Marianne/Habermeyer, Elmar/Bernard, Stephan (Hrsg.), *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, *Forum Justiz und Psychiatrie* Band 1, Bern 2016, S. 43 ff. (zit. OBERHOLZER, *Feststellung*).
- OBERHOLZER, NIKLAUS, Renaissance des Strafrechts? – Oder die neue Lust am Strafen, *ZStrR Sonderheft* 2018, S. 85 ff. (zit. OBERHOLZER, *Renaissance*).
- OBERHOLZER, NIKLAUS, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 3. Aufl., Bern 2012 (zit. OBERHOLZER, *Grundzüge* 3. Aufl.).
- OBRECHT, WILLY, *Die Stellung des Rechtsanwaltes bei der Wahrheitsfindung im Prozess*, Zürich 1982.
- OMLIN, ESTHER, Strafverteidigung – Grenzen der Wahrung von Parteiinteressen, *Anwaltsrevue* 2/2009, S. 74 ff.
- OPP, KARL-DIETER, Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozess, *Kritische Justiz* 1970, S. 383 ff.
- PAHUD DE MORTANGES, RENÉ/PRÊTRE, ALAIN, *Anwaltsgeschichte der Schweiz*, Zürich 1998.
- PAUEN, BARBARA, Gewalt- und Sexualdelikte in: Niggli, Marcel Alexander/Weissenberger, Philippe (Hrsg.), *Strafverteidigung*, Basel 2002, S. 419 ff.
- PFENNINGER, HANS FELIX, Die grundsätzliche Stellung der Verteidigung im modernen Strafverfahren, in: *Festgabe für Emil Zürcher*, Bern 1920, S. 163 ff. (zit. PFENNINGER, *Stellung*).
- PFENNINGER, HANS FELIX, Probleme des schweizerischen Strafprozessrechts, *Ausgewählte Aufsätze*, Zürich 1966 (zit. PFENNINGER, *Probleme*).
- PIETH, MARK, *Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozess*, Basel/Frankfurt a.M. 1984 (zit. PIETH, *Beweisantrag*).
- PIETH, MARK, *Strafverteidigung – wozu?*, Basel 1986 (zit. PIETH, *Strafverteidigung*).
- PIETH, MARK, Von der Inquisition zum Sicherheitsstaat: ketzerische Gedanken zur aktuellen Strafprozessreform, *AJP* 2002, S. 626 ff. (zit. PIETH, *AJP* 2002).
- PIETH, MARK, Vom Inquisitionsprozess direkt zum postmodernen Kontrollmodell?, in: Donatsch, Andreas/Forster, Mark/Schwarzenegger, Christian (Hrsg.), *Strafrecht, Straf-*



- prozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 415 ff. (zit. PIETH, Kontrollmodell).
- PIETH, MARK, Besondere Strafverfahrensarten: das abgekürzte Verfahren, ZStrR 2/2010, S. 161 ff. (zit. PIETH, Strafverfahrensarten).
- PIETH, MARK, Strafverfolgung in der Dunkelkammer, plädoyer 5/2016, S. 20 ff. (zit. PIETH, Strafverfolgung).
- PIETH, MARK, Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., Basel 2020 (PIETH, Strafrechtsgeschichte).
- POPP, PETER, Zur Notwendigkeit des «Anwalts der ersten Stunde», Anwaltsrevue 6–7/2007, S. 266 ff. (zit. POPP, Anwaltsrevue 2007).
- POPP, PETER, Der Richter und sein Umfeld, recht 2/2019, S. 138 ff. (zit. POPP, recht 2019).
- POPPER, KARL R., Logik der Forschung, erstmals erschienen 1934, zitiert nach Berlin 2004 (zit. POPPER, Logik).
- POPPER, KARL R., Wissenschaftslehre in entwicklungslogischer und in logischer Sicht (1972), zitiert nach Popper, Karl R., Alles Leben ist Problemlösen, München 2002, S. 15 ff. (zit. POPPER, Wissenschaftslehre).
- POPPER, KARL R., Erkenntnis und Gestaltung der Wirklichkeit: Die Suche nach einer besseren Welt, zitiert nach Popper, Karl R., Auf der Suche nach einer besseren Welt, 11. Aufl., München 2002, S. 11 ff. (zit. POPPER, Erkenntnis).
- POSER, HANS, Wissenschaftstheorie. Eine philosophische Einführung, Stuttgart 2012.
- QUINE, WILLARD VAN ORMAN, Wort und Gegenstand, Stuttgart 1980.
- RASELLI, NICCOLÒ, Sachverhaltserkenntnis und Wahrheit; Rechtsanwendung und Gerechtigkeit, recht 3/2008, S. 67 ff.
- REA-FRAUCHIGER, MARIA ANNA, Der amerikanische Rechtsrealismus: Karl N. Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore, Berlin 2006.
- RECHTSAUSKUNFT ANWALTSKOLLEKTIV, Strafuntersuchung – was tun?, Zürich 2017.
- REICHART, PETER/HAFTER, PETER, Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Zivilprozess, SJZ 107/2011, S. 201 ff.
- RIESS, CURT, Der Mann in der schwarzen Robe (1965), in Auszügen erneut abgedruckt, in: Taschke, Jürgen (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 39 ff.
- RIKLIN, FRANZ, StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. RIKLIN, Kommentar).
- RIKLIN, FRANZ, Strafbefehlsverfahren – Effizienz auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit?, ZBJV 8/2016, S. 475 ff. (zit. RIKLIN, ZBJV 2016).
- ROHNER, BARBARA, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62d Abs. 2 StGB, Zürich 2016.
- RORTY, RICHARD, Solidarität oder Objektivität, Stuttgart 1988 (zit. RORTY, Solidarität).
- RORTY RICHARD, Kontingenz, Ironie und Solidarität, Frankfurt a.M. 1992 (zit. RORTY, Kontingenz).
- RORTY, RICHARD, Hoffnung statt Erkenntnis. Eine Einführung in die pragmatische Philosophie, Wien 1994 (zit. RORTY, Hoffnung).

- ROTH, GERHARD, *Persönlichkeit, Entscheidung und Verhalten*, Stuttgart 2007.
- RUCKSTUHL, NIKLAUS, *Vertretung von Tatverdächtigen im Vorverfahren* in: Niggli, Marcel Alexander/Weissenberger, Philippe (Hrsg.), *Strafverteidigung*, Basel u.a. 2002, S. 53 ff. (zit. RUCKSTUHL, *Vertretung*).
- RUCKSTUHL, NIKLAUS, *Beweisverwertung: Rechtswidrige Beweise erlaubt*, *Beilage plädoyer* 6/2006, S. 15 ff. (zit. RUCKSTUHL, *plädoyer* 2006).
- RUCKSTUHL, NIKLAUS, *Eidgenössische Strafprozessordnung: Staatsanwaltschaftsmodell ja – aber unter welchen Rahmenbedingungen?*, *Anwaltsrevue* 8/2007, S. 323 ff. (zit. RUCKSTUHL, *Anwaltsrevue* 2007).
- RUCKSTUHL, NIKLAUS, *Wie viel ist uns die Verteidigung wert?*, in: Capus, Nadja/Bacher, Jean-Luc (Hrsg.), *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, Bern 2010, S. 153 ff. (zit. RUCKSTUHL, *Verteidigung*).
- RUCKSTUHL, NIKLAUS, *Die Praxis der Verteidigung der ersten Stunde*, *ZStrR* 2/2010, S. 132 ff. (zit. RUCKSTUHL, *ZStrR* 2010).
- RUCKSTUHL, NIKLAUS, *Aus dem Gleichgewicht*, *plädoyer* 3/2018, S. 30 ff. (zit. RUCKSTUHL, *plädoyer* 2018).
- RUCKSTUHL, NIKLAUS, *Die Strafverteidigung als Institut*, *Anwaltsrevue* 6–7/2019, S. 256 ff. (zit. RUCKSTUHL, *Anwaltsrevue* 2019).
- RUCKSTUHL, NIKLAUS, *Für Beschuldigte nichts als Verschlechterungen*, *plädoyer* 1/2020, S. 32 ff. (zit. RUCKSTUHL, *plädoyer* 2020).
- RUCKSTUHL, NIKLAUS/DITTMANN, VOLKER/ARNOLD, JÖRG, *Strafprozessrecht*, Zürich 2011.
- RUCKSTUHL, NIKLAUS/JEKER, KONRAD, *Revision StPO – wohin gehen wir?*, *Anwaltsrevue* 1/2021, S. 5 ff.
- RUCKSTUHL, NIKLAUS/KINZER, DANIEL, *Pièce de Résistance in der Revision der StPO: Einschränkung des Teilnahmerechts und Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen haftbeendende Entscheide*, *Anwaltsrevue* 1/2022, S. 21 ff.
- RUDOLF, URS, *Die Pflichten der Strafverteidigung*, in: Heer, Marianne/Heimgartner, Stefan/Niggli, Marcel Alexander/Thommen, Marc (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», *Festschrift für Hans Wiprächtiger*, Basel 2011, S. 315 ff. (zit. RUDOLF, *Pflichten*).
- RUDOLF, URS, *Einschreiten des Staates bei ungenügender Strafverteidigung und Art. 6 EMRK; Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV, ius focus* Heft 6/2018 (zit. RUDOLF, *ius focus*).
- RÜPING, HINRICH/JEROUSCHEK, GÜNTER, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl., München 2011.
- RÜTHERS, BERND/FISCHER, CHRISTIAN/BIRK, AXEL, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 9. Aufl., München 2016.
- SALUZ, EVA, *Angeschuldigte haben das Recht zu schweigen*, *Beilage plädoyer* 6/2006, S. 27 ff. (zit. SALUZ, *plädoyer* 2006).

- SALUZ, EVA, Der Strafbefehl – Effizienz gegen Fairness, *Anwaltsrevue* 5/2012, 229 f. (zit. SALUZ, *Anwaltsrevue* 2012).
- SANER ALAIN, Das Teilnahmerecht der Verteidigung bei der psychiatrischen Exploration der beschuldigten Person, *ZStrR* 2/2014, S. 121 ff.
- SARSTEDT, WERNER, Max Alsberg, ein deutscher Strafverteidiger (1977), erneut abgedruckt, in: Taschke, Jürgen (Hrsg.), *Max Alsberg, 2. Aufl.*, Baden-Baden 2013, S. 97 ff.
- SCHANTZ, RICHARD, Wahrheitstheorien in der analytischen und pragmatischen Tradition, in: Enders, Markus/Szaif, Jan (Hrsg.), *Die Geschichte des philosophischen Begriffs der Wahrheit*, Berlin 2006, S. 369 ff.
- SCHAUER, CHRISTIAN, *Aufforderung zum Spiel. Foucault und das Recht*, Köln/Weimar/Wien 2006.
- SCHÄR, CAROLINE, Die Beschränkung von Teilnahmerechten und deren strafprozessuale Folgen, *ZStrR* 2/2019, S. 141 ff.
- SCHILLER, KASPAR, *Schweizerisches Anwaltsrecht. Grundlagen und Kernbereich*, Zürich 2009.
- SCHILLER, KASPAR/NATER, HANS, Die berufsrechtlichen Sorgfaltspflichten nach Art. 12 lit. a BGFA gehen nicht weiter als die auftragsrechtlichen, *SJZ* 115/2019, S. 42 ff.
- SCHLEGEL, STEPHAN, *Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung*, Zürich 2010.
- SCHLEGEL, STEPHAN/WOHLERS, WOLFGANG, Der «Anwalt der ersten Stunde» in der Schweiz, *StV* 5/2012, S. 307 ff.
- SCHLAURI, REGULA, Die abgekürzten Verfahren in den Strafprozessordnungen der Kantone Basel-Landschaft und Tessin – eine schweizerische Form des US-amerikanischen plea bargaining?, in: Ackermann, Jürg-Beat (Hrsg.), *Strafrecht als Herausforderung. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid*, Zürich 1999, S. 479 ff.
- SCHMID, NIKLAUS, «Anwalt der ersten Stunde», in: Donatsch, Andreas/Forster, Mark/Schwarzenegger, Christian (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zürich 2002, S. 745 ff. (zit. SCHMID, *Anwalt*).
- SCHMID, NIKLAUS/JOSITSCH, DANIEL, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. SCHMID/JOSITSCH, *Handbuch*).
- SCHMID, NIKLAUS/JOSITSCH, DANIEL, *Praxiskommentar StPO*, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. SCHMID/JOSITSCH, *Praxiskommentar*).
- SCHMIDT, EBERHARD, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., Göttingen 1983 (zit. SCHMIDT, *Einführung*).
- SCHMIDT, JÜRGEN, Noch einmal: Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft, *Jus* 1973, Heft 4, S. 204 ff. (zit. SCHMIDT, *Jus* 1973).

- SCHMOCKER, PATRICK, Die Strafbefehlsvoraussetzungen des «eingestandenem» oder «anderweitig ausreichend geklärten» Sachverhalts, *forum* 5/2016, S. 291 ff.
- SCHRÖDER, JAN, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit, Band 1, 1500–1933, 3. Aufl. München 2020, (zit. SCHRÖDER, Band 1).
- SCHRÖDER, JAN, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit, Band 2, 1933–1990, 3. Aufl. München 2020, (zit. SCHRÖDER, Band 2).
- SCHROTH, ULRICH, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, 8. Aufl., Heidelberg 2011, S. 270 ff.
- SCHUBARTH, MARTIN, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung, Basel 1978 (zit. SCHUBARTH, Unschuldsvermutung).
- SCHUBARTH, MARTIN, Zurück zum Grossinquisitor? Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, in: Niggli, Marcel Alexander/Hurtado Pozo, José/Queloz, Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 527 ff. (zit. SCHUBARTH, Grossinquisitor).
- SCHULTZ, HANS, Die Strafprozessreform in der Schweiz, *Juristische Rundschau*, 1981, Heft 2, S. 45 ff.
- SCHÜNEMANN, BERND, Reflexionen über die Zukunft des deutschen Strafverfahrens, in: Freiherr von Gramm, Otto Friedrich/Raisel, Peter/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, S. 461 ff. (zit. SCHÜNEMANN, Reflexionen).
- SCHÜNEMANN, BERND, Die informellen Absprachen als Überlebenskrisis des deutschen Strafverfahrens, in: Arzt, Gunther/Fezer, Gerhard/Weber, Ulrich/Schlüchter, Erich/Rössner, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1992, S. 361 ff. (zit. SCHÜNEMANN, Absprachen).
- SCHÜNEMANN, BERND, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulderschlusseffekt, *StV* 3/2000, S. 159 ff. (zit. SCHÜNEMANN, StV 2000).
- SCHWANDER, VITAL, Freie Beweiswürdigung, mit oder ohne Unschuldsvermutung, *ZStrR* 3/1981, S. 213 ff.
- SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN, Ausgehandelte Wahrheit im abgekürzten Strafprozess?, in: Riedo, Christof/Fiolka, Gerhard/Gfeller Diego R. (Hrsg.), *Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli: Von Lemuren, Igel und anderen strafrechtlichen Themen*, Basel 2010, S. 26 ff.
- SCHWEIZER, MARK, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Zürich 2005 (zit. SCHWEIZER, Täuschungen).
- SCHWEIZER, MARK, Intuition, Statistik und Beweiswürdigung, *Justice – Justiz – Giustizia* (Schweizerische Richterzeitung), 4/2006 (zit. SCHWEIZER, Justice – Justiz – Giustizia 2006).

- SCHWEIZER, MARK, Bestätigungsfehler – oder wir hören nur, was wir hören wollen, *Justice – Justiz – Giustizia* (Schweizerische Richterzeitung), 3/2007 (zit. SCHWEIZER, *Justice – Justiz – Giustizia* 2007).
- SCHWEIZER, MARK, Rückschaufehler oder ich wusste, dass das schief gehen musste, *Justice – Justiz – Giustizia* (Schweizerische Richterzeitung) 1/2008 (zit. SCHWEIZER, *Justice – Justiz – Giustizia* 2008).
- SCHWEIZER, MARK, Urteilen zwischen Intuition und Reflexion, *Justice – Justiz – Giustizia* (Schweizerische Richterzeitung), 4/2009 (zit. SCHWEIZER, *Justice – Justiz – Giustizia* 2009).
- SEEL, SEBASTIAN, *Wahrheit im Strafprozess*, Berlin 2021.
- SEELMANN, KURT, Eine Verteidigung der juristischen Verteidigung, *NZZ* vom 22. Mai 2019, S. 10.
- SEITZ, EMANUEL, *List und Form. Über Klugheit*, Frankfurt a.M. 2019.
- SENN, MARCEL, *Rechtswissenschaft und Juristenausbildung*, Zürich/St. Gallen 2013.
- SENN, MARCEL/GSCHWEND, LUKAS, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010
- SICKOR, JENS ANDREAS, *Das Geständnis*, Tübingen 2014.
- SIMMLER, MONIKA, Einsicht der Medien in Strafbefehle – Zur Reichweite des Art. 69 Abs. 2 StPO, *ZStrR* 2/2020, S. 111 ff.
- SNELL, BRUNO, *Die Entdeckung des Geistes. Studien zur Entstehung des europäischen Denkens bei den Griechen*, 9. Aufl., Göttingen 2011.
- SOLLBERGER, JÜRIG, *Urteilsfindung – ein rationaler Prozess*, Sonderbeilage *plädoyer* 5/2002, S. 22 ff.
- SOMEK, ALEXANDER, *Rechtliches Wissen*, Frankfurt a.M. 2006 (zit. SOMEK, *Wissen*).
- SOMEK, ALEXANDER, *Rechtstheorie*, Hamburg 2017 (zit. SOMEK, *Rechtstheorie*).
- SOMMER, ULRICH, *Effektive Strafverteidigung*, 3. Aufl., Köln 2016.
- SPENDEL, GÜNTER, *Max Alsberg (1877–1933)* (2001), erneut abgedruckt, in: *Taschke, Jürgen (Hrsg.), Max Alsberg*, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 141 ff.
- STAMP, FRAUKE, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Baden-Baden 1998.
- STEFANOVIĆ, VALENTINA, *Zugang zum Recht: Der fehlende Rechtsschutz in der Schweiz*, *Jusletter* vom 4. Oktober 2021.
- STELLER, MAX, *Nichts als die Wahrheit?*, München 2015.
- STEINER, MARKUS, *Das interne Gehör*, *plädoyer* 2/2018, S. 80.
- STICKELBERGER, JACOB, *Tabuverteidigung*, in: *Baumgartner, Hans/Schuhmacher, René (Hrsg.), Ungeliebte Diener des Rechts*, Baden-Baden, 1999, S. 64 ff.
- STRATE, GERHARD, *Rechtshistorische Fragen der Beweisverbote*, *Juristen Zeitung* 1989, S. 176 ff.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Darf der Verteidiger dem Beschuldigten raten zu schweigen?*, *SJZ*, Heft 14, 1978, 74. Jahrgang, S. 217 ff. (zit. STRATENWERTH, *SJZ* 1978).

- STRATENWERTH, GÜNTHER, Sündenfälle, in: Griffel, Alain (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014, S. 149 ff. (zit. STRATENWERTH, Sündenfälle).
- STREBEL, DOMINIQUE, Fließbandarbeiter der Gerechtigkeit, Republik vom 14. Februar 2018 ([www.republik.ch/2018/02/14/die-kanalisation-der-justiz](http://www.republik.ch/2018/02/14/die-kanalisation-der-justiz), zuletzt abgerufen am 19. September 2022).
- STUCKENBERG, CARL-FRIEDRICH, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin/New York 1997.
- SUMMERS, SARAH/GARLAND, LORENZ/STUDER, DAVID, Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit, ZStrR 2/2016, S. 133 ff.
- SUMMERS, SARAH/SCHWEILLER, ALINE/STUDER, DAVID, Das Recht auf Konfrontation in der Praxis, ZStrR 3/2016, S. 351 ff.
- SUMMERS, SARAH/STUDER, DAVID, Fairness im Strafverfahren? Eine empirische Untersuchung, ZStrR 1/2016, S. 45 ff.
- STUDER, DAVID, Die Beschuldigten-Einsprache im Strafbefehlsverfahren, ContraLegem 2/2019, S. 164 ff.
- SUTER, STEFAN, Die strafrechtlichen Bedenken der Basler Stadtconsulenten (1648–1898), Zürich/Basel/Genf 2006.
- SZAIF, JAN, Die Geschichte des Wahrheitsbegriffs in der klassischen Antike, in: Enders, Markus/Szaif, Jan (Hrsg.), Die Geschichte des philosophischen Begriffs der Wahrheit, Berlin 2006, S. 1 ff.
- SZABO, RUDOLF, Das Gefängnis und die Freiheitsstrafe aus Sicht eines ehemaligen Strafgefangenen, in: Kuhn, André/Schwarzenegger, Christian/Vuille, Joëlle (Hrsg.), Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, Bern 2017, S. 229 ff.
- TALEB, NASSIM NICHOLAS, Der Schwarze Schwan, München 2008
- TER VEEN, HEINO, Beweisumfang und Verfahrensökonomie im Strafprozess: Eine Analyse zur Interpretation des Beweisantragsrechts (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO) und der Kontrolle seiner trichterlichen Anwendung in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung, Heidelberg 1995.
- TETENS, HOLM, Abbruch, Regress, Zirkel. Ein unvermeidbares Trilemma jeder Begründung?, in: Berg, Stefan/Sass, Hartmut von (Hrsg.), Regress und Zirkel, Zürich 2016, S. 101 ff.
- TEUBNER, GUNTHER, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a.M. 1989.
- THIER, ANDREAS, «Die Wahrheit und nichts als die Wahrheit». Wirklichkeitskonstruktion und Wahrheitsanspruch im Recht, ZKph 8/2014/2, S. 247 ff.
- THOMET, YVONNE, Strafverteidigung in den Schranken von Gesetz und Landesregeln, forumpenale 2/2020, S. 125 ff.
- THOMMEN, MARC, Unerhörte Strafbefehle, ZStrR 4/2010, S. 373 ff. (zit. THOMMEN, ZStrR 2010).

- THOMMEN, MARC, Kurzer Prozess – fairer Prozess?, Bern 2013 (zit. THOMMEN, Prozess).
- THOMMEN, MARC, Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess, recht 6/2014, S. 264 ff. (zit. THOMMEN, recht 2014).
- THOMMEN, MARC, Darf der Beschuldigte im Strafverfahren lügen?, sui-generis 2018, S. 313 ff. (zit. THOMMEN, sui-generis 2018).
- THOMMEN, MARC/GRÄDEL, ROLF, «Die Zahl der Fehlurteile ist unbekannt», plädoyer 1/2016, 8 ff.
- TIRELLI, LUDOVIC, Défense d'office, défense de seconde classe?, Anwaltsrevue 8/2019, S. 323 ff.
- TONDORF, BABETTE, Strafverteidigung in der Frühphase des reformierten Strafprozesses. Das Hochverratsverfahren gegen die badischen Aufständischen Gustav Struve und Karl Blind (1848/49), Berlin 2006.
- TOPHINKE, ESTHER, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, Bern 2000.
- TRECHSEL, STEFAN, Die Entwicklung der Mittel und Methoden des Strafrechts, ZStrR 3/1974, S. 271 ff. (zit. TRECHSEL, ZStrR 1974).
- TRECHSEL, STEFAN, Das unbewusste Motiv im Strafrecht, ZStW 93 (1981) und Auslandteil, Jahrgang 31, S. 397 ff. (zit. TRECHSEL, Motiv).
- TRECHSEL, STEFAN, Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit. Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK, SJZ 1981, S. 317 ff. (zit. TRECHSEL, SJZ 1981).
- TRECHSEL, STEFAN, Gerechtigkeit im Fehlurteil, ZStrR 1/2000, S. 1 ff. (zit. TRECHSEL, ZStrR 2000).
- TRECHSEL, STEFAN/PIETH, MARK, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. Zürich/St. Gallen 2021 (zit. PK StGB-BEARBEITER, Art ... N ...).
- TRAJKOVA, RENATA, Vom Monopol der «herrschenden Lehre», Jusletter vom 11. Juni 2018.
- TRÜG, GERSON/KERNER, HANS-JÜRGEN, Formalisierung der Wahrheitsfindung im (reformiert-) inquisitorischen Strafverfahren? Betrachtungen unter rechtsvergleichender Perspektive, in: Schöch, Hans/Helgerth, Roland/Dölling, Dietrich/König, Peter (Hrsg.), Recht gestalten – dem Recht dienen, Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, Berlin 2007, S. 191 ff.
- TSAGKARAKI EIRINI, Geldwäscherei durch Strafverteidiger. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Problematik in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und Griechenland, Bern 2012.
- URBANIOK, FRANK, Wann ist ein Täter gefährlich?, NZZ am Sonntag vom 15. April 2008, S. 20.
- URBANIOK, FRANK/ENDRASS, JÉRÔME/NOLL, THOMAS, ROSSEGGER, ASTRID, Die «psychische Störung» im Massnahmenrecht aus forensisch-psychiatrischer Sicht, AJP 2016, S. 1671 ff.

- URWYLER, THIERRY, Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK, Zürich 2019.
- URWYLER, THIERRY/ENDRASS, JÉRÔME/HACHTTEL, HENNING/GRAF, MARC, Strafrecht – Psychiatrie – Psychologie, Basel 2022.
- VALOIS, MARTINE, L'indépendance judiciaire. La justice entre droit et gouvernement, Montreal/Genf/Zürich/Basel 2011.
- VERGÈS JACQUES M., Konfrontation oder Anpassung: Verteidigungsstrategien in politischen Prozessen, Frankfurt a.M. 1979.
- VEST, HANS, Amerikanisierung des Schweizerischen Strafprozessrechts?, in: Meier-Schatz, Christian J./Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, Festschrift gewidmet dem Schweizerischen Juristenverein anlässlich des Juristentags 2000 in St. Gallen, Zürich 2000, S. 293 ff. (zit. VEST, Amerikanisierung).
- VEST, HANS, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten oder der langwierige Abschied vom Inquisitionsmodell, in: Donatsch, Andreas/Forster, Marc/Schwarzenegger, Christian (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel, Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Zürich 2002, S. 781 ff. (zit. VEST, Beweisantragsrecht).
- VEST, HANS, Aspekte des strafprozessualen Rechtsmissbrauchs, ZBJV 6/2016, S. 387 ff. (zit. VEST, ZBJV 2016).
- VEST, HANS, Vorsatz – Zuschreibung oder Rekonstruktion?, ZStrR 4/2020, S. 366 ff. (zit. VEST, ZStrR 2020).
- VOLK, KLAUS, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, Konstanz 1980 (VOLK, Materielles Recht).
- VOLK, KLAUS, Diverse Wahrheiten, in: Eser, Albin/Kullmann, Hans Josef/Meyer-Gossner, Lutz/Odersky, Walter/Voss, Rainer, Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für Hanskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, S. 411 ff. (zit. VOLK, Wahrheiten).
- VOLK, KLAUS, Die Wahrheit vor Gericht, München 2016 (zit. VOLK, Gericht).
- VOLKART, SIMON, Im Knast, Zürich 2017.
- VON CLERIC, GEORG FRANZ, Die Prinzipien der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit im Strafprozess, Schweizerische Juristen-Zeitung, XII. Jahrgang, 1915/16 Heft 3, S. 41 ff.
- VON FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM RITTER, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Giessen 1821.
- VON FOERSTER, HEINZ, Über das Konstruieren von Wirklichkeiten, in: Foerster, Heinz von, Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke, Frankfurt a.M. 1993, S. 25 ff. (zit. VON FOERSTER, Konstruieren).



- VON FOERSTER, HEINZ, Entdecken oder Erfinden. Wie lässt sich Verstehen verstehen?, in: Gumin, Heinz/Meier, Heinrich (Hrsg.), Einführung in den Konstruktivismus, 6. Aufl., München 2002, S. 41 ff. (zit. VON FOERSTER, Entdecken).
- VON GLASERFELD, ERNST, Konstruktion der Wirklichkeit und des Begriffs der Objektivität, in: Gumin, Heinz/Meier, Heinrich (Hrsg.), Einführung in den Konstruktivismus, 6. Aufl., München 2002, S. 9 ff.
- VON RECHENBERG, DIETHER, Die Aufgabe des Strafverteidigers, ZStrR 1/1965, S. 15 ff.
- VON SCHIRACH, FERDINAND, «Am Ende stehen wir vor dem Spiegel, hilflos, schuldig und voller Scham», Sonntagszeitung vom 3. Juni 2018, S. 17 ff.
- VON SENGER, HARRO, 36 Strategeme für Juristen, Bern 2020.
- VORMBAUM, THOMAS, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2019.
- WAGNER, JOACHIM, Ende der Wahrheitssuche. Justiz zwischen Macht und Ohnmacht, München 2017.
- WALTER, GERHARD, Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979 (zit. WALTER, Beweiswürdigung).
- WALTER, TONIO, Das Koordinatensystem der Methodik, sui-generis 2019, S. 138 ff. (zit. WALTER, sui-generis 2019).
- WATZLAWIK, PAUL, Wie wirklich ist die Wirklichkeit?, St. Gallen 1988 (zit. WATZLAWIK, Wirklichkeit).
- WATZLAWICK, PAUL, Wirklichkeitsanpassung oder «angepasste Wirklichkeit»? Konstruktivismus und Psychotherapie, in: Gumin, Heinz/Meier, Heinrich (Hrsg.), Einführung in den Konstruktivismus, 6. Aufl., München 2002, S. 89 ff. (zit. WATZLAWIK, Wirklichkeitsanpassung).
- WEDER, ULRICH, Zum Postulat der Teilnahme der Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren des Kantons Zürich, in: Donatsch, Andreas/Fingerhuth, Thomas/Lieber, Viktor/Rehberg, Jörg/Walder-Richli, Hans Ulrich (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 445 ff. (zit. WEDER, Postulat).
- WEDER, ULRICH, Fragen zum «Anwalt der ersten Stunde», NZZ vom 6. Dezember 2006, S. 15 (zit. WEDER, NZZ 2006).
- WEDER, ULRICH, Die Teilnahmerecht in der delegierten Einvernahme einer Auskunftsperson, forumpoenale 4/2012, S. 228 ff. (zit. WEDER, forumpoenale 2012).
- WEDER ULRICH, Wahrheitssuche und Teilnahmerechte im Strafprozess, NZZ vom 17. Juli 2015, S. 19 (zit. WEDER, NZZ 2015).
- WEDER ULRICH, Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen – Eine Beurteilung aus staatsanwaltschaftlichem Blickwinkel, fokussiert auf das Teilnahmerecht mitbeschuldigter Personen, forumpoenale 5/2016, S. 281 ff. (zit. WEDER, forumpoenale 2016).
- WEIGEND, THOMAS, Unmittelbare Beweisaufnahme – ein Konzept für das Strafverfahren des 21. Jahrhunderts?, in: Müller, Henning Ernst/Sander, Günter M./Válková, Helena

- (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 657 ff. (zit. WEIGEND, Beweisaufnahme).
- WEIGEND, THOMAS, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Wahrheitssuche im Strafverfahren, in: Bernsmann, Klaus/Fischer, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-Van Saan zum 65. Geburtstag, Berlin 2011, S. 749 ff. (zit. WEIGEND, Bemerkungen).
- WEIMAR, ROBERT, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung, 1969, unveränderter Nachdruck Bern 1996.
- WELP, JÜRGEN, Die Rechtstellung des Strafverteidigers, ZStW 90 (1978), S. 804 ff.
- WERNER, MICHAEL, Wo ist die Krise? Zur derzeitigen Dramatisierung der Situation von Geschichtswissenschaft, in: Kiesow, Rainer Maria/Simon, Dieter (Hrsg.), Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit, Frankfurt a.M. 2000, S. 128 ff.
- WESEL, UWE, hM, in: Wesel, Uwe, Aufklärungen über Recht. Zehn Beiträge zur Entmythologisierung, Frankfurt a.M. 1981, S. 14 ff. (zit. WESEL, hM).
- WESEL, UWE, Recht und Gewalt, Berlin 1989 (zit. WESEL, Gewalt).
- WESEL, UWE, Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht, München 1997 (zit. WESEL, Frühformen).
- WESEL, UWE, Juristische Weltkunde, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 2000 (zit. WESEL, Weltkunde).
- WESEL, UWE, Geschichte des Rechts in Europa. Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon, München 2010 (zit. WESEL, Europa).
- WESSLAU, EDDA, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform, Baden-Baden 2002 (zit. WESSLAU, Konsensprinzip).
- WESSLAU, EDDA, Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess, in: Hefendehl, Roland/Hörnle, Tatjana/Greco, Luis (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, S. 995 ff. (zit. WESSLAU, Wahrheit).
- WIDMER LÜCHINGER, CORINNE/OSER, DAVID, Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR-BEARBEITER, Art ... N ...).
- WIETHÖLTER, RUDOLF, Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. und Hamburg 1968.
- WILTSCHKE, HARALD A., Einführung in die Wissenschaftstheorie, Göttingen 2013.
- WIPRÄCHTIGER HANS, Immer mehr, immer aufwändigere und teurere forensisch-psychiatrische Gutachten: Welcher Aufwand ist wirklich notwendig? Die Sicht des Richters, in: Capus Nadja/Bacher, Jean-Luc (Hrsg.), Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Bern 2010, S. 315 ff.
- WIRTHLIN, MARTIN, Über die Tätigkeit des Sachrichters, über gute Juristen und besondere Aspekte gerichtlicher Entscheidungsfindung, recht 4/2012, S. 137 ff.
- WHITE, HAYDEN, Historische Modellierung (emplotment) und das Problem der Wahrheit, in: Kiesow, Rainer Maria/Simon, Dieter (Hrsg.), Auf der Suche nach der verlorenen Wahrheit, Frankfurt a.M. 2000, S. 142 ff.

- WOHLERS, WOLFGANG, Vor § 137, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Loseblattsammlung, Neuwied/Kriftel/Berlin 1986 ff. (Zit. SK-StPO/WOHLERS).
- WOHLERS, WOLFGANG, Die Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, Berlin 1994 (zit. WOHLERS, Entstehung).
- WOHLERS, WOLFGANG, Gehilfenschaft durch «neutrale Handlungen» – Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?, ZStrR 4/1999, S. 425 ff. (zit. WOHLERS, ZStrR 1999).
- WOHLERS, WOLFGANG, Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit, StV 7/2001, S. 420 ff. (zit. WOHLERS, StV 2001).
- WOHLERS, WOLFGANG, Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren – Art. 305 StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung, ZStrR 2/2002, 197 ff. (zit. WOHLERS, ZStrR 2002).
- WOHLERS, WOLFGANG, Das partizipatorische Ermittlungsverfahren: kriminalpolitische Forderung oder «unverfügbarer» Bestandteil eines fairen Strafverfahrens?, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2005, S. 11 ff. (zit. WOHLERS, Ermittlungsverfahren).
- WOHLERS, WOLFGANG, Das Strafverfahren in den Zeiten der «Eilkrankheit», NJW 34/2010, S. 2470 ff. (zit. WOHLERS, NJW 34/2010).
- WOHLERS, WOLFGANG, «In dubio pro duriore» – zugleich Besprechung von BGer, Urteil v. 11.7.2011, 1B\_123/2011= BGE 137 IV 219, forumpoenale 2011 (zit. WOHLERS, forumpoenale 2011).
- WOHLERS, WOLFGANG, Das abgekürzte Verfahren im schweizerischen Strafprozess (Art. 358 ff. StPO), StV 9/2011, S. 567 ff. (zit. WOHLERS, StV 2011).
- WOHLERS, WOLFGANG, Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 1/2012, S. 55 ff. (zit. WOHLERS, ZStrR 2012).
- WOHLERS, WOLFGANG, Die unzureichende Begründung von Verfahrensrügen. Zu den Auswirkungen der Entscheidung Czekalla vs. Portugal auf die Rechtsprechung zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, in: Freund, Georg/Murmann, Uwe/Bloy, René/Perron, Walter (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, 1325 ff. (zit. WOHLERS, Verfahrensrügen).
- WOHLERS, WOLFGANG, Das Anwesenheits- und Fragerecht der Verfahrensparteien bei Einvernahmen im Vorverfahren, forumpoenale 3/2013, S. 160 ff. (zit. WOHLERS, forumpoenale 3/2013).
- WOHLERS, WOLFGANG, Abgekürztes Verfahren – quo vadis?, forumpoenale 5/2013, S. 265 f. (zit. WOHLERS, forumpoenale 5/2013).
- WOHLERS, WOLFGANG, Die formelle Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, ZStrR 3/2013, S. 318 ff. (zit. WOHLERS, ZStrR 2013).
- WOHLERS, WOLFGANG, Das Interesse des Mandanten als Grund und Grenze einer Sockelverteidigung, in: Fahl, Christian/Müller, Eckhart/Satzger, Helmut/Swoboda,

- Sabine (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, S. 1067 ff. (zit. WOHLERS, Interesse).
- WOHLERS, WOLFGANG, Das Instrument der Fremdanamnese aus der Sicht des Strafprozessrechts, in: Heer, Marianne/Habermeyer, Elmar/Bernard, Stephan (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Forum Justiz & Psychiatrie Band 1, Bern 2016, S. 77 ff. (zit. WOHLERS, Instrument).
- WOHLERS, WOLFGANG, Die Bedeutung der Wahrheit für das Strafverfahren, in: Saliger, Frank (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2017, S. 1375 ff. (zit. WOHLERS, Bedeutung).
- WOHLERS, WOLFGANG, Strafjustiz und Sachverständige, ZStrR 4/2018, S. 431 ff. (zit. WOHLERS, ZStrR 2018).
- WOHLERS, WOLFGANG, Die Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft in Deutschland – mit «Ausblicken» in die Schweiz, forumpoenale Sonderheft 2018, S. 327 ff. (zit. WOHLERS, Sonderheft 2018).
- WOHLERS, WOLFGANG, Fair Trial – Grundpfeiler oder Feigenblatt? Bedeutung und Funktion des Fairnessgebots im Strafprozess, forumpoenale 3/2019, S. 207 ff. (zit. WOHLERS, forumpoenale 3/2019).
- WOHLERS, WOLFGANG, Anmerkung zu Nr. 35 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 23. Januar 2019 i.S. X. gegen Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern – 6B\_909/2018, forumpoenale 5/2019, S. 346 ff. (zit. WOHLERS, forumpoenale 5/2019).
- WOHLERS, WOLFGANG, Die schützende Förmlichkeit des Strafprozessrechts. Zur aktuellen Bedeutung(slosigkeit) eines «alteuropäischen» Konzepts, in: Goeckenjan, Ingke/Puschke, Jens/Singelstein, Tobias (Hrsg.), Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive, Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag, Berlin 2019, S. 593 ff. (zit. WOHLERS, Förmlichkeit).
- WOHLERS, WOLFGANG, Die Schweizerische Strafprozessordnung – Eine Betrachtung aus der Vogelperspektive, ZStrR 3/2020, S. 229 ff. (zit. WOHLERS, ZStrR 3/2020).
- WOHLERS, WOLFGANG, Die anstehende Reform der Strafprozessordnung, ZStrR 4/2020, S. 402 ff. (zit. WOHLERS, ZStrR 4/2020).
- WOHLERS, WOLFGANG, Das an einen tatbezogenen Anfangsverdacht gekoppelte Strafverfahren, AJP 2020, S. 1311 ff. (zit. WOHLERS, AJP 2020).
- WOHLERS, WOLFGANG, Urteilsanmerkung zu Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 7. August 2020 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft Baden, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau – 1B\_527/2019, forumpoenale 5/2021, S. 362 ff. (zit. WOHLERS, forumpoenale 2021).
- WOHLERS, WOLFGANG, Strafverteidigung als «legale Begünstigung», ZStrR 3/2022, S. 302 ff. (zit. WOHLERS, ZStrR 2022).
- WOHLERS, WOLFGANG/BLÄSI, LINDA, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 3/2015, S. 158 ff.

- WOHLERS, WOLFGANG/SCHLEGEL, STEFAN, Urteilsanmerkung zu EGMR, Grand Chamber, Case of Salduz v. Turkey, Urteil vom 27. November 2008 – Application no. 36391/02, *forum* 2/2009, S. 71 ff.
- YAROSHEFSKY, ELLEN/SCHÄFER, LAURA, Defence lawyering and wrongful conviction, Hofstra Law Faculty Scholarship 2014, S. 123 ff.
- ZABOROWSKI, HOLGER, Wahrheit und die Sachen selbst. Der philosophische Wahrheitsbegriff in der phänomenologischen und hermeneutischen Tradition der Philosophie des 20. Jahrhunderts: Edmund Husserl, Martin Heidegger und Hans Georg Gadamer, in: Enders, Markus/Szaif, Jan (Hrsg.), *Die Geschichte des philosophischen Begriffs der Wahrheit*, Berlin 2006, S. 337 ff.
- ZIHLMANN, PETER, RICHTEN IST EIN GROSSES DING, «Justice – Justiz – Giustizia», 2018/3, Rz. 26.
- ZUBER, WALTER, *Die Entwicklung der Verteidigung im Strafprozeßrecht und ihre heutige Ausgestaltung*, Luzern 1941.
- ZÜGER, MARCEL, Privater Zeugenkontakt der Verteidigung in der Praxis, *ZStrR* 3/2013, S. 247 ff.
- ZWEIGERT, KONRAD/KÖTZ, HEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen 1996.



## Materialienverzeichnis

- Amtliches Bulletin Nationalrat/Ständerat (zit. AB N/S), «Aus 29 mach 1». Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung. Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1997 (zit. «Aus 29 mach 1»).
- Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung (zit. Begleitbericht).
- Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (zit. Botschaft).
- Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung vom 28. August 2019 (zit. Botschaft Änderung).
- Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Dezember 2005 (zit. Entwurf).
- Entwurf zur Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung vom August 2019 (zit. Revisionsentwurf).
- Erläuternder Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) (zit. Erläuternder Bericht).
- Hearings zum Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts» vom Juni/Juli 1998 (zit. Hearings).
- Medienmitteilung Bundesrat vom 1. Dezember 2017 (zit. Medienmitteilung vom 1. Dezember 2017).
- Medienmitteilung Bundesrat vom 28. August 2019 (zit. Medienmitteilung vom 28. August 2019).
- Medienmitteilung Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz vom 21. November 2014 (zit. Medienmitteilung vom 21. November 2014).
- Medienmitteilung Rechtskommission Ständerat vom 27. April 2022 (zit. Medienmitteilung vom 27. April 2022).

- Protokoll Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (zit. RK-N).
- Protokoll Kommission für Rechtsfragen des Ständerates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (zit. RK-S).
- Stellungnahme der Kantone zur Änderung der StPO (zit. Stellungnahme der Kantone).
- Stellungnahme der Parteien zur Änderung der StPO (zit. Stellungnahme der Parteien).
- Weitere Stellungnahmen zur Änderung der StPO (zit. Weitere Stellungnahmen).
- Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001 (zit. Vorentwurf).
- Vorentwurf zur Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung vom Dezember 2017 (zit. Revisionsvorentwurf).
- Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren des Bundesamtes für Justiz vom Februar 2003 (zit. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens).



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AJP	Allgemeine Juristische Praxis
a.M.	am Main
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift Deutschland)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	(Unpublizierter) Entscheid des Bundesgerichts
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (SR 935.61).
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110)
BSK	Basler Kommentar
BSStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
Erw.	Erwägung

et alt.	et altera
etc.	et cetera
f./ff.	folgende
gl.M.	gleicher Meinung
Hrsg.	Herausgeber
ICD	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift Deutschland)
Jusletter	<a href="http://jusletter.weblaw.ch/">http://jusletter.weblaw.ch/</a>
KriV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
lit.	litera
N.	Randnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift Deutschland)
NKrim	Neue Zeitschrift für Kriminologie und Kriminalpolitik
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift Deutschland)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
recht	recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SDA	Schweizerische Depeschenagentur
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSK	Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz
StGB	Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (BB1 2007, 6977; künftig SR 312.0)
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift Deutschland)
SZK	Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie

u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZKph	Zeitschrift für Kulturphilosophie (Zeitschrift Deutschland)
Ziff.	Ziffer(n)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift Deutschland)
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift Deutschland)



## Problemaufriss



«Den hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit hemmen will der Kritizismus des Strafverteidigers!»,<sup>1</sup> schrieb Max Alsberg vor rund einhundert Jahren. Der wohl prominenteste Strafverteidiger der Weimarer Republik stand damals «unter den wissenschaftlich arbeitenden Praktikern weitaus an erster Stelle»<sup>2</sup> und schuf damit ein viel zitiertes Bonmot.<sup>3</sup> Alsberg sah die besondere Sinnform der Verteidigung darin, die prinzipielle und allgemeine Problematik der Wahrheits- und Rechtsfindung aufzuzeigen.<sup>4</sup> In seinen Ausführungen wird bereits deutlich, dass er die Verteidigung als unabdingbare Akteurin der strafprozessualen Wahrheitssuche ansah. Folgt man ihm, so ist diese kritizistische Haltung «ein schöpferisches, sicherndes und deshalb unentbehrliches Prinzip der Wahrheitsfindung».<sup>5</sup> Würde die Verteidigung fehlen, wäre die Wahrheitssuche folglich zwangsläufig, weil grundlegend, mangelhaft. Bei der Rekonstruktion beziehungsweise Konstruktion des Sachverhalts flösse primär die Belastungsperspektive ein. Die entlastenden Momente kämen zu wenig zum Tragen.<sup>6</sup> Für Alsberg stand daher fest, «dass ein dem Einzelfall gerecht werdendes Strafurteil von vorherein undenkbar ist ohne die Mitwirkung des Verteidigers».<sup>7</sup>

Im Gegensatz dazu reduziert ein beträchtlicher Teil des heutigen schweizerischen Schrifttums die Verteidigung – wie nachfolgend zu zeigen ist – tendenziell auf eine Kontrolleurin und kritische Zweiflerin bei der Wahrheitssuche der Staatsanwaltschaft und des Gerichts. Teilweise wird die Verteidigung sogar als potentielles Hindernis bei der Wahrheitsfindung der Justiz angesehen.<sup>8</sup>

Die vorliegende Arbeit geht daher der Frage nach, worin exakt die Funktion der Verteidigung bei der Wahrheitssuche im Strafverfahren tatsächlich besteht. Das Grundthema der Dissertation ist damit, ob die konsequente Wahrung der Verteidigungsrechte, auch mit Blick auf völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben, ein integraler Bestandteil der strafprozessualen Wahrheitssuche und die Verteidigung demnach unabdingbar für die strafprozessuale Wahrheitsfindung ist. Folgt man dieser grundlegenden These, zeitigt dies, wie zu zeigen ist, ganz konkrete Auswirkungen auf die Argumentation in dogmatischen Einzelfragen und rechtspolitischen Debatten sowie bei der Beurteilung der strafprozessualen Systematik und strafprozessualen Praxis.

Die Untersuchung ist in vier Teile gegliedert: Der erste Teil stellt den Forschungsstand zur Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche dar. Gegenstand des – aus-

---

<sup>1</sup> ALSBERG, Philosophie S. 554.

<sup>2</sup> Mit dieser Begründung wurde ALSBERG 1931 von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelm-Universität in Berlin zum Honorarprofessor vorgeschlagen und sodann ernannt: IGNOR, Alsberg, S. 158.

<sup>3</sup> Vgl. zur Einführung in ALSBERGS Biographie und Wirken GODAU-SCHÜTTKE, S. 34 ff.; IGNOR, Alsberg, S. 149 ff.; JUNGFER, Alsberg, S. 141 ff.; RIESS, S. 39 ff.; SARSTEDT, S. 97 ff.; SPENDEL, S. 141 ff.

<sup>4</sup> ALSBERG, Philosophie, S. 554.

<sup>5</sup> ALSBERG, Philosophie, S. 554.

<sup>6</sup> Dies unter anderem auch wegen dem «Weltbild des Strafrichters»: ALSBERG, Weltbild, S. 565 ff.

<sup>7</sup> KRACH, S. 657.

<sup>8</sup> Zum Ganzen Erster Teil, vor allem 1. Kapitel, 3. Kapitel und 4. Kapitel.

fürlichen – zweiten Teils ist der strafprozessuale Wahrheitsbegriff und die strafprozessuale Wahrheitssuche. Auf dieser Basis wird im dritten Teil vertieft dem Beitrag der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche abstrakt, aber auch ganz konkret hinsichtlich der Umsetzung im Verteidigungsverständnis nachgegangen. Der vierte Teil kontrastiert die normativ verankerte Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche mit deren Realisierung in der Praxis. Die Arbeit mündet in einem Résumé.

Methodisch ist die Dissertation nicht primär als grundlagenwissenschaftliche, das heisst rechtsphilosophische, rechtshistorische, rechtssoziologische oder rechtspsychologische Forschung angelegt. Es handelt sich vielmehr um eine strafprozessrechtliche Grundlagenarbeit. Sie will vor allem einen Beitrag zur theoretischen Vermessung des geltenden Strafprozesses, einer stringenten rechtsdogmatischen Argumentation und einer konsistenten künftigen Prozessrechtsentwicklung leisten.<sup>9</sup>

Nichtsdestotrotz berücksichtigt die Dissertation mehr als in der gängigen Rechtsdogmatik üblich Erkenntnisse grundlagenwissenschaftlicher Disziplinen und namentlich auch verschiedenes Quellenmaterial der juristischen Zeitgeschichte. Die Arbeit ist auch und insbesondere deshalb grundlagenwissenschaftlich affin, weil meines Erachtens Prozessmaximen und grundlegende strafprozessrechtliche Rechtsinstitute nur in Bezug auf andere Grundannahmen im jeweiligen System und im Zusammenspiel mit diesen verstanden werden können.<sup>10</sup> Eine theoretisch ambitionierte Strafprozessrechtswissenschaft, die auch das Völker- und Verfassungsrecht angemessen berücksichtigt, sollte dennoch versuchen, bei der detaillierten Erörterung von (rechtsdogmatischen) Einzelproblemen gleichzeitig den Bogen weit zu spannen. Nur so entsteht eine Rechtswissenschaft und als Folge hiervon – im günstigsten Fall – eine Rechtssetzung und Rechtsanwendung mit einem reflexiven Habitus.<sup>11</sup> Damit weist diese Forschung im Ergebnis, und sei es auch nur in Ansätzen, über das geltende Recht hinaus und streift zumindest juristische Grundlagenfächer.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Skeptisch gegenüber einem solchen Einfluss der Strafprozessrechtswissenschaft allerdings JUNG, ZStR 2012, S. 39 ff., mit Verweisen.

<sup>10</sup> Dies im Anschluss insbesondere an KRAUSS, Rechtsstaat, namentlich S. 176 und S. 181 ff.; derselbe KRAUSS, Prozessdogmatik, S. 1 ff.

<sup>11</sup> Diese Formulierung ist angelehnt an SENN, S. 29 ff., besonders S. 43. Weiterführend zur Funktion von juristischen Grundlagenfächern und deren Verhältnis zur Rechtsdogmatik beispielsweise CARONI, Privatrecht, S. 17 ff.; HILGENDORF, Grundlagenforschung, S. 111 ff., insbesondere S. 132; KLENNER, Aktualisierende, S. 7 ff.; KUNZ/MONA, S. 1 ff.; SENN, insbesondere S. 29 ff.

<sup>12</sup> Für diesen Zugang zur Rechtswissenschaft ist der Lehrkörper während meiner Studien in Bern und Tübingen zwischen 1995 und 2001 sicher entscheidend, der aussergewöhnlich grundlagenwissenschaftlich orientiert war. Ich besuchte damals zahlreiche grundlagenwissenschaftliche Veranstaltungen, in Bern unter anderem beim Rechtshistoriker PIO CARONI, der auch meine rechtshistorische Seminar- und Lizentiatsarbeit betreute, beim Kriminologen KARL-LUDWIG KUNZ, beim Rechtsphilosophen und Staatsrechtler JÖRG PAUL MÜLLER, bei ALFRED KÖLZ als Gastdozent für Verfassungsgeschichte und bei KURT SEELMANN als Gastdozent für Rechtsphilosophie, in Tübingen in meinem LL.M.-Studiengang sodann beim Rechtshistoriker JAN SCHRÖDER, der auch meine rechtshistorisch-rechtsvergleichende Magisterarbeit betreute, beim Kriminologen HANS-JÜRGEN KERNER und beim Rechts- und Sozialphilosophen OTFRIED HÖFFE.



Ich habe mich bemüht, die schweizerische Literatur möglichst vollständig zu berücksichtigen, wobei bei der Breite des Themas nicht auszuschliessen ist, dass etwas Wesentliches übersehen worden ist. Die unüberblickbare deutsche Literatur wurde bei weitem nicht vollständig, sondern nur insoweit rezipiert, wie es für die konkrete Fragestellung als Anregung hilfreich schien. Ein eigentlicher Rechtsvergleich wird ohnehin nicht angestrebt, zumal trotz Verwandtschaft der Prozessordnungen ein unkritischer Transfer von Argumentationsfiguren wegen des je nach Rechtsordnung unterschiedlichen systemischen strafprozessrechtlichen Zusammenspiels methodisch heikel wäre.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Zu Methoden, Chancen und Grenzen der Rechtsvergleichung nach wie vor einführend und grundlegend ZWEIGERT/KÖTZ, S. 1 ff., S. 12 ff., S. 31 ff.



Erster Teil:

**Forschungsstand – Verteidigung als Akteurin  
der Wahrheitssuche oder Hindernis  
der Wahrheitsfindung**



## 1. Kapitel: **Gegenstand und Vorgehen**

Gegenstand des ersten Teils ist die Darstellung des Forschungsstandes zur Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche. Im Kern geht es um die Frage, ob die Verteidigung als Akteurin oder Hindernis bei der strafprozessualen Wahrheitssuche angesehen wird.

Das 2. Kapitel dieses ersten Teils bietet zunächst einen grundlegenden Überblick zum Forschungsstand über die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche im engeren Sinne. Hier wird auch auf den Meinungsstand bezüglich der Grenzen der zulässigen Verteidigungshandlungen eingegangen. Wie zu zeigen ist, werden diese wiederkehrend mit der drohenden Beeinträchtigung der strafprozessualen Wahrheitsfindung durch die Verteidigung begründet. Diese Diskussion spielt damit auch eine Rolle für die Frage, ob die Verteidigung als Akteurin der Wahrheitssuche oder als Hindernis der Wahrheitsfindung gesehen wird.

Im 3. Kapitel wird sodann anhand von fünf Beispielen dargestellt, wie das Funktionsverständnis zur Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche – Akteurin versus Hindernis – konkreten Einfluss auf rechtsdogmatische und rechtspolitische Debatten zeitigt.

Schliesslich folgt im 4. Kapitel eine Zusammenfassung des gesamten ersten Teils.

## 2. Kapitel: Überblick zum Forschungsstand

Ein zentrales, bereits älteres Werk zum vorliegenden Thema ist die Dissertation von WILLY OBRECHT aus dem Jahre 1982.<sup>14</sup> Der Autor geht von der Prämisse aus, dass es im Strafprozess nicht um das Finden der materiellen Wahrheit um jeden Preis gehe, sondern um Wahrheitsfindung in den Schranken der Rechtsordnung.<sup>15</sup> Den Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche sieht er in der einseitigen Interessenwahrung innerhalb dieses Rahmens. Dieser Auftrag reiche nur so weit, wie die Verteidigung entlastende Aspekte vorbringe und dem Angeschuldigten kein Nachteil erwachse. Deshalb dürfe und müsse die Verteidigung auch bei einem lügenden Beschuldigten auf einen Freispruch hinwirken.<sup>16</sup> Die Verteidigung solle ihre persönliche Überzeugung nicht durchblicken lassen.<sup>17</sup> Ein besonderes Augenmerk richtet OBRECHT auf die Beratung des Klienten.<sup>18</sup> Schwergewichtig befasst er sich aber mit den Grenzen der einseitigen Interessenwahrung, namentlich bei der Beratung<sup>19</sup>, im Beweisverfahren<sup>20</sup> oder im Umgang mit mutwilligen Verfahrensverzögerungen<sup>21</sup>.

HANSRUEDI MÜLLER betont in seiner Dissertation von 1979 und in einem diese zusammenfassenden Aufsatz aus demselben Jahr die Notwendigkeit der Verteidigung und die Wichtigkeit ihres Beitrags bei der strafprozessualen Wahrheitssuche.<sup>22</sup> Am Anfang einer Strafuntersuchung stehe der Verdacht. Wegen ihrer Verpflichtung, Delikte aufzudecken, neige die Strafverfolgungsbehörde dazu, belastende Momente zu stark zu betonen.<sup>23</sup> Die Verteidigung stelle ein Gegengewicht dar und trage dazu bei, dass der Gegenstandspunkt Gehör finde. Sie sei erforderlich, um die Wahrheitssuche im Prozess zu gewährleisten.<sup>24</sup> Die Mitwirkung der Verteidigung sei daher im Interesse des Beschuldigten, aber auch für die

---

<sup>14</sup> OBRECHT.

<sup>15</sup> OBRECHT, S. 20.

<sup>16</sup> Zum Ganzen OBRECHT, S. 41 ff., S. 59 ff., S. 68 ff.

<sup>17</sup> OBRECHT, S. 63 ff.

<sup>18</sup> OBRECHT, S. 74 ff.

<sup>19</sup> OBRECHT, S. 86 ff., S. 106 ff., S. 111 ff.

<sup>20</sup> OBRECHT, S. 136 ff.

<sup>21</sup> OBRECHT, S. 156 ff.

<sup>22</sup> MÜLLER, Verteidigung, S. 58 ff.; MÜLLER, ZStrR 1979, S. 168 f., S. 174 f.

<sup>23</sup> MÜLLER, Verteidigung, S. 58 ff.; MÜLLER, ZStrR 1979, S. 168.

<sup>24</sup> MÜLLER, Verteidigung, S. 58 ff.; MÜLLER, ZStrR 1979, S. 168 f., S. 174 f.

Wahrheitssuche notwendig.<sup>25</sup> Die richterliche Entscheidungsfindung ergebe sich aus dem dialektischen Zusammenwirken der Prozesssubjekte im Strafverfahren.<sup>26,27</sup>

In einer Schrift aus dem Jahre 1985 nahm sich der damalige Berner Staatsrechtsordinarius JÖRG PAUL MÜLLER grundsätzlich der «Funktion des Rechtsanwalts im Rechtsstaat – Mittel und Grenzen der Staatsaufsicht» an.<sup>28</sup> Dabei hielt er unter anderem fest, dass es seit der Abschaffung des Inquisitionsprozesses leitendes Gedankengut sei, dass Recht und Wahrheit nicht einem gottbegnadeten Hoheitsträger verfügbar seien, sondern in einer diskursiven Auseinandersetzung, das heisst durch Rede und Gegenrede zu erstreiten seien.<sup>29</sup> Daher sei der Anwalt nicht Diener einer vorgegebenen Rechtspflege, sondern er partizipiere als konstitutiver Agens im diskursiven Prozess der Rechts- und Wahrheitssuche, in jenem Prozess, der allein die Chance der Einsicht in Wahres und Gerechtes in sich berge.<sup>30</sup> Rechtliches Gehör, das der Anwalt für seinen Klienten realisiere, sei daher nicht ein von den hoheitlichen Entscheidungsträgern grosszügig gewährtes Privileg, sondern Bedingung einer auf Richtigkeit hin orientierten Rechtsprechung überhaupt.<sup>31</sup>

Auch DETLEF KRAUSS betonte 1999 in seinem Aufsatz «Strafverteidigung – wohin?», strafprozessuale Wahrheit sei das Ergebnis eines fairen Dialogs zwischen den Prozessbeteiligten, wobei es der Verteidigung obliege, einseitig aus der Sicht der Beschuldigten daran mitzuwirken.<sup>32</sup>

Nach diesen Publikationen erschienen soweit ersichtlich in der Schweiz über längere Zeit keine Beiträge, die sich vertieft und mit direktem Fokus der vorliegenden Thematik annahmen. Wenn im jüngeren Schrifttum auf die Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche eingegangen wurde, geschah dies vielfach nur im Kontext von Einzelfragen. Deshalb wird im kommenden dritten Kapitel im Rahmen der Aufarbeitung des Forschungsstandes darauf eingegangen. DANIEL JOSITSCH beispielsweise äusserte sich dazu im Entstehungsprozess der eidgenössischen Strafprozessordnung. Er thematisierte, von der weiter unten zu referierenden Debatte zum Anwalt der ersten Stunde ausgehend, die Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche insgesamt und hielt fest, die beweisbare Wahrheit sei das Ziel der Verteidigung.<sup>33</sup> Dabei betonte er, dass die Strafprozessordnung dem Unschuldigen wie dem Schuldigen Verteidigungsrechte in die Hand gebe, welche die

---

<sup>25</sup> MÜLLER, Verteidigung, S. 58 ff.; MÜLLER, ZStrR 1979, S. 169. Die Funktion der Verteidigung, entlastende Momente zu suchen und eine mögliche Voreingenommenheit der Justiz zu korrigieren, findet sich wiederkehrend bereits im älteren Schrifttum. So beispielsweise bei VON RECHENBERG, S. 15 ff. oder noch früher bei ZUBER, S. 72 ff.

<sup>26</sup> MÜLLER, Verteidigung, S. 47 ff., S. 58 ff.

<sup>27</sup> Ähnliche Ausführungen, wenn auch knapper, finden sich bereits einige Jahre vorher in der Dissertation von BANNWART, Stellung, S. 8 ff.

<sup>28</sup> MÜLLER, Funktion.

<sup>29</sup> MÜLLER, Funktion, S. 11.

<sup>30</sup> MÜLLER, Funktion, S. 11 f.

<sup>31</sup> MÜLLER, Funktion, S. 12.

<sup>32</sup> KRAUSS, recht 1999, S. 119.

<sup>33</sup> JOSITSCH, Wahrheit, S. 39 ff.

Verteidigung konsequent einseitig und optimal zu wahren habe. Sodann hob er hervor, dass die professionelle Verteidigung durch diese Verteidigungsrechte indirekt die Verfahrensgerechtigkeit sicherstelle. Die Verfahrensgerechtigkeit limitiere die Suche nach der materiellen Wahrheit:<sup>34</sup> «Unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen kann und soll nur verurteilt werden, wessen Schuld im Rahmen eines rechtmässigen Verfahrens mit den zur Verfügung stehenden Beweismitteln und unter Wahrung der Verteidigungsrechte festgestellt werden konnte.»<sup>35</sup> Er rückte damit die Sicherstellung der schützenden Förmlichkeit und der Verteidigungsrechte als positiven Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche ins Zentrum.

JOSITSCHS Beitrag ist sinnbildlich: Im Vorfeld der eidgenössischen Strafprozessordnung kam die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche nicht primär abstrakt, sondern vor allem in der konkreten rechtspolitischen Diskussion um den sogenannten Anwalt der ersten Stunde zur Sprache.<sup>36</sup> Darüber hinaus wurde im Gesetzgebungsprozess aber kaum je Bezug auf die Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche genommen.<sup>37</sup> Wenn dieser Bezug der Verteidigung hergestellt wurde, dann wurde sie eher als Hindernis, denn als positive Akteurin angesehen. Beispielsweise wurde argumentiert, dass die Möglichkeit eines Kreuzverhörs der Wahrheitsfindung abträglich sein und von der Verteidigung zur Aufblähung des Prozessstoffes missbraucht werden könne.<sup>38</sup>

Seit Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung wurden keine Monographien oder Aufsätze veröffentlicht, die sich ausschliesslich der vorliegenden Fragestellung widmen. Erwähnenswert ist allerdings die Habilitationsschrift von DANIELA DEMKO aus dem Jahr 2014, «Menschenrecht auf Verteidigung» und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene».<sup>39</sup> Auf über 700 Seiten leitet die Autorin minutiös her, dass Strafverfahren grundsätzlich als dialektische Erkenntnisverfahren ausgestaltet sind; deshalb sei es das Recht der beschuldigten Person auf eine wirksame Verteidigung, «welches sich als das *essentielle und konstituierende Grundmoment* des Angeklagten auf ein faires Strafverfahren darstellt».<sup>40</sup>

Der Forschungsstand zur neuen Strafprozessordnung findet sich zusammengefasst in Sammelbänden, Lehrbüchern und Kommentaren. Darin wird auch verschiedentlich betont, die Mitwirkung der Verteidigung sei ein Beitrag zur diskursiven Wahrheitssuche.<sup>41</sup> In einem Strafverfah-

---

<sup>34</sup> JOSITSCH, Wahrheit, S. 39 ff.

<sup>35</sup> JOSITSCH, Wahrheit, S. 43.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu unten Erster Teil, 3. Kapitel, A. Anwalt der ersten Stunde.

<sup>37</sup> Vgl. hierzu unten Zweiter Teil, 2. Kapitel Strafprozessuale Wahrheitsvorstellung des historischen Gesetzgebers.

<sup>38</sup> Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 72.

<sup>39</sup> DEMKO, Menschenrecht.

<sup>40</sup> DEMKO, Menschenrecht, S. 726.

<sup>41</sup> ALBRECHT, Funktion, S. 10 f.; RIKLIN, Kommentar, Art. 128 N. 1 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 110 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 286 f.; Zürcher Kommentar StPO-LIEBER, Art. 128 N. 1 ff.



ren werde die historische Wahrheit nicht gefunden, sondern in einem kontradiktorischen Verfahren gesucht.<sup>42</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Perspektiven des Staatsanwalts, der beschuldigten Person und des Gerichts gebe es verschiedene Wahrheiten. Dabei sei die Untersuchungsbehörde durch eine gewisse Belastungsperspektive geprägt.<sup>43</sup> Deshalb sei es sowohl im Interesse der Durchsetzung der materiellen Wahrheit als auch der richtigen Rechtsanwendung nötig, dass auf Seiten des Beschuldigten eine fachlich befähigte Person stehe.<sup>44</sup> Der Verteidigung komme dabei die Rolle der einseitigen Interessenwahrerin der Beschuldigtenrechte und Kontrolleurin des Verfahrens zu.<sup>45</sup> Sie trage überdies zur Entlastungsperspektive bei.<sup>46</sup>

Die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche wird in der Literatur damit derzeit weniger in grundsätzlichen Darstellungen, sondern – wie zu zeigen ist – im Zusammenhang mit Erörterungen zu den rechtlichen Grenzen der Verteidigungstätigkeit diskutiert. Die einseitige Interessenwahrung der Verteidigung bewegt sich nach einhelligem Meinungsstand innerhalb des strafrechtlichen, strafprozessrechtlichen und anwaltsrechtlichen Rahmens (Art. 128 StPO). Anwaltliches Handeln ist nur mit zulässigen, legalen Mitteln erlaubt; widerrechtliche Methoden sind verboten.<sup>47</sup> In Bezug auf den Beitrag der Verteidigung zur Wahrheitsfindung wird in der herrschenden Literatur festgehalten, dass die Verteidigung weder aktiv zur Wahrheitsfindung gegen das Klienteninteresse beitragen noch falsche Annahmen der Behörden korrigieren müsse. Für die Verteidigung erkennbar falsche Aussagen des Klienten müssten nicht korrigiert und Informationen dürften selektiv gewichtet und eingebracht werden.<sup>48</sup> Konsens besteht ebenfalls, dass die Verteidigung eigene Ermittlungen tätigen darf. Verboten ist dagegen nach herrschender Auffassung die Beeinflussung von Zeugen oder die Fälschung und Unterdrückung von Beweismitteln sowie die aktive Verdunkelung eines Sachverhaltes, wobei hierfür bei der Argumentation oft auf die

<sup>42</sup> ALBRECHT, Funktion, S. 10 f.; RIKLIN, Kommentar, Art. 128 N. 1 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 110 f.; Zürcher Kommentar StPO-LIEBER, Art. 128 N. 1 ff.

<sup>43</sup> ALBRECHT, Funktion, S. 10 f.; RIKLIN, Kommentar, Art. 128 N. 1 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 110 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 286 f.; Zürcher Kommentar StPO-LIEBER, Art. 128 N. 1 ff.

<sup>44</sup> RIKLIN, Kommentar, Art. 128 N. 1 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 110 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 286 f.; Zürcher Kommentar StPO-LIEBER, Art. 128 N. 1 ff.

<sup>45</sup> BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N. 8; CR CCP-HARARI, Art. 128 N. 3 f.; RIKLIN, Kommentar, Art. 128 N. 1 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 110 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 286 f.; Zürcher Kommentar StPO-LIEBER, Art. 128 N. 1 ff.

<sup>46</sup> BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N. 8; BANNWART, Möglichkeiten, S. 126 f.; CR CCP-HARARI, Art. 128 N. 3 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 110 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 286 f.; Zürcher Kommentar StPO-LIEBER, Art. 128 N. 1 ff.

<sup>47</sup> BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N. 8; CR CCP-HARARI, Art. 128 N. 22 f.; ISENRING/MAYBUND/PAYER, S. 58 ff.; OMLIN, S. 74 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar Art. 128 N. 1; Zürcher Kommentar StPO-LIEBER, Art. 128 N. 4 ff.; dazu vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung auch HOHLER, insbesondere S. 297 ff.

<sup>48</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 107 ff.; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N. 6 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 38e f., mit Verweisen; FELLMANN, S. 103 ff., mit Verweisen; HOHLER, S. 297 ff.; ISENRING/MAYBUND/PAYER, S. 63 f.; Zürcher Kommentar StPO-LIEBER, Art. 128 N. 5a ff.; so auch bereits MÜLLER, ZStrR 1979, S. 187 ff.

Rechtspflegedelikte Bezug genommen wird.<sup>49</sup> Gestützt auf die Generalklausel des BGFA in Art. 12 lit. a, wonach die Anwältin ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben habe, wird in der herrschenden Literatur zusätzlich vertreten, es sei zwar nicht Sache der Verteidigung, die Aufdeckung der materiellen Wahrheit zu fördern; für sie gelte nur, aber immerhin, eine limitierte Wahrheitspflicht. Es sei ihr daher untersagt, bewusst unwahre Behauptungen aufzustellen, Angaben wider besseres Wissen vorzutragen, zu lügen, mit dem eigenen Klienten eine Lüge zu konstruieren oder ihn dazu anzustiften.<sup>50</sup>

Der Rat zur Aussageverweigerung wird heute dagegen einhellig als bedenkenlos eingestuft,<sup>51</sup> nachdem eine solche Beratung Ende der Siebziger-, Anfang der Achtziger-, ja sogar bis in die Neunzigerjahre des 20. Jahrhunderts noch zu Kontroversen geführt hatte.<sup>52</sup> Ebenso darf die Verteidigung nach heutiger Auffassung die beschuldigte Person ausdrücklich darauf hinweisen, dass Lügen im Strafprozess grundsätzlich nicht strafbar seien.<sup>53</sup> Eine eigentliche Anstiftung zum Lügen wird dagegen, wie erwähnt, als unzulässig angesehen.<sup>54</sup>

In Literatur und Rechtsprechung wird damit vertreten, dass die Handlungen der Verteidigung strafrechtlichen Grenzen unterliegen. Rechtswidrig ist nach dem Stand der Literatur in anwaltsrechtlicher Hinsicht, wenn ein Verteidiger positiv störend in die Wahrheitsfindung eingreift, selbst wenn dieses Verhalten nicht strafrechtlich relevant ist.<sup>55</sup> Diese Ansicht stösst in

---

<sup>49</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 107 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 38e f., mit Verweisen; FELLMANN, S. 103 ff., mit Verweisen; HOHLER, S. 297 ff.; ISENRING/MAYBUND/PAYER, S. 62 ff.

<sup>50</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 108 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 38a ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 103 ff., mit Verweisen; im Ergebnis auch LOEFFEL, zusammenfassend Rz. 42 f.; ähnlich ISENRING/MAYBUND/PAYER, S. 64; NAEGELI, S. 292 ff., wobei sich der Aufsatz vorwiegend auf den Zivilprozess bezieht; RUDOLF, Pflichten, S. 326, der immerhin darauf hinweist, dass hier vieles strittig sei.

<sup>51</sup> Dazu auch HOHLER, S. 299. Es besteht überdies seit längerem sogar Konsens darüber, dass es eine Verteidigungspflicht ist, den eigenen Mandanten über die Möglichkeit der Aussageverweigerung aufzuklären. Statt vieler prägnant SALUZ, plädoyer 2006, S. 28 ff.

<sup>52</sup> Vgl. dazu STRATENWERTH, SJZ 1978, S. 217 ff., der bereits damals klar befürwortete, dass die Verteidigung den Rat zum Schweigen erteilen dürfe. Anders aber beispielsweise noch MÜLLER, ZStr 1979, S. 189 f., der in Bezugnahme auf STRATENWERTH festhielt, die Verteidigung dürfe zwar über die Vor- und Nachteile einer beabsichtigten Aussage und das Aussageverweigerungsrecht aufklären, nicht aber den expliziten Rat zur Aussageverweigerung erteilen; vgl. derselbe immer noch fast 20 Jahre später MÜLLER, ZStr 1996, S. 179 f.; OBRECHT, S. 99 ff., wiederum vertrat dagegen bereits 1982 unter eingehender Auseinandersetzung mit dem damaligen Forschungsstand die Auffassung, dass der Rat zur Aussageverweigerung zulässig sei.

<sup>53</sup> Dass Lügen des Beschuldigten nicht strafbar sind, entspricht der klar herrschenden Meinung: Eingehend THOMMEN, sui-generis 2018, S. 313 ff., mit Verweisen. Der Autor schreibt zudem, dass es ausschliesslich eine vom Beschuldigten und seiner Strafverteidigerin zu beantwortende Frage sei, ob zur Lüge als Verteidigungsstrategie gegriffen werde (ebenda S. 323). Darüber hinaus setzt er sich allerdings nicht mit der Frage auseinander, wie weit die Verteidigung exakt gehen dürfe.

<sup>54</sup> BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N. 8; RUDOLF, Pflichten, S. 326.

<sup>55</sup> Statt vieler BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 108 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 38a ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 103 ff., mit Verweisen; HOHLER, S. 297 ff.; ISENRING/MAYBUND/PAYER, S. 64.

der Literatur teilweise auf Kritik, weil die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA, auf die sich diese Rechtsprechung heute stützt, hierfür zu wenig präzise umschrieben sei.<sup>56</sup> Im dritten Teil der Arbeit wird diese Diskussion nochmals aufgenommen und um eine eigene Stellungnahme ergänzt.

Insgesamt lässt sich eingangs festhalten, dass der Verteidigung zwar in der Literatur grundsätzlich zugestimmt wird, ihr komme als einseitige Interessenwahrerin für die beschuldigte Person eine zentrale Rolle als eine Art Korrektiv der Untersuchungsbehörde zu. Damit leiste sie einen Beitrag zu einer diskursiven Wahrheitssuche. Indessen wurde diese Debatte mit Ausnahme der Hinweise in der Monographie von DANIELA DEMKO in jüngerer Zeit nicht detailliert geführt und die Trag- und Reichweite dieses Funktionsverständnisses nicht eingehend erörtert. Vertiefte Meinungsäußerungen dazu finden sich ansonsten vor allem in älteren Monographien, fallen aber in aller Regel eher knapp aus. Mehr Gewicht wurde und wird im Schrifttum sowie in der Rechtsprechung demgegenüber darauf gelegt, wie die Verteidigung die strafprozessuale Wahrheitsfindung beeinträchtigen könnte und wo Grenzen zu setzen sind. In Literatur und Rechtsprechung werden dabei teilweise nicht nur strafrechtliche und strafprozessrechtliche Grenzen gezogen, sondern – gestützt auf die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA – zusätzlich eine limitierte Wahrheitspflicht der Verteidigung postuliert.

Zusammenfassend wird damit der aktive, positive Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche im Vergleich zu ihrem Störungspotential, mit welchem sie einen geordneten Untersuchungsgang behindern soll, marginalisiert. Literatur und Rechtsprechung betonen in ihren grundsätzlichen Ausführungen weniger die Rolle der Verteidigung als Akteurin bei der strafprozessualen Wahrheitssuche, sondern befürchten eher, sie sei dabei ein Hindernis.

---

<sup>56</sup> BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N. 7; dazu auch SCHILLER/NATER, S. 42 ff.

### 3. Kapitel: **Konkretisierung des Forschungsstandes anhand von fünf Beispielen**

In den folgenden Abschnitten wird anhand von fünf Beispielen aufgezeigt, wie die skizzierte Vorstellung von der Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitsuche immer wieder Einfluss auf Argumentationsverläufe in rechtspolitischen wie rechtsdogmatischen Diskussionen zeitigt. Bei sämtlichen gewählten Beispielen wurden gehaltreiche und eingehende Debatten geführt. Diese Meinungsäusserungen werden daher vorliegend lediglich insoweit wiedergegeben, als darin mit der strafprozessualen Wahrheitsuche im Kontext von Verteidigungsrechten argumentiert wird.

#### **A. Anwalt der ersten Stunde**

Die eidgenössische Strafprozessordnung trat 2011 in Kraft und ersetzte die früheren kantonalen Strafverfahrensgesetze. Im Entstehungsprozess wurden die Befugnisse von Staatsanwaltschaft, Gerichten und Verteidigung eingehend diskutiert. Mit der Entstehungsgeschichte der Strafprozessordnung befasst sich das 2. Kapitel des zweiten Teils dieser Arbeit. Vorläufig genügt die Feststellung, dass sich in deren Verlauf abzuzeichnen begann, dass inskünftig die Staatsanwaltschaft nicht nur als Anklägerin vor Gericht auftreten, sondern zudem das ganze Vorverfahren leiten werde. Dem Vorverfahren sollte nach dieser Konzeption insbesondere für die Beweiserhebung eine sehr grosse Bedeutung zukommen; in diesem Stadium sollten grundsätzlich sämtliche Beweisabnahmen erfolgen. Das Hauptverfahren vor Gericht sollte nur beschränkt unmittelbar ausgestaltet sein, das heisst, dem Gericht sollte damit die Befugnis zukommen, weitgehend auf bereits durch die Staatsanwaltschaft erhobene Beweise abzustellen. Dieses durch die Staatsanwaltschaft geleitete Vorverfahren sollte im Vergleich zu nahezu allen früheren kantonalen Prozessordnungen eine markant erhöhte Bedeutung erhalten. Es stellte sich daher die Frage, wie die Verteidigungsrechte als Gegengewicht sichergestellt werden können.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Einführend zur Entstehungsgeschichte RIKLIN, Kommentar, Einleitung N. 14 ff. Vgl. überdies nachfolgend Zweiter Teil, 2. Kapitel Strafprozessuale Wahrheitsvorstellung des historischen Gesetzgebers.

Als mögliches wirkungsvolles Instrument wurde angesehen, dass der beschuldigten Person von Anfang des Strafverfahrens an, das heisst ab der ersten Einvernahme, das Recht zu gewähren sei, eine Verteidigung zu mandatieren. In dieser Diskussion bürgerte sich dazu der Terminus «Anwalt der ersten Stunde» ein. Dabei handelte es sich im Zeitpunkt des Entstehungsprozesses der Strafprozessordnung keineswegs um einen gefestigten und schon gar nicht einen traditionellen Begriff des schweizerischen Strafverfahrensrechts.<sup>58</sup> Der Anwalt der ersten Stunde entsprach nicht verbreiteter kantonaler Praxis.<sup>59</sup> Es kam deshalb zu einer regen Kontroverse darüber, ob diese Neuerung sinnvoll sei.<sup>60</sup> Schlussendlich wurde der Anwalt der ersten Stunde in Art. 159 Abs. 1 StPO kodifiziert.

Der Vorschlag zur Einführung dieses Instituts wurde erstmals im Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001 präsentiert. Insbesondere Vertreter der Strafverfolgungsbehörden bekämpften ihn vehement und führten an, der Anwalt der ersten Stunde sei der Ermittlung der materiellen Wahrheit abträglich. Den Strafverfolgungsbehörden müsse eine erste Einvernahme des Beschuldigten ohne Anwalt möglich sein, damit dieser ohne taktische Erwägungen aussage.<sup>61</sup> Der Polizeihauptmann HEINRICH GUGGENBÜHL hielt fest, dass die Polizei der Wahrheit viel näher käme, wenn sie den Beschuldigten am Anfang allein befragen könne. Der Polizei gehe es, anders als der Verteidigung, um die materielle Wahrheit.<sup>62</sup>

Beispielhaft sei sodann die Stellungnahme von ULRICH WEDER hervorgehoben, welche die wiederholt kolportierten Bedenken geradezu idealtypisch zusammenfasst. WEDER brachte in einem NZZ-Artikel pointiert vor, der Anwalt der ersten Stunde liege nicht im Interesse einer effizienten, an der Erforschung der tatsächlichen Wahrheit orientierten Strafrechtspflege. Denn dieses Institut trage genau besehen den realen Gegebenheiten und Bedürfnissen des strafjustiziellen Alltags nicht Rechnung; vielmehr hindere es die rasche Strafverfolgung vor allem im Zeitpunkt der Entstehung eines Tatverdachts, also beim ersten Zugriff von Polizei und Justiz im Rahmen der Festnahme eines Tatverdächtigen. Die praktische Erfahrung

---

<sup>58</sup> SCHMID, S. 746. Den Begriff hat aber PIETH, Strafverteidigung, S. 37, weit früher verwendet und sich auch inhaltlich für diese «rechtsstaatliche Errungenschaft» ausgesprochen.

<sup>59</sup> Zu den unterschiedlichen früheren kantonalen Rechtslagen GARLAND, Waffengleichheit, S. 23 ff.; SCHMID, S. 749 ff.

<sup>60</sup> Konzis zum Entstehungsprozess SCHLEGEL/WOHLERS, S. 307 f. Zu Recht weisen die Autoren darauf hin, dass die früheren kantonalen Strafprozessordnungen aufgrund der damaligen rasanten Entwicklung in der Rechtsprechung des EGMR kaum mehr mit der EMRK zu vereinbaren gewesen wären, die eidgenössische StPO aber über diese Mindeststandards hinausgehe (ebenda S. 308 ff. und S. 317 f.). Eingehend zum Ganzen auch SCHLEGEL, S. 163 ff und S. 234 ff.; vgl. auch WOHLERS, ZStrR 3/2020, S. 234 ff. Zur Auslegung der neuen Strafprozessordnung unter Einbezug der damaligen Rechtsprechung des EGMR DONATSCH/CAVEGN, forumpoenale 2009, S. 108 f.; eingehend zur Herleitung des Instituts bis zur Verankerung im Vorentwurf SCHMID, S. 745 ff.

<sup>61</sup> DELNON/GUGGENBÜHL, S. 10 ff.; WEDER, NZZ 2006, S. 15; derselbe bereits früher für das damalige Zürcher Strafprozessrecht WEDER, Postulat, S. 445 ff.; vgl. überdies ALBERTINI/VOSER/ZUBER, S. 53 ff.; BLÄTTLER, S. 242 ff.

<sup>62</sup> DELNON/GUGGENBÜHL, S. 10 f.

zeige, dass Beschuldigte zu Beginn eines Strafverfahrens, vielfach noch unter dem Einfluss der begangenen Straftat und der Festnahme, eher unbehelligt von taktischen Überlegungen aussagen würden, als es im späteren Verfahrensverlauf der Fall sei. Eine Verteidigung aber, welche ihre rechtsstaatlich wichtige Funktion, nämlich die einseitige Wahrung der Interessen ihres Mandanten, ernsthaft ausübe, evoziere naturgemäss Aussagen des Beschuldigten, die sich nicht primär an der Aufklärung der Straftat orientieren, sondern am eigenen Interesse eines günstigen Ausgangs des Strafprozesses. Deswegen dürfe einer tatverdächtigen verhafteten Person unter keinen Umständen der Anspruch gewährt werden, sich vor der ersten Einvernahme noch «unter vier Augen» mit der Verteidigung zu unterhalten. Werde ein solcher Kontakt zugelassen, seien die Aussagen des Beschuldigten naturgemäss massiv von taktischen Erwägungen gefiltert, was ihren Wert als Beweismittel schmälere und die Wahrheitsfindung beeinträchtige. Im Interesse der Wahrheitsfindung und einer effizienten Strafverfolgung müsse daher gerade auch im Bereich der Schwerekriminalität darauf verzichtet werden, ein Teilnahme- und Kontaktrecht vor und während der ersten Beschuldigteneinvernahme vorzusehen. Ein Rechtsstaat verwirkliche sich im Strafprozess nicht allein durch möglichst weitgehende Verteidigungsrechte, sondern ebenso durch eine der Gerechtigkeit, der effizienten Erforschung der materiellen Wahrheit sowie dem Opferschutz verpflichtete Strafverfolgung.<sup>63</sup> Auch etwa GIANFRANCO ALBERTINI et al. und STEFAN BLÄTTLER brachten in der Folge unter Bezugnahme auf ULRICH WEDER im Kern dieselben Argumente vor.<sup>64</sup>

Im Vernehmlassungsverfahren stiess der Anwalt der ersten Stunde teilweise ebenfalls auf Skepsis. Manche Kantone hegten Befürchtungen hinsichtlich einer Wahrheitsvereitelung.<sup>65</sup> In der parlamentarischen Debatte wurden diese Argumente erneut vorgebracht.<sup>66</sup> Teilweise wurde mit der materiellen Wahrheit auch gegen ein umfassendes Akteneinsichtsrecht des Anwalts der ersten Stunde argumentiert.<sup>67</sup>

Die Befürworter des Anwalts der ersten Stunde argumentierten dagegen weniger ausdrücklich mit der strafprozessualen Wahrheitsuche oder dem strafprozessualen Wahrheitsbegriff. Sie brachten primär den Gewinn an Rechtsstaatlichkeit vor, welchen dieses Institut mit sich bringe,<sup>68</sup> beziehungsweise die Verfahrensgerechtigkeit, welcher der Vorzug vor der materiellen Wahrheit gebühre.<sup>69</sup> Ein weiteres Argument betraf Entwicklungen in den kantonalen Strafprozessordnungen und internationale Tendenzen.<sup>70</sup> Angeführt wurde überdies, die erste polizeiliche Einvernahme sei wegweisend.<sup>71</sup> Der Beschuldigte befinde sich in einer Schwä-

---

<sup>63</sup> WEDER, NZZ 2006; derselbe bereits früher für das damalige Zürcher Strafprozessrecht WEDER, Postulat, S. 445 ff.

<sup>64</sup> ALBERTINI/VOSER/ZUBER, S. 55; BLÄTTLER, S. 245.

<sup>65</sup> Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 40 und S. 100.

<sup>66</sup> RK-N vom 22.–23. Februar 2007, S. 38 f.

<sup>67</sup> RK-N vom 25.–26. Januar 2007, S. 49 f.

<sup>68</sup> So ERNI, ZStrR 2007, S. 229 ff.; RUCKSTUHL, Anwaltsrevue 2007, S. 325; RUCKSTUHL, ZStrR 2010, S. 145; WOHLERS/SCHLEGEL, S. 75 f.

<sup>69</sup> JOSITSCH, Wahrheit, S. 43.

<sup>70</sup> So explizit SCHMID, S. 756.

<sup>71</sup> FREI, S. 212.; POPP, Anwaltsrevue 2007, S. 268 ff.

chesituation, weshalb ohne anwaltlichen Beistand falsche Geständnisse und damit Fehlurteile drohten.<sup>72</sup> Der Kontroll-, Beratungs- und Fürsorgeauftrag der Verteidigung indiziere die Teilnahme ab der ersten polizeilichen Einvernahme.<sup>73</sup> Damit das Fundamentalprinzip der Aussagefreiheit nicht zum papierenen Recht verkomme, brauche es anwaltliche Beratung.<sup>74</sup> Mache der Verteidiger seinen Klienten auf entlastende Momente aufmerksam, könne allenfalls unnötiger Aufwand vermieden werden. In diesem Sinne diene das Recht auf formelle Verteidigung der Durchsetzung der materiellen Wahrheit.<sup>75</sup> Zudem komme einer selbstbelastenden Aussage, die in einer Einvernahme unter Anwesenheit der Verteidigung gemacht wird, ein hoher Beweiswert zu.<sup>76</sup>

Zusammenfassend: Die Gegner des Anwalts der ersten Stunde bekämpften im Vorfeld der eidgenössischen Strafprozessordnung das geplante neue Institut im Kern mit der Argumentation, es sei ein Hindernis bei der Rekonstruktion der materiellen Wahrheit. Die Befürworter führten in erster Linie rechtsstaatliche Argumente an. Eher sekundär erwähnten sie, dass die Präsenz des Anwalts von Beginn der Untersuchung an falsche Geständnisse und damit Fehlurteile verhindern könne und die Verteidigung ihre Mandantin auf entlastende Momente hinweisen könne. Zudem komme einer selbstbelastenden Aussage der beschuldigten Person in Anwesenheit der Verteidigung ein hoher Wert zu. Dieses Argument nahm zwar Bezug auf die Rolle der Verteidigung als Akteurin bei der strafprozessualen Wahrheitssuche; indessen spielte es in der Diskussion keine prominente Rolle. Die Gegner dieses Verteidigungsrechts argumentieren in der Debatte insgesamt weit öfter und zentraler als die Befürworter mit der strafprozessualen Wahrheitssuche und mit der materiellen Wahrheit als Verfahrensziel.

## **B. Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter**

Die oben dargestellte Bedeutung der staatsanwaltschaftlichen Beweisabnahmen im Vorverfahren zieht nicht nur bei Einvernahmen der beschuldigten Personen, sondern überdies bei sämtlichen anderen Beweiserhebungen die Frage nach sich, inwiefern es der beschuldigten Person und der Verteidigung möglich ist, diese umfassend zu kontrollieren und daran mitzuwirken. Im Kern geht es um die Frage, ob staatsanwaltschaftliche Beweisabnahmen im Vorverfahren für die beschuldigte Person und ihre Verteidigung öffentlich sind oder ob die Staatsanwaltschaft sie ohne deren Teilnahme durchführen kann. Diese sogenannte Parteiöffentlichkeit ist von der generellen Öffentlichkeit des Verfahrens zu unterscheiden, da ganze Verfahren oder einzelne Verfahrensabschnitte lediglich einer beschränkten Öffentlich-

---

<sup>72</sup> ARQUINT, S. 192 f.; DELNON/GUGGENBÜHL, S. 10 f.; POPP, Anwaltsrevue 2007, S. 268 ff.; WOHLERS/SCHLEGEL, S. 75 f.

<sup>73</sup> So insbesondere ARQUINT, S. 180 ff.

<sup>74</sup> ARQUINT, S. 192.

<sup>75</sup> FREI, S. 215.

<sup>76</sup> WOHLERS/SCHLEGEL, S. 76; SCHLEGEL, S. 279 f. Auf den problematischen Beweiswert einer Beschuldigtenaussage ohne anwaltlichen Beistand, insbesondere in einer polizeilichen Befragung, wies bereits weit vor Vorlage des Entwurfs der eidgenössischen StPO CAMENZIND, S. 31 f., hin.

keit zugänglich sein können.<sup>77</sup> Es ist daher auch unbestritten, dass das Vorverfahren nicht publikumsöffentlich ist (Art. 69 Abs. 3 lit. a StPO).<sup>78</sup>

Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit von staatsanwaltschaftlichen Beweiserhebungen wird dagegen in Art. 147 Abs. 1 StPO statuiert. Dabei wird betreffend die Anwesenheit der Verteidigung auf Art. 159 StPO verwiesen. In Verbindung mit Art. 127 Abs. 1 StPO wird einhellig gefolgert, dass grundsätzlich ein Teilnahmerecht der Verteidigung an Beweiserhebungen besteht.<sup>79</sup> Seit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung wurde in der Literatur allerdings rege diskutiert, ob die Teilnahme der Verteidigung und der beschuldigten Person an Einvernahmen von Mitbeschuldigten eingeschränkt werden könne. Es wurden verschiedene Positionen vertreten, die sich teilweise grundsätzlich, teilweise in Nuancen unterscheiden.<sup>80</sup> Diese werden vorliegend nur referiert, soweit auf die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche Bezug genommen wird. Soweit ersichtlich ebenfalls nicht diskutiert wurde die Möglichkeit, dass Beweisabnahmen lediglich für die Verteidigung *oder* die beschuldigte Person parteiöffentlich sein sollen; die Anwesenheit von Verteidigung und beschuldigter Person wurde als *eine* Thematik behandelt. Wenn in der Folge daher von der Teilnahmemöglichkeit der Verteidigung die Rede ist, so ist damit stets auch diejenige ihrer Mandantin mitgemeint.

Die Befürworter einer uneingeschränkten Teilnahmemöglichkeit der Verteidigung brachten vor, ein umfassendes Teilnahmerecht sei gesetzlich kodifiziert worden und könne ausser in Fällen von klarem Missbrauch nicht eingeschränkt werden. Es gehe darum, ein Gegengewicht zur starken prozessualen Stellung der Staatsanwaltschaft und eine Kontrollmöglichkeit der Verteidigung zu verankern. Das Teilnahmerecht könne der Wahrheitsfindung zuträglich sein.<sup>81</sup> Stellvertretend für diesen Standpunkt sei die konzise Begründung von GUNHILD GODENZI angeführt:

«Nur eine Teilnahme an der Einvernahme gewährleistet, dass die Parteien mitgestalten können, worüber und in welcher Art und Weise kommuniziert wird. Nur eine Teilnahme an der Einvernahme eröffnet ihnen die Chance, klarstellend in eine Aussage einzugreifen oder einseitig orientierte Fragen der einvernehmenden Person zu korrigieren, bevor das Beweisergebnis steht. Und nur die Teilnahme an der Einvernahme ermöglicht den Parteien eine Kontrolle darüber, dass Einvernahmevorschriften eingehalten werden und aus-

---

<sup>77</sup> Statt aller BSK StPO-SAXER/THURNHERR, Art. 69 N. 5 ff.; CR CCP-MAHON/JEANNERAT, Art. 69 N. 7 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 90 ff.

<sup>78</sup> Statt aller BSK StPO-SAXER/THURNHERR, Art. 69 N. 5 ff.; CR CCP-MAHON/JEANNERAT, Art. 69 N. 7 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 90 ff.

<sup>79</sup> Statt aller BSK StPO-SCHLEIMINGER METTLER, Art. 147 N. 7 ff.; CR CCP-THORMANN/MÉGEVAND, Art. 69 N. 2a ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 147 N. 3 ff.; eingehend mit umfassenden Verweisen bereits JOOS.

<sup>80</sup> Ein Überblick über die initiale Diskussion im Zusammenspiel zwischen Lehre, kantonaler Rechtsprechung und den ersten höchstrichterlichen Entscheiden findet sich bei BOMMER, recht 5–6/2012, S. 143 ff.; JOOS; WOHLERS, forumpoenale 3/2013, S. 160 ff.

<sup>81</sup> BONIN/MÜNCH; MELUNOVIC/JOSET, Anwaltsrevue 2015, S. 251 ff.; MELUNOVIC/JOSET, forumpoenale 2017, S. 334 f.



serprotokollarische (Geheimgespräche) unterbleiben. Dass solche Ermittlungs- und Erledigungsmethoden nicht rein fantastisch sind, bezeugt die Rechtsprechung. Der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung ist daher sehr viel mehr als ein Diener der Wahrheitsermittlung: Er trägt wesentlich dazu bei, dass das Postulat einer Subjektstellung der beschuldigten Person im Strafverfahren kein Lippenbekenntnis bleibt.»<sup>82</sup>

Die Befürworter einer eingeschränkten Parteiöffentlichkeit führten dagegen an, die uneingeschränkte Teilnahme der Verteidigung und der beschuldigten Person an Einvernahmen von Mitbeschuldigten stehe in einem Zielkonflikt mit der avisierten strafprozessualen Wahrheitsfindung. Namentlich treffe dies vor den ersten gesonderten Vorhalten zu, da eine Anpassung der Aussagen möglich werde.<sup>83</sup> Es wurde pointiert vorgebracht, dass das Teilnahmerecht nicht nur so ausgestaltet sei, dass es die Wahrheitsfindung beeinträchtige, sondern derart, dass es von den Strafverfolgungsbehörden eine dilettantische Beweisführung verlange.<sup>84</sup> Dementsprechend wurden Einschränkungen postuliert, die sich auf Art. 101 Abs. 1, 108, 146 Abs. 4 und 149 Abs. 2 lit. b StPO abstützen sollten.<sup>85</sup>

Die Kontroverse führte auch rasch zu divergierender kantonaler Rechtsprechung: So hielt das Appellationsgericht Basel-Stadt in einem Leitentscheid fest, das vollumfängliche Teilnahmerecht dürfe nur unter dem konkret begründeten Vorbringen von Art. 108 StPO eingeschränkt werden. Es liess damit die Teilnahme der beschuldigten Person bzw. der Verteidigung grundsätzlich zu.<sup>86</sup> Auch das Berner Obergericht liess eine Einschränkung des Regelfalles Teilnahmerecht nur unter Anlehnung an Art. 101 StPO (Akteneinsichtsrecht) oder Art. 108 StPO zu.<sup>87</sup> Anders entschied die Strafkammer des Zürcher Obergerichts. Sie vertrat die Auffassung, die Teilnahme der beschuldigten Person an der Einvernahme der mitbeschuldigten Person sei nicht der Regelfall, und begründete diese Auffassung mit Art. 146 Abs. 1 StPO. Im Kern argumentierte sie, Konfrontationsrechte könnten auch noch nachträglich gewährt werden.<sup>88</sup>

Das Bundesgericht klärte die Frage schliesslich in dem Leitentscheid BGE 139 IV 25. Danach sind Teilnahmerechte grundsätzlich zu gewähren. Es sprach sich aber dafür aus, dass diese beschränkt werden können.<sup>89</sup> Dabei führte das Gericht aus, dass bei der Auslegung der StPO eine Kohärenz zwischen den inhaltlich konnexen Bestimmungen betreffend Akteneinsicht und Teilnahme an Beweiserhebungen anzustreben sei. Soweit der Wortlaut von Art. 147 Abs. 1 StPO den Zielkonflikten zwischen der strafprozessualen Wahrheitsfindung und den

---

<sup>82</sup> GODENZI, ZStrR 2011, S. 338.

<sup>83</sup> Vgl. etwa BOMMER, BE N<sup>o</sup> 1012, S. 29 ff.; RIKLIN, Kommentar, Art. 147 N. 4a; WEDER, forumpoenale 2012, S. 228 ff.; WEDER, forumpoenale 2016, S. 281 ff.

<sup>84</sup> So wörtlich WEDER, forumpoenale 2016, S. 282; ebenfalls kritisch zur ursprünglichen Regelung der Strafprozessordnung, wenn auch nicht so pointiert SCHÄR, S. 165 f.

<sup>85</sup> Vgl. etwa BOMMER, BE N<sup>o</sup> 1012, S. 29 ff.; HEIMGARTNER, S. 10 ff.; RIKLIN, Kommentar, Art. 147 N. 4a.; WEDER, forumpoenale 2016, S. 281 ff.

<sup>86</sup> Urteil BE. 2011.87 vom 19. Januar 2012, Erw. 8.1.

<sup>87</sup> Urteil BK 12 35 vom 13. April 2012, Erw. 4.2.3.

<sup>88</sup> Urteil UH110023-O/U/mp vom 11. Mai 2011, Erw. 3b.

<sup>89</sup> Kritisch zu dieser Auslegung unter Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers bereits JOOS, zusammenfassend S. 45.

Parteirechten beziehungsweise der prozessualen Gleichbehandlung von Mitbeschuldigten keine Rechnung trage, sei eine sachgerechte, wertungskohärente Lückenfüllung der Norm (beziehungsweise eine teleologische Reduktion) vorzunehmen. Demnach könne die Staatsanwaltschaft – ähnlich wie bei der Akteneinsicht nach Art. 101 Abs. 1 StPO – im Einzelfall prüfen, ob sachliche Gründe für eine vorläufige Beschränkung der Parteiöffentlichkeit bestünden. Solche Gründe lägen insbesondere vor, wenn im Hinblick auf noch nicht erfolgte Vorhalte eine konkrete Kollusionsgefahr gegeben sei. Falls die Befragung des Mitbeschuldigten sich auf untersuchte Sachverhalte beziehe, welche den noch nicht einvernommenen Beschuldigten betreffen und zu denen ihm noch kein Vorhalt gemacht werden konnte, dürfe der Beschuldigte von der Teilnahme ausgeschlossen werden. Die blosse Möglichkeit einer abstrakten Gefährdung des Verfahrensinteresses durch rechtmässiges prozesstaktisches Verhalten rechtfertige hingegen keinen Ausschluss von den Einvernahmen.<sup>90</sup> Im Ergebnis schränkte das Bundesgericht die Beschuldigten- und Verteidigungsrechte im Vergleich zum Gesetzeswortlaut aufgrund der Befürchtung ein, dass diese die strafprozessuale Wahrheitssuche unterlaufen könnten.

