

Marc Thommen¹

Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess

Von Strafprozessen wird erwartet, dass sie die Wahrheit ans Tageslicht bringen. Schuldige sollen der verdienten Strafe zugeführt und so soll letztlich Gerechtigkeit geschaffen werden. Der vorliegende Beitrag möchte aufzeigen, wie das Verlangen nach Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts befriedigt wird.

Inhaltsübersicht

Einleitung

1. Der klassische Strafprozess
2. Gerechtigkeit und Wahrheit im klassischen Strafprozess
3. Der moderne Strafprozess
4. Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess

Einleitung

Die Frage nach Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess ist ebenso aktuell wie zentral.² Nach jedem Strafverfahren sollten sich die Beteiligten der Frage stellen, ob das gefundene Ergebnis gerecht ist. Vorliegend geht es um die Gerechtigkeit und Wahrheit im *modernen* Strafprozess. Es liegt daher nahe, sich einer Antwort in vier Schritten anzunähern: Zunächst ist zu klären, wie es um die Gerechtigkeit im *klassischen* Strafverfahren steht. Dazu ist als Erstes der klassische Strafprozess zu beschreiben (1.). Als Zweites ist zu umschreiben, wie im klassischen Strafverfahren Gerechtigkeit und Wahrheit hergestellt werden (2.). Nach diesem Rückblick schauen wir auf den Strafprozess der Gegenwart: Was ist das Wesen des modernen Strafprozesses (3.)? Abschliessend geht es um die Kernfrage nach der Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess (4.).

1. Der klassische Strafprozess

Wenn hier vom «klassischen» Strafprozess die Rede ist, dann ist damit ein Strafverfahren gemeint, in dem das Urteil im Anschluss an eine unmittelbare gerichtliche Hauptverhandlung ergeht. Diesem klassischen wird ein «moderner» Strafprozess gegenübergestellt (unten Ziff. 3), der in aller Regel entweder mit einem staatsanwaltschaftlichen Strafbefehl endet oder in welchem ein staatsanwaltschaftlicher Urteilsvorschlag ergeht, der vom Gericht in einem abgekürzten Verfahren zu genehmigen ist.

Der klassische unterscheidet sich vom modernen Strafprozess somit nicht nur durch die materielle Zuständigkeit zur Urteilsausfällung, sondern vor allem durch die Zuständigkeit zur Faktenfixierung. Im klassischen Strafverfahren wird der Sachverhalt im Vorverfahren ermittelt, verbindlich festgestellt werden die Fakten jedoch erst in der gerichtlichen Hauptverhandlung. Im modernen Strafprozess ist der staatsanwaltschaftlich ermittelte zugleich der geltende Sachverhalt. Es geht gerade darum, eine aufwendige gerichtliche Sachverhaltsfeststellung zu vermeiden. Mit welchem Aufwand klassische Strafverfahren verbunden sind, lässt sich an zwei Beispielen verdeutlichen, die im jeweils betroffenen Rechtsraum grosse Beachtung erfahren haben:

Orenthal James («O.J.») Simpson war ein amerikanischer Footballstar, dem die Ermordung seiner Exfrau sowie von deren Freund vorgeworfen wurde. Am Tatort fand man unter anderem einen Handschuh mit DNA-Spuren von O.J. Simpson. Den zweiten Handschuh fand man in der Nähe seines Grundstücks. Der Prozess begann am 24. Januar 1995 und wurde in den USA zum nationalen Fernsehpektakel. An der entscheidenden Stelle im Prozess wurde O.J. Simpson aufgefordert, die Handschuhe anzuprobieren. Einer seiner Anwälte sagte zu den Geschworenen den unterdessen berühmten Satz: *“If it doesn't fit, you must acquit.”*³ Wenn der Handschuh nicht passt, müssen Sie freisprechen! Genau dies geschah in der Folge:

recht 2014 - S. 265

Die Handschuhe passten nicht, O.J. Simpson wurde am 3. Oktober 1995 – rund achteinhalb Monate nach Prozessbeginn – zum Entsetzen vieler Prozessbeobachter freigesprochen.⁴

In der Nacht zu Heiligabend 2007 brachte eine Mutter in Horgen ihre beiden 7-jährigen Zwillinge um. Dafür wurde ihr vor dem damals noch existenten Geschworenengericht des Kantons Zürich der Prozess gemacht. Die Hauptverhandlung dauerte vom 10. bis zum 26. März 2010, also insgesamt 16 Tage. Die Angeklagte wurde wegen zweifachen Mordes zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe verurteilt.⁵ Am 1. Juni 2012 wurde das Urteil vom damaligen Kassationsgericht des Kantons Zürich wegen ungenügender Verteidigung annulliert.⁶ Wegen der in der Zwischenzeit in Kraft getretenen Schweizerischen Strafprozessordnung musste die Neuverhandlung vor dem Bezirksgericht Horgen durchgeführt werden.⁷ Sie begann am 12. Dezember 2012. Anlässlich dieser zweiten Hauptverhandlung legte die Frau ein umfassendes Geständnis ab. Dabei stellte sich heraus, dass sie 1999 bereits ihre erste, damals sieben Wochen alte Tochter erstickt hatte. Am 29. Januar 2013 wurde die Angeklagte wiederum zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe sowie einer ambulanten vollzugsbegleitenden Massnahme verurteilt.⁸ Dieses Urteil wurde auf Appellation der Verteidigung hin vom Obergericht des Kantons Zürich bestätigt.⁹ Zurzeit ist das Obergerichtsurteil vor Bundesgericht hängig.¹⁰

Wenn man die Betrachtung dieser beiden Fälle darauf reduziert, wie die Fakten fixiert wurden, so ist ihnen gemeinsam, dass der Sachverhalt jeweils in einer mündlichen und unmittelbaren Hauptverhandlung festgelegt wurde. Unmittelbarkeit bedeutet, dass zur Sachverhaltsfeststellung nur auf in der mündlichen Hauptverhandlung erhobene Beweise abgestellt werden darf.¹¹ Die Verhandlungen waren ferner öffentlich, im Fall von O.J. Simpson sogar fernsehöffentlich. Öffentliche Hauptverhandlungen werden so zum eigentlichen «Justiztheater», zur öffentlichen Inszenierung von

Recht und Gerechtigkeit.¹² Die Öffentlichkeit kann verfolgen, wie dem Angeklagten «Recht geschieht». Hauptverhandlungen sind insofern von hoher kommunikativer und symbolischer Relevanz.¹³ Es geht dabei auch um die rituelle Aufarbeitung des durch die Straftat geschaffenen Konflikts.¹⁴ Diese öffentliche Aufarbeitung von Straftaten wird angesprochen in der berühmten Paraphrase: *“Not only must justice be done; it must also be seen to be done”*.¹⁵

Eine weitere Gemeinsamkeit der beiden Fälle liegt – zumindest auf den ersten Blick – in der Beteiligung von Geschworenen. Die Sachverhaltsfeststellung sowohl im O.-J.-Simpson- als auch im ersten Horgener Zwillingsmord-Prozess fand unter Beteiligung von Geschworenen statt. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass die Strafgerichte in den USA als Schwurgerichte organisiert sind. Laien befinden darin als Geschworene über Schuld oder Nichtschuld. Die Strafe wird im Falle eines Schuldspruchs gerichtlich festgelegt.¹⁶ Der erste Zwillingsmord-Prozess war hingegen ein geschworenengerichtliches Verfahren im engeren Sinne, in

recht 2014 - S. 266

welchem Geschworene zusammen mit den Richtern einen einheitlichen, über Schuld und Strafe befindenden Spruchkörper bildeten.¹⁷ Bei der Neuverhandlung vor dem Bezirksgericht Horgen war die Schweizerische Strafprozessordnung bereits in Kraft. Es sassen keine Laien mehr im Spruchkörper. Der Sachverhalt wurde in einer nur noch «beschränkt unmittelbaren» Hauptverhandlung festgelegt. Beschränkte Unmittelbarkeit bedeutet, dass sich das Gericht grundsätzlich auf die in der Voruntersuchung erhobenen Beweise stützen darf, soweit es nicht um neue Beweismittel oder wesentliche bestrittene Tatsachen geht.¹⁸

Die Verhandlungen zum Horgener Zwillingsmord und der O.-J.-Simpson-Prozess lassen sich auch insoweit nur bedingt vergleichen, als Hauptverhandlungen dies- und jenseits des Atlantiks eine prinzipiell andere Struktur aufweisen. Der entscheidende Unterschied zwischen kontinentaleuropäischen und angloamerikanischen Strafverfahren wird gemeinhin darin erblickt, dass hiesige Prozesssysteme «inquisitorisch», jene im englischen Sprachraum «adversatorisch» ausgestaltet sind.¹⁹ Während der Richter in inquisitorischen Prozesssystemen selber aktiv nach den Tatsachengrundlagen forscht, nimmt er in adversatorischen Verfahren eine passive Haltung ein, indem er die Parteien unter seinen Augen um den Sachverhalt ringen lässt.²⁰ Ungeachtet dieser prinzipiellen Unterschiede lassen sich beide Prozesstraditionen jedoch auf einen kleinsten gemeinsamen Nenner bringen. Der österreichische Strafprozessualist Julius Vargha hat dies bereits 1879 wie folgt formuliert: *«Das Criterium des Anklageprocesses ist die accusatorische Trinität von Richter, Anklage- und Verteidigungspartei.»*²¹ Der klassische Strafprozess lässt sich somit versinnbildlichen durch ein Dreigestirn mit einem Richter an den Spitze und den Streitparteien Anklage und Verteidigung an den unteren beiden Enden.²² Die Staatsanwaltschaft auf der einen Seite, der Angeklagte und sein Strafverteidiger auf der anderen Seite stehen sich vor Gericht gegenüber. In engagierter Debatte streiten Staatsanwalt und Verteidigung um Recht und Fakten, Schuld und Unschuld. Über dem Ganzen sitzt der unabhängige Richter.²³ Sarah J. Summers hat nachgewiesen, dass es dieses Bild von der «accusatorischen Trinität» war, welches die Väter der Europäischen Menschenrechtskonvention vor Augen hatten, als es galt, gemeinsame Regeln für sämtliche

europäischen Strafverfahren aufzustellen.²⁴ Wichtig an diesem Dreiecksbild ist erstens, dass der Richter an der Spitze steht, und zweitens, dass Anklage und Urteil personell getrennt sind. Die Gewaltenteilung im Strafverfahren ist eine Antwort auf die Missbräuche im frühneuzeitlichen Inquisitionsprozess²⁵; als Maxime gilt sie heute gleichermassen für adversatorische wie inquisitorische Prozesssysteme.

