

Sarah Summers, David Studer, Zürich

Fairness im Strafverfahren? Eine empirische Untersuchung

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Forschungsziel
- II. Definition von Verfahrensfairness
- III. Bedeutung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung
- IV. Methodologie
 1. Erhebungsmethode(n)
 2. Grundgesamtheit und Stichprobe
 3. Repräsentativität
 4. Gütekriterien
- V. Anwendung der Verteidigungsrechte in der Praxis
- VI. Bedeutung des institutionellen Rahmens des Verfahrens
- VII. Fazit und Ausblick

I. Ausgangslage und Forschungsziel

Jede Person hat das Recht auf ein faires Verfahren. Dieses in ganz Europa anerkannte Prinzip dient als grundlegendes Instrument der Legitimation von Strafverfahren und der Anerkennung des staatlichen Strafmonopols. Die Bedeutung der Fairness als massgeblicher Grundsatz im Strafverfahren zeigt sich in der weitreichenden Akzeptanz von Bestimmungen wie Artikel 6 der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), welche explizit das Recht auf ein faires Verfahren garantieren.¹ Es besteht eine umfangreiche Literatur zum Thema Fairness im Verfahren.² Die vorherrschende Meinung geht davon aus, dass die Verfahrensfair-

ness in der Praxis genauso wichtig ist wie in der Theorie. Empirische Daten sind bis anhin jedoch erst wenige vorhanden, sowohl was den praktischen Ablauf von Strafverfahren als auch was die Art und Weise, wie Verteidigungsrechte auf erstinstanzlicher Ebene angewendet werden, anbelangt.³

Das Projekt «Trial Observation» wurde ins Leben gerufen, um dem Mangel an empirischem Datenmaterial entgegenzuwirken. Im Verlaufe dieses Projekts beobachtete das Forschungsteam

erstinstanzliche Strafverfahren in den Kantonen Basel-Stadt, Bern, Genf und Zürich⁴ und untersuchte, ob und in welchem Ausmass Verteidigungsrechte in der Praxis ausgeübt wurden: Wie oft wurden Verteidigungsrechte geltend gemacht und wie wurden diese Anträge vom Gericht behandelt? In erster Linie ging es um die Beschreibung der erstinstanzlichen Anwendung von Verteidigungsrechten. Darüber hinaus sollten Fälle identifiziert werden, in welchen Verteidigungsrechte nicht thematisiert wurden, obwohl diese zur Debatte gestanden wären. Die Daten können als Gradmesser dafür verstanden werden, wie weit dem Fairnessgebot in der Praxis Rechnung getragen wird.

Die während der Projektdauer von zwei Jahren erhobenen Daten erlauben Überlegungen zur Anwendung der Strafprozessordnung (StPO) und dienen der Analyse der Unterschiede in der Anwendung von Verteidigungsrechten in verschiedenen Kantonen. Grundsätzlich sind die Verfahrensrechte in der StPO geregelt, die Kantone sind allerdings für die Organisation ihres Justizsystems zuständig. Dadurch bleiben kulturelle und organisatorische Unterschiede in der Verfahrensgestaltung bestehen. Die Gerichte besitzen einen gewissen Ermessensspielraum in der Auslegung einzelner Bestimmungen, sodass zu erwarten ist, dass die rechtliche Tradition und lokale bzw. kantonale Kultur auch nach der Einführung der StPO eine bedeutsame Rolle in der Auslegung der strafprozessualen Vorgaben durch das jeweilige Gericht spielen.

Das Projekt wurde einerseits initiiert, um die Anwendung der Verteidigungsrechte der StPO zu analysieren, andererseits ging es auch um eine Überprüfung der Art. 6 EMRK zugrunde liegenden Annahmen. Solche Annahmen sind zum Beispiel, dass die beschuldigte Person ihre Verteidigungsrechte kennt und

ZStrR 2016 - S. 47

diese in verschiedenen Prozesssystemen einheitlich angewendet werden können. Die breite Akzeptanz von Art. 6 EMRK wird mehrheitlich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zurückgeführt, wonach sich der konventionsrechtliche Anspruch auf ein faires Verfahren durchaus eignet, um einheitlich angewendet zu werden, und zwar ungeachtet der strafprozessualen Unterschiede in der Ausgestaltung des jeweiligen Rechtssystems. Von besonderer Bedeutung ist dabei der institutionelle Rahmen des Verfahrens, das heisst der Kontext, in dem die Verteidigungsrechte ausgeübt werden können. Wird ein Verteidigungsrecht geltend gemacht, hängt die Wirksamkeit des Vorbringens davon ab, in welchem Verfahrensstadium dies geschieht und wie umfassend es der Verteidigung möglich ist, von ihren Rechten effektiv Gebrauch zu machen. In theoretischer Hinsicht sollte es daher auch in der Schweiz – trotz Differenzen in den verschiedenen Kantonen – möglich sein, eine einheitliche Konzeption von strafprozessualer Fairness zu verwirklichen.

Nachfolgend werden zunächst die Definition von Verfahrensfairness, die Bedeutung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung für das Forschungsziel sowie die Methodologie des Projekts erläutert. Anschliessend folgt ein Überblick über die vom Projektteam beobachteten, oder von den Prozessbeteiligten selbst thematisierten, Verstösse gegen das Fairnessgebot. Die Darstellung, wie Verteidigungsrechte in der Praxis angewendet wurden, bildet die Grundlage für die kritische

Hinterfragung der Annahme, dass eine einheitliche Definition von strafprozessualer Fairness unabhängig der konkreten Ausgestaltung des Strafverfahrens gewährleistet werden kann.

II. Definition von Verfahrensfairness

Das «Trial Observation»-Team beurteilte die Fairness von Strafverfahren gemäss Art. 6 EMRK. Der Grundsatz des fairen Verfahrens ist in dem Sinne eng gefasst, als dieser Anspruch vielmehr auf die Gewährleistung einer prozessualen bzw. verfahrenstechnischen Fairness abzielt als auf das Streben nach Gerechtigkeit.⁵ Fairness in diesem Sinne besitzt nur begrenzt das Potenzial, um jegliche substantielle Ungerechtigkeit im materiellen Strafrecht einzudämmen. Dazu sei vermerkt: «Das Recht auf ein faires Verfahren ist vollkommen kompatibel und vereinbar mit der Realität der Ungerechtigkeit in einer demokratischen Gesellschaft».⁶

ZStrR 2016 - S. 48

Das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK besteht aus drei Ziffern. Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat «jede Person ein Recht darauf, dass [...] über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhendem Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird». Diese Konzeption eines fairen Verfahrens wird vom EGMR als Garant für eine Vielzahl weiterer Garantien interpretiert, die nicht ausdrücklich im Wortlaut von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erwähnt sind; dazu gehören unter anderem das Prinzip der Waffengleichheit, das kontradiktorische Verfahren sowie das Recht auf Aussageverweigerung.⁷ Darüber hinaus garantiert Art. 6 Ziff. 2 EMRK die Unschuldsvermutung sowie Art. 6 Ziff. 3 EMRK die weiteren Verteidigungsrechte. Zu Art. 6 Ziff. 3 EMRK gehören das Recht, innerhalb möglichst kurzer Frist in allen Einzelheiten über die Art und Gründe der Anklage unterrichtet zu werden, das Recht, ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung zu haben, das Recht, sich verteidigen zu lassen, das Recht, Fragen an Zeugen stellen zu können, sowie das Recht, Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten. Zusätzlich verweist der EGMR zuweilen auch auf die Fairness des Verfahrens in einer Gesamtbetrachtung.⁸

Die Beziehung zwischen dem Fairnessgebot im Allgemeinen und den spezifischen Rechten in Art. 6 EMRK ist für das inhaltliche Verständnis eines «fairen Verfahrens» sowie für die Bedeutung der Fairness des Verfahrens in einer Gesamtbetrachtung wesentlich.⁹ Der Gerichtshof stellte fest, dass Art. 6 EMRK auch dann verletzt sein kann, wenn die spezifischen Rechte in Art. 6 EMRK eingehalten wurden.¹⁰ Gemäss Ansicht einiger Autoren erweist sich eine Untersuchung der Fairness des Verfahrens im Rahmen einer Gesamtbetrachtung nur dann als notwendig, wenn die spezifischen Rechte eingehalten wurden.¹¹ Nach gegenteiliger

ZStrR 2016 - S. 49

Auffassung ist die Gesamtbetrachtung auch bei einer Verletzung eines spezifischen Rechts von Art. 6 EMRK relevant. Der Gerichtshof entschied in einem Fall, dass keine Verletzung von Art. 6 EMRK vorlag, obschon das Konfrontationsrecht nicht gewährleistet wurde. Dies begründete er damit, dass die Fairness des Verfahrens in einer Gesamtbetrachtung eingehalten wurde.¹² Die widersprüchlichen Ansätze führen zu Interpretationsschwierigkeiten.¹³ Aufgrund der unklaren EGMR-Rechtsprechung konnte auf die Gesamtbetrachtung der Verfahrensfairness im Rahmen des Projekts nicht näher eingegangen werden.

III. Bedeutung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung

Das Forschungsprojekt «Trial Observation» zielt darauf ab, die Fairness in Strafverfahren zu bewerten, wobei der Fokus der Studie auf der erstinstanzlichen Hauptverhandlung lag. Die strafrechtliche Auseinandersetzung vor Gericht stellt in der Schweiz, gleich wie in Europa oder den USA, eher die Ausnahme als die Regel dar.¹⁴ Die grosse Mehrheit strafrechtlicher Verdachtsabklärungen wird durch den Erlass eines Strafbefehls oder durch die Einstellung des Verfahrens erledigt.¹⁵ Angesichts der geringen Zahl von Fällen, die überhaupt vor Gericht verhandelt werden, könnte man sich fragen, ob es nicht vordringlicher gewesen wäre, die Fairness im Strafbefehlsverfahren oder in anderen besonderen Verfahrensarten zu untersuchen.¹⁶ Dem kann entgegengehalten werden, dass die Fairness im ordentlichen Verfahren weiterhin als normativer Massstab gilt, an welchem die Legitimität des Strafbefehlsverfahrens oder anderen besonderen Verfahrensarten gemessen wird.¹⁷

ZStrR 2016 - S. 50

Die Rechtfertigung von Verfahrenserledigungen unter Einsprachevorbehalt hängt denn auch von der Möglichkeit der Durchführung einer fairen erstinstanzlichen Hauptverhandlung ab, sofern die beschuldigte Person die ihr vorgeschlagene Verfahrenserledigung nicht akzeptiert. Mit anderen Worten kann die beschuldigte Person auf die Durchführung eines ordentlichen Strafverfahrens unter Beachtung ihrer prozessualen Rechte bestehen.¹⁸

Angesichts der erhöhten Bedeutung des Vorverfahrens in der Ausgestaltung des Strafprozesses¹⁹ stellt sich die Frage, ob das Vorverfahren nicht stärker im Mittelpunkt des Interesses stehen sollte. Ohne Zweifel vermögen Einschränkungen der Verteidigungsrechte im Verfahrensstadium vor Anklageerhebung die Fairness im erstinstanzlichen Hauptverfahren zu beeinträchtigen.²⁰ In diesem Kontext gilt, was bereits *Duff et al.* festgestellt haben: «Auf welche Art und Weise ein Vorverfahren als zulässig gilt, [...] hängt von der Art der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und deren Zielsetzung ab und nicht umgekehrt»²¹. Die Fairness des Vorverfahrens kann nur unter Bezugnahme auf die Fairness im erstinstanzlichen Hauptverfahren beurteilt werden. Wurde die Fairness im Vorverfahren im Einzelfall nicht gewahrt, soll dieser Mangel mit der Durchführung einer erstinstanzlichen Hauptverhandlung kompensiert werden.²² Zu denken ist dabei an die Wiederholung von Beweisabnahmen vor Gericht sowie an das Aussprechen von Beweisverwertungsverböten. Im

Extremfall – falls sich die Fairness im Strafverfahren nicht nachträglich wiederherstellen lässt – fällt auch die Einstellung des Verfahrens in Betracht. Die Tatsache, dass es der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bestimmt ist, prozessuale Mängel innerhalb des Vorverfahrens nachträglich heilen zu können, un-

terstreicht die Relevanz der erstinstanzlichen Hauptverhandlung als wesentlichen Teil des gesamten Strafverfahrens.