Im Entscheid 6B\_256/2017 vom 13. September 2018 ging das Bundesgericht noch einen Schritt weiter und dehnte die initiierte Rechtsprechung von der Teilnahme an Einvernahmen von Mitbeschuldigten auf diejenige von Privatklägern aus. Eine beschuldigte Person monierte als Beschwerdeführer die Unverwertbarkeit eines Protokolls, weil sie an der Einvernahme des Privatklägers nicht teilnehmen könne. Es ging somit nicht um die Einvernahme eines Mitbeschuldigten. Das Bundesgericht hielt dennoch fest, die Ermittlung der materiellen Wahrheit sei nur mit Beweismitteln möglich, die rechtlich zulässig seien, die also prozessual ordnungsgemäss erhoben worden seien (vgl. Art. 139 Abs. 1, Art. 147 Abs. 1 und 4 StPO). Eine Beschränkung der Teilnahmerechte könne namentlich dann verfügt werden, wenn im Hinblick auf noch nicht erfolgte Vorhalte eine konkrete Kollusionsgefahr gegeben und dadurch der Untersuchungszweck gefährdet sei. Hingegen rechtfertige die blosse Möglichkeit einer abstrakten Gefährdung des Verfahrensinteresses durch rechtmässiges prozesstaktisches Verhalten nach dem Willen des Gesetzgebers und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Ausschluss von Beweiserhebungen.<sup>91</sup> Das Bundesgericht sah im angefochtenen Entscheid jedoch keine Verletzung von Bundesrecht. Es handle sich um eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation, in welcher der massgebende Lebenssachverhalt auf der Grundlage des Polizeirapports und der Anzeigeerstattung lediglich rudimentär bekannt gewesen sei. Dass die Vorinstanz eine erneute, separate Einvernahme des Privatklägers für erforderlich erachtet habe, damit die Staatsanwaltschaft sich ein Bild von der Glaubwürdigkeit der gegen den Beschwerdeführer erhobenen Vorwürfe machen und diesen mit einem konkreten Tatvorwurf habe konfrontieren können, sei aufgrund der Umstände des Einzelfalls nicht zu beanstanden. Die Rüge der Verletzung der Teilnahmerechte und der infolgedessen willkürlichen Sachverhaltsfeststellung erweise sich damit als unbegründet.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> BGE 139 IV 25, Erw. 5.4.4.1.

<sup>91</sup> BGer vom 13. September 2018, 6B\_256/2017, Erw. 2.2.2.

<sup>92</sup> BGer vom 13. September 2018, 6B\_256/2017, Erw. 2.2.3.

Das Bundesgericht ging zwar im Ergebnis nicht so weit wie das Zürcher Obergericht. Es erlaubte aber doch eine Beschränkung der Parteiöffentlichkeit sowohl bei der Einvernahme von Mitbeschuldigten als auch bei jener von Privatklägerinnen in der Rolle als Auskunftsperson. Diese Rechtsprechung zeitigt weitreichende Folgen. Im Ergebnis bleibt trotz dieser Entscheide bis heute nicht abschliessend geklärt, wann wem welches Teilnahmerecht effektiv zusteht. Eine solche Rechtsunsicherheit gereicht der beschuldigten Person wiederum zum Nachteil, da die Staatsanwaltschaft bei ungeklärten Verhältnissen geradezu eingeladen wird, Teilnahmerechte einzuschränken.<sup>93</sup> Selbst wenn am Ende die Verletzung der Teilnahmerechte bejaht wird, dauert der Beschwerdeweg sehr lange. Auch diese Verzögerung, so GODENZI, «schwächt den Rechtsschutz der beschuldigten Person enorm, es macht ihn wenig effektiv. Denn: Unterdessen nimmt die Untersuchung ihren Gang.»<sup>94</sup>

Diese dogmatische Kontroverse begann nahezu ab Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung und prägte die gleichzeitig geführte rechtspolitische Debatte mit; teilweise überlagerten sich auch beide Diskussionen.<sup>95</sup> Denn die Vertreter der Strafverfolgungsbehörden setzten sich zudem rechtspolitisch dafür ein, die Teilnahmerechte der Verteidigung beziehungsweise der beschuldigten Person möglichst rasch einzuschränken.<sup>96</sup> In einer Medienmitteilung vom 21. November 2014 sprach sich die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK) für eine umgehende Revision der Strafprozessordnung im Bereich der Teilnehmerrechte (Art. 147 StPO) aus. Die SSK hielt fest, der Parteianspruch im Verfahren sei zu offen formuliert und erschwere damit die Wahrheitsfindung erheblich. Insbesondere sei störend, dass der aktuelle Gesetzeswortlaut eine Verdunkelungsgefahr fördere.<sup>97</sup>

Demgegenüber machten sich vornehmlich Verteidiger für die Erhaltung des bisherigen Gesetzes, zumindest aber die Beibehaltung des Status quo nach der entwickelten Rechtsprechung stark. NIKLAUS RUCKSTUHL hielt zum Standpunkt der Strafverfolgungsbehörden fest, dass sowohl das Gleichgewicht der Akteure und Verfahrensstadien als auch die Entstehung von strafprozessualer Wahrheit nicht verstanden werde.<sup>98</sup> Pointiert führte er aus: «Nach dieser Auffassung hat eine Seite die Wahrheit mit Löffeln gefressen (und es ist klar, welche Seite), wohingegen die Verteidigung nichts anderes tut, als die Wahrheit zu verschleiern und zu verdrehen.»<sup>99</sup> KENAD MELUNOVIC und ALAIN JOSET hielten fest: «Die Wahrheit jedes Verfahrens ist nur eine Theorie über die Wirklichkeit. Vor diesem Hintergrund wird klar, dass die Teilnahmerechte von Mitbeschuldigten der Konstruktion des prozess erheblichen Sachverhalts dienlich sind, denn sie stellen sicher, dass der Sachverhalt nicht im Sinne einer

---

<sup>93</sup> GODENZI, *forumpoenale* 2017, S. 143 ff.

<sup>94</sup> GODENZI, *forumpoenale* 2017, S. 143 ff.; ebenfalls kritisch zur Entwicklung, Teilnahmerechte ohne eindeutige gesetzliche Grundlagen einzuschränken, SCHÄR, S. 142; vgl. überdies zur ganzen Entwicklung zusammenfassend KINZER/HOHL-CHIRAZI, S. 319 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 147 N. 3 ff.

<sup>95</sup> Dazu WOHLERS, *ZStrR* 3/2020, S. 236 ff.

<sup>96</sup> Vgl. etwa BERTSCHI, S. 9.; WEDER, *NZZ* 2015, S. 19.

<sup>97</sup> Medienmitteilung vom 21. November 2014.

<sup>98</sup> RUCKSTUHL, *plädoyer* 2018, S. 31.

<sup>99</sup> RUCKSTUHL, *plädoyer* 2018, S. 31.

einseitigen, vorgefertigten Haltung der Staatsanwaltschaft konstruiert wird.»<sup>100</sup> DIEGO R. GFELLER und ADRIAN BIGLER brachten vor, der Standpunkt der SSK basiere auf der fragwürdigen Prämisse, dass der Staatsanwalt wisse, was passiert sei, ihm jedoch Prozessrechte verunmöglichen, dies zu beweisen; die Wahrheit sei aber in Wirklichkeit immer erst das zu ermittelnde Ziel des Strafprozesses und nicht vor dem Verfahren bekannt.<sup>101</sup> Der Verfasser der vorliegenden Abhandlung hat in einem Beitrag in der NZZ ebenfalls auf die Relevanz von Beschuldigtenrechten zur Sicherung der Unschuldsvermutung und damit auf den Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche hingewiesen.<sup>102</sup> Indessen blieben diese Meinungsäusserungen vereinzelte Initiativen. Eine Stellungnahme eines Berufsverbandes der Verteidiger analog zur Medienmitteilung der SSK gab es bis zur Ausarbeitung eines bundesrätlichen Vorentwurfs zur Änderung der Strafprozessordnung nicht.

Ende 2017 schickte der Bundesrat schliesslich eine Änderung der Strafprozessordnung in die Vernehmlassung und erklärte es zum Revisionsziel, die Praxistauglichkeit der StPO zu verbessern.<sup>103</sup> In Art. 147a Abs. 1 und 2 dieses Revisionsvorentwurfs wurde vorgeschlagen, dass die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person und ihre Verteidigung von einer Einvernahme ausschliessen könne, wenn zu befürchten sei, die beschuldigte Person werde ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen.<sup>104</sup> Begründet wurde diese avisierte Anpassung in der Medienmitteilung des Bundesrats folgendermassen:

«Die Regelung der Teilnahmerechte ist der am häufigsten kritisierte Punkt des geltenden Rechts. Sie erlaubt es den Parteien, an allen Beweiserhebungen teilzunehmen, insbesondere auch an Einvernahmen von mitbeschuldigten Personen. Dies ist problematisch, weil es eine Abstimmung der Aussagen ermöglicht. Künftig sollen deshalb die Teilnahmerechte eingeschränkt werden können, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an jene der einvernommenen Person anpassen könnte. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie noch nicht zum Sachverhalt befragt worden ist. Die Einschränkung soll allerdings massvoll sein, denn die Teilnahmerechte bilden einen Ausgleich zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren.»<sup>105</sup>

Im erläuternden Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung wurden die Voraussetzungen sodann wie folgt konkretisiert:

«Nach der vorgeschlagenen neuen Regelung können die Teilnahmerechte deshalb eingeschränkt werden, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen der einvernommenen Person (insbesondere eine mitbeschuldigte Person, aber auch ein Zeuge oder eine Zeugin) anpassen würde. Diese Befürchtung besteht insbesondere, solange sie selber zum fraglichen Sachverhalt noch nicht befragt wurde. Somit

---

<sup>100</sup> MELUNOVIC/JOSET, *forum* 2017, S. 335; dieselben auch bereits MELUNOVIC/JOSET, *Anwaltsrevue* 2015, S. 251 ff.

<sup>101</sup> GFELLER/BIGLER, S. 9.

<sup>102</sup> BERNARD, *NZZ* 2015, S. 21.

<sup>103</sup> Medienmitteilung vom 1. Dezember 2017.

<sup>104</sup> Revisionsvorentwurf.

<sup>105</sup> Medienmitteilung vom 1. Dezember 2017; Erläuternder Bericht, S. 12 f.

sind die Anforderungen an den Nachweis, dass die noch nicht einvernommene Person ihre Aussagen an jene der einzuvernehmenden anpasst, nicht zu streng.»<sup>106</sup>

Insgesamt entsprach der Revisionsvorentwurf der Stossrichtung der staatsanwaltschaftlichen Revisionsvorschläge. Dem Anliegen der Verteidigung, das Vorgehen der Staatsanwaltschaft zu kontrollieren, wurde in Art. 147a des Vorentwurfs Revision dadurch Rechnung getragen, dass die Einvernahme in Bild und Ton aufgezeichnet werden sollte, sofern die von der Einvernahme ausgeschlossene Person nicht darauf verzichte.

Im Vernehmlassungsverfahren begrüsst sämtliche Kantone, die sich dazu äusserten, die Möglichkeit zur Einschränkung der Teilnahmerechte der Verteidigung und der beschuldigten Person.<sup>107</sup> Eine stattliche Anzahl der Kantone führte das Ziel der materiellen Wahrheitsfindung an.<sup>108</sup> Und in der überwiegenden Zahl der kantonalen Vernehmlassungen wurde sogar moniert, die Revisionsvorschläge gingen zu wenig weit und die Teilnahmerechte seien auf das Minimalniveau der EMRK zu senken.<sup>109</sup>

Die Vernehmlassungen der politischen Parteien äusserten sich nicht oder nur knapp zu dieser Frage. Mit Ausnahme der Sozialdemokratischen Partei begrüsst alle die Einschränkung der Teilnahmerechte.<sup>110</sup> Die Sozialdemokratische Partei schlug vor, dass die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person nur von einer Einvernahme ausschliessen könne, wenn die Gefahr bestehe, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen werde. Diesen Entscheid sollte die beschuldigte Person bei der Beschwerdeinstanz anfechten können.<sup>111</sup> Die Grünliberale Partei befürwortete eine Eingrenzung auf dem Minimalstandard der EMRK und brachte die Eruiierung der materiellen Wahrheit ins Spiel.<sup>112</sup>

Auch zahlreiche Einzelpersonen und Verbände reichten Vernehmlassungen ein.<sup>113</sup> Kritisch zu einer Einschränkung der Teilnahmerechte zeigten sich der Schweizerische Anwaltsver-

---

<sup>106</sup> Erläuternder Bericht, S. 13.

<sup>107</sup> So die Kantone Aargau, Appenzell Ausserrhoden, Bern, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Genf, Glarus, Graubünden, Freiburg, Jura, Luzern, Nidwalden, Obwalden, St. Gallen, Schaffhausen, Solothurn, Schwyz, Uri Thurgau, Ticino, Waadt, Wallis, Zug, Zürich (Stellungnahmen der Kantone, S. 3, S. 20, S. 30 f., S. 46 ff., S. 86, S. 99, S. 103, S. 112, S. 119 f., S. 133, S. 158 ff., S. 169 f., S. 179 f., S. 193 ff., S. 212 ff., S. 222, S. 228, S. 238, S. 245, S. 254, S. 264, S. 271, S. 282, S. 289).

<sup>108</sup> So die Kantone Ausserrhoden, Bern, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Glarus, Graubünden, Luzern, Neuenburg, St. Gallen, Solothurn, Schwyz, Thurgau, Zürich (Stellungnahmen der Kantone, S. 21, S. 30 f., 46 f., S. 67, S. 112, S. 120, S. 145, S. 154, S. 179, S. 209 ff., S. 222, S. 228, S. 289).

<sup>109</sup> Alle Kantone, die an der Vernehmlassung inhaltlich teilnahmen, ausser den Kantonen Jura, Uri, Schwyz, Wallis und Zug befürworteten dies explizit (Stellungnahmen der Kantone, S. 3, S. 20, S. 30 f., S. 46 ff., S. 86, S. 99, S. 103, S. 112, S. 119 f., S. 158 ff., S. 169 f., S. 179 f., S. 193 ff., S. 222, S. 228, S. 238, S. 254, S. 271, S. 282, S. 289).

<sup>110</sup> Konkret waren die Freisinnig-Demokratische Partei sowie die Schweizerische Volkpartei für die Lösung nach dem Revisionsvorentwurf des Bundesrates (Stellungnahme der Parteien, S. 2, S. 22).

<sup>111</sup> Stellungnahme der Parteien, S. 16.

<sup>112</sup> Stellungnahme der Parteien, S. 5.

<sup>113</sup> Weitere Stellungnahmen.

band, der Ordre des avocats de Genève, das Kompetenzzentrum der Strafverteidiger, die Demokratischen Jurist\_innen Schweiz, die Association pour la justice restaurative en Suisse und Vertreter aus der Wissenschaft.<sup>114</sup> Die Bundesanwaltschaft, das Bundesgericht, der Verband Schweizerischer Polizei-Beamter, die Juristinnen Schweiz, die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren, das Obergericht Schaffhausen, der Schweizerische Gewerbeverband, die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz und der Schweizerische Städteverband begrüßten dagegen die Eingrenzung der Teilnahmerechte im Revisionsvorentwurf.<sup>115</sup> Teilweise wurde die Eingrenzung als zu wenig weitgehend befunden und eine Reduktion der Teilnahmerechte auf das Minimalniveau der EMRK befürwortet.<sup>116</sup> Auch hier wurde die materielle Wahrheit als Argument vorgebracht.<sup>117</sup>

Am 28. August 2019 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft und hielt in einer Medienmitteilung fest, er wolle die Praxistauglichkeit der Strafprozessordnung mit punktuellen Änderungen verbessern. So solle unter anderem das Teilnahmerecht einer beschuldigten Person an den Einvernahmen anderer Personen eingeschränkt werden, damit sie ihre Aussagen nicht an deren Aussagen anpassen könne.<sup>118</sup> Die Botschaft hielt fest, das heutige Teilnahmerecht werde so weit eingeschränkt, dass es einerseits die Wahrheitsfindung nicht verunmögliche, andererseits aber nicht seines Gehaltes völlig entleert werde.<sup>119</sup> Weiter wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass im Zentrum der öffentlichen Diskussionen namentlich die sogenannten Teilnahmerechte in Strafverfahren gestanden hätten. Das geltende Recht erlaube es beschuldigten Personen, an allen Beweiserhebungen teilzunehmen, insbesondere auch an Einvernahmen von Mitbeschuldigten. Die Rechtslage sei problematisch, weil sie der beschuldigten Person ermögliche, ihre Aussagen an diejenigen von anderen Personen anzupassen. Künftig solle deshalb das Teilnahmerecht einer beschuldigten Person so lange eingeschränkt werden können, bis sie sich selber zum Gegenstand der Einvernahme geäußert hat. Weil diese Teilnahmerechte indessen einen wichtigen Ausgleich zur strukturell starken Stellung der Staatsanwaltschaft bildeten, würden sie nicht auf das von der EMRK garantierte Minimum reduziert, obwohl eine solche Reduktion in der Vernehmlassung gefordert worden sei.<sup>120</sup> Zu-

---

<sup>114</sup> Weitere Stellungnahmen, S. 62 ff., S. 156 f., S. 195 ff., S. 268 ff., S. 307 ff., S. 336, S. 371.

<sup>115</sup> Weitere Stellungnahmen, S. 17, S. 26 ff., S. 45, S. 105 f., S. 114 f., S. 124, S. 147, S. 185, S. 225, S. 234 ff., S. 246 ff., S. 258 f.

<sup>116</sup> Dies waren UELI ARBENZ, die Bundesanwaltschaft, die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren, die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz, der Schweizerische Städteverband (Weitere Stellungnahmen, S. 17, S. 26 ff., S. 124, S. 225, S. 234 ff., S. 246 ff., S. 258 f.).

<sup>117</sup> So UELI ARBENZ, die Bundesanwaltschaft, der Verband Schweizerischer Polizei-Beamter, die Jurist\_innen Schweiz, die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren, der Schweizerische Gewerbeverband, die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz, der Schweizerische Städteverband (Weitere Stellungnahmen, S. 17, S. 26 ff., S. 105 f., S. 114, S. 124, S. 185, S. 225, S. 234 ff., S. 246 ff., S. 258 f.).

<sup>118</sup> Medienmitteilung vom 28. August 2019.

<sup>119</sup> Botschaft Änderung, S. 6699.

<sup>120</sup> Botschaft Änderung, S. 6713 ff.

sammenfassend hielt der bundesrätliche Revisionsentwurf in Art. 147a Abs. 1 und 2 fest, die Staatsanwaltschaft könne die beschuldigte Person und ihre Verteidigung von einer Einvernahme ausschliessen, solange sich die beschuldigte Person zum Gegenstand der Einvernahme nicht einlässlich geäußert habe.

Anders als die meisten politischen Akteurinnen standen von Anfang an nicht nur Verteidiger, sondern insgesamt der grosse Teil des fachwissenschaftlichen Schrifttums der geplanten Revision skeptisch gegenüber. CHRISTOPHER GETH etwa sprach sich dezidiert gegen die Revision der StPO aus. Neben anderen Argumenten führte er aus, die geplante Revision verkenne, dass Teilnahmerechte einen Beitrag für die Aufklärung der materiellen Wahrheit leisten können, da so die Sichtweise der beschuldigten Person ebenfalls einfließen könne. Ein pauschaler Hinweis auf die vermeintlich kollusive Wirkung von Teilnahmerechten reiche nicht aus, um diese einzuschränken.<sup>121</sup> Auch beispielsweise ARIANNE NOSETTI-KAUFMANN<sup>122</sup>, LORENZ GARLAND<sup>123</sup>, JONAS EGGMANN<sup>124</sup>, NIKLAUS RUCKSTUHL<sup>125</sup> oder WOLFGANG WOHLERS<sup>126</sup> hielten fest, eine solche Einschränkung der Teilnahmerechte gefährde das kontradiktorische Zustandekommen des Beweisergebnisses erheblich.<sup>127</sup> Soweit ersichtlich vertrat in einer längeren Abhandlung einzig IVAN DUNJIC die Auffassung, die vorgeschlagene Lösung sei plausibel.<sup>128</sup>

In der parlamentarischen Beratung entschied zunächst die Rechtskommission des Nationalrats, beim bisherigen Rechtszustand bleiben zu wollen.<sup>129</sup> Hernach beschloss das Plenum des Nationalrats, nicht dem bundesrätlichen Revisionsentwurf, sondern seiner Rechtskommission zu folgen.<sup>130</sup>

Die Rechtskommission des Ständerats, als dem beratenden Zweitrat, beauftragte das Bundesamt für Justiz, eine Arbeitsgruppe mit den Betroffenen einzusetzen. Unter Leitung des Zürcher Ordinarius FELIX BOMMER wurde eine Arbeitsgruppe mit je zwei Vertretern der Staatsanwälte-Konferenz und des Schweizerischen Anwaltsverbandes gebildet. Die Staatsanwälte-Konferenz schlug einen neuen Art. 147a vor, wonach die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person von der Einvernahme einer anderen beschuldigten Person ausschliessen könne, solange erstere ausserhalb des Haftverfahrens nicht einvernommen worden sei. Der Schweizerische Anwaltsverband akzeptierte diese Idee, schlug aber eine Ergänzung des Artikels vor, wonach die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person von der *ersten* Einver-

---

<sup>121</sup> GETH, ZStrR 2020, S. 281 ff.

<sup>122</sup> NOSETTI-KAUFMANN, S. 265.

<sup>123</sup> GARLAND, NZZ, S. 14.

<sup>124</sup> EGGMANN, insbesondere Rz. 55 ff.

<sup>125</sup> RUCKSTUHL, plädoyer 2020, S. 33.

<sup>126</sup> WOHLERS, ZStrR 4/2020, S. 416 f.

<sup>127</sup> Auch zwei Vertreter der Anwaltschaft brachten diese Gesichtspunkte erneut vor: MARITZ/HALPÉRIN, S. 8.

<sup>128</sup> DUNJIC, Rz. 8.

<sup>129</sup> RUCKSTUHL/JEKER, Anwaltsrevue 2021, S. 7.

<sup>130</sup> SDA-Meldung vom 18. März 2021; vgl. hierzu JOSITSCH, Jusletter 2021, Rz. 8 ff.

nahme einer mitbeschuldigten Person ausschliessen könne, sofern die beschuldigte Person ausserhalb des Haftverfahrens noch nicht einvernommen worden sei; diese Einvernahme ausserhalb des Haftverfahrens habe unverzüglich, bei angeordneter Untersuchungshaft innert zehn Tagen, zu erfolgen. Während die Rechtskommission des Ständerates sich mit sieben zu sechs Stimmen für die Variante des Schweizerischen Anwaltsverbandes aussprach, entschied sich der Gesamtrat für den Vorschlag der Staatsanwälte-Konferenz ohne diesen Zusatz.<sup>131</sup>

Im Rahmen der darauffolgenden Differenzbereinigung sprach sich die Rechtskommission des Ständerates weiterhin für eine gewisse Einschränkung der Teilnahmerechte aus und beantragte ihrem Rat mit sieben zu vier Stimmen, am ersten ständerätlichen Entscheid festzuhalten und einen Ausschluss einer mitbeschuldigten Person unter gewissen Umständen zu ermöglichen. Eine Minderheit beantragte, dem Nationalrat folgend auf jegliche Einschränkung der Teilnahmerechte zu verzichten und damit beim geltenden Recht zu bleiben.<sup>132</sup> In der Folge beharrte der Ständerat auf der Einschränkung des Teilnahmerechts.<sup>133</sup> Daraufhin hielt auch der Nationalrat an seinem Standpunkt fest, beim Status quo bleiben zu wollen.<sup>134</sup> Schlussendlich gab der Ständerat nach: Die Teilnahmerechte wurden nicht weiter eingeschränkt und es blieb bei der bisherigen Rechtslage.<sup>135</sup>

Insgesamt lässt sich festhalten, dass ein mit der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung eingeführtes Verteidigungsrecht – die Teilnahme an Einvernahmen von Mitbeschuldigten – von Anfang an unter dem Verdacht stand, die Erkenntnis der materiellen Wahrheit zu behindern. Dieses Argument wurde bei der Gesetzesauslegung stark gewichtet. Gefordert wurde eine Einschränkung mittels Lückenfüllung. Dies wurde im Ergebnis höchstrichterlich zugelassen sowie auf die Konstellation der Teilnahme an der ersten Vernehmung einer Auskunftsperson ausgedehnt.

Gleichzeitig diene das Vorbringen dazu, kurz nach Inkrafttreten der Strafprozessordnung eine Revision zu initiieren, die nach dem bundesrätlichen Vorschlag dem Anliegen der Strafverfolgungsbehörden nach noch stärkerer Einschränkung der Teilnahmerechte Rechnung tragen sollte. Zahlreiche politische Stimmen kritisierten diesen Revisionsvorschlag als zu wenig weitgehend und befürworteten zusätzlich eine Einschränkung auf den Minimalstandard der ERMK, während sich eher wenige politische Kräfte, aber der grösste Teil der Fachwissenschaft sowie praktizierende Verteidiger gegen jede Einschränkung des Teilnahmerechts und für die Beibehaltung der geltenden Rechtslage aussprachen. In seiner Botschaft und seinem Vorschlag sprach sich der Bundesrat zwar nicht für den Minimalstandard der EMRK aus, ging aber mit seinen Einschränkungsvorschlägen weiter als die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung. Be-

---

<sup>131</sup> Zum ganzen Verlauf im Ständerat eingehend RUCKSTUHL/KINZER, S. 22 f.

<sup>132</sup> Medienmitteilung vom 27. April 2022.

<sup>133</sup> SDA-Meldung vom 7. Juni 2022.

<sup>134</sup> SDA-Meldung vom 8. Juni 2022.

<sup>135</sup> SDA-Meldung vom 13. Juni 2022. Vgl. zusammenfassend zur gesamten Entwicklung KINZER/HOHL-CHIRAZI, S. 320 ff.



merkwürdig ist, dass er dies zum einen damit begründete, die Praxistauglichkeit der Strafprozessordnung müsse verbessert werden, und sodann explizit anführte, die neue Lösung vermögliche die Wahrheitsfindung nicht. Damit implizierte er, ein weitergehendes Teilnahmerecht der Verteidigung und der beschuldigten Person an Einvernahmen von Mitbeschuldigten würden diese torpedieren. Der Ständerat folgte der bundesrätlichen Argumentation, während der Nationalrat bei der geltenden Rechtslage bleiben wollte. Im Ergebnis setzte sich der Nationalrat durch, der sich für eine Beibehaltung des Status quo aussprach.

Zusammenfassend: In der rechtsdogmatischen Auseinandersetzung fanden die Befürworter der Beibehaltung der Teilnahmerechte gemäss der Fassung der StPO von 2011 zunächst wenig Gehör. Entgegen ihrer Argumentation, diese Rechte seien ein Gegengewicht zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft und ein entlastender Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitsuche, wurde das Verteidigungsrecht auf Teilnahme an Einvernahmen von Mitbeschuldigten und von Auskunftspersonen bei der Gesetzesauslegung offenbar als Hindernis der strafprozessualen Wahrheitsuche angesehen. Diese Auffassung zeitigte einen eindeutig festzumachenden Einfluss auf die Rechtsprechung.

Dagegen blieb der Versuch, eine noch weitergehende Revision der Strafprozessordnung durchzusetzen, erfolglos. Dieses Vorhaben scheiterte hauptsächlich daran, dass die beiden Parlamentskammern sich nicht darüber einigen konnten, wie genau die Teilnahmerechte eingeschränkt werden sollten. Damit blieb es bei der Fassung der StPO von 2011, mitsamt der seither in der Rechtsprechung mittels extensiver Gesetzesauslegung entwickelten Einschränkung der Teilnahmerechte.

### **C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen**

Schon bevor die neue Strafprozessordnung 2011 in Kraft trat, wurde die Frage aufgeworfen, ob die Verteidigung an sogenannten Explorationsgesprächen im Rahmen einer allfälligen psychiatrischen Begutachtung ihrer Mandantin zugegen sein dürfe.<sup>136</sup>

Explizit beantwortet hat dies die eidgenössische StPO nicht, denn die psychiatrischen Explorationsgespräche werden nicht als staatsanwaltschaftliche Einvernahmen durchgeführt. Grundsätzlich dürfen Sachverständige zwar keine Untersuchungshandlungen im Sinne von Einvernahmen vornehmen (Art. 185 Abs. 3 StPO). Nicht als Einvernahmen gelten allerdings sogenannte einfache Erhebungen, die in engem Zusammenhang mit dem Gutachtensauftrag stehen (Art. 185 Abs. 4 StPO). Dazu zählen auch selbständige Befragungen der beschuldigten Person durch Sachverständige, die teilweise mehrere Stunden dauern und als wichtige Grundlage der Begutachtung dienen;<sup>137</sup> dabei muss die Verfahrensleitung nicht anwesend sein und es

---

<sup>136</sup> Thematisiert und gefordert hat dies der Strafverteidiger und ehemalige Zürcher Kassationsrichter BRUNNER, Begutachtung, S. 197.

<sup>137</sup> Eingehend zum Meinungsstand BSK StPO-HEER, Art. 185 N. 19 ff., mit Verweisen.

wird kein übliches strafprozessuales Protokoll erstellt.<sup>138</sup> Die Gutachterin ist verpflichtet, die beschuldigte Person vorgängig wenigstens auf das Recht zur Aussageverweigerung aufmerksam zu machen; ebenso sind Zeuginnen auf allfällige Zeugnisverweigerungsrechte hinzuweisen.<sup>139</sup>

Es stellt sich nun die Frage, ob die Verteidigung an solchen Befragungen dabei sein darf oder nicht. Das Gesetz äussert sich nicht explizit dazu, und entsprechende Bundesgerichtsentscheide liessen lange auf sich warten. Bis ins Jahr 2018 existierten diesbezügliche Entscheide nur im Sozialversicherungsrecht. Hier wurde ein Teilnahmerecht unter anderem mit der Begründung verwehrt, es bestehe die Gefahr von Interventionen durch den Rechtsbeistand und die wissenschaftliche Erhebungssituation könne beeinträchtigt werden.<sup>140</sup>

Im Schrifttum hat sich seit 2011 eine immer eingehendere Kontroverse zu dieser Thematik entwickelt. Anlass zu Diskussionen gab unter anderem die Frage, ob ein Wille des Gesetzgebers auszumachen sei. In der parlamentarischen Beratung wurde ein Antrag auf Festbeschreibung eines Teilnahmerechts gestellt und später wieder zurückgezogen. Während manche Autoren postulierten, dies stehe einem Teilnahmerecht entgegen, vertraten andere, dass diesem Vorbringen bei näherer Betrachtung der Materialien keine entscheidende Bedeutung zugemessen werden sollte.<sup>141</sup> Im vorliegenden Kontext muss diese Frage indessen nicht entschieden werden. Von Belang sind primär inhaltliche Argumente, die in Bezug zur strafprozessualen Wahrheitssuche gesetzt werden.

Die herrschende Lehre vertrat nach Inkrafttreten der StPO die Meinung, ein Teilnahmerecht der Verteidigung an den Explorationsgesprächen in der psychiatrischen Begutachtung gebe es im Strafprozessrecht nicht.<sup>142</sup> Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Thematik fand damals zunächst nicht statt. In der Regel begnügte man sich mit einem Verweis auf die entsprechende sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung oder den Rückzug des entsprechenden Antrags in der parlamentarischen Beratung. Auf inhaltlicher Ebene wurde wiederholt vorgebracht, die Teilnahme der Verteidigung könne den Begutachtungsprozess stören und dem Psychiater ein wahrheitsgetreues Bild verunmöglichen.<sup>143</sup>

Eine stetig wachsende Mindermeinung, die mittlerweile wohl zur Mehrheitsmeinung geworden ist, spricht sich dafür aus, der Verteidigung ein Teilnahmerecht zuzugestehen.<sup>144</sup> Für die

---

<sup>138</sup> Eingehend zum Meinungsstand BSK StPO-HEER, Art. 185 N. 35, mit Verweisen.

<sup>139</sup> Eingehend zum Meinungsstand BSK StPO-HEER, Art. 184 N. 21 ff., mit Verweisen.

<sup>140</sup> BGE 132 V 443; BGE 119 Ia 262.

<sup>141</sup> Zum Ganzen BERNARD/STUDER, Schuldinterlokut, S. 14 ff., mit Verweisen auf die Literatur.

<sup>142</sup> Vgl. etwa CR CPP-THORMANN, 2011, Art. 147 N. 8; GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, S. 135; OBERHOLZER, Grundzüge, 3. Aufl., Rz. 823; RIKLIN, Kommentar, Art. 147 N. 2; Zürcher Kommentar StPO-DONATSCH, 2. Aufl. 2014, Art. 185 N. 41.

<sup>143</sup> Vgl. etwa CR CPP-THORMANN, 2011, Art. 147 N. 8; GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, S. 135; OBERHOLZER, Grundzüge, 3. Aufl., Rz. 823; RIKLIN, Kommentar, Art. 147 N. 2; Zürcher Kommentar StPO-DONATSCH, 2. Aufl. 2014, Art. 185 N. 41; ablehnend auch ZR 110 [2011] Nr. 41; RS 2011 Nr. 80.

<sup>144</sup> Vgl. zunächst BERNARD/BINDER, S. 9 ff.; sodann später BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 92 f.; BERNARD/STUDER, Schuldinterlokut, S. 14 ff.; CONINX, Verbrechensbekämpfung,

vorliegende Arbeit ist vor allem die Begründung, dass nur auf diese Weise die Verteidigung ihrer Kontrollpflicht nachkommen könne, von Interesse. Ohne Teilnahmerecht bleibe der Begutachtungsprozess intransparent und es könne bezüglich der Sachverhaltserstellung zu Missverständnissen zwischen Sachverständigen und Exploranden kommen.<sup>145</sup> Dies könne die Wahrheitsfindung negativ beeinträchtigen.<sup>146</sup> Diese Gefahr bestehe insbesondere, da die Explorationsgespräche weder auf Video noch auf Tonträgern aufgezeichnet würden. Eine Aufzeichnung sei daher auch hier angebracht.<sup>147</sup> Eine vermittelnde Position nimmt LORENZ GARLAND ein, der zwar der Verteidigung kein Anwesenheitsrecht, aber einen von der beschuldigten Person bestellten Privatgutachter zubilligen will.<sup>148</sup>

Am gründlichsten vermessen wurde die Thematik schliesslich 2019 in der Dissertation von THIERRY URWYLER. Im Ergebnis befürwortet er nach eingehender Auseinandersetzung mit dem bisherigen Meinungsstand und aus analogen inhaltlichen Gründen wie die soeben referierten Meinungen nicht nur eine umfassende Pflicht zur Dokumentation der Explorationsgespräche, sondern auch ein Teilnahmerecht der Verteidigung. Im Kern begründet er dies indessen mit der fehlenden Transparenz der bisherigen Praxis, der damit verbundenen fehlenden Kontrollmöglichkeit der Verteidigung, aber auch den Schutzinteressen der beschuldigten Person als Prozesssubjekt. Er vertritt allerdings die Auffassung, dass sich dieser Standpunkt nicht direkt aus der StPO ableiten, sondern einzig auf die EMRK abstützen lasse.<sup>149</sup>

Das Bundesgericht äusserte sich zu dieser Frage erstmals im Jahr 2018 in Bezug auf das Strafprozessrecht. Gemäss dem Entscheid 1B\_522/2017 kommt der Verteidigung jedenfalls im Grundsatz kein Teilnahmerecht zu. Das Gericht liess allerdings die Möglichkeit von Ausnahmen offen.<sup>150</sup> Wann eine solche zu gewähren ist, wird noch zu konturieren sein.<sup>151</sup> Im Entscheid erwog das Gericht, teilweise unter Bezugnahme auf die sozialversicherungsrechtlichen Leitentscheide und mit wörtlicher Übernahme von deren Urteilsabwägungen, das Ziel sei es, dem medizinischen Begutachter eine möglichst objektive Beurteilung zu ermöglichen. Deshalb seien Rahmenbedingungen zu schaffen, die aus wissenschaftlicher Sicht einer objektiven Beurteilung zuträglich seien. Zwischen dem Gutachter und dem Exploranden müsse eine gutachtenspezifische Interaktion stattfinden können. Die Begutachtung solle möglichst

---

S. 458 ff.; HEER, Begutachtung, S. 177 ff., insbesondere S. 203 f.; HUBER, S. 260 ff.; JEANNERET/KUHN, S. 321 f.; SANER, S. 121 ff.; WOHLERS, Instrument, S. 83 ff.

<sup>145</sup> BERNARD/BINDER, S. 12 ff.; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 92 f.; CONINX, Verbrechensbekämpfung, S. 458 ff.; HEER, Begutachtung, S. 203; HUBER, S. 270 ff.; JEANNERET/KUHN, S. 321 f.

<sup>146</sup> BERNARD/BINDER, S. 13 f.; HUBER, S. 270 ff.

<sup>147</sup> BERNARD/BINDER, S. 12 und S. 14; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 92 f.; CONINX, Verbrechensbekämpfung, S. 458 ff.; HEER, Begutachtung, S. 192 ff., S. 202 f.; HUBER, S. 270 ff.

<sup>148</sup> GARLAND, Waffengleichheit, S. 280 ff.

<sup>149</sup> URWYLER, zusammenfassend S. 247 ff.; vgl. derselbe auch eingehend in Co-Autorenschaft URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S. 410 ff.

<sup>150</sup> BGer vom 4. Juli 2018, 1B\_522/2017.

<sup>151</sup> Näher dazu BERNARD, iusNet 2018; HEER/COVACI, S. 449 f.

ohne äussere Einflussnahmen verlaufen.<sup>152</sup> Das Bundesgericht folgert daraus, dass die Anwesenheit eines Rechtsbeistandes diesem Zweck nicht dienlich wäre. Dessen Aufgabe sei es, die Interessen seiner Klientenschaft zu wahren. Er könne zu diesem Zweck einseitige Ansichten vertreten und entsprechend im Verfahren intervenieren. Eine solche Intervention vertrage sich nicht mit der wissenschaftlichen Begutachtung, in welcher es darum gehe, dem Gutachter ein möglichst unverfälschtes und wahrheitsgetreues Bild zu verschaffen.<sup>153</sup> Es sei der Gefahr Rechnung zu tragen, dass gesetzlich nicht vorgesehene, direkte Einflussnahmen auf den psychiatrischen Begutachtungsvorgang durch Personen, die nicht als Experten bestellt worden seien (zumal medizinische Laien), den Zweck einer fachgerechten forensischen Begutachtung beeinträchtigen oder gar vereiteln könnten.<sup>154</sup> Die Verteidigung dürfe weder den fachlich-methodischen Ablauf der Expertise unmittelbar kontrollieren noch die Exploration des Beschuldigten durch die sachverständige Person mit Fragen direkt ergänzen beziehungsweise beeinflussen. Die Durchführung einer fachkonformen medizinisch-psychiatrischen Begutachtung sei die alleinige Aufgabe der sachverständigen forensischen Person.<sup>155</sup>

Dieser Entscheid stiess im Schrifttum auf Kritik.<sup>156</sup> Argumentiert wurde durchgehend mit der Kontrollfunktion der Verteidigung.<sup>157</sup> Eine sachgerechte Verteidigung sei unmöglich, wenn die Verteidigung das Explorationsgespräch nicht kontrollieren könne.<sup>158</sup> Dem vorgebrachten Störungspotential könne man dadurch Rechnung tragen, dass die Exploration audiovisuell in einen anderen Raum übertragen werde und die Verteidigung nicht im selben Raum anwesend sei.<sup>159</sup> Das Bundesgericht setzte sich indessen in einem zweiten Entscheid 1B\_527/2019 vom 7. August 2020 nicht vertieft mit diesem Vorbringen auseinander und bestätigte die initiierte Rechtsprechung, was in der Lehre wiederum zu dezidiertem Kritik führte.<sup>160</sup>

In einer Verfügung vom 26. Oktober 2022 entschied nun das Bezirksgericht Zürich, eine solche Ausnahme im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu gewähren und die amtliche Verteidigung teilweise zum Explorationsgespräch zuzulassen. Mit Eingabe vom 17. Oktober 2022 hatte der amtliche Verteidiger im Hinblick auf die Begutachtung um Gewährung der Teilnahme an den Explorationsgesprächen ersucht, soweit in deren Rahmen Fragen zum vorgeworfenen Sachverhalt zur Sprache kämen. Der Verteidiger hatte dazu ausgeführt, beim Beschuldigten bestehe im Zusammenhang mit dem Asperger-Syndrom eine erhöhte Anfälligkeit für Suggestionen bzw. kommunikative Missverständnisse. Aufgrund

---

<sup>152</sup> BGer vom 4. Juli 2018, 1B\_522/2017, Erw. 3.5.

<sup>153</sup> BGer vom 4. Juli 2018, 1B\_522/2017, Erw. 3.5.

<sup>154</sup> BGer vom 4. Juli 2018, 1B\_522/2017, Erw. 3.8.

<sup>155</sup> BGer vom 4. Juli 2018, 1B\_522/2017, Erw. 3.8.

<sup>156</sup> BERNARD, *iusNet* 2018; HEER/COVACI, S.438 ff.; MELUNOVIC MARINI, S.37 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S.410 ff.

<sup>157</sup> BERNARD, *iusNet* 2018; HEER/COVACI, S.438 ff., namentlich S.443 und 451; MELUNOVIC MARINI, S.38 f.; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S.410 ff.

<sup>158</sup> HEER/COVACI, S.443 und 451; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S.410 ff.

<sup>159</sup> HEER/COVACI, S.444; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S.410 ff.

<sup>160</sup> WOHLERS, *forum* 2021, S.362 ff.

seiner Vulnerabilität sei die Teilnahme des amtlichen Verteidigers zum Schutz des Beschuldigten zwingend erforderlich. Damit könne – so das Zürcher Bezirksgericht – das Vorliegen stichhaltiger Gründe für die Teilnahme des Verteidigers bejaht werden, zumal so der Gefahr von Missverständnissen oder falschen Eingeständnissen entgegengewirkt werden könne. Auch der Gutachter habe keine Einwände gegen die Teilnahme des Verteidigers vorgebracht, sondern zugesagt, dass dieser nach den ersten diagnostischen Explorationsgesprächen, circa ab dem dritten Gespräch anwesend sein könne, falls dem Beschuldigten dann Fragen zum konkreten Anklagesachverhalt unterbreitet würden. Damit sei der Antrag des Verteidigers gutzuheissen.<sup>161</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in der Diskussion um die Teilnahme der Verteidigung an Explorationsgesprächen im psychiatrischen Begutachtungsprozess sowohl Befürworter wie Gegner sowie später auch das Bundesgericht implizit oder explizit die strafprozessuale Wahrheitsfindung als Argument anführten. Teile des Schrifttums und das Bundesgericht hielten fest, von der Verteidigung drohe eine Gefahr der Intervention und Beeinflussung des wissenschaftlichen Begutachtungsprozesses, weshalb sie an diesen Gesprächen nicht zuzulassen sei. Die Befürworter brachten dagegen im Kern vor, die Verteidigung könne ohne Teilnahme ihrer Kontrollpflicht nicht nachkommen und es drohe aufgrund möglicher Missverständnisse zwischen Sachverständigem und beschuldigter Person eine Beeinträchtigung der strafprozessualen Wahrheitssuche. Diese Gefahr sei noch verstärkt durch den Umstand, dass die Explorationen nicht audiovisuell aufgezeichnet würden. Im Ergebnis hat sich zumindest in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Befürchtung festgeschrieben, die Verteidigung könne im Rahmen der Exploration Hindernis und nicht Akteurin bei der strafprozessualen Wahrheitsfindung sein. Ob inskünftig in der Rechtsprechung vermehrt Ausnahmen vom Regelfall im Sinne der Verfügung des Zürcher Bezirksgerichts vom 26. Oktober 2022 zugelassen werden, bleibt abzuwarten.

#### **D. Zeugenkontakte der Verteidigung**

Die Doktrin und die Rechtsprechung sind einhellig der Meinung, die Verteidigung habe das Recht und es obliege ihr allenfalls sogar als Pflicht, für das Beibringen entlastender Umstände vorgängig eigene Ermittlungen zu tätigen.<sup>162</sup> Kontrovers diskutiert wird in diesem Kontext, ob und unter welchen Voraussetzungen die Verteidigung mit Zeugen Kontakt aufnehmen darf, namentlich bevor diese im Strafverfahren einvernommen worden sind. Für die Verteidigung ist von grosser Relevanz, ob dies zulässig ist oder nicht; ist ihr dies erlaubt, so kann sie eine potentielle Aussage überprüfen, bevor sie einen Zeugen offeriert, während sie

---

<sup>161</sup> Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 26. Oktober 2022, Verfahren Nr. DG220054.

<sup>162</sup> FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 23 c, mit Verweisen; FELLMANN, S. 84 f., mit Verweisen; ZÜGER, S. 249 ff. Zu Diskussionen Anlass gibt allerdings auch, unter welchen Voraussetzungen die privat beschafften Beweise in Strafverfahren verwertbar sind; eingehend dazu GODENZI, Beweisbeschaffung, S. 331 ff.

sonst einen entsprechenden Antrag gleichsam ins Blaue hinaus stellen muss. Auch diese zentrale Frage ist gesetzlich nicht klar geregelt.

Die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA hält wie bereits erwähnt fest, dass der Anwalt seinen Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben habe. Aus dieser Norm leiten die wohl herrschende Lehre und die Rechtsprechung ab, die Verteidigung dürfe (potentielle) Zeuginnen vor deren Befragung durch die Strafjustiz nur ausnahmsweise kontaktieren.<sup>163</sup> Eine Ausnahme sei unter drei kumulativen Voraussetzungen gegeben: Zum einen müsse der vorgängige Zeugenkontakt im Interesse des Klienten sein. Zum anderen müsse er sachlich notwendig sein. Und schliesslich müsse eine Beeinflussung des Zeugen ausgeschlossen werden können, denn die störungsfreie Sachverhaltsermittlung durch die Strafjustiz dürfe nicht beeinträchtigt werden.<sup>164</sup>

Konkretisierungsbedürftig sind sowohl der Begriff des Kontakts aus sachlichen Gründen als auch jener des Ausschlusses einer möglichen Beeinflussung.<sup>165</sup> In der Lehre und Rechtsprechung werden verschiedene Beispiele für sachliche Gründe angeführt. Ein solcher liege etwa vor, wenn die Verteidigung erst aufgrund des Kontakts mit einem Zeugen die Prozessrisiken einschätzen könne.<sup>166</sup> Als weiterer sachlicher Grund wird die Situation genannt, dass die Verteidigung nur mithilfe des vorgängigen privaten Zeugenkontakts einschätzen könne, ob ein Beweisantrag oder eine andere Prozesshandlung im Interesse der eigenen Klientin liege.<sup>167</sup>

Um die Gefahr einer möglichen Beeinflussung auszuräumen oder jedenfalls zu minimieren, soll der Anwalt verpflichtet sein, sorgfältig und zurückhaltend vorzugehen.<sup>168</sup> Er solle die betreffende Person zuerst schriftlich um ein Gespräch anfragen. Dabei solle er sie informieren, in wessen Interesse er um das Gespräch bittet, und darauf hinweisen, dass der Zeuge nicht am Gespräch teilnehmen müsse.<sup>169</sup> Verpönt seien Druckausübung oder Suggestivfragen.<sup>170</sup> Das Gespräch müsse unter Beizug eines neutralen Dritten und in den Kanzleiräum-

---

<sup>163</sup> Statt vieler BGE 136 II 551; BGer vom 25. Februar 2019, 2C\_536/2018; aus der Literatur BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 87 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 22 ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 82 ff., mit Verweisen; ZÜGER, S. 254 ff., mit zahlreichen Verweisen.

<sup>164</sup> Statt vieler BGE 136 II 551; BGer vom 25. Februar 2019, 2C\_536/2018; aus der Literatur: BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 87 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 23, mit Verweisen; FELLMANN, S. 83 f., mit Verweisen; ZÜGER, S. 254 ff., mit Verweisen; zusammenfassend THOMET, S. 127 ff.

<sup>165</sup> Gl. M. BERLINGER, S. 83.

<sup>166</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 87 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 23., mit Verweisen; FELLMANN, S. 83 f., mit Verweisen; ZÜGER, S. 254 f., mit Verweisen.

<sup>167</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 87 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 23., mit Verweisen; FELLMANN, S. 83 f., mit Verweisen; ZÜGER, S. 254 f., mit Verweisen.

<sup>168</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 88; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 23a ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 82 ff., mit Verweisen; ZÜGER, S. 255 f., mit Verweisen.

<sup>169</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 88; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 23a ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 82 ff., mit Verweisen; ZÜGER, S. 255 f. und S. 258 ff., mit Verweisen.

<sup>170</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 88; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 23a ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 82 ff., mit Verweisen; ZÜGER, S. 255 f., mit Verweisen.

lichkeiten der Verteidigung stattfinden.<sup>171</sup> Die herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen damit über das Verbot hinaus, den Zeugen im strafrechtlichen Sinne (eventual-)vorsätzlich zu beeinflussen. Eine solche Handlung stünde gemäss Art. 307 StGB als Anstiftung zum falschen Zeugnis unter Strafe. Der Verteidigung werden indessen unter dem Titel der berufrechtlichen Sorgfaltspflichten deutlich weiter gehende Einschränkungen auferlegt. Die Begründung dieser Pflichten lautet im Wesentlichen, dass nach schweizerischer Rechtsauffassung Zeugenbefragungen der Justiz obliegen.<sup>172</sup> Wenn die Verteidigung mit Zeugen Kontakt aufnehme, drohe eine voreingenommene Aussage.<sup>173</sup> Die Beweiskraft solcher Zeugenaussagen vermindere sich, wenn die Zeugin zuvor von Parteien Details über den Sachverhalt erfahre.<sup>174</sup> Es drohe eine Verfälschung des Beweisergebnisses.<sup>175</sup>

Sanktionen gegen die zuwiderhandelnde Verteidigung können empfindlich ausfallen. In einem Entscheid aus dem Jahre 2019 beispielsweise bestätigte das Bundesgericht den Patentenzug gegen einen Anwalt für ein Jahr, weil er zweimal mit einem Opfer als potentielle Zeugin Kontakt aufgenommen hatte; indes wurde, soweit ersichtlich, kein Strafverfahren wegen Anstiftung zu falschem Zeugnis eröffnet.<sup>176</sup> Die Sanktion wurde allerdings auch damit begründet, dass dem Anwalt bereits 2009 das Patent entzogen worden war und er 2014 wiederum gegen Berufspflichtigen verstossen hatte.<sup>177</sup>

Die wohl herrschende Meinung und Rechtsprechung stossen in der Literatur auf recht breite Kritik. CLAUDINE CAVEGN beispielsweise bringt vor, dass die bloss abstrakte Gefahr einer Beeinflussung nicht zur Annahme einer unzulässigen Zeugenbefragung berechtige.<sup>178</sup> Private Zeugenbefragungen seien als unbedenklich und zulässig zu erachten, solange dafür eine sachliche Rechtfertigung bestehe, der Anwalt in der Kontaktaufnahme die gebotene Zurückhaltung walten lasse und die Schranken der privaten Ermittlungstätigkeit respektiere.<sup>179</sup> ADRIAN BERLINGER kritisiert das Kriterium der sachlichen Notwendigkeit. Dieses sei unnötig sowie unrichtig und daher aufzugeben.<sup>180</sup> Die private Zeugenbefragung sei der wichtigste Bereich anwaltlicher Ermittlungstätigkeit und rufe gerade deshalb besonderes Misstrauen bei den Strafbehörden hervor. Aus diesem Grund werde es übermässig eingeschränkt. Das Erfordernis eines sachlichen Grundes für den Zeugenkontakt diene lediglich der Verhin-

---

<sup>171</sup> ZÜGER, S. 263 ff., mit Verweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>172</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 87; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 22 ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 82 ff., mit Verweisen; ZÜGER, S. 253, mit Verweisen.

<sup>173</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 87; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 22 ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 82 ff., mit Verweisen; ZÜGER, S. 253, mit Verweisen.

<sup>174</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 87; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 22 ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 82 ff., mit Verweisen; ZÜGER, S. 253, mit Verweisen.

<sup>175</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 87 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 22 ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 82 ff., mit Verweisen.

<sup>176</sup> BGer vom 25. Februar 2019, 2C\_536/2018.

<sup>177</sup> BGer vom 25. Februar 2019, 2C\_536/2018, Erw. 5.4.

<sup>178</sup> CAVEGN, S. 134.

<sup>179</sup> CAVEGN, S. 135.

<sup>180</sup> BERLINGER, S. 82 ff.

derung einer abstrakten Gefahr der Zeugenbeeinflussung. Dies gehe zu weit, wenn nicht die aussergerichtliche Zeugenbefragung vollständig untersagt werden solle, da es nicht möglich sei, jede Beeinflussung zu vermeiden; eine abstrakte Restgefahr der Beeinflussung verbleibe immer. Es könne und dürfe lediglich gefordert werden, dass das Möglichste getan werde, um eine aktive und passive Beeinflussung zu vermeiden. Dies gelte jedoch auch für die Strafverfolgungsbehörden und die Strafgerichte.<sup>181</sup>

MARCEL ZÜGER hält es für ungerechtfertigt, die Beweisqualität eines privat befragten Zeugen prinzipiell als gemindert zu betrachten. Dieses Prinzip verunmögliche eine bestmögliche Verteidigung unter Einhaltung der Berufspflichten. Eine wesentliche Verbesserung wäre es, wenn die Behörden privaten Zeugenbefragungen weniger skeptisch gegenüberstünden und eine Beeinträchtigung der Beweisqualität nur bei Nichterfüllen der Zulässigkeitsvoraussetzungen annähmen. Er betrachtet die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich als sachgemäss.<sup>182</sup> Kritisch steht er vor allem dem Erfordernis gegenüber, dass die Verteidigung die Befragung des Zeugen in ihren eigenen Räumlichkeiten durchführen müsse.<sup>183</sup> Überdies hält er die Aufzeichnung des Gesprächs auf Video oder Tonträger für ausreichend und möchte unter diesen Voraussetzungen auf den Beizug einer Gesprächszeugin verzichten.<sup>184</sup>

Praktizierende Anwälte erhoben teilweise noch weitergehende Kritik: Bereits vor Inkrafttreten der neuen StPO und des BGFA vertraten VERA DELNON und BERNARD RÜDY, dass der Verteidigung die private Befragung von möglichen Zeugen erlaubt sein müsse, solange keine unzulässige Beeinflussung damit verbunden sei. Standesrechtliche Vorschriften dürften das Recht auf private Ermittlungen nicht beeinträchtigen.<sup>185</sup> PETER REICHART und PETER HAFTER zufolge muss der anwaltliche Zeugenkontakt im zivilprozessualen Kontext grundsätzlich und nicht nur bei sachlicher Notwendigkeit zulässig sein. Art. 12 lit. a BGFA sei keine ausreichende gesetzliche Grundlage für weitergehende Restriktionen.<sup>186</sup> Die Grenze des Erlaubten soll nach ihrer Auffassung einzig das Strafrecht ziehen, namentlich die Anstiftung zum falschen Zeugnis (Art. 307 StGB). Nur aus dieser Norm liessen sich Erfordernisse an die private Befragung ableiten; der Anwalt dürfe den Zeugen nicht vorsätzlich beeinflussen oder zu beeinflussen versuchen.<sup>187</sup> Gleicher Meinung ist KASPAR SCHILLER, der wörtlich festhält:

«Die Praxis erlaubt Kontakte von Anwälten mit möglichen oder bereits genannten Zeugen nur, wenn sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind und wenn dabei Beeinflussungen vermieden werden. Dass der Zeugenkontakt durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein muss, ist jedoch vom Gesetz nicht abgestützt. Ausser dem Straftatbestand der Anstiftung

---

<sup>181</sup> BERLINGER, S. 82 ff., konzis S. 86.

<sup>182</sup> ZÜGER, S. 279.

<sup>183</sup> ZÜGER, S. 279.

<sup>184</sup> ZÜGER, S. 279.

<sup>185</sup> DELNON/RÜDY, ZStrR 1998, 337 f.

<sup>186</sup> REICHART/HAFTER, S. 202 ff.

<sup>187</sup> REICHART/HAFTER, S. 204.



zu falschem Zeugnis besteht keine Norm, die Zeugenkontakte einschränken würde. Es gibt keinen Grund, an den Anwalt höhere Anforderungen als an andere Rechtsteilnehmer zu stellen. Weder das Prozessrecht noch die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA auferlegt den Anwälten eine weiter gehende Pflicht. Erfüllt das Verhalten des Anwalts den Straftatbestand der Anstiftung zu falschem Zeugnis oder den Versuch dazu, ist dieses Verhalten auch mit sachlichen Gründen nicht zu rechtfertigen. Liegt dagegen kein strafrechtlich relevantes Verhalten des Anwalts vor, kann ein Zeugenkontakt nicht deswegen unzulässig sein, weil sachliche Gründe dafür fehlen. Unzulässig sind Zeugenkontakte nur, wenn der Anwalt den Zeugen vorsätzlich beeinflusst oder zu beeinflussen versucht.»<sup>188</sup>

Zusammenfassend: Die wohl nach wie vor herrschende Lehre und die konstante Rechtsprechung befürchten offenkundig, ein vorgängiger Zeugenkontakt der Verteidigung könne der strafprozessualen Wahrheitsfindung zuwiderlaufen. Der private Zeugenkontakt soll danach nur ausnahmsweise zulässig sein. Die Restriktionen, die der Verteidigung gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA auferlegt werden, gehen deutlich über die strafrechtlichen Grenzen hinaus. Empirisch belegt ist, dass die Strafjustiz bei der Würdigung den Beweiswert von Zeugen, die von der Verteidigung offeriert werden, geringer gewichtet, wenn sie vorher von der Verteidigung befragt worden sind.<sup>189</sup> Die Verteidigung wird in diesem Verständnis somit primär als Hindernis und nicht als Akteurin der strafprozessualen Wahrheitssuche betrachtet.

Diese Restriktionen stossen teilweise auf Kritik. CLAUDINE CAVEGN, MARCEL ZÜGER und ADRIAN BERLINGER halten die herrschende Lehre und Rechtsprechung für zu restriktiv und wollen der Verteidigung, wenn auch unterschiedlich weitgehend, einen grösseren Aktionsradius gewähren. Selbst diese Autorinnen und Autoren hinterfragen die Vorstellung aber nicht, der Zeugenkontakt der Verteidigung unterminiere potentiell die strafprozessuale Wahrheitsfindung. Ebenfalls unhinterfragt scheint hier zu bleiben, ob Art. 12 lit. a BGFA als gesetzliche Grundlage für die drei besprochenen Kriterien ausreicht, um den Verteidigungsspielraum einzuschränken.<sup>190</sup>

Als weitergehend erweist sich die von praktizierenden Anwälten erhobene Kritik: Sowohl PETER REICHART und PETER HAFTER als auch KASPAR SCHILLER und vor Inkrafttreten des BGFA und der eidgenössischen StPO bereits VERA DELNON und BERNARD RÜDY ziehen die Grenze des anwaltlichen Zeugenkontakts einzig bei strafrechtlich relevantem Verhalten. Eine anwaltsrechtliche Generalklausel wie Art. 12 lit. a BGFA rechtfertige keine weiteren Einschränkungen. Diese Kritik vermochte aber bislang die Kräfteverhältnisse in den anwaltsrechtlichen Lehrbüchern und Kommentaren zum BGFA nicht zu verschieben und hielt vor allem keinen Einzug in die Rechtsprechung. Im vorliegenden Zusammenhang entscheidend ist überdies, dass diese Stimmen im Gegensatz zur vorherrschenden Auffassung keinen positiven Bezug zur Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitsuche herstellen.

---

<sup>188</sup> SCHILLER, S. 380 f.; derselbe auch in Co-Autorenschaft SCHILLER/NATER, S. 48; vgl. überdies auch im Ergebnis identisch GARLAND, Waffengleichheit, S. 252 ff.

<sup>189</sup> ZÜGER, S. 272 f.; dazu auch BOMMER, Verteidigung, S. 93 ff.

<sup>190</sup> BERLINGER, S. 86, spricht immerhin von «wackeligen gesetzlichen Grundlagen».

## E. Beweisanträge der Verteidigung und antizipierte Beweiswürdigung

Ebenfalls mit der Entlastungsfunktion der Verteidigung hängt zusammen, inwiefern dieser eine entlastende Einflussnahme auf die Beweisaufnahme in Strafverfahren zugestanden wird. Die Literatur misst daher der Möglichkeit der Verteidigung, Beweisanträge zu stellen und effektiv durchzusetzen, seit langem einen hohen Wert bei.<sup>191</sup> Unter Beweisanträgen wird im vorliegenden Zusammenhang jeder Antrag verstanden, der einen direkten Einfluss auf die Beweisaufnahme ausüben will, sei es, indem die Einvernahme einer Person (Zeuge, Privatklägerin, eigene Mandantin) oder die Abnahme eines Sachbeweises beantragt wird, sei es, dass die Verteidigung selber einen privat erhobenen Sachbeweis oder ein schriftliches Zeugnis einreicht. In der Praxis sind es demnach sehr unterschiedliche Beweise, die beigebracht werden können oder deren Abnahme beantragt werden kann.<sup>192</sup>

In der Literatur und Rechtsprechung zur schweizerischen StPO ist grundsätzlich unbestritten, dass die Verteidigung ein Beweisantragsrecht hat.<sup>193</sup> Gesetzlich verankert ist dieses Recht in völker- und verfassungsrechtlichen Normen.<sup>194</sup> Die StPO enthält dagegen keine umfassende Beweisantragsnorm, mit Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO aber eine Norm mit Grundsatzcharakter.<sup>195</sup> Die materiellen Grenzen des Beweisantragsrechts finden sich in Art. 139 Abs. 2 StPO: Über Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind, wird nicht Beweis geführt.<sup>196</sup>

Die Verteidigung kann indessen einen abgelehnten Beweisantrag während des ganzen Verfahrens nur unter restriktiven Voraussetzungen einer unverzüglichen Überprüfung mit einem Rechtsmittel zuführen. Art. 394 lit. b StPO schränkt die Möglichkeit der Beschwerde ein, wenn die Staatsanwaltschaft oder Übertretungsbehörde Beweisanträge ablehnt. Die Ablehnung ist nur dann mit Beschwerde anfechtbar, wenn die Beweisanträge nicht ohne Rechtsnachteile vor Gericht wiederholt werden können.<sup>197</sup> Diese Hürde erweist sich als hoch. Regelmässig werden Rechtsmittel im Vorverfahren ausgeschlossen, mit der Begründung, sie könnten vor Gericht ohne Rechtsnachteil wiederholt werden.<sup>198</sup> Die Verteidigung verfügt im Vorverfahren daher grundsätzlich über kein Beweisantragsrecht, das im Ablehnungsfall mit einem Rechtsmittel überprüfbar wäre. Diese gesetzliche Vorgabe schränkt die Verteidigungs-

---

<sup>191</sup> Wegweisend für den deutschsprachigen Raum ALSBERG, Beweisermittlungsantrag, S. 489 ff.; ALSBERG, Beweisantrag, S. 503 ff. Grundlegend für die schweizerische Literatur PIETH, Beweisantrag, insbesondere S. 349 ff.; PIETH, Strafverteidigung, S. 46; VEST, Beweisantragsrecht, S. 781 ff. Eine prägnante rechtspolitische Würdigung für das deutsche Recht, die aber auch aus schweizerischer Sicht lesenswert ist, findet sich bei TER VEEN, S. 304 ff.

<sup>192</sup> Eingehend BERNARD et al.

<sup>193</sup> Statt aller RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 128 ff.

<sup>194</sup> Art. 29 Abs. 2 BV sowie als Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK.

<sup>195</sup> Statt aller RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 128 ff.

<sup>196</sup> Statt aller RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 128 ff.

<sup>197</sup> Zum Ganzen eingehend GUIDON, Beschwerde, S. 53 ff.

<sup>198</sup> Statt vieler KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 227 ff.; kritisch zu dieser Einschränkung bereits vor Inkrafttreten der StPO RUCKSTUHL, Anwaltsrevue 2007, S. 326.

rechte erheblich ein: Sie verunmöglicht es, die staatsanwaltschaftliche Sachverhaltshypothese frühzeitig zu berichtigen, sodass belastende Umstände während des ganzen Vorverfahrens tendenziell zu stark gewichtet und entlastende vernachlässigt werden. Mit anderen Worten droht eine belastende Untersuchungshypothese zementiert zu werden; eine Entkräftung der Hypothese ist nicht in einem frühen Stadium möglich.<sup>199</sup> Dies ist deshalb von besonderer Relevanz, weil im schweizerischen Strafverfahren die Beweise primär im Vorverfahren erhoben werden. Tendenziell wird damit die Möglichkeit unterlaufen, in dem für die Beweisaufnahme entscheidenden Verfahrensstadium entlastende Gesichtspunkte recht- und frühzeitig zwingend einbringen zu können.<sup>200</sup>

Das Beweisantragsrecht besteht überdies auch im Hauptverfahren nur innerhalb der erwähnten materiellen Schranken. Lehnt das Sachgericht Beweisanträge ab, ist die Anfechtung des Entscheids nicht selbständig mit einem Rechtsmittel möglich. Denn dieser Entscheid gilt als verfahrensleitend und ist nur zusammen mit dem Sachentscheid anfechtbar (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO).<sup>201</sup> Ein abgelehnter Beweisantrag ist deshalb nicht sofort überprüfbar. Dazu kommt, dass gerichtliche Hauptverfahren im schweizerischen Strafverfahren nicht zentral auf die Abnahme von Beweisen, sondern primär auf die Würdigung von im Vorverfahren abgenommenen Beweisen ausgerichtet sind (Art. 343 StPO).<sup>202</sup> Ein in diesem Stadium eingereichter Antrag der Verteidigung auf eine weitere Beweisabnahme kommt daher tendenziell bereits wieder zu spät. Hat zudem die Staatsanwaltschaft einen Beweisantrag bereits abgelehnt, droht dies den späteren richterlichen Entscheid in derselben Sache zu beeinflussen.<sup>203</sup>

Insgesamt vermag die Verteidigung daher in dem für die Beweisabnahme entscheidenden Vorverfahren einen Beweisantrag nicht durchzusetzen. Auch die Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur vor Gericht erweist sich *in praxi* als wenig griffig: Zum einen wurden auf inhaltlicher Ebene bis dahin entlastende Gesichtspunkte zu wenig berücksichtigt, sofern Beweisanträge abgelehnt wurden, sodass zu befürchten ist, dass sich die Belastung bereits verfestigt hat. Zum anderen ist das gerichtliche Hauptverfahren strukturell wegen der beschränkten Unmittelbarkeit nicht schwergewichtig auf das Abnehmen von Beweisen angelegt.<sup>204</sup>

Zu Diskussionen Anlass gibt im Kontext von Beweisanträgen auch die Rechtsfigur der antizipierten Beweiswürdigung und insbesondere der diesbezügliche Ermessensspielraum der

---

<sup>199</sup> Vgl. dazu bereits PAUEN, S. 440.

<sup>200</sup> Zum Ganzen NOSETTI-KAUFMANN, S. 259 f., S. 263 ff.

<sup>201</sup> Statt aller CR CCP-STRÄULI, Art. 393 N. 19 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 393 N. 8 ff.

<sup>202</sup> Statt aller CR CCP-DE PREUX/DE PREUX-BERSIER, Art. 343 N. 1 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 343 N. 1 ff.

<sup>203</sup> Eingehend insgesamt zur Bestätigungstendenz der Untersuchungshypothese im gerichtlichen Verfahren weiter hinten: Zweiter Teil, 5. Kapitel D., IV. Marginalisierte Gerichte im schweizerischen Strafprozess.

<sup>204</sup> Statt aller CR CCP-DE PREUX/DE PREUX-BERSIER, Art. 343 N. 1 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 343 N. 1 ff.

Strafjustiz. In antizipierter Beweiswürdigung werden Beweisanträge mit dem Argument abgelehnt, die Tatsachen seien bereits rechtsgenügend erwiesen. Diese Ablehnung erfolgt regelmässig auch dann, wenn der betreffende Beweisantrag die angeblich erstellte Tatsache in Frage stellt. Es geht im Kern darum, wann eine Tatsache vor Gericht ohne weitere Abnahme eines Beweisantrags als wahr angesehen werden darf.<sup>205</sup> Indirekt betrifft es auch die Frage, wie unmittelbar Gerichtsverfahren auszugestalten sind.<sup>206</sup>

Bereits vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung liess das Bundesgericht die antizipierte Beweiswürdigung in konstanter Rechtsprechung zu. Sie wurde zugelassen, wenn das Sachgericht «ohne Willkür in vorweggenommener Würdigung des Beweismittels annehmen konnte, dass seine auf Grund der bereits abgenommenen Beweise gebildete Überzeugung dadurch nicht geändert würde».<sup>207</sup> Die Kognition des Bundesgerichts beschränkte sich damit auf willkürliche Beweiswürdigungen.<sup>208</sup>

Die bisherige Rechtsprechung stösst seit Inkrafttreten der StPO auf Kritik. Einhellig postuliert das Schrifttum, der Anspruch der Parteien, ihren Standpunkt mit Beweisen zu untermauern, dürfe nicht durch antizipierte Beweiswürdigung unterlaufen werden.<sup>209</sup> Beweisanträgen sei grundsätzlich stattzugeben. Es entspreche dem Willen des Gesetzgebers, eine antizipierte Beweiswürdigung in engen Grenzen zu halten.<sup>210</sup> Gegen die antizipierte Beweiswürdigung werden diverse Argumente vorgebracht: Die Beweisantizipation beschränke die Ergebnisoffenheit der Sachverhaltsermittlung, und die Abnahme von offerierten Beweisen könne Fehleinschätzungen der Strafjustiz korrigieren.<sup>211</sup> Die wohl herrschende Lehre will die antizipierte Beweiswürdigung nur zulassen, wenn entlastende beziehungsweise unbestrittene

---

<sup>205</sup> BOMMER, recht 2010, S. 213 ff.; BSK StPO-GLESS, Art. 139 N. 48 ff.; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 221 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f., S. 144 f.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 139 N. 3 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 310 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 6 ff.

<sup>206</sup> ALBRECHT, Unmittelbarkeit, S. 180 ff.; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 221 ff.; WOHLERS, ZStrR 2013, S. 318 ff., mit Bezug auf das Beweisantragsrecht insbesondere S. 326 f.

<sup>207</sup> Statt vieler BGE 134 I 140. Vgl. weiterführend mit zahlreichen Verweisen auf die Praxis Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 6 ff.

<sup>208</sup> CAVEGN, S. 191 ff., mit Verweisen.

<sup>209</sup> Eingehend BOMMER, recht 2010, S. 213 ff.; CAVEGN, S. 147 ff., namentlich S. 160 ff.; GARLAND, Waffengleichheit, S. 250 ff.; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 221 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f., S. 144 f.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 139 N. 3 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 310 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 6 ff. Kritik an dieser Rechtsprechung gab es selbstverständlich auch vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung. Vgl. statt vieler PIETH, Beweisantrag, zusammenfassend S. 349 ff.

<sup>210</sup> Eingehend CAVEGN, S. 147 ff., namentlich S. 160 ff.; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 226 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f., S. 144 f.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 139 N. 3 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 310 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 6 ff.

<sup>211</sup> Eingehend BOMMER, recht 2010, S. 213 ff.; CAVEGN, S. 36 ff.; GARLAND, Waffengleichheit, S. 250 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f., S. 144 f.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 6 ff.

Sachverhaltselemente als wahr unterstellt werden. Sie mahnt zu Zurückhaltung von antizipierter Beweiswürdigung zum Nachteil des Beschuldigten:<sup>212</sup> «Ein Vorrang der bereits erhobenen Beweise gegenüber den angebotenen würde die Verteidigung benachteiligen und die Unschuldsvermutung verletzen.»<sup>213</sup> Nur ein bestandesfestes Beweisantragsrecht des Beschuldigten garantiere ihm, eine andere, *seine* Version des Tatgeschehens einzubringen. Dies sei im Lichte der Garantie der Waffengleichheit zu fordern.<sup>214</sup> Ein bestandesfestes Beweisantragsrecht sei im Hinblick für die Wahrheitsfindung von eminenter Bedeutung und könne die Wahrheitseruierung, welche die Instruktionsmaxime anstrebt, entscheidend voranbringen.<sup>215</sup> Das Hauptargument in der Diskussion um Beweisanträge und antizipierte Beweiswürdigung war mithin der entlastende Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt die antizipierte Beweiswürdigung nach Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung dagegen unvermindert zu und begründet entsprechende Entscheidungen oftmals eher knapp,<sup>216</sup> teilweise unter wörtlichem Verweis auf die vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung geltende Formel.<sup>217</sup> Indessen sind in der jüngeren Rechtsprechung Tendenzen erkennbar, die antizipierte Beweiswürdigung in engere Grenzen zu verweisen.<sup>218</sup> Die Ablehnung eines Beweisantrags durch die erste und zweite Instanz wird an erhöhte Anforderungen gebunden.<sup>219</sup> Die höchstrichterliche Formel zur Ablehnung eines Beweisantrags scheint sich unter Hinweis auf die jüngere Literatur geringfügig zu verändern:

«Beim Verzicht auf weitere Beweisabnahmen muss die Strafbehörde das vorläufige Beweisergebnis hypothetisch um die Fakten des Beweisantrags ergänzen und würdigen. Die Ablehnung des Beweisantrags ist zulässig, wenn die zu beweisende Tatsache nach dieser Würdigung als unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen anzusehen ist (Art. 139 Abs. 2 StPO; Urteil 6B\_644/2014 vom 28. Januar 2015 E. 3.1 mit Hinweisen). Gleich verhält es sich im Fall der sogenannten Wahrunterstellung, bei der die Strafbehörde die mit dem Beweisantrag verbundene Tatsachenbehauptung zugunsten des Antragstellers als wahr ansieht (THOMAS HOFER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 68 zu Art. 10 StPO). Lehnt die Strafbehörde den Beweisantrag ab, hat sie nicht nur darzulegen, weshalb sie aufgrund der bereits abgenommenen Beweise eine bestimmte Überzeugung gewonnen

---

<sup>212</sup> Eingehend BOMMER, recht 2010, S. 213 ff.; BSK StPO-GLESS, Art. 139 N. 48 ff.; CAVEGN, S. 147 ff., namentlich S. 160 ff.; GARRÉ, S. 202 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f., S. 144 f.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 6 ff.

<sup>213</sup> Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 6 ff.

<sup>214</sup> BOMMER, 2010, S. 213; ähnlich auch GARLAND, Waffengleichheit, S. 250 ff., wobei er dies als Vorschlag de lege ferenda präsentiert.

<sup>215</sup> Besonders prägnant CAVEGN, S. 39 und S. 40; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 220; NOSETTI-KAUFMANN, S. 263 ff.

<sup>216</sup> Vgl. beispielsweise BGer vom 20. Juni 2013, 6B\_358/2013, Erw. 3.4; BGer vom 14. Februar 2018, 6B\_900/2017.

<sup>217</sup> Vgl. beispielsweise BGer vom 20. Juni 2013, 6B\_358/2013, Erw. 3.4.

<sup>218</sup> Vgl. BGer vom 26. Mai 2014, 6B\_764/2013.

<sup>219</sup> Vgl. beispielsweise BGer vom 29. Juli 2014, 6B\_479/2016, Erw. 1.4, mit Hinweisen.

hat, sondern auch, weshalb die beantragte Beweismassnahme aus ihrer Sicht nichts an ihrer Überzeugung zu ändern vermag (Urteil 6B\_479/2016 vom 29. Juli 2016 E. 1.4 mit Hinweis).»<sup>220</sup>

Ob eine effektive Veränderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung oder bloss eine veränderte Formel vorliegt, lässt sich derzeit allerdings noch nicht abschliessend beurteilen.<sup>221</sup>

Im Sinne eines vorläufigen Fazits ist demnach festzuhalten: Die Literatur und Rechtsprechung erkennen den Beweisantrag der Verteidigung als entlastenden Beitrag bei der strafprozessualen Wahrheitssuche an. Die Strafprozessordnung kennt ein eingeschränktes Beweisantragsrecht der Verteidigung, doch sind die Hürden, einen abgelehnten Beweisantrag mit einem Rechtsmittel zu überprüfen, relativ hoch. Im Vorverfahren ist dies nur möglich, wenn ein Rechtsnachteil droht, falls der Beweis nicht sofort abgenommen wird. Auch nach Anklageerhebung kann ein Beweisantrag in antizipierter Beweismässigkeit abgelehnt werden (Art. 139 Abs. 2 StPO).<sup>222</sup> Die Verteidigung kann das Gericht damit nicht zwingen, einen Beweis sofort (nochmals) abzunehmen, sondern die Ablehnung erst später, mit einem Rechtsmittel gegen den Sachentscheid überprüfen lassen.<sup>223</sup> Dies ist problematisch, da ein erheblicher Ermessensspielraum besteht, ob ein Beweisantrag abgenommen wird; empirische Forschungen lassen zudem vermuten, dass es hierzu sehr unterschiedliche gerichtliche Praktiken gibt.<sup>224</sup>

Die StPO sieht damit als Regelfall vor, dass die Strafjustiz grundsätzlich selbst festlegt, welche Beweise sie erhebt. Dem Antrag der Verteidigung auf Abnahme von Beweisen stehen hohe Hürden entgegen. Die Literatur und die höchstrichterliche Rechtsprechung erkennen zwar die Wichtigkeit entlastender Beweisanträge für die strafprozessuale Wahrheitssuche an beziehungsweise sehen in ihnen keine Behinderung der Wahrheitssuche. Dennoch wird der

---

<sup>220</sup> Urteil des BGer vom 14. Februar 2018, 6B\_900/2017, Erw. 1.4.3; ähnlich auch der Entscheid BGer vom 17. Januar 2019, 6B\_1090/2018, Erw. 3.2.

<sup>221</sup> Geändert hat sich aber sicher mit der eidgenössischen StPO seit 2011 die Kognition des Bundesgerichts. Abgewiesene Beweisanträge müssen nicht länger zwingend als Willkürzüge im Sinne von Art. 97 BGG vorgebracht werden. Aufgrund von Art. 95 BGG ist es in manchen Konstellationen möglich, eine Verletzung der Strafprozessordnung, und damit eine einfache Gesetzesverletzung geltend zu machen. Art. 343 StPO bietet somit einen Anker für Rügen betreffend nicht abgenommene Beweisanträge im Hauptverfahren, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint, was regelmässig bei vor Schranken nicht abgenommenen Zeugnissen der Fall sein dürfte. Vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung wäre ein solches Vorbringen aufgrund der begrenzten Kognition nicht möglich gewesen. Basis der Rüge ist seit Inkrafttreten der eidgenössischen StPO in dieser Konstellation nicht der verweigerte Beweisantrag, sondern die strafprozessrechtlich garantierte Verletzung der beschränkten gerichtlichen Unmittelbarkeit. Damit ist die Überprüfung von verweigerten Beweisanträgen am Bundesgericht allenfalls etwas leichter möglich.

<sup>222</sup> Eingehend statt aller Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 8 ff., mit zahlreichen Verweisen.

<sup>223</sup> WOHLERS, ZStrR 2013, S. 326 f.; kritisch zu dieser Einschränkung bereits vor Inkrafttreten der StPO aus Sicht der Verteidigung RUCKSTUHL, Anwaltsrevue 2007, S. 327.

<sup>224</sup> SUMMERS/SCHEIWILLER/STUDER, S. 359 ff.; SUMMERS/STUDER, S. 66 ff.

Verteidigung *in praxi* nur eine begrenzte Rolle als Akteurin bei der strafprozessualen Wahrheitssuche eingeräumt. Die Reichweite des Beweisantragsrechts hängt faktisch davon ab, wie die Strafjustiz die Möglichkeit zur antizipierten Beweiswürdigung auslegt, wobei die Lehre deutlich engere Grenzen postuliert als in der derzeitigen bundesgerichtlichen Praxis üblich ist.<sup>225</sup>

Ein bestandfestes Beweisantragsrecht, wie es im Entstehungsprozess der eidgenössischen Strafprozessordnung<sup>226</sup> und bereits vorher im Schrifttum<sup>227</sup> gefordert worden ist, wurde weder gesetzlich verankert noch hat es sich bisher in der Rechtsprechung etabliert. NIKLAUS RUCKSTUHL hält deshalb zutreffend fest, der Verteidigung komme das Recht auf Beweis-anregungen zu; den Namen Beweisantragsrecht verdiene dieses Institut nicht.<sup>228</sup>

---

<sup>225</sup> Eingehend CAVEGN, S. 147 ff., namentlich S. 160 ff.; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 220 ff.; ähnlich auch BOMMER, recht 2010, S. 213 ff.; zusammenfassend statt vieler SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 596 f.; grundlegend zu diesem Zusammenhang nach wie vor PIETH, Beweis-antrag, zusammenfassend S. 349 ff.

<sup>226</sup> Vgl. dazu Hearings, S. 17. Ähnlich bereits die schriftliche Eingabe von KARL-LUDWIG KUNZ, GUIDO JENNY sowie FELIX BOMMER, Hearings, S. 103, 110. Gleicher Meinung war beispielsweise auch der damalige St. Galler Ordinarius STEFAN TRECHSEL (ebenda S. 22); aus der Literatur RUCKSTUHL, Anwaltsrevue 2007, S. 326.

<sup>227</sup> Grundlegend PIETH, Beweis-antrag; VEST, Beweisantragsrecht, S. 781 ff.

<sup>228</sup> RUCKSTUHL, ZStrR 2010, S. 163, im Ergebnis gl.M. mit eingehender Begründung: CAVEGN, S. 196 ff.

## 4. Kapitel: Zusammenfassung

In Monographien der Siebziger- und Achtzigerjahre des 20. Jahrhunderts finden sich vereinzelte Ausführungen zur vorliegenden Forschungsfrage nach der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche. Das jüngere Schrifttum hat sich – mit Ausnahme gewisser Überlegungen in der Habilitationsschrift von DANIELA DEMKO – dagegen der Thematik nicht vertieft angenommen. Diskutiert wird sie oftmals im Kontext der Grenzen zulässigen Verteidigungshandelns. Literatur und Rechtsprechung sehen die Verteidigung dabei tendenziell als Hindernis und nicht als Akteurin bei der strafprozessualen Wahrheitssuche. Dies lässt sich nicht nur bei grundsätzlichen Ausführungen beobachten, sondern ebenso bei der Frage nach Grenzen der Verteidigung sowie in rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Detaildiskussionen.

Die Beiträge in den juristischen Diskursen hängen davon ab, vom welchem Vorverständnis zur Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche die Autorinnen ausgehen. Wer die Verteidigung als Akteurin der Wahrheitssuche ansieht, argumentiert anders als jemand, der sie als Hindernis der Wahrheitsfindung betrachtet. Diejenigen Stimmen, die in der Verteidigung primär ein Hindernis der Wahrheitsfindung sehen, wiederholen dieses Verständnis explizit oder implizit, um Verteidigungsrechte einzuschränken. Die Vorstellung, die Verteidigung müsse begrenzt werden, damit die Wahrheitsfindung nicht vereitelt werde, spielt damit bei der Behandlung zahlreicher Rechtsfragen die zentrale Rolle.

Sehr viel seltener wird für Verteidigungsrechte eingetreten und deren positiver Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche hervorgehoben. Das Argument, die Verteidigung sei Akteurin der strafprozessualen Wahrheitssuche, wird vergleichsweise selten als Begründung beigezogen. Auf die strafprozessuale Wahrheitssuche wird im Kontext von Verteidigungsrechten in rechtspolitischen wie rechtsdogmatischen Debatten primär rekuriert, um für die Einschränkung dieser Rechte einzutreten.

Während des Entstehungsprozesses der eidgenössischen Strafprozessordnung wurde die Figur des sogenannten Anwalts der ersten Stunde nach intensiven Kontroversen am Ende kodifiziert; diese Neuerung bedeutet, dass der beschuldigten Person im Strafverfahren von Beginn weg uneingeschränkter Zugang zur Verteidigung zu gewähren ist. Von den Gegnern wurde vorgebracht, die Verteidigung könne so die strafprozessuale Wahrheitsfindung unter-



minieren. Die Strafverfolgungsbehörden müssten initial ungestörten Zugriff auf die beschuldigte Person erhalten, und deshalb sei der anwaltliche Beistand nicht von Anfang an zu gestatten.

Ähnliche Vorbringen finden sich bei der rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Diskussion zur Frage der Teilnahmerechte der Verteidigung bei Einvernahmen von Mitbeschuldigten; auch diese, so wurde und wird von Gegnern ausgedehnter Teilnahmerechte ins Feld geführt, könnten einer ungestörten strafprozessualen Wahrheitsfindung abträglich sein. Diese Argumentationslinie verfiel nicht nur bei der Gesetzesauslegung der ursprünglichen StPO, sondern führte dazu, dass die neue StPO bereits wenige Jahre nach ihrem Inkrafttreten revidiert werden sollte. Im Ergebnis wurden die Teilnahmerechte nicht über die bisher entwickelte Rechtsprechung hinausgehend eingeschränkt und die bisherige gesetzliche Grundlage wurde beibehalten. Ausschlaggebend hierfür war allerdings primär, dass sich National- und Ständerat nicht über die Modalitäten einer weiteren Einschränkung einigen konnten. Wiederholt wurde und wird dasselbe Argumentationsschema auch auf die Diskussion über die Teilnahme an Explorationsgesprächen beim psychiatrischen Begutachtungsprozess angewandt. So wird immer wieder vorgebracht, die Verteidigung torpediere mit ihrer Anwesenheit potentiell eine ungestörte strafprozessuale Wahrheitsfindung.

In den erwähnten drei Kontroversen beriefen sich die Befürworter ausgedehnter Verteidigungsrechte nur selten direkt auf den Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche; stattdessen wurde mehrheitlich formal mit der Kontrollmöglichkeit der Verteidigung argumentiert. Es passt daher in dieses Bild, dass dem positiven Beitrag der Verteidigung zur Sachverhaltserstellung insgesamt keine zentrale Bedeutung zugemessen wird: Die Rechtsprechung weist Beweisanträge der Verteidigung oft mit dem Argument der antizipierten Beweiswürdigung ab, mit der Begründung also, die Abnahme des Antrags führe ohnehin nicht zu einer anderen Würdigung des Beweisergebnisses. Eine zu weitgehende antizipierte Beweiswürdigung stößt in der Literatur zwar seit längerem auf Kritik; diese vermochte sich aber bislang nicht durchzusetzen. Hinzu kommt, dass die Ablehnung von Beweisanträgen in aller Regel erst nach dem gerichtlichen Sachentscheid und nicht im Vor- oder Hauptverfahren mit einem Rechtsmittel anfechtbar ist, was eine erhebliche Einschränkung für die faktische Mitwirkungsmöglichkeit der Verteidigung bedeutet.

Dass die Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitsfindung eher als Störfaktor gesehen wird, zeigt sich auch daran, dass gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA eine sogenannte limitierte Wahrheitspflicht der Verteidigung postuliert wird. Darunter wird unter anderem subsumiert, dass es der Verteidigung verwehrt sein soll, ihrer Mandantin beim Lügen behilflich zu sein oder direkt die Wahrheitsfindung zu vereiteln. Des Weiteren gibt es eine reichhaltige auf diese Norm gestützte Rechtsprechung zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verteidigung einen potentiellen Zeugen kontaktieren darf, bevor dieser von der Strafjustiz vernommen wird. Diese Rechtsprechung nimmt die Bedenken auf, dass die Verteidigung mit einem Zeugenkontakt die strafprozessuale Wahrheitsfindung beeinträchtigen könnte. Die Restriktionen, die für Zeugenkontakte durch die Verteidigung vor der Vernehmung der Zeu-

gen durch die Strafjustiz gelten, gehen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung deutlich über die strafrechtlichen Grenzen hinaus, die bei der Anstiftung zum falschen Zeugnis nach Art. 307 StGB liegen. Aus der Generalklausel nach Art. 12 lit. a BGFA wird zudem gefolgert, eine fahrlässige Beeinflussung des Zeugen müsse ausgeschlossen sein, ein sachlicher Grund für die Befragung vorliegen und die Befragung im Interesse des Klienten sein. In der Literatur stossen diese weitergehenden, auf das Berufsrecht abgestützten Limitierungen teilweise auf Kritik. Beanstandet wird vor allem, dass die gesetzliche Grundlage nicht ausreiche. Mit dem Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche wird von den Kritikern indessen kaum je argumentiert.

In der Folge soll nun vertieft der Frage nachgegangen werden, ob die Verteidigung Hindernis oder Akteurin der strafprozessualen Wahrheitssuche ist und, falls sie Akteurin ist, worin ihr Beitrag liegen könnte. Als Grundlage hierfür ist im folgenden zweiten Teil zunächst der Wahrheitsbegriff der schweizerischen Strafprozessordnung und die Ausgestaltung der strafprozessualen Wahrheitssuche zu erörtern, bevor sich der dritte Teil der eigentlichen Kernfrage nach der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche annimmt. Der vierte Teil kontrastiert diese Vorgabe sodann mit der Praxis, unter anderem mit den soeben referierten Beispielen.

Zweiter Teil:

**Strafprozessualer Wahrheitsbegriff und  
strafprozessuale Wahrheitssuche**



# 1. Kapitel: **Gegenstand und Vorgehen**

Gegenstand des zweiten Teils ist der strafprozessuale Wahrheitsbegriff und die strafprozessuale Wahrheitssuche.

Zunächst wird ein kurzer Überblick über den Gesetzgebungsprozess geboten. Darin wird nachgezeichnet, was im Gesetzgebungsprozess der StPO unter strafprozessualer Wahrheit verstanden und was diesbezüglich dokumentiert wurde. Sodann wird der Argumentationsverlauf zum Thema Wahrheitssuche und Wahrheitsbegriff untersucht, insbesondere im Kontext des Untersuchungsgrundsatzes, des Prinzips der freien richterlichen Beweiswürdigung und der Unschuldsvermutung sowie des Grundsatzes, dass die Behörden zur Wahrheitsfindung alle rechtlich zulässigen und nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einsetzen. Von Interesse sind auch auf allfällige Ausführungen zum Beweisantragsrecht der Verteidigung. Ferner wird untersucht, inwieweit das Verhältnis zwischen der beschränkten Unmittelbarkeit im gerichtlichen Hauptverfahren und der Wahrheitssuche bzw. dem Wahrheitsbegriff im Gesetzgebungsprozess erörtert wurde. Unter die Lupe genommen wird auch, ob es beim Strafbefehlsverfahren und beim abgekürzten Verfahren zu Diskussionen über die Folgen dieser sogenannten kurzen Prozesse<sup>229</sup> für die strafprozessuale Wahrheitssuche kam.

Das 3. Kapitel gibt den aktuellen Forschungsstand zur strafprozessualen Wahrheitssuche und zum strafprozessualen Wahrheitsbegriff wieder. Sodann folgen Ausführungen, inwiefern in der Literatur die strafprozessuale Wahrheit im Zusammenspiel mit und im Kontext von anderen Instituten erörtert wird. Hernach wird auf die Diskussion zu strafprozessualer Wahrheit in kurzen Prozessen eingegangen.

Das 4. Kapitel diskutiert zunächst summarisch den Wahrheitsbegriff bzw. die Wahrheitsbegriffe in der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie sowie den Geschichtswissenschaften. Im Zentrum des Kapitels steht sodann die Frage nach der Bedeutung dieser Wahrheitsvorstellungen für die Strafprozessdogmatik und Strafprozessrechtswissenschaft.

---

<sup>229</sup> Terminologie in Anlehnung an THOMMEN, Prozess.

Das 5. Kapitel verlagert die Ebene und wendet sich konkret den Gegebenheiten der strafprozessualen Wahrheitssuche zu. Diskutiert werden das prinzipielle Erkenntnisinteresse des schweizerischen Strafprozesses, dessen rechtliche Rahmenbedingungen sowie seine rechtstatsächlichen Limitierungen.

Nach einer Zusammenfassung, welche die Zwischenergebnisse des ganzen zweiten Teils bündelt und den derzeitigen Stand der strafprozessualen Wahrheitssuche sowie des strafprozessualen Wahrheitsbegriffs wiedergibt, mündet das 6. Kapitel in einen Ausblick de lege ferenda.

## 2. Kapitel: **Strafprozessuale Wahrheitsvorstellung im Gesetzgebungsprozess der schweizerischen Strafprozessordnung**

### **A. Einleitung**

#### **I. «Wille des historischen Gesetzgebers»**

Die schweizerische Rechtsordnung ist kodifiziert. Ausgangspunkt jeder Rechtsanwendung im Straf- und Strafprozessrecht ist gesetztes Recht.<sup>230</sup> Die Vorstellung, Gesetze seien im Idealfall eindeutig und nicht auslegungsbedürftig, ist indessen längst überholt.<sup>231</sup> Bis heute ist im deutschsprachigen Raum bei den Auslegungsmethoden der Einfluss von FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY spürbar, wenn auch seine Methodenkonzeption oft vereinfacht wiedergegeben wird.<sup>232</sup> Er unterschied vier klassische Elemente der Gesetzesauslegung: das grammatische, das logische, das historische und das systematische Element.<sup>233</sup> VON SAVIGNY sah die Aufgabe der Rechtsanwendung grundsätzlich darin, die Gedanken des Autors des Gesetzestextes zu erfassen. Allerdings war er sich bereits der fließenden Grenze zwischen Gesetzesauslegung und Fortbildung des Rechts bei der Rechtsanwendung bewusst. Dieser Umstand ist weniger bekannt als seine klassischen Elemente der Auslegung.<sup>234</sup>

---

<sup>230</sup> Dazu statt vieler SCHINDLER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 Rz. 19 ff.; zur besonderen Gesetzesbindung im Straf- bzw. Strafprozessrecht statt vieler BSK StGB-POPP/BERKEMEIER, Art. 1 N. 8 ff.; BSK StPO-STRAUB/WELTERT, Art 2 N. 12 ff.

<sup>231</sup> Einführend mit zahlreichen Verweisen KAUFMANN, Problemgeschichte, S. 100 ff.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 394 ff.

<sup>232</sup> Einführend KAUFMANN, Problemgeschichte, S. 111 ff., mit Verweisen; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 424 ff.; eingehend SCHRÖDER, Band 2, S. 196.

<sup>233</sup> Einführend mit Verweisen KAUFMANN, Problemgeschichte, S. 111 ff., mit Verweisen; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 424 ff.; SCHRÖDER, Band 1, S. 220 ff.

<sup>234</sup> Einführend mit Verweisen KAUFMANN, Problemgeschichte, S. 111 ff., mit Verweisen; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 424 ff.; eingehend SCHRÖDER, Band 1, S. 227 ff.

Seit VON SAVIGNY wurden zahlreiche Monographien und Aufsätze zur Auslegung verfasst und im Detail ist vieles strittig.<sup>235</sup> Bezüglich des historischen Elements lässt sich trotz unterschiedlicher Auffassungen über die Bedeutung des gesetzgeberischen Willens wohl folgender Konsens festmachen: Der «Wille des historischen Gesetzgebers» ist zwar einerseits durchaus eine zentrale, andererseits eine problematische juristische Argumentationsfigur.<sup>236</sup> Diese wird der Realität eines durch Expertenkommissionen, Vernehmlassungen und eine wirkungsmächtige Verwaltung geprägten Gesetzgebungsprozesses nicht (mehr) gerecht. Besser ist es deshalb, von – allenfalls auch durchaus divergierenden – Willensäußerungen im Gesetzgebungsprozess im Plural zu sprechen.<sup>237</sup> Und ohnehin meldet sich nicht der historische Gesetzgeber selbst zu Wort bei der Ermittlung seines Willens oder seiner Willensäußerungen, sondern dessen Interpreten in der Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung.<sup>238</sup> Prägnant hat dies MARIE THERES FÖGEN auf den Punkt gebracht: «Der Rechtsstaat entmündigt den Gesetzgeber nach vollendeter Tat. Einmal in die Welt gesetzt, erfreut sich das Gesetz der exklusiven Pflege und Obhut der Justiz. Sie allein sagt, was das Gesetz des Gesetzgebers sagt.»<sup>239</sup>

Trotz dieser Einschränkungen ist es sinnvoll, die Materialien der Entstehungsgeschichte zu sichten. Selbst wenn man nicht davon ausgeht, dort einen authentischen, einheitlichen Willen *eines* Gesetzgebers vorzufinden, können die Texte Aufschluss geben, was im Entstehungsprozess gedacht bzw. nicht bedacht worden ist. Der so durch den Interpreten in und mit seinem jeweiligen Vorverständnis ermittelte, möglicherweise auch divergente Wille in der Gesetzgebung ist allein aufgrund der Gewaltenteilung für die Gesetzesinterpretation relevant, da die Judikative bei der Rechtsanwendung grundsätzlich an die Rechtsetzung der Legislative gebunden ist. Die Tragweite der richterlichen Gesetzesbindung im Einzelnen bleibt allerdings strittig und beschlägt nicht zuletzt auch das Verhältnis von Demokratie und Rechts- bzw. Richterstaat.<sup>240</sup> Zudem darf in praktischer, rechtsrealistischer Betrachtungs-

---

<sup>235</sup> Einführend RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 427 f., mit Verweisen; grundlegend zur Geschichte der juristischen Methode im deutschsprachigen Raum SCHRÖDER, Band 1 und SCHRÖDER, Band 2.

<sup>236</sup> Einführend HASSEMER, Rechtssystem, S. 251 ff., mit Verweisen; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 436 ff.

<sup>237</sup> Einführend zur Thematik RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 424 ff., mit Verweisen. Zur Bedeutung einer sinnvollen Gesetzgebung in der gegenwärtigen Demokratie statt vieler MÜLLER, Lenken, S. 63 ff.; MÜLLER, Gesetzgebung, S. 75 ff.; NOTTER, S. 97 ff.; STRATENWERTH, Sündenfälle, S. 149 ff.

<sup>238</sup> Dazu statt vieler besonders deutlich und eingehend SOMEK, Wissen, S. 133, einführend zum Ganzen HASSEMER, Rechtssystem, S. 251 ff., insbesondere S. 258 ff.; SCHROTH, S. 270 ff.; vgl. überdies RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 430 ff.: Die Autoren treten im Grundsatz für eine starke richterliche Gesetzesbindung als Ausfluss des Demokratieprinzips ein, wobei sie sich durchaus der faktischen Grenzen des Prinzips bewusst sind; weiterführend zu einer ähnlichen Position MAUS, insbesondere S. 46 ff., S. 155 ff., S. 175 ff.; WALTER, *sui-generis* 2019, S. 138 ff.; lesenswert zur Problematik der Gesetzesbindung des Richters nach wie vor NIGGLI, AJP 1993, S. 154 ff.

<sup>239</sup> FÖGEN, S. 34.

<sup>240</sup> Dazu einführend, mit durchaus unterschiedlicher Gewichtung und jeweils mit Verweisen, HASSEMER, Rechtssystem, S. 251 ff.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 430 ff.



weise nicht übersehen werden, dass es unter anderem von Machtverhältnissen abhängt, welche subjektiven Absichten aus der Gesetzgebung überhaupt objektives Recht werden und wie ein Gesetz rezipiert wird.<sup>241</sup> Das Recht wird nicht primär in den Gesetzen, sondern in den konkreten, zu entscheidenden Fällen zur Realität.<sup>242</sup>

## II. Abriss der Entstehungsgeschichte der Schweizerischen Strafprozessordnung

Die Entstehung der Schweizerischen Strafprozessordnung dauerte über ein Jahrzehnt.<sup>243</sup> Sie war geprägt von Vorarbeiten in einer Expertenkommission, Hearings von weiteren Experten, einem Vorentwurf mitsamt Begleitbericht, einem darauffolgenden ausführlichen Vernehmlassungsverfahren, einem zweiten Entwurf mit einer Botschaft des Bundesrates<sup>244</sup> und vergleichsweise intensiver parlamentarischer Arbeit in den Kommissionen für Rechtsfragen und im Plenum des National- und Ständerates.

