

Dr. Vera Delnon
Rechtsanwältin
und
lic.iur. Bernhard Rüdy
Rechtsanwalt, Zürich

Untersuchungsführung und Strafverteidigung

Wiedergabe *ohne Fussnoten*
aus
"Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht"
Band 106 1989 Heft 1

Verlag Stämpfli & Cie. AG Bern

Untersuchungsführung und Strafverteidigung

I. Die Untersuchung - das bestimmende Element im Strafverfahren

Mit der Durchführung eines Strafverfahrens will der Staat den Täter einer strafbaren Handlung finden, das Ausmass seiner Schuld erfassen und ihn unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände einer ausgleichenden Sanktion zuführen. Gleichzeitig ist der Staat verpflichtet, Unschuldige vor Strafverfolgung zu bewahren und jeden zu Unrecht Verdächtigten schadlos zu halten. Das Ziel aller gerichtlichen Verfahren ist die Erwirkung *gerechter* Urteile. Oberste Maxime im Strafverfahren ist es, ungerechte Urteile, insbesondere die Verurteilung Unschuldiger, zu vermeiden.

Allerdings: Für unser Erkenntnisvermögen gibt es keine absolute Wahrheit und damit auch keine absolute Gerechtigkeit. Selbst die angestrebte Objektivität des Rechts wurzelt ausschliesslich im subjektiven Denkvermögen und entspringt dem menschlichen Wunsch nach Verständnis und Einordnung der Lebensvorgänge. Daraus ergibt sich das ständige Dilemma des Juristen: die Diskrepanz zwischen der Komplexität der tatsächlichen Verhältnisse und unserer Fähigkeit, ihr wirksam zu begegnen. RUDOLF VON JHERING formulierte es treffend: "Gegenüber dem, was das Leben verlangt, kann keine angebliche Logik des Rechts aufkommen, und für den Verkehr ist es vollkommen gleichgültig, ob der Jurist die Anforderungen desselben konstruieren kann oder nicht."

Jus ex facto oritur - das Recht geht aus dem Tatsächlichen hervor. Das gerechte Urteil muss aus dem *wahren* Tatablauf gewonnen werden. Die subtilste Subsumierung eines Sachverhaltes und die ausgewogenste Strafzumessung bleiben Makulatur, wenn die beurteilten "Tatsachen" nicht dem wirklich Geschehenen entsprechen.

Der Sachverhalt, der die strafbare Handlung beschreibt und Grundlage des Urteils bildet, wird in aller Regel im *Ermittlungsverfahren* zusammengetragen. Das heisst, *Untersuchungsrichter und Polizei* klären ab, wie sich eine Straftat abgespielt hat und wer in welcher Weise beteiligt war. Dies gilt selbst dann, wenn die Strafprozessordnung vorsieht, das *Gericht* habe sich in der Hauptverhandlung selber ein Bild über den vorgeworfenen Sachverhalt zu machen. Die Erfahrung zeigt, dass die Gerichte gegenüber den Ergebnissen der Ermittlung nur selten eine kritische Haltung einnehmen.

KARL PETERS hat in seiner umfangreichen Untersuchung über "Fehlerquellen im Strafprozess" festgestellt, dass "Fehler und Mängel des Ermittlungsverfahrens in aller Regel in der Hauptverhandlung nicht mehr zu beseitigen sind. Das in falscher Richtung laufende Verfahren ist nur selten in eine andere Richtung umzulenken... Das Gericht übt im wesentlichen eine Kontrollfunktion aus... Aber dennoch ist Wesentliches vorbestimmt durch das, was im Vorverfahren an Beweisen aufgenommen worden ist und wie die Beweise gewertet worden sind. Nicht immer gelingt es dem Gericht, den Fehlverlauf der Ermittlungen zu durchbrechen, und wo dieser durchbrochen wird, kann es nur selten eine völlig neue, einwandfrei gesicherte Beweislage schaffen."

