

forum poenale

Herausgeber ·**Editeurs · Editrici**

Jürg-Beat Ackermann

Yvan Jeanneret

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 66**AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 90****Schriftleitung ·****Direction de revue ·****Direzione della rivista**

Anja Hasler

Nicole Burger-Mittner: Die Grenzen des delegierten Ermittlungsauftrags an die Polizei 90**Marko Cesarov:** Zur Gesamtstrafenbildung nach der konkreten Methode 97**Nadja Capus/David Studer:** Stärkung der Verteidigungsrechte durch die Schweizerische Strafprozessordnung? – Eine Analyse von Einvernahmeprotokollen 103**Jenny Wattenhofer/Alice Seger:** Die Problematik der Kostendeckungsbeschlagnahme nach Art. 263 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 268 Abs. 2 StPO bei Familienwohnungen 110**Matthias Schwaibold:** Kein Maulkorb ohne Paragrafen 115**DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONI 120**

Stämpfli Verlag

IMPRESSUM

9. Jahrgang – Année – Anno; April – Avril – Aprile 2016	
Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno	
Zitievorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl – FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina	
ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)	
Herausgeber Editeurs Editrici	Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, Frohburgstrasse 3, Postfach 4466, 6002 Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Genève, Uni-Mail, CH-1211 Genève 4, E-Mail: yvan.jeanneret@unige.ch Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, Département de droit pénal, Uni-Mail, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel, E-Mail: wolfgang.wohlers@unibas.ch

Schriftleitung Direction de revue Direzione della rivista	Anja Hasler, MLaw, Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, 3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 36, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: forumpoenale@staempfli.com , Internet: www.forumpoenale.ch Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di: Linda Bläsi, Samuel Egli, Veronica Lynn, Thierry Urwyler
Beirat Comité consultatif Comitato consultivo	lic. iur. Lucius Richard Blattner, LL.M., DFE, BBA, CAMS, Rechtsanwalt; lic. iur. Corinne Bouvard, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Andreas Brunner, ehemaliger leitender Oberstaatsanwalt, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Lorenz Erni, Rechtsanwalt; lic. iur. Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt; Prof. Dr. iur. Marc Forster, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Straf- und Strafprozessrecht und internationales Strafrecht an der Universität St. Gallen, wissenschaftlicher Berater am Schweizerischen Bundesgericht; Dr. iur. Peter Goldschmid, Fürsprecher, Bundesamt für Justiz, Stv. Leiter Fachbereich Straf- und Strafprozessrecht; Titus Graf, Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer; Dr. iur. Thomas Hansjakob, Erster Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen; lic. iur. Christoph Ill, Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Studienleitung MAS Forensics, Staatsanwaltsakademie Universität Luzern; lic. iur. Konrad Jeker, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt und Notar; Dr. iur. Viktor Lieber, ehemaliger Generalsekretär des Kassationsgerichts des Kantons Zürich; Dr. iur. Alain Macaluso, Avocat au barreau de Genève, Professeur à l'Université de Lausanne; Dr. iur. Niklaus Oberholzer, Bundesrichter, Schweizerisches Bundesgericht; Prof. Dr. iur. Peter Popp, Richter am Bundesstrafgericht; Prof. Dr. iur. Niklaus Ruckstuhl, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Strafprozessrecht, Richter am Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft; lic. iur. Urs Rudolf, Rechtsanwalt und Notar Emmenbrücke; Dr. iur. Jann Six, Oberrichter am Obergericht des Kantons Aargau; Dr. iur. Nils Stohner, Fürsprecher, LL.M., Gerichtsschreiber am Bundesgericht; Prof. Dr. iur. Marc Thommen, LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Schweizerisches Straf- und Strafprozessrecht, Universität Zürich; Dr. iur. Petra Venetz, Richterin am Kriminalgericht des Kantons Luzern
Regeste Résumé Regesto	Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste <i>forumpoenale</i>) werden erstellt resp. übersetzt durch: LAW TANK GmbH, Juristische Dienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 7049, CH-3001 Bern, Tel. +41 (0)31 511 22 22, Fax +41 (0)31 511 22 23, info@lawtank.ch , www.lawtank.ch (italienisch); Anja Hasler (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)
Aufsätze Articles Articoli	Die Rubrik <i>Aufsätze</i> wird durch Jürg-Beat Ackermann betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an juerg-beat.ackermann@unilu.ch . La rubrique <i>Articles</i> est placée sous la responsabilité de Jürg-Beat Ackermann. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à juerg-beat.ackermann@unilu.ch . La rubrica <i>Articoli</i> è curata da Jürg-Beat Ackermann. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a juerg-beat.ackermann@unilu.ch .
Verlag Editions Edizioni	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 44, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com , Internet: www.staempfli-verlag.com Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift <i>forumpoenale</i> vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal <i>forumpoenale</i> . En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.
Inserate annonces Inserti	Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 41, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com
Abonnemente Abonnements Abbonamenti	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 286.– (Print und Online), CHF 225.– (Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: CHF 50.– (exkl. Porto); Ausland – Etranger – Estero: CHF 298.– (Print und Online) Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt.



