

Nadja Capus

«Ich ermördere Dich. Es gibt keine Gesetze für Vito. Vitogesetze.»

Theorie und Empirie zur Herstellung von Schriftprotokollen in Strafverfahren

Schriftprotokolle sind von grosser Bedeutung in Zivilverfahren und noch mehr in Strafverfahren. Ihnen kommt Beweisqualität zu. Die Herstellung dieser Beweisstücke hat von wissenschaftlicher Seite bisher jedoch wenig Aufmerksamkeit erhalten. In diesem Beitrag wird zuerst in die Thematik des strafprozessrechtlichen Kontextes eingeführt (I) und danach dargelegt, wie Protokolle laut Gesetz hergestellt werden müssen und welche Ziele mit der Herstellung verbunden sind (II.). Schliesslich werden Faktoren aufgeführt, die es bei der richterlichen Würdigung der Einvernahmeprotokolle als Beweismittel zu bedenken gilt (III.). Dazu wird die rechtswissenschaftliche Literatur und Rechtsprechung sowie der Erkenntnisstand eingearbeitet, der aus empirischen sozialwissenschaftlichen Studien resultiert. Im abschliessenden Fazit (IV.) wird zusätzlich auf Forschungslücken hingewiesen.

Beitragsarten: Science

Zitiervorschlag: Nadja Capus, «Ich ermördere Dich. Es gibt keine Gesetze für Vito. Vitogesetze.», in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2014/3

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Herstellung von Einvernahmeprotokollen
 - 1. Rudimentäre gesetzliche Vorgaben
 - 2. Funktionen und Fiktionen
- III. Nützliches Wissen für die Würdigung des Einvernahmeprotokolls als Beweismittel
 - 1. Veränderungen des Sprach- und Sprechstils
 - 2. Modifizierte Darstellung der Interaktion
- IV. Fazit und Ausblick

I. Einleitung

[Rz 1] «*Ich ermordere Dich. Es gibt keine Gesetze für Vito. Vitogesetze.*» Das zum Titel erhabene Zitat stammt aus einem Einvernahmeprotokoll einer Strafakte eines Deutschschweizer Kantons aus dem Jahr 2007¹. Der italienische Staatsangehörige, Vito Repelli², soll dies laut Aussage der bedrohten Frau gesagt haben. Das wurde von Vito Repelli bestätigt: «*Ja, das habe ich gesagt. Ich werde dies auch tun. Ich habe so genug von Nathalie, dieser dummen Frau.*»

[Rz 2] Gemäss der in der rechtswissenschaftlichen Literatur und Rechtspraxis gängigen Abbildfiktion wird von solchen Einvernahmeprotokollen in der Regel angenommen, dass die Protokollführer die Aussagen der befragten Personen originaltreu verschriftlicht haben. Diese Abbildfiktion ist eine wichtige Quelle für die Beweiskraft von Protokollen³. Protokolle sollen eine Verfahrenshandlung wiedergeben. Dies muss zwar nicht vollständig und selektionslos sein, jedoch zumindest vorurteilsfrei⁴. Darüber haben Richterinnen und Richter aber keine Gewissheit. Der Herstellungsprozess ist eine «*black box*», obwohl er für die Gerichte von grosser Bedeutung ist. Denn Einvernahmeprotokolle sind Beweismittel und Richter sollen sie im Rahmen ihrer Beweiswürdigungspflicht nach freiem Ermessen beurteilen⁵. Dabei handelt es sich überwiegend um Schriftprotokolle. Diese können im Rahmen von beschränkt unmittelbar ausgestalteten Hauptverhandlungen für Zeugenaussagen oder in Strafbefehlsverfahren sogar für Aussagen der beschuldigten Person unter Umständen die einzigen Quellen sein⁶.

¹ Dieser Text basiert auf einem Vortrag der Autorin (gehalten an der Richterweiterbildungstagung am 27./28. Februar 2014 in Gerzensee) und auf folgender Vorarbeit: N. CAPUS/M. STOLL/M. VIETH, Protokolle von Vernehmungen im Vergleich und Rezeptionswirkungen in Strafverfahren, Zeitschrift für Rechtsoziologie, im Druck (die zitierten Seitenangaben beziehen sich auf das Manuskript). Der Bereich der Rezeption (Wie wirken Protokolle auf die Leserinnen und Leser? Wie beeinflussen sie diese in ihren Einschätzungen und Entscheidungen?) war Teil des von der Referentin durchgeführten Workshops und basiert auf Erkenntnissen einer Richterbefragung, die Ende 2013 in der Schweiz durchgeführt worden ist (vgl. F. HOHL ZÜRCHER/N. CAPUS, Wie Protokollstile Einschätzungen zur befragten und befragenden Person beeinflussen. Ergebnisse einer Richterbefragung zu Einvernahmeprotokollen (im Erscheinen)). Die erwähnte Akte ist Teil einer Aktenuntersuchung zur Protokollierung von Einvernahmen, die an der Juristischen Fakultät der Universität Basel durchgeführt wird, s. <https://protokollforschung.ius.unibas.ch/en/projekt/> (zuletzt besucht am 6. August 2014). Ich danke meinen Mitarbeiterinnen Franziska Hohl Zürcher, Mirjam Stoll und Manuela Vieth für die Durchsicht des Textes und für ihre Anmerkungen sowie Eliane Albisser für das Korrekturlesen.

² Dieser Name und auch der nachfolgende Frauenname wurden geändert.

³ Vgl. M. NIEHAUS/H.-W. SCHMIDT-HANNISA, Textsorte Protokoll, Ein Aufriß, in: Das Protokoll, Kulturelle Funktionen einer Textsorte, hrsg. von M. Niehaus/H.-W. Schmidt-Hannisa, Frankfurt 2005, S. 7–10.

⁴ Ein Protokoll habe eine «aussagetreue, situationsechte Abfassung» zu sein, so E. ESCHENBACH, Die Kunst des Protokollierens, Kriminalistik 1958, S. 86–89, 86.

⁵ Art. 10 Abs. 2 StPO, SR 312.0; PH. NÄPFLI, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, hrsg. von M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, Basel 2011, Art. 76 N 3.

⁶ P. ALBRECHT, Was bleibt von der Unmittelbarkeit?, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2 (2010) S. 180–196; TH. FINGERHUTH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansja-

[Rz 3] Die Würdigung dieser behördlich hergestellten Beweismittel ist schwierig, denn der Richterin stehen beim Lesen von Protokollen polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Einvernahmen gar keine Möglichkeiten zur Verfügung, um den Inhalt mit dem tatsächlichen Geschehen vergleichen zu können. Für eine faire und sachliche Würdigung ist es deshalb unabdingbar, folgende Hinweise zu beachten.

