

# Konfrontationen nur vor dem Ger

■ Sararard Arquint, Rechtsanwalt, Zürich, und Sarah Summers, Oberassistentin, Universität Zürich

**Das Recht von Beschuldigten auf Konfrontation mit Belastungszeugen ist in der neuen eidgenössischen Strafprozessordnung nicht explizit erwähnt. Umso wichtiger ist die konkrete Ausgestaltung. Konfrontationen mit Zeugen oder Mitangeeschuldigten sollten einzig vor dem urteilenden Gericht stattfinden. Denn ein faires Verfahren verlangt, dass wesentliche Beweismittel vor einer unparteilichen Amtsperson abgenommen werden. Untersuchungsrichter und Ankläger erfüllen diese Voraussetzung nicht.**

Die neue Strafprozessordnung (CH-StPO) wird voraussichtlich Anfang 2010 in Kraft treten.<sup>1</sup> Die Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts und die damit zusammenhängenden Fragen stellen, auch wenn die Themen nicht neu sind, eine tiefgreifende Neuerung, ja eine kleine Revolution dar.<sup>2</sup>

Insbesondere der Rechtsprechung wird das neue Gesetz eine grössere Präzision und Kohärenz bei der Beantwortung von Einzelfragen ermöglichen. Das Bundesgericht wird sich nur mehr mit einer einzigen Verfahrensstruktur auseinandersetzen haben. Es kann sich ganz auf diese konzentrieren und muss keine Rücksichten auf einzelne kantonale Lösungen mehr nehmen: Kompromisse, welche für mehrere verschiedene Verfahrensmodelle passen, entfallen.

Das Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen erscheint von besonderem Interesse, da dieser Punkt mehrere (sich teilweise überschneidende) Grundfragen des Verfahrensrechts berührt: Die Frage nach der Art und Weise der Beweiserhebung, die dabei getroffene Wahl der institutionellen Struktur des Gesetzes und auch die Frage nach den Rechten des Angeschuldigten vor dem Hintergrund der Bundesverfassung (BV) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Das Recht auf Konfrontation und seine Ausgestaltung erzählt uns mit anderen Worten viel über das gewählte System als solches.

Es soll an dieser Stelle auf die getroffene Wahl der institutionellen Struktur der entsprechenden Norm (Wer kontrolliert die Konfrontation?) und deren Folgen näher eingegangen werden. Die mehr materielle Frage der Art und Weise der Beweiserhebung, vor allem die von der Eidgenössischen Strafprozessordnung speziell behandelten Fragen des Zeugenschutzes<sup>3</sup>, können hier nicht weiter besprochen werden.

## 1 Konfrontationsrecht mehrfach verbrieft

Die Eidgenössische Strafprozessordnung regelt das Recht auf Konfrontation ohne dieses selbst ausdrücklich zu erwähnen.<sup>4</sup> Soweit ersichtlich erwähnt auch die bundesrätliche Botschaft das Recht auf Konfrontation nicht explizit.<sup>5</sup> Das in Frage stehende Recht wird auch von der Bundesverfassung als Ausfluss des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) in Art. 32 Abs. 2 BV gewährt.<sup>6</sup>

Nach allgemein anerkannter Auffassung verbrieft das Recht auf Konfrontation die Regel, nach welcher der Beschuldigte eine hinreichende Gelegenheit haben muss, Belastungszeugen Fragen zu stellen.

Es geht darum, dass der beschuldigten Person konkret ermöglicht wird, Zeugen und deren belastende Aussagen anzugreifen, das heisst auf die Probe zu stellen. Es soll ausgeschlossen werden, dass ein Strafurteil auf belastende Aussagen von Zeugen abgestützt wird, ohne dass dem Beschuldigten wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben wird, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Zeugen zu stellen.<sup>7</sup>

Spezifisch geregelt wird das Recht auf Konfrontation in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK. Es ist kein Zufall, dass das Recht auf Konfrontation, als einziger Teilaspekt des rechtlichen Gehörs, speziell geregelt wird. Die Skepsis gegenüber dem strafprozessualen Zeugenbeweis, einem immer noch bedeutsamen Teil des Schuldbeweises, reicht historisch weit zurück.

Dem Zeugenbeweis wird im Strafprozess von allen Seiten, das heisst vom Gericht, von der Strafverfolgung und von der Verteidigung, je unter verschiedenen Vorzeichen, auch heute noch mit Vorbehalt begegnet.<sup>8</sup> Die Erhebung des strafprozessualen Zeugenbeweises benötigt daher umfassende Sicherungsmechanismen.

