

Die Umsetzung der Menschenrechte (EMRK, IPBPR) in der Praxis – aus der Sicht eines ehemaligen schweizerischen Richters¹

I. Einleitung

An den Anfang des Beitrags sollen vier Aussagen gestellt werden, welche auf den ersten Blick kaum etwas mit dessen Thematik zu tun haben, deren Relevanz dann aber angesichts der weiteren Ausführungen deutlich werden wird.

- Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung in Kraft getreten. Bis dahin bestanden in der Schweiz 29 Strafprozessordnungen mit teilweise deutlich unterschiedlichen Regelungen.
- Die Normen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)² und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR, UNO-Pakt II)³ sind in der Schweiz unmittelbar anwendbar. Die Schweiz kennt kein besonderes Verfassungsgericht. Alle Gerichte haben grundsätzlich u.a. Bundesgesetze und Völkerrecht anzuwenden. Der Grund für diese Regelung liegt im schweizerischen Verständnis der Gewaltenteilung, welches vom Primat der Bundesversammlung als gesetzgebender Gewalt über die anderen Staatsorgane geprägt ist. Nach der Praxis des Bundesgerichts sind zudem alle Gesetze verfassungs- und konventionskonform auszulegen.
- Im Kanton Zürich werden mehr als 80% aller Strafverfahren, welche nicht mit einer Einstellung abgeschlossen werden – einschliesslich Übertretungsstrafverfahren – gestützt auf ein Geständnis bzw. gestützt auf die Akzeptanz des ergangenen Entscheids erledigt. In deutlich weniger als 20% der übrigen Strafverfahren wird aufgrund einer Anklage ein gerichtliches Sachurteil gefällt⁴. Diese Zahlen dürften mit gewissen Abweichungen für die gesamte Schweiz Gültigkeit haben.

¹ Ich danke meiner Assistentin, lic. iur. Irene Arnold, für die Hilfe bei der Ausarbeitung dieses Beitrages.

² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101.

³ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992, SR 0.103.2.

⁴ Teilweise wird davon ausgegangen, es werde in lediglich ca. 5% aller Strafverfahren Anklage an ein Gericht erhoben, welches darüber im ordentlichen Verfahren zu

- Obschon die Zahl der Straftatbestände und die Kriminalität tendenziell steigen, werden die Strafverfolgungskapazitäten kaum bzw. nur geringfügig erhöht.

II. Auswirkungen des Konventionsrechts auf das Schweizerische Strafverfahrensrecht

1 Vereinheitlichung des Schweizerischen Strafverfahrensrechts als Folge der Berücksichtigung des Konventionsrechts

1.1 *Konventionsrecht als Katalysator zur Harmonisierung der kantonalen Rechte*

Die EMRK und der IPBPR spielten und spielen weiterhin eine zentrale Rolle bei der Vereinheitlichung des Schweizerischen Strafverfahrensrechts.

Zum einen waren die beiden Konventionen und die Praxis dazu – insbesondere zu den Art. 5 und 6 EMRK bzw. den Art. 9 und 14 IPBPR mit dem darin normierten Mindeststandard – wichtige Ursachen für die gegenseitige Angleichung der diversen kantonalen Strafverfahrensrechte. Im Vordergrund standen und stehen dabei die Voraussetzungen und konkreten Umstände des Freiheitsentzugs einerseits sowie die Auslegung des «Fair-trial-Prinzips» andererseits. Zur Vereinheitlichung trug der Umstand bei, dass das Verfassungsrecht sowie das Bundesrecht – wie bereits erwähnt – soweit möglich konventionskonform ausgelegt werden. Von zentraler Bedeutung war ausserdem, dass bis Ende 2010 in Kraft stehendes kantonales Strafprozessrecht, welches den Konventionen widersprach, von den Gerichten nicht zur Anwendung gebracht werden durfte. So wurden in den Entscheiden von Gerichten oftmals mehrere EGMR-Entscheidungen zitiert, welche unmittelbar Eingang in die Erwägungen fanden. Nicht selten wurden Erwägungen im jeweiligen Entscheid nicht auf die kantonale Norm, sondern direkt auf Konventionsrecht abgestützt.

entscheiden hat, vgl. dazu DONATSCH ANDREAS/KOUTSOGIANNAKIS VASSILIOS, Das Geständnis im Strafbefehls- sowie im abgekürzten Verfahren, in: Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias, hrsg. von A. Kuhn u.a., Bern 2013, 960f.