Das Ermittlungsverfahren ist daher in jedem Strafverfahren von entscheidender Bedeutung. Bei aller Sorgfalt des Gerichtes ist sein Urteil immer abhängig von der Qualität des zugrunde liegenden Anklagematerials. *Die Verantwortung für die angestrebte Gerechtigkeit liegt somit in weitgehendem Masse in den Händen derjenigen Personen, die sich mit der Strafuntersuchung befassen.*

II. Von den besonderen Schwierigkeiten der Strafverfahren

Strafsachen sind mit besonderen Schwierigkeiten verbunden, die bei anderen gerichtlichen Verfahren nicht im selben Mass auftreten.

1. Nachträgliche Tatsachenfeststellung

Ein Problem der Strafverfahren besteht darin, dass sie sich fast ausschliesslich um Geschehnisse in der *Vergangenheit* drehen. Der Versuch zur nachträglichen Tatsachenfeststellung mit Hilfe von Konstruktionen, Rekonstruktionen und Wertung von Beweisen kann immer nur eine *Annäherung* an die tatsächlichen Ereignisse sein.

Was als Abbild der Vergangenheit zusammengetragen wird, ist - soweit es nicht um eindeutige Sachbeweise geht - weitgehend ein von den verschiedenen Beteiligten geprägtes Werk. Jede Wahrnehmung, jeder Beweis und jedes Indiz wird von verschiedenen Menschen gestützt auf persönliche Erfahrung verschieden interpretiert.

Selbst wenn auf Sachbeweise abgestellt werden kann, wird am Ende der Untersuchung ein Sachverhalt resultieren, der sich je nach Aufwand, Verantwortungsbewusstsein, Erfahrung und Motivation aller Verfahrensbeteiligten so oder anders darstellt.

Was für die Tatsachenfeststellung gilt, zeigt sich auch auf der Ebene der Subsumierung. Mögliche Sachverhalte und deren rechtliche Würdigung werden oft schon in der Untersuchung von Ankläger und Verteidiger ganz verschieden gesehen. Das wiederholt sich beliebig in einer oder mehreren Instanzen, wenn sich die Richter nicht einig sind. Die Suche nach dem, was Recht ist, unterlag schon immer einer eigentümlichen Dynamik.

2. Einflüsse auf Wahrnehmung und Wertung

Strafsachen unterscheiden sich von allen anderen staatlichen Verfahren noch in einem wesentlichen Punkt: Sie berühren die Fragen von *Schuld und Sühne*. Straftaten stehen nahe bei der *Sünde*, die als Widerspruch gegen das göttliche Gesetz verstanden wird. Erziehung und tiefe Einbettung in dieses Denken prägt die Menschen seit Jahrtausenden und hat somit einen oft unerkannten Einfluss auf ihre Empfindung, Wahrnehmung und Wertung.

Strafsachen wecken bei fast allen Menschen unangenehme, aggressive, schuldbeladene oder abwertende Gefühle. Deren Ursprung bleibt meist unreflektiert. Diese Gefühle überlagern Wahrnehmungen, Empfindungen und Interpretationen und vermischen sich oft mit ihnen. Dies betrifft nicht nur Täter, Opfer und Zeugen. Auch Justizpersonen sind nicht dagegen gefeit. *Strafsachen sind in besonderem Masse anfällig für den Einfluss nicht erkannter Motivationen und Gefühle.*

Auch eigene Erfahrungen haben auf die Wahrnehmungsfähigkeit und Wertung des Menschen Einfluss. Wenn ein Blinder nach 30 Lebensjahren durch eine Operation das Augenlicht erlangt, so *sieht* er - aber er *erkennt* nichts, was für ihn einen Sinn ergäbe. Er muss erst *lernen*, die Signale, die jetzt sein Hirn erreichen, Bekanntem zuzuordnen. So ähnlich verhält es sich mit allen Wahrnehmungen: Sie werden so interpretiert, wie es dem Wahrnehmenden am plausibelsten erscheint.

