

Wolfgang Wohlers

**Die schweizerische Strafprozessordnung –  
Eine Betrachtung aus der Vogelperspektive**

Ariane Nosetti-Kaufmann

**Strafbefehl, abgekürztes Verfahren und  
fehlende Unmittelbarkeit: Festhalten  
am Status quo – eine verpasste Chance?**

Christopher Geth

**Fallstricke der Wahrheitsfindung  
im Vorverfahren –  
am Beispiel der Teilnahmerechte  
der beschuldigten Person**

Numa Graa

**Qu'est-ce qu'un « danger imminent » ?**

Ingeborg Zerbes

**Bankgeheimnis trotz Meldepflichten  
und Whistleblowerschutz?**



**ZStrR**  
**RPS**  
**RPS**

**Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**  
**Revue Pénale Suisse**  
**Rivista Penale Svizzera**

---

Gegründet von/Fondée par/Fondata da C. Stooss 1888

---

**Herausgeberschaft – Comité de direction – Comitato di direzione**

*Ackermann Jürg-Beat*, Prof., Luzern – *Bommer Felix*, Prof., Zürich – *Cassani Ursula*, Prof., Genève – *Donatsch Andreas*, em. Prof., Unterengstringen – *Gless Sabine*, Prof., Basel – *Kuhn André*, Prof., Neuchâtel – *Kunz Karl-Ludwig*, Prof., Bern – *Moreillon Laurent*, Prof., Lausanne – *Niggli Marcel Alexander*, Prof., Freiburg – *Pieth Mark*, Prof., Basel – *Roth Robert*, Prof. hon., Genève – *Schubarth Martin*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *Vest Hans*, Prof., Bern – *Wohlers Wolfgang*, Prof., Basel

**Redaktoren – Rédacteurs – Redattori**

Prof. *Ursula Cassani*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève  
Prof. *Sabine Gless*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

**Korrespondenten im Ausland – Correspondants à l'étranger – Corrispondenti all'estero**

*Cesoni Maria Luisa* (B) – *Hörnle Tatjana* (D) – *Lelieur Fischer Juliette* (F) – *Manacorda Stefano* (I) – *Zerbes Ingeborg* (A)

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les registes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 214.– Ausland € 226.–  
inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.  
Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 184.–

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.  
Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli AG, Postfach, 3001 Bern  
Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: [inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com)

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.  
Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern  
Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: [zeitschriften@staempfli.com](mailto:zeitschriften@staempfli.com)  
[www.staempfliverlag.com/zeitschriften](http://www.staempfliverlag.com/zeitschriften)

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2020. Printed in Switzerland by Stämpfli AG, Bern  
ISSN 0036-7893 (Print) e-ISSN 2504-1452 (Online)

Christopher Geth, Bern<sup>1</sup>

## Fallstricke der Wahrheitsfindung im Vorverfahren – am Beispiel der Teilnahmerechte der beschuldigten Person

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Wahrheit im Strafverfahren
  1. Ausgangspunkt: materielle Wahrheit (Korrespondenztheorie)
  2. Epistemische Wahrheitskonzepte
  3. Wahrheitstheorien und Strafrechtspraxis
    - a) Besonderheiten der Wahrheitsfindung im Strafprozess
    - b) Hat das Konzept der materiellen Wahrheit ausgedient?
- III. Teilnahmerecht und Wahrheitskriterien
  1. Der wahrheitsfördernde Gehalt von Teilnahmerechten
  2. Teilnahmerechte als Teilaspekt eines fairen Verfahrens
  3. Anforderungen an Einschränkungen des Teilnahmerechts
  4. Revision der Strafprozessordnung zum Teilnahmerecht
- IV. Fazit

### I. Einleitung

In Bezug auf die Tauglichkeit des Teilnahmerechts für die Aufklärung eines vergangenen Geschehens scheiden sich die Geister: Blickt man auf die Reaktionen zum Vorentwurf zur Revision der Strafprozessordnung, fällt auf, dass die geplanten Änderungen zur Einschränkung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person aus der Wahrnehmung unterschiedlicher Verfahrensrollen in Bezug auf die Sachverhaltsermittlung geradezu gegensätzlich gedeutet werden. So schreibt etwa der ehemalige Leitende Staatsanwalt Ulrich Weder in der NZZ, dass die Staatsanwaltschaften mit der Beibehaltung des Teilnahmerechts zu «technokratischen, prozesstaktisch ungeschickten und dilettantischen Beweisabnahmen»<sup>2</sup> verpflichtet würden. Gemeint ist damit wohl die Befürchtung, dass die Anwesenheit des Beschuldigten oder Mitbeschuldigten in einer Einvernahme die Suche nach der materiellen Wahrheit gefährde, weil so die Möglichkeit bestehe, die eigene Aussage entsprechend anzupassen. Das Teilnahmerecht gefährde also die Suche nach der

1 Prof. Dr. iur., Abteilung für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern. Teilweise erweiterter und um Nachweise ergänzter Vortrag, den der Verfasser an der Tagung der Fachgruppe Reform im Strafwesen «Strafprozessordnung auf Abwegen – kritische Voten zur aktuellen Revision» am 12. September 2019 in Zürich gehalten hat.

2 U. Weder, NZZ vom 24. März 2018, Eine verfehlt Revision der Strafprozessordnung.

Wahrheit. Liest man hingegen die Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands im Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf der Revision der StPO, so sollen Teilnahmerechte die Erforschung der Wahrheit nicht behindern können. Vielmehr trage die beschuldigte bzw. mitbeschuldigte Person an der Rekonstruktion der prozessualen Wahrheit durch ihre Partizipation bei.<sup>3</sup> Das Teilnahmerecht wird also nicht als Hindernis der Wahrheitsfindung, sondern umgekehrt als wahrheitsfördernd wahrgenommen.

Wie kann es sein, dass ein und dieselbe Regelung bzw. die Existenz eines Teilnahmerechts so unterschiedlich bzw. sogar gegensätzlich gedeutet wird?

Der vorliegende Beitrag geht der Bedeutung von Teilnahmerechten für die Sachverhaltsermittlung nach. In einem ersten Schritt werden die unterschiedlichen Bedeutungen von «Wahrheit im Strafverfahren» genauer beleuchtet. Wie den Aussagen entnommen werden kann, treffen hier möglicherweise unterschiedliche Wahrheitskonzepte aufeinander. Die erste Frage wird also lauten: Welchem Wahrheitskonzept untersteht unser Strafprozess? Der zweite Teil des Beitrages widmet sich den Teilnahmerechten. Konkret geht es darum, darzulegen, vor dem Hintergrund welcher Leitplanken eine gesetzliche Regelung zur Einschränkung der Teilnahmerechte gedacht werden sollte. Abschliessend wird auf die Revision eingegangen.