1.2 Berücksichtigung der Konventionsrechte bei der Ausgestaltung des Schweizerischen Strafverfahrensrechts

Die Normen der Konventionen und die Praxis des EGMR zu diesen wurden und werden sodann vom Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Schweizerischen StPO mit berücksichtigt.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber dazu neigt, herkömmliche Rechtsinstitute zu bewahren. Er tendiert in der Regel dazu, bestehende Lösungen menschenrechtskonform zu gestalten, und dies selbst dann, wenn es sich angesichts der rechtlichen Rahmenbedingungen als schwierig erweist.

Grundlegend ist wohl das Bestreben, das Verfahren beizubehalten, in welchem der Staatsanwalt die Voruntersuchung führt und die Anklage vertritt, während das Gericht sich im Wesentlichen auf die Ergebnisse dieser Abklärungen stützt. Als weiteres Beispiel für das Festhalten am bisherigen Recht kann die Ausgestaltung des Verfahrens angeführt werden, welches zur Untersuchungshaft führt⁵. Trotz des hohen Zeitdrucks – der Entscheid über die Haft muss nach Art. 5 Ziff. 3 EMRK unverzüglich («promptly», «aussitôt» bzw. «dans le plus court délai»), d.h. innert weniger Tagen⁶, gefällt werden – hat der Gesetzgeber die schweizerische Rechtstradition beibehalten, wonach die festgenommene Person – allenfalls nach der Einvernahme durch die Polizei⁷ – zunächst der Staatsanwaltschaft zuzuführen und von dieser zu befragen ist⁸. Erst danach hat diese beim Zwangsmassnahmengericht einen Antrag auf Anordnung von Untersuchungshaft zu stellen⁹. Das Zwangsmassnahmengericht muss seinen Entscheid spätestens innerhalb von 48 Stunden seit Eingang des Antrages fällen¹⁰. Die Frist liesse sich leichter einhalten, wenn die Frage der Anordnung von Untersuchungshaft ohne vorgängige Befragungen durch Polizei und Staatsanwaltschaft direkt durch das Zwangsmassnahmengericht entschieden würde.

⁵ Vgl. dazu Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern 2001, 159ff.

⁶ Vgl. z.B. EGMR vom 29.11.1988, *Brogan and others v. Grossbritannien*, Applications nos. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, Ziff. 58ff.; EGMR vom 12.3.2003, *Öcalan v. Türkei*, Application no. 46221/99, Ziff. 107ff.

⁷ Art. 219 Abs. 2 StPO (Schweizerische Strafprozessordnung [Strafprozessordnung, StPO] vom 5. Oktober 2007, SR 312.0).

⁸ Art. 224 Abs. 1 StPO.

⁹ Art. 224 Abs. 2 StPO.

¹⁰ Art. 226 Abs. 1 StPO.

2 Konventionsrechte im Verfassungs- und Strafverfahrensrecht als Mittel zur Erzielung möglichst gerechter Urteile

Die Anwendung des verfassungs- und konventionskonformen Strafverfahrensrechts ist nach hier vertretener Auffassung geeignet, ein gerechtes Urteil zu bewirken und damit, den Rechtsfrieden wieder herzustellen. Das Konventionsrecht bildet eine wesentliche Quelle sowie Garantie der Verfahrensgerechtigkeit bzw. der procedural justice¹¹.

Die Begründung dafür, dass die konsequente Anwendung des Strafprozessrechts dabei hilft, nach Gerechtigkeit zu streben, basiert auf zwei Säulen. Zum einen stellen die zur Anwendung gelangenden Normen und Prinzipien Teil der weltweiten und insbesondere europäischen Vorstellungen von Menschenrechten dar. Als solche kann man sie unter anderem als Produkt unserer geschichtlichen Entwicklung sowie unserer Erfahrungen im Bemühen um ein ausgewogenes Strafverfahren verstehen. Zum zweiten lässt sich durch eine konsequente Anwendung der geltenden Normen des Strafprozessrechts das Gerechtigkeitspostulat der sogenannten «Gleichheit in der Reihe» verfolgen. Dass auf diese Weise ein auch inhaltlich in jeder Hinsicht gerechtes Urteil erzielt werden kann, kann damit allerdings nicht in jedem Fall garantiert werden.