II. Die Herstellung von Einvernahmeprotokollen

1. Rudimentäre gesetzliche Vorgaben

[Rz 4] Das schweizerische Prozessrecht behandelt die Protokollherstellung mit grosser Zurückhaltung. Es gibt einen groben Rahmen für die Entscheidungen vor, wer zu protokollieren hat, sowie wann und wie die Protokollierung erfolgen soll. Die relevanten Regelungen in Bezug auf die in diesem Beitrag behandelten Fragen zur Herstellung und Rezeption von Protokollen sind daher rasch zusammengefasst. Ein separater Protokollführer ist nicht gesetzlich vorgeschrieben⁷, hingegen die laufende Protokollierung⁸. Bezuglich des Inhaltes des Protokolls gibt es vage Vorgaben: Nur entscheidende Fragen und Antworten müssen wörtlich protokolliert werden⁹, was an sonstigen Gesprächsinhalten zu protokollieren ist und wie, wird offen gelassen und ohnehin auf das antizipierte Wesentliche (im Zivilprozessrecht) oder Entscheidende (im Strafprozessrecht) beschränkt¹⁰. Aus dieser gesetzlichen Unterteilung folgt in der Rechtspraxis eine zweistufige Kategorisierung des Gesprächsverlaufs. Als «informell» oder «technisch» bezeichnete sog. «Vor- oder Zwischengespräche» brauchen demnach nicht protokolliert zu werden. Auf Grund der Vorgabe, es sei laufend (nur) Entscheidendes zu protokollieren, und der Aussage des Bundesgerichts, diese Pflicht hänge von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab¹¹, ergibt sich ein grosser Ermessensspielraum für die Protokollverantwortlichen¹² und im Weiteren für die Gerichte in Bezug auf die Frage, inwiefern ein Einvernahmeprotokoll trotz nicht protokollierter Gesprächsinhalte verwertbar ist. Allerdings ist auch das Bundesgericht der Auffassung, dass es problematisch ist, wenn ausgedehnte Vorgespräche nicht protokolliert werden¹³.

[Rz 5] Mit einer Rechtsprechungspraxis, die gegenüber Auslassungen in Einvernahmeprotokollen kulant ist, geht eindeutig das Risiko einher, dass auf Grund nicht protokollierter Gesprächs-

kob/V. Lieber, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 343 N 27 ff.; F. RIKLIN, Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 343 N 1; J. NOSEDA, in: Commentario Codice Svizzero di Procedura Penale- hrsg. von P. Bernasconi/L. Marcellini/M. Mini/M. Galliani Godenzi/E. Meli/J. Noseda, Zürich 2010, Art. 343 N 1 ff.; W. WOHLERS, Die formelle Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung: Notwendigkeit und Grenzen eigener Beweiserhebungen durch Strafgerichte, Zeitschrift für Schweizerisches Strafrecht 3 (2013), S. 318–336, 331, 333 f.; N. SCHMID, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N 1357 s. dazu M. THOMMEN, Unerhörte Strafbefehle. Strafbefehle ohne Einvernahme – ein Plädoyer für Kommunikation mit Beschuldigten, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 4 (2010), S. 373–393.

⁷ BRÜSCHWEILER, in: Kommentar StPO (Fn. 6), Art. 76 N 6.

⁸ Art. 78 Abs. 1 StPO.

⁹ Art. 78 Abs. 2 StPO.

¹⁰ Art. 78 Abs. 3 StPO; Art. 176 Abs. 1 ZPO, Art. 193 ZPO, Art. 235 Abs. 2 ZPO.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_734/2011 vom 3. April 2012, E. 2.3.1.

¹² BKS StPO-NÄPFL (Fn. 5), Art. 78 StPO N 10.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 1P.399/2005 vom 8. Mai 2006, E. 3.2, wo jedoch die Frage der Verwertbarkeit offen gelassen wurde; F. RIKLIN, StPO (Fn. 6), Art. 78 N 2.

inhalt der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wird¹⁴. Nach heutiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine solche Verletzung als geheilt, wenn der beschuldigten Person nachträglich Gelegenheit gegeben wird, ihre früheren, nicht protokollierten Aussagen zu wiederholen¹⁵. Damit kann man jedoch der Gefahr nicht angemessen begegnen, dass die zuvor erfolgte «Kontaminierung» der Aussage unentdeckt bleibt¹⁶. Aufgrund der fehlenden Verschriftlichung ist die Aussagegenerierung nicht transparent. Deshalb ist auch die Integrität des *nachträglich* hergestellten Protokolls als Beweismittel für die Aussage davon tangiert. Die Dokumentations- und damit die Protokollierungspflicht betrifft jedoch nicht nur die Aussage an sich, sondern auch die Herbeiführung der Aussage durch das Verhalten der befragenden Person, ihre Fragen, Vorhalte und Hinweise.

[Rz 6] Die befragte Person kann zwar, und muss sogar, den Inhalt des Protokolls zur Kenntnis nehmen, darf Berichtigungen anbringen¹⁷ und hat dann zu unterschreiben¹⁸. Sowohl die Kenntnisnahme als auch die Unterzeichnung des Protokolls durch die befragte Person, sind Gültigkeitsvorschriften¹⁹. Das hat zur Folge, dass ein Protokoll, welches der befragten Person weder vorgelesen noch vorgelegt und entsprechend auch nicht unterzeichnet wurde, gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertbar ist²⁰. Davon ausgenommen sind – seit der «Minirevision» von 2013 – nur die Gerichtsprotokolle, sofern Audioaufzeichnungen bestehen²¹.

[Rz 7] Trotz dieser Kontrollmöglichkeiten der befragten Person liegt die Hoheit darüber, was ins Protokoll aufgenommen wird und was nicht, zweifellos weitgehend bei der Einvernahmeleitung. Selbst die Unterschrift der befragten Person ist nicht wirklich wichtig. Denn verweigert sie die Unterschrift, liegt es in der Macht der Einvernahmeleitung auch diesen Umstand mit einem entsprechenden Vermerk einfach ins Protokoll zu schreiben²². Am Beweiswert ändert dies nichts. So akzeptieren die Bundesrichter (allerdings in einem schon älteren Urteil), dass der vorinstanzliche Richter in seiner Entscheidungsfindung auf ein vom Beschuldigten nicht unterzeichnetes Polizei-protokoll abstelle: Schliesslich habe der Beschuldigte eine «forensische Erfahrung» als mehrfach vorbestrafter Täter vorzuweisen²³. Trotzdem forderten sie aber immerhin zu besonders kritischer Würdigung von Protokollen auf, die von der befragten Person nicht unterzeichnet worden sind.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_503/2007 vom 21. Januar 2008, E. 6.3.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 1P.261/2002 vom 20. Januar 2004, E. 4.3.1 und 4.4., bestätigt im zuvor in Fn. 14 genannten Urteil des Bundesgerichts 6B_503/2007 vom 21. Januar 2008, E. 6.3.

¹⁶ K. HAWORTH, Police interviews in the judicial process. Police interviews as evidence, in: M. Coulthard Malcom/J. Alison (Hrsg.), The Routledge handbook of forensic linguistics, London/New York 2010, S. 169–181, 169 f.; vom «Tatort Kopf» und «verbalen Spuren» der befragenden Person sprechen H. HAAS/CH. ILL, Gesprächsführungstechniken in der Einvernahme, forumpoenale6 (Sonderheft) 2013, S.2–27, 3.

¹⁷ Art. 79 Abs. 3 StPO; wobei das Gesuch um Berichtigung an keine Frist gebunden ist; D. BRÜSCHWEILER, in: Kommentar StPO (Fn. 6), Art. 79 N 3.

¹⁸ Art. 78 Abs. 5 StPO.

¹⁹ BKS StPO-NÄPFLI(Fn. 5), Art.78 StPO N 20, 25; R. HAUSER/V. LIEBER/E. SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, Zürich 2012, § 153 N 29; D. BRÜSCHWEILER, in: Kommentar StPO (Fn. 6), Art. 78 N 8; G. BOMIO, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, hrsg. von A. Kuhn/Y. Jeanneret, Basel 2011, Art. 78 N 5.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013, E 1.5; ebenso: Urteil des Bundesgerichts 6P.84/2006 vom 10. Juli 2006, E. 3 und Urteil des Bundesgerichts 1P.399/2005 vom 8. Mai 2006, E 3.1; BKS StPO-GLOSS(Fn. 5), Art. 141 N 67, 79.