## II. Wahrheit im Strafverfahren

### 1. Ausgangspunkt: materielle Wahrheit (Korrespondenztheorie)

Nach herrschender Sichtweise liegt unserem im kontinentaleuropäischen Denken verhafteten Strafprozess ein materieller Wahrheitsbegriff zugrunde.<sup>4</sup> So führt bereits der Bundesrat in der Botschaft zur Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung aus, das Ziel des Strafverfahrens sei es, die «materielle (historische) Wahrheit» zu erforschen.<sup>5</sup> Ähnlich formuliert es die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die Pflicht zur Suche nach der materiellen Wahrheit

3 Schweizerischer Anwaltsverband (SAV), Stellungnahme zur Änderung der Strafprozessordnung vom 13. März 2019, 3 ff.

4 S. Gless, in: Basler Kommentar StPO, hrsg. von M. A. Niggli/M. Heer/ H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 139 N 10; W. Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 139 N 12; N. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 659; M. Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2016, 43; G. Piquerez/A. Macaluso, Procédure pénale suisse, 3. Aufl., Zürich 2011, N 505.

5 Botschaft zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnung vom 21. Dezember 2005, 1130.

aus dem Amtsermittlungsgrundsatz abzuleiten sei: Art. 6 StPO verpflichtet die Strafbehörden, den rechtlich relevanten Sachverhalt (die materielle Wahrheit) zu ermitteln.<sup>6</sup>

Der Auftrag zur Wahrheitsfindung ist auch in den allgemeinen Bestimmungen zur Beweiserhebung geregelt. Art. 139 Abs. 1 StPO verlangt, dass die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Forschung geeigneten und rechtlich zulässigen Mittel einsetzen. Aus diesem Umstand, nämlich dass Wahrheit im Strafprozess gefunden werden soll, wird überwiegend der Schluss gezogen, dass der strafprozessuale Wahrheitsbegriff aus der sog. Korrespondenztheorie der Wahrheit abgeleitet werden kann. Nach dieser Theorie steht die Übereinstimmung (Korrespondenz) von Gegenstand und Erkenntnis im Vordergrund der Wahrheitsdefinition. Wahr kann dabei jedoch nur eine Eigenschaft von Aussagen bzw. der Aussageinhalt sein, nicht aber das erkennende Subjekt oder das erkannte Objekt.<sup>7</sup> Ein Gegenstand, eine Person, die Wirklichkeit oder der Sachverhalt existieren oder existieren nicht, sind in ihrem Dasein also nicht abhängig von einem Erkenntnisakt. Die Behauptung, es sei Aufgabe des Gerichts, den «wahren Sachverhalt» zu ermitteln, ist deshalb genau genommen unpräzise, wenngleich damit das Richtige gemeint ist, nämlich die Wahrheit der Aussage, dass sich ein bestimmter Sachverhalt zugetragen habe.

In der Philosophiegeschichte ist die Korrespondenztheorie der Wahrheit die über weite Strecken dominierende Wahrheitstheorie. Bereits in der Metaphysik von Aristoteles finden sich Hinweise auf einen korrespondenztheoretischen Ansatz, weshalb er bisweilen als Urheber dieser Theorie bezeichnet wird: «Zu sagen nämlich, das Seiende sei nicht oder das Nichtseiende sei, ist falsch, dagegen zu sagen, das Seiende sei und das Nichtseiende sei nicht, ist wahr.»<sup>8</sup> Die Rezeption Aristoteles' durch Thomas von Aquin in der Zeit der Hochscholastik führte schliesslich zu einer Weiterentwicklung der korrespondenztheoretischen Wahrheitsdefinition als «*adaequatio rei et intellectus*», die noch heute Geltung beansprucht: «Ich antworte, es sei zu sagen, dass Wahrheit in der Übereinstimmung von Verstand und Sache besteht [...]. Wenn daher die Sachen Mass und Richtschnur des Verstandes sind, besteht Wahrheit darin, dass sich der Verstand der Sache angleicht, wie das bei uns der Fall ist; aufgrund dessen nämlich, dass die Sache ist oder nicht ist, ist unsere Meinung und unsere Rede davon wahr oder falsch.»<sup>9</sup>

Mit der Definition von Wahrheit als Entsprechung von Verstand und Sache spiegelt die Korrespondenztheorie auch unsere Alltagsintuition in Bezug auf die

---

6 BGer 6B\_336/2013 vom 14. 2. 2014, E. 2. 4.

7 F. Stamp, Die Wahrheit im Strafverfahren, Baden-Baden 1998, 34 m. w. H.

8 Aristoteles, Metaphysik, Buch IV (Über das Seiende), 1011b.

9 T. von Aquin, Summa theologiae I q.21 a.2. (abrufbar unter: <http://www.corpusthomicum.org/sth1015.html#29338>; zuletzt abgerufen am 14. 1. 2020).

Beurteilung von Aussagen wider. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass dieser Ansatz auch im Strafverfahren zugrunde gelegt wird.

Obwohl die Korrespondenztheorie immer noch zahlreiche Vertreter hat, sieht sie sich jedoch auch Einwänden ausgesetzt. Tatsächlich liegt die Kritik der Korrespondenztheorie auf der Hand: Ob etwas wahr ist, kann eigentlich erst dann festgestellt werden, wenn die Übereinstimmung der Aussage mit der Wirklichkeit bereits bekannt ist. Für die Antwort auf die Frage, wie der Wahrheitswert einer Aussage konkret zu ermitteln ist, hilft sie demnach nur bedingt weiter.

## 2. Epistemische Wahrheitskonzepte

In der philosophischen Diskussion haben sich deshalb neben den realistischen Wahrheitstheorien sog. epistemische Wahrheitskonzepte herausgebildet, von denen zwei herausgegriffen werden sollen: die Kohärenztheorie der Wahrheit und die Konsensustheorie der Wahrheit.<sup>10</sup> Wie zu zeigen sein wird, finden sich in diesen Wahrheitstheorien Argumentationsmuster wieder, die auch im gegenwärtigen Strafprozess zur Geltung kommen.

Im weiteren Sinne geht die *Kohärenztheorie der Wahrheit* davon aus, dass eine Aussage wahr ist, wenn sie sich widerspruchlos in ein bestehendes System von Aussagen einfügen lässt: «Jede neue Aussage wird mit der Gesamtheit der vorhandenen, bereits miteinander in Einklang gebrachten Aussagen konfrontiert. Richtig heisst eine Aussage dann, wenn man sie eingliedern kann. Was man nicht eingliedern kann, wird als unrichtig abgelehnt.»<sup>11</sup> Während die Korrespondenztheorie um eine Kohärenz mit der Wirklichkeit bemüht ist, geht es bei der Kohärenztheorie um eine Kohärenz mit anderen Aussagen. Die Eignung der Kohärenztheorie als Wahrheitsdefinition wird aber auch bestritten: Die Anerkennung der Kohärenz als Prüfungskriterium für Wahrheit zwingt nicht dazu, die Definition der Wahrheit in der Kohärenz zu sehen. Kohärenz sei jedenfalls kein zwingendes oder logisch garantierendes Kriterium für Wahrheit, sondern lediglich ein Aspekt eines funktionierenden, die Wahrscheinlichkeit erhöhendes Kriterium eines «Wahrheitstests».<sup>12</sup> Ausserdem sei es möglich, dass eine Aussage zu mehreren, sich einander widersprechenden, Satzsystemen kohärent sei. Kohärenz sei deshalb nicht mehr als allenfalls ein Indiz für die Wahrheit.

