



**Andreas Donatsch**  
*Prof. Dr. iur., Universität Zürich*

## **Erste Erfahrungen mit dem Beweisrecht**

**insbesondere Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständige <sup>1</sup>**

### **Inhaltsübersicht**

- I. Einleitung
- II. Befragung im Allgemeinen
- III. Befragung der beschuldigten Person
- IV. Zeugen
- V. Auskunftspersonen
- VI. Gutachten
- VII. Verwertung von Beweisen
- VIII. Schlussbemerkungen

### **I. Einleitung**

Nachdem die eidgenössische Strafprozessordnung seit beinahe zwei Jahren in Kraft steht, rechtfertigt sich eine erste Bestandesaufnahme zum Beweisrecht. Im Vordergrund stehen dabei die Befragung von Personen sowie Fragen der Beweisverwertung. In diesem Zusammenhang ist die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) mit zu berücksichtigen.

### **II. Befragung im Allgemeinen**

In der Art und Weise der Durchführung der Einvernahme ist die befragende Behörde unter dem Vorbehalt der Befolgung der Regeln von Art. 140 StPO weitgehend frei. Insbesondere bestehen keine Vorschriften, zu welchem Zeitpunkt die Befragung anzusetzen ist, also beispielsweise vor oder nach einer bestimmten Prozesshandlung oder einer anderen Einvernahme etc. <sup>2</sup>

Nach Art. 146 Abs. 1 StPO ist vom Grundsatz auszugehen, dass die Personen, welche im Strafverfahren befragt werden sollen, grundsätzlich getrennt einzuvernehmen sind. Dadurch soll bezweckt werden, die Unbefangenheit der betreffenden Personen zu gewährleisten und ein kollusives Aussageverhalten zu erschweren. Das Obergericht des Kantons Zürich hat dazu unter Bezugnahme auf eine Mehrheit von Lehrmeinungen 3 festgehalten, das bedeute, dass die einzuvernehmenden Personen unter Ausschluss der anderen zu befragen seien. Entsprechend bestehe kein Anspruch der beschuldigten Person, bei Befragung des Belastungszeugen in einem frühen Stadium des Untersuchungsverfahrens anwesend zu sein. Zwar stehe der beschuldigten Person bei der Einvernahme von Belastungszeugen ein Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht zu. Dieses könne jedoch auch zu einem späteren Zeitpunkt gewährt werden. 4 Demgegenüber hat das Appellationsgericht Basel-Stadt erkannt, die Parteien hätten gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO das Recht, an sämtlichen Beweiserhebungen im Vorverfahren sowie im gerichtlichen Verfahren teilzunehmen, wobei die Einschränkung des rechtlichen Gehörs nach Art. 108 StPO sowie die Regelung nach Art. 159 StPO vorbehalten bleiben. 5

Richtigerweise ist zu beachten, dass die Partei, welche ihr Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht ausübt, nach der Systematik der StPO nicht als einvernommene Person erachtet werden darf. Einvernommen wird in dieser Konstellation – anders wäre es bei einer Konfrontationseinvernahme – einzig der Belastungszeuge.

forumpoenale–2012– 236

Teilt man diese Auffassung, so besteht zwischen Art. 146 Abs. 1 und Art. 147 Abs. 1 StPO kein Widerspruch. 6 Die gesetzliche Regelung ist überdies klar. Auch der Botschaft kann nicht entnommen werden, Art. 147 Abs. 1 StPO gelte nicht generell, sondern sei so zu verstehen, dass die Parteien wenigstens einmal im Verlaufe des Verfahrens Gelegenheit erhalten müssten, bei den betreffenden Beweiserhebungen und damit auch bei der Befragung von Belastungszeugen anwesend zu sein und diesen Ergänzungsfragen zu stellen. 7 Das bedeutet folglich, dass die Parteien nach dem Wortlaut des Gesetzes – entgegen dem erwähnten Entscheid des Obergerichts Zürich – generell das Recht haben, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und durch die Gerichte anwesend zu sein und der einvernommenen Person Fragen zu stellen. 8 Zu beachten ist im Übrigen, dass der Gesetzgeber das Recht auf Teilnahme an Beweiserhebungen explizit auf Befragungen durch die Staatsanwaltschaft und durch die Gerichte beschränkt. Einvernahmen durch die Polizei sind von der Norm somit nicht erfasst. Es würde zu weit führen, im vorliegenden Zusammenhang im Detail zu klären, ob Art. 147 Abs. 1 StPO auf delegierte Einvernahmen im Sinne von Art. 142 StPO anwendbar ist. M.E. ist die Frage zu bejahen. Das Teilnahmerecht gilt damit bei allen Einvernahmen ab dem Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung. 9

Im Falle der Gefahr eines Missbrauchs des Teilnahmerechts nach Art. 147 Abs. 1 StPO, u.a. beispielsweise bei Kollusionsgefahr, kann – wie das Appellationsgericht Basel-Stadt richtigerweise ausführt – die Partei gestützt auf Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO ausgeschlossen werden.