²¹ Ergänzt mit Nr. I 2 des Bundesgesetzes vom 28. September 2012, in Kraft seit 1. Mai 2013 (AS 2013 851; BBl 2012 5707 5719).

²² Art. 78 Abs. 6 StPO.

²³ BGE 98 Ia 250, S. 254.

[Rz 8] Grundsätzlich wird nicht unterschieden zwischen der Herstellung von Einvernahmeprotokollen im Vorverfahren und im Hauptverfahren – mit Ausnahme der erwähnten Änderung, dass bei Gerichtsverhandlungen auch Audioaufzeichnungen statt der Schriftprotokolle als Beweismittel dienen dürfen²⁴.

[Rz 9] Die zurückhaltende gesetzliche Regelung ist sicherlich auf den glücklichen Umstand zurückzuführen, dass in der Schweiz – anders als beispielsweise in England und Wales oder in Frankreich²⁵ – bisher keine gravierenden Fehlurteile gefällt worden sind (zumindest sind keine bekannt), die auf Protokollfehler oder schlimmer noch, auf vorsätzliche Protokollmanipulationen zurückzuführen waren.

2. Funktionen und Fiktionen

[Rz 10] Die Zurückhaltung des Gesetzgebers erstaunt angesichts der Bedeutung, die der Protokollierung gerade von Gesetzgeberseite, aber auch von Seiten der Literatur und der Rechtsprechung auf Grund ihrer rechtsstaatlichen Funktion zugesprochen wird. Nach h.M. ist die Protokollierungspflicht Teil der Dokumentationspflicht²⁶. Seit dem Urteil der öffentlich-rechtlichen Abteilung aus dem Jahr 1998 wird sie in der Rechtspraxis direkt aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgeleitet²⁷.

[Rz 11] Das Bundesgericht hat die Bedeutung wie folgt erfasst: «*In Anbetracht der auf dem Spiel stehenden Interessen ist die Protokollierungspflicht grundsätzlich streng zu handhaben. Die Protokollierung erst ermöglicht den Beschuldigten wie auch andern am Verfahren Beteiligten (Geschädigte oder Opfer) die Wahrnehmung ihrer Rechte und ist Grundlage für die Wahrheitssuche, das schliesslich auszusprechende Urteil und die Überprüfung durch Rechtsmittelinstanzen. Das Führen eines Protokolls ist insoweit Ausfluss der Dokumentationspflicht und steht im Dienste der Gewährleistung eines fairen Verfahrens [...]*»²⁸.

[Rz 12] Ganz besondere Bedeutung haben die Protokolle der Polizei und Staatsanwaltschaft bei beschränkt unmittelbar ausgestalteten Hauptverhandlungen. Aber auch die in der erstinstanzlichen Verhandlung verfassten Protokolle sind wesentlich, da sich die zweite Instanz massgeblich auf die erhobenen Beweise des erstinstanzlichen Gerichts stützt²⁹.

²⁴ RIKLIN, StPO (Fn. 6), Art. 78 N. 6a.

²⁵ E. SERVERIN/S. BRUXELLES, Enregistrements, procès-verbaux, transcriptions devant la Commission d'enquête: le traitement de l'oral en questions, Droit et cultures 55 (2008), S.149–180, 149; M. COULTHARD, The Official Version. Audience Manipulation in Police Records of Interviews with Suspects, in: C.R. Caldas-Coulthard/M. Coulthard (Hrsg.), Texts and Practices. Readings in Critical Discourse Analysis, London/New York 1996, S. 166–178, 166.

²⁶ Die Einvernahmeprotokolle sind in die Verfahrensprotokolle zu integrieren: Art. 77 lit. 2 StPO; Com CPP-M. GALLANI/L. MARCELLINI, Art. 77 N 1.

²⁷ BGE 124 V 389E. 3; BGE 130 II 473E. 4.2.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 1P.399/2005 vom 8. Mai 2006, E. 3.1.

²⁹ RIKLINStPO (Fn. 6), vor Art. 76 N 4; PH. NÄPFLI, Das Protokoll im Strafprozess. Unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zur schweizerischen Strafprozessordnung und der Zürcher Strafprozessordnung. Visp 2007, S. 92; M. DAPHINOFF, Das Strafbefehlsverfahren in der schweizerischen Strafprozessordnung. Zürich 2012, S. 350; Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern 2011 131 vom 4. November 2011, E. 6.2.; Art. 389 Abs. 1 StPO; I. EGLI, Protokollierungsvorschriften der Schweizerischen Strafprozessordnung – ein Plädoyer für die Revision, AJP 2012, S. 629 ff.; K.-L. KUNZ KARL-LUDWIG/H. HAAS, Zusammenhänge der strafgerichtlichen Entscheidungsfindung. Eine empirische Studie in drei Ländern, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 95 (3) 2012, S. 158–183, 173.

[Rz 13] Über die verschiedenen Funktionen haben Capus/Stoll an anderer Stelle geschrieben³⁰. Deshalb soll hier eine schematische Darstellung im Vergleich zu Robert Hausers Aufgliederung der verschiedenen rechtsstaatlichen Funktionen genügen.

R. Hauser ZStrR 1966, S. 158 ff.	N. Capus & M. Stoll ZStrR 2013, S. 195 ff.
• Gedächtnis- oder Beurkundungsfunktion	• Gedächtnisfunktion • Beurkundungs- oder Beweisfunktion
• Kontrollfunktion	• Kontrollfunktion
• Garantiefunktion	• Garantiefunktion
	• Bindungsfunktion

[Rz 14] Robert Hauser hat drei Funktionen von Einvernahmeprotokollen unterschieden. Seiner Ausarbeitung sind Lehre und Rechtsprechung seither zu einem grossen Teil gefolgt³¹. Ergänzend unterscheiden Capus/Stoll zwischen der Gedächtnis- und der Beurkundungs- oder Beweisfunktion. Denn die Beurkundungsfunktion stellt eine eigenständige Funktion dar, die über die Gedächtnisfunktion hinausgeht. Die Gedächtnisfunktion ist die grundlegendste Funktion, da die übrigen Funktionen auf der Perpetuierung der Aussage aufbauen. Die Darstellung von Hauser wird zudem in einem weiteren Punkt ergänzt: Die Bindungsfunktion ist bislang ungenannt geblieben, obwohl sie eine eigenständige Bedeutung hat. Dies hat die in der Schweiz neu aufgetretene Problematik des Aufzeichnens ohne Gegenlesen deutlich gemacht³². Das Lesen und Unterzeichnen tragen dazu bei, dass Protokolle im Rahmen der freien Beweiswürdigung als wahrheitsgetreue Präsentationen der Einvernahme aufgefasst werden.