10 Ein Überblick über die unterschiedlichen Wahrheitskonzepte findet sich bei *Stamp* (Fn. 7), 30 ff. und *T. Gutmann*, Wahrheit, in: *Beweis*, hrsg. von T. Fischer, Baden-Baden 2019, 18 ff.

11 *O. Neurath*, Soziologie im Physikalismus, *Erkenntnis* 2, 1931, 403.

12 *N. Rescher*, Die Kriterien der Wahrheit, in: *Wahrheitstheorien*, hrsg. von G. Skirbekk, 11. Aufl., Frankfurt a. M. 2012, 370.

Nach der auf Habermas zurückgehenden *Konsensustheorie* der Wahrheit, ist Wahrheit unabhängig von der Übereinstimmung mit der Wirklichkeit herzustellen, sondern das Ergebnis einer «interpersonalen Verifizierung» in einer idealen Sprechsituation bzw. innerhalb eines herrschaftsfreien Diskurses.<sup>13</sup> Der Bezugspunkt für die Unterscheidung von wahr und falsch soll dabei «das Urteil aller anderen, mit denen ich je ein Gespräch aufnehmen könnte»<sup>14</sup> sein. Eine Behauptung ist demnach wahr, wenn ihr alle anderen kompetenten Beurteiler zustimmen würden. Bei der Bestimmung, wann ein Sprecher «kompetent» ist, greift Habermas auf die «ideale Sprechsituation» zurück: Jeder Konsens, der unter ihren Bedingungen erzielt wurde, darf per se als «wahrer Konsens» gelten, wobei die ideale Sprechsituation dabei kontrafaktisch unterstellt wird.

Die Kommunikation im «herrschaftsfreien Diskurs» darf jedoch nicht durch Zwang behindert werden. Jeder Beteiligte muss die Chance haben, sich am Dialog zu beteiligen, kein Beteiligter darf sich oder andere über seine Intentionen täuschen und die Rechte und Pflichten müssen symmetrisch verteilt sein.

### 3. Wahrheitstheorien und Strafrechtspraxis

Was bedeuten die unterschiedlichen Wahrheitstheorien nun für unseren Strafprozess? Können wir aus der philosophischen Diskussion auch für das Strafrecht etwas gewinnen?

#### a) Besonderheiten der Wahrheitsfindung im Strafprozess

Zunächst einmal muss festgehalten werden, dass die in der philosophischen Auseinandersetzung entwickelten Wahrheitstheorien nicht vor dem Hintergrund des sich spezifisch im Strafprozess stellenden Legitimationsproblems diskutiert wurden.<sup>15</sup> Es ist deshalb meines Erachtens nicht zielführend, den strafprozessua-

13 Hauptvertreter dieser Theorie sind neben *J. Habermas*, Wahrheitstheorien, in: *Wirklichkeit und Reflexion – Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, hrsg. von H. Fahrenbach, Pfullingen 1973, 211 ff.; *K.-O. Apel*, Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral, Frankfurt a. M. 1988; *W. Kamlah/P. Lorenzen*, Wahrheit und Wirklichkeit, in: *Wahrheitstheorien*, hrsg. von G. Skirbekk, 11. Aufl., Frankfurt a. M. 2012, 483 ff.

14 *J. Habermas*, Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung*, hrsg. von J. Habermas/N. Luhmann, Frankfurt a. M. 1990, 124.

15 Kritisch zur Übertragbarkeit der philosophischen Wahrheitsbegriffe auf den Strafprozess auch *A. Eicker*, Die Prinzipien der «materiellen Wahrheit» und der «freien Beweiswürdigung» im Strafprozess, *Herbolzheim* 2001, 13; *W. Hassemer*, Grenzen des Wissens im Strafprozess, *ZStW* 2009, 833 ff.; *E. Wesslau*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren: Leitidee für eine Gesamtreform?, *Baden-Baden* 2002, 21 f.; *Stamp* (Fn. 7), 31.

len Wahrheitsbegriff vollständig von den Prämissen eines Strafverfahrens zu lösen. Definition von Wahrheit in einem philosophischen Sinn verfolgt eine andere Zielsetzung als die Frage nach dem überzeugenden Wahrheitsbegriff für den Strafprozess.

Überträgt man die philosophischen Theorien auf den Diskurs im geltenden Schweizerischen Strafprozess, lässt sich feststellen, dass die philosophischen Wahrheitsbegriffe auf unterschiedliche Weise und unter anderer Terminologie als Relativierungen der materiellen Wahrheit Eingang in den Strafprozess finden. Die Rede ist von Begriffen wie etwa der «prozessualen» oder «forensischen» Wahrheit.

Der erste Einwand, der sich hinter diesen Begriffen verbirgt, zielt darauf ab, dass die Wahrheit, verstanden als vollständige Einsicht in ein vergangenes Geschehen, im Strafverfahren mit den verfügbaren Mitteln in aller Regel nicht gefunden werden kann. Wenn es aber aus erkenntnistheoretischen Gründen nicht möglich ist, ein vergangenes Geschehen vollständig zu rekonstruieren, dürfe ein Strafverfahren die materielle Wahrheit nicht als Verfahrensziel bestimmen. Die Idee der materiellen Wahrheit wird deshalb auch als alteuropäisches Gedankengut bezeichnet, das sein Verfallsdatum erreicht oder sogar bereits überschritten haben soll.<sup>16</sup>

Hervorgehoben wird in der strafrechtlichen Debatte ausserdem die «intersubjektive Dimension»<sup>17</sup> der Wahrheitsfindung, die im philosophischen Diskurs von der Konsensustheorie und der Kohärenztheorie betont wird. So zeugt beispielsweise die Existenz von Teilhaberechten, insbesondere Teilnahmerechten (Art. 147 StPO) und Beweisantragsrechten (Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO) von der Idee, dass Wahrheit nicht rein autoritativ durch staatliche Instanzen, sondern unter Mitwirkung der Parteien gefunden werden soll.