Eine andere Auffassung zur Auslegung der Art. 146 Abs. 1 und Art. 147 Abs. 1 StPO liesse sich nur dann vertreten, wenn im Rahmen der Auslegung geltend gemacht würde, Art. 146 f. StPO gäben nicht den wahren Sinn des Gesetzes wieder, weshalb deren Auslegung über den Wortlaut hinaus so vorzunehmen sei, dass die vom Obergericht Zürich vertretene Lösung erzielt werden kann. Dann müsste es aber beispielsweise auch zulässig sein, einen Augenschein zunächst in Abwesenheit der beschuldigten Person durchzuführen, sofern zu einem späteren Zeitpunkt im Verfahren ein zweiter Augenschein in deren Anwesenheit erfolgt. Eine solche Auslegung ist m.E. angesichts der geschilderten Sachlage abzulehnen, auch wenn mit Bezug auf Befragungen eine andere Lösung – Teilnahme an einer Einvernahme wenigstens einmal im Verlaufe des Verfahrens – als zweckmässiger erachtet würde.

Das Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht soll es der beschuldigten Person – insbesondere durch Wahrnehmung von Mimik sowie Gestik – erlauben, die Glaubwürdigkeit der befragten Person zu prüfen und den Beweiswert ihrer Aussagen zu hinterfragen. Diese ständige Rechtsprechung [10](#) gilt selbstverständlich auch nach der StPO. Interessant wird es sein, die Praxis des Bundesgerichts zur Einschränkung dieser Rechte im Interesse des Opfers sowie im Falle der Gefährdung von Aussagepersonen zu verfolgen. In einem ersten unveröffentlichten Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, der Umstand, dass das Zusammentreffen des Opfers mit der beschuldigten Person für jenes gemäss einem Arzteugnis eine grosse psychische Belastung darstelle, reiche nicht aus, um die beschuldigte Person davon auszuschliessen, die Befragung des Opfers wenigstens einmal direkt oder indirekt mit zu verfolgen. Eine Videoübertragung in einem anderen Raum hätte ausgereicht. Dass die erforderliche technische Infrastruktur im Gerichtsgebäude fehlte, vermöge den Mangel nicht zu heilen. Folgerichtig hat das Bundesgericht die betreffende Einvernahme als unverwertbar erachtet, da die beschuldigte Person weder Gelegenheit erhalten hat, den «präzisen Wortlaut, die Reaktion, den Gesichtsausdruck noch die Körpersprache» wahrzunehmen. [11](#)

### **III. Befragung der beschuldigten Person**

Nach Art. 107 Abs. 1 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 StPO haben die Parteien und damit auch die beschuldigte Person das Recht, spätestens nach der ersten Einvernahme Einsicht in die Akten zu nehmen. Vorbehalten bleibt das speziell geregelte Akteneinsichtsrecht im Haftverfahren gemäss Art. 225 Abs. 2 StPO. Entsprechend garantiert die StPO kein Akteneinsichtsrecht vor der ersten Einvernahme der beschuldigten Person.

Das Bundesgericht hatte den Fall einer beschuldigten Person zu beurteilen, welche unter anderem geltend machte, aus Art. 159 StPO, wonach die Verteidigung bei der ersten polizeilichen Einvernahme anwesend sein dürfe, ergebe sich, dass sie das Recht auf Akteneinsicht habe, weil ansonsten das Anwesenheitsrecht keinen Sinn machen würde. Das Bundesgericht hielt fest, es gehe in diesem Stadium des Verfahrens darum, die beschuldigte Person über das Strafverfahren und den Tatvorwurf zu orientieren. Gestützt darauf verfüge sie über die notwendigen Informationen um entscheiden zu können, ob sie aussagen und am Verfahren mitwirken wolle oder nicht. [12](#)

## IV. Zeugen

Wer als Zeuge in einem Strafverfahren auszusagen hat, ist nicht Partei. Zu den Parteien zählen gemäss Art. 104 Abs. 1 StPO neben der Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person sowie die Privatklägerschaft. Dem Zeugen kommt nach Art. 105 lit. c StPO die Stellung eines «anderen Verfahrensbeteiligten» zu. Sowohl die Parteien wie auch die anderen Verfahrensbeteiligten haben nach Art. 127 Abs. 1 StPO zwar das Recht, einen Rechtsbeistand zu bestellen. Einen Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege haben jedoch nur solche Verfahrensbeteiligte, welche in ihren Rechten direkt und unmittelbar betroffen sind. Das ist nicht der Fall, wenn eine Person lediglich verpflichtet ist, als Zeuge auszusagen. Im erwähnten Sinne unmittelbar und persönlich betroffen sind gemäss Gesetz ausschliesslich die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft, und dies auch nur dann, wenn die Voraussetzungen von Art. 132 StPO bzw. 136 StPO erfüllt sind. Der Zeuge hat somit grundsätzlich kein Recht auf unentgeltliche Rechtspflege. [13](#)