Nicht Erklärbares geht in der Erinnerung häufig vergessen oder wird falsch interpretiert. Ein Stück weit liegt es in der menschlichen Natur: Wenn die Wirklichkeit nicht unserer Vorstellung entspricht - um so schlimmer für die Wirklichkeit. Dieser "Gefahrensatz" hat allgemeine Bedeutung. Es gehört zu den anspruchsvollsten Arbeiten, die echte Wahrnehmung - unter Ausfilterung blosser Vorstellungen und Interpretationen - wieder freizulegen.

3. Folgerungen

Die Strafuntersuchung geht zurück in die Vergangenheit und versucht, ein objektives Bild von vergangenen Ereignissen aufzuzeichnen. Dieses Bild muss aus Einzelteilen zusammengesetzt werden. Diese Aufgabe ist nicht immer leicht; sie verlangt von jedem Beteiligten, der berufsmässig mit Strafsachen zu tun hat, eine besonders bewusste und vorsichtige Überprüfung aller Arbeitsmodelle, Tatumstände, Beweismittel und insbesondere der Aussagen.

Strafsachen sind die mit den grössten Schwierigkeiten behafteten Verfahren überhaupt. Die grösste Verantwortung für die sachgerechte Beurteilung einer strafbaren Handlung fällt in den Bereich des *Untersuchungsverfahrens*. Das umfasst selbstverständlich auch die polizeiliche Ermittlungsarbeit. Die mit dieser Arbeit befassten Personen müssen daher mit grösstem Ernst und hohen Ansprüchen an ihre Berufsethik zu Werke gehen. Strafsachen verlangen von den Verfahrensbeteiligten aber nicht nur berufliche Qualitäten. Sie erfordern in besonderem Mass auch starke und nicht beeinflussbare Charaktere.

III. Unschuldsvermutung

1. Grundsätzliches

Die Unschuldsvermutung ist von prinzipieller Bedeutung und hat ihren realen Hintergrund. Strafverfolgungsorgane, Verteidiger und Richter können sich irren. Die Strafe kann einen Unschuldigen treffen. In solchen Fällen begeht der Rechtsstaat, der Recht setzen und zu wahren hat, mit Hilfe der von ihm eingesetzten Justiz selber Unrecht. "Von allen Formen des Unrechts ist seinem Wesen nach dieses justizielle Unrecht der Obrigkeit das schlimmste. Es bedeutet die Pervertierung des Rechtsstaates."

Die Unschuldsvermutung ist direkt verknüpft mit dem Bestreben nach Vermeidung von Fehltrteilen. Das Problem eines möglichen Fehltrteils ist zwar jedermann in der Justiz geläufig. Erfahrungsgemäss wird es in der Praxis aber unterschätzt.

Fehltrteile werden durch die Untersuchung vorgespurt, vor allem durch zuwenig kritische Betrachtung von Beweisen, namentlich bei der Beurteilung von Zeugen und ihren Aussagen. BRANDT nennt als Hauptfehlerquellen von Fehltrteilen falsche Zeugenaussagen, trügerische Indizien, falsche Geständnisse, belastetes Vorleben eines Verdächtigen und Druck der öffentlichen Meinung. Ein Merkmal ist zudem allen unschuldig Verurteilten gemeinsam: Sie benahmen sich aufgereggt, auffällig, logen oder zeigten sonst ein "verdächtiges" Verhalten, das als Schuldindiz interpretiert wurde.

Um Fehltrteile zu vermeiden, hat der Gesetzgeber die Rolle des Untersuchungsrichters darauf ausgelegt, seine Verfolgungstätigkeit mit einer gegenläufigen Aufgabe zu verbinden. Das soll ihn vor einseitiger Blickrichtung und damit vor möglichen Fehlern schützen:

- Der Untersuchungsrichter ist an die Unschuldsvermutung gebunden, EMRK Art. 6. In vielen Fällen vereinfacht dies die Strafuntersuchung und spart dem Staat Kosten;
- Der Untersuchungsrichter soll wie ein unparteiischer Schiedsrichter belastenden und entlastenden Tatsachen mit gleicher Sorgfalt nachgehen, StPO ZH § 31. Seine Tätigkeit muss im Zweifel den späteren Freispruch des Unschuldigen garantieren;
- Der Untersuchungsrichter soll mit Ernst und Ruhe zu Werk gehen und sich aller Entstellungen der Wahrheit enthalten, StPO ZH § 19. Dadurch verhindert er, dass Ermittlungen unschuldig Verfolgte frustrieren und Staatsfeinde schaffen.