Prof. Dr. iur. Nadja Capus
Dr. iur. et lic. phil. David Studer

Stärkung der Verteidigungsrechte durch die Schweizerische Strafprozessordnung? – Eine Analyse von Einvernahmeprotokollen¹

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Datengrundlage und methodisches Vorgehen
- III. Die einzelnen Verteidigungsrechte
 - 1. Die Rechtsbelehrung
 - 2. Das Recht auf Bezug eines Verteidigers bei (ersten) Einvernahmen
 - 3. Das Aussageverweigerungsrecht
 - 4. Welche Rechte beeinflussen den Entscheid zur Aussageverweigerung?
- IV. Fazit

I. Einleitung

Eines der Ziele, welches mit der 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Strafprozessordnung verfolgt wurde, war die Stärkung der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person. Diese Stärkung wurde in der Botschaft² als eine der «wesentlichen Neuerungen» bezeichnet und sie sollte durch folgende Rechte verwirklicht werden: (1) das Recht belehrt zu werden bzw. die Belehrungspflicht der Strafbehörden, (2) das Recht auf den sog. «Anwalt der ersten Stunde» und auf Bezug der Verteidigung in jedem Verfahrensstadium sowie (3) das Recht zu schweigen.

Das Recht auf eine Verteidigerin bereits bei der ersten polizeilichen Einvernahme war im Vorfeld seiner Einführung umstritten: So wurde etwa befürchtet, dass mehr Verteidiger anwesend sein könnten. Es wurden Bedenken geäussert, dass Ermittlungen behindert und die Anzahl der Aussageverwei-

gerungen ansteigen könnten.³ Auch vonseiten der Strafverteidigung wurde eine entsprechende Zunahme erwartet, diese aber als wichtiges Gegengewicht zur praktisch bedeutsamen polizeilichen Ermittlung und staatsanwaltschaftlichen Untersuchung erachtet und deshalb positiv gewertet.⁴

Vier Jahre nach der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung interessiert es, wie nun die Verfahrenswirklichkeit aussieht: Wird häufiger und durch alle Strafbehörden belehrt? Sind effektiv mehr Verteidigerinnen bei ersten Einvernahmen anwesend? Haben Aussageverweigerungen zugenommen? Lassen sich gar Zusammenhänge feststellen? Wird beispielsweise öfters geschwiegen, wenn ein Verteidiger bei der Einvernahme anwesend ist oder eine Belehrung stattfindet?

Mit einer systematischen Analyse von Einvernahmeprotokollen sind wir diesen Fragen nachgegangen. Diese Studie soll dazu beitragen, die Forschungslücke betreffend Rechtswirklichkeit in Schweizerischen Strafverfahren zu schmälern.

Zwar gilt es – wie bei jeder Aktenuntersuchung – auch bei der vorliegenden Studie zu berücksichtigen, dass es sich bei der protokollierten Wirklichkeit um eine Wirklichkeit *sui generis* handelt, die von den tatsächlichen Gegebenhei-

³ WEDER, Fragen zum «Anwalt der ersten Stunde», Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess, Neue Zürcher Zeitung, Nr. 284 vom 6.12.2006, 15; SCHMID, «Anwalt der ersten Stunde» – Zu den Lösungsvorschlägen des Vorentwurfs für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001, in: DONATSCHE FORSTER/SCHWARZENEGGER (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 745, 763.

⁴ GODENZI, in: DONATSCHE/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 159 N 3 m.w.H.; eher zweifelnd RUCKSTUHL, Die Praxis der Verteidigung der ersten Stunde, Anwaltsrevue 2/2010, 70, 74 ff. Zur Debatte, ob einem Beschuldigten grundsätzlich zur Aussageverweigerung geraten werden soll: LANDMANN/ZARRO, Interview gegeben in plädoyer 4/2015, 8. Differenzierend zur Frage, ob und wann geschwiegen oder eine Aussage gemacht werden soll: BERNARD, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold?, FP Sonderheft 2014, 2.

¹ Wir danken lic. phil. Franziska Hohl Zürcher und Dr. des. Mirjam Stoll für ihren wertvollen Beitrag bei der Auswertung und der Redaktion des Aufsatzes.
² Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, 1085, 1109.

Tabelle 1: Anzahl ausgewertete Strafakten und Einvernahmeprotokolle nach Kanton (Zürich, Genf) und Erhebungsjahr (2007, 2013).

	2007			2013			Total ZH und GE
	ZH	GE	Total	ZH	GE	Total	
Anz. Akten	60	58 ¹	120	60	60	118	238
Anz. EV-Protokolle	136	111	247	127	123	250	497

¹: Siehe Ausführung in Fn. 7.

ten abweichen kann.⁵ In der Strafrechtspraxis ist jedoch gerade die *protokolierte* Wirklichkeit zentral: Staatsanwaltschaften und Gerichte stellen auf Protokolle von Einvernahmen ab, wenn es um die Berücksichtigung eines Personenbeweises geht. Richterinnen prüfen zudem primär anhand von Einvernahmeprotokollen, ob die mit den einleitend genannten Verfahrensrechten einhergehenden Pflichten der Strafbehörden eingehalten wurden. Die gesetzlichen Protokollierungspflichten sind zwar rudimentär bezüglich der Fragen, was und wie protokolliert werden soll, aber streng hinsichtlich der Bedingung, dass protokolliert werden muss.⁶

Nachfolgend (*Kap. II.*) werden die methodischen Eckpunkte der standardisierten Inhaltsanalyse von Akten dargelegt (Forschungs- und Stichprobendesign). Einzeln wird auf die Bedeutung der drei genannten Verteidigungsrechte eingegangen und beschrieben, wie häufig die einzelnen Rechte in Anspruch genommen werden (*Kap. III.1.–3.*). Daran anknüpfend (*Kap. III.4.*) werden die Wirkungen der Anwesenheit der Verteidigerin während der Einvernahme sowie der Rechtsbelehrung auf das Aussageverhalten der beschuldigten Person ausgelotet. Schliesslich werden die gewonnenen Erkenntnisse im Hinblick auf die Ausgangsfrage evaluiert, ob durch die Schweizerische Strafprozessordnung die Verteidigungsrechte, wie intendiert, gestärkt wurden (*Kap. IV.*).