Konsensuale Elemente kennt unser Strafverfahren im Zusammenhang mit den im weitesten Sinne einvernehmlichen Verfahrenserledigungsarten wie dem abgekürzten Verfahren (Art. 358 ff. StPO), dem Strafbefehlsverfahren (Art. 352 ff. StPO; hier freilich mit einem grossen Fragezeichen) oder den Vorschriften zur Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) bzw. dem Vergleich (Art. 316 StPO). Auch wird man in Bezug auf die Urteilsberatung innerhalb von Kollegialgerichten oder die Überprüfung eines Urteils durch Rechtsmittelinstanzen zustimmen können, dass der Prozess der Wahrheitsfindung intersubjektiv, nämlich zwischen den beteiligten Gerichtsmitgliedern, vonstatten geht. Und weil Beweise in einem Strafverfahren stets gewürdigt werden müssen, kommt ein Strafverfahren auch ohne kohärenztheoretische Vorannahmen nicht aus. Obwohl das Gericht nach dem Grundsatz

16 Vgl. die Angaben bei *W. Wohlers*, Die Bedeutung der Wahrheit für das Strafverfahren, in: Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, hrsg. von F. Saliger, Heidelberg 2017, 1376.

17 *Gutmann* (Fn. 10), 24; *S. Gless*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden 2006, 83 f.



der freien Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2 StPO) ohne Bindung an Beweisregeln nach seiner inneren Überzeugung entscheiden soll, muss die Überzeugungsbildung objektivier- und nachvollziehbar sein.<sup>18</sup> Die Beurteilung des Wahrheitsgehalts eines Beweises ist aber ganz wesentlich von der Antwort auf die Frage anhängig, ob sich der Beweis in das Netz der bereits für wahr gehaltenen Aussagen kohärent einbinden lässt. Die Aussage eines Tatzeugen bspw. wird eher für wahr gehalten, wenn sich die Aussage durch weitere Aussagen abstützen oder durch Tatortspuren verobjektivieren lässt.

Der letzte Aspekt betrifft den Umfang bzw. die Mittel der Beweismöglichkeiten. Selbst wenn es möglich wäre, das vergangene Geschehen vollständig zu rekapitulieren, darf in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren aus Gründen der Verfahrensfairness (d. h. zum Schutz der Verfahrensbeteiligten) nicht jedes Mittel eingesetzt werden, um ein vergangenes Geschehen zu rekonstruieren.<sup>19</sup> Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote verbieten in zahlreichen Situationen bestimmte Beweismethoden unabhängig davon, ob sie die Täterschaft bzw. das Delikt beweisen könnten (Art. 141 StPO). Eingriffsintensive Zwangsmassnahmen sind nicht per se zulässig, sondern von einem bestimmten Schweregrad des Delikts und einer qualifizierten Verdachtslage abhängig.

Wir sehen also – und können als Zwischenergebnis festhalten –, dass ein Strafprozess in der gegenwärtigen Form bereits in vielfacher Weise vom Primat der materiellen Wahrheit abgekoppelt ist: aus tatsächlichen Gründen, weil Vergangenes nie mit absoluter Gewissheit eruiert werden kann und trotz dieser Ungewissheit eine Entscheidung getroffen werden muss, aus normativen Gründen, weil wir einen Sachverhalt nicht mit allen Mitteln aufklären dürfen, die verfügbar wären, und aus pragmatischen Gründen, weil ein Strafverfahren innert nützlicher Frist und mit vertretbarem Aufwand abgeschlossen werden muss. In einem gewissen Ausmass wird die Kontrolle der Sachverhaltsermittlung ausserdem zur Disposition des Beschuldigten gestellt, wie etwa bei den im weiteren Sinne konsensualen Verfahrenserledigungsarten.

b) Hat das Konzept der materiellen Wahrheit ausgedient?

Die Frage lautet nun: Folgt aus den Relativierungen der materiellen Wahrheit, dass das Konzept der materiellen Wahrheit insgesamt ausgedient hat? Sollte sich der Wahrheitsbegriff im Strafrecht stärker an der Kohärenztheorie oder der Konsensustheorie der Wahrheit orientieren, wie dies beispielsweise in der Vernehmlassung des Anwaltsverbandes gefordert wird? Meines Erachtens sind diese

18 J.-M. Verniory, in: *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, hrsg. von Y. Jeanneret/A. Kuhn/C. Perrier Depeursinge, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 10 N 35; Pieth (Fn. 4), 242; Wohlers, in: *Kommentar StPO* (Fn. 4), Art. 10 N 31.

19 Hassemer (Fn. 15), 835 f. m. w. H.

Fragen zu verneinen. Die materielle Wahrheit ist weder ein «Gespenst»<sup>20</sup>, noch darf sie als Totschlagargument dafür herangezogen werden, per se Verfahrensrechte einzuschränken, die der Wahrheitsfindung entgegenstehen können.

Um dies zu erkennen, sollte man sich zunächst darauf besinnen, um was es in einem Strafprozess (jedenfalls in seiner repressiven Ausprägung) geht, nämlich um die Zuschreibung von Verantwortung für ein vergangenes Geschehen. Aus dem Schuldgrundsatz und dem Gebot der Rechtsanwendung – es geht um die Durchsetzung des materiellen Rechts – folgt, dass eine Verurteilung legitimerweise nur dann erfolgen darf, wenn die der Anwendung der Strafnorm zugrunde liegenden Tatsachen auch *tatsächlich* und nicht nur *mutmasslich* festgestellt wurden.<sup>21</sup> Die Verurteilung eines Beschuldigten ist somit im Grundsatz nur dann gerecht, wenn diese Person die Tat auch tatsächlich verübt hat. Verurteilt ein Gericht eine Person, welche die Tat nicht begangen hat, liegt ein materiell falsches und damit *prima vista* ein Fehlurteil vor.<sup>22</sup>

Gegen die Zielvorstellung der materiellen Wahrheitssuche kann auch nicht eingewandt werden, dass die Strafprozessordnung gemäss den Vorschriften über die Revision eine Urteilskorrektur nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässt, etwa wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen (Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO). Dass die Revision nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Korrektur des Urteils zulässt, ist der Bedeutung der Rechtskraft und damit der Rechtsfrieden schaffenden Funktion des Strafurteils geschuldet, nicht aber gleichzeitig Ausdruck dessen, dass das ursprüngliche Urteil «materiell richtig» sei. Es ist vielmehr so, dass in diesen Fällen der Rechtskraft eines Strafurteils im Einzelfall höhere Bedeutung beigemessen wird als der materiellen Wahrheit. Nicht aber kann daraus abgeleitet werden, dass es für das Urteil erst gar nicht auf die materielle Wahrheit ankomme. Gegen das Konzept der materiellen Wahrheit kann auch nicht vorgebracht werden, dass für einen Schuldspruch *ex ante* keine absolute Gewissheit verlangt wird, sondern das Fehlen «unüberwindbarer Zweifel» ausreicht. Auch hierfür sind letztlich pragmatische Überlegungen der Funktionsfähigkeit der Justiz ausschlaggebend,<sup>23</sup> die der vorrangigen Zielsetzung der materiellen Wahrheitssuche nicht per se entgegenstehen.