III. Nützliches Wissen für die Würdigung des Einvernahmeprotokolls als Beweismittel

[Rz 15] Das Protokoll kann die ausgeführten Funktionen nur erfüllen, wenn Gewähr für seine inhaltliche Richtigkeit besteht. Richtig und übersichtlich, klar und vollständig, authentisch und

³⁰ N. CAPUS, Schriftprotokolle im Strafverfahren: «der tote Buchstabe ist noch immer nicht das Wort selbst», Basler Juristische Mitteilungen 4 (2012), S. 173–192; N. CAPUS/M. STOLL, Lesen und Unterzeichnen von Einvernahmeprotokollen in Vor- und Hauptverfahren, Anmerkungen zur Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung aus Sicht der rechtswissenschaftlichen und kriminologischen Protokollforschung, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 131 (2013) 2, S. 195–217.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013, E. 1.4; N. OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 3. Auflage 2012 N 1269; CH. RIEDO CHRISTOF/G. FIOOLKA/M.A. NIGGLI, Strafprozessrecht, Basel 2011, N 597; CR CPP-BOMIO(Fn. 19), Intro. Art. 76–79 N 3.

³² CAPUS/STOLL(Fn. 30), S. 204, 208 f.

lebensnah soll es sein³³. Zur Illustration der Diskrepanz, die zwischen diesen Ansprüchen und der Realität auftreten kann, dient folgendes Beispiel: Ein vierzigjähriger Mann wird wegen des Verdachts, mehrere Einbrüche begangen zu haben, von einem Polizisten befragt. Er antwortet laut Protokoll auf die Rechtsbelehrung:

«*Ich bin über die Rechte belehrt worden, die mir als angeschuldigte Person zustehen.*»

Auf den Vorhalt eines Einbruchs folgt die Antwort:

«*Es dürfte sich um die Sache handeln. Ich bin dort im Erdgeschoss durch ein offenstehendes Fenster, glaublich eines Heizungsraumes eingestiegen.*»

Darauf wird die Frage festgehalten:

«*Was haben Sie im Gebäude gemacht?*»

Und als Antwort:

«*Irgendwo habe ich mit Körpergewalt eine Bürotür aufgewuchtet. Das Büro habe ich anschliessend nach Geld durchsucht. Ich kann mich nicht mehr erinnern ob ich weitere Objekte aufgebrochen habe.*»

Es folgen weitere Antworten, in denen der Mann auswendig mehrstellige KABA-Nummern von mehreren Schlüsseln angibt. Die Einvernahme hat laut Protokoll 55 Minuten gedauert, der Beschuldigte hat das Protokoll gelesen und unterschrieben. Das Protokoll ist übersichtlich, klar strukturiert und es gibt keinen Hinweis darauf, dass das Protokoll nicht richtig oder unvollständig sein könnte. Nichts im Protokoll lässt den Leser vermuten, was die Aktennotiz des einvernehmenden Beamten preisgibt: Der Beschuldigte habe unter starkem Drogenentzug gelitten, sei dennoch als einvernahmefähig beurteilt worden, «*musste jedoch jeweils zwar zu den gestellten Fragen und Vorhalten immer wieder aus dem Halbschlaf gerissen werden*». Dieses Beispiel³⁴ verdeutlicht ein grundsätzliches Problem: Die eingangs genannte Abbildfiktion kann nur aufrecht erhalten werden, wenn ignoriert wird, welche Selektions- und Modifikationsprozesse bei der Transformation von gesprochenem Dialog zum Schriftprotokoll stattfinden. Empirische Studien³⁵ haben bereits die folgenden Ergebnisse erbracht:

- Es wird selektiv protokolliert.
- Aussageelemente werden in veränderter Form festgehalten.
- Informationen werden ergänzt, die keine Basis im Gespräch haben.

In einer niederländischen Untersuchung, in der fünf Polizisten ein und dieselbe Einvernahme protokolliert haben, ist in einem Protokoll nur eine einzige Frage erfasst und sind in anderen bis zu 57 Fragen festgehalten, obwohl die Einvernahme 64 Fragen umfasst hat. Insgesamt sind in

³³ Das Gesetz verlangt Richtigkeit (Art. 76 Abs. 2 und Abs. 3 StPO) und Vollständigkeit (Art. 76 Abs. 3 StPO). Die anderen Anforderungen ergeben sich aus der Botschaft und der rechtswissenschaftlichen Literatur, s. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085–1388, S. 1156; C. PERRIER/J. VUILLE, Procédure pénale Suisse. Tables pour les études et la pratique, 2. Auflage, Basel 2001, S. 53; BSK StPO-NÄPFLI(Fn. 5), Art. 78 N 2 : Das Protokoll soll einer Person, die das Protokoll später liest, den gleichen objektiven Eindruck vom Aussageinhalt verschaffen, «wie wenn sie die Einvernahme selbst durchgeführt hätte».

³⁴ Ebenfalls aus der in der Fn. 1 erwähnten Aktenuntersuchung.

³⁵ J. BANSCHERUS, Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung, Wiesbaden 1977; J. BALDWIN/ J. BEDWARD, Summarising tape recordings of police interviews. The Criminal Law Review 1991, S. 671–679; HAWORTH(Fn. 16), S. 169 ff.; R. CAUCHI/M. POWELL, An examination of police officers' notes of interviews with alleged child abuse victims. International Journal of Police Science and Management 11 (4) 2009, S. 505–515; M.E. LAMB/Y. ORBACH/K. J. STERNBERG/I. HERSHKOWITZ/D. HORWITZ, Accuracy of Investigators' Verbatim Notes of Their Forensic Interviews with Alleged Child Abuse Victims. Law and Human Behaviour 24 (6) 2000, S. 699–708.

den fünf Protokollen sogar 11 Fragen protokolliert, die gar nicht gestellt worden sind³⁶! Eine solche Protokollierungspraxis wäre in der Schweiz, wie zuvor erläutert (II.), durchaus gesetzeskonform, zumindest teilweise. Die Wichtigkeit der Schriftprotokolle als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs, die ihnen zugeschriebene starke Beweiskraft, die geringen Einflussmöglichkeiten der befragten Personen und die noch geringeren Kontrollmöglichkeiten der Richterinnen und Richter machen es erforderlich, die Muster zu erkennen, die den Selektions- und Modifikationsprozessen zugrunde liegen, und sie im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Empirische Untersuchungen zu solchen Mustern zeigen auf, dass Informationen, die aus rechtlicher Sicht für die Sachverhaltsbeschreibung von Bedeutung sind, bevorzugt aufgenommen werden. So haben die Schweden Jönsson/Linell gezeigt, dass in der schriftlich fixierten Aussage die nach Massgabe der polizeilichen Relevanzsetzungen als zentral erachteten Tathandlungen ausführlicher behandelt werden, als dies im Gespräch der Fall gewesen ist³⁷. Hingegen werden Ausführungen zur psycho-sozialen Situation und der Vorgeschichte der Tat in der Schriftversion im Vergleich zum Gespräch weniger stark gewichtet. Elemente, die im Hinblick auf die zukünftige Leserschaft und ihre Aufgaben von Bedeutung sein könnten, werden sogar hinzugefügt. Beispielsweise ist gezeigt worden, dass genaue Angaben zum Ort des Tatgeschehens ergänzt werden, obwohl sie gar nicht Gegenstand des Gesprächs gewesen sind³⁸. Vage Aussagen oder Unsicherheitsmarker («ich erinnere mich nicht genau», «vielleicht») werden meist nicht protokolliert³⁹, hingegen Elemente hinzugefügt, die der Kohärenz der Geschichte zuträglich sind⁴⁰. Gründe für diese Selektions- und Modifikationsprozesse sind in den Anforderungen zu finden, die in Strafverfahren an Beweismittel gestellt werden. Diese Anforderungen beeinflussen auch die Darstellungsziele des Verfassers eines Protokolls, die ihrerseits Inhalt und Form der Protokolle prägen. Zwei Studien haben beispielsweise gezeigt, dass Inszenierungen von Glaubhaftigkeit und Unglaubhaftigkeit solche Darstellungsziele sind. Demnach unterscheidet sich die Protokollierungsweise in Abhängigkeit davon, ob Glaubhaftigkeit oder Unglaubhaftigkeit inszeniert werden soll⁴¹. In Anbetracht dieser Erkenntnisse ist es wichtig zu bedenken, dass der Herstellungsprozess von Einvernahmeprotokollen davon beeinflusst ist, dass das Ziel jeder Einvernahme in Strafverfahren ein Doppeltes ist⁴². Zum einen soll mit der Befragung während der Einvernahme der Informationsgewinn maximiert werden. Zum anderen hat eine kompetente Einvernahmeführung nicht nur die aktuelle Befragung im Blick, sondern sie ist sich gleichzeitig bewusst, mit welchen dauerhaften, orts- und