Im Übrigen hilft die konsequente Beachtung der konventionskonform ausgelegten Verfahrensrechte dem Richter, seine Verantwortung zu tragen. Ihm ist durchaus bewusst, dass er keine Garantie dafür übernehmen kann, niemals einen Unschuldigen schuldig zu sprechen. Er weiss aber, dass er bestmöglich nach Gerechtigkeit strebt, wenn er sich an das geltende Verfahrensrecht hält.

3 Umsetzung der Menschenrechte aus der Optik der beschuldigten Person

Die Konventionsrechte werden, jedenfalls der Sache nach – gewissermaßen letztinstanzlich –, durch den EGMR ausgelegt. Bei diesem handelt es sich um ein Gericht, welches sich aufgrund seiner Zuständigkeit in erster Linie mit den Rechten der beschuldigten Person zu befassen hat. Obschon der EGMR bei seinen Entscheidungen sicherlich die Rechte anderer Beteiligter im Auge behält, besteht doch eine gewisse Gefahr, dass die Beschuldigtenrechte im Verhältnis zu denjenigen etwa des Opfers oder des bedrohten bzw. traumatisierten Belastungszeugen ein Übergewicht erhalten. Dies kann beispielsweise am Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht der beschuldigten Person bei der Befragung von Belas-

¹¹ TRECHSEL STEFAN, Gerechtigkeit im Fehlurteil, ZStrR 118 (2000) 3.

tungszeugen deutlich gemacht werden. Den Rechten der Opfer und damit dem Interesse an der Wiederherstellung des Rechtsfriedens wurde mit der «Sole and decisive-Regel»¹² lange kaum genügend Rechnung getragen. Diese Praxis ist seit dem Entscheid *Al-Khawaja and Tahery*¹³ zu Recht revidiert worden.

4 Mängel bei der Umsetzung der Konventionsrechte in der Rechtswirklichkeit

In der Praxis zeigt sich, dass die Konventionsrechte selbst im Falle einer konventionskonformen Strafverfahrensordnung nicht durchwegs umgesetzt werden können. So kann es sein, dass im Untersuchungsverfahren oder in der ersten Instanz konventionsrechtlich garantierte Ansprüche nicht beachtet worden sind. Es wäre nun die Aufgabe der Verteidigung, ein Rechtsmittel zu erheben. Unterlässt sie dies, liegt darin zwar möglicherweise eine ungenügende Verteidigung. Dieser Umstand bleibt aber folgenlos, der Mangel wird nicht behoben. Es existiert nämlich keine Instanz, welche überprüft, ob gegen einen mangelhaften Entscheid ein Rechtsmittel hätte erhoben werden sollen. Entsprechend wird der Verteidiger wegen seiner ungenügenden Verteidigungsleistung in dieser Verfahrensphase nicht durch einen anderen Verteidiger ersetzt, welcher seinerseits das Rechtsmittel ergreifen könnte.

Der soeben dargelegte Sachverhalt ist deshalb nicht unbedeutend, weil die erstinstanzlichen Gerichte erfahrungsgemäss die Praxis des EGMR nicht unverzüglich umsetzen, sondern häufig erst dann, wenn diese gefestigt und in höchstrichterliche Entscheide bzw. Kommentare eingeflossen ist.

Wird ein Rechtsmittelverfahren durchgeführt und kommt der Rechtsmittelinstanz eine eingeschränkte Kognition zu, so besteht die Möglichkeit, dass gravierende Mängel durch das Gericht zwar erkannt, aber nicht behoben werden. Rechtsmittelinstanzen treten nämlich nur dann auf entsprechende Rügen ein, wenn diese in der gesetzlich gebotenen substantiierten Weise vorgebracht werden. Nur am Rande sei erwähnt, dass die hohen formellen Anforderungen von Rechtsmittelinstan-

¹² Z.B. EGMR vom 27.9.1990, *Windisch v. Österreich*, Application no. 12489/86, Ziff. 31; EGMR vom 26.3.1996, *Doorson v. Niederlande*, Application no. 20524/92, Ziff. 76; EGMR vom 23.4.1997, *van Mechelen and others v. Niederlande*, Applications nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, Ziff. 63; EGMR vom 17.5.2001, *Lucà v. Italien*, Application no 33354/96, Ziff. 40.