Und selbst wenn man dies anders sähe, wäre es unbefriedigend, aus der Möglichkeit von Fehlurteilen, die sich tatsächlich nie ausschliessen lassen, den

20 So die Formulierung des Schweizerischen Anwaltsverbands (Fn. 3), 5.

21 Wohlers (Fn. 16), 1378; Wesslau (Fn. 15), 218.

22 Vgl. Zum Begriff des Fehlurteils K. Kotsoglou, Das Fehlurteil gibt es nicht, JZ 2017, 123 ff. und S. Barton, «Das Fehlurteil gibt es nicht» – gibt es doch!, Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive, Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag, hrsg. von I. Goeckenjan u. a., Berlin 2019, 15 ff.

23 Nach W. Hassemer (Fn. 15), 839 tragen die Grundsätze der freien Beweiswürdigung und in dubio pro reo der «praktischen Psychologie der Urteilsfindung» Rechnung.

Schluss zu ziehen, dass es auf die materielle Wahrheit erst gar nicht ankomme. Sie bleibt vielmehr die entscheidende Zielsetzung, d. h., es ist in einem Strafprozess sicherzustellen, dass trotz den faktischen und rechtlichen Grenzen bei der Suche nach Wahrheit und verfahrensökonomischer Belange die Aufklärung eines tatsächlichen Geschehens im Vordergrund steht.<sup>24</sup> Diskutabel ist es allenfalls, dem Wahrheitsprinzip im Bereich der Bagatellkriminalität eine Art Verantwortungsprinzip entgegenzustellen, wie dies bspw. von Marc Thommen vorgeschlagen wird.<sup>25</sup>

Ein Schuldspruch, der auf einer unzutreffenden Sachverhaltsgrundlage basiert, kann auch nicht alleine damit legitimiert werden, dass die Entscheidung des Gerichts Ergebnis eines fairen Diskurses gewesen ist. Ein Strafprozess kann kaum als «herrschaftsfreier Diskurs» bzw. als «ideale Sprechsituation» im Sinne von Habermas verstanden werden, und man wird auch nicht sagen können, dass sich die Prozessbeteiligten ernsthaft um einen Konsens bemühen.<sup>26</sup> Ein Strafverfahren ist vielmehr dadurch charakterisiert, dass der massgebliche Sachverhalt verbindlich durch staatliche Instanzen festgelegt wird. Die Deutungshoheit über den Wahrheitsgehalt eines Beweises liegt eben nicht bei allen Beteiligten, sondern steht exklusiv den Strafbehörden zu.

Das Streben nach materieller Wahrheit ist also in diesem Sinne Voraussetzung für ein materiell richtiges und damit gerechtes Urteil. Daraus folgt dreierlei:

1. Auf definitorischer Ebene ist es sinnvoll, am korrespondenztheoretischen Wahrheitskonzept festzuhalten. Es ist weder logisch zwingend noch zweckdienlich, die Schwierigkeiten bei der Feststellung von Wahrheit bereits in der Definition des Wahrheitsbegriffs zu berücksichtigen.
2. Der Diskussionsfokus sollte weniger auf den Wahrheitsbegriff als vielmehr auf die tauglichen Wahrheitskriterien gelegt werden. Die zentrale Frage lautet nicht: «Was ist Wahrheit?», sondern «Wie finden wir sie?»
3. Die Grenzen der Wahrheitsfindung im Rechtsstaat müssen diskutiert und bestimmt werden. Denn dass es in einem rechtsförmigen Verfahren keine Wahrheitsfindung um jeden Preis geben darf, kann nicht oft genug betont werden.

24 *Y. Jeanneret*, Révision et procédure simplifiée: la contractualisation du droit pénal aux dépens de la vérité judiciaire, ZStrR 2019, 245 ff.

25 *M. Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess, Strafbefehls- und abgekürztes Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013, 241, 277 ff. Auf den gegen das Strafbefehlsverfahren gerichteten Einwand, dass das geltende Recht für eine «Selbstverurteilung» konsequenterweise eine explizite Zustimmung des Strafbefehlsempfängers fordern müsste, kann im vorliegenden Beitrag nicht eingegangen werden. Vgl. zu den sog. Zustellungsfiktionen im Strafbefehlsverfahren BGE 142 IV 286.

26 Kaufmann umschreibt die Einvernahmesituation treffend als «asymmetrische Kommunikation»; vgl. *A. Kaufmann*, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2013, 96 ff.

### III. Teilnahmerecht und Wahrheitskriterien

Der Blick auf die aktuelle Diskussion hinterlässt den Eindruck, dass diese drei Aspekte nicht immer hinreichend klar voneinander getrennt werden: Wahrheitsbegriff bzw. Ziel des Strafverfahrens (materielle Wahrheit), der Weg zur Wahrheitsfindung und die zulässigen Einschränkungen der Wahrheitsfindung werden vermengt.

Ein Beispiel hierfür ist die Diskussion über die Ausgestaltung des Teilnahmerechts. Es ist wenig sinnvoll, die Reichweite und die Grenzen des Teilnahmerechts mit dem Wahrheitsbegriff zu verknüpfen. Die Diskussion sollte vielmehr auf der zweiten und dritten Stufe angesiedelt werden, also nicht beim Wahrheitsbegriff, sondern bei den Wahrheitskriterien und dem Fairnessaspekt der Teilnahmerechte. Die Fragen lauten also: Dienen Teilnahmerechte der Wahrheitsfindung im Sinne der materiellen Wahrheit? Und: Müssen Teilnahmerechte auch gewährt werden, wenn sie der Wahrheitsfindung entgegenstehen können?

#### 1. Der wahrheitsfördernde Gehalt von Teilnahmerechten

Das Problem ist nun, dass die Meinungen bereits über den wahrheitsfördernden Gehalt von Teilnahmerechten weit auseinandergehen. Während die Strafverfolgungsseite die Teilnahmerechte überwiegend als missglücktes Einfallstor für Kollusionshandlungen sieht,<sup>27</sup> pocht die Verteidigung (unter Verweis auf die diskursiven Wahrheitstheorien) darauf, dass die Möglichkeit des Beschuldigten, die Version der aussagenden Person (ggf. mit Ergänzungsfragen) infrage zu stellen, im Lichte der Wahrheitsfindung geradezu unabdingbar sei. Welchen Beitrag Teilnahmerechte bei der Suche nach der materiellen Wahrheit leisten, ist eine Frage der Empirie. Untersuchungen spezifisch zum wahrheitsfördernden Gehalt von Teilnahmerechten nach Schweizer Vorbild wurden – soweit ersichtlich – noch nicht durchgeführt.<sup>28</sup>

Im Sinne einer Plausibilisierung kann es aber immerhin sinnvoll sein, den Blick auf Verfahrenssysteme zu lenken, die in stärkerem Ausmass adversatorisch geprägt sind. Im adversatorischen Modell sieht man im Wettstreit der Parteien, d. h. in einem dialektischen Verfahren, die effektivste Methode, die Wahrheit ans Licht zu bringen: Durch die Präsentation der unterschiedlichen Versionen von

27 Vgl. zu den Voten im Vernehmlassungsverfahren die Ausführungen in der Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung vom 28. August 2019, BBl 2019 6738.