³⁶ J. DE KEIJSER JANET al., Written records of police interrogation: differential registration as determinant of statement credibility and interrogation quality. *Psychology, Crime and Law* 18 (2012), S. 613–629.

³⁷ L. JÖNSSON/P. LINELL, Story Generations: From Dialogical Interviews to Written Reports in Police Interrogations. *Text* 11 (1991), S. 419–440, 436.

³⁸ M. KOMTER, From Talk to Text: The Interactional Construction of a Police Record. *Research on Language and Social Interaction* 39 (3) 2006, S. 201–228, 206; F. ROCK, Witnesses and suspects in interviews. Collecting oral evidence: the police, the public and the written word, in: M. Coulthard/A. Johnson (Hrsg.), *The Routledge handbook of forensic linguistics*, London/New York 2010, S. 126–138, 136.

³⁹ JÖNSSON / LINELL(Fn. 37), S. 431 f.; KOMTER(Fn. 38), S. 210; TH. SCHEFFER, Übergänge von Wort und Schrift: Zur Gense und Gestaltung von Anhörungsprotokollen im Asylverfahren. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 20 (2) 1998, S. 230–265, 253.

⁴⁰ JÖNSSON/LINELL(Fn. 37), S. 431; SCHEFFER(Fn. 39), S. 254.

⁴¹ R. LÉVY, Scripta manent: la rédaction des procès-verbaux de police. *Sociologie du travail* (4) 1985, S. 408–423 und SCHEFFER(Fn. 39) S. 257 ff. Nähere Ausführungen dazu in den folgenden Abschnitten II.1 und II.2.

⁴² W. HOLLY, Der doppelte Boden in Verhören. Sprachliche Strategien von Verhörenden, in: W. Frier (Hrsg.), *Pragmatik. Theorie und Praxis*. Amsterdam 1981, S. 275–319; TH. SCHEFFER, The Duplicity of Testimonial Interviews. Unfolding and Utilising Multiple Temporalisation in Compound Procedures and Projects. *Forum Qualitative Sozialforschung* 8 (1) 2007, Art. 15 verwendet den Begriff «duplicity» oder «doppelbödig».

zeitunabhängigen Informationen sie das weitere Verfahren versorgt⁴³. Es findet also gleichzeitig eine Kommunikation mit dem abwesenden, später aber hinzutretenden Publikum statt. Somit orientiert sich auch das Befragen selbst daran, was im Protokoll fixiert und wie dies der Leserschaft präsentiert werden soll. Den Befragungsstil und die Protokollierungsweise kann die Einvernahmeleitung koordinieren und auf ein bestimmtes Darstellungsziel ausrichten⁴⁴. Die mit der Transformation in die Schriftform zirkulierungsfähig gemachte Konversation kann in der Folge mit Hilfe des Protokolls auf unterschiedlichen Verfahrensstufen und somit in verschiedenen Kontexten eingesetzt werden. Allerdings beeinflusst der jeweils veränderte Kontext die Wahrnehmung und die Entscheidungsfindung der Leserschaft. Bereits die schlichte Tatsache des Formatwandels vom Mündlichen zum Schriftlichen sowie der Wechsel vom Polizeibüro in den Gerichtssaal führen zur veränderten Wahrnehmung der Aussage⁴⁵. Mit dem institutionellen Kontext ist weiter verbunden, dass Einvernahmen asymmetrische Interaktionssituationen sind. Wird jedoch in einer Weise protokolliert, die die Einvernahme symmetrischer erscheinen lässt, als sie tatsächlich ist, gibt das Einvernahmeprotokoll diesen Kontext nicht genau wieder. So täuschen gerade monologisch gestaltete Abschnitte im Protokoll, bei denen die Nachfragen nicht protokolliert sind und mehrere Antworten zu einer zusammengefasst worden sind, eine Einvernahmesituation vor, die so nicht stattgefunden hat. Denn kaum jemand erzählt in einer Einvernahme spontan seine Version der Geschichte⁴⁶. Das Erzählen ist im Gegenteil gerade in diesem Kontext außerordentlich schwierig, angesichts der speziellen Regeln und Rollenverteilungen. Beim Lesen der protokollierten Fassung ist daher beispielsweise zu berücksichtigen, dass nicht nur die befragte Person, sondern auch die einvernehmende Person Mitautorin der Aussage ist. Denn die einvernehmende Person bringt die Fragen und Vorhalte ein und gestaltet zudem durch Selektion und Modifikation das Protokoll⁴⁷. Das Gespräch erfolgt in der Regel nicht fliessend. Denn die befragte Person sitzt einem Gesprächspartner gegenüber, der immer wieder Schreibpausen einlegt, wenn es keinen separaten Protokollführer gibt. Hinzu kommen Rederegeln, die den befragten Personen aufgrund ihrer prozessrechtlichen Rolle als Zeuge, Verdächtige, Auskunftsperson zustehen oder nicht, mit denen sie aber normalerweise nicht vertraut sind⁴⁸. Die Verteilung der Rederechte privilegiert die befragende Person, und die Protokollierung liegt in den Händen von Behördenvertretern (Abschnitt II.). Die Seite der Strafverfolger ist damit in einer günstigen Position, um im Gespräch wie auch im Protokoll der Einvernahme ihre Perspektive durchzusetzen. In der sozialwissenschaftlichen Literatur wird daher auf die Tendenz hingewiesen, dass in der Regel die Art und Weise, wie Aussagen protokolliert werden, die Sichtweise der Strafverfolgung stärken und die Verteidigersicht schwächen⁴⁹. Diese Tendenz kann vermutlich durch den Einsatz von kaufmännisch ausgebildetem Personal verringert werden, das ausschliesslich die Aufgabe hat,

⁴³ SCHEFFER(Fn. 42), S. 2.

⁴⁴ CAPUS/STOLL/VIETH(Fn. 1), S. 9.

⁴⁵ HAWORTH(Fn. 16), S. 169 f.; S.KASSIN et al., The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions, *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 2 (2013), S. 42–52.

⁴⁶ E. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Just Telling What is Going to Happen: The Initial Phase of A Judicial Social Investigation Interview, *Nottingham French Studies* 50 (2) 2011, S. 154–176, 161.

⁴⁷ T.C. VAN CHARLDORP, From police interrogations to police records, *Oisterwijk* 2011, S. 117 f.

⁴⁸ L. BENNETT, Storytelling in Criminal Trials: A Model of Social Judgment, *The Quarterly Journal of Speech* 64 (1978), S. 1–22, 1; B. SMITH, How to do things with documents, *Rivista di Estetica*, 2012, S. 1–17, 2 f.