Der «klassische» Strafprozess wird oft auch als *reformierter* Strafprozess bezeichnet.²⁶ Damit wird auf die Reformen Bezug genommen, mit denen der inquisitorische Aktenprozess im Laufe des 19. Jahrhunderts durch ein gewaltenteiliges Strafverfahren mit unmittelbarer, mündlicher und öffentlicher Hauptverhandlung abgelöst wurde.²⁷ Weil vorliegend nicht die Reform des Inquisitionsprozesses, also die Erhebung des Beschuldigten vom gemarterten Objekt zum mitwirkungsberech-

recht 2014 - S. 267

tigten Subjekt des Prozesses, sondern eine Gegenüberstellung traditioneller und moderner Sachverhaltsermittlung im Zentrum steht, wird nicht der Begriff des reformierten, sondern derjenige des klassischen Strafprozesses verwendet. Im zweiten Abschnitt stellt sich die Frage, wie in diesem klassischen, trinitären Strafverfahren Gerechtigkeit und Wahrheit hergestellt werden.

2. Gerechtigkeit und Wahrheit im klassischen Strafprozess

Am 11. Juli 2003 wurde der Gründer des Paraplegiker-Zentrums in Nottwil wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung in Bereicherungsabsicht (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB) zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt.²⁸ Bei der Urteilsöffnung sagte die Gerichtspräsidentin des Strafgerichts Basel-Stadt: *«Wir sind hier kein Jüngstes Gericht, welches das Positive in die eine und das Negative in die andere Waagschale wirft.»*²⁹ Was sie damit wohl sagen wollte, war, dass Strafgerichte Straftaten zu beurteilen haben. Das Jüngste Gericht hingegen beurteilt Lebenswerke. Strafgerichte sind nicht für eine umfassende Gerechtigkeit auf Erden zuständig, sondern nur für eine ganz spezifische Form von Gerechtigkeit, nämlich Strafgerechtigkeit.³⁰

Im vorliegenden Kontext müssen wir deshalb nicht die jahrtausendealte Frage beantworten: Was ist Gerechtigkeit?³¹, sondern bloss die Frage: Was bedeutet Gerechtigkeit im Strafprozess? Damit ein Strafverfahren als gerecht angesehen wird, muss das Urteil einerseits in einem fairen und menschenwürdigen Verfahren zustande gekommen sein und andererseits auf «wahren» Tatsachen beruhen. Es geht – wie es für das amerikanische Strafverfahren formuliert wurde – nicht nur darum, ob der Beschuldigte tatsächlich schuldig («factually guilty») ist, sondern auch darum, ob er rechtlich verantwortlich («legally guilty») gemacht werden kann.³² Vereinfacht ausgedrückt setzt Gerechtigkeit somit Fairness und Wahrheit voraus.³³ Fairness betrifft den formellen, die Wahrheit den inhaltlichen oder materiellen Aspekt der Gerechtigkeit.³⁴ Diese beiden Bestandteile von Gerechtigkeit sind nachfolgend näher zu betrachten. Der schillernde Begriff der Fairness ist inhaltlich zu umreissen. In Bezug auf die materielle Urteilsrichtigkeit wird zu beantworten sein, ob objektive Wahrheit in einem Strafverfahren überhaupt «gefunden» werden kann oder ob man sich mit dem blossen Ziel der

Wahrheitsfindung begnügen muss. Hat die Wahrheit im Strafprozess bloss noch einen relativierten Stellenwert?

Fairness ist ein Begriff, den wir aus dem Sport kennen. Er bedeutet so viel wie Anständigkeit und Ehrlichkeit im Umgang mit dem Gegner. Diese Verhaltensanforderung umfasst zwei Komponenten: Einerseits geht es um den Respekt vor dem Gegenüber, andererseits um die Einhaltung von Regeln.³⁵ Das ist im Strafprozess nicht anders. Auch im Strafprozess hat der Staat seinen «Gegner», den Beschuldigten, anständig zu behandeln. Der dem Gegenüber geschuldete Respekt begegnet uns hier in Gestalt des Gebots menschenwürdiger Behandlung. Dies ergibt sich am deutlichsten aus der italienischen Gesetzesfassung der Fairnessbestimmung von Art. 3 StPO, deren Überschrift «*rispetto della dignità umana e correttezza*» lautet. Die Fairness im Strafverfahren definiert sich aber auch über die Einhaltung von Regeln.³⁶ Die zentrale Norm ist Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention.³⁷ Ihr Titel lautet im Englischen «Right to a Fair Trial», was in der deutschen Fassung sinnerweiternd mit «Recht auf ein faires Verfahren» übersetzt wird. Der Begriff «Trial» bezeichnet richtigerweise nur die gerichtliche Hauptverhandlung, nicht das gesamte Verfahren.³⁸ Dies kommt

recht 2014 - S. 268

auch in der französischen Originalfassung («Droit à un procès équitable») zum Ausdruck. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte interpretiert die Fairnessbestimmung teleologisch und wendet Art. 6 EMRK unterdessen – im Ergebnis der deutschen Fassung entsprechend – auf das gesamte Strafverfahren an.³⁹

Damit das Verfahren fair ist, müssen verschiedene Verfahrensregeln eingehalten werden. Es braucht unparteiische und unabhängige Richter, das Verfahren muss öffentlich und transparent sein. Es gilt die Unschuldsvermutung. Der Beschuldigte ist anzuhören und hat das Recht auf Verteidigung. Wenn er die Verfahrenssprache nicht versteht, hat er Anspruch auf Übersetzung. All diese Verfahrensregeln zielen auf Fairness, auf eine anständige Behandlung, ab.⁴⁰ Der Beschuldigte muss – trotz unter Umständen gravierenden Vorwürfen – als Mensch ernst genommen werden. Er darf nicht zum blossen Verfahrensobjekt degradiert werden.⁴¹ Damit zeigt sich auch hier, was einleitend bereits angetönt wurde: Fairnessregeln und Menschenwürde sind untrennbar miteinander verbunden. Eine Bestimmung, wonach Angeklagte zu foltern sind, bis sie gestehen, hätte zwar die Form einer Regel, wäre aber als menschenunwürdig und deshalb unfair einzustufen. Die Untrennbarkeit von Würde und Fairness wird auch in der Überschrift zum Verfahrensgrundsatz von Art. 3 StPO («Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot») zum Ausdruck gebracht.⁴² Das Gebot anständiger Behandlung ist nicht nur der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen geschuldet,⁴³ es hat auch instrumentellen Wert: Nur wenn der Staat den Angeklagten anständig behandelt, behält er die moralische Autorität, über ihn zu richten.⁴⁴

Dass Gerechtigkeit ohne Fairness nicht zu haben ist, lässt sich an einem einfachen Beispiel verdeutlichen: Die USA haben Terrorverdächtige gefoltert.⁴⁵ Selbst wenn sie damit die wahren Terroristen trafen und so Straftaten aufklären konnten, Gerechtigkeit schaffen solche Verfahren

nicht.⁴⁶ Dem Strafrecht geht es nicht nur um Vergeltung, sondern auch um Befriedung von Konflikten. Deshalb ist es wichtig, dass der Beschuldigte fair behandelt wird. Die Bedeutung von Fairness lässt sich auch anhand der Verhandlungen zum Horgener Zwillingmord aufzeigen: Das Geschworenengericht hatte nicht für eine genügende Verteidigung der angeklagten Frau gesorgt. Deshalb wurde das Urteil vom Kassationsgericht aufgehoben, und der Prozess musste mit genügender Verteidigung wiederholt werden.⁴⁷ Zusammengefasst ist Fairness der erste Aspekt von Gerechtigkeit. Man kann sagen, es ist der formelle Aspekt der Gerechtigkeit. Fairness bedeutet Einhaltung von Formen und Regeln sowie Respektierung von Menschenwürde. Man spricht insofern auch von Verfahrensgerechtigkeit.⁴⁸

Der zweite Aspekt von Strafgerechtigkeit ist Wahrheit.⁴⁹ Sie betrifft den *materiellen* Aspekt der Gerechtigkeit. Hier spricht man von «Ergebnisgerechtigkeit»⁵⁰. Bekannt ist die Eidesformel: I do solemnly swear to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth, so help me God!⁵¹ Die

recht 2014 - S. 269

Wahrheit, die ganze Wahrheit, nichts als die Wahrheit, so wahr mir Gott helfe. Es ist zweifelhaft, ob diese Formel substanziell zur Wahrheitsfindung beitragen kann. Viel naheliegender ist, dass sie den Vereidigten – aus noch darzulegenden Gründen – lediglich zur Wahrheit ermahnen will. Die Formel zeigt jedoch, dass Strafverfahren viel mit Wahrheit zu tun haben.⁵² Das macht auch der englische Ausdruck für Urteil deutlich: Das «Verdict» trägt den normativen Anspruch auf Wahrheit bereits im Namen.⁵³ Unabhängig von der (adversatorischen oder inquisitorischen) Ausgestaltung der Hauptverhandlung erheben Strafverfahren den Anspruch, Wahrheit zu generieren.⁵⁴

In Bezug auf die Wahrheit stellen sich zwei zentrale Fragen: 1. Weshalb brauchen wir Wahrheit im Strafverfahren? 2. Welche Wahrheit braucht ein Strafverfahren?⁵⁵ Die Antwort auf die erste Frage ist einfach: Wir brauchen Wahrheit, weil wir nur Schuldige verurteilen dürfen. Das Strafrecht ist dominiert von Schuldprinzip.⁵⁶ Dieses gebietet, dass Verurteilungen nur aufgrund nachgewiesener Schuld ergehen.⁵⁷ Umgekehrt gilt deshalb auch jede Person «*bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig*»⁵⁸. Die Suche nach der Wahrheit ist insofern die Suche nach dem in Wahrheit Schuldigen. Dass wir nur Schuldige verurteilen *dürfen*, bedeutet nicht, dass wir Schuldige in jedem Fall verurteilen *müssen*. Dies lässt sich einmal am Horgener Zwillingmord-Fall aufzeigen: Die materielle Schuld der Mutter stand fest, gleichwohl hob das Kassationsgericht die Verurteilung wegen Verteidigungsmängeln auf. Der Verurteilung standen hier Fairnesserwägungen entgegen. Das Gleiche gilt für das Verfahren gegen O.J. Simpson. Auf den ersten Blick bekam er zwar einen fairen Prozess. Er hatte ein ganzes «Dream Team»⁵⁹ von Anwälten, wurde angehört und vor Gericht korrekt behandelt. Viele Prozessbeobachter empfanden seinen Freispruch als ungerecht, weil in ihren Augen der «in Wahrheit» Schuldige der gerechten Strafe entging.⁶⁰ Ein Strafverfahren, das es nicht schafft, den – wer immer das ist – «wahren» Schuldigen zur Verantwortung zu ziehen, wird gemeinhin als ungerechtes Strafverfahren wahrgenommen. Dabei wird freilich übersehen, dass selbst wenn der Täter tatsächlich schuldig («*guilty as a matter of fact*») sein sollte, es verfahrensrechtliche Gründe für einen Freispruch geben kann («*not guilty as a matter of law*»)⁶¹. So stellte sich die Verteidigung

von O.J. Simpson letztlich erfolgreich auf den Standpunkt, dass die Polizei von Los Angeles Beweise manipuliert hatte.⁶² Der Verurteilung eines «Schuldigen» standen somit wiederum Fairnesserwägungen entgegen. Schuldige müssen also nicht in jedem Fall verurteilt, Unschuldige hingegen in jedem Fall freigesprochen werden.⁶³ Wahrheit ist mit anderen Worten notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung eines gerechten *Schuldspruchs*. Wir brauchen die Wahrheit im Strafverfahren, weil das Schwert des Strafrechts nur den wahren Täter treffen soll.⁶⁴