IV. Methodologie

Wie bei jeder empirischen Untersuchung stellt sich auch in der vorliegenden eine Reihe von methodologischen Fragen, die sich auf die Qualität der erhobenen Daten und auf die Aussagekraft der Ergebnisse auswirken. Um die Ergebnisse und deren jeweilige Stärken und Schwächen richtig einordnen zu können, ist es daher unerlässlich, deren Zustandekommen zu berücksichtigen. Die Offenlegung des Vorgehens bei der Erfassung und Auswertung der empirischen Daten ist denn auch kein Selbstzweck, sondern gewährleistet intersubjektive Nachvollziehbarkeit.

1. Erhebungsmethode(n)

Bezüglich der angewendeten sog. «Erhebungsmethode» ist das Forschungsprojekt zweigeteilt: Es besteht zum einen aus Beobachtungen von erstinstanzlichen Hauptverhandlungen, zum anderen aus standardisierten schriftlichen Befragungen der an diesen Gerichtsverhandlungen Beteiligten (beschuldigte Person, Staatsanwaltschaft und Verteidigung).

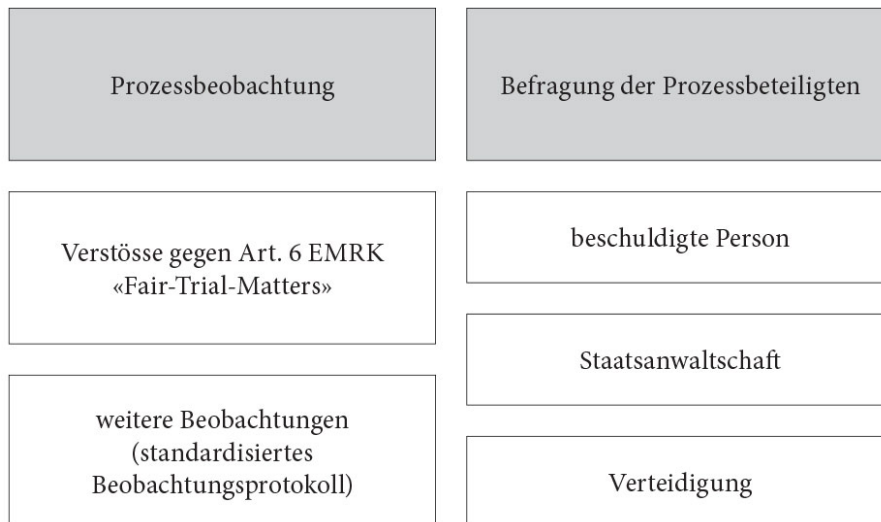


Abbildung 1: Methodischer Aufbau des Trial-Observation-Projekts

Die beiden Methoden, die sich insofern gegenseitig ergänzen, als sie je unterschiedliche Sichtweisen auf die Fairness im Verfahren erfassen, sollen im Folgenden kurz erläutert werden. Beiden gemein ist, dass sie grundsätzlich auf eine *quantitative* Auswertung hin konzipiert wurden. Da jedoch zu sämtlichen Gerichtsverhandlungen durch die Beobachter zusätzliche und umfangreiche Anmerkungen erstellt wurden, sind durchaus auch qualitative – d.h. auf die jeweiligen Spezifika des Einzelfalls bezogene – Analysen möglich. Die protokollierten Beobachtungen stellen eine breite Kasuistik zu zahlreichen Aspekten der Fairness in Strafverfahren dar.

Die eigentliche «Feldphase» dauerte von Anfang November 2012 bis Ende Dezember 2014. Dieser voraus ging ein sog. «Pretest», mit welchem verschiedene Ziele verfolgt wurden: Einerseits sollten das entwickelte Beobachtungsprotokoll sowie die Fragebogen auf ihre Praxistauglichkeit hin getestet werden, andererseits ging es auch darum, dass die beteiligten Doktoranden sich mit den Abläufen beim Beobachten vertraut machten. Eine optimale Handhabung des Erhebungsinstruments war für die spätere Feldphase essentiell, zumal sich viele Informationen a posteriori nicht mehr rekonstruieren liessen, wenn sie während der Verhandlung nicht erfasst wurden.²³

Den eigentlichen Schwerpunkt des Projekts bildete die Beobachtung von Gerichtsverhandlungen durch vier Doktoranden. Die Erhebungsmethode lässt sich genauer als eine (1) nicht bzw. passiv teilnehmende, (2) offene und (3) teilstrukturierte (4) Feldbeobachtung²⁴ charakterisieren.²⁵ Nicht teilnehmend ist die Beobachtung insofern, als die Prozessbeobachter nicht selbst in das Geschehen eingegriffen und keine Rolle als Prozessbeteiligte wahrgenommen haben. Vielmehr beschränkten sie sich auf ihre Rolle als forschende Beobachter in den (zumeist)²⁶ öffentlichen Verhandlungen.²⁷ Dennoch waren die Projektmitarbeiter für die Beobachteten als Prozessbeobachter erkennbar (d.h. die Beobachtung erfolgte offen), wenn sie vereinzelt auch nicht von anderen «gewöhnlichen» Verhandlungsbesuchern zu unterscheiden waren.²⁸

ZStrR 2016 - S. 53

Die Beobachtung lässt sich hinsichtlich der erfassten Daten weiter in zwei Gruppen einteilen und kann entsprechend als «teilstrukturiert» bezeichnet werden: Der eine Teil der Beobachtung war insofern *strukturiert*, als die Beobachter bei der Erfassung der Daten einem standardisierten Schema folgten und ein vorgegebenes Beobachtungsprotokoll möglichst vollständig²⁹ auszufüllen hatten. Erfasst wurden zahlreiche Merkmale der Verhandlung (die An- bzw. Abwesenheit von Personen, die Zeitdauer von Plädoyers, Angaben zu den Beweisen wie die Anzahl einvernommener Zeugen etc.) sowie des Verfahrens i.w.S. (Untersuchungshaft, Verfahrensdauer und -kosten etc.). Die möglichen Antwortkategorien waren i.d.R. vorgegeben und boten wenig Interpretationsspielraum.³⁰

Ein wichtiger – und stärker subjektiv gefärbter – Teil der Beobachtung bildete zum anderen die Feststellung von (mindestens potenziellen) Verstössen gegen das Recht auf ein faires Verfahren. Wurden die Beobachter während der Hauptverhandlung auf einen möglichen Verstoss gegen Art. 6 EMRK aufmerksam, hatten sie diesen einer vorgegebenen «Verstoss»-Kategorie³¹ zuzuordnen. Zu jedem erfassten Fair-Trial-Verstoss mussten sodann weitere Angaben erfasst werden: Von wem

wurde der Verstoss vorgebracht oder wurde dieser nur «beobachtet»? Wie reagierte das Gericht auf den jeweiligen Antrag? Wirkte sich der Verstoss auf den Schuldspruch oder auf das Strafmass aus? Als wie durchsetzbar war die Berücksichtigung des Verstosses zu beurteilen? Die Prozessbeobachter notierten aber nicht nur die von den Prozessbeteiligten erwähnten Fair-Trial-Verstösse, vielmehr wurden auch eigens beobachtete Verstösse festgehalten und bewertet.³²

Es liegt auf der Hand, dass bei diesem zweiten Teil der Beobachtung ein relativ grosser Interpretationsspielraum besteht, zumal die Jurisprudenz gerade keine exakte Wissenschaft ist, und das Erkennen von potenziellen Verstössen gegen das Fairnessgebot umfassende Kenntnisse insbesondere der EGMR-Rechtsprechung voraussetzt. Es kann daher nicht der Anspruch erhoben werden, alle problematischen Aspekte vollständig erfasst zu haben, vielmehr handelt es sich um einen personenabhängigen Ausschnitt hiervon.

ZStrR 2016 - S. 54

Die eigentlichen Prozessbeobachtungen durch die Projektmitarbeitenden wurden durch eine schriftliche Befragung der Verfahrensbeteiligten ergänzt: Dazu wurden der beschuldigten Person, deren Verteidigung sowie der Staatsanwaltschaft während der Verhandlung (in einer Verhandlungspause) bzw. unmittelbar danach, standardisierte Fragebögen ausgeteilt, welche diese selbstständig auszufüllen hatten (PAPI³³). Um den sprachlichen Verständnisschwierigkeiten Rechnung zu tragen, waren die Fragebögen zuvor in zehn verschiedene Sprachen übersetzt worden. Die Teilnahme an der Befragung war freiwillig, setzte also Teilnahmebereitschaft voraus, und erfolgte zudem unentgeltlich (keine monetären Anreize zur Erhöhung der Teilnehmerate).

Im Grundsatz enthielt das Erhebungsinstrument für die drei Zielgruppen dieselben – teilweise leicht modifizierten – Fragen, was es uns ermöglichte, direkte Vergleiche (z.B. hinsichtlich der persönlichen Einschätzung der Fairness der Hauptverhandlung oder der «Zufriedenheit» mit dem Urteil) vorzunehmen. Darüber hinaus waren aber auch gruppenspezifische Fragen enthalten.³⁴ Die Fragebögen wurden bewusst möglichst kurz gehalten,³⁵ sodass diese innert weniger Minuten ausgefüllt werden konnten. Teilweise und insbesondere dann, wenn sich die beschuldigte Person bereits in Untersuchungshaft befand und zur Verhandlung von Polizeibeamten begleitet wurde, erwies sich der Zugang als schwierig.

2. Grundgesamtheit und Stichprobe

Das eigentliche Untersuchungsobjekt (Grundgesamtheit) des Projekts «Trial Observation» bilden die Hauptverhandlungen an den vier bereits zuvor erwähnten erstinstanzlichen Schweizer Gerichten.

Nach dem Zufallsprinzip (jedes x. Element) wurden aus den von den Gerichten jeweils im Voraus online publizierten Listen Gerichtsverhandlungen ausgewählt, welche die Projekt-Mitarbeitenden später besuchten. Eine Priorisierung besonders interessanter, schwerwiegender oder

medienwirksamer Fälle wurde nicht vorgenommen (Zufallsauswahl). Die Fälle wurden für die Auswertung nicht gewichtet.

Insgesamt besuchten die Beobachter an den vier Gerichtsstandorten 439 Gerichtsverhandlungen, die sich auf die einzelnen Gerichte wie in Tabelle 1 aufgeführt aufteilen.