II. Datengrundlage und methodisches Vorgehen

Grundlage der Auswertungen bilden 497 Beschuldigten-Einvernahmeprotokolle der Jahre 2007 und 2013 (vgl. Tabelle 1), die einen Vergleich der rechtstatsächlichen Si-

⁵ CAPUS, Schriftprotokolle im Strafverfahren: «der tote Buchstabe ist noch immer nicht das lebendige Wort selbst», BJM 2012, 173–192; HERMANN, Die Konstruktion von Realität in Justizakten, ZfS 1987, 44–55.

⁶ Vgl. Art. 76–79 StPO; CAPUS/STOLL, Lesen und Unterzeichnen von Einvernahmeprotokollen im Vor- und im Hauptverfahren, ZStrR 131 (2013), 195–217; s. auch CAPUS/STOLL/STUDER, Die Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht. Ein leeres Versprechen?, MschrKrim 99. Jahrgang, Heft 1/2016, im Druck.

tuation vor und nach Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung erlauben. Die Auswertungen beschränken sich räumlich auf die Kantone Zürich und Genf: Für beide Kantone wurden nach dem Zufallsprinzip je 30 Strafbeefs- und Gerichtsakten ausgewählt, welche ein mutmassliches Vergehen oder Verbrechen einer volljährigen Person gegen das Strafgesetzbuch betreffen und mindestens ein Einvernahmeprotokoll enthalten.⁷ Aus den so ermittelten Akten wurden in einem weiteren Schritt die Protokolle der zeitlich jeweils ersten Einvernahmen durch die jeweilige Strafbehörde⁸ erfasst und inhaltsanalytisch ausgewertet.

Die Tabelle 1 gibt einen Überblick über die Anzahl ausgewerteter Akten sowie Einvernahmeprotokolle getrennt nach den beiden untersuchten Kantonen und Erhebungsjahren. Sie zeigt ferner, dass pro Akte im Durchschnitt rund zwei Beschuldigten-Einvernahmeprotokolle (EV-Protokolle) ausgewertet werden konnten.

III. Die einzelnen Verteidigungsrechte

1. Die Rechtsbelehrung

Die gesetzliche Pflicht der Strafbehörden, die beschuldigte Person über ihre Rechte zu belehren, steht in engem Zusammenhang mit dem Recht, die Aussage zu verweigern oder

⁷ Grundsätzlich wurden alle Staatsanwaltschaften und Gerichte der beiden Kantone für die Stichprobenziehung berücksichtigt. Da die Anzahl Fälle pro Stelle nach dem Zufallsprinzip bzw. proportional zu den Fallzahlen der Stelle bestimmt wurde, sind von einigen Staatsanwaltschaften und Gerichten, die nur wenige Fälle bearbeiten, keine Akten in die Analyse eingegangen. In zwei der sechzig erhobenen Akten aus dem Kanton Genf gibt es keine Beschuldigten-Einvernahmeprotokolle. Dabei handelt es sich um Verfahren betreffend Ver nachlässigung von Unterhaltpflichten (Art. 217 StGB), in denen im Vorverfahren keine Einvernahme des Beschuldigten erfolgte und dieser der Gerichtsverhandlung unentschuldigt fern geblieben war. Somit lagen keine Beschuldigten-Einvernahmeprotokolle vor.

⁸ Die erste polizeiliche Einvernahme, die erste delegierte polizeiliche Einvernahme (nach Art. 307 Abs. 2 und 312 StPO), die erste Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft (bzw. 2007 dem Untersuchungsrichter im Kanton Genf) sowie die Einvernahme vor Gericht. Beispiel: Wenn die beschuldigte Person einmal durch die Polizei, zweimal durch die Staatsanwaltschaft und einmal vor Gericht einvernommen worden war, wurden das polizeiliche Einvernahmeprotokoll, das erste Protokoll der Staatsanwaltschaft sowie das Gerichtsprotokoll analysiert.

Tabelle 2: Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte nach Kanton und Erhebungsjahr (Anzahl Protokolle und Belehrungsraten).

		Protokolle		Belehrungsraten		
		2007	2013	2007	2013	Veränderung
ZH	Belehrung	103	116	75.7	91.3	+15.6*** 0.001
	keine Belehrung	33	11			
GE	Belehrung	87	119	79.1	96.7	+17.7*** 2.2e ⁻⁵
	keine Belehrung	23	4			

¹: Chi²-Test (bei Zellhäufigkeiten < 5: exakter Test nach Fisher)

Tabelle 3: Belehrungsraten nach Erhebungsjahr, Kanton und einvernehmender Institution (Anzahl Protokolle, Veränderung in Prozenten).