Damit sind wir bei der zweiten, deutlich komplexeren Frage: Welche Wahrheit braucht ein Strafverfahren? Braucht es wirklich die «ganze Wahrheit» und «nichts als die Wahrheit»?⁶⁵ Ist die Findung objektiver Wahrheit im Strafprozess überhaupt möglich? Der klassische Strafprozess baut auf der Prämisse auf, dass Wahrheit «da» ist und gefunden werden kann.⁶⁶ Dem liegt ein sog. korrespondenztheoretischer Wahrheitsbegriff zugrunde: Wahr ist, was mit der Wirklichkeit übereinstimmt, eben korrespondiert.⁶⁷ Dass man eine solche mit der Wirklichkeit korrespondierende *objektive* Wahrheit finden kann, ist schon erkenntnistheoretisch alles andere als sicher. Gegenstand der Suche ist nämlich die Wirklichkeit. Die Beurteilung, ob die Wahrnehmung der Wirklichkeit entspricht,

recht 2014 - S. 270

setzt ein Bild der Wirklichkeit voraus. Dieses Bild ist immer subjektiv und daher die Wirklichkeit ihrerseits bereits ein Konstrukt.⁶⁸ *«Im Strafverfahren erschafft sich jeder Verfahrensbeteiligte sein eigenes Bild vom wahrheitsgemässen ... Geschehen.»*⁶⁹

Das Finden objektiver Wahrheit im Strafprozess scheitert allerdings nicht erst an der Kritik der reinen Vernunft, sondern schon an viel profaneren Problemen: Der kürzlich verstorbene Dichter *Urs Widmer* schreibt in seiner Autobiographie einleitend, dass *«jedes Erinnern, auch das genaueste, ein Erfinden ist»*⁷⁰. Bei der Wahrheitssuche im Strafprozess sind nicht gegenwärtige Fakten, also etwa die Frage, ob das Mordopfer wirklich tot ist, umstritten, sondern vergangene Geschehnisse. Wie ist es dazu gekommen? Wer war es? Diese Rekonstruktion erfolgt aus der Erinnerung der Beteiligten. Solches Erinnern, das sah der Nichtjurist Widmer klarer als viele Richter, generiert nicht Fakten, sondern Fiktionen.⁷¹ Vor diesem Hintergrund der fiktionalen Dimension menschlicher Erinnerung zeichnet sich auch die eigentliche Bedeutung der oben erwähnten Eidesformel ab: Sie kann Wahrheit nicht schaffen, sondern stellt den (verzweifelten) Versuch dar, sie hoheitlich zu verordnen, indem Zeugen in Eidesformeln auf die Wahrheit eingeschworen werden.

Die Wahrheitssuche im Strafprozess leidet aber nicht nur unter der Erinnerung der Beteiligten. Sie hat noch zusätzliche, sozusagen hausgemachte Probleme. Das fängt damit an, dass sich Strafgerichte – wie gesehen – nicht für die «ganze Wahrheit» interessieren müssen. Sie haben einen viel engeren Blickwinkel. Eruiert wird nur, was für die konkrete Tat relevant ist.⁷² *«Die Tat als Momentaufnahme aus dem Leben des Täters; der Film als Ganzes bleibt unbelichtet.»*⁷³ Die materielle Wahrheit gestaltet sich insofern bloss als die Wahrheit des materiellen Rechts.⁷⁴ Hinzu kommt, dass für die

Wahrheitssuche im Strafprozess nur beschränkte zeitliche und finanzielle Ressourcen zur Verfügung stehen.⁷⁵

Doch auch innerhalb dieser Schranken verzichtet der Strafprozess darauf, die «Wahrheit um jeden Preis»⁷⁶ zu ermitteln. Erfolterte Geständnisse, selbst wenn sie wahr sein sollten,⁷⁷ sind unverwertbar.⁷⁸ Daneben gibt es zahlreiche weitere Verwertungsverbote, die der materiellen Wahrheitsfindung entgegenstehen.⁷⁹ Deswegen von einem «Zielkonflikt zwischen ... Wahrheit und Gerechtigkeit»⁸⁰ zu sprechen, ist gleichwohl verfehlt, weil die Verwertungsverbote zugleich Fairnessgebote und damit ebenso wie die Wahrheit Bestandteil der Gerechtigkeit sind.⁸¹ Wenn überhaupt, so sind es Wahrheit und Fairness, die miteinander in Konflikt stehen.

Weitere hausgemachte Feinde der Wahrheit im Strafverfahren sind Aussageverweigerungsrechte von Zeugen⁸² sowie das Schweigerecht des Beschuldigten.⁸³ Der Beschuldigte darf nicht nur schweigen, sondern sogar lügen.⁸⁴ Darüber hinaus ist das Recht des Beschuldigten, die Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung ganz allgemein zu verweigern, der Wahrheit nicht förderlich.⁸⁵ Hinzu kommt zu guter Letzt der aus der Unschuldsvermutung abgeleitete In-dubio-pro-reo-Grundsatz. Bestehen unüberwindbare Zweifel an einer belastenden Tatsache, so geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus (Art. 10 Abs. 3 StPO). Auch dieses Prinzip kann sich im Ergebnis wahrheitsverzerrend auswirken.⁸⁶

recht 2014 - S. 271

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass Wahrheit neben Fairness die zweite Voraussetzung von Strafgerechtigkeit ist. Es ist bereits unsicher, ob man Wahrheit überhaupt erkennen kann. Selbst wenn man es könnte, ist der Strafprozess aus verschiedenen Gründen der Wahrheitssuche nicht nur wohlgesonnen:⁸⁷ Erinnern ist Erfinden. Der Beschuldigte darf lügen und obstruieren, und wir dürfen ihn nicht foltern, um die Wahrheit aus ihm herauszupressen. Verbleibende Zweifel wirken sich zugunsten des Angeklagten aus. Wir sind also in einem klassischen Dilemma: Wir brauchen die Wahrheit im Strafverfahren, weil wir keine Unschuldigen verurteilen dürfen. Wir bekommen die Wahrheit im Strafverfahren aber nicht in dem Ausmass, wie wir das gerne hätten. Was macht die Prozesslehre aus diesem Dilemma? Das, was man immer tut in der Wissenschaft, wenn man ein Prinzip nicht begründen kann: Man hinterfragt die Prämissen.

Das Erste, was man hinterfragen könnte, ist die *Wahrheitssuche* selbst.⁸⁸ Wenn die Suche nach Wahrheit aussichtslos ist, könnte man die Wahrheit doch einfach herstellen:⁸⁹ Konstruktion statt Rekonstruktion.⁹⁰ In der Tat geht die moderne Prozesslehre davon aus, dass Wahrheit in diskursiver Interaktion zwischen den Beteiligten hergestellt wird. Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Opfervertreter tragen alle ihre Sicht der Geschehnisse bei. Konsensuale oder diskursive Wahrheit entsteht.⁹¹

Gegen konsensuale Wahrheitstheorien wurde eingewendet, dass Konsens im Sinne von Einigkeit Wahrheit nicht verbürgen kann.⁹² Wenn sich alle einig sind, dass die Erde eine Scheibe ist, ändert

dieser Konsens nichts an der Kugelform der Erde.⁹³ Noch viel häufiger endet ein Diskurs aber nicht in Einigkeit, also einem Konsens, sondern in einem Kompromiss. Die Vertreter eines geozentrischen und eines heliozentrischen Weltbildes würden sich somit auf einen Kompromiss einigen, in welchem die Sonne und die Erde in gleichem Abstand um eine zentrale Achse rotieren.⁹⁴ Weder ein solcher Kompromiss noch der geschilderte Konsens lassen sich mit unserem traditionellen Verständnis von Wahrheit vereinbaren. Diese auf den ersten Blick plausiblen Einwände treffen bei näherer Betrachtung wohl nicht den Kern des Problems. Es geht der modernen Prozessdoktrin nicht um die Herstellung «der» Wahrheit durch Konsens oder Kompromiss, sondern darum, die überholte Vorstellung, in einem Strafverfahren eine mit der Wirklichkeit korrespondierende Wahrheit finden zu können, durch eine adäquatere Beschreibung strafprozessualer Deliktsaufarbeitung zu substituieren.⁹⁵ Vereinfacht gesagt, geht es bei der materiellen Wahrheitssuche um ein durch die Strafprozessordnung vorgegebenes «Sollen»⁹⁶, während diskursive Prozessmodelle für sich in Anspruch nehmen, das «Sein» der Prozessrealität zu beschreiben. *«Es wird keine ‹richtige› Entscheidung gefunden, sondern eine ‹gerechte› Entscheidung erzeugt.»*⁹⁷ So betrachtet, beschreiben diskursive Modelle die Prozessrealität durchaus adäquat.

Nochmals: Die traditionelle Prämisse ist, dass man Wahrheit im Prozess braucht; das Dilemma, dass man sie nicht findet. Als Zweites könnte man nun die Prämisse der Wahrheit selbst hinterfragen. Brauchen wir wirklich die ganze, die absolute Wahrheit? Die Antwort ist: Nein. Wie oben bereits erläutert, geht es in Strafverfahren nicht um die «ganze», sondern bloss um die rechtlich relevante Wahrheit. Darüber hinaus wird der Stellenwert der Wahrheit ganz allgemein angezweifelt: *«Unsere Prozessrechtsdoktrin neigt dazu, die Wahrheit als den Garanten von Gerechtigkeit zu überschätzen.»*⁹⁸ Es wurde auch schon gesagt, im Strafprozess herrsche ein eigentlicher *«Wahrheitsrigorismus»*⁹⁹. Absolute Wahrheit brauchen wir nur so lange, wie wir auch absolute Schuld brauchen. Anders formuliert ist das Strafverfahren nur so lange auf Wahrheit angewiesen, wie man den Zweck von Strafe alleine darin sieht, Schuld zu vergelten.¹⁰⁰ Vergeltung von Schuld bedingt Nachweis von Wahrheit.¹⁰¹ Geht es im Strafrecht wirklich nur um Vergeltung? Die Antwort ist auch hier: Nein. Es geht, wenn feststeht, dass der Schuldvorwurf nicht falsch ist, auch um Prävention, also um relative Besserung der Täter. Das Gericht blickt nicht nur zurück auf das, was der Täter getan hat, es blickt auch in die Zukunft. Künftige Straftaten sollen ver-

recht 2014 - S. 272

hindert werden. Dies hat auch das Bundesgericht in seltener Deutlichkeit festgehalten. Das Strafrecht diene *«nicht der ‹Vergeltung›, sondern der Verbrechensverhütung»*.¹⁰² Wenn es aber im Strafrecht nicht länger bloss um retrospektive Vergeltung, sondern nunmehr auch um prospektive Besserung geht, relativiert sich auch die Bedeutung der Wahrheit.¹⁰³ Vergeltung ist ein absoluter – von Zwecken losgelöster – Strafgrund. Besserung ist ein relativer Strafzweck; sie setzt die Legitimität von Strafe in Relation zu einem präventiven Zweck. Vereinfacht kann man deshalb sagen: Relativierung von Strafzwecken bedeutet auch Relativierung von Wahrheit. Die Wahrheit ist relativiert, weil die Bedeutung des Schuldnachweises relativiert ist. Schuldnachweis und Wahrheitssuche im Strafprozess haben sich am Prozessziel auszurichten.¹⁰⁴ Ist dieses Ziel absolute Vergeltung, dann ist absolute