Soll der Verwaltungsrat eines Unternehmens zu seinen vertraglichen und persönlichen Beziehungen zu Dritten sowie zu seinen Aktivitäten als Organ aussagen, so kann er dies als Zeuge im Sinne von Art. 163 Abs. 2 StPO tun. Er nimmt dabei nicht primär organschaftlich die statutarischen Gesellschaftsinteressen bzw. Geschäftszwecke wahr. [14](#)

## V. Auskunftspersonen

Wie der Zeuge ist auch die Auskunftsperson allein zufolge des Umstands, dass sie als solche befragt wird, nicht im Sinne von Art. 105 Abs. 2 StPO unmittelbar betroffen. Entsprechend kommen der Auskunftsperson die in dieser Bestimmung garantierten Verfahrensrechte nicht zu. Folglich hat sie auch kein Recht auf Akteneinsicht. Selbst wenn der Auskunftsperson Parteistellung zuerkannt würde, hätte diese gemäss Art. 101 Abs. 1 StPO keinen Anspruch auf Akteneinsicht vor der Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise. Schliesslich missbraucht die Staatsanwaltschaft ihr Ermessen zufolge der offenen Formulierung von Art. 101 Abs. 1 StPO selbst dann nicht, wenn sie der Auskunftsperson die Akteneinsicht zu einem Zeitpunkt verweigert, in dem diese noch nicht erstmals einvernommen worden und in dem die Untersuchung noch nicht weit fortgeschritten ist. [15](#)

## VI. Gutachten

Das Zürcher Obergericht hatte Gelegenheit, zur Frage Stellung zu nehmen, inwieweit der Verteidiger das Recht habe, an psychiatrischen Explorationsgesprächen teilzunehmen. [16](#)

In diesem Zusammenhang sind Art. 185 Abs. 3 und 4 StPO auszulegen. Gemäss Abs. 3 hat der Sachverständige der Verfahrensleitung einen Antrag auf Ergänzung der Akten zu stellen, falls er feststellt, dass bestimmte Sachverhaltsaspekte zur Erfüllung des Gutachtensauftrags zu klären sind. Gestützt auf Abs. 4 steht dem Sachverständigen die Kompetenz zu, «einfache Erhebungen, die mit dem Auftrag in Zusammenhang stehen, selber vorzunehmen und zu diesem Zweck Personen aufzubieten». In seiner Entscheidung führt das Obergericht aus, die Zuständigkeit

des Experten hinsichtlich eigener Erhebungen beschränke sich auf solche fachspezifischer Art. Folglich nehme der Experte keine eigentlichen Beweiserhebungen vor, weshalb er nicht zur Protokollierung verpflichtet [17](#) sei und weshalb kein Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht bestehe. [18](#)

Es sei der Verfahrensleitung immerhin unbenommen, der Verteidigung ein Anwesenheitsrecht zuzugestehen. Dieser Auffassung ist aus meiner Sicht zuzustimmen. Allerdings ist die Anwendung der erwähnten Kriterien dann problematisch, wenn im Rahmen der Exploration auf entsprechende Fragen sogenannte Zusatztatsachen erhoben werden. Bei diesen handelt es sich definitionsgemäss um Umstände, zu deren Erhebung und Beurteilung keine besondere Fachkunde erforderlich ist. In solchen Konstellationen werden die Rechte der Verteidigung nur dann nicht beschnitten, wenn die betreffenden Zusatztatsachen, die mit dem Gutachten nicht unmittelbar in Zusammenhang stehen, in der Expertise nicht erwähnt oder aber im Verfahren nicht verwertet werden. [19](#)

Im September 2010 erliess der Regierungsrat des Kantons Zürich eine Verordnung über psychiatrische und psychologische Gutachten in Straf- und Zivilverfahren. [20](#) Gemäss Art. 10 Abs. 1 dieser Verordnung wird in ein Register eingetragen, wer über die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen für die Sachverständigentätigkeit gemäss dieser Verordnung verfügt. Gegen diese Verordnung haben verschiedene Berufsverbände Beschwerde erhoben und unter anderem geltend gemacht, auch nichtärztliche Psychotherapeuten sollten in das Register eingetragen werden können.