ZStrR 2016 - S. 55

Tabelle 1: Anzahl besuchte Gerichtsverhandlungen getrennt nach den vier Gerichtsstandorten

Kanton	BE	BS	GE	ZH	Total
Besuchte Verhandlungen	80 ³⁶	105	125	129	439

[36](#)

Um personelle Unterschiede in der Datenerfassung nicht fälschlicherweise den verschiedenen Rechtsprechungen zuzuordnen bzw. um diese nachträglich kontrollieren zu können, rotierten die Projektmitarbeitenden bei ihren Verhandlungsbesuchen zwischen den verschiedenen Gerichtsstandorten. Für Genf gilt das nicht, da nur eine Projektmitarbeiterin französischer Muttersprache ist.

3. Repräsentativität

Wenn auch der Begriff der Repräsentativität wissenschaftlich nicht genau definiert ist, wird darunter allgemein verstanden, ob die gezogene Stichprobe – um es mit einem oft verwendeten Bild auszudrücken – ein «verkleinertes Abbild» der Grundgesamtheit darstellt und daher Rückschlüsse auf letztere gemacht werden können (Inferenzschluss). Wahrscheinlichkeitstheoretische Aussagen über die Gültigkeit der Ergebnisse für die Grundgesamtheit sind nur bei einfachen Zufallsstichproben möglich,³⁷ d.h., wenn sich die ausgewählten Verhandlungen nicht systematisch von allen Verhandlungen an den besuchten Gerichten unterscheiden. In der vorliegenden Untersuchung erscheint die Auswahl der zu beobachtenden Gerichtsverhandlungen unproblematisch: Obwohl der Umstand, dass die Ansetzungen der Gerichtsverhandlungen immer nur schrittweise (i.d.R. für einige Wochen) im Voraus publiziert wurden und die zu besuchenden Verhandlungen entsprechend auch nur fortlaufend gezogen werden konnten, es nicht erlaubt, von einer einfachen Zufallsstichprobe (im strengen Sinne) zu sprechen, ist aus den Verhandlungslisten nicht ersichtlich, dass sich bezüglich der Häufigkeit oder Art der Verhandlungen im Jahresverlauf systematische Unterschiede zeigten.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob es – innerhalb der gezogenen Verhandlungen – zu systematischen Ausfällen bei den Befragungen kam: Keine der drei interessierenden Gruppen konnte zu einer Teilnahme an der Befragung verpflichtet werden, sodass zu befürchten ist, dass bestimmte Gruppen ihre Teil-

ZStrR 2016 - S. 56

nahme häufiger verweigerten³⁸ als andere (selection bias). Systematische Ausfälle lassen sich nachträglich zwar in beschränktem Masse kontrollieren, jedoch nicht vollständig unterbinden. Als Indiz für die «Repräsentanz» der Untersuchungsergebnisse wird i.d.R. eine hohe Rücklauf- bzw. Teilnehmerate erachtet. Ab welchem Schwellenwert eine solche Rate als gut zu bezeichnen ist, muss allerdings im Einzelfall beurteilt werden, da sie von zahlreichen Faktoren abhängt (zeitliche Belastung der Teilnehmenden, Misstrauen und Interesse für das Forschungsprojekt, persönliche Sympathien gegenüber den Projektmitarbeitenden etc.). Die Teilnehmeraten³⁹ der schriftlichen Befragungen sind – getrennt nach Kantonen und den drei Zielgruppen – in Abbildung 2 veranschaulicht.

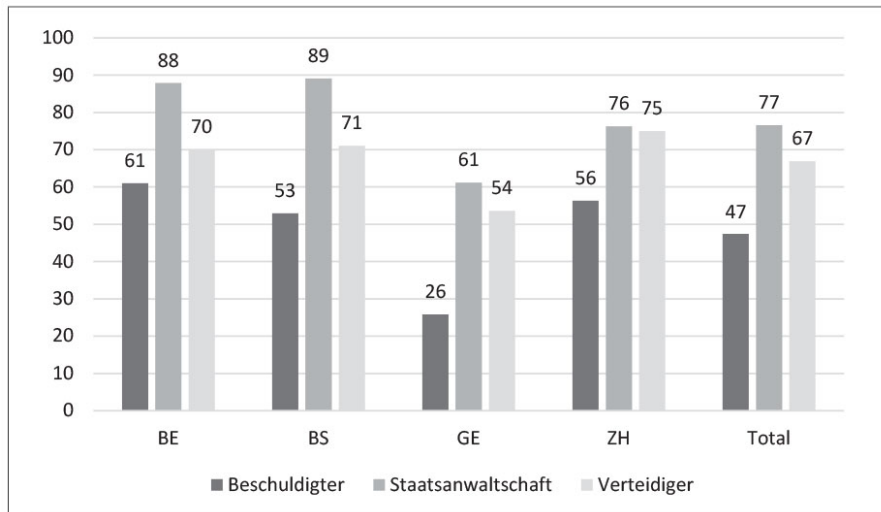


Abbildung 2: Teilnehmeraten bei der schriftlichen Befragung getrennt nach Verfahrensbeteiligten

ZStrR 2016 - S. 57

Wie der Abbildung entnommen werden kann, fallen die Teilnehmeraten insgesamt hoch bis sehr hoch aus und schwanken – je nach betrachteter Gruppe – zwischen 47 und 89 Prozent. Eine Ausnahme hiervon bildet die Teilnehmerate der beschuldigten Personen im Kanton Genf, die mit nur 26 Prozent deutlich tiefer liegt. Die geringere Teilnehmerate der beschuldigten Personen in diesem Kanton ist aber nicht einfach auf eine geringere Teilnahmebereitschaft zurückzuführen, sondern darauf, dass es den Projektmitarbeitenden dort häufig verwehrt wurde, mit den beschuldigten Personen zu sprechen, die sich an der Hauptverhandlung in Untersuchungshaft befanden.

Generell fällt die durchwegs hohe Teilnehmerate bei den Staatsanwaltschaften auf, welche vermutlich darauf zurückzuführen ist, dass diese bereits vorgängig über das Projekt informiert wurden. Die Befragung war für sie in diesem Sinne – und im Unterschied etwa zu den beschuldigten Personen – wenig überraschend. Umgekehrt fällt die Teilnehmerate bei den beschuldigten Personen an allen vier Gerichten am tiefsten aus.

4. Gütekriterien

Das Kriterium der *Objektivität* erfordert es, dass die Messungen – oder eben Beobachtungen – bei der Auswertung und Durchführung grundsätzlich unabhängig von den forschenden Personen zustande gekommen sind. Es wird zwischen Durchführungs- und Auswertungsobjektivität unterschieden:

Die *Auswertungsobjektivität* gestaltet sich in der vorliegenden Studie als unproblematisch: Die zunächst bloss in Papierform vorliegenden Fragebögen und Beobachtungsprotokolle wurden durch die Projektmitarbeiter nach der Verhandlung über eine eigens für das Projekt programmierte Web-Plattform (Eingabemaske) eingetragen und zentral in eine MySQL-Datenbank abgespeichert. Dieses Vorgehen ermöglichte eine (automatische) Plausibilitätsprüfung der erfassten Daten bereits unmittelbar nach der Eingabe: Die Prozessbeobachter wurden auf mögliche Inkonsistenzen sowie auf fehlende Werte ihrer Eingaben hingewiesen und konnten diese korrigieren. Die eigentlichen Auswertungen erfolgten dann mittels der frei verfügbaren Statistiksoftware «R»⁴⁰ durch direkten Zugriff auf die Datenbank. Die Auswertungen sind damit objektiv überprüfbar und intersubjektiv nachvollziehbar.

ZStrR 2016 - S. 58

Durchführungsobjektivität: Die Methode der teilnehmenden Beobachtung bringt es mit sich, dass die Beobachter als – wenn auch passive – Teilnehmer am Geschehen ihre Beobachtungen dergestalt selbst beeinflussen, dass sie von den beobachteten Akteuren (durch ihre blosse Anwesenheit) wahrgenommen werden und deren Handeln beeinflussen. Man kann daher auch von einer reaktiven Erhebungsmethode sprechen. Zwar handelte es sich um eine unaufdringliche Beobachtung, welche dennoch nicht gänzlich unsichtbar erfolgen konnte, weil sich die Beobachter für verschiedene Verhandlungen vorgängig akkreditieren mussten. Die häufigen Prozessteilnahmen an den vier Gerichtsstandorten brachten es zudem mit sich, dass die Beobachter mit der Zeit als solche erkannt wurden. Hinzu kommt, dass jeweils bereits im Vorfeld der Verhandlung die Anklageschriften angefordert wurden, sodass auch hier ein gewisser Vorkontakt bestand. In der Tat kam es in Ausnahmefällen denn auch vor, dass Richter oder Verfahrensparteien in ihren Ausführungen explizit auf den anwesenden Beobachter Bezug nahmen.⁴¹

Für die vorliegende Untersuchung wäre diese Reaktivität problematisch, wenn das Gericht, die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung ihr Handeln entsprechend den antizipierten Erwartungen unserer Beobachter (Erwartungserwartungen) angepasst hätten. Die Problematik ist jedoch in zweierlei Hinsicht zu relativieren: Zum einen setzt das Anpassen der eigenen Handlungen an fremde Erwartungen voraus, dass diese Erwartungen bekannt sind. Die Verfahrensbeteiligten hatten jedoch keinen Einblick in den Katalog der von uns erfassten Merkmale, sondern kannten die Ziele des Projektes nur im Groben. Zum anderen ist v.a. von einer *einseitigen* Wirkung der Reaktanz bezüglich unserer Ergebnisse auszugehen: Dass nämlich die Verfahrensbeteiligten mögliche Verstösse gegen ein faires Verfahren zu *verhindern* versuchen. Die Vermutung liegt also nahe, dass die von uns festgestellten Verstösse – oder zumindest problematisch erscheinenden Aspekte – in diesem Sinne eher den «best» als den «worst case» darstellen.

Nebst der Objektivität wird gefordert, dass die erhobenen Daten frei von Zufallsfehlern und damit grundsätzlich replizierbar sein müssen (*Reliabilität*). Da sich eine Gerichtsverhandlung naturgemäss nicht wiederholen lässt (Test-Retest-Reliabilität), kommt zur Überprüfung einzig die sog. «Interrater-Reliabilität» infrage, bei welcher mehrere Personen zugleich dieselben Verhandlungen beobach-

ZStrR 2016 - S. 59

ten. Durch Vergleich der erhobenen Daten zwischen den verschiedenen Beobachtern lässt sich später als Mass der Übereinstimmung ein sog. «Reliabilitätskoeffizient»⁴² berechnen. Zu Beginn des Projekts wurde der Miteinbezug von Studierenden der Rechtswissenschaften in das Projekt angedacht. Die Idee, dass Studierende sich an den Verhandlungsbeobachtungen beteiligen könnten und so Aussagen über die Reliabilität der erhobenen Daten zwischen verschiedenen Beobachtern möglich würden, erwies sich nach ersten Auswertungen allerdings als wenig praktikabel: Einerseits war es schwierig, Studierende unentgeltlich für Gerichtsbesuche auch an den ausserhalb von Zürich gelegenen Gerichtsstandorten zu mobilisieren, andererseits reichten z.T. auch deren strafprozessuale Kenntnisse für eine adäquate Erfassung möglicher Fair-Trial-Verstösse nicht aus. Gerade umgekehrt erschien dagegen bei den weniger interpretationsbedürftigen Merkmalen (z.B. das Geschlecht der beschuldigten Person, die Anzahl Richter, An-/Abwesenheit von Personen etc.) die Reliabilität von vornherein unproblematisch und der Beizug von Studierenden damit entbehrlich. Bei der Interpretation der nachfolgend präsentierten Ergebnisse gilt es zu beachten, dass v.a. der Erfassung von Fair-Trial-Verstössen stets eine gewisse Subjektivität anhaftet. Diese Subjektivität bezieht sich indessen v.a. auf das *Erkennen* von (beobachteten, d.h. nicht von den Verfahrensbeteiligten erwähnten) Verstössen. Ein Vergleich der blossen Anzahl von Fair-Trial-Verstössen (z.B. zwischen verschiedenen Rechtsprechungen) erschiene unter diesem Gesichtspunkt wenig aussagekräftig.