Wahrheit unverzichtbar. Sobald aber Prävention daneben zu einem gleichberechtigten Strafziel wird, hat dies auch Auswirkungen auf den Schuldnachweis. Es wird nicht länger nur die Schuld gesucht, die der Täter auf sich geladen «hat» und die es deshalb zu vergelten gilt, sondern es wird ihm die Schuld zugeschrieben, die er mit Blick auf präventive Notwendigkeiten bekommen soll. Mit der Erkenntnis, dass Wahrheitssuche und Schuldnachweis bloss Funktionen des jeweiligen Prozessziels sind, hat die neuere Prozessdoktrin einen radikalen Perspektivenwechsel in der Zurechnung strafrechtlich relevanter Schuld vollzogen. Zurechnung ist nicht länger nur ein inquisitorisch deskriptiver, sondern neu vor allem auch ein askriptiver Prozess. Schuld hat man nicht, Schuld bekommt man.¹⁰⁵ Weil es nicht nur um die Aufarbeitung von verwirkter Schuld, sondern auch um die Zuschreibung von verdienster Schuld geht, kommt ein Strafverfahren auch mit einem «bisschen Wahrheit» aus. Es braucht nicht absolute Wahrheit, sondern es reicht ein Kern von Wahrheit. Die oben eingeführte Kurzdefinition, wonach Gerechtigkeit einerseits Fairness und andererseits Wahrheit voraussetzt, ist also insofern zu berichtigen, als Gerechtigkeit geschieht, wenn ein Verfahren fair und menschenwürdig ausgestaltet ist und es schafft, einen Kern von Sachverhaltswahrheit zu etablieren. Ein Strafrecht, das auf Befriedung zielt, braucht bloss einen Kern von Wahrheit.¹⁰⁶ Ein Kern von Wahrheit ist jedoch unabdingbar.¹⁰⁷ Die Wahrheitssuche muss sicherstellen, dass der Schuldvorwurf nicht komplett falsch ist.¹⁰⁸

Wir können also den ersten und zweiten Abschnitt zusammenfassen: Der klassische Strafprozess ist gekennzeichnet von der Trinität von Richter, Staatsanwalt und Beschuldigtem. Die Wahrheitssuche erfolgt unter den Augen der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung. Gerechtigkeit lässt sich definieren als Einhaltung von Fairnessregeln und dem Streben nach einem Kern von Wahrheit. Damit stellt sich die Frage: Wie steht es mit der Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess?

3. Der moderne Strafprozess

Der klassische Strafprozess wurde eingangs definiert als ein Verfahren, in dem die Faktenfixierung in der Hauptverhandlung eines trinitären Gerichtsprozesses erfolgt. Der hier sogenannte moderne Strafprozess zeichnet sich dadurch aus, dass der Sachverhalt bereits im Vorverfahren verbindlich festgelegt wird. Besonders gut lässt sich dies anhand des Strafbefehlsverfahrens aufzeigen. Dort endet das Strafverfahren in aller Regel mit einem auf staatsanwaltschaftlicher Fakteninterpretation basierenden Urteilsvorschlag. In abgekürzten Verfahren wird der staatsanwaltschaftliche Urteilsvorschlag formell zwar vom Gericht abgesehnet, in der Sache handelt es sich indes auch um ein Urteil der Staatsanwaltschaft.¹⁰⁹

Ein Beispiel: X. stand am Freitag, 3. Oktober 2003, um 14.12 Uhr bei schönem Wetter mit seinem Smart im «stockenden Kolonnenverkehr» in der Zürcher Innenstadt. In den Phasen des Stillstands las er Zeitung. In den Phasen des Aufschliessens liess er die Zeitung teils auf dem Lenkrad, teils auf den Oberschenkeln liegen, las aber nicht. Dafür wurde er mittels Strafbefehl zu einer Busse von Fr. 100.— verurteilt.¹¹⁰ Art. 3 Abs 1 VRV¹¹¹ bestimmt, dass der «Fahrzeugführer ... beim Fahren keine Verrichtung vornehmen [darf], welche die Bedienung des Fahrzeugs erschwert». Weil er «beim Fahren» gerade nicht gelesen hatte, wehrte X. sich gegen diesen Strafbefehl zunächst

vergeblich durch alle Instanzen der Zürcher Strafjustiz, bevor er in Lausanne vor Bundesgericht recht bekam.¹¹²

Das Strafbefehlsverfahren ist das absolut dominierende Erledigungsmedium im heutigen Strafprozess. Nach gängiger Schätzung erfolgen weit über 90% aller Verurteilungen in Strafbefehls- und abgekürzten Verfahren.¹¹³ Das gilt insbesondere für die Massendelinquenz im Strassenverkehr.¹¹⁴ Die Sachverhaltsfestlegung erfolgt weder in einer Hauptverhandlung, noch findet sie unter den Augen der Öffentlichkeit statt (Art. 69 Abs. 3 StPO). Der moderne Strafprozess folgt einer anderen Logik. Es geht nicht um Drama und Theater, sondern um Effizienz und Ökonomie.¹¹⁵ Das Strafverfahren in «Zeiten der Eilkrankheit»¹¹⁶ ist auf Erledigung getrimmt.¹¹⁷ Die Inszenierung von Gerechtigkeit ist zu teuer,¹¹⁸ Liquidation heisst das Programm. Deshalb meine Überzeichnung: Kurzer Prozess! Moderne Strafprozesse sind kurze Prozesse.¹¹⁹

Wie laufen solche kurzen Prozesse ab? Moderne Strafprozesse zeichnen sich einerseits aus durch die starke Rolle des Staatsanwalts und andererseits durch die Art und Weise der Sachverhaltserhebung. Zur Rolle der Staatsanwaltschaft: Das Hauptcharakteristikum des modernen Strafverfahrens liegt in der Machtkonzentration beim Staatsanwalt.¹²⁰ Der Staatsanwalt entscheidet alleine über die Eröffnung von Strafverfahren. Er bildet sich eine Schuldhypothese. Im geschilderten Fall lautet diese Hypothese: Hinderndes Zeitungslesen während der Fahrt. Diese Schuldhypothese fasst er in einen Urteilsvorschlag und unterbreitet ihn dem Beschuldigten. Im Normalfall lenkt der Beschuldigte an dieser Stelle ein, macht die Faust im Sack und zahlt die Fr. 100.– Busse (plus die oftmals höheren Verfahrenskosten). Weniger als fünf Prozent aller Strafbefehle werden angefochten. Hinzu kommt, dass rund die Hälfte der Einsprachen zurückgezogen wird.¹²¹ Zweifelhaft ist, ob aus diesen Zahlen geschlossen werden darf, dass die «Akzeptanz von Strafbefehlen ... ausgesprochen hoch» ist.¹²² Viel naheliegender ist, dass Prozesse über Verkehrsbussen in aller Regel als aussichtslos angesehen werden. Ausserdem sind die Opportunitätskosten viel zu hoch. Akzeptiert der Beschuldigte den Erledigungsvorschlag, so wird der Vorschlag zum Urteil; die Hypothese wird zum Fakt. Er kann den Vorschlag aber auch ablehnen, wie der Gebüsste in unserem Beispiel. Nur dann gibt es ein ordentliches Gerichtsverfahren. Das Wesen dieser kurzen Prozesse liegt also darin, dass die Anklage fast immer direkt zum Urteil wird. Der Verdacht wird zum Verdikt. Ordentliche Gerichtsverfahren gibt es nur noch auf Wunsch im Sinne eines «*Trial on Demand*»¹²³. Das ganze Verfahren baut darauf, dass der Staat weiss, dass nur die wenigsten Beschuldigten Strafbefehle anfechten.¹²⁴

Den Strafbefehlsverfahren wird deshalb vorgeworfen, dass sie die Inquisition wieder aufleben liessen. Der Staatsanwalt agiere darin als «*Grossinquisitor*»¹²⁵. In der Tat wird im Strafbefehlsverfahren eine der wichtigsten Errungenschaften der Aufklärung preisgegeben: Die Gewaltenteilung im Strafverfahren, die personelle Trennung von Untersuchung und Urteil. Der Staatsanwalt ist Ankläger und Richter zugleich. Das Problem der Identität von untersuchender und entscheidender Person wird nicht dadurch entschärft, dass bei einem sehr grossen Teil der Strafbefehle die Ermittlung alleine durch die Polizei erfolgt und der Entscheid durch

die Staatsanwaltschaft gefällt wird.¹²⁶ Die Gewaltenteilung im Strafverfahren ist nur verwirklicht, wenn untersuchende und entscheidende Behörde voneinander unabhängig sind. Genau daran fehlt es bei der Polizei. Sie untersteht «*der Aufsicht und den Weisungen der Staatsanwaltschaft*» (Art. 15 Abs. 2 StPO).¹²⁷ Der Vergleich mit dem Inquisitionsverfahren ist aber auch irreführend. Im Gegensatz zum Inquisiten steht dem heutigen Beschuldigten der Weg zu einem unabhängigen Gericht (zumindest theoretisch¹²⁸) jederzeit offen.¹²⁹ Zusammengefasst ist die Staatsanwaltschaft im modernen Strafprozess sehr mächtig. Aus dem Dreiecksverhältnis («Trinität») ist eine Vertikale geworden mit dem Staatsanwalt oben und dem Beschuldigten unten. Das Dreieck gibt es nur noch auf Wunsch.

Wie wird der Sachverhalt im «kurzen Prozess» erstellt? Auf den ersten Blick genau gleich wie im klassischen Strafprozess. Der Untersuchungsgrundsatz schreibt vor, dass die Strafbehörden alle bedeutsamen Tatsachen von Amtes wegen abklären (Art. 6 Abs. 1 StPO). Das bleibt aber nichts weiter als ein frommer Wunsch des Gesetzgebers.¹³⁰ Im modernen Strafprozess herrscht wie gesehen das Diktat der Effizienz. Er ist daher darauf angelegt, möglichst wenig Untersuchungsaufwand zu generieren.¹³¹ Wenn weiterhin alles untersucht würde, entfielen auch der angestrebte Effizienzgewinn.¹³² Eine Untersuchung muss deshalb nicht einmal eröffnet werden.¹³³ Es steht dem Staatsanwalt frei, ob er Beschuldigte oder Zeugen einvernehmen will.¹³⁴ Auf den Punkt gebracht: Der kurze Prozess heisst «*kurzer Prozess*», weil mit der Faktenermittlung kurzer Prozess gemacht wird.¹³⁵

Im englischen Sprachgebrauch werden kurze Prozesse idiomatisch als «Kangaroo Courts» bezeichnet. Eine Erklärung für die Etymologie dieses Begriffes ist, dass «Kangaroo Court» auf die «Justice in Leaps» anspielt.¹³⁶ In einem grossen, känguruartigen Satz wird vom Verdacht direkt zum Urteil gesprungen. Die Faktenermittlung wird übersprungen.¹³⁷ Kurze Prozesse interessieren sich nicht für Fakten, alles, was zählt, ist die Erledigung.