forumpoenale-2012- 238

Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, da die Sachverständigen von Gerichten und Strafvollzugsbehörden beauftragt werden, also von Behörden, welche typische hoheitliche Tätigkeiten ausüben, handle es sich beim Gutachtensauftrag um ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts. Dieses betreffe eine hoheitliche Aufgabe. Entsprechend unterstehe die durch die Verordnung des Kantons Zürich geregelte Gutachtertätigkeit – unabhängig davon, ob der Sachverständige damit einer Erwerbstätigkeit nachgehe – nicht dem Binnenmarktgesetz. Abgesehen davon sei es den Kantonen gestützt auf [Art. 183 Abs. 2 StPO](#) erlaubt, dauernd bestellte oder amtliche Sachverständige zu bezeichnen. Wenn eine solche Regelung getroffen werde, stehe die Wirtschaftsfreiheit von Vorneherein nicht zur Diskussion. Weiter hält das Bundesgericht fest, die Regelungen des StGB, gemäss welchen eine sachverständige Begutachtung verlangt wird, äusserten sich nicht zu den Anforderungen, welche an die entsprechenden Sachverständigen zu stellen seien. Da nicht von einem qualifizierten Schweigen des Bundesgesetzgebers ausgegangen werden könne, liege die entsprechende Kompetenz aufgrund ihrer Zuständigkeit zur Gerichtsorganisation bei den Kantonen. [21](#)

Gemäss Art. 183 Abs. 3 i.V.m. [Art. 56 StPO](#) muss der Gutachter in Ausstand treten, wenn er nicht als unabhängig und unbefangen erachtet werden kann. Von Voreingenommenheit und Befangenheit ist nach ständiger Praxis des Bundesgerichts auszugehen, wenn Umstände

vorliegen, welche bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu erwecken. Dabei wird nicht verlangt, dass der Sachverständige tatsächlich befangen ist. [22](#) Das Bundesgericht hat entschieden, die Objektivität des Sachverständigen könne nicht allein deshalb in Zweifel gezogen werden, weil der Gutachtensauftrag unvollständig sei. Konkret war im Auftrag der Staatsanwaltschaft von mehrfachem Mord statt von zweifachem Tötungsdelikt die Rede. Überdies wurde erwähnt, es sei in der zurückgewiesenen Anklage Verwahrung beantragt worden, nicht jedoch, dass das Erstgutachten gemäss ebendiesem Beschluss keine hinreichende Begutachtung für eine lebenslängliche Verwahrung darstelle. [23](#)

Im Zusammenhang mit einem Ausstandsbegehren gegenüber einem Gerichtsdolmetscher hat das Zürcher Obergericht offengelassen, ob beim Sachverständigen mit Blick auf die Unabhängigkeit dieselben Anforderungen zu stellen seien, zumal das Bundesgericht erwogen habe, Ausstandsbegehren gegen Gerichtsexperten seien im Interesse einer beförderlichen Prozesserledigung zurückhaltend zu bejahen. In seiner Entscheidung geht das Obergericht im Ergebnis davon aus, diese Zurückhaltung sei jedenfalls bei dolmetschenden Personen angebracht. Gerechtfertigt sei dies deshalb, weil allfällige Ungenauigkeiten in der Übersetzung anlässlich des Vorlesens bzw. Übersetzens festgestellt und berichtigt werden könnten, welche Möglichkeit beim gerichtlichen Sachverständigen nicht bestehe. [24](#)

Diese Auffassung erscheint problematisch. Für Übersetzer gelten gemäss [Art. 68 Abs. 5 StPO](#) die Vorschriften für die Sachverständigen (insbesondere Art. 182 bis 191 StPO) sinngemäss. Nach [Art. 183 Abs. 3 StPO](#) sind auf Sachverständige die Ausstandsgründe nach [Art. 56 StPO](#) anwendbar. Demzufolge sind auch für Übersetzer die Ausstandsgründe gemäss [Art. 56 StPO](#) massgebend. Einschränkungen für Übersetzer sind nicht vorgesehen. Im Übrigen besteht die im obergerichtlichen Entscheid angeführte Kontrollmöglichkeit bei Übersetzungen höchstens in sehr eingeschränktem Mass. Jedenfalls besteht keinesfalls eine Garantie dafür, dass die beschuldigte Person, welche der Gerichtssprache nicht mächtig ist, oder der Verteidiger, welcher die Sprache seines Mandanten nicht spricht, in der Lage sind, allfällige Fehler in der Übersetzung zu erkennen.

