

Kontaktaufnahme mit Zeugen durch den Verteidiger

Ziel jedes Schweizer Strafprozesses ist die materielle Wahrheitsfindung sowie die richtige Rechtsanwendung. Dieses Ziel wird explizit auch durch den Wahrheits- bzw. Untersuchungsgrundsatz in Art. 6 StPO statuiert¹. Zur *Durchsetzung* dieser Maxime muss die beschuldigte Person von einem Strafverteidiger vertreten werden, der mit der juristisch ausgebildeten Strafverfolgungsbehörde auf gleicher Ebene steht. Auf diese Weise wird die Waffengleichheit im Prozess ermöglicht (Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO)². Grundsätzlich tritt der Verteidiger nicht an die Stelle des Beschuldigten als Vertreter, sondern ist vielmehr neben ihm und fungiert als Beistand³.

Doch *wie weit darf sich ein Verteidiger für die Wahrheitsfindung einsetzen?* Vorliegend soll diese Frage – in Bezug auf die Grenzen bei der *Kontaktaufnahme mit Zeugen durch den Verteidiger* – näher untersucht werden.

A. Fallbeispiel und Problematik

Damit die Beziehung zwischen Verteidiger und Zeugen besser verstanden werden kann, ist es angebracht, zunächst auf ein Fallbeispiel aus der Praxis einzugehen:

I. Fallbeispiel aus der Praxis: BGE 136 II 551

Dem Untersuchungsgefangenen U wurde die versuchte Tötung an A vorgeworfen, weil er sie mit seinem Auto überfahren wollte. A konnte sich nur noch mit einem Sprung zur Seite retten. Im Zusammenhang mit dem U zur Last gelegten Tötungsversuch beantragte Rechtsanwalt R (Verteidiger von U) die Einvernahme des Zeugen Z. Das Untersuchungsamt lehnte den Antrag von R ab. Daraufhin kontaktierte R den Zeugen eigenmächtig und vereinbarte ein Treffen mit ihm. Bei dieser Zusammenkunft erkundigte sich R, ob Z den Wagen von U in der fraglichen Zeit benutzt habe und ob er dabei A begegnet sei. Die Anwaltskammer des Kantons St. Gallens warf dem Rechtsanwalt eine Verletzung der Berufspflichten vor. Er habe in unzulässiger Weise den Zeugen befragt und somit eine Zeugenbeeinflussung in Kauf genommen. Dafür wurde er mit einer Busse von CHF 6'000.- diszipliniert. Das Bundesgericht bestätigte diese Auffassung und wies die Beschwerde des Rechtsanwalts ab.⁴

¹ JOSITSCH DANIEL, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 5 (zit.: JOSITSCH, Grundriss StPO); OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 19 (zit.: OBERHOLZER, Grundzüge StPO).

² JOSITSCH, Grundriss StPO, N 249, 34.

³ JOSITSCH, Grundriss StPO, N 271.

⁴ BGE 136 II 551, S. 551-552, Sachverhalt.

II. Problematik

Die besondere Konstellation in BGE 136 II 551 zeigt exemplarisch die Problematik der Kontaktaufnahme mit Zeugen durch den Verteidiger auf: Der vom Rechtsanwalt befragte Zeuge kam als Tatverdächtiger in Frage. Hätte Z – wie von Rechtsanwalt R gehofft – ausgesagt, so hätte dies seinen Mandanten U zwar entlastet, gleichzeitig aber den Zeugen selbst zum *Tatverdächtigen* gemacht. Dies zeigt: In kritischen Fällen kann das Verhalten des Verteidigers in der Gefahr münden, dass die private Kontaktaufnahme eine Zeugenbeeinflussung erwirken kann.

Durch die private Zeugeneinvernahme mit Z begibt sich R auf ein unklares Terrain des Interessenkonfliktes. Einerseits setzt er sich für die *Wahrheitsfindung* und für seinen Mandanten ein, indem er selbständig *prozessökonomische* Sachverhaltsabklärungen vornimmt. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass er als Verteidiger nicht schrankenlos befugt ist, eigene Sachverhaltsermittlungen vorzunehmen. Als Rechtsanwalt untersteht er dem Anwaltsgesetz (BGFA)⁵ und somit auch der anwaltlichen *Pflicht, seinen Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben*.

Im vorliegenden Fall drängt sich somit die Frage auf, inwieweit die Kontaktaufnahme mit Zeugen durch den Verteidiger zulässig ist beziehungsweise, *wann es die Verteidigung einzuschränken gilt*. Um diese Frage zu beantworten, werden in einem nächsten Schritt, die Rechte und Pflichten der Beteiligten näher untersucht.