28 Vgl. aber die Untersuchung von S. Summers/D. Studer, Fairness im Strafverfahren? Eine empirische Untersuchung, ZStrR 2016, 45 ff. zum Umgang mit dem konventionsrechtlich garantierten, mit dem Teilnahmerecht verwandten, Konfrontationsanspruch.

Wahrheit durch Anklage und Verteidigung sowie durch die Überprüfung der jeweiligen Version durch die Gegenpartei soll sich die «wahre Wahrheit» herauskristallisieren.<sup>29</sup>

Ob die dialektische Methode tatsächlich unter jedem Gesichtspunkt besser geeignet ist, im Wege der Gegenüberstellung einander widersprechender Thesen «Wahrheit» zu produzieren, ist jedoch weiterhin unklar. Für den zumindest wahrheitsfördernden Charakter spricht jedoch, dass das Eigeninteresse der Verfahrensparteien in aller Regel bewirkt, dass sie sich mit grossem Einsatz um das Auffinden und die wirksame Darstellung der Beweismittel bemühen, die für ihre jeweilige Version der Wahrheit sprechen. Demgegenüber verlässt sich das inquisitorische Modell vornehmlich auf das Pflichtbewusstsein und das Befragungsgeschick der staatlichen Institutionen.<sup>30</sup>

So kann beispielsweise eine der Wahrheitsfindung abträgliche suggestive Befragungstechnik eines Zeugen durch eine rechtzeitige Intervention der Verteidigungsseite moniert und ggf. verhindert werden,<sup>31</sup> und unvollständige Befragungen zum Sachverhalt können vom Beschuldigten durch Ergänzungsfragen präzisiert werden.

Die Ergänzung des inquisitorischen Modells mit adversatorischen Elementen kann also durchaus und trotz dem Amtsermittlungsgrundsatz nützlich sein. Mit dem Einbezug der Beschuldigtenperspektive geht eine Ergänzung und in der Regel eine Optimierung der Informationsbasis einher, wodurch – ganz im Sinne diskursiver Wahrheitstheorien – die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass sich das Urteil der materiellen Wahrheit annähert.<sup>32</sup>

## 2. Teilnahmerechte als Teilaspekt eines fairen Verfahrens

Teilnahmerechte sollen aber nicht nur die Zuverlässigkeit der Beweiserhebung im Lichte der materiellen Wahrheit positiv beeinflussen. Hinzu kommt ein weiterer Aspekt: Teilnahmerechte sind vom Gesetzgeber nämlich auch und insbesondere als Gegengewicht zur starken Machtstellung der Staatsanwaltschaft im

---

29 Vgl. dazu T. Weigend, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Wahrheitssuche im Strafverfahren, in: Festschrift für Ruth Rissing-Van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, hrsg. von K. Bernsmann/T. Fischer, Berlin/New York 2011, 755.

30 Weigend (Fn. 29), 756.

31 Was insbesondere deshalb von Interesse ist, weil Art. 143 Abs. 5 StPO, woraus sich das Verbot von Suggestivfragen ergibt, vom Bundesgericht als blosser Ordnungsvorschrift eingestuft wird und die Einvernahme deshalb grundsätzlich verwertbar bleibt, vgl. BGER 6B\_1162/2013 vom 8. Mai 2014, E. 1.5; BGER 6B\_676/2013 vom 28. April 2014, E. 4.4.3.

32 Weigend (Fn. 29), 756.

Vorverfahren geschaffen worden.<sup>33</sup> Die gesetzliche Regelung ist Konsequenz einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung, die Mitwirkungsrechte über den nach Art. 6 EMRK zu garantierenden Mindeststandard (Konfrontationsanspruch) anzuheben.<sup>34</sup> Sie trägt dabei dem Umstand Rechnung, dass die Beweise nach dem Schweizerischen Strafprozess weitestgehend vollständig im Vorverfahren erhoben und vor Gericht verwertet werden können. Es gilt der Grundsatz der sog. beschränkten Unmittelbarkeit.<sup>35</sup> Wenn Beweise rechtsgültig und ggf. abschliessend im Vorverfahren erhoben werden können, ist es jedoch notwendig, die partizipatorischen Verfahrensrechte bereits in diesem Verfahrensstadium greifen zu lassen, um der Perspektive der Verteidigung in ausreichendem Ausmass Geltung zu verschaffen. Die fehlende Unmittelbarkeit lässt sich überhaupt nur dann rechtfertigen, wenn partizipatorische Teilhaberechte im Vorverfahren zur Geltung kommen.

Die frühzeitige Präsenz der Verteidigung ist ausserdem von besonderer Notwendigkeit, wenn man berücksichtigt, dass die allermeisten Verfahren bekanntermassen durch Strafbefehl erledigt werden und damit die untersuchende und die urteilende Behörde in einer Person zusammenkommen (der Staatsanwältin oder des Staatsanwalts). Da das Gericht als Kontrollinstanz in vielen Fallkonstellationen wegfällt, sind Mitwirkungsmöglichkeiten für den Beschuldigten im Vorverfahren von besonderer Wichtigkeit.

Teilnahmerechte erfüllen also eine Doppelfunktion. Sie sind einerseits Bestandteil des Wahrheitsfindungsprozesses und andererseits ein Teilgehalt der Verfahrensfairness.

### 3. Anforderungen an Einschränkungen des Teilnahmerechts

Aus der grundsätzlich positiven Wirkung des Teilnahmerechts auf die Zuverlässigkeit der Beweiserhebung und dem Aspekt der Verfahrensfairness lassen sich aber auch Aussagen über die Anforderungen an Einschränkungen des Teilnahmerechts ableiten.

Der Gesetzgeber geht zunächst folgerichtig davon aus, dass Teilnahmerechte nach Verfahrenseröffnung – also im Untersuchungsverfahren – im Regelfall und auf Antrag hin immer zu beachten sind (Art. 147 Abs. 1 StPO). Nun ist jedoch einzugestehen, dass es durchaus Situationen geben kann, in denen die Teilnahme des

---

33 Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung vom 28. August 2019, BBl 2019 6714; BGE 139 IV 25.

34 Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung vom 28. August 2019, BBl 2019 6714, 6738 f.