¹³ EGMR vom 15.12.2011, *Al-Khawaja and Tahery v. Grossbritannien*, Applications nos. 26766/05 and 22228/06, Ziff. 159ff.; vgl. auch EGMR vom 6.12.2012, *Pesukic v. Schweiz*, Application no. 25088/07, Ziff. 44ff.

zen damit zu tun haben, dass sich diese Instanzen nur auf diese Weise gegen Überlastungen schützen können. Das Nichteintreten auf eine Beschwerde beansprucht in der Regel ungleich weniger richterliche Kapazitäten als die inhaltliche Behandlung derselben.

Entsprechend führt der Umstand der eingeschränkten Kognition der Rechtsmittelinstanzen – dazu gehört auch das Schweizerische Bundesgericht – dazu, dass diese die Konventionsrechte in ihren Entscheiden nur teilweise umsetzen können, und dies obschon ihnen die Praxis des EGMR häufig in der Regel besser bekannt ist als den erstinstanzlichen Gerichten.

Bei diesem Befund ist die bereits erwähnte Erfahrungstatsache zu beachten, dass sich vor allem erst- und teilweise auch zweitinstanzliche Gerichte häufig an ihre eigene Praxis halten. Praxisänderungen höherer Gerichte und wohl in vermehrtem Masse die Rechtsprechung des EGMR werden erfahrungsgemäss nicht selten erst dann konsequent umgesetzt, wenn diese in die Entscheidungssammlungen und in die Kommentarliteratur Eingang gefunden haben.

Nicht selten werden Gerichte kritisiert, welche Menschenrechte in bestimmten Konstellationen in ihren Entscheiden (erstmalig) zur Anwendung bringen. Das war beispielsweise bei der Anwendung des Beschleunigungsgebots nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Art. 14 Ziff. 1 IPBPR) der Fall¹⁴. Heute wird die Frage der Einhaltung dieses Prinzips gewissermassen routinemässig in den meisten Entscheiden geprüft.

5 Die Umsetzung des Fair-trial-Prinzips und die limitierten Strafverfolgungskapazitäten

In ferner Vergangenheit bildete das Geständnis der beschuldigten Person eine zentrale Voraussetzung für deren Verurteilung. Das führte dazu, dass häufig – mit den bekannten Folgen – mit allen Mitteln darauf hingewirkt wurde, ein Geständnis zu erlangen. Aufgrund der damit verbundenen Erfahrungen sowie der Zunahme der Möglichkeiten naturwissenschaftlicher Beweise trat die Bedeutung des Geständnisses ab dem 19. Jahrhundert zunehmend in den Hintergrund.

Gegen Ende des 20. Jahrhunderts wurden die Rechte der beschuldigten Person im Strafverfahren sowohl auf nationaler Ebene als auch durch die Rechtsprechung des EGMR zunehmend ausgebaut. Unter anderem führte diese Entwicklung dazu, dass es für die Strafverfolgungsbehörden tendenziell schwieriger und aufwändiger wurde bzw. ist, den Beweis für ein strafbares Verhalten zu erbringen. Insbesondere führten Mängel in der

¹⁴ Z.B. EGMR vom 27.6.1968, Wemhoff v. Bundesrepublik Deutschland, Application no. 2122/64, Ziff. 18ff.; EGMR vom 15.7.1982, Eckle v. Bundesrepublik Deutschland, Application no. 8130/78, Ziff. 72ff.

Untersuchungsführung vermehrt zur Unverwertbarkeit von Beweisen¹⁵. Das lässt sich ohne jegliche Wertung feststellen. Beispielhaft zu nennen sind etwa die Orientierungspflichten zu Beginn von Befragungen¹⁶, das Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht der beschuldigten Person bei Beweisabnahmen, insbesondere bei der Befragung von Belastungszeugen¹⁷, oder die Wahrung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit Stellungnahmen der Parteien¹⁸.

Die kontinuierliche Stärkung der Rechte der beschuldigten Person führte nicht nur zum Ausgleich der Machtbalance im Verhältnis zwischen ihr und der Strafverfolgungsbehörde. Sie hatte und hat auch eine Vergrößerung des Aufwands bei der Durchführung der Strafverfahren sowie teilweise – jedenfalls tendenziell – eine Schwächung der Rechte der übrigen Verfahrensbeteiligten zur Folge.