Schliesslich ist im Rahmen der *Validität* (insbesondere der Inhaltsvalidität) zu fragen, ob die objektiv und reliabel gemessenen Konstrukte auch geeignet operationalisiert wurden oder anders ausgedrückt, ob überhaupt das gemessen wurde, was beabsichtigt war. Diese Frage stellt sich bei den allermeisten mittels Beobachtung erfassten Merkmalen schon deswegen nicht, weil es sich um «harte» (manifeste) Daten handelt, welche kaum eine Bewertungsleistung seitens der Beobachtenden erfordern (Anzahl Zeugen, Dauer der PAbblädoyers in Minuten etc.). Hinsichtlich der Fairness im Strafverfahren ist die Frage, ob die erfassten Verstösse inhaltsvalide seien, letztlich eine rechtliche: Die Fairness verletzend ist, was der EGMR im Einzelfall so definiert. Was eine Verletzung darstellt, lässt sich daher mit Gewissheit erst a posteriori beantworten.

ZStrR 2016 - S. 60

V. Anwendung der Verteidigungsrechte in der Praxis

Die Anzahl der erfassten Verstösse gegen die Fairness im Verfahren gibt Aufschluss über die Relevanz dieser Ansprüche in der Praxis. Während des Projekts wurden Verletzungen des Fairnessprinzips als «entweder von einer Partei oder vom Gericht erhoben» oder «ausschliesslich

vom Beobachter während der Verhandlung beobachtet» klassifiziert. In diesem Zusammenhang ist es interessant zu sehen, wer die Verteidigungsrechte erwähnte (vgl. Abb. 3).

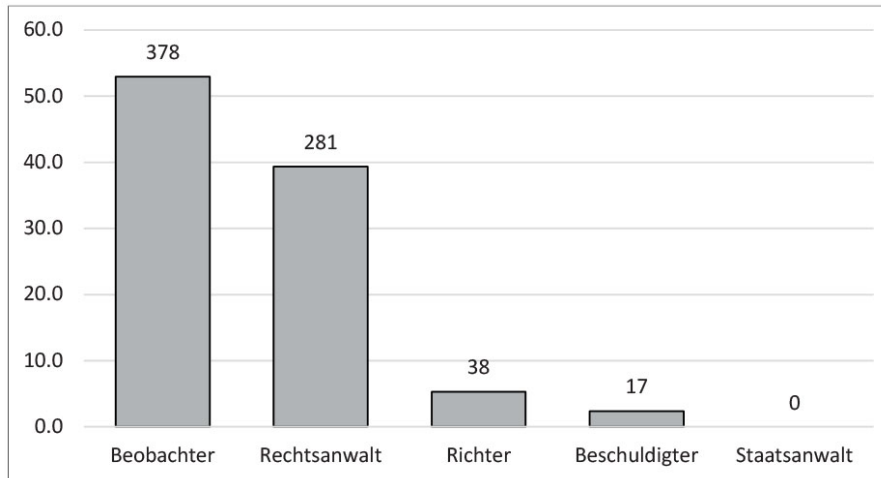


Abbildung 3: Von wem wurden die Fair-Trial-Verstöße vorgebracht bzw. beobachtet?

Mehrheitlich brachte die Verteidigung und vereinzelt die Gerichte oder die beschuldigte Person einen spezifischen Aspekt des fairen Verfahrens auf. Demgegenüber setzte sich die Staatsanwaltschaft nie erkennbar für die Beachtung des Fairnessgebots vor Gericht ein.

Die Übersicht über die während der Verhandlung erfassten Verstöße (Abb. 4) zeigt deutlich, dass gewisse Ansprüche kontroverser diskutiert wurden als andere.

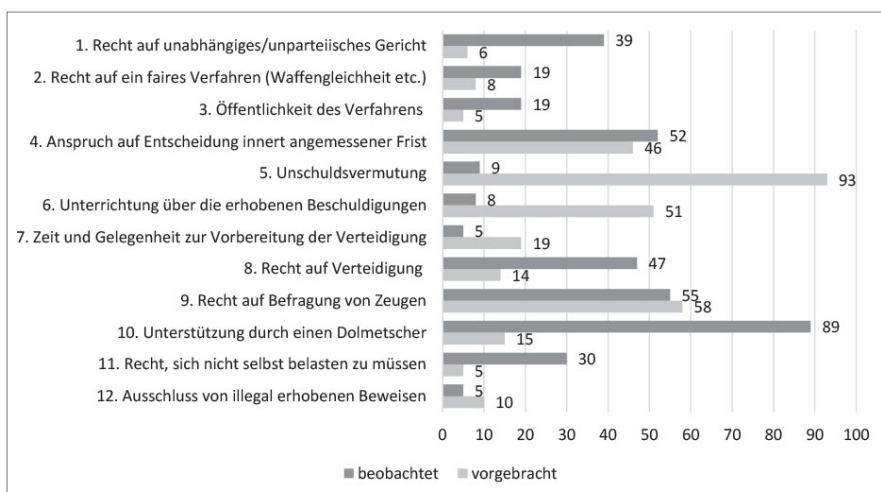


Abbildung 4: Anzahl Verstöße gegen das Recht auf ein faires Verfahren, getrennt nach Art des Verstosses sowie nach Art der Feststellung (beobachtet oder vorgebracht)

Ein Verstoss gegen die Verfahrensfairness wurde wie folgt klassifiziert: als von der beschuldigten Person, von der Verteidigung, von der Staatsanwaltschaft oder vom Gericht erwähnt, wobei es nicht nötig war, Art. 6 EMRK ausdrücklich zu erwähnen. Die Unschuldsvermutung, das Recht auf Unterrichtung über die erhobenen Beschuldigungen (inklusive das Anklageprinzip), das Recht Zeugen zu befragen und der Anspruch auf Entscheidung innert angemessener Frist wurden des Öfteren diskutiert. Andererseits wurden gewisse Ansprüche wie der Anspruch auf genügend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung, das Aussageverweigerungsrecht, das Recht auf ein kontradiktorisches Verfahren sowie das Prinzip der Waffengleichheit praktisch nie vor Gericht angesprochen. Falls eine Partei oder das Gericht während der erstinstanzlichen Verhandlung einen Verstoss thematisierte, hatten die Prozessbeobachter die Erfolgchance des Vorbringens einzuschätzen. Auf diese Weise konnten Verstösse, die ohnehin keine Chance auf Erfolg hatten, ausgeklammert werden. Besonders relevant war dies im Kontext der Unschuldsvermutung, wo die Anträge der Verteidigung oft die Form spontaner Feststellungen hatten und nicht auf substantiierte Weise auf die konkrete Beweislage Bezug nahmen.

ZStrR 2016 - S. 62

Die folgende Abbildung (Abb. 5) illustriert, wie das Beobachtungsteam die verschiedenen Vorbringen der Prozessbeteiligten klassifizierten.

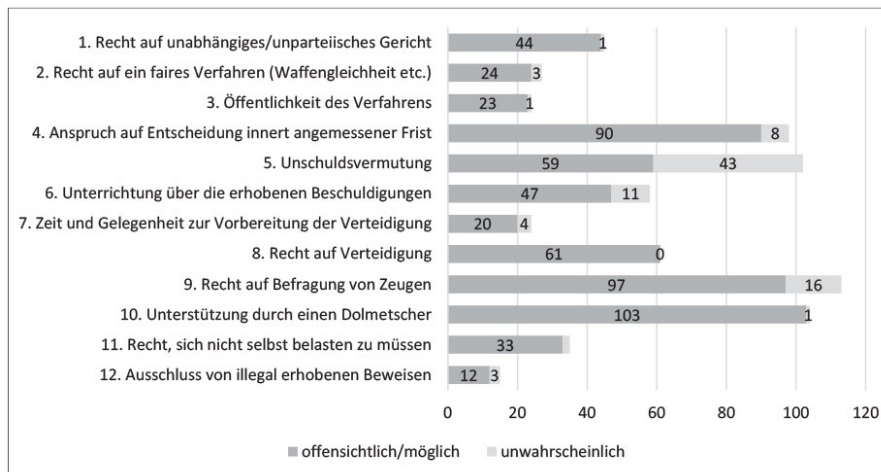


Abbildung 5: Anzahl erhobene Verstösse/Chance auf Erfolg

Nur Verstösse, zu denen ein klares Präjudiz des EGMR oder des Bundesgerichtes existiert, wurden als «offensichtlich» eingestuft.⁴³ Die Prozessbeobachter stuften das Vorbringen der Prozessbeteiligten mehrheitlich als «möglich» oder «offensichtlich» ein. Nur selten klassifizierten das Forschungsteam die angesprochenen Verstösse dagegen als «unwahrscheinlich».

Darüber hinaus notierte der jeweilige Beobachter auch potenzielle Verstösse, die nicht bereits von den Prozessbeteiligten diskutiert wurden. Auch in diesen Fällen hatten die Beobachter die Erfolgchancen zu bewerten. Dieses Vorgehen erlaubte die Berücksichtigung von Verteidigungsrechten, die nicht vor Gericht thematisiert wurden. Ansonsten müsste man davon ausgehen, dass alle Verfahren, in

denen keine Verstösse geltend gemacht wurden, fair waren. Dies würde ein falsches Bild von der Verfahrenswirklichkeit wiedergeben.

Bei ausschliesslich beobachteten Verstössen stellt sich die Frage nach der Ursache, wieso diese nicht von der beschuldigten Person bzw. ihrer Verteidigung gerügt wurden. Ein Grund könnte darin liegen, dass die beschuldigte Person nicht oder nicht ausreichend über ihre Rechte informiert wurde: Wenn die beschuldigte Person beispielsweise keinen Anwalt hat, verfügt sie in der Regel auch nicht über das nötige Wissen, um ihre Verteidigungsrechte im Verfahren geltend zu machen

ZStrR 2016 - S. 63

und auf die Einhaltung der Verfahrensfairness zu insistieren. Die Daten zeigen allerdings, dass die beschuldigten Personen in der grossen Mehrheit der Fälle einen Anwalt beigezogen hatten.⁴⁴ Die Anwesenheitsrate der Verteidigung schwankt zwischen 76 (Genf) und 91 Prozent (Zürich).