2. Statistisches

Die Bedeutung der Unschuldsvermutung wird in der Praxis unterschätzt. Einige statistische Zahlen mögen das unterstreichen.

a) Einstellungen

Von den eingeleiteten Strafuntersuchungen enden rund 45 % mit Einstellung und Freispruch, 55 % mit Schuldspruch. Unter die Einstellungen fallen auch diejenigen mit unbekannter Täterschaft; unter Schuldspruch hingegen Entscheide mit Teilfreisprüchen.

Bei der leichteren Kriminalität, die in die Kompetenz des Untersuchungsrichters oder des Bezirksgerichtes fällt, werden 36 % der Fälle sistiert, 64 % durch Strafbefehl oder Anklage an das Bezirksgericht erledigt.

Bei der schweren Kriminalität ist das Verhältnis umgekehrt. 1987 wurden in Zürich bei total 660 materiell behandelten Fällen nur in einem Drittel Anklage erhoben; zwei Drittel wurden eingestellt.

b) Untersuchungshaft

Besonders aufschlussreich sind die Zahlen bei *Verhaftungen*. Im Jahre 1987 erledigte die Staatsanwaltschaft des Kanton Zürich 447 Haftfälle. Davon wurden 198 sistiert, d.h. 44,3 %. Fast die Hälfte aller wegen schwerer Anschuldigungen Verhafteten werden schliesslich *nicht* in obergerichtlicher Kompetenz *angeklagt*. Die durchschnittliche Verhaftsdauer wird von der Statistik mit 42 Tagen angegeben.

Im gleichen Zeitraum erledigte die Bezirksanwaltschaft 1511 Haftfälle. Davon sistierte sie deren 204. Das sind 13,5 %. Hier sitzt jeder achte in Untersuchungshaft, ohne später angeklagt zu werden. Durchschnittliche Verhaftsdauer: 10 Tage.

c) Freisprüche

Von den Anklagen beim Einzelrichter des Bezirksgerichtes - Übertretungen ausgenommen - führt jede fünfte zu einem Freispruch bzw. zu Nichteintreten. Teilfreisprüche zählen auch in dieser Statistik als Schuldsprüche. Bei den Übertretungen ist der Prozentsatz der Freisprüche deutlich höher.

Bei Anklagen an die Kollegialgerichte wird jeder achte freigesprochen, im Berufungsverfahren nochmals jeder zwölfte.

3. Folgerungen

Die Statistik zeigt, dass viele der eingeleiteten Strafverfahren nicht zu einer Verurteilung der Beschuldigten führen. Unter diesen befinden sich zahlreiche Unschuldige, die sich einem schweren Verdacht und grossen psychischen Belastungen ausgesetzt sehen. In besonderem Masse gilt das für diejenigen, die in Untersuchungshaft gesetzt werden. Solches Unrecht kann zwar nie ganz vermieden, muss aber auf ein Minimum reduziert werden. Eine ständige Auseinandersetzung mit der

Frage eines Fehlurteils und den Konsequenzen aus der Unschuldsvermutung ist daher unerlässlich. Die Möglichkeiten sind bei weitem noch nicht ausgeschöpft.

Leider ist festzustellen, dass das Problem nicht nur unterschätzt, sondern häufig gar nicht *studiert* wird. Von den Standardwerken über Fehler im Strafverfahren der Autoren HIRSCHBERG, PETERS und BRANDT führt die Bibliothek des grössten Schweizer Bezirksgebäudes - diejenige von Zürich - nur zwei Autoren. Die dicke Staubschicht darauf zeigt, dass sie kaum je konsultiert werden.