Weil die Strafverfolgungskapazitäten nicht entsprechend ausgebaut wurden, verlegten und verlegen die Staatsanwälte ihre Bemühungen darauf, ihre Verfahren wo möglich anders als im gesetzlich vorgesehenen ordentlichen Verfahren zu erledigen. Wie Wasser, das sich seinen Weg zu bahnen weiss, suchten und suchen die Staatsanwälte nach einem anderen, mit weniger Schwierigkeiten gepflasterten Weg. Sie taten dies – wie ihre amerikanischen Kollegen schon seit längerer Zeit mit dem plea bargaining¹⁹ – zunächst mittels Absprachen. Mit diesen stellten sie gegen ein Geständnis ein bestimmtes Verfahrensergebnis in Aussicht. Im Laufe der Zeit wurde diese Methode der Verfahrenserledigung durch die Gerichtspraxis legitimiert und gar vom Gesetzgeber geregelt²⁰. Daneben werden andere Möglichkeiten erprobt. Zu nennen sind etwa die Berufung auf den angeblichen Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person,

¹⁵ Vgl. Art. 140f. StPO.

¹⁶ Vgl. z.B. Art. 158 StPO, Art. 177 Abs. 1 StPO.

¹⁷ Art. 358ff. StPO.

¹⁸ EGMR vom 18.2.1997, Nideröst-Huber v. Schweiz, Application no. 18990/91, Ziff. 24; EGMR vom 28.6.2002, F. R. v. Schweiz, Ziff. 34ff.; EGMR vom 21.2.2002, Ziegler v. Schweiz, Application no. 33499/96, Ziff. 33.

¹⁹ Vgl. z.B. BOMMER FELIX, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 128 (2009) II 5ff.; DONATSCH ANDREAS, Vereinbarungen im Strafprozess, in: Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, hrsg. von Gauthier Jean/Marty Dick F./Schmid Niklaus, ZStrR 110, Bern 1992, 159ff.; SCHLAURI REGULA, Die abgekürzten Verfahren in den Strafprozessordnungen der Kantone Baselland und Tessin – eine schweizerische Form des US-amerikanischen plea bargaining?, in: Strafrecht als Herausforderung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, hrsg. von Ackermann Jürg-Beat, Zürich 1999, 479ff.; WIESER CHARLOTTE, Kritische Anmerkungen zum abgekürzten Verfahren gemäss Art. 385ff. VE StPO, BJM 2003, 11ff.

²⁰ Art. 147 StPO.

falls diese Rechtsverletzungen nicht sofort rügt²¹, oder die Feststellung, die beschuldigte Person verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich im Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten im Nachhinein auf bestimmte Verfahrensrechte beruft²².

Auf die zuletzt angeführten Fallkonstellationen des Verzichts und des Rechtsmissbrauchs gehe ich im Folgenden nicht weiter ein. Ich beschränke mich auf das Geständnis, welches zunehmend wieder ins Zentrum des Strafverfahrens gerät²³. Mit einem Geständnis lassen sich mühsame und allenfalls nicht einmal erfolversprechende Beweiserhebungen vermeiden und folglich in jedem Fall Strafverfolgungskapazitäten einsparen. Geständnisse sind für die Strafverfolgungsbehörden auch deshalb interessant, weil die Gefahr äusserst gering ist, vor Gericht zu unterliegen und aus diesem Grunde womöglich in den Medien als Verlierer gebrandmarkt zu werden.

Nach schweizerischem Recht kann z.B. im Strafbefehlsverfahren durch die Staatsanwaltschaft nach einem Geständnis ohne weiteres Verfahren eine Busse, eine Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen oder eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten verhängt werden (Art. 352 StPO). Der Erlass eines Strafbefehls ist sogar ohne Geständnis und Zustimmung der beschuldigten Person dann möglich, wenn der Sachverhalt «anderweitig als geklärt» erachtet werden kann²⁴. Im Ergebnis bedeutet dies, dass – entgegen der ordentlicherweise bestehenden Pflicht zur Überprüfung²⁵ – im Strafbefehlsverfahren nicht abgeklärt werden muss, ob ein Geständnis glaubhaft ist oder nicht.