B. Zum Zeugen und Verteidiger

I. Der Zeuge nach Art. 162 ff. StPO

Art. 162 StPO hält fest, dass Zeuge oder Zeugin ist, wer nicht an der Begehung einer Straftat beteiligt ist, aber zur Aufklärung der Straftat dienende Aussagen machen kann und zusätzlich nicht Auskunftsperson ist⁶. Grundsätzlich ist jede urteilsfähige Person zeugnisfähig, die Tatsachen wahrnehmen kann und fähig ist diese in Erinnerung zu behalten sowie wieder abzurufen. Zeugnisfähigkeit ist nicht gegeben bei Personen unter 15 Jahren. Liegt keine Urteilsfähigkeit vor oder ist das 15. Altersjahr noch nicht erreicht, so wird die Person als Auskunftsperson gemäss Art. 178 StPO einvernommen⁷. Im Interesse der Feststellung der materiellen

⁵ Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, SR 935.61.

⁶ JOSITSCH, Grundriss StPO, N 313; DONATSCH/CAVEGN, Beweisrecht, insbesondere Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständige, in: Tag, Brigitte/Hauri, Marx (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2010, S. 60.

⁷ OBERHOLZER, Grundzüge StPO, N 743.

Wahrheit gilt für jeden, der zeugnisfähig ist, die Zeugnispflicht. Vorbehalten bleiben jedoch die Bestimmungen des Zeugnisverweigerungsrechts gemäss Art. 168 ff. StPO. Das Zeugnisverweigerungsrecht trägt dem Umstand Rechnung, dass in bestimmten Konstellationen anderen Rechtsgütern Vorrang gewährt werden muss. Der Zeuge wird zu Beginn der Befragung auf seine Zeugnis- und Wahrheitspflicht hingewiesen und ist zu Beginn der Einvernahme entsprechend zu belehren⁸.

Festzuhalten ist, dass es nicht erlaubt ist, eine *tatverdächtige* Person als Zeuge zu befragen, da sie nicht vor die Entscheidung gestellt werden soll, entweder wahrheitsgetreu auszusagen – und sich damit *selber zu belasten* – oder eine *Verurteilung wegen falschem Zeugnis* in Kauf nehmen zu müssen⁹.

II. Der Verteidiger und seine Pflichten nach Art. 127 ff. StPO

Die Verteidigung der beschuldigten Person ist gemäss Art. 127 Abs. 5 StPO Aufgabe von Anwälten¹⁰. Art. 128 StPO statuiert, dass sich der Verteidiger in den Schranken von *Gesetz und Standesregeln* allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet¹¹, wobei umstritten ist, ob es auf die vom Verteidiger erklärten wohlverstandenen Interessen der beschuldigten Person ankommt oder auf die von der beschuldigten Person selbst definierten Interessen¹². Als unbestritten gilt, dass der Strafverteidiger verpflichtet ist, die Rechtsordnung zu beachten und sich gleichzeitig unabhängig gegenüber seinem Mandanten verhalten muss¹³. Die Hauptfunktion des Strafverteidigers ist also die Wahrung der Rechte und Interessen der beschuldigten Person im Strafprozess¹⁴. Dabei darf er die Berufs- und Standesregeln für Anwälte nicht ausser Acht lassen.

1. Berufsregeln von Rechtsanwälten

Das BGFA verankert die Berufsregeln für Anwälte, insbesondere auch die *sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung*¹⁵ nach Art. 12 lit. a BGFA¹⁶. Diese offen formulierte General-

⁸ DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, S. 157 (zit.: DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, StPO).

⁹ OBERHOLZER, Grundzüge StPO, N 745.

¹⁰ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, StPO, S. 106.

¹¹ LIEBER, Kommentar StPO, Art. 128 N 7a, in: Donatsch, Andreas/Hansjakob, Thomas/Lieber, Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: LIEBER, Kommentar StPO).

¹² WOHLERS WOLFGANG, Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 130/2012 S. 63 ff.

¹³ JOSITSCH, Grundriss StPO, N 263; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, StPO, S. 106.

¹⁴ LIEBER, Kommentar StPO, Art. 128 N 5.

¹⁵ JOSITSCH, Grundriss StPO, N 270.

¹⁶ Art. 12 lit. a BGFA (Berufsregeln): „Für Anwältinnen und Anwälte gelten folgende Berufsregeln: Sie üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus. (...)“.

klausel muss notwendigerweise präzisiert werden¹⁷. Das Bundesgericht hat den Artikel in einem Urteil konkretisiert und festgehalten „dass die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung nicht nur auf das Verhältnis zwischen *Anwalt und Klient*, sondern auf das Verhalten des Anwalts gegenüber *Behörden, Gegenpartei und der Öffentlichkeit* bezieht“¹⁸. Diese Präzisierung ist jedoch offensichtlich noch nicht transparent genug und hilft in Fällen wie BGE 136 II 551 nicht weiter. Ungeachtet dessen steht fest: Verletzt ein Anwalt die Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung, so wird er strafrechtlich und disziplinarrechtlich sanktioniert¹⁹.