	Zürich			Genf		
	2007	2013	Veränderung ¹	2007	2013	Veränderung ¹
Polizei	43/45	49/49	+4.4	53/53	52/52	0.0
Polizei (del.)	10/10	11/11	0.0	5/5	7/7	0.0
Staatsanw.	50/54	36/38	+2.1	29/29	32/34	-5.9
Gericht	0/27	20/29	+69.0***	0/23	28/30	+93.3***

¹: Chi²-Test (bei Zellhäufigkeiten < 5: exakter Test nach Fisher)

Lesebeispiel: In 43 von insgesamt 45 polizeilichen Beschuldigten-Einvernahmen im Kt. Zürich des Jahres 2007 wurde belehrt.

einen Verteidiger beizuziehen. Erst nach erfolgter Belehrung, so die Annahme, kennt die beschuldigte Person ihre Rechte⁹ und nur dann dürfen die Aussagen verwertet werden. Findet keine Belehrung der beschuldigten Person bei der ersten Einvernahme statt, sieht die Strafprozessordnung die grundsätzliche Unverwertbarkeit der erlangten Aussagen vor.¹⁰

Vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung bestand allerdings in den Kantonen keine Belehrungspflicht für sämtliche Strafbehörden, wie sie nun in Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO als allgemeine Verfahrensregel enthalten ist.¹¹ Diese wichtige Änderung, die in der Botschaft nicht

explizit genannt worden ist, hat Auswirkungen auf die Belehrungspraxis in Strafverfahren: Seit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung wird in Einvernahmen häufiger belehrt. Das zeigt sich im Vergleich der Jahre 2007 und 2013.¹² Die einzelnen Belehrungsraten der beiden Kantone und Jahre sind in Tabelle 2 aufgeführt. Sie zeigen einen Anstieg um 16% (Kanton Zürich) bzw. 18% (Kanton Genf).

Diese Zunahme geht vor allem auf die richterliche Erfüllung der neuen Belehrungspflicht zurück (vgl. Tabelle 3). Belehrten die Richterinnen und Richter im Kanton Zürich 2007 in keiner der insgesamt 27 ausgewerteten Beschuldigten-Einvernahmen (s. letzte Zeile in der Tabelle), erfolgte die Belehrung im Jahr 2013 in 20 von 29 Einvernahmen. Während im Kanton Zürich die Belehrungsrate vor Gericht um 69% zunahm, stieg sie im Kanton Genf gar von 0% auf

⁹ Vgl. RUCKSTUHL (Fn. 4), 71. Selbst bei vermutlich bereits vorhandener Kenntnis besteht laut Bundesgericht ein Anrecht auf eine korrekte und ordentlich durchgeführte Belehrung (BGer, Urteil v. 16.1.2014, 6B_604/2012, E. 3.4.4 in Bezug auf einen angeklagten Polizisten mit langjähriger Berufserfahrung). Im konkreten Fall ist das Bundesgericht aber dennoch zum Schluss gekommen, die Aussagen seien verwertbar, obwohl die Belehrung nicht korrekt gewesen war.

¹⁰ Art. 158 Abs. 2 StPO (Gültigkeitserfordernis). Das Beweisverwertungsverbot steht nach ständiger Rechtsprechung keiner erneuten, regelkonformen Einvernahme der beschuldigten Person entgegen. Offengelassen wurde bislang aber die Frage, ob die Belehrung bei dieser Wiederholung einen expliziten Hinweis auf die Ungültigkeit der ersten Einvernahme zu enthalten habe (sog. «qualifizierte Belehrung»), s. BGer, Urteil v. 26.9.2014, 6B_527/2014, E. 1.4.

¹¹ In der Strafprozessordnung des Kantons Zürich war die Pflicht zur Belehrung des Angeklagten über seine Rechte in §11 Abs. 1 StPO/ZH verankert: «Der Angeklagte ist zu Beginn seiner ersten Ein-

vernahme darauf hinzuweisen, dass er jederzeit einen Verteidiger bestellen kann, dass er die Aussage verweigern kann und dass seine Aussagen als Beweismittel verwendet werden können.» Die Bestimmung beschränkte die Belehrungspflicht jedoch explizit auf die erste Einvernahme, worunter Beschuldigten-Einvernahmen vor Gericht i. d. R. nicht zu subsumieren waren. Auch im Code de Procédure Pénale (CPP) des Kantons Genf war die Belehrungspflicht explizit auf polizeiliche Einvernahmen beschränkt (Art. 107A Abs. 3 CPP/GE).

¹² Dieser Unterschied ist statistisch signifikant, d.h., es kann nur mit einer sehr geringen Wahrscheinlichkeit ($p < 1\%$) angenommen werden, dass der gefundene Unterschied zufällig zustande gekommen ist.

Tabelle 4: Anwesenheitsrate der Verteidigung während der Einvernahme des Beschuldigten, getrennt nach Kanton und einvernehmender Institution.

		2007	2013	Veränderung	p-Wert ¹
ZH	Polizei	2.2	2.2	0.0	1
	Polizei (delegiert)	50.0	44.4	-5.6	1
	Staatsanwaltschaft	27.8	55.9	+28.1*	0.016
	Gericht	40.7	73.1	+32.3*	0.036
	Total	23.5	37.4	+13.9*	0.024
GE	Polizei	0.0	2.1	2.1	0.952
	Polizei (delegiert)	0.0	14.3	+14.3	1
	Staatsanwaltschaft	6.7	26.7	+20.0	0.083
	Gericht	60.9	88.5	+27.6	0.056
	Total	14.4	30.0	+15.6	0.009

¹: Chi²-Test

93% an. Die übrigen einvernehmenden Institutionen belehrten bereits im Jahr 2007 fast durchgängig.