Wir können somit ein Zwischenfazit ziehen. Im ersten Abschnitt haben wir gesehen, dass der klassische Strafprozess gekennzeichnet ist durch ein öffentliches und unmittelbares Gerichtsverfahren. Sodann wurde im zweiten Abschnitt gezeigt, dass Gerechtigkeit in klassischen Gerichtsverfahren erreicht wird, indem Fairnessregeln sowie das Menschenwürdegebot eingehalten werden und versucht wird, einen Kern von Sachverhaltswahrheit zu finden. Im dritten Abschnitt wurde der moderne Strafprozess seinem Wesen nach umschrieben als kurzer Prozess. Der Staatsanwalt hat viel Macht, die Faktenermittlung wird meist känguruhaft übersprungen. Damit stellt sich nachfolgend die entscheidende Frage: Wie steht es um die Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess?

4. Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess

Damit ein klassisches Strafverfahren als gerecht gilt, müssen Fairnessregeln und das Menschenwürdegebot eingehalten werden. Ferner muss der Urteils Sachverhalt zumindest im Kern «wahr» sein. Gelten diese Voraussetzungen auch für den modernen Strafprozess? In Bezug auf die *Fairness*

kann für die kurzen Prozesse zunächst nichts anderes gelten als für die klassischen Strafverfahren. Auch im modernen Strafprozess müssen alle Verfahrensregeln eingehalten werden. Der Beschuldigte darf nicht zum blossen Verfahrensobjekt degradiert werden. Es gilt die Unschuldsvermutung. Der Beschuldigte ist anzuhören, und er hat das Recht auf Verteidigung. Wenn er die Verfahrenssprache nicht versteht, hat er Anspruch auf Übersetzung. Das Gericht muss unabhängig, sein Verfahren öffentlich sein. Hier besteht noch grosses Verbesserungspotenzial. Es müssen zahlreiche Verfahrensbestimmungen, insbesondere zu Einvernahmepflichten, zur Übersetzung von Strafbefehlen und zum Einspracheverfahren, angepasst werden. Erst dann werden kurze Prozesse auch zu fairen Prozessen.¹³⁸

Die Fairnessdefizite von Strafbefehlsverfahren lassen sich anhand eines Falles aufzeigen, wie ihn die Strafbehörden jährlich zu Tausenden zu beurteilen haben: Am Sonntag, den 19. September 2010, wurde ein Personenwagen der Marke Renault mit Schwyzer Kennzeichen auf der Bernerstrasse Nord in Zürich von einer Geschwindigkeitsmessanlage erfasst. Der Fahrer fuhr 26 Stundenkilometer zu schnell. Rund zwei Monate später erhielt der Halter des Renaults einen Strafbefehl. Der Vorwurf lautete auf grobe Verletzung von Verkehrsregeln (Art. 90 Abs. 2 SVG), die Geldstrafe wurde auf 40 Tagessätze zu Fr. 30.– festgesetzt.¹³⁹ Strassenverkehrsrechtliche Fälle sind für die Strafbehörden ein Massengeschäft. Eine Untersuchung wird in solchen Fällen praktisch nie eröffnet.¹⁴⁰ Der Halter wird somit nicht staatsanwaltschaftlich einvernommen zur Frage, ob er den Wagen zur fraglichen Zeit auch gelenkt habe. Er wird lediglich vor die Frage gestellt, ob er den Strafbefehl akzeptieren soll oder nicht. Solche «*unerhörten Strafbefehle*» führen dazu, dass das Verfahren an einem Fairnessmangel leidet. Eine Verurteilung ohne Anhörung ist keine gerechte Verurteilung. Dieser Mangel wäre leicht dadurch zu beheben, dass eine Beschuldigteneinvernahme durchgeführt würde.¹⁴¹

Wie sieht es mit der *Wahrheit* im modernen Strafprozess aus? Moderne Strafprozesse sind kurze Prozesse. Der kurze Prozess heisst so, weil er mit der Faktenermittlung kurzen Prozess macht. Eine Untersuchung findet nicht statt, Wahrheit wird nicht länger gesucht.¹⁴² Wie dringt man aber zu einem Kern der Wahrheit vor, wenn nicht mehr danach gesucht wird? Meine These hierzu lautet: durch Verantwortungsübernahme. Der Staatsanwalt hat einen Verdacht. In unserem Beispiel lautet der Verdacht, dass der Halter des Renaults zugleich der Schnellfahrer war. Dieser Verdacht wird dem Beschuldigten unterbreitet, und dieser kann sich eigenverantwortlich entscheiden, ob er ihn akzeptiert oder nicht.

Wenn eine Schuldhypothese ohne Überprüfung zum Urteil erhoben wird, so wird gewöhnlich verächtlich von einer Verdachtsstrafe gesprochen. Der Urteilsvorschlag in Strafbefehlen ist zunächst genau dies: Ein in Verfügungsform gegossener Verdacht. Dieser Verdacht wird zum Urteil erhoben, indem ihn der Beschuldigte akzeptiert. Man kann insofern von einer «konsentierten Verdachtsverurteilung» sprechen.¹⁴³ Im Kern geht es darum, ob der Beschuldigte für den Vorwurf die Verantwortung übernehmen will oder nicht.

Im modernen Strafprozess setzt Gerechtigkeit somit vereinfacht formuliert voraus, dass Fairnessregeln eingehalten werden und der als Verfahrenssubjekt respektierte Beschuldigte Verantwortung für den Vorwurf übernimmt. Der Halter des Renaults in unserem Beispiel hat den Strafbefehl akzeptiert. Er hat damit gesagt: Ja, ich bin zu schnell gefahren, ich übernehme die Verantwortung. Diese Verantwortungsübernahme ist aber nicht zwingend. Man kann weiterhin auf einer eingehenden

Faktenermittlung beharren. Der Zeitung lesende Fahrzeuglenker in unserem früheren Beispiel hat den Verdacht, dass er während der Fahrt gelesen hatte, nicht akzeptiert. Er hat ein Gerichtsverfahren verlangt. Eine eingehende Faktenermittlung fand statt, und schliesslich hat er auch recht bekommen. Gerechtigkeit im kurzen Prozess ergibt sich somit aus Fairness und Verantwortung. Die Verantwortungsübernahme tritt an die Stelle der Wahrheitssuche. Weshalb soll das zulässig sein? Hierzu abschliessend drei Thesen:

1. Verantwortung ist besser als Wahrheit. Der geständige Beschuldigte, der Verantwortung übernimmt, kann Details offenbaren, die keine gerichtliche Verhandlung je ans Tageslicht gebracht hätte.¹⁴⁴ «Die Indizienwahrheit ist eine andere als die Geständniswahrheit.»¹⁴⁵ Das haben gerade die Verhandlungen zum Horgener Zwillingmord gezeigt. 16 Tage kontradiktorische

recht 2014 - S. 276

Wahrheitssuche im geschworenengerichtlichen Verfahren konnten nicht ans Licht bringen, was die autonome Verantwortungsübernahme der Mutter am Schluss geschafft hat. Sie hat bei der Wiederholung des Prozesses vor dem Bezirksgericht Horgen ein umfassendes Geständnis abgelegt. So konnten auch die Umstände des ersten Kindstodes geklärt werden.¹⁴⁶ Entgegen einer ersten Intuition kann die «Strafbefehlswahrheit» somit der «Schwurgerichtswahrheit» auch überlegen sein.¹⁴⁷

2. Verantwortung schafft Frieden. Verantwortungsübernahme dient der Befriedungsfunktion des Strafrechts. Der Beschuldigte muss hinstehen und Verantwortung für seine Taten übernehmen. Damit bekennt er sich nicht nur zu seiner Tat, er anerkennt auch die verletzte Norm.¹⁴⁸ Im herkömmlichen Gerichtsverfahren kann sich der Verurteilte als Märtyrer des Justizsystems inszenieren, der wider Willen verurteilt wird.
3. Der moderne Strafprozess basiert auf dem Prinzip des «Trial on Demand». Verantwortungsübernahme ist nicht zwingend. Auf Wunsch bekommt jeder das klassische Gerichtsverfahren mit seiner aufwendigen Wahrheitssuche.¹⁴⁹ Der Smart-Fahrer mit Zeitung hat es gezeigt: Wer nicht einverstanden ist, kann sich erfolgreich gerichtlich wehren.

Die Frage nach der Gerechtigkeit und Wahrheit im modernen Strafprozess wurde einleitend als ebenso aktuell wie zentral bezeichnet. Gerechtigkeit geschieht einerseits, wenn Fairnessregeln eingehalten werden und der Beschuldigte als Mensch ernst genommen wird. Andererseits ist ein Urteil nur gerecht, wenn der wahre Schuldige verurteilt wird. Als Wahrheit ist aber nicht die absolute, ganze Wahrheit gefragt. Es reicht, wenn der Vorwurf im Kern zutrifft. Dieser Kern von Wahrheit wird im klassischen Strafverfahren in der Hauptverhandlung eruiert und dem Angeklagten zugeschrieben. Im modernen Strafverfahren wurde diese Wahrheitssuche wegrationalisiert. An ihre Stelle ist ein System autonomer Verantwortungsübernahme getreten: Der Beschuldigte kann sich mit dem Urteilsvorschlag einverstanden erklären und so Verantwortung übernehmen, oder er kann ein volles Gerichtsverfahren verlangen. Die modernen Kurzverfahren sind freilich in diverser Hinsicht rechtsstaatlich defizitär: Damit Beschuldigte in die Lage kommen, sich erfolgreich gegen Strafbefehle zu wehren, müssen die

Verfahrensordnungen deutlich verbessert werden. Das Ziel muss hierbei sein, dass der Beschuldigte nicht länger *zwischen* einem kurzen Prozess oder einem fairen Prozess wählen muss, sondern sich für einen kurzen, *aber* fairen Prozess entscheiden kann.