Den ersten Meilenstein setzte 1997 der Bericht *Aus 29 mach 1* der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission.<sup>245</sup> Diese Kommission tagte zwischen Mitte 1994 und Herbst 1997. Sie setzte sich aus Vertreterinnen und Vertretern der Rechtswissenschaft, der kantonalen Strafverfolgungsbehörden und der Bundesverwaltung zusammen.<sup>246</sup> In dieser Expertenkommission sassen allerdings weder Vertreter der Anwaltschaft noch der Judikative.<sup>247</sup>

Es folgten die eingehenden sogenannten *Hearings zum Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts» vom Juni/Juli 1998*.<sup>248</sup> Diese wurden im Juni 1998 durch das Bundesamt für Justiz mit zahlreichen Expertinnen und Experten durchgeführt.<sup>249</sup> Eingeladen wurden Professorinnen und Professoren der Universitäten Basel, Bern, Genf, Lausanne, St.Gallen und Zürich, Vertreter der Demokratischen Juristen

---

<sup>241</sup> Dazu KLENNER, Historisierende, S. 57; einfürend SENN/GSCHWEND, S. 25 ff.; weiterführend MENKE und WESEL, Gewalt. Eingehend und beindruckend in der Tiefe zum Ganzen CARONI, Botschaft, zusammenfassend S. 227 ff.

<sup>242</sup> Prägnant LEGE, S. 207 ff., insbesondere S. 208, S. 225 f., S. 229 f. Zum unvermeidlichen Einfluss des Vorverständnisses auf die Rechtsinterpretation statt vieler auch HASSEMER, Rechtssystem, S. 251 ff., insbesondere S. 258 ff.; HUNKELER, insbesondere Rz. 55 ff., Rz. 73 ff. und Rz. 80 ff. sowie die konzise Zusammenfassung unter Rz. 94 f.; SCHROTH, S. 270 ff.; VALOIS, 375 ff.; grundlegend dazu ESSER, Vorverständnis, namentlich S. 113 ff., der im deutschsprachigen Raum wie kaum ein anderer die Debatte über das unvermeidbare (richterliche) Vorverständnis bei der Gesetzesinterpretation prägte.

<sup>243</sup> Konzis dazu WOHLERS, ZStrR 3/2020, S. 231 ff.

<sup>244</sup> Botschaft, S. 1098 ff.

<sup>245</sup> «Aus 29 mach 1».

<sup>246</sup> «Aus 29 mach 1», S. 16.

<sup>247</sup> Der ehemalige Bundesrichter OBERHOLZER, Bedeutung, S. 28 f., macht auf diesen Umstand aufmerksam und verortet diese (einseitige) Zusammensetzung in einer seit dem ausgehenden 20. Jahrhundert erkennbaren grundsätzlichen Tendenz hin zu erfolgreicher Lobby-Arbeit der Staatsanwaltschaft. Die fehlende Präsenz der Verteidigung in den darauffolgenden sogenannten Hearings bemängelte überdies auch im Gesetzgebungsprozess der Vertreter der Demokratischen Juristen PETER FREI: Hearings, S. 7.

<sup>248</sup> Hearings.

<sup>249</sup> Hearings.

Schweiz, des Schweizerischen Anwaltsverbands, der Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz, der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz, der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren sowie der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft.<sup>250</sup> Diesen Personen wurde im Vorfeld ein Fragenkatalog zugestellt.<sup>251</sup> Im Zentrum standen – neben den Grundsatzfragen über die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung des Strafprozessrechts – die Gerichtsorganisation, das Strafverfolgungsmodell sowie eine stattliche Anzahl konkreter Fragen zu einzelnen strafprozessualen Instituten. Betreffend die kodifizierten Prozessmaximen wurde dagegen lediglich gefragt, ob diese vollständig oder zu ausführlich seien.<sup>252</sup> In Bezug auf das abgekürzte Verfahren (in der damaligen Terminologie *plea bargaining*) wurde danach gefragt, ob dieses Verfahren zugelassen werden solle und, wenn ja, wie es auszugestalten sei.<sup>253</sup> Nach Umfang und Tragweite des Strafbefehlsverfahrens und dessen Verhältnis zum ordentlichen Verfahren wurde nicht explizit gefragt.

Die nachfolgende Redaktion des Vorentwurfs wurde durch den damaligen Zürcher Professor NIKLAUS SCHMID vorgenommen und im Jahre 2001 mitsamt einem Begleitbericht fertiggestellt.<sup>254</sup> Hernach kam es zu einem breit angelegten Vernehmlassungsverfahren. Dabei gingen 110 Vernehmlassungen ein, die insgesamt rund 2000 Seiten umfassen. Diese Ergebnisse fasste das Bundesamt für Justiz in einem im Februar 2003 publizierten Bericht zusammen.<sup>255</sup> Auf die vollständige Einsicht in alle 110 Vernehmlassungen im Original wurde im Rahmen der vorliegenden Forschung verzichtet und stattdessen auf die Zusammenfassung abgestellt, welche auch im nachfolgenden Gesetzgebungsprozess – anders als die einzelnen Vernehmlassungen – rezipiert wurde.

Auf Basis dieser Vorarbeiten entstand der wiederum von NIKLAUS SCHMID überarbeitete Entwurf aus dem Jahre 2005<sup>256</sup> und die dazugehörige Botschaft. In den Jahren 2006 bis 2008 folgten dann verhältnismässig ausführliche Debatten in den Kommissionen für Rechtsfragen des National- und Ständerats und in den beiden Parlamentskammern. Die Protokolle dieser Sitzungen wurden im Rahmen des vorliegenden Projekts umfassend konsultiert.<sup>257</sup>

---

<sup>250</sup> Hearings, S. 27.

<sup>251</sup> Hearings, S. 171 ff.

<sup>252</sup> Hearings, S. 173 (deutsch), S. 179 (französisch).

<sup>253</sup> Hearings, S. 172 (deutsch), S. 178 (französisch).

<sup>254</sup> Botschaft, S. 1100; Begleitbericht, S. 8.

<sup>255</sup> Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 14.

<sup>256</sup> Botschaft, S. 1100.

<sup>257</sup> Die Protokolle der Kommissionen für Rechtsfragen wurden mir auf mein Gesuch vom 18. April 2017 mit Schreiben vom 24. April 2017 vollständig zur Verfügung gestellt; allerdings darf aus diesen Protokollen weder wörtlich zitiert noch dürfen Namen der Teilnehmenden, Fraktionen oder Parteien genannt werden, weshalb diese nur paraphrasierend verarbeitet werden können (Schreiben der Mitarbeiterin der Parlamentsdienste CORNELIA THELER vom 24. April 2017 an den Verfasser).

## B. Diskussion zum Grundsatz der materiellen Wahrheit

Der Bericht *Aus 29 mach 1* setzte die materielle Wahrheit als nicht näher hinterfragtes Ziel des Strafprozesses voraus. Unter dem Titel *Grundsatz der materiellen Wahrheit/Untersuchungsgrundsatz (Instruktionsmaxime)* wurde knapp Folgendes festgehalten:

«Das Gebot der materiellen Wahrheit verlangt, dass die Organe der Strafrechtspflege von sich aus, auch ohne Antrag, den Sachverhalt abklären. Die Forderung nach materieller Wahrheit ist in allen schweizerischen Strafprozessordnungen, wenn auch nicht immer explizit, enthalten».<sup>258</sup>

Auch in den Hearings kam es kaum zu Voten hinsichtlich des Wahrheitsbegriffs an sich.<sup>259</sup> Angesichts des oben erwähnten Fragenkatalogs erstaunt es nicht, dass der Wahrheitsbegriff nur am Rande thematisiert wurde und strafprozessuale Grundsatzfragen im Vergleich zu Detailregelungen generell einen geringen Stellenwert einnahmen.<sup>260</sup>

Der auf diesen Vorarbeiten basierende Vorentwurf zur StPO enthielt in Art. 6 die Sachüberschrift *Materielle Wahrheit*. Der Artikel lautete wie folgt:

«Art. 6 Grundsatz der materiellen Wahrheit

- <sup>1</sup> Die Strafbehörden klären von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der Beschuldigten bedeutsamen Tatsachen ab.
- <sup>2</sup> Sie untersuchen die für die Beschuldigten belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt.»<sup>261</sup>

Der dazugehörige Begleitbericht hielt zum Wahrheitsbegriff Folgendes fest:

### «Grundsatz der materiellen Wahrheit (Art. 6 VE)

Das Strafverfahren wird vom Grundsatz der materiellen Wahrheit beherrscht. Alle Strafbehörden haben die für die Beurteilung von Tat und Täter erforderlichen Beweise von Amtes wegen zu sammeln. Ziel des Strafverfahrens ist somit, die materielle oder historische Wahrheit zu ergründen; die Strafbehörden dürfen sich nicht mit den Erklärungen der Parteien zufriedengeben oder Beweise nur auf deren Antrag abnehmen. Vor allem für die Strafverfolgungsbehörden, also die Polizei, die Staatsanwaltschaft sowie die Übertretungsstrafbehörden folgt aus diesem Grundsatz die besondere Aufgabe, nicht nur die Beschuldigten belastenden Beweise zu sammeln, sondern ihr Augenmerk ebenso den entlastenden Momenten zu schenken (Abs. 2).»<sup>262</sup>

---

<sup>258</sup> «Aus 29 mach 1», S. 80.

<sup>259</sup> Hearings.

<sup>260</sup> Der Basler Professor MARK PIETH und der Berner Ordinarius GUNTHER ARZT waren letztlich die einzigen beiden Stimmen, die sich konsequent auf Grundsatzfragen beschränkten. Im Zentrum von PIETHS Überlegungen stand vor allem die Verlagerung des Gewichts vom gerichtlichen Hauptverfahren ins Vorverfahren; er kam zum Schluss, dass der Entwurf Züge eines Kontrollmodells aufweise (Hearings, S. 96 f.). ARZT, Hearings, S. 96, kritisierte insbesondere, dass der Gehalt der Grundsätze schwammig sei.

<sup>261</sup> Vorentwurf.

<sup>262</sup> Begleitbericht, S. 34.

Weiter unten hob der Begleitbericht zum Vorentwurf die materielle Wahrheit als Ziel des Strafprozesses nochmals mehrfach hervor, allerdings ohne deren exakten Gehalt näher zu erörtern.<sup>263</sup>

Im Bericht *Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren des Bundesamtes für Justiz vom Februar 2003* finden sich sowohl zum Thema Untersuchungsgrundsatz wie zur materiellen Wahrheit nahezu keine Ausführungen. Ausdrücklich erwähnte diese Zusammenfassung die materielle Wahrheit einzig im Kontext des Anwalts der ersten Stunde, da einige Kantone – wie bereits oben im ersten Teil erwähnt – die Befürchtung hegten, dieser könne die Erforschung der materiellen Wahrheit verhindern.<sup>264</sup>

Die Botschaft zum Entwurf hielt zu Beginn in der Erläuterung zu Art. 6, dem Untersuchungsgrundsatz, unmissverständlich und in fast identischem Wortlaut wie der Begleitbericht zum Vorentwurf<sup>265</sup> der StPO fest:

«Ziel des Strafverfahrens ist die Erforschung der *materiellen* (historischen) *Wahrheit*; die Strafbehörden dürfen sich folglich nicht mit den Erklärungen der Parteien zufrieden geben oder Beweise nur auf deren Antrag abnehmen. Vor allem für die Strafverfolgungsbehörden folgt aus diesem Grundsatz die besondere Aufgabe, nicht nur die belastenden Beweise zu sammeln, sondern auch den entlastenden Momenten nachzugehen, und zwar mit gleicher Sorgfalt.»<sup>266</sup>

In der parlamentarischen Debatte wurde der Wahrheitsbegriff der Strafprozessordnung nicht im Detail beraten.<sup>267</sup> Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats ging von der materiellen Wahrheit als Orientierungsgrösse aus.<sup>268</sup> Soweit ersichtlich nahm im Nationalratsplenarium einzig der Zürcher Nationalrat DANIEL VISCHER, der damals als Strafverteidiger praktizierte,<sup>269</sup> in einem Votum zum Thema der Beweisverwertungsverbote Bezug auf diese Grundsatzfrage und sprach sich für eine strafprozessuale Wahrheit aus. Er wandte sich gegen eine ausserhalb des Verfahrens stehende, absolute Wahrheit:

«Es geht hier um eine Grundsatzfrage: Der Strafprozess, die Wahrheitsfindung im Strafverfahren, beruht im Grunde genommen auf dem nominalistischen Prinzip, dass nur wahr ist, was sich im strafprozessualen Verfahren als wahr erweist. Es gibt mithin keine ausserhalb des Verfahrensrechtes stehende absolute Wahrheit. Aber genau diesen Einbruch will die Kommissionmehrheit mit ihrer Beifügung erzeugen. Sie ritzt am Grundsatz des Verwer-

---

<sup>263</sup> Begleitbericht, beispielsweise auf S. 109, S. 147, S. 160, S. 260, S. 267.

<sup>264</sup> Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 40 und S. 100; vgl. dazu weiter oben Erster Teil, 3. Kapitel, A. Anwalt der ersten Stunde.

<sup>265</sup> Begleitbericht, S. 34.

<sup>266</sup> Botschaft, S. 1130.

<sup>267</sup> AB 2006 S 982 ff.; AB 2007 N 926 ff.

<sup>268</sup> Vgl. etwa RK-N vom 22.–23. Februar 2007, S. 17 f. und Anhang Nr. 4, S. 2.

<sup>269</sup> Vgl. zu VISCHERS Selbstverständnis als Strafverteidiger BEGLINGER, S. 287 ff., insbesondere S. 296 ff.

tungsverbotes, welches sicherstellt, dass das Prinzip der prozessualen Wahrheit im Prozess durchgreift. Das heisst, dass nur rechtmässig erlangte Beweismittel zur Verurteilung eines Straftäters zur Verfügung stehen dürfen. Es darf jemand nicht aufgrund von Beweismitteln verurteilt werden, die nicht rechtmässig erlangt worden sind.»<sup>270</sup>

Insgesamt lässt sich festmachen, dass im Entstehungsprozess der Strafprozessordnung der ihr zugrundeliegende Wahrheitsbegriff kaum zur Sprache kam und nicht eingehend diskutiert wurde. Die materielle (historische) Wahrheit als grundsätzliches Ziel des Strafprozesses blieb – mit Ausnahme des nicht näher begründeten Votums von DANIEL VISCHER – im Grossen und Ganzen eine unhinterfragte Bezugsgrösse.

Auffällig ist weiter, dass im Vorentwurf die *Materielle Wahrheit* in Art. 6 noch explizit in der Sachüberschrift erwähnt wurde, dann aber im späteren Entwurf und der letztlich verabschiedeten StPO die Sachüberschrift von Art. 6 *Untersuchungsgrundsatz* lautet und damit der Begriff der materiellen Wahrheit ganz aus der Prozessordnung verschwindet. Weshalb es zu dieser redaktionellen Änderung kam, lässt sich aus den Materialien nicht erschliessen. Eine Anfrage beim emeritierten Professor NIKLAUS SCHMID und bei PETER GOLDSCHMID vom Bundesamt für Justiz, den beiden massgebenden Redaktoren der Prozessordnung, ergab, dass mit der Änderung der Sachüberschrift von Art. 6 StPO keine materielle Änderung beabsichtigt war. Sie gehe auf einen redaktionellen Änderungsvorschlag der sogenannten verwaltungsinternen Redaktionskommission zurück.<sup>271</sup>

## **C. Diskussion zur strafprozessualen Wahrheit im Kontext einzelner Institute**

Im Folgenden wird diskutiert, ob strafprozessuale Wahrheit allenfalls implizit im Kontext von anderen Instituten bzw. im Zusammenspiel zwischen Instituten diskutiert worden ist. Der besseren Lesbarkeit halber wird zunächst die Diskussion der strafprozessualen Wahrheit im Kontext strafprozessualer Beweise und der Unschuldsvermutung wiedergegeben und danach im Kontext des Unmittelbarkeitsprinzips und des Beweisanspruchsrechts der Verteidigung vor Gericht. Wie eingangs erwähnt, wird wegen der Bedeutung des Themas die Diskussion der strafprozessualen Wahrheit bei kurzen Prozessen (abgekürztes Verfahren, Strafbefehlsverfahren) in einem späteren Abschnitt gesondert erörtert.

### **I. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit im Kontext des Beweisrechts und der Unschuldsvermutung**

Bezüglich des Grundsatzes, dass Behörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einsetzen, finden sich im Bericht *Aus 29 mach 1* vornehmlich implizite Ausführungen zur strafprozessualen Wahrheit. Der Bericht

---

<sup>270</sup> AB 2007 N 956.

<sup>271</sup> Mailwechsel des Verfassers mit NIKLAUS SCHMID und PETER GOLDSCHMID zwischen dem 1. und 9. November 2016.

hält lediglich ausdrücklich fest, dass alle für die Wahrheitsfindung tauglichen Mittel, namentlich die Aussagen des Beschuldigten, von Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen sowie der Augenschein zuzulassen seien.<sup>272</sup> Zusätzliche präzisierende Ausführungen zur strafprozessualen Wahrheit fehlen. Weiter führt der Bericht aus, dass ein wirksamer Zeugenschutz nicht nur dem Personenschutz diene, sondern überdies eine wichtige Funktion bei einer zuverlässigen Wahrheitsfindung habe. Trotz der Verbesserung der wissenschaftlichen Methoden zur Führung von Sachbeweisen bleibe der Zeuge von zentraler Bedeutung im Strafprozess.<sup>273</sup> Hinsichtlich der Zeugnisverweigerungsrechte hält der Bericht als Vorteil fest, dass sich damit Gefährdungen für alle Kategorien von Zeugen verringern liessen, zugleich könnten sie aber auch den Verlust eines – möglicherweise entscheidenden – Beweismittels nach sich ziehen.<sup>274</sup>

Ausführlicher bringt der Bericht die Grenzen des Prinzips der materiellen Wahrheit zur Sprache, indem er Beweisverwertungsverbote thematisiert. Dabei erkennt er ausdrücklich an, dass diese den Vorrang vor dem Interesse an der Wahrheitsfindung und der Durchsetzung des Strafrechts haben können.<sup>275</sup> Im Kontext der Unschuldsvermutung wird festgehalten, dass die Beweislast grundsätzlich der Anklage obliege, wobei jedoch ausdrücklich statuierte Ausnahmen vorbehalten werden können.<sup>276</sup> Mehr zum Verhältnis der Unschuldsvermutung und des Wahrheitsbegriffs findet sich nicht. Auch das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung wird nur marginal behandelt, ebenso dessen Verhältnis zum strafprozessualen Wahrheitsbegriff. Postuliert wird überdies, dass aus der Unschuldsvermutung der Grundsatz der freien Beweiswürdigung abzuleiten sei.<sup>277</sup>

Bei den Hearings wurde, wie eingangs erwähnt, den Experten ein Fragekatalog zugestellt, welcher die Bandbreite und Tiefe der diskutierten Themen vorgespurt hat. Da dieser Fragenkatalog nicht thematisierte, wie das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung, die Unschuldsvermutung oder der Grundsatz, dass alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel zur Wahrheitsfindung eingesetzt werden sollen,<sup>278</sup> zu verstehen seien, ist nachvollziehbar, dass sich in den Stellungnahmen kaum Aussagen dazu finden. Kritisch, ja geradezu sarkastisch äusserte sich vor allem der Berner Ordinarius GUNTHER ARZT zu den aufgelisteten Grundsätzen und ihrem Verhältnis zueinander:

«Der vorliegende Entwurf listet erfreulicherweise allerlei Grundsätze auf (S. 79 ff., 94). Das Verhältnis dieser Maximen zueinander war lange Zeit klar. Inzwischen ist es durch die Kreierung immer neuer Prinzipien empfindlich gestört worden. Beispielsweise ist die freie

---

<sup>272</sup> «Aus 29 mach 1», S. 100.

<sup>273</sup> «Aus 29 mach 1», S. 58, S. 61, S. 65, S. 66.

<sup>274</sup> «Aus 29 mach 1», S. 63.

<sup>275</sup> «Aus 29 mach 1», S. 105 f.

<sup>276</sup> «Aus 29 mach 1», S. 81.

<sup>277</sup> «Aus 29 mach 1», S. 81. Zu Recht machte allerdings der Berner Professor GUNTHER ARZT später in den sogenannten Hearings darauf aufmerksam, dass diese Ableitung unzutreffend sei (Hearings, S. 96).

<sup>278</sup> Hearings, S. 48 ff., S. 171 ff.

Beweiswürdigung nicht aus der Unschuldsvermutung abzuleiten (anders S. 81). Dass beispielsweise der Lügendetektor verboten ist, ist eines (und richtig). Dass er mit Zustimmung des Beschuldigten als Entlastungsbeweis verboten sein soll, ist ein zweites (und schon problematisch). Dass das erste und das zweite aus dem Grundsatz der materiellen Wahrheit folgen soll (S. 80), ist nicht einsichtig.»<sup>279</sup>

Zur Ausgestaltung von einzelnen Beweismitteln, namentlich dem Zeugnis, wurde relativ breit Stellung genommen, dagegen nur am Rande zur Wahrheitsfindung im Zusammenhang mit der Beweiserhebung und mit Beweismitteln. Wenn überhaupt, finden sich dazu bloss implizite Meinungsäusserungen, wie folgendes Beispiel illustriert: Die Berner Professoren GUIDO JENNY und KARL-LUDWIG KUNZ sowie die damalige Luzerner Staatsanwältin MARIANNE HEER, als Vertreterin der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, hielten beispielsweise fest, dass ein Numerus clausus an Beweismitteln abzulehnen sei und der Bericht ja auch kaum so zu verstehen sei.<sup>280</sup> Moniert wurde von KUNZ zudem, dass die Frage der Beweisverwertungsverbote schwammig und konturlos formuliert sei.<sup>281</sup>

Auch der Begleitbericht zum Vorentwurf enthielt – auch im Kontext von anderen Instituten als dem Untersuchungsgrundsatz – nur wenige Ausführungen zur strafprozessualen Wahrheit. Die Unschuldsvermutung wurde als Beweislastregel zwar erläutert, ihr Verhältnis zur strafprozessualen Wahrheit indessen nicht näher erörtert.<sup>282</sup> Der Bericht nahm im Kontext der möglichen Beweismittel und der freien richterlichen Beweiswürdigung auf die materielle Wahrheit Bezug. Sie diene als wesentlicher Teil einer Begründung, weshalb ein Numerus clausus an Beweismitteln abzulehnen sei:

«Im Zentrum des Beweisrechts und in Art. 145 VE steht die heute vorherrschende Auffassung, dass es keinen numerus clausus der Beweismittel gibt. Dies ergibt sich einerseits aus dem Grundsatz der materiellen Wahrheit gemäss Art. 6 VE, der es den Strafbehörden zur Aufgabe macht, alle für die Beurteilung von Tat und Täter wesentlichen Fakten von Amtes wegen zusammenzutragen. Andererseits ist aus der in Art. 11 Abs. 1 VE zu findenden Maxime der freien Beweiswürdigung abzuleiten, dass zur Erforschung der Wahrheit in den Schranken des Rechts alle denkbaren Beweismittel einsetzbar sein müssen, auch wenn sie in den Verfahrensgesetzen nicht oder noch nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Im Strafverfahren können somit auch Beweismittel eingesetzt werden, die neu von der Wissenschaft und Kriminalistik entwickelt werden, ohne dass es hierzu einer Ergänzung des Gesetzes bedarf.»<sup>283</sup>

Im Bericht *Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren des Bundesamtes für Justiz vom Februar 2003* fin-

---

<sup>279</sup> Hearings, S. 96.

<sup>280</sup> Hearings, S. 104 bzw. S. 142.

<sup>281</sup> Hearings, S. 16; ähnlich bereits die schriftliche Eingabe von KARL-LUDWIG KUNZ, GUIDO JENNY und FELIX BOMMER, Hearings, S. 105 f.

<sup>282</sup> Begleitbericht, beispielsweise auf S. 86, S. 205, S. 37 f.

<sup>283</sup> Begleitbericht, S. 106.

den sich zu den Themen Untersuchungsgrundsatz, strafprozessuale Wahrheitssuche, materielle Wahrheit sowie auch beispielsweise zur Tragweite der Unschuldsvermutung keine relevanten Ausführungen. Auch die Grundsätze zur Beweiserhebung wurden lediglich vereinzelt kommentiert.<sup>284</sup>

Sichtet man die Botschaft des Bundesrates, fällt auf, dass strafprozessuale Wahrheit kaum thematisiert wurde. Zwar wurde bei den möglichen Beweismitteln, als Ausfluss der Prinzipien der freien Beweiswürdigung und der materiellen Wahrheit, noch festgehalten, es gebe keinen Numerus clausus an Beweismitteln. Somit seien zur Erforschung der Wahrheit in den Schranken des Rechts alle denkbaren Beweismittel einsetzbar, auch wenn sie im Prozessgesetz nicht oder noch nicht ausdrücklich vorgesehen seien. Damit könnten ebenfalls Beweismittel eingesetzt werden, welche die Wissenschaften neu entwickelt habe, ohne dass es der Ergänzung des Gesetzes bedürfte; vorbehalten bleibe allerdings das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage zur Begründung von Grundrechtseingriffen.<sup>285</sup> Wenn die Wahrheit überhaupt am Rande Erwähnung bei angrenzenden Instituten fand, wurde als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt, dass die Suche nach der materiellen (historischen) Wahrheit Ziel des Strafprozesses sei.<sup>286</sup>

In den parlamentarischen Debatten – sowohl in den Kommissionen für Rechtsfragen als auch im Plenum – wurde die strafprozessuale Wahrheit, wie erwähnt, soweit ersichtlich nicht im Detail beraten. Unterlassen wurde dies sowohl im Kontext des Prinzips, dass zur strafprozessualen Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einzusetzen seien, die rechtlich zulässig sind, als auch im Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung.<sup>287</sup> In den Kommissionen für Rechtsfragen beider Ratskammern wurde im Kontext von Beweisverwertungsverböten sinngemäss einzig festgehalten, dass diese die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht verhindern dürften und nur in engen Grenzen zuzulassen seien.<sup>288</sup> Und auch gegen ein umfassendes Akteneinsichtsrecht des Anwalts der ersten Stunde wurde wie mehrfach erwähnt mit der materiellen Wahrheit argumentiert.<sup>289</sup> Teilweise wurden mit dieser Argumentation grundsätzliche Bedenken gegen das Institut als solches und namentlich dessen Tragweite angemeldet.<sup>290</sup> Darüber hinaus war strafprozessuale Wahrheit kein Thema.

---

<sup>284</sup> Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 41.

<sup>285</sup> Botschaft, S. 1180.

<sup>286</sup> So etwa bei der Fernwirkung von Beweisverboten (Botschaft, S. 1184) oder den Zeugnisverweigerungsrechten (Botschaft, S. 1198 ff.).

<sup>287</sup> AB 2006 S. 982 ff.; AB 2007 N 926 ff.

<sup>288</sup> RK-N vom 25.–26. Januar 2007, S. 37 f.; ähnlich auch RK-N vom 25. September 2007, S. 2; RK-S vom 29. Mai 2007, S. 49 f.

<sup>289</sup> RK-N vom 25.–26. Januar 2007, S. 49 f.

<sup>290</sup> RK-N vom 22.–23. Februar 2007, S. 38 f.



## II. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit im Kontext des Unmittelbarkeitsprinzips und des Beweisantragsrechts der Verteidigung

Der Bericht *Aus 29 mach 1* thematisierte das Unmittelbarkeitsprinzip relativ eingehend, namentlich im Kontext des zu wählenden Strafverfolgungsmodells. Vor der Vereinheitlichung gab es in der Schweiz eine Vielzahl an unterschiedlichen Strafverfolgungsmodellen. Die kantonalen Prozessordnungen kannten eine stark unterschiedlich ausgeprägte gerichtliche Unmittelbarkeit.<sup>291</sup> Der Bericht systematisierte die bestehenden Prozessmodelle in vier Typen: Das sogenannte Untersuchungsrichtermodell I zeichnet sich danach primär dadurch aus, dass das gesamte Vorverfahren unter der Führung eines unabhängigen Untersuchungsrichters steht und die Staatsanwaltschaft über keine selbständigen Ermittlungskompetenzen verfügt. Letztere tritt sowohl im Vorverfahren wie bei der Überweisung an das Gericht als Partei auf und amtiert dort als Anklägerin.<sup>292</sup> Das Untersuchungsrichtermodell II unterscheidet sich vom Untersuchungsrichtermodell I hauptsächlich dadurch, dass die Staatsanwaltschaft gegenüber den Untersuchungsrichtern weisungsbefugt ist.<sup>293</sup> Das Staatsanwaltschaftsmodell I wiederum zeichnet sich durch eine Zweiteilung des Vorverfahrens aus: Hier leitet die Staatsanwaltschaft (und nicht der Untersuchungsrichter) zunächst die gerichtliche Polizei und entscheidet sodann über die Fortsetzung der Strafverfolgung. Der unabhängige Untersuchungsrichter wird erst dann tätig, wenn er von der Staatsanwaltschaft damit beauftragt wird. Nach Abschluss der untersuchungsrichterlichen Voruntersuchung ist erneut die Staatsanwaltschaft für die Anklageerhebung oder die Verfahrenseinstellung zuständig.<sup>294</sup> Im Staatsanwaltschaftsmodell II schliesslich fehlt die Figur des Untersuchungsrichters ganz. Die Staatsanwaltschaft ist sowohl alleinige Strafverfolgerin, Ermittlungsleiterin und Anklägerin als auch Partei in der Hauptverhandlung.<sup>295</sup>

Die Kommissionsmehrheit befürwortete das sogenannte Untersuchungsrichtermodell I, eine Kommissionsminderheit sprach sich für das Staatsanwaltschaftsmodell I aus.<sup>296</sup> Ab dem Entwurf wurde indessen trotz dieser früheren Präferenzen das Staatsanwaltschaftsmodell II gewählt.<sup>297</sup> Als Argumente wurde bei beiden ursprünglich bevorzugten Modellen (Untersuchungsrichtermodell I und Staatsanwaltschaftsmodell I) unter anderem angeführt, dass diese eine beschränkte Unmittelbarkeit erlauben würden, was einer rationellen Prozessführung zuträglich sei.<sup>298</sup> Weil vor Gericht keine vollständige unmittelbare Beweisabnahme stattfindet, sei es aber wichtig, dass die Untersuchungsbehörde die Beweise sorgfältig und genau abnehme und die Parteien dabei mitwirken könnten.<sup>299</sup> Diese Ausführungen nahmen daher zumindest implizit auf die strafprozessuale Wahrheitsuche Bezug. Explizite Erörte-

---

<sup>291</sup> «Aus 29 mach 1», S. 29 ff.

<sup>292</sup> «Aus 29 mach 1», S. 29 f.

<sup>293</sup> «Aus 29 mach 1», S. 30.

<sup>294</sup> «Aus 29 mach 1», S. 30 f.

<sup>295</sup> «Aus 29 mach 1», S. 31.

<sup>296</sup> «Aus 29 mach 1», S. 34 ff., S. 38 ff.

<sup>297</sup> Begleitbericht, S. 18 ff.

<sup>298</sup> «Aus 29 mach 1», S. 38 ff., S. 139, S. 143.

<sup>299</sup> «Aus 29 mach 1», S. 133.

rungen fehlen allerdings. Nicht näher erörtert wurde, inwieweit die Verteidigung mittels Beweisanträgen auf die beschränkte Unmittelbarkeit und die Abnahme von Beweisen Einfluss nehmen könne. Ohnehin erwähnte der Bericht den Beweisantrag der Verteidigung im Bericht kaum und erörterte ihn nicht näher.<sup>300</sup>

In den Hearings äusserte sich der Zürcher Ordinarius ANDREAS DONATSCH kritisch zur beschränkten Unmittelbarkeit, da er die Gefahr ausmachte, dass der Sachrichter letztlich nur die Funktion innehatte, die Untersuchungsergebnisse des Untersuchungsrichters zu bestätigen.<sup>301</sup> Der Basler Professor KURT SEELMANN sprach sich ebenfalls für «eine gewisse Zurückhaltung bei der Beschneidung des Unmittelbarkeitsprinzips» aus.<sup>302</sup> Die Demokratischen Juristen traten für Teilnahmerechte der Verteidigung an sämtlichen Untersuchungshandlungen ein;<sup>303</sup> sie hielten überdies fast schon resignativ fest, dass sich das beschränkte Unmittelbarkeitsprinzip kaum abwenden lasse.<sup>304</sup> MARIANNE HEER als Vertreterin der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft trat dagegen aus dem Bedürfnis nach Effizienz und einer beförderlichen Fallerledigung für das beschränkte Unmittelbarkeitsprinzip ein.<sup>305</sup> Das beschränkte Unmittelbarkeitsprinzip befürwortete mindestens im Grundsatz auch der heutige Zürcher Ordinarius und damalige Berner Oberassistent FELIX BOMMER (als Vertreter von Professor GUIDO JENNY<sup>306</sup>). Er brachte vor, es bedürfe einer ausdrücklichen Regelung, welche Beweisabnahmen vor Gericht zu treffen seien; als Gegengewicht sei zudem ein bestandfestes Beweisantragsrecht der Verteidigung zu statuieren. Leitlinie bei der Beschränkung der Unmittelbarkeit müsse sein, dass durch die Einschränkung dem Beschuldigten keine Nachteile erwachsen dürften.<sup>307</sup>

Der Begleitbericht erörterte im Zuge der Abwägung der Vor- und Nachteile des (beschränkten) Unmittelbarkeitsprinzips verschiedene Möglichkeiten zu dessen Ausgestaltung, nahm aber keinen Bezug zur strafprozessualen Wahrheit.<sup>308</sup> Beweisanträge der Verteidigung thematisierte er vor allem im Kontext des rechtlichen Gehörs, nicht aber direkt zur Wahrheitsfrage.<sup>309</sup>

Relativ rege wurde im Vernehmlassungsverfahren die Frage diskutiert, wie weit die gerichtliche Unmittelbarkeit gehen soll; indessen wurde dabei – soweit ersichtlich – kein Bezug zur strafprozessualen Wahrheit hergestellt.<sup>310</sup> Im Kontext des im Vorentwurf vorgeschlagenen

---

<sup>300</sup> «Aus 29 mach 1», S. 89, S. 135, S. 139.

<sup>301</sup> Hearings, S. 92.

<sup>302</sup> Hearings, S. 44.

<sup>303</sup> Hearings, S. 74.

<sup>304</sup> Hearings, S. 77.

<sup>305</sup> Hearings, S. 147.

<sup>306</sup> Hearings, S. 12.

<sup>307</sup> Hearings, S. 17; ähnlich bereits die schriftliche Eingabe von KARL-LUDWIG KUNZ, GUIDO JENNY sowie FELIX BOMMER, Hearings, S. 103, 110; gl.M. beispielsweise auch der damalige St. Galler Ordinarius STEFAN TRECHSEL (ebenda S. 22).

<sup>308</sup> Begleitbericht, beispielsweise auf S. 14, S. 19, S. 20 ff., S. 37, S. 223 ff.

<sup>309</sup> Begleitbericht, beispielsweise auf S. 86, S. 205, S. 208 f., S. 226.

<sup>310</sup> Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 71 ff.

Kreuzverhörs durch die Verteidigung vor Gericht brachten zudem viele Vernehmlassungsteilnehmende vor, dieses sei unserer Rechtstradition fremd, führe zu einer Entsachlichung des Prozessstoffes und sei der Wahrheitsfindung abträglich. Ausserdem könne es von der Verteidigung zu einer Aufblähung des Prozessstoffes missbraucht werden.<sup>311</sup> Dieses Beispiel belegt wiederum eindrücklich den obigen Befund, dass die Verteidigung hierzulande oftmals als Hindernis der strafprozessualen Wahrheitsfindung und nicht Akteurin der strafprozessualen Wahrheitssuche angesehen wird.

Der Entwurf verzichtete schliesslich auf das Institut Kreuzverhör, weil dieses im Vernehmlassungsverfahren deutlich abgelehnt worden sei.<sup>312</sup> Dennoch betonte die Botschaft nochmals die Vorteile und streifte dabei auch die Thematik der materiellen Wahrheit:

«Der Vorentwurf von 2001 hatte für die unmittelbare Hauptverhandlung die Möglichkeit des Kreuzverhörs vorgesehen (Art. 378 VE-StPO). Dabei werden die von den Parteien angerufenen Zeuginnen und Zeugen nicht wie in dem heute in der Schweiz verbreiteten Präsidialverhör durch das Gericht, sondern direkt durch die Parteien befragt. Diese Art der Befragung betont den Charakter des Strafprozesses als Zweiparteienverfahren. Sie kann der Gefahr entgegenwirken, dass das Gericht durch die Befragung in die Rolle des Anklägers verfällt; auch kann sie die Würdigung von Beweis- und Wahrheitswert der Aussagen durch das Gericht erleichtern.»<sup>313</sup>

Vorderhand lässt sich indes festhalten, dass die Botschaft die strafprozessuale Wahrheit nur in wenigen Zeilen behandelte, von der materiellen (historischen) Wahrheit als selbstverständliche Zielsetzung des Strafprozesses ausging und diese – mit Ausnahme des abgekürzten Verfahrens, auf das noch gesondert eingegangen wird – auch im Zusammenspiel mit anderen Instituten nicht weiter problematisierte.

Auch in der parlamentarischen Debatte wurde die Thematik der strafprozessualen Wahrheitssuche im Zusammenhang mit der beschränkten Unmittelbarkeit oder dem Beweisanspruchsrecht der Verteidigung nicht eingehend vertieft.<sup>314</sup> Immerhin eine Stimme in der Rechtskommission des Ständerats beantwortete die Frage, wie unmittelbar die erstinstanzliche Hauptverhandlung ausgestaltet werden sollte, dahingehend, dass das erstinstanzliche Gericht selber beurteilen könne, welche Kenntnisse für die Urteilsfindung nötig seien, um einen möglichst ökonomischen Prozess führen zu können; denn ein solcher könne der Wahrheitsfindung genauso zupass kommen wie ein enorm langer und aufwendiger rein unmittelbarer Prozess.<sup>315</sup> Relativ ausführlich debattierte die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates auch ganz grundsätzlich über die Vor- und Nachteile eines unmittelbaren Strafprozesses; ein ausdrücklicher Bezug auf die Wahrheitsfrage fehlt allerdings auch hier.<sup>316</sup>

---

<sup>311</sup> Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 72.

<sup>312</sup> Botschaft, S. 1114.

<sup>313</sup> Botschaft, S. 1114.

<sup>314</sup> AB 2006 S. 982 ff.; AB 2007 N 926 ff.

<sup>315</sup> RK-S vom 2.–3. Juli 2007, S. 2.

<sup>316</sup> RK-S vom 21.–23. August 2007, S. 61–69.

### III. Zwischenfazit

Zusammenfassend ergibt sich aus obigen Ausführungen, dass die historische (materielle) Wahrheit im Gesetzgebungsprozess als gegebene Grösse vorausgesetzt und nicht vertieft diskutiert wurde. Unbestritten blieb allerdings, dass Beweisregeln die strafprozessuale Wahrheitssuche limitieren können. Diskutiert wurde über das Ausmass der gelebten Unmittelbarkeit und den Umfang des Beweisantragsrechts der Verteidigung, den Anwalt der ersten Stunde, das anwaltliche Kreuzverhör sowie die Untersuchungsrichter- bzw. Staatsanwaltschaftsmodelle. Implizit war man sich dabei wohl durchaus des Einflusses auf die strafprozessuale Wahrheitssuche bewusst; explizit thematisiert wurde dies dagegen nicht.

### D. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit bei kurzen Prozessen insbesondere

Im Entstehungsprozess der neuen Strafprozessordnung bekamen sogenannte kurze Prozesse<sup>317</sup>, also das Strafbefehlsverfahren und das abgekürzte Verfahren, eine prominente Stellung, die sie vorher in den kantonalen Prozessordnungen nicht innehatten. Das abgekürzte Verfahren kannten damals bloss die Kantone Basel-Landschaft, Tessin und Zug, teilweise erst seit kurzer Zeit und in eher unbedeutendem Umfang.<sup>318</sup> Beim Strafbefehlsverfahren wurde der Anwendungsbereich erheblich erweitert; in den meisten Kantonen hatte vorher die Untersuchungsbehörde eine nicht ansatzweise vergleichbare Strafbefehlskompetenz.<sup>319</sup> Im Sinn eines Vorgriffs auf die spätere, eingehende Untersuchung ist bereits hier festzuhalten, dass sich die seit Inkrafttreten der Strafprozessordnung erschienene Literatur nahezu einig zu sein scheint, dass solche kurzen Prozesse die Abklärungstiefe und damit die Wahrheitssuche beeinflussen.<sup>320</sup> Die Frage drängt sich auf, inwieweit dies bereits im Entstehungsprozess diskutiert worden ist.

#### I. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit im Kontext des Strafbefehlsverfahrens

Der Bericht *Aus 29 mach 1* thematisierte bei den Ausführungen zum Strafbefehlsverfahren den Einfluss dieses kurzen Prozesses auf den Untersuchungsgrundsatz bzw. das Prinzip der materiellen Wahrheit oder die strafprozessuale Wahrheitssuche nicht näher. Hingegen postulierte er bereits zu diesem frühen Zeitpunkt, dass in dieser Verfahrensart der Erlass einer Freiheitstrafe von bis zu sechs Monaten möglich sein solle.<sup>321</sup> Der Bericht hielt zudem fest:

---

<sup>317</sup> Unter den Begriff «kurzer Prozess» werden im Anschluss an MARC THOMMEN, Prozess S. 7 ff., abgekürzte Verfahren und Strafbefehlsverfahren subsumiert.

<sup>318</sup> Statt vieler BSK StPO-GREINER/JAGGI, Vorbemerkungen zu Art. 358–363 N. 10 ff.

<sup>319</sup> THOMMEN, Prozess, S. 46 ff.

<sup>320</sup> Dazu Zweiter Teil, Fünftes Kapitel, E., III. Strafbefehlsverfahren.

<sup>321</sup> «Aus 29 mach 1», S. 153.

«Ein förmliches, vorgängiges Geständnis ist nicht Voraussetzung für dieses Verfahren. Die Zustimmung des Betroffenen zum vorgeschlagenen Urteil bzw. zum Verzicht auf das ordentliche Verfahren kommt im Verzicht auf die Einsprache zum Ausdruck. Es ist zu erwägen, bei Freiheitsstrafen die persönliche Anhörung des Betroffenen vor Erlass des Strafbefehls zwingend vorzuschreiben.»<sup>322</sup>

In den Hearings brachten die Professoren STEFAN TRECHSEL, BERNHARD STRÄULI und MARK PIETH vor, dass die für das Strafbefehlsverfahren vorgesehene Strafmasskompetenz von bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe zu weit gehe.<sup>323</sup> PIETH hielt dazu überdies fest, dass das Strafverfahren auf ein Rudiment des Vorverfahrens reduziert werde, wenn man es derart zur Disposition der Parteien stelle. In diesem Fall sei kaum mehr zu erklären, weshalb sonst derart auf der Officialmaxime insistiert werde und weshalb die Strafverfolgung so sehr im öffentlichen Interesse stehe. Es zeige sich, dass aus Spargründen auf fundamentale Prinzipien verzichtet werde.<sup>324</sup> Eine weitergehende Auseinandersetzung zur Wechselwirkung des vorgeschlagenen Strafbefehlsverfahrens mit der strafprozessualen Wahrheitsuche oder dem Prinzip der materiellen Wahrheit findet sich in den Hearings nicht.

In Art. 412 ff. des Vorentwurfs wurden die Bestimmungen zum Strafbefehlsverfahren formuliert, wobei gemäss Art. 412 Abs. 1 der Erlass eines Strafbefehls möglich sein sollte, wenn ein Geständnis vorliegt oder der Sachverhalt anderweitig ausdrücklich geklärt sei.<sup>325</sup> Zur Abklärungstiefe beim Strafbefehlsverfahren wurde im Begleitbericht einzig festgehalten, das Verfahren sei vornehmlich für Fälle bestimmt, in denen die beschuldigte Person bei der Polizei oder Staatsanwaltschaft in einer protokollarischen Einvernahme den Sachverhalt eingestanden habe und an der Tatschuld nicht zu zweifeln sei. Ein Strafbefehl könne indessen auch ergehen, wenn sich aus den bisherigen Verfahrensakten klar ergebe, dass die Beschuldigte die fragliche Straftat begangen habe, selbst wenn kein Geständnis vorliege.<sup>326</sup> Die möglichen Auswirkungen auf die strafprozessuale Wahrheitsuche blieben unerwähnt.

Auch die Botschaft diskutierte beim Strafbefehlsverfahren gar nicht erst, ob ein anderer, eingeschränkter Wahrheitsbegriff bzw. der Untersuchungsgrundsatz voll zum Tragen komme, ob die gleiche oder eine andere Abklärungstiefe wie bei einer Anklage ans Gericht indiziert sei und, wenn ja, ob dies praktisch einlösbar sei und was insgesamt die Folgen eines ausgedehnten Strafbefehlsverfahrens auf die strafprozessuale Wahrheitsuche seien.

In der parlamentarischen Beratung des Strafbefehlsverfahrens wurde soweit ersichtlich weder im Ständerat noch im Nationalrat Bezug auf die Frage der Wahrheitsuche bei dieser Verfahrensart genommen.<sup>327</sup>

---

<sup>322</sup> «Aus 29 mach 1», S. 153.

<sup>323</sup> Hearings, S. 21, S. 165, S. 169.

<sup>324</sup> Hearings, S. 169.

<sup>325</sup> Vorentwurf.

<sup>326</sup> Begleitbericht, S. 246.

<sup>327</sup> AB 2007 N 1025 ff.; AB 2006 S. 1048 ff. Eine interessante Begründung für die schweizweite Vereinheitlichung des Strafbefehlsverfahrens lieferte allerdings Bundesrat BLOCHER: «Die Straf-

## II. Diskussion der strafprozessualen Wahrheit im Kontext des abgekürzten Verfahrens

Der Bericht *Aus 29 mach 1* wandte sich nach einer knappen, aber differenzierten Auseinandersetzung gegen die Einführung eines *plea bargaining* in der Schweiz. Er begründete dies allerdings nicht primär damit, dass diese Verfahrensart den Untersuchungsgrundsatz bzw. das Prinzip der materiellen Wahrheit oder die strafprozessuale Wahrheitssuche, nach der grundsätzlichen Konzeption der neuen Prozessordnung tangieren würde. Es wurde vor allem moniert, dass ein solches Verfahren viele Aspekte enthalte, die unserer Rechtskultur fremd seien. Hierzu wurde namentlich auf die grosse Machtfülle und die fehlende richterliche Kontrolle der US-amerikanischen Staatsanwaltschaft verwiesen. Stossend seien ferner die Rechtsungleichheiten und der negative Einfluss auf die Generalprävention, die man in Kauf nehmen müsse, wenn man sich für das *plea bargaining* entscheide.<sup>328</sup>

Beim abgekürzten Verfahren (bzw. in der damaligen Terminologie *plea bargaining*) überwogen auch in den Hearings die grundsätzlichen Skeptiker, welche grösstenteils vorbrachten, diese Verfahrensart stehe im Widerspruch zu unserer Rechtstradition und zahlreichen rechtsstaatlichen Prinzipien.<sup>329</sup> Für einen eng beschränkten Anwendungsbereich des *plea bargaining* und gegen eine strikte Ablehnung trat THOMAS HUG von der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz ein, ohne aber nähere Ausführungen zur möglichen Ausgestaltung zu machen.<sup>330</sup> PETER FREI und JEAN-PIERRE GARBADE als Vertreter der Demokratischen Juristen sahen ebenfalls einen ganz kleinen, beschränkten Platz für das *plea bargaining*, sofern dieses beinhalte, dass der Beschuldigte den Schaden ersetzt habe und als Gegenleistung die Strafuntersuchung eingestellt werde.<sup>331</sup> Weitergehend befürwortet wurde die Einführung des *plea bargaining* von den Professoren STEFAN TRECHSEL und BERNHARD STRÄULI.<sup>332</sup> Indessen wurde die Frage der Vereinbarkeit mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit oder der strafprozessualen Wahrheitssuche im Sinne der strafprozessualen Grundkonzeption nicht näher diskutiert.

Im Vorentwurf widmeten sich in Art. 385 ff. fünf Bestimmungen dem abgekürzten Verfahren.<sup>333</sup> Der Begleitbericht enthielt zum Wahrheitsbegriff beim abgekürzten Verfahren folgende implizite Ausführungen:

---

befehlsverfahren sind ein ganz wesentlicher Teil der einfachen Abwicklung des rechtsstaatlichen Staatsanwaltschaftsverfahrens. Es geht damit schneller (AB 2006 S. 1050)».

<sup>328</sup> «Aus 29 mach 1», S. 50 ff.

<sup>329</sup> Skeptisch waren Oberrichter STEFAN GASS von der Richtervereinigung, MARIANNE HEER von der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, Professor LAURENT MOREILLON von der Universität Lausanne sowie die Polizeikommandanten von Bern und Freiburg im Auftrag der Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz (Hearings, S. 32, S. 36, S. 40, S. 50, S. 136 f., S. 151).

<sup>330</sup> Hearings, S. 63.

<sup>331</sup> Hearings, S. 8 und S. 81.

<sup>332</sup> Hearings, S. 21, S. 159.

<sup>333</sup> Vorentwurf.

«Ein Strafurteil kann nach den allgemeinen Vorschriften nur ergehen, wenn nach einem umfassenden Vorverfahren – vor allem den entsprechenden Beweisabnahmen – die Staatsanwaltschaft eine Anklage erhebt und diese hernach vom Gericht im Hauptverfahren geprüft wird. Ein Vergleich sowie ein Anerkennen der Anklage nach zivilprozessualen Mustern waren bisher in der Schweiz nicht bekannt. In anderen Rechtsordnungen wurden hingegen zur Entlastung der Hauptverhandlung Instrumente entwickelt, die es den Parteien (primär Staatsanwaltschaft und Beschuldigten) erlauben, hinsichtlich des Schuldpruchs und der Sanktionen unter Vermeidung von in die Details gehenden Vorverfahren und Gerichtsverhandlungen eine Einigung zu erzielen und diese dem Gericht zu unterbreiten. Sehr bekannt ist diese Vorgehensweise etwa in den U.S.A., wo nach Schätzungen in rund 95 Prozent der Fälle nach einem sogenannten *plea bargaining* eine solche Einigung erzielt wird. Diese Fälle werden vereinfacht gesprochen ohne Beweisverfahren von der Anklageerhebung direkt ins Urteilsstadium des Gerichts gebracht.»<sup>334</sup>

Wenig später führte derselbe Begleitbericht an, dass sich bislang die Lehre und der Expertenbericht *Aus 29 mach 1* skeptisch gezeigt hätten,<sup>335</sup> dennoch fand das Institut mit folgender Begründung Aufnahme in den Vorentwurf:

«Eine gesetzliche Lösung trägt nicht zuletzt dazu bei, den *bisherigen Graubereich* der sogenannten *informellen Absprachen* mindestens zum wesentlichen Teil zu beseitigen. Es ist kein Geheimnis, dass schon bisher in einem nicht genau bekannten, möglicherweise aber unterschätzten Umfang Absprachen zwischen Beschuldigten und Staatsanwaltschaft vorkamen. Angesichts der zunehmenden Überlastung der Strafverfolgungsorgane ist zu prognostizieren, dass die Neigung zu solchen Absprachen künftig steigen wird. Es ist deshalb ehrlicher, dafür gesetzliche Gefässe zu schaffen, anstatt ein solches Vorgehen zwar gesetzlich nicht vorzusehen, es aber in der Rechtswirklichkeit zu tolerieren.»<sup>336</sup>

Wie tief die Untersuchung beim abgekürzten Verfahren tatsächlich gehen und welcher Wahrheitsbegriff massgebend sein soll, wurde letztlich nicht im Detail erläutert. Es ist lediglich relativ vage die Rede davon, dass der Anklagesachverhalt wohl meist auf polizeilichen Ermittlungsakten sowie gewissen ersten Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft beruhen werde.<sup>337</sup>

Die Botschaft relativierte dann die Geltung des Prinzips der materiellen Wahrheit für das abgekürzte Verfahren, indem sie gleich zu Beginn konzedierte, dass sich bei dieser Verfahrensart ein gewisses Abrücken vom Untersuchungsgrundsatz ergeben könnte.<sup>338</sup> Bei den Erläuterungen zum abgekürzten Verfahren wurde der Wahrheitsbegriff des Strafprozesses etwas eingehender thematisiert und ausformuliert:

«Nach den allgemeinen Vorschriften kann ein Strafurteil nur dann ergehen, wenn nach einem umfassenden Vorverfahren – vor allem den entsprechenden Beweiserhebungen –

---

<sup>334</sup> Begleitbericht, S. 231.

<sup>335</sup> Begleitbericht, S. 231 f.

<sup>336</sup> Begleitbericht, S. 232.

<sup>337</sup> Begleitbericht, S. 232 f., S. 234.

<sup>338</sup> Botschaft, S. 1130.

die Staatsanwaltschaft Anklage erhebt und diese vom Gericht im Hauptverfahren umfassend geprüft wird. Anders im Zivilprozess in seiner reinen Form: Hier herrschen die Grundsätze der *formellen* Wahrheit und der Dispositionsmaxime. Die Parteien können sich demnach in einer für das Gericht bindenden Weise über den Sachverhalt einigen und über ihre Ansprüche frei verfügen, den Prozess also jederzeit durch Vergleich, durch Abstand oder Unterwerfung beenden.»<sup>339</sup>

Die Botschaft führte sodann aus, dass Absprachen den Untersuchungsgrundsatz und das Prinzip des Verfolgungszwanges tangierten und sich deswegen die Expertenkommission dagegen ausgesprochen habe; trotz dieser gewichtigen Bedenken befürwortete der Bundesrat aber die Einführung eines abgekürzten Verfahrens.<sup>340</sup> Dies wurde – in fast identischem Wortlaut wie im Begleitbericht zum Vorentwurf der StPO – vor allem damit begründet, dass *in praxi* die Neigung zu Absprachen auch ohne gesetzliche Grundlage steigen werde. Nach Auffassung des Bundesrates sei es ehrlicher, für derartige Absprachen gesetzliche Regelungen zu schaffen und damit den bisherigen Grau- oder besser Schwarzbereich zu beseitigen, anstatt ein solches Vorgehen zwar gesetzlich nicht vorzusehen, es aber in der Rechtswirklichkeit zu tolerieren.<sup>341</sup> Eine eigentliche Auseinandersetzung mit dem Verhältnis derartiger Absprachen zum Untersuchungsgrundsatz, zur strafprozessualen Wahrheitssuche sowie zum Grundsatz der materiellen (historischen) Wahrheit als strafprozessuale Zielsetzung fand aber nicht statt. Es wurde zwar eingeräumt, dass das abgekürzte Verfahren am herkömmlichen Untersuchungsgrundsatz bzw. an der herkömmlichen Zielsetzung der materiellen Wahrheit ritze; dieser (zumindest latente) Widerspruch wurde allerdings nicht ausgeräumt.<sup>342</sup>

Im erstberatenden Ständerat war dies hernach noch nicht eingehender Diskussionsgegenstand, wobei immerhin aus den Protokollen seiner Kommission für Rechtsfragen deutlich hervorgeht, dass man sich bewusst war, dass beim abgekürzten Verfahren die materielle Wahrheit nicht erforscht wird.<sup>343</sup> Im zweitberatenden Nationalrat hingegen gab das abgekürzte Verfahren Anlass zu hitzigen Debatten bezüglich der Wahrheitsfrage. Insbesondere die Zürcher Nationalrätin und praktizierende Rechtsanwältin ANITA THANEI fasste eingangs die im Vorfeld im Schrifttum vorgebrachten Bedenken<sup>344</sup> gegen das abgekürzte Verfahren konzis und pointiert zusammen und hielt zum Begriff der Wahrheit fest:

«Abgekürztes Verfahren» ist eigentlich die falsche Bezeichnung. Es handelt sich in Wirklichkeit um eine Art Vergleichsverfahren, welches es den Parteien bei einer Einigung über den Sachverhalt, die Strafe und die Zivilansprüche erlaubt, den Fall ohne formelle Unter-

---

<sup>339</sup> Botschaft, S. 1294.

<sup>340</sup> Botschaft, S. 1295.

<sup>341</sup> Botschaft, S. 1295.

<sup>342</sup> Botschaft, S. 1294 f.

<sup>343</sup> RK-S vom 16.–17. Oktober 2006, S. 3 und S. 4.

<sup>344</sup> BRUNNER, NZZ 2002; DONATSCH, Vereinbarungen, S. 159 ff., namentlich S. 176 f.; JOSITSCH/BISCHOFF, S. 433 ff.; VEST, Amerikanisierung, S. 298 ff. Auch OBERHOLZER, ZStrR 1993, S. 163, hielt bereits weit vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung fest, dass Deals gegen praktisch sämtliche tragende Prinzipien der Strafprozessordnung verstießen; derselbe auch OBERHOLZER, AJP 1992, S. 13 ff.



suchung direkt vor Gericht zu bringen. Das Gericht überprüft die Absprache zwischen der Staatsanwaltschaft und der angeklagten Person nur sehr rudimentär. Es wird nicht von Amtes wegen abgeklärt, ob ein Straftatbestand erfüllt wurde, und auch nicht, welcher. Ein eigentliches Beweisverfahren entfällt.»<sup>345</sup>

Ähnliche Bedenken äusserten unter Bezugnahme auf das Votum von ANITA THANEI noch ANNE-CATHERINE MENÉTREY-SAVARY, VRENI HUBMANN und RUEDI AESCHBACHER.<sup>346</sup> In der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats wurde das abgekürzte Verfahren ebenfalls rege diskutiert und thematisiert, dass das Verfahrensziel der materiellen Wahrheit sich hin zu einer formellen Wahrheit verschiebe. Deswegen wurden teilweise fundamentale Bedenken angemeldet und die ersatzlose Streichung dieses Verfahrens beantragt.<sup>347</sup> Im Ergebnis nahm aber auch der Nationalrat den Vorschlag des Bundesrates mit einem deutlichen Stimmenmehr von 117 zu 48 Stimmen an.<sup>348</sup>

### III. Zwischenfazit

Beim Strafbefehlsverfahren gab primär der Umfang der Strafbefehlskompetenz Anlass zu Diskussionen. Dagegen waren weder der Begriff der Wahrheit noch die Frage der Abklärungstiefe und des Abklärungsumfangs noch insgesamt der Einfluss dieser Verfahrensart auf die strafprozessuale Wahrheitssuche Gegenstand von eingehenden Debatten im Gesetzgebungsprozess zur geplanten StPO.

Das abgekürzte Verfahren als solches führte dagegen zu regen Debatten. Von den ersten Vorarbeiten bis in die Nationalratsdebatte wurde immer wieder vorgebracht, dass es dem herkömmlichen Untersuchungsgrundsatz und der schweizerischen Rechtstradition zuwiderlaufe. Es wurde mithin erkannt, dass diese Verfahrensart einen anderen Untersuchungsmaßstab und einen anderen Wahrheitsbegriff sowie eine andere Wahrheitssuche etabliert oder zumindest etablieren könnte, die sich nicht mehr in der bisherigen strafprozessualen Tradition bewegen und in einem Spannungsverhältnis zum herkömmlichen Prozessziel der materiellen Wahrheit stehen könnten. Trotzdem fand das abgekürzte Verfahren am Ende Eingang ins Gesetz. Das Verhältnis zwischen dieser besonderen Verfahrensart und dem in Art. 6 StPO verankerten Untersuchungsgrundsatz bzw. dem Verfahrensziel der materiellen Wahrheit und der strafprozessualen Wahrheitssuche nach der Grundkonzeption der StPO blieb dennoch im Gesetzgebungsprozess ungeklärt.

### E. Fazit zum Wahrheitsbegriff im Gesetzgebungsprozess

Trägt man die Zwischenergebnisse zusammen, ergibt sich Folgendes: Die materielle (historische) Wahrheit blieb im Gesetzgebungsprozess als strafprozessuale Zielgrösse letztlich un-

---

<sup>345</sup> AB 2007 N 1026.

<sup>346</sup> AB 2007 N 1027 ff.

<sup>347</sup> RK-N vom 10.–11. Mai 2007, S. 47 f., S. 53 ff.

<sup>348</sup> AB 2007 N 1031.

hinterfragt, sowohl als Prinzip als auch bei der Erörterung des Zusammenspiels mit angrenzenden Instituten. Unumstritten war, dass die Erforschung der materiellen Wahrheit durch Beweisregeln limitiert sei. Eine vertiefte Diskussion zum strafprozessualen Wahrheitsbegriff und zur strafprozessualen Wahrheitssuche fand dagegen nicht statt. Dies mag erstaunen, wenn man sich beispielsweise die reichhaltige und kritische Debatte zu dieser Thematik in Deutschland seit den Siebzigerjahren des 20. Jahrhunderts vor Augen führt.<sup>349</sup> Diese ist im hiesigen Gesetzgebungsprozess offenbar kaum rezipiert worden, obwohl die beiden Strafprozessrechtskulturen diesbezüglich durchaus verwandt und insbesondere bei grundlegenden Fragestellungen vergleichbar wären. Indessen war in der Schweiz vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung das Strafprozessrecht wohl auch wegen der kantonalen Zuständigkeit weit weniger Gegenstand wissenschaftlicher Beschäftigung, als dies heute üblich ist. Entsprechende Forschung wurde, wenn überhaupt, in der Tendenz mit einer starken Ausrichtung auf Praxisprobleme und nicht Grundsatzfragen betrieben.<sup>350</sup> Auch der Gesetzgebungsprozess war, wie oben gezeigt, in der Folge schwergewichtig von der Lösung praktischer Einzelfragen geprägt und schloss zudem teilweise an vorbestehende kantonale Traditionen an. Eine strafrechtstheoretische Auseinandersetzung mit grundlegenden Figuren und Instituten fand nur am Rande statt.

Bei den kurzen Prozessen wurde dagegen zumindest beim abgekürzten Verfahren erkannt, dass es sich potentiell auf den Wahrheitsbegriff und die Wahrheitssuche auswirken könnte. Anders verhielt es sich beim Strafbefehlsverfahren: Zwar gab es auch hier kritische Stimmen, doch setzten sich diese primär mit der Ausdehnung der Kompetenzmatrix der Staatsanwaltschaft zulasten der Gerichte auseinander und nicht mit den Folgen dieser Erweiterung für die strafprozessuale Wahrheitssuche.

Die Skizze des Gesetzgebungsprozesses zeigt, dass ein mehr oder weniger klares Bild der historischen (materiellen) Wahrheit als strafprozessuale Orientierungsgrösse im Grundsatz vorhanden war. Dieses Leitprinzip wurde allerdings weder grundsätzlich hinterfragt noch in ein Wechsel- und Zusammenspiel mit angrenzenden Instituten gestellt; ebenso wenig wurde thematisiert, ob und gegebenenfalls wie stark die Zielsetzung einer einheitlichen strafprozess-

---

<sup>349</sup> Einen minutiösen Überblick über den deutschen Forschungsstand zu geben, würde den Rahmen dieser Arbeit, die nicht rechtsvergleichend angelegt ist, sprengen. Hingewiesen sei aber exemplarisch und im Sinne einer selektiven Auswahl auf folgende zentrale Publikationen (chronologisch nach Erscheinungsdatum geordnet), die eine reichhaltige Diskussion dokumentieren: MÜLLER, Wahrheit, S. 522 ff.; KRAUSS, Prozessdogmatik, S. 1 ff.; KRAUSS, Wahrheit, S. 411 ff.; SCHÜNEMANN, Reflexionen, S. 480 ff., insbesondere S. 482 f.; vertiefend dazu derselbe, SCHÜNEMANN, Absprachen, S. 361 ff., namentlich S. 367 ff., S. 372 f., S. 377 f.; HILGENDORF, Wahrheitsbegriff, S. 547 ff.; GRASNICK, Wahrheit, S. 55 ff.; STAMP; GÖSSEL, Wahrheit; JUNG, Wahrheit, S. 903 ff.; GRECO, S. 168 ff., zusammenfassend S. 187 ff. Vgl. überdies auch und gerade SEEL, der in seiner Dissertation einen fundierten rechtshistorischen Überblick über die Wahrheitsdiskussion im deutschen Strafprozess vom 18. Jahrhundert bis in die Gegenwart vorlegt (S. 27 bis S. 152).

<sup>350</sup> Konzis zur strafprozessualen Situation in der Schweiz vor Inkrafttreten der StPO RIKLIN, Kommentar, Einleitung N. 14 ff.

sualen Wahrheitssuche durch kurze Prozesse, namentlich durch das abgekürzte Verfahren, bereits in der strukturellen Anlage der Prozessgesetzgebung ausgehöhlt wird. Insgesamt lag dem Gesetzgebungsprozess damit zwar eine abstrakt verhältnismässig klare, aber hinsichtlich der Grundlagen wenig gefestigte und in der strafprozessualen Systematik wenig konsistente Vorstellung zu strafprozessualer Wahrheit zugrunde.

### 3. Kapitel: **Forschungsstand zum strafprozessualen Wahrheitsbegriff und zur strafprozessualen Wahrheitssuche**

#### **A. Einleitung**

Das kommende Kapitel verschafft einen Überblick über den Forschungsstand zum Wahrheitsbegriff in der schweizerischen Strafprozessordnung, wobei manche Argumentationslinien im Verlauf der weiteren Untersuchung nochmals vertieft aufgenommen werden.

Dabei werden zunächst Beiträge zur Auslegung von Art. 6 StPO wiedergegeben. Sodann wird der Frage nachgegangen, ob sich auch im Kontext der Prinzipien der freien richterlichen Beweiswürdigung und der beschränkten Unmittelbarkeit, der Unschuldsvermutung sowie dem Grundsatz, dass die Behörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einsetzen, die rechtlich zulässig sind, direkte oder indirekte Meinungsäußerungen zum Wahrheitsbegriff der StPO und zur strafprozessualen Wahrheitssuche finden. Hierbei werden auch entsprechende Ausführungen zum Beweisantragsrecht der Verteidigung berücksichtigt. Danach wird auf den Forschungsstand zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche beim Strafbefehlsverfahren und abgekürzten Verfahren eingegangen. Das Kapitel mündet in eine Zusammenführung der Zwischenergebnisse.

#### **B. Grundsätzliche Ausführungen zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche**

In Art. 6 StPO werden der Untersuchungsgrundsatz und das Prinzip, dass die Strafbehörden belastenden und entlastenden Umständen mit gleicher Sorgfalt nachgehen, kodifiziert. Er lautet wie folgt:

«Art. 6 Untersuchungsgrundsatz

- <sup>1</sup> Die Strafbehörden klären von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen ab.
- <sup>2</sup> Sie untersuchen die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt.»

Vorab ist festzuhalten, dass in der Schweiz – soweit ersichtlich – keine Monographien oder längere Aufsätze erschienen sind, die sich ausschliesslich mit der Auslegung von Art. 6 StPO oder dem strafprozessualen Wahrheitsbegriff befassen. Sichtet man die herkömmlichen Lehrbücher und Kommentare sowie Aufsätze und Monographien, welche sich zumindest *en passant* mit der Thematik beschäftigen, besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass der Gesetzgeber als Verfahrensziel die Erforschung der materiellen Wahrheit vorgegeben habe.<sup>351</sup> Zahlreiche Autoren problematisieren dies nicht weiter, wobei es mehrheitlich unbestritten zu sein scheint, dass *die* Wahrheit wohl kaum je vollständig erfassen lasse, mithin das Ziel nicht restlos einlösbar sei.<sup>352</sup>

Kritische Stimmen relativieren die Tragweite dieses Prinzips indessen noch stärker. So wird teilweise hervorgehoben, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis, sondern lediglich im kontradiktorischen und gesetzesmässigen Rahmen der strafprozessualen Regeln zu erforschen sei.<sup>353</sup> Dies schliesse gewisse Formen der Beweiserhebung und Erkenntnisquellen aus.<sup>354</sup> Teilweise, wenn auch in der schweizerischen Literatur eher selten, wird zudem darauf hingewiesen, dass sich die Vorstellung von *der* Wahrheit wissenschaftstheoretisch nicht mehr halten lasse.<sup>355</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD geben überdies zu bedenken, dass sich im Strafprozess nach moderner Auffassung die Wahrheit nur im Dialog, aus der These der Staatsanwaltschaft und der Antithese der Verteidigung bzw. des Beschuldigten, finden lasse.<sup>356</sup> Dar-

---

<sup>351</sup> BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N. 59 ff.; BSK StPO-WIDLI, Art. 337 N. 4; CR CCP-ROTH/VILLARD, Art. 6 N. 3 ff.; DAPHINOFF, S. 317 ff.; DEMKO, Fair-Trial-Grundsatz, S. 351 ff., insbesondere S. 352 ff., S. 362 f.; DEMKO, Menschenrecht, S. 720 ff.; KELLER, S. 231; RIKLIN, Kommentar, Art. 6 N. 1 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 6 N. 1; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 56 ff.; THOMMEN, Prozess, insbesondere S. 245 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 6 N. 1 f.; a.A. wohl MELUNOVIC/JOSET, *forumpenale* 2017, S. 332 ff., die von der materiellen Wahrheit als Relikt aus der Inquisition sprechen, das nichts mit den Grundsätzen eines modernen dualistischen Strafrechtssystems zu tun habe (S. 335).

<sup>352</sup> DAPHINOFF, S. 317 ff.; CR CCP-ROTH/VILLARD, Art. 6 N. 3 ff.; RIKLIN, Kommentar, Art. 6 N. 1 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 56 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 6 N. 1.

<sup>353</sup> BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N. 59 ff.; BÜTTIKER, S. 93 f.; DEMKO, Fair-Trial-Grundsatz, S. 351 ff., insbesondere S. 352 ff., S. 362 f.; DEMKO, Menschenrecht, S. 720 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f.; THOMMEN, Prozess, insbesondere S. 248; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 6 N. 1 f.

<sup>354</sup> BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N. 59 ff.; BÜTTIKER, S. 93 f.; DEMKO, Fair-Trial-Grundsatz, S. 351 ff., insbesondere S. 352 ff., S. 362 f.; DEMKO, Menschenrecht, S. 720 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f.; THOMMEN, Prozess, insbesondere S. 248; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 6 N. 1 f. Zum Spannungsfeld zwischen dem Prinzip der materiellen Wahrheit und deren Limitierung durch strafprozessuale Grundsätze bei der Verwertung von Zufallsfunden BSK StPO-GFELLER/THORMANN, Art. 243 N. 2.

<sup>355</sup> BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N. 59 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f.; THOMMEN, Prozess, insbesondere S. 247 f.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 6 N. 1 f. Anders im Ergebnis wohl DEMKO, Menschenrecht, S. 351 ff., insbesondere S. 352 ff., S. 362, 720 ff. Sie hält – nach fundierter Auseinandersetzung mit sämtlichen Einwänden – in Kenntnis der Grenzen am Prinzip der materiellen Wahrheit als erreichbare strafprozessuale Leitplanke fest.

<sup>356</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47.

aus wird gefolgert, dass es im Strafverfahren um eine formelle (oder forensische) Wahrheit gehe, die es festzulegen gelte, wobei die Absicht aber stets die Suche nach der materiellen Wahrheit bleibe.<sup>357</sup>

Soweit ersichtlich hat sich in jüngerer Zeit einzig CHRISTOPHER GETH vertieft der Frage nach der strafprozessualen Wahrheit angenommen. Nach seiner Ansicht lässt sich der strafprozessuale Wahrheitsbegriff nicht vollständig von den Prämissen eines Strafprozesses trennen. Philosophische Wahrheitsdefinitionen verfolgten eine andere Zielsetzung als ein überzeugender strafprozessualer Wahrheitsbegriff.<sup>358</sup> Zwar könne das Streben nach materieller Wahrheit nicht preisgegeben werden und auf definitorischer Ebene sei es sinnvoll, an diesem korrespondenztheoretischen Wahrheitskonzept festzuhalten.<sup>359</sup> Indessen sei der Strafprozess in der gegenwärtigen Form aus mehreren Gründen ein Stück weit vom Primat der materiellen Wahrheit abgekoppelt: Vergangenes könne nie mit absoluter Gewissheit eruiert werden, und trotzdem müsse in Strafprozessen eine Entscheidung getroffen werden. Aus normativen Gründen dürfe ein Sachverhalt zudem nicht mit allen Mitteln aufgeklärt werden und ganz pragmatisch müsse ein Strafverfahren in nützlicher Frist mit vertretbarem Aufwand abgeschlossen werden.<sup>360</sup> Daher sei der Diskussionsfokus weniger auf den Wahrheitsbegriff als vielmehr auf die tauglichen Wahrheitskriterien zu legen. Überdies müssten die Grenzen des Wahrheitsbegriffs im Rechtsstaat diskutiert und bestimmt werden, denn in einem rechtsförmigen Verfahren könne es keine Wahrheitsfindung um jeden Preis geben.<sup>361</sup>

### **C. Forschungsstand zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche im Kontext einzelner Institute**

Der folgende Abschnitt widmet sich dem Forschungsstand zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche im Zusammenspiel mit anderen grundlegenden Instituten und systemischen Grundannahmen. Dabei wird aufgearbeitet, ob und gegebenenfalls wo bei der Erörterung anderer Rechtsfragen ein Bezug zum Wahrheitsbegriff und Wahrheitssuche hergestellt wird. Kurze Prozesse (abgekürztes Verfahren, Strafbefehlsverfahren) werden vorderhand ausgeblendet und in einem folgenden Abschnitt behandelt.

Art. 139 StPO Abs. 1 hält fest, dass die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einsetzen, die rechtlich zulässig sind. Auffällig in der gängigen Literatur ist, dass weder der Begriff der Wissenschaft

---

<sup>357</sup> BSK StPO-Riedo/FIOLKA, Art. 6 N. 59 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f.; THOMMEN, Prozess, insbesondere S. 249; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 6 N. 1 f.

<sup>358</sup> GETH, ZStrR 2020, S. 273.

<sup>359</sup> GETH, ZStrR 2020, S. 276. Auch NIGGLI/MAEDER sprechen im Sinne einer vorläufigen Begrifflichkeit von einer strafprozessualen Korrespondenztheorie der Wahrheit.

<sup>360</sup> GETH, ZStrR 2020, S. 274.

<sup>361</sup> GETH, ZStrR 2020, S. 276.

noch derjenige der Erfahrung näher diskutiert werden.<sup>362</sup> Art. 140 und 141 StPO beschäftigen sich mit verbotenen Beweiserhebungsmethoden und der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise. Die dazugehörige Literatur hält durchgehend daran fest, dass die strafprozessualen Grundsätze die Beweiserhebung und damit die uneingeschränkte Wahrheitssuche limitieren und dass, mit anderen Worten, ein Verfahren rechtlich korrekt durchgeführt werden müsse.<sup>363</sup> Damit wird implizit anerkannt, dass es im Strafverfahren nicht um Wahrheitsermittlung um jeden Preis gehen kann. Oftmals wird dies auch ausdrücklich so festgehalten.<sup>364</sup>

Im Kontext von Art. 139 StPO geht die Literatur überdies vielfach auf das Beweisantragsrecht ein. Dabei wird, wie oben erwähnt, regelmässig betont, dass dadurch Fehleinschätzungen der Strafverfolgungsbehörden korrigiert werden und die Verfahrensbetroffenen so auf angemessene Weise auf das Ergebnis der Beweiserhebungen Einfluss nehmen könnten.<sup>365</sup> Eine antizipierte Beweiswürdigung sei nur in engen Grenzen zulässig.<sup>366</sup> Damit stehen, wie bereits im ersten Teil gezeigt wurde, zahlreiche Stimmen in der Literatur in Kontrast zur Rechtspraxis, welche Beweisanträgen nur äusserst zurückhaltend stattgibt und eine antizipierte Beweiswürdigung relativ weitgehend zulässt.<sup>367</sup> Denn das Schrifttum erkennt zumindest implizit an, dass ein bestandfestes Beweisantragsrecht der Wahrheitssuche zuträglich sein kann.

Der erste Teil dieser Arbeit zeigte ferner auf, dass bei der Revision der Strafprozessordnung sowohl auf rechtsdogmatischer als auch auf rechtspolitischer Ebene in erster Linie mit der Verpflichtung des Strafprozesses auf die Zielsetzung der materiellen Wahrheit wider die Teilnahmerechte der Verteidigung an Einvernahmen von Mitbeschuldigten argumentiert wurde.<sup>368</sup> Befürworter ausgebauter Teilnahmerechte brachten dagegen eher die Kontrollpflicht der Verteidigung vor und betonten, dass die Teilnahmerechte an Einvernahmen von Mitbeschuldigten ein Gegengewicht zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft seien; auf die strafprozessuale Wahrheitssuche nahmen sie – wenn überhaupt – eher indirekt Bezug.<sup>369</sup> Auch bei der Frage, ob der Verteidigung die Teilnahme an psychiatrischen Explorationsgesprächen zu gewähren sei, argumentierten Befürworterinnen tendenziell mit der Kontroll-

---

<sup>362</sup> Vgl. exemplarisch BSK StPO-GLESS, Art. 139 N. 28 ff.; CR CCP-BÉNÉDICT, Art. 139 N. 3 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 139 N. 1 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 1 ff.

<sup>363</sup> Statt aller BSK StPO-GLESS, Art. 139 N. 6 ff.; CR CCP-BÉNÉDICT, Art. 139 N. 3 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 1 ff.

<sup>364</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 139 N. 6 ff.; CR CCP-BÉNÉDICT, Art. 139 N. 3 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 1 ff.

<sup>365</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 139 N. 48 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 6 f.

<sup>366</sup> BSK StPO-GLESS, Art. 139 N. 48 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 8 ff. Zum Ganzen auch VEST, Beweisantragsrecht.

<sup>367</sup> Erster Teil, 3. Kapitel, E. Beweisanträge der Verteidigung und antizipierte Beweiswürdigung.

<sup>368</sup> Erster Teil, 3. Kapitel, B. Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter.

<sup>369</sup> Erster Teil, 3. Kapitel, B. Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter.

möglichkeit der Verteidigung, während Gegner eher anführten, die Anwesenheit der Verteidigung drohe die ungestörte Wahrheitssuche des Sachverständigen zu unterminieren.<sup>370</sup>

ARIANNE KAUFMANN geht in ihrer Dissertation *Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der schweizerischen Strafprozessordnung* davon aus, dass die materielle Wahrheit Ziel des schweizerischen Strafprozesses sei.<sup>371</sup> Sie macht darauf aufmerksam, dass ein mündliches, unmittelbares Gerichtsverfahren dem strafprozessualen Ziel der materiellen Wahrheit besonders dienlich sei, da es einen dialektischen Gedankenaustausch zwischen den Beteiligten zulasse.<sup>372</sup> Dieser unmittelbare kontradiktorische Diskurs trage zur Wahrheitsfindung bei, da Wahrheitsfindung auch eine Frage der Perspektiven der Suchenden sei und die Staatsanwaltschaft wegen ihrer strafverfolgungsseitigen Perspektive an die Neutralität des Gerichts nicht herankomme.<sup>373</sup> Dabei schlossen sich Mitglieder des Gerichts tendenziell eher der von der Polizei und Staatsanwaltschaft vorgenommenen Einschätzung der Wahrheit als der Sicht der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung an.<sup>374</sup> Insgesamt stellt die Autorin nicht die materielle Wahrheit als Verfahrensziel in Frage, sondern dessen praktische Umsetzungsmöglichkeit, namentlich in einem vorwiegend mittelbaren Strafverfahren, und sieht in einer ausgebauten Unmittelbarkeit Chancen, das Verfahrensziel eher zu realisieren.<sup>375</sup>

Erwähnenswert sind zudem mehrere Publikationen von PIETH, der generell Entwicklungstendenzen des Strafprozesses problematisiert.<sup>376</sup> Er hebt unter anderem hervor, dass zunehmend die Risikokontrolle statt der Aufarbeitung vergangenen Unrechts die Oberhand gewinne.<sup>377</sup> Die Richter wüssten gar nicht, dass und wie sie mit eklektisch ausgewählten Fällen und mit einzelnen Beweismitteln aus dem grossen Topf der polizeilichen Informationen «gefüttert» würden.<sup>378</sup>

Zusammenfassend finden sich in der Literatur diverse Äusserungen, die bei der Abhandlung anderer Rechtsfragen einen expliziten oder impliziten Bezug zur strafprozessualen Wahrheitsfrage herstellen. Vertiefte und ausführliche Argumente, wie sich einzelne Institute und

---

<sup>370</sup> Erster Teil, 3. Kapitel, C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgesprächen des psychiatrischen Sachverständigen.

<sup>371</sup> KAUFMANN, *Unmittelbarkeitsprinzip*, S. 13, S. 67 ff., S. 72 f., S. 77 f., S. 313 ff.

<sup>372</sup> KAUFMANN, *Unmittelbarkeitsprinzip*, S. 13.

<sup>373</sup> KAUFMANN, *Unmittelbarkeitsprinzip*, S. 13, S. 67 ff., S. 315 ff.

<sup>374</sup> KAUFMANN, *Unmittelbarkeitsprinzip*, S. 70.

<sup>375</sup> KAUFMANN, *Unmittelbarkeitsprinzip*, konzis S. 313 ff.; vgl. zum Ganzen auch (dieselbe Autorin) NOSETTI-KAUFMANN, S. 250 ff.

<sup>376</sup> PIETH, *AJP* 2002, S. 626 ff.; PIETH, *Kontrollmodell*, S. 415 ff.; PIETH, *plädoyer* 2016, S. 20 ff.

<sup>377</sup> PIETH, *AJP* 2002, S. 630 ff.; PIETH, *Kontrollmodell*, S. 426 ff.; PIETH, *plädoyer* 2016, S. 20 ff.

<sup>378</sup> PIETH, *AJP* 2002, S. 630 f.; PIETH, *Kontrollmodell*, S. 426 ff.; PIETH, *plädoyer* 2016, S. 20 ff. Vgl. dazu auch KÜHNE, *recht* 2016, S. 112 ff., der die Meinung vertritt, die Ergebnisse polizeilicher Vorermittlungen, polizeitaktische Angaben, technische Daten, Informationsberichte und Ereignisjournale seien grundsätzlich nicht zu den Prozessakten zu nehmen und von der Dokumentationspflicht auszunehmen bzw. nur insoweit zu den Akten zu nehmen, wie sie der Entlastung oder Belastung der involvierten Personen dienen (S. 119). Folgt man dieser Auffassung, kommt der Polizei im Ergebnis die Definitionsmacht darüber zu, was der Belastung bzw. Entlastung dient.



deren Ausgestaltung und Anwendung auf den strafprozessualen Wahrheitsbegriff konkret auswirken, sind dagegen rar. Insgesamt sind in der Literatur kaum Stimmen auszumachen, die – soweit sie die Thematik bei der Erörterung anderer Institute streifen – nicht mindestens in Ansätzen daran zweifeln, inwieweit sich die Rekonstruktion der materiellen Wahrheit in einem kontradiktorischen Verfahren einlösen lässt. Jedoch wird, soweit ersichtlich, auch bei der Diskussion solcher angrenzender Themen kein konsistenter (alternativer) Wahrheitsbegriff vorgelegt und eingehend begründet.

#### **D. Forschungsstand zum Wahrheitsbegriff und zur Wahrheitssuche im Kontext von kurzen Prozessen**

Im Kontext des kurzen Prozesses wird die Frage, inwieweit materielle Wahrheit als Zielsetzung noch einlösbar ist und wie hier strafprozessuale Wahrheitssuche stattfindet, dagegen relativ breit und differenziert diskutiert.<sup>379</sup>

In der Literatur scheint Konsens zu herrschen, dass im abgekürzten Verfahren keine umfassende Beweiserhebung erfolge und zumindest die Untersuchungsmaxime nur abgeschwächt gelte; grösstenteils wird festgehalten, es werde eine formelle und nicht materielle Wahrheit konstruiert.<sup>380</sup>

Die Ausführungen zur materiellen Wahrheit im Strafbefehlsverfahren divergieren stärker: Weitgehende Einigkeit besteht, dass ein glaubhaftes Geständnis nur dann zu überprüfen sei, wenn Zweifel an dessen Wahrheitsgehalt bestehen.<sup>381</sup> Betont wird weiter, dass das Strafbefehlsverfahren der Verfahrenseffizienz diene und nicht sämtliche Aspekte einer Straftat abgeklärt werden müssen.<sup>382</sup> Zahlreiche Stimmen bringen auch vor, dass sich *in praxi* die Abklärungstiefe in Strafbefehlsverfahren nicht mit der eines ordentlichen Strafverfahrens ver-

---

<sup>379</sup> Eingehend THOMMEN, Prozess, insbesondere S. 241 ff., mit Verweisen; vgl. auch KUNZ, ZStrR 2014, S. 50 f. oder HUTZLER, S. 152 f.

<sup>380</sup> BOMMER, Kurzer Prozess, insbesondere S. 163 ff.; CR CCP-PERRIN/DE PREUX, Intro Art. 358–362 N. 1 ff.; BSK StPO-GREINER/JAGGI, Vorbemerkungen vor Art. 358–363 N. 41; BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N. 42 ff.; GETH, ZStrR 2020, S. 273 f.; JOSITSCH/BISCHOFF, S. 429 ff.; unlängst auch deutlich JEANNERET, S. 245 ff., insbesondere S. 265. In Deutschland werden solche Absprachen unter anderem wegen der normativen Leitidee der materiellen Wahrheit schon seit längerem sehr skeptisch beurteilt: SCHÜNEMANN, Reflexionen, S. 461 ff.; SCHÜNEMANN, Absprachen, S. 361 ff., jeweils mit zahlreichen Verweisen.

<sup>381</sup> Zusammenfassend BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N. 37; CR CCP-GILLIÉRON/KILLIAS, Art. 352 N. 2 ff.; GETH, ZStrR 2020, S. 273 f.; HUTZLER, S. 245 ff.; SCHMOCKER, S. 291 ff., insbesondere S. 294 f.; etwas kritischer allerdings DAPHINOFF, S. 250 ff., der betont, dass die Staatsanwaltschaft in jedem Fall das Geständnis zu überprüfen habe; vgl. auch DONATSCH/KOUTSOGIANNAKIS, S. 963 ff., welche insgesamt das Geständnis als Voraussetzung im Strafbefehlsverfahren problematisieren.

<sup>382</sup> BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N. 39; BSK StPO-RIKLIN, Art. 352 N. 2 ff.; CR CCP-GILLIÉRON/KILLIAS, Art. 352 N. 2 ff.; VEST, ZBJV 2016, S. 404; DAPHINOFF, vor allem S. 96 und S. 329; zusammenfassend HUTZLER, S. 245 ff.; THOMMEN/GRÄDEL, plädoyer 2016, 8 ff.

gleichen lasse und deshalb die Fehlerquote hoch sei.<sup>383</sup> Und selbst die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht für diese Verfahrensart von einer summarischen Beurteilung von Täter und Tat sowie einer Relativierung des Untersuchungsgrundsatzes durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit aus.<sup>384</sup> GETH spricht daher von einer Strafe auf Verdacht und zieht eine Parallele zur Verdachtsstrafe des Inquisitionsprozesses.<sup>385</sup> Unter anderem deshalb werden auch rechtsstaatliche Bedenken gegen diese Verfahrensart angemeldet, namentlich gegen den Erlass eines Strafbefehls auf der Basis eines «anderweitig ausreichend geklärten Sachverhalts» ohne Geständnis.<sup>386</sup>

Den Zusammenhang kurzer Prozesse mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit hat allen voran THOMMEN in seiner Habilitationsschrift vertieft diskutiert.<sup>387</sup> Zusammengefasst formuliert er die These, dass in kurzen Prozessen die Wahrheit nur noch summarisch ermittelt und den Betroffenen dieses Ergebnis als eine Art Offerte unterbreitet werde.<sup>388</sup> «Allen gegenteiligen Beteuerungen zum Trotz ist die Untersuchungsmaxime im Strafbefehls- und abgekürzten Verfahren de facto ausgehebelt.»<sup>389</sup> Dabei merkt er einschränkend an, dass sich diese Behauptung empirisch kaum überprüfen lasse.<sup>390</sup> Während sich im ordentlichen Prozess der Schein, dass die materielle Wahrheit zumindest angepeilt werde, noch aufrechterhalten lasse, bestehe im kurzen Prozess das spezifische Problem, dass selbst das reduzierte Ziel der Annäherung nicht mehr angestrebt werde.<sup>391</sup> THOMMEN kommt zum Schluss, dass konsequenterweise im kurzen Prozess die Figur der Wahrheitssuche letztlich durch diejenige der Verantwortungsübernahme ersetzt werden müsse.<sup>392</sup> Gleichwohl lässt sich nach seiner Auffassung die materielle Wahrheit auch im kurzen Prozess nicht vollständig substituieren; ein Nukleon an inhaltlicher Richtigkeit sei für jedes Urteil unentbehrlich.<sup>393</sup> Ausdrücklich dis-

---

<sup>383</sup> BSK StPO-RIKLIN, Art. 352 N. 2 ff.; BSK StPO-RIKLIN, Vorbemerkungen vor Art. 352–356 N. 5 ff.; CR CCP-GILLIÉRON/KILLIAS, Art. 352 N. 2 ff. und N. 18 ff.; GETH, ZStrR 2022, S. 399 ff.; so auch bereits KELLER, S. 249 ff.; RIKLIN, ZBJV 2016, S. 475 ff., besonders S. 482 ff.; sodann auch BERNAUER, Jusletter 2018, namentlich N. 10 ff.; BERNAUER/HASANI, Rz. 7 ff., mit Verweisen; DAPHINOFF, vor allem S. 96 und S. 329; SCHMOCKER, S. 291 ff., vor allem S. 294 ff. und S. 296. Vgl. zum Ganzen bereits auch vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung eingehend HUTZLER, zusammenfassend S. 245 ff.

<sup>384</sup> BGer vom 31. März 2022, 6B 1290/2021, Erw. 4.1.

<sup>385</sup> GETH, ZStrR 2022, S. 399 ff.

<sup>386</sup> BSK StPO-RIKLIN, Art. 352 N. 2 ff.; BSK StPO-RIKLIN, Vorbemerkungen vor Art. 352–356 N. 5 ff.; CR CCP-GILLIÉRON/KILLIAS, Art. 352 N. 2 ff. und N. 18 ff.; GETH, ZStrR 2022, S. 399 ff.; so auch bereits KELLER, S. 249 ff.; RIKLIN, ZBJV 2016, S. 475 ff., besonders S. 482 ff.; sodann auch BERNAUER, Jusletter 2018, namentlich N. 10 ff.; BERNAUER/HASANI, Rz. 7 ff., mit Verweisen; DAPHINOFF, vor allem S. 96 und S. 329; SCHMOCKER, S. 291 ff., vor allem S. 294 ff. und S. 296. Vgl. zum Ganzen bereits auch vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung eingehend HUTZLER, zusammenfassend S. 245 ff.

<sup>387</sup> THOMMEN, Prozess.

<sup>388</sup> THOMMEN, Prozess, S. 241 ff.

<sup>389</sup> THOMMEN, Prozess, S. 277, ähnlich auch auf S. 294.

<sup>390</sup> THOMMEN, Prozess, S. 250 f.

<sup>391</sup> THOMMEN, Prozess, S. 264.

<sup>392</sup> THOMMEN, Prozess, S. 295.

<sup>393</sup> THOMMEN, Prozess, S. 293.

kutiert dies auch DAPHINOFF, dem zufolge das Prinzip der materiellen Wahrheit zwar eine grundsätzlich unerreichbare Zielsetzung des Strafverfahrens ist, die aber auch beim Strafbefehlsverfahren gelte, wenn auch die tatsächliche Abklärungstiefe nicht derjenigen in einem gerichtlichen Verfahren entspreche.<sup>394</sup>

## E. Fazit zum Forschungsstand

Fasst man diesen Überblick zusammen, steht auf der einen Seite fest, dass niemand die Ansicht vertritt, die materielle (historische) Wahrheit lasse sich in einem Strafverfahren – einem wertfreien Forschungsvorhaben unter idealen Bedingungen gleich – unlimitiert und problemlos rekonstruieren. Die Grenzen dieser Wahrheitssuche, vor allem durch die kontradiktorische Anlage des Verfahrens mit Verfahrensvorschriften, sind anerkannt. Bei der Abhandlung einzelner strafprozessualer Institute, wie etwa dem Ausmass der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, den Teilnahmerechten der Verteidigung an Einvernahmen von Mitbeschuldigten und psychiatrischen Explorationsgesprächen oder dem Beweisantragsrecht der beschuldigten Person bzw. ihrer Verteidigung, wird indessen durchaus ein Bezug zum Grundziel der strafprozessualen Wahrheitssuche hergestellt. Besonders im Kontext von kurzen Prozessen, und vor allem beim abgekürzten Verfahren, wird überdies festgehalten, dass sich durch diese besonderen Verfahrensarten erhebliche Einschränkungen für die Zielsetzung einer möglichst minutiösen Rekonstruktion des historischen Sachverhalts ergeben.

Dagegen wurde bislang, soweit ersichtlich, kein vertiefter Versuch unternommen, den Wahrheitsbegriff der schweizerischen Strafprozessordnung als solchen umfassend, konsistent und in seinen systematischen Bezügen darzustellen. Somit fehlt es in der Literatur an einem präzise konturierten strafprozessualen Wahrheitsbegriff im Sinn eines Forschungskonsenses. Im Ergebnis wird an der materiellen Wahrheit als Zielsetzung (Intention) des Strafprozesses grossmehrheitlich festgehalten. Damit verbunden wird allerdings oft die Relativierung, in einem Strafverfahren könne es, realistisch gesehen, letztlich nur um eine prozessuale Wahrheit gehen.

---

<sup>394</sup> DAPHINOFF, vor allem S. 96, S. 317 ff. und S. 329.

## 4. Kapitel: **Strafprozessualer Wahrheitsbegriff und strafprozessuale Wahrheitsuche im Licht der philosophischen und historischen Diskussion**

### **A. Einleitung**

Art. 139 StPO bestimmt ausdrücklich, dass die Strafbehörden alle nach Stand der Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel zur Wahrheitsfindung einsetzen. Im Folgenden wird daher der Frage nachgegangen, wie Wissenschaftszweige ausserhalb der Rechtswissenschaft Wahrheit definieren und ob dies einen Einfluss auf das Strafprozessrecht zeitigt. Im Zentrum steht eine Skizze der philosophischen Diskussion, weil die Suche nach einer Klärung von Wahrheit und die prinzipielle Möglichkeit der Erkenntnis zu den Grundthemen der Philosophie gehören und primär dort erörtert werden.<sup>395</sup> Hernach wird auch kurz darauf eingegangen, ob die Philosophie sowie die Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie einen konzisen Begriff von Wissenschaft bereithalten.

Sodann wird die Wahrheitsvorstellung der Geschichtswissenschaft skizziert; im Zentrum steht der Diskurs über die Möglichkeit und Grenzen, vergangene Sachverhalte zu rekonstruieren. Gegenstand sowohl von Strafverfahren als auch der Geschichtswissenschaft ist ein vergangener Sachverhalt. Demnach könnte die Diskussion der Geschichtswissenschaft über die prinzipielle Möglichkeit einer Erkenntnis vergangener Sachverhalte und über historische Wahrheit allenfalls auch für die Strafprozessrechtswissenschaft von Interesse sein. Gleichzeitig lässt sich aus der geschichtswissenschaftlichen Debatte ablesen, wie die philosophische Grundlagendiskussion in einer weiteren Wissenschaft rezipiert wird.

Abschliessend werden die Zwischenergebnisse zusammengeführt und diskutiert, ob und, wenn ja, inwieweit die skizzierten Diskurse für das Strafprozessrecht von Relevanz sind.

---

<sup>395</sup> Statt vieler ERNST, S. 7 ff.; ausserdem GABRIEL, S. 9 ff.; HEINRICH, S. 7 ff. und S. 29 ff.

## B. Fragmente aus der Wahrheit- und Wissenschaftstheorie

Die Suche nach einem Kriterium für Wahrheit und die damit eng zusammenhängende Frage nach der Möglichkeit und Grenze von Erkenntnis begleitet die abendländische Philosophie seit ihren Ursprüngen.<sup>396</sup> Dementsprechend unüberschaubar ist die Literatur, sodass diese Diskussion hier nur äusserst selektiv aufgearbeitet werden kann.

Die wohl ältesten und am weitesten verbreiteten Konzepte von Wahrheit sind die sogenannten Korrespondenztheorien, die in verschiedenen Spielarten auftreten.<sup>397</sup> Ihnen liegt, zugespitzt formuliert, die Vorstellung zugrunde, dass etwas dann wahr sei, wenn die Sache und deren Beschreibung übereinstimmen.<sup>398</sup> Korrespondenztheorien von Wahrheit entsprechen damit auch einer alltäglichen Vorstellung von Wahrheit.<sup>399</sup> Initial stellen sich allerdings bereits mehrere grundlegende und schwierige Fragen: Was stimmt denn überhaupt überein? Womit stimmt das, was übereinstimmt, denn eigentlich überein? Und was ist unter Übereinstimmung zu verstehen?<sup>400</sup> Letztlich sehen sich die Korrespondenztheorien der Wahrheit grundlegender Kritik ausgesetzt, weil sich die Übereinstimmung von Beschreibung und Sache nicht abschliessend verifizieren lässt.<sup>401</sup> Es fehlt an einem eindeutigen externen Kriterium, wann die Vorstellung des Einzelnen von einer Sache als richtig angesehen werden kann.<sup>402</sup>

Dem versuchen Konsensstheorien der Wahrheit zu begegnen, indem für sie nicht die Übereinstimmung der Vorstellung des Einzelnen mit der Sache zentral ist, sondern die Konsensfähigkeit der Beschreibung.<sup>403</sup> Der Einwand liegt nahe, dass nicht allein die grundsätzliche Zustimmung unter den Beschreibenden für Wahrheit massgebend sein kann, weil auch kollektive Irrtümer denkbar sind.<sup>404</sup>

Ähnlichen Bedenken sehen sich Kohärenztheorien der Wahrheit ausgesetzt. Sie knüpfen Wahrheit daran an, dass eine Überzeugung dann richtig sei, wenn sie Element eines kohärenten Überzeugungssystems sei.<sup>405</sup> Indessen können bekanntlich Lügen ebenfalls kohärent vortragen werden.<sup>406</sup> Ohnehin ist Kohärenz kein absolutes Kriterium, sondern ein graduelles:

---

<sup>396</sup> Statt vieler ERNST, S. 7 ff.; GABRIEL, S. 9 ff.; GLOY, S. 92 ff.; HEINRICH, S. 7 ff., S. 29 ff.; JANICH, S. 26 ff.; SZAIFF, S. 1 ff.; weiterführend SNELL, vor allem S. 178 ff.; einführend zur Entstehung der abendländischen Philosophie und deren Grundfragen beispielsweise auch HELFERICH, S. 1 ff.; HÖFFE, Geschichte, S. 7 ff., S. 17 ff., S. 33 ff.

<sup>397</sup> BAUMANN, S. 155 ff.; ERNST, S. 58; JANICH, S. 30 ff.; MUSGRAVE, S. 251 ff.

<sup>398</sup> BAUMANN, S. 155 ff.; ERNST, S. 58; MUSGRAVE, S. 251 ff.

<sup>399</sup> BAUMANN, S. 155 ff.; ERNST, S. 58; MUSGRAVE, S. 251 ff.

<sup>400</sup> Prägnant BAUMANN, S. 155 ff.; ERNST, S. 58.

<sup>401</sup> BAUMANN, S. 155 ff.; ERNST, S. 58.

<sup>402</sup> BAUMANN, S. 155 ff.; ERNST, S. 58.

<sup>403</sup> ERNST, S. 61; GLOY, 191 ff.; dazu auch BAUMANN, S. 175, der diese Wahrheitstheorien unter den Oberbegriff epistemische Wahrheitstheorien subsumiert.

<sup>404</sup> BAUMANN, S. 175; ERNST, S. 61.

<sup>405</sup> BAUMANN, S. 175 ff.; ERNST, S. 61 f.; GLOY, S. 168 ff.

<sup>406</sup> BAUMANN, S. 175 ff.; ERNST, S. 61 f.