⁴⁹ COULTHARD(Fn. 25), S. 170 ff.; HAWORTH(Fn. 16), S. 173; JÖNSSON/LINELL(Fn. 37), S. 437 f.; Lévy(Fn. 41), S. 413 ff.

die Gespräche zu protokollieren⁵⁰. Gestaltungsmittel, mit denen sich die Darstellungsziele verfolgen lassen, können insbesondere am Sprachstil der beteiligten Personen und der Darstellung der Interaktion anknüpfen.

1. Veränderungen des Sprach- und Sprechstils

[Rz 16] Man kann beim Protokollieren die Sprechweise der Beteiligten mehr oder weniger authentisch abbilden. Viel Authentizität geht bereits verloren, wenn vom gesprochenen Dialekt in das schriftliche Hochdeutsch übersetzt wird, da damit oft eine starke stilistische Glättung verbunden ist. Diese erfolgt durch die Standardisierung der Sprache, die unterschiedlich weit vorangetrieben werden kann. Dadurch eröffnen sich weitere Darstellungsmöglichkeiten. Beispielsweise kann die protokollierende Person eine ungeschliffene mündliche Aussage möglichst wörtlich übernehmen oder eine Person «wie gedruckt» sprechen lassen⁵¹. Pausen, Verzögerungsläute wie «äh», Satzabbrüche und Wiederholungen werden in der Regel nicht im Protokoll vermerkt⁵². Diese Elimination von Zögern und Formulierungsschwierigkeiten hat den Effekt, dass vage Angaben zu präzisen Informationen umgearbeitet werden. Ähnlich wie die monologische Protokollierung ist dies geeignet, um es der befragten Personen zu erschweren, ihre Aussage später zu widerrufen⁵³, und um die Aussage glaubhaft erscheinen zu lassen⁵⁴. Eine amerikanische Studie hat anhand von Gerichtsverhandlungstranskripten gezeigt, dass die Äusserungen von weniger gebildeten Sprechern wörtlicher protokolliert werden als jene von gebildeteren Sprechern. Hingegen werden Redebeiträge von vereidigten Zeugen stilistisch weniger geglättet als die von unvereidigten Sprechern⁵⁵. In Bezug auf die Unterschiede zwischen Sprechstil und Schreibstil ist erwiesen, dass Aussagen in ihrer Schriftversion klarer strukturiert sind als im mündlichen Vortrag. Denn mit der Protokollierung wird eine chronologische und übersichtliche Darstellung angestrebt⁵⁶. Dabei steht die Leserfreundlichkeit im Vordergrund. Das schriftliche Protokollieren stösst an seine Grenzen, wenn es darum geht prosodische Merkmale der Aussage (wie Lautstärke oder Sprechtempo) wiederzugeben. Auch bei der Wiedergabe von nonverbaler Kommunikation (wie Lachen oder Kopfschütteln) gibt es Schwierigkeiten. Daher wirken Schriftprotokolle im Vergleich zur mündlichen Rede im Allgemeinen weniger emotional⁵⁷.

⁵⁰ A. HOOKE/J. KNOX, Preparing Records of Taped Interviews, Great Britain Home Office Research and Statistics Department Research Findings 22 (1995), S. 1–4.

⁵¹ Verbreitet ist wohl auch in der Schweiz ein hybrider Stil, wie ihn JÖNSSON/LINELL (Fn. 37), S. 430 f. in Schweden festgestellt haben. Er kombiniert bürokratische Formulierungen mit umgangssprachlichen Ausdrücken. In diese Richtung weisen auch Empfehlungen in Einvernahmehandbüchern, wonach das Protokoll das Sprachniveau der befragten Person widerspiegeln soll, s. H. ARTKÄMPER/K. SCHILLING, Vernehmungen. Taktik – Psychologie – Recht. 2. Auflage, Hilden 2012, S. 341; R. ACKERMANN, Polizeiliche Vernehmung, in: R. Ackermann/H. Clages/H. Roll (Hrsg.), Handbuch der Kriminalistik. Kriminaltaktik für Praxis und Ausbildung. 4. Auflage, Stuttgart 2011, S. 519–580, 562.

⁵² D. EADES, Verbatim courtroom transcripts and discourse analysis, in: H. Kniffka/S. Blackwell/M. Coulthard (Hrsg.): Recent developments in forensic linguistics, Frankfurt am Main 1996, S. 241–254; A. WALKER, Language at Work in the Law: The Customs, Conventions, and Appellate Consequences of Court Reporting, in: J. N. Levi/A. Walker (Hrsg.), Language in the judicial process, New York 1990, S. 203–244, 208, 242.

⁵³ U. DONK, Als ob es die Wirklichkeit wäre – Die formale Sicherung polizeilicher Beschuldigten-Protokolle, in: J. Reichtertz/N. Schröer (Hrsg.), Polizei vor Ort. Studien zur empirischen Polizeiforschung, Stuttgart 1992, S. 85–108.

⁵⁴ WALKER(Fn. 52), S. 242; CAPUS/STOLL/VIETH(Fn. 1), S. 18.

⁵⁵ WALKER (Fn. 52), S. 233, 241 f.

⁵⁶ BANSCHERUS(Fn. 35), S. 208; JÖNSSON/LINELL(Fn. 37), S. 431.

⁵⁷ EADES(Fn. 52) S. 251; WALKER(Fn. 52), S. 210, 218; JÖNSSON/LINELL(Fn. 37), S. 432.

2. Modifizierte Darstellung der Interaktion

[Rz 17] Wie zuvor erwähnt, machen nicht alle Protokolle das Interaktionsgeschehen in der Einvernahme transparent. In Studien wird es als gängige Praxis beschrieben, dass einzelne Fragen der Einvernahmleitung nicht protokolliert werden⁵⁸. Zum Teil werden sogar sämtliche Fragen im Protokoll weggelassen und die Einvernahme im Protokoll als Monolog dargestellt, wie es beispielsweise in Waadländer Befragungen der Untersuchungsrichter vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung praktiziert wurde. Aber auch in gängigen Frage-Antwort-Protokollen werden oft mehrere Frage-Antwort-Paare zu einer Antwort zusammengeführt. Die so dargestellte Antwort lässt nicht mehr erkennen, dass sie interaktiv hergestellt wurde. Dasselbe geschieht, in abgeschwächter Form, wenn nur vermerkt wird, dass eine Aussage «auf Frage» oder «auf Vorhalt» erfolgte, die Frage oder der Vorhalt aber nicht ausformuliert ist⁵⁹. Problematisch ist diese Vorgehensweise nicht nur, weil die zwangskommunikative Befragung als freier Bericht kaschiert wird⁶⁰. Der schwerwiegende Nachteil besteht darin, dass damit nicht ersichtlich ist, ob die befragte Person ihr detailliertes Wissen vom Vernehmenden gehabt hat⁶¹. Aber das Stilmittel des Monologs ist sehr attraktiv, um die Darstellungsziele Bindung und Glaubhaftigkeit zu erreichen. Die Bedeutung des freien Berichts wird von der Aussagepsychologie hervorgehoben⁶², und in Strafprozessrechtskommentaren findet sich der Hinweis, dass Detailreichtum und logische Konsistenz wichtige Realkriterien für die korrekte Beurteilung der Glaubhaftigkeit sind. Aus freien Erzählungen resultieren demnach zahlreichere und verlässlichere Details als aus solchen Teilen der Einvernahme, die dem Ablauf von Frage und Antwort folgen⁶³. Wird die Aussage als Monolog dargestellt, erscheint sie eigenständig und zwanglos hervorgebracht. Auf diese Weise wird die Verantwortung für die Aussage der befragten Person zugeschrieben, was das Protokoll gegen einen allfälligen Widerruf absichert⁶⁴. Auch Glaubhaftigkeit kann durch monologische Passagen vermittelt werden, weil die Aussage als durch die Einvernahmleitung unbeeinflusste Erzählung präsentiert werden kann⁶⁵. Allerdings kann das Stilmittel des Monologs das Ziel einer erhöhten Glaubhaftigkeitsdarstellung konterkarieren. So hat ein britischer Forscher darauf hingewiesen, dass monologische Protokollierung dazu führen kann, dass Aussagen unglaublich erscheinen⁶⁶, wenn sie nicht die Erwartungen an eine freie Erzählung erfüllen, weil sie eben auf Befragen hin