## VII. Verwertung von Beweisen

Ist ein Beweis in rechtlich unzulässiger Weise erhoben worden, so darf er generell nicht verwertet werden, falls er durch verbotene Beweiserhebungsmethoden im Sinne von [Art. 140 StPO](#) erlangt worden ist. Demgegenüber sind Beweise, welche in Verletzung von Gültigkeitsvorschriften oder gar in strafbarer Weise erhoben worden sind, nach [Art. 141 Abs. 2 StPO](#) dann verwertbar, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sind. Die betreffende gesetzliche Regelung entspricht der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In die eine Waagschale werden dabei das Gewicht der angeklagten Taten – nicht die abstrakte Strafdrohung – bzw. das Interesse an der Wahrheitsfindung [25](#) sowie allfällige Mängel des Strafverfahrens [26](#) gelegt. In die andere Waagschale sollen das Interesse der beschuldigten Person an einem Freispruch bzw. am Verzicht auf die Verwertung des Beweises [27](#) sowie ihre Belastung durch das Verfahren [28](#) kommen. Danach wird eruiert, ob dem Interesse an der Bestrafung der beschuldigten Person oder aber, ob ihrem persönlichen Interesse ein höheres Gewicht zukomme. [29](#) Diese Art der Bestimmung der zu berücksichtigenden und zu gewichtenden

Interessen ist m.E. klar abzulehnen. Es mag zwar im Regelfall im Interesse der beschuldigten Person liegen, dass ein rechtswidriger Beweis nicht verwertet wird. Unterschlagen wird jedoch, dass auch der Staat ein eminentes Interesse daran haben muss, dass Beweise, welche von seinen Vertretern in

forumpoenale–2012– 239

Missachtung seiner Vorschriften erlangt wurden, unverwertbar sind. Die Befolgung der Vorschriften des Strafprozessrechts liegt unter gar keinen Umständen im alleinigen Interesse der beschuldigten Person. Die Befolgung und Respektierung von Normen, vor allem auch solcher des Verfahrens, liegt im ureigensten Interesse des Staats. Sie bildet eine wesentliche Voraussetzung für die Legitimation des Urteils und damit u.a. auch für dessen general- und spezialpräventive Wirkung. Sodann steht keineswegs fest, dass Beweise, welche in Verletzung von Gültigkeitsvorschriften oder in strafbarer Weise gewonnen werden, der Wahrheitsfindung dienlich sind. <sup>30</sup> Schliesslich darf die beschuldigte Person im Zeitpunkt, in welchem die Interessenabwägung durchzuführen ist, nicht als Täterin des zu untersuchenden, schweren Delikts erachtet werden. Für sie gilt die Unschuldsvermutung. Somit ist Zurückhaltung bei der Formulierung von Aussagen der Art anzumahnen, falls der fragliche Beweis nicht verwertet werden dürfe, würde der Täter des Delikts zu Unrecht freigesprochen.

Bei der Frage nach der Verwertung von Beweisen, welche in Missachtung des Anwesenheits- und Ergänzungsfragerechts der beschuldigten Person erlangt worden sind, folgte das Bundesgericht ursprünglich der bisherigen Praxis des EGMR, <sup>31</sup> wonach ein auf diese Weise erlangter Beweis nur dann verwertbar sei, wenn es sich dabei nicht um den ausschlaggebenden handelt. <sup>32</sup> Der EGMR begründete diese Praxis zum Prinzip des «fair trial» damit, die Beweisführung habe zur Gewährleistung der Waffengleichheit grundsätzlich vor der beschuldigten Person, in öffentlicher Verhandlung und in einem kontradiktorischen Verfahren zu erfolgen. <sup>33</sup> So verstanden stellt das Teilnahme- und Fragerecht als Teil der Mitwirkungsrechte der beschuldigten Person ein zentrales kontradiktorisches Element der spezifisch prozessualen Wahrheits- und Rechtsfindung dar. Mit diesem werden bei der Festlegung der richterlichen Urteilsbasis nicht nur die vom Staatsanwalt erhobenen Sach- und Personalbeweise, sondern im erwähnten Rahmen speziell auch die Perspektive der beschuldigten Person berücksichtigt. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hatte die soeben umschriebene Praxis des EGMR und des Bundesgerichts übrigens während einiger Jahre nicht übernommen, weil es dafür hielt, das Kriterium des ausschlaggebenden Beweismittels lasse sich nicht mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung vereinbaren. <sup>34</sup> Später passte es seine Rechtsprechung derjenigen des Bundesgerichts an. <sup>35</sup>

Im Jahr 2006 änderte das Bundesgericht seine soeben skizzierte Praxis. Es kritisiert seither die Rechtsprechung des EGMR und vertritt die Auffassung, es solle nicht mehr auf das formale Kriterium abgestellt werden, ob dem fraglichen Beweis ausschlaggebende Bedeutung zukommt oder nicht. Vielmehr sei «im Lichte der konventions- und verfassungsmässigen