# dem Gericht

## 2 Machtausgleich bei Befragung angestrebt

Von grösster Wichtigkeit erscheint der institutionelle Kontext, in welchem die Beweiserhebung stattfindet, das heisst, das Recht auf Konfrontation ausgeübt werden kann.

Bereits im Verlauf des 19. Jahrhunderts vertraten namhafte Juristen<sup>9</sup> die Auffassung, dass die Beweiserhebungen am besten im Beisein eines unabhängigen und unparteiischen Richters, des Anklägers und der Verteidigung («Das Criterium des Anklageprocesses ist die accusatorische Trinität von Richter, Anklage- und Verteidigungspartei»<sup>10</sup>) stattfinden sollen. Dieses Verständnis basierte auf der radikalen Ablehnung der Prinzipien des Inquisitionsprozesses. Das Hauptproblem sahen die damaligen Juristen in der Machtkonzentration und der Personalunion bei der Beweiserhebung und Anklageführung: «From the nature of the institution the public prosecutor is a party; from his title it belongs to him to prosecute, but for that very reason it would be contrary to justice to allow him to conduct the examination proceedings.»<sup>11</sup>

Auch aufgrund des breiten Konsenses im 19. Jahrhundert in dieser Frage überrascht es wenig, dass die Gründer der EMRK dieses Modell und besonders dessen institutionellen Charakter bei der Formulierung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK adaptierten.<sup>12</sup>

Das Recht auf Konfrontation ist vor dem Hintergrund des allgemeinen Fairnessgebotes von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu interpretieren.<sup>13</sup> Zentraler Grundsatz der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltenen Rechte ist jener des fairen Verfahrens. Verkürzt gesprochen muss die Entscheidung über die strafrechtliche Anklage «fair» sein, vor einem unabhängigen und unparteiischen Richter in einer öffentlichen Anhörung und innerhalb angemessener Frist stattfinden.

Aus dem allgemeinen Prinzip der Fairness hat der Gerichtshof immer wieder weitere, zum Teil auch spezielle Aspekte entwickelt.<sup>14</sup> Dabei wurde insbesondere das Prinzip der vollständigen Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung und das Recht auf ein kontradiktorisches Verfahren betont.<sup>15</sup> Der Text von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gibt aber keine direkten Anhaltspunkte für die Regelung des Untersuchungsverfahrens.

## 3 Auswirkungen des Fairnessgebots

Während das von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geforderte Fairnessgebot als solches in ganz Europa akzeptiert wird, besteht auch in der Schweiz wenig bis kein Konsens über seine Auswirkungen für das Untersuchungsverfahren. Die Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf das Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren ist umstritten. So wird teilweise weiter vertreten, dass das Fairnessprinzip auf das Gerichts- und nicht auf das Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren zugeschnitten sei und diese Einschränkung sinngemäss allgemein auch für Art. 6 Ziff. 1 EMRK gelte.<sup>16</sup>

Diese vom Gerichtshof heute klar abgelehnte Ansicht<sup>17</sup> zeigt zumindest ein Problemfeld auf: der Text von Art. 6 EMRK scheint in seinem Wortlaut auf das unmittelbare Verfahren vor dem urteilenden Gericht zugeschnitten zu sein. Verfahrenssysteme, welche wenig Betonung auf das Gerichtsverfahren legen beziehungsweise in welchen grössere Teile der Beweiserhebung im Untersuchungsverfahren stattfinden, erscheinen unterreguliert. Auf der Suche nach solchen Regulierungsmechanismen lohnt es sich nach der ratio legis von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, nach dessen Schutzobjekt zu fragen.