-
- 1 *Marc Thommen*, Dr. iur., LL.M. (Cantab), Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich. Bei diesem Beitrag handelt es sich um die erweiterte Fassung meiner Antrittsvorlesung an der Universität Zürich vom 12. Mai 2014. Ductus und Vortragsstil wurden beibehalten. Für die Hilfe bei der Literaturrecherche danke ich Erika Nagyova, für die Unterstützung bei der Endredaktion lic. iur. Esther Blattner und Moritz Oehen, MLaw. Zahlreiche Klarstellungen im Text gehen schliesslich auf kritische Anmerkungen der beiden Herausgeber, Prof. Dr. iur. Sabine Gless und Prof. Dr. iur. Felix Bommer, zurück. Allfällige verbleibende Unschärfen sind alleine mir anzulasten.
 - 2 Vgl. etwa *Catherine Boss*, Staatsanwälte übernehmen die Macht (online: Sonntagszeitung.ch; Stand: 10. September 2014).
 - 3 Zusammenfassung der Fakten und Zitat bei *Doug Linder*, *The Trial of Orenthal James Simpson* (2000) (online: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/simpson/simpsonaccount.htm>; Stand: 17. August 2014); s.a. *Alan M. Dershowitz*, *Reasonable Doubts: The Criminal Justice System and the O.J. Simpson Case*, Simon & Schuster, New York 1996, 19 ff.; *Tonio Walter*, *Kleine Rhetorikschule für Juristen*, München 2009, 1.
 - 4 *David Margolick*, *Not Guilty: the Overview, Jury Clears Simpson in Double Murder; Spellbound Nation Divides on Verdict* (online: nytimes.com, October 4, 1995; Stand: 17. August 2014); *Dershowitz* (Fn. 3), 11 ff.
 - 5 Urteil und Beschluss des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 26. März 2010, Geschäftsnummer WG090006/U, I, 1.1.5. sowie Dispositivziffer 1.
 - 6 Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Juni 2012, Geschäftsnummer AC110010, III. Ziff. 8.
 - 7 Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Juni 2012, Geschäftsnummer AC110010, III. Ziff. 9; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 5. Dezember 2013, Geschäftsnummer SB130224, Erw. 1.2.
 - 8 Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, I. Abteilung, vom 29. Januar 2013, Geschäftsnummer DG120013.
 - 9 Zusammenfassung der Fakten und der Prozessgeschichte in: Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 5. Dezember 2013, Geschäftsnummer SB130224, 5 ff., sowie *Tom Felber*, «Ich sehe mich als Monster» – Tatbestand des zweifachen Mords sowie ambulante Therapie für Horgener Mutter bestätigt, in: NZZ vom 6. Dezember 2013, Nr. 284, 18.

- 10 «Horgener Zwillingsmord kommt vors Bundesgericht», ohne Autorenangabe (online: tagesanzeiger.ch vom 20. Dezember 2013; Stand: 17. August 2014).
- 11 *Ariane Kaufmann*, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2013, 5, sowie zur Unmittelbarkeit des Zürcher Geschworenengerichtsverfahrens 10 ff.; *Franz Riklin*, StPO-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 343 N 2.
- 12 Vgl. *Thomas Weigend*, Unmittelbare Beweisaufnahme – ein Konzept für das Strafverfahren des 21. Jahrhunderts?, in: *Henning Ernst Müller/Günther M. Sander/Helena Valkova* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, München 2009, 660 («*Schauspiel der Gerechtigkeit*»).
- 13 *Antony Duff/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/Victor Tadros*, The Trial on Trial, Volume 1, Truth and Due Process, Introduction: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial, 3 («*great symbolic importance*»).
- 14 *Jacqueline Hodgson*, Conceptions of the Trial in Inquisitorial and Adversarial Procedure, in: *Antony Duff/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/Victor Tadros* (ed.), The Trial on Trial, Volume 2, Judgment and Calling to Account, Hart Publishing, Oxford/Portland 2006, 226 ff.; *Jenny McEwan*, Ritual, Fairness and Truth: The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial, in: *Antony Duff/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/Victor Tadros* (ed.), The Trial on Trial, Volume 1, Truth and Due Process, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, 53 f.; *John D. Jackson*, Managing Uncertainty and Finality: The Function of the Criminal Trial in Legal Inquiry, in: *Antony Duff/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/Victor Tadros* (ed.), The Trial on Trial, Volume 1, Truth and Due Process, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, 134 ff.; *Heike Jung*, Justiz und Ritual, in: *Heike Jung/Bernd Luxenburger/Eberhard Wahle* (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller, Baden-Baden 2008, 319 ff.; zur Verweigerung des Rituals anschaulich *Hans-Ludwig Schreiber*, Die Bedeutung des Konsenses der Beteiligten im Strafprozess, in: *Günther Jakobs* (Hrsg.), Rechtsgeltung und Konsens, Berlin 1976, 71.
- 15 Zitat im Original von Lord Gordon Hewart C(hief) J(ustice) in einem Leitentscheid zum Befangenheitsanschein: “[I]t is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”, in: R. v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy ([1924] 1 King’s Bench Division [KB] 256, 259); s.a. BGE 112 Ia 290, E. 3b.
- 16 *Felix Bommer*, Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich, ZSR 128 (2009) II, 51 f., insbesondere dortige Fn. 212.
- 17 Zum ehemaligen Zürcher Geschworenengerichtsverfahren vgl. *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht – Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4. Auflage, Zürich 2004, Rn. 430 ff. und 848 ff.; zu Geschworenen- und Schwurgerichten im Allgemeinen: *Felix Bommer*, Laienbeteiligung in der Strafrechtspflege, in: *Jörg Schmid/Hansjörg Seiler* (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2006, 53 ff., und *Robert Hauser/Erhard Schweni/Karl Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 22 N 8 ff., welche zwischen

klassischen Schwur-/Geschworenengerichten mit Trennung von Schuldspruch und Strafzumessung sowie Geschworenen-/Schöffengerichte mit einheitlichem Spruchkörper unterscheiden.

- 18 *Riklin* (Fn. 11), Art. 343 N 4; ferner Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 (1085) 1283; kritisch dazu *Kaufmann* (Fn. 11), 25 f.
- 19 *McEwan* (Fn. 14), 51 ff.; *Peter Duff*, Conceptions of the Scottish Criminal Trial: Uncontroversial Evidence, in: *Antony Duff/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/Victor Tadros* (ed.), *The Trial on Trial*, Volume 1, Truth and Due Process, Hart Publishing, Oxford/Portland 2004, 30; *Klaus Lüderssen*, «Regulierte Selbstregulierung» in der Strafjustiz? Ein unorthodoxer Beitrag zur Frage der Legitimation der Absprachen, in: *Edda Wesslau/Wolfgang Wohlers* (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*, Berlin 2008, 537 f.; kritisch zu dieser klassischen Dichotomie *Heike Jung*, Nothing But the Truth? Some Facts, Impressions and Confessions about Truth in Criminal Procedure, in: *Antony Duff/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/Victor Tadros* (ed.), *The Trial on Trial*, Volume 1, Truth and Due Process, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, 152 ff.; *Sarah Jane Summers*, Fair trials: the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, Diss. Zürich 2006, 3 ff., 179 f., und auch *Jackson* (Fn. 14), 145.
- 20 Statt vieler *Gerald Walpin*, America's Adversarial and Jury Systems: More Likely to Do Justice, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2003, Vol. 26, 176.
- 21 *Julius Vargha*, Die Verteidigung in Strafsachen – historisch und dogmatisch dargestellt, Wien 1879, 288.
- 22 So bereits *Julius Vargha*, Das Strafprozessrecht systematisch dargestellt, 2. Auflage, Berlin 1907, 294; ferner *Hans-Heiner Kühne*, Die Instrumentalisierung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren, GA 2008 362.
- 23 *Detlef Krauss*, Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren – 1. Teil, recht1986, Heft 3, 76; *Kaufmann* (Fn. 11), 46 f.
- 24 *Summers* (Fn. 19), 166 ff.
- 25 *Martin Schubarth*, Zurück zum Grossinquisitor? – Zur Rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, in: *Marcel Alexander Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz* (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag*, Zürich 2007, 528; differenzierend zwischen Trennung von Strafverfolgung und Beurteilung sowie Trennung von Untersuchung und Anklage *Kaufmann* (Fn. 11), 43 ff.
- 26 *Arnd Koch*, Die gescheiterte Reform des reformierten Strafprozesses – Liberale Prozessrechtslehre zwischen Paulskirche und Reichsgründung, ZIS10 (2009) 542 ff.
- 27 *Kaufmann* (Fn. 11) 27 und 42 ff.
- 28 Zur Prozessgeschichte vgl. Urteil des Bundesgerichts [6P.183/2006](#); [6S.415/2006](#) vom 19. März 2007, lit. B.

- 29 *Markus Rohner*, Für zwei Jahre hinter Gitter (online: tagblatt.ch vom 12. Juli 2003; Stand: 17. August 2014).
- 30 *Krauss* (Fn. 23), 77.
- 31 Zu Gerechtigkeitstheorien im historischen Überblick vgl. *Andrea Müller Merky*, Über die Gerechtigkeit im Strafverfahren – Divergenz zwischen der Gerechtigkeitserwartung des Individuums und der Gerechtigkeit im institutionellen Prozess, Münsingen 2010, 7 ff. (online: andrea.mueller.merky.ch; Stand: 17. August 2014).
- 32 *Dershowitz* (Fn. 3) 14 ff.
- 33 Ähnlich für das US-amerikanische Rechtssystem *Dershowitz* (Fn. 3) 45 (“[O]ur system is judged not only by the accuracy of its results, but also by the fairness of the process”).
- 34 *Korinna Weichbrodt*, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung, Diss. 2004/2005, Berlin 2006, 29 («*Ein gerechtes Urteil erschöpft sich also nicht in einer materiell-richtigen Entscheidung, es verlangt ein gerechtes Verfahren*»); s.a. *Claus Roxin/Bernd Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Auflage, München 2014, §1 N 4 ff., die neben einer materiell richtigen und prozessordnungsmässig zustande gekommenen Entscheidung noch das Ziel anführen, Rechtsfrieden zu stiften.
- 35 Vgl. etwa die Ethik-Charta von Swiss Olympic, 5. Fairness und Umwelt: «*Fairplay im Sport bedeutet nicht nur das Einhalten von Spielregeln..., sondern auch ein faires und respektvolles Verhalten sich selbst, den Mitmenschen und der Umwelt gegenüber*» (online: <http://www.swissolympic.ch/Ethik/Ethik-Charta-3/5-Fairness-und-Umwelt>, Stand: 17. August 2014).
- 36 Ähnlich *Summers* (Fn. 19), 169.
- 37 *Daniela Demko*, Das «(Un-)Gerechte» am Fair-Trial-Grundsatz nach Art. 6 Abs. 1 EMRK im Strafverfahren, in: *Marcel A. Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz* (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich 2007, 357.
- 38 *Felix Bommer*, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010 196; *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht – Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4. Auflage, Zürich 2004, Rn. 235; *Marc Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013, 238, etymologisch bezieht sich «Trial» wohl nur auf die beweiswürdigende Phase der Hauptverhandlung (a.a.O. 106).
- 39 EGMR-Urteil i.S. Imbrioscia gg. die Schweiz (Appl. No. 13972/88) vom 23. November 1993, Ziff. 36; s.a. EGMR-Urteil i.S. Pisano gg. Italien (Appl. No. 36732/97) vom 27. Juli 2000, Ziff. 27; s.a. *Stefan Trechsel*, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford 2006, 31.