⁵⁸ BANSCHERUS(Fn. 35); COULTHARD(Fn. 25); DE KEIJSERET al. (Fn. 36); DONK(Fn. 53); GONZÁLEZ MARTÍNEZ(Fn. 45); A. HYMAN GREGORY/N. SCHREIBER COMPO/L. VERTEFEUILLE/G. ZAMBRUSKI, A Comparison of US Police Interviewers' Notes with their Subsequent Reports. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* 8 (2) 2011, S. 203–215; KOMTER(Fn. 38); Lévy(Fn. 41); SCHEFFER(Fn. 39); W. H. SCHMITZ, *Tatgeschehen, Zeugen und Polizei*, Wiesbaden 1978, S. 344.

⁵⁹ CAPUS/STOLL/VIETH(Fn. 1), S. 11.

⁶⁰ R. DECKERS, Dokumentation im Strafverfahren. *Strafverteidiger Forum* (4) 2013, S. 133–140, 134.

⁶¹ PH. NÄPFLI, Würdigung des strafprozessualen Einvernahmeprotokolls, in: *Jusletter* 22. März 2010, S. 1–12, 8 zu falschen Geständnissen der beschuldigten Person; zu Zeugenaussagen: R. BENDER, Die «lebendige Erinnerung» und der «gewordene Sachverhalt» in der Zeugenaussage. *Strafverteidiger* (3) 1984, S. 127–132.

⁶² M. STELLER/R. VOLBERT, *Glaubwürdigkeitsbegutachtung*, in: M. Steller/R. Volbert (Hrsg.), *Psychologie im Strafverfahren*, Bern 1997, S. 12–39.

⁶³ BSK StPO-NÄPFLI(Fn. 5), Art. 78 N 13; zur schlechten Fähigkeit von Polizisten (mit einer durchschnittlichen Trefferquote nicht besser als auf dem Niveau des Zufallsprinzips) s. G. KÖHNKEN, Beurteilung der Zuverlässigkeit und Glaubhaftigkeit von Aussagen – diagnostische Methoden und deren Voraussetzungen, Vortrag gehalten am 26. Februar 2014 am Forum «Strafverfahren im Wandel», Universität Basel und die aufgeschalteten Folien 8 und 9.

⁶⁴ DONK(Fn. 53) S. 89.

⁶⁵ Lévy(Fn. 41), S. 414; SCHEFFER1998 (Fn. 39) S. 257 ff.

⁶⁶ M. COULTHARD, *Whose Voice Is It? Invented and Concealed Dialogue in Written Records of Verbal Evidence Produced by the Police*, in: J. Cotterill (Hrsg.): *Language in the legal process*. 3. Auflage, Basingstoke 2004, S. 19–34, 30.

erfolgte und beispielsweise von einem freien Bericht eine andere Darstellung der chronologischen Schilderung der Vorgänge erwartet wird. Im Beitrag von Günter Köhnken in dieser Ausgabe der Richterzeitung wird sehr anschaulich und interessant dargelegt, wie aussagepsychologisches Wissen Polizisten, Staatsanwälte und Richterinnen dabei unterstützt, den Personenbeweis richtig zu würdigen. Dabei geht der Aussagepsychologe allerdings davon aus, dass Zeugen direkt befragt werden. Vergleichsweise weit verbreitet ist jedoch, dass Aussagen in Form eines Schriftprotokolls zur Kenntnis genommen werden. Aussagepsychologisches Wissen lässt sich aber nicht einfach auf Einvernahmeprotokolle anwenden. Aussagepsychologinnen verwenden zwar teilweise für ihre Begutachtung Schriftprotokolle von Einvernahmen als Material, aber nur *faute de mieux*, wenn keine Audio- oder Videoaufnahmen zur Verfügung stehen. Es müsste sich dann aber um Wortprotokolle handeln⁶⁷. Auch wenn sie auf bestmögliche Art und Weise erstellt wurden, können gängige Protokolle, die laufend in der Einvernahme aufgenommen wurden, den aussagepsychologischen Ansprüchen an ein Transkript nicht genügen. Schriftliche Einvernahmeprotokolle, wie sie in der Regel und völlig gesetzeskonform hergestellt werden, sind also für die aussagepsychologische Begutachtung weitgehend unbrauchbar. Diese Einschränkung darf selbst in denjenigen Fällen nicht unterschätzt werden, in denen der Richter selber noch einmal befragt. Das Protokoll früher im Verfahren gemachter Aussagen erlangt auch in diesem Fall als Vergleichsgröße Bedeutung: Die Einschätzung der Beständigkeit der Aussage (eines der wichtigsten Glaubhaftigkeitskriterien laut heutigem Kenntnisstand der Aussagepsychologie) erfolgt auf der Basis des Vergleichs zwischen polizeilichen Ersteinvernahmen, eventuellen staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen und der Aussage in der Hauptverhandlung⁶⁸.

IV. Fazit und Ausblick

[Rz 18] In der Rechtspraxis wird einhellig die Auffassung vertreten, dass Einvernahmeprotokolle inhaltlich verlässlich und richtig sind. Dies ist ein markantes Kennzeichen der Stellung von Einvernahmeprotokollen im schweizerischen Strafverfahren. Angesichts der ausgeführten Transformationsprozesse ist diese Auffassung eine Fiktion. Als Annäherung lässt sich damit durchaus im Alltag arbeiten. Schliesslich sind massive Protokollfälschungen in der Schweiz bisher nicht forensisch nachgewiesen worden – anders als in England, wo Hunderte von Fällen aufgedeckt worden sind⁶⁹. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass Transformationen der Aussage beim Protokollieren unvermeidlich sind und subtile Mittel existieren, die beim Schreiben automatisch eingesetzt werden, um die Aussage zu rahmen und ihre Interpretation anzuleiten. Aber zwischen grundsätzlichem Infragestellen und blindem Glauben an verlässlicher Richtigkeit von Einvernahmeprotokollen erstreckt sich ein weites Spielfeld. In einem deutschen Strafprozessrechtskommentar ist davon die Rede, dass es bei der Einvernahme kommunikationstheoretisch um eine «Aushandlung der Wirklichkeit»⁷⁰ geht. Die einvernehmende und die befragte Person konstruieren gemeinsam einen Personenbeweis. Die Ansicht des Protokollherstellers darüber, was die nachfolgende Instanz an Informationen benötigt, hat dabei massgeblichen Einfluss. Diese Anti-

⁶⁷ In diesem Sinn auch KUNZ/HAAS(Fn. 29), S. 172.