- 1 BBl 2007 6977: Die Referendumsfrist lief am 24. Januar 2008 unbenutzt ab.
- 2 Bereits der Schweizerische Juristentag vom 9. September 1946 behandelte das Thema «Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozessrecht».
- 3 Siehe Art. 149 ff.
- 4 Siehe Art. 146 Abs. 2 i. V. m. Art. 147 Abs. 1 CH-StPO.
- 5 BBl 2006 1085.
- 6 Urteil 1P.650/2000 vom 26. Januar 2001, publ. in: Pra 90/2001 Nr. 93, S. 543, E. 3b.
- 7 BGE 129 I 151.
- 8 Vor diesem Hintergrund ist auch die Glaubwürdigkeits- und Beweislehre zu begreifen. Vor allem gegenüber Angaben von Mitbeschuldigten zeigt die heutige Praxis, dass eine grundsätzliche Skepsis angebracht ist.
- 9 Etwa F. Hélie, *Traité de l'instruction Criminelle*, 2. Aufl., Paris 1866–1867; C.J.A. Mittermaier, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neusten Fortbildung*, Erlangen 1856; J.F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, Bd. I–III, London 1883; H.A. Zachariä, *Handbuch des deutschen Strafprozesses*, Göttingen 1861 & 1868.
- 10 J. Vargha, *Die Verteidigung in Strafsachen*, Wien 1879, S. 288.
- 11 A. Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure with special reference to France*, Boston 1913; Nachdruck New Jersey 2000, S. 502.
- 12 Auch Schweizer Juristen vertraten diese Meinung, etwa H.-F. Pfenninger, *Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes*, Zürich 1966.
- 13 Etwa S.N. c. Schweden, N° 34209/96 ECHR 2002-V, 245, § 43: «the Court notes that the guarantees in Article 6 § 3(d) of the Convention are specific aspects of the right to a fair trial set forth in the first paragraph of this Article.» Siehe auch S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005, S. 292 ff.
- 14 R. Eser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, Berlin 2002, S. 400.
- 15 Kamasinski c. Österreich, Urteil vom 19. Dezember 1989, Serie A N° 318-B, § 102 (kontradiktorisches Verfahren); Bulut c. Österreich, Urteil 22. Februar 1996, Reports 1996-II, 346, § 47 (Waffengleichheit). Siehe weiter S. Trechsel, a.a.O., S. 89 ff.
- 16 N. Schmid, *Strafprozessrecht*, 4. Aufl. 2004, N 235, mit Verweis auf BGE 106 IV 88; M.E. Villiger, *Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention*, 2. Auflage 1999, N. 483.

#### 4 Diskussionsbedarf bei Entscheidfindung

Als Schutzobjekt von Art. 6 Ziff. 1 EMRK muss die Entscheidfindung über die Anklage (in den Originaltexten: «determination of the charge», «soit du bien-fondé de toute accusation») betrachtet werden. Diese hat fair zu sein.

Es fragt sich nun, was unter dem Begriff der Entscheidfindung über die Anklage zu verstehen ist. Im Kontext von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, das heisst den grundsätzlichen Erfordernissen des unparteiischen Richters, der Waffengleichheit und dem kontradiktorischen Verfahren, kann dieser Begriff nur weit ausgelegt werden: Um die Entscheidfindung effektiv schützen zu können, muss vom Begriff neben der Beweiserhebung grundsätzlich umfasst sein.

Es geht hierbei nicht darum zu behaupten, dass der gesamte institutionelle Kontext, welchen Art. 6 Ziff. 1 EMRK verbrieft, unesehen im ganzen Vorverfahren Anwendung finden kann. Betont soll aber werden, dass es mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht vereinbar erscheint, wenn dessen wichtigster Anknüpfungspunkt, die gesamte Beweiserhebung, aus dem abgesicherten Rahmen herausgelöst wird. Anders zu entscheiden bedeutete, Art. 6 Ziff. 1 EMRK seines institutionellen Gehalts völlig zu entleeren.

Es kann damit nicht entscheidend sein, in welchem Verfahrensstadium Beweise erhoben werden. Vielmehr muss vom nationalen Strafverfahrensrecht dafür gesorgt werden, dass den Prinzipien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in jedem Verfahrensstadium beziehungsweise so oder anders nachgelebt wird. In einem System, in welchem die Unmittelbarkeit des Gerichtsverfahrens zumindest eingeschränkt ist, stellt die verfahrensrechtliche Regulierung und Behandlung des Vorverfahrens – wie

oben erwähnt – eine besonders wichtige Frage dar.<sup>18</sup> Dazu gehört auch, dass wesentliche Beweisaufnahmen vor einer unparteiischen Amtsperson erfolgen. Die Befragung von wichtigen Zeugen, vor allem auch Konfrontationen, stellen solche wesentliche Beweisaufnahmen dar.