2. Das Recht auf Beizug eines Verteidigers bei (ersten) Einvernahmen

Die Einführung des Rechts der beschuldigten Person, einen Verteidiger zur ersten Einvernahme beiziehen zu dürfen (Art. 159 StPO),¹³ trägt der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Rechnung.¹⁴ Nicht nur für die hier untersuchten Kantone Zürich und Genf, sondern auch für die Mehrheit der übrigen Kantone war der «Anwalt der ersten Stunde» eine zentrale Neuerung.¹⁵

Die Protokolle dokumentieren des Weiteren auch, welche Personen bei den Einvernahmen anwesend sind. Unsere Auswertungen dieser Angaben ergeben, dass sich die Mehrheit der beschuldigten Personen auch 2013, also nach der

¹³ Noch im Vorentwurf von SCHMID war dieses Recht als Teilnahmerecht der Verteidigung formuliert (s. dazu RUCKSTUHL, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 159 N 1), wurde vom Ständerat später jedoch in ein Recht der beschuldigten Person umgewandelt; GODENZI, ZK StPO (Fn. 4), Art. 159 N 1, N 7; RUCKSTUHL (Fn. 4), 71.

¹⁴ EGMR v. 27.11.2008, *Salduz v. Turkey*, 36391/02, §§ 50–63; EGMR v. 24.9.2009, *Pishchalnikov v. Russia*, 7025/04, §§ 65–92; vgl. RUDOLF/VETTERLI, Erste Erfahrungen mit der neuen Strafprozessordnung, FP 2011, 103, 106; GODENZI, ZK StPO (Fn. 4), Art. 159 N 9; SCHLEGEL/WOHLERS, Der «Anwalt der ersten Stunde» in der Schweiz. Zugleich ein Beitrag zu den menschenrechtlichen Mindeststandards der Strafverteidigung, StV 2005, 307, 308.

¹⁵ Nur die Strafprozessordnung des Kantons Solothurn liess explizit Rechtsbeistände bereits bei polizeilichen Einvernahmen zu, allerdings unter dem Vorbehalt der Ablehnung aufgrund «Gefährdung des Untersuchungszwecks». In Basel-Stadt war die Verteidigung auf Gesuch hin ab der zweiten protokollarischen Einvernahme der Polizei zuzulassen und im Kanton Aargau soll die Anwesenheit – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung – in der Praxis gewährt worden sein. S. zu dieser Zusammenstellung: SCHMID (Fn. 3), 745, 750 f.

Einführung der neuen Strafprozessordnung, ohne Verteidigung befragen lässt (vgl. Tabelle 4). Setzt man die «erste Stunde» mit der ersten Einvernahme in der polizeilichen Ermittlungsphase gleich, ist der neu geschaffene «Anwalt der ersten Stunde» in der Strafrechtspraxis so gut wie inexistent. Sowohl im Kanton Zürich als auch im Kanton Genf ist die Verteidigung nur in 2% der ersten polizeilichen Einvernahmen anwesend.¹⁶

Dennoch stieg die Anwesenheitsrate der Verteidigerinnen im Total signifikant an: im Kanton Zürich um 14%, im Kanton Genf um 16%. Dies ist jedoch darauf zurückzuführen, dass sich beschuldigte Personen im Erhebungsjahr 2013 bei staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen (+20% im Kanton Genf und +28% im Kanton Zürich) und gerichtlichen Einvernahmen (+28% resp. +32%) häufiger verteidigen liessen als 2007.

Man könnte vermuten, dass die veränderte Anwesenheitsrate auf eine veränderte Deliktsstruktur zwischen den Erhebungszeitpunkten zurückgeht: So wurde die Strafbefehlskompetenz im Kanton Zürich von 3 auf 6 Monate angehoben und im Kanton Genf von 12 auf 6 Monate gesenkt. Eine weiterführende Analyse ergab jedoch, dass der Einfluss des Erhebungszeitpunktes (2007 vs. 2013) selbst dann signifikant bleibt, wenn Merkmale wie die Verfahrensform (Strafbefehlsverfahren vs. ordentliche Verfahren), die Verfahrensdauer oder die Deliktsschwere (maximaler Strafrahmen) statistisch kontrolliert werden.¹⁷

Bei den delegierten Polizeieinvernahmen zeigt sich ausserdem ein deutlicher kantonaler Unterschied: Die Anwe-

¹⁶ Dabei gilt es zu beachten, dass die Strafbefehle in unserer Stichprobe unterrepräsentiert sind und die effektive Anwesenheitsrate des Anwalts vermutungsweise noch tiefer liegt.

¹⁷ Hierzu wurde eine logistische Regression mit der Anwesenheit des Anwalts als abhängige Variable sowie der Erhebungswelle und weiteren Kontrollvariablen als erklärende Variablen berechnet.

Tabelle 5: Vollständige und teilweise Aussageverweigerungen in Beschuldigten-Einvernahmen nach Kanton und Erhebungsjahr (Anzahl Protokolle und «Aussageverweigerungsraten»).