⁶⁸ S. bereits in den 1970er Jahren in Bezug auf den deutschen Strafprozess BANSCHERUS(Fn. 35), S. 15.

⁶⁹ COULTHARD(Fn. 25), S. 167.

⁷⁰ U. EISENBERG, Spezialkommentar, Beweisrecht der Strafprozessordnung, 8. Auflage, München 2013, Rn. 1332, 1335; s. ebenso SCHMITZ(Fn. 58), S. 179 ff.

zipation ist eine der Hauptquellen für die erwähnten Modifikationen, die im schlimmsten Fall zu einem verzerrten Bild der Einvernahme führen können⁷¹. Durch diesen Beitrag sollte deutlich geworden sein, was auf dem Spiel steht, wenn Richter nicht in der Lage sind, Protokolle als Beweismittel kompetent zu würdigen: Die richterliche Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit und das rechtliche Gehör. Als Orientierungshilfe für eine kompetente Beweiswürdigung ist es empfehlenswert folgende Punkte zu bedenken, die der aktuell geltenden Gesetzeslage und Rechtspraxis entsprechen:

- Den Protokollierenden steht ein grosser Gestaltungsspielraum offen, der tendenziell zu Ungunsten der befragten Beschuldigten genutzt wird.
- Einflussmöglichkeiten der befragten Person auf das Protokoll sind nur sehr begrenzt.
- Gerichte haben eine geringe Kontrollmöglichkeit.

Die Ausübung der Kontrolle von Einvernahmeprotokollen obliegt im Rechtsstaat allen Verfahrensbeteiligten und im Falle der Durchführung einer gerichtlichen Hauptverhandlung selbstverständlich den Richtern – auch ohne entsprechenden Beweisantrag⁷². Die Bedeutung der im Rahmen der Beweisabnahme erfolgenden Kontrolle, legt es daher nahe Art. 343 Abs. 1 und Abs. 3 StPO nicht restriktiv auszulegen. Im Gegenteil, der Gesetzgeber stellt es den Richterinnen und Richtern gerade ohne einschränkende Aufzählung bestimmter Voraussetzungen frei, im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals zu erheben. Einzige Voraussetzung ist die fallbezogene Notwendigkeit für die Urteilsfindung, entweder, weil das Beweismittel im Vorverfahren unzureichend ausgeschöpft worden ist (Art. 343 Abs. 1 StPO), oder weil die Beweiskraft des Beweismittels der unmittelbaren Wahrnehmung des Richters bedarf (Art. 343 Abs. 3 StPO). Wie erläutert, liegt bereits heute empirische Evidenz dafür vor, dass zumindest die Ausübung der nachträglichen Kontrolle durch die an der Einvernahme beteiligten Personen tatsächlich präventive Wirkung bei der Herstellung der Protokolle entfaltet. Mit den Kontrollmöglichkeiten der Einvernommenen nimmt beispielsweise die Zahl der Fehlprotokollierungen ab. Als besonders günstig hat sich dabei erwiesen, wenn beim Schreiben vorgelesen wird, so dass die Aussageperson das Protokoll zeitnah überprüfen kann und nicht erst am Ende der Einvernahme⁷³. Mit der heutigen technischen Ausrüstung wäre auch denkbar, dass die befragte Person (und andere, z.B. Dolmetscher und Anwalt) die laufende Protokollierung auf einem Bildschirm verfolgen können⁷⁴. Studien belegen, dass das Gegenlesen eine Verbesserung der Protokolleistung bewirkt. So zeigt eine amerikanische Studie, dass vor Gericht auftretende Personen, die später Zugang zum Gerichtsprotokoll gehabt haben (*in casu* waren es Gerichtsangehörige und bestimmte Zeugen mit der Befugnis zum Gegenlesen), tendenziell vorteilhafter dargestellt werden als Befragte, die das Protokoll nicht zu sehen bekommen haben⁷⁵. Aber um die Kompetenz der Richterinnen und Richter in der Würdigung des Einvernahmeprotokolls als Beweismittel weiter zu verbessern, muss auch die Wissenschaft noch einiges beitragen. Weitere empirische Untersuchungen sollten beispielsweise Antworten auf die Frage geben, welche Faktoren die Protokollierungsweise beeinflussen: Sind es *Fallmerkmale* (Deliktschwere) und/oder *Personenmerkmale* (z.B. von Einvernah-

⁷¹ BANSCHERUS(Fn. 35), S. 86 f.

⁷² Urteil des Bundesgerichts 6B_599/2012 vom 5. April 2013, E. 3.3.2 und E. 4.

⁷³ SCHMITZ(Fn. 58), S. 426.

⁷⁴ S. dazu M. SIROL, Britney Spears im Gerichtssaal. Die ganze Gerichtswelt spricht über die neue Schweizerische StPO. Die Gerichtsdolmetscher/innen mittlerweile auch – schon im eigenen Interesse. Ein erster Erfahrungsbericht. Seismograph 2010, S. 13–14, 14.

⁷⁵ WALKER(Fn. 52), S. 233 f.

meileitung, Aussageperson oder Protokollführer/in)? Dazu sind nur wenige Studien zu finden. Die Befunde können daher nur als erste Hinweise betrachtet werden. Deutsche Forscher haben (anhand desselben empirischen Materials) gezeigt, dass bei schwereren Delikten das Gespräch im Protokoll ausführlicher wiedergegeben wird als bei leichteren Gesetzesverstößen⁷⁶. Die Deliktsschwere – soweit liegt empirische Evidenz vor – beeinflusst zumindest den Befragungsstil. Je schwerer die verhandelte Tat, desto weniger diskursiver Raum wird Befragten vor Gericht gelassen⁷⁷. Außerdem ist die Frage bisher vernachlässigt worden, wie sich die Protokollierungspraktiken auf den verschiedenen Verfahrensstufen (Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht) und zwischen verschiedenen Verfahrensformen (z.B. Strafbefehlsverfahren und ordentliches Strafverfahren) unterscheiden⁷⁸. Die Protokollierung dürfte zudem von Einschätzungen des Protokollherstellers bezüglich der Fragen, ob eine unmittelbare Befragung durch die Richterin erfolgen wird, ob das Verfahren eingestellt werden wird, ob ein Strafbefehl oder eine Anklage folgen wird, beeinflusst werden. Dieser Aufwand ist mit Sicherheit lohnenswert, denn Schriftprotokolle sind wichtige Beweismittel, die sich schwer ersetzen lassen. Deshalb ist der Fokus darauf zu richten, einen Umgang mit Einvernahmeprotokollen zu finden, der ihren Stärken und Schwächen Rechnung trägt.

Prof. Dr. NADJA CAPUS, Förderungsprofessorin für Strafrecht und Kriminologie, Juristische Fakultät der Universität Basel.

⁷⁶ BANSCHERUS(Fn. 35) S. 246–251 und SCHMITZ(Fn. 58) S. 346 ff.

⁷⁷ V. ADELSWÄRD/K. ARONSSON/L. JÖNSSON /P. LINELL, The unequal distribution of interactional space: Dominance and control in courtroom interaction. Text 7 (4) 1987, S. 313–346; B. DANET/B. BOGOCH, Fixed Fight or Free-for-all? An Empirical Study of Combativeness and the Adversary System of Justice. British Journal of Law and Society (7) 1980, S. 36–60.

⁷⁸ CAPUS/STOLL/VIETH(Fn. 1), S. 16 f.