Das Recht auf Konfrontation wie es in Art 6 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verbrieft ist, wird von der Rechtsprechung dahingehend interpretiert, dass die entsprechenden Beweise normalerweise in einer öffentlichen Verhandlung im Beisein des Angeklagten erhoben werden müssen, um ihm die Möglichkeit zur [Gegen-]Darstellung zu geben.<sup>19</sup> Dieser Grundsatz legt nahe, dass die Konfrontation anlässlich der Gerichtsverhandlung stattfinden soll.<sup>20</sup> Der Gerichtshof legt seine Formulierung aber nicht in dieser (strikten) Weise aus und lässt es vom Grundsatz her zu, dass Beweise auch im Vorverfahren erhoben werden, vorausgesetzt, dass die Verteidigungsrechte im Ganzen gewahrt werden.<sup>21</sup> Betont wird in diesem Zusammenhang stark, dass dem Beschuldigten «ausreichend und angemessen» Gelegenheit zu geben ist, seine Rechte wahrzunehmen.<sup>22</sup>

Das Bundesgericht verfolgt den gleichen Ansatz.<sup>23</sup> Es erscheint dabei klar, dass eine «ausreichende und angemessene» Gelegenheit, das Konfrontationsrecht wahrzunehmen, aber eben auch formalen Charakter haben muss.<sup>24</sup> Im Besonderen ergibt sich daraus, neben dem Teilnahmerecht bei Befragungen von Zeugen, auch der Anspruch, dass die Befragung (Beweiserhebung) vor einer unparteiischen Verfahrensleitung stattfindet. Eine Konfrontationseinkommunikation, vorgenommen und überwacht durch den Staatsanwalt, muss so notgedrungen als weit weniger fair bezeichnet werden als eine solche, welche vor einer unparteiischen Amtsperson erfolgt.

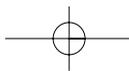
#### 5 Teilnahmerecht absolut gewährt

Die Eidgenössische Strafprozessordnung gewährt institutionell ohne Einschränkung den ersten Aspekt, das heisst denjenigen des Teilnahmerechts: Gemäss Art. 147 Abs. 1 CH-StPO haben die Parteien «das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen». Art. 147 Abs. 4 CH-StPO legt sodann fest, dass «Beweise, die in Verletzung der Bestimmungen dieses Artikels erhoben worden sind, nicht zulasten der Partei verwertet werden dürfen, die nicht anwesend war».<sup>25</sup> Das Teilnahmerecht wird damit unter einem quasi aufgeweichten Vorbehalt der Unverschiebbarkeit der angesetzten Termine absolut gewährt.

Es besteht kein Anspruch auf Terminverschiebung – bei zwingender Verhinderung des Verteidigers oder der Partei (ohne Rechtsbeistand) kann aber eine Wiederholung der Beweiserhebung verlangt werden. Eine solche Wiederholung kann dann nur bei anderer Wahrung des rechtlichen Gehörs verweigert werden.<sup>26</sup>

Aus dem Wortlaut von Art. 147 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 CH-StPO muss im weiteren geschlossen werden, dass sowohl die beschuldigte Person als auch der Verteidiger von Anfang an bei jeder Zeugenbefragung anwesend sein und Ergänzungsfragen stellen können. Das Fragerecht muss von beiden wahrgenommen werden können. Damit geht die Bestimmung insofern weiter als Art. 6 Ziff. 3 EMRK, als es nach dieser genügt, wenn entweder Verteidiger oder die beschuldigte Person das Fragerecht wahrnehmen können.

Art. 146 Abs. 2 CH-StPO lässt die Konfrontation grundsätzlich von der Staatsanwalt durchführen beziehungsweise überwachen. Mit dieser



institutionellen Regelung scheinen der Eidgenössischen Strafprozessordnung Schwierigkeiten betreffend die Frage der Unparteilichkeit der Verfahrensleitung bei Erhebung wichtiger Beweise, das heisst dem Fairnessgebot, beschert zu sein: Die Staatsanwaltschaft wird vom Gesetz für das Hauptverfahren und das Rechtsmittelverfahren ausdrücklich als Partei bezeichnet<sup>27</sup> und ist funktional auch im Vorverfahren als solche aufzufassen. Ein Splitting ist nicht möglich. Ihre Aufgabe ist die Strafverfolgung, ihre Tätigkeit ist von der Berufsstruktur auf die Überführung von Tatverdächtigen gerichtet<sup>28</sup> und schränkt sie im Vermögen, der beschuldigten Person unbefangen gegenüberzutreten, stark ein. Dies muss umso mehr gelten, wenn die Staatsanwaltschaft zugleich Untersuchungs- und Anklagebehörde ist.

Auch der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft in den kantonalrechtlichen Gesetzen vor allem im Untersuchungsverfahren zur Objektivität verpflichtet werden könnte<sup>29</sup>, kann den Anforderungen, welche Art. 6 Ziff. 1 EMRK an die Unparteilichkeit stellt, nicht genügen. Damit scheint die von der Eidgenössischen Strafprozessordnung getroffene Regelung die Mindestanforderungen, welche Art. 6 Ziff. 1 EMRK an eine unparteiische Verfahrensleitung bei den wesentlichen Beweiserhebungen stellt, nicht zu erfüllen.