Verfahrensgarantien in einer Gesamtwürdigung zu prüfen, ob die durch die Zulassung des anonymen Zeugen bewirkte Beschneidung der Verteidigungsrechte durch schutzwürdige Interessen gedeckt ist und, wenn ja, ob sich der Beschuldigte trotzdem wirksam verteidigen konnte, er mithin einen fairen Prozess hatte.» [36](#) Überdies gewichtet das Bundesgericht die zur Diskussion stehenden Straftaten und prüft, ob sich der Verzicht auf die Konfrontation unter diesem Aspekt als verhältnismässig erweist. [37](#)

In einem neueren Entscheid hat nun der EGMR entschieden, dass die Zulassung des einzigen und ausschlaggebenden Beweises im Falle einer Missachtung des Anwesenheits- und Ergänzungsfragerechts nicht eo ipso eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zur Folge habe. [38](#) Zum Ausgleich der mit solchen Beweisen verbundenen Gefahren verlangt der EGMR kompensierende Faktoren, insbesondere das Vorliegen von strengen Verfahrensgarantien. Entscheidend sei, dass ausreichende Möglichkeiten bestünden, welche es erlaubten, die Zuverlässigkeit des betreffenden Beweises zu prüfen. [39](#) Konkret ging der EGMR im Al-Khawaja Fall davon aus, dass die Aussage der verstorbenen Zeugin ST gemäss einem entsprechenden Passus im vorinstanzlichen Urteil für den Ausgang des Verfahrens ausschlaggebend war. Die Zeugin hatte ihre Wahrnehmungen zwei Freunden berichtet, deren gerichtlich erhobene Aussagen kaum von ihrer abwichen.

forumpoenale-2012- 240

Hinzu kam, dass die Aussage einer weiteren Person grosse Ähnlichkeiten mit derjenigen der Verstorbenen aufwies. Überdies mussten sich die Geschworenen aufgrund eines entsprechenden Hinweises bewusst sein, dass dem Beweis nicht allzu hoher Wert beigemessen wurde («the statement should carry less weight»). [40](#) Obschon die beschuldigte Person ihr Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht nicht hatte ausüben können, kam der EGMR daher zum Schluss, dass kein Verstoss gegen das Fairnessprinzip vorliege. Demgegenüber erkannte der EGMR im Fall Tahery, es lägen insgesamt nicht genügend kompensierende Faktoren vor, welche den Verzicht auf das Anwesenheits- und Ergänzungsfragerecht aufzuwiegen vermöchten. Der Zeuge T machte in diesem Verfahren geltend, er fürchte sich vor den Folgen einer Konfrontation mit der beschuldigten Person. Obschon die Identität des Zeugen bekannt war, akzeptierte das Gericht, dass dieser – selbst unter besonderen Vorkehrungen – nicht bereit war, sich mit der beschuldigten Person konfrontieren zu lassen. Der EGMR zog in Erwägung, auch wenn der Zeuge seine an sich überzeugende und kohärente Aussage zwei Tage nach der inkriminierten Tat gemacht habe, sei dieser Beweis doch nicht absolut zuverlässig. Da das betreffende Zeugnis für den Verfahrensausgang offensichtlich von grossem Gewicht sei, müssten erhebliche kompensierende Faktoren gegeben sein, damit dieses verwertet werden dürfe. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die beschuldigte Person das Zeugnis hätte dadurch erschüttern können, dass sie die Befragung anderer Personen beantragt hätte, welche am Tatort anwesend waren, darunter auch sein Onkel, und dass der Richter den fraglichen Beweis mit Zurückhaltung würdigte. [41](#)



## VIII. Schlussbemerkungen

Die höchstrichterlichen Entscheide, welche bisher zur StPO ergangen sind, sind jedenfalls im Bereich des Beweisrechts nicht zahlreich. Das kann bedeuten, dass das Beweisrecht nicht an gravierenden Mängeln leidet, könnte aber gewissermassen auch als die Ruhe vor dem Sturm interpretiert werden.

Die zu beobachtende Tendenz in Gesetzgebung und Praxis, bei der Frage der Beweisverwertung nicht auf feste Kriterien abzustellen, sondern im Einzelfall aufgrund einer Gesamtwürdigung zu entscheiden, ob eine Verwertung zulässig sein soll oder nicht, erscheint problematisch. In solchermassen zentralen Bereichen des Verfahrensrechts sind möglichst griffige Kriterien zu entwickeln, welche eine einheitliche Praxis und damit eine rechtsgleiche sowie voraussehbare Anwendung der einschlägigen Bestimmungen zu garantieren vermögen.