Eine Beschreibung kann lediglich mehr oder weniger kohärent sein.<sup>407</sup> Und im Ergebnis mündet jede noch so kohärente Begründung in Abbruch, Regress oder Zirkel; eine Letztbegründung ist daher prinzipiell nicht möglich.<sup>408</sup>

Insbesondere ab dem 20. Jahrhundert verästelte sich die Debatte zur Wahrheits- und Erkenntnistheorie zunehmend und etablierte sich als eigentliches philosophisches Teilgebiet.<sup>409</sup> Zudem wurde die Möglichkeit, ein positives Kriterium für Wahrheit zu finden, immer stärker auch prinzipiell in Zweifel gezogen.<sup>410</sup> Viel zitiert und rezipiert wurde dazu beispielsweise die Auffassung von KARL POPPER, dass sich Aussagen nur falsifizieren, nicht aber verifizieren lassen.<sup>411</sup> Er gibt die Vorstellung des wissenschaftlichen Fortschritts und damit der sukzessiven Annäherung an Wahrheit – über den Weg der Falsifikation anstelle der Verifikation – letztlich aber nicht auf.<sup>412</sup> Ein bekannter Einwand gegen POPPER stammt von THOMAS KUHN, der darauf aufmerksam gemacht hat, dass Wissenschaft sich nicht linear und schon gar nicht teleologisch entwickle und von Paradigmenwechseln geprägt sei. Brauchbares, richtiges Wissen eines Paradigmas gehe unter Umständen verloren, weil es inkommensurabel mit demjenigen eines anderen, neuen Paradigmas sei.<sup>413</sup>

Noch weiter geht die Kritik des radikalen Konstruktivismus mit seiner Vorstellung von Verifizierbarkeit. Der radikale Konstruktivismus hinterfragt die Kategorie der Wirklichkeit prinzipiell und betont die perspektivische Standortgebundenheit jeglicher Beschreibung.<sup>414</sup> Wird die objektive Erkennbarkeit der Wirklichkeit in Frage gestellt, so folgt daraus unweigerlich, dass sich letztlich kein eindeutiges Kriterium von Wahrheit festmachen lässt.<sup>415</sup>

Die Auseinandersetzung mit der Geschichte des philosophischen Wahrheitsbegriffs und der Erkenntnistheorie – und insbesondere ihrer Entwicklung ab dem 20. Jahrhundert – zeigt daher zunächst einmal auf, dass der Versuch, Wahrheitstheorien im Rahmen dieser Arbeit

---

<sup>407</sup> BAUMANN, S. 175 ff.; ERNST, S. 61 f.

<sup>408</sup> HANS ALBERT, der dies unter dem Namen «Münchhausen-Trilemma» bekannt gemacht hat, hat im Wesentlichen vor allem den Namen der Denkfigur geprägt, in der Sache selber ist dieses Phänomen seit der Antike bekannt (TETENS, S. 101 ff.); einführend auch GLOY, S. 227 ff.

<sup>409</sup> Dazu prägnant JANICH, S. 26 ff.

<sup>410</sup> Vgl. zu dieser Diskussion etwa SCHANTZ, S. 369 ff.; ZABOROWSKI, S. 337 ff.

<sup>411</sup> Grundlegend POPPER, Logik; sehr prägnant stellt er beispielsweise seine Ansätze dar in POPPER, Wissenschaftslehre. Dazu auch POSER, S. 126 ff.; zu POPPER einführend überdies WILTSCHKE, S. 75 ff.

<sup>412</sup> Dies kommt beispielsweise in folgendem Aufsatz deutlich zum Ausdruck: POPPER, Erkenntnis, S. 11 ff.; vgl. dazu überdies POSER, S. 126 ff.; WILTSCHKE, S. 75 ff.

<sup>413</sup> KUHN, vor allem S. 171 ff. und insbesondere auch dessen Postskriptum 1969, S. 186 ff.; zu KUHN auch POSER, S. 150 ff.; WILTSCHKE, S. 122 ff. und S. 152 ff.

<sup>414</sup> Klassisch WATZLAWIK, Wirklichkeit; WATZLAWIK, Wirklichkeitsanpassung, S. 89 ff.; überdies auch VON GLASERFELD, S. 9 ff.; HEIL, S. 109 ff.; VON FOERSTER, Entdecken, S. 41 ff.; VON FOERSTER, Konstruieren, S. 25 ff.

<sup>415</sup> Vgl. dazu VON GLASERFELD, S. 9 ff.; HEIL, S. 109 ff.; VON FOERSTER, Entdecken, S. 41 ff.; VON FOERSTER, Konstruieren, S. 25 ff.; WATZLAWIK, Wirklichkeit; WATZLAWIK, Wirklichkeitsanpassung, S. 89 ff.

aufzuarbeiten und zu klassifizieren, wegen der Breite und Tiefe der Diskussion zwangsläufig scheitern muss.<sup>416</sup>

Es erstaunt in Anbetracht dieser Kontroversen nicht, dass pragmatische Wahrheitstheorien die Auffassung vertreten, wahre Theorien würden sich einzig durch ihren Erfolg auszeichnen. Wahrheit sei demnach, was nützlich und erfolgreich und deshalb auch historisch veränderlich und kontextabhängig sei.<sup>417</sup> Der Philosoph und Wissenschaftstheoretiker PAUL FEYERABEND ging noch einen Schritt weiter und bezeichnete im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts Begriffe wie Wahrheit, Wissenschaft oder Vernunft als gänzlich nutzlos, ja irreführend.<sup>418</sup> Anstelle der Vorstellung eines konsistenten, vernünftigen wissenschaftlichen Forschungszusammenhangs auf der Suche nach *einer* Wahrheit und der Leitidee des Fortschritts propagierte er einen universitären Supermarkt der Ideen.<sup>419</sup> Den Welterklärungen wissenschaftlicher Experten wollte er überdies keinen Vorrang mehr vor denjenigen von Laien einräumen.<sup>420</sup> Dies mündete bei ihm auch in Zuspitzungen wie *Bürgerinitiativen statt Erkenntnistheorie*.<sup>421</sup>

Selbst wenn man die Radikalität von FEYERABENDS Wissenschafts- und Wahrheits skepsis nicht teilt, so überzeugt doch mindestens der Hinweis auf die Notwendigkeit einer strittigen, in der methodischen Herangehensweise offenen Debatte jeder Erkenntnissuche.<sup>422</sup> Aus einer historischen Betrachtung der Wissenschaftsgeschichte folgt zudem, dass zeitgleich mit der Explosion des Wissens in den letzten rund fünfhundert Jahren gegenseitig konkurrierende «Wissenschaftlichkeiten» mit verschiedenen, teils stark divergenten Erklärungsansätzen entstanden sind und Wissen zumindest auch im Kontext von Machtverhältnissen gedacht werden muss.<sup>423</sup> Die Vorstellung *einer* eindeutig konturierten Wissenschaft, die sich im Rah-

---

<sup>416</sup> Vgl. einführend etwa den Sammelband von ENDERS/SZAIFF.

<sup>417</sup> Einführend EDRIZZI.

<sup>418</sup> Vgl. dazu seine zentralen Werke FEYERABEND, *Methodenzwang*; FEYERABEND, *Erkenntnis*; FEYERABEND, *Wissenschaft*. Ebenfalls in Frage gestellt, wenn auch weit weniger pointiert als bei FEYERABEND, wird der Anspruch, die innere Natur der Wirklichkeit erfassen zu wollen, von RORTY, *Solidarität*, S. 11 ff.; RORTY, *Kontingenz*, insbesondere S. 21 ff.; RORTY, *Hoffnung*.

<sup>419</sup> Zentral sind sicher die beiden Werke FEYERABEND, *Methodenzwang* und FEYERABEND, *Erkenntnis*; prägnant als Einführung FEYERABEND, *Märchen*; FEYERABEND, *Widerstreit*, oder die Textsammlungen FEYERABEND, *absolute*, bzw. FEYERABEND, *Thesen*. FEYERABENDS Wissenschafts- und Vernunftskepsis geht einher mit der Befürchtung, dass das Wissensmonopol der Wissenschaft zu einer Vernichtung von Vielfalt beitragen kann; besonders deutlich etwa FEYERABEND, *Vernichtung*.

<sup>420</sup> Exemplarisch FEYERABEND, *Methodenzwang*, S. 17 ff.

<sup>421</sup> Beispielsweise in FEYERABEND, *Erkenntnis*, S. 23. Zur Entwicklung seiner Ansätze ist die Autobiographie FEYERABEND, *Zeitverschwendung*, einschlägig, die ohnehin ein Lesevergnügen ist, das seinesgleichen sucht.

<sup>422</sup> In Anlehnung an POSER, S. 264.

<sup>423</sup> Dazu mit zahlreichen Verweisen aus dem Blickwinkel des Wissenschaftshistorikers BURKE, *Papier*, insbesondere S. 183 ff., und BURKE, *Explosion*, insbesondere S. 219 ff. Der wissenschaftshistorische Blick von DASTON/GALISON zeigt überdies auf, dass selbst vermeintliche Grundkategorien des Denkens wie «Objektivität» historisch geprägt sind. Lesenswert zudem zu sich konkurrierenden Wahrheiten anhand eines illustrativen Beispiels HEINRICH, S. 13 ff.; ausserdem aus

men *einer* Wahrheit und *einer* Vernunft unabhängig von anderen gesellschaftlichen Determinanten bewegt, lässt sich deshalb kaum länger halten.<sup>424</sup> Dem kontroversen Diskurs kommt daher in einem solchen Wissenschafts- oder Wissenspluralismus eine zentrale Bedeutung zu.<sup>425</sup>

Trotz solcher Wissenschaftskritik und solchem Skeptizismus gegenüber herkömmlichen Wahrheitstheorien ist Wahrheit im Sinne einer regulativen Idee in der Wissenschaft indessen nach wie vor vorherrschend. Das bestmögliche Streben nach Wahrheit, was immer diese denn exakt sein mag, bleibt weiterhin sowohl eine Art Zielgrösse als auch ethische Richtschnur der Wissenschaft.<sup>426</sup> Zuweilen wird überdies mit guten Gründen vertreten, dass bei skeptischen Positionen die Frage, ob es eine objektive Wahrheit gebe, mit der Thematik, was wir über diese wissen, vermengt werde: Skepsis gegenüber dem eigenen Wissen bedeute nicht zwingend die Preisgabe der Leitvorstellung, dass Wahrheit existiert.<sup>427</sup> FEYER-ABENDS Schlussfolgerung nach Preisgabe der Begriffe Wissenschaft, Wahrheit und Vernunft wird damit grösstenteils abgelehnt.<sup>428</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die aktuelle philosophische Diskussion keinen eindeutigen Begriff von Wahrheit oder Wissenschaft bereithält. Die Möglichkeit und die Grenzen von Erkenntnis sind ebenfalls nicht abschliessend geklärt. Trotz dieser Skepsis werden in der philosophischen und wissenschaftstheoretischen Auseinandersetzung weit überwiegend weder die Wissenschaft als solche noch die Wahrheit als deren regulative Idee abgelehnt.<sup>429</sup> Da sich allerdings weder Wahrheit noch Wissenschaft abschliessend definieren las-

---

einer wissenssoziologischen Perspektive BERGER/LUCKMANN. Nicht verkannt werden darf zudem, dass jegliche wissenschaftliche Tätigkeit gewissen (zeitgebundenen) Einflussfaktoren unterliegt; derzeit scheint vor allem eine quantitativ geprägte Wettbewerbslogik zu einem ernsthaften Problem zu werden: BINSWANGER, S. 140 ff.; MAU, S. 83 ff., S. 225 ff. Grundlegende Erkenntnisse zur Verschränkung von Wissen und Macht hat sicher MICHEL FOUCAULT vorlegt. Dieser Zusammenhang zieht sich wie ein roter Faden durch sein Werk. Es könnte daher nahezu auf jedes seiner Werke verwiesen werden. Stattdessen empfehle ich hier die prägnante Einführung FINK-EITEL mit zahlreichen Verweisen.

<sup>424</sup> BURKE, Explosion, vor allem S. 259 ff. und S. 315 ff.; dazu auch ASH, S. 451 ff.; HEINRICH, S. 13 ff. Auch ausserhalb des wissenschaftlichen Diskurses ist es ein verbreiteter Topos, dass es die *eine* Wahrheit nicht gibt; vgl. exemplarisch das Buch des Unternehmensberaters MACDONALD, S. 28 ff.

<sup>425</sup> Ähnlich POSER, S. 243 ff.; dazu auch HEINRICH, S. 13 ff.

<sup>426</sup> Statt vieler BRÜHL, S. 9 f.; POSER, S. 346 ff.; mit ausdrücklichem Verweis auf POPPER WILTSCHKE, S. 185 ff.

<sup>427</sup> Statt vieler prägnant HÜBL, 28 ff.

<sup>428</sup> Dies sogar bei Autoren, die den Ansätzen von FEYERABEND durchaus einiges abgewinnen können. So macht FINKE in Auseinandersetzung mit FEYERABEND ebenfalls auf das unterschätzte Wissen von Laien aufmerksam. Er tritt für eine Ergänzung des wissenschaftlichen Wissens durch Laienwissen und wider die Abwertung desselben im Namen von Wissenschaftlichkeit ein, verteidigt aber im Ergebnis die professionelle Wissenschaft (ebenda prägnant S. 207 ff.). Demnach steht er aber auch ausdrücklich kritisch zur Radikalität von FEYERABENDS Thesen (ebenda S. 33 ff.)

<sup>429</sup> Pointiert HAMPE, S. 68: «Doch die philosophischen Debatten über das Ende der Wahrheit und die grossen Erzählungen blieben praktisch folgenlos. Staatsanwaltschaften haben weiterhin nach Indizien gesucht, Pathologen weiterhin die Wahrheit über die Krebshaftigkeit eines Gewebes unter den



sen, erscheint eine ergebnisoffene, kontroverse Debatte um die richtige Erkenntnis umso wichtiger. Diese muss gleichzeitig anerkennen, dass den unterschiedlichen Standorten der jeweils Erkennenden zwangsläufig eine entscheidende Rolle zukommt.

### **C. Historische Wahrheit – Blick in die geschichtswissenschaftliche Diskussion**

Die Zielsetzung einer Geschichtswissenschaft, die induktiv eine historische Wahrheit erforscht, entstand erst im 19. Jahrhundert. Sie entstand in Abgrenzung zu den bis dahin vorherrschenden deduktiven, geschichtsphilosophischen Vorstellungen von Wahrheit. Die Beschäftigung mit der Vergangenheit wird damit erstmals zum Selbstzweck und nicht mehr zum Mittel, die Wahrheit eines philosophischen Ansatzes zu belegen.<sup>430</sup> «Dieses Vorgehen ist bis heute so geblieben, auch wenn der Wahrheitsbegriff seltener und wenn überhaupt, dann sehr vorsichtig in diesem Zusammenhang verwendet wird.»<sup>431</sup>

Kennzeichnend für die Situation der Geschichtswissenschaften scheint heutzutage zu sein, dass sie bei ihren Forschungsvorhaben weiterhin nicht ohne die Vorstellung von einer objektiv erforschbaren historischen Realität auskommt. Die Darstellung vergangener Wirklichkeiten bleibt ihre fachliche Zielsetzung, ansonsten sie ins Beliebig abzurufen drohte. Doch die philosophische Einsicht um die Grenzen von rekonstruierbaren und beschreibbaren Realitäten und Wahrheiten ging nicht spurlos an den geschichtswissenschaftlichen Grundlagendebatten vorbei. Deshalb wird grösstenteils nicht davon ausgegangen, historische Forschung bilde exakt die Vergangenheit ab.<sup>432</sup> Für die Rechtswissenschaft durchaus von Bedeutung ist, dass auch in der Rechtsgeschichte, zumindest wenn sie nicht als reine Dogmen-, sondern überdies als Sozial-, Kultur- oder Wissenschaftsgeschichte betrieben wird, deutlich auf die prinzipiellen Grenzen einer unvoreingenommenen Rekonstruktion vergangener Geschehnisse verwiesen wird.<sup>433</sup>

Im praktischen Ergebnis führt dies aber in den historischen Disziplinen dazu, dass intensiver über Details einzelner methodischer Standards als über die Grundsatzfrage als solche nachgedacht wird und sich die Forschung trotz prinzipieller Relativierung der historischen Erkenntnismöglichkeit nicht von der Durchführung ihrer Vorhaben abhalten

---

Mikroskopen erforscht, Journalisten versuchten weiterhin herauszufinden, ob eine Mitteilung ein Gerücht oder wahr und deshalb als Nachricht zu verbreiten sei. Und die grosse Erzählung vom Markt hat sich in allen Gesellschaftsbereichen verbreitet. Der postmoderne Abgesang auf Wahrheit und Aufklärung hat sich als innenphilosophischer Schaukampf herausgestellt, der mehr mit den Problemen der französischen Philosophie mit dem Hegel'schen System als mit irgendeiner Wirklichkeit ausserhalb der Akademien zu tun hatte.»

<sup>430</sup> Konzis statt vieler JORDAN, S. 45.

<sup>431</sup> JORDAN, S. 46.

<sup>432</sup> FLAIG, S. 26 ff., vor allem S. 47; WHITE, S. 142 ff.

<sup>433</sup> Deutlich beispielsweise CARONI, Evidenz, S. 1 ff., vor allem S. 26 ff.; CARONI, Schiffbruch, S. 48 f.; CARONI, Löwen, S. 1 ff., insbesondere S. 10 f.; zuletzt CARONI, Spurensuche, S. 4 ff.; zum Ganzen auch KIESOW, S. 7 ff.

lässt.<sup>434</sup> Auch die Geschichtswissenschaften im engeren Sinne kennen kein eindeutiges Kriterium für *die* wahre Rekonstruktion eines vergangenen Sachverhalts. Trotzdem haben sie Wahrheit als regulative Leitidee bei ihren Forschungsvorhaben nicht aufgegeben.

#### **D. Wahrheit als normativer, strafprozessrechtsinterner Begriff**

Die vorangehenden Ausführungen lassen den Schluss zu, dass die philosophische Suche nach eindeutigen Kriterien für Wahrheit, Wissenschaftlichkeit und Erkenntnis vielschichtig ist. Die Philosophie diskutiert dies seit Jahrhunderten; abschliessende Antworten und geklärte Forschungsstände lassen weiterhin auf sich warten. Und auch die Geschichtswissenschaften kennen im Anschluss an die philosophische Debatte kein klares Kriterium, wann eine Beschreibung eines vergangenen Sachverhalts als wahr angesehen werden kann. Gleichzeitig wird aber Wahrheit als regulative Zielgrösse der Wissenschaft bislang nur von einer marginalen Minorität mit aller Konsequenz ausdrücklich aufgegeben.

*Die* Wissenschaft und *die* Wahrheit sind nach dem gegenwärtigen philosophischen Forschungsstand damit als Forschungskonsens nicht abschliessend definierbar und dürften es in absehbarer Zeit nicht sein. Das Strafprozessrecht verwendet also in Art. 139 StPO, wenn es die Strafbehörden anweist, alle nach Stand der Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel zur Wahrheitsfindung einzusetzen, mit Wahrheit und Wissenschaft zwei Begriffe, die sich im philosophischen, geschichtswissenschaftlichen und wissenschaftstheoretischen Forschungsstand nicht eindeutig definieren lassen.<sup>435</sup> Allein daraus folgt, dass es sich um normative, strafprozessrechtsinterne und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe handelt.

Das Strafprozessrecht wäre überdies, selbst wenn es in seiner Disziplin Begriffe in einer Art und Weise verwenden und von Vorstellungen ausgehen würde, die angesichts der philosophischen und historischen Diskussion als schlechterdings absurd anzusehen wären, zwar durchaus mit guten (rechtsexternen) Gründen kritisierbar; es bestünde indessen letztlich keine Möglichkeit, dieses strafprozessrechtliche Vorgehen extern (gleichsam justiziabel) zu überprüfen. Auf den Punkt gebracht: Es gibt keinen Zeit und Raum übergreifenden Weltgerichtshof der Wahrheit und Wissenschaft, bei welchem das schweizerische Strafprozessrecht und der darüber stattfindende Diskurs wegen intellektueller Unzulänglichkeit eingeklagt werden könnte. Ohnehin gibt es keinen Platz im «kosmischen Exil», von wo aus abschliessend beurteilt werden kann, ob eine bestimmte Wahrheits- und Wissenschaftsvorstellung richtig oder falsch ist.<sup>436</sup>

---

<sup>434</sup> Dazu etwa DASTON, S. 13 ff.; WERNER, S. 128 ff. Bezeichnend scheint denn auch zu sein, dass in JORDANS verbreiteter Einführung in die Theorien und Methoden der Geschichtswissenschaft von 220 Seiten nicht einmal deren zwei der Frage des Wahrheitsgrundsatzes gewidmet sind.

<sup>435</sup> Ohnehin ist nicht davon auszugehen, dass wissenschaftliche Erkenntnisse, die im Strafprozess verwendet werden, stets objektiv und richtig sind; auch hier sind Verzerrungen möglich. Dazu ARNOLD, S. I ff.

<sup>436</sup> In Anlehnung an QUINE, S. 474.

Die Unendlichkeit philosophischer und wissenschaftlicher Diskurse steht darüber hinaus in einem prinzipiellen Kontrast zum Strafprozessrecht, welches seine Begrifflichkeiten, jedenfalls auf der Stufe der Gesetzgebung und der konkreten Rechtsanwendung, immer wieder vorläufig abschliessend klären muss, um überhaupt anwendbar zu sein. Daher stellt sich die Frage, inwieweit diese Diskurse – über die grundlegende Erkenntnis der prinzipiellen Schwierigkeit der Thematik hinaus – für das Strafprozessrecht überhaupt relevant sind. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird zwar seit längerem wiederkehrend bedauernd vorgetragen, dass das Recht Erkenntnisse anderer Wissenschaften zu wenig rezipiere und sich die Rechtsdogmatik gegenüber anderen Wissensbeständen immunisiere.<sup>437</sup> Regelmässig wird daher versucht, insbesondere philosophische Überlegungen zu Wahrheit und Wissenschaft für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen.<sup>438</sup> Letztlich hat aber das Strafprozessrecht intern zu diskutieren und sodann auch festzulegen, wie Begriffe wie *Wahrheit* oder *Wissenschaft* zu verstehen sind. Die sich stetig wandelnden Erkenntnisse anderer Wissenschaften könnten vom Strafprozessrecht entweder rezipiert oder ausgeblendet werden. Es kann indessen grundsätzlich seine Begriffe frei, jenseits des Alltagsgebrauchs und jenseits anderer Wissenschaften, vermessen und übertragbare Argumente aus anderen Disziplinen gänzlich ignorieren.<sup>439</sup> Art. 139 StPO enthält demnach auch aus diesen Gründen lediglich auf den ersten Blick einen Verweis auf rechtsextern deutbare Begriffe wie Wahrheitsfindung und Wissenschaft. Bei näherer Betrachtung handelt es sich hierbei vielmehr um normative, strafprozessrechtsinterne und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe.

Daraus folgt allerdings nicht zwingend, dass man mit Rechtsphilosophen und Rechtstheoretikern unterschiedlicher Provenienz vertreten muss, das Recht sei ein mehr oder weniger geschlossenes normatives System, das einer strukturellen Eigenlogik gehorche.<sup>440</sup> Und erst nicht muss man mit der Systemtheorie, namentlich von NIKLAS LUHMANN, zur Auffassung gelangen, das Recht sei operativ völlig geschlossen, und nur das Recht selber könne sagen, was Recht sei.<sup>441</sup> Überzeugender scheint mir vielmehr im Anschluss an SONJA BUCKEL, dass LUHMANN zwar zu folgen ist, wenn er auf die Abschottung des Rechts und

---

<sup>437</sup> So beispielsweise bereits klassisch WIETHÖLTER, S. 74 f., oder auch OPP, S. 383 ff., insbesondere S. 395 ff.; exemplarisch für eine jüngere Kritik aus der Schweiz NIGGLI, Ordnung, zusammenfassend S. 433 ff.

<sup>438</sup> Die Literatur dazu ist unübersehbar. Vgl. statt vieler ADOMEIT, Jus 1972, S. 628 ff.; ADOMEIT, Jus 1973, S. 207 ff.; KAUFMANN, Wissenschaftlichkeit, S. 425 ff.; KAUFMANN, Aussagetheorien, S. 119 ff.; KAUFMANN, Prozedurale Theorien, S. 187 ff.

<sup>439</sup> Im Ergebnis ähnlicher Ansicht bezüglich der Frage eines Transfers des philosophischen Wahrheitsbegriffs in den Strafprozess GETH, ZStrR 2020, S. 272 ff. Dies gilt im Übrigen nicht nur für philosophische Begriffe, sondern auch für psychologische Kategorien. Nach wie vor lesenswert dazu BOCKELMANN, S. 11 ff.; der Autor spricht unter anderem von einer «esoterischen Psychologie» des Strafrechts (ebenda S. 16). Weiterführend zum Verhältnis von Strafrecht und Tiefenpsychologie ebenfalls immer noch HAFFKE, S. 133 ff.

<sup>440</sup> Klassisch KELSEN.

<sup>441</sup> LUHMANN, Gesellschaft, 1993, S. 50; derselbe LUHMANN, Rechtssoziologie, S. 207 ff.; vgl. auch CALLIESS, S. 57 ff.; TEUBNER. Prägnant zur Bedeutung der Wissenschaft für das Recht ABEGG, Ancilla Iuris 2006, S. 29 ff.

dessen strukturelle Eigenlogik aufmerksam macht; indessen müsse man sich im Klaren bleiben, dass das Recht nicht auf einen hegemonialen gesellschaftlichen Konsens verzichten kann und von gesellschaftlichen Entwicklungen und Kräfteverhältnissen abhängt.<sup>442</sup>

Aus alledem folgt jedenfalls, dass der Versuch, die strafprozessuale Wahrheitssuche abschließend in philosophische Wahrheitstheorien einzuordnen, von begrenztem Nutzen ist. Im Ergebnis misst sich die strafprozessuale Wahrheitssuche letztlich an ihrem praktischen Nutzen, mithin an einem bescheidenen, auf pragmatistische Ansätze gestützten Wahrheitsverständnis<sup>443</sup>, und sie verlöre jedenfalls dann an gesellschaftlicher Akzeptanz, wenn sie sich weit jenseits von verbreiteten gesellschaftlichen Wahrheitsvorstellungen bewege.<sup>444</sup> Mit SEEL ist daher festzuhalten, dass – wenn überhaupt im strafprozessrechtlichen Kontext auf philosophische Wahrheitskonzepte rekurriert werden soll – der Wahrheitsbegriff der pragmatischen Wahrheitstheorien der strafprozessualen Wahrheitssuche und der Vorstellung einer strafprozessualen materiellen Wahrheit wohl am nächsten kommt.<sup>445</sup>

Ein argumentativ offenes Strafprozessrecht ist sich deshalb einerseits bezüglich der Wahrheitsvorstellung seiner disziplinären, normativen Eigenlogik bei gleichzeitiger Abhängigkeit von gesellschaftlichen Determinanten bewusst; doch sollte es andererseits nur, aber immerhin, zur Kenntnis nehmen, dass eine fundiert geführte langjährige philosophische Forschungsdiskussion keine eindeutig konturierte Begrifflichkeit von Wahrheit und Wissenschaft hervorgebracht hat. Wahrheit lässt sich danach ganz grundsätzlich kaum positiv verifizieren, sondern wenn überhaupt nur falsifizieren. Erkenntnis hängt stets vom Standort des Erkennenden ab. Deswegen ist ein kontroverses, kontradiktorisches Ringen in der Wahrheitssuche nicht nur berechtigt, sondern geradezu unabdingbar für eine seriöse Wahrheitsfindung. Zumindest diese ebenso pragmatische wie fundamentale Einsicht aus der Philosophie beansprucht auch in einem rationalen strafprozessualen Diskurs Geltung, geht es doch um das Fundament dessen, was nicht nur in akademischen, sondern in den meisten gesellschaftlichen Kontexten ganz grundsätzlich als Wissenschaft und vernunftgeleitendes Vorgehen angesehen wird und nicht an *eine* wissenschaftliche Disziplin gebunden ist.<sup>446</sup>

---

<sup>442</sup> BUCKEL, insbesondere S. 73 und S. 246.

<sup>443</sup> Gleicher Meinung im Ergebnis, wenn auch mit anderer Herleitung, da in abgrenzender Auseinandersetzung mit der gesamten philosophischen Wahrheitstheorien SEEL, S. 153 ff., sodann insbesondere S. 366 ff., zusammenfassend S. 397 ff. Vgl. überdies bereits SCHMIDT, Jus 1973, S. 207, der sich vor fast 50 Jahren explizit für die Anwendung pragmatischer Wahrheitstheorien in der Rechtswissenschaft aussprach.

<sup>444</sup> Die Relevanz der Anschlussfähigkeit juristischer Wahrheitsvorstellungen primär an das Alltagsverständnis und nicht an den Stand der philosophischen Diskussion betont beispielsweise auch GRECO, 173 f.

<sup>445</sup> SEEL, S. 367 f.; lesenswert überdies JANICH, S. 120 und S. 126, der die handlungsorientierende Funktion jeder, auch der philosophischen Wahrheitsvorstellung und deren Einbindung in die Kohärenz gemeinschaftlicher Praxis unter bewährten kulturhistorischen Bedingungen hervorhebt.

<sup>446</sup> So auch HILGENDORF, Wahrheitsbegriff, S. 547 ff., der betont, die philosophische Wahrheitsdiskussion verdiene deshalb die Aufmerksamkeit der Strafrechtsdogmatik, weil sich in der jahrtausendalten Debatte einige terminlogische Differenzierungen herausgebildet hätten, die auch im Strafrecht fruchtbar gemacht werden können; ähnlich STAMP, S. 49 f.

## 5. Kapitel: **Konkrete Ausgestaltung der strafprozessualen Wahrheitssuche**

### **A. Einleitung**

Das 5. Kapitel wechselt die Ebene: Es diskutiert konkret, wie die Wahrheitssuche des schweizerischen Strafprozesses in seiner konkreten Anwendung ausgestaltet ist. Wie im vorangehenden 4. Kapitel gezeigt, wird im schweizerischen Strafprozess keine Wahrheit gesucht, die an externen wissenschaftlichen Massstäben zu messen ist. Das Strafprozessrecht definiert autonom, was es unter Wahrheit versteht. Das vorliegende Kapitel bezweckt daher, die normativen und tatsächlichen Koordinaten der strafprozessualen Wahrheitssuche zu reissen. Damit wird auch das Terrain geebnet, um am Ende dieses zweiten Teils, im 6. Kapitel, Schlussfolgerungen aus der Ausgestaltung der strafprozessualen Wahrheitssuche für den strafprozessualen Wahrheitsbegriff zu ziehen.

In einem ersten Schritt wird nun aber im 5. Kapitel der Frage nachgegangen, wie das Erkenntnisinteresse des schweizerischen Strafprozesses prinzipiell angelegt ist. Sodann findet eine Auseinandersetzung mit den Rahmenbedingungen der strafprozessualen Wahrheitssuche statt. In beiden Abschnitten wird damit der Einfluss des materiellen und formellen Rechts auf die strafprozessuale Wahrheitssuche erörtert. Gegenstand der folgenden beiden Abschnitte sind neben rechtstrukturellen Themen auch rechtstatsächliche Limitierungen einer unvoreingenommenen Erkenntnis: Zunächst wird die konkrete Rolle der Akteurinnen im schweizerischen Strafverfahren und ihr faktischer Einfluss erörtert und somit dem Thema zunächst anhand der strafprozessualen Protagonisten nachgegangen. Hernach werden die unterschiedlichen normativen und faktischen Rahmenbedingungen der strafprozessualen Verfahrensstruktur je nach Verfahrensart diskutiert, wobei ein besonderes Augenmerk der strafprozessrechtlichen Wahrheitssuche gilt.

### **B. Erkenntnisinteresse des schweizerischen Strafprozesses**

Ausgangspunkt für die Eröffnung jedes Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft ist ein Tatverdacht (Art. 309 Abs. 1 StPO). Zwar kann die Polizei im Rahmen des sogenannt poli-

zeilichen Ermittlungsverfahrens schon vor der eigentlichen Eröffnung eines Strafverfahrens dem für eine Straftat relevanten Sachverhalt nachgehen (Art. 306 Abs. 1 StPO). Eine solche Ermittlungstätigkeit wird formlos eingeleitet. Voraussetzung ist indes, dass die Polizei einen Sachverhalt mit Blick auf eine mögliche Straftat abklärt.<sup>447</sup> Von Anfang an geht es damit sowohl bei der Aufnahme der polizeilichen Ermittlungstätigkeit als auch bei der Einleitung und Durchführung des staatsanwaltschaftlichen Vorverfahrens sowie danach in einem allfälligen Haupt- und Rechtsmittelverfahren darum, im Rahmen eines förmlichen Verfahrens abzuklären, ob eine oder mehrere bestimmte Straftaten begangen worden sind.<sup>448</sup> Es geht nicht um eine wertneutrale Klärung beliebiger vergangener Geschehnisse, sondern der Blick ist auf eine ganz konkrete Straftat gerichtet. Ausgangspunkt ist demnach eine sogenannte Schuldhypothese.<sup>449</sup>

Diese Feststellung mag auf den ersten Blick banal wirken. Allerdings ist es durchaus relevant, sich initial das Erkenntnisinteresse des (schweizerischen) Strafprozesses zu vergegenwärtigen. Es ergibt einen fundamentalen Unterschied für das Vor- und Selbstverständnis einer Untersuchung, ob die Vergangenheit mit dem vergleichsweise ergebnisoffenen Erkenntnisinteresse eines Historikers im Rahmen universitärer Forschung oder mit dem Vor- und Selbstverständnis eines Strafverfolgers erforscht wird. Der Geschichtswissenschaft geht es, wie oben gezeigt, zumindest als wissenschaftliches Ideal um die Rekonstruktion der Vergangenheit als Selbstzweck, was nicht heissen soll, dass sie nicht auch zweckwidrig instrumentalisiert werden kann. Der Strafjustiz geht es dagegen von Anfang an und definitionsgemäss um das zielgerichtete Erforschen der Vergangenheit mit Blick auf eine allfällige strafrechtliche Relevanz.<sup>450</sup>

Der Fokus auf eine allfällige Straftat und der Abschluss mit einem Urteil geben dem strafprozessualen Erkenntnisvorgang, anders als demjenigen der Geschichtswissenschaft, von Anfang an eine zielgerichtete, normativ geprägte und damit selektive Struktur.<sup>451</sup> Der Vergleich der Tätigkeit von Strafverfolgungsbehörden und Gericht mit der Arbeit von Historikerinnen überzeugt deshalb nur teilweise.<sup>452</sup> Die Strafuntersuchung erfolgt mit dem für die Rechtswis-

---

<sup>447</sup> Zum Ganzen einführend statt vieler KARNUSIAN, S. 350 ff., mit Verweisen. Immerhin ist anzumerken, dass dieser zentrale strafprozessuale Anknüpfungspunkt unterlaufen zu werden droht, wenn Vorfeldermittlungen durch Nachrichtendienste oder Polizei getätigt werden, WOHLERS, AJP 2020, S. 1311 ff.

<sup>448</sup> Einführend statt vieler KARNUSIAN, S. 350 ff., mit Verweisen.

<sup>449</sup> Ähnlich THOMMEN, recht 2014, S. 273. Eine solche Schuldhypothese kann sich insbesondere dann problematisch auf eine Untersuchung auswirken, wenn keine Sachbeweise vorliegen und die Strafuntersuchung einzig auf Belastungen eines Opfers basiert; hier können falsche Erinnerungen, Suggestionenprozesse und Voreingenommenheit der Strafuntersuchungsbehörden eine unheilvolle Dynamik entfalten, MACK, S. 459 ff. Nach wie vor lesenswert zum Ganzen KRAUSS, recht 1986, S. 79 ff.

<sup>450</sup> Vgl. dazu und zu den Folgen, die diese Anlage auf das Vorverständnis der Strafbehörden hat, HASSEMER, Einführung, S. 82 ff.; dazu auch KRAUSS, recht 1986, S. 79 ff.

<sup>451</sup> Weiterführend JUNG, Wahrheit, S. 911 f.; MÜLLER-DIETZ, Wahrheitsbegriff, S. 257 ff., insbesondere S. 264 f., S. 270; MÜLLER-DIETZ, NJW, S. 1924; lesenswert dazu auch LEGNARO/AENGENHEISER, S. 63 ff.

<sup>452</sup> Diesen Vergleich zieht beispielsweise GRASNICK, Rechtsrhetorik, S. 484, der dort auf weitere Autoren verweist; ausserdem beispielsweise DAPHINOFF, S. 318; RASELLI, S. 68. Kritisch zu

senschaft typischen Hin- und Herwandern zwischen (vergangenem) Lebenssachverhalt und Anwendung einschlägiger juristischer Normen.<sup>453</sup> Tatsachen werden mit Blick auf strafrechtliche Tatbestände des materiellen Rechts erhoben und nach diesem Massstab für relevant bzw. irrelevant befunden und individuell zugerechnet.<sup>454</sup>

Strafrechtliche Tatsachen werden damit immer innerhalb einer rechtlichen Struktur und nicht sozusagen auf dem freien Feld erhoben.<sup>455</sup> Ihr Beschrieb ist unweigerlich von der normativen, dogmatischen Matrix des materiellen Strafrechts geprägt.<sup>456</sup> Exemplarisch lässt sich dies an subjektiven Tatbestandsmerkmalen aufzeigen. Sowohl bei Vorsatz als auch bei Fahrlässigkeit handelt es sich um normative Zuschreibungen und nicht um reale, historische, innerpsychische Tatsachen, die mittels psychologischer Konzepte ermittelt werden.<sup>457</sup> Subjektive Tatbestandsmerkmale lassen sich daher nicht rein deskriptiv feststellen, sondern lediglich normativ zurechnen.<sup>458</sup> Das Strafrecht steht in dieser Hinsicht am Rande des Spekultativen.<sup>459</sup>

Aber sogar vermeintlich selbsterklärende objektive Tatbestandsmerkmale des materiellen Strafrechts sind stets normativ geprägt und bedürfen der Interpretation. Denn selbst wenn es in einem Strafverfahren vermeintlich um wenig klärungsbedürftige Tatsachen geht, so lassen sich diese nur in Bezugnahme auf das rechtliche (objektive) Tatbestandsmerkmal verstehen.<sup>460</sup> Auch nach einem Alltagsverständnis scheinbar eindeutige Begriffe wie beispielsweise der *Tod eines Menschen* bedürfen dennoch der Klärung durch das Strafrecht, wenn sie in diesem Kontext, das heisst in Bezug auf Art. 111 ff. StGB, verwendet werden. Steht daher in einem Strafverfahren ein Tötungsdelikt zur Untersuchung, wird dies nicht im Sinne der Alltagssprache, sondern mit Blick auf eine strafrechtliche Definition und deren Dogmatik untersucht.<sup>461</sup>

---

diesem Vergleich MÜLLER-DIETZ, Wahrheitsbegriff, S. 268. Vorbehalte finden sich auch beispielsweise bei HASSEMER, ZStW, S. 837 f.; STAMP, S. 64 ff. und S. 71 ff. oder VOLK, Wahrheiten, S. 412 ff.

<sup>453</sup> In Anlehnung an ENGISCH, S. 15.

<sup>454</sup> Prägnant KRAUSS, recht 1986, S. 77; OBERHOLZER, Rollenspiel, S. 477. Vgl. dazu auch DE LAGASNERIE, S. 103 ff.

<sup>455</sup> Dies betonen insbesondere Autoren, welche davon ausgehen, dass Wahrheit im Strafrecht hergestellt und nicht sozusagen vorgefunden werde, vgl. etwa GÖSSEL, Wahrheit, S. 19; GRASNICK, Wahrheit, S. 55 ff.; KUNZ, plädoyer 2018, S. 24 ff.; OBERHOLZER, Rollenspiel, S. 477.

<sup>456</sup> Vgl. hierzu prägnant KRAUSS, Wahrheit, S. 417 ff., S. 427.

<sup>457</sup> VEST, ZStrR 2020, S. 366 ff. Zum gespannten Verhältnis vom Strafrecht zur Psychologie lesenswert TRECHSEL, Motiv, S. 397 ff.; TRECHSEL, ZStrR 2000, S. 7 f.

<sup>458</sup> Weiterführend hierzu FREUND, S. 3 ff., S. 44 ff.; S. 153 ff.; JÄGER, S. 173 ff.; KRAUSS, Gehalt, S. 110 ff., vor allem S. 118 ff.; MARKWALDER/SIMMLER, S. 22 ff., insbesondere S. 36 ff., S. 40 f., S. 55 f. Dazu auch ARZT, Bemerkungen, S. 8, S. 13 ff.; EICKER, S. 55.

<sup>459</sup> WIRTHLIN, S. 139.

<sup>460</sup> Vgl. dazu HASSEMER, ZStW, S. 837 f.

<sup>461</sup> Zum strafrechtlichen Begriff des Todes statt vieler BSK StGB-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N. 2 ff.

Im Strafprozess werden deshalb (vergangene) Tatsachen stets mit Blick auf das materielle Strafrecht und mit dem entsprechenden Erkenntnisinteresse erhoben. Im Strafverfahren wird eine strafrechtlich relevante Wahrheit gesucht; die Relevanz vergangener Tatsachen misst sich definitionsgemäss stets an diesem inhaltlichen Massstab. Dies prägt, kanalisiert und limitiert die Wahrheitssuche von Anfang an.

### **C. Normative Rahmenbedingungen der strafprozessualen Wahrheitssuche**

Der strafprozessrechtliche Erkenntnisvorgang ist nicht nur inhaltlich durch strafrechtliche Normen vorbestimmt, sondern findet zudem, anders als derjenige der Historikerin, in einem vordefinierten Regelkorsett, der Strafprozessordnung, statt. Er bewegt sich damit auch formal im Rahmen einer vorgefertigten Verfahrensstruktur. Dabei kann nicht in jedem Fall aufs Neue eine Verständigung stattfinden, nach welchen Kriterien vorgegangen werden soll. Es handelt sich daher bei Strafprozessen nicht um ein grundsätzlich freies Forschungsvorhaben, über dessen Methodik man sich in jeder Untersuchung aufs Neue streiten kann oder sogar muss, sondern um eine strikt regelgeleitete, gesetzlich definierte Untersuchung.<sup>462</sup> In strafprozessualen Normen wird mehr oder weniger exakt vordefiniert, wer wann welche Kompetenzen hat und was zu untersuchen und anzuordnen ist. Diese Verfahrensstruktur steckt dem Erkenntnisvorgang bereits Rahmenbedingungen; sie legt dessen Vorgehen und Organisation fest.<sup>463</sup> Zugespitzt: Sämtliche Normen der Rechtsordnung mit einer strafprozessualen Implikation prägen, kanalisieren und limitieren die strafprozessuale Wahrheitssuche; deren umfassende Darstellung käme damit der umfassenden Darstellung des gesamten Strafverfahrens gleich. Nachfolgend kann ich deshalb nur, aber immerhin, einen Überblick über die grundlegenden Rahmenbedingungen der strafprozessualen Wahrheitssuche anbieten, wie sie sich insbesondere aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Bundesverfassung und den zentralen Grundsätzen der Strafprozessordnung ergeben.

Der vorliegende Abschnitt dient mithin als Basis, um die strafprozessuale Wahrheitssuche im Allgemeinen und die normativen Grundlagen der Verteidigungsrechte und der Verteidigung im Besonderen zu diskutieren. Letztlich wird im weiteren Verlauf der gesamten Arbeit zu begründen sein, weshalb die Verteidigung als integraler Bestandteil dieser strafprozessualen Wahrheitssuche anzusehen ist und wie diese Vorgabe effektiv eingelöst wird. Daher wird die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche lediglich in ihren Grundzügen und im Zusammenhang mit den grundsätzlichen strafprozessualen Rahmenbedingungen dargestellt. Dieses Thema wird dann im dritten Teil der Arbeit nochmals eingehend vertieft und dessen Umsetzung in der strafprozessualen Praxis im vierten Teil erörtert.

---

<sup>462</sup> Auf diesen Verzerrungseffekt haben beispielsweise prägnant hingewiesen HASSEMER, ZStW, S. 831 ff.; KRAUSS, Prozessdogmatik, S. 4 f.; vgl. überdies aus der jüngeren Literatur GETH, ZStrR 2020, S. 274.

<sup>463</sup> Auf diese Limitierung wird in der Lehre schon lange hingewiesen, vgl. etwa bereits PFENNINGER, Probleme, S. 49 f.



## I. Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben

Die zentralen Grundsätze des schweizerischen Strafprozesses sind bereits im Völker- und Verfassungsrecht vorgegeben. Namentlich die Unschuldsvermutung, das Recht auf einen Verteidiger und weitere elementare Verteidigungsrechte sowie die Grundsätze des fairen Verfahrens sind durch Art. 14 Abs. 2 und 3 UNO-Pakt II sowie Art. 6 Ziff. 1, 2 und 3 EMRK garantiert.<sup>464</sup> Die internationalen Verträge halten damit bereits einen Mindeststandard der Rechtsstaatlichkeit von Strafverfahren fest. Insbesondere die Rechtsprechung des EGMR hat diese Grundsätze in einer reichhaltigen Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK weiter konkretisiert.<sup>465</sup>

Direkt aus der Europäischen Menschenrechtskonvention ableiten lassen sich unter anderem Verfahrensgarantien wie der Zugang zu einem unabhängigen, unparteilichen Gericht, das Recht auf ein öffentliches, mündliches und faires Verfahren, das Recht auf Beiziehung eines Dolmetschers, das Recht, über Art und Grund der Beschuldigung informiert zu werden, das Recht auf Überprüfung des Strafurteils durch eine zweite Instanz sowie der Grundsatz der Unschuldsvermutung.<sup>466</sup> Die EMRK gewährleistet überdies das Recht auf eine professionelle Verteidigung nach der Wahl der beschuldigten Person sowie die Möglichkeit einer unentgeltlichen Verteidigung.<sup>467</sup> Ebenfalls gewährleistet werden eine ausreichende Vorbereitungszeit zur Verteidigung sowie die sogenannte Waffengleichheit im Zeugenbeweis, mithin das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen und Entlastungszeugen vorladen zu lassen, sowie der Grundsatz, sich nicht selber belasten zu müssen (*nemo tenetur*).<sup>468</sup> Damit soll insgesamt, insbesondere durch die Förmlichkeit des Verfahrens, sichergestellt werden, dass die beschuldigte Person Subjekt des Verfahrens bleibt, nicht dessen Objekt wird, und dass ihre Autonomie geachtet wird.<sup>469</sup>

Auch die Bundesverfassung kodifiziert in Art. 32 Abs. 1 die Unschuldsvermutung.<sup>470</sup> Der zweite Absatz dieser Bestimmung statuiert, dass jede angeklagte Person Anspruch darauf hat, rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu

---

<sup>464</sup> Dazu GRABENWARTER/PABEL, S. 496 ff.; immer noch grundlegend zum europäischen Strafverfahrensrecht ESSER, Strafverfahrensrecht; zum Zusammenspiel von EMRK und Verteidigungsrechten GAEDE, S. 159 ff.; TOPHINKE, S. 103 ff.

<sup>465</sup> Grundlegend in Bezug auf die Verteidigung GAEDE, insbesondere S. 213 ff.; vgl. zum strafprozessualen Potential der EMRK immer noch ESSER, Strafverfahrensrecht, S. 51 ff.

<sup>466</sup> ESSER, Strafverfahrensrecht, S. 95 ff., S. 199 ff., S. 262 ff., S. 374 ff., S. 437 ff., S. 508 ff., S. 535 ff., S. 606 ff., S. 707 ff., S. 742 ff., S. 767 ff.; GARLAND, Waffengleichheit, S. 63 ff.; TOPHINKE, S. 103 ff.; GRABENWARTER/PABEL, S. 509 ff.

<sup>467</sup> ESSER, Strafverfahrensrecht, S. 450 ff. und S. 474 ff.; GARLAND, Waffengleichheit, S. 63 ff.; GRABENWARTER/PABEL, S. 555 ff.

<sup>468</sup> ESSER, Strafverfahrensrecht, S. 447 ff., S. 520 ff., S. 630 ff.; GARLAND, Waffengleichheit, S. 63 ff.; Grabenwarter/Pabel, S. 555 ff.

<sup>469</sup> GARLAND, Waffengleichheit, S. 46 ff.

<sup>470</sup> Dazu VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 32 Rz. 5 ff. Zutreffend hielt SCHWANDER, S. 217, vor vierzig Jahren prägnant fest, dass die Unschuldsvermutung kein ausserordentliches Privileg des Angeklagten, sondern ein soziales Ordnungsprinzip ersten Ranges sei, weil derjenige, der rechtlich eine Veränderung des tatsächlichen Zustandes erzwingen wolle, die Tatsachen nachzuweisen habe,

werden, und zudem die Möglichkeit erhalten muss, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen. Darunter wird das Recht auf einen Verteidiger und auf Kontakt mit dem Verteidiger verstanden.<sup>471</sup> Damit verbrieft bereits die Verfassung den Grundsatz des *fair trial* und das Recht der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung auf Information, Akteneinsicht und Teilnahme an Beweiserhebungen.<sup>472</sup> Die gewährten Verteidigungsrechte sind im Kontext sämtlicher Justizgarantien zu sehen: Art. 32 Abs. 3 BV gewährleistet das Recht der verurteilten Person auf Überprüfung durch ein höheres Gericht, und Art. 31 BV garantiert elementare Rechte beim Freiheitsentzug.<sup>473</sup> Die Art. 29 und 30 BV garantieren zentrale Verfahrensgrundsätze und Eckpfeiler eines kontradiktorischen Verfahrens, namentlich den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, das Recht auf gleiche und gerechte Behandlung durch ein unabhängiges, unparteiisches Gericht in einem grundsätzlich öffentlichen Verfahren, die Beurteilung innert angemessener Frist sowie bei Notwendigkeit aufgrund von Mittellosigkeit die Möglichkeit unentgeltlicher Rechtspflege und Rechtsverbeständung, es sei denn, es handle sich von vornherein um einen offensichtlich aussichtslosen Fall.<sup>474</sup>

Als Zwischenfazit lässt sich damit Folgendes festhalten: Völker- und Verfassungsrecht definieren die Rahmenbedingungen und wesentlichen Grundsätze des Strafprozesses und damit auch der Verteidigung und der Verteidigungsrechte. Bereits auf dieser Ebene wird das kontradiktorische Vorgehen mit ausreichenden Überprüfungs- und Verteidigungsmöglichkeiten kodifiziert. Das Ensemble all dieser Verfahrensgrundsätze steckt damit den grundsätzlichen, rechtstaatlichen Rahmen ab, in welchem sich die strafprozessuale, kontradiktorische Wahrheitssuche abzuspielen hat. Insgesamt soll damit gewährleistet werden, dass die beschuldigte Person Verfahrenssubjekt und nicht Verfahrensobjekt ist und der Unschuldsvermutung nachgelebt wird; dies bindet sowohl den Gesetzgeber als auch die Rechtsanwendung.<sup>475</sup>

## II. Vorgaben der StPO

Die schweizerische Strafprozessordnung nimmt die völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben auf und kodifiziert in den Art. 3 ff. die Verfahrensgrundsätze. Die Achtung der Menschenwürde und das Fairnessgebot (Art. 3 StPO), die Unabhängigkeit der Justiz (Art. 4 StPO), das Beschleunigungsgebot (Art. 5 StPO), der Anklagegrundsatz (Art. 9 StPO) und die Unschuldsvermutung (Art. 10 StPO) werden durch die Prozessordnung lediglich näher konkretisiert, da sie bereits auf der Ebene des Völker- und Verfassungsrechts verankert

---

welche die verlangten Veränderungen rechtfertigen würden. Weiterführend zur Unschuldsvermutung TOPHINKE, S. 103 ff.

<sup>471</sup> Statt aller VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 32 Rz. 23 ff.

<sup>472</sup> Zum Ganzen MÜLLER/SCHEFER, S. 992 ff.; ff.; GARLAND, Waffengleichheit, S. 109 ff.; VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 32 Rz. 23 ff.

<sup>473</sup> Statt aller VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 32 Rz. 46 ff.

<sup>474</sup> Eingehend statt aller STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 und zu Art. 30.

<sup>475</sup> Vgl. zu beiden Gesichtspunkten weiterhin lesenswert SCHUBARTH, Unschuldsvermutung, zusammenfassend S. 32 f.

sind.<sup>476</sup> Auf der strafprozessualen Ebene kommt dazu, dass zwar als Grundsatz in Art. 139 Abs. 1 StPO normiert wird, dass die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einsetzen. Indessen wird bereits im selben Absatz einschränkend festgehalten, dass für den Einsatz von Beweismitteln die rechtliche Zulässigkeit zwingende Voraussetzung ist.

Das Strafprozessrecht lotet in seiner gesetzlichen Grundlage und in Dogmatik sowie Rechtsprechung subtil aus, was die Grenzen des rechtlich Zulässigen sind. Die Frage nach der Zulässigkeit von Beweisen ist ein zentrales Thema des Strafprozessrechts.<sup>477</sup> Art. 140 StPO hält fest, dass Beweiserhebungsmethoden wie Zwang, Gewaltanwendung, Drohung und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder Willensfreiheit beeinträchtigen, selbst dann untersagt sind, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt. Beweise, die in Verletzung dieses Artikels erhoben werden, sind in jedem Fall unverwertbar (Art. 141 Abs. 1 StPO).<sup>478</sup> Personalbeweise können ohnehin nicht bei sämtlichen Beteiligten erzwungen werden. Beschuldigte haben das Recht, die Aussage zu verweigern; selbst lügende Beschuldigte machen sich nur unter gewissen, einschränkenden Voraussetzungen strafbar.<sup>479</sup> Auch Geschädigte haben in zahlreichen Konstellationen Zeugnisverweigerungsrechte.<sup>480</sup>

Daneben existieren weitere Beweisverwertungsverbote: Beispielsweise sind Einvernahmen ungültig, wenn Zeuginnen nicht rechtsgültig über ihre Rechte und Pflichten belehrt worden sind (Art. 177 Abs. 1 StPO). In Fällen erkennbarer notwendiger Verteidigung sind Einvernahmen, die ohne Verteidigung durchgeführt worden sind, nur dann verwertbar, wenn die beschuldigte Person auf deren Wiederholung verzichtet (Art. 131 Abs. 3 StPO). Weitere Vorschriften betreffen die Unverwertbarkeit bei Verletzung von Teilnahmerechten (Art. 147 Abs. 4 StPO), von Informationen aus nicht genehmigten Überwachungen (Art. 277 Abs. 2 StPO) bzw. von Berufsgeheimnisträgern (Art. 271 Abs. 3 StPO) oder von früheren Aussagen im Rahmen eines gescheiterten abgekürzten Verfahrens (Art. 362 Abs. 4 StPO).<sup>481</sup>

---

<sup>476</sup> Zum Verhältnis von übergeordnetem Verfassungs- und Völkerrecht und den Grundsätzen der Strafprozessordnung statt aller RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 24 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 6 ff.

<sup>477</sup> Statt aller BSK StPO-GLESS, Art. 139 N. 15 ff.; vgl. dazu auch RUCKSTUHL, plädoyer 2006, S. 15 ff.

<sup>478</sup> Zum Ganzen statt aller BSK StPO-GLESS, Art. 140 und Art. 141.

<sup>479</sup> Statt aller SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 348 ff.

<sup>480</sup> Statt aller SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 358 ff.

<sup>481</sup> Indessen ist für die schweizerische StPO kennzeichnend, dass die Frage, wann der Zweck des Strafverfahrens die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise «heiligen» kann, nicht eindeutig beantwortet wurde: GLESS, Zweck, S. 413; GLESS, ZStrR 2010, S. 146 ff.; weiterführend und grundlegend zur Thematik auch GLESS, ZStrR 2019, S. 1 ff. Es besteht allerdings die Tendenz, dass zur Aufklärung schwerer Straftaten eher Ausnahmen gewährt werden; indessen ist eine solche Güterabwägung heikel, denn dahinter steht die Idee, dass bei solchen Vorwürfen die beschuldigte Person weniger Schutz verdiene als die Strafverfolgung, was aber ausser Acht lässt, dass die Frage, ob jemand Täter ist oder nicht, in dem Zeitpunkt gerade noch offen ist; dazu POPP, recht 2019, S. 140.

### III. Zwischenfazit

Prozessuale Normen stecken den Rahmen des strafprozessualen Erkenntnisvorgangs ab. Insbesondere «Beweisverwertungsverbote setzen der Sachverhaltsermittlung zwar auf den ersten Blick durch einen Ausschluss bestimmter Beweismittel Grenzen. Sie sind aber insbesondere in dieser Funktion als Garant einer validen Tatsachenfeststellung unbestritten – wenn sie für den Ausschluss unzuverlässiger Beweismittel sorgen, etwa abgenötigter Geständnisse.»<sup>482</sup>

Abschliessend ist nochmals explizit auf *die* zentrale prozessuale Grundregel des Strafprozesses hinzuweisen: in dubio pro reo. Sie hat in zweierlei Hinsicht einen Einfluss auf die massgebende strafprozessuale Sachverhaltsrekonstruktion. Das Bundesgericht führt dazu in konstanter Rechtsprechung aus, der Grundsatz bedeute als Beweislastregel, dass der Richter den Angeklagten freisprechen müsse, wenn er nicht sämtliche schuld- und strafbegründenden Tatsachen für nachgewiesen erachte. Als Beweiswürdigungsregel besage die Maxime, dass sich der Richter nicht von einem Sachverhalt überzeugt erklären dürfe, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel bestehen bleiben, ob sich der Sachverhalt verwirklicht hat.<sup>483</sup> Jede Suche nach der materiellen Wahrheit als Zielsetzung wird deshalb durch die Unschuldsvermutung als prozessuale Maxime begrenzt.<sup>484</sup> Zu Recht weist SCHWANDER daher darauf hin, dass das oberste Ziel des Strafprozesses an sich die Erforschung der materiellen Wahrheit sei. Die Methode, wie der Sachrichter sich dieser mithilfe der Parteien annähere, sei die freie Beweiswürdigung und die Unschuldsvermutung.<sup>485</sup> Mit anderen Worten muss jede strafprozessuale Wahrheitssuche – anders als ein historisches Forschungsvorhaben – vor dem Prinzip der Unschuldsvermutung standhalten.

Zusammenfassend: Jegliche strafprozessuale Wahrheitssuche findet nicht nur mit Blick auf materielle Strafbestimmungen statt, sondern bewegt sich innerhalb einer strafprozessrechtlichen, in beträchtlichen Teilen bereits völker- und verfassungsrechtlich verankerten Verfahrensstruktur.<sup>486</sup> Unabhängig davon, ob *innerhalb* dieser Verfahrensstruktur die materielle oder historische Wahrheit als Verfahrensziel festgelegt wird oder nicht, lässt sich zumindest festmachen, dass prinzipiell keine strafprozessuale Wahrheit *ausserhalb* der Verfahrensstruktur eines Strafprozesses und *ausserhalb* von Bestimmungen des materiellen Strafrechts gesucht und gefunden werden kann. Die strafprozessuale Wahrheit kann daher denknotwendig nicht vor dem Verfahren bekannt sein. Sie wird erst durch ein Verfahren normativ, mit Blick auf das materielle Strafrecht, definiert und nicht gleichsam vorgefunden. Dabei mag die materielle Wahrheit verfahrensintern das normative Leitziel der strafprozessualen Wahrheitssuche sein. Indessen bedeutet dies gerade nicht, dass die materielle Wahrheit am Ende des

---

<sup>482</sup> GLESS, ZStrR 2019, S. 20.

<sup>483</sup> Statt vieler BGE 120 Ia 31 Erw. 2.

<sup>484</sup> Prägnant OBERHOLZER, Rollenspiel, S. 478 ff.

<sup>485</sup> SCHWANDER, S. 218.

<sup>486</sup> Zu den Folgen dieser Rahmenbedingungen für den tatrichterlichen Erkenntnisprozess FEZER, StV, S. 95 ff.

Strafprozesses gleichsam gefunden wird; und es heisst erst recht nicht, dass die strafprozessrechtlich relevante Wahrheit bereits vor dem Verfahren feststeht.<sup>487</sup>

## **D. Die Rolle der zentralen Akteurinnen im schweizerischen Strafprozess und ihr Einfluss auf die strafprozessuale Wahrheitssuche**

Die vorangehenden Abschnitte diskutierten Einflussfaktoren bei der strafprozessualen Wahrheitssuche, die sich direkt aus der strafrechtlichen und strafprozessualen Struktur ergeben. Im folgenden Abschnitt wird nun zusätzlich konkret den Akteurinnen des Strafverfahrens und deren faktischem Einfluss auf die derzeitige strafprozessuale Wahrheitssuche nachgegangen. Diese rechtstatsächliche Betrachtung ergibt sich nicht direkt, sondern mittelbar aus der Verfahrensstruktur der Strafprozessordnung und beschränkt sich zwangsläufig auf zentrale Aspekte. Über diese rechtstatsächliche Darstellung der strafprozessualen Protagonisten erfolgt damit eine Annäherung an den Charakter der gegenwärtigen strafprozessualen Wahrheitssuche.

### **I. Interesse der beteiligten Parteien am Verfahrensausgang**

An jedem Strafverfahren sind Parteien beteiligt. Parteistellung kommt gemäss der Strafprozessordnung der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft sowie ab Durchführung des Hauptverfahrens der Staatsanwaltschaft zu (Art. 104 Abs. 1 StPO).<sup>488</sup> Die Staatsanwaltschaft hat damit eine Zwitterstellung als Verfahrensleitung des Vorverfahrens und Anklägerin mit Parteistellung im Hauptverfahren.<sup>489</sup> Auf die Staatsanwaltschaft wird im kommenden Abschnitt gesondert eingegangen und sie wird derzeit noch ausgeklammert. Weil nicht in jedem Verfahren eine Privatklägerschaft auftritt und längst nicht jedes Verfahren in einer Anklage mündet, ist letztlich für die vollständige Durchführung eines Strafverfahrens einzig die Existenz einer beschuldigten Person als Partei zwingend.<sup>490</sup>

Die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft haben fast immer ein persönliches Interesse am Ausgang des Erkenntnisvorgangs. Während das Ziel der beschuldigten Person meist sein wird, dass die strafrechtlichen Tatsachen zu ihren Gunsten erhoben werden, erhoffen sich die Geschädigten, die sich als Privat- und/oder Strafkülerschaft konstituiert haben, in aller Regel eine strafrechtliche Verurteilung.

---

<sup>487</sup> Prägnant bringt dies VON SCHIRACH, S. 19 auf den Punkt: «In einem Strafprozess muss die Wirklichkeit durch einen Filter, nämlich die Strafprozessordnung. Was wir nach diesem Filter verwenden dürfen, ist eine <prozessuale Wahrheit. Ich kann es auch anders sagen: Ich habe noch nie einen Mörder verteidigt, der freigesprochen wurde. Wenn jemand freigesprochen wird, ist er kein Mörder. Nur der Richter entscheidet, ob der Angeklagte schuldig ist oder nicht.»

<sup>488</sup> Zu den Parteien der StPO statt aller CR CCP-BENDANI, Art. 104 N. 1 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 245 ff.

<sup>489</sup> Statt aller CR CCP-BENDANI, Art. 104 N. 1 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 125 ff.

<sup>490</sup> Statt aller zu den Parteien der StPO CR CCP-BENDANI, Art. 104 N. 1 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 245 ff.

Die strafprozessuale Wahrheitssuche basiert in der praktischen Umsetzung häufig zu einem beträchtlichen Teil auf Aussagen von beschuldigten Personen und Privatklägerschaften. Deren Vorbringen sind wegen ihres potentiellen Interesses am Verfahrensausgang mit Vorsicht zu würdigen. Die Justiz überschätzt einerseits weiterhin die Zuverlässigkeit des Personalbeweises dieser beteiligten Parteien und geht andererseits – allerdings wohl wiederum zu einseitig – davon aus, dass die beteiligten Parteien stets Darstellungen deponieren, die zu stark zu ihren Gunsten ausfallen.<sup>491</sup> Es gibt jedoch durchaus Fälle, in welchen Personen Aussagen machen, die einem vermeintlich naheliegenden Interesse widersprechen; die Ergründung der persönlichen Interessen am Verfahrensausgang erweist sich als komplex.<sup>492</sup> Selbst Privatklägerinnen schützen – aus verschiedenen Gründen – nicht allzu selten Beschuldigte.<sup>493</sup> Auch falsche Geständnisse von Beschuldigten kommen häufiger vor, als prima vista angenommen wird.<sup>494</sup> Strafrechtliche Zwangsmassnahmen, insbesondere die Drucksituation der Untersuchungshaft, können dazu führen, dass beschuldigte Personen Tatsachen eingestehen, die sich nicht oder zumindest nicht wie behauptet abgespielt haben,<sup>495</sup> zumal die Strafjustiz ganz grundsätzlich, und vor allem mit der Anordnung von Untersuchungshaft, stark auf Geständnisse hinwirkt.<sup>496</sup> Die Untersuchungshaft steht daher stets in einem latenten Spannungsverhältnis zur Unschuldsvermutung.<sup>497</sup> Bisweilen ist die Aussicht auf eine allfällige rasche Entlassung aus der Untersuchungshaft derart dominant, dass andere Interessen in den Hintergrund treten und ein falsches Geständnis deponiert wird. Denkbar ist überdies, dass mit einem falschen Geständnis andere Personen geschützt werden sollen.<sup>498</sup>

Dazu kommt Folgendes: Selbst Zeugen und Auskunftspersonen ohne Parteistellung haben möglicherweise ein Interesse, ihre Aussagen anzupassen, sei es, weil ihnen beispielsweise selber latent oder auch nur vermeintlich, in ihrer subjektiven Wahrnehmung, eine Strafuntersuchung droht oder weil sie mit einer Partei positiv oder negativ emotional verbunden sind. Just um solchen Einflüssen entgegenzutreten zu können, kennt die Strafprozessordnung schliesslich auch Zeugnisverweigerungsrechte.<sup>499</sup>

Zusammenfassend ist bei der Würdigung von Aussagen zu berücksichtigen, dass diese in einem Strafprozess selten frei von Eigeninteressen der beschuldigten Person und einer all-

---

<sup>491</sup> Kritisch zur Kompetenz der Strafgerichte, allein aufgrund ihres Alltagsverständes Zeugenaussagen beurteilen zu können, BAUMER/LUDEWIG/TAVOR; MALEK, S. 561 ff.

<sup>492</sup> STELLER, S. 129 ff., mit Verweisen.

<sup>493</sup> STELLER, S. 129 ff., mit Verweisen.

<sup>494</sup> STELLER, S. 129 ff., mit Verweisen. Dazu überdies bereits SCHWANDER, S. 223.

<sup>495</sup> Zu dieser Gefahr bei Untersuchungshaft weiterführend GFELLER/BIGLER/BONIN, *Contra Legem* 2019, S. 32 ff., insbesondere S. 38 f.; zum pönalen Charakter der Untersuchungshaft auch ALBRECHT, *Untersuchungshaft*, S. 355; insgesamt zum Gestehen aufgrund äusseren Drucks SICKOR, S. 253 ff., S. 297 ff.

<sup>496</sup> Vgl. hierzu etwa BRUNNER, *Geständnis*, S. 70 f.; überdies bereits KRAUSS, *recht* 1999, S. 121. Bereits PIETH, *Strafverteidigung*, S. 33, sprach von Untersuchungshaft als eingeplantem Druckmittel.

<sup>497</sup> Hierzu eingehend HÄRRI, S. 1217 ff.

<sup>498</sup> Eingehend zu möglichen Motiven des (falschen) Gestehens SICKOR, S. 245 ff., mit Verweisen.

<sup>499</sup> Statt aller SCHMID/JOSITSCH, *Handbuch*, S. 358 ff.

fälligen Privatklägerschaft deponiert werden. Beteiligte Parteien haben ein (existenzielles) Interesse am Ergebnis der strafprozessualen Wahrheitssuche, weil dieses einen lebensprägenden Einfluss zeitigen kann. Dieser Umstand verändert die Ausgangslage des Erkenntnisvorgangs im Vergleich zu anderen Erkenntnisvorgängen grundlegend und macht ihn besonders heikel.<sup>500</sup> Es drohen dadurch Verzerrungen bei der Wahrheitssuche, mit denen das Strafprozessrecht zu rechnen hat.

## II. Rechtsbeistände der Parteien und ihr Einfluss

Die schweizerische Strafprozessordnung kennt grundsätzlich keinen Anwaltszwang.<sup>501</sup> Eine Ausnahme besteht einzig in Fällen notwendiger Verteidigung, bei welchen die beschuldigte Person zwingend eines Anwalts bedarf (Art. 130 StPO).<sup>502</sup> Die beteiligten Parteien – beschuldigte Person und Privatklägerschaft –, aber auch andere Verfahrensbeteiligte wie Geschädigte, Zeugen, Auskunftspersonen, Anzeigeerstanter, Sachverständige haben stets das Recht, einen Rechtsbeistand zu mandatieren.<sup>503</sup> Von praktischer Relevanz sind indessen die Rechtsbeistände der beiden Parteien, da ein Rechtsbeistand anderer Verfahrensbeteiligter kaum konkrete Befugnisse hat.<sup>504</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf Rechtsbeistände dieser beiden Parteien und ihren Einfluss.

Mit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung wurde der Anwalt der ersten Stunde eingeführt. Dieses Recht gilt nicht nur für die Verteidigung, sondern auch für eine Vertretung der Privatklägerschaft.<sup>505</sup> Den Rechtsbeiständen beider Parteien obliegt es, die Interessen ihrer Mandanten zu wahren (Art. 127 Abs. 1 StPO). Für die Verteidigung ist in Art. 128 StPO sogar noch ausdrücklich verankert, dass sie *allein* den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet ist.

Die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche und die praktische Umsetzung derselben ist das Grundthema dieser Arbeit. Demnach kann an dieser Stelle die Rolle der Verteidigung und ihr faktischer Einfluss nicht erschöpfend behandelt werden und es ist auf die gesamten nachfolgenden Ausführungen zu verweisen. Im Sinne eines Vorgriffs ist indessen festzuhalten, dass auf einer grundsätzlichen, normativen Ebene die Verteidigung in ihrer Funktion als zwingende Akteurin einer rechtsstaatlichen, strafprozessualen Wahrheitssuche garantiert wird. Das Strafprozessrecht erkennt damit die einseitige Interessenwahrung sowie die Absicherung der Subjektstellung und Entlastungsperspektive der beschuldigten Person durch die Verteidigung an und schreibt im Grundsatz bei der Wahrheitssuche eine

---

<sup>500</sup> Dazu DELNON/RÜDY, ZStrR 1989, S. 44 f., mit Verweisen. Zu einer Versachlichung des Aus-sagewürdigungsvorgangs trüge wohl bei, wenn in der Strafjustiz die Erkenntnisse der aussagepsy-chologischen Forschung konsequent und nicht bloss oberflächlich rezipiert würden, BAUMER/LUDEWIG/TAVOR, S. 1415 ff.

<sup>501</sup> Statt aller CR CCP-HARARI, Art. 127 N. 1 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 283 ff.

<sup>502</sup> Statt aller CR CCP-HARARI, Art. 130 N. 1 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 288 ff.

<sup>503</sup> Statt aller CR CCP-HARARI, Art. 127 N. 1 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 283 ff.

<sup>504</sup> Statt aller SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 283 ff.

<sup>505</sup> Statt aller SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 283 ff. und S. 305 ff.

kontradiktorische Herangehensweise vor. In der praktischen Umsetzung wird indessen, wie zu zeigen sein wird, der effektive Verteidigungsradius markant begrenzt.

Hinsichtlich der Vertretung der Privatklägerschaft ist anzumerken, dass bei Officialdelikten die Strafverfolgung von Amtes einschreiten muss, und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob sich eine geschädigte Person als Privatklägerschaft konstituiert und ob sie sich anwaltlich vertreten lässt.<sup>506</sup> Prima vista sollte es daher bei Officialdelikten keine Rolle spielen, ob eine geschädigte Person sich als konstituierte Privatklägerin anwaltlich vertreten lässt. Für Deutschland ist allerdings empirisch erwiesen, dass die Intensität der Strafverfolgung und das Verurteilungsrisiko mit dem Auftreten einer anwaltlich vertretenen Privatklägerschaft deutlich steigt.<sup>507</sup> Die Vermutung liegt nahe, dass dies in der Schweiz nicht anders ist. Mit dem Auftreten einer offenkundig aktiven Privatklägerschaft steigt der Untersuchungs- und Verurteilungsdruck auf die Strafjustiz.

### III. Staatsanwaltschaft als hybrides Konstrukt

Besonders kennzeichnend für die schweizerische Strafprozessordnung ist die ausgesprochen zentrale Stellung der Staatsanwaltschaft und die Wichtigkeit des durch die Staatsanwaltschaft geleiteten Vorverfahrens.<sup>508</sup> Die Bedeutung der Staatsanwaltschaft hat sich auf Kosten der Gerichte mit Inkrafttreten der eidgenössischen StPO markant akzentuiert.<sup>509</sup> Zur Entlastung der Staatsanwaltschaft wiederum werden wesentliche Aufgaben der Polizei übertragen.<sup>510</sup> Dies war bereits Thema in der Entstehungsgeschichte der Strafprozessordnung.<sup>511</sup> Wie erwähnt war dies ein Hauptargument dafür, dass der als Gegengewicht für nötig befunden wurde.<sup>512</sup>

Die Kernaufgabe der Staatsanwaltschaft ist die Verfahrens- und Untersuchungsleitung im Vorverfahren. Daneben kommen ihr weitere Aufgaben zu: Nach Abschluss des Vorverfahrens vertritt die Staatsanwaltschaft die Anklage gegebenenfalls als Partei vor Gericht und in Rechtsmittelverfahren.<sup>513</sup> Im abgekürzten Verfahren ist sie Verhandlungspartei bei gleichzeitiger Verhandlungsleitung.<sup>514</sup> Schliesslich amtet sie als Einzelrichterin mit mittlerweile be-

---

<sup>506</sup> Zum Ganzen statt aller CR CCP-ROTH/VILLARD, Art. 6 N. 1 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 59 ff.

<sup>507</sup> BARTON, Ausserrechtliche Einflüsse, S. 65 ff.

<sup>508</sup> Dazu GARLAND, Waffengleichheit, S. 136 ff.; THOMMEN, recht 2014, S. 273.

<sup>509</sup> Kritisch dazu OBERHOLZER, Bedeutung, S. 28 f.; OBERHOLZER, forumpoenale 2008, S. 46 ff.; diese Entwicklung setzte bereits vor Inkrafttreten der neuen StPO ein, ALBRECHT, Schnellrichter, S. 900 f. Dies wird auch von Staatsanwälten konzediert, ILL. Die allmähliche Verdrängung des Richters durch die Staatsanwaltschaft ist indessen keine neue Entwicklung und lässt sich auch in Nachbarsländern beobachten, dazu bereits KUNZ, Verdrängung, S. 39 ff.

<sup>510</sup> Kritisch BURGER-MITTNER/BURGER, S. 165 ff.

<sup>511</sup> Vgl. hierzu Zweiter Teil, 2. Kapitel, B. Abriss der Entstehungsgeschichte der Strafprozessordnung.

<sup>512</sup> GARLAND, Waffengleichheit, S. 153 ff.; vgl. oben Erster Teil, 3. Kapitel, A. Anwalt der ersten Stunde.

<sup>513</sup> Statt aller SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 125 ff.

<sup>514</sup> Statt aller SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 125 ff.; kritisch zu dieser Rollenzuweisung BOMMER, Kurzer Prozess, S. 166 ff.



trächtlicher Urteilskompetenz im Strafbefehlsverfahren.<sup>515</sup> Insgesamt kommen der Staatsanwaltschaft damit sehr viele Befugnisse zu. Sie ist deshalb mehr als eine herkömmliche Untersuchungsrichterin und Anklägerin, sondern ein hybrides Konstrukt mit untersuchenden und beträchtlichen richterlichen Kompetenzen.

Die verschiedenen Rollen der Staatsanwaltschaft stehen in einem Spannungsverhältnis untereinander. Nach der gesetzlichen Konzeption hat die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren belastenden und entlastenden Tatsachen gleichermaßen nachzugehen.<sup>516</sup> Dies lässt sich indes nur sehr schwer einlösen. Die Untersuchungseröffnung setzt nach unumstrittener Meinung einen Anfangsverdacht voraus. Im Zweifelsfall ist ein Verfahren zu eröffnen.<sup>517</sup> Mit anderen Worten wird keine Untersuchung initiiert, ohne dass ein Verdacht auf eine Straftat besteht; das Erkenntnisinteresse ist – wie erwähnt – initial darauf ausgerichtet.<sup>518</sup>

Die dann folgenden Untersuchungshandlungen im Rahmen eines Strafverfahrens greifen, angesichts der weitreichenden Zwangsmassnahmen wie beispielsweise der Untersuchungshaft, erheblich in die Freiheitsrechte einer in dem Zeitpunkt nicht schuldig gesprochenen beschuldigten Person ein. Dieses Spannungsverhältnis lässt sich nicht auflösen.<sup>519</sup> Empirisch belegt ist, dass Mitarbeitende der Justiz vor dem Bestätigungsfehler, das heisst vor der selektiven Wahrnehmung, nicht gefeit sind.<sup>520</sup> Tendenziell wird die Staatsanwaltschaft daher – wegen des grundsätzlichen Erkenntnisinteresses der Strafuntersuchung und aufgrund ihrer Rolle – belastende Tatsachen stärker gewichten als entlastende.

Im Zweifelsfall darf die Staatsanwaltschaft am Ende der Untersuchung den Fall nicht einstellen, sondern muss Anklage erheben (*in dubio pro duriore*).<sup>521</sup> Sie muss die Anklage zudem als Partei von Gericht und in Rechtsmittelverfahren vertreten.<sup>522</sup> Diese Faktoren sind der Gewichtung entlastender Tatsachen zusätzlich abträglich. Aus rechtstatsächlicher Sicht legt die Staatsanwaltschaft die Untersuchung daher oftmals besonders darauf an, eine allfällige Anklage zu untermauern. *In praxi* akzentuiert die staatsanwaltschaftliche Doppelrolle als Untersuchungsrichterin und als Anklägerin mit Parteistatus die Belastungsperspektive: Sie führt noch mehr dazu, dass bereits die Untersuchungsrichterin in der Tendenz auch als (künftige) Anklägerin agiert und dadurch die ausreichende Gewichtung entlastender Umstände unterminiert.<sup>523</sup>

<sup>515</sup> SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Vor Art. 352–378 N 1, sprechen hier von einer urteilsähnlichen Kompetenz der Staatsanwaltschaft; zur Kritik des Strafbefehlsverfahren nach der neuen Strafprozessordnung prägnant statt vieler SALUZ, Anwaltsrevue 2012, 229 f.

<sup>516</sup> Statt aller CR CCP-ROTH/VILLARD, Art. 6 N. 7a ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 56 ff.

<sup>517</sup> Statt aller SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 548 ff.

<sup>518</sup> Vgl. dazu auch THOMMEN, recht 2014, S. 272 ff.

<sup>519</sup> Statt aller ACKERMANN, 319, 323.

<sup>520</sup> Dazu SCHWEIZER, Justice – Justiz – Giustizia 2007.

<sup>521</sup> Statt aller WOHLERS, forumpoenale 2011, 370 ff.

<sup>522</sup> Dazu statt aller SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 104 N 5.

<sup>523</sup> Ähnlich GODENZI, ZStrR 2011, S. 336 ff.; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 72 f.

Die Rolle als Verhandlungspartei im abgekürzten Verfahren bei gleichzeitiger Verhandlungsleitung sowie die weitgehende einzelrichterliche Kompetenz im Strafverfahren sind der Gewichtung entlastender Tatsachen ebenfalls nicht förderlich.<sup>524</sup> Denn die Verhandlungsführung im abgekürzten Verfahren oder der Erlass eines Strafbefehls bzw. einer Anklage sind vielfach weit effizienter als das Verfassen einer zu begründenden Einstellungsverfügung.

Schliesslich droht das in der Öffentlichkeit kolportierte Bild der Staatsanwaltschaft als einseitige Anklägerin, mithin das gesellschaftliche Fremdverständnis, auf das berufliche Selbstverständnis der Staatsanwälte abzufärben.<sup>525</sup> Dies zeigt sich insbesondere bei medienträchtigen Fällen, bei welchen die Staatsanwaltschaft oftmals stark in der Rolle einer einseitigen Anklägerin agiert. Beispielsweise wurde im Fall des sogenannten Rapperswiler Mörders durch die Staatsanwaltschaft ein Antrag auf lebenslange Verwahrung gestellt, obwohl dies rechtlich nicht zulässig ist; für diesen Antrag wurde sie von der Boulevardzeitung «Blick» als mutig gefeiert.<sup>526</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der prinzipiellen Anlage des Strafprozesses und der zahlreichen Rollen der Staatsanwaltschaft ihre Obliegenheit, belastenden und entlastenden Tatsachen im Vorverfahren in gleicher Weise nachzugehen, nur schwer einzulösen ist. Dadurch droht eine überproportionale Gewichtung belastender Umstände und damit eine faktische Beeinflussung zu Ungunsten des Beschuldigten.<sup>527</sup> Die Staatsanwaltschaft ist überdies im schweizerischen Strafprozess ein hybrides Konstrukt mit zahlreichen Kompetenzen, was insgesamt einen erheblichen Einfluss auf die Praxis des gesamten Strafverfahrens zeitigt.

#### **IV. Marginalisierte Gerichte im schweizerischen Strafprozess**

Wird ein Strafverfahren nicht mittels Einstellung, Strafbefehl oder eines abgekürzten Verfahrens erledigt, kommt es zu einer Anklage und einem gerichtlichen Hauptverfahren.<sup>528</sup> Wie bereits angesprochen hat die eidgenössische Strafprozessordnung das Gewicht stark vom Gericht ins staatsanwaltschaftlich geleitete Vorverfahren verlagert. In der gesetzlichen Konzeption scheint der Hauptanwendungsfall ein durch die Staatsanwaltschaft geleitetes Vorverfahren zu sein, dem ein gerichtliches Hauptverfahren folgt, sofern das Vorverfahren nicht durch Einstellung abgeschlossen wird.<sup>529</sup> Entsprechend fallen das Strafbefehlsverfahren und das

---

<sup>524</sup> Ähnlich auch BOMMER, Kurzer Prozess, S. 149 ff., insbesondere S. 166 ff., der unter anderem von einer Rollvermischung im Kontext des abgekürzten Verfahrens spricht. Kritisch zur Staatsanwaltschaft als strafbefehlserlassende Behörde DAPHINOFF, S. 93 ff.; vgl. zum Ganzen auch THOMMEN, recht 2014, S. 273 ff.

<sup>525</sup> Vgl. dazu ANDERHEIDEN, S. 46.

<sup>526</sup> Ich habe mich bereits an anderer Stelle kritisch zu dieser Berichterstattung geäussert: BERNARD, Anwaltsrevue 2019.

<sup>527</sup> DELNON/RÜDY, 1989, S. 56, sprechen sogar davon, es sei psychologisch unmöglich, den entlastenden Tatsachen mit gleicher Intensität nachzugehen. Vgl. auch prägnant TRECHSEL, SJZ 1981, S. 323.

<sup>528</sup> Statt aller RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 306 ff.

<sup>529</sup> Statt aller RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 306 ff. und S. 309 ff.

abgekürzte Verfahren unter den 8. Titel der besonderen Verfahrensarten. In der Realität haben das Strafbefehlsverfahren und das abgekürzte Verfahren dem ordentlichen gerichtlichen Hauptverfahren aber längst den Rang abgelaufen: Der grösste Teil aller Verfahren wird in diesen beiden Verfahrensarten erledigt.<sup>530</sup> Das ordentliche gerichtliche Hauptverfahren ist demgegenüber zum statistischen Ausnahmefall geworden.<sup>531</sup> Es ist zudem sehr mittelbar ausgestaltet; die Beweise werden primär im Vorverfahren erhoben und vor Gericht erfolgen nur wenige Beweisabnahmen.<sup>532</sup>

Auch vor Gericht werden die Entscheidungen deshalb von zahlreichen faktischen Elementen beeinflusst, die nicht gesetzlich verankert sind, sich aber aus der strukturellen Verfahrensanlage ergeben. Von besonderer Relevanz erscheint die Tatsache, dass eine starke Tendenz der Gerichte besteht, Anklagen als bestehende Untersuchungshypothesen und gesetzte Anker zu bestätigen (Bestätigungs- und Ankereffekt).<sup>533</sup> Das von der Staatsanwaltschaft vorgelegte Aktenmaterial ist von der einseitigen Optik der Anklägerin geprägt und erhält aufgrund der beschränkten Unmittelbarkeit ein hohes Gewicht.<sup>534</sup> Zudem werden in einem mittelbaren Aktenprozess nonverbale Informationen ausgeblendet, was einer umfassenden Wahrheitserforschung abträglich ist.<sup>535</sup> Gerichte neigen insgesamt dazu, die Anklage bestätigende, konsonante Informationen genauso systematisch zu überschätzen, wie sie die Anklage widerlegende, dissonante Informationen unterschätzen,<sup>536</sup> was auch das Bundesgericht explizit als Gefahr anerkannt hat.<sup>537</sup>

Aufgrund des sogenannten Rückschaufehlers wird beispielsweise bei Fahrlässigkeitsdelikten oder bei der Annahme von Eventualvorsatz häufig die Vorhersehbarkeit überschätzt und die *Ex-ante*- mit der *Ex-post*-Betrachtung vermengt.<sup>538</sup> In der Tendenz führt dies dazu, dass Gerichte oftmals nicht bereits dann freisprechen, wenn Zweifel an der Anklage bestehen,

---

<sup>530</sup> MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, S. 254 mit Verweisen; vgl. überdies dazu schon HANSJAKOB, S. 160 ff.; THOMMEN, Prozess, S. 241.

<sup>531</sup> Pointiert ausgedrückt hat dies beispielsweise HÜRLIMANN, Farce.

<sup>532</sup> Statt aller BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 343 N. 15 ff.; CR CCP-DE PREUX/DE PREUX-BERSIER, Art. 343 N. 3 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 309 ff.

<sup>533</sup> ENGLISCH, 309 ff.; GOSLAR, S. 81 ff.; KALENSCHER, Rz. 22 ff.; SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, S. 77 ff. Grundsätzlich geistreich zum «unstillbaren Durst nach Bestätigung» TABLE, S. 74 ff. Näheres für die deutsche Prozesssituation, die zwar eine unmittelbarere Anlage der Hauptverhandlung kennt, das Gericht aber trotzdem Aktenkenntnisse hat, SCHÜNEMANN, Reflexionen, S. 474 ff.; SCHÜNEMANN, StV 2000, S. 163.

<sup>534</sup> Dazu KRAUSS, recht 1986, S. 78, mit Verweisen; vgl. ausserdem DELNON/RÜDY, ZStrR 1989, S. 65 f.; ESER, S. 566; SCHÜNEMANN, Reflexionen, S. 478 f., spricht von einem Schulterchlusseffekt zwischen Staatsanwaltschaft und Gerichten; vgl. derselbe auch SCHÜNEMANN, StV 2000, S. 164.

<sup>535</sup> KUNZ/HAAAS, S. 175 und S. 181, mit Hinweis auf die Emotionsforschung; vgl. hierzu lesenswert CAPUS/STOLL/SURI, S. 17 ff., insbesondere S. 45 ff.; ähnlich GUIDON, forumpoenale, 2019, S. 450 ff.

<sup>536</sup> KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 70 ff., mit Verweisen; SCHÜNEMANN, StV 2000, S. 159 ff.; dazu bereits MÜLLER, Wahrheit, S. 531 f.

<sup>537</sup> BGer vom 23. Mai 2018, 6B 804/2017, Erw. 2.2.3.6.

<sup>538</sup> Eingehend SCHWEIZER, Justice – Justiz – Giustizia 2008.

sondern erst, wenn sich aus dem Prozessstoff eine mindestens gleich plausible Alternativgeschichte ergibt.<sup>539</sup> Darüber hinaus wird immer wieder auf die präjudizierende Wirkung der Untersuchungshaft hingewiesen. Darunter wird verstanden, dass eine einmal angeordnete Untersuchungshaft tendenziell dazu führt, dass eine beschuldigte Person eher verurteilt wird, als es bei einer analogen Ausgangslage ohne Untersuchungshaft der Fall wäre.<sup>540</sup> Die Häufigkeit solcher Rückschaufehler entzieht sich naturgemäss einer empirischen Untersuchung bzw. wäre nur mit einem komplexen sozialwissenschaftlichen Forschungsdesign annäherungsweise zu ergründen.<sup>541</sup>

Sodann dürfen Emotionen und die psychische Konstitution von Richtern sowie deren Umfeld für die Urteilsfindung ebenfalls nicht unterschätzt werden: Sie zeitigen oftmals einen nicht unbeträchtlichen Einfluss und drohen die sekundäre, rechtlich-rationale Berufssozialisation zu verdrängen.<sup>542</sup> Bei sämtlichen Entscheidungen spielen neben der bewussten Ebene viele unbewusste Antriebe eine zentrale Rolle; weder der Verstand noch die Gefühle geben allein den Ton an, sondern dies alles steht in einer komplexen Wechselwirkung.<sup>543</sup> Im Kontext eines Strafverfahrens von besonderer Bedeutung ist, dass dessen grundlegende Ausrichtung der Aufklärung und Beurteilung einer potentiellen Straftat gilt, einer Handlungsweise also, die meist als moralisch verwerflich taxiert wird. Dies kann sich wiederum auf das richterliche Vor- und Selbstverständnis auswirken und zu Beeinflussungen führen.<sup>544</sup> Das geschriebene Recht, die rechtlichen Vorgaben und die Rechtswirklichkeit bei der Rechtsanwendung drohen daher immer auseinanderzuklaffen.<sup>545</sup> Offiziell proklamierte richterliche Entscheidungsgründe (Darstellungsebene) und tatsächlich motivierende Gründe (Herstellungsebene) haben oft wenig miteinander zu tun.<sup>546</sup> Insbesondere die «freie richterliche

---

<sup>539</sup> SOMMER, S. 172 f. und S. 214, mit Verweisen.

<sup>540</sup> KRAUSS, recht 1999, S. 117, S. 121; GFELLER/BIGLER/BONIN, Untersuchungshaft, S. 10 f.

<sup>541</sup> Ich habe bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass sozialwissenschaftliche Untersuchungen im Strafrecht weitgehend fehlen und überdies interdisziplinär angelegt sein müssten, BERNARD, Jusletter 2018.

<sup>542</sup> Weiterführend mit zahlreichen Verweisen SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, S. 5 ff.; ausserdem KAHNEMANN/SIBONY/SUNSTEIN, S. 19 ff.; POPP, recht 2019, S. 140 ff.; SOLLBERGER, S. 22 ff.; zudem insgesamt bereits das Grundlagenwerk von WEIMAR. Ein illustratives Beispiel findet sich bei GMÜR, S. 173 ff.: Ein Geschworener hatte wider seine Überzeugung die für das nötige Zweidrittelmehr zur Verurteilung eines Beschuldigten entscheidende Stimme abgegeben, weil er Angst hatte, sich sonst mit seiner Haltung lächerlich zu machen. Die Ursache dafür lag in schlechten Erfahrungen mit Minderheitspositionen in seiner Biographie. Weiterführend zur Sozialisation der Richter in der Justizorganisation SCHÜNEMANN, Reflexionen, S. 476.

<sup>543</sup> GOSLAR, S. 19 ff. und S. 120 ff.; ROTH, S. 11; SCHWEIZER, Justice – Justiz – Giustizia 2009; SCHWEIZER, Justice – Justiz – Giustizia, 2006. Grundlegend zum Einfluss der Persönlichkeit des Richters auf die Entscheidungsfindung der amerikanische Rechtsrealist JEROME FRANK, hierzu einführend REA-FRAUCHIGER, S. 89 ff.; zu analogen Überlegungen konzis aus Sicht der Richterin HEER, NZZ, S. 45 ff.

<sup>544</sup> DELNON/RÜDY, ZStrR 1989, S. 45.

<sup>545</sup> Nachdrücklich hat darauf insbesondere der amerikanische Rechtsrealismus hingewiesen; einführend SOMEK, Rechtstheorie, S. 45 ff.; weiterführend REA-FRAUCHIGER, insbesondere S. 152 ff. und S. 186 ff.

<sup>546</sup> KUNZ, Zugänglichkeit, S. 106 f.

Beweiswürdigung» und der Ermessensspielraum bei der Urteilsfällung sind Einfallstore, durch welche sich die mächtigen primären Emotionen sehr leicht in die Urteilsfindung schleichen können, um rational-rechtliche Grundprinzipien faktisch zu unterlaufen.<sup>547</sup> Intuitive Gesichtspunkte erweisen sich daher als zentrale Einflussfaktoren für richterliche Urteile.<sup>548</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass – insbesondere im stark mittelbaren gerichtlichen Hauptverfahren – faktische Einflüsselemente bestehen, die tendenziell dazu führen, entlastende im Vergleich zu belastenden Tatsachen weniger zu berücksichtigen und die staatsanwaltschaftliche Anklage sowie deren Anträge zu bestätigen. Ohnehin wurde die Rolle des Gerichts in der eidgenössischen StPO durch die ausgedehnte staatsanwaltschaftliche Kompetenzmatrix abgewertet.

## V. Zwischenfazit

Der Strafprozess ist sowohl rechtsstrukturellen als auch zahlreichen faktischen Einflüsselementen ausgesetzt, die mittelbar von diesen Strukturen geprägt werden.

Relativ naheliegend ist, dass die beteiligten Parteien, namentlich Beschuldigte und Privatklägerschaft, ein Interesse am Verfahrensausgang und damit an der strafprozessualen Wahrheitsfindung haben. Dies beeinflusst sowohl die strafprozessuale Wahrheitssuche beim Personalbeweis als auch die strafprozessuale Wahrheitsfindung bei der Beweiswürdigung. Und auch die Rechtsbeistände der Parteien prägen das Verfahren als Interessenvertretung massgeblich mit.

Insgesamt ist die strafprozessuale Struktur allerdings so angelegt, dass tendenziell der initiale Verdacht zementiert wird und entlastende Tatsachen übersehen zu werden drohen. Dies ist zum einen der prinzipiellen Anlage eines Strafprozesses geschuldet, geht es doch um die Aufklärung von Straftaten, sodass das Erkenntnisinteresse grundlegend von einem Verdacht geprägt ist. Die Staatsanwaltschaft neigt in der Folge dazu, entlastende Tatsachen zu marginalisieren. Das Gericht tendiert sodann – besonders im vorherrschenden mittelbaren Prozess – dazu, die Anklage stützende Umstände zu überschätzen und kognitiven Täuschungen zu erliegen.

Als Spezifikum der schweizerischen Strafprozessordnung kommt dazu, dass der Staatsanwaltschaft neben den herkömmlichen Rollen als Untersuchungsrichterin und Anklägerin weitere Funktionen zukommen. Sie tritt auf als Strafbefehlsrichterin mit beträchtlicher Urteilskompetenz und im abgekürzten Verfahren als Verhandlungspartei bei gleichzeitiger

---

<sup>547</sup> Vgl. dazu statt vieler prägnant HUNKELER, Rz. 55 ff.; ähnlich für Deutschland SOMMER, S. 177 ff.; prägnant bereits ARZT, Verhältnis, S. 224: «Über die freie Beweiswürdigung dringt Wissen in die Urteilsfindung ein, das nicht nach den Regeln des Strengbeweises erhoben ist.»

<sup>548</sup> Vgl. hierzu das Beispiel zur Anordnung von Untersuchungshaft in England bei GIGERENZER, S. 206 ff.: Eine empirische Untersuchung wies nach, dass hierfür Bauchentscheidungen und unbewusste Faustregeln zentraler sind als rechtliche Prinzipien.

Verhandlungsleitung. Diese Erweiterung um richterliche oder richterähnliche Funktionen führt zu einer Aufweichung der scharfen Trennung zwischen untersuchender und anklagender Behörde einerseits und urteilendem Gericht andererseits. Sie akzentuiert die ohnehin bestehende faktische Belastungsperspektive der Staatsanwaltschaft und deren markanten Einfluss auf die strafprozessuale Wahrheitssuche zusätzlich und drängt die Rolle der Gerichte spiegelbildlich zurück.

## **E. Einfluss der Verfahrensarten auf die strafprozessuale Wahrheitssuche**

Im vorangehenden Abschnitt wurde der Einfluss der strafprozessualen Protagonisten auf die strafprozessuale Wahrheitssuche diskutiert. Wie bereits mehrfach angesprochen, kennt die schweizerische Strafprozessordnung keine umfassende, einheitliche Verfahrensstruktur für sämtliche Verfahren; vielmehr enthält die Prozessordnung mehrere Verfahrensarten und das reguläre gerichtliche Hauptverfahren ist die Ausnahme. Der vorliegende Abschnitt erörtert den Einfluss dieser Verfahrensarten auf die strafprozessuale Wahrheitssuche.

Im vorliegenden Zusammenhang steht indessen nicht die prinzipielle Verschiedenartigkeit dieser Verfahrensarten im Zentrum, sondern lediglich die Frage, wie sich die unterschiedliche Verfahrensstruktur auf die strafprozessuale Wahrheitssuche auswirkt. Es geht also darum, inwiefern die unterschiedlichen Verfahrensstrukturen normativ *und* faktisch Einfluss auf die strafprozessuale Wahrheitssuche ausüben. Im Kern handelt es sich um den Versuch einer Analyse, welche die normative strafprozessuale Anlage mit den rechtstatsächlichen Auswirkungen verbindet.

Hierzu wird auf die praxisrelevanten Verfahrensarten des ordentlichen Verfahrens mit Vor- und Hauptverfahren, des abgekürzten Verfahrens und des Strafbefehlsverfahrens eingegangen. Nicht näher diskutiert werden wenig praxisrelevante Verfahren wie beispielsweise das Verfahren bei Abwesenheit der beschuldigten Person oder das sogenannte selbständige Massnahmeverfahren.

Diskutiert wird dagegen die Frage, welchen Einfluss es auf die strafprozessuale Wahrheitssuche haben kann, wenn eine psychiatrische Expertise eingeholt wird oder wenn in einem Strafverfahren eine Massnahme im Sinne von Art. 56 ff. StGB droht bzw. allenfalls verlängert wird. Obschon für solche Verfahren grundsätzlich keine eigenständige Verfahrensart kodifiziert wurde, sodass sie sich formal im Rahmen der herkömmlichen Verfahrensstruktur bewegen und sogar meist in einem ordentlichen Hauptverfahren münden,<sup>549</sup> hat sich innerhalb dieses Rahmens – wie zu zeigen sein wird – namentlich aufgrund der prominenten Stellung

---

<sup>549</sup> Davon ausgenommen sind die Verfahren auf Anordnung einer Massnahme für eine schuldunfähige Person nach Art. 374 f. StPO, wobei hier aufgrund des Verweises von Art. 374 Abs. 4 StPO grundsätzlich die Bestimmungen des ordentlichen Hauptverfahrens gelten. Im Kern besteht der wesentliche Unterschied einzig darin, dass das Gericht mit Rücksicht auf den Gesundheitszustand und den Schutz der Persönlichkeit der beschuldigten Person die Öffentlichkeit ausschliessen kann oder in Abwesenheit der beschuldigten Person verhandeln kann (Art. 374 Abs. 2 StPO).

des psychiatrischen Gutachters eine eigenständige Verfahrenslogik ausgebildet, die sich auch auf die strafprozessuale Wahrheitssuche auswirkt.

## I. Ordentliches Verfahren mit Vor- und Hauptverfahren

Die Strafprozessordnung ist in ihrer Grundanlage auf einen Ablauf zugeschnitten, bei dem im Anschluss an ein durch die Staatsanwaltschaft geleitetes Vorverfahren ein gerichtliches Hauptverfahren folgt.<sup>550</sup>

Das Vorverfahren wird wie erwähnt durch die Staatsanwaltschaft geleitet. Sie erhebt im Rahmen der vorgegebenen Verfahrensstruktur Beweise und prüft, ob sich der Anfangsverdacht erhärten lässt.<sup>551</sup> Aufgrund der gesetzlichen Vorgabe nach Art. 6 Abs. 2 StPO obliegt es ihr, dabei entlastenden und belastenden Momenten gleichermassen nachzugehen.<sup>552</sup> Die beschuldigte Person ist, wie ebenfalls dargestellt, zum Beizug einer Verteidigung berechtigt, nicht aber verpflichtet – ausser es liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor.<sup>553</sup> Wie überdies bereits weiter oben erwähnt wurde, ist die Verteidigung von Anfang an als Anwältin der ersten Stunde an den durch die Staatsanwaltschaft geleiteten Verfahrenshandlungen zugelassen und hat grundsätzlich ein Akteneinsichtsrecht.<sup>554</sup> Das Vorverfahren ist damit parteiöffentlich, nicht aber publikums- oder medienöffentlich.<sup>555</sup> Die beschuldigte Person sowie die Verteidigung und die Privatklägerschaft sind zudem im Vorverfahren antragsberechtigt, können mithin insbesondere Beweisanträge stellen.<sup>556</sup> Wird ihren Anträgen nicht stattgegeben, so können sie sich allerdings im Vorverfahren nur sehr eingeschränkt mit einem Rechtsmittel dagegen zur Wehr setzen. Die Beschwerde ist ausgeschlossen, wenn es sich um einen abgelehnten Beweisantrag handelt oder wenn ein Antrag ohne Rechtsnachteil vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholt werden kann (Art. 394 lit. b StPO).<sup>557</sup> Es lässt sich des-

---

<sup>550</sup> Statt vieler SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 539 ff.