IV. Der Untersuchungsrichter in der Strafuntersuchung

Der Untersuchungsrichter hat keine leichte oder angenehme Arbeit. Er muss ausrücken, um vor Ort gewaltsame oder ungewöhnliche Todesfälle zu untersuchen. Seine Arbeit dreht sich mehrheitlich um niedrige menschliche Verhaltensweisen. Dementsprechend hat er in seinem Büro häufig kriminellen Umgang. Von den Beschuldigten wird er nicht selten angelogen, beschimpft oder angegriffen. Meistens zollen sie seiner Arbeit auch keine Anerkennung. Er ist mehreren Fronten gleichzeitig ausgesetzt: den Angeschuldigten, ihren Verteidigern, der vorgesetzten Behörde und oft noch dem Richter.

Wollte der Untersuchungsrichter ob all dem in Trübsinn verfallen, stünde es schlecht um unsere Strafuntersuchungen. In jedem Fall muss er Ruhe und Gelassenheit bewahren, unvoreingenommen und emotionslos an jede neue Untersuchung herangehen.

1. Der Auftrag des Untersuchungsrichters

Die Aufgabe des Untersuchungsrichters liegt in der Verfolgung von Straftätern. Er vertritt den Strafanspruch des Staates, der ein geordnetes Zusammenleben garantieren soll.

Im Kanton Zürich heisst der Untersuchungsrichter Bezirksanwalt. Als Anwalt seines Bezirkes hat er in erster Linie dessen Interessen wahrzunehmen. Da diese Interessen auch in der Verschonung Unschuldiger liegen, soll er entlastenden Tatsachen gleichermassen nachgehen, z.B. StPO ZH § 31. Das sieht das Gesetz zwar so vor, doch macht ihn dies nicht zum Anwalt des Beschuldigten. Dessen Interessen kann er nicht wahrnehmen, weil der Verfolgte im Anwalt des Bezirkes zwangsläufig seinen Verfolger sieht und sich ihm kaum je anvertraut. Der Untersuchungsrichter bzw. Bezirksanwalt ist weder Richter noch Anwalt. Er ist in erster Linie Verfolger - und zwar zu Recht, wenn man ihn keinen schwerwiegenden Interessenkollisionen aussetzen will.

2. Die Polizei - Hilfsorgan des Untersuchungsrichters

Die zürcherische Strafprozessordnung weist der Kriminalpolizei die Stellung eines *Hilfsorgans* bei der Strafuntersuchung zu: Ihr obliegt es im besonderen, bei Delikten "die ersten Erhebungen zu machen, die Spuren festzustellen und zu sichern und alle Massregeln zu treffen, die ohne Gefahr nicht verschoben werden können", StPO ZH § 23.

Indessen ist schon seit Jahrzehnten eine besorgniserregende Entwicklung im Gange, die von politischen, personellen und rein praktischen Rahmenbedingungen stark gefördert wurde. Während die Arbeit der Untersuchungsbehörden laufend anstieg, wurde der Polizeiapparat weit mehr ausgebaut als derjenige der Bezirksanwälte. Mit ein Grund für diese Entwicklung dürfte der Umstand sein, dass das Sicherheitsbedürfnis der Öffentlichkeit gegenüber der Kriminalität durch die Polizei besser abzudecken ist als durch die Justiz.

Steigende Arbeitslast bei ungenügendem Ausbau der Untersuchungsbehörden und weitere Faktoren förderten zunehmend die Verlagerung der Untersuchungstätigkeit vom Untersuchungsrichter auf die Polizei. Inzwischen bildet diese Verlagerung auf die polizeiliche Ebene geradezu das *typische Merkmal* der zürcherischen Strafuntersuchung. Entsprechend wird *die Justiz fortlaufend entmachtet*. Immer weniger wird das Verfahren von den Untersuchungsrichtern bestimmt.