Gelangt ein Gericht zur Auffassung, eine Bestimmung der StPO sei nicht sinnvoll, so ist diese im Rahmen der anerkannten Auslegungsregeln gleichwohl anzuwenden. Nötigenfalls ist der Gesetzgeber darauf hinzuweisen, dass eine Revision der betreffenden Norm zu prüfen sei. Abzulehnen wäre es, wenn die Gerichte einzelnen Normen die Anwendung versagen, weil sie diese nicht als sinnvoll oder als wenig zielführend erachten. Damit würden sie in die Rolle der Legislative schlüpfen und das fragile Prinzip der Gewaltenteilung in Frage stellen.

---

**Stichwörter:** Beweiserhebung und Beweisverwertbarkeit, Einvernahmen, Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen, Einvernahme der beschuldigten Person, Zeuginnen und Zeugen, Auskunftsperson, Sachverständige

**Mots-clés:** administration des preuves et possibilité d'exploiter un moyen de preuve, auditions, droit des parties de participer à l'administration des preuves, audition du prévenu, témoins, personnes appelées à donner des renseignements, experts

---

**Zusammenfassung:** Der Beitrag befasst sich mit Entscheiden zum Beweisrecht, welche seit der Inkraftsetzung der eidgenössischen StPO ergangen sind. Im Vordergrund stehen die Befragung von Personen im Allgemeinen, Zeugen, Auskunftspersonen, Sachverständige sowie Probleme der Beweisverwertung. In diesem Zusammenhang wird auch ein grundlegender Entscheid des EGMR besprochen.

**Résumé:** L'auteur de la présente contribution se penche sur différentes décisions relatives au droit de la preuve, rendues postérieurement à l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse. Il met l'accent sur l'audition des personnes en général, des témoins, des personnes appelées à donner des renseignements et des experts, ainsi que sur les problèmes relatifs à l'exploitation des moyens de preuve. Dans ce contexte, il analyse également un arrêt de principe émanant de la Cour européenne des droits de l'homme.

1 ... Durch Fussnoten ergänzte Fassung eines Vortrags, welcher im Rahmen der Stiftung für Juristische Weiterbildung Zürich am 12.4.2012 vorgetragen worden ist.

2 ... BStGer, Urteil v. 16.9.2011, BH.2011.5, E. 6.1.

3 ... HÄRING, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, Basel 2011, Art. 146 N 1; anders aber SCHLEIMINGER, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, Basel 2011, Art. 147 N 4, auf welche im obergerichtlichen Urteil nicht Bezug genommen wird. GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER,

Kommentar Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, 133, äussern sich zu [Art. 146 StPO](#) im Sinne des obergerichtlichen Urteils, führen aber zu [Art. 147 StPO](#), 135, aus, die Parteien hätten das Recht, bei allen Einvernahmen anwesend zu sein. Weiter wird auf RIKLIN, Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 146 N 1, verwiesen, welchem eine entsprechende Aussage in der zitierten Note jedoch nicht entnommen werden kann. SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St.Gallen 2009, N 818, behält bei der Kommentierung von Art. 146 den [Art. 147 StPO](#) ausdrücklich vor, äussert sich aber in der erstgenannten Note tendenziell eher zugunsten der Möglichkeit eines Ausschlusses der Parteien. In N 821 hält derselbe Autor aber fest, abgesehen von den Einschränkungen von [Art. 149 ff. StPO](#) gelte der Anspruch der Parteien, bei Beweisabnahmen durch Staatsanwalt und Gericht anwesend zu sein, für sämtliche Beweisabnahmen. Insoweit gehe dieser Anspruch weit über das in [Art. 6 Ziff. 3 EMRK](#) garantierte Recht hinaus. Durchaus ähnlich sind die Aussagen bei SCHMID, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 146 N 1 und Art. 147 N 1 ff., insbesondere N 3.

4 OGer ZH ZR 110 (2011) Nr. 39.

5 Appellationsgericht BS, Urteil v. 14.4.2011, [BG.2011.20](#) = FP 2011, Nr. 45, 276 f.

6 Diesbezüglich wohl a.M. GODENZI, Heimliche Einvernahmen, Die Aushöhlung der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung durch den Grundsatz der getrennten Einvernahme, ZStrR 129 (2011), 322, 332 f. und 339.

7 Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBI 2006, 1085, 1186 ff.; vgl. auch GODENZI (Fn. 6), 327 ff.

8 GODENZI, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 146 N 3; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 1105 ff.