<sup>551</sup> Statt vieler SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 548 ff.

<sup>552</sup> Statt vieler CR CCP-ROTH/VILLARD, Art. 6 N. 7a ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 125 ff.

<sup>553</sup> Nach Art. 130 StPO liegt in folgenden Fällen eine Konstellation notwendiger Verteidigung vor: Die beschuldigte Person muss verteidigt werden, wenn a. die Untersuchungshaft einschliesslich einer vorläufigen Festnahme mehr als 10 Tage gedauert hat; b. ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr, eine freiheitsentziehende Massnahme oder eine Landesverweisung droht; c. sie wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes oder aus anderen Gründen ihre Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann und die gesetzliche Vertretung dazu nicht in der Lage ist; d. die Staatsanwaltschaft vor dem erstinstanzlichen Gericht oder dem Berufungsgericht persönlich auftritt; e. ein abgekürztes Verfahren (Art. 358–362) durchgeführt wird. Weiterführend statt vieler zu Wahlverteidigung, amtlicher und notwendiger Verteidigung SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 285 ff.

<sup>554</sup> SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 301 ff.

<sup>555</sup> Statt vieler CR CCP-MAHON/JEANNERAT, Art. 69 N. 22 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 98 f.; eingehend zum Ganzen BOMMER, recht 2010, S. 196 ff.; WOHLERS, forumpoenale 3/2013, S. 160 ff.

<sup>556</sup> Dazu statt vieler SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 301 f. und S. 560; eingehend CAVEGN, S. 85 f.; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 220 ff.

<sup>557</sup> Weiterführend CAVEGN, S. 184 f.; GUIDON, Beschwerde, S. 53 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 560, S. 683 f.; kritisch zum Ausschluss der Anfechtbarkeit von abgelehnten Beweisanträ-

halb einstweilen festhalten, dass im Vorverfahren die Wahrheitssuche stark durch die Staatsanwaltschaft geprägt ist, die beschuldigte Person sowie die Verteidigung und die Privatklägerschaft aber immerhin an deren Verfahrenshandlungen grundsätzlich teilnehmen und in einem begrenzten Rahmen mitwirken können. Das Vorverfahren ist damit eingeschränkt kontradiktorisch und öffentlich ausgestaltet.

Nach Abschluss des Vorverfahrens stellt die Staatsanwaltschaft die Untersuchung entweder ein, erlässt einen Strafbefehl oder erhebt im Rahmen eines abgekürzten oder ordentlichen Verfahrens Anklage ans Gericht.<sup>558</sup> Nachfolgend wird die Möglichkeit eines abgekürzten Verfahrens noch ausgeklammert. Mit der Anklage geht die Verfahrensleitung auf das Gericht über und die Staatsanwaltschaft wird zur Partei mit Antragsberechtigung,<sup>559</sup> die indes nicht notwendigerweise in jedem Fall persönlich vor Gericht auftritt (Art. 337 StPO).<sup>560</sup> Tritt die Staatsanwaltschaft aber vor Gericht auf, liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor (Art. 130 lit. d StPO).<sup>561</sup> Nach Anklageerhebung und der sogenannten Vorbereitung folgt die grundsätzlich öffentliche Hauptverhandlung. Diese gerichtliche Hauptverhandlung ist wie erwähnt durch eine beschränkte Unmittelbarkeit geprägt.<sup>562</sup> Das Gericht kann und soll nicht ausschliesslich auf die Beweiserhebung durch die Staatsanwaltschaft und die Akten abstellen, sondern auch in dieser Hinsicht selber aktiv sein.<sup>563</sup> Dem Gericht kommt allerdings ein grosser Ermessensspielraum zu, welche Beweise es von Amtes wegen effektiv (nochmals) erhebt (Art. 343 StPO).<sup>564</sup> Die beschuldigte Person sowie die Verteidigung und die übrigen Parteien (Staatsanwaltschaft, Privatklägerschaft) sind zwar berechtigt, Beweisanträge zu stel-

---

gen KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 231 f. und S. 320 f.; KELLER, S. 255. Die Rechtsprechung legt allerdings insgesamt einen strengen Massstab an, wann die Beschwerde zugelassen wird, und verneint beispielsweise selbst dann einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, wenn im Vorverfahren mit Beschwerde geltend gemacht wird, ein Beweismittel sei unverwertbar. Kritisch zu dieser Rechtsprechung WOHLERS/BLÄSI, S. 158 ff., namentlich S. 173 ff., mit zahlreichen Verweisen. Vgl. überdies insgesamt zur Bestandfestigkeit des Beweisantragsrechts der Verteidigung im Vorverfahren BOMMER, recht 2010, S. 213 ff.

<sup>558</sup> Dazu statt vieler SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 561 f.

<sup>559</sup> Weiterführend zu den Modalitäten des Verfahrens statt vieler SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 575 ff.

<sup>560</sup> Dazu statt vieler CR CCP-WINZAP, Art. 337 N. 2 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 588.

<sup>561</sup> Dazu statt vieler CR CCP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, Art. 130 N. 32 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 289 f.

<sup>562</sup> Eingehend dazu KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 232 ff.; vgl. auch ALBRECHT, Unmittelbarkeit, S. 180 ff. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die Beschränkung der Unmittelbarkeit in der Schweiz Tradition hat. Dazu eingehend im Rechtsvergleich zu Deutschland bereits GRISEBACH, S. 218, der betonte, dass die Schweiz «die unmittelbare Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung als einen der möglichen Wege zur Wahrheitserforschung neben der direkten Verwertung der Untersuchungsakten ansieht, ohne die Frage entscheiden zu wollen, welcher Weg der bessere sei».

<sup>563</sup> Eingehend zum Ganzen KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 259 ff.; vgl. dazu auch WOHLERS, ZStrR 2013, S. 318 ff.

<sup>564</sup> Zum Ganzen einführend SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 596 f.; eingehend KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 259 ff. Kritisch zu diesem freien Ermessen auch WOHLERS, ZStrR 2013, S. 334 f.



len.<sup>565</sup> Solche Anträge kann das Gericht indessen wie oben erwähnt nach der derzeitigen Rechtsprechung mit einer sogenannt antizipierten Beweiswürdigung ablehnen, wenn die Tatsache, über die Beweis geführt werden soll, unerheblich, offenkundig, dem Gericht bereits bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen ist.<sup>566</sup> Auch hier ist der gerichtliche Ermessensspielraum beträchtlich. Die Verteidigung kann daher das Gericht nur eingeschränkt dazu zwingen, einen Beweis nochmals abzunehmen.<sup>567</sup> RUCKSTUHL hält wie bereits erwähnt pointiert fest, bei diesem Instrument handle es sich bloss um das Recht auf Beweis Anregungen, den Namen *Beweisantragsrecht* verdiene es nicht.<sup>568</sup> Es erstaunt vor dem Hintergrund dieses Ermessensspielraums nicht, dass die Dauer der Hauptverhandlungen und die Anzahl der Beweisabnahmen je nach Region noch immer stark divergieren.<sup>569</sup> Insgesamt ist nach wie vor in Schrifttum und Rechtsprechung nicht abschliessend ausgelotet, wie weit die Unmittelbarkeit effektiv beschränkt werden kann.<sup>570</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Verfahren gemäss der Grundanlage der Strafprozessordnung die Wahrheitssuche unter Beteiligung mehrerer Akteure (Staatsanwaltschaft, Verteidigung, Gericht) kontradiktorisch erfolgen soll, das heisst unter Sichtbarmachung sich widerstreitender Perspektiven. Während im lediglich parteiöffentlichen Vorverfahren die Wahrheitssuche durch die Staatsanwaltschaft geleitet wird, übernimmt ab Anklageerhebung das Gericht diese Aufgabe; es leitet die öffentliche Hauptverhandlung, die allerdings durch eine beschränkte Unmittelbarkeit geprägt ist. Die Parteien und ihre Vertreter sind grundsätzlich an sämtlichen Verfahrenshandlungen zugelassen. Sie sind überdies berechtigt, Beweisanträge oder Anträge auf Entfernung von Beweisen zu stellen und so auf die Wahrheitssuche Einfluss zu nehmen. Wird ein Beweisantrag oder ein Antrag auf Entfernung von Akten wegen Unverwertbarkeit abgelehnt, lässt sich dies im Vorverfahren nach der derzeitigen Rechtsprechung kaum mit Rechtsmitteln überprüfen. Und wie bestandfest das Antragsrecht der Parteien im Hauptverfahren effektiv ist, hängt im Ergebnis vor allem davon ab, wie restriktiv bzw. extensiv die Figur der antizipierten Beweiswürdigung durch die Rechtsprechung ausgelegt wird.<sup>571</sup> Der vierte Teil der Arbeit wird daher diese Thematik nochmals aufgreifen.

---

<sup>565</sup> Dazu statt vieler SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 597 f.

<sup>566</sup> Kritisch dazu CAVEGN, S. 160 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f., S. 144 f.; WOHLERS, ZStrR 2013, S. 330 f., S. 334 ff. Siehe dazu weiter oben Erster Teil, 3. Kapitel, E. Beweisanträge und antizipierte Beweiswürdigung.

<sup>567</sup> WOHLERS, ZStrR 2013, S. 326 f.

<sup>568</sup> RUCKSTUHL, ZStrR 2010, S. 163. Im Ergebnis gl.M. mit eingehender Begründung CAVEGN, S. 196 ff.

<sup>569</sup> SUMMERS/SCHWEILLER/STUDER, S. 359 ff.; SUMMERS/STUDER, S. 66 ff.

<sup>570</sup> Dazu statt vieler eingehend CR CCP-ROTEN/PERRIN, Art. 363 N.1 ff.; konzis SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 596 f.; vgl. dazu bereits vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung MATHYS, S. 131 ff.

<sup>571</sup> Eingehend zu diesem Zusammenhang BOMMER, recht 2010, S. 213 ff.

## II. Abgekürztes Verfahren

Das abgekürzte Verfahren unterscheidet sich hinsichtlich der Wahrheitssuche vom ordentlichen Verfahren mit vollständigem Vor- und gerichtlichem Hauptverfahren im Kern unter anderem dadurch, dass im Hauptverfahren die Beweisabnahme entfällt, der Sachverhalt in der Anklage fixiert wird und die beschuldigte Person diesen bereits im Vorverfahren anerkannt haben muss.<sup>572</sup> Dem Gericht kommt dabei lediglich eine Kontrollfunktion hinsichtlich des Sachverhaltes, wie ihn die Anklage wiedergibt, zu; eine eigentliche Beweisabnahme und Beweiswürdigung nimmt es nicht mehr vor.<sup>573</sup> Das Hauptverfahren ist zwar weiterhin öffentlich, allerdings weder kontradiktorisch noch beschränkt unmittelbar angelegt.<sup>574</sup> Damit findet eine erhebliche Gewichtverschiebung von den Gerichten zur Staatsanwaltschaft und vom Haupt- ins Vorverfahren statt.<sup>575</sup>

Demgegenüber gehorcht das Vorverfahren im abgekürzten Verfahren zunächst analogen Regeln wie im ordentlichen Verfahren. Indessen stellt zu irgendeinem Zeitpunkt die beschuldigte Person bzw. ihre Verteidigung einen Antrag auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens; der Staatsanwaltschaft steht es völlig frei, dem Antrag stattzugeben oder nicht.<sup>576</sup> Die beschuldigte Person muss im Rahmen des abgekürzten Verfahrens notwendig verteidigt sein (Art. 130 lit. e StPO).<sup>577</sup> Wird diese Verfahrensart durch die Staatsanwaltschaft genehmigt, so folgen grundsätzlich vertrauliche Verhandlungen zwischen Staatsanwaltschaft und beschuldigter Person bzw. deren Verteidigung, wobei weitere Beweisabnahmen entfallen.<sup>578</sup> Das Vorverfahren wird mit einer Anklage abgeschlossen, welche die beschuldigte Person und ihre Verteidigung anerkennen müssen. Anderenfalls kommt diese Verfahrensart nicht in Frage<sup>579</sup> und es muss während eines laufenden Vorverfahrens die Verfahrensart gewechselt werden.

Inwieweit im abgekürzten Verfahren effektiv über den Sachverhalt verhandelt werden darf oder nicht, ob ein erweiterter Verfolgungsverzicht zulässig ist und welche Geltung der Untersuchungsgrundsatz hier noch beansprucht, ist im Detail strittig und wirft zahlreiche Rechtsfragen auf.<sup>580</sup> Fest steht aber zumindest Folgendes: An der Wahrheitssuche von Amtes we-

---

<sup>572</sup> Vgl. dazu statt vieler SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 618 ff.; eingehend GIGER, Verfahren, S. 161 ff., 203 ff.; JAGGI, S. 75 ff.

<sup>573</sup> Statt vieler DONATSCH/FREI, S. 73 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 623 ff. Eingehend zur Rolle des Gerichts im abgekürzten Verfahren GIGER, Verfahren, S. 203 ff.; zusammenfassend JAGGI, S. 259 ff.

<sup>574</sup> Statt vieler SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 623; weiterführend GIGER, Verfahren, S. 218 ff.; JAGGI, S. 75 ff. und S. 113 ff.

<sup>575</sup> Diese Bedenken haben bereits vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung angemeldet JOSITSCH/BISCHOFF, S. 437 f.

<sup>576</sup> SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 621; vgl. auch den Hinweis auf dieses äusserst weite Ermessen der Staatsanwaltschaft bei BOMMER, Kurzer Prozess, S. 157; GIGER, Verfahren, S. 152 ff.

<sup>577</sup> GIGER, Verfahren, S. 158 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 290.

<sup>578</sup> GIGER, Verfahren, S. 161 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 621 f.

<sup>579</sup> GIGER, Verfahren, S. 176 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 621 ff.

<sup>580</sup> Eingehend GIGER, Verfahren, S. 39 ff.; JAGGI, S. 136 ff.; LANDTWING/DÖSSEGGER, S. 61 ff., insbesondere S. 65 ff. Dazu bereits WOHLERS, StV 2011, S. 569, mit Verweisen.

gen wird stark geritzt, denn der Sachverhalt in der Anklage und damit die gerichtliche Wahrheit werden zumindest teilweise ausgehandelt.<sup>581</sup> Das abgekürzte Verfahren stellt damit nicht nur hinsichtlich der Verfahrensanlage im gerichtlichen Hauptverfahren und der gänzlich veränderten Aufgabe des Gerichts, sondern auch bezüglich der Form der Wahrheitssuche als solche einen Bruch mit dem ordentlichen Verfahren dar. Wahrheit wird nicht mehr von Amtes wegen in einem kontradiktorischen Verfahren untersucht, sondern (zumindest teilweise) verhandelt.<sup>582</sup> Daraus folgern die herrschende Lehre und Rechtsprechung beispielsweise, dass bei unverträglichem Widerspruch zu einem späteren Strafentscheid im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO die Revision nicht zulässig ist.<sup>583</sup>

Der Staat delegiert damit offenkundig die Verantwortung für die Richtigkeit des relevanten Sachverhalts teilweise an die beschuldigte Person.<sup>584</sup> Aufgrund ihrer oben skizzierten Interessenlage lässt sich diese von anderen Gesichtspunkten als einer objektivierten Wahrheitssuche leiten: von möglichen persönlichen Vorteilen, namentlich einem möglicherweise günstigeren Strafmass als in einem ordentlichen Verfahren, einem raschen, berechenbaren Verfahrensabschluss und Ähnlichem. Dies alles kann indessen im Umkehrschluss auch zu einem starken Geständnisdruck führen.<sup>585</sup> Insgesamt erhält damit beim abgekürzten Verfahren die subjektive Interessenlage der beschuldigten Person im Vergleich zum ordentlichen Verfahren einen grösseren Einfluss auf das Resultat der strafprozessualen Wahrheitssuche.

### III. Strafbefehlsverfahren

Entgegen dem Anschein der Strafprozessordnung ist das ordentliche Verfahren mit vollständigem Vor- und Hauptverfahren, wie erwähnt, statistisch die Ausnahme.<sup>586</sup> Die grösste Anzahl der Verurteilungen auch bezüglich Verbrechen und Vergehen erfolgt mit Strafbefehlen

<sup>581</sup> Vgl. hierzu bereits BOMMER, ZSR 2009, insbesondere S. 113 ff.; JAGGI, S. 75 ff.; JEANNERET, S. 245 ff., insbesondere S. 265; THOMMEN, Prozess, S. 234 ff.; vgl. auch bereits PIETH, ZStrR 2010, S. 166 f.; im Ergebnis auch GIGER, Verfahren, S. 26 ff., S. 71 ff. und S. 509 ff., welche stärker als sonst in der Literatur üblich vertritt, dass der Untersuchungsgrundsatz zumindest im Vorverfahren weiterhin Geltung beanspruche. Vgl. überdies bereits SCHWARZENEGGER, S. 26 ff., der vertritt, Absprachen über die Sanktionsfolgen und die Art der Straftaten seien zwar zulässig, nicht aber über die Sachverhaltsfeststellung.

<sup>582</sup> Dazu JAGGI, S. 136 ff.; JEANNERET, S. 245 ff., insbesondere S. 265; THOMMEN, Prozess, S. 263 f.; OBERHOLZER, ZStrR 1993, S. 163, hielt bereits weit vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung fest, dass der Deal daher gegen praktisch sämtliche tragenden Prinzipien der Strafprozessordnung verstosse; derselbe auch in OBERHOLZER, AJP 1992, S. 13 ff.; gl.M. auch BOMMER, Kurzer Prozess, S. 163 ff. und S. 166 ff.

<sup>583</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung nur BGE 143 IV 122. Eingehend ATTINGER, S. 447 ff., mit Verweisen; GIGER, Verfahren, S. 71 ff.

<sup>584</sup> So bereits DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 2008, S. 162; dazu auch THOMMEN, Prozess, S. 242 f.

<sup>585</sup> Gl. M. etwa ALBRECHT, sui-generis 2020, S. 484; JEANNERET, S. 245 ff., insbesondere S. 265. Vgl. aber GIGER, forumpoenale 2019, S. 78, die davon ausgeht, dass «die Kluft zwischen den in Aussicht gestellten Strafen im abgekürzten und ordentlichen Verfahren für vergleichbare Sachverhalte nicht allzu gross sein» dürfe.

<sup>586</sup> So bereits THOMMEN, Prozess, S. 241.

(mehr als 90%).<sup>587</sup> Berücksichtigt man, dass Staatsanwältinnen teilweise aufwendige Verfahren mit Anklageerhebung oder Einstellungen zu führen haben, so folgt im Umkehrschluss daraus zwangsläufig, dass in ein durchschnittliches Strafbefehlsverfahren maximal einige Stunden Arbeit investiert werden können. Hier werden sozusagen im Akkord Fälle erledigt. Die Flut an Bagatelldelinquenz in der Schweiz soll demnach nicht mit Einstellung oder Diversion, sondern mit Verurteilung durch Strafbefehle bewältigt werden, was rechtspolitisch eine harte Gangart darstellt,<sup>588</sup> stellt dies doch eine Art Strafe auf Verdacht hin dar.<sup>589</sup> Der Journalist und Jurist DOMINIQUE STREBEL nannte daher Staatsanwälte im Strafbefehlsverfahren pointiert «Fließbandarbeiter der Gerechtigkeit».<sup>590</sup>

Das Vorverfahren folgt auch beim abgekürzten Verfahren grundsätzlich denselben Regeln wie im ordentlichen Verfahren.<sup>591</sup> Jedoch erlässt die untersuchende Staatsanwaltschaft am Ende des Vorverfahrens einen Strafbefehl, der einem Urteil gleichkommt, sofern der Beschuldigte keine Einsprache erhebt.<sup>592</sup> Letztlich entscheidet somit die zuständige Staatsanwaltschaft während des laufenden Vorverfahrens, dass es nicht zwingend zu einem Gerichtsverfahren mit Anklage kommen muss, und schliesst das Vorverfahren mit einer besonderen Verfahrensart ab. Anders als im abgekürzten Verfahren übernimmt der Staat beim Strafbefehlsverfahren *de jure* weiterhin die volle Verantwortung für die Richtigkeit des relevanten Sachverhalts.<sup>593</sup> Selbst wenn bezüglich der Rechtswirklichkeit in Strafbefehlsverfahren noch längst nicht alles empirisch belastbar vermessen ist,<sup>594</sup> ist allerdings weitgehend unbestritten und mittlerweile selbst durch das Bundesgericht anerkannt, dass trotz an sich geltendem Untersuchungsgrundsatz allein aus Zeitgründen oft keine vertieften Abklärungen vorgenommen werden.<sup>595</sup> Eine oberflächliche und vorschnelle Beweiswürdigung kann indes heikel und damit einer gründlichen Sachverhaltserstellung abträglich sein.<sup>596</sup> Zwar gibt die

---

<sup>587</sup> MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, S.254, mit Verweisen. Vgl. hierzu überdies bereits HANSJAKOB, S. 160 ff.

<sup>588</sup> MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, S. 254.

<sup>589</sup> So GETH, ZStr 2022, S. 399 ff.

<sup>590</sup> STREBEL. Dies beeinträchtigt letztlich auch das strafrechtliche Grundprinzip, dass Strafen gemäss einer individualisierten Tatschuld zugemessen werden sollten, worauf MAEDER, 19 ff. zutreffend hinweist.

<sup>591</sup> SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 607 ff.

<sup>592</sup> SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 607 ff.

<sup>593</sup> DONATSCH/CAVEGN, ZStr 2008, S. 162.

<sup>594</sup> Vgl. aber immerhin etwa die teilweise empirische Studie zur Zustellfiktion von MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, S. 253 ff.

<sup>595</sup> BGer vom 31. März 2022, 6B 1290/2021, Erw. 4.1. Aus der Literatur RIKLIN, ZBJV 2016, S. 482 ff.; THOMMEN, Prozess, S. 234 ff., S. 250 ff.; vgl. auch etwa BERNAUER, Jusletter 2018, Rz. 10 ff.; DAPHINOFF, S. 96 ff., S. 317 ff. und S. 329 f.; KELLER, S. 249; LOPPACHER/ROOS, S. 6 ff.; SCHMOCKER, S. 296. Auf das Risiko von Fehlurteilen bei besonderen Verfahrensarten und namentlich dem Strafbefehlsverfahren wies abgestützt auf empirische Studien wiederholt hin GILLIÉRON, Einfluss, S. 109 ff.; GILLIÉRON, Quelle, S. 55 ff. und S. 141; GILLIÉRON/KILLIAS, S. 379 ff.

<sup>596</sup> Sehr schön bringt ein altes Lehrbuch von DÖRING, S. 18, die Gefahr einer vorschnellen Beweiswürdigung auf den Punkt: «Die Beweisbewertung hat in den Anfangsstadien meist eine gewisse Schwäche an sich. Das Beweismaterial ist oft noch so geringfügig, dass mit dem Hinzukommen

Strafprozessordnung vor, dass der Erlass eines Strafbefehls nur möglich ist, wenn die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden hat oder dieser anderweitig ausreichend geklärt ist.<sup>597</sup> Indessen besteht ein erheblicher Ermessensspielraum, wann die Staatsanwaltschaft einen Sachverhalt als ausreichend geklärt ansieht. Falsche Geständnisse kommen, wie erwähnt, häufiger vor, als man dies *prima vista* annehmen würde.<sup>598</sup> Immerhin ist es der Staatsanwaltschaft sogar möglich, einen Strafbefehl ohne staatsanwaltschaftliche Einvernahme zu erlassen.<sup>599</sup> Zudem werden die wenigsten Strafbefehle persönlich ausgehändigt. Gemäss einer unlängst publizierten Studie sind es lediglich 1.6%.<sup>600</sup> Davon werden 90% effektiv zugestellt und in 10% greift eine Zustellfiktion nach Art. 88 Abs. 4 StPO.<sup>601</sup>

Hinzu kommt, dass mit Abschluss der Untersuchung durch ein Strafbefehlsverfahren grundsätzlich auch die (potentielle) Kontrolle der Strafjustiz durch die Öffentlichkeit entfällt.<sup>602</sup> Überdies kommt in dieser Verfahrensart im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren die kontradiktorische Verfahrensanlage *in praxi* deutlich weniger zum Tragen. Einer der Gründe hierfür ist, dass im Strafbefehlsverfahren vielfach kein Fall notwendiger Verteidigung im Sinne von Art. 130 StPO vorliegt bzw. oft eine notwendige Verteidigung nach Art. 130 lit c. StPO vorliegen würde, dies aber nicht erkannt wird.<sup>603</sup> Dies kommt beispielsweise dann vor, wenn die Staatsanwaltschaft nach dem Studium der Akten auf eine Vernehmung der beschuldigten Person verzichtet und dieser auf postalischem Weg einen Strafbefehl zukommen lässt, die beschuldigte Person aber der Amtssprache und/oder des Lesens nicht oder nur begrenzt kundig ist.<sup>604</sup> Sodann entfällt nach erfolgter Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft das Korrektiv der Sachverhaltsbeurteilung durch das Gericht.<sup>605</sup> STEFAN TRECHSEL hat die Problematik des urteilenden Untersuchungsbeamten bereits vor rund 40 Jahren auf den Punkt gebracht:

«In erster Linie ist er eben doch wie ein Jagdhund auf die Fährte des Verdachts gehetzt, nicht selten muss er gegen den Widerstand des Beschuldigten nach der Wahrheit suchen.

---

von mancherlei Gesichtspunkten und selbst mit regelrechten Überraschungen gerechnet werden muss.»

<sup>597</sup> SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 607 ff.; dazu eingehend SCHMOCKER, S. 291 ff. Vgl. zur Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren DAPHINOFF, S. 250 ff.

<sup>598</sup> SICKOR, S. 245 ff.; HUTZLER, zusammenfassend S. 245 ff., ist allerdings beizupflichten, dass ein Geständnis strukturelle Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren zumindest teilweise auszugleichen vermag.

<sup>599</sup> Kritisch dazu BERNAUER, ZStrR 2018, S. 365 ff.; ROOS in LOPPACHER/ROOS, S. 6 ff.; THOMMEN, ZStrR 2010, S. 373 ff.

<sup>600</sup> MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, S. 258 f.

<sup>601</sup> MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, S. 259 ff.

<sup>602</sup> Eingehend dazu MULTERER, S. 20 ff.; vgl. hierzu auch SIMMLER, S. 111 ff.

<sup>603</sup> Dazu eingehend BERNARD, ZStrR 2017, S. 136 ff.

<sup>604</sup> Schätzungen ergeben, dass mindestens 10 bis 20 Prozent der erwachsenen schweizerischen Bevölkerung ausserstande sind, einen komplexen, in einer Amtssprache verfassten Text wie einen Strafbefehl zu verstehen; dazu eingehend BERNARD, ZStrR 2017, S. 137 f.; vgl. überdies GILLIÉRON, Quelle, S. 144 f.; RIKLIN, ZBJV 2016, S. 486 ff.

<sup>605</sup> Vgl. zur Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren DAPHINOFF, S. 93 ff.

Es mag hervorragende Persönlichkeiten, Virtuosen in der Beherrschung der objektiven Geisteshaltung geben, denen es gelingt, aus dieser Dynamik heraus in völliger Gelassenheit auf dem Richterstuhl zu landen. Aber selbst in solchen Fällen muss damit gerechnet werden, dass beim Betroffenen ein ungutes Gefühl zurückbleibt, dass sich bei ihm das Vertrauen in die Geborgenheit im Recht nicht einstellen will, dass eine rechtsstaatliche Strafrechtspflege schaffen sollte.»<sup>606</sup>

Nach Erlass des Strafbefehls kann innert zehn Tagen Einsprache erhoben werden.<sup>607</sup> Das Vorverfahren wird in diesem Fall fortgesetzt und mündet in einer Einstellung, einer Anklage mit darauffolgenden ordentlichen Gerichtsverfahren, einem abgekürzten Verfahren oder einem neuerlichen Strafbefehl.<sup>608</sup> Allerdings hängt dies von der beschuldigten Person ab. An sie wird faktisch die Verantwortung delegiert, mit einer Einsprache die Fortsetzung des Vorverfahrens zu erwirken.<sup>609</sup> Die Strafprozessordnung ist damit so angelegt, dass die kontradiktorische Verfahrensanlage auch hier nicht zwingend von Amtes wegen durchzuführen ist, sondern zumindest teilweise zu einer Wahlmöglichkeit der beschuldigten Person wird. Letztere übernimmt damit in der Rechtswirklichkeit eine gegenüber dem ordentlichen Verfahren deutlich prominentere Rolle bezüglich der Frage, wie weit und wie tief die strafprozessuale Wahrheitssuche betrieben wird.<sup>610</sup> Die Fähigkeit, diese Verantwortung effektiv wahrzunehmen, hängt wiederum von sozioökonomischen Ressourcen ab.<sup>611</sup> Vor allem fremdsprachige Beschuldigte haben einen markant schwereren Stand als solche, die der Amtssprache kundig sind.<sup>612</sup>

Eine empirische Studie brachte ferner zutage, dass bei Anwesenheit der Verteidigung im Verfahren eher eine Einsprache erhoben wird, während umgekehrt bei Personen, die nicht staatsanwaltschaftlich einvernommen werden, die Zahl der Einsprachen deutlich unter dem Durchschnitt liegt.<sup>613</sup> Art. 88 Abs. 4 StPO statuiert überdies wie erwähnt eine Zustellfiktion; unter bestimmten Umständen gelten damit Strafbefehle gegen (nicht anwaltlich verteidigte) beschuldigte Personen als zugestellt und werden rechtskräftig, obwohl diese gar keine Kenntnis davon erlangt haben.<sup>614</sup> Ob die Personen effektiv vom Strafbefehl erfahren, ist sehr zwei-

---

<sup>606</sup> TRECHSEL, SJZ 1981, S. 323 ff.

<sup>607</sup> BERNAUER, Jusletter 2018, Rz. 7 ff.; DAPHINOFF, S. 551 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 612 ff.

<sup>608</sup> DAPHINOFF, S. 641 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 614 ff.

<sup>609</sup> Diesen Aspekt betont besonders THOMMEN, recht 2014, S. 275 ff.; THOMMEN, Prozess, S. 242 f.; kritisch dazu BERNAUER, Jusletter, Rz. 10 ff.

<sup>610</sup> Dazu THOMMEN, recht 2014, S. 273 ff., S. 307. Zwar ist festzuhalten, dass die Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen, schon früher in der Disposition der Parteien stand, womit das Officialverfahren ein Stück weit durchbrochen wurde, worauf bereits COMTESSE, S. 102a, hinwies. Indessen ist es ein markanter Unterschied, ob die beschuldigte Person bereits vor oder erst nach einer gerichtlichen Beurteilung in eine entsprechende Verantwortung genommen wird.

<sup>611</sup> Eingehend BERNARD, ZStrR 2017, S. 136 ff., mit Verweisen.

<sup>612</sup> ALBRECHT, Risiken, S. 323 ff.; derselbe bereits in ALBRECHT, Schnellrichter, S. 900.

<sup>613</sup> STUDER, S. 164 ff., insbesondere S. 184.

<sup>614</sup> Sehr kritisch zur Möglichkeit einer Zustellfiktion AGOSTINO-PASSERINI/RUCKSTUHL, S. 296 ff.; eingehend MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, S. 253 ff.

felhaft. Es erstaunt denn auch nicht, dass bei fiktiv zugestellten Strafbefehlen nur in 2.4% der Fälle Einsprache erhoben wird, während bei tatsächlicher Zustellung immerhin in 12.1% eine Einsprache erfolgt.<sup>615</sup>

Insgesamt drängt sich daher die Vermutung auf, dass die der beschuldigten Person zugewiesene Verantwortung rechtsstaatliche Abläufe nicht ersetzen kann, will man in diesen Verfahren denselben Qualitätsstandard erzielen wie in einem ordentlichen Strafverfahren.<sup>616</sup>

#### IV. Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB

Psychiatrische Expertisen werden vornehmlich zur Beantwortung der Frage der Schuldfähigkeit im Tatzeitpunkt und der Indikation von Massnahmen im Sinne von Art. 56 ff. StGB eingeholt.<sup>617</sup> Bei der Frage der generellen Schuldfähigkeit bezieht sich der Experte im Wesentlichen auf aus den Akten und Explorationsgesprächen abgeleitete, innerpsychische Tatsachen und auf das Verhalten des Beschuldigten in der Vergangenheit.<sup>618</sup> Bei der Frage der Schuldfähigkeit im Tatzeitpunkt beantwortet die Expertin die Steuerfähigkeit in der Vergangenheit.<sup>619</sup> Ein anderer Anknüpfungspunkt besteht in der Thematik der Massnahmenindikation.<sup>620</sup> Hierbei sind im diagnostischen Teil der Expertise wiederum vergangene Geschehnisse – neben den Explorationsgesprächen – zentraler Referenzpunkt; indessen steht bei der Frage der Notwendigkeit einer Massnahme eine Kriminalprognose, mithin ein potentieller künftiger Verlauf, im Zentrum.<sup>621</sup> Denn im Massnahmenbereich geht es nicht mehr nur um die Aufarbeitung vergangener, sondern um die Verhinderung künftiger Kriminaltaten.<sup>622</sup> Psychiatrische Experten prägen damit die strafprozessualen Fallverläufe bezüglich der Sachverhaltsrekonstruktion und darüber hinaus auch bei der Wahl der Rechtsfolgen faktisch mit. Ihre Bedeutung für das derzeitige Straf- und Strafprozessrecht kann, sobald sie in einem konkreten Verfahren auf den Plan treten, kaum überschätzt werden.<sup>623</sup>

---

<sup>615</sup> MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, S. 261.

<sup>616</sup> Vgl. zu strukturellen Garantiedefiziten im Strafbefehlsverfahren und deren begrenzten Ausgleichsmöglichkeiten eingehend bereits vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung HUTZLER, zusammenfassend S. 245 ff.

<sup>617</sup> BSK StGB-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N. 21 ff.; BSK StGB-HEER, Vor Art. 56 N. 1 ff.; eingehend auch URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 253 ff. und S. 630 ff.

<sup>618</sup> BSK StGB-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N. 21 ff.; BSK StGB-HEER, Vor Art. 56 N. 1 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 646 ff.

<sup>619</sup> BSK StGB-BOMMER/DITTMANN, Art. 19 N. 21 ff.; BSK StGB-HEER, Vor Art. 56 N. 1 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 646 ff.

<sup>620</sup> BSK StGB-HEER, Vor Art. 56 N. 1 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 686 ff. und S. 812 ff.

<sup>621</sup> BSK StGB-Heer, Vor Art. 56 N. 1 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 686 ff. und S. 812 ff. Dazu kritisch CONINX, recht 2019, S. 30 ff.; CONINX, Verbrechensbekämpfung, S. 226 ff.

<sup>622</sup> Nicht zu übersehen ist allerdings, dass dieser Präventionismus keinesfalls eine neue Erscheinung ist, sondern seine Wurzeln weit zurückreichen, CONINX, Verbrechensbekämpfung, S. 23 ff.; MONA, S. 21 ff.

<sup>623</sup> MATTHIAS BRUNNER hat dies als erster erkannt und publizistisch aufgenommen: BRUNNER, Straf- und Massnahmenvollzug, S. 223 ff.; BRUNNER, Begutachtung, S. 186; rechtsstaatlich be-

*In praxi* werden solche Gutachten meist im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft in Auftrag gegeben,<sup>624</sup> obwohl die Anordnung einer stationären oder ambulanten Massnahme nach den Art. 59 ff. StGB eine zwingende gerichtliche Kompetenz ist und nicht mittels Strafbefehls angeordnet werden darf; ausserdem könnte damit an sich bis ins gerichtliche Hauptverfahren zugewartet werden (Art. 352 StPO *e contrario*). Diese Übertragung von faktischen Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft an den psychiatrischen Experten wird im Schrifttum teilweise sehr kritisch beurteilt.<sup>625</sup> MATTHIAS BRUNNER sprach bereits im Jahr 2005 pointiert von einem *Staatsanwalt in Weiss*.<sup>626</sup> Bei nicht geständigen Beschuldigten akzentuiert sich diese Problematik, beispielweise wenn die Betroffene in Explorationsgesprächen mit dem Psychiater Tatsachen einräumt, die in der Untersuchung bestritten bleiben, oder gewisse Tatsachen anders gewichtet.<sup>627</sup> Auch sogenannte Fremdanamnesen (Befragung von Drittpersonen) durch den Psychiater sind prozessual heikel, da dadurch für die Sachverhaltesterstellung relevante Tatsachen ins Gutachten und in den Prozess einfließen.<sup>628</sup>

Neben der grundsätzlichen Problematik der Sachverhaltesterstellung durch die Gutachterin ist auch der Rahmen dieser Erhebungen problematisch. Die Entstehung der Tatsachengrundlage der Expertise ist kaum nachvollziehbar und intransparent,<sup>629</sup> weder die Staatsanwaltschaft noch die Verteidigung sind nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung an diesen entscheidenden Explorationsgesprächen im Regelfall dabei.<sup>630</sup> Sachverständige sind nach der aktuellen Praxis bei ihren Untersuchungen nicht verpflichtet, ein sonst aufgrund von Art. 77 StPO in Strafverfahren übliches Wortprotokoll zu führen.<sup>631</sup> Die Gespräche zwischen Ex-

---

denklich ist dabei vor allem auch, dass diese spezifische Form von Expertisen lediglich unter dem Globaltitel des Sachverständigen geregelt ist. Zum Ganzen BERNARD, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht, S. 146; HUBER, zusammenfassend S. 375 ff.; WOHLERS, ZStrR 2018, 431 ff.; eingehend auch URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S. 253 ff. Vgl. weiterführend zur Rolle des Sachverständigenbeweises im Kontext der Pflicht zur Aufklärung der materiellen Wahrheit für das deutsche Recht EICKER, S. 59 ff.

<sup>624</sup> BSK StPO-HEER, Art. 184 N. 1; DONATSCH, forumpoenale 2019, S. 136 sowie zum Vollzugsverfahren JOSET, Nachverfahren, S. 137; WOHLERS, ZStrR 2018, S. 452 ff.; eingehend zur ganzen damit verbundenen Problematik BERNARD/STUDER, Schuldinterlokut.

<sup>625</sup> Daran vermag auch die terminologische Verschleierung nichts zu ändern, wonach mit der Begutachtung keine Beweise erhoben würden, sondern erst die Erstattung des Gutachtens eine Beweiserhebung sei, HEER, Begutachtung, S. 179 und 202; OBERHOLZER, Feststellung, S. 52 f.; prägnant DONATSCH, forumpoenale 2019, S. 137 f. Weniger kritisch dagegen URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S. 326 ff. und S. 381 ff.

<sup>626</sup> BRUNNER, Begutachtung, S. 186; weiterführend zur Herleitung dieser Metapher WOHLERS, ZStrR 2018, S. 435 ff.

<sup>627</sup> Weiterführend aus psychiatrischer Sicht HOFF, S. 161 ff.; KRÖBER; aus einer gemischt juristisch-psychiatrischen Perspektive URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S. 686 ff. und S. 384 ff.

<sup>628</sup> Vgl. dazu WOHLERS, Instrument, S. 77 ff. und insb. 85 f.; prägnant DONATSCH, forumpoenale 2019, S. 137 f.; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S. 384 ff.

<sup>629</sup> Eingehend BERNARD, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht, S. 148 ff., mit Verweisen.

<sup>630</sup> Vgl. dazu vorne Erster Teil, 3. Kapitel, C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen.

<sup>631</sup> Statt vieler eingehend und kritisch zum Status quo HUBER, S. 272 f., mit Verweisen; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S. 384 ff. Nicht verkannt darf allerdings werden, dass auch die üb-



perte und beschuldigter Person oder Drittpersonen werden sodann weder auf Video noch auf Tonträger aufgenommen noch wird ein Protokoll nach üblichen strafprozessualen Standards erstellt.<sup>632</sup>

Dem Gutachter wird im Vorverfahren von der Staatsanwaltschaft der maximal zur Untersuchung stehende Deliktsverdacht unterbreitet. Darauf basiert seine Expertise, die sodann wiederum von Staatsanwaltschaft und Gericht gelesen wird. Daraus kann sich, insbesondere bei nicht oder nur teilweise geständigen Beschuldigten, eine Art Belastungs-Zirkelschluss ergeben, welcher die Unschuldsvermutung zu unterminieren droht.<sup>633</sup> Ein belastendes Gutachten kann in einer rechtstatsächlichen Betrachtungsweise mindestens auf zweierlei Weise Einfluss auf die richterliche Beweiswürdigung nehmen. Eine erste Gefahr lässt sich salopp mit «zuzutrauen wäre es ihm» auf den Punkt bringen;<sup>634</sup> hier wird aufgrund einer negativen Expertise die Aktenlage hinsichtlich des zur Anklage stehenden Sachverhalts (unbewusst) zum Nachteil der beschuldigten Person gewürdigt. Zudem kann, wenn eine Massnahme in der Expertise dringend empfohlen wird, das zuständige Gericht in ein Moraldilemma geraten, wenn juristisch ein Freispruch indiziert wäre. Es droht eine rechtsfolgeorientierte Beweiswürdigung in Missachtung der Unschuldsvermutung.<sup>635</sup> Damit drängt sich in einer rechtstatsächlichen Perspektive die Befürchtung auf, dass das gewünschte Resultat die richterliche Beweiswürdigung beeinflussen kann, wenn das Gutachten in den Akten liegt.<sup>636</sup>

Von der gutachterlichen Empfehlung darf ein Gericht nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht ohne Not abweichen.<sup>637</sup> Dies liegt unter anderem daran, dass die beteiligten Juristinnen eine solche Expertise nur mit beträchtlichem Aufwand und vielfach unter Einbezug psychiatrischer Sachverständiger kontrollieren können. Die Expertise liegt ausserhalb ihrer Fachkompetenz.<sup>638</sup> MATTHIAS BRUNNER warnte daher bereits vor längerem deutlich von dieser *démision de juge* und prägte das Bonmot vom *Richter in Weiss*.<sup>639</sup>

---

rigen strafprozessualen Protokolle keine Wirklichkeit abbilden; eingehend CAPUS/STOLL/SURI, S. 17 ff.

<sup>632</sup> Vgl. dazu vorne Erster Teil, 3. Kapitel, C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen.

<sup>633</sup> BERNARD/STUDER, Schuldinterlokut, S. 9 f.; diese Gefahr ortet auch DONATSCH, forum-poenale 2019, S. 139.

<sup>634</sup> TRECHSEL, ZStrR 1974, S. 287, der sich mit der zitierten Aussage noch nicht in erster Linie auf psychiatrische Gutachten bezog; so aber dann BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 342 N. 3; detailierend BERNARD/STUDER, Schuldinterlokut, S. 12 f.

<sup>635</sup> Eingehend BERNARD/STUDER, Schuldinterlokut, S. 9 ff.

<sup>636</sup> Zu diesen Fallstricken der Unschuldsvermutung detailliert und mit Verweisen BERNARD/STUDER, Schuldinterlokut S. 9 ff. Als Lösung wird dort ein Tatinterlokut postuliert: Bei einem nicht geständigen Beschuldigten würde danach im Vorverfahren keine Expertise eingeholt, sondern erst vom Gericht, wenn sich der Sachverhalt erstellen liesse.

<sup>637</sup> Stellvertretend BGer vom 6. Mai 2014, 6B\_829/2013, Erw. 4.1.; siehe mit weiteren Verweisen BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 77 f.

<sup>638</sup> Statt vieler eingehend HUBER, zusammenfassend S. 375 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 435 ff.

<sup>639</sup> BRUNNER, Begutachtung, S. 186; weiterführend zur Herleitung dieser Metapher auch in Bezug auf die deutsche Diskussion WOHLERS, ZStrR 2018, S. 435 ff., mit Verweisen.

Doch während die Diagnose von der richterlichen Entmachtung nach wie vor zutrifft, ist die Metapher des Richters in Weiss aus heutiger Sicht nicht mehr restlos passend. Der Diskurs und die Kriterienkataloge der forensischen Psychiatrie verselbständigen sich zunehmend gegenüber der Allgemeinpsychiatrie, was sich unter anderem daran zeigt, dass namhafte forensische Psychiater ein offiziell anerkanntes forensisches Klassifikationssystem jenseits des allgemeinpsychiatrischen und eine «Behandlung der Gefährlichkeit» fordern.<sup>640</sup> Sie fanden damit auch in BGE 146 IV 1, Erw. 3.5.3 ff. höchstrichterliche Resonanz: Der Begriff der schweren Störung ist, so das Bundesgericht, funktionaler Natur und richtet sich nach dem Zweck der Massnahme, weshalb die psychiatrische Diagnose nicht unter allen Umständen in einem allgemeinpsychiatrischen Klassifikationssystem wie ICD oder DSM aufgeführt sein müsse.<sup>641</sup> Dieser Entscheid stellt den vorläufigen Abschluss einer Entwicklung dar, in welcher formal das Gericht Entscheidungsträger bleibt, inhaltlich aber in zentralen Punkten letztlich der forensische Sachverständige, der auch immer weniger an die Allgemeinpsychiatrie und damit die Medizin rückgekoppelt ist, die Entscheidung fällt.<sup>642</sup> Dies ritzt die richterliche Unabhängigkeit.<sup>643</sup>

Zusammenfassend hängen in Strafverfahren die Frage der Schuld im Tatzeitpunkt und vor allem die Rechtsfolge einer Massnahme – besonders in Grenzfällen – von der psychiatrischen Auffassung meist *eines* einzigen Sachverständigen ab. In eher wenigen Fällen wird ein Zweitgutachten eingeholt,<sup>644</sup> und selbst dann ist dem Zweitgutachter die erste Expertise meist bekannt, was erwiesenermassen einen erheblichen Einfluss zeitigt.<sup>645</sup> Gerichtliche Entscheidungen sind unter diesen Umständen in einem entscheidenden Bereich nicht mehr das Ergebnis der sorgfältigen Abwägung einer Mehrzahl von demokratisch legitimierten Richterinnen; stattdessen hat beim Zustandekommen des Entscheids meist *ein* Experte in zwei wesentlichen Punkten ein determinierendes Gewicht.<sup>646</sup>

---

<sup>640</sup> URBANIOK/ENDRASS/NOLL/ROSSEGGER, S. 1677; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 48 ff.; vgl. überdies adressiert an ein breites Publikum URBANIOK, S. 20. Andere forensische Psychiater weisen dagegen dezidiert auf die fachlichen Grenzen hin, HABERMEYER/MOKROS/HILL/LAU/HACHTEL/GRAF, S. 290 ff.

<sup>641</sup> Den Entscheid begrüsst NOLL/ENDRASS/ROSSEGGER/OBERHOLZER/GRAF, S. 44 ff. Äussert kritisch zu diesem Entscheid aus psychiatrischer Sicht dagegen HABERMEYER, 26 ff.; ebenso pointiert aus juristischer Sicht HEER, NKrim, S. 8 ff.

<sup>642</sup> Nicht nur auf das Zusammenspiel von gerichtlicher Entscheidung und forensischer Psychiatrie, sondern auch auf deren Entkoppelung von der Allgemeinpsychiatrie hat SCHAUER, S. 124 f., bereits deutlich hingewiesen. Zum im Ergebnis grundsätzlich ambivalenten Verhältnis von psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen und richterlicher Überzeugungsbildung bereits HETZER, insbesondere S. 94 ff., S. 104, S. 227 ff.; die Problematik konzipiert zusammenfassend DONATSCH, forumpoenale 2019, S. 138.

<sup>643</sup> Prägnant ALBRECHT, Jusletter 2021.

<sup>644</sup> WIPRÄCHTIGER, S. 319 f.

<sup>645</sup> KAHNEMANN/SIBONY/SUNSTEIN, S. 285.

<sup>646</sup> BERNARD, Jusletter 2012, Rz. 32 ff.

Der Sachverständige ist zwar auch sonst im derzeitigen Strafprozess in einer rechtstatsächlichen Betrachtung eine Art «*iudex facti*»<sup>647</sup> bzw., in Anlehnung an HUBER, ein Schattenrichter.<sup>648</sup> Dies droht grundsätzlich die richterliche Entscheidungsmacht und den garantierten Rechtsmittelzug zu unterlaufen, weil die Urteile sämtlicher Instanzen sich regelmässig auf dasselbe Gutachten stützen.<sup>649</sup> Expertisen nehmen generell in Strafverfahren bezüglich der Sachverhaltsrekonstruktion eine zentrale Rolle ein und limitieren faktisch die Entscheidungsmacht der Judikative stark, was nach einer dogmatischen Vermessung ruft.<sup>650</sup> Gerade bei psychiatrischen Expertisen akzentuiert sich dies markant, denn anders als andere Gutachten nehmen diese nicht nur auf ein Element der Sachverhaltsrekonstruktion, sondern direkt und unmittelbar auf die Sanktion einen geradezu determinierenden Einfluss. Berücksichtigt man zudem, dass die sogenannten Explorationsgespräche als faktische Einvernahmen ohne Wortprotokoll, ohne Aufzeichnung und ohne Teilnahmerechte der Verteidigung stattfinden, sowie die drohende rechtstatsächliche Gefahr einer Beeinflussung der Beweiswürdigung aufgrund des Belastungs-Zirkelschlusses, wird offensichtlich, dass die psychiatrischen Expertisen einen erheblichen, wenig kontrollierbaren Einfluss auf die strafprozessuale Wahrheitssuche ausüben. Dessen Art und Tragweite unterscheidet sich erheblich von sämtlichen anderen Gutachten. Dadurch drohen die Verfahrensstruktur, die kontradiktorische Anlage der Strafprozessordnung, der Anknüpfungsgegenstand vergangener Geschehnisse und auch das richterliche Ermessen hinsichtlich der Rechtsfolge unterlaufen zu werden.<sup>651</sup>

Eine Zuspitzung erfährt dies bei der Verlängerung oder Abänderung von Massnahmen in sogenannten Nachverfahren: Der Sachverhalt zur verübten Straftat steht hier initial bereits fest; Gegenstand des Verfahrens ist damit nur noch das Verhalten des Beschuldigten im Vollzugsstadium beziehungsweise das mutmassliche künftige Verhalten. Auskunft über diese tatsächlichen Verhältnisse geben zum einen mannigfaltige Berichte, die im Vollzugsstadium in nicht kontradiktorisch angelegten Verwaltungsverfahren generiert werden, und im Weiteren psychiatrische Expertisen.<sup>652</sup> Auf dieser Basis trifft das Gericht seine Entscheidung in Nachverfahren.

---

<sup>647</sup> WOHLERS, ZStrR 2018, vor allem S. 448 f.; eingehend DRZALIC, insbesondere S. 19 ff. und S. 298 ff.

<sup>648</sup> HUBER, S. 378.

<sup>649</sup> BERNARD, Jusletter 2012, Rz. 32 ff.; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 77 f.; eingehend DRZALIC, insbesondere S. 19 ff. und S. 298 ff.; vgl. überdies ALBRECHT, Jusletter 2021.

<sup>650</sup> DRZALIC, insbesondere S. 19 ff. und S. 298 ff.; WOHLERS, ZStrR 2018, S. 431 ff.

<sup>651</sup> Eine ähnliche Einschätzung trifft im Ergebnis auch WOHLERS, ZStrR 2018, S. 444 ff. Er zieht unter anderem daraus zahlreiche Schlussfolgerungen, die auf eine verstärkte Kontrolle des Sachverständigen hinzielen (ebenda S. 452 ff.). ALBRECHT, Jusletter 2021, weist überdies überzeugend daraufhin, dass in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB die richterliche Unabhängigkeit aus strukturellen Gründen unterlaufen zu werden droht.

<sup>652</sup> BERNARD/STUDER, Nachverfahren JOSET, Nachverfahren. Unter anderem deshalb postuliert im Ergebnis BIRO, zusammenfassend S. 353 ff., in ihrer Dissertation entgegen der derzeit herrschenden Praxis, dass im Massnahmenvollzug Betroffene durchgehend notwendig verteidigt sein müssten.

Im Rahmen der bisherigen strafprozessualen Struktur hat sich deshalb insgesamt in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB eine Art eigene, unkodifizierte und weitgehend durch faktische Gegebenheiten geprägte Variante der Strafprozessordnung etabliert. Zugespitzt könnte man von einem Substrafverfahren sprechen. Diese Verfahrensvariante wurde bislang weder gesetzlich legitimiert noch durch die Rechtsprechung und Rechtsdogmatik umfassend vermessen.<sup>653</sup>

## V. Zwischenfazit

Die einzelnen strafprozessualen Verfahrensstrukturen weisen normativ angelegte Verschiedenheiten auf und haben darüber hinaus weitere faktische Auswirkungen. Zugespitzt kann man statt von einer Strafprozessordnung von mehreren Substrafprozessordnungen beziehungsweise einer in mehrere Teilordnungen fragmentierten Strafprozessordnung sprechen. Dies hat einen Einfluss auf die strafprozessuale Wahrheitssuche: Je nach Verfahrensstruktur divergiert die Art und Weise der Wahrheitssuche erheblich.

Im abgekürzten Verfahren ist die Wahrheitssuche zumindest teilweise durch Verhandlungen zwischen Staatsanwaltschaft und beschuldigter Person beziehungsweise deren Verteidigung geprägt. Der herkömmliche materielle Wahrheitsbegriff, der ansonsten im Strafverfahren weiterhin Geltung beansprucht, wird durch einen formellen Wahrheitsbegriff bedrängt, allenfalls sogar verdrängt. Diesen Widerspruch ist gesetzlich angelegt und wird nicht aufgelöst.<sup>654</sup>

Im Strafbefehlsverfahren besteht die Gefahr, dass der Sachverhalt vielfach nicht vertieft abgeklärt wird, sondern basierend auf einer oberflächlichen Tatsachenerhebung ein rasches Verdikt durch die Staatsanwaltschaft gefällt wird. Ob dieses dann in Rechtskraft erwächst, wird der beschuldigten Person anheimgestellt. Die Verantwortung für die Abklärungstiefe eines Strafverfahrens wird damit, entgegen dem Untersuchungsgrundsatz und der Offizialmaxime und der damit verbundenen Verpflichtung auf materielle Wahrheit als Verfahrensziel, zumindest teilweise an die beschuldigte Person delegiert.

Dem steht wiederum ein ordentliches Verfahren mit traditionellem gerichtlichen Hauptverfahren gegenüber: In diesem wird die Wahrheit vor Gericht, in einem grundsätzlich kontradiktorisch angelegten Verfahren im Anschluss an ein Vorverfahren gesucht. Dabei ist die gerichtliche Unmittelbarkeit allerdings *in praxi* teils stark beschränkt und auch die Mitwirkungsmöglichkeiten im staatsanwaltschaftlich geleiteten Vorverfahren werden zurückgedrängt.

Die kontradiktorische Verfahrensanlage wird indessen auch dann zusätzlich unterlaufen, wenn die Schuldfähigkeit oder strafrechtliche Massnahmen zur Diskussion stehen. Psych-

---

<sup>653</sup> Vgl. aber immerhin WOHLERS, ZStrR 2018, S. 431 ff.

<sup>654</sup> So GLESS, Verfahrenserledigung, S. 131. Auf die den prozessualen Charakter verändernde Wirkung von Absprachen haben schon weit vor Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung unter anderen hingewiesen: DONATSCH, Vereinbarungen, S. 159 ff., namentlich S. 176 f.; VEST, Amerikanisierung, S. 298 ff.

iatrische Expertisen drohen die staatsanwaltschaftliche Sachverhaltserstellung und die richterliche Sachverhaltswürdigung zu beeinflussen; sie haben auf die Schuld- und Rechtsfolge einen massgeblichen und wenig kontrollierbaren Einfluss und drohen damit die kontradiktorische Wahrheitssuche zu unterminieren.

In einer faktischen Betrachtungsweise hängt die strafprozessuale Wahrheitssuche demzufolge erheblich von der Verfahrensstruktur ab.<sup>655</sup> Zum einen unterscheidet sich der Aufwand, der bei der Wahrheitssuche betrieben wird, beträchtlich.<sup>656</sup> Zum anderen sind je nach Verfahrensart andere Akteure mit jeweils verschiedenen Aufgaben involviert. Insbesondere die Rolle der Staatsanwaltschaft unterscheidet sich je nach Verfahrensart grundlegend. Eine für den gesamten schweizerischen Strafprozess einheitliche Wahrheitssuche findet demnach faktisch gesehen nicht statt. Die Staatsanwaltschaft verfügt bei den zahlreichen weniger gravierenden, aber auch bei den ebenso zahlreichen mittelschweren Fällen über ein beträchtliches Ermessen bei der Wahl der Verfahrensart und damit auch der Gestalt, Form und Tiefe der Untersuchung. Zwar gibt es eine differenzierte rechtsdogmatische Kontroverse, ob die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl erlassen muss, wenn die Voraussetzungen dazu erfüllt sind, und/oder ob Kombinationen von abgekürztem Verfahren und Strafbefehlsverfahren möglich sind.<sup>657</sup> Indessen entscheidet in der Praxis die fallführende Staatsanwaltschaft in Eigenregie, ob ein Verfahren mit einem Strafbefehl erledigt oder bereits dem Gericht vorgelegt wird beziehungsweise ob der Fall einem abgekürzten Verfahren zugeführt oder ob ordentlich angeklagt wird.<sup>658</sup> Ein griffiges Rechtsmittel gegen das Vorgehen der Staatsanwaltschaft – wenn nicht geradezu ein Ermessensmissbrauch vorliegt – steht nicht zur Verfügung. Auch der Entscheid, ob überhaupt eine psychiatrische Begutachtung stattfindet, obliegt der Staatsanwaltschaft; auch hier ist in zahlreichen Fällen der Ermessenspielraum beträchtlich und kann ein Entscheid nicht mit tauglichen Rechtsmitteln bekämpft werden. Die Wahl der Verfahrensstruktur und als Folge davon die Ausgestaltung der strafprozessualen Wahrheitssuche hängen deshalb rechtstatsächlich wesentlich vom Ermessen der fallführenden Staatsanwaltschaft ab.<sup>659</sup> Die Wahl der Verfahrensstruktur erhält deshalb etwas Zufälliges.<sup>660</sup> Der

---

<sup>655</sup> So auch für Deutschland VOLK, Wahrheiten, S. 412, S. 418; derselbe prägnant VOLK, Gericht, namentlich S. 335 ff.

<sup>656</sup> Zu Recht macht KUNZ, ZStW 121, S. 575 ff. und S. 589 f. darauf aufmerksam, dass jede strafprozessuale Wahrheitsermittlung stets unter räumlich-zeitlichen, finanziellen und rechtsstaatlichen Beschränkungen stattfindet; ähnlich THOMMEN, recht 2014, S. 270.

<sup>657</sup> Vgl. dazu eingehend MÜHLEMANN, S. 83 ff., mit zahlreichen Verweisen.

<sup>658</sup> Vgl. hierzu bereits kurz nach Inkrafttreten der StPO WOHLERS, forumpoenale 5/2013, S. 265 f. und meine Glosse BERNARD, plädoyer 2012, S. 82.

<sup>659</sup> Zu diesem Ermessen bereits BERNARD, plädoyer 2012, S. 82. Kritisch ebenfalls bereits vor Inkrafttreten der eidgenössischen StPO HAUSHERR, S. 314, welche forderte, dass ein ablehnender Entscheid zum abgekürzten Verfahren mindestens zu begründen sei, um das Ermessen der Staatsanwaltschaft zu kontrollieren.

<sup>660</sup> Ähnlicher Meinung für Deutschland WAGNER, S. 158, unter Hinweis auf Meinungsäusserungen der Strafverteidiger GERHARD STRATE und HARTMUT LIEROW: Ob und wie intensiv ermittelt werde, richte sich mit Ausnahme von Kapitalverbrechen unter anderem stark nach den personellen Ressourcen der Polizei und Staatsanwaltschaft. Vgl. hierzu auch BERBERICH/SINGELNSTEIN,

zu zahlende Preis ist eine Tendenz zur Rechtsunsicherheit.<sup>661</sup> Mit Blick auf das Rechtsgleichheitsgebot als «eine unüberwindbare Grenze bei der strafprozessrechtlich angeleiteten Konstruktion von Wirklichkeit»<sup>662</sup> ist diese gesetzliche Anlage bedenklich und akzentuiert die ohnehin bestehenden Tendenzen, dass Strafurteile in analogen Konstellationen markant divergieren.<sup>663</sup>

## **F. Fazit: Wahrheitssuche im normativen, strafprozessualen Rahmen mit rechtstatsächlichen Einflüssen**

Trägt man die vorangehenden Ergebnisse zusammen, ist den Stimmen in der Literatur und dem Gesetzgebungsprozess beizupflichten, welche auf die faktischen Grenzen der materiellen Wahrheit in einem Strafprozess hinweisen. Tatsächlich findet strafprozessuale Wahrheitssuche stets im Rahmen von prozessualen Normen statt. Es gibt keine strafprozessuale Wahrheit ausserhalb des Strafverfahrens. Die Rahmenbedingungen des Strafverfahrens und damit der strafprozessualen Wahrheitssuche werden bereits auf der Ebene des Völker- und Verfassungsrechts festgelegt. Die Strafprozessordnung nimmt diese Vorgaben auf. Die Verteidigung und die Grundzüge der Verteidigungsrechte sind bereits auf dieser grundlegenden Ebene angesiedelt und haben Verfassungsrang. Sie sind allein deswegen als integraler Bestandteil der strafprozessualen Wahrheitssuche anzusehen, die in ihrem innersten Kern bei all ihrer Verpflichtung zur Aufklärung von Straftaten gleichzeitig stets die Subjektstellung der beschuldigten Person zu wahren hat. Die Verteidigung ist nach dieser Konzeption konstitutive Akteurin einer kontradiktorischen strafprozessualen Wahrheitssuche, welche insgesamt – im Zusammenspiel von Instituten und von sämtlichen Akteurinnen – der materiellen Wahrheit verpflichtet ist.<sup>664</sup>

Die strafprozessuale Wahrheitssuche ist zudem von einem eindeutigen Erkenntnisinteresse geprägt: Im Zentrum steht von Anfang an ein Tatverdacht, der aufgeklärt werden soll. Jeglicher strafprozessuale Erkenntnisvorgang basiert darauf und wird stets mit Blick auf die mögliche Erfüllung materiellrechtlicher Straftatbestände getätigt, was den Rahmen sämtlicher Strafuntersuchungen absteckt. Die Überzeugung, dass Wahrheit als Ziel des Strafverfahrens gleichsam kein juristisches, sondern ein tatsächliches Problem sei, und die Vorstellung, die relevanten Ereignisse seien ohne juristisch geschultes Vorverständnis aufzuspüren, erweist sich daher als gänzlich unzutreffend.<sup>665</sup>

---

S. 198 ff., die für Deutschland mit empirischen Belegen auf regionale und deliktspezifische Unterschiede in der staatsanwaltschaftlichen Verfahrenserledigung hinweisen.

<sup>661</sup> Weiterführend dazu ARZT, recht 2001, S. 166 ff.

<sup>662</sup> THIER, S. 257.

<sup>663</sup> Illustrativ und mit zahlreichen Verweisen zu solch grossen Unterschieden KAHNEMANN/SIBONY/SUNSTEIN, S. 19 ff.

<sup>664</sup> Vgl. zu diesem Zusammenhang bereits eingehend DEMKO, Menschenrecht, S. 720 ff.

<sup>665</sup> Angelehnt an KRAUSS, recht 1999, S. 120. Aus dem Grund ergibt es auch keinen Sinn, aus der Sicht einer strafprozessrechtlichen Dogmatik von einem «Fehlurteil» zu sprechen, während dieser

Diese Ausgangslage zeitigt weitere rechtstatsächliche Auswirkungen. Naheliegend ist auf Seiten der betroffenen Parteien deren Interesse am Verfahrensausgang. Naheliegend ist auch, dass die Rechtsbeistände der Parteien das Verfahren nach deren Interesse zu beeinflussen versuchen. Des Weiteren führt die Rolle der Staatsanwaltschaft als ein hybrides Konstrukt mit weitreichenden Kompetenzen dazu, dass die Untersuchung stark von ihrer Belastungsperspektive geprägt ist. Auch Gerichte neigen trotz der normativen Verpflichtung auf die Unschuldsvermutung tendenziell dazu, Verdachtsmomente im Vergleich zu entlastenden Umständen stärker zu gewichten.

Die schweizerische Strafprozessordnung kennt in Bezug auf die Wahrheitssuche keinen einheitlichen Erkenntnisvorgang; dieser unterscheidet sich je nach Verfahrensart. Im traditionellen gerichtlichen Hauptverfahren wird die Wahrheit weiterhin grundsätzlich kontradiktorisch gesucht. Dies gilt im Strafbefehlsverfahren und im abgekürzten Verfahren nur sehr eingeschränkt. Auch die Abklärungstiefe unterscheidet sich je nach Verfahrensart erheblich. Im abgekürzten Verfahren ist sie überdies teilweise Verhandlungssache. Faktisch eigenen Regeln gehorchen diejenigen Verfahren, bei welchen zur Abklärung der Schuldfähigkeit oder der Indikation einer Massnahme eine psychiatrische Expertise eingeholt wird. Solche Gutachten haben einen markanten Einfluss auf die gerichtliche Beurteilung bei der Rechtsfolge und teilweise sogar bei der Sachverhaltsrekonstruktion. Wegen dieser Expertisen verbleibt der Verteidigung insgesamt ein weit geringerer Einfluss als in anderen Verfahren. Die kontradiktorische Anlage des Strafverfahrens greift in diesem Kontext nur noch begrenzt, zumal es in vielen Konstellationen stark vom Ermessen der Staatsanwaltschaft abhängt, welche Verfahrensart effektiv durchgeführt wird.

Im derzeitigen Strafprozess ist indessen insgesamt nicht davon auszugehen, dass die materielle (historische) Wahrheit effektiv rekonstruiert werden kann. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass Wahrheit sich auch im Strafprozess nicht positiv und sicher verifizieren, sondern – wenn überhaupt – nur falsifizieren lässt.<sup>666</sup> Die strafprozessuale Wahrheitssuche ist zudem von zahlreichen strukturellen und faktischen Beeinflussungen sowie einem normativ geprägten Erkenntnisinteresse gekennzeichnet. Tatsächlich geht es bei der strafprozessualen Wahrheitsfindung «nicht um die realitätsgerechte Beobachtung eines zurückliegenden Sachverhalts, sondern um dessen rekonstruierende Interpretation aus der Gesamtheit der erhobenen Informationen über das Tatgeschehen»<sup>667</sup>.

Ob dies indessen auch bedeutet, dass materielle Wahrheit als normative Zielsetzung preisgegeben ist, wird im nächsten Kapitel diskutiert. Denn die Frage, ob im Strafprozess tatsächlich eine historische Wahrheit gesucht oder gar gefunden wird, ist nicht mit derjenigen nach der normativen Zielsetzung des Verfahrens zu vermengen.

---

Begriff in einer kriminalpolitischen Debatte durchaus adäquat sein kann, näher dazu KOTSO-GLOU, S. 123 ff.

<sup>666</sup> So auch KUNZ, ZStW 121, S. 575, S. 578; ähnlich THOMMEN, recht 2014, S. 269 ff.; vgl. für die Diskussion in Deutschland bereits KÄSSER, S. 29.

<sup>667</sup> KUNZ, ZStW 121, S. 578.

## 6. Kapitel: **Schlussfolgerungen aus der Ausgestaltung der strafprozessualen Wahrheitsuche für den strafprozessualen Wahrheitsbegriff**

### **A. Materielle Wahrheit als strafprozessuale Fata Morgana**

Im Gesetzgebungsprozess wurde davon ausgegangen, dass die materielle Wahrheit das prinzipielle Ziel des Strafverfahrens sei. Diese Wahrheitssuche hat indessen – was ebenfalls unstrittig blieb – im Rahmen eines rechtsförmigen Verfahrens zu erfolgen, welches sie begrenzt. Im Gesetzgebungsprozess zur schweizerischen Strafprozessordnung fehlte es indessen an einer konsistenten Vermessung strafprozessrechtlicher Grundlagen. Das schweizerische Strafprozessrecht basiert, sowohl mit Blick auf seinen Wahrheitsbegriff und seine Wahrheitssuche als auch auf das Verhältnis seiner Institute zueinander, nicht auf einer theoretisch fundierten Auseinandersetzung oder Konzeption, sondern ist das Ergebnis eines pragmatischen Gesetzgebungsvorgangs und einer ebenso pragmatisch orientierten Rechtsanwendung.<sup>668</sup> Eine Strafprozessrechtsdogmatik, die sich auf ihre Aufgabe, das heisst die Auslegung des Gesetzes, beschränkt und nicht nachträglich eine Systematik gleichsam *modo legislatoris* in eine wenig systematisierte gesetzliche Anlage zu bringen versucht, zeigt Widersprüche und Inkonsistenzen auf, mildert diese möglicherweise teilweise ab, beseitigt sie aber nicht.

Die Strafprozessordnung zerfällt faktisch – pointiert ausgedrückt – in verschiedene Substrafprozessordnungen. Eine zwingende Prozessstruktur mit einem Vorverfahren und einem öffentlichen Hauptverfahren für grundsätzlich alle Strafprozesse besteht nicht, oder jedenfalls nicht in dieser Form, obwohl die Strafprozessordnung *prima vista* so eingerichtet erscheint.

---

<sup>668</sup> Bedenkenswert ist in dem Zusammenhang die These von OBERHOLZER, *forumpoenale* 2008, S. 46 ff.: Er ist der Ansicht, dass das Justizsystem auf die Überlastung durch überfrachtete Erwartungen mit der Entlastungsstrategie reagiere, indem rechtsstaatliche und prozessuale Grundsätze preisgegeben würden sowie ein Rückzug der Justiz zugunsten der Staatsanwaltschaft und eine Informalisierung und Privatisierung des Strafverfahrens stattfindet. Die Tendenz zu pragmatischen Mischformen von Strafverfahren scheint aber ein internationales Phänomen zu sein, WEIGEND, *Bemerkungen*, S. 759 f.



Der grösste Teil der Fälle wird indessen am Ende des Vorverfahrens mit Einstellungsverfügung oder Strafbefehl erledigt. Dabei geht es oft um Strafverfahren von erheblicher Tragweite. In der Literatur ist letztlich nicht abschliessend geklärt, inwiefern das Prozessziel der materiellen Wahrheit beim Strafbefehlsverfahren normativ und faktisch wegleitend ist. Von den wenigen verbliebenen Hauptverfahren wird zudem eine stattliche Anzahl in sogenannten abgekürzten Verfahren erledigt. Das Entscheidende geschieht dabei ebenfalls im Aushandlungsprozess zwischen Staatsanwaltschaft und beschuldigter Person bzw. ihrer Verteidigung im Vorverfahren. Damit wurde ein konsensual orientiertes Verfahren mit einem formellen Wahrheitsbegriff eingeführt; es steht neben dem auf Wahrheitsuntersuchung orientierten Normalverfahren und ist mit diesem inkompatibel.<sup>669</sup> Die Frage, wie Absprachen als «rechtskultureller und dogmatischer Fremdkörper»<sup>670</sup> in ein auf materielle Wahrheit ausgerichtetes Strafverfahren integriert werden können, überlässt der Gesetzgeber der Praxis. Das ordentliche, mündliche, unmittelbare gerichtliche Hauptverfahren ist entgegen dem Anschein des Gesetzes von der Regel zur statistischen Ausnahme geworden. In welchem Verhältnis diese kurzen Prozesse zum Prozessziel der materiellen Wahrheit stehen, ist nicht ansatzweise ausgelotet.

Der teilweise Umbau des Strafrechts in ein pönales Präventionsrecht zeitigt ebenfalls Wirkungen auf die strafprozessrechtliche Wahrheitssuche. Sachverständigen kommt in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB zulasten der kontradiktorischen Verfahrensanlage ein geradezu determinierendes Gewicht zu. Häufig wird das Verfahren bei Anordnung von Massnahmen nicht mehr mit einem gerichtlichen Hauptverfahren abgeschlossen, sondern in einem Nachverfahren fortgesetzt; dort erhalten in einem verwaltungsrechtlichen Vollzugsverfahren erhobene Beweise faktisch entscheidendes Gewicht.

Dem derzeitigen Strafprozess liegt daher – bereits in der Gesetzgebung angelegt und durch die Praxis befördert – kein durchgehend konzipierter Wahrheitsbegriff und keine für alle Verfahren einheitliche Wahrheitssuche zugrunde. Es fehlt eine eindeutige, die ganze Prozessordnung umfassende Konzeption, wie die strafprozessrechtlichen Institute zusammenspielen sollten, um *eine* strafprozessuale Wahrheitssuche mit *inem* strafprozessualen Wahrheitsbegriff zu befördern.

Das Strafprozessrecht gibt die Vorstellung der materiellen Wahrheit zwar (noch) nicht preis. Der Gesetzgebung liegt die materielle Wahrheit als Verfahrensziel zugrunde und auch die Literatur hält im Grundsatz daran fest. Im Ergebnis stellen «weder die faktisch-pragmatischen noch die rechtlichen Grenzen der Wahrheitsfindung das Ziel der Wahrheitsfindung als solches in Frage».<sup>671</sup> Was allerdings exakt unter materieller Wahrheit zu verstehen ist und welchen normativen Gehalt dieser Begriff hat, lässt sich nicht (mehr) festhalten. Es scheint deshalb, dass materielle Wahrheit im Rahmen der strafprozessrechtlichen Verfahrensstruktur vor

---

<sup>669</sup> In Anlehnung an WOHLERS, NJW 34/2010, S. 2474; derselbe WOHLERS, StV 2011, S. 573; vgl. dazu auch JEANNERET, S. 245 ff., insbesondere S. 265.

<sup>670</sup> TRÜG/KERNER, S. 203.

<sup>671</sup> WOHLERS, Bedeutung, S. 1380.

allem eine Art regulative, normative Idee ist.<sup>672</sup> Auf diese Zielsetzung kann im strafrechtlichen Kontext aus ganz pragmatischen Gründen nicht verzichtet werden. Urteile, die nach ihrer Selbstdeklaration auf Fiktionen basieren, fänden als Mittel der Sanktionierung abweichenden Verhaltens kaum Akzeptanz.<sup>673</sup> Denn «[w]enn man die Vorstellung, dass es eine ausserhalb von Diskursen existente Lebenswirklichkeit gibt, im Sinne eines radikalen Skeptizismus in Frage stellt, muss dies konsequenterweise nicht nur dazu führen, dass die Zielsetzung der Auffindung der materiellen Wahrheit aufzugeben ist, sondern es führt dahin, dass man das Unterfangen aufgeben muss, Strafverfahren überhaupt durchzuführen.»<sup>674</sup>

Ebenso verfehlt wäre aber der Versuch, aus der Zielgrösse der materiellen Wahrheit, an der nur schon aus den erwähnten pragmatischen Gründen festzuhalten ist, direkt Lösungen für dogmatische Probleme abzuleiten. Dies scheitert bereits deshalb, weil derzeit im Strafprozessrecht der Begriff der materiellen Wahrheit ungeklärt bleibt und weil auch andere Wissenschaften keine konsistenten Lösungen bereithalten, die sich in das Strafprozessrecht inkorporieren lassen. Die Leitidee einer Rekonstruktion der materiellen Wahrheit ungeachtet des Ressourcenbedarfs wird sich zudem mit Sicherheit beim abgekürzten Verfahren, wohl aber auch beim Strafbefehlsverfahren bereits in der normativen Anlage nicht verwirklichen lassen. Überdies führt der Zerfall der Strafprozessordnungen in sozusagen mehrere Subprozessordnungen insgesamt zu einer schwindenden Konsistenz des Prozessrechts und damit einhergehend der strafprozessualen Wahrheitssuche und des strafprozessualen Wahrheitsbegriffs.<sup>675</sup> Neben den grundsätzlichen Grenzen jeder rechtsstaatlichen, strafprozessualen Wahrheitssuche treten damit im schweizerischen Strafprozess eine Reihe weiterer Limitierungen auf.

Die strafprozessuale Wahrheitssuche ist im Vergleich zu einer wissenschaftlichen historischen Wahrheitssuche zusätzlichen Einflussfaktoren ausgesetzt. Zu denken ist grundsätzlich an das selektive, auf einen Tatverdacht ausgerichtete Erkenntnisinteresse und an den Erkenntnisvorgang strukturierende prozessuale Normen, die eine strafrechtliche Rekonstruktion der Vergangenheit prinzipiell anders prägen als bei einem geschichtswissenschaftlichen Forschungsvorhaben. Dazu kommen faktische Einflüsse wie das Interesse der beteiligten

---

<sup>672</sup> Soweit ersichtlich wurde dies in der Schweiz bislang nicht so benannt. Vgl. für das deutsche Recht etwa EICKER, S. 2 und S. 14, der von der materiellen Wahrheit als einem Ideal spricht, welches zwar nicht erreicht werden könne, indessen die Justiz als zentrale Prozessmaxime dazu motiviere, die Ermittlung so gut als möglich durchzuführen; VOLK, Materielles Recht, S. 18, spricht von der materiellen Wahrheit als einem Leitbild.

<sup>673</sup> Ähnlich für das deutsche Recht ALBRECHT, NStZ 1983, S. 486 ff.; DEMKO, Fair-Trial-Grundsatz, S. 354 f.; DEMKO, Menschenrecht, S. 720 ff.; HASSEMER, Prozeduralisierung, S. 9 ff.; VOLK, Materielles Recht, namentlich S. 16 ff.; WESSLAU, Konsensprinzip, insbesondere S. 281 ff.; WEIGEND, Bemerkungen, S. 752 und S. 765.

<sup>674</sup> WOHLERS, Bedeutung, S. 1379.

<sup>675</sup> Die Gesetzgebung hat damit gerade nicht das Postulat von PFENNINGER, Probleme, S. 53, beherzigt, wonach sie bestrebt sein sollte, das ganze Strafverfahren so auszugestalten, dass es der Wahrheitserforschung am besten zu dienen vermöge. Anders DAPHINOFF, 317 ff., der zwar ebenfalls von der materiellen Wahrheit als einer Leitidee bzw. einem unerreichbaren Ziel spricht, indessen aber davon ausgeht, diese beanspruche auch im Strafbefehlsverfahren Gültigkeit.

Parteien (beschuldigte Personen, Privatkläger) am Verfahrensausgang, die dominante, hybride Rolle der Staatsanwaltschaft im schweizerischen Strafprozess und kognitive Verzerrungen vor Gericht, verschärft überdies durch einen weitgehend mittelbaren Aktenprozess.

Die materielle Wahrheit bleibt daher weiterhin grundsätzliches Ziel des Strafprozesses. Auf den ersten Blick orientiert sich dieses Ziel – misst man es an philosophischen Wahrheitstheorien – an einer Korrespondenztheorie der Wahrheit, mithin der Übereinstimmung strafprozessualer Rekonstruktion mit vergangener Wirklichkeit. Effektiv sind aber die strafprozessuale Wahrheitssuche und Wahrheitsrekonstruktion pragmatisch und konkret auf die jeweils im Einzelfall angewandte Verfahrensart bezogen. Strafprozessual wahr ist am Ende eines konkreten Verfahrens, was – unter Berücksichtigung der strafprozessualen Regeln, der jeweiligen Verfahrensart und der konkreten Rahmenbedingungen des Einzelfalls – rechtskräftig als wahr festgestellt wird. Wenn überhaupt die Einordnung der strafprozessualen Wahrheitssuche in philosophische Kategorien sinnvoll ist, so käme sie der Vorstellung pragmatischer Wahrheitstheorien am nächsten. Von dieser Erkenntnis ist der Weg zu der folgenden, pointiert formulierten faktischen Bestandsaufnahme des Rechts gar nicht mehr so weit: «Denn dem Recht – das wissen Juristen genau – geht es letztlich nicht um Gerechtigkeit. Und schon gar nicht um Wahrheit. Dem Recht geht es ausschliesslich um das Urteil, unabhängig von Wahrheit und Gerechtigkeit.»<sup>676</sup>

Die effektive Bedeutung der materiellen Wahrheit als sinnvolle strafprozessrechtliche Orientierungsgrösse und die Plausibilität ihrer dogmatischen Bezugnahme werden damit deutlich blasser. Der Begriff materielle Wahrheit ist als strafprozessuale Zielsetzung weiterhin von Relevanz und geistert deshalb als Topos nach wie vor durch das Strafprozessrecht, ist aber – einer Fata Morgana gleich – weder erreichbar noch greifbar. Wird daher mit *der* materiellen Wahrheit für oder wider eine dogmatische oder rechtspolitische Position argumentiert, so imponiert dies zwar *prima vista* mit einem hehren und gewichtigen Anstrich. Effektiv wird hier aber auf eine vage, begrifflich kaum konkretisierte, regulative und dogmatisch nicht belastbare Leitidee rekurriert. Diese Leitidee wird in einer verhältnismässig wenig systematisierten strafprozessualen Ordnung für bestimmte dogmatische oder rechtspolitische Anliegen gleichsam monopolisiert.<sup>677</sup> Bei Lichte betrachtet handelt es sich indessen bei der materiellen Wahrheit in aller Regel eher um einen rhetorischen Kampfbegriff als um ein sachliches Argument zur Lösung einer dogmatischen Einzelfrage.<sup>678</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn die strafprozessuale Verpflichtung auf die materielle Wahrheit gegen Formvorschriften, Beschuldigtenrechte oder Elemente der kontradiktorischen Wahrheitssuche ins Feld geführt wird.<sup>679</sup>

---

<sup>676</sup> AGAMBEN, S. 15 f.

<sup>677</sup> Vgl. auch KELLER, S. 233 f., der die Frage aufwirft, ob dies wirklich die einzige Motivation von Polizei und Staatsanwaltschaft sei, wenn im Namen der materiellen Wahrheit gegen zu viele Formvorschriften und Verteidigungsrechte argumentiert werde, und ob es nicht vielmehr auch darum gehe, dass diese ganz einfach lästig und mühsam seien.

<sup>678</sup> Der wenig reflektierte Bezug auf die materielle Wahrheit ist nicht neu und wurde schon vor 100 Jahren von BENDIX, S. 267 ff. moniert.

<sup>679</sup> KÜHNE, Instrumentalisierung, S. 373 hält für Deutschland fest, der Begriff der materiellen Wahrheit erscheine im juristischen Meinungsstreit überwiegend als Instrument zur Rechtfertigung be-

Es ist daher problematisch, wenn formale Regeln als Gegenspieler zur Verpflichtung auf eine strafprozessuale Wahrheitsfindung aufgefasst werden.<sup>680</sup> Damit wird verkannt, dass die Rechtsform des Verfahrens einen zentralen Wert an sich darstellt, bereits in der EMRK und Verfassungsrecht verankert und damit tief in die Rechtsordnung eingeschrieben ist und deshalb entscheidend zur Legitimität jeder strafprozessualen Wahrheitssuche beiträgt.<sup>681</sup> PETER ZIHLMANN führt gegen diese Geringschätzung pointiert an, dass ein Richter mehr tue, wenn er sich an die Regeln der Unschuldsvermutung, der Fairness und der Beweiserhebung halte, als wenn er verbissen nach materieller Wahrheit suche.<sup>682</sup> Zumindest lässt sich festhalten, «dass es sich bei der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit einerseits und der Verfahrensfairness andererseits um zwei verschiedene Aspekte der Strafgerechtigkeit handelt, die dennoch nicht losgelöst nebeneinander stehen, sondern vielmehr untrennbar miteinander verbunden sind.»<sup>683</sup> Die innere Verbindung von prozeduraler und materieller Gerechtigkeit ist letztlich auch und gerade auf die Überlegung zurückzuführen, dass ein kontradiktorisches Ringen um die am besten vertretbare Lösung die Chance auf eine auch inhaltlich «richtige» Lösung erhöht.<sup>684</sup> Der Gedanke, dass Wahrheitssuche wegen der Standortgebundenheit jedes Wahrheitssuchenden und der fehlenden Bestimmbarkeit von Wahrheit zwingend stets im Widerstreit erfolgt, ist damit eines der wenigen zentralen Momente der oben skizzierten philosophischen Diskussion, die auch in der binnenstrafprozessualen Auseinandersetzung uneingeschränkt Überzeugungskraft beanspruchen.<sup>685</sup>

## B. De lege ferenda

*De lege ferenda* wäre es zur Sicherstellung einer einheitlichen strafprozessualen Wahrheitssuche zu begrüßen, wenn die normative gesetzliche Anlage im Strafprozessrecht kohärenter würde. Der Zerfall der Strafprozessordnung gleichsam in eine Art mehrerer Subprozessordnungen mit jeweils unterschiedlicher Eigenlogik, auch bezüglich der Ausgestaltung der Wahrheitssuche und teilweise sogar des avisierten Wahrheitsbegriffs, ist einer einheitlichen

---

schuldigtenfeindlicher und eigentlich so nicht vorgesehener Prozessmassnahmen; vgl. dazu auch WOHLERS, Förmlichkeit, S. 597 ff.

<sup>680</sup> Diesen Gegensatz konstruiert besonders deutlich beispielsweise ARZT, forumpoenale 2009, S. 360 ff.; derselbe ARZT, Strafgerichtshof, S. 691 ff.

<sup>681</sup> Sehr schön ist in diesem Zusammenhang die Formulierung von STRATE, S. 176: «Die Bedeutung der prozessualen Form nicht als Barriere, sondern als Basis der Wahrheitsfindung gab dem reformierten Strafprozess sein Gepräge.» Im deutschsprachigen Raum hat indessen das Verständnis für den eigenständigen Wert schützender Förmlichkeit im Vergleich zur «Verbrechensbekämpfung» einen schweren Stand. Dazu auch WOHLERS, Ermittlungsverfahren, S. 11 ff.

<sup>682</sup> ZIHLMANN, Rz. 26.

<sup>683</sup> DEMKO, Fair-Trial-Grundsatz, S. 362; vgl. dieselbe auch ausführlich DEMKO, Menschenrecht, S. 721 ff.; vgl. auch etwa bereits HASSEMER, KritV, S. 270, der betont, dass ein rechtsstaatliches Strafverfahrensrecht das Wahrheitsinteresse einerseits und die Menschenwürde der Betroffenen, ihre Rechte auf Freiheit und den Datenschutz andererseits in ein gut austariertes Verhältnis bringen müsse; ähnlich beispielsweise NEUMANN, S. 52 ff.

<sup>684</sup> So auch WOHLERS, Bedeutung, S. 1387; derselbe WOHLERS, Förmlichkeit, S. 598 f.

<sup>685</sup> Gl. M. in der deutschen Debatte KÄSSER, S. 27 ff.

strafrechtlichen Rechtsanwendung abträglich und führt zu einer Erosion der Wirkungskraft von strafprozessualen Grundprinzipien. Die faktisch vielfältigen strafprozessrechtlichen Wahrheitssuchen, auch in ihrem Verhältnis zu anderen grundlegenden Instituten und den daraus resultierenden Verfahrensstrukturen, werfen zahlreiche Fragen betreffend die Tragweite strafprozessrechtlicher Grundbegriffe und deren Verhältnis zueinander auf. Insbesondere die Einführung von – zumindest in der Form und den praktischen Auswirkungen – neuartigen Verfahrensarten zieht erheblichen theoretischen Klärungsbedarf nach sich. Diese Neuerungen sind, wie nun im dritten und vierten Teil zu zeigen sein wird, auch bezüglich der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche von erheblicher praktischer Relevanz.



Dritter Teil:

**Vertiefung – Beitrag der Verteidigung zur  
strafprozessualen Wahrheitssuche**





## 1. Kapitel: **Gegenstand und Vorgehen**

Im dritten Teil wird auf der Basis der Erkenntnisse der vorangehenden Teile der Frage nachgegangen, worin exakt der Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche zu sehen ist.

Das 2. Kapitel vertieft zunächst, warum die Verteidigungsrechte im Allgemeinen und die Verteidigung im Speziellen integraler Bestandteil der strafprozessualen Wahrheitssuche sind. Dabei werden die normativen Grundlagen nochmals aufgenommen. Es wird dargetan, weshalb Verteidigungsrechte und die Verteidigung im Strafprozess in einem Funktionszusammenhang mit grundlegenden, insbesondere auch formalen, völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben zur strafprozessualen Wahrheitssuche stehen. In einem Zwischenergebnis wird festgehalten, worin unter Berücksichtigung dieser normativen Grundlagen die abstrakte Funktion von Verteidigungsrechten und der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche besteht. Darauf folgt eine Darstellung, was dieses Zwischenergebnis für die Auslegung sämtlicher Institute bedeutet, die mit der Verteidigung und den Verteidigungsrechten zusammenhängen.

Das 3. Kapitel diskutiert, wie sich diese abstrakte Funktion konkret im Verteidigungsverständnis niederschlägt. Damit wird zugleich die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche konkretisiert. Es wird zunächst kurz diskutiert, ob die Verteidigung die Interessen der beschuldigten Person strikt einseitig zu wahren oder mit anderen Gesichtspunkten abzugleichen hat. Hernach wird auf die Frage eingegangen, ob die Verteidigung im Verhältnis zu ihrer Klientin paternalistisch oder partnerschaftlich zu agieren hat, um ihre Funktion bei der strafprozessualen Wahrheitssuche einzulösen. Das 3. Kapitel mündet in einem Zwischenfazit, bevor abschliessend der ganze dritte Teil in einem Fazit zusammengeführt wird.

## 2. Kapitel: **Abstrakte Funktion der Verteidigungsrechte und der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche**

### **A. Verteidigung als integraler Bestandteil der strafprozessualen Wahrheitssuche**

#### **I. Verteidigung zur Absicherung des effektiven Gebrauchs von Verteidigungsrechten**

Greift man die bisher gewonnenen Erkenntnisse zu Beginn der nachfolgenden Vertiefung auf, lässt sich Folgendes festmachen: Im Kern sichern Verteidigungsrechte und die professionelle, institutionalisierte Verteidigung ab, dass die beschuldigte Person Subjekt und nicht Objekt von Verfahren ist, dass die sie entlastenden Gesichts- und Standpunkte ausreichend Berücksichtigung und dass ihre konkreten Interessen Gehör finden.<sup>686</sup> Die völker- und verfassungsrechtlich verankerte, professionelle und wenn nötig unentgeltliche Verteidigung soll dabei Gewähr bieten, dass die Verteidigungsrechte überhaupt effektiv wahrgenommen werden können, die Subjektstellung der beschuldigten Person gewahrt bleibt und die Kontrolle der Verfahrensfairness und der Verfahrensinhalte gewährleistet wird.<sup>687</sup>

Verteidigungsrechte wiederum sollen der beschuldigten Person ermöglichen, ihre Interessen, die sie selber definiert, ins Verfahren einzubringen. Strafprozessuale Wahrheitssuche ist demzufolge grundsätzlich stets Wahrheitssuche im rechtlichen Rahmen eines Verfahrens. Die beschuldigte Person ist dabei Subjekt und nicht Objekt des Verfahrens. Die Wahrheit wird innerhalb und nicht ausserhalb des Verfahrens gesucht. Die Verteidigungsrechte sollen die Subjektstellung der beschuldigten Person, ihre Möglichkeit zur Interessenwahrung und das

---

<sup>686</sup> Vgl. dazu eingehend ESSER, Strafverfahrensrecht, S.374 ff. und S.400 ff.; GAEDE, S.158 ff.; konzis DEMKO, Menschenrecht, S.720 ff.; GARLAND, Waffengleichheit, S.35 ff.; VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 32 Rz. 29 ff.

<sup>687</sup> Dazu auch DEMKO, Menschenrecht, S.720 ff.; ESSER, Strafverfahrensrecht, S.450 ff. und S.474 ff.; GAEDE, S.158 ff.; GARLAND, Waffengleichheit, S.35 ff.; VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 32 Rz. 29 ff.

Einbringen ihrer Entlastungsperspektive ins Strafverfahren institutionalisieren. Damit sollen sie die Realisierung eines rechtlich vermessenen Verfahrens absichern.

Nimmt man die quantitative und qualitative Normdichte als Mass, legen sowohl das Völkerrecht als auch das Verfassungs- und Strafprozessrecht weit mehr Gewicht auf diese schützenden Formen in einem rechtlichen Verfahrensrahmen als auf das Erreichen der strafprozessualen Zielsetzung der materiellen Wahrheit. Bezeichnenderweise wird denn auch erst auf der Ebene der Strafprozessordnung und nicht im Völker- oder Verfassungsrecht ausdrücklich der Wahrheits- oder Untersuchungsgrundsatz nach Art. 6 StPO festgehalten – wohl weil das Streben nach Wahrheit als Ziel weniger gefährdet erscheint als die zum Schutz der strafprozessualen Wahrheitssuche schützende Form.

Aus der Subjektstellung der beschuldigten Person folgt, dass diese, jedenfalls grundsätzlich, aufgrund ihrer konkreten Interessenlage selbst entscheidet, welche der gewährten Verteidigungsrechte sie überhaupt beansprucht. Die Verteidigung wiederum soll die effektive Einlösung dieser Verteidigungsrechte absichern und ist deshalb wie auf der Ebene der Strafprozessordnung Art. 128 StPO festhält, *allein* den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet. Die Verteidigung soll dadurch gewährleisten, dass die beschuldigte Person überhaupt von den ihr zustehenden Verteidigungsrechten zielführend Gebrauch machen kann. Dies setzt im Innenverhältnis die Aufklärung der beschuldigten Person über ihre Rechte voraus,<sup>688</sup> die Verteidigung ihrerseits benötigt Kenntnisse über die konkreten Interessen der beschuldigten Person. Auf dieser intern geklärten Basis wahrt die Verteidigung im Aussenverhältnis die Verteidigungsrechte für die beschuldigte Person.

Es wird demnach ganz grundsätzlich davon ausgegangen, dass das kontradiktorische Verfahren mit Verteidigungsrechten, die von einer institutionell abgesicherten und professionellen Verteidigung wahrgenommen werden, die strafprozessuale Wahrheitssuche erst konstituiert.<sup>689</sup> Mittelbar dienen die verankerten Verteidigungsrechte und die einseitige Entlastung durch die professionelle, institutionalisierte Verteidigung damit auch der Unschuldsvermutung, die zu den zentralsten Normen im Strafverfahren, ja der ganzen Rechtsordnung zählt.<sup>690</sup> Die völker- und verfassungsrechtlich verankerten Verteidigungsrechte und deren

---

<sup>688</sup> Zur Aufklärungspflicht des Anwalts eingehend BERNHART, S. 211 ff.

<sup>689</sup> Diesen Aspekt betont konzis HASSEMER, Funktion, S. 143 ff.; vgl. eingehend DEMKO, Menschenrecht, S. 720 ff.; ESSER, Strafverfahrensrecht, S. 374 ff. und S. 400 ff.; GAEDE, S. 158 ff.; GARLAND, Waffengleichheit, S. 35 ff.; VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 32 Rz. 29 ff.

<sup>690</sup> Prägnant WELP, S. 814 f.; eingehend zur Unschuldsvermutung TOPHINKE; Zum Zusammenspiel zwischen Verteidigungsrechten nach der EMRK und der Unschuldsvermutung auch ESSER, Strafverfahrensrecht, S. 374 ff. und S. 400 ff.; GAEDE, S. 818 ff.; vgl. auch SCHUBARTH, Unschuldsvermutung, S. 8 ff., der das Recht auf Schweigen aus der Unschuldsvermutung ableitet. Spuren, die auf die Unschuldsvermutung hinweisen, sind relativ alt: TOPHINKE S.3 ff. Bereits vor rund 400 Jahren galt beispielsweise beim damaligen Basler Stadtkonsulenten, «dass besser seye, zehen Schuldige, die man nicht genugsam überzeugen kann, laufen zu lassen, als einen Unschuldigen zu verdamen (zitiert nach SUTER, S. 226 f.). Zur Unschuldsvermutung in rechtsvergleichender Perspektive STUCKENBERG, der überdies den Zusammenhang zwischen Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechten explizit herausarbeitet (S. 88 f.).

Absicherung durch die Verteidigung sowie die Verfahrensvorschriften sind deshalb als Bestandteil eines Netzwerks von miteinander verbundenen Strafverfahrensgrundsätzen anzusehen. Diese Normen sollen insgesamt gewährleisten, dass nur derjenige verurteilt werden kann, dessen Schuld in einem fairen Verfahren mit ausreichenden Möglichkeiten, seine eigenen Interessen und entlastende Gesichtspunkte einzubringen, tatsächlich nachgewiesen wird.

Fasst man die oben skizzierten normativen Grundlagen zusammen, lässt sich festhalten, dass nach der Konzeption des Strafprozessrechts ohne Verteidigungsrechte und ohne die Mitwirkung der Verteidigung zu deren Absicherung keine kontradiktorische Wahrheitssuche stattfände. Die Entlastungsperspektive, die Interessenwahrung und die Subjektstellung der beschuldigten Person wären nicht sichergestellt.<sup>691</sup> Die strafprozessuale Wahrheitssuche wäre unvollständig und mangelhaft; die dem Schutz der Subjektstellung der beschuldigten Person dienende Form, die Wahrnehmung ihrer Interessen und ihrer Entlastungsperspektive drohten unterminiert zu werden.<sup>692</sup>

Die rechtsstaatliche, strafprozessuale Wahrheitssuche bedarf daher nicht nur der Verteidigungsrechte, sondern grundsätzlich auch der professionellen Verteidigung; denn ohne institutionalisierte Verteidigung drohen insgesamt die Verteidigungsrechte tot Buchstabe bleiben. Um die Worte MAX ALSBERGS zu Beginn dieser Untersuchung aufzugreifen, ist die Verteidigung damit «ein schöpferisches, sicherndes und deshalb unentbehrliches Prinzip der Wahrheitsfindung».<sup>693</sup> Ohne ihre Mitwirkung am Verfahren wäre der Griff der Strafjustiz nach der Wahrheit – mit ALSBERG – hochgemut und voreilig.<sup>694</sup> Denselben Gedanken formuliert der Schweizer LORENZ GARLAND zeitgemässer; ihm wird vorliegend trotz des Vorbehaltes gegen den Begriff der Waffengleichheit<sup>695</sup> inhaltlich grundsätzlich gefolgt: «Das Waffengleichheitsprinzip dient nicht nur den individuellen Interessen der beschuldigten Person an der Wahrung ihrer Autonomie, sondern steht überdies in einem öffentlichen Interesse. Das Prinzip der Waffengleichheit soll strafrechtliche Entscheidungen legitimieren, indem es verfahrensrechtlich sicherstellt, dass die Verteidigungsrechte in wirksamer Weise zur Geltung gelangen.»<sup>696</sup>

---

<sup>691</sup> Dazu DEMKO, Menschenrecht, S. 720 ff.; konzis MÜLLER-DIETZ, ZStW, S. 1177 ff.; WELP, S. 814 f.

<sup>692</sup> Dazu DEMKO, Menschenrecht, S. 720 ff.; STUCKENBERG, S. 88 f.; vgl. bereits WELP, S. 814 f.; sodann auch KRAUSS, recht 1999, S. 119. Vgl. nach wie vor grundlegend und prägnant für die Funktion des Anwalts im Rechtsstaat bei der gerichtlichen Wahrheitssuche MÜLLER, Funktion, S. 11 f.

<sup>693</sup> ALSBERG, Philosophie, S. 554.

<sup>694</sup> ALSBERG, Philosophie, S. 554.

<sup>695</sup> Obzwar ich der damit verbundenen Konzeption und den Schlussfolgerungen von GARLAND inhaltlich grösstenteils folge, halte ich die Suggestion des Begriffs der Waffengleichheit für problematisch: Strafverfahren bewegen sich stets in einer Machtasymmetrie, die beschuldigte Person ist strukturell stets in einer schwächeren Position als die Strafjustiz. Deshalb erachte ich es zwecks Vermeidung von Missverständnissen als sinnvoller, von einer kontradiktorischen Verfahrensanlage zu sprechen.

<sup>696</sup> GARLAND, Waffengleichheit, S. 62.