- 40 *Mireille Hildebrandt*, Trial and «Fair Trial»: From Peer to Subject to Citizen, in: *Antony Duff/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/Victor Tadros* (ed.), *The Trial on Trial*, Volume 2, Judgment and Calling to Account, Hart Publishing, Oxford/Portland 2006, 24 ff.; *Michael Daphinoff*, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich 2012, 411 ff.
- 41 *Krauss* (Fn. 23), 75 f.
- 42 *Marc Thommen*, Basler Kommentar StPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 3 StPO N 1.
- 43 Statt vieler *Matthias Mahlmann*, Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt, *EuR* 2011 469, 480.
- 44 *Antony Duff/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/Victor Tadros*, *The Trial on Trial*, Volume 3, Towards a Normative Theory of the Criminal Trial, Hart Publishing, Oxford/Portland 2007, 109, 247, 252.
- 45 Vgl. etwa *Daniel Kanstroom*, On «Waterboarding»: Legal Interpretations and the Continuing Struggle for Human Rights, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 32 (2009), 203 ff., 206; ferner: Alfonso Serrano, Waterboarding: Interrogation Or Torture? (online: cbsnews.com, November 1, 2007; Stand: 17. August 2014).
- 46 *Stefan Trechsel*, Why must trials be fair? *Israel Law Review*, Vol. 31 (1997), Issues 1–3, 99; zur Gerechtigkeitsrelevanz von Fairness weiter *Klaus Volk*, Diverse Wahrheiten, in: *Albin Eser/Hans Josef Kullmann/Lutz Meyer-Gossner/Walter Odersky/Rainer Voss* (Hrsg.), *Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin*, Festschrift für Hanskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Köln 1995, 415.
- 47 Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Juni 2012, Geschäftsnummer AC110010, III. Ziff. 8.
- 48 *Stefan Trechsel*, Gerechtigkeit im Fehlurteil, *ZStrR2000* 3; s.a. *Korinna Weichbrodt*, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung, Diss. 2004/2005, Berlin 2006, 29.
- 49 *Ulfrid Neumann*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, *ZStW101* (1989), Heft 1, 52 («Wahrheit ist Voraussetzung für Gerechtigkeit»); *Karl Heinz Gössel*, Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess? Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 2. Juni 1999, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 165, Berlin 2000, 8; *Detlef Krauss*, Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess, in: Herbert Jäger (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozess, zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis*, Frankfurt a.M. 1980, 65.
- 50 *Trechsel* (Fn. 48), 3; *Weichbrodt* (Fn. 48), 21 ff.
- 51 Ohne die «Invocatio Dei» *Jung* (Fn. 19), 148; ähnlich *Thomas Weigend*, Is the Criminal Process About Truth? A German Perspective, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2003, Vol. 26, 159. Zur

Geschichte des Eides in den USA: *Eugene R. Milhizer*, So help me Allah: An historical and prudential analysis of oaths as applied to the current controversy of the Bible and Quran in oath practises in America, in: *Ohio State Law Journal*, Vol. 70 (2009) Number 1, 27 ff. sowie im Allgemeinen *Helen Silving*, The Oath: I, *The Yale Law Journal*, Vol. 68 (June 1959) Number 7, 1329 ff.; kritisch zum Eid des Beschuldigten: *ibd.*, The Oath: II, *The Yale Law Journal*, Vol. 68 (July 1959) Number 8, 1527 ff., 1576.

52 *Jackson* (Fn. 14), 124 f.

53 *Gerson Trüg/Hans-Jürgen Kerner*, Formalisierung der Wahrheitsfindung im (reformiert-)inquisitorischen Strafverfahren? Betrachtungen unter rechtsvergleichender Perspektive, in: *Heinz Schöch/Roland Helgerth/Dieter Dölling/Peter König* (Hrsg.), *Recht gestalten – dem Recht dienen*, Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, Berlin 2007, 196.

54 M.H. *Thommen* (Fn. 38), 268 ff.

55 Vgl. *Hans Theile*, Wahrheit, Konsens und § 257c StPO, *NStZ* 2012 667.

56 Statt vieler *Günter Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, Schriftenreihe, Heft 134, Heidelberg/Karlsruhe 1977, 46.

57 *Edda Wesslau*, Absprachen in Strafverfahren, *ZStW* 2004 151.

58 Art. 6 Abs. 2 EMRK.

59 So nennt die Boulevardpresse die Gruppe der von Johnnie L. Cochran Jr. und Robert L. Shapiro angeführten Verteidiger bis heute, vgl. *The National Enquirer*, Special Investigation, *Simpsons Murders – Truth Exposed 20 Years Later*, July 2014, p. 46; s.a. *David Margolick*, That Courthouse Religion, in: *New York Times*, November 3, 1996 (online: nytimes.com; Stand: 17. August 2014).

60 *Dershowitz* (Fn. 3), 69.

61 Dazu *Dershowitz* (Fn. 3), 16 («...even jurors who thought that Simpson <did it> as a matter of fact could reasonably have found him not guilty as a matter of law – and of justice»).

62 *Dershowitz* (Fn. 3), 49 ff., sowie *Linder* (Fn. 3).

63 Bereits *Carl Stooss*, Was ist Kriminalpolitik?, *ZStrR*7 (1894) 229 («Nur der Schuldige darf bestraft werden»); *Demko* (Fn. 37), 352.

64 Zur Begründung des Gleichheitsgebots vgl. *Andreas Thier*, «Die Wahrheit und nichts als die Wahrheit» – Wirklichkeitskonstruktion und Wahrheitsanspruch im Recht, *Zeitschrift für Kulturphilosophie*, *ZKph* 8 (2014), Heft 2, 252 f. Meinem hochgeschätzten Kollegen Andreas Thier danke ich an dieser Stelle für die anregenden «Wahrheitsdiskussionen» sowie seine zahlreichen weiterführenden Hinweise.

65 Kritisch *Volk* (Fn. 46), 418.

66 *Andreas J. Keller*, Die neue schweizerische StPO: Formalisierung und Effizienz – bleibt die materielle Wahrheit auf der Strecke? *ZStrR*129 (2011) 230 f.; deutlich kritischer *Krauss* (Fn. 49), 65.

- 67 Statt vieler *Henning Radtke*, Das Strafverfahren als Diskurs?, in: *Knut Amelung/Werner Beulke/Hans Lilie/Henning Rosenau/Hinrich Rüping/Gabriele Wolfslast* (Hrsg.), Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, Heidelberg 2003, 378.
- 68 *Weichbrodt* (Fn. 48), 25 ff.; *Mirjan R. Damaska*, Truth in Adjudication, *Hastings Law Journal*, Vol. 49 (1997–1998), 291; s.a. *Theile* (Fn. 55), 667; für einen korrespondenztheoretischen Wahrheitsbegriff argumentierend *Gössel* (Fn. 49), 9 ff.
- 69 *Gössel* (Fn. 49), 15.
- 70 *Urs Widmer*, Reise an den Rand des Universums – Autobiographie, Zürich 2013, 7.
- 71 Ähnlich *Radtke* (Fn. 67), 379.
- 72 *Krauss* (Fn. 49), 83; *Theile* (Fn. 55), 666.
- 73 *Heinz Müller-Dietz*, Der Wahrheitsbegriff im Strafverfahren, *Zeitschrift für evangelische Ethik* 15 (1971) 266.
- 74 *Volk* (Fn. 46), 413; zu diesem «*hermeneutischen Vorgang*» der Rechtsfindung *Krauss* (Fn. 23), 77.
- 75 *Jackson* (Fn. 14), 125; *Karl-Ludwig Kunz*, Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels – Zur Rationalität der Beweiswürdigung bei der Tatsachenfeststellung, in: *ZStW* 121 (2009), Heft 3, 578; *Niklaus Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Rn. 153.
- 76 *Sabine Gless*, Beweisverbote und Fernwirkung, *ZStr* 128 (2010) 146 ff., 147; *Wolfgang Wohlers*, in: *Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber* (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 6 N 2; *Kaufmann* (Fn. 11), 148; BGH, Urteil vom 14.6.1960 – 1 StR 683/59 (LG München I), *NJW* 1960 1580 ff., 1582; BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschluss vom 19.10.1983 – 2 BvR 859/83, *NJW* 1984 428.
- 77 *Weigend* (Fn. 51), *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2003, Vol. 26, 160 f.; *Lukas Gschwend/Marc Winiger*, Die Abschaffung der Folter in der Schweiz, Zürich/St.Gallen 2008, 16 («*Die Rechtsgelehrten waren sich ... seit dem 18. Jahrhundert weitgehend darüber im Klaren, dass die Folter grausam und vor allem unzuverlässig war*»).
- 78 Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, *BBl* 2006 1085, 1182 f.; *Gless* (Fn. 76), 148 ff.; *Niccolò Raselli*, Sachverhaltserkenntnis und Wahrheit; Rechtsanwendung und Gerechtigkeit, *recht* 2008 68, 74; *Roxin/Schünemann* (Fn. 34), §1 N 4.
- 79 *Keller* (Fn. 66), 230; *Raselli* (Fn. 78), 68; *Wohlers* (Fn. 76), Art. 6 N 2; *Müller-Dietz* (Fn. 73), 262 f.; *Jackson* (Fn. 14), 123.
- 80 *Raselli* (Fn. 78), 74.

- 81 Ähnlich *Jung* (Fn. 19), 149.
- 82 *Radtke* (Fn. 67), 379.
- 83 So die zentrale Kritik von *Hansjörg Seiler*, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, *recht 2005* 18; dagegen diff. aus historischer Perspektive *Krauss* (Fn. 23), 75 f.
- 84 Str., vgl. *Viktor Lieber*, in: *Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber* (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 113 N 29 f. m.w.H.
- 85 Zum Verhältnis von nemo tenetur und Aussageverweigerungsrecht *Lieber* (Fn. 84), Art. 113 N 1; allg. *Wohlers* (Fn. 76), Art. 3 N 25 ff.; kritisch *Seiler* (Fn. 83), 11 ff.
- 86 *Trechsel* (Fn. 48), 5; *Krauss* (Fn. 49), 84.
- 87 Zusammenfassend *Jackson* (Fn. 14), 123.
- 88 *Volk* (Fn. 46), 417.
- 89 *Gössel* (Fn. 49), 5 ff.
- 90 *Thier* (Fn. 64), ZKph 8 (2014), Heft 2, 249 ff.
- 91 *Theile* (Fn. 55), 668; klärend zur «Konstruktion der Wirklichkeit» *Weichbrodt* (Fn. 48), 82 ff.; *Walter Grasnick*, Wahres über die Wahrheit – auch im Strafprozess, in: *Jürgen Wolter* (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, Heidelberg 1993, 69 ff.; diff. *Gössel* (Fn. 64), 19.
- 92 *Radtke* (Fn. 67), 380.
- 93 Beispiel von *Edda Wesslau*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform? Baden-Baden 2002, 160.
- 94 Beispiel von *Damaska* (Fn. 68), 295; ferner *Weigend* (Fn. 51), 159; zum Kompromiss auch *Theile* (Fn. 55), 670.
- 95 *Jung* (Fn. 19) 150 ff., insbesondere 156.
- 96 Vgl. Art. 6 Abs. 1 StPO; dazu *Wohlers* (Fn. 76), Art. 6 N 1.
- 97 *Weichbrodt* (Fn. 48), 34.
- 98 *Volk* (Fn. 46), 417.
- 99 *Müller-Dietz* (Fn. 73), 263.
- 100 *Antony Robin Duff*, *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1986, 156; *Weichbrodt* (Fn. 48), 23; s.a. *Thommen* (Fn. 38), 272.