Im sogenannten abgekürzten Verfahren stellt die beschuldigte Person der Staatsanwaltschaft Antrag auf Verhandlungen betreffend den zu beurteilenden Sachverhalt sowie die Bemessung der dafür denkbaren Sanktion. Werden diese Verhandlungen erfolgreich abgeschlossen, gesteht die beschuldigte Person einen bestimmten Sachverhalt gegenüber dem Staatsanwalt ein. Sie einigt sich mit der Staatsanwaltschaft auf eine Sanktion – maximal auf bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe. Anschliessend reicht die Staatsanwaltschaft das Ergebnis dieser Verhandlung in der Form einer Anklage – besser eines Urteilsentwurfs – beim Gericht ein. Dem Gericht

²¹ Z.B. BGE 120 Ia 55; vgl. ZIMMERLIN SVEN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, Zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 2008.

²² Z.B. BGER vom 8.6.2010, 6B_22/2010, Erw. 2; BGER vom 21.11.2011, 6B_603/201, Erw. 4.

²³ Vgl. ARZT GUNTHER, Salomonische Wahrheit – heute, in: In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, hrsg. von Hassemer Winfried/Kempf Eberhard/Moccia Sergio, München 2009, 19ff.

²⁴ Art. 352ff. StPO.

²⁵ Art. 160 StPO.

ist es untersagt, Beweise abzunehmen. Es hat ausschliesslich zu prüfen, ob das Geständnis freiwillig erfolgte und ob die beantragte Sanktion als angemessen erachtet werden kann²⁶.

Weiter kann ein Strafverfahren eingestellt werden, falls wegen Geringfügigkeit kein öffentliches Interesse daran besteht²⁷. Gleiches gilt im Falle der Wiedergutmachung²⁸, wenn also beispielsweise die beschuldigte Person eine Zahlung an das potentielle Opfer oder an eine gemeinnützige Organisation leistet.

Erinnert man sich an die eingangs getroffenen Feststellungen, dass die Strafverfolgungskapazitäten im Gegensatz zum materiellen Strafrecht nur wenig ausgebaut worden sind, und zieht man weiter in Betracht, dass die Anforderungen im ordentlichen Strafverfahren gestiegen sind sowie dass derartige Verfahren zufolge der ausgebauten Rechte der Beteiligten regelmässig aufwändiger sind als früher, so wird nachvollziehbar, dass nur ein kleiner Teil aller Strafverfahren im dafür ordentlicherweise vorgesehenen Verfahren durchgeführt wird. Für die Strafverfolgungsbehörden besteht die Versuchung, einzelne Rechte nicht zu gewähren – beispielsweise durch Annahme eines Verzichts der beschuldigten Person oder durch Annahme rechtsmissbräuchlichen Verhaltens. Ganz besonders besteht aber die Versuchung, in möglichst vielen Verfahren leichter und mittlerer Kriminalität von der beschuldigten Person ein Geständnis zu erlangen und das Verfahren gestützt darauf zu erledigen.

Damit scheint sich eine für den Rechtsstaat und die beschuldigte Person problematische Entwicklung – natürlich in anderer Form und in erheblich abgeschwächter Weise – zu wiederholen, welche man im 19. Jahrhundert überwunden glaubte. Zwar wird wohl eine Vielzahl von beschuldigten Personen nur das gestehen, was möglicherweise unter Einsatz aller kriminalistischen Möglichkeiten nachgewiesen werden könnte.

Aber auch heute kann keineswegs ausgeschlossen werden, dass eine beschuldigte Person zu Unrecht ein Geständnis ablegt. Ein solches kann sich zu ihren Gunsten, aber auch zu ihren Lasten auswirken.

Oftmals wird zwar betont, es sei höchst unwahrscheinlich, dass ein Unschuldiger fälschlicherweise den ihm von der Staatsanwaltschaft gemachten Tatvorwurf eingestehe. Dem muss jedoch nicht so sein. Eine der Ursachen dafür, dass sich eine beschuldigte Person fälschlicherweise schuldig bekennen kann, liegt darin, die Sache möglichst rasch erledigen zu wollen und nicht über mehrere Jahre der Ungewissheit und den Belastungen eines Strafverfahrens ausgesetzt zu sein. Genau darauf hätte die

²⁶ Art. 358ff. StPO.

²⁷ Art. 52 StGB.

²⁸ Art. 53 StGB.

beschuldigte Person gemäss Konventionsrecht Anspruch – Stichwort Beschleunigungsgebot²⁹.