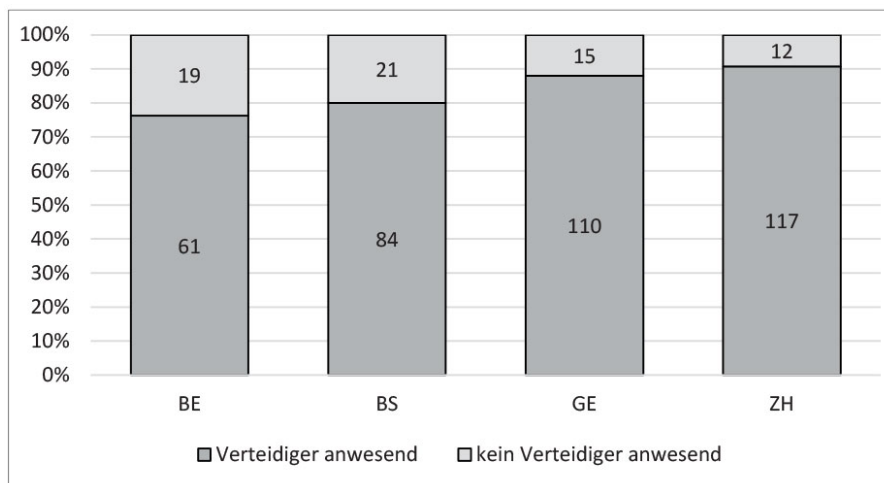


Abbildung 6: Anwesenheit der Verteidigung an der Hauptverhandlung (Prozente und Anzahl Fälle), getrennt nach Kantonen

Weiter können auch taktische Gründe für das ausdrückliche Nichterwähnen von Verteidigungsrechten angeführt werden: So z.B., dass entsprechende Anträge keine greifbaren Vorteile im Einzelfall bringen oder sogar das Risiko bergen, das Gericht zu brüskieren. Ersichtlich ist dies etwa bei Rechten wie jenem auf ein öffentliches Verfahren: Das Insistieren auf eine öffentliche Verhandlung hat für die beschuldigte Person in der Regel keinen ersichtlichen Vorteil, sodass für sie wenig Anlass besteht, sich über den Ausschluss der Öffentlichkeit zu beschweren. Der Anspruch auf ein öffentliches Verfahren wurde bei den Prozessbeobachtungen denn auch nur in fünf Fällen erwähnt, jedoch als möglicher Verstoss annähernd viermal so häufig festgestellt (vgl. Abbildung 4). Führt die Anerkennung eines Verstosses gegen das Fairnessgebot nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, zu einer Wiederholung der fraglichen Beweisabnahme, zu einer Strafminderung oder – im Extremfall – zur Einstellung des Verfahrens, besteht für die Verteidigung wenig oder kein Anreiz, auf die Beachtung der Verteidigungsrechte zu insistieren. Dies

ZStrR 2016 - S. 64

illustrierte im Umkehrschluss die grosse Anzahl Fälle, in denen sich die Verteidigung über die Länge der Verfahren beschwerte. Ein Verstoss gegen den Anspruch auf Entscheidung innert angemessener Frist wirkte sich in der Regel strafmindernd aus, daher auch die erhöhte Bereitschaft der Verteidigung, eine Verletzung dieses Verteidigungsrechts geltend zu machen.⁴⁵

Ein anderer Grund, dass Fairnessverstösse nicht beanstandet wurden, könnte darin liegen, dass Gewohnheiten im Verfahrensablauf der Anerkennung von Verfahrensrechten im Wege stehen. Ein Beispiel hierfür zeigte sich beim Recht auf Unterstützung durch einen Dolmetscher: Obschon ein möglicher oder offensichtlicher Verstoss in insgesamt 89 Fällen festgestellt werden konnte, wurde die Unterstützung durch einen Dolmetscher lediglich in 15 Fällen vor Gericht auch angesprochen (vgl. Abbildung 4).

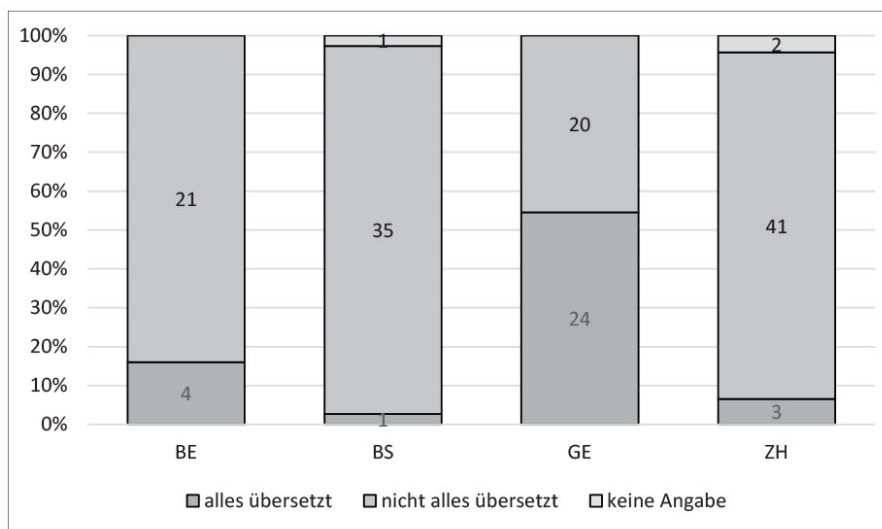


Abbildung 7: Wenn ein Dolmetscher anwesend war, wurde die gesamte Verhandlung übersetzt (Prozente und Anzahl Fälle; getrennt nach Kantonen)?

Obwohl ein Dolmetscher routinemässig aufgeboden wurde, war es in einigen Kantonen durchaus üblich, grosse Teile des Verfahrens nicht zu übersetzen, was von der Verteidigung nur selten beanstandet wurde (vgl. Abb. 7).⁴⁶

Die Erfassung der vor Gericht unerwähnt gebliebenen Verstösse gegen Art. 6 EMRK ermöglichte eine Art «abstrakte» Bewertung der Fairness des Strafverfahrens. Anhand der Prozessbeobachtungen zeigte sich, wie wichtig der institutionelle Rahmen des Verfahrens für die Ausübung der Verteidigungsrechte ist. In dieser Hinsicht ist auch der rechtsvergleichende Aspekt des Projekts relevant. Während des Projekts konnte festgestellt werden, dass trotz einheitlicher Vorgaben in der Strafprozessordnung kantonale Unterschiede in der Rechtsanwendung fortbestehen. Diese Problematik lässt sich anhand der Möglichkeit, Zeugen zu befragen, illustrieren.

VI. Bedeutung des institutionellen Rahmens des Verfahrens

Der Zweck von Art. 6 EMRK im Strafverfahren liegt in der Gewährleistung eines fairen Verfahrens.⁴⁷ Die Definition des Strafverfahrens erscheint auf den ersten Blick unproblematisch: Es ist ein Prozess, in welchem die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung ihre jeweiligen Argumente vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht vortragen. Diese abstrakte Definition lässt Raum für Differenzen in der konkreten Gestaltung eines Strafverfahrens, wobei sich diese Unterschiede auf die Ausübung der Verteidigungsrechte und somit auch auf die Fairness auswirken können.

In diesem Kontext spielt es eine Rolle, ob der Tatvorwurf bestritten wird oder nicht. In der Theorie dürfte dies in der Schweiz von geringer Relevanz sein, da die beschuldigte Person zu Beginn des Verfahrens nicht gehalten ist, die Anklage zu anerkennen oder zu bestreiten. Darüber hinaus entbindet ein Geständnis die Strafbehörden nicht von ihrer Untersuchungspflicht und der allfälligen Berücksichtigung weiterer Beweise.⁴⁸ In der Praxis wird sich ein Geständnis jedoch zwangsläufig auf das Verfahren auswirken, da es dann – vorausgesetzt das Geständnis erfolgte freiwillig und erscheint glaubhaft – in der Regel weniger erforderlich erscheint, weitere Beweise abzunehmen. Kommt es zu einem Geständnis im or-

ZStrR 2016 - S. 66

dentlichen Verfahren, geht es in der Hauptverhandlung meist um nicht viel mehr als um die Bemessung der Strafe.

Doch selbst in Fällen, in denen die beschuldigte Person die Anklage bestritt, zeigten sich zwischen den vier Kantonen erhebliche Unterschiede in der Ausgestaltung des Strafverfahrens. Von besonderem Interesse waren die kantonalen Unterschiede in der Verfahrensgestaltung, wenn sie sich auf das Hauptverfahren auswirkten – insbesondere was den Umfang der Beweiswürdigung durch das Gericht betraf. Solche kantonalen Divergenzen zeigten sich beispielsweise in der Dauer der erstinstanzlichen Hauptverhandlung: Während eine Hauptverhandlung in Zürich in der Regel nicht länger als ein paar Stunden dauerte, war es in Bern nicht ungewöhnlich, wenn sie einen vollen Tag oder gar mehrere Tage in Anspruch nahm.⁴⁹ Es erstaunt daher nicht, dass am Bezirksgericht Zürich nebst den Befragungen der beschuldigten Person nur äusserst selten weitere Beweise vor Gericht abgenommen wurden. So kam es in Zürich nur in 15 Prozent der beobachteten Fälle zu einer Zeugenbefragung vor Gericht. Demgegenüber lag der Wert in Bern oder Basel-Stadt hingegen bei annähernd 60 Prozent (vgl. Abb. 8).⁵⁰

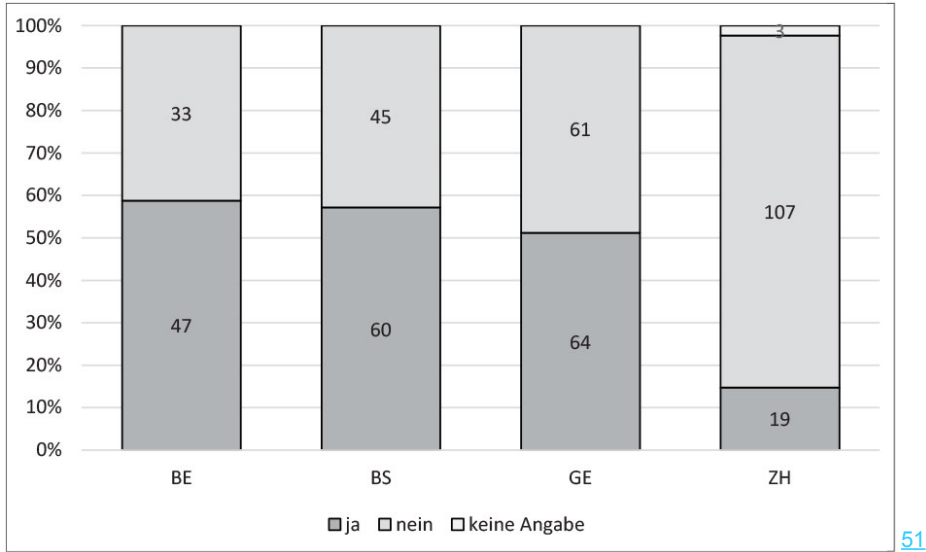


Abbildung 8: Wurden in der Hauptverhandlung Zeugen befragt (Prozente und Anzahl Fälle; getrennt nach Kantonen)?

ZStrR 2016 - S. 67

In Zürich bestand der Ablauf der Hauptverhandlung oft aus der Befragung der beschuldigten Person durch das Gericht und – falls anwesend – dem Verlesen der Plädoyers der Staatsanwaltschaft sowie der Verteidigung. Die Staatsanwaltschaft ist prozessrechtlich nur zur Vertretung der Anklage vor Gericht verpflichtet, wenn sie eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme beantragt.⁵² Aus diesem Grund waren Hauptverhandlungen in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft nichts Ungewöhnliches (vgl. Abbildung 9).