		Protokolle		Verweigerungsraten		
		2007	2013	2007	2013	Veränderung
GE	keine	106	106	96.4	86.9	-9.5
	teilweise	4	15	3.6	12.3	+8.7
	vollständig	0	1	0.0	0.8	+0.8
ZH	keine	129	108	94.9	85.0	-9.8
	teilweise	5	16	3.7	12.6	+8.9
	vollständig	2	3	1.5	2.4	+0.9

¹: Chi²-Test (bei Zellhäufigkeiten < 5 mit Yates-Korrektur). Teilweise und vollständige Aussageverweigerungen wurden zu einer Kategorie zusammengefasst.

senheitsrate hat im Kanton Genf um 14% zugenommen, im Kanton Zürich ist gar eine rückläufige Tendenz feststellbar (Abnahme um 5%). Zwischen beiden Kantonen besteht mit einer Rate von 14% in Genf im Vergleich zu 44% in Zürich eine grosse Diskrepanz. Der weitere direkte Vergleich dieser beiden Kantone macht zudem deutlich, dass die Anwesenheitsrate im Kanton Genf grundsätzlich tiefer liegt. Im Kanton Zürich werden sowohl polizeiliche, delegiert polizeiliche als auch staatsanwaltschaftliche Einvernahmen häufiger in Anwesenheit eines Verteidigers durchgeführt. Bei den staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen beispielsweise wird im Kanton Zürich in annähernd doppelt so vielen Einvernahmen ein Verteidiger hinzugezogen (56% zu 27%). Weniger deutlich fällt der Unterschied bei gerichtlichen Einvernahmen aus: Im Kanton Genf sind Verteidiger (89%) häufiger anwesend als dies im Kanton Zürich der Fall ist (73%).

3. Das Aussageverweigerungsrecht

Die Frage, ob geschwiegen oder eine Aussage gemacht werden soll, gilt als eine der wichtigsten Weichenstellungen jeder Strafverteidigung.¹⁸ Die Bedeutung des Aussageverweigerungsrechts für die beschuldigte Person ergibt sich aus der strafprozessrechtlichen Regel, dass protokollierte Aussagen Beweismittel sind und sich einmal gemachte Aussagen nicht mehr ohne Weiteres zurücknehmen lassen.¹⁹ Was aber lässt sich aus empirischer Sicht über die Häufigkeit von Aussageverweigerungen sagen?

Um diese Frage zu beantworten, wurden die Protokolle daraufhin untersucht, ob die befragte Person explizit gesagt

hat, dass sie (aus welchen Gründen auch immer) nicht antworten will. Es kann sich dabei um Hinweise – auch der protokollierenden Person²⁰ – auf eine vollständige²¹ oder teilweise²² Aussageverweigerung seitens der beschuldigten Person handeln. Die Ergebnisse sind in Tabelle 5 aufgeführt und zeigen ein – angesichts der dem Schweigerecht zugesprochenen Bedeutung in der Theorie und Praxis – erstaunliches Resultat.

Im Erhebungsjahr 2007 war die vollständige Aussageverweigerung eine sehr seltene Erscheinung. Nur ganz vereinzelt wurde im Kanton Zürich und in keinem Fall im Kanton Genf vollständig geschwiegen. Auch die teilweise Aussageverweigerung tritt in beiden Kantonen in weniger als 4% der Protokolle auf. Mit anderen Worten sagen deutlich über 90% der beschuldigten Personen aus.

Auch nach Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung bleibt die vollständige Aussageverweigerung eine seltene Erscheinung, denn in über 80% der Einvernahmen finden Aussagen statt und in weit über 90% der Einvernahmen wird zumindest teilweise ausgesagt. Die geringe, aber statistisch signifikante Zunahme in beiden Kantonen um rund 10%²³ geht v.a. auf die Zunahme der *teilweisen* Aussageverweigerungen zurück.²⁴ Wie diese Zunahme mit neu eingeführten Rechten zusammenhängt, wird im nächsten Abschnitt beschrieben.

²⁰ Z.B. «Der Angeklagte verweigert die Aussage».

²¹ Z.B. «Dazu möchte ich nichts sagen» oder «Das geht Sie nichts an».

²² Eine teilweise Aussageverweigerung liegt dann vor, wenn auf einzelne Fragen oder Sachverhaltpunkte nicht eingegangen wurde.

²³ Diese ist in Tabelle 5 als Abnahme von Nicht-Aussageverweigerungen aufgeführt.

²⁴ Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Zunahme der teilweisen Aussageverweigerungen im Kanton Genf auf die Umstellung von monologischer zu dialogischer Protokollierung zurückzuführen ist, da bei dialogischen Protokollen eine Antwortverweigerung deutlicher hervortritt. Eine weiterführende Auswertung, die Aussagen erlaubt hätte über das Aussageverhalten vor verschiedenen Strafbehörden, war leider aufgrund der geringen Zahl an Protokollen mit Aussageverweigerungen nicht möglich.

¹⁸ Nemo-tenetur-Grundsatz: Art. 113 Abs. 1 StPO, Art. 14 Ziff. 3 lit. g IPBPR; Herleitung auch aus dem Gebot auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK (DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, 144); BERNARD (Fn. 4), 2.

¹⁹ Eine Protokollberichtigung ist gem. Art. 79 Strafprozessordnung (auch) bei nicht offenkundigen Versehen auf Gesuch hin zwar möglich, allerdings bleibt die (berichtigte) ursprüngliche Passage nach wie vor erkennbar (Abs. 3) und damit potenziell wirksam auf Entscheide.

4. Welche Rechte beeinflussen den Entscheid zur Aussageverweigerung?

Die bisherigen Analysen waren darauf ausgerichtet, aufzuzeigen, ob und wie ausgeprägt diejenigen Rechte in schweizerischen Strafverfahren in Erscheinung getreten sind, von denen sich der Gesetzgeber laut Botschaft eine Stärkung der Verteidigungsposition versprochen hat. Nun kommen wir auf eine eingangs erwähnte, vor Einführung der neuen Strafprozessordnung teilweise in Aussicht gestellte Folge zurück: den Anstieg der Aussageverweigerungen. Wie unsere Analyse gezeigt hat, sind die (teilweisen) Aussageverweigerungsraten in beiden untersuchten Kantonen leicht angestiegen. An dieser Stelle interessiert daher, ob dieser Anstieg auf die anderen beiden Rechte (Rechtsbelehrung und Anwesenheit von Verteidiger) zurückzuführen ist.