Auch aus anderen Überlegungen kann ein möglicherweise unzutreffendes Geständnis abgelegt werden. Eine mögliche Ursache dafür besteht in der – übrigens gemäss StGB³⁰, Bundesverfassung³¹ sowie auch mit Blick auf die Menschenrechte³² problematischen – unbestimmten Formulierung von Straftatbeständen. Es ist durchaus denkbar, dass sich beispielsweise eine der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 StGB beschuldigte Person überlegt, ob sie sich für ein langjähriges Strafverfahren mit ungewissem Ausgang oder stattdessen für einen Strafbefehl oder ein abgekürztes Verfahren mit einer im Voraus bestimmten bzw. jedenfalls abschätzbaren Freiheitsstrafe unter Gewährung des bedingten Vollzugs entscheiden soll. Da wäre es durchaus nachvollziehbar, wenn sich eine beschuldigte Person für das Ende mit Schrecken, mithin für das – jedenfalls aus ihrer Sicht – unzutreffende Geständnis entscheidet.

Was aber kann den Staatsanwalt dazu bewegen, auf derartige Verfahrenserledigungen auszuweichen? Nun, er kann die ihm zugeteilten Strafverfahren mit geringem Aufwand erledigen. Der Druck, welcher auf der Staatsanwaltschaft lastet, ist – wie bereits erwähnt – u.a. die Folge ungenügender Strafverfolgungskapazitäten bzw. der Beachtung des Ausbaus der Rechte der beschuldigten Person wie auch anderer Verfahrensbeteiligter. Entsprechend kann der Staatsanwalt seinen Pendenzenberg abbauen. Damit demonstriert er eine hohe Arbeitseffizienz, was sich in aller Regel karrierefördernd auswirken wird.

Die Besonderheit dieser Sachlage besteht darin, dass die Umstände, welche zu dieser Drucksituation und den Möglichkeiten zur Lösung der damit zusammenhängenden Probleme führen, gesetzlich geregelt sind und entsprechend von den Gerichten akzeptiert werden bzw. akzeptiert werden müssen.

Im Ergebnis zeigt sich, dass bei der beschuldigten Person – zuge-spitzt ausgedrückt – von einer Zweiklassengesellschaft gesprochen werden muss. Gewissermassen zur Oberschicht gehören diejenigen maximal 20%, welche in den Genuss eines ordentlichen Strafverfahrens gelangen.

²⁹ Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 1 IPBPR.

³⁰ Art. 1 StGB.

³¹ Nach hier vertretener Auffassung lässt sich das Prinzip «nulla poena sine lege» nicht nur aus Art. 29 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 BV, sondern auch aus Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. c BV ableiten, vgl. dazu DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, 30; vgl. auch POPP PETER/LEVANTE PATRIZIA, in: Basler Kommentar, hrsg. von Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 1 N 8; vgl. auch BGE 118 Ia 139; BGE 118 Ia 318f.; BGE 119 IV 244; BGE 123 IV 227ff.

³² Art. 7 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 15 IPBPR.

Mit Blick auf die Inanspruchnahme von verfassungsmässigen Rechten – und insbesondere von Menschenrechten – setzt sich die Unterschicht zumindest aus einem Teil derjenigen beschuldigten Personen zusammen, welche eine Verfahrenserledigung gestützt auf ein Geständnis erlangen bzw. in Kauf nehmen.

M.E. ist diese Entwicklung, die sich schon seit vielen Jahren abgezeichnet hat, zumindest mittelfristig unumkehrbar.

Immerhin ist zu beachten, dass primär der Staat dafür verantwortlich ist, Fehlurteile möglichst zu vermeiden³³. Dieser Verantwortung kann er – wie bereits erwähnt – nur auf dem Weg über faire Verfahren nachzukommen suchen. Entsprechend muss der Staat den Strafverfolgungsorganen die Kapazitäten zur Verfügung stellen, welche es ermöglichen, faire Verfahren durchzuführen. Nur am Rande sei erwähnt, dass der Staat auch die Anreize dafür schaffen muss, dass sich seine Strafverfolgungsorgane die für die jeweiligen Verfahren nötige Zeit nehmen. Will er dies, so darf er die Arbeitsleistung nicht in erster Linie nach der Anzahl erledigter Verfahren bemessen.