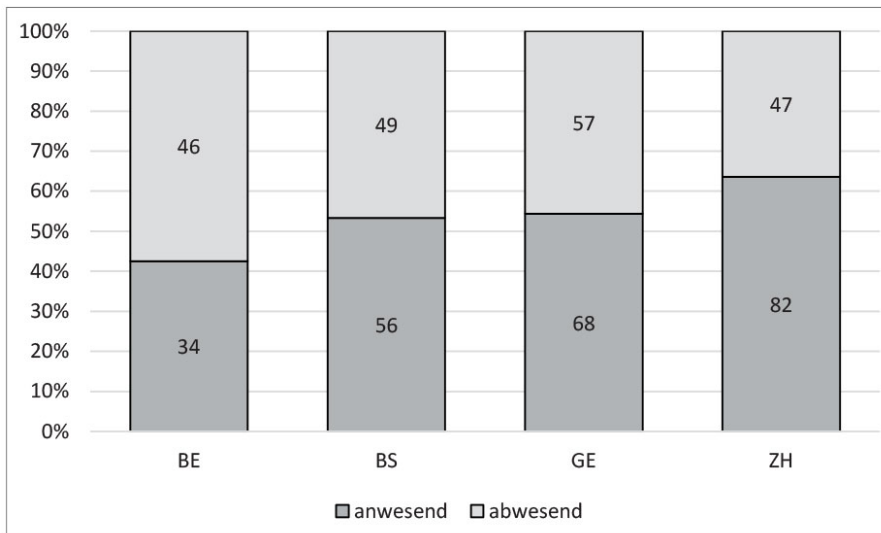


Abbildung 9: Anwesenheit/Abwesenheit der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung (Prozente und Anzahl Fälle; getrennt nach Kantonen)

Die kantonal unterschiedliche Ausgestaltung der Strafverfahren führt im Zusammenhang mit der Bewertung der Verfahrensfairness zu gewissen Herausforderungen: Wie ist es angesichts der unterschiedlichen Verfahrensgestaltung möglich, erstinstanzliche Hauptverhandlungen miteinander zu vergleichen? Die Schwierigkeit betrifft v.a. den Zeitpunkt, zu welchem im Verfahren Beweise erhoben und bestritten werden können.

Der EGMR ist sich bewusst, dass sich gewisse Handlungen oder Unterlassungen im Vorverfahren dazu eignen, die Fairness der Hauptverhandlung zu beeinträchtigen. Aus diesem Grund hat er den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK auf das Vorverfahren ausgedehnt. Der Gerichtshof anerkennt so beispielsweise explizit, dass ein beschränkter Zugang zu einem Anwalt im Vorverfahren die Ver-

ZStrR 2016 - S. 68

teidigungsrechte verletzt.⁵³ Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei entscheidenden Beweisabnahmen, die nicht im Rahmen der Hauptverhandlung, sondern im Verfahrensstadium vor der Anklageerhebung erfolgen. In solchen Fällen hat das Vorverfahren nicht nur einen Einfluss auf die Hauptverhandlung, sondern nimmt selbst einen urteilsprägenden Charakter an. Liegt der Zweck des Beweisverfahrens in der kontradiktorischen Erhebung und Bestreitung von Beweisen, dann verlagert sich in den Fällen, in denen die entscheidenden Beweise bereits im Vorverfahren abgenommen werden, das Hauptverfahren in das Vorverfahren.

Diese Problematik lässt sich anhand des Beispiels der Zeugenkonfrontation aufzeigen. In seinem Bestreben, Art. 6 EMRK für sämtliche Rechtsordnungen und deren unterschiedlich ausgeprägte Strafverfahren anwendbar zu machen, bestimmt der EGMR, dass der Anspruch auf Konfrontation mit Belastungszeugen selbst dann erfüllt sei, wenn die Verteidigung lediglich im Vorverfahren die Möglichkeit hatte, die Glaubhaftigkeit der Aussagen von Zeugen sowie deren Glaubwürdigkeit anzuzweifeln. Allerdings setzt dies voraus, dass die Verteidigungsrechte im Vorverfahren nicht eingeschränkt wurden und dass es sich um eine «angemessene und geeignete Möglichkeit» zur wirksamen Ausübung des Konfrontationsrechts handelt.⁵⁴ Die beschuldigte Person soll ihr Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen in einem kontradiktorischen Verfahren im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ausüben können.⁵⁵

Der EGMR betont, dass solche Beweisabnahmen im Vorverfahren eher die Ausnahme als die Regel bilden sollten. In bestimmten Situationen – etwa zum Schutz der Interessen von Kindern oder in Fällen, in denen ein Beweisverlust droht⁵⁶ – erscheint es angemessen, lediglich auf Konfrontationseinvernahmen im Vorverfahren abzustellen. Dies sollte aber nicht routinemässig erfolgen, weil es bei der Beweisabnahme im Vorverfahren normalerweise keine richterliche Aufsicht gibt.⁵⁷ Die Konfrontation der beschuldigten Person mit allfälligen Zeugen im Vor-

ZStrR 2016 - S. 69

verfahren, vermag die unterbliebene Konfrontation vor Gericht in der Regel nicht adäquat zu ersetzen. Ein wichtiger Aspekt des Konfrontationsrechts besteht darin, dass ein Richter die Aussagen der Zeugen direkt hört, dabei die Mimik und nonverbale Kommunikation beobachtet und sich somit ein Bild ihrer Glaubwürdigkeit machen kann.⁵⁸ Da die Formulierung einer Frage einen Einfluss auf die Antwort hat,⁵⁹ macht es einen Unterschied, ob der Richter oder der Staatsanwalt die Fragen stellt.

Kann ein Verfahren, in dem entscheidende Zeugen nicht vor Gericht aussagen, noch immer als fair – oder präziser – noch immer als gleich fair bezeichnet werden wie ein Verfahren, in dem es der beschuldigten Person ermöglicht wird, die Aussage eines Belastungszeugen vor Gericht auf die Probe zu stellen? Die Antwort hängt womöglich von den prozessualen Gegebenheiten bei den Zeugenbefragungen im Vorverfahren ab. Die entscheidende Frage ist, ob das Vorverfahren den gleichen Anforderungen genügen muss wie eine erstinstanzliche Hauptverhandlung.

Um diese Problematik zu ergründen, ist es hilfreich, den Konfrontationsanspruch mit Zeugen zwischen den Kantonen Basel-Stadt und Zürich zu vergleichen.⁶⁰ Gemäss der StPO hat die Verteidigung das Recht, an den Beweiserhebungen anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen.⁶¹ Darüber hinaus kann das Gericht bereits im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals abnehmen, wenn die unmittelbare Beweisabnahme dem Gericht für die Urteilsfällung notwendig erscheint.⁶² Das bedeutet, dass dem Gericht ein gewisser Ermessensspielraum zukommt, wenn es darüber entscheidet, ob eine bestimmte Zeugeneinvernahme vor Gericht notwendig erscheint. Dies erklärt, warum die Einführung der StPO in der Praxis diesbezüglich zu keiner einheitlichen Regelung geführt hat. Die Kantone zeigen sich noch immer von ihrer prozessualen Tradition beeinflusst.

In Basel-Stadt kam es zu verhältnismässig wenigen Konfrontationseinvernahmen im Vorverfahren. Dies führte dazu, dass das Strafgericht Basel-Stadt beinahe in jedem Fall Zeugen zur Hauptverhandlung vorlud – im Speziellen solche, deren Aussagen im Lichte der EGMR-Rechtsprechung als einziger oder ausschlag-

ZStrR 2016 - S. 70

gebender Beweis für eine Verurteilung erschienen. Demgegenüber führte die Staatsanwaltschaft Zürich routinemässig Konfrontationseinvernahmen im Vorverfahren durch. Bei diesen Konfrontationseinvernahmen im Vorverfahren stellte die Staatsanwaltschaft die Fragen an den Zeugen und die Verteidigung erhielt die Möglichkeit, Anschlussfragen zu stellen – sofern die Staatsanwaltschaft mit den Fragen einverstanden war. Nur sehr selten kam es später zu einer Zeugenbefragung vor Gericht (vgl. Abbildung 8). Als generelle Regel lässt sich daher festhalten, dass die Verteidigung in Zürich ihren Konfrontationsanspruch lediglich im Vorverfahren ausüben konnte.

Es ist jedoch fraglich, ob solche Einvernahmen im Vorverfahren als angemessene und geeignete Konfrontationsmöglichkeit qualifiziert werden können und mit dem Fragerecht vor einem Gericht gleichzusetzen sind. In der Hauptverhandlung hat die Verteidigung die Gelegenheit, ihre Fragen an die

Zeugen unter der Aufsicht eines Richters zu stellen. Die Verteidigung und die Staatsanwaltschaft sind prozessual gleichberechtigt. In diesem Sinne sind die Anforderungen sowohl an ein kontradiktorisches Verfahren als auch an die Waffengleichheit gewahrt. Bezüglich der Vorverfahren bestehen jedoch deutliche Unterschiede: Während der Richter für die Hauptverhandlung verantwortlich ist, liegt die Leitung des Vorverfahrens primär bei der Staatsanwaltschaft.⁶³ Die Zeugenbefragung im Vorverfahren unterliegt der Verantwortung der Staatsanwaltschaft, wobei es der Verteidigung lediglich erlaubt ist, Zusatzfragen zu stellen. Die Staatsanwaltschaft kann die Befragung jederzeit unterbrechen oder die Verteidigung schon im Voraus daran hindern, gewisse Fragen zu stellen. Nach herrschender Ansicht gilt die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren als neutral und mutiert erst nach dem Abschluss des Untersuchungsverfahrens zur Partei.⁶⁴ Die Staatsanwaltschaft erfüllt im Vorverfahren die Voraussetzungen der Unparteilichkeit im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht.⁶⁵ Das bedeutet, dass in diesen Fällen dem Waffengleichheitsprinzip und dem Recht auf ein kontradiktorisches Verfahren nicht genügend Rechnung getragen wird. Dies wiederum deutet darauf hin, dass die Zürcher Konzeption der Gewährung des Konfrontationsanspruches keine angemessene und geeignete Möglichkeit darstellt, die Aussagen und die Glaubwürdigkeit von Zeugen auf die Probe zu stellen und somit nicht in Einklang mit den konventionsrechtlichen Vorgaben von Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 EMRK steht.

ZStrR 2016 - S. 71

Beim Recht auf Zeugenkonfrontation geht es um mehr als um ein simples Fragerecht der Verteidigung. Es kommt darauf an, in welchem Kontext dieses Recht ausgeübt wird. Falls entscheidende Beweisabnahmen in das Vorverfahren vorverlagert werden, führt dies zu Konsequenzen bei anderen Verteidigungsrechten. Verteidigungsrechte, die dazu dienen, die erhobenen Beweise in kontradiktorischer Weise auf die Probe zu stellen, müssten bereits zu einem früheren Verfahrenszeitpunkt gewährleistet sein.⁶⁶ Zu denken ist dabei beispielsweise an die unverzügliche Zustellung der Anklageschrift⁶⁷ sowie an das Akteneinsichtsrecht.