- 101 *Frauke Stamp*, Die Wahrheit im Strafverfahren. Eine Untersuchung zur prozessualen Wahrheit unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des erkennenden Gerichts in der Hauptverhandlung, Diss. Kiel, Baden-Baden 1998, 268; *Weichbrodt* (Fn. 48), 24 und 51.
- 102 BGE 129 IV 161 E. 4.2.
- 103 *Jung* (Fn. 19), 149.
- 104 *Stamp* (Fn. 101), 268 f.; *Jung* (Fn. 19), 149.
- 105 *Detlef Krauss*, Schuld im Strafrecht, Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter? Antrittsvorlesung 3. Juni 1992, Humboldt-Universität zu Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft, 3, 16 f. (publiziert: <http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vi/krauss-detlef/PDF/Krauss.pdf>; Stand: 17. August 2013); *Weichbrodt* (Fn. 48), 71; *Stratenwerth* (Fn. 56), 15.
- 106 *Wesslau* (Fn. 93), 185 und 198.
- 107 *Neumann* (Fn. 49), 52; *Wesslau* (Fn. 93), 215; *Duff/Farmer/Marshall/Tadros* (Fn. 44), 90; zur «*Schuld als notwendiges, aber nicht hinreichendes Element der Strafbegründung*» *Felix Bommer*, Basler Kommentar StGB I, 3. Auflage, Basel 2013, Vor Art. 19 N 59 ff.; *Günter Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Auflage, Bern 2011, § 2 N 14.
- 108 M.w.H. *Thommen* (Fn. 38), 271 ff.
- 109 *Bommer* (Fn. 16), ZSR 2009 II 108.
- 110 Sachverhalt aus Bundesgerichtsurteil [6P.68/2006](#); [6S.128/2006](#) vom 6. September 2006, Lit. A.
- 111 Verkehrsregelverordnung (VRV) vom 13. November 1962, [SR 741.11](#).
- 112 Bundesgerichtsurteil [6P.68/2006](#); [6S.128/2006](#) vom 6. September 2006; im Ergebnis zustimmend *Wolfgang Wohlers/Fabian Humbel*, Tatort Strasse: Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Strassenverkehrsstrafrecht im Jahre 2006, in: *René Schaffhauser* (Hrsg.), Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Band 47, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2007 439 ff.
- 113 Neuste Zahlen bei *Thomas Hansjakob*, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, *forum* 3 (2014) 160 ff., sowie im Jahresbericht 2013 der Oberstaatsanwaltschaft und der Staatsanwaltschaften des Kantons Zürich (online: www.staatsanwaltschaften.zh.ch; Stand: 17. August 2014), S. 30, wonach die Verfahren im Schnitt aller Staatsanwaltschaften in 57,3% der Fälle durch Strafbefehl, in 37,3% durch Einstellung/Sistierung und in 5,4% durch Anklage erledigt werden (2013 wurden im Kanton Zürich somit 91,4% der nicht eingestellten/sistierten Fälle durch Strafbefehl erledigt); ferner Peter Albrecht, Strafrecht ohne Recht?, ZStrR 131 (2013) 393; m.w.H. *Thommen* (Fn. 38), 4, dortige Anm. 22, sowie 231, und dortige Fn. 1237.
- 114 *Hansjakob* (Fn. 113), 160 f.

- 115 *Andreas Eicker*, Zum Vorentwurf für eine gesamtschweizerische Strafprozessordnung – Staatsanwaltschaftliche Kompetenz-Konzentration und ihre Kompensationsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren, *AJP2003* 19 f.
- 116 Nach *Wolfgang Wohlers*, Das Strafverfahren in den Zeiten der «Eilkrankheit», *NJW2010* 2470–2475.
- 117 *Duff* (Fn. 19), 29 («*managerialist ideology*»).
- 118 *Stephen C. Thaman*, The Penal Order: Prosecutorial Sentencing as a Model for Criminal Justice Reform?, in: *Erik Luna/Marianne L. Wade* (eds.), *The Prosecutor in Transnational Perspektive*, Oxford University Press, Oxford 2012, 156; *Karl-Ludwig Kunz*, Zur Herstellung des strafrechtlichen Schuld- oder Freispruchs, *ZStrR132* (2014) 54.
- 119 Vgl. den Titel meiner Habilitationsschrift (*Thommen* [Fn. 38], sowie dortige S. 1–6); gleich *Albrecht* (Fn. 113), 393.
- 120 Eingehend *Eicker* (Fn. 115), 13 ff.; weiter *Felix Bommer*, Zur Vereinheitlichung der Behördenorganisation in der Schweizerischen Strafprozessordnung, *ZBJV 150* (2014) 238; *Albrecht* (Fn. 113), 397; *Schubarth* (Fn. 25), 527 ff., 534.
- 121 *Doris Hutzler*, Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren: eine Analyse der zürcherischen, schweizerischen und deutschen Regelungen, unter besonderer Berücksichtigung der Geständnisfunktion, Diss. Luzern, Zürich, 2010, Rn. 125, Anm. 303 (Zürich; Genf); zum Rückzug der Einsprachen *Hansjakob* (Fn. 113), 162 f.
- 122 So *Hansjakob* (Fn. 113), 162 [Zitat].
- 123 Ähnlich *Thomas Weigend*, Why have a Trial when you can have a Bargain?, in: *Antony Duff/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/Victor Tadros* (ed.), *The Trial on Trial, Volume 2, Judgment and Calling to Account*, Hart Publishing, Oxford/Portland 2006, 208 («*public hearing on the defendant's demand*»).
- 124 *Mark Pieth*, Von der Inquisition zum Sicherheitsstaat: ketzerische Gedanken zur aktuellen Strafprozessreform, *AJP2002* 628.
- 125 *Schubarth* (Fn. 25), 527 ff., 536.
- 126 So aber *Hansjakob* (Fn. 113), 161.
- 127 Vgl. *Marcel Brun*, Gefahr der Verpolizeilichung des Vorverfahrens, *recht 2014* 93 m.w.H.
- 128 Berechtigte Kritik an diesem «*naive(n) Konzept*», welches auf der «*Fiktion einer Handlungskompetenz*» des Beschuldigten basiert, bei *Schubarth* (Fn. 25), 531; zu sprachlichen und intellektuellen Verständnisschwierigkeiten bei Strafbefehlen vgl. *Andreas Donatsch*, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von [Art. 6 EMRK](#), *ZStrR1994* 328 f.; *Franz Riklin*, Urteilseröffnung beim Strafbefehl, in: *Piermarco Zen-Ruffinen* (Hrsg.), *Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Basel 2006, 122 ff., und *Hutzler* (Fn. 121), RN 257.

- 129 *Marion Lagler*, Besondere Verfahrensarten: Überlastung der Strafjustiz oder Ausdruck erhöhter Punitivität?, Diss. Zürich 2014 (im Druck), 3. Teil – I.1.A.b.
- 130 *Franz Riklin*, Der Strafbefehl im deutschen und im schweizerischen Strafprozessrecht – eine rechtsvergleichende Betrachtung, in: *Heinz Müller-Dietz/Egon Müller/Karl-Ludwig Kunz/Henning Radtke/Guido Britz/Carsten Momsen/Heinz Koriath* (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2008, Baden-Baden 2007, 766; *Keller* (Fn. 66), 232; für das abgekürzte Verfahren *Lagler* (Fn. 129), 3. Teil – I.2.C.; gleich für das deutsche Verständigungsverfahren *Gerhard Fezer*, Inquisitionsprozess ohne Ende? – Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes, *NStZ 2010* 177 ff., 181, und *Matthias Jahn*, Die Konsensmaxime in der Hauptverhandlung – Zur Rekonstruktion des Amtsermittlungsgrundsatzes in § 244 Abs. 2 StPO unter Berücksichtigung der aktuellen Gesetzesentwürfe zur Verständigung im Strafverfahren, *ZStW 2006* 444; *Theile* (Fn. 55), 669.
- 131 *Keller* (Fn. 66), 232.
- 132 *Wohlers* (Fn. 116), 2474.
- 133 Art. 309 Abs. 4 StPO, dazu *Nathan Landshut/Thomas Bosshard*, in: *Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber* (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 309 N 47 ff.
- 134 Zur Einvernahmehäufigkeit in der Strafbefehlspraxis vgl. Umfrageergebnisse bei *Nadine Hagenstein/Matthias Zurbrügg*, Das Strafbefehlsverfahren nach eidg. StPO – liegt die Einheit in der Vielfalt? *ZStrR130* (2012) 401 ff.
- 135 *Albrecht* (Fn. 113), 393; *Daphinoff* (Fn. 40), 34; *Andreas Eicker*, Die Schweizerische Strafprozessordnung im Überblick – Anknüpfung an Bestehendes, Vereinheitlichung und hohe Regelungsdichte, *recht 2010* 193.
- 136 *Betty N. Collins*, Comments – Does New York State Have A Kangaroo Court? *Albany Law Review*, Vol. 23 (1959), 315.
- 137 *Parker B. Potter Jr.*, The Good, The Bad, The Ugly, and More: A Survey of Litigation Arising from the Operation of Kangaroo Courts, *International Journal of Punishment and Sentencing (IJPS)*, Vol. 1, Issue 3 (2005), 118 Fn. 3; ferner zu Kangaroo Courts: *J. Vincent Aprile II*, Criminal Justice Matter – Of Kangaroos and Courts, *Criminal Justice*, Vol. 7, Issue 3 (Fall 1992), 36 ff.
- 138 Dazu im Einzelnen *Thommen* (Fn. 38), 29 ff. und 227 ff. (richterliche Unabhängigkeit), 78 ff. (rechtliches Gehör), 85 ff. (Verteidigung), 97 f. (Übersetzung), 103 ff. und 231 ff. (Öffentlichkeitsprinzip), 124 ff. (Einspracheverfahren), 125 f. (Unschuldsvermutung), 295 ff. (Bedingungen fairer kurzer Prozesse); zu den Defiziten abgekürzter Verfahren, a.a.O., 220 ff.
- 139 Vgl. Strafbefehl E-2/2010/6250 der Staatsanwaltschaft Zürich – Sihl vom 26. November 2010.
- 140 *Hansjakob* (Fn. 113), 161.

- 141 *Marc Thommen*, Unerhörte Strafbefehle, Strafbefehle ohne Einvernahme – ein Plädoyer für Kommunikation mit Beschuldigten, ZStrR128 (2010) 373 ff.
- 142 *Jung* (Fn. 19), 155.
- 143 *Thommen* (Fn. 38), 243, 277 f.
- 144 Insoweit gl.M. *Seiler* (Fn. 83), 18.
- 145 *Volk* (Fn. 46), 418.
- 146 Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, Urteil vom 5. Dezember 2013, Geschäftsnummer SB130224-O/U/jv, 6, Ziff. 1.2.
- 147 *Volk* (Fn. 46), 418.
- 148 *Friedrich Dencker*, Das Geständnis im Straf- und Strafprozessrecht, ZStW102 (1990), Heft 1, 66; krit. *Thomas Weigend*, Die Reform des Strafverfahrens, ZStW104 (1992), Heft 2, 499 f.
- 149 Zur diesbezüglichen Kritik vgl. oben Fn. 128.