Stimmt man dem zu, so müssen sich der Gesetzgeber sowie die Richter bei der Formulierung und bei der Auslegung der Rechte der beschuldigten Person vermehrt auf die Prüfung der Umstände konzentrieren, unter denen von einem Verzicht auf Verfahrensrechte oder von rechtsmissbräuchlichem Verhalten der beschuldigten Person oder ihrer Verteidigung ausgegangen wird. Vor allem aber muss das Hauptaugenmerk auf die Umstände gerichtet werden, unter denen Geständnisse zustande kommen. In diesem Punkt müssen die Qualitätsanforderungen sehr hoch sein. Insbesondere ist es unverzichtbar, dass die massgeblichen Konventionsrechte im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Geständnisses in jeder Hinsicht eingehalten werden.

Nur am Rande soll in diesem Zusammenhang auf ein weiteres, grundsätzliches Problem hingewiesen werden, auf welches hier nicht weiter eingegangen werden kann: Die Dokumentation des Verfahrens sowohl im Vorverfahren wie auch im gerichtlichen Verfahren ist meist unzureichend. Gerade im Zusammenhang mit Gesprächen, welche zu einem Geständnis führen, wäre eine möglichst vollständige Erfassung nicht nur des Gesprächs, sondern auch der jeweiligen Umstände von grosser Wichtigkeit. Wie kann aufgrund eines zusammenfassenden Wortprotokolls festgestellt werden, ob die Strafbehörde die beschuldigte Person zur Erlangung des Geständnisses unter Druck gesetzt oder aber lediglich über die Rechtslage aufgeklärt hat?

³³ DONATSCH ANDREAS/FREI MIRJAM, Sühne ohne Schuld? Strafrechtliche Haftung bei unsicherer Rechts- und Sachlage, ZStrR 127 (2009) 48ff.

Aus diesem Grunde ist zu überlegen, ob die Umsetzung der Menschenrechte – vor allem in den 80% der Verfahren, welche nicht auf dem ordentlichen Weg durchgeführt werden – durch eine Verbesserung der Dokumentation der Verhandlungen anzustreben wäre. Zu prüfen wäre, ob von Gesprächen zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden, welche im Hinblick auf Geständnisse und Zustimmungen zu derartigen besonderen Verfahren geführt werden, Videoaufnahmen anzufertigen sind. Dies würde die Überprüfung der genauen Verhältnisse, unter welchen ein Geständnis abgelegt wird, erleichtern. Allerdings würde eine derartige Kontrolle durch eine zweite Instanz bei Strafbefehlsverfahren nur in den wenigen Fällen möglich sein, in welchen Einsprache erhoben wird.

Wollte man die Frage der Fairness bei derartigen Verfahren generell überprüfen, so könnte eine gerichtliche Instanz geschaffen werden, welche die Erledigung von Strafverfahren durch Strafbefehl oder im abgekürzten Verfahren von Amtes wegen gestützt auf die Akten sowie die erstellten Videoaufnahmen zu überprüfen hätte. Allerdings wäre der Aufwand zur Gewährleistung möglichst fairer Strafbefehlsverfahren und möglichst fairer abgekürzter Verfahren bei einer derart umfassenden Prüfpflicht so enorm, dass unter dem Gesichtspunkt des optimalen Mitteleinsatzes hinterfragt werden müsste, ob es nicht effektiver wäre, den Anwendungsbereich dieser besonderen Verfahrensarten massiv einzuschränken und wieder vermehrt ordentliche Verfahren durchzuführen.

Will der Staat seiner Verantwortung für die Garantie fairer Verfahren nachkommen, so würde es wohl nicht ausreichen, die bestehenden Strafverfolgungskapazitäten auszubauen. Zu prüfen wäre überdies, ob die zur Verfügung stehenden Mittel unter Einhaltung des Fairnessprinzips effizienter eingesetzt werden könnten, als dies bisher der Fall ist. Ich denke daran, dass er dem Prinzip vermehrt zum Durchbruch verhelfen könnte, wonach das Strafrecht nur als «ultima ratio» eingesetzt werden darf. Mit anderen Worten müsste der Staat ständig eruieren, welche Straftatbestände tatsächlich notwendig sind, und alle übrigen streichen. Auf diese Weise könnten die Zahl der Strafverfahren gesenkt und die dadurch frei werdenden Strafverfolgungskapazitäten mit dem Ziel eingesetzt werden, eine möglichst grosse Zahl von Strafverfolgungen unter Einhaltung aller Beschuldigtenrechte im ordentlichen Verfahren durchzuführen.