In Basel-Stadt war es der beschuldigten Person in der Regel möglich, belastende Zeugenaussagen vor Gericht kontradiktorisch in Frage zu stellen, nachdem sie die Anklageschrift erhalten hatte. Hingegen verfügte die beschuldigte Person in Zürich zum Zeitpunkt der Konfrontation mit einem Belastungszeugen nicht über dieselbe Informationsdichte in Bezug auf die gegen sie erhobenen Beschuldigungen. Inwiefern ist dies relevant? In beiden Kantonen wurde die beschuldigte Person über die erhobenen Beschuldigungen vor der Hauptverhandlung orientiert. Spielt es eine Rolle, dass die Hauptverhandlung in Zürich wesentlich anders ablief als in Basel-Stadt? Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Hauptverhandlung stellen sich ähnliche Probleme im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Akteneinsicht.⁶⁸ Wenn die eigentliche Hauptverhandlung oder zumindest entscheidende Teile davon in einem früheren Verfahrensstadium stattfinden, hat dies zur Folge, dass sich die entsprechenden Anforderungen an das Hauptverfahren ebenfalls in das Vorverfahren vorverlagern müssen. Mit anderen Worten sollte eine Vorverlagerung von entscheidenden Beweisabnahmen in das Vorverfahren zur Vorverlagerung von anderen Rechten führen. Dies illustriert die Notwendigkeit einer verstärkten Regulierung des Vorverfahrens.

Es wird oft angenommen, dass strafprozessuale Verfahrensrechte einheitlich angewendet werden können. Solange die beschuldigte Person von ihrem Teilnahmerecht Gebrauch machen kann, gilt das Verfahren gemeinhin als fair. Jedoch fehlt es dabei an der Berücksichtigung des institutionellen Rahmens des Verfahrens, in welchem diese Rechte ausgeübt werden sowie im Speziellen, zu welchem Verfahrenszeitpunkt die beschuldigte Person ihre Rechte geltend macht. Der Be-

ZStrR 2016 - S. 72

darf nach einer einheitlichen Definition von Fairness soll nicht als Aufruf für weitere Standardisierungen von Strafverfahren verstanden werden, denn die Lösung liegt nicht in der Durchsetzung eines einheitlichen Verfahrensablaufs, sondern eher darin, dass die Wichtigkeit des institutionellen Rahmens des Verfahrens wahrgenommen wird. Nur auf diese Weise ist es möglich, die einheitliche Anwendung von Fairness in Strafverfahren zu gewährleisten.

VII. Fazit und Ausblick

Verfahrensfairness spielt eine wichtige Rolle bei der Legitimation von Strafverfahren. Die Möglichkeit der beschuldigten Person, von ihren Verteidigungsrechten Gebrauch machen zu können, ist diesbezüglich von entscheidender Bedeutung.

Im Rahmen der 439 beobachteten Straffälle wurde eine Verletzung der Verteidigungsrechte nur in einer relativ geringen Anzahl von Fällen gerügt. Die beobachteten Strafverfahren lassen sich folglich als relativ fair bezeichnen. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass gewisse kantonale Unterschiede bei der Möglichkeit zur Geltendmachung von spezifischen Verteidigungsrechten bestanden. So kam es in der Praxis vor, dass die beschuldigte Person nur im Vorverfahren die Gelegenheit erhielt, von ihren Verteidigungsrechten Gebrauch zu machen. Dabei wurde der urteilprägende Charakter eines Vorverfahrens, in dem die Staatsanwaltschaft entscheidende Beweise erhob, die später nicht nochmals vom Gericht abgenommen wurden, oft nicht berücksichtigt. Die Unterregulierung des Vorverfahrens birgt das Potenzial, die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte einzuschränken. Unter diesem Gesichtspunkt waren einige Verfahren fairer als andere.

Die Annahme, dass der institutionelle Rahmen des Verfahrens bei der Umsetzung eines einheitlichen Konzepts der Verfahrensfairness nur von untergeordneter Bedeutung – oder gar irrelevant – ist, muss kritisch hinterfragt werden. Die in den folgenden Ausgaben der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht erscheinenden Artikel zum Forschungsprojekt «Trial Observation» werden sich dieser Aufgabe annehmen und im Speziellen näher auf das Recht auf Verteidigung, das Recht auf Konfrontation mit Belastungszeugen sowie das Recht auf Unterstützung durch einen Dolmetscher eingehen.

¹ ... Das Recht auf ein faires Verfahren ist auch durch internationale Vereinbarungen wie Art. 10 und 11 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, Art. 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) garantiert. Darüber hinaus schützt sowohl die Bundesverfassung als auch die Strafprozessordnung (StPO) das Recht auf ein faires Verfahren.

- 2 Siehe auch: *D. Demko*, «Menschenrecht auf Verteidigung» und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, Bern 2014; *J. Jackson/S. Summers*, *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge 2012; *F. Kuty/J. Du Jardin*, *Justice pénale et procès*, Paris 2006; *J.-M. Verniory*, *Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal*, Bern 2005; *S. Trechsel*, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005; *W. Gollwitzer*, *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR*, Berlin 2005; *R. Esser*, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, Berlin 2002; *A. Eser et al*, *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness: konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht*, Berlin 2004.
- 3 Für einen Überblick zur empirischen Forschung im deutschsprachigen Raum siehe *H.-J. Albrecht*, *Rechtstatsachenforschung zum Strafverfahren*, München 2005. Vgl. auch *F. Bommer*, *Die Beschleunigung des Strafverfahrens: Landesbericht Schweiz*, in: *Archivum iuridicum cracoviense: Beschleunigung des Verfahrens im internationalen Vergleich*, hrsg. von J. Czapska, Krakow 2006. Es finden sich wichtige Forschungsergebnisse betreffend der Natur von Zeugenbefragungen in: *A. Kuhn/R. Enescu*, *L'ordre de présentation des témoins lors d'un procès pénal influence-t-il le choix du verdict? – Wird das Gerichtsurteil von der Reihenfolge der angehörten Zeugenaussagen beeinflusst?* *Revue Suisse de Criminologie* 2/2009, 14.
- 4 Die Verhandlungen wurden an folgenden Gerichten beobachtet: Bezirksgericht Zürich, Strafgericht Basel-Stadt, Regionalgericht Bern-Mittelland, Tribunal pénal Genève. Das Team bestand aus folgenden Prozessbeobachtern: Delphine Brun, Lorenz Garland, Simona Künzli, Aline Scheiwiller und Bruno Stöckli.
- 5 Siehe auch: *R. Reed/J. Murdoch*, *Human Rights Law in Scotland*, London 2011, N 5.05; *L.B. Solum*, *Procedural Justice*, *California Law Review* 78, 191; zu den Grenzen der materiellen Gerechtigkeit vgl. *S. Trechsel*, *Gerechtigkeit im Fehlurteil*, *ZStrR* 2000, 6 ff.
- 6 *S. Veitch*, *Judgement and Calling to Account: Truth, Trials, and Reconciliation*, in: *The Trial on Trial* Band II, hrsg. von R.-A. Duff/L. Farmer/S. Marshall/V. Tadros, Oxford 2006.
- 7 Andere unbenannte Rechte beinhalten den Schutz gegen das sog. «In-die-Falle-locken»; den Schutz gegen die Ausweisung um einen «flagrant denial of justice» zu verhindern, vgl. dazu *S. Summers*, in: *Basler Kommentar Internationales Strafrecht*, hrsg. von M.A. Niggli/ S. Heimgartner, Basel 2015, Art. 2 N 10 ff.; *S. Gless*, *Das Recht auf Konfrontation eines Auslandsbelastungszeugen*, in: *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, hrsg. von A. Cavallo/ E. Hiestand/F. Blocher/I. Arnold/B. Käser/M. Caspar/I. Ivic, 314 f.; EGMR vom 17.1.2012, *Othman (Abu Qatada) v. Vereinigtes Königreich*, § 259; EGMR vom 1.3.2006, *Sejdovic v. Italien*, § 84; EGMR vom 24.3.2005, *Stoichkov v. Bulgarien*, § 56; EGMR vom 26.6.1992; *Drozd und Janousek v. Frankreich und Spanien*, § 110.
- 8 Zur Gesamtbetrachtung der Fairness von Art. 6 EMRK vgl. *Demko* (Fn. 2), 232 ff.
- 9 Bezüglich einer detaillierten Überlegung zu diesem Punkt siehe *Trechsel* (Fn. 2).
- 10 EGMR vom 6.12.1988, *Barberà, Messegué und Jabardo v. Spanien*, § 89. Vgl. auch EKMR vom 15.3.1961, *Nielsen v. Dänemark*, 4 YB 494, 548 ff. «: In einem Fall, wo keine Verletzung von Art. 6 Ziff. 3 EMRK festgestellt wurde, muss die Frage, ob der Fall mit dem Standard des fairen Verfahrens gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK konform gehen kann auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung des Verfahrens und nicht anhand von isolierten Überlegungen einzelner Aspekte des Falles oder anhand einer spezifischen Begebenheit, beantwortet werden».
- 11 Siehe auch *Trechsel* (Fn. 2), 86.
- 12 EGMR vom 26.4.1991, *Asch v. Österreich*, § 31.
- 13 Für eine interessante Kritik zu diesem Thema siehe *R. Goss*, *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2014, 65–88. Siehe auch *Trechsel* (Fn. 2), 87.
- 14 Vgl. *J. Simonson*, *The Criminal Court Audience in a Post-Trial World*, *Harvard Law Review* 2014, 2173.

- 15 Gemäss dem Jahresbericht der Oberstaatsanwaltschaft und Staatsanwaltschaften des Kantons Zürich gelangten im Jahr 2014 lediglich sechs Prozent aller Fälle vor Gericht. 53,9 Prozent aller Fälle ergingen in Form eines Strafbefehls und bei 40,1 Prozent erfolgte eine Einstellung/Sistierung, vgl. Jahresbericht der Oberstaatsanwaltschaft und Staatsanwaltschaften des Kantons Zürich 2014, 30.
- 16 Im Sinne von Art. 352 ff. StPO. *M. Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess, Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013. Vgl. auch *R. Lippke*, The Ethics of Plea Bargaining, Oxford 2011. Zum Umfang alternativer Verfahrenserledigungen vgl. *T. Hansjakob*, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, *forumpoenale* 3/2014, 160 ff.; *S. Gless*, Der Strafbefehl – in der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, SWR Band/Nr. 12 2010, 41 ff.
- 17 Vgl. zu diesem Punkt *A. Duff/L. Farmer/S. Marshall/V. Tadros*, The Trial on Trial, Band 3: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial, Oxford 2007, 108.
- 18 *A. Donatsch*, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, ZStrR 112, 317 ff.; *Thommen* (Fn. 16), 37 ff.
- 19 Vgl. zur Bedeutung des Vorverfahrens im Zusammenhang mit der Beweisabnahme: *F. Bommer*, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebung in der Untersuchung, recht 2010, 196 ff.
- 20 EGMR vom 24.11.1993, *Imbrioscia v. Schweiz*, § 36; EGMR vom 27.11.2008, *Salduz v. Türkei*, § 50: «[Article 6 ECHR] may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions».
- 21 Vgl. *A. Duff/L. Farmer/S. Marshall/V. Tadros*, The Trial on Trial, Band 1: Truth and Due Process, Oxford 2004, 11: «Exactly what kind of investigative and pre-trial process is acceptable [...] depends upon the nature of the criminal trial and what it attempts to achieve rather than the other way round».
- 22 Strafprozessuale Mängel im Vorverfahren, die zu einer Einschränkung von spezifischen Verteidigungsrechten führen, können durch ein gerichtliches Verfahren geheilt werden. Dies setzt voraus, dass die entsprechenden Verteidigungsrechte in einem Gerichts- oder Berufungsverfahren ausreichend gewährleistet werden, vgl. EGMR vom 20.9.1993, *Saïdi v. Frankreich*, § 43; EGMR vom 1.3.2001, *Dallos v. Ungarn*, §§ 48 ff.
- 23 Bild- und Tonaufnahmen sind gem. Art. 71 Abs. 1 StPO im Gerichtsgebäude nicht gestattet.
- 24 In Abgrenzung zur «Laborbeobachtung».
- 25 *A. Diekmann*, Empirische Sozialforschung, 18. Aufl., Reinbek bei Hamburg 2010, 200.
- 26 Dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung können z.B. die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder schutzwürdige Interessen der Beteiligten, insbesondere eines Opfers, entgegenstehen, sodass dieser durchbrochen werden darf (Art. 70 Abs. 1 lit. a und b StPO).
- 27 Zur Dimension der Teilnahme in Befragungen vgl. *P. Atteslander*, Methoden der empirischen Sozialforschung, Berlin 2010, 92 ff.
- 28 Häufig waren etwa Familienangehörige bei der Verhandlung anwesend, gelegentlich auch Schulklassen.
- 29 Die Reihenfolge der Frage-Beantwortung war den Beobachtern indessen freigestellt.
- 30 Die Erfassung einiger Merkmale, wie etwa der Ethnie der beschuldigten Person, erwies sich als überaus schwierig und wurde nach dem Pretest wieder verworfen.
- 31 Vgl. Abbildung 4.
- 32 Eine Verletzung wurde dann als «offensichtlich» eingestuft, wenn es hierzu eindeutige Präzedenzfälle in der Rechtsprechung entweder von Strassburg oder Lausanne gab. Als bloss «möglich» galt eine Verletzung dagegen, wenn ein Verteidiger damit hätte argumentieren können.