2. *Standesregeln von Rechtsanwälten*

Die Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands werden herangezogen, wenn eine Berufsregel des BGFA präzisiert werden muss²⁰. Im Fall von Art. 12 lit. a BGFA liefert Art. 7 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes Aufschluss²¹. Nach Art. 7 des Standesrechts wird unter sorgfältiger und gewissenhafter Berufsausübung verstanden, dass ein Anwalt *jegliches Verhalten zu unterlassen hat, welches eine Zeugenbeeinflussungsgefahr mit sich bringen könnte*²². Hintergrund dieser Regelung ist die herrschende Überzeugung, dass das Gericht für die Wahrheitsfindung im Strafprozessrecht zuständig ist²³.

III. Kontaktaufnahme des Verteidigers mit dem Zeugen

Wie stehen nun Berufsregeln und Zeugenkontaktierung zueinander im Verhältnis? Vorauszustellen ist, dass die Untersuchungsmaxime kein staatliches Monopol für Beweiserhebungen begründet²⁴. Das heisst, dem Verteidiger ist es erlaubt, selber Beweise zu sammeln und potentielle Zeugen zu befragen²⁵, aber Berufs- und Standesregeln setzen Schranken und sind wegleitend. Ob eine Kontaktaufnahme als zulässig oder unzulässig zu qualifizieren ist, ist immer im Einzelfall abzuklären²⁶.

¹⁷ FELLMANN WALTER, *Anwaltsrecht*, Bern 2010, N 170 (zit.: FELLMANN, *Anwaltsrecht*); Botschaft BGFA, 6039; FELLMANN, *Kommentar BGFA*, Art. 12 N 5a, in: Fellmann, Walter/Zindel, Gaudenz G. (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, Zürich 2011 (zit.: FELLMANN, *Kommentar BGFA*).

¹⁸ FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 179; BGer, Urteil vom 4. Mai 2004, 2A.545/2003, E. 3.

¹⁹ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N 7, in: Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, Art. 1-195 StPO, Basel 2014 (zit.: BSK StPO-RUCKSTUHL); JOSITSCH, *Grundriss StPO*, N 270.

²⁰ FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 170; FELLMANN, *Kommentar BGFA*, Art. 12 N 5.

²¹ Art. 7: Kontakt mit Zeugen: „*Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte unterlassen jede Beeinflussung von Zeugen und Sachverständigen (...)*“.

²² FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 193.

²³ OBERHOLZER, *Grundzüge StPO*, N 357; FELLMANN, *Anwaltsrecht*, N 193.

²⁴ OBERHOLZER, *Grundzüge StPO*, N 357; TAG, *Allgemeine Verfahrensregeln*, in: Tag, Brigitte/Hauri, Max (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung*, Zürich/St. Gallen 2010, S. 16.

²⁵ JOSITSCH, *Grundriss StPO*, N 263.

²⁶ JOSITSCH, *Grundriss StPO*, N 267.

1. Grundsätzliche Unzulässigkeit

Wie bereits unter A. II. gesehen, birgt die Kontaktierung eines Zeugen durch den Verteidiger Gefahren. Wo genau die Grenzen zu ziehen sind, ist unklar. In jedem Fall ist aber jegliche Druckausübung auf den Zeugen als unzulässig zu taxieren. Das heisst, der Zeuge darf nie zu einer bestimmten Aussage oder überhaupt zu einer Aussage gedrängt werden. Weiter ist unzulässig, wenn dem Zeuge mit Nachteilen gedroht wird, falls er schweigt. Als verpönt befunden wird ausserdem auch das Stellen von Suggestivfragen.²⁷

2. Ausnahmsweise Zulässigkeit

Um die Zulässigkeit von privaten Zeugenbefragungen zu prüfen, folgt das Bundesgericht den von der Lehre und kantonalen Anwaltsaufsichtsbehörden entwickelten Kriterien. Eine Kontaktaufnahme mit einem potentiellen Zeugen wird *nur* dann als zulässig erachtet, wenn sie (1) im *Interesse des eigenen Mandanten liegt*, dadurch (2) die *Sachverhaltsermittlung nicht beeinträchtigt wird* und (3) eine *sachliche Notwendigkeit* für die Kontaktaufnahme besteht²⁸. Die Voraussetzungen 1 bis 3 konkretisieren die in Art. 12 lit. a BGFA festgeschriebene Pflicht zur sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung. Sie müssen kumulativ gegeben sein, damit eine private Zeugenbefragung durch den Verteidiger rechtmässig ist.