## II. Tendenz zur Marginalisierung von Verteidigungsrechten und der Verteidigung

Indessen besteht, wie bereits oben dargestellt, eine Tendenz der Strafprozessrechtswissenschaft und vor allem der Praxis, mit der Verpflichtung des Strafverfahrens auf materielle Wahrheit und der Vorstellung, die Verteidigung sei dabei Hindernis, wider Verteidigungsrechte und die Mitwirkung der Verteidigung zu streiten. Insbesondere Strafverfolgungsbehörden fassen die Arbeit der Verteidigung «oft als unwillkommene Störung ihrer Ziele und als Versuch auf, ihre doch so edlen Absicht zu durchkreuzen».<sup>697</sup>

Zwar garantiert Art. 128 StPO auf einer grundsätzlichen Ebene die einseitige Interessenwahrung der Verteidigung für die beschuldigte Person im Rahmen der Rechtsordnung. Der Verteidigung kommt allerdings im hiesigen Strafprozess, wie im Verlauf der Arbeit noch zu zeigen ist, nach wie vor in der faktischen Umsetzung vielfach nicht die völker- und verfassungsrechtlich angelegte, verfahrenstragende Rolle zu.<sup>698</sup> Ob und inwieweit Verteidigungsrechte und die Verteidigung tatsächlich Wirkung entfalten, hängt zum einen von der grundsätzlichen Verfahrensstruktur ab. Zum anderen spielt die Summe sämtlicher rechtspolitischen und rechtsdogmatischen Entscheidungen zu allen Einzelfragen, die mit Verteidigungsrechten und der Verteidigung in Zusammenhang stehen, eine entscheidende Rolle.

Der vierte Teil dieser Abhandlung geht daher der Frage nach, inwiefern die Verteidigung ihre normativ verankerte Funktion, den Gebrauch der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person abzusichern, in der Praxis der strafprozessualen Wahrheitssuche tatsächlich einlösen kann. Er diskutiert – anhand der Mindeststandards der Verteidigung, ihrer rechtlichen Grenzen, der eingangs dieser Abhandlung referierten Beispiele sowie der verschiedenen Verfahrensarten und deren grundsätzlicher strafprozessualer Charakteristik – die Kluft zwischen normativer Anlage und tatsächlicher strafprozessualer Umsetzung der Verteidigungsrechte und der Verteidigung. Zudem werden alternative Argumente zu den jeweiligen Themen sowie Änderungsvorschläge präsentiert, mit denen die Absicherung der Verteidigungsrechte durch die Verteidigung, und damit ihre Funktion bei der strafprozessualen Wahrheitssuche, effektiver eingelöst werden könnte.

## III. Zwischenfazit

Die strafprozessuale Wahrheitssuche in Einzelfällen und die Gewährleistung von einzelnen Verteidigungsrechten im strafprozessualen Alltag müssen sich stets an der dargestellten völker-, verfassungs- und strafprozessrechtlichen Vorgabe messen lassen: Ohne Verteidigungsrechte und Verteidigung zu deren Absicherung bleibt die strafprozessuale Wahrheitssuche unvollständig. Das Insistieren auf strafprozessualen Formen und Verteidigungsrechten durch

---

<sup>697</sup> MÜLLER, ZStrR 1996, S. 176.

<sup>698</sup> Gl. M. WOHLERS, forumpoenale 3/2019, S. 208; vgl. dazu auch PIETH, Strafverteidigung, S. 10f. und S. 33 ff. Insofern ist die Aussage von MÜLLER, Funktion, S. 11, es sei seit Abschaffung des Inquisitionsprozesses leitendes Gedankengut, dass Recht und Wahrheit nur in einer diskursiven Auseinandersetzung gefunden werden können, in einer rechtstatsächlichen Betrachtung allzu optimistisch; das Recht auf Gegenrede bleibt nach wie vor prekär.

die Verteidigung torpediert daher die Wahrheitssuche nicht. Im Gegenteil: Sie stellen die normativ verankerte, strafprozessuale Wahrheitssuche mit der beschuldigten Person als Verfahrensobjekt erst sicher. Denn das Strafprozessrecht etabliert mit den Verteidigungsrechten und der Verteidigung bewusst eine «soziale Gegenmacht»<sup>699</sup> und verankert dadurch, dass widerstreitende Gesichtspunkte artikuliert werden können. Die Verteidigungsrechte und deren Absicherung durch die Verteidigung sollen daher ein Recht garantieren, das willkürliche Machtausübung limitiert und damit – in Anlehnung an das Bonmot von HERMANN KLENNER – nicht nur Mittel, sondern auch Mass von Macht ist.<sup>700</sup> Denn auch die Strafjustiz ist nicht vor Fehlleistungen gefeit.<sup>701</sup>

Gleichzeitig legitimieren die Wahrnehmung von Verteidigungsrechten und die einseitige Verteidigung auch die Rechtsstaatlichkeit des Strafprozesses. Jedes Insistieren auf Verteidigungsrechten, jede im Verfahren vorgebrachte Kritik am Verfahren als solches und an den Inhalten des Verfahrens, jedes Rechtsmittel, insgesamt jedes Verteidigungshandeln, sei es noch so harsch und grundsätzlich, trägt daher bei einer rechtsstaatlichen strafprozessualen Wahrheitssuche gleichzeitig den Keim der legitimierenden Affirmation in sich.<sup>702</sup> Verteidigungsrechte und die Verteidigung konstituieren das kontradiktorische Prinzip und die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens mit und gewährleisten, dass die beschuldigte Person nicht Verfahrensobjekt wird, sondern als Verfahrensobjekt respektiert wird und ihre Interessen einbringen kann.

Sofern daher Demokratie nicht nur als Legitimationsinstrument der Herrschaft, sondern als eine Gesellschaftsform verstanden wird, die auf den (rechtlichen) Abbau von Herrschaft hinzielt und für die Partizipation sowie eine Vielzahl von prägenden Perspektiven statt einem Wahrheitsmonopol von Experten konstitutiv sind,<sup>703</sup> kommt ausgebauten Verteidigungsrechten und einer wirkungsvollen professionellen Verteidigung daher nicht nur eine rechtsstaat-

---

<sup>699</sup> So die treffende Formulierung von HOLFORT, S. 78 ff.

<sup>700</sup> KLENNER, Historisierende, S. 112; KLENNER, Rechtsstaat, S. 49.

<sup>701</sup> Die rechtspsychologische und rechtsoziologische Forschung zeigt immer wieder, dass zahlreiche ausserjuristische Gründe zu einem erheblichen Anteil Einfluss auf die staatsanwaltschaftliche und richterliche Entscheidungsfindung nehmen. Klassisch LAUTMANN; sodann auch KAHNEMANN/SIBONY/SUNSTEIN; KALENSCHER. Nach wie vor sind solche Studien spezifisch für die Schweiz eher rar, vgl. aber immerhin aus der jüngeren Literatur SCHWEIZER; Kognitive Täuschungen; SCHWEIZER, Justice – Justiz – Giustizia 2006; SCHWEIZER, Justice – Justiz – Giustizia 2007; SCHWEIZER, Justice – Justiz – Giustizia 2008; SCHWEIZER, Justice – Justiz – Giustizia 2009.

<sup>702</sup> Zu dieser streitbaren Dimension der Verteidigung prägnant JOSET, Anwaltsrevue.

<sup>703</sup> Die internationale demokratietheoretische Literatur ist unübersehbar. In der Schweiz wird oder wurde von vielen namhaften Autoren zumindest ein Demokratieverständnis vertreten, das im weitesten Sinne auf eine umfassende Demokratisierung der Gesellschaft hinzielt. Vgl. aus der Rechtswissenschaft BÄUMLIN; MASTRONARDI; MÜLLER, Gerechtigkeit; MÜLLER, Mensch; MÜLLER, Verfassung; vgl. aus der schweizerischen politischen Philosophie MARTI; ausserdem der Sammelband des Thinktanks Denknetz, DAELLENBACH/RINGGER/ZWICKY. Die Einsicht, dass eine kontradiktorische Verfahrensanlage Wahrheit eher zutage fördert als ein einseitig-autoritäres Vorgehen, korrespondiert mit der philosophischen Erkenntnis um die Bedeutung des Ringens und Suchens nach Wahrheit (dazu Zweiter Teil, 4. Kapitel, B. Fragmente aus der Wahrheit- und Wissenschaftstheorie). So gesehen ist eine kontradiktorische Wahrheitssuche in der Wissen-

liche, sondern auch eine demokratisierende Bedeutung zu. Wenn der deutsche Strafverteidiger GERHARD JUNGFER daher – in einer durchaus etwas martialischen Formulierung – festhält, die Verteidigung sei die Speerspitze der Demokratie,<sup>704</sup> ist dies im Ergebnis richtig. Im Kern geht es bei der Ausgestaltung von Strafverfahren zentral darum, inwieweit Wahrheit primär einseitig von der Strafjustiz allein oder aber unter Gewährung von Partizipationsmöglichkeiten im kontradiktorischen Zusammenspiel mit den Betroffenen beziehungsweise ihrer Verteidigung gesucht wird. Die Vorstellung von strafprozessualer Wahrheitssuche, die rechtsstaatliche Qualität und die demokratisch geprägte Kultur von Strafverfahren stehen damit in einem wechselseitigen inneren Zusammenhang.

Zusammenfassend ergibt sich daraus «die oft übersehene Erkenntnis, dass die auf subjektive Interessenwahrung fixierte Strafverteidigung der Wahrheitsfindung und damit dem Rechtsstaat selbst dient»<sup>705</sup>. Denn «[i]n einem Strafverfahren, das nicht (länger) obrigkeitsstaatlich strukturiert ist, sondern den Bürger durch die Unschuldsvermutung in einem rechtlichen Status als ein selbständiges Rechtssubjekt anerkennt und ernst nimmt, kann der Prozess der Wahrheitsfindung nicht über den Kopf des Beschuldigten hinweg ablaufen».<sup>706</sup>

Die Umsetzung dieser normativen Vorgaben, das Ausmass der real einlösbaren Verteidigungsrechte sowie die allen Rechtsunterworfenen effektiv gewährten Möglichkeiten der Verteidigung sind daher im praktischen Resultat ein Gradmesser für die rechtsstaatliche und demokratische Qualität des Strafprozessrechts, als einem hinsichtlich der Grundrechte besonders sensiblen Bereich der Rechtsordnung.

## **B. Konsequenz für die Auslegung sämtlicher mit Verteidigung und Verteidigungsrechten in Zusammenhang stehender Rechtsinstitute**

Verteidigungsrechte und das Institut der Verteidigung sind – wie wiederholt erwähnt – in ihrer grundsätzlichen Ausgestaltung bereits im Völker- und Verfassungsrecht gewährleistet und sodann im Strafprozessrecht relativ detailliert geregelt. Sie sind daher tief und grundlegend in der Systematik des Strafprozesses eingeschrieben. Verteidigungsrechte und das Recht auf Verteidigung sind der Wahrheitssuche des Strafprozessrechts auf einer grundsätzlichen, systematischen Ebene als integraler Bestandteil inhärent. Die rechtsstaatliche Qualität des Strafverfahrens hängt letztlich wesentlich davon ab, wie diese Grundsätze bei Einzelfragen eingelöst und umgesetzt werden.

Dies zeitigt nicht nur Folgen bei der Auslegung hinsichtlich des nachfolgend darzustellenden Verteidigungsverständnisses, sondern wirkt sich auch aus bei der sich stetig fortentwickelnden Konkretisierung und Auslegung der gesamten Strafprozessordnung, namentlich

---

schaft auch Teil einer demokratischen (Wissenschafts-)Kultur, was nachgerade FEYERABEND in seinem gesamten Werk hervorhob.

<sup>704</sup> JUNGFER, Annäherung, S. 183.

<sup>705</sup> JEKER/DROLL, S. 215.

<sup>706</sup> WOHLERS, Förmlichkeit, S. 601.

im Bereich der mit Verteidigung und Verteidigungsrechten betrauten Institute: An dieser Vorgabe und ihrer praktischen Umsetzung misst daher der vierte Teil der Arbeit die Mindeststandards und Grenzen der Verteidigung, die fünf eingangs referierten Beispiele, die verschiedenen Verfahrensarten der Strafprozessordnung sowie ihre grundsätzliche Charakteristik. Bereits weiter oben, im zweiten Teil, wurde Bezug auf die juristische Auslegung genommen.<sup>707</sup> Im vorliegenden Zusammenhang soll nicht erneut die weit verzweigte juristische Methodendiskussion referiert werden. Es reicht, daran zu erinnern, dass der Wortlaut eines Rechtssatzes der Ausgangspunkt jeder Auslegung ist.<sup>708</sup> Führt dieser allein nicht zum Ergebnis, so sind sämtliche strafprozessualen Normen unter systematischer Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung einschliesslich des Völker- und Verfassungsrechts und im Kontext der strafprozessrechtlichen Grundsatznormen auszulegen.<sup>709</sup>

Die dargestellte Funktion von Verteidigungsrechten und der Verteidigung als Bestandteil und Garantin der strafprozessualen Wahrheitssuche ist bei der Auslegung dogmatischer Fragen, welche Verteidigungsrechte und die Verteidigung unmittelbar oder mittelbar betreffen, immer mitzudenken und in die Güterabwägung mit anderen Gesichtspunkten einzubeziehen. Bei der Behandlung der rechtlichen Einzelprobleme ist Bezug darauf zu nehmen. Das Telos von Verteidigungsrechten und Verteidigung ist stets in seinen systematischen Bezügen zu den dargestellten Grundsätzen der Rechtsordnung in Erinnerung zu rufen.

---

<sup>707</sup> Zweiter Teil, 2. Kapitel, A. «Wille» des historischen Gesetzgebers.

<sup>708</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 422 ff.; SCHROTH, S. 270 ff.

<sup>709</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, S. 422 ff.; SCHROTH, S. 270 ff.



### 3. Kapitel: **Konkrete Umsetzung der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche im partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis**

#### **A. Welches Verteidigungsverständnis?**

Die abstrakte Funktion der Verteidigung konkretisiert sich in deren Handeln. Die Ausübung ihrer beruflichen Obliegenheiten wiederum hängt vom Grundverständnis zur Rolle der Verteidigung hinsichtlich der Wahrung der Subjektstellung sowie zur Interessenwahrung und zur Absicherung der Entlastungsperspektive der beschuldigten Person ab. Zu klären ist daher zunächst, ob die Verteidigung strikt einseitig zugunsten der beschuldigten Person zu agieren oder auch noch andere Gesichtspunkte zu berücksichtigen hat.

Im Zentrum steht sodann die Frage, ob die Verteidigung bei ihren Handlungen im Aussenverhältnis in der Wahrnehmung von Verteidigungsrechten weisungsgebunden ist und ihr Vorgehen mit der beschuldigten Person im Innenverhältnis abzusprechen hat und, wenn ja, inwieweit. Konkreter gefragt: Hat die Verteidigung jede Handlung im Aussenverhältnis mit ihrer Mandantin im Detail abzusprechen oder wahrt und definiert sie deren Interessen oder sogar das Prozessziel im eigenen beruflichen Ermessen? Oder hat sie im Sinne eines Mittelweges bloss das Prozessziel mit der beschuldigten Person festzulegen, ist in der Wahl der taktischen Mittel aber mehr oder weniger frei? Wer legt im Konfliktfall fest, wie die Verteidigung die Verteidigungsrechte im Verfahren abzusichern hat?

Im Kern geht es darum, ob für die Verteidigung ein partnerschaftliches oder ein paternalistisches Berufsverständnis gilt. Diese zweite Entscheidung hat Implikationen sowohl im Innenverhältnis (hinsichtlich der Fürsorge- und Beratungspflicht) als auch im Aussenverhältnis (bezüglich Mitwirkungs- und Kontrollpflicht).<sup>710</sup> Sie hat damit einen erheblichen Einfluss darauf, wie die Verteidigung die Subjektstellung der beschuldigten Person, deren Interessen und deren Entlastungsperspektive konkret wahrt. Die Antwort folgt, wie zu zeigen ist, we-

---

<sup>710</sup> Zur üblichen Einteilung sämtlicher Verteidigungsobliegenheiten in diese vier Pflichten einführend und prägnant KRAUSS, recht 1999, S. 119; sodann auch ALBRECHT, Funktion, S. 21 ff.; ARQUINT, S. 180 ff.; BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, S. 38 ff.

sentlich aus dem oben dargestellten Funktionsverständnis der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche.

## **B. Einseitige Interessenvertretung der Verteidigung als Dienst am Recht**

Bis in die Siebzigerjahre des 20. Jahrhunderts sah sich in der Schweiz der überwiegende Teil der Anwaltschaft eher als Diener des Rechts im Sinne einer objektiven Rechtsfindung und weniger als pointiert-einseitige Interessenvertretung der beschuldigten Person als Prozesssubjekt. Die Verteidigung war in ihrem beruflichen Selbstverständnis primär Teil der Justiz oder Organ der Rechtspflege. Die Mitwirkung als entlastender, zugleich aber einem geordneten Gang des Strafverfahrens verpflichteter Fürsprecher der beschuldigten Person war handlungs- und wegleitend. Entsprechend wurde die einseitige Interessenwahrung der Beschuldigten stets mit einem reibungsfreien Ablauf der Verfahren abgeglichen.<sup>711</sup> Dieses Verständnis der Verteidigung führte zu latent widersprüchlichen Postulaten. So wurde beispielsweise vertreten, die Stellung der Verteidigung als Organ in der Rechtspflege gebiete, alles zum Ausdruck zu bringen, was einem Schuldspruch entgegenstehe, verbiete aber gleichzeitig, die Interessen des Beschuldigten gegen diejenigen der Rechtsgemeinschaft auszuspielen.<sup>712</sup>

Eine junge Generation von Strafverteidigenden entwickelte in den Siebziger- und Achtzigerjahren des 20. Jahrhunderts ein neues Verteidigungsverständnis. An die Stelle einer objektiven oder objektivierten Gehilfenschaft zur Rechtsfindung setzte sie eine konsequent einseitige Parteinahme für die Interessen der beschuldigten Person und für deren Rechte, unabhängig von einer allfälligen Schuld und unter Inkaufnahme von Konflikten mit der Strafjustiz. Die pointierte Wahrung der Interessen der eigenen Klientenschaft stand nach diesem Verständnis im Vordergrund. Einzig darin wurde nun der Dienst am Recht gesehen. Der ungestörte Verfahrensablauf beziehungsweise die Zugehörigkeit zur Justiz als Organ der Rechtspflege rückte in den Hintergrund.<sup>713</sup> Das latente Spannungsverhältnis zwischen einseitiger Partei-

---

<sup>711</sup> Zum Ganzen BERNARD, plädoyer2011 S. 12 ff.; BERNARD, Forum Recht 2012, S. 28 ff.; BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, S. 20 ff.; RECHTSAUSKUNFT ANWALTSKOLLEKTIV, S. 13 ff.; illustrativ zu diesem früheren Selbstverständnis der Strafverteidigung beispielsweise VON RECHENBERG, S. 15 ff.; weiterführend zur Wandlung der anwaltlichen Rolle über mehrere Jahrhunderte PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE, vgl. hier insbesondere S. 99 ff. für die Entwicklung nach dem zweiten Weltkrieg bis Ende der Neunzigerjahre des 20. Jahrhunderts. Nach wie vor lesenswert zur Geschichte der Verteidigung bis 1920 PFENNINGER, Stellung, S. 165 ff., bzw. ausführlich bis 1941 ZUBER, S. 11–61.

<sup>712</sup> BANNWART, Stellung, S. 8 f. Nicht übersehen werden darf, dass dieses Berufsverständnis noch lange nachwirkte; exemplarisch LEVI, S. 179 ff.

<sup>713</sup> Zum Ganzen BERNARD, plädoyer2011, S. 12 ff.; BERNARD, Forum Recht 2012, S. 28 ff.; BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, S. 20 ff.; RECHTSAUSKUNFT ANWALTSKOLLEKTIV, S. 13 ff. Vgl. auch PIETH, Strafverteidigung, S. 9, der 1984 darauf aufmerksam machte, dass es einen eigentlichen Strafverteidigerstand in der Schweiz ohnehin erst in Ansätzen gebe. In Deutschland entwickelte sich zeitgleich ein ähnliches Verteidigungsverständnis, das allerdings an eine Verteidigungstradition anknüpfen konnte, die bereits in der Weimarer Republik gepflegt worden war

nahme für die beschuldigte Person als Verfahrenssubjekt und dem Selbstverständnis als an einem geordneten Verfahrensgang mitwirkendes Organ der Rechtspflege wurde zugunsten der ersteren entschieden.

Die Justiz reagierte teilweise harsch auf dieses neue berufliche Selbstverständnis: Die Zürcher Verteidigerin BARBARA HUG wurde disziplinarisch gebüsst, weil sie 1978 in der Broschüre «Strafuntersuchung – was tun?» unter der Herausgeberschaft des Zürcher Anwaltskollektivs eine Anleitung veröffentlicht hatte, wie sich die beschuldigte Person in einer Strafuntersuchung am besten verhält.<sup>714</sup> Die Berner Justiz ging noch weiter und entzog vier Anwälten lebenslang das Patent aufgrund ihrer «fragwürdigen Gesinnung» und ihres «unwürdigen Benehmens», weil sie sich im Gerichtssaal und mittels Pressekonferenzen in den sogenannten Pruntruter Terroristenprozessen zu dezidiert für ihre Klienten eingesetzt hätten und sich überdies politisch mit ihnen solidarisierten.<sup>715</sup> Dieses Urteil führte zu einem wegweisenden Entscheid des Bundesgerichts. Der Entscheid BGE 106 Ia 100 definierte die Rolle der Verteidigung erstmals als einseitige Verfechterin von Parteiinteressen:

«Die Bezeichnungen «Diener des Rechts» und «Mitarbeiter der Rechtspflege» bedeuten aber nicht, dass der Anwalt wie der Richter auf die objektive Wahrheitsfindung und Rechtsanwendung verpflichtet sei. Wohl trägt seine Tätigkeit zur Verwirklichung des objektiven Rechts bei, indem namentlich davon ausgegangen wird, dass der Richter umso sicherer zum richtigen Urteil finde, je besser die widerstreitenden subjektiven Rechtspositionen vertreten werden. Der Anwalt ist aber nicht staatliches Organ und auch nicht «Gehilfe des Richters», sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig. Das gilt insbesondere für den Strafverteidiger. Ihm obliegt es, dem staatlichen Strafanspruch entgegenzutreten und auf ein freisprechendes oder möglichst mildes Urteil hinzuwirken. Damit erfüllt er die ihm als «Mitarbeiter der Rechtspflege» zukommende Aufgabe.»

Dieses höchstrichterliche Verdikt klärte die Aufgabe der Verteidigung im Grundsatz und beantwortete damit die erste, eingangs gestellte Frage deutlich: Die Verteidigung hat sich im Rahmen der rechtlichen Grenzen vollumfänglich und allein für die Interessen und Rechte der beschuldigten Person einzusetzen und ist niemandem sonst verpflichtet. Sie tritt dem staatlichen Strafanspruch entgegen und hat einen für den Klienten möglichst günstigen Verfahrensausgang zu erwirken.<sup>716</sup> Das latente Spannungsverhältnis zwischen der Wahrung der

---

(JUNGFER, Weimarer Republik, S. 5 ff.). Ob es bereits in der Zwischenkriegszeit zu Einflüssen des deutschen auf das schweizerische Strafverteidigungsverständnis gekommen ist, ist soweit ersichtlich unerforscht.

<sup>714</sup> BERNARD, plädoyer 2011, S. 13.; BERNARD, Forum Recht 2012, S. 28 f.; BERNARD, plädoyer 2022; RECHTSAUSKUNFT ANWALTSKOLLEKTIV, S. 13 ff. Zum Selbstverständnis von BARBARA HUG als Verteidigerin HUG, Moral, S. 57 ff.

<sup>715</sup> BERNARD, plädoyer 2011 S. 13; BERNARD, Forum Recht 2012, S. 28 f.

<sup>716</sup> Rund ein Vierteljahrhundert später fand diese Rechtsprechung dann auch einen entsprechenden Niederschlag in Art. 128 der eidgenössischen Strafprozessordnung. Interessanterweise hielt der Rechts- und Sozialphilosoph OTFRIED HÖFFE, der damals in Fribourg lehrte, nahezu zeitgleich zum erwähnten Bundesgerichtsentscheid in einem am 7. Juli 1985 vor dem Bernischen Anwaltsverein gehaltenen Vortrag ausdrücklich fest, in der einseitigen Interessenwahrung durch den An-

Klienteninteressen bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Interessen der Rechtsgemeinschaft wurde damit im Kern aufgelöst. Der Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche, insbesondere durch die strikt einseitige Interessenwahrung, wurde anerkannt. Exakt darin liegt der Dienst der Verteidigung am Recht. Folgerichtig wurde dieser zentrale Grundsatz rund 30 Jahre später mit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung in Art. 128 StPO auch kodifiziert, indem ausdrücklich festgehalten wird, die Verteidigung sei *allein* den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet

## C. Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis

### I. Offene Frage: Paternalistisches oder partnerschaftliches Verteidigungsverständnis?

Trotz dieses eindeutigen Leitentscheides blieben das Selbstverständnis und die Literatur zur Verteidigung teilweise – zumindest latent – weiterhin von paternalistischen Haltungen geprägt und damit die zweite der eingangs aufgeworfenen Fragen nach wie vor offen. Der Schritt von der konsequent einseitigen Parteinahme für die Interessen des eigenen Klienten hin zur Definition dieser Interessen durch den Klienten wurde (noch) nicht konsequent vollzogen. Verteidigen heisst in einem weiterhin existierenden paternalistischen Berufsverständnis, die Rechte der beschuldigten Person, trotz der Verpflichtung auf einseitige Parteinahme, allenfalls auch über ihren Kopf hinweg zu wahren. Welche Verteidigungsrechte die Verteidigung wann und wie zu wahren hat, entscheidet nach dieser Auffassung im Ergebnis die Verteidigung und nicht die Klientin selber.<sup>717</sup> Die Verteidigung ist demnach zwar nicht mehr den Interessen der Rechtsgemeinschaft verpflichtet, gleichzeitig aber nicht derart weisungsgebunden, dass der Klient allein bestimmt, welche Interessen effektiv zu wahren sind und wie von Verteidigungsrechten effektiv Gebrauch zu machen ist. Die Verteidigung soll damit zwar die Verteidigungsrechte absichern; ihr und nicht dem Klienten kommt dabei letztlich die Definitionsmacht zu, wie sie dabei vorgeht.

Diese Haltung wiederum ist vom historischen Bild der Verteidigung geprägt. Ein Blick um rund 100 Jahre zurück illustriert die Wurzeln dieses Verteidigungsverständnisses: HANS PFENNINGER betonte in den Zwanzigerjahren des 20. Jahrhunderts, dass die Verteidigung der Anklage dezidiert und einseitig entgegenzutreten habe. Er bestand aber gleichzeitig darauf, dass der Träger der Verteidigung nicht Mandatar des Angeklagten, sondern von dessen Willen unabhängig sei.<sup>718</sup> Die notwendige Verteidigung sei, anders als der Zivilanwalt, nicht im Einzelinteresse des Angeklagten tätig, sondern dürfe als Vertreterin des Gemeininteresses durch den Willen des Angeklagten nicht in ihrer Aktionsfreiheit gestört werden.<sup>719</sup> Sein

---

walt liege dessen unverzichtbarer Beitrag zur konkreten Gerechtigkeit (HÖFFE, König, S. 21). Damit lieferte er vor der betroffenen Berufsgruppe als Zuhörerschaft sozusagen die rechtsphilosophische Legitimation für deren konsequent einseitiges Einstehen für ihre Klientinnen.

<sup>717</sup> Zum Meinungsstand WOHLERS, ZStrR 2012, 55 ff.

<sup>718</sup> PFENNINGER, Stellung, S. 180 f.

<sup>719</sup> PFENNINGER, Stellung, S. 163 ff.

Schüler WALTER ZUBER folgte diesem Standpunkt in seiner Dissertation aus dem Jahr 1941 dezidiert und vertiefte ihn argumentativ.<sup>720</sup> Mit diesem Postulat kommt zum Ausdruck, dass die Verteidigung lange Zeit eben gerade nicht als Parteivertretung, sondern als Organ der Rechtspflege verstanden wurde, das als institutionalisierter, kontradiktorischer Widerpart zur Anklage primär entlastende Gesichtspunkte einzubringen hat. Latente Nachwirkungen dieser Definition der Beschuldigteninteressen sind bis heute zumindest teilweise spürbar.

Die Literatur aus den Achtzigerjahren des 20. Jahrhunderts, kurz vor dem wegweisenden BGE 106 Ia 100, sprach zwar schon seltener davon, dass die Verteidigung die Strategie festlege und weder unkritisches Sprachrohr des Beschuldigten noch weisungsgebunden sei. Sie blieb jedoch teilweise zumindest implizit paternalistisch geprägt und löste den Widerspruch zwischen der Verteidigung nach Gutdünken des Anwalts einerseits und den Vorgaben des Klienten andererseits nicht konsequent auf.<sup>721</sup> Allerdings gab es schon damals durchaus Wortmeldungen, wonach die Anwältin grundsätzlich an die Weisungen des Klienten gebunden sei, sofern diese nicht haltlos, aussichtslos, rechtlich unmöglich oder unzumutbar seien.<sup>722</sup>

Das jüngere Schrifttum weist nun vermehrt auf den notwendigen Einbezug der Mandantin hin. Der Akzent wird je nach Autorin stärker oder schwächer auf die Absprache mit dem Klienten gelegt. Im Detail ungeklärt bleibt indessen, wann und unter welchen Voraussetzungen die Instruktion der beschuldigten Person Vorrang vor der persönlichen Auffassung der Verteidigung hat. Diese Frage bleibt im Ergebnis – trotz der eindeutigen Verpflichtung der Verteidigung in Art. 128 StPO auf alleinige Wahrung der Interessen ihrer Mandantin – Eigentümlich unentschieden.<sup>723</sup> Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht tendenziell davon aus, die Verteidigung habe das Interesse der beschuldigten Person konsequent einseitig zu wahren, sie müsse indessen nicht die strategischen Wünsche ihrer Mandantin übernehmen, sondern solle primär selber das strategische Vorgehen festlegen.<sup>724</sup> Das Bundesgericht

---

<sup>720</sup> ZUBER, S. 70 ff., S. 82 f.

<sup>721</sup> Vgl. beispielsweise NOLL, S. 181, der festhält, die Verteidigung sei berechtigt, nicht aber verpflichtet, den Willen ihres Klienten zu respektieren.

<sup>722</sup> So etwa OBRECHT, S. 75.

<sup>723</sup> Für eine konsequente Bindung an die Instruktion des Klienten sprechen sich tendenziell u.a. aus: ALBRECHT, Funktion, S. 20 ff.; BAUMGARTNER, S. 308; BERNARD/BLUM, S. 470; BERNARD, ZStR 2013, S. 97; CR CCP-HARARI Art. 128 N. 12 ff.; ERNI, forumpoenale 4/2018, S. 283 ff.; RUCKSTUHL, Vertretung, S. 82 ff.; eingehend WOHLERS, ZStR 2012, S. 70 ff. Andere Autoren vertreten dagegen weiterhin die Auffassung, die Verteidigung sei nicht schrankenlos an die Anweisungen des Klienten gebunden, so etwa JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 16 ff.; RIKLIN, Kommentar, Art. 128 N. 1 ff.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 304 ff.

<sup>724</sup> Vgl. statt vieler BGer vom 16. Oktober 2018, 1B\_397/2018, Erw. 2.2., BGE 126 I 211; BGE 116 Ia 105; BGE 106 Ia 105. Diese Ausführungen dienen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor allem dazu, Wechselgesuche der beschuldigten Person bezüglich der amtlichen Verteidigung abzulehnen. Bei einem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis muss, anders als bei einem paternalistischen, ein solches Gesuch viel eher gutgeheissen werden, nämlich bereits wenn die beschuldigte Person unauflösbare strategische Differenzen geltend macht. Das Bundesgericht heisst ein Wechselgesuch im Ergebnis aber erst dann gut, wenn die Verteidigung gegen aussen sichtbar

führt beispielsweise in konstanter Rechtsprechung aus, der Entscheid, welche Beweisanträge und juristischen Argumentationen sachgerecht und geboten seien, liege im Zweifelsfall im pflichtgemässen Ermessen der Verteidigung.<sup>725</sup> Nach dieser Auffassung bleibt die Verteidigung bei der Wahl ihres Vorgehens relativ frei. Wenn die Zielvorgabe der Klientin einem Interesse widerspricht, das der Anwalt als sinnvoll erachtet, soll dem Bundesgericht und den entsprechenden Lehrmeinungen zufolge wohl sogar die Festlegung des Ziels vorrangig der Verteidigung obliegen.

Die Diskussion zur Verteidigungshaltung blieb jedenfalls über lange Zeit eher oberflächlich, wobei sich allmählich ein zunehmend partnerschaftliches Verteidigungsverständnis zu etablieren schien. Die beschuldigte Person ist, wie HANS BAUMGARTNER in einem Aufsatz zur Verteidigung in Wirtschaftsstrafverfahren formulierte, nicht länger «Objekt der Verteidigung, sondern das partnerschaftliche Subjekt derselben»<sup>726</sup>. WOLFGANG WOHLERS führte im Anschluss daran in einer längerem Publikation zur weiteren Klarstellung aus, dass jeder beschuldigten Person Anspruch auf eine partnerschaftliche Behandlung zukomme, also nicht nur gesellschaftlich arrivierten Beschuldigten in Wirtschaftsstrafsachen.<sup>727</sup> Er stellte dem traditionellen, zumindest in Teilen paternalistischen Verteidigungsverständnis ein konsequent partnerschaftliches Leitbild entgegen und sprach sich generell dafür aus, dem Willen der beschuldigten Person im Konfliktfall den Vorrang vor den Auffassungen der Verteidigung zu geben.<sup>728</sup> Dieser Vorrang gelte sowohl für das Verteidigungsziel als auch für die Wahl der Strategie und der taktischen Mittel, solange sich das erwünschte Verteidigungshandeln in den Grenzen der Rechtsordnung bewege.<sup>729</sup> Die partnerschaftliche Verteidigungskonzeption stütze sich namentlich auf die privatrechtliche Einordnung des Verteidigungsverhältnisses im Auftragsrecht.<sup>730</sup> Im Ergebnis bestimme damit grundsätzlich die beschuldigte Per-

---

und nach objektivierbaren Massstäben die Interessen ihrer Mandantin nicht konsequent einseitig wahrt (vgl. etwa BGE 138 IV 161), oder aber es weist die Sache an die Vorinstanz zurück, wenn es zumindest gewisse Anhaltspunkte für objektive Pflichtverletzungen gibt (beispielsweise in BGer vom 22. Dezember 2020, 1B\_470/2020). Ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis allein reicht dagegen kaum je für einen Wechsel aus; dies gilt selbst dann, wenn die bisherige amtliche Verteidigung selber vorbringt, aufgrund des zerrütteten Vertrauensverhältnisses sei sie nicht in der Lage, eine wirksame Verteidigung ihres Klienten zu gewährleisten (BGer vom 16. Oktober 2018, 1B\_397/2018). Zur Kritik an dieser Rechtsprechung aus Sicht einer partnerschaftlichen Verteidigungskonzeption bereits BERNARD, ZStrR 2013, S. 87 ff.; ERNI, forumpoenale 3/2018, 170; vgl. für Deutschland JAHN/ZINK, S. 49 ff.

<sup>725</sup> BGer vom 16. Oktober 2018, 1B\_397/2018, Erw. 2.2.; BGer vom 23. Juli 2014, 1B\_211/2014, Erw. 2.1, in: Pra 2014 Nr. 104 S. 838.

<sup>726</sup> BAUMGARTNER, S. 308; im Anschluss daran WOHLERS, ZStrR 2012, S. 70 ff.

<sup>727</sup> WOHLERS, ZStrR 2012, 70; dies zu betonen war auch deshalb nötig, weil BAUMGARTNER, auf den sich WOHLERS bezog, seine Ausführungen im Kontext von Wirtschaftsstrafverteidigungen gemacht hatte.

<sup>728</sup> WOHLERS, ZStrR 2012, 55 ff.

<sup>729</sup> WOHLERS, ZStrR 2012, 71 ff.

<sup>730</sup> WOHLERS, ZStrR 2012, S. 69; weiterführend und eingehend zur unbestrittenen Einordnung des Verteidigungsverhältnisses unter das Auftragsrecht FELLMANN, S. 407 ff., mit zahlreichen Verweisen.

son nach Massgabe ihrer konkreten Interessen, welche Verteidigungsrechte wann und wie wahrgenommen werden sollen und wie die Verteidigung ihr dabei behilflich sei.

In der Folge fand von den bereits erwähnten Publikationen abgesehen weiterhin keine vertiefte dogmatische Kontroverse zum partnerschaftlichen beziehungsweise paternalistischen Verteidigungsverständnis statt. LORENZ ERNI hat sich aus Sicht eines praktizierenden Verteidigers ausdrücklich für eine partnerschaftliches Herangehensweise ausgesprochen und dies anhand von Beispielen weiter verdeutlicht, ebenso der Verfasser dieser Abhandlung in früheren Veröffentlichungen.<sup>731</sup> JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC vertreten dagegen die Ansicht, dass sich bei einer notwendigen Verteidigung die Verteidigung nicht in jedem Fall dem Willen der beschuldigten Person im Sinn eines partnerschaftlichen Verteidigungsverständnisses beugen müsse, weil dies im Widerspruch zur Funktion der notwendigen Verteidigung stünde.<sup>732</sup>

Zusammenfassend: Zwar ist die Grundfrage der Verteidigung, ob sie lediglich Parteiinteressen oder auch andere Interessen zu wahren habe, eindeutig zugunsten der einseitigen Interessenvertretung entschieden. Ob es (und unter welchen Voraussetzungen) in einem Konfliktfall im Innenverhältnis die Mandantin oder primär die Verteidigung ist, die den Inhalt, die Stossrichtung und die Mittel dieser einseitigen Vertretung definiert, ist nicht abschliessend geklärt. Im Kern geht es darum, wer bestimmt, von welchen Verteidigungsrechten wann und wie Gebrauch gemacht wird.

## II. Konsequenzen aus dem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis

Bei einem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis gebührt, das folgt aus obigen Ausführungen, im Zweifelsfall der Instruktion des Mandanten der Vorrang vor den persönlichen Anschauungen der Verteidigung. Die Befürwortung eines partnerschaftlichen Verteidigungsverständnisses darf indessen nicht missverstanden werden: Die Verteidigung soll nicht unkritisch alles tun, was sich die beschuldigte Person wünscht. Im Innenverhältnis, das heisst dem Verhältnis zwischen Verteidigung und Mandantin, gebietet die professionelle Herangehensweise, dass die Verteidigung eingehende Aufklärungsarbeit leistet und für ihre Sicht der Dinge wirbt.<sup>733</sup> Die auftragnehmende Verteidigung schuldet ihrer Klientin denkenden Gehorsam und keinesfalls kritiklose Unterordnung.<sup>734</sup> Sie hat die beschuldigte Person auf Unzweckmässigkeiten von Weisungen unmissverständlich aufmerksam zu machen. Diese Anforderung ergibt sich bereits aus der auftragsrechtlichen Dogmatik.<sup>735</sup> Im Normalfall legen ohnehin die beschuldigten Person und die Verteidigung primär gemeinsam eine realistische

---

<sup>731</sup> BERNARD/BLUM, S. 470; BERNARD, ZStrR 2013, S. 97; ERNI, forumpoenale 4/2018, S. 283 ff.

<sup>732</sup> JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 21.

<sup>733</sup> WOHLERS, ZStrR 2012, S. 70 ff.

<sup>734</sup> Eingehend BERNHART, S. 211 ff.; BSK OR-OSER/WEBER Art. 397 N. 7 ff.

<sup>735</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 97 ff.; FELLMANN, S. 424 ff., S. 459 ff., je mit Verweisen; eingehend BERNHART, S. 211 ff.

Zielsetzung fest.<sup>736</sup> Sodann aber «legt der typische Klient die Entscheidung, wie – also insbesondere: mit welchen Mitteln – dieses Ziel erreicht werden soll, vertrauensvoll in die Hände der Verteidigung, was zur Konsequenz hat, dass die Verteidigung sich nicht jede einzelne Prozesshandlung von ihrer Klientschaft absegnen lassen muss, sondern – im Rahmen der abgesprochenen Konzeption – eigenverantwortlich agieren kann».<sup>737</sup>

Diskussionswürdig bleibt der Ausnahmefall, in welchem es effektiv darum geht, wie zu verfahren ist, wenn sich keine Übereinstimmung über das Ziel oder die Mittel finden lässt. In solchen Fällen hat die Verteidigung nach diesem partnerschaftlichen Verständnis zwei Möglichkeiten: Sie kann das Mandat niederlegen beziehungsweise um Entlassung aus der amtlichen Verteidigung ersuchen. Ansonsten verbleibt ihr sowohl als Wahlverteidigerin als auch bei der Fortsetzung der amtlichen Verteidigung «keine andere Option, als den Vorrang des Willens des Klienten zu respektieren».<sup>738</sup> Diese Konsequenz gilt selbst dann, wenn die eigene urteilsfähige Mandantin damit objektiv gesehen Rechte oder Prozesschancen preisgibt.<sup>739</sup>

Der Klarheit halber ist überdies festzuhalten, dass eine partnerschaftliche Verteidigungskonzeption nicht dahingehend missverstanden werden darf, dass der Anwalt sich die Interessen seines Mandanten zu eigen macht.<sup>740</sup> Partnerschaftlichkeit ist klar zu unterscheiden von der Identifikation mit den Interessen der beschuldigten Person. Der Auftrag der Verteidigung liegt darin, fremde Interessen, die der auftraggebende Klient als handelndes Subjekt definiert, bestmöglich zu wahren.<sup>741</sup> Daher erweist sich eine paternalistische Verteidigungshal-

---

<sup>736</sup> Gl. M. WOHLERS, ZStrR 2012, S. 71.

<sup>737</sup> WOHLERS, ZStrR 2012, S. 71.

<sup>738</sup> WOHLERS, ZStrR 2012, S. 73 f. Mit dieser Aussage geht er auch über Autoren aus Deutschland hinaus, die für einen starken Einbezug der beschuldigten Person und ihrer auch nicht juristischen Interessen plädieren, sich aber im Ergebnis nicht eindeutig für einen Vorrang des Klientenwillens aussprechen, so beispielsweise BARTON, Mindeststandards, S. 346 ff. Anders aber in Deutschland beispielsweise ein Klassiker zur Verteidigungsdoktrin, der die Verteidigung weit näher in die Richtung eines nach objektiven Gesichtspunkten vorgehenden Organs der Justiz rückt: BEULKE, zusammenfassend S. 159 ff. und S. 258 ff.; immer noch in derselben Stossrichtung auch DAHS, S. 7 ff.

<sup>739</sup> WOHLERS, ZStrR 2012, S. 74; im Anschluss an ihn auch ERNI, forumpoenale 4/2018, S. 283 ff. Es gibt immer wieder Gründe, dass eine beschuldigte Person auf rechtliche Optimierungsmöglichkeiten zugunsten eines anderen Ziels verzichten möchte, beispielsweise weil sie damit eine nahestehende Person in eine ungünstige Situation bringen würde. Häufig kommt auch vor, dass eine Person die Aussage nicht verweigern will, weil ein Geständnis ihr Gewissen erleichtert und damit psychohygienisch für sie sinnvoll ist. Den Aspekt einer psychischen Erleichterung durch ein Geständnis betont fundiert HAAS, S. 466 ff. Den Entscheid, ein Geständnis abzulegen, auch wenn eine Aussageverweigerung taktisch klug wäre, hat die partnerschaftliche Verteidigung selbstverständlich zu akzeptieren, BERNARD, Sonderheft 2014, S. 35. Klassisch sind zudem auch politische Prozesse, bei denen beschuldigte Personen die maximale rechtliche Interessenwahrung ihren politischen Zielen unterordnen. Grundlegend zu diesen Konstellationen VERGÈS; vgl. aus der jüngeren schweizerischen Literatur auch CAPUTO, S. 167 ff.

<sup>740</sup> BERNARD, ContraLegem 2019, S. 56 ff.; BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, S. 26 ff.

<sup>741</sup> Weiterführend BERNARD, ContraLegem 2019, S. 56 ff.; BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, S. 26 ff.



tung bei Lichte betrachtet mit dem Auftragsrecht als massgebliche Grundlage für den Anwaltsvertrag letztlich auch als gänzlich inkompatibel. Ein solches paternalistisches Berufsverständnis, bei dem die Verteidigung die wohlverstandenen Interessen des Klienten definieren würde, läuft der Idee eines Auftrags zur Wahrung fremder Interessen zuwider.

Zusammenfassend: Die Verteidigung hat sich – im Rahmen des Legalen – in einem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis an die Vorgaben ihrer Klientin zu halten, schuldet ihr aber weder kritiklose Übernahme noch Identifikation mit den Vorgaben. Geschuldet ist vielmehr denkender Gehorsam. Darin, und weder in der Identifikation mit den Klienteninteressen noch in deren paternalistischer Definition durch die Verteidigung, liegt die Partnerschaftlichkeit in der Beziehung.<sup>742</sup>

Abschliessend sei noch auf Folgendes hingewiesen: Die amtliche Verteidigung hat die gleiche Rechtstellung wie der privat bezahlte Wahlverteidiger. Der Unterschied liegt im Wesentlichen nur darin, dass die Kosten vorweg durch den Staat bezahlt werden.<sup>743</sup> Die Europäische Menschenrechtskonvention verpflichtet in Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK die Staaten, beschuldigten Personen unentgeltlich eine (amtliche) Verteidigung zu stellen, wenn diese mittellos sind.<sup>744</sup> Das Recht ist überdies in Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung und Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO verankert.<sup>745</sup> In der Literatur und bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird teilweise vertreten, die amtliche Verteidigung übernehme einen staatlichen Auftrag.<sup>746</sup> Zu Recht präzisiert WALTER FELLMANN diese Auffassung: Der Anwalt ist in einem amtlichen Mandat primär Parteivertreter und seine Berufsausübung unterscheidet sich nicht wesentlich vom privatrechtlich mandatierten Anwalt.<sup>747</sup> Die rechtsstaatliche Zielsetzung und Leitplanke bei allen Umsetzungsfragen der amtlichen Verteidigung muss daher sein, dass die amtliche der privaten Verteidigung in jeder Hinsicht möglichst gleichwertig ist.<sup>748</sup> Deshalb ist das Verhältnis zur Klientschaft kein anderes als bei der privaten Wahlverteidigung. Nach «heutiger rechtsstaatlicher Auffassung soll generell die wirksame Wahrung von Rechten nicht davon abhängen, ob jemand vermögend ist».<sup>749</sup>

---

<sup>742</sup> Zum Ganzen bereits BERNARD, *ContraLegem* 2019, S. 56 ff.; BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, S. 26 ff.

<sup>743</sup> Eingehend HAEFELIN, S. 58 ff., mit Verweisen; konzis BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 132 N. 1 ff.

<sup>744</sup> GARLAND, Waffengleichheit, S. 77 ff., 167 ff.; GRABENWARTER/PABEL, S. 564 ff.

<sup>745</sup> Statt vieler für die Bundesverfassung VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 32 Rz. 23 ff., und für die Strafprozessordnung BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 132 N. 1 ff.

<sup>746</sup> FELLMANN, S. 338 ff., mit Verweisen.

<sup>747</sup> FELLMANN, S. 340.

<sup>748</sup> Eingehend HAEFELIN, zusammenfassend S. 313 ff., mit Verweisen. *In praxi* ist dies nicht konsequent eingelöst und es besteht die Tendenz, dass der amtlichen Verteidigung weniger Spielraum zugestanden wird als der erbetenen Verteidigung. Vgl. dazu ERNI, *forum* 4/2018, S. 281 f.; RUCKSTUHL, Verteidigung, S. 153 ff.; TIRELLI, S. 323 ff., oder auch meine Publikationen BERNARD, *ZStr* 2017, S. 19 f.; BERNARD, *plädoyer* 2013, S. 72 f.

<sup>749</sup> ALBRECHT, Funktion, S. 40. Nicht verkannt werden darf allerdings, dass es daran in der Praxis teilweise hapert und die Gleichstellung der amtlichen und privaten Verteidigung nicht realisiert

### III. Rückbindung der Verteidigung und des Gebrauchs von Verteidigungsrechten an das konkrete Klienteninteresse

Der Verteidigung obliegt es in ihrer Funktion bei der strafprozessualen Wahrheitssuche, der beschuldigten Person beim Gebrauch ihrer Rechte behilflich zu sein. Weil Verteidigungsrechte der einseitigen Entlastungsperspektive, der Interessenwahrung und Sicherstellung der Subjektstellung der beschuldigten Person dienen, kann grundsätzlich im Endeffekt nur letztere vorgeben, was für sie im konkreten Fall zu ihrer Interessenwahrung, zu ihrer Entlastung und zur Sicherstellung ihrer Subjektstellung zentral ist. Sie ist es demnach, die ihre Interessen und letztlich auch den Gebrauch ihrer Rechte definiert, und nicht die Verteidigung, die der beschuldigten Person beim Gebrauch ihrer Rechte lediglich behilflich ist. Ein grundlegend partnerschaftliches Verteidigungsverständnis ist damit zwingende Konsequenz aus der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche. In Ableitung aus den völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie gestützt auf Art. 128 StPO und ebenso auf die Einordnung des Verteidigungsverhältnisses ins Auftragsrecht ergibt sich damit notwendigerweise eine grundsätzlich partnerschaftliche Verteidigungskonzeption. Sie ist «die einzige Konzeption, die dem Status des Beschuldigten als autonomer Person gerecht wird».<sup>750</sup>

Der Ausgangspunkt eines partnerschaftlichen Verteidigungsverständnisses ist demnach folgender: Eine Begegnung auf Augenhöhe ist – aus Respekt vor der Integrität jedes Beschuldigten – zum einen Zweck an sich. Sie gewährleistet, dass die beschuldigte Person zumindest von ihrer Verteidigung als Verfahrenssubjekt wahrgenommen wird. Bereits dadurch leistet die Verteidigung einen aktiven und nicht zu unterschätzenden Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche.<sup>751</sup>

Zum anderen sind in einem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis Fürsorge und Beratung im Innenverhältnis unabdingbar, damit die Verteidigung im Aussenverhältnis ihre Aufgaben, das heisst ihre Mitwirkungs- und Kontrollpflicht bei der Wahrnehmung von Verteidigungsrechten, sinnvoll und im Interesse ihrer Klienten und gemäss deren Instruktion, ausüben kann.<sup>752</sup> Völker- und Verfassungsrecht legen fest, dass die beschuldigte Person Subjekt und nicht Objekt des Strafverfahrens ist. Die Sicht der Betroffenen soll in ein kontradiktorisches Verfahren entlastend einfließen können, ihre Anliegen sollen Gehör finden. Die Verteidigung hat gleichsam als ein Scharnier die Anliegen und Interessen der beschuldigten Person in das Strafverfahren einzubringen.<sup>753</sup> Dadurch ist sie der beschuldigten Person beim Gebrauch ihrer Rechte behilflich.

---

wird: HAEFELIN, zusammenfassend S. 313 ff., mit Verweisen; vgl. dazu auch meine Publikationen BERNARD, ZStrR 2013, S. 87 ff.; BERNARD, plädoyer 2013, S. 72 ff.

<sup>750</sup> WOHLERS, ZStrR 2012, S. 74.

<sup>751</sup> Ähnlich ARQUINT, S. 180.

<sup>752</sup> Ähnlich ARQUINT, S. 180; RUDOLF, Pflichten, S. 320 ff. Zu diesem Zusammenhang bereits für Deutschland BARTON, Mindeststandards, S. 22 f.; vgl. auch BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, S. 38 ff.

<sup>753</sup> Diese Funktion betont unter dem Stichwort «Vermittlung» auch ARQUINT, S. 182. Dazu auch FINGERHUTH, NZZ, S. 17; lesenswert ILG, der als bekannter Anwalt zu einer mehrjährigen Frei-

Mit anderen Worten hat die Verteidigung gemeinsam mit der beschuldigten Person zunächst detailliert zu klären, welche Positionierung im Aussenverhältnis überhaupt angestrebt werden soll.<sup>754</sup> Die Verteidigung muss hierfür der eigenen Klientin zuhören, ihre Sicht möglichst umfassend wahrnehmen und ihre Interessen ergründen,<sup>755</sup> zumal die Klientin vielfach über ein persönliches Sonderwissen verfügt, welches ein sinnvolles Vorgehen im Aussenverhältnis und einen wirkungsvollen Gebrauch der Verteidigungsrechte erst ermöglicht.<sup>756</sup>

Die Sicht der Justiz und der Rechtsunterworfenen können zudem erheblich divergieren.<sup>757</sup> Die Justiz reduziert vielfältige Lebenssachverhalte auf rechtliche Tatbestände.<sup>758</sup> Die Verteidigung kennt diese rechtlich geprägte Denk- und Sichtweise der Justiz. Ihr obliegt es, ihre Klientin umfassend zu orientieren, womit sie konfrontiert wird, und darzulegen, wie sie die Chancen hinsichtlich Sachverhaltserstellung und rechtlicher Würdigung einschätzt.<sup>759</sup> Dabei sind diese Einschätzungen laufend dem Stand der Ermittlungen anzupassen, um in jedem Verfahrensabschnitt die im jeweiligen Zeitpunkt maximal denkbare Entlastung sicherstellen zu können.<sup>760</sup> In der Hinsicht ist die Verteidigung als Wissensvermittlerin tätig.<sup>761</sup> Gleichzeitig gewährleistet dies, dass die beschuldigte Person nicht zum Verfahrensobjekt wird. Sie wird durch die Verteidigung als ihre Ansprechperson kundig und zugleich parteilich auf dem Laufenden gehalten und so überhaupt erst in die Lage versetzt, von ihren Verteidigungs-

---

heitsstrafe verurteilt wurde und eindrücklich schildert, wie sich auch die Sicht des Strafverteidigers auf Strafverfahren und die Strafjustiz bei eigener Betroffenheit nochmals markant verändert.

<sup>754</sup> ARQUINT, S. 180; zum Ganzen auch eingehend BERNARD, forumpoenale 2015, S. 232 ff., mit Verweisen; BERNARD, forumpoenale 2019, S. 307 ff.

<sup>755</sup> Diesen Aspekt betont konzis STEINER, S. 80; eingehend BERNARD, forumpoenale 2015, S. 232 ff.; BERNARD, forumpoenale 2019, S. 307 ff.

<sup>756</sup> So auch HUG, Vorbereitung, S. 387 ff.; weiterführend BERNARD, forumpoenale 2015, S. 232 ff.; BERNARD, forumpoenale 2019, S. 307 ff.

<sup>757</sup> Dazu eingehend DE LAGASNERIE, namentlich S. 51 ff.; illustrativ, wenn die Welt der Justiz mit der Welt eines Kriminaltouristen zusammenprallt, HÜRLIMANN, Kriminaltouristen. Lesenswert dazu weiterhin auch, insbesondere wegen der treffenden Formulierungen, BLOCH, S. 206 ff. Literatur von Direktbetroffenen, welche deren Sicht auf die Strafjustiz dokumentiert, ist rar, vgl. aber immerhin BLAZEK/MEILER; SZABO; VOLKART.

<sup>758</sup> Vgl. hierzu oben 2. Teil, 5. Kapitel, B. Erkenntnisinteresse des schweizerischen Strafprozesses.

<sup>759</sup> Dazu KRAUSS, recht 1999, S. 119; eingehend BERNARD, forumpoenale 2019, S. 307 ff.

<sup>760</sup> Auf diese Vermittlungsfunktion zwischen Justiz und Klient hat prägnant hingewiesen MÜLLER, Funktion, S. 12; vgl. dazu auch RUDOLF, Pflichten, S. 322 f.; näher zum Innenverhältnis zwischen beschuldigter Person und Verteidigung BERNARD, forumpoenale 2015; BERNARD, forumpoenale 2019. Exemplarisch für die Konsequenzen eines partnerschaftlichen Verteidigungsverständnisses bei der Sockelverteidigung, wo verschiedene Beschuldigte ihr Verteidigungsverhalten aufeinander abstimmen, WOHLERS, Interesse, S. 1067 ff.

<sup>761</sup> BERNARD, forumpoenale 2019, S. 307 ff.; dazu auch bereits MÜLLER, Verteidigung, S. 98 ff.; derselbe MÜLLER, ZStrR 1979, S. 177 f.; sowie OBRECHT, S. 78 ff.; diese Autoren betonen die Beratungspflicht bereits und setzen sich damit auseinander. Für die Literatur aus Deutschland, die sinngemäss übertragbar ist, sei auf folgendes Werk verwiesen: BARTON, Mindeststandards, namentlich S. 345 ff.

rechten tatsächlich Gebrauch zu machen; bei der Entscheidungsfindung hat die Verteidigung sie zu unterstützen (Prozessberatung).<sup>762</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in einem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis die Pflichten der Verteidigung im Innenverhältnis die Subjektstellung der Beschuldigten absichern und die Basis für eine wirksame Wahrnehmung der Verteidigungsrechte im Aussenverhältnis legen. Dabei ist Kauf zu nehmen, dass der Aufwand der Verteidigung wegen des zeitintensiveren Austauschs mit der eigenen Klientin höher ist als bei einer paternalistischen Konzeption.<sup>763</sup> Im Ergebnis legen Verteidigung und Klientin gemeinsam das Vorgehen und Prozessverhalten sowohl der Anwältin als auch der Klientin fest.<sup>764</sup> Die Beratungs- sowie die zu Unrecht marginalisierte Fürsorgepflicht leisten damit einen zentralen Beitrag als Basis für die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche. Sie machen es erst möglich, dass die Verteidigung im Aussenverhältnis die Subjektstellung der eigenen Klientin absichern und deren Verteidigungsrechte und Entlastungsperspektive einbringen kann. Dies ist wiederum Voraussetzung für ein effektiv kontradiktorisches Verfahren.

Die Herausforderung besteht nun unter anderem darin, dass partnerschaftliche Fürsorge und Beratung als Voraussetzung jeglicher Strafverteidigung ein nicht oder nur begrenzt justiziables Ethos bedingt, dessen Umsetzung für den einzelnen Verteidiger regelmässig prekär ist.<sup>765</sup> Im Kern geht daher das gelebte Verteidigungsethos im Innenverhältnis über den Rahmen rein rechtlicher Pflichten hinaus, in Richtung einer mit scharfen rechtlichen Kriterien kaum vermessbaren persönlichen Integrität.<sup>766</sup> GERHARD STRATE bringt das hier vertretene Verteidigungsverständnis in seinen Beziehungsaspekten, aber auch im Zusammenspiel mit den Obliegenheiten im Aussenverhältnis, vorzüglich auf den Punkt. Er rückt zu Recht das nur schwer rechtlich konturierbare Innenverhältnis, das der Absicherung der Subjektstellung, der Sicherstellung der Entlastungsperspektive und dem effektiven Gebrauch von Verteidigungsrechten dient, von der Peripherie ins Zentrum des Verteidigungsauftrags:

«Die Aufgabe des Strafverteidigers ist es, Vertrauen zu schenken, wo es jeder verweigert, Mitgefühl zu entfalten, wo die Gefühle erstorben sind, Zweifel zu säen, wo sie keiner mehr hat, und Hoffnung zu pflanzen, wo sie längst verfliegen war.»<sup>767</sup>

---

<sup>762</sup> BERNARD, forumpoenale 2019, S. 307 ff.; generell zur Aufklärungspflicht des Anwalts eingehend BERNHART, S. 211 ff.

<sup>763</sup> So auch WOHLERS, ZStrR 2012, S. 74.

<sup>764</sup> BERNARD, forumpoenale 2015, S. 232 ff.; BERNARD, forumpoenale 2019; RUCKSTUHL, Vertretung, S. 90.

<sup>765</sup> Hierzu eingehend BERNARD, forumpoenale 2015, S. 236.

<sup>766</sup> Zu Recht weist BUSSE, S. 233, darauf hin, dass der Rechtssuchende von der Leistung und Leistungsbereitschaft des Anwalts weitgehend abhängig und diesem oft auf Gedeih und Verderb ausgeliefert sei, weil er meist dessen Qualität nicht beurteilen könne.

<sup>767</sup> STRATE, zitiert nach BAHNSEN. Ein sehr ähnliches Berufsverständnis zeichnet den Schweizer Strafverteidiger LORENZ ERNI aus: ERNI, NZZ 2012, S. 28 ff.

#### IV. Grenzen des partnerschaftlichen Verteidigungsverständnisses

Soweit ersichtlich nicht vertieft diskutiert wurde bisher von Autoren, die grundsätzlich ein partnerschaftliches Verteidigungsverständnis postulieren, die Frage, wann eine partnerschaftliche Verteidigungshaltung an tatsächliche oder juristische Grenzen stösst und wie in solchen Fällen vorzugehen ist. Im Wesentlichen geht es hierbei um Konstellationen, in denen die beschuldigte Person aus kognitiven, psychischen oder physischen Gründen nicht oder nur beschränkt in der Lage ist, die Verteidigung zu instruieren, und eine Diskussion über notwendige anstehende Fragen deshalb nur eingeschränkt oder nicht möglich ist, jedoch ein eindeutiger Fall einer notwendigen Verteidigung vorliegt (Art. 130 StPO). Diese Situation tritt regelmässig bei Fällen einer notwendigen Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. c StPO auf, wenn die beschuldigte Person wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes oder aus anderen Gründen ihre Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann und auch die gesetzliche Vertretung dazu nicht in der Lage ist.<sup>768</sup>

Eine solche Situation ist allerdings nicht in allen Fällen von Art. 130 lit. c StPO anzunehmen. Nicht immer, wenn eine Person die Verfahrensinteressen selber nicht ausreichend wahren kann, ist die gemeinsame Absprache über das Vorgehen der Verteidigung verunmöglicht. Keinesfalls soll es gleichsam über die Hintertür zu einer Wiedereinführung einer paternalistischen Auffassung kommen. Daher ist beispielsweise auch bei (urteilsfähigen) Jugendlichen, jedenfalls im Grundsatz, stets von einer partnerschaftlichen Verteidigungshaltung auszugehen.<sup>769</sup>

Trotzdem existieren in der Praxis Grenzen der Absprachefähigkeit. Beispiele sind gravierende psychische Erkrankungen, mittlere oder schwere Intelligenzminderungen sowie fortgeschrittene Demenzerkrankungen oder andere Einschränkungen der Urteilsfähigkeit. Dabei stellt sich die Frage, wann und gestützt auf welche Anhaltspunkte die Verteidigung von solchen Umständen ausgehen darf.

Es gibt zweifelsohne Fälle, in denen die Situation evident ist. Grenzfälle werfen dagegen schwierige Fragen für die Verteidigung auf. Als Beispiel zu nennen sind insbesondere psychische Beeinträchtigungen, die teilweise durch die Ausnahmesituation eines Strafverfahrens verstärkt werden, namentlich bei angeordneter Untersuchungshaft.<sup>770</sup> Die Verteidigung hat für ihre Einschätzung die Akten zu studieren, allenfalls eigene Erhebungen zu tätigen und bisweilen eine spezialisierte medizinische Fachkraft beizuziehen. Kommt die Verteidigung zum Schluss, eine partnerschaftliche Verteidigung sei nur eingeschränkt oder gar nicht einlösbar, ist ein gewisser Paternalismus unumgänglich. Welches Mass an Paternalismus aber effektiv nötig ist, lässt sich nur in der jeweiligen Einzelkonstellation bestimmen. Die

---

<sup>768</sup> Statt vieler BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130 N. 5 ff.

<sup>769</sup> So bereits BERNARD/BLUM, S. 470.

<sup>770</sup> Kritik an der Praxis der Untersuchungshaft wird immer wieder erhoben, pointiert etwa bei GFELLER/BIGLER/BONIN, *Contra Legem*, S. 32 ff. Auf den pönalen Charakter der Untersuchungshaft hat ALBRECHT, *Untersuchungshaft*, S. 355 ff., besonders prägnant hingewiesen.

Übergänge zwischen voller Instruktionsfähigkeit und gänzlicher Instruktionsunfähigkeit sind fließend.

Analoge Fragen stellen sich, wenn sich eine beschuldigte Person hartnäckig weigert, eine Verteidigung beizuziehen, und ihr deswegen eine notwendige, amtliche Verteidigung bestellt wird. Die Selbstverteidigung steht bekanntlich unter dem Vorbehalt von Art. 130 StPO (Art. 129 Abs. 1 StPO).<sup>771</sup> In den gesetzlich vorgesehenen Fällen von Art. 130 StPO ist die beschuldigte Person in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt, sich professionell verteidigen zu lassen oder nicht. Begründet wird dieser Verteidigungszwang mit der Fürsorgepflicht des Staates.<sup>772</sup> Es kann nun in Ausnahmefällen vorkommen, dass die beschuldigte Person sich weigert, mit der bestellten amtlichen Verteidigung zusammenzuarbeiten beziehungsweise sogar die Kommunikation mit ihr gänzlich ablehnt.<sup>773</sup>

Das Bundesstrafgericht und das Bundesgericht entschieden in einem Fall, in welchem sich die beschuldigte Person gegenüber dem amtlichen Verteidiger derart unkooperativ verhielt, Folgendes: Es sei zulässig, dass die Strafverfolgungsbehörde in der Verfügung über die Einsetzung einer neuen amtlichen Verteidigung vorgesehen habe, das Mandat der neuen Verteidigung sei darauf zu beschränken, die Rechtskonformität der Verfahrensführung durch die Verfahrensleitung zu überprüfen. Auf weitergehende Verteidigungstätigkeit könne verzichtet werden.<sup>774</sup> Obstruktives Verhalten der beschuldigten Person, das auf die Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses abziele, stelle keinen Entlassungsgrund für die amtliche Verteidigung dar.<sup>775</sup> Hintergrund dieses Falls war, dass der Beschuldigten die Einsetzung ihrer Wahlverteidigung wegen eines Interessenkonflikts verweigert worden war.<sup>776</sup>

Von diesem Entscheid ausgehend diskutierten JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC eingehend «die Verteidigungstätigkeit im Rahmen der notwendigen Verteidigung».<sup>777</sup> Auch wenn die Autoren der Auffassung sind, im Rahmen der notwendigen Verteidigung gebe es bezüglich der Strategie der Verteidigung keinen kategorischen Vorrang des Willens der beschuldigten Person,<sup>778</sup> kritisieren sie gleichwohl die erwähnte Rechtsprechung zu Recht dezidiert: «Zusammengefasst gilt es festzuhalten, dass die Einschränkung der Verteidigungstätigkeit auf die Überprüfung der Rechtsstaatlichkeit der Verfahrenshandlung bei einer unkooperativen beschuldigten Person nicht zu überzeugen vermag, da sie sowohl dem Zweck des Instituts

---

<sup>771</sup> Statt vieler BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130 N. 5 ff.

<sup>772</sup> Statt vieler JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 13 f., mit Verweisen.

<sup>773</sup> Dazu eingehend JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC.

<sup>774</sup> Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.44 vom 30. September 2016/30. März 2017, Erw. 3.5.2.; BGer vom 7. August 2018, 6B\_28/2018, Erw. 3.3.

<sup>775</sup> Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.44 vom 30. September 2016/30. März 2017, Erw. 3.5.2.; BGer vom 7. August 2018, 6B\_28/2018, Erw. 3.3.

<sup>776</sup> Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.44 vom 30. September 2016/30. März 2017, Erw. 3.5.2.; BGer vom 7. August 2018, 6B\_28/2018, Erw. 3.3.

<sup>777</sup> JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC.

<sup>778</sup> JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 21.

der notwendigen Verteidigung als auch der Bedeutung der Verteidigungsrechte im Strafverfahren nicht gerecht wird.»<sup>779</sup>

Nicht gefolgt werden kann JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC dagegen, wenn sie der Rechtsprechung zustimmen, wonach die Weigerung, mit der amtlichen Verteidigung zusammenzuarbeiten, in der Regel keinen Verteidigungswechsel zu begründen vermag.<sup>780</sup> Nach dem hier vertretenen partnerschaftlichen Berufsverständnis obliegt der Verteidigung in diesen Fällen zuerst der Entscheid, ob sie selber ein Gesuch um Entlassung aus dem Mandat stellen soll, wenn sich ein Vertrauensverhältnis trotz redlicher Bemühungen nicht aufbauen lässt. Dabei sind zwei Situationen zu unterscheiden: die Ablehnung der Person der Verteidigung als solche oder die kategorische Ablehnung jeder Verteidigung. Gewinnt die Verteidigung den Eindruck, dass eine Berufskollegin allenfalls ein Vertrauensverhältnis aufbauen könnte, gebietet die auftragsrechtliche Treuepflicht, ein Gesuch um Entlassung zu stellen. Diese Vorgabe gilt unabhängig von einem Eigeninteresse am Verbleib im Mandat.<sup>781</sup> Der Anwalt «ist gehalten, alles zu tun, was den Interessen des Klienten förderlich ist, und alles zu unterlassen, was ihnen schadet».<sup>782</sup> Klienteninteressen gehen Anwaltsinteressen vor.<sup>783</sup> Deshalb sollte die Verteidigung in diesen Fällen auch deutlich machen, dass eine wirksame Verteidigung primär an der Ablehnung ihrer Person zu scheitern droht, und nötigenfalls auch mit Rechtsmitteln für ihre eigene Absetzung streiten. Wird die amtliche Verteidigung am Ende trotzdem nicht aus ihrer Pflicht entlassen oder stellt sie nach sorgfältiger Prüfung kein entsprechendes Gesuch auf Entlassung, weil die beschuldigte Person prinzipiell mit keiner Verteidigung zusammenarbeiten will, kommt sie nicht um ein paternalistisches Moment in ihrem Handeln herum. JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC ist allerdings beizupflichten, dass eine Reduktion der Verteidigung auf die Vorgaben der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu kurz griffe und dem Institut der notwendigen Verteidigung nicht gerecht würde.<sup>784</sup>

In all diesen skizzierten Konstellationen hat der Paternalismus als Ausnahmefall seine gesetzliche Rechtfertigung primär im Institut des Verteidigungszwangs im Sinne von Art. 130 StPO.<sup>785</sup> Dennoch kann aus dem Institut der notwendigen Verteidigung als Regelfall keine rein paternalistische Verteidigungskonzeption, die das Vorgehen vollumfänglich dem Gutdünken der Verteidigung anheimstellt, abgeleitet werden.<sup>786</sup> Leitlinie der Verteidigung im Innen- wie im Aussenverhältnis ist hier, in Analogie zur zivilrechtlichen Figur der echten Geschäftsführung ohne Auftrag, ein hypothetischer Wille im Sinne von Art. 419 OR der kon-

<sup>779</sup> JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 25.

<sup>780</sup> JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 21.

<sup>781</sup> Zutreffend ERNI, *forum*poenale 3/2019, S. 170 ff.

<sup>782</sup> FELLMANN, S. 428, mit Verweisen.

<sup>783</sup> Dazu bereits BERNARD, *plädoyer* 2010, S. 68 ff.

<sup>784</sup> JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 25.

<sup>785</sup> Statt vieler BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130 N. 5 ff.

<sup>786</sup> So beispielsweise explizit noch bei PFENNINGER, *Stellung*, S. 180 f., und bei ZUBER, S. 82 f. Die Tendenz wirkt implizit bis heute fort, so etwa bei JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 16 ff.

kreten Klientin. Unbeachtlich ist hingegen die subjektive Auffassung der Verteidigung über die Interessenlage der Klientin.<sup>787</sup> Denn die Verteidigung ist auch hier allein den Interessen ihrer Mandantin verpflichtet (Art. 128 StPO). Der Massstab jeglichen Handelns ist deshalb auch in solchen Konstellationen das mutmassliche Interesse der konkreten beschuldigten Person und nicht dasjenige einer objektivierten-typisierten Massfigur.<sup>788</sup> Der Verteidigung obliegt es deshalb, in diesen Ausnahmefällen selbst zu eruieren, was ihre Klientin wirklich will oder wollen könnte, so gut es eben im Einzelfall geht. Dies setzt ebenfalls eine vertiefte persönliche Auseinandersetzung mit ihr voraus. Nur so kann sie die Subjektstellung der konkreten Klientin, deren konkrete Interessen und deren konkrete Entlastungsperspektive wahrnehmen und damit den geschuldeten Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche leisten. Auch in derartigen Konstellationen ist sie somit beim Gebrauch der Verteidigungsrechte behilflich, indem sie diese auf der Basis eines solid ergründeten, effektiven oder zumindest hypothetischen Willens der beschuldigten Person wahrnimmt. Der zentrale Ausgangs- und Bezugspunkt bleibt damit auch hier das konkrete Interesse der beschuldigten Person beim Gebrauch der Verteidigungsrechte.

Zusammenfassend: Die Konzeption der partnerschaftlichen Verteidigung gilt nicht uneingeschränkt, das heisst nur solange die beschuldigte Person bezüglich des prozessualen Geschehens urteilsfähig und eine Absprache möglich ist. Sobald ein Fall notwendiger Verteidigung ohne Instruktions- oder Absprachemöglichkeit vorliegt, stösst sie an eine Grenze. Solche Ausnahmefälle dürfen allerdings nicht dazu verleiten, den Regelfall der partnerschaftlichen Verteidigungssituation mit paternalistischen Elementen zu versehen. Sofern eine Absprache und Instruktion möglich ist, hat die Verteidigung konsequent partnerschaftlich vorzugehen, selbst wenn die Anliegen und die Interessenlage des Mandanten ihr persönlich fremd bleiben. Erst wenn keine Instruktion oder Absprache möglich ist, greift eine paternalistischere Konzeption, wobei indes stets darauf zu achten ist, im konkreten Einzelfall so wenig paternalistisch wie möglich zu agieren.

## D. Fazit

Der Verteidigung kommt die Aufgabe zu, die Interessen der beschuldigten Person zu wahren, indem sie ihr beim tatsächlichen Gebrauch der ihr zustehenden Verteidigungsrechte behilflich ist. Die Verteidigung hat sich bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in den letzten Jahren von der früheren Rolle als Dienerin des Rechts, die als Justizorgan einen Beitrag zur objektiven, ungestörten Rechtsfindung leistet, emanzipiert. Den Dienst am Recht leistet sie nach heute weitgehend unbestrittener Auffassung einzig in der einseitigen Interessenwahrung zugunsten ihrer Klientin im Rahmen der Rechtsordnung. Exakt dadurch stellt sie deren Subjektstellung und Entlastungsperspektive sicher und leistet so ihren Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche.

---

<sup>787</sup> BSK OR-OSER/WEBER, Art. 419 N. 15 f.

<sup>788</sup> BSK OR-OSER/WEBER, Art. 419 N. 15 f.



Nicht abschliessend geklärt ist dabei, wie die Verteidigung die Interessen der beschuldigten Person zu wahren hat. Einig ist man sich, dass der Verteidigung im Aussenverhältnis die Aufgabe zukommt, das Verfahren strikt einseitig zu kontrollieren und entlastend daran mitzuwirken. Dadurch soll gewährleistet werden, dass die beschuldigte Person von ihren Verteidigungsrechten effektiv Gebrauch machen kann. Strittig ist, ob diese Interessenwahrung paternalistisch oder partnerschaftlich auszuüben ist. Eine paternalistische Verteidigungskonzeption geht von einem durch die Verteidigung objektiviert definierten, wohlverstandenen Interesse der beschuldigten Person aus. Die partnerschaftliche Verteidigungskonzeption geht dagegen von den artikulierten Interessen der eigenen Klientin aus. Denn nur so wird diese als mündiges Subjekt ernstgenommen und kann ihre Entlastung sichergestellt werden, und nur so kann die Verteidigung ihren Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche auch effektiv wahrnehmen.

Folgt man einem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis, wie es auch dem Gang dieser Untersuchung zugrunde liegt, da es sich zwingend aus der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche ergibt, gewinnt im Vergleich zu einem paternalistischen Berufsverständnis die Beziehung der Verteidigung zur beschuldigten Person markant an Bedeutung. Dieses Verhältnis ist zentral, da in der internen Beratung zu klären ist, welches die Interessen der beschuldigten Person sind. Von grosser Bedeutung ist hierfür eine gelebte Fürsorge auf Seiten der Verteidigung, da nur auf diese Weise das nötige Vertrauen für eine Beratung und Instruktion entsteht.

In der Beratung selbst kommt der Verteidigung die Aufgabe zu, ihrer Klientin Wissen über das Strafverfahren zu vermitteln (Wissensberatung). Gleichzeitig hat die Verteidigung die beschuldigte Person in ihrer Entscheidungsfindung betreffend die Prozesshandlungen und den Gebrauch der Verteidigungsrechte zu begleiten (Prozessberatung). Auf Basis dieser Beratung ist es der Verteidigung möglich, im Aussenverhältnis Kontroll- und Mitwirkungsschritte zu unternehmen. Der Vorgabe der Klientin kommt Vorrang vor dem zu, was die Verteidigung als sinnvolle Interessenwahrung versteht. Selbstverständlich hat der Anwalt im Innenverhältnis für seine Sicht der Dinge zu werben. Kann er sich mit der beschuldigten Person aber nicht einigen, so bleibt ihm nur, das Mandat niederzulegen oder sich an die Instruktion der Klientin zu halten; ansonsten überginge er die eigene Mandantin, nähme sie als autonomes Subjekt nicht ernst und leistete seinen Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche gerade nicht.

Im Fall einer notwendigen Verteidigung kann es Ausnahmen von der partnerschaftlichen Konzeption geben. Diese liegen vor, wenn die Mandantin wegen mangelnder Urteilsfähigkeit ihren Anwalt nicht instruieren kann oder wenn sie sich weigert, mit ihrer Verteidigung zusammenzuarbeiten. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob ein Gesuch um Entlassung aus der Verteidigung zu stellen ist. Es kann indessen vorkommen, dass die Entlassung aus dem Mandat nicht gewährt wird. Ausserdem kann es auch vorkommen, dass die Verteidigung kein Entlassungsgesuch stellt, weil ihre Klientin prinzipiell die Zusammenarbeit mit sämtlichen Anwälten verweigert; ein Anwaltswechsel trüge hier nicht zur Verbesserung der Verteidi-

gungssituation bei. Diese Konstellationen dürfen indessen nicht leichtfertig angenommen werden. Und selbst in einer solchen Situation obliegt es der Verteidigung, auf den mutmasslichen Willen ihrer Klientin abzustellen. In Anlehnung an die zivilrechtliche Figur der Geschäftsführung ohne Auftrag darf sie nicht auf ein objektiviertes Interesse einer typisierten Massfigur oder auf ihre eigene Vorstellung eines wohlverstandenen Interesses abstellen, sondern hat sich auch dann an den ganz konkreten Anliegen der Klientin auszurichten und die konkreten Interessen des betroffenen Subjekts wahrzunehmen, dessen Subjektstellung und Entlastungsperspektive sie zu verteidigen hat.

Durch diese Fürsorge und Beratung im Innenverhältnis sichert die Verteidigung in ihrer internen Beziehung die Subjektstellung der eigenen Klientin ab. Gleichzeitig legt sie so die Basis, dass sie die Subjektstellung der Klientin ins Verfahren einbringen, an diesem entlastend mitwirken und dieses kontrollieren kann. Die vier Verteidigungspflichten (Fürsorge, Beratung, Mitwirkung, Entlastung) konkretisieren damit den Beitrag zu der völker- und verfassungsrechtlich sowie gesetzlich garantierten Verteidigungstätigkeit, die darin besteht, der beschuldigten Person beim effektiven Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte behilflich zu sein und dadurch einen Beitrag zur umfassenden Sicherstellung der beschuldigten Person als Verfahrenssubjekt und deren Entlastung im Verfahren zu leisten. Diese Verteidigungstätigkeit ist, wie oben gezeigt wurde, unabdingbar für eine strafprozessuale Wahrheitssuche: Ohne sie wäre das rechtsstaatliche, kontradiktorische Verfahren nicht gewährleistet.

## 4. Kapitel: Zusammenfassung

Völker- und Verfassungsrecht sowie Prozessmaximen und Grundsatznormen zur Verteidigung in der Strafprozessordnung statuieren ein kontradiktorisches Verfahren mit Verteidigungsrechten. Das dient der Entlastungsperspektive, der Wahrnehmung der konkreten Interessen sowie der Subjektstellung der beschuldigten Person. Dabei wird davon ausgegangen, die Rekonstruktion der materiellen (historischen) Wahrheit sei das Ziel des Strafverfahrens. Die Wahrheit steht aber, wie bereits mehrfach erwähnt, nicht vor dem Verfahren fest, sondern wird erst durch das Verfahren festgelegt. Aus diesem Grund trifft es nicht zu, dass Verfahrensvorschriften und Verteidigungsrechte die strafprozessuale Wahrheitssuche limitieren. Im Gegenteil: Sie konstituieren sie erst. Diese Sicht auf die Verfahrensvorschriften und Verteidigungsrechte drängt sich umso mehr auf, als dieses Normenkorsett bereits auf Ebene des Völker- und Verfassungsrechts eng geschnürt ist. Den Weg zum Ziel soll daher ein Verfahren sicherstellen, welches Argumente und Gegenargumente ausreichend gewichtet und der beschuldigten Person Gehör schenkt. Die Prüfung von Standpunkten und Gegenstandpunkten ist tief in der europäischen Rechtsgeschichte verankert.<sup>789</sup> Der Verteidigung obliegt es im Strafverfahren, konsequent der beschuldigten Person nach deren Massgabe beim Gebrauch ihrer Rechte behilflich zu sein. Die Verteidigung soll garantieren, dass die Verteidigungsrechte effektiv wahrgenommen werden können und nicht toter Buchstabe bleiben. Dafür bedarf es effektiver kontradiktorischer Elemente im Verfahren.

Diese Aufgabe bindet die Verteidigung in einem partnerschaftlichen Verständnis an die Instruktion und an die konkret erklärten Interessen ihrer Mandantin, deren Subjektstellung sie abzusichern hat. Was das Prozessziel der Verteidigung ist, gibt daher grundsätzlich die beschuldigte Person vor. Auch bei Konflikten bezüglich der Wahl der (legalen) Mittel hat sie das letzte Wort, da ansonsten ihre Subjektstellung verletzt wäre. Diese Vorgabe bedeutet nicht, dass die Verteidigung im Innenverhältnis nicht für ihre Sicht der Dinge eintreten soll und sich ohne Widerstand taktischen Anordnungen der beschuldigten Person unterzuordnen hat. Sie schuldet ihrer Klientin vielmehr denkenden Gehorsam und entsprechend ausführ-

---

<sup>789</sup> Spuren lassen sich nicht nur für den Zivilprozess, sondern auch für den Strafprozess bis ins klassische römische Recht zurückverfolgen, KUNKEL, 64 ff.; vgl. hierzu auch GARLAND, Waffengleichheit, S. 5 ff.

liche Beratung. Sie hat sowohl rechtliches und rechtstatsächliches Wissen zu vermitteln als auch den Mandanten in seinen Entscheidungsprozessen zu begleiten. Der Fürsorge für den eigenen Mandanten und der seriösen Beratung kommt daher in der Verteidigungsarbeit eine Bedeutung zu, die im Sinne der Umsetzung der normativ verankerten Vorgaben nicht hoch genug einzuschätzen ist. Basierend auf einer gründlichen Instruktion und Auseinandersetzung im Innenverhältnis hat die Verteidigung sodann im Aussenverhältnis das Strafverfahren zu kontrollieren und an diesem entlastend mitzuwirken. Jegliches Verteidigungsverhalten ist grundsätzlich in Absprache mit der Klientin auszuüben. Davon ausgenommen sind die raren Fälle, in denen wegen fehlender oder mangelhafter Instruktion ein paternalistischeres Verteidigungsverfahren angezeigt ist, wobei es auch hier der Verteidigung obliegt, den konkreten Willen und das Interesse des eigenen Klienten möglichst genau zu ergründen und auf dieser hypothetisch erhobenen Basis im Aussenverhältnis tätig zu werden.

Vierter Teil:

**Normative Vorgaben zur Funktion der Verteidigung  
bei der strafprozessualen Wahrheitssuche und  
deren Umsetzung in der Praxis**



## 1. Kapitel: **Gegenstand und Vorgehen**

Im Folgenden werden die normativen Vorgaben zur Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche mit deren Umsetzung in der Praxis kontrastiert.

Nach einer einleitenden Darstellung des Ausgangspunkts im 2. Kapitel geht das 3. Kapitel der Frage nach, welche Mindeststandards die Verteidigung in ihrer Funktion bei der strafprozessualen Wahrheitssuche einzuhalten hat und wie diese einzulösen sind. Weil die Verteidigung zwingender Bestandteil der strafprozessualen Wahrheitssuche ist, sind Mindeststandards bei ihrem gesamten Tun festzulegen, damit sie ihre Funktion effektiv inhaltlich und nicht nur der äusseren Form nach erfüllt. Anderenfalls würde das Verfahren insgesamt hinsichtlich einer rechtsstaatlichen Wahrheitssuche mangelhaft.

Das anschliessende 4. Kapitel diskutiert die Grenzen der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche. Über die Vermessung dieser Grenzen kann im Umkehrschluss der grundsätzliche Aktionsradius der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche bestimmt werden. Dabei wird namentlich der im ersten Teil referierte Forschungsstand zur limitierten Wahrheitspflicht bzw. dem Lügenverbot der Verteidigung aufgenommen und kritisch geprüft, um dann auf der Basis der gewonnenen Erkenntnisse eine eigene Position zu entwickeln.

Hernach soll im 5. Kapitel die Strafprozessordnung in ihrer gesetzlichen Anlage und praktischen Umsetzung umfassend daraufhin geprüft werden, inwieweit die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche realisiert wird. Hierfür werden zunächst die fünf Beispiele des ersten Teils aufgenommen und die bisherige Argumentation kritisch diskutiert. Anschliessend folgt im 6. Kapitel eine Analyse der im zweiten Teil referierten Verfahrensarten der Strafprozessordnung, wobei erörtert wird, ob und inwieweit die normativen Vorgaben zur Verteidigung bei den einzelnen Verfahrensarten umgesetzt werden und wo welcher Veränderungsbedarf besteht. Auf Basis dieser beiden Kapitel wird sodann im 7. Kapitel eine skizzenhafte Charakteristik der Strafprozessordnung vorgelegt, welche die vorliegend bearbeitete Thematik in einen grösseren Zusammenhang stellt. Auch hier bleibt aber der Fokus auf der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche und deren Umsetzung in der Praxis. Das 8. Kapitel beschliesst den vierten Teil mit einer Zusammenfassung.

## 2. Kapitel: **Ausgangspunkt**

Aus den Ausführungen im zweiten Teil ergibt sich zwar, dass die materielle Wahrheit ein anzustrebendes Ziel des Strafverfahrens bleibt.<sup>790</sup> Letztlich existiert aber kein ausserhalb des Strafprozessrechts stehender Massstab für die Frage, ob diese Zielgrösse erreicht wird.<sup>791</sup> Im einzelnen Strafverfahren ist somit immer nur eine in einem ganz konkreten, rechtlich vermessenen, kontradiktorischen Verfahren festgelegte Wahrheit realisierbar.<sup>792</sup> Mit anderen Worten: Keine Akteurin im Strafverfahren, also weder die Staatsanwaltschaft noch das Gericht oder die Verteidigung, hat einen besseren, gleichsam privilegierten Zugang zur materiellen Wahrheit; jedoch haben die Staatsanwaltschaft und die Gerichte – anders als die Verteidigung, die der einseitigen Interessenwahrung verpflichtet ist – aufgrund von Art. 6 StPO grundsätzlich eine Verpflichtung auf die materielle Wahrheit als Ziel ihrer Tätigkeit. Daher stellt materielle Wahrheit als strafprozessuales Ziel im Ergebnis ein nur begrenzt valides, weil nicht extern überprüfbares strafprozessuales Argument zur Lösung von rechtsdogmatischen Einzelthemen dar.

Die Bezugnahme auf eine materielle Wahrheit gleichsam jenseits des Verfahrens ist daher, wie im zweiten und dritten Teil bereits gezeigt wurde, kein belastbares, rechtsdogmatisches Argument, um die Verteidigungsrechte innerhalb eines Strafverfahrens einzuschränken. Es ist deshalb stets kritisch zu hinterfragen, wenn im strafprozessrechtlichen Kontext auf eine effektive, materielle oder historische Wahrheit rekurriert wird. Damit könnte verdeckt für bestimmte inhaltliche, dogmatische oder im Kern meist rechtspolitische Positionen geworben werden. HANS-HEINER KÜHNE hält für Deutschland pointiert fest, der Begriff der materiellen/historischen Wahrheit erscheine im juristischen Meinungsstreit überwiegend als Instrument zur Rechtfertigung beschuldigtenfeindlicher und gesetzlich eigentlich nicht vorgesehener Prozessmassnahmen.<sup>793</sup> Auch in der Schweiz ist eingehend zu prüfen, ob nicht in-

---

<sup>790</sup> Zusammenfassend oben Zweiter Teil, 6. Kapitel, A. Materielle Wahrheit als strafprozessuale *Fata Morgana*.

<sup>791</sup> Vgl. oben, insbesondere Zweiter Teil, 4. Kapitel, D. Wahrheit als normativer, strafprozessrechtlicher Begriff.

<sup>792</sup> Zusammenfassend oben Zweiter Teil, 5. Kapitel, F. Fazit: Wahrheitssuche im normativen, strafprozessualen Rahmen mit rechtstatsächlichen Einflüssen.

<sup>793</sup> KÜHNE, Instrumentalisierung, S. 374.



strumentalisierend auf materielle Wahrheit rekurriert wird, um in einem rechtsdogmatischen Meinungskampf in einer Einzelfrage solche letztlich rechtspolitischen Ziele zu erreichen. Während also in rechtsdogmatischen Diskursen dieses Argument wenig überzeugend ist, kann in einer rein rechtspolitischen Auseinandersetzung durchaus sinnvoll darüber gestritten werden, ob eine gesetzliche Lösung diesem grundsätzlichen Verfahrensziel zupasskomme oder nicht.

Ob die Verteidigung die Suche nach der materiellen Wahrheit behindert, ist daher kein sinnvolles strafprozessuales Vorbringen bei der Bearbeitung von dogmatischen Einzelproblemen. Eher müsste in dogmatischen Auseinandersetzungen gefragt werden, ob man in einer konkreten Situation, einem konkreten Verfahrensabschnitt oder einem konkreten Stadium die Verteidigung als einseitige Vertreterin der Entlastungsperspektive zur Absicherung der Subjektstellung der beschuldigten Person und als Hilfestellung für den Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte zulassen will. Oder, anders gewendet, müsste die Frage lauten, ob und gegebenenfalls wo, wie und wann man kontradiktorische Momente integrieren möchte, und wo man bewusst auf die Verteidigung verzichten will, gerade weil sie Verteidigungsrechte der beschuldigten Person einseitig wahrnimmt. Die grundsätzlich gewährte kontradiktorische Verfahrensanlage und, als Ausnahme vom Regelfall, deren bewusste Einschränkung sind gegeneinander abzuwägen. Dies steht mit der Zielvorgabe der materiellen Wahrheit allerdings nur in einem mittelbaren Zusammenhang. Dabei sind selbstverständlich die entsprechenden übergeordneten normativen Grundlagen in Völker- und Verfassungsrecht zu beachten, welche die Verteidigungsrechte, das kontradiktorische Vorgehen und die Verpflichtung auf die Unschuldsvermutung, und damit den Vorrang der Entlastungs- vor der Belastungsperspektive, als absoluten Grundsatz kodifizieren.

Nachfolgend wird indessen von der Annahme ausgegangen, dass sich völkerrechtliche und verfassungsmässige Vorgaben zur Verteidigung und zu Verteidigungsrechten nicht im Sinne eines Automatismus im Strafprozessrecht und seiner gelebten Praxis niederschlagen. Vielmehr werden die einzelnen Fragen – Umsetzung der Verteidigungsrechte, Sicherstellung der Subjektstellung der beschuldigten Person, Tragweite der Unschuldsvermutung, zielführende Verteidigung und deren Wirkungsgrad – im Rechtssystem in der Summe der Entscheidungen ausgehandelt. Dabei werden stets gesellschaftliche Kräfteverhältnisse rezipiert.<sup>794</sup> Wem wann welche Verteidigungsspielräume dogmatisch und in Einzelfallentscheidungen gewährt werden, bestimmt sich nicht einzig aufgrund völker- und verfassungsrechtlicher Vorgaben oder nach Zielgrössen wie der historischen (materiellen) Wahrheit. Die normative Vermessung ist stets von gesellschaftlichen Rahmenbedingungen abhängig; die herrschenden juristischen Meinungen bei Einzelfragen sind immer ein Stück weit rechtspolitisch gefärbt und hängen von sozialen Kräfteverhältnissen ab.<sup>795</sup> Umgekehrt ist aber darauf hin-

<sup>794</sup> Ähnlich RUCKSTUHL, *Anwaltsrevue* 2019, S. 259 und S. 261.

<sup>795</sup> Nach wie vor lesenswert der grundlegende Essay von WESEL, *hM*, S. 14 ff. Vgl. zum Einfluss der juristischen Literatur auf die rechtswissenschaftliche Entscheidungsfindung und zur Unabhängigkeit der juristischen Literatur auch TRAJKOVA, *Rz.* 10 f. Eine grosse Sensibilität für die Abhängigkeit des Rechts von gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen findet sich traditionellerweise in der

zuweisen, dass das Recht bis zu einem gewissen Grad auch immun ist gegen aktuelle Umweltbezüge und über weite Strecken auf rechtssetzenden und rechtsanwendenden Entscheidungen aus der Vergangenheit und nicht der Gegenwart basiert.<sup>796</sup> Verteidigungsrechte sind allerdings im Vergleich zu Strafverfolgungsinteressen stets fragil.<sup>797</sup> Sie haben insbesondere im heutigen gesellschaftspolitischen Kontext keinen leichten Stand und drohen tendenziell, von tagespolitischen Opportunitäten ausgehöhlt zu werden.<sup>798</sup> Das Strafrecht droht deshalb – wie nachfolgend zu zeigen ist – zu einem Instrument der Herrschaftssicherung und seine Dogmatik zur Strafverfolgungs- statt Straflimitierungsdogmatik zu werden.<sup>799</sup>

---

marxistisch inspirierten Rechtsphilosophie; dazu statt vieler KLENNER, Aktualisierende, S. 7 ff., oder, um zwei jüngere Monographien zu nennen, BUCKEL und KRAUTH.

<sup>796</sup> Dazu prägnant ABEGG, *Ancilla Iuris* 2006, S. 29 ff. Dieser Aspekt wird insbesondere in evolutivischen Rechtstheorien betont; einführend ABEGG, *Rechtstheorie*, S. 371 ff.; spannend hierzu auch BUCKEL, insbesondere S. 72 f., S. 312 ff., die in der Tradition einer kritischen, marxistisch geprägten Rechtsphilosophie hervorhebt, dass Recht stark von wechselnden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen abhängig sei, ihm gleichzeitig aber auch eine gewisse selbstreferentielle Eigenlogik zubilligt. Lesenswert für eine Verbindung von kritischer Theorie mit Systemtheorie insbesondere auch AMSTUTZ, S. 365 ff., und FISCHER-LESCANO, S. 13 ff.

<sup>797</sup> PIETH, *Strafrechtsgeschichte*, S. 30, S. 34, S. 106 f., S. 141.

<sup>798</sup> Analysen zur strafrechtlichen Gegenwart gibt es zahlreiche. Einführend und illustrativ ist hierzu der strafrechtshistorische Zugang mit einer Perspektive auf die Längsentwicklung von PIETH, *Strafrechtsgeschichte*, S. 115 ff.; VORMBAUM, S. 269 ff.

<sup>799</sup> Zum Unterschied von Strafverfolgungs- und Strafbefreiungsdogmatik VORMBAUM, S. 276.

### 3. Kapitel: **Mindeststandards der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitsuche**

Wie dargestellt besteht die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitsuche darin, der beschuldigten Person zu helfen, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte wirkungsvoll zu gebrauchen. Wird dies nicht umgesetzt, so kann das Strafverfahren, insbesondere in Fällen notwendiger Verteidigung, vor den grundlegenden rechtlichen Anforderungen der EMRK, der Bundesverfassung und der StPO nicht standhalten.<sup>800</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss daher die Verteidigung die Interessen der beschuldigten Person in ausreichender und wirksamer Weise wahrnehmen und die Notwendigkeit von prozessualen Vorkehrungen im Interesse der beschuldigten Person sachgerecht und kritisch abwägen.<sup>801</sup> Eine rein formal eingesetzte, nicht aber effektiv handelnde Verteidigung reicht nicht aus.<sup>802</sup> Wird von den Behörden untätig geduldet, dass die notwendige Verteidigung ihre anwaltlichen Berufs- und Standespflichten in schwerwiegender Weise vernachlässigt, liegt darin eine Verletzung der von Verfassung und EMRK gewährleisteten Verteidigungsrechte.<sup>803</sup> Eine effektive Verteidigung ist daher von Amtes wegen sicherzustellen.

Soweit ersichtlich wurde bisher in der Rechtsprechung fast ausschliesslich bei grundlegendsten Verstössen gegen die Verteidigungspflichten eingeschritten.<sup>804</sup> Die Strafjustiz legt sich, durchaus nachvollziehbar, eine gewisse Zurückhaltung bei der Beurteilung des Verteidigungshandelns auf: Die Aufgabe, zu kontrollieren, ob die eigene Kontrolleurin der Kontrollpflicht ausreichend nachkommt, ist nicht leicht einzulösen. Eine paternalistische Bevormundung der Verteidigung ist ebenfalls zu vermeiden, da ansonsten rasch in unzulässiger Art

---

<sup>800</sup> Grundlegend hierzu für Deutschland, wobei die grundsätzliche Stossrichtung durchaus auch für die Schweiz gilt, BARTON, Mindeststandards, S. 87 ff.

<sup>801</sup> BGE 138 IV 161 E. 2.4; BGE 131 I 185 E. 3.2.3 S. 192; BGE 126 I 194 E. 3d S. 198 f.

<sup>802</sup> BGE 138 IV 161 E. 2.4; BGE 131 I 185 E. 3.2.3 S. 192; BGE 126 I 194 E. 3d S. 198 f.

<sup>803</sup> BGE 138 IV 161 E. 2.4; BGE 131 I 185 E. 3.2.3 S. 192; BGE 126 I 194 E. 3d S. 198 f.

<sup>804</sup> BGE 138 IV 161 E. 2.4; BGE 131 I 185 E. 3.2.3 S. 192; BGE 126 I 194 E. 3d S. 198 f.; vgl. zuletzt auch erneut BGer vom 4. Mai 2022, 6B\_918/2021, Erw. 1.2.; BGer vom 25. Juli 2022, 6B\_1047/2021, Erw. 2.2.; zum Ganzen auch RUDOLF, ius focus.

und Weise in den Schonraum des Innenverhältnisses zwischen beschuldigter Person und Verteidigung eingegriffen würde. Dies würde den Kern der Verteidigung antasten.<sup>805</sup>

Trotzdem sind sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung künftig konsistente Kriterien festzulegen, wann von einer Schlechterfüllung der Verteidigung auszugehen ist, die eine Wiederholung der bisherigen Prozesshandlungen nötig macht, weil die Mindeststandards der Verteidigungspflichten derart unterschritten sind, dass auch faktisch eine wirkungsvolle Verteidigung nicht mehr existiert. Denn unter solchen Umständen wird die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche nicht nur theoretisch nicht eingelöst, sondern dieser Mangel kann sich auch effektiv sehr negativ für die Position der beschuldigten Person auswirken.<sup>806</sup> In der Literatur fehlt es indessen an einem breiten Diskurs zu einem solchen handwerklichen *state of the art* der Verteidigung.<sup>807</sup> Es bedarf deshalb hierzulande noch der Entwicklung einer transdisziplinären Methodik zu Verteidigungsfragen, für die der überzeugende Arbeitstitel Defensologie des deutschen Emeritus STEPHAN BARTON übernommen werden kann.<sup>808</sup>

Neben der Kontrolle durch die Strafjustiz ist in einem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis jeder beschuldigten Person ein effektives Kontrollrecht über ihre Verteidigung zu

---

<sup>805</sup> Vgl. zu dieser grundlegenden Problematik für Deutschland BARTON, Mindeststandards, S. 117 ff.