9 GODENZI (Fn. 6), 331.

10 Vgl. z.B. [BGE 133 I 33](#), 41.

11 BGer, Urteil v. 26.10.2011, [6B\\_324/2001](#), E. 1.3.

12 [BGE 137 IV 172](#) = BGer, Urteil v. 6.6.2011, [1B\\_261/2011](#).

13 BGer, Urteil v. 21.9.2011, [1B\\_436/2011](#), E. 2.4.

14 [BGE 137 IV 134](#), 143.

15 [BGE 137 IV 280](#), 284.

16 OGer ZH ZR 110 (2011) Nr. 41.

17 Vgl. dazu BGer, Urteil v. 30.3.2010, [6B\\_92/2010](#), SCHMID, Handbuch (Fn. 3), N 947 mit Fn. 365.

18 SCHMID, Handbuch (Fn. 3), N 822; DERS., Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 147 N 2 und Art. 186 N 10; WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 147 N 1.

19 Vgl. dazu auch PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3. Aufl., Zürich 2011, 1121.

20 Verordnung über psychiatrische und psychologische Gutachten in Straf- und Zivilverfahren vom 1./8.9.2010 (PPGV), LS 321.4.

21 BGer, Urteil v. 9.8.2011, [2C\\_121/2011](#), E. 3 f.

22 [BGE 136 I 207](#), 210, m.w.H.

23 BGer, Urteil v. 16.5.2011, [1B\\_160/2011](#).

- 24 OGer ZH ZR 110 (2011) Nr. 38.
- 25 BGE 133 IV 329, 331.
- 26 Vgl. BStGer, Urteil v. 21.4.2011, SK.2010.13, E. 5.3.4.
- 27 BGE 131 I 272, 279; BGE 133 IV 329, 331.
- 28 BStGer, Urteil v. 21.4.2011, SK.2010.13, E. 5.3.4.
- 29 BStGer, Urteil v. 21.4.2011, SK.2010.13, E. 5.3.4.
- 30 Kritisch DONATSCH/CAVEGN, Beweisrecht, insbesondere Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständige, in: TAG/HAURI (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Ausgewählte Aspekte aus Zürcher Sicht, Zürich 2010, 51, 54 f.; PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2009, 147 f.; ROTH, Admission, administration et appréciation de la preuve: questions choisies, in: JEANNERET/KUHN (Hrsg.), Procédure pénale suisse, Approche théorique et mise en oeuvre cantonale, Zürich 2010, 53, 67.
- 31 Die Verwertbarkeit war nur möglich, wenn sich der Schuldspruch weder ausschliesslich noch in sonst gewichtiger Weise auf die betreffende Aussage («[...] une condamnation ne peut se fonder uniquement, ni dans une mesure déterminante, sur les déclarations anonymes»; «[...] a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements») stützte. Vgl. z.B. EGMR v. 27.2.2001, *Lucà v. Italy*, § 40; EGMR v. 26.3.1996, *Doorson v. The Netherlands*, § 76; vgl. auch EGMR v. 23.4.1997, *van Mechelen u.a. v. The Netherlands*, § 63; EGMR v. 27.9.1990, *Windisch v. Austria*, § 31.
- 32 BGE 124 I 274, 286; BGE 125 I 127, 135 f.; BGE 129 I 151, 154 m.w.H.; BGE 131 I 476, 481; vgl. dazu auch DONATSCH/LIEBER, in: DONATSCH/SCHMID (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, 5. Lieferung, Zürich 2007, § 14 N 89.
- 33 EGMR v. 2.7.2002, *S.N. v. Sweden*, § 44; EGMR v. 23.3.2002, *Calabrò v. Italy*; EGMR v. 14.2.2002, *Visser v. The Netherlands*, § 43; EGMR, *Lucà v. Italy* (Fn. 31) § 39; EGMR v. 14.12.1999, *A.M. v. Italy*, § 25; EGMR v. 15.6.1992, *Lüdi v. Switzerland*, § 47; EGMR v. 20.11.1989, *Kostovski v. The Netherlands*, § 41; vgl. auch BGE 118 Ia 330 = Praxis 1995, Nr. 114.
- 34 KassGer ZH ZR 98 (1999) Nr. 63 E. 2.d.dd.
- 35 KassGer ZH ZR 100 (2001) Nr. 13; KassGer ZH ZR 105 (2006) Nr. 44, E. 7.3.
- 36 BGE 132 I 127, 129 f.; vgl. auch BGE 133 I 33, 40 ff.
- 37 BGer, Urteil v. 26.10.2011, 6B\_324/2011, E. 1.3.
- 38 EGMR v. 15.12.2011, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, § 147.
- 39 EGMR, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* (Fn. 38), § 147 ff.
- 40 EGMR, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* (Fn. 38), § 157.
- 41 EGMR, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* (Fn. 38), § 159 ff.