- 33 Sog. Paper-And-Pencil-Interview.
- 34 Staatsanwälte wurden z.B. nach ihrer beruflichen Erfahrung (in Dienstjahren) oder nach der Anzahl pro Jahr bearbeiteter Straffälle befragt.
- 35 Beschuldigte Person: 24 Fragen; Verteidigung: 15 Fragen; Staatsanwaltschaft: 11 Fragen.
- 36 Die etwas geringere Häufigkeit im Kanton Bern ist darauf zurückzuführen, dass dort Verhandlungen häufig 2–3 Tage dauerten.
- 37 Aufgrund der Tatsache, dass reine Zufallsauswahlen aufgrund von Ausfällen häufig nicht möglich sind, werden in der Praxis sehr häufig auch Quotenstichproben angewendet und als einfache Zufallsstichproben ebenbürtig betrachtet.
- 38 Mögliche Gründe für eine Nichtteilnahme an der Befragung sind die nachfolgend, getrennt nach Person, Genannten. *Beschuldigte Person*: Schamgefühle, grosse emotionale Bewegtheit infolge des Verfahrens oder der Verhandlung. Bisweilen wurde die Teilnahme seitens des Beschuldigten auch verweigert, weil dieser die Befragung (irrtümlicherweise) mit dem Gericht in Verbindung brachte. Teilweise riet auch die Verteidigung ihren Klienten von der Teilnahme ab. *Verteidigung/ Staatsanwaltschaft*: hauptsächlich Zeitdruck. In einem Fall wurde der Fragebogen vom Staatsanwalt gar vor den Augen der Projektmitarbeiterin zerknüllt und weggeworfen – die Verteidigung hatte zuvor eine ganze Reihe von Verstössen gegen das Fairnessgebot vorgebracht, worüber sich dieser enervierte.
- 39 Die Teilnehmeraten wurden wie folgt berechnet: $100/[\text{Anzahl ausgeteilte Fragebögen}] \times [\text{Anzahl vor Ort ausgefüllte oder später zugestellte Fragebögen}]$. Die Abwesenheit einer Person wurde nicht als Verweigerung gewertet bzw. zur Anzahl ausgeteilter Fragebögen hinzugezählt. Dasselbe gilt für den Fall, dass gar keine Verteidigung bestellt wurde.
- 40 Siehe <https://www.r-project.org/>.
- 41 In einem Fall erwiderte der Beschuldigte auf eine Frage des Richters, dass vielleicht der Prozessbeobachter seine Frage beantworten könne. Der Staatsanwalt erklärte in einem anderen Fall, dass er – indem er auch Eventualanträge stelle – mit offenen Karten und *fair* spiele. Zudem erklärte er, dass er den Verteidiger darum beneide, keinen Strafantrag stellen zu müssen. Die Staatsanwaltschaft habe kein Interesse an einer übergebürlischen Strafe. Dies garantiere eben auch ein faires Verfahren.
- 42 Je nach Skalenniveau des erfassten Merkmals und Anzahl Rater (Beobachter) stehen unterschiedliche Zusammenhangsmasse zur Verfügung; einen Überblick bietet z.B. *K. Halgren*, Computing Inter-Rater Reliability for Observational Data: An Overview and Tutorial, in: Tutor Quant Methods Psychol, Jg. 8 (Heft 1), 2012, 23, 34.
- 43 Die Wahrscheinlichkeit auf Erfolg eines Verstosses ist mehrheitlich als «möglich» und selten als «offensichtlich» beurteilt worden, da es oft sehr schwierig war, dies klar einzuschätzen.
- 44 Es sei jedoch vermerkt, dass auch nach dem EGMR-Urteil im Fall *Salduz v. Türkei* (Fn. 20) und trotz den Bestimmungen in der StPO die Verzögerung in der Bestellung eines Anwaltes häufig vorkommt. Diese Thematik wird im nächsten Artikel behandelt.
- 45 Eine Strafmindering ergab sich in 10 Fällen. Vgl zu diesem Thema *H. Wiprächtiger/S. Keller*, in: Basel Kommentar, Strafrecht I, hrsg. von M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 47 N 178 ff.
- 46 In einigen Fällen hat die Verteidigung ausdrücklich auf die Übersetzung von Verfahrensteilen verzichtet (wie beispielsweise die Befragung von Zeugen oder die Begründung des Urteils). In vielen Fällen erfolgte der Verzicht des Anwalts implizit. Es fragt sich grundsätzlich, ob das Gericht dazu berechtigt ist, einen Verzicht zu akzeptieren, wenn es sich über die sprachlichen Unzulänglichkeiten der beschuldigten Person im Klaren ist. Siehe dazu: EGMR vom 24.11.2002, *Cuscani v. Vereinigtes Königreich*, § 38. Zur Kritik des Umfangs der Übersetzung vor Gericht vgl. auch *N. Capus*, Das Recht

auf Verdolmetschung in der Strafjustiz, *ZStrR* 2015, 416 ff. Diese Thematik wird detailliert im vierten Artikel behandelt.

- 47 *Salduz v. Türkei*, (Fn. 20), § 50: «[T]he primary purpose of Article 6 of the Convention, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a «tribunal» competent to determine any criminal charge».
- 48 Art. 160 StPO. Anders im abgekürzten Verfahren, vgl. Art. 361 Abs. 4 StPO.
- 49 In zwei beobachteten Fällen dauerte die Hauptverhandlung eine Woche.
- 50 Das Recht auf Konfrontation mit Zeugen wird im Rahmen des dritten Artikels besprochen.
- 51 Davon ausgeschlossen sind jene Fälle in Genf, wo Zeugen nur als sog. Leumundszeugen für die beschuldigte Person vor Gericht aussagten.
- 52 Art. 337 Abs. 3 StPO e contrario.
- 53 *Salduz v. Türkei*, (Fn. 20), §§ 50 f.
- 54 EGMR vom 16.12.2014, *Horncastle and Others v. the United Kingdom*, § 131.
- 55 Siehe auch, unter vielen: EGMR vom 28.8.1991, *F.C.B. v. Italien*, § 29, EGMR vom 23.11.1993, *Poitrimol v. Frankreich*, § 29 und EGMR vom 15.12.2011, *Al-Khawaja and Tahery v. Vereinigtes Königreich*, § 118.
- 56 In Bezug auf die Einvernahme von Kindern, vgl. Art. 154 Abs. 4 StPO.
- 57 EGMR vom 13.3.2012, *Karpenko v. Russia*, § 76: «the Court, in principle, does not need to consider further ... whether the handicap arising from the witnesses' absence from the trial was counterbalanced by the confrontation interviews between the applicant and the witnesses at the pre-trial stage, as the very concept of fairness enshrined in Article 6 requires that judges form their own impression of the witness's reliability and credibility by observing his or her demeanour under questioning in open court, unless the restriction on the right to cross-examine the witness is exceptionally imposed for good cause and with weighty reasoning»; vgl. auch EGMR vom 24.7.2008, *Vladimir Romanov v. Russia*, § 71; EGMR vom 24.4.2012, *Damir Sibgatullin v. Russia*, § 57.
- 58 Vgl. EGMR vom 9.3.2004, *Pitkänen v. Finnland*, §§ 62–65; EGMR vom 23.10.2012, *Pichugin v. Russland*, § 199; EGMR vom 30.10.2012, *Valeriy Lopata v. Russland*, § 128; und EGMR vom 27.3.2014, *Matysina v. Russland*, § 153. Vgl. auch BGE 140 IV 198 ff.
- 59 *N. Capus*, Einvernahmeprotokolle: Der Stil beeinflusst die Richter, plädoyer 06/2014, 30 ff.
- 60 Die kantonalen Unterschiede bei der Ausübung des Konfrontationsrechts werden ausführlich im dritten Artikel besprochen.
- 61 Art. 147 Abs. 1 StPO; Art. 159 Abs. 1 StPO.
- 62 Art. 343 Abs. 3 StPO. Dies gilt insbesondere für die unmittelbare Wahrnehmung von Belastungszeugen, deren Aussagen die beschuldigte Person entscheidend belasten, vgl. BGer vom 28.10.2015, 6B_318/2015, E. 1.5.
- 63 Art. 61 StPO. Sofern nicht ein Verfahren betroffen ist, wo das Zwangsmassnahmengericht die Verfahrensleitung innehat, vgl. BGE 137 IV 217 f.
- 64 Art. 104 Abs. 1 lit. c StPO e contrario.
- 65 Vgl. analog die fehlende Unparteilichkeit von Richtern, die die Rolle der Anklage übernehmen, EGMR vom 18.5.2010, *Ozerov v. Russland*, §§ 53 f.; EGMR vom 27.1.2011, *Krivoshapkin v. Russland*, §§ 44 ff.

- 66 So auch *C. Piguet/A. Dyens*, Konnte mit der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung tatsächlich eine Stärkung der Verteidigungsrechte bewirkt werden?, *Anwaltsrevue* 2015, 368 ff.
- 67 Gemäss Art. 327 Abs. 1 lit. a StPO. Die Anklage muss sowohl den angeklagten Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung beschreiben, damit die beschuldigte Person weiss, wogegen sie sich zu verteidigen hat, vgl. zur Informationsfunktion der Anklage: BGE 116 Ia 458; 133 IV 244 f.
- 68 Gem. Art. 101 StPO. Zu Recht hält die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 fest, dass die Akteneinsicht nach Abschluss der Untersuchung nicht mehr zeitgemäss ist, vgl. BBl 2006, 1161. Vgl. auch *Piguet/Dyens* (Fn. 66), 368 f.