<sup>806</sup> Eine US-amerikanische Studie legt nahe, dass die Folgen von ungenügender Verteidigung oftmals verheerend sein können, YAROSHEFSKY/SCHÄFER, S. 123 ff. In der Schweiz ist dies zwar soweit ersichtlich nicht untersucht, dürfte aber kaum anders sein, so auch MÜLLER, Verteidigung, S. 167 ff.; für Deutschland KÖNIG, S. 71 ff., und WOHLERS, Verfahrensrügen, S. 1325 ff.

<sup>807</sup> Vgl. VON SENGER, S. 109, der generell darauf hinweist, dass solche Themen im hiesigen Rechtsdenken vernachlässigt werden. Dies mag unter anderem daran liegen, dass auch in anderen wissenschaftlichen Disziplinen insgesamt selten über kluges Handeln nachgedacht wird. Hierzu aus Sicht des Philosophen SEITZ, S. 9 ff., und populärwissenschaftlich aus Sicht des Psychologen GUGGENBÜHL, S. 13 ff., S. 35 ff., S. 173 ff. und S. 233 ff. Entsprechend kommen solche Fragen auch in der juristischen Ausbildung kaum zur Sprache, BERNARD, plädoyer 2016, S. 24 f. Dies gilt gleichermaßen für Deutschland: BARTON, Professionsfakultät, S. 173 ff.; KÖLBEL, S. 23 ff.; LAWS, S. 173 ff. In Deutschland gibt es allerdings reichlich Schrifttum zu Verteidigungsfragen; nebst den Lehrbüchern von BARTON, Einführung, DAHS und SOMMER insbesondere die Buchreihe «Praxis der Verteidigung» mit über 30 Bänden. Analoge Bücher aus der Schweiz sind, mit Ausnahme meiner eigenen Praxiseinführung BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, zwischenzeitlich relativ alt: BAUMGARTNER/SCHUHMACHER (Hrsg.), Ungeliebte Diener des Rechts, Baden-Baden 1999; und NIGGLI/WEISSENBERGER (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel u.a. 2002. Vgl. aber in Aufsatzform immerhin u.a. MEYER LÖHRER/LÖHRER, S. 117 ff.; MEYER LÖHRER, forum-poenale 2018, S. 418 ff.; MEYER LÖHRER, Anwaltsrevue 2012, S. 91 ff. mit einem dezidiert rechtspsychologischen Ansatz. Für die Erschliessung von Verteidigungswissen kommen damit dem Podcast von DURIBONIN rund um die Strafverteidigung ([www.duribonin.ch/podcast](http://www.duribonin.ch/podcast), zuletzt abgerufen am 16. Dezember 2022) und dem Blog von KONRAD JEKER ([www.strafprozess.ch](http://www.strafprozess.ch), zuletzt abgerufen am 16. Dezember 2022), welcher hauptsächlich die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus Verteidigungssicht kommentiert, grosse praktische Bedeutung zu.

<sup>808</sup> BARTON, Einführung, S. 56. Defensologie als wissenschaftliche Beschäftigung mit praktischen, mithin auch handwerklichen Fragen der Verteidigung ist als Disziplin an schweizerischen Universitäten und im hiesigen Schrifttum nicht etabliert. Es bedürfte einer eingehenden Debatte zur Entwicklung disziplinärer Standards. Dazu bereits mit Ansätzen einer methodischen Skizze BERNARD, Sonderheft 2014, S. 4 f.; BERNARD, plädoyer 2019, S. 80.

gewähren. Deshalb müsste die Strafjustiz Gesuchen der beschuldigten Person um Wechsel ihrer amtlichen Verteidigung grosszügiger als bislang stattgeben.<sup>809</sup> Dies würde die Subjektstellung der beschuldigten Person, die Partnerschaftlichkeit ihrer Beziehung zur Verteidigung und insgesamt den effektiven Gebrauch der Verteidigungsrechte nach Massgabe der Interessen der beschuldigten Person stärken. Wüsste jede amtliche Verteidigung, dass sie aus dem Mandat grundsätzlich entlassen würde, wenn ihre Klientin dies verlangt, so veränderte dies die Machtbalance im Innenverhältnis zugunsten der beschuldigten Person, dem Subjekt also, um deren Interessenwahrung es in der Verteidigungsarbeit ohnehin allein gehen sollte (Art. 128 StPO). Eine zu wenig engagierte amtliche Verteidigung könnte dann einfach mit einem Mandatsentzug sanktioniert werden, genau wie eine erbetene Verteidigung. Mittelbar trüge dies auch zur tatsächlichen Umsetzung der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche bei.<sup>810</sup> Der praktischen Vermeidung von Rollenkonflikten der Strafjustiz käme dies ebenfalls zupass, da dadurch jeder beschuldigten Person ein faktisches, primäres Kontrollrecht über die Verteidigung gewährt würde. Der Strafjustiz käme künftig bei der Kontrolle von Mindeststandards der Verteidigung lediglich eine subsidiäre Rolle zu.

Nichtsdestotrotz ist aufgrund der zwingenden Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche auch weiterhin von Amtes wegen sicherzustellen, dass die Verteidigung ihre Standards erfüllt, ansonsten die strafprozessuale Wahrheitssuche insgesamt mangelhaft wäre. Hält sich die Strafjustiz hier über Gebühr zurück, mag dies für den Verteidiger im Einzelfall bequem sein. Gleichzeitig wird damit aber die Bedeutung der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche gesamthaft marginalisiert und in der konkreten Anwendung zu wenig konsequent umgesetzt.

---

<sup>809</sup> BERNARD, ZStrR 2013, S. 101 ff.

<sup>810</sup> BERNARD, ZStrR 2013, zusammenfassend S. 101 ff.

## 4. Kapitel: **Grenzen der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche**

Art. 128 StPO hält wie erwähnt in grundsätzlicher Hinsicht fest, dass die Verteidigung in den Schranken von Gesetz und Standesregeln allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet ist. Damit wird als Prinzip auf die einseitige Interessenwahrung der Verteidigung verwiesen. Überdies wird gleichzeitig kodifiziert, dass Gesetz und Standesregeln den Spielraum limitieren.

Rechtliche Grenzen des zulässigen Verteidigungshandelns folgen zunächst aus der Auslegung der Strafprozessordnung selbst und lassen sich nicht abstrakt definieren. Sie ergeben sich aus der Summe der zu entscheidenden Einzelfragen, wobei manches strittig ist. So werden etwa, um nur zwei Beispiele aus der vorliegenden Untersuchung aufzugreifen, die Teilnahmerechte der Verteidigung an Einvernahmen von Mitbeschuldigten oder psychiatrischen Explorationsgesprächen kontrovers diskutiert. Wie am Ende der Entscheid in der Rechtsprechung hier und bei anderen Fragen ausfällt, bestimmt den durch die Strafprozessordnung gewährten Spielraum der Verteidigung und dessen Grenzen mit.

Auch im Schrifttum ist unbestritten, dass die Strafbarkeit eines Verteidigungsverhaltens durch das materielle Strafrecht bestimmt wird und dass sich daraus rechtliche Grenzen ergeben.<sup>811</sup> So wird auch vorliegend nicht in Frage gestellt, dass für die Verteidigung bei ihrer Berufsausübung das materielle Strafrecht gilt und dass ihre Berufspflichten nur im Ausnahmefall der Rechtswidrigkeit einer strafbaren Handlung entgegenstehen. Im Kern geht es deshalb um die Thematik, wann ein Verhalten der Verteidigung, welches den Tatbestand eines Delikts erfüllen würde, durch die Berufspflichten gerechtfertigt ist beziehungsweise wann deshalb allenfalls sogar der objektive Tatbestand entfällt.<sup>812</sup>

Soweit ersichtlich, fehlt es in der Schweiz an belastbaren, dogmatischen Konzepten zu den Grenzen der Verteidigung durch das materielle Strafrecht mit Blick auf ihre Funktion bei der strafprozessualen Wahrheitssuche. Sieht man von der recht intensiv geführten Debatte

---

<sup>811</sup> ALBRECHT, Funktion, S. 24 ff.; BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 128 N. 6 ff., Art. 128 N. 9; CR CCP-HARARI, Art. 128 N. 22 f.; SCHMID/JOSITSCH Praxiskommentar StPO; Art. 128 N. 2.

<sup>812</sup> Vgl. zur Rechtfertigung aus Berufspflicht statt vieler PK StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 14 N. 6.

zum Thema Geldwäscherei durch die Strafverteidigung, namentlich in Form der Honorarannahme, ab,<sup>813</sup> wurde den Strafbarkeitsgrenzen der Verteidigung bislang kaum vertieft nachgegangen.<sup>814</sup> Es dürfte allerdings auch nicht möglich sein, eine abstrakte, umfassende Konzeption für alle Straftatbestände vorzulegen. Die Rechte und Pflichten der Verteidigung lassen sich nicht in einer Art und Weise definieren, dass sich die Anwendung auf alle Straftatbestände und Einzelfallkonstellationen wie von selbst ergibt. Im Ergebnis müsste die Strafbarkeit beziehungsweise Straflosigkeit eines Verteidigungsverhaltens daher Tatbestand für Tatbestand minutiös durchdekliniert werden. Dabei hängt das Resultat stets von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>815</sup> Zu berücksichtigen wären als Ausgangspunkt die oben, im dritten Teil, skizzierten Grundsätze zur Auslegung von Verteidigungsrechten und Verteidigungspflichten. Dogmatisch wären die Grenzen der Strafbarkeit der Verteidigung dabei zunächst an der objektiven Seite des Tatbestandes beziehungsweise der Rechtmässigkeit/Rechtswidrigkeit festzumachen. Die subjektive Komponente kann für die Vermessung von Berufsrechten und Berufspflichten nicht der primäre Bezugspunkt sein.<sup>816</sup>

Für die vorliegende Abhandlung besonders relevant erscheint indessen die Frage, ob der Rat zur Lüge, den die Verteidigung ihrer Klientin erteilt, oder die Hilfe bei der gemeinsamen Konstruktion einer Lüge rechtswidrig ist. Bezüglich des hier in Frage kommenden Straftatbestandes der Begünstigung wird in der Literatur grundsätzlich darauf hingewiesen, dass Strafverteidigung «legale Begünstigung» sei.<sup>817</sup> Gleichwohl besteht Konsens darüber, dass die Verteidigung spätestens dann eine strafbare Begünstigung begeht, wenn sie klar illegale Mittel einsetzt.<sup>818</sup> Für die Grenze der Legalität wird wiederum auf den Rahmen von Gesetz und Standesregeln verwiesen.<sup>819</sup> Manche Autoren sehen ein solches Vorgehen nicht als strafbar an, da es eine blossе Anstiftung zur straflosen Selbstbegünstigung sei; dies gelte indessen nur, wenn damit keine falsche Anschuldigung oder Irreführung der Rechtspflege verbunden sei.<sup>820</sup> Andere Stimmen vertreten die Auffassung, ein solches Handeln sei als Begünstigung anzusehen, weil es nach anwaltlichem Berufsrecht unzulässig sei.<sup>821</sup>

Vorliegend ist daher von besonderem Interesse, dass auch Art. 128 StPO explizit auf das anwaltliche Berufsrecht verweist und in der Literatur und Rechtsprechung, wie im ersten Teil dargestellt, gestützt auf die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA eine sogenannt limitierte

<sup>813</sup> Hierzu LEE; TSAGKARAKI; WOHLERS, ZStrR 1999, S. 428 f.; WOHLERS, ZStrR 2002.

<sup>814</sup> Die bislang erschienen Ausätze sind rudimentär; vgl. etwa THOMET, S. 125 ff.

<sup>815</sup> Gl. M. SK-StPO/WOHLERS, Vor § 137 N. 84 ff., sowie WOHLERS, StV 2001, S. 420 ff.

<sup>816</sup> Gl. M. WOHLERS, StV 2001, S. 425.

<sup>817</sup> So explizit BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 305 N. 9; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305 N. 10; WOHLERS, ZStrR 2022, S. 302 ff.

<sup>818</sup> BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 305 N. 9; ISENRING/MAYBUND/PAYER, S. 62 f.; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305 N. 10; THOMET, S. 125 f.; WOHLERS, ZStrR 2022, S. 308 ff.

<sup>819</sup> BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 305 N. 9; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305 N. 10.

<sup>820</sup> Beispielsweise BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N. 6; ALBRECHT, Funktion, S. 24 ff.; WOHLERS, ZStrR 2022, S. 317 ff.

<sup>821</sup> So etwa BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 305 N. 9; THOMET, S. 125 f.

Wahrheitspflicht der Verteidigung postuliert wird.<sup>822</sup> Darunter wird zwar nicht länger das Verbot des Rates zur Aussageverweigerung verstanden, aber immerhin wird noch vertreten, es sei der Verteidigung untersagt, bewusst unwahre Behauptungen aufzustellen, Angaben wider besseres Wissen vorzutragen, zu lügen, mit dem eigenen Klienten eine Lüge zu konstruieren oder ihn dazu anzustiften.<sup>823</sup>

Art. 12 lit. a BGFA besagt wörtlich, der Anwalt übe seinen Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus.<sup>824</sup> Die Tragweite dieser Norm ist hier und auch sonst in vielerlei Hinsicht strittig und Gegenstand einer reichhaltigen, einzelfallbezogenen Rechtsprechung.<sup>825</sup> Die Vorstellungen der Aufsichtsbehörden über anwaltliche Berufsethik sind aufgrund der Offenheit der Generalklauseln weglitend und kollidieren immer wieder mit individueller Verteidigungsethik.<sup>826</sup> Beispielhaft sei nur der Umfang des privaten Zeugenkontakts der Verteidigung genannt, auf den im ersten Teil der Arbeit bereits eingegangen wurde und der weiter unten noch gesondert erörtert wird.<sup>827</sup> Im ersten Teil wurde daher bereits die Mindermeinung referiert, wonach die Generalklausel von Art. 12 lit. a BGFA keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Einschränkung von zulässigem Anwaltshandeln im Kontext des privaten Zeugenkontakts sei.<sup>828</sup> Die Grenze sei einzig durch das Strafrecht zu bestimmen.<sup>829</sup>

Dieses Argument lässt sich insgesamt auf die rechtlichen Grenzen zulässigen Verteidigungshandelns ausdehnen. Einschränkungen des Verteidigungshandelns sind, wie bereits erwähnt, im Lichte der völkerrechtlichen und verfassungsmässigen Vorgaben sowie der strafprozessrechtlichen Grundsätze und Systematik zu diskutieren.<sup>830</sup> Bei der Auslegung von Limitierungen im Verteidigungshandeln ist daher, wie oben ausgeführt, zu beachten, dass das Recht auf eine einseitige Verteidigung normativ von der Europäischen Menschenrechtskonvention über die Bundesverfassung bis hin die Strafprozessordnung verankert ist und der Gesamtanlage des Strafprozesses dient. Restriktionen bedürfen unter diesem Gesichtspunkt einer klaren ge-

---

<sup>822</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 108 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 38a ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 103 ff., mit Verweisen; im Ergebnis auch LOEFFEL, zusammenfassend Rz. 42 f.; ähnlich ISENRING/MAYBUND/PAYER, S. 64; NAEGELI, S. 292 ff., wobei sich dieser Aufsatz vorwiegend auf den Zivilprozess bezieht; RUDOLF, Pflichten, S. 326, der immerhin darauf hinweist, dass hier vieles strittig sei.

<sup>823</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 108 ff.; FELLMANN, S. 103 ff., mit Verweisen.

<sup>824</sup> BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 107 ff.; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N. 6 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N 38e f., mit Verweisen; FELLMANN, S. 103 ff., mit Verweisen; HOHLER, S. 297 ff.

<sup>825</sup> Vgl. hierzu BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 107 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 36 ff., mit Verweisen; FELLMANN, S. 98 ff., mit Verweisen.

<sup>826</sup> Dazu BERNARD, plädoyer 2022.

<sup>827</sup> Vgl. dazu Erster Teil, 3. Kapitel, D. Zeugenkontakte und Vierter Teil, 5. Kapitel, D. Zeugenkontakte.

<sup>828</sup> DELNON/RÜDY, ZStrR 1998, S. 337 f.; GARLAND, Waffengleichheit, S. 252 ff.; REICHART/HAFTER, S. 202 ff.; SCHILLER, S. 380 f.; SCHILLER/NATER, S. 48.

<sup>829</sup> DELNON/RÜDY, ZStrR 1998, S. 337 f.; GARLAND, Waffengleichheit, S. 252 ff.; REICHART/HAFTER, S. 202 ff.; SCHILLER, S. 380 f.; SCHILLER/NATER, S. 48.

<sup>830</sup> Dritter Teil, 2. Kapitel, B. Konsequenzen für die Auslegung sämtlicher, mit Verteidigung und Verteidigungsrechten in Zusammenhang stehender Rechtsinstitute.



setzlichen Grundlage. Im Zweifelsfall ist in einer systematischen Auslegung für die Zulässigkeit des Verteidigungshandelns zu entscheiden.<sup>831</sup> Eine vage Generalklausel im BGFA und ein genereller Verweis in der Strafprozessordnung erscheinen für erhebliche Einschränkungen von Handlungsspielräumen der Verteidigung prinzipiell nicht als ausreichend.<sup>832</sup>

Mit Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung hat sich überdies bezüglich der limitierten Wahrheitspflicht die gesetzliche Grundlage im Vergleich zu zahlreichen kantonalen Strafprozessordnungen verändert. Als Beispiel sei der Kanton Zürich erwähnt, der in § 19 Abs. 1 seiner früheren kantonalen Strafprozessordnung ausdrücklich erwähnte, dass sich alle bei dem Strafverfahren mitwirkenden Personen «aller Entstellungen der Wahrheit enthalten». Daraus folgerten die Lehre und Rechtsprechung konstant und nachvollziehbar, dass auch für den Anwalt ein Lügenverbot und ein Verbot des Rates zur Lüge gelte.<sup>833</sup> Exemplarisch seien die Ausführungen von CHRISTOPH HOHLER aus dem Jahre 2009 erwähnt: «Es besteht Einigkeit darüber, dass die in § 19 Abs. 1 StPO/ZH statuierte Wahrheitspflicht für den Strafverteidiger nur eine limitierte sein kann. Angesichts seiner gerade auch in Art. 128 StPO verankerten Funktion als einseitiger Partei- und Interessenvertreter darf der Strafverteidiger nie zu Ungunsten seines Klienten wirken. Dementsprechend ergibt sich aus dieser strafprozessualen Vorschrift ein Verbot der Lüge. Der Strafverteidiger darf nach herrschender Lehre nicht bewusst Unwahres behaupten oder seinen Klienten zur Lüge auffordern.»<sup>834</sup>

Es scheint nun, dass diese Meinung unbesehen der veränderten gesetzlichen Grundlage bis heute übernommen wird. Die neue eidgenössische Strafprozessordnung kennt allerdings keine dem Beispiel der Zürcher Strafprozessordnung vergleichbare Norm. Die bisherige (Zürcher) Doktrin kann daher nicht unbesehen fortgesetzt werden, sondern ist mit der neuen gesetzlichen Grundlage abzustimmen, die keine analoge ausdrückliche Bestimmung kennt.

Die Vorstellung, die Verteidigung dürfe im Verfahren nicht bewusst lügen, geht überdies von einem unzutreffenden strafprozessualen Wahrheitsverständnis aus. Während des Verfahrens steht die strafprozessuale Wahrheit gerade nicht fest, sondern wird, wie im zweiten und dritten Teil dieser Abhandlung dargetan, definitionsgemäss noch gesucht. Was strafprozessual wahr und was unwahr ist, hat vor dem Urteilsspruch – jedenfalls in der juristischen Perspektive – als unbekannt zu gelten.<sup>835</sup> Deshalb muss jedes Einbringen der Entlastungsperspektive

---

<sup>831</sup> Dritter Teil, 2. Kapitel B., Konsequenzen für die Auslegung sämtlicher, mit Verteidigung und Verteidigungsrechten in Zusammenhang stehender Rechtsinstitute.

<sup>832</sup> SCHILLER/NATER, S. 45; sehr knapp, aber im Ergebnis wohl auch grundsätzlich für eine restriktive Auslegung THOMET, S. 127 ff. Vgl. überdies bereits zur Kritik an unbestimmten Generalklauseln zur Limitierung von anwaltlichem Handeln NOLL, S. 182.

<sup>833</sup> Statt vieler HOHLER, S. 297 ff., mit Verweisen; eingehend MÜLLER, Verteidigung, S. 116 ff.; MÜLLER, ZStr 1979, S. 187 ff.; OBRECHT, S. 55 ff., S. 111 ff. Für den Beschuldigten wurde eine Wahrheitspflicht schon länger abgelehnt; vgl. hierzu nur PFENNINGER, Probleme, S. 105 ff.

<sup>834</sup> HOHLER, S. 297. Diese Formulierung fasst die konstante Doktrin zusammen; vgl. dazu bereits rund 30 Jahre vorher MÜLLER, Verteidigung, S. 116 ff.; MÜLLER, ZStr 1979, S. 187 ff.; OBRECHT, S. 55 ff., S. 111 ff.

<sup>835</sup> Dazu NIGGLI, ContraLegem 2019, S. 54. Prägnant auch VON SCHIRACH, S. 19: «Ich habe noch nie einen schuldigen Mörder verteidigt, der freigesprochen wurde. Wenn jemand freigesprochen

zulässig sein, sofern es nicht strafbar ist oder sonst in einem Gesetz formell untersagt wird. Ein Lügenverbot für die Verteidigung, gestützt auf eine anwaltsrechtliche Generalklausel, erscheint nicht nur wegen der fehlenden expliziten gesetzlichen Grundlage problematisch, sondern auch deshalb, weil in dem Zeitpunkt die strafprozessuale Wahrheit gar noch nicht feststeht. Ein solches Verbot ist daher ein Zirkelschluss. Im Ergebnis rekurriert es einzig darauf, was die Verteidigung persönlich, gleichsam als Privatperson jenseits der beruflichen Rolle und des Verfahrens, vor dem Verfahrensabschluss für wahr hält. Dieses vermeintliche Wissen kann kein Massstab für ihr berufliches Handeln sein. Zum einen wird damit auf eine subjektive Vorstellung der Verteidigung abgestellt. Es bleibt indes letztlich meist zu einem beträchtlichen Teil spekulativ, was ihre Vorstellung war oder ist. Zum anderen würde die Frage nach der anwaltlichen Vorstellung handfeste Implikationen für den Umfang der Verteidigungsrechte der beschuldigten Personen zeitigen. Wenn der Anwalt von einem Sachverhalt überzeugt wäre, dürfte er diesen zugunsten der beschuldigten Person vortragen, während er dies unterlassen müsste, wenn er skeptisch wäre. Pointiert ausgedrückt wäre Leichtgläubigkeit von Vorteil für den beruflichen Handlungsspielraum des Anwalts und damit für die beschuldigte Person, ein kritischeres Anwaltsnaturell dagegen von Nachteil.

Aus den vorangehenden Ausführungen folgt, dass sich das Verbot, der beschuldigten Person bei der Erarbeitung einer Lüge behilflich zu sein, nicht halten lässt, auch wenn die Vorstellung, Anwälte dürfen so handeln, Mühe bereiten mag. Soweit die Schranken der Rechtspflegedelikte nicht überschritten werden, ist es der beschuldigten Person nach heutiger Auffassung nicht verboten zu lügen.<sup>836</sup> Weil indessen eine Selbstbegünstigung straflos ist,<sup>837</sup> so ist, folgt man der dargestellten Auffassung, nicht einzusehen, weshalb etwas anderes für die Verteidigung gelten sollte, und dies gestützt primär auf eine vage Generalklausel BGFA, aus welcher am Ende sogar noch eine Strafbarkeit abgeleitet werden soll. Die Grenze ihres Handelns stellen für die Verteidigung wie für die beschuldigte Person die Rechtspflegedelikte dar.<sup>838</sup>

Der hier vertretene Standpunkt ist indessen – dies sei betont – eine bislang kaum in dieser umfassenden Konsequenz postulierte Mindermeinung. Die Verteidigung riskierte nach dem heutigen Stand der Lehre und Rechtsprechung ein Strafverfahren, zumindest aber ein aufsichtsrechtliches Verfahren, wenn sie bewusst etwas Unwahres vortragen oder mit der beschuldigten Person eine Lüge entwickeln würde und dieses Vorgehen zutage käme.

Eine andere Frage ist es, ob es von der Verteidigung taktisch klug ist, bewusst Unwahres vorzutragen oder gar mit der beschuldigten Person eine Lüge zu konstruieren. Es besteht ein

---

wurde, ist er kein Mörder. Nur der Richter entscheidet, ob die Angeklagte schuldig ist oder nicht.» Im Umkehrschluss gibt es daher im rechtsdogmatischen Sinne kein Fehlurteil, KOTSOGLU, S. 123 ff.

<sup>836</sup> Eingehend THOMMEN, *sui-generis* 2018, S. 313 ff.

<sup>837</sup> PK StGB PIETH/SCHULTZE, Art. 305 N. 13.

<sup>838</sup> Vgl. hierzu WOHLERS, ZStrR 2022, S. 317 ff., der mit einer ähnlichen Argumentation vertritt, es liege keine strafbare Begünstigung vor, jedoch offenlässt, ob das Verhalten gegen das anwaltliche Berufsrecht verstösst.

erhebliches Risiko, dass ein solches Vorgehen von der Strafjustiz erkannt und entsprechend gewürdigt und sanktioniert wird. Bewusst zu lügen und die Lüge aufrechtzuerhalten, ist eine kognitive Höchstleistung und wird daher nur selten zielführend sein.<sup>839</sup> Taktisch ist die Lüge daher zur Entlastung in aller Regel überhaupt nicht empfehlenswert.<sup>840</sup> Die kluge Verteidigung warnt deshalb ihre Mandantin grundsätzlich ohnehin vor der Lüge und rät zur konsequenten Aussageverweigerung oder erlebnisbasierten Aussage.<sup>841</sup>

Im Ergebnis ändert dies indessen nichts daran, dass die derzeitige, insgesamt unsichere Rechtslage zu den Grenzen der Verteidigung für deren Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche höchst unbefriedigend ist: Die Verteidigung hat ihren rechtlichen Spielraum für die beschuldigte Person maximal auszuschöpfen, weshalb auch für zusätzliche moralische Restriktionen kein Raum besteht.<sup>842</sup> Ist allerdings über weite Strecken unklar, wo diese Grenze exakt liegt, führt dies im Ergebnis zu Folgendem: Entweder lotet die Verteidigung aus durchaus nachvollziehbarer persönlicher Angst den Spielraum im Zweifelsfall nicht aus. Die Pflicht zur maximalen Interessenwahrung wird dabei mutmasslich nicht so ausgeschöpft, wie es möglich wäre. Oder die Verteidigung geht trotz ungesicherter Rechtslage an die Grenze, welche sie persönlich für zulässig erachtet, riskiert aber damit Sanktionen.<sup>843</sup> Wären lediglich wenige, untergeordnete Fragen zu den rechtlichen Grenzen nicht geklärt, könnte dies hingenommen werden. Da derzeit aber vieles und auch Grundsätzliches unklar ist, schränkt dies die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche faktisch über Gebühr ein.

---

<sup>839</sup> Vgl. bereits eingehend BERNARD, Sonderheft 2014, S. 9 f., mit Verweisen; gl.M. WOHLERS, ZStrR 2022, S. 317 ff.

<sup>840</sup> BERNARD, Sonderheft 2014, S. 9 f., mit Verweisen; gl.M. WOHLERS, ZStrR 2022, S. 318 f.

<sup>841</sup> BERNARD, Sonderheft 2014, S. 9 f., mit Verweisen; gl.M. ISENRING/MAYBUND/PAYER, S. 64; LANDMANN, S. 12.

<sup>842</sup> Immer noch prägnant HUG, Moral, S. 57 ff.; STICKELBERGER, S. 64 ff. Auf einem anderen Blatt steht allerdings, dass dieser Auftrag nicht immer leicht einlösbar ist und Moraldilemmata verursachen kann, LANDMANN/BORNATICO, S. 39 ff.; weiterführend dazu LUDEWIG-KEDMI, S. 105 ff. Auch der öffentliche Druck erschwert dies bisweilen zusätzlich stark, BERNARD, Anwaltsrevue 2019. In den USA scheint dies teilweise noch ausgeprägter zu sein, was sich unter anderem in der Nichtwiederwahl des Rechtsprofessors RONALD SULLIVAN JR. als Vorsteher eines Harvard College aufgrund seiner Verteidigung des Filmproduzenten Harvey Weinstein zeigt; zu diesem Fall und der damit verbundenen Problematik für Verteidigungsrechte und damit auch den Rechtsstaat SEELMANN, S. 10.

<sup>843</sup> Eingehend BERNARD, plädoyer 2022.

## 5. Kapitel: **Anwendung der Erkenntnisse auf die fünf Beispiele des ersten Teils**

### **A. Anwalt der ersten Stunde**

Im ersten Teil der Arbeit wurde zusammenfassend festgehalten, dass im Entstehungsprozess der eidgenössischen Strafprozessordnung das damals neue Institut des Anwalts der ersten Stunde mit der Begründung bekämpft wurde, es drohe die ungestörte Rekonstruktion der materiellen Wahrheit durch die Strafjustiz zu torpedieren.<sup>844</sup> Dies kann wie erwähnt in einer rechtspolitischen Debatte grundsätzlich durchaus ein valides Argument sein, nicht aber im rechtsdogmatischen Diskurs.

In der Argumentation der Befürworter dieser Neuerung spielte die Frage der materiellen Wahrheit oder der strafprozessualen Wahrheitssuche dagegen damals eine weit weniger wichtige Rolle.<sup>845</sup> Zwar brachten manche Befürworter des Instituts vor, die Präsenz des Anwalts zu Beginn der Untersuchung könne falsche Geständnisse und damit Fehlurteile verhindern, die Verteidigung könne ihre Mandantin auf entlastende Momente hinweisen, und einer selbstbelastenden Aussage der beschuldigten Person in Anwesenheit der Verteidigung komme ein hoher Wert zu.<sup>846</sup> Damit wurde (implizit) Bezug zur materiellen Wahrheit genommen. Insgesamt argumentierten die Befürworter aber vor allem formalrechtlich und nicht direkt damit, dass dieses Institut der materiellen Wahrheit als Verfahrensziel und/oder der Ausgestaltung der strafprozessualen Wahrheitssuche zuträglich sei.<sup>847</sup>

Mit zeitlicher Distanz zur damaligen Debatte lässt sich Folgendes festhalten: Die Gegner des neuen Instituts gingen von der Vorstellung aus, die Staatsanwaltschaft beziehungsweise die

---

<sup>844</sup> Erster Teil, 3. Kapitel, A. Anwalt der ersten Stunde.

<sup>845</sup> ARQUINT, S. 192 f.; ERNI, ZStrR 2007, S. 229 ff.; POPP, Anwaltsrevue 2007, S. 268 ff.; RUCKSTUHL, Anwaltsrevue 2007, S. 325; RUCKSTUHL, ZStrR 2010, S. 145; WOHLERS/SCHLEGEL, S. 75 f.

<sup>846</sup> WOHLERS/SCHLEGEL, S. 76; SCHLEGEL, S. 279 f.

<sup>847</sup> ARQUINT, S. 192 f.; ERNI, ZStrR 2007, S. 229 ff.; POPP, Anwaltsrevue 2007, S. 268 ff.; RUCKSTUHL, Anwaltsrevue 2007, S. 325; RUCKSTUHL, ZStrR 2010, S. 145; WOHLERS/SCHLEGEL, S. 75 f.

Polizei müsse die materielle Wahrheit möglichst ungestört suchen können. Die Verteidigung sei dabei vor allem ein Hindernis. Die Gegner gewichteten damit nicht ausreichend, welche unabdingbare Rolle die Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche spielt, indem sie die beschuldigte Person beim Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte unterstützt, auf der Entlastungsperspektive insistiert und die Rechtsförmigkeit des Verfahrens kontrolliert. Insbesondere die Funktion der Beratung und Fürsorge im anwaltlichen Innenverhältnis zur Stärkung der Subjektstellung wurde als Basis für die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche vernachlässigt. Die Argumentation, das Institut des Anwalts der ersten Stunde verhindere die materielle Wahrheit als Verfahrensziel, erweist sich demnach als stark verkürzt. Denn sie verkennt den positiven Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche. Sie verkennt vor allem, dass dem Vorverfahren in der Konzeption der eidgenössischen StPO eine enorm bedeutende Rolle zukommt, weshalb das Gegengewicht der Verteidigung zur Staatsanwaltschaft gerade dann besonders nötig ist.<sup>848</sup> Sogar der langjährige Zürcher Staatsanwalt mit Leitungsfunktion ULRICH WEDER, einer der damals vehementesten und prominentesten Gegner des Instituts, konzidierte rund sechs Jahre nach dessen Einführung, dass es «nicht diese Auswirkungen auf die Wahrheitsfindung gehabt hat, wie ich sie mir vorgestellt habe».<sup>849</sup> Bei Lichte betrachtet ging es in der Diskussion im Kern um folgende Frage: Können die Strafverfolgungsbehörden zu Beginn der Untersuchung, in einem Verfahren, das ohnehin wesentlich durch das Vorverfahren geprägt ist, auf den Rechtsunterworfenen zugreifen, ohne dass ihm ein Beistand zur Seite steht? Oder will man die Fürsorge-, Beratungs-, Entlastungs- und Kontrollfunktion der Verteidigung als Hilfeleistung für den effektiven Gebrauch von Verteidigungsrechten schon initial zulassen? Sollen somit die Voraussetzungen für ein effektiv kontradiktorisches Verfahren ab Verfahrensbeginn konsequent verwirklicht werden oder nicht?

Die Befürworter des Anwalts der ersten Stunde verwiesen dagegen wie erwähnt nur selten auf die positive Rolle der Verteidigung und die Funktion von Verteidigungsrechten bei der strafprozessualen Wahrheitssuche, sondern primär auf die Verfahrensrechte und die Rechtsstaatlichkeit der strafprozessualen Wahrheitssuche. Soweit ersichtlich wurde Folgendes nicht ins Feld geführt: Sowohl die Fürsorge für die beschuldigte Person und die ihr von der Verteidigung geleistete Beratung zu Beginn der Untersuchung als auch die durchgehende Entlastungs- und Kontrollfunktion der Verteidigung sind integrale Bestandteile der strafprozessualen Wahrheitssuche. Sie dienen letztlich dazu, dass die Verteidigung der beschuldigten Person beim Gebrauch ihrer Verteidigung echt behilflich sein kann. Somit dient der Anwalt der ersten Stunde auch der strafprozessualen Wahrheitssuche und mittelbar dem Verfahrensziel der Rekonstruktion der materiellen Wahrheit. Dadurch befördert das Institut des Anwalts der ersten Stunde die strafprozessuale Wahrheitssuche geradezu und verhindert sie in keiner Weise.

---

<sup>848</sup> GARLAND, Waffengleichheit, S. 151 ff.

<sup>849</sup> GITZ, S. 1.

Hinzu kommt ein weiterer, äusserst relevanter Gesichtspunkt, der in der damaligen Debatte kaum vorgebracht wurde: Der Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche besteht auch und gerade darin, der beschuldigten Person bei der Wahrnehmung ihrer Rechte behilflich zu sein. Zu Beginn der Strafuntersuchung, beim ersten Zugriff auf die beschuldigte Person, werden zentrale Weichen gestellt. Hier ist namentlich zu entscheiden, ob die beschuldigte Person sich zur Sache einlässt oder die Aussage verweigert, was in sehr vielen Verfahren eine der ganz wichtigen Fragen beim Gebrauch der Verteidigungsrechte ist.<sup>850</sup> Bleibt die beschuldigte Person in diesem entscheidenden Zeitpunkt bei einem derart richtungsweisenden Thema ohne anwaltliche Beratung, so ist ihr beim Entscheid über die Wahrnehmung eines der grundlegenden Verteidigungsrechte niemand behilflich. Der Verteidigung würde es damit in dem wohl oft kritischsten Zeitpunkt eines Strafverfahrens verwehrt, die beschuldigte Person beim Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte zu unterstützen. Damit würde ihr Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche zu einem beträchtlichen Teil unterminiert.

Die von Gegnern des Instituts kolportierte, einseitige Vorstellung über die strafprozessuale Wahrheitssuche blieb damit in der damaligen Auseinandersetzung ein Stück weit unwidersprochen und nicht restlos entkräftet im Raum stehen. Dieser Umstand zeigt letztlich auf, welche Dominanz ihr in der strafprozessualen Debatte zukommt und wie wenig prominent der positive Beitrag der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche gewichtet wird, wenn selbst Befürworterinnen von Verteidigungsrechten nicht klar wider diese Einseitigkeit eintraten.

## **B. Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter**

Ein hinsichtlich der Argumentation vergleichbarer Diskussionsverlauf zeigt sich bei der Frage des Teilnahmerechts der Verteidigung an Einvernahmen von Mitbeschuldigten. Auffällig ist bei der Thematik die Gleichzeitigkeit von rechtsdogmatischen Kontroversen und rechtspolitischen Vorstössen, die in einem Überarbeitungsprozess der Strafprozessordnung mündeten.<sup>851</sup> Die Debatte fand freilich einen anderen Niederschlag in der Rechtsanwendung als in der Rechtssetzung.<sup>852</sup> In der Rechtsprechung wurde mit einer extensiven Gesetzesauslegung das Teilnahmerecht markant eingeschränkt. Dagegen wurde die gesetzliche Grundlage in der StPO – wenn man den Diskussionsverlauf im Vorfeld betrachtet, durchaus etwas überraschend – nicht weiter revidiert.

Gegen das Teilnahmerecht der Verteidigung an Einvernahmen von zusammen mit ihrer Mandantin beschuldigten Personen wurde insbesondere seit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung vorgebracht, es gefährde, vor allem zu Beginn der Untersuchung, die

---

<sup>850</sup> Eingehend BERNARD, Sonderheft 2014, S. 3 ff., S. 9 ff.

<sup>851</sup> Eingehend zum ganzen Verlauf Erster Teil, 3. Kapitel, B. Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter.

<sup>852</sup> Erster Teil, 3. Kapitel, B. Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter.

ungestörte strafprozessuale Wahrheitssuche durch die Strafjustiz und ermögliche Absprachen zwischen den Mitbeschuldigten.<sup>853</sup> Dieser Einwand prägte die Gesetzesauslegung: Über das Argument der richterlichen Lückenfüllung liess das Bundesgericht eine markante Einschränkung des Teilnahmerechts höchststrichterlich zu und dehnte diese sogar auf die Teilnahme an der ersten Vernehmung einer Auskunftsperson aus.<sup>854</sup> Methodisch erweist sich dieses Vorgehen als bedenklich, bewegen sich die Restriktionen doch weit weg vom gesetzlichen Wortlaut und von der Intention im historischen Gesetzgebungsprozess.<sup>855</sup> Berücksichtigt man zudem obige völker- und verfassungsrechtliche Argumente zu der Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche, so lässt sich dieses Auslegungsergebnis in einer teleologischen und systematischen Auslegung nur schwer rechtfertigen. Das Gesetz dürfte daher primär vom gewünschten Resultat her interpretiert worden sein.

Im Kontext der Revision der Strafprozessordnung wurde, namentlich von Seiten der Strafverfolgungsbehörden, für eine Veränderung der gesetzlichen Grundlage bezüglich Teilnahmerechten eingetreten.<sup>856</sup> Damit wurde implizit konzidiert, dass die bisherige Gesetzesinterpretation ein unzureichendes Fundament hat. Sowohl in der ursprünglichen rechtsdogmatischen als auch in der parallel laufenden rechtspolitischen Diskussion befanden sich jene Stimmen, die sich für eine konsequente Anwendung der bisher gewährten Teilnahmerechte und für ausgedehnte Verteidigungsrechte aussprachen, in der Defensive. Diese Autorinnen und Autoren argumentierten, das Teilnahmerecht sei ein Gegengewicht zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft und ein entlastender Beitrag im Rahmen der strafprozessualen Wahrheitssuche. Im Ergebnis mündete die Debatte in einem Versuch, das Gesetz zu revidieren. Dieses Revisionsvorhaben wurde relativ kurz nach Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung in Angriff genommen, schränkte aber letztendlich die Teilnahmerechte der Verteidigung nicht noch weiter ein.<sup>857</sup>

Das Verteidigungsrecht auf Teilnahme an Einvernahmen von Mitbeschuldigten und Auskunftspersonen wurde von der Strafverfolgung und der Strafjustiz primär als Hindernis der strafprozessualen Wahrheitssuche angesehen. Ins Feld geführt wurde stets die Gefahr von Absprachen. Der Personalbeweis ist indessen ganz grundsätzlich unzuverlässig.<sup>858</sup> Deshalb drängt sich das Argument geradezu auf, es sei zur Sicherstellung der kontradiktorischen Verfahrensanlage und damit einer strafprozessualen Wahrheitssuche, die eine Annäherung an die materielle Wahrheit anstrebt, prinzipiell unerlässlich, der beschuldigten Person und ihrer

---

<sup>853</sup> Besonders pointiert WEDER, *forumpoenale* 2016, S. 282; vgl. überdies BOMMER, *BE N'ius* 2012, S. 29 ff.; HEIMGARTNER, S. 10 ff., RIKLIN, *Kommentar*, Art. 147 N. 4a; SCHÄR, S. 165 f.

<sup>854</sup> BGE 139 IV 25, *Erw.* 5.4.4.1.; ausgedehnt auf die Auskunftsperson sodann in BGer vom 13. September 2018, 6B\_256/2017, *Erw.* 2.2.2

<sup>855</sup> BONIN/MÜNCH; MELUNOVIC/JOSET, *Anwaltsrevue* 2015, S. 251 ff.; MELUNOVIC/JOSET, *forumpoenale* 2017, S. 334 f.

<sup>856</sup> BERTSCHI, S. 9; WEDER, *NZZ* 2015, S. 19; *Medienmitteilung* vom 21. November 2014.

<sup>857</sup> Eingehend zum ganzen Verlauf Erster Teil, 3. Kapitel, B. Teilnahme der Verteidigung an Einvernahmen Mitbeschuldigter.

<sup>858</sup> Zur anspruchsvollen Bewertung von Personalbeweisen weiterführend BAUMER/LUDEWIG/TAVOR; MALEK, S. 561 ff.

Verteidigung ein möglichst wenig eingeschränktes Teilnahmerecht zu gewähren.<sup>859</sup> Die Befragungssituation verändert sich mit der Teilnahme der Verteidigung an der Vernehmung von Mitbeschuldigten fundamental: Ohne ein solches Teilnahmerecht besteht die Gefahr von Belastungen wider besseres Wissen. Abwesende belastet man erfahrungsgemäss leichter als Anwesende, insbesondere wenn man sich dadurch eine Stärkung der eigenen Verfahrensposition erhofft.

Das Teilnahmerecht dient überdies als Gegengewicht zu der ohnehin starken Stellung der Staatsanwaltschaft.<sup>860</sup> Ohne Teilnahmerechte kann eine einmal erfolgte Belastung durch die Verteidigung nicht *sur place* hinterfragt werden und droht sich deshalb zu verfestigen, selbst wenn sie inhaltlich unzutreffend ist. Einseitige oder suggestive Fragen können nicht unmittelbar gerügt werden. Sinnentstellende oder unvollständige Protokollierungen sowie Gespräche vor der eigentlichen Einvernahme sind der Kontrolle der Verteidigung ebenfalls entzogen. Die Verteidigung kann ohne ein Teilnahmerecht an der Genese des Beweisergebnisses durch die Strafjustiz nicht mitwirken und ihrer Kontrollpflicht nicht nachkommen, sondern erst im Nachhinein intervenieren, wenn wesentliche Beweise bereits erhoben sind.<sup>861</sup>

Mit anderen Worten lässt sich mit sehr guten Gründen rechtspolitisch dafür argumentieren, dass ein Teilnahmerecht der Verteidigung an Vernehmungen von Mitbeschuldigten von Anfang an unabdingbar für eine strafprozessuale Wahrheitssuche und die Annäherung an das Verfahrensziel der materiellen Wahrheit wäre. Denn damit können unzutreffende Belastungen verhindert werden, die sich im Verlauf der Untersuchung zu reproduzieren drohen. Einer soliden Verankerung der Entlastungsperspektive ist auch deshalb ein solches Teilnahmerecht zuträglich. Dieses stärkt überdies die Subjektstellung der beschuldigten Person. Wird dagegen das Teilnahmerecht verwehrt, ist es der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung verunmöglicht, bei einer entscheidenden Weichenstellung aktiv Verteidigungsrechte wahrzunehmen. Auch hier geht es wie beim Anwalt der ersten Stunde letztlich darum, ob in einem frühen und entscheidenden Verfahrensstadium die Hilfeleistung der Verteidigung beim Gebrauch der Verteidigungsrechte zugelassen werden soll oder nicht.

Die heutige Einschränkung des Teilnahmerechts der Verteidigung an den Vernehmungen von Mitbeschuldigten schwächt die Verteidigungsrechte im Vergleich zur ursprünglich vorgesehenen Lösung markant.<sup>862</sup> Die kontradiktorische Verfahrensanlage wird damit teilweise erst nach erfolgter Beweisaufnahme gewährt. Der Verteidigung wird deshalb keine durchgehende, das gesamte Verfahren umspannende Rolle als Akteurin bei der strafprozessualen Wahrheitssuche zugestanden. In der Rechtsprechung hat sich bei der Güterabwägung im

---

<sup>859</sup> So schon weit vor dieser Debatte HUG, Vorbereitung, S. 393; dazu auch GETH, ZStrR 2020, S. 279 ff.; vgl. beispielsweise auch DONATSCH, forumpoenale 2012, S. 239, der festhält, das Teilnahme- und Fragerecht sei ein zentrales kontradiktorisches Element der spezifisch prozessualen Wahrheits- und Rechtsfindung.

<sup>860</sup> EGGMANN, Rz. 55 ff.; GARLAND, NZZ, S. 14; GETH, ZStrR 2020, S. 281 ff.; NOSETTI-KAUFMANN, S. 265; RUCKSTUHL, plädoyer 2020, S. 33; WOHLERS, ZStrR 4/2020, 416 f.

<sup>861</sup> Prägnant bereits GODENZI, ZStrR 2011, S. 338.

<sup>862</sup> Dazu auch GETH, ZStrR 2020, S. 282 ff.; NOSETTI-KAUFMANN, S. 264.



Rahmen der strafprozessualen Wahrheitsuche eine Meinung teilweise durchgesetzt, welche den Strafverfolgungsinteressen – wider die gesetzliche Anlage – den Vorrang vor den völker- und verfassungsrechtlich verankerten Verteidigungsrechten und der kontradiktorischen Verfahrensanlage überlässt. Die Subjektstellung der beschuldigten Person, die Sicherstellung ihrer Entlastungsperspektive und der Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte werden deshalb beeinträchtigt.

### **C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen**

Im ersten Teil der Arbeit wurde der Forschungsstand zu den Teilnahmerechten der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen referiert.<sup>863</sup> Vorerhand scheint sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung festzuschreiben, der Verteidigung sei kein Anwesenheitsrecht zuzubilligen.<sup>864</sup> Diese Rechtsprechung besteht weiterhin, obwohl namentlich das jüngere Schrifttum ein solches Teilnahmerecht mit eingehender Begründung postuliert.<sup>865</sup> Offenkundig hat sich in der Rechtsprechung das Misstrauen gegen eine Mitwirkung der Verteidigung durchgesetzt, weil eine potentielle Störung der psychiatrischen Begutachtung befürchtet wird.<sup>866</sup> Zumindest lässt der im ersten Teil dargestellte Leitentscheid des Bundesgerichts zu, dass ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung in Ausnahmefällen zugelassen wird.<sup>867</sup> Wann ein solcher Ausnahmefall vorliegt, bedarf der künftigen Konkretisierung.<sup>868</sup> Und ob ein solcher überhaupt je bejaht wird, wird im Schrifttum teilweise bezweifelt.<sup>869</sup> Immerhin hat nun, wie im ersten Teil erwähnt, das Zürcher Bezirksgericht einen solchen gewährt.<sup>870</sup> Ob dies vermehrt vorkommen wird, bleibt abzuwarten.

Im Rahmen der vorliegenden Dissertation kann es nicht darum gehen, den Standpunkt für ein Anwesenheitsrecht mit den bereits bekannten Argumenten ein weiteres Mal eingehend zu begründen.<sup>871</sup> Stattdessen wird auf die bestehende Literatur, namentlich die überzeugende

---

<sup>863</sup> Erster Teil, 3. Kapitel C., Teilnahme der Verteidigung am psychiatrischen Explorationsgespräch.

<sup>864</sup> BGer vom 4. Juli 2018, 1B\_522/2017, Erw. 3.5.; BGer vom 7. August 2020, 1B\_527/2019.

<sup>865</sup> BERNARD, iusNet 2018; BERNARD/BINDER, S. 9 ff.; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 92 f.; BERNARD/STUDER, Schuldinterlokut, S. 14 ff.; CONINX, Verbrechensbekämpfung, S. 458 ff.; HEER, Begutachtung, S. 177 ff., insbesondere S. 203 f.; HEER/COVACI, S. 438 ff.; HUBER, S. 260 ff.; JEANNERET/KUHN, S. 321 f.; SANER, S. 121 ff.; URWYLER, zusammenfassend, S. 247 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S. 381 ff., S. 410 ff.; WOHLERS, Instrument, S. 83 ff.

<sup>866</sup> BGer vom 4. Juli 2018, 1B\_522/2017, Erw. 3.5.; BGer vom 7. August 2020, 1B\_527/2019.

<sup>867</sup> BERNARD, iusNet 2018; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S. 381 ff., S. 410 ff.

<sup>868</sup> BERNARD, iusNet 2018; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, S. 381 ff., S. 410 ff.

<sup>869</sup> WOHLERS, forumpoenale 2021, S. 362 ff.

<sup>870</sup> Verfügung des Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 26. Oktober 2022, Verfahren Nr. DG220054.

<sup>871</sup> Hierzu Erster Teil, 3. Kapitel, C. Teilnahme der Verteidigung am psychiatrischen Explorationsgespräch.

Darstellung von THIERRY URWYLER, verwiesen, deren wesentliche Inhalte bereits oben wiedergegeben wurden.<sup>872</sup>

Es seien dazu lediglich einige Ergänzungen anhand der vier dargestellten Verteidigungspflichten (Fürsorge, Beratung, Mitwirkung, Entlastung) angeführt: Nach der derzeitigen Rechtsprechung ist die beschuldigte Person im Gespräch mit dem Sachverständigen auf sich allein gestellt. Der Verteidigung wird damit in der Explorationssituation verwehrt, der beschuldigten Person beim Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte behilflich zu sein. Während dieses Prozesses kann die Verteidigung sie weder beraten noch ihr fürsorgend zur Seite stehen, was gerade für die Umsetzung einer vereinbarten Aussage- und Mitwirkungsverweigerung entscheidend sein kann. Die Fürsorge- wie die Beratungspflicht der Verteidigung können nur vor oder nach dem Explorationsgespräch ausgeübt werden. Dies stellt eine erhebliche Beschneidung der Hilfeleistung beim Gebrauch der Verteidigungsrechte dar.

Das Explorationsgespräch bildet das Kerngeschehen des psychiatrischen Begutachtungsprozesses. Eine Mitwirkung an den entscheidenden Explorationsgesprächen und eine unmittelbare Kontrolle der Gespräche ist der Verteidigung jedoch verunmöglicht. Namentlich ist es ihr verwehrt, klärende oder präzisierende Ergänzungsfragen zu stellen oder vor Ort gegen ein suggestives oder unklares Vorbringen des Sachverständigen zu intervenieren. Erschwerend kommt dazu, dass sich das Ergebnis der Explorationsgespräche einer nachträglichen Kontrolle sowohl durch die Verteidigung als auch durch die Strafjustiz weitgehend entzieht. Derzeit werden psychiatrische Sachverständige weder angehalten, das in Strafverfahren sonst vorgesehene Wortprotokoll zu führen, noch müssen sie die Exploration audiovisuell oder wenigstens auf einen Tonträger aufzeichnen.<sup>873</sup> Insgesamt ist es damit der Verteidigung nicht möglich, hinsichtlich der Explorationsgespräche ihre vier Pflichten so wahrzunehmen, wie es sonst in Strafverfahren bei Vernehmungen ihrer Mandantin möglich ist.

Die Ausübung der vier Verteidigungspflichten ist – wie oben gezeigt – ein Ausfluss der völker-, verfassungs- und strafprozessrechtlich verankerten Verteidigungsrechte. Sie dienen der Konkretisierung des kontradiktorischen Verfahrens, der Entlastungsperspektive sowie der Subjektstellung der beschuldigten Person.<sup>874</sup> Sie gewährleisten, dass die Verteidigung der beschuldigten Person bei der Wahrnehmung ihrer Rechte behilflich sein kann. Vor diesem Hintergrund erstaunt es, dass im Kontext der psychiatrischen Explorationsgespräche der Verteidigung ein aktiver Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche gänzlich verwehrt wird. Zwischen völker-, verfassungs- und strafprozessrechtlichen Grundsatznormen und praktischer Anwendung im Einzelfall besteht hier eine ganz erhebliche Kluft. Bei der Auslegung des entsprechenden Aktionsradius der Verteidigung fanden Überlegungen zur Anlage des Strafprozesses und der Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche bis-

---

<sup>872</sup> URWYLER, zusammenfassend S. 247 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 381 ff., S. 410 ff.

<sup>873</sup> URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 381 ff., S. 410 ff., mit Verweisen.

<sup>874</sup> Zu diesen Pflichten ALBRECHT, Funktion, S. 21 ff.; ARQUINT, S. 180 ff.; BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, S. 38 ff.

her keine Berücksichtigung. Die derzeitige Ausgestaltung des psychiatrischen Begutachtungsprozesses enthält nach der Einsetzung des Sachverständigen bis zum Abschluss der Expertise keinerlei kontradiktorische Elemente und marginalisiert das Recht auf Verteidigung, und damit die Absicherung eines wirkungsvollen Gebrauchs der Verteidigungsrechte, stark. Sachverständigen kommt im Kontext von Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB ohnehin ein nahezu determinierendes Gewicht zu. Sie sind faktisch ein äusserst relevanter Machtfaktor. Deshalb hat sich treten sie auf den Plan, wie oben gezeigt, eine Art Substrafprozessordnung im Rahmen der Strafprozessordnung etabliert. Steht die beschuldigte Person daher dem Experten in der entscheidenden Explorationsgespräch allein gegenüber und erfolgt von der Situation keine übliche Protokollierung, wird sie damit zum Objekt einer Beweisaufnahme gemacht und ist kein Prozesssubjekt mit effektiv einlösbaren Verteidigungsrechten mehr.

Es wäre daher zu begrüssen, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung auf ihr Grundsatzurteil zurückkäme, damit die beschuldigte Person auch in dieser Konstellation bei der Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte Unterstützung durch die Verteidigung erhalte. Wenigstens aber bei der Konturierung der Ausnahmen vom Regelfall müssten die oben dargestellten Auslegungsgesichtspunkte mitberücksichtigt werden. Denn es gibt Konstellationen, in denen die Explorationsgespräche stets den Charakter von Sachverhaltsermittlung haben: Dies trifft insbesondere zu, wenn die Begutachtung eines Nicht-Geständigen ansteht oder wenn die Begutachtung aus anderen Gründen den Schuldpunkt beeinflussen könnte, beispielsweise bezüglich der Beurteilung des subjektiven Tatbestandes oder eines Qualifikationsmerkmals eines Tatbestandes. Spätestens dann ist – zur Sicherstellung des Nemo-tenetur-Grundsatzes, der Entlastungsperspektive, der Subjektstellung der beschuldigten Person und insgesamt einer wirkungsvollen Absicherung von Verteidigungsrechten – ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung unabdingbar nötig. Andernfalls wird das prinzipiell vorhandene Recht auf Verteidigung und kontradiktorische Verfahrensanlage seines Gehalts entkernt. Zumindest unter diesen Umständen müsste daher stets ein Ausnahmefall im Sinne der Rechtsprechung angenommen werden.

#### **D. Zeugenkontakte der Verteidigung**

Im ersten Teil dieser Arbeit wurde bereits der Stand von Lehre und Rechtsprechung zum sogenannten privaten Zeugenkontakt der Verteidigung wiedergegeben.<sup>875</sup> Ein Fragezeichen ist bereits terminologisch zu setzen. Der Begriff privater Zeugenkontakt suggeriert, dass die Verteidigung den Zeugen als Privatperson kontaktiert. Bei Lichte betrachtet tut sie dies indessen in ihrer beruflichen Funktion, wenn auch nicht im Rahmen einer Einvernahme durch die Strafjustiz. Daher ist fortan unterschiedslos entweder vom sogenannten privaten Zeugenkontakt oder schlicht vom Zeugenkontakt der Verteidigung die Rede.

---

<sup>875</sup> Erster Teil, 3. Kapitel, D. Zeugenkontakte der Verteidigung.

Die Rechtsprechung und herrschende Meinung in der Literatur ziehen jedenfalls eine restriktive Grenze und wollen solche Zeugenkontakte nur unter stark eingeschränkten Voraussetzungen zulassen.<sup>876</sup> Der Zeugenkontakt müsse im Interesse des Klienten und sachlich notwendig sein, und zudem sei sicherzustellen, dass Zeugen nicht beeinflusst werden.<sup>877</sup> Diese Ansicht wird von einer Mindermeinung kritisiert.<sup>878</sup> Teilweise werden lediglich einzelne Kriterien, wie die sachliche Notwendigkeit oder die abstrakte Gefahr einer Beeinflussung, in Frage gestellt.<sup>879</sup> Andere Autoren postulieren dezidiert, dass gar keine andere Grenze als die strafrechtliche Anstiftung zum falschen Zeugnis bestehen solle.<sup>880</sup> Begründet wird diese Ansicht unter anderem damit, dass Art. 12 lit. a BGFA keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine solche Einschränkung sei.<sup>881</sup>

Bei der Frage der rechtlichen Grenzen wurde bereits oben vertreten, dass sich Limitierungen im Verteidigungshandeln nicht auf eine Generalklausel im BGFA abstützen lassen.<sup>882</sup> Die gesetzliche Grundlage ist zu unbestimmt und vage, insbesondere wenn die völker- und verfassungsrechtlichen Grundsatznormen zur Verteidigung bei der systematischen Auslegung dieser Norm mitberücksichtigt werden.<sup>883</sup> Die Argumentation der referierten Mindermeinung überzeugt. Das Gebot der zurückhaltenden Limitierung der Verteidigung gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch hinsichtlich von sogenannten privaten Zeugenkontakten.<sup>884</sup> Sollte der Zeugenkontakt der Verteidigung über die bestehende strafrechtliche Grenze hinaus begrenzt werden, so bräuchte es hierfür eine klare formalgesetzliche Grundlage. De lege lata lässt sich deshalb die herrschende Meinung und Praxis kaum halten.

Besieht man sich die inhaltliche Seite der Thematik, so sanktioniert das materielle Strafrecht lediglich die vorsätzliche Anstiftung zum falschen Zeugnis. Nach der derzeitigen Rechtsprechung wird hingegen anwaltsrechtlich bereits in der Kontaktaufnahme durch die Verteidigung eine abstrakte Gefahr der Zeugenbeeinflussung gesehen, die es grundsätzlich zu ver-

---

<sup>876</sup> Statt vieler BGE 136 II 551; BGer vom 25. Februar 2019, 2C\_536/2018; aus der Literatur: BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 87 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 23, mit Verweisen; FELLMANN, S. 83 f., mit Verweisen; ZÜGER, S. 254 ff., mit zahlreichen Verweisen; zusammenfassend THOMET, S. 127 ff.

<sup>877</sup> BGE 136 II 551; BGer vom 25. Februar 2019, 2C\_536/2018; aus der Literatur: BRUNNER/HENN/KRIESI, S. 87 ff.; FELLMANN/ZINDEL, Art. 12 N. 23, mit Verweisen; FELLMANN, S. 83 f., mit Verweisen; ZÜGER, S. 254 ff., mit zahlreichen Verweisen; zusammenfassend THOMET, S. 127 ff.

<sup>878</sup> BERLINGER, S. 82 ff.; CAVEGN, S. 134 f.; DELNON/RÜDY, ZStrR 1998, S. 337 f.; REICHART/HAFTER, S. 202 ff.; SCHILLER, S. 380 f.; SCHILLER/NATER, S. 48.

<sup>879</sup> BERLINGER, S. 82 ff.

<sup>880</sup> DELNON/RÜDY, ZStrR 1998, S. 337 f.; REICHART/HAFTER, S. 202 ff.; SCHILLER, S. 380 f.; SCHILLER/NATER, S. 48.

<sup>881</sup> DELNON/RÜDY, ZStrR 1998, S. 337 f.; REICHART/HAFTER, S. 202 ff.; SCHILLER, S. 380 f.; SCHILLER/NATER, S. 48.

<sup>882</sup> Vierter Teil, 4. Kapitel Grenzen der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche.

<sup>883</sup> Hierzu Dritter Teil, 2. Kapitel, B. Konsequenz für die Auslegung sämtlicher, mit Verteidigung und Verteidigungsrechten in Zusammenhang stehender Rechtsinstitute.

<sup>884</sup> G.L.M. GARLAND, Waffengleichheit, S. 252 ff.

hindern gelte. Mit anderen Worten ist der Verteidigung sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Beeinflussung eines Zeugen untersagt. Darüber hinaus wird im Regelfall schon der Kontakt als solcher gleichsam als abstrakte Gefahr eines möglichen Einflusses verwehrt. Paradoxerweise ist damit die Verteidigung, welcher im Kern eine Entlastungsverantwortung für die beschuldigte Person obliegt, in ihrem Auftrag eingeschränkter als die beschuldigte Person und jede andere Drittperson, denen es nicht verwehrt ist, mit Zeugen zu sprechen. Der Verteidigungsauftrag wird damit sehr stark limitiert.

Es stellen sich daher die Fragen: Will man es der Verteidigung ermöglichen, mit Zeuginnen zu sprechen, um die Entlastungsperspektive besser abschätzen zu können, bevor sie den Antrag auf Abnahme eines Zeugnisses stellt? Oder soll die Verteidigung strikt auf die nachträgliche Kontrolle der Arbeit der Strafjustiz reduziert werden? Es geht damit um die Güterabwägung zwischen bewusster Einschränkung der einseitigen Interessenwahrnehmung einerseits und Vorbereitung eines optimierten Verteidigungshandelns in einer kontradiktorischen Verfahrensanlage andererseits. Die Vorstellung, dass jedes Verteidigungsgespräch mit Zeugen zu unterbinden sei, weil es potentiell eine Aussage kontaminieren könne, geht sehr weit; sie bringt ein erhebliches Misstrauen gegenüber dem Institut der Verteidigung zum Ausdruck und stellt eine starke Begrenzung der einseitigen Interessenvertretung und des Gebrauchs von Verteidigungsrechten dar. Eine Verdunkelungsgefahr durch die Verteidigung wird sozusagen als Vermutung untergestellt. Die Möglichkeit, eine Entlastungsperspektive sorgfältig und gewissenhaft vorzubereiten, wird erheblich eingeschränkt, der kontradiktorischen Verfahrensanlage in dem Kontext ein geringes Gewicht beigemessen. Die Verteidigung wird hier markant dabei behindert, der beschuldigten Person beim Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte effektiv behilflich zu sein. In einer solchen Güterabwägung wird der Verteidigung offenbar kaum eine positive Funktion bei der strafprozessualen Wahrheitssuche zugebilligt.<sup>885</sup>

Unter Einbezug all dieser Punkte wäre deshalb die Grenze an einem anderen Ort zu ziehen. De lege lata käme wie erwähnt aufgrund der gesetzlichen Grundlage ohnehin nur die strafrechtliche Grenze, mithin die vorsätzliche Anstiftung zum falschen Zeugnis, in Betracht. De lege ferenda wäre zu diskutieren, ob allenfalls nicht viel eher eine zusätzliche gesetzliche Grundlage für ein Zeugenkontaktverbot im Ausnahmefall in der Strafprozessordnung zu verankern wäre, statt ex post für Limitierungen auf vage Generalklauseln im Anwaltsrecht zu rekurrieren, die im Ergebnis weiter gehen als bei jeder Drittperson. Hierbei wäre analog zur Praxis im Kontext von strafrechtlichen Ersatzmassnahmen im Sinne von Art. 237 Abs. 2 lit. g StPO vorzugehen: Die Verteidigung dürfte im Regelfall Zeugen kontaktieren; im begründeten Ausnahmefall wäre vorgängig ein fallbezogenes, spezifiziertes Verbot zu erlassen, das mit Beschwerde überprüft werden könnte. Der Strafjustiz obläge es dann vorgängig, im Einzelfall eine durch die Verteidigung begründete konkrete Kollusionsgefahr darzutun. Details der Ausgestaltung wären zu diskutieren. Die bisherige, auf das Anwaltsrecht abgestützte faktische Vermutung einer Verdunkelungsgefahr würde damit aufgehoben. Die Frage würde da-

---

<sup>885</sup> Im Ergebnis sehr ähnlich GARLAND, Waffengleichheit, S. 252 ff.

durch ex ante von der Strafjustiz und nicht ex post von der anwaltsrechtlichen Aufsichtsbehörde geklärt. In einer Güterabwägung zwischen der Beschränkung des Verteidigungsauftrags und den Strafverfolgungsinteressen könnte ein praktikabler und sachgerechter Weg liegen. Eine solche Lösung wäre überdies der Rechtssicherheit zuträglich.<sup>886</sup>

Auf einem anderen Blatt steht die Frage, wie die Verteidigung in Anbetracht der gefestigten anwaltsrechtlichen Rechtsprechung mit den derzeitigen, hier als zu weitgehend kritisierten Restriktionen umgeht. Bereits das schiere Eigeninteresse an einer Fortsetzung der Berufstätigkeit ohne Disziplinarmaßnahmen legt nahe, keine allzu grossen Risiken einzugehen. Es kommt dazu, dass es derzeit taktisch meist unklug wäre, wenn die Verteidigung mit Zeuginnen redete. Offenkundig ist das Misstrauen der Justiz gegen ein solches Verteidigungshandeln derart gross, dass sich diese Kontakte mit beträchtlicher Wahrscheinlichkeit als Bumerang erweisen. Einem solchen Zeugnis wird, wenn die Strafjustiz vom Kontakt erfährt, regelmässig eine geminderte Beweisqualität attestiert.<sup>887</sup> Obschon vorliegend die konstante anwaltsrechtliche Rechtsprechung dezidiert in Frage gestellt wird, scheint es daher derzeit ein Gebot der praktischen Klugheit, als Verteidigerin nahezu gänzlich auf Zeugenkontakte ausserhalb von offiziellen Einvernahmen zu verzichten.

## **E. Beweisanträge der Verteidigung und antizipierte Beweiswürdigung**

Die Wiedergabe des Forschungsstandes im ersten Teil dieser Arbeit ergab, dass ein Beweis-antragsrecht der Verteidigung kodifiziert und von Lehre und Rechtsprechung anerkannt wird.<sup>888</sup> Das Beweisantragsrecht wird allerdings stark eingeschränkt.<sup>889</sup>

Im Vorverfahren kann ein durch die Staatsanwaltschaft abgelehnter Beweisantrag nur mit einem Rechtsmittel überprüft werden, sofern ein Rechtsnachteil droht, wenn der Beweis nicht sofort abgenommen wird.<sup>890</sup> *In praxi* ist die Hürde für die Annahme eines solchen Rechtsnachteils sehr hoch.<sup>891</sup> Im gerichtlichen Hauptverfahren werden Beweisanträge zudem regelmässig in antizipierter Beweiswürdigung abgelehnt (Art. 139 Abs. 2 StPO).<sup>892</sup> In der herrschenden Lehre wird überwiegend postuliert, die Beweise seien nicht leichtfertig an-

---

<sup>886</sup> A.A. GARLAND, Waffengleichheit, S. 254, der keine Veranlassung sieht, die Möglichkeiten der sogenannt privaten Zeugenbefragung in der StPO zu regeln, nur um ihren Anwendungsbereich gleich wieder einzuschränken.

<sup>887</sup> Hierzu auch BOMMER, Verteidigung, S. 108 f.; FINGERHUTH, plädoyer2006, S. 32; ZÜGER, S. 272 f.

<sup>888</sup> Erster Teil, 3. Kapitel, E. Beweisanträge der Verteidigung und antizipierte Beweiswürdigung.

<sup>889</sup> Zum Ganzen Erster Teil, 3. Kapitel, E. Beweisanträge der Verteidigung und antizipierte Beweiswürdigung.

<sup>890</sup> Eingehend GUIDON, Beschwerde, S. 53 ff.

<sup>891</sup> KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 227 ff.

<sup>892</sup> BOMMER, recht 2010, S. 213 ff.; BSK StPO-GLESS, Art. 139 N. 48 ff.; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 221 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f., S. 144 f.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 139 N. 3 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 310 ff.; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 6 ff.

tiziert zu würdigen.<sup>893</sup> Das Bundesgericht lässt indessen eine antizipierte Beweiswürdigung nach wie vor grosszügig zu.<sup>894</sup> Hinzu kommt, dass gegen einen abgelehnten Beweis-antrag selbst im Hauptverfahren aufgrund von Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO erst mit einem Rechtsmittel gegen den erstinstanzlichen Endentscheid vorgegangen werden kann.<sup>895</sup>

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Staatsanwaltschaft oder das Gericht festlegen, welche Beweise erhoben werden; die Verteidigung hat nur ein markant eingeschränktes Beweis-antragsrecht. Ihr Beitrag zur Sachverhaltserstellung wird damit marginalisiert und in der Tendenz auf die Kontrolle abgenommener Beweise begrenzt. Diese Marginalisierung ist zum einen bereits gesetzlich angelegt; zum anderen grenzt die Rechtsprechung mit der restriktiven Zulassung von Beschwerden im Vorverfahren und mit der grosszügigen Gewäh-rung der antizipierten Beweiswürdigung das Beweis-antragsrecht der Verteidigung weiter ein. Der kontradiktorischen Verfahrensanlage und dem Einbringen der Entlastungsperspektive durch die Verteidigung wird damit in der Praxis auch hier kein hohes Gewicht beigemessen<sup>896</sup> und ein effektiver Gebrauch von Verteidigungsrechten wird stark zurückgedrängt.

De lege lata ist – in systematischer Auslegung der Strafprozessordnung und unter gebühren-der Berücksichtigung der oben referierten völker- und verfassungs- rechtlichen Grundsatz-normen zur Verteidigung – zu fordern, dass an eine zulässige antizipierte Beweiswürdigung ein markant strengerer Massstab angelegt wird und im Vorverfahren die Hürden für die Zu-lässigkeit einer Beschwerde gesenkt werden. Diese Änderung ist nötig, damit die Verteidi-gung ihren Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche aktiv erbringen kann, wie es in den normativen völker-, verfassungs- und strafprozessrechtlichen Grundlagen vorgesehen ist. Damit würde das grundsätzlich kontradiktorisch angelegte Verfahren effektiver umge-setzt.<sup>897</sup> Der Verteidigung wäre es dann möglich, die Verteidigungsrechte mit dem ihnen zu-gedachten Gewicht einzubringen.

Letztlich geht es auch hier um die Thematik, inwiefern der vorgesehene aktive Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche zugelassen und sie nicht auf die Rolle einer rein nachträglichen Kontrolleurin der Justiz reduziert wird. Dieser aktive Beitrag ist in einer Güterabwägung höher zu gewichten als eine effiziente Verfahrenserledigung. Es geht im Ergebnis darum, ob die strafprozessuale Wahrheitssuche durch die Verteidigung und die Ausübung von Verteidigungsrechten befördert wird und ob der Entlastungsperspektive der völker- und verfassungsrechtlich verankerte gebührende Raum gewährt wird.<sup>898</sup> Wie ARZT

---

<sup>893</sup> BOMMER, recht 2010, S. 213 ff.; BSK StPO-GLESS, Art. 139 N. 48 ff.; KAUFMANN, Unmittel-barkeitsprinzip, S. 221 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 47 f., S. 144 f.; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 139 N. 3 f.; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, S. 310 ff.; Zür-cher Kommentar StPO-WOHLERS, Art. 139 N. 6 ff.

<sup>894</sup> Statt vieler BGE 134 I 140.

<sup>895</sup> Dazu statt aller SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 393 N. 8 ff.

<sup>896</sup> NOSETTI-KAUFMANN, S. 259 ff.; WOHLERS, ZStrR 3/2020, S. 244 f.

<sup>897</sup> Ähnlich GARLAND, Waffengleichheit, S. 250 ff.

<sup>898</sup> Ähnlich auch GARLAND, Waffengleichheit, S. 250 ff., wobei er dies als Vorschlag de lege ferenda präsentiert.

zutreffend anmerkte, «muss in einem Verfahren, das auf materielle Wahrheit zielt und für das (deshalb) eine Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung von Amtes wegen selbstverständlich ist, sachdienlichen Hinweisen von Seiten des Beschuldigten nachgegangen werden».<sup>899</sup> Zudem ergibt sich aus dem Grundsatz der Unschuldsvermutung ohnehin, dass die Belastungsperspektive des äusseren Anscheins keine grössere Bedeutung erlangen darf als die Entlastungsperspektive, welche die beschuldigte Person anbieten kann.<sup>900</sup>

De lege ferenda ist aus diesem Grund auch die gesetzliche Konzeption zum Beweisantragsrecht zu überprüfen und ein bestandfestes Beweisantragsrecht der Verteidigung zu verankern, um diesen normativen Vorgaben gebührend Rechnung zu tragen.<sup>901</sup> Dem Vorverfahren kommt in der schweizerischen Strafprozessordnung eine kaum zu überschätzende Tragweite zu.<sup>902</sup> Demnach wäre es sachgerecht, wenn bereits in diesem Stadium die Sachverhalts-hypothese und die Belastungsperspektive der Staatsanwaltschaft mittels Beweisanträgen überprüft werden könnten und gegen die Ablehnung eines Beweisantrags ein Rechtsmittel bestünde. Ansonsten wird in diesem Verfahrensstadium beinahe komplett auf eine durchsetzbare kontradiktorische Auseinandersetzung verzichtet. Derzeit wird hier der Beitrag der Verteidigung zur strafprozessualen Wahrheitssuche zu stark marginalisiert. Bisweilen gebietet die anwaltliche Taktik der Verteidigung aufgrund dieser Anlage, Beweisanträge im Vorverfahren gar nicht erst einzubringen, weil eine allfällige Ablehnung einen negativen Einfluss auf die spätere Beurteilung durch das Sachgericht zeitigen könnte.<sup>903</sup> Der Verteidigung und der beschuldigten Person obliegt es oftmals, am Ende des Vorverfahrens eine Güterabwägung vorzunehmen, ob sie aus taktischen Gründen einen Strafbefehl oder die Einigung in Form eines abgekürzten Verfahrens akzeptieren müssen, selbst wenn sie der Auffassung wären, ein entlastender Beweisantrag sei zu Unrecht nicht abgenommen worden und es bestünde in einem ordentlichen Verfahren mit Vor- und Hauptverfahren Chancen auf teilweise Entlastung.<sup>904</sup> Diese Situation widerspricht im Ergebnis den oben erwähnten völker- und verfassungs- sowie strafprozessrechtlichen Vorgaben.

Zu fordern sind sodann eine unmittelbarere Ausgestaltung des Hauptverfahrens und vermehrte Beweisabnahmen vor Schranken sowie die Möglichkeit, im Vorfeld zur Hauptverhandlung abgelehnte Beweisanträge als Zwischenentscheide mit Beschwerde selbständig anfechten zu können. Die derzeitige mittelbare Konzeption der Strafprozessordnung und die fehlende selbständige Beschwerdemöglichkeit wirken einer grosszügigen Guttheissung von Beweisanträgen vor Gericht entgegen.

Nach dem erstinstanzlichen Sachurteil zwingt eine Güterabwägung die Verteidigung und die beschuldigte Person nicht selten, auf berechtigte Rügen gegen verweigerte Beweisabnahmen

---

<sup>899</sup> ARZT, Grundrechtsverwirkung, S. 649.

<sup>900</sup> So bereits KRAUSS, Rechtsstaat, S. 198.

<sup>901</sup> Ähnlich auch GARLAND, Waffengleichheit, S. 250 ff.

<sup>902</sup> GARLAND, Waffengleichheit, S. 250 ff.

<sup>903</sup> Zum Ganzen BERNARD et al.

<sup>904</sup> Hierzu BERNARD et al.



zu verzichten und stattdessen das Urteil zu akzeptieren.<sup>905</sup> In Fällen mit nicht allzu gravierenden Vorwürfen sind die ökonomischen Verteidigungsressourcen oftmals beschränkt beziehungsweise gewichten Beschuldigte einen raschen Verfahrensabschluss höher als den fortgesetzten Kampf um Entlastung mit offenem Ausgang.<sup>906</sup>

Insgesamt droht ein wenig sachgerechter Verzicht auf Beweisanträge beziehungsweise die fehlende Überprüfung eines abgelehnten Beweisantrags, da dieser frühestens nach dem erstinstanzlichen Sachurteil mit einem Rechtsmittel überprüft werden kann. Ein zentrales Verteidigungsrecht wird so teilweise entkernt.

De lege ferenda besteht daher Korrekturbedarf bei der Ausgestaltung des Beweisantragsrechts, damit die Verteidigung ihre Funktion bei der strafprozessualen Wahrheitssuche wahrnehmen kann und der Entlastungsperspektive gebührend Rechnung getragen wird. Das Verhältnis zwischen Beweiserhebung durch die Staatsanwaltschaft, gerichtlicher Unmittelbarkeit und Mitwirkung der Verteidigung am Beweisergebnis ist neu zu vermessen.

## F. Fazit

Die fünf gewählten Beispiele illustrieren eindrücklich die Marginalisierung der Verteidigung und Verteidigungsrechte in der praktischen Umsetzung der strafprozessualen Wahrheitssuche bei Einzelfragen. Der Verteidigungsauftrag, der beschuldigten Person beim Gebrauch der Verteidigungsrechte behilflich zu sein, wird stark beschnitten. Bei dogmatisch zentralen Themen ist eine markante Kluft zwischen der grundsätzlichen normativen, völker- und verfassungsrechtlich verankerten strafprozessualen Anlage und deren Umsetzung erkennbar. In wichtigen strafprozessualen Einzelfragen wird es der Verteidigung verwehrt, während der Beweisaufnahme eine aktive Rolle als Mitwirkende und Kontrolleurin zu spielen und Verteidigungsrechte sicherzustellen. Überall geht es im Kern darum, ob man kontradiktorische Elemente und eine die Verteidigungsrechte absichernde Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche zulassen will oder nicht.

Die Auffassung, die Beweisaufnahme sei erst nach beendeter Durchführung durch die Verteidigung kontrollieren zu lassen, findet sich vor allem bei Strafverfolgungsbehörden. Einer aktiven Mitwirkung der Verteidigung während der Genese des Beweisergebnisses und einer durchgehend kontradiktorischen Verfahrensanlage wird mit Misstrauen begegnet. Der Verteidigung wird somit grundsätzlich zugestanden, eine bereits feststehende Beweisaufnahme zu prüfen, nicht aber konsequent gestattet, aktiv daran mitzuwirken. Würde dem Beitrag der Verteidigung bei der Sicherstellung der Entlastungsperspektive und der Subjektstellung der beschuldigten Person sowie in der Hilfeleistung beim Gebrauch der Verteidigungsrechte das völker- und verfassungsrechtlich verankerte Gewicht zugestanden und der grundsätzlich kontradiktorischen Verfahrensanlage vermehrt Rechnung getragen, so müsste die Güter-

---

<sup>905</sup> Ähnlich RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S 130.

<sup>906</sup> Zur gesamten Risikoabwägung BERNARD et al.

abwägung anders ausfallen. Der Aktionsradius der Verteidigung wäre deutlich grösser. Ihr würde dadurch zugebilligt, sich als aktive Akteurin an einer Beweisaufnahme einzubringen und diese nicht erst nachträglich zu kontrollieren.

Das Institut des Anwalts der ersten Stunde wurde trotz Widerstand von Seiten der Strafverfolgungsbehörden am Ende zwar gesetzlich verankert. Allerdings dürfte hier wohl zusätzlich der Umstand, dass der EGMR nahezu zeitgleich eine Rechtsprechung initiierte, mit welcher aus der EMRK ein Pendant zum national kodifizierten Anwalt der ersten Stunde abgeleitet wurde,<sup>907</sup> mitentscheidend gewesen sein. Zudem hätte diese EGMR-Rechtsprechung wohl sogar eine Anpassung des Entwurfs der Strafprozessordnung nötig gemacht, wenn das Institut nicht ohnehin vorgesehen worden wäre.<sup>908</sup> Ansonsten setzte sich im Ergebnis bei allen anderen referierten Beispielen bislang über kurz oder lang eine mehr oder weniger Verteidigungsrechte einschränkende Argumentation bei der Gesetzesauslegung durch. Teilnahmerechte der Verteidigung an psychiatrischen Explorationsgesprächen werden trotz fundiertem Vorbringen in der Literatur durch die Strafjustiz nicht gewährt. Die Gespräche werden bislang nicht einmal nach den üblichen strafprozessualen Standards dokumentiert. Die durch die eidgenössische Strafprozessordnung kodifizierten Teilnahmerechte der Verteidigung an Einvernahmen von Mitbeschuldigten wurden ebenso mittels einschränkender Auslegung zurückgedrängt. Die Möglichkeit der Verteidigung, mit Zeugen Kontakt aufzunehmen, wird auf Basis einer vagen Generalklausel im Anwaltsrecht nur in engen Grenzen gewährt. Und das Beweisantragsrecht der Verteidigung erweist sich als wenig durchsetzungsfähig, weil Rechtsmittel im Regelfall erst nach einem gerichtlichen Sachentscheid und nur gegen diesen bestehen.

Indessen weckt es weniger Bedenken, wenn in rechtspolitischen Auseinandersetzungen im Rahmen von Gesetzgebungsprozessen Interessen der Strafverfolgung Gehör finden. Weit problematischer ist, dass selbst im Rahmen von Auslegungsprozessen Verteidigungsrechte auf wenig belastbarer gesetzlicher Grundlage eingeschränkt werden. Die Teilnahmerechte an Vernehmungen von Mitbeschuldigten wurden gegen den gesetzlichen Wortlaut und wider eine systematische Auslegung limitiert. Die gesetzliche Grundlage für die Einschränkung des sogenannt privaten Zeugenkontakts, eine anwaltsrechtliche Generalklausel, dürfte kaum genügen. Damit wird der völker- und verfassungs- sowie strafprozessrechtlich gewährte Spielraum der Verteidigung, der beschuldigten Person beim Gebrauch von Verteidigungsrechten behilflich zu sein, in dogmatisch sehr fragwürdiger Weise beschnitten. Bei der Auslegung des Beweisantragsrechts der Verteidigung und der Teilnahme an psychiatrischen Explorationsgesprächen lässt sich zumindest festhalten, dass eine systematische und teleologische Auslegung, namentlich unter gebührender Mitberücksichtigung der völker-, verfassungs- und strafprozessrechtlichen Grundsatznormen zur Verteidigung, eindeutig für einen grosszügigeren Aktionsradius der Verteidigung sprechen würde.

---

<sup>907</sup> Dazu GARLAND, Waffengleichheit, S. 77 ff und S. 101 ff.

<sup>908</sup> WOHLERS, *forum* 3/2019, S. 211; zur aktuellen Rechtsprechung des EGMR MEYER/STAFFLER, S. 315 f., mit Verweisen.

In der Gesetzesauslegung wurden bisher die oben skizzierte Konsequenzen aus der grundsätzlich kontradiktorischen Anlage der Strafprozessordnung nicht ausreichend gezogen. Die zentrale Sicherstellung der Entlastungsperspektive sowie die Subjektstellung der beschuldigten Person und die Hilfeleistung der Verteidigung beim Gebrauch der Verteidigungsrechte haben in der praktischen Umsetzung weiterhin einen schweren Stand.

## 6. Kapitel: **Anwendung der Erkenntnisse auf die Verfahrensarten der Strafprozessordnung**

Nimmt man die Praxis zur schweizerischen Strafprozessordnung insgesamt auf den Prüfstand der Verteidigungsrechte, so ergibt sich kein einheitliches Bild. Dies betrifft nicht nur die bei den obigen Beispielen gezeigten Unterschiede, sondern vor allem auch Differenzen hinsichtlich der verschiedenen Verfahrensarten.

Im gesetzlich konzipierten Hauptanwendungsfall, dem Verfahren mit einem staatsanwaltlich geleiteten Vorverfahren und gerichtlichen Hauptverfahren, das allerdings zum statistischen Ausnahmefall geworden ist, präsentiert sich die Situation anders als in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB oder bei abgekürzten Verfahren bzw. bei Strafbefehlsverfahren.

### **A. Ordentliches Strafverfahren mit Vor- und Hauptverfahren**

De lege lata ist im ordentlichen Strafverfahren mit Vor- und Hauptverfahren die Verteidigung abgesichert, sofern die beschuldigte Person eine amtliche oder erbetene Verteidigung an ihrer Seite hat. Diese Verbeiständung ist in Fällen einer nicht notwendigen Verteidigung allerdings nicht zwingend gegeben (Art. 130 StPO). Nicht in jedem Gerichtsverfahren ist auf Seiten der beschuldigten Person eine Verteidigung involviert.<sup>909</sup> Mit dem Anwalt der ersten Stunde wird der beschuldigten Person indessen der Zugang zur Verteidigung von Anfang an eingeräumt.<sup>910</sup> Der Anwalt der ersten Stunde vermag, wenn er in Anspruch genommen wird, der beschuldigten Person beim Gebrauch von Verteidigungsrechten behilflich zu sein und ihre Subjektstellung und Entlastungsperspektive im Vergleich zu den früheren kantonalen Rechtslagen zu stärken.<sup>911</sup> Die Wahrnehmung dieser Rechte ist in der Praxis allerdings teil-

---

<sup>909</sup> Hierzu empirisch SUMMERS/GARLAND/STUDER, S. 137 ff.

<sup>910</sup> Dazu Erster Teil, 3. Kapitel, A. Anwalt der ersten Stunde und Vierter 5. Kapitel A. Anwalt der ersten Stunde.

<sup>911</sup> Dazu Erster Teil, 3. Kapitel, A. Anwalt der ersten Stunde und Vierter 5. Kapitel A. Anwalt der ersten Stunde.

weise von sozioökonomischen Ressourcen abhängig.<sup>912</sup> Es erstaunt daher nicht, «dass das vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte Instrumentarium zur Stärkung der Verteidigungsrechte kaum zu den erwarteten Effekten geführt hat».<sup>913</sup> Immerhin ist in dieser Verfahrensart zudem sichergestellt, dass das Gericht im Hauptverfahren die Arbeit der Staatsanwaltschaft umfassend zu kontrollieren hat. Der gerichtlichen Kontrolle wird daher auch die gerichtliche Wahrung von Verteidigungsrechten unterzogen.

Die Tendenz in der Literatur und Rechtsprechung geht indessen unverkennbar dahin, die Verteidigung auf die Rolle einer reinen Kontrolleurin der Strafjustiz, und damit auf lediglich einen von mehreren Aspekten ihrer Funktion, zu reduzieren. Die Möglichkeit zu einem aktiven Beitrag bei der strafprozessualen Wahrheitssuche wird so marginalisiert. Dieses Ergebnis ergibt sich aus der obigen Erörterung der rechtlichen Grenzen der Verteidigung sowie namentlich aus der Diskussion von Einzelfragen, beispielsweise in Bezug auf Beweisantrags- und Teilnahmerechte oder sogenannt private Zeugenkontakte der Verteidigung. Eine verstärkte Berücksichtigung der völker- und verfassungsrechtlich garantierten Verteidigungsrechte und deren Absicherung durch die Verteidigung bei der Lösung von Einzelfragen wäre zwingend, um diesen normativen Vorgaben des Völker- und Verfassungsrechts Nachachtung zu verschaffen. Nimmt die Rechtsprechung und Literatur die dort verankerte, positive Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche ernst, so müsste eine aktivere Rolle der Verteidigung in Einzelfragen zur Sicherstellung der Entlastungsperspektive, der Subjektstellung der beschuldigten Person und zur Absicherung der Verteidigungsrechte zugelassen werden. Diese Feststellung gilt wie erwähnt im Kontext von Beweisanträgen oder sogenannt privaten Zeugenbefragungen, bei Teilnahmerechten an Einvernahmen von Mitbeschuldigten und bei einer insgesamt weniger restriktiven Limitierung des Verteidigungshandelns.

Der Umsetzung völker- und verfassungsrechtlicher Vorgaben, namentlich dem Beibringen der Entlastungsperspektive sowie ausgebauten Verteidigungsrechten, käme es überdies zupass, wenn die Gerichtsverhandlung unmittelbarer durchgeführt würde als derzeit üblich und beispielsweise Konfrontationen grundsätzlich stets vor Schranken stattfänden.<sup>914</sup> Auf diese Weise könnte das Gericht seine Rolle als Korrektiv der vorermittelnden und anklagen-

---

<sup>912</sup> BERNARD, ZStrR 2017, S. 19. Eine empirische Untersuchung von CAPUS/STUDER, S. 106, förderte zutage, dass die Mehrheit der beschuldigten Personen jedenfalls im Jahr 2013 den Anwalt der ersten Stunde nicht beanspruchte. Daran dürfte sich in den letzten Jahren kaum etwas geändert haben. Dabei wären gerade Menschen mit geringen sozioökonomischen Ressourcen besonders auf professionelle Hilfe angewiesen, weil sie ansonsten einem Strafverfahren mehr oder weniger hilflos ausgesetzt sind; hierzu bereits prägnant MÜLLER-DIETZ, ZStW, S. 1132 f.; vgl. überdies einführend STEFANOVIĆ, mit Verweisen generell zum unterschiedlichem Zugang zum Recht.

<sup>913</sup> CAPUS/STUDER, S. 108; die Autoren tätigen diese Aussage auf Basis einer empirischen Untersuchung zur effektiven Wahrnehmung der Verteidigungsrechte (namentlich Anwalt der ersten Stunde sowie Recht zur Aussageverweigerung).

<sup>914</sup> Zur Rechtswirklichkeit SUMMERS/SCHEIWILLER/STUDER, S. 351 ff.

den Staatsanwaltschaft wirksamer wahrnehmen.<sup>915</sup> Eindeutig problematisch ist es dagegen, wenn einzelne Verteidigungsrechte während des ganzen Verfahrens marginalisiert werden und gleichzeitig die Unmittelbarkeit zurückgedrängt wird. Denn pointiert gesagt kann auf eine unmittelbare Beweisaufnahme vor Schranken umso eher verzichtet werden, wenn der Verteidigung während des ganzen Verfahrens ausgebauten Rechte gewährt werden.<sup>916</sup> Zusammenfassend ist deshalb im ordentlichen Strafverfahren mit Vor- und Hauptverfahren das kontradiktorische Prinzip bei weitem nicht konsequent verwirklicht. Die Verteidigung wird tendenziell nicht als Akteurin der Beweisaufnahme, sondern lediglich als nachträgliche Kontrolleurin derselben zugelassen.

## **B. Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB**

Noch weit kritischer hinsichtlich der Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlich verankerten Verteidigungsrechte und der kontradiktorischen Verfahrensanlage sind Verfahren im Kontext von strafrechtlichen Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB zu sehen. Solche Verfahren werden zwar formal im ordentlichen Verfahren durchgeführt, stellen aber faktisch eine Art Subverfahren zum herkömmlichen Strafverfahren dar. Die Entlastungsperspektive und Subjektstellung der beschuldigten Person sowie grundlegende Verteidigungsrechte drohen hier unterminiert zu werden. Die faktische Bedeutung dieser Verfahren ist seit Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs und der eidgenössischen Strafprozessordnung markant gestiegen.<sup>917</sup>

Sowohl bei der Anordnung als auch bei der Verlängerung von Massnahmen kommt (psychiatrischen) Sachverständigen ein geradezu determinierendes Gewicht zu.<sup>918</sup> Dadurch findet eine Verantwortungsdelegation von der Staatsanwaltschaft und einer Mehrzahl gewählter Richterinnen zu oft nur einem einzigen Sachverständigen statt.<sup>919</sup> Sogar die Genese der Expertise ist – wie gezeigt wurde – nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung weitgehend der Kontrolle sowohl von Verteidigung als auch der Strafjustiz entzogen, da weder Teilnahmerechte der Verteidigung bestehen noch eine Dokumentationspflicht in Gesetzgebung oder der Rechtsprechung festgeschrieben worden ist.<sup>920</sup> Für Juristinnen ist überdies

---

<sup>915</sup> Ähnlich auch GUIDON, *forum* 2019, S. 450 ff.; vgl. auch WOHLERS, ZStrR 2013, S. 318 ff.; eingehend KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, zusammenfassend S. 313 ff.

<sup>916</sup> WEIGEND, *Beweisaufnahme*, S. 670; eingehend KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, zusammenfassend S. 313 ff.

<sup>917</sup> BERNARD, *Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht*, S. 141 ff.; eingehend CONINX, *Verbrechensbekämpfung*, S. 6 ff.

<sup>918</sup> BERNARD, *Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht*, S. 143 ff.; CONINX, *Verbrechensbekämpfung*, S. 420 ff.; HUBER, S. 375 ff.

<sup>919</sup> BERNARD, *Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht*, S. 143 ff.; CONINX, *Verbrechensbekämpfung*, S. 420 ff.; HUBER, S. 375 ff.

<sup>920</sup> Vgl. hierzu Erster Teil, 3. Kapitel, C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch und Vierter Teil, 5. Kapitel, C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch sowie BERNARD, *Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht*, S. 143 ff.; BERNARD, *Was ist Strafverteidigung?*, S. 122 ff.

die Arbeit von Psychiatern generell fachlich wie inhaltlich schwer kontrollierbar. Aufgrund der weitgehend fehlenden gesetzlichen Grundlage obliegt es der Rechtsprechung, künftig die Strafprozessordnung im Kontext von Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB mit Blick auf ihre kontradiktorische Anlage, die Verteidigungsrechte sowie die Unschuldsvermutung zu vermessen.

Zwar sind in Massnahmenstrafverfahren beschuldigte Personen meist verteidigt, da nahezu stets ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, weil die beschuldigten Personen im jeweiligen Kontext offenkundig ihre Verfahrensinteressen nicht wahren können oder ihnen eine freiheitsentziehende Massnahme droht (Art. 130 lit. d und lit. b StPO). Bislang beschränkte sich die Rolle der Verteidigung bei der psychiatrischen Expertise im Wesentlichen allerdings auf eine rudimentäre Kontrolle bei der Gutachtensvergabe hinsichtlich Person des Experten, Fragestellung und Kontrolle des Endprodukts.<sup>921</sup>

Zu fordern ist unter anderem Folgendes: Es müsste von Amtes wegen, zumindest aber auf Antrag der beschuldigten Person beziehungsweise ihrer Verteidigung, viel häufiger eine Zweitbegutachtung durch eine andere Sachverständige durchgeführt werden, da ansonsten einem Experten ein zu grosser Einfluss auf das Verfahren zukommt.<sup>922</sup> In Erwägung zu ziehen wäre überdies, ob nicht stets von Anfang ganz grundsätzlich zwei unabhängige Expertisen in Auftrag zu geben wären, um strukturell eine bewusste oder unbewusste Abstimmung zu verhindern.<sup>923</sup> Sodann müsste wie dargetan die Verteidigung an Explorationsgesprächen zugelassen werden, damit sie ihrer Kontroll-, Entlastungs-, Beratungs- und Fürsorgepflicht nachkommen kann; dadurch wäre es ihr möglich, der beschuldigten Person während der entscheidenden Explorationsgespräche beim Gebrauch der Verteidigungsrechte behilflich zu sein.<sup>924</sup> Nach der Erstellung wäre der Verteidigung zudem stets der Beizug eines privaten Experten zur Prüfung der amtlichen Expertise zu gewähren; nur so könnte die Verteidigung ihrer Kontrollaufgabe zur Sicherstellung der Entlastungsperspektive und der Subjektstellung der beschuldigten Person effektiv nachkommen, da sie sich selbst kaum die nötigen umfassenden Fachkenntnisse aneignen kann.<sup>925</sup> Ohnehin wären Gespräche im Begutachtungsprozess wegen der strafprozessualen Dokumentationspflicht auf einem Tonträger aufzuzeichnen und ordnungsgemäss zu protokollieren und sodann zu den Akten zu legen.<sup>926</sup> Und um der Unschuldsvermutung Rechnung zu tragen, dürften die Gutachtensaufträge nicht vor einem

---

<sup>921</sup> Vgl. für einen konzisen Überblick BERNARD, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht, S. 143 ff.; MICHOD; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 373 ff.

<sup>922</sup> BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, zusammenfassend S. 96 ff.; CONINX, Verbrechenbekämpfung, S. 462 ff.

<sup>923</sup> BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, zusammenfassend S. 96 ff.; CONINX, Verbrechenbekämpfung, S. 462 ff.

<sup>924</sup> Eingehend oben Vierter Teil, 5. Kapitel, C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch.

<sup>925</sup> BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, zusammenfassend S. 96 ff.; CONINX, Verbrechenbekämpfung, S. 458 ff.

<sup>926</sup> Hierzu Vierter Teil, 5. Kapitel, C. Teilnahme der Verteidigung am Explorationsgespräch; sodann statt vieler CONINX, Verbrechenbekämpfung, S. 458 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, S. 381 ff.

Schuldpruch im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft erteilt werden. Ansonsten kann es zu einem Belastungszirkelschluss kommen, denn dann basiert die Expertise auf dem maximalen Tatverdacht und liegt sodann im Hauptverfahren, wenn über Schuld oder Unschuld entschieden wird, bereits bei den Akten. Dadurch droht eine ungerechtfertigte Beeinflussung nicht nur des Experten, sondern hernach auch des Gerichts, welche der Unschuldsvermutung strukturell zuwiderläuft. Vielmehr wäre künftig zuerst eine Anklage ohne Gutachten zu erheben und der massgebende Sachverhalt gerichtlich zu erstellen; erst danach dürfte eine darauf basierende Expertise in Auftrag gegeben werden (sog. Tatinterlokut).<sup>927</sup>

Insgesamt dürfte es eine der grossen strafprozessualen Herausforderungen der nächsten Jahre sein, in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB präventive Forderungen mit völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen. Zu beachten sind dabei Verteidigungsrechte, Rechtssicherheit, kontradiktorische Verfahrensanlage, Unschuldsvermutung und judikative Kontrolle. Die juristische Vermessung hat sich nicht auf bloss formale, verfahrensrechtliche Aspekte zu beschränken. Es geht im Kern darum, dem programmatischen, inhaltlichen Gehalt dieser Prinzipien nachzuleben.<sup>928</sup>

### C. Abgekürztes Verfahren

Ebenfalls kritischer als das herkömmliche Strafverfahren mit Vor- und Hauptverfahren ist das abgekürzte Verfahren zu sehen. Bereits die reine Existenz eines konsensualen Verfahrens schwächt die Verteidigungsrechte, die kontradiktorische Verfahrensanlage sowie die konsequente Wahrnehmung der Entlastungsperspektive und verändert damit die tradierte strafprozessuale Wahrheitsuche.<sup>929</sup> Dies gilt unabhängig vom Umstand, dass die Verteidigung bei diesen Verfahren stets anwesend ist (Art. 130 lit. e StPO) und das Verfahren im Einzelfall für die beschuldigte Person im Resultat günstiger sein kann als ein herkömmliches Gerichtsverfahren. Das konsensuale Verfahren bringt indessen im Unterschied zum ordentlichen Strafverfahren definitionsgemäss die Preisgabe von wesentlichen Verteidigungsrechten mit sich – ja, es wird dadurch gerade erst konstituiert. Zumindest auf einer grundsätzlichen Ebene geht die beschuldigte Person daher wesentlicher Rechte verlustig. In dieser Verfahrensart ersetzt über weite Strecken der Aushandlungsprozess zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung den kontradiktorischen Diskurs um Wahrheit zwischen den Akteuren und

---

<sup>927</sup> BERNARD/STUDER, Schuldinterlokut, zusammenfassend S. 22 ff.

<sup>928</sup> Eingehend zum Ganzen CONINX, Verbrechensbekämpfung, S. 458 ff. und vor allem zusammenfassend S. 537 ff.