35 Vgl. dazu ausführlich *Kaufmann* (Fn. 26); vgl. auch den Beitrag derselben Autorin in diesem Band.

Beschuldigten an einer Einvernahme des Mitbeschuldigten oder eines Zeugen die materielle Wahrheit gefährden kann.<sup>36</sup> Eher unproblematisch für die Einschränkung von Teilnahmerechten sind deshalb Konstellationen, in denen konkrete Hinweise für missbräuchliches oder kollusives Verhalten bestehen. Die Rechtsprechung akzeptiert eine Einschränkung des Teilnahmerechts deshalb folgerichtig dann, wenn der begründete Verdacht besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht (Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO), oder wenn die Einschränkung erforderlich ist für die Sicherheit von Personen bzw. zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen (Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO).<sup>37</sup>

Problematisch und begründungsbedürftig ist jedoch, dass in der Rechtsprechung von einer solchen konkreten Begründungs- und Darlegungslast im Hinblick auf die Gefährdung des Verfahrensinteresses aber auch zunehmend Abstriche gemacht werden. So soll das Teilnahmerecht nach neuerer Rechtsprechung in Analogie zur Bestimmung über das Akteneinsichtsrecht nach Art. 101 Abs. 1 StPO erst nach der ersten Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft und der Erhebung der übrigen wichtigen Beweise greifen.<sup>38</sup> Einer fallbezogenen Begründung für diese Einschränkung bedarf es nicht. In dieselbe Richtung zielt die in der Praxis anzutreffende Vorgehensweise der Verfahrenstrennungen (mit der Konsequenz, dass Teilnahmerechte nicht gelten)<sup>39</sup> oder das kurzfristige Anberaumen von Zeugen einvernahmen ohne terminliche Absprachen mit der Verteidigung.

Mit einem solchen gleichsam pauschalen Ausschluss des Teilnahmerechts wird das Teilnahmerecht massiv beschränkt. Statt einer *einzelfallbezogenen* Prognoseentscheidung wird ein *genereller* Ausschluss des Teilnahmerechts über weite Teile des Untersuchungsverfahrens akzeptiert. Diese Praxis ist deshalb bedenklich, weil bereits das polizeiliche Ermittlungsverfahren (in dem unbestrittenermassen kein Teilnahmerecht gilt) relativ lange andauert und ein Kollusionsverhalten deshalb in den meisten Fällen ohnehin jenseits der «Verbrechervernunft» wäre, da die Aussagen aus dem Ermittlungsverfahren verwertbar bleiben.

Vor allem aber verkennt eine fallunabhängige Einschränkung des Teilnahmerechts die beschriebenen Chancen im Hinblick auf die Wahrheitsfindung. Stimmt die These, dass Teilnahmerechte einen Beitrag zur materiellen Wahrheit leisten können, sollten Einschränkungen nur mit Bedacht und keinesfalls pauschal akzeptiert werden dürfen. Deshalb leuchtet es auch nicht recht ein, warum sich Strafbehörden teilweise vehement gegen die Beibehaltung von Teilnahmerechten

---

36 A. Guisan, La violation du droit de participer (art. 147 CPP), AJP 2019, 337, 341.

37 BGE 139 IV 25, 35.

38 BGer 6B\_256/2017 vom 13. September 2018, E. 2.2.1.

39 Vgl. etwa BGer 6B\_611/2015 vom 17. Dezember 2015; vgl. zu den Schranken von Verfahrenstrennungen BGer 1B\_467/2016 vom 16. Mai 2017.

stemmen. Vielmehr müsste die tatsächliche Wahrnehmung von Teilnahmerechten sogar im Sinne der Strafbehörden liegen, die ja aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes aufgefordert sind, die materielle Wahrheit herauszufinden. All dies lässt vermuten, dass für die Skepsis gegenüber den Teilnahmerechten (jedenfalls auch) ein weiterer Grund massgeblich ist. Die Verteidigung wird als potenziell verfahrenskomplizierender Faktor wahrgenommen, die den effizienten Verfahrenfortgang negativ zu beeinträchtigen droht. Die Geltendmachung von Verfahrensrechten seitens der Verteidigung oder praktische Belange können aber für sich genommen nicht ausreichend sein, Verfahrenspositionen jenseits einer nachgewiesenen Gefährdung des Verfahrens einzuschränken.

Mit Blick auf die aktuell anstehende Revision des Teilnahmerechts ergeben sich aus den dargestellten Überlegungen die folgenden Leitlinien:

1. Ein pauschaler Hinweis auf deren (vermeintlich) kollusive Wirkung kann nicht ausreichen, um Teilnahmerechte einzuschränken. Es braucht vielmehr den Nachweis einer konkreten Kollusionsgefahr.
2. Vermutete Kollusionshandlungen müssen einen gewissen Schweregrad aufweisen, leichtgradige Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung sind aufgrund der Bedeutung des Teilnahmerechts als Bestandteil des Fairnessgebots und der Waffengleichheit zu tolerieren.
3. Eine Beschränkung des Teilnahmerechts aus bloss organisatorischen Gründen kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn durch die Gewährung des Teilnahmerechts die Durchführung des Verfahrens und damit der Strafanspruch des Staates an sich gefährdet wäre.

#### 4. Revision der Strafprozessordnung zum Teilnahmerecht

Abschliessend stellt sich nun die Frage, ob die in der gegenwärtigen Revision der StPO vorgeschlagene Begrenzung der Teilnahmerechte diesen Leitplanken Rechnung trägt. Der Entwurf sieht als Einschränkung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person die folgende Bestimmung vor:

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

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

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

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



Der Vorentwurf hatte noch vorgesehen, dass die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person von der Einvernahme ausschliessen kann, wenn zu befürchten ist, «dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird».<sup>40</sup> Von diesem Kriterium der befürchteten Kollisionshandlung hat man im Entwurf jedoch Abstand genommen, da das Kriterium der «Befürchtung einer Anpassung» spekulativ und daher untauglich sei, weil sich zum Voraus nicht sagen lasse, ob die beschuldigte Person ihre Aussagen später tatsächlich anpassen werde oder nicht.<sup>41</sup>

Stattdessen soll nun entscheidend sein, ob sich die beschuldigte Person zum Gegenstand der Einvernahme «einlässlich geäussert hat». Ohne dass dies in der Botschaft angesprochen wird, wird damit ein Paradigmenwechsel beschrritten, denn die Einschränkung des Teilnahmerechts löst sich mit dem Kriterium der «einlässlichen Äusserung» des Beschuldigten vollständig von etwaigen (vermuteten) Kollisionshandlungen. An die Stelle des materiellen Kriteriums der Kollusion tritt das formelle Kriterium der «einlässlichen Äusserung» im Rahmen einer Einvernahme. Das Kriterium der einlässlichen Äusserung zum Gegenstand der Einvernahme ist jedoch fraglich, soweit die Botschaft dafür verlangt, dass sich die beschuldigte Person auch «substanziell» zur Sache äussert und nicht vom Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht.<sup>42</sup> Tut sie Letzteres nämlich, soll der Mechanismus von Art. 147a Abs. 1 E-StPO greifen und das Teilnahmerecht kann verweigert werden. Dass diese Regelung in Widerspruch zur Selbstbelastungsfreiheit steht (die beschuldigte Person muss sich zwischen Aussagefreiheit und Teilnahmerecht entscheiden), wird in der Botschaft noch nicht einmal erwähnt.<sup>43</sup> Fraglich ist ausserdem, welche Auswirkungen diese Norm auf den Haftgrund der Kollusionsgefahr haben könnte. Nach der Rechtsprechung kann Kollusionsgefahr nämlich so lange angenommen werden, wie keine verwertbare Aussage vorliegt.<sup>44</sup> Wenn die Wahrnehmung des Aussageverweigerungsrechts dazu führt, dass die Teilnahmerechte beschränkt werden, dürfte in der Situation der Aussageverweigerung über längere Zeit keine verwertbare Aussage generiert werden, die die Kollusionsgefahr im Sinne der Haftgründe bannt. Der Aussagezwang wird dadurch zusätzlich erhöht.