Zusätzlich fordert die Lehre den Verteidiger dazu auf, *Vorkehrungen zu treffen und Vorsichtsmassnahmen einzuhalten*, welche einer unzulässigen Zeugenbeeinflussung entgegenwirken. Der Anwalt soll den Zeugen schriftlich zu einem Gespräch einladen und dartun, dass dieser keiner Aussagepflicht oder Teilnahmepflicht untersteht. Die Befragung soll in den Büros des Anwalts stattfinden, wobei gegebenenfalls eine neutrale Drittperson als Gesprächszeugin hinzuzuziehen ist.²⁹

C. Kritische Würdigung

Die Rechtsprechung in BGE 136 II 551 schafft – mit den für eine zulässige Zeugenbefragung formulierten Kriterien – zwar Auslegungshilfe zur Konkretisierung von Art. 12 lit. a BGFA, gibt aber gleichzeitig auch Anlass für Kritik. Es kann beanstandet werden, dass die Haltung des Bundesgerichts die *Anwaltstätigkeit* im Strafprozess *zu stark einschränkt*. Wird die Ermittlung des Sachverhaltes – als Hauptaufgabe eines prozessführenden Anwaltes – derart beschnitten, bleibt den Verteidigern nicht mehr viel Raum, sich ausserhalb

²⁷ LIEBER, Kommentar StPO, Art. 128 N 8; BGE 136 II 551, S. 554, E. 3.2.2.

²⁸ LIEBER, Kommentar StPO, Art. 128 N 17a; OBERHOLZER, Grundzüge StPO, N 360.

²⁹ BGE 136 II 551, S. 555, E. 3.2.3.

des Aktenstudiums und den Mandanteninstruktionen zu bewegen³⁰. Auch aus *prozessökonomischer Sicht* macht es wenig Sinn, die Ermittlungen des Verteidigers übermässig einzuschränken.

Meiner Meinung nach stellt die Befolgung der Vorgaben des Bundesgerichts eine Gratwanderung dar. Die Herausforderung für die Verteidiger besteht darin, die Interessen des Mandanten bestmöglich zu vertreten und gleichzeitig die strikten Zulässigkeitskriterien einzuhalten. Da das Bundesgericht letztendlich aber dennoch vom Einzelfall ausgeht, ist es beinahe unmöglich, die Folgen einer privaten Zeugenbefragung mit Bestimmtheit abzuschätzen. Folglich sind die *Rechtssicherheit* und die *Transparenz* für den Verteidiger *beeinträchtigt*. Trotzdem erweist sich das Vorgehen des Bundesgerichts im Endergebnis als korrekt, da in Ausnahmefällen ein Notventil notwendig ist, um durchgehenden *Schutz der Zeugenaussagen* gewährleisten zu können. Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht m.E. berechtigterweise das Interesse des (tatverdächtigen) Zeugen – sich *nicht selber belasten zu müssen* – priorisiert. Mit seiner Entscheidung signalisiert das Bundesgericht weiter, dass dieser Schutz nicht zu Gunsten der Rechte der Verteidigung und der Wahrheitsfindung unterlaufen werden darf.

D. Fazit

Nach dem Dargelegten kann zusammenfassend festgehalten werden, dass Anwälte im Strafprozessrecht in ihrer Verteidigung eingeschränkt sind. Sie dürfen zwar selber Ermittlungen tätigen, Vorabklärungen vornehmen und folglich auch Zeugen befragen³¹, aber das Bundesgericht wendet strenge Massstäbe an mit wenig Gestaltungsspielraum. Wann die Kontaktaufnahme mit Zeugen zulässig ist, kann jeweils nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls bestimmt werden³². Immerhin geben die in BGE 136 II 551 formulierten Kriterien Orientierung für Verteidiger. Die *Wahrheitsfindung* und damit auch die Zeugenbefragung ist aber vordergründig *Sache des Gerichts* und nicht der Parteien oder ihrer Anwälte³³. Dem Anwalt kommt bloss die Funktion als „*Dienerin des Rechts*“³⁴ bei der Durchsetzung zu. Er hat sich „*einseitig für die beschuldigte Person einzusetzen*“³⁵. Eine Kompetenzüberschreitung wird disziplinarrechtlich bestraft (Art. 17 BGFA).

³⁰ SCHMID, „Akten studieren genügt nicht“, plädoyer, <https://www.plaedoyer.ch/artikel/d/akten-studieren-genuegt-nicht/> (Stand: 26 Februar 2016).

³¹ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N 9.

³² FELLMANN, Anwaltsrecht, N 194.

³³ BGE 136 II 551, S. 554, E. 3.2.2.

³⁴ LIEBER, Kommentar StPO, Art. 128 N 4.

³⁵ SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 128 N 1; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 128 N 1.