<sup>929</sup> Dazu bereits vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung DONATSCH, Vereinbarungen, S. 159 ff., namentlich S. 176 f.; JOSITSCH/BISCHOFF, S. 433 ff.; VEST, Amerikanisierung, S. 298 ff. Auch OBERHOLZER, ZStrR 1993, S. 163, hielt bereits weit vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung fest, dass der Deal gegen praktisch sämtliche tragende Prinzipien der Strafprozessordnung verstosse; derselbe OBERHOLZER, AJP 1992, S. 13 ff. Aus der aktuellen Literatur etwa ALBRECHT, sui-generis 2020, S. 484; vgl. dazu pointiert für die deutsche Entwicklung informeller Absprachen bereits SCHÜNEMANN, Absprachen, S. 365, S. 368, S. 372 f., S. 377 ff., S. 380 ff.; weniger kritisch GIGER, Verfahren, S. 509 ff.



später vor Gericht.<sup>930</sup> Diese Verfahrensart hat daher auch ein Einfalltor für einen Wahrheitsbegriff geschaffen, der wesentlich von dem in den kantonalen Rechtsordnungen tradierten strafprozessualen Wahrheitsbegriff abweicht. Es treten grundlegende Inkonsistenzen hinsichtlich der strafprozessualen Wahrheitssuche auf, weil der eidgenössischen Strafprozessordnung somit kein einheitlicher Wahrheitsbegriff zugrunde liegt.<sup>931</sup> Das Ziel der materiellen Wahrheit wurde hier effektiv preisgegeben. Das deklarierte Ziel ist eine formelle Wahrheit, wobei aber immerhin dem Aushandlungsprozess kein offenkundig falscher Sachverhalt zugrunde liegen darf.<sup>932</sup> Überdies verändert sich die strafprozessuale Wahrheitssuche, also der Weg zum Ziel, da anstelle des kontradiktorischen Verfahrens ein Verhandlungssetting tritt.<sup>933</sup> Auf die Rechtsgleichheit kann diese Verfahrensart erhebliche Auswirkungen zeitigen, weil unterschiedliche sozioökonomische Ressourcen tendenziell mit unterschiedlichen Verhandlungsmöglichkeiten einhergehen, sodass Privilegierte über bessere Entlastungsmöglichkeiten verfügen.<sup>934</sup> Pointiert ausgedrückt rüttelt das abgekürzte Verfahren deshalb an nahezu jedem Grundsatz der hiesigen Strafprozessrechtstradition.<sup>935</sup>

In gesetzgebungstechnischer Hinsicht ist kritisch anzumerken, dass das abgekürzte Verfahren nur rudimentär geregelt ist und enorme Regelungslücken aufweist.<sup>936</sup> Der Praxis obliegt es deshalb vielfach, *modo legislatoris* zu entscheiden, wobei es allerdings bislang wenig richtungweisende Urteile gibt und daher kantonale oder gar regionale Unterschiede auftreten können.<sup>937</sup> Die Kodifizierung dieser neuartigen Verfahrensart stellte demnach eine nicht zu unterschätzende gesetzgeberische Weichenstellung dar.

Ob diese Weichenstellung aber als eigentlicher Paradigmenwechsel in der schweizerischen Strafprozessrechtsgeschichte anzusehen ist, wird sich weisen. Die Entwicklung würde besonders dann rechtstaatlich problematisch, wenn der Druck, sich auf abgekürzte Verfahren einzulassen, weil das Insistieren auf der herkömmlichen, kontradiktorischen Verfahrensanlage negativ sanktioniert würde, in Einzelfällen so gross würde, dass gewährte Verteidigungsrechte allein deshalb oft preisgegeben würden oder sogar ein Anreiz zu falschen Ge-

---

<sup>930</sup> Zum Ganzen Aushandlungsprozess eingehend GIGER, Verfahren, S. 115 ff.; prägnant JAGGI, S. 23 ff.

<sup>931</sup> A.A. GIGER, Verfahren, S. 26 ff., S. 71 ff. und S. 509 ff., welche vertritt, dass der Untersuchungsgrundsatz zumindest im Vorverfahren weiterhin Geltung beanspruche. Im Ergebnis offen gelassen bei JAGGI, S. 136 ff.

<sup>932</sup> A.A. GIGER, Verfahren, S. 26 ff., S. 71 ff. und S. 509 ff., welche vertritt, dass der Untersuchungsgrundsatz zumindest im Vorverfahren weiterhin Geltung beanspruche; JAGGI, S. 136 ff., geht dagegen davon aus, dass der Untersuchungsgrundsatz eingeschränkt sei, lässt aber offen, ob die materielle Wahrheit leide.

<sup>933</sup> Kritisch bereits vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung JOSITSCH/BISCHOFF, S. 433 ff.; weit weniger kritisch gegenüber den kantonalen Vorläufern des abgekürzten Verfahrens SCHLAURI, S. 491; vgl. für die vergleichbare deutsche Entwicklung bereits SCHÜNEMANN, Absprachen, S. 365, S. 368, S. 372 f., S. 377 ff., S. 380 ff.

<sup>934</sup> BERNARD, ZStrR 2017, S. 16 ff.

<sup>935</sup> Dezidiert a.A. GIGER, Verfahren, S. 509 ff.

<sup>936</sup> So GIGER, Verfahren, S. 528.

<sup>937</sup> GIGER, Verfahren, S. 529.

ständnissen entstünde. Damit würden sowohl die Verteidigungsrechte und die kontradiktorische Verfahrensanlage als auch die Unschuldsvermutung in der gesamten Strafverfahrenspraxis unterlaufen. Mit der Einführung einer Verfahrensanlage, für welche die Preisgabe von Verteidigungsrechten konstitutiv ist, droht eine solche Tendenz zumindest latent.

Dazu kommt Folgendes: Im derzeitigen ordentlichen Verfahren werden wie dargetan Verteidigungsrechte ohnehin stark beschnitten. Vor diesem Hintergrund erscheint in vielen Konstellationen die Aussicht auf einen raschen, berechenbaren Abschluss in einem abgekürzten Verfahren mit einem nicht allzu schlechten Resultat akzeptabler als das Risiko eines ordentlichen Verfahrens mit Verteidigungsrechten, die einem allenfalls ohnehin nicht gewährt werden. Im Ergebnis könnte damit, wie gezeigt wurde, die Wahl des ordentlichen Verfahrens mit Verteidigungsrechten über Gebühr erschwert werden. Für eine abschliessende Bilanz der Entwicklung scheint es indessen zu früh.

Positiv hervorzuheben ist dagegen, dass ein abgekürztes Verfahren eine notwendige Verteidigung voraussetzt (Art. 130 lit. e StPO). Die formelle Verteidigung ist damit stets abgesichert. Dadurch ist immerhin die Absicherung der Subjektstellung der beschuldigten Person und eine professionelle Beratung während des Aushandlungsprozesses gewährleistet. Indessen hängt die Durchführung des abgekürzten Verfahrens allein vom Ermessen der fallführenden Staatsanwaltschaft ab.<sup>938</sup> Die zuständige Staatsanwaltschaft ist frei darin, ob sie einem Antrag der Verteidigung und der beschuldigten Person auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens zustimmt, und unterliegt auch keiner Begründungspflicht.<sup>939</sup> Ein Rechtsmittel der beschuldigten Person beziehungsweise ihrer Verteidigung besteht nicht.<sup>940</sup> Diese Situation führt dazu, dass manche Staatsanwältinnen oft abgekürzte Verfahren durchführen, während andere die Durchführung aus prinzipiellen Gründen ablehnen, und die Anzahl der abgekürzten Verfahren vor allem auch regional und kantonale stark divergiert.<sup>941</sup> Das Gesetz ist zu unbestimmt, und zu viel ist damit dem Ermessen der fallführenden Staatsanwaltschaft anheimgestellt.

Dieser Ermessenspielraum unterläuft im Ergebnis Verteidigungsrechte und Verteidigungsmöglichkeiten. Überdies steht er in einem latenten Widerspruch zum Postulat, dass gerade Strafverfahren, die markant in die Rechtsstellung der Rechtsunterworfenen eingreifen, rechtsgleich und berechenbar sein sollten. Es kommt dazu, dass dieses staatsanwaltschaftliche Ermessen über die Durchführung eines abgekürzten Verfahrens nicht durch ein griffiges Verteidigungsrecht limitiert wird. Die Rechte der Verteidigung und die Verteidigungsrechte der beschuldigten Person sind damit nicht mehr generell-abstrakt abgesichert: Die individuell-konkrete Rechtsanwendung ersetzt beim abgekürzten Verfahren faktisch gene-

---

<sup>938</sup> GIGER, Verfahren, S. 150 ff.

<sup>939</sup> GIGER, Verfahren, S. 152 ff.

<sup>940</sup> GIGER, Verfahren, S. 155.

<sup>941</sup> Eingehend zur Häufigkeit der Anwendung GIGER, Verfahren, S. 309 ff. Ich habe dies bereits bei der Einführung der neuen Strafprozessordnung in einer Glosse pointiert kommentiert, BERNARD, plädoyer 2012, S. 82.

rell-abstrakte Verteidigungsrechte. Die Mitwirkung der Verteidigung konzentriert sich bei abgekürzten Verfahren im Aussenverhältnis letztlich darauf, klug zu verhandeln, jedoch keinerlei Entlastungs- und Kontrollpflichten wahrzunehmen.<sup>942</sup> Die völker- und verfassungsrechtlich gewährten Verteidigungsrechte verlieren in diesem Kontext entscheidend an Bedeutung und werden weitgehend durch Verhandlungsgeschick sowie kluge Einflussnahme auf das wenig limitierte staatsanwaltschaftliche Ermessen ersetzt.<sup>943</sup> Es liegt auf der Hand, dass Privilegierte hierbei aufgrund ihres sozialen, ökonomischen und/oder kulturellen Kapitals eine markant bessere Ausgangslage haben. Das abgekürzte Verfahren droht damit vorbestehende ungleiche gesellschaftliche Positionen zu reproduzieren.<sup>944</sup>

De lege ferenda müsste daher das abgekürzte Verfahren umfassend überprüft werden. Es erscheint zumindest sehr fraglich, ob sich diese Verfahrensart mit herkömmlichen strafprozessualen Grundsätzen und völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben in einen konsistenten Einklang bringen lässt, sodass der kontradiktorischen Verfahrensanlage und rechtsgleich gewährten Verteidigungsrechten Rechnung getragen wird. Wenn sich eine solche Harmonisierung mit übergeordneten Prinzipien als nicht oder kaum vereinbar erwiese, müsste als Konsequenz das abgekürzte Verfahren wieder abgeschafft werden. De lege lata obliegt es der Strafjustiz und der Verteidigung, die wenig kodifizierte Normgrundlage beim abgekürzten Verfahren in systematischer Auslegung – soweit dies überhaupt möglich ist – im Sinne der herkömmlichen Grundsätze auszulegen.

#### D. Strafbefehlsverfahren

Auf dem Prüfstand von Verteidigungsrechten und der Entlastungsperspektive sowie der Unschuldsumvermutung erweist sich sodann auch das Strafbefehlsverfahren als besonders problematisch. In diesem Verfahren wird die untersuchende Staatsanwaltschaft am Ende zur Einzelrichterin, und es findet ohne Einsprache der beschuldigten Person keine gerichtliche Kontrolle der Untersuchung statt.<sup>945</sup> Oftmals sind Beschuldigte zudem nicht verteidigt, weil kein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt bzw. auch eine amtliche Verteidigung in Grenzfällen häufig verweigert wird.<sup>946</sup> Die Subjektstellung der beschuldigten Person, die Verteidigungsrechte und die Kontrolle des Untersuchungsergebnisses, und damit die Entlastungsperspektive, sind unzureichend abgesichert.<sup>947</sup>

---

<sup>942</sup> BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, S. 75 ff.

<sup>943</sup> BERNARD, Was ist Strafverteidigung?, S. 23 ff., S. 75 ff.; BERNARD, ZStrR 2017, S. 16 ff.

<sup>944</sup> BERNARD, ZStrR 2017, S. 16 ff.; vgl. hierzu bereits bei der Beratung des abgekürzten Verfahrens im Parlament die praktizierende Rechtsanwältin und Nationalrätin THANEI (AB 2007 N 1026) oder bereits vorher der Bericht «Aus 29 mach 1», S. 50.

<sup>945</sup> Hierzu eingehend THOMMEN, Prozess, S. 98 ff.; vgl. zum Ganzen bereits vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung eingehend HUTZLER, zusammenfassend S. 245 ff.

<sup>946</sup> SUMMERS/GARLAND/STUDER, S. 149 ff., mit Verweisen.

<sup>947</sup> Ähnlich auch BERNAUER, Jusletter, Rz. 11 f.; vgl. zum Ganzen bereits vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung eingehend HUTZLER, zusammenfassend S. 245 ff.

Der Machtzuwachs, den die eidgenössische Strafprozessordnung der Staatsanwaltschaft verschafft hat, ist daher allein schon wegen der Ausgestaltung des Strafbefehlsverfahrens beträchtlich. Die Strafbefehlskompetenz ging zuvor nur in wenigen Kantonen so weit. Anders als in den früheren gesetzlichen Grundlagen ist eine persönliche Anhörung der beschuldigten Person beziehungsweise ein Anerkennen des Sachverhalts nicht zwingend vorgeschrieben.<sup>948</sup> Hinzu kommt, dass die Personalunion von untersuchender und urteilender Behörde die Belastungsperspektive zu stark gewichtet. Die Einsprachefrist von zehn Tagen gegen Strafbefehle ist kurz bemessen. Das gewährte Gegengewicht des Anwalts der ersten Stunde hängt letztlich davon ab, dass ein solcher überhaupt mandatiert wird, was indessen oft nicht der Fall ist. Hierfür spielen sozioökonomische Ressourcen eine (mit-)entscheidende Rolle.<sup>949</sup> Dieser Umstand ist kritisch zu sehen, denn «[s]tellt man bei der wirksamen Verteidigung auf die Interessen der Rechtspflege an einem dialektisch ausgestalteten Wahrheitsfindungsprozess ab, sind alle Fälle ohne formelle Verteidigung kritisch, und zwar auch Bagatellfälle, die von der Wahrheitsfindung bekanntlich nicht ausgenommen sind».<sup>950</sup>

Insgesamt ist damit im Strafbefehlsverfahren die völker- und verfassungsrechtlich vorgegebene strafprozessuale Wahrheitssuche mit ausgebauten Verteidigungsrechten und deren Absicherung durch die Verteidigung nur sehr mangelhaft umgesetzt.<sup>951</sup> Dieser Mangel ist besonders bedenklich, weil weit über 90% der Verfahren in dieser Verfahrensart erledigt werden.<sup>952</sup> Die Sicherstellung der Verteidigungsrechte durch die Verteidigung droht daher in einer Gesamtbetrachtung der realen strafprozessualen Umsetzung in sehr vielen Fällen entkernt zu werden. Dabei wird, gemessen an den normativen Vorgaben in der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Bundesverfassung sowie den strafprozessualen Grundsätzen, viel zu viel Verantwortung an die beschuldigte Person delegiert. Damit werden sowohl der herkömmliche Weg strafprozessualer Wahrheitssuche in kontradiktorischen Verfahren als auch die konsequente Suche nach der materiellen Wahrheit mit *Offizialmaxime* und Untersuchungsgrundsatz als strafprozessuale Zielsetzung preisgegeben. Die Absicherung der Verteidigungsrechte durch die Verteidigung ist daher im Strafbefehlsverfahren nicht ausreichend gewährleistet.

De lege ferenda wäre es zu begrüßen, wenn das Strafbefehlsverfahren auf echte Bagatellkriminalität begrenzt würde, wie es historisch der Fall war.<sup>953</sup> Die Praxis vieler früherer kantonalen Prozessordnungen wäre überdies in der Hinsicht aufzugreifen, dass im Strafbefehlsverfahren wieder ein ausdrückliches Geständnis vorausgesetzt würde.<sup>954</sup> Es ist zu fordern

---

<sup>948</sup> THOMMEN, Prozess, S. 64 ff.

<sup>949</sup> BERNARD, ZStrR 2017, S. 19.

<sup>950</sup> JEKER/DROLL, S. 218.

<sup>951</sup> Bereits 1988 hielt SCHÜNEMANN, Reflexionen, S. 482, für Deutschland fest, das Verfahrensziel der materiellen Wahrheit sei unter den Bedingungen der Massenkriminalität nicht erreichbar und deshalb nur noch ideologischer Natur.

<sup>952</sup> MATTMANN/ESCHLE/RADER/WALSER/THOMMEN, S. 254, mit Verweisen; vgl. hierzu überdies bereits HANSJAKOB, S. 160 ff.

<sup>953</sup> THOMMEN, Prozess, S. 24 ff., S. 46 ff.

<sup>954</sup> THOMMEN, Prozess, S. 64 ff.; vgl. zum Ganzen bereits vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung eingehend HUTZLER, zusammenfassend S. 245 ff.

und gesetzlich zu verankern, dass Freiheitsstrafen, auch auf Bewährung, nicht ohne Einvernahme und Beizug einer notwendigen Verteidigung in Strafbefehlsverfahren ausgesprochen werden können. Immerhin wird mit Inkrafttreten der Revision der StPO nun in Art. 352a StPO garantiert, dass bei zu vollziehenden Freiheitsstrafen eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme zwingend nötig ist.

De lege lata obläge es ohnehin den Staatsanwaltschaften und bei Einsprachen den Gerichten, das Strafbefehlsverfahren im Lichte der völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben und strafprozessualen Grundsätze auszulegen. Eine solche Auslegung würde zum einen umfassen, dass eine ernstliche Sachverhaltsabklärung nicht verfahrensökonomischen Gesichtspunkten zum Opfer fallen dürfte und dass ein Bewusstsein für die problematischen Implikationen bei der Personalunion von untersuchender und richtenden Behörde geschaffen würde. Folglich wäre bei fremdsprachigen, aber auch bei wenig gebildeten Menschen vermehrt von Amtes wegen zu prüfen, ob sie ihre Verteidigungsrechte wirklich selbst wahrnehmen können oder ein Fall von notwendiger Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. c StPO vorliegt. Ohnehin wäre auf Antrag hin grosszügiger als bisher eine amtliche Verteidigung einzusetzen. Jeder Straffall ohne Absicherung der Verteidigungsrechte durch die Verteidigung ist wie oben dargetan hinsichtlich einer rechtsstaatlichen strafprozessualen Wahrheitsuche fragwürdig. Ein Bagatellfall im Sinne von Art. 132 Abs. 2 StPO darf nur schon deshalb nicht leichthin angenommen werden.

Bereits aufgrund mangelnder Personalressourcen bei den Staatsanwaltschaften werden diese Forderungen allerdings kaum durch- und umsetzbar sein. Es besteht keinerlei Interesse an aufwendigeren Verfahren mit mehr Einvernahmen und engagierten Verteidigungen, welche die Verteidigungsrechte konsequent wahrnehmen. Die Ausdehnung des Strafbefehlsverfahrens ist überdies nicht nur als Entlastungsstrategie für die Strafverfolgungsbehörden, sondern im Kontext einer punitiven Wende zu sehen.<sup>955</sup> Die grosse Relevanz dieser Verfahrensart geht daher mit einer kriminalpolitischen Grundtendenz einher, die kaum kurz-, sondern wenn überhaupt lediglich mittel- und langfristig justiert werden kann.

Derzeit muss es bei der Feststellung bleiben, dass die Praxis zur schweizerischen Strafprozessordnung auf dem Prüfstand der Verteidigungsrechte beim Strafbefehlsverfahren markant ungenügend ausfällt. Dieses Ergebnis weckt grundsätzliche Bedenken, da der quantitativ grösste Teil der Verfahren mittels Strafbefehle erledigt wird.

## E. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die normativen Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Bundesverfassung und der Prozessmaximen der Straf-

---

<sup>955</sup> Eingehend LAGLER, insbesondere S. 150 ff. Bereits HASSEMER, StV 1982, S. 275 ff., machte darauf aufmerksam, dass der Ruf nach einem effizienten Strafrecht immer Tendenzen verstärkt, Abwehrrechte der Bürger zu entkernen, und damit auch punitive Entwicklungen befördert.

prozessordnung in der Anwendung der Strafprozessordnung, in ihren Subverfahren und bei Einzelfragen zu einem beträchtlichen Teil nur in stark abgeschwächter Form eingelöst werden.

Im Strafbefehlsverfahren und in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB sind nach dem derzeitigen Stand der Praxis weder die Entlastungsperspektive noch die kontradiktorische Verfahrensanlage noch Verteidigungsrechte und zu deren Absicherung die Verteidigung ausreichend sichergestellt. Verteidigungsrechte drohen so ihres programmatischen Gehalts verlustig zu gehen. Und auch das abgekürzte Verfahren steht durch seine konsensuale Orientierung in einem erheblichen Spannungsverhältnis zu übergeordneten strafprozessualen Maximen, die von einer Wahrheitssuche mit sich widerstreitenden Standpunkten ausgehen. Wirksame Verteidigungsrechte werden überdies durch den sehr grossen staatsanwaltschaftlichen Spielraum bei der Wahl der Verfahrensart entkernt. Weil zudem auch im ordentlichen Verfahren Verteidigungsrechte und insgesamt die Umsetzung des kontradiktorischen Vorgehens tendenziell marginalisiert werden, erscheint deren gänzliche Preisgabe im abgekürzten Verfahren für beschuldigte Personen vielfach als der bessere Weg, da so zumindest ein mehr oder weniger akzeptables Resultat ausgehandelt werden kann. Hinsichtlich der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche bestehen damit beträchtliche Divergenzen zwischen normativen Grundsätzen und Vorgaben im Völker- und Verfassungsrecht sowie den Grundsatznormen der Strafprozessordnung einerseits und deren praktischer Umsetzung bei der statistisch grössten Anzahl der Verfahren andererseits.

## 7. Kapitel: **Versuch einer Charakterisierung der Strafprozessordnung mit Blick auf die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitsuche**

### **A. Ausgangspunkt**

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass eine erhebliche Kluft zwischen der normativen, völker- und verfassungsrechtlich sowie in den Grundsätzen der StPO kodifizierten Funktion der Verteidigung einerseits und deren praktischen Umsetzungsmöglichkeit andererseits besteht. Die vorgesehene Funktion der Verteidigung und der Verteidigungsrechte bei der strafprozessualen Wahrheitsuche zur Sicherstellung der Subjektstellung und Entlastungsperspektive der beschuldigten Person lassen sich nach dem derzeitigen Stand der gelebten Praxis nur sehr eingeschränkt einlösen.<sup>956</sup>

Nachfolgend wird dieser Befund in eine Gesamtschau auf die grundsätzliche Charakteristik der Strafprozessordnung zugeführt. Nach einem knappen historischen Rückblick auf die Strafprozessrechtsgeschichte bei der Entstehung der schweizerischen Strafprozessordnung wird diskutiert, ob die heutige StPO durch den reformierten Inquisitionsprozess geprägt ist bzw. ob sich sogar eine Art Renaissance des Inquisitionsverfahrens festmachen lässt. Es folgt ein kurzer Überblick zu typologischen Einordnungen der Strafprozessordnung. Das Kapitel mündet in einer bilanzierenden Skizze zur Charakteristik der Strafprozessordnung, wobei der Fokus auf der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitsuche wegleitend bleibt. Die grundsätzliche, völker- und verfassungsrechtlich verankerte normative Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitsuche und die gesetzliche Anlage der Strafprozessordnung sowie deren Umsetzung in der Rechtswirklichkeit werden so insgesamt einander gegenübergestellt.

---

<sup>956</sup> Zu einem sehr ähnlichen Ergebnis kommt die Studie von GARLAND, Waffengleichheit, S. 283 ff. Dies scheint indessen nichts Neues zu sein; vgl. hierzu bereits statt vieler KRAUSS, Unschuldsvermutung S. 178, der festhielt, dass hinter das Bekenntnis zur Unschuldsvermutung laute Fragezeichen zu setzen seien.

## B. Historischer Rückblick

Kennzeichnend für die Schweiz war bis vor wenigen Jahren eine Zersplitterung des Strafprozessrechts in diverse kantonale Prozessordnungen.<sup>957</sup> Zwar zeigten sich das Bundesgericht und der EGMR bereits vor Inkrafttreten der eidgenössischen StPO um die Einhaltung strafprozessualer Grundprinzipien besorgt.<sup>958</sup> Jedoch waren die kantonalen Prozessordnungen diesbezüglich teilweise sehr unterschiedlich ausgestaltet.

Die Strafprozessrechtsgeschichte der Schweiz ist wenig erforscht.<sup>959</sup> Erkennbar sind, wenn auch mit unterschiedlichem Gewicht, Einflüsse aus Deutschland in Gestalt des Inquisitionsprozesses und später des reformierten Inquisitionsprozesses, aus Frankreich über den napoleonischen *Code d'instruction criminelle* sowie aus England, namentlich was die früheren kantonalen Schwurgerichte anbelangt.<sup>960</sup> Bei näherer und differenzierter Betrachtung erweist sich ohnehin jede Rezeption des Rechts als ein komplexer und widersprüchlicher Prozess der Aneignung, der Umformung und damit eher der Diskontinuität, weshalb bei einfachen Rezeptionserklärungen Fragezeichen zu setzen sind.<sup>961</sup>

Im Entstehungsprozess der Strafprozessordnung wurden die bestehenden kantonalen Prozessordnungen miteinander verglichen und in vier Grundtypen gebündelt (Untersuchungsrichtermodell I, Untersuchungsrichtermodell II, Staatsanwaltschaftsmodell I, Staatsanwaltschaftsmodell II).<sup>962</sup> Dabei handelte es sich um Idealtypen; in Wirklichkeit kamen zahlreiche Mischformen vor. Diese Klassifikation wird deshalb den weit vielfältigeren kantonalen strafprozessualen Realitäten nur beschränkt gerecht.<sup>963</sup> Die wesentlichen Charakteristika der vier Grundtypen wurden oben dargestellt.<sup>964</sup>

Die Mehrheit der Expertenkommission schlug wie erwähnt in ihrem Bericht *Aus 29 mach 1* ein Vorverfahren mit einem von der Staatsanwaltschaft unabhängigen Untersuchungsrichter vor (Untersuchungsrichtermodell I).<sup>965</sup> Der Vorentwurf wählte dann aber trotz dieser früheren Präferenzen das Staatsanwaltschaftsmodell II.<sup>966</sup>

---

<sup>957</sup> RIKLIN, Kommentar, Einleitung N. 8 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 18 ff.; WOHLERS, ZStrR 2020, S. 231 ff.

<sup>958</sup> RIKLIN, Kommentar, Einleitung N. 8 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 18 ff.; WOHLERS, ZStrR 2020, S. 231 ff.

<sup>959</sup> WOHLERS, Sonderheft 2018, S. 327, mit Verweisen.

<sup>960</sup> RIKLIN, Kommentar, Einleitung N. 8 ff.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, S. 18 ff. Ein Überblick über die damals jüngsten Reformen unter teilweiser Bezugnahme auf Längsentwicklungen findet sich bei SCHULTZ, S. 45 ff.

<sup>961</sup> Vgl. dazu LUMINATI, S. 340.

<sup>962</sup> «Aus 29 mach 1», S. 29 ff.; Begleitbericht, S. 15 ff.

<sup>963</sup> Ähnlich «Aus 29 mach 1», S. 29.

<sup>964</sup> Zweiter Teil, 2. Kapitel, B. Abriss der Entstehungsgeschichte der Schweizerischen Strafprozessordnung.

<sup>965</sup> «Aus 29 mach 1», S. 35 ff.

<sup>966</sup> Begleitbericht, S. 18 ff.



Der Bericht *Aus 29 mach 1* hielt fest, das Staatsanwaltschaftsmodell II sei zum Beispiel im deutschen und italienischen Recht verwirklicht. In der Schweiz existiere es in den Kantonen Basel-Stadt und Tessin. Es zeichne sich durch das völlige Fehlen eines Untersuchungsrichters aus.<sup>967</sup> Der Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung hält zu dem Modell fest, der Staatsanwalt sei sowohl alleiniger Strafverfolger und Ermittlungsleiter wie Partei in der Hauptverhandlung. Seine starke institutionelle Stellung in Verbindung mit seiner Funktion als Ankläger bedinge den Einbau von rechtsstaatlichen Sicherungen. Das Staatsanwaltschaftsmodell II sei zurzeit in vier Kantonen bekannt und im Ausland in ähnlicher Form etwa in Italien, Deutschland sowie den angelsächsischen Ländern gebräuchlich. Charakteristisch sei das Fehlen einer Untersuchungsrichterin oder eines Untersuchungsrichters. Die Staatsanwaltschaft führe die Untersuchung, erhebe die Anklage und vertrete diese vor den Gerichten. Üblicherweise leite sie auch die Kriminalpolizei oder sei dieser gegenüber weisungsberechtigt.<sup>968</sup> Die Botschaft enthielt nahezu identische Ausführungen, hob einzig ergänzend noch hervor, dass mittlerweile sechs Kantone diesem Modell folgten (Basel-Stadt, Tessin, St. Gallen, Appenzell Innerrhoden, Solothurn, Zürich).<sup>969</sup>

### **C. Zentrale Prägung der Strafprozessordnung durch den (reformierten) Inquisitionsprozess?**

#### **I. Schweizerische Strafprozessordnung als Variante des reformierten Inquisitionsprozesses?**

Folgt man der Auffassung, der eidgenössischen Strafprozessordnung liege das Staatsanwaltschaftsmodell II zugrunde, so würde sich prima vista die Zuordnung zum Prozessrechtstypus des reformierten Strafprozesses aufdrängen, wurde doch im Entstehungsprozess insbesondere auf Deutschland Bezug genommen. Dieser Prozessrechtstypus wurde in Deutschland im 19. Jahrhundert etabliert und liegt der deutschen Strafprozessordnung grundsätzlich nach wie vor zugrunde.<sup>970</sup> Die Literatur bezeichnet ihn meist als reformierten Strafprozess.<sup>971</sup> IGNOR weist allerdings mit überzeugenden Argumenten darauf hin, dass der reformierte Strafprozess lediglich eine Fortbildung des Inquisitionsprozesses sei und insofern einen reformierten Inquisitionsprozess darstelle.<sup>972</sup> Deshalb wird auch vorliegend die Bezeichnung reformierter Inquisitionsprozess verwendet.

---

<sup>967</sup> «Aus 29 mach 1», S. 31.

<sup>968</sup> Begleitbericht, S. 18.

<sup>969</sup> Botschaft, S. 1105.

<sup>970</sup> VORMBAUM, S. 87 ff.

<sup>971</sup> RÜPING/JEROUSCHEK, S. 87 f.

<sup>972</sup> Eingehend IGNOR, *Geschichte*, S. 16 ff. und S. 209 ff. Auch beispielsweise PIETH und VORMBAUM folgen diesem terminologischen Vorschlag von IGNOR: PIETH, *Strafrechtsgeschichte*, S. 70 f.; VORMBAUM, S. 87 ff. Dazu auch RÜPING/JEROUSCHEK, S. 87 f. Eine lesenswerte historische Analyse legte KOCH, S. 542 ff. vor; vgl. überdies bereits MÜLLER, *Wahrheit*, S. 523, der im Kontext der materiellen Wahrheit davon spricht, dem deutschen Strafprozess sei es nie gänzlich gelungen, sich vom obrigkeitstaatlichen Inquisitionsprozess zu lösen; derselbe prägnant MÜL-

Dieser Prozessrechtstypus zeichnet sich unter anderem durch die Trennung von anklagender Staatsanwaltschaft und urteilendem Gericht, eine nicht öffentliche, durch die Staatsanwaltschaft geleitete Voruntersuchung und eine mündliche, öffentliche Gerichtsverhandlung mit unmittelbarer Beweisabnahme und freier richterlicher Beweiswürdigung aus.<sup>973</sup> Im Kern unterscheidet sich der reformierte Inquisitionsprozess «vom Inquisitionsprozess vor allem dadurch, dass dem Ermittlungsverfahren die öffentlich-mündliche Hauptverhandlung nachgeschaltet ist».<sup>974</sup> Vom Inquisitionsprozess wurde dagegen die Offizial- und Inquisitionsmaxime und die Orientierung am Prinzip der materiellen Wahrheit übernommen.<sup>975</sup> Die Verteidigungs- und Beschuldigtenrechte im Ermittlungsverfahren vor der eigentlichen Gerichtsverhandlung blieben nach wie vor schwach ausgeprägt.<sup>976</sup> Durch die Trennung von untersuchender und urteilender Behörde, die mündliche, öffentliche Gerichtsverhandlung mit Gewährleistung von materiellen und formellen Verteidigungsrechten und die unmittelbare Beweisabnahme vor Schranken erhoffte man sich indessen eine zuverlässigere Wahrheitssuche als im traditionellen Inquisitionsprozess.<sup>977</sup> Die Staatsanwaltschaft, die angeklagte Person und die Verteidigung sollten dort zwar «an der Wahrheitsfindung mitwirken dürfen, aber das Gericht sollte die Wahrheit selbständig zu ermitteln haben».<sup>978</sup> Zentral ist überdies, dass sämtliche Prozessgrundsätze als zusammengehöriges Ensemble verstanden werden, welches der materiellen Wahrheitssuche zuträglich sein soll.<sup>979</sup> Über das Verhältnis solcher grundlegender Institute und deren Bedeutung fand im 19. Jahrhundert – anders als in der Entstehungsgeschichte der schweizerischen Strafprozessordnung – eine lebhafte Diskussion statt.<sup>980</sup>

Bereits ein oberflächlicher Rechtsvergleich zeigt die begrenzte Aussagekraft des Idealtypus Staatsanwaltschaftsmodell II und die Problematik des Bezugs auf das deutsche Recht und damit implizit den reformierten Inquisitionsprozess. Anders als die schweizerische Strafprozessordnung kannte der deutsche reformierte Inquisitionsprozess, jedenfalls ursprünglich,

---

LER, Rechtsstaat und Strafverfahren, S. 218 ff.; ähnlich GÖSSEL, ZStW 94, S. 8. Anders dagegen noch SCHMIDT, Einführung, S. 324 ff., der den Bruch des reformierten Strafprozesses mit dem Inquisitionsverfahren stark betont.

<sup>973</sup> Dazu VORMBAUM, S. 87 ff.; PIETH, Strafrechtsgeschichte, S. 70 f.; RÜPING/JEROUSCHEK, S. 87 ff.; eingehend IGNOR, Geschichte, S. 231 ff. Vgl. auch WOHLERS, Entstehung, S. 208, der betont, dass in verfahrensstruktureller Hinsicht ein wesentlicher Unterschied des reformierten Strafverfahrens und Inquisitionsprozess im funktional-arbeitsteiligen Zusammenwirken mehrerer Organe liege. Einführend und pointiert WESEL, Weltkunde, S. 134.

<sup>974</sup> IGNOR, Geschichte, S. 18.

<sup>975</sup> IGNOR, Geschichte, S. 230 ff.; VORMBAUM, S. 85 ff.; RÜPING/JEROUSCHEK, S. 87 ff.

<sup>976</sup> Dazu VORMBAUM, S. 92 ff.; vgl. indessen TONDORF, insbesondere S. 555 ff.; sie zeigt eindrücklich auf, dass in der Frühphase des reformierten Strafprozesses zumindest in einem politisch geprägten Strafverfahren trotz beschränkter Verteidigungsrechten eine konfrontative und kontradiktorische Verteidigung mit beträchtlichen Wirkungen möglich war.

<sup>977</sup> IGNOR, Geschichte, S. 230 ff.; dazu auch WOHLERS, Entstehung, S. 54 ff.

<sup>978</sup> IGNOR, Geschichte, S. 237.

<sup>979</sup> Prägnant WALTER, Beweiswürdigung, S. 85, S. 329 ff.

<sup>980</sup> VORMBAUM, S. 84 ff.

kein abgekürztes Verfahren.<sup>981</sup> Mit § 257c wurden mittlerweile in der deutschen Strafprozessordnung zwar ebenfalls Absprachen kodifiziert, welche die tradierte Wahrheitsfindung des reformierten Inquisitionsprozesses beeinträchtigen; indessen handelt es sich dabei nicht um Verhandlungen im Vorverfahren, sondern um eine Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten.<sup>982</sup> Das deutsche Strafverfahren kennt zudem kein derart ausgedehntes Strafbefehlsverfahren und ist in seiner gesetzlichen Konzeption stärker von gerichtlicher Unmittelbarkeit und einer bedeutsamen gerichtlichen Hauptverhandlung geprägt. Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass auch in Deutschland, vor allem über die sogenannten Einstellungen nach dem Opportunitätsprinzip und die eben erwähnten Verständigungen, die unmittelbare gerichtliche Hauptverhandlung markant an Bedeutung verloren hat.<sup>983</sup> Genauer betrachtet hinkt damit der Vergleich der beiden Prozessordnungen deutlich.

Zu einem ähnlichen Ergebnis führt auch der Vergleich mit den früheren kantonalen Prozessordnungen, die dem Staatsanwaltschaftsmodell II zugerechnet wurden. Greift man exemplarisch die frühere Zürcher Strafprozessordnung auf, ist darauf zu verweisen, dass der damalige, gänzlich unmittelbar ausgestaltete Zürcher Geschworenengerichtsprozess für Kapitalverbrechen<sup>984</sup> keinen Eingang in die eidgenössische Strafprozessordnung fand und das frühere kantonale Recht weder eine derart ausgedehnte Strafbefehlskompetenz noch ein abgekürztes Verfahren kannte.<sup>985</sup> Damit ging mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung eine signifikante Entmachtung der Gerichte einher.<sup>986</sup>

In einer Gesamtbetrachtung der schweizerischen Strafprozessordnung erscheint es demnach missverständlich, von einem Staatsanwaltschaftsmodell II zu sprechen, welches sich an das deutsche Recht anlehnt oder welches mehr oder weniger früheren kantonalen Prozessgesetzen entspricht. Zwar mag der Vergleich bei einem Teil der staatsanwaltschaftlichen Rollen

<sup>981</sup> Vgl. dazu beispielsweise bereits WOHLERS, Entstehung, S. 266 f. und S. 302 ff., der deutlich darauf hinweist, dass sich konsensuale Absprechen nicht in die Struktur des reformierten Anklageprozesses einfügen lassen.

<sup>982</sup> Eingehend zu den Folgen dieser kodifizierten Absprachen für die strafprozessuale Wahrheitssuche FEZER, NStZ; sodann auch WOHLERS, NJW 34/2010, S. 2774.

<sup>983</sup> Für einen einführenden Überblick WAGNER, S. 109 ff., insbesondere S. 137 ff. und 152 ff.; KÜHNE, Instrumentalisierung, S. 374, hält sogar fest, dass das Beweisrecht des reformierten Inquisitionsverfahrens in der Praxis nur noch von untergeordneter Bedeutung sei, weshalb dies entweder durch die Rechtsprechung umgesetzt werden müsse oder aber eine Neubesinnung des Verfahrensrechts angezeigt sei. Prägnant zum Vergleich der gerichtlichen Unmittelbarkeit in der Schweiz und Deutschland WOHLERS, ZStrR 2013, S. 334.

<sup>984</sup> Vgl. die §§ 198 ff. der Zürcher Strafprozessordnung vom 4. Mai 2019, ausser Kraft seit dem 1. Januar 2011] (abrufbar unter [https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:00000000-712d-aac3-0000-00005a5d3a23/StPO\\_Zuerich\\_Mai\\_2010.pdf](https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:00000000-712d-aac3-0000-00005a5d3a23/StPO_Zuerich_Mai_2010.pdf), zuletzt eingesehen am 16. Dezember 2022).

<sup>985</sup> Zürcher Strafprozessordnung vom 4. Mai 2019, ausser Kraft seit dem 1. Januar 2011 (abrufbar unter [https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:00000000-712d-aac3-0000-00005a5d3a23/StPO\\_Zuerich\\_Mai\\_2010.pdf](https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:00000000-712d-aac3-0000-00005a5d3a23/StPO_Zuerich_Mai_2010.pdf), zuletzt eingesehen am 16. Dezember 2022). Zum früheren kantonalen Recht mit Bezug auf das Strafbefehlsverfahren auch weiterführend DAPHINOFF, vor allem S. 14 ff., mit Verweisen.

<sup>986</sup> Vgl. dazu BOMMER, Kurzer Prozess, S. 149 ff., insbesondere S. 168, der insgesamt eine Gewichtsverschiebung von den Gerichten hin zur Strafverfolgung konstatiert.

zutreffen.<sup>987</sup> Ausgeblendet werden aber die zusätzlichen Rollen der Staatsanwaltschaft im schweizerischen Strafprozess, die sie, wie oben eingehend dargestellt, zu einem hybriden Konstrukt machen.<sup>988</sup> Überdies ist es nur schon wegen der geringfügigeren Bedeutung der unmittelbaren gerichtlichen und öffentlichen Hauptverhandlung unzutreffend, den schweizerischen Strafprozess typologisch dem reformierten Inquisitionsprozess zuzuordnen. Gewisse Prägungen und Anleihen sind zwar unverkennbar; die Unterschiede sind aber im Ergebnis zu gewichtig.

Im Kontext der vorliegenden Fragestellung ist Folgendes von besonderer Relevanz: Beim reformierten Inquisitionsprozess erhoffte man sich von der Trennung von untersuchender und urteilender Behörde, der mündlichen, öffentlichen Gerichtsverhandlung mit Gewährleistung von materiellen und formellen Verteidigungsrechten, der unmittelbaren Beweisabnahme vor Schranken sowie der freien richterlichen Beweiswürdigung eine zuverlässigere Wahrscheinlichkeit. Diese Punkte sind in der schweizerischen Strafprozessordnung in der Ausgestaltung des Verfahrensablaufs – angesichts der enormen praktischen Bedeutung der sogenannten kurzen Prozesse und des damit verbundenen Bedeutungsverlusts der gerichtlichen Hauptverhandlung beziehungsweise des ordentlichen Strafverfahrens mit Anklage ans Gericht nach durchgeführtem Vorverfahren – bei weitem nicht konsequent verwirklicht. Es stellt einen grundlegenden Unterschied dar, ob ein unabhängiges Gericht oder die untersuchende Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren den Sachverhalt erhebt und dann frei würdigt oder ob dieser wie im abgekürzten Verfahren in Verhandlungen festgelegt wird.<sup>989</sup> Der schweizerische Strafprozess enthält damit zweifellos Anleihen aus dem reformierten Inquisitionsprozess, entspricht diesem aber schon allein wegen der Staatsanwaltschaft als hybrides Konstrukt keineswegs.

Sofern das gerichtliche Hauptverfahren überhaupt durchgeführt wird, weist der schweizerische Strafprozess zwar Analogien zum reformierten (deutschen) Inquisitionsprozess auf. So ist die Verteidigung im Vorverfahren zum gerichtlichen Hauptverfahren uneingeschränkt zugelassen, was eine Stärkung ihrer Position darstellt. Der unmittelbaren gerichtlichen Beweisabnahme kommt im schweizerischen Strafprozess aber eine deutlich geringere Rolle zu als im traditionellen reformierten deutschen Inquisitionsprozess.

Überdies wird *in praxi* in der Schweiz die Bedeutung des ohnehin wenig unmittelbar ausgestalteten Hauptverfahrens der eidgenössischen Strafprozessordnung durch das Strafbefehlsverfahren und das abgekürzte Verfahren zusätzlich gemindert. Kennzeichnend für diese kurzen Prozesse ist, dass den Gerichten keine beziehungsweise nur eine marginale Bedeutung zukommt. In all diesen Konstellationen ist es der Verteidigung nur sehr begrenzt möglich, ihre völker- und verfassungsrechtlich angelegte Funktion bei der strafprozessualen Wahrheitssuche einzunehmen. Eine Beweisabnahme in einem unmittelbaren, öffentlichen

---

<sup>987</sup> Eingehend zur staatsanwaltschaftlichen Rolle im reformierten Inquisitionsprozess WOHLERS, Entstehung, vor allem die Zusammenfassung S. 202 ff.

<sup>988</sup> Zweiter Teil, 5. Kapitel, D. III. Staatsanwaltschaft als hybrides Konstrukt.

<sup>989</sup> Dazu auch DAPHINOFF, vor allem S. 330 ff.

Gerichtsverfahren findet nicht statt, sondern «[d]as Strafbefehls- und das abgekürzte Verfahren basieren auf einem völligen beziehungsweise teilweisen Verzicht der beschuldigten Person auf ein ordentliches Strafverfahren».<sup>990</sup> Im Ergebnis bedeutet dieser Verzicht, dass die beschuldigte Person Verteidigungsrechte preisgibt.

Beim Strafbefehlsverfahren kommt dazu, dass viele beschuldigte Personen gar nicht verteidigt sind, weshalb die garantierte Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche oft schlicht nicht eingelöst wird. Damit fehlt es in all diesen Fällen an einem Korrektiv der Staatsanwaltschaft durch die Verteidigung einerseits und die Gerichte andererseits. Gerade durch dieses gerichtliche Abwesenheit unterscheidet sich das schweizerische Strafverfahren fundamental vom reformierten Inquisitionsprozess.

## **II. Die schweizerische Strafprozessordnung als Renaissance des historischen Inquisitionsverfahrens?**

Vor allem im Kontext des Strafbefehlsverfahrens und in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB wurde die aktuelle Prozessrechtssituation daher wiederholt als inquisitorisch pointiert.<sup>991</sup> Damit soll unter anderem auf die zunehmende Übermacht der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren hingewiesen werden, sowie in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB auf diejenige des forensischen Gutachters beziehungsweise der Expertisen der sogenannten Fachkommissionen und die damit verbundene Marginalisierung kontradiktorischer Momente.<sup>992</sup>

Es lässt sich kaum in Abrede stellen, dass der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren und Expertisen in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB ein sehr grosses Gewicht zukommt. Es trifft ferner zu, dass kurze Prozesse Geständnisse weit mehr forcieren als die kontradiktorische Verfahrensanlage im reformierten Inquisitionsprozess.<sup>993</sup> Dem Geständnis kommt in der aktuellen Strafprozessordnung demnach eine Schlüsselrolle zu, die in einem latenten Spannungsverhältnis zum Nemo-tenetur-Grundsatz steht.<sup>994</sup> Auch die Entlassung aus einer grundsätzlich ad infinitum verlängerbaren stationären Massnahme nach Art. 59 StGB ist oftmals nur möglich, wenn der Betroffene den Preis einer weitgehend Kooperation im Vollzug zu zahlen bereit ist.<sup>995</sup> In dieser Hinsicht ähneln aktuelle strafprozessrechtliche Tendenzen

---

<sup>990</sup> DONATSCH, *forum*poenale 2017, S. 169 ff.

<sup>991</sup> SCHUBARTH, *Grossinquisitor*, S. 527 ff., vor allem 535 f.; in der Stossrichtung ähnlich auch GETH, *ZStr* 2022, S. 399; JEKER, S. 313 ff., vor allem S. 319 ff.; vgl. dazu bereits BRUNNER, *plädoyer* 2008, S. 36 f. Ähnliche Tendenzen feststellend, wenn auch die Analyse deutlich differenzierter ausfällt, WOHLERS, *Sonderheft* 2018, S. 336 ff.

<sup>992</sup> JOSET, *Nachverfahren*, S. 141 ff. Zur problematischen Rolle der Fachkommissionen eingehend BERNARD/STUDER, *Fachkommission*; HUBER, S. 153 ff. und S. 375 ff.; vgl. für deren faktische Auswirkungen auch mit empirischen Belegen ROHNER, *zusammenfassend* S. 286 ff.

<sup>993</sup> Vgl. hierzu DONATSCH/KOUTSOGIANNAKIS, S. 959 ff. Auch in Deutschland wird seit längerem darauf hingewiesen, dass Absprachen «schlanke Geständnisse» stark fördern, ARZT, *Wahrheit*, S. 19 ff.; SCHÜNEMANN, *Absprachen*, S. 372 f.

<sup>994</sup> Konzis dazu DONATSCH/KOUTSOGIANNAKIS, S. 959 ff.

<sup>995</sup> BERNARD, *Was ist Strafvereidigung?*, 130 ff.

dem Inquisitionsprozess mit seiner metaphysischen Überhöhung der Geständnisse als Teil einer Unterwerfungspraxis, die mit der gesellschaftlich stark verankerten christlichen Beicht- und Busdisziplin einherging.<sup>996</sup> Auch wird wegen der weitgehenden Strafbefehlskompetenz die Trennung zwischen untersuchender/anklagender und richtender Behörde teilweise aufgegeben, eine der wichtigsten Errungenschaften des durch die Aufklärung geprägten Strafprozesses.<sup>997</sup> Dies ist in verschiedener Hinsicht heikel, denn «die rechtliche Teilung der staatlichen Macht ist ein Zentralproblem des Strafverfahrens».<sup>998</sup> Ein altes Sprichwort lautet demnach zu recht: «Wer den Ankläger zum Richter hat, braucht Gott zum Advokaten.»<sup>999</sup>

Teilweise historisch begründet und insofern nicht neu ist auch die in der gesamten Abhandlung zutage geförderte Tendenz der Strafprozessrechtswissenschaft und vor allem der strafprozessualen Praxis, mit der Verpflichtung des Strafverfahrens auf materielle Wahrheit und der Vorstellung, die Verteidigung sei dabei ein Hindernis, wider Verteidigungsrechte und die Mitwirkung der Verteidigung zu argumentieren. Der historische Inquisitionsprozess zeitigt auch damit bis heute latenten Einfluss auf das schweizerische Strafprozessrecht.<sup>1000</sup> Diese Prozessart sah im Gericht das einzige Subjekt der Wahrheitsfindung und verstand die Verteidigung primär als Behinderung der wahrheitssuchenden Tätigkeit des Gerichts.<sup>1001</sup> Es wird zwar nicht länger wie in der älteren deutschsprachigen Literatur unverblümt davon gesprochen, «dass ein Verteidiger dann ausgeschlossen werden könne, wenn das öffentliche Interesse an der Erforschung der Wahrheit seine Mitwirkung verbiete».<sup>1002</sup> Der Inquisitionsprozess wirkt indessen auch deswegen (implizit) nach, weil sich das schweizerische Strafverfahren auch beim ordentlichen Verfahren nie völlig von der Tradition dieses Verfahrens gelöst hat. Es hat sich nicht in einen Anklageprozess im angloamerikanischen Sinne transformiert; vielmehr handelt es sich strukturell «um einen in die Anklageform gegossenen Inquisitionsprozess»<sup>1003</sup>.

---

<sup>996</sup> Einführend zur Ausgestaltung und Entwicklung des Inquisitionsverfahrens im historischen Verlauf WESEL, Frühformen, S. 335 ff. und S. 384 ff.; WESEL, Europa, S. 276 ff., S. 349 ff. und S. 459 ff.; sodann IGNOR, Geschichte, S. 67 ff.; RÜPING/JEROUSCHEK, S. 32 f.; eingehend SICKOR, S. 91 ff. Zur tiefen Verankerung des Geständnisses zum Zweck der seelischen Läuterung in der abendländischen Kultur KUNZ/HAAS, S. 169; vgl. dazu auch NIJBOER, S. 29, der vorbringt, die gesamte westliche Welt arbeite in der Voruntersuchung oft auf ein Geständnis hin.

<sup>997</sup> Ähnlich THOMMEN, recht 2014, S. 274; vgl. hierzu eingehend WOHLERS, Entstehung, vor allem S. 85 ff., S. 90 ff. und S. 204, der nachweist, dass die Einführung der Staatsanwaltschaft allerdings nicht als eigenständiges Reformziel, sondern als notwendige Folge des Anklageprinzips sowie der Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens verstanden wurde.

<sup>998</sup> KRAUSS, Rechtsstaat, S. 174.

<sup>999</sup> Zitiert nach MÜLLER, Wahrheit, S. 525; vgl. dazu auch WOHLERS, Entstehung, S. 54 ff.; WOHLERS, Sonderheft 2018, S. 328 ff.

<sup>1000</sup> Zum Ganzen PIETH, Beweisantrag, S. 293 ff.; PIETH, Strafverteidigung, S. 10 f. und S. 33 ff.; VEST, Beweisantragsrecht, S. 781 ff.; WOHLERS, Entstehung, forumpoenale 3/2019, S. 208; WOHLERS, Förmlichkeit, S. 594; WOHLERS, Sonderheft 2018, S. 336 ff.

<sup>1001</sup> GÖSSEL, ZStW 94, S. 5 ff.; DEZZA, S. 38 ff.

<sup>1002</sup> GALLAS, S. 259; vgl. dazu auch GÖSSEL, ZStW 94, S. 10 f.

<sup>1003</sup> WOHLERS, forumpoenale 3/2019, S. 208. Weiterführend zum Zusammenhang des adversatorischen bzw. inquisitorisch geprägten Strafprozesses mit der Konzeption des materiellen Rechts WESSLAU, Wahrheit, S. 995 ff.

Trotzdem unterscheidet sich der Inquisitionsprozess fundamental von der heutigen schweizerischen Strafprozesswirklichkeit. Dies fängt beim Verfahrensablauf an, geht weiter bei den heute zumindest im Grundsatz gewährten Verteidigungsrechten und insbesondere den Beweiserhebungsmethoden – vor allem wenn man an die Folterpraxis im Inquisitionsverfahren denkt<sup>1004</sup> – und endet bei der Beweiswürdigung. Auch die Zielorientierung ist insbesondere bei kurzen Prozessen eine andere: In diesen werden zugunsten einer ökonomischen Erledigung des Prozesses bewusst Zugeständnisse bei der Abklärungstiefe gemacht. Dagegen verpflichtete sich der historische Inquisitionsprozess gerade auf die strikte staatliche Verantwortung für die Wahrheitsfindung und unterschied sich vor allem dadurch von seinen prozessualen Vorläufern.<sup>1005</sup>

Der Vergleich der heutigen Strafprozessordnung mit dem historischen Inquisitionsprozess mag als zugespitzte Mahnung verstanden werden, prozessuale Errungenschaften wie die kontradiktorische Verfahrensanlage, die Trennung in untersuchende/anklagende beziehungsweise urteilende Behörde und ausgebaute Verteidigungsrechte nicht leichtfertig preiszugeben.<sup>1006</sup> Allerdings hinkt der Vergleich bei näherer Betrachtung als ernsthafte Analyse. Denn in einer Gesamtschau liegt der entscheidende Unterschied des heutigen Strafverfahrens gegenüber dem gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess weniger in der Struktur der jeweiligen Verfahren. Die wesentliche Differenz besteht vielmehr darin, dass die beschuldigte Person heute zumindest grundsätzlich als ein mit eigenen prozessualen Rechten ausgestattetes und am Prozess der Wahrheitsfindung teilnehmendes Rechtssubjekt anerkannt ist. Zudem gibt es schützende, gesetzlich kodifizierte Formen, an welche die Strafjustiz gebunden ist.<sup>1007</sup>

#### **D. Bisherige typologische Überlegungen zur Strafprozessordnung – ein Überblick**

Die zuspitzende Formulierung von einer Renaissance des Inquisitionsprozesses weist daher bei näherer Betrachtung vor allem auf einen grundlegenden Mangel im derzeitigen strafprozessrechtlichen Diskurs hin: Die theoretische Vermessung und vertiefte typologische Einordnung der gesamten Strafprozessordnung werden in der Literatur insgesamt vernachlässigt. Monographien, die sich ausschliesslich damit befassen, gibt es, soweit ersichtlich, keine.<sup>1008</sup> In Aufsatzform hat der Basler Emeritus MARK PIETH, bevor die eidgenössische StPO in

---

<sup>1004</sup> IGNOR, Geschichte, vor allem S. 44, S. 60 ff.; PIETH, Strafrechtsgeschichte, S. 29 ff.; RÜPING/JEROUSCHEK, S. 29 ff.

<sup>1005</sup> IGNOR, Geschichte, beispielsweise S. 49, S. 53, S. 58, S. 60, S. 79. PIETH, Strafrechtsgeschichte, S. 29 ff.; RÜPING/JEROUSCHEK, S. 11, S. 24, S. 29 ff.

<sup>1006</sup> Um dieses Anliegen geht es ausdrücklich SCHUBARTH, Grossinquisitor, S. 536. Kritisch zur Tendenz der Strafprozessrechtsentwicklung, sich wieder stark dem inquisitorischen Verfahren anzunähern, WOHLERS, Sonderheft 2018, S. 336 ff.

<sup>1007</sup> WOHLERS, Förmlichkeit, S. 594; dazu auch WOHLERS, Sonderheft 2018, S. 336 ff.

<sup>1008</sup> Immerhin finden sich aber sehr lesenswerte Passagen beispielsweise bei LAGLER, insbesondere S. 150 ff.; zumindest am Rand auch bei THOMMEN, Prozess, S. 227 ff.

Kraft getreten ist, in zwei Publikationen eine Interpretation der Entwicklungstendenzen vorgelegt.<sup>1009</sup> Dabei macht er darauf aufmerksam, dass die strafprozessuale Situation in der Schweiz lange noch stark vom Inquisitionsverfahren geprägt gewesen sei.<sup>1010</sup> In der neuen Strafprozessordnung würden sich nunmehr die Grenzen zwischen Repression und Prävention verwischen, das Ziel sei letztlich die Kontrolle über Personen und Räume. Er spricht von einem postmodernen Kontrollmodell.<sup>1011</sup> Auch beispielsweise PETER ALBRECHT, KARL-LUDWIG KUNZ, STEFAN MAEDER, MARCEL NIGGLI oder NIKLAUS OBERHOLZER wiesen in Aufsätzen wiederholt auf solche Tendenzen hin. Ihr Akzent liegt allerdings primär auf den gesamten strafrechtlichen und strafprozessrechtlichen Entwicklungen und nicht der Strafprozessrechtstheorie; und erst recht ist der Fokus nicht auf die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche gerichtet.<sup>1012</sup>

WOLFGANG WOHLERS ordnete in einem Aufsatz – in Anlehnung an die von HERBERT L. PACKER entwickelte idealtypische Unterscheidung in «Due Process Model» und «Crime Control Model» – die schweizerische Strafprozessordnung mit Blick auf die Grundthematik dieser Dissertation wie folgt ein: Institute wie der «Anwalt der ersten Stunde» oder die ursprünglichen Teilhaberechte der beschuldigten Person sowie ihrer Verteidigung im Vorverfahren seien dem «Due Process Model», also der Zurückweisung informaler und dem Beharren auf förmlichen und kontradiktorischen Verfahren verpflichtet, weil stets die Möglichkeit eines Irrtums bestehe.<sup>1013</sup> Andererseits könne die Verteidigung die Staatsanwaltschaft kaum zu Beweiserhebungen zwingen oder selber solche durchführen und es bestehe ohnehin die Tendenz, die Verteidigung kaltzustellen. Zudem sei das Strafbefehlsverfahren dominant, und selbst wenn es zu einem Hauptverfahren komme, würden Strafgerichte meist nicht nach einer kontradiktorischen Beweisaufnahme entscheiden. Dies lasse sich deutlich dem Idealtypus des «Crime Control Model» zuordnen, dessen kennzeichnendes Anliegen darin bestehe, abweichendes Verhalten möglichst effizient unter Kontrolle zu bringen.<sup>1014</sup> Alles in allem ergebe sich daher das Bild eines Strafprozesses, der hinter der Fassade hehrer Prozessmaximen und ausgebauter Parteirechte tatsächlich vor allem der effizienten Abarbeitung einer Flut von Fällen verpflichtet sei.<sup>1015</sup>

---

<sup>1009</sup> PIETH, AJP 2002, S. 626 ff.; PIETH, Kontrollmodell, S. 415 ff.

<sup>1010</sup> PIETH, AJP 2002, S. 626; PIETH, Kontrollmodell, S. 415, S. 426.

<sup>1011</sup> PIETH, AJP 2002, S. 630 f; PIETH, Kontrollmodell, S. 426 ff.

<sup>1012</sup> ALBRECHT, sui-generis 2018, S. 58 ff.; KUNZ, Kriminalpolitik, S. 151 ff.; KUNZ, SZK 2015, S. 18 ff.; NIGGLI, plädoyer 2014, S. 28 ff.; NIGGLI, Abkehr, S. 13 ff.; NIGGLI/MAEDER, 3 ff.; ALBRECHT, ZStrR 2013, S. 385 ff., insbesondere S. 390 ff.; OBERHOLZER, forumpoenale 2008, S. 46 ff.; OBERHOLZER, plädoyer 2015, S. 13 ff.; OBERHOLZER, Renaissance, S. 85 ff. Durchaus mit einem vergleichbaren Ansatz auch mein Aufsatz BERNARD, ZStrR 2017, S. 117 ff.

<sup>1013</sup> WOHLERS, ZStrR 3/2020, S. 243 ff.

<sup>1014</sup> WOHLERS, ZStrR 3/2020, S. 243 ff.

<sup>1015</sup> WOHLERS, ZStrR 3/2020, S. 246.



## E. Bilanzierende Skizze zur strafprozessualen Charakteristik

Soweit ersichtlich lässt sich die schweizerische StPO bei näherer Betrachtung weder mit einer ausländischen noch mit einer früheren kantonalen Prozessordnung vergleichen. In der schweizerischen Strafprozessordnung lassen sich viele unterschiedliche Einflüsse festmachen. Kennzeichnend für dieses Prozessgesetz ist, dass es nicht auf einer konsistenten theoretischen Konzeption oder einer eindeutigen Anlehnung an eine Vorlage basiert. Es ist ein Kompromiss unter anderem zwischen tagespolitischen Forderungen, zahlreichen vorbestehenden kantonalen Lösungen, gewissen Anleihen an ausländische Prozessordnungen und völker- sowie verfassungsrechtlichen Vorgaben. Die kantonalen Vorbilder wurden mit, zumindest in ihrer Tragweite, grundlegend neuen, kurzen Prozessformen erweitert, namentlich dem abgekürzten Verfahren und einer markant ausgedehnten Strafbefehlskompetenz.<sup>1016</sup> Im Entstehungsprozess wurden die praktische Bedeutung dieser neuartigen kurzen Prozesse sowie deren Implikationen für das gesamte strafprozessuale System nicht vertieft untersucht. Auch die enorme praktische Relevanz, welche die kaum geregelten sogenannten Nachverfahren aufgrund des Bedeutungszuwachses von Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB erhalten werden, wurde nicht eingehend diskutiert.<sup>1017</sup>

Die Verteidigungsrechte wurden durch den Anwalt der ersten Stunde im Vergleich zu früheren kantonalen Rechtslagen *prima vista* aufgewertet und die Verpflichtung der Verteidigung auf Wahrung allein der Interessen der beschuldigten Person wurde in Art. 128 StPO prominent verankert. Gleichzeitig werden die Verteidigungsrechte in den kurzen Prozessen, in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB, aber auch in der ordentlichen Verfahrensart bei zahlreichen Einzelfragen wiederum entscheidend beschnitten, so etwa bei den Teilnahmerechten, dem Beweisantragsrecht oder bei Zeugenkontakten. Die Gewichtsverlagerung von den Gerichten zur Staatsanwaltschaft und die weitgehend fehlende Unmittelbarkeit auch im ordentlichen Verfahren ist insgesamt der Wahrnehmung von Verteidigungsrechten abträglich. Entscheidend kommt dazu, dass über 90% der Verurteilungen mittels Strafbefehl erfolgen und die beschuldigte Person dabei oft nicht verteidigt ist. Die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche ist zwar normativ verankert, gleichzeitig wird sie aber in zahlreichen Fällen nicht praktisch umgesetzt und namentlich bei der Auslegung einzelner Rechtsfragen nicht ausreichend gewichtet.

Selbst wenn man den Preis von Vergrößerungen zu zahlen bereit wäre, dürfte es im Moment nicht möglich sein, die schweizerische Strafprozessordnung und die dazu entwickelte Praxis eindeutig einem einzigen strafprozessualen Typus zuzuordnen. Insgesamt erweist sich die Strafprozessordnung damit bezüglich der normativen Anlage und erst recht bei der konkreten Umsetzung als ein Flickenteppich von unterschiedlichen Konzeptionen und Rechtskul-

---

<sup>1016</sup> Offenkundig lässt sich die Vermischung unterschiedlicher Verfahrenstypen auch in zahlreichen anderen Ländern beobachten, WEIGEND, Beweisaufnahme, S. 759 f.

<sup>1017</sup> Das Nachverfahren ist insgesamt kaum dogmatisch belastbar vermessen. Einen ersten Versuch zur vertieften Auseinandersetzung habe ich in Co-Autorenschaft mit RAFAEL STUDER vorgelegt: BERNARD/STUDER, Nachverfahren, S. 91 ff.

turen aus unterschiedlichen Rechtsepochen mit unterschiedlichen Kräfteverhältnissen und rechtspolitischen Sensibilitäten. Insbesondere den Verteidigungsrechten zur Sicherstellung der Subjektstellung und Entlastungsperspektive der beschuldigten Person sowie der Verteidigung als institutionalisierter Absicherung dieser Verteidigungsrechte kommen die verschiedenen Einflüsse lediglich teilweise zugute.

Die Folge sind grundlegende strafprozessuale Wertungswidersprüche, auf welche die Strafprozessrechtswissenschaft hinzuweisen hat. Diesbezüglich kann allerdings derzeit nicht die Rede von einer ausgeloteten Diskussion oder gar einem gesicherten Forschungsstand sein, zumal es bereits an einer geklärten Terminologie fehlt. Es wäre daher zu begrüßen, wenn künftig solche theoretischen und typologischen Fragestellungen vermehrt ins Zentrum wissenschaftlicher Bemühungen träten, trüge dies doch nicht nur zu einem besseren Verständnis der grundsätzlichen prozessualen Charakteristik, sondern auch zur fundierten Analyse einzelner Institute und deren Zusammenspiel bei. Dies würde – um den Blick nochmals auf das Grundthema dieser Abhandlung zu richten – auch eine solide Basis legen, um bei der Auslegung des gesamten Strafprozessrechts die völker- und verfassungsrechtliche verankerte Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche ihrer normativen Anlage gemäss zu berücksichtigen.

## 8. Kapitel: Zusammenfassung

Die vorliegende Abhandlung hat im zweiten und dritten Teil gezeigt, dass die Verteidigung unentbehrlicher Bestandteil und konstitutive Akteurin der strafprozessualen Wahrheitssuche ist. Unterschreitet daher die Verteidigung Mindeststandards, so kann dies in Fällen notwendiger Verteidigung dazu führen, dass sämtliche Verfahrenshandlungen nicht verwertbar sind und wiederholt werden müssen. Eine rein formale Verteidigung reicht nicht aus, um ihre Funktion bei der strafprozessualen Wahrheitssuche einzulösen. Die Strafjustiz hat deshalb auf Vorbringen der beschuldigten Person oder von Amtes wegen einzuschreiten, wenn eine wirkungsvolle Verteidigung nicht gewährleistet ist.

Bislang greift die Justiz allerdings nur sehr zurückhaltend wegen ungenügender Verteidigung ein. Die solide Vermessung handwerklicher Verteidigungsfragen in der künftigen Forschung ist daher nicht ein *«nice to have»* für Praktikerinnen, sondern eine Notwendigkeit, soll die vorgesehene Rolle der (notwendigen) Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche effektiv und nicht der blossen Form nach umgesetzt werden. Ein erster, zentraler und praktisch einfach umsetzbarer Schritt zur Qualitätssicherung der Verteidigung und Etablierung faktischer Mindeststandards wäre, dass bei amtlichen Verteidigungen Wechselgesuche künftig grosszügig gewährt würden. Mit einer solchen gesetzeskonformen Praxis würde zum einen die beschuldigte Person als Verfahrenssubjekt gestärkt und die Bedeutung der Partnerschaftlichkeit im Innenverhältnis zwischen Verteidigung und beschuldigter Person betont. Zum anderen käme so der beschuldigten Person die Rolle als primäre Kontrolleurin ihrer Verteidigung zu, was ihre im Völker- und Verfassungsrecht sowie in strafprozessualen Grundsatznormen angelegte Stellung ebenfalls stärken würde, obliegt es doch der Verteidigung allein ihre Interessen zu wahren. Die Strafjustiz würde damit in pragmatischer Hinsicht auch ein Stück weit von der nicht leicht einlösbaren Aufgabe, ihre eigene Kontrolleurin zu kontrollieren, entlastet, die der Quadratur des Kreises nahekommt, zumindest aber eine sehr hohe rechtsstaatliche Sensibilität fordert. Die Kontrolle durch die Strafjustiz bleibt indessen aufgrund der Fürsorgepflicht trotzdem unabdingbar, da sich nicht alle beschuldigten Personen gegen eine mangelhafte Verteidigung mit einem Wechselgesuch zur Wehr setzen.

Von grosser Relevanz in der praktischen Umsetzung der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche sind sodann die Grenzen ihrer Tätigkeit. Denn die Verteidigung hat ihren rechtlichen Spielraum bis an die Grenze des rechtlichen Zulässigen auszuschöpfen, ansonsten sie ihren Auftrag nicht rechtsgenügend wahrnimmt. Deshalb besteht für zusätzliche moralische Restriktionen kein Raum. Die rechtlichen Grenzen ergeben sich zum einen aus der Summe der Auslegung der StPO, zum anderen aus dem materiellen Strafrecht, wobei hier eine Erörterung sämtlicher Tatbestände nötig wäre, welche weiterhin auf sich warten lässt. Die rechtlichen Grenzen zulässigen Verteidigungshandelns stützen sich sodann in der Praxis zu einem beträchtlichen Teil auf Art. 12 lit. a BGFA und damit auf eine vage, anwalts- und nicht strafprozessrechtliche Generalklausel. Damit wird unter anderem eine sogenannte limitierte Wahrheitspflicht der Verteidigung postuliert, für die sich allerdings keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage im materiellen Strafrecht oder Strafprozessrecht finden lässt. Dazu kommt, dass im Vorfeld oft unklar ist, wo der legale Spielraum der Verteidigung endet. Solange hier keine konsistente Klärung vorliegt, bewegt sich die Verteidigung stets auf einem sehr schmalen Grat zwischen illegalem Handeln einerseits und mangelhafter Wahrnehmung der maximalen Interessenvertretung andererseits. Zu begrüssen wäre daher zum einen de lege lata eine klärende Auslegung der Spielräume und Grenzen der Verteidigung, die in systematischer Berücksichtigung der völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben Verteidigerhandeln nur bei eindeutigen Verstössen sanktioniert und damit auch die Konstruktion einer limitierten Wahrheitspflicht aufgibt. Zum anderen braucht es de lege ferenda hinreichend klare gesetzliche Grundlagen.

Seit längerem werden die Grenzen der Verteidigung vor allem im Kontext von Zeugenkontakten der Verteidigung diskutiert. Die Rechtsprechung lässt diesen Kontakt nur unter sehr strengen Voraussetzungen zu und stützt sich dabei auf die anwaltsrechtliche Generalklausel nach Art. 12 lit. a BGFA. Angesichts der obigen Erkenntnisse ist diese Praxis ebenfalls in Frage zu stellen. Doch auch in der Auslegung von anderen Einzelfragen wird die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche nicht ausreichend berücksichtigt und ihr Handlungsspielraum über Gebühr zurückgedrängt: Bei Verfahrensbeginn wird das gesetzlich vorgesehene Teilnahmerecht der Verteidigung an Einvernahmen von Mitbeschuldigten mittels einer sehr extensiven Auslegung entscheidend limitiert. Das Beweisantragsrecht der Verteidigung wird während des gesamten Verfahrens immer wieder über die antizipierte Beweiswürdigung unterminiert. Im Vorverfahren hat die Verteidigung grundsätzlich keine Möglichkeit, sich gegen die Ablehnung von Beweisanträgen zur Wehr zu setzen, und auch im Hauptverfahren ist dies nur mit einem Rechtsmittel gegen den Endentscheid möglich. Die kontradiktorische Verfahrensanlage und der Gebrauch der Verteidigungsrechte werden in beiden Situationen markant beschnitten. Im relevanten Zeitpunkt der Beweisaufnahme ist es der Verteidigung nicht oder nur erschwert möglich, auf Verteidigungsrechten zu insistieren, und das gerichtliche Hauptverfahren ist nur beschränkt unmittelbar ausgestaltet. Insgesamt ist es daher im ordentlichen Verfahren mit Vor- und Hauptverfahren der Verteidigung nur sehr begrenzt möglich, sich bereits als Akteurin bei der Beweisaufnahme und nicht erst als nachträgliche Kontrolleurin einzubringen.

In Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff StGB akzentuiert sich dies besonders. Hier kommt in der Regel *einem* Sachverständigen ein nahezu determinierendes Gewicht zu, sodass sich in der Praxis ein eigentliches Subverfahren des ordentlichen Verfahrens etabliert hat. Dieser Experte spielt zum einen für die Rekonstruktion des massgeblichen Sachverhalts, sodann aber auch bezüglich der Wahl der Rechtsfolge eine höchst entscheidende Rolle. Allein schon die Delegation wesentlicher staatsanwaltschaftlicher und richterlicher Kompetenzen an einen Sachverständigen in wichtigen, auch normativen Fragen ist mit Blick auf die Konzeption der Strafprozessordnung bedenklich. Psychiatrische Experten spielen im gelebten Strafverfahren eine Rolle, die nicht mit derjenigen anderer Sachverständiger vergleichbar ist. Erschwerend kommt hinzu, dass es der Verteidigung in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff StGB faktisch weitgehend verwehrt wird, der beschuldigten Person beim Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte effektiv behilflich zu sein. Die entscheidende Beweisaufnahme erfolgt hier in sogenannten Explorationsgesprächen zwischen dem psychiatrischen Experten und der beschuldigten Person. Diese werden derzeit weder nach üblichen strafprozessualen Standards protokolliert noch wird die Verteidigung daran als Teilnehmerin zugelassen. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Verteidigung erst im Nachhinein ein ihr fachfremdes, normativ gefärbtes psychiatrisches Ergebnis kontrollieren soll, das für sie inhaltlich ohnehin sehr schwierig beurteilbar ist und bei dessen Genese sie nicht mitwirken konnte. Die kontradiktorische Verfahrensanlage und der wirksame Gebrauch von Verteidigungsrechten werden in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff StGB insgesamt weitgehend ihres Inhalts entkernt.

Auch kurze Prozesse, das heisst abgekürzte Verfahren und Strafbefehlsverfahren, wecken mit Blick auf die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche erhebliche Bedenken. Über 90% der Verurteilungen erfolgen heute in Strafbefehlsverfahren. Hier erledigt der untersuchende Staatsanwalt am Ende des Vorverfahrens die Sache mit einem Strafbefehl in richterähnlicher Funktion. Dabei handelt es sich nicht ausschliesslich um Bagatellverfahren, geht doch der Strafraum bis zu sechs Monaten Freiheitsentzug. Eine Überweisung mit Anklage ans Gericht erfolgt nicht bzw. nur auf Einsprache der beschuldigten Person hin, wobei die Frist mit zehn Tagen sehr kurz bemessen ist.

In der weit überwiegenden Anzahl von Strafbefehlsverfahren ist die beschuldigte Person überdies nicht verteidigt. Zwar räumt die Strafprozessordnung jeder beschuldigten Person das Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde ein. Damit wurde ein markantes und bedeutungsvolles Verteidigungsrecht im Jahr 2011 erstmals schweizweit kodifiziert. Indessen wird in der Praxis, namentlich von sozioökonomisch wenig Privilegierten, oft gar keine Verteidigung beansprucht und eine notwendige Verteidigung wird meist nicht eingesetzt bzw. oft nicht einmal ernsthaft geprüft. Beschuldigte Personen werden also in Strafverfahren faktisch sehr häufig ohne anwaltlichen Beistand und ohne gerichtliche Kontrolle verurteilt. Die kontradiktorische Wahrheitssuche wird damit zwar nicht normativ, aber faktisch preisgegeben.

Noch weiter geht das abgekürzte Verfahren: Hier ersetzt ein Aushandlungsprozess zwischen Staatsanwaltschaft und beschuldigter Person bzw. deren Verteidigung im Vorverfahren die

Wahrheitssuche mit sich widerstreitenden Standpunkten. Dem Gericht kommt lediglich die Rolle zu, das Ergebnis zu kontrollieren. Damit wurde eine andere als die tradierte kontradiktorische Wahrheitssuche etabliert, wobei jedoch die Aufgabe, diesen anderen Massstab in ein Verfahren mit materieller Wahrheit als Zielsetzung zu integrieren, der Praxis überlassen wird. Zwar ist ein abgekürztes Verfahren nur mit Beteiligung einer notwendigen Verteidigung durchführbar. Deren Rolle ist hier aber eine andere als in einem kontradiktorischen Verfahren: Ihr obliegt es primär, klug zu verhandeln, und nicht, der beschuldigten Person beim Gebrauch von Verteidigungsrechten behilflich zu sein.

Insgesamt lässt sich deshalb die Strafprozessordnung nicht einem gängigen, theoretisch konsistenten Prozesstypus wie beispielsweise dem reformierten Strafprozess zuweisen. Sie erweist sich in ihrer gesetzlichen Anlage als eine pragmatische Mischform, die frühere kantonale Vorlagen, tagespolitische Einflüsse und unterschiedliche Prozessmodelle rezipierte und gewichtige Neuerungen einführte, sodass insgesamt ein singuläres Prozessrecht zustande kam. Namentlich die Bedeutung der kurzen Prozesse und die Staatsanwaltschaft als hybrides Konstrukt in untersuchender, verhandelnder und richterlicher Funktion ergeben im Ergebnis ein eigentliches strafprozessrechtliches Alleinstellungsmerkmal. Problematisch erscheint dabei nicht zuletzt, dass die Wahl der Verfahrensart mit jeweils unterschiedlicher strafprozessualer Wahrheitssuche in vielen Fällen weitgehend vom staatsanwaltschaftlichen Ermessen abhängt, welches durch die Verteidigung und richterliche Kontrolle nur wenig begrenzt wird. Der Verteidigung und ausgebauten Verteidigungsrechten kommt das Gesetz mit dem Institut des Anwalts der ersten Stunde und Teilnahmerechten im Vorverfahren *prima vista* entgegen. Weil aber faktisch der Anwalt der ersten Stunde oft nicht in Anspruch genommen wird, weil Teilnahmerechte der Verteidigung und deren Mitwirkung an der Beweisaufnahme mit einer wenig verteidigungsfreundlichen Auslegung stark beschnitten werden, weil das ohnehin kaum unmittelbar durchgeführte gerichtliche Hauptverfahren stark zugunsten von kurzen Prozessen zurückgedrängt wird und weil sich die Verteidigung vielfach gegen die Wahl der Verfahrensart durch den Staatsanwalt nicht effektiv zur Wehr setzen kann, kommt der Verteidigung eine weit weniger bedeutsame Rolle zu, als es auf den ersten Blick den Anschein machen könnte. In der Summe ergibt sich eine beträchtliche Divergenz zwischen der normativen Anlage von Verteidigungsrechten und Verteidigung auf der Ebene von Völker- und Verfassungsrecht sowie strafprozessualen Grundsatznormen einerseits und deren praktischer Umsetzung in der Wirklichkeit der gelebten Strafverfahren andererseits.

## Résumé





«Den hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit hemmen will der Kritizismus des Strafverteidigers!»<sup>1018</sup>, schrieb, wie eingangs dieser Forschung erwähnt, MAX ALSBERG vor rund hundert Jahren. Ob die Verteidigung allerdings ihre von ihm bereits damals prominent betonte Funktion als unentbehrlicher Bestandteil einer strafprozessualen Wahrheitsuche<sup>1019</sup> effektiv einlösen kann, hängt zum einen von den gesetzlichen Rahmenbedingungen des Strafprozesses ab, zum anderen von deren konkreter praktischer Umsetzung.

Der schweizerische Strafprozess ist – jedenfalls in seiner grundsätzlichen Zielsetzung – der materiellen Wahrheit verpflichtet. Materielle Wahrheit blieb indes im Entstehungsprozess der eidgenössischen StPO eine unhinterfragte Bezugsgrösse. Auch mittels anderer Auslegungselemente kommt man zu keinem anderen Resultat. Diese grundlegende strafprozessuale Verpflichtung darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass eine Rekonstruktion der materiellen Wahrheit effektiv eingelöst werden kann und um jeden Preis erreicht werden muss. Vielmehr wird jede strafprozessuale Wahrheitsuche definitionsgemäss durch prozessuale Normen konstituiert, kanalisiert und limitiert: Ohne das strukturierende Verfahrensrecht gibt es keinen rechtsstaatlichen Strafprozess. Vor Durchführung des Strafverfahrens existiert aus einer strafrechtlichen Perspektive ohnehin keine vorbestehende Wahrheit; sie wird durch das Verfahren erst festgelegt. Überdies erfolgt diese Wahrheitsuche nicht einem freien historischen Forschungsvorhaben gleich, sondern zielgerichtet, aufgrund eines Tatverdachts und mit Blick auf die potentielle Erfüllung von materiellrechtlich definierten Straftatbeständen. Faktische Einflüsse wie das Interesse der Beteiligten am Verfahrensausgang, Verzerrungen durch die einseitige staatsanwaltschaftliche Belastungsperspektive oder kognitive Täuschungen vor Gericht prägen die strafprozessuale Wahrheitsuche grundlegend. Den Begriff der materiellen (historischen) Wahrheit selbst definiert das Strafprozessrecht – nicht nur wegen dieser Rahmenbedingungen, sondern ganz grundsätzlich – letztlich autonom. Es rezipiert dabei nicht zwangsläufig die philosophische, erkenntnis- oder wissenschaftstheoretische Wahrheitsdiskussion. Will man die strafprozessuale Wahrheitsuche dennoch in philosophische Kategorien einordnen, so dürfte sie wohl pragmatischen Wahrheitstheorien zuordnungsbar sein.

Die strafprozessuale Wahrheitsuche muss allerdings stets vor den Vorgaben mit Verfassungsrang standhalten und darf die beschuldigte Person nicht zum Verfahrensobjekt degradieren. Sie muss fair sein sowie Verfahrensgarantien und Grundrechte respektieren. Aufgrund der völker- und verfassungsrechtlich sowie in den Grundsätzen der Strafprozessordnung garantierten Stellung obliegt es der Verteidigung, hierfür die Verteidigungsrechte ihrer Mandanten sicherzustellen. Die Verteidigung hat ihren durch die gesetzlichen Regelungen eröffneten Spielraum bis strikt an die Grenzen des rechtlich Zulässigen konsequent zu nutzen und ist allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet (Art. 128 StPO). Die Verteidigung ist demnach konstitutive Akteurin und nicht Hindernis der strafprozessualen

---

<sup>1018</sup> ALSBERG, Philosophie, S. 554.

<sup>1019</sup> ALSBERG, Philosophie, S. 554.

Wahrheitssuche. Sämtliche Rechte und Pflichten der Verteidigung sowie ihr konkretes Vorgehen haben sich im Detail an dieser Funktion zu messen.

Aufgrund dieser Vorgabe hat die Verteidigung mit ihrer Klientin zur Sicherstellung von deren Subjektstellung und Entlastungsperspektive als partnerschaftliches Gegenüber zu interagieren. Nur auf diese Weise kann sie ihrer Funktion, der beschuldigten Person beim Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte effektiv behilflich zu sein, einlösen. Im Innenverhältnis ist dabei Fürsorge für die beschuldigte Person zentral, um ein Vertrauensverhältnis als Grundlage jeder Verteidigungsarbeit aufzubauen. Denn nur so kann die Vermittlung des nötigen Wissens und die beratende Begleitung sichergestellt und gemeinsam eine zielführende Strategie festgelegt werden. Auf dieser intern geklärten Basis obliegt es der Verteidigung im Aussenverhältnis, das Verfahren zu kontrollieren und daran entlastend mitzuwirken. Dabei ist neben soliden Rechtskenntnissen ein gutes strategisches und psychosoziales Verteidigungshandwerk, das indessen bislang im schweizerischen Schrifttum wenig konturiert ist, unerlässlich. Denn unterschreitet die Verteidigung ihren beruflichen *state of the art*, erweist sich aufgrund ihrer konstitutiven strafprozessualen Funktion das Verfahren als rechtlich mangelhaft. In der Konsequenz sind demnach in Fällen notwendiger Verteidigung sämtliche Verfahrensschritte ohne ausreichende Verteidigung unverwertbar. Wie die Mindeststandards exakt auszusehen haben, ist indessen noch grundlegend in der Forschung zu vermessen.

Tatsächlich tendieren die rechtspolitischen Debatten und der rechtsdogmatische Diskurs allerdings dazu, die Rolle der Verteidigung zu marginalisieren und ihren Aktionsradius einzuschränken. Implizit dominiert die Vorstellung, die Verteidigung torpediere die Rekonstruktion der materiellen Wahrheit und sei nicht zwingender Bestandteil der strafprozessualen Wahrheitssuche, sondern ein Hindernis. Diese Vorstellung lässt sich an folgenden Beispielen festmachen: Im Vorfeld der eidgenössischen Strafprozessordnung wurde auf diese Art und Weise rechtspolitisch wider den Anwalt der ersten Stunde argumentiert. Zwar wurde dieses Institut am Ende eingeführt. Dies dürfte aber vornehmlich durch die internationale Entwicklung infolge der Rechtsprechung des EGMR begünstigt worden sein. Die Praxis hat ausserdem gezeigt, dass von dem Recht oftmals kein Gebrauch gemacht wird bzw. dass es ausserhalb der Konstellationen notwendiger Verteidigung auch von sozioökonomischen Ressourcen abhängt, ob ein Anwalt mandatiert wird. Die konsequente Umsetzung des Rechts auf den Anwalt der ersten Stunde wäre jedoch zentral. Denn davon hängt ab, ob in der prägenden Anfangsphase der Untersuchung die beschuldigte Person eine Hilfestellung zum wirkungsvollen Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte erhält. Exakt dadurch leistet die Verteidigung ihren Beitrag zur strafprozessualen Wahrheitssuche. Zwar verzichten in der strafprozessualen Realität viele beschuldigte Personen auf einen Anwalt der ersten Stunde und damit auf Hilfeleistung beim Gebrauch ihrer Verteidigungsrechte, weshalb dessen Umsetzung in der Praxis nicht konsequent verwirklicht wird. Nichtsdestotrotz ist das Institut als grundsätzliches Recht immerhin verbindlich verbrieft.

Dagegen hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung das gesetzliche gewährte Recht der Verteidigung auf durchgehende Teilnahme an Einvernahmen von Mitbeschuldigten wider die

---

gesetzliche Anlage und mit einer rechtsdogmatisch fragwürdigen Argumentation markant zurückgestutzt. Parallel wurde von Seiten der Strafverfolgungsbehörden schon wenige Jahre nach Inkrafttreten der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung auch rechtspolitisch auf eine gesetzgeberische Revision gedrängt, um dieses Teilnahmerecht noch weiter einzuschränken. Im Ergebnis wurde das Gesetz, in Anbetracht des Diskussionsverlaufs etwas überraschend, nicht abgeändert, weil sich National- und Ständerat nicht über die Ausgestaltung einer Revision einigen konnten. Insgesamt wurde aber die Möglichkeit, bei der ersten Einvernahme eines Mitbeschuldigten wirkungsvoll von Verteidigungsrechten Gebrauch zu machen, auf dem Weg der Gesetzesauslegung stark beschnitten.

Der Verteidigung ist es überdies nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung untersagt, an psychiatrischen Explorationsgesprächen bei der Begutachtung der eigenen Mandantin teilzunehmen. Die Stärkung der Subjektstellung der beschuldigten Person, die kontradiktorische Verfahrensanlage und die Kontrollmöglichkeiten werden so entkernt. Die wirkungsvolle Hilfeleistung für die beschuldigte Person beim Gebrauch der Verteidigungsrechte, namentlich auch das Recht, die Aussage in Explorationsgesprächen zu verweigern und/oder bei einer unkorrekten Befragung durch den Sachverständigen *sur place* einzugreifen, wird damit deutlich erschwert.

Auch die aktive Mitwirkung an der Entlastungsperspektive und der dahingehende Aktionsradius der Verteidigung werden insgesamt stark eingeschränkt. Schwierigkeiten bereitet hier auch und gerade, dass die Verteidigungsspielräume zu einem erheblichen Teil nicht geklärt sind. Der Auftrag, die Rechte der beschuldigten Person bis an die Grenzen des Zulässigen zu wahren, erweist sich daher als nicht oder nur sehr begrenzt und teilweise mit erheblichen persönlichen Risiken einlösbar, weil die Grenzen als solche letztlich unklar sind. Namentlich werden gestützt auf die vage, anwalts- und nicht strafprozessrechtliche Generalklausel von Art. 12 lit. a. BGFA, wonach die Anwältin ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben habe, von der Rechtsprechung weitere Restriktionen verhängt, trotz Kritik im Schrifttum. Der Verteidigung wird beispielsweise eine sogenannte limitierte Wahrheitspflicht auferlegt, die indessen nicht eindeutig konturiert ist. Zu nennen ist weiter die markante Einschränkung, Zeugen nicht vor deren offizieller Vernehmung zu kontaktieren. Die Verteidigung kann daher für einen allfälligen Beweisantrag nicht, oder nur mit erheblichen Risiken, vorgängig prüfen, ob sie den Zeugen offerieren soll oder nicht.

Das Beweisantragsrecht der Verteidigung ist zudem aus strukturellen Gründen nicht bestandfest: Ein im staatsanwaltschaftlich geleiteten Vorverfahren oder gerichtlichen Hauptverfahren abgelehnter Antrag kann in den meisten Konstellationen faktisch erst nach dem Sachurteil durch das Gericht einem Rechtsmittel zugeführt werden. Die Rechtsprechung lässt überdies die Abweisung von Beweisanträgen über eine antizipierte Beweiswürdigung weitgehend zu. Letztlich wird der Verteidigung dadurch verwehrt, ihre entlastende Rolle als Akteurin der strafprozessualen Wahrheitssuche mithilfe eines zentralen Verteidigungsrechts konsequent wahrzunehmen.

Der Wahrheitsbegriff der schweizerischen StPO wurde zudem im Gesetzgebungsprozess nicht konsistent vermessen. In der Praxis verstärkte sich diese gesetzlich angelegte Entwicklung zusätzlich. Bei näherer Betrachtung liegt der StPO keine einheitliche Wahrheitssuche für sämtliche Verfahrensarten zugrunde. Das herkömmliche Strafverfahren mit staatsanwalt-schaftlich geleitetem Vorverfahren und gerichtlichem Hauptverfahren ist grundsätzlich auf eine kontradiktorische Wahrheitssuche angelegt. Als Ergebnis der oben erwähnten Ein-schränkungen bei Einzelfragen wird die Möglichkeit der Verteidigung, kontrollierend und entlastend mitzuwirken, aber zurückgedrängt. Die Verteidigung ist deshalb tendenziell ledig-lich nachträgliche Kontrolleurin einer bereits erfolgten Beweisaufnahme und nicht mitwir-kende Akteurin.

Diese Tendenz akzentuiert sich, wenn eine psychiatrische Expertise mit Blick auf die Schuldfähigkeit und/oder eine Massnahme in Auftrag gegeben wird. Zum einen neigt die Strafjustiz dazu, die Schlussfolgerungen solcher Gutachten zu übernehmen, weil eine fach-liche Kontrolle schwierig ist. Zum anderen ist es der Verteidigung wie erwähnt verwehrt, die Genese dieser Expertise zu kontrollieren, da sie an Explorationsgesprächen nicht teilneh-men kann und diese auch nicht audiovisuell aufgezeichnet werden. Im Ergebnis kommt daher der normativ geprägten Fachmeinung eines Sachverständigen ein oft geradezu deter-minierendes Gewicht zu. In einer rechtsrealistischen Betrachtung hat sich deshalb bei Straf-verfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB eine Art Substrafverfahren inner-halb des herkömmlichen Strafverfahrens etabliert, das wenig mit herkömmlichen kontradik-torischen Vorgaben zu tun hat. Die Möglichkeit zum wirkungsvollen Gebrauch von Verteidi-gungsrechten und deren Absicherung durch die Verteidigung, damit auch zur Entlastung und zum Einbringen anderer Gesichtspunkte, wird in diesen Verfahrensarten markant beschränkt.

Bei Lichte betrachtet ist das Strafverfahren mit einem durch die Staatsanwaltschaft geleiteten Vorverfahren und gerichtlichen Hauptverfahren, also der vermeintliche Regelfall, allerdings statistisch fast schon eine Ausnahme. Die weitaus grösste Anzahl der Fälle wird mit Straf-befehl erledigt: Faktisch schliesst die untersuchende Staatsanwaltschaft diese Verfahren in richterlicher Funktion ab. Ein Gerichtsverfahren erfolgt nur auf Einsprache hin, womit ein erheblicher Teil der Untersuchungsverantwortung an die beschuldigten Personen delegiert wird. Beschuldigte Personen sind indessen in dieser Verfahrensart oftmals gar nicht vertei-digt; und ob sie die ihnen faktisch übertragene Rügepflicht effektiv wahrnehmen können, hängt wesentlich von ihren sozioökonomischen Lebensumständen ab. Die völker- und ver-fassungsrechtlich sowie in der strafprozessualen Grundsystematik verankerte Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche wird damit bei einem sehr grossen Teil der Strafbefehlsverfahren in der Rechtswirklichkeit nicht umgesetzt. Die professionelle, gesetzlich verankerte Verteidigung als Absicherung zum Gebrauch von Verteidigungsrech-ten bleibt für die statistisch grösste Anzahl der beschuldigten Person ohne rechtstatsächliche Umsetzung.

Auch in abgekürzten Verfahren, einem weiteren gesetzlich angelegten besonderen Straf-verfahren, wird die kontradiktorische gerichtliche Verfahrensanlage entkernt. Das Gericht

genehmigt hier lediglich einen Urteilsvorschlag, den Staatsanwaltschaft und Verteidigung ausgehandelt haben und der die Anerkennung des Sachverhalts durch die beschuldigte Person voraussetzt. Immerhin ist der Antrag auf Durchführung dieses Verfahrens von der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung zu stellen. Mit dem Antrag auf ein abgekürztes Verfahren gibt die beschuldigte Person allerdings einen grossen Teil ihrer Verteidigungsrechte preis.

Wird ein solch kurzer Prozess – sei es im Strafbefehlsverfahren oder im abgekürzten Verfahren – durchgeführt, so ist überdies die Abklärungstiefe bei der strafprozessualen Wahrheitsuche in der Praxis vermindert. Zudem werden herkömmliche strafprozessuale Verfahrensanlagen, namentlich die zentrale Rolle des Gerichts bei einer fundierten Fallprüfung, aufgegeben. Zwar haben die beschuldigte Person und ihre (allfällige) Verteidigung stets die Möglichkeit, einen kurzen Prozess abzulehnen und stattdessen auf einem ordentlichen Verfahren mit einem an das Vorverfahren anschliessenden Hauptverfahren zu insistieren und somit auf dem Gebrauch von Verteidigungsrechten zu beharren. Hierzu bedarf es allerdings einer Güterabwägung auf Seiten der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung, ob sich die damit verbundenen Risiken und Kosten für die beschuldigte Person lohnen, was wiederum auch von ihrer sozioökonomischen Ausgangslage abhängt. Denn das Ergebnis kann in einem abgekürzten Verfahren durchaus auch besser ausfallen und ist zudem vor einem Gerichtsverfahren bekannt. Die Versuchung ist deshalb gross, auf ein ordentliches Verfahren mit all seinen Risiken und damit auch auf Verteidigungsrechte zu verzichten, zumal auch im ordentlichen Verfahren die Verteidigungsrechte marginalisiert werden. Die Rolle der Strafverteidigung verlagert sich im Endeffekt zu einem beträchtlichen Teil: Sie entwickelt sich weg von der völker- und verfassungsrechtlich vorgegebenen Akteurin bei der kontradiktorischen strafprozessualen Wahrheitssuche hin zu einem Coach der beschuldigten Person, der für das Risikomanagement im Strafverfahren und im Aushandlungsprozess mit der Staatsanwaltschaft zuständig ist.

Insgesamt tendiert die *eine* Strafprozessordnung daher dazu, in mehrere Substrafverfahren zu zerfallen. Diese gehorchen je unterschiedlichen Regeln bezüglich der strafprozessualen Wahrheitssuche, namentlich bezüglich der Abklärungstiefe und Entscheidungsfindung. Das Ermessen des fallführenden Staatsanwaltes, ob ein Strafbefehlsverfahren oder – auf Antrag der beschuldigten Person – ein abgekürztes Verfahren durchgeführt wird, aber auch, ob im Vorverfahren vor Anklageerhebung einem Beweis Antrag der Verteidigung stattgegeben, einer Indizien spur nachgegangen, eine Zwangsmassnahme beantragt oder eine wirkungsmächtige psychiatrische Expertise in Auftrag gegeben wird, ist in zahlreichen Konstellationen erheblich. Die zuständige Staatsanwaltschaft prägt den Verfahrensverlauf vielfach sehr entscheidend nach ihrem persönlichen Gutdünken. Das weckt mit Blick auf eine rechtsgleiche Behandlung Bedenken. Die Möglichkeiten der Verteidigung, sich hier effektiv für die beschuldigte Person gegen das staatsanwaltschaftliche Ermessen zur Wehr zu setzen, sind stark limitiert.

Die aktuelle strafprozessuale Realität hat somit die Wahrheitssuche von den Gerichten primär hin zu den Staatsanwaltschaften und in Strafverfahren betreffend Massnahmen nach Art. 56 ff. StGB zu psychiatrischen Expertinnen verlagert, denen beiden ein erhebliches, wenig limitiertes Ermessen zukommt. Damit wurde das kontradiktorische Verfahren in erheblichem Mass entkernt, zumal die Strafbefehlsverfahren meist ohne Verteidigung erledigt werden. Die strafprozessuale Realität marginalisiert dadurch den vorgesehenen Beitrag der Verteidigung zur Absicherung von Verteidigungsrechten und damit ihren zwingenden Beitrag bei der strafprozessualen Wahrheitssuche. Die Zuordnung der derzeitigen strafprozessualen Realität zu einer gängigen Typologie wie beispielsweise dem reformierten Inquisitionsprozess erweist sich daher als verkürzt. Das schweizerische Strafprozessrecht ist im Ergebnis eine theoretisch wenig konsistente Mischform aus verschiedenen Einflüssen. Der Strafprozessrechtswissenschaft obliegt es, sich dieser Grundsatzfragen anzunehmen. Ohne gründliche Klärung haftet sowohl der Gesetzgebung als auch der Rechtsanwendung letztlich etwas Zufälliges und von situativen Opportunitäten Gesteuertes an. Im heutigen rechtspolitischen Umfeld drohen dabei besonders die Verteidigung und Verteidigungsrechte ihrer Substanz entkernt zu werden.

Das Ergebnis dieser Forschung erweist sich daher insgesamt als ambivalent: Zwar ist auf einer grundsätzlichen, normativen Ebene die Verteidigung in ihrer Funktion als zwingende Akteurin einer rechtsstaatlichen Wahrheitssuche durchaus festgeschrieben. Das Strafrechtprozessrecht institutionalisiert auf dieser Ebene mit der Verteidigung zur Absicherung des Gebrauchs von Verteidigungsrechten eine Gegenmacht. Es anerkennt damit Verteidigungsrechte, Subjektstellung und Entlastungsperspektive der beschuldigten Person, mithin eine kontradiktorische Herangehensweise bei seiner Wahrheitssuche, jedenfalls als Grundsatz. Die Praxis neigt allerdings in sich stetig verändernder Ausprägung weiterhin zur Marginalisierung effektiver Verteidigung und von Verteidigungsrechten. Die grundsätzlich normativ garantierten Beschuldigtenrechte bleiben somit vorderhand ein Stück weit ein uneingelöstes Versprechen. Das gelebte Strafverfahren neigt letztlich dazu, mehr Mittel als Mass von Macht zu sein.<sup>1020</sup>

---

<sup>1020</sup> In Umkehrung des Bonmots von KLENNER, *Historisierende*, S. 112, der das Recht als Mittel und Mass von Macht definiert.



Die Dissertation spürt der Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheitssuche und den sich daraus ergebenden rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Folgen nach. Die konsequente Wahrung der Verteidigungsrechte ist ein integraler Bestandteil der strafprozessualen Wahrheitssuche und die Verteidigung demnach unabdingbar für die strafprozessuale Wahrheitsfindung. Diese minutiös hergeleitete normative Vorgabe kontrastiert der Autor sodann mit der Praxis. Dabei hinterfragt er auch gründlich die bisherige Argumentation zu zahlreichen dogmatischen Einzelfragen sowie in rechtspolitischen Debatten und benennt Fehlentwicklungen der derzeitigen Strafprozesswirklichkeit. Im Ergebnis führt dies zu einer grundlegenden Neuvermessung des Instituts der Verteidigung und von Verteidigungsrechten *de lege lata* wie *de lege ferenda*.

ISBN 978-3-7190-4788-7



Helbing Lichtenhahn