## 6 Beweisabnahmen vor Gericht zentral

Art. 343 CH-StPO scheint für das Gerichtsverfahren eine eingeschränkte Unmittelbarkeit zu verbieten. In der heute geltenden, schliesslich in das Gesetz übernommenen Version<sup>30</sup> erhebt das Gericht neue und ergänzt unvollständig erhobene Beweise (Abs. 1), darüber hinaus erhebt es im Vorverfahren

nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals (Abs. 2), ebenfalls erhebt es im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig ist (Abs. 3).

Zusammengefasst soll die Beweisaufnahme des Gerichts also neue, unvollständige beziehungsweise fehlerhaft erhobene oder auch für die Urteilsfällung besonders wichtige Beweise umfassen. Insbesondere mit der letzteren Umschreibung sollte das Gericht über Raum verfügen, die Beweisaufnahme an sich zu ziehen.

Eine zu enge Auslegung dieser Vorschrift oder eine Nichtausübung dieser Kompetenz durch das Gericht führte, betrachtet man die oben erläuterten Regelungen über die Beweiserhebungen des Staatsanwalts, zu einem System, welches Art. 6 Abs. 1 EMRK in keiner Weise entspräche. Wichtigste Teile der Beweiserhebung würden so einzig vor und von einer Partei erhoben, deren Wirken funktional ganz auf eine erfolgreiche Strafverfolgung ausgerichtet ist.

Es ist damit zu fordern, dass wesentliche Beweisabnahmen grundsätzlich immer auch vom urteilenden Gericht durchgeführt werden können. Wenn die eigentlichen Konfrontationen mit Zeugen oder Mitangeschuldigten einzig vor dem urteilenden Gericht stattfinden, können Doppelspurigkeiten vermieden werden. Das auch dem Verteidiger früh bei jeder Zeugeneinvernahme auch vor dem Staatsanwalt einzuräumende Teilnahme- und Frage-recht sichert dabei ab, dass erste Zeugenaussagen rechtskonform zustande kommen. Es verhindert auch, dass Zeugen in späteren Einvernahmen gleichsam versucht sind, jeden Widerspruch zu einer früheren Aussage zu vermeiden, und das Frage-recht so zu einem späteren Zeitpunkt ins Leere laufen könnte.<sup>31</sup>

- 17 John Murray c. das Vereinigte Königreich, Urteil vom 8. Februar 1996, Reports 1996-I, 30, § 62; Imbrioscia c. die Schweiz, Urteil vom 24. November 1993, Serie A N° 275, § 36.
- 18 Probleme bestehen so etwa auch bei der Frage des Zeitpunkts des effektiven Beizugs eines Verteidigers, S. Arquint, «Anwalt der ersten Stunde? – Ein Positionspapier!», in R. Schlauri / B. Schindler (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 175 ff.
- 19 Barberà, Messengué und Jabardo c. Spanien, Urteil vom 6. Dezember 1988, Serie A N° 146, § 78.
- 20 S. Trechsel, «Unmittelbarkeit und Konfrontation als Ausfluss von Art. 6 EMRK», in: AJP 2000, S. 1366 ff.
- 21 Kostovski c. die Niederlande, Urteil vom 20. November 1989, Serie A, Nr. 166, § 41.
- 22 van Mechelen und andere c. die Niederlande, Urteil vom 23. April 1997, Reports 1997-III, 691.
- 23 Vergleiche etwa BGE 125 I 127, 134.
- 24 Siehe auch S. Summers, Fair Trials: The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Oxford 2007.
- 25 Beachtenswert ist hierbei Art. 141 CH-StPO, welcher unter bestimmten Bedingungen auch «ein aus den Akten weisen» (separate Aufbewahrung unter Verschluss) ermöglichen soll.
- 26 Vergleiche Abs. 2 und 3 von Art. 147 CH-StPO.
- 27 Vergleiche Art. 104 CH-StPO.
- 28 Gemäss Art. 16 CH-StPO ist die Staatsanwaltschaft für die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs verantwortlich.
- 29 Eine solche Verpflichtung findet sich in der CH-StPO – soweit ersichtlich – nicht.
- 30 Der Begleitbericht zum Vorentwurf vom Juni 2001 enthielt ausdrückliche Hinweise zum hier besprochenen Problem.
- 31 Vergleichbare Regelungen werden heute bereits in verschiedenen Kantonen (etwa Bern oder Basel-Stadt), unter verschiedenen institutionellen Voraussetzungen, praktiziert.