Eine beehrte und anwaltlich beratene Person dürfte ihr Recht zu schweigen eher in Anspruch nehmen als eine beschuldigte Person, die die Einvernahme uninformativ und ohne anwaltliche Unterstützung durchläuft.²⁵ Folglich haben wir untersucht, ob der Anteil an Aussageverweigerungen signifikant höher ausfällt, wenn die beschuldigte Person in der Einvernahme belehrt oder in Anwesenheit einer Verteidigerin einvernommen worden ist. Das Ergebnis ist eindeutig: Weder die Belehrung noch die Anwesenheit des Verteidigers haben einen signifikanten Effekt. Dieser Effekt ist auch dann stabil, wenn kontrolliert wird, welche Institution die Einvernahme durchgeführt hat.²⁶

IV. Fazit

Eine Stärkung der Verteidigungsposition hat sich der Gesetzgeber von der Belehrungspflicht, der Zulassung der Verteidigung zu Einvernahmen und dem Aussageverweigerungsrecht erhofft. Diese Rechte können zweifellos dazu dienen, die beschuldigte Person als informiertes Subjekt teilnehmen zu lassen. Wie unsere Analysen verdeutlichen, tragen diese Rechte jedoch nicht zwangsläufig zur intendierten Stärkung der Verteidigungsposition bei.

Die Belehrungsrate hat mit dem Wechsel der Verfahrensordnung erheblich zugenommen (Kap. III.1.). Zu bedenken ist aber, dass sich dieser Anstieg überwiegend auf die Be-

²⁵ S. zum vermuteten engen Zusammenhang zwischen dem Schweigerecht der beschuldigten Person und ihrem Recht auf freien Verkehr mit der Verteidigung auch in aktuellen Ausgaben beispielweise GODENZI, ZK StPO (Fn. 4), Art. 159 N 5 m.w.H.; RUCKSTUHL, BSK StPO (Fn. 13), Art. 159 N 7 ff.

²⁶ Die Auswertungen mittels logistischer Regressionen zeigen, dass von der einvernehmenden Institution ein Effekt auf die Aussageverweigerungsraten ausgeht. Auf späteren Verfahrensstufen wird die Aussage seltener verweigert als auf früheren. Bisher nicht untersucht wurde, worauf dieser Effekt zurückgeht bzw. ob er mit Variablen wie der Deliktschwere oder der Beweislage zum Zeitpunkt der Einvernahme erklärt werden kann.

lehrungspraxis vor Gericht bezieht und damit erst die Schlussphase eines Strafverfahrens betrifft. Bei einer Belehrung in diesem Verfahrensstadium ist jedoch fraglich, ob sie die Verteidigungsposition wesentlich zu stärken vermag. Aus der empirisch festgestellten, verbesserten richterlichen Belehrungspraxis kann daher höchstens auf eine moderate Stärkung der Verteidigungsposition geschlossen werden. Allerdings ist bei Polizei und Staatsanwaltschaft in den Kantonen Genf und Zürich bereits vor Einführung der neuen Strafprozessordnung fast durchgängig belehrt worden, so dass kaum noch eine Steigerung der Belehrungsrate möglich war.

Bezüglich des sog. «Anwalts der ersten Stunde», dessen Einführung stets als bedeutsame Neuerung und wichtiger Ausgleich des bestehenden Machtgefälles in der Einvernahmesituation dargestellt wurde, zeigt sich in Bezug auf das polizeiliche Ermittlungsverfahren eine deutliche Abwesenheit der Verteidigung (Kap. III.2.). Der Vergleich der Jahre 2007 und 2013 ergibt zwar, dass die Anwesenheitsraten der Verteidigung im Strafverfahren *insgesamt* durchaus angestiegen sind (um rund 17%). Der Anstieg bezieht sich jedoch grösstenteils auf die Verfahrensphasen bei der Staatsanwaltschaft und beim Gericht und nicht auf die polizeilichen Einvernahmen. Im polizeilichen Ermittlungsverfahren beider Kantone kommt der Anwesenheit einer Verteidigung mit einer Anwesenheitsrate von nur rund 2% der Einvernahmen ein Seltenheitswert zu. Gemessen an den polizeilichen Einvernahmen hat sich der «Anwalt der ersten Stunde» also eindeutig nicht durchsetzen können.