Problematisch ist des Weiteren, dass der Bundesrat auf das Kriterium der Gefahr einer Absprache, also auf Kollusionsverhalten, komplett verzichten will bzw. eine solche Gefahr vor der ersten Einvernahme schlicht pauschal unterstellt. Dass

---

40 Art. 147a des Vorentwurfs zur Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung (abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstppo/vorentw-d.pdf>; zuletzt abgerufen am 11. 3. 2020).

41 Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung vom 28. August 2019, BBl 2019 6737.

42 Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung vom 28. August 2019, BBl 2019 6737.

43 N. Gurtner/M. Oural/D. Kinzer, Le projet de nouvel art. 147a CPP: la balance perd l'équilibre, *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes* 2019, 415, 418.

44 BGer 1B\_409/2017 vom 10. Oktober 2017, E. 4.4.

die Sichtweise des Beschuldigten zur Wahrheitsfindung beitragen kann, wird hingegen aus pragmatischen Überlegungen ignoriert. Insofern die Staatsanwaltschaft den «Gegenstand der Einvernahme» selbst festlegen kann, besteht ein weiteres Problem für die Verteidigung darin, dass der Staatsanwaltschaft ermöglicht wird, die Einvernahme mit der beschuldigten Person in Etappen durchzuführen, und so das Teilnahmerecht hinauszuzögern. Ausserdem besteht kein grundsätzlicher Anspruch darauf, dass überhaupt eine Einvernahme mit der beschuldigten Person zu einem bestimmten Zeitpunkt durchgeführt wird.

Der generelle Ausschluss der beschuldigten Person bei der (ersten) Einvernahme ist auch nicht sonderlich effizient, solange die Staatsanwaltschaften aufgrund von Art. 147a Abs. 3 E-StPO zwecks Wahrung des Teilnahmerechts (der dann letztlich auf einen blossen Konfrontationsanspruch im Vorverfahren reduziert wird) dazu verpflichtet werden, eine zusätzliche Einvernahme unter Gewährung der «Gelegenheit zu einer Gegenüberstellung» und einem Fragerecht durchzuführen. Heute ist es zwar durchaus nicht selten anzutreffen, dass Staatsanwaltschaften Fälle auf der Grundlage unverwertbarer Einvernahmen anklagen und darauf gebaut wird, dass Gerichte den Konfrontationsanspruch durch eine gerichtliche Befragung gewährleisten.<sup>45</sup> Dem Wortlaut von Art. 147a Abs. 3 E-StPO entsprechend wäre ein solches Vorgehen aber zukünftig nicht mehr möglich, weil der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung diese Rechte «vor dem Abschluss der Untersuchung» eingeräumt werden müssen. Die Frage wird dann aber lauten, wie Gerichte mit Situationen umgehen werden, in denen der Konfrontationsanspruch an sich gestützt auf Art. 147a Abs. 3 E-StPO im Vorverfahren hätte gewährleistet werden müssen, die Befragung unter Wahrung des Gegenüberstellungs- und Fragerechts aber ohne Weiteres vor Gericht durchgeführt werden könnte und auf der Grundlage von Art. 343 Abs. 3 StPO ggf. sogar (zusätzlich) müsste. Eine Rückweisung der Anklage an die Staatsanwaltschaft zwecks Durchführung einer Einvernahme im Vorverfahren (Art. 329 Abs. 2 StPO) wäre zwar konsequent aber weder praktikabel noch zu erwarten.

Die zahlreichen Diskussionen und die zwei letztlich untauglichen Versuche des Bundesrats, die Thematik der Teilnahmerechte zufriedenstellend zu lösen, zeigen auf, dass weiterer Klärungsbedarf besteht, vor allem hinsichtlich möglicher positiver oder negativer Einflüsse von Teilnahmerechten auf die Wahrheitsfindung.

---

45 Im Unterschied zu einer Verletzung des Teilnahmerechts ist eine «Heilung» der Verletzung des Konfrontationsanspruchs durch eine spätere Befragung möglich. Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens *einmal* während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen (BGE 140 IV 172, 176). Vgl. zu den Folgen einer Verletzung von Art. 147 Abs. 1 BSK StPO-Schleiminger Mettler (Fn. 4), Art. 147 N 28 (mit Nachweisen zur Gegenauffassung).

Solange aber nicht erwiesen ist, dass Teilnahmerechte die Wahrheitsfindung per se beeinträchtigen, sollten Einschränkungen mit Bedacht gewählt werden. Die bereits in der Rechtsprechung hierfür entwickelten Kriterien (insbesondere die Analogie zum Akteneinsichtsrecht) sind dabei bereits mehr als ausreichend, um den Anliegen der Staatsanwaltschaften Rechnung zu tragen. Weshalb es mit Art. 147a E-StPO einer weiteren Beschränkung des Teilnahmerechts bedarf, erschliesst sich nicht.

#### **IV. Fazit**

Ausgangspunkt dieses Beitrages waren Überlegungen zum Wahrheitsbegriff. Es hat sich gezeigt, dass es richtig ist, am materiellen Wahrheitsbegriff festzuhalten und die Schwierigkeiten bei der Feststellung von Wahrheit nicht dazu führen dürfen, das Verfahrensziel der Wahrheitssuche aufzugeben. Der Schuldgrundsatz und das Gebot der Rechtsanwendung verlangen die Aufklärung der tatsächlichen Geschehnisse. Der Blick auf die Thematik der Teilnahmerechte hat gezeigt, dass in der Diskussion nicht ausreichend deutlich zwischen Wahrheitsbegriff, Wahrheitskriterien und normativen Schranken der Wahrheitsfindung differenziert wird. Die im Entwurf zur Revision der Strafprozessordnung vorgeschlagene Regelung über die Einschränkung der Teilnahmerechte vermag nicht zu überzeugen. Sie steht in Widerspruch zur Selbstbelastungsfreiheit und verkennt, dass Teilnahmerechte einen Beitrag für die Aufklärung der materiellen Wahrheit leisten können.