Eindrücklich ist der Befund, wie selten das Schweigerecht in Anspruch genommen wird (Kap. III.3.). Dass die erwähnte geringe, aber statistisch signifikante Zunahme in beiden Kantonen um rund 10%²⁷ vor allem auf die Zunahme der *teilweisen* Aussageverweigerungen zurückgeht, lässt unseres Erachtens auch nicht unmittelbar auf eine Stärkung der Verteidigungsposition schliessen. Wir gehen zumindest für die Mehrheit der Fälle nicht davon aus, dass die teilweise Aussageverweigerung taktisch geschickt ist und dass ein Verteidiger dazu raten würde.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass das vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte Instrumentarium zur Stärkung der Verteidigungsrechte kaum zu den erwarteten Effekten geführt hat. Insbesondere haben sich die von Strafverfolgerseite geäusserten Befürchtungen nicht bewahrheitet: Weder sind in den ersten Einvernahmen häufig Verteidigerinnen anwesend, noch wird häufig die Aussage verweigert. Selbst wenn die Verteidigung in polizeilichen Einvernahmen regelmässig zugegen wäre, würde dies nicht unbedingt einen Anstieg der Aussageverweigerungen be-

²⁷ Diese ist in Tabelle 5 als Abnahme von Nicht-Aussageverweigerungen aufgeführt.

deuten: Selbst in Einvernahmen, in denen eine Verteidigerin beigezogenen worden ist, hat ihre Anwesenheit keine messbare Auswirkung auf das Aussageverhalten des Klienten. Trotz Anwesenheit eines Verteidigers wird weder öfters geschwiegern, noch erhöht sich die Aussagebereitschaft der Klientin in einem statistisch relevanten Masse (Kap. III.4.).

Um zu ergründen, weshalb der Wechsel der Verfahrensordnung nicht die erwartete Stärkung der Verteidigungsposition zur Folge hatte, bedarf es weiterer Forschung, beispielsweise hinsichtlich der Belehrungspraxis. Wie Forschung aus anderen Ländern zeigt, kann es an der Art und Weise der Belehrung liegen, ob die beschuldigte Person ihre Verteidigungsrechte beansprucht.²⁸ Der äusserst positive Befund einer ausgeprägten Belehrungsdisziplin bedeutet noch nicht zwingend, dass in schweizerischen Strafverfahren beschuldigte Personen sich effektiv informiert gegen den Bezug einer Verteidigung oder die Verweigerung der Aussage entscheiden.

Stichwörter: Protokollforschung, Verteidigungsrechte, Aussageverweigerungsrecht, Rechtsbelehrung, Anwalt der ersten Stunde

Mots-clés: recherche sur les procès-verbaux, droits de la défense, droit de refuser de déposer, information sur les droits, avocat de la première heure

■ **Zusammenfassung:** Die Stärkung der Verteidigungsrechte wurde in der Botschaft zur Schweizerischen Strafprozessordnung als wesentliche Neuerung bezeichnet. Gestärkt werden sollte die Verteidigung mit der Rechtsbelehrungspflicht als allgemeine Verfahrensregel, dem Recht auf anwaltlichen Beistand im ganzen Verfahren und insbesondere im polizeilichen Ermittlungsverfahren sowie dem Recht auf Aussageverweigerung. Eine systematische Analyse von Einvernahmeprotokollen vor und nach Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung ergibt, dass aus empirischer Sicht nicht von einer effektiven Stärkung ausgegangen werden darf.

Résumé: Dans le message du Conseil fédéral à l'appui du code de procédure pénale suisse, le renforcement des droits de la défense a été présenté comme une innovation essentielle. La défense devait être fortifiée par l'obligation – érigée en règle générale de procédure – pour les autorités pénales d'informer les parties de leurs droits, par la reconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat tout au long de la procédure et singulièrement durant la phase de l'investigation policière, enfin, par la consécration du droit de refuser de déposer. Une analyse systématique de procès-verbaux établis avant et après l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse indique qu'il n'est pas possible, d'un point de vue empirique, de présumer un renforcement effectif des droits de la défense.

²⁸ S. auch CAPUS/STOLL/STUDER (Fn. 6), Kap. 4.1 (geringe Inanspruchnahme des Schweigerechts) m. w. H.

Das
forumpoenale

Zeitschrift für die Strafrechtspraxis

Instrument unverzichtbare

Jürg-Beat Ackermann, Yvan Jeanneret
Bernhard Sträuli, Wolfgang Wohlers
(Herausgeber)

Erscheint 6x jährlich,

deutsch/französisch. geheftet. 1662-5536

Berufsalltag

- **Anmerkungen von Spezialistinnen und Spezialisten,** welche wichtige Gerichtsurteile ergänzen.
 - **Ausgewählte Aufsätze** zu besonders **praxisrelevanten Themen**, welche die Diskussion über die Grenzen einzelner Berufsgruppen hinweg intensiviert und fördert.
 - Ein grosszügiger **Überblick der wichtigsten Literatur des Strafrechts**, gegliedert nach spezifischen Fachgebieten.

Verlag

Stampfli

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

CH-3001 Bern

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77
Fax +41 31 300 66 88

verlag@staempfli.com

www.staempfverlag.com

W.staemplerFlag.com

forum poenale

inkl. Online-Archivzugang

Mehr Informationen finden Sie unter:
www.staempfiverlag.com/forumpoenale



Bestellschein

A

Nicht frankieren
Ne pas affranchir
Non affrancare

- **Ex. Jahresabonnement inkl. 1 Online-Archivzugang**
CHF 286.–* inkl. Versandkosten
- **Ex. Jahresabonnement (nur online)**
CHF 225.–

Geschäftsantwortsendung
Correspondance commerciale-risposta
Invio commerciale-risposta



- **Ex. Probeheft**
Gratis

*Lieferanschrift Schweiz

Name, Vorname

Firma

Strasse

PLZ/Ort

Telefon

E-Mail

Ich abonneiere den Newsletter

Datum, Unterschrift

Retournieren Sie den Bestellschein oder bestellen Sie

Ihre Exemplare unter

www.staempfli.com | order@staempfli.com

Telefon: +41 31 300 66 77 | Fax: +41 31 300 66 88