Mit der Teilrevision der Strafprozessordnung vom 30. Juni 1974 wurde § 32 a eingefügt. Dieser Bestimmung entsprechend kann der Untersuchungsrichter auf die Wiederholung der Ermittlungen ganz oder teilweise verzichten, wenn der Täter geständig ist und sein Geständnis das Ergebnis der polizeilichen Ermittlungen über den Sachverhalt bestätigt.

Mit der Einfügung von § 32 a wollte man Doppelspurigkeiten bei "klaren Fällen" vermeiden und die wachsende Arbeitslast der Untersuchungsbehörden abbauen. Damit verfolgte der Gesetzgeber aber nicht die Absicht, die Stellung der Polizei als Hilfsorgan des Untersuchungsrichters zu ändern oder diese aufzuwerten. Das würde dem oben zitierten StPO § 23 klar widersprechen.

Entscheidend ist, dass die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens auf der polizeilichen Ebene *weder gewährleistet noch kontrollierbar* ist. Der Verteidiger ist auf dieser Ebene von der Kontrolle und Mitwirkung ausgeschlossen. Darüber hinaus ist nicht einmal der Untersuchungsrichter bei den Erhebungen der Polizei je anwesend. Dabei werden heute sogar die eminent wichtigen ersten Befragungen von Tatzeugen ohne jede Kontrolle durchgeführt.

Es ist der Wahrheitsfindung gewiss nicht zuträglich, wenn "in der Belétage des gerichtlichen Verfahrens die rechtsstaatlichen Gebote streng beachtet werden, nicht jedoch im Sou-Sol der polizeilichen Ermittlungen". Unbeholmene Zeugenbefragungen durch die Polizei, einseitige Befragungen des Angeschuldigten oder unvollständige Zusammenstellung von Beweismitteln aus sichergestellten Unterlagen sind Verfahrensfehler, die sich später von Gericht und Verteidiger oft nicht mehr korrigieren lassen.

Dem Untersuchungsrichter ist mit der eigenen Aufgabe und mit der Überwachung der Hilfsorgane eine hohe Verantwortung aufgebürdet. Nicht nur der Richter hat ein Fehlurteil zu verantworten, wenn dessen Ursachen auf einer fehlerhaften Untersuchung beruhen.

V. Der Verteidiger in der Strafuntersuchung

Viele Verfahren mit geringerer Strafandrohung finden ohne Verteidiger statt. Sie können durchaus fair, sorgfältig und gut geführt sein. Hier kommt es häufig vor, dass ein Anwalt konsultiert wird. Dieser mischt sich aber nicht in das Verfahren ein, sondern wirkt nur im Hintergrund beratend und aufklärend mit. Manche Fälle verlaufen allerdings nicht gut. Dem können die verschiedensten Ursachen zugrunde liegen; aus den Akten werden sie gewöhnlich nicht sichtbar. In solchen Fällen wird der Verteidiger ins Verfahren eintreten. Daneben gibt es die Fälle mit *notwendiger* Verteidigung. Sie betreffen Strafsachen, in denen eine erhebliche Freiheitsstrafe oder andere wichtige Interessen auf dem Spiel stehen.

1. Der Verteidigungsauftrag

Die Strafverfolgungsbehörde ist an ihre Verfolgungspflicht gebunden, das Gericht an seine Pflicht zur Wahrheitsfindung. Für den Verteidiger liegen die Dinge anders. Seine Aufgabe besteht gestützt vorab auf Auftragsrecht in erster Linie in der Interessenwahrung des Beschuldigten. Diese kann - muss aber nicht - mit Verfolgungs- und Aufklärungspflichten kollidieren und bindet den Verteidiger ohne Bedingungen.

Einzig die Strafverfolgungsbehörde ist dazu berufen, den Schuldigen seiner gerechten Strafe zuzuführen. Dem Verteidiger hingegen ist dies sowohl zivil- wie auch standesrechtlich verboten, selbst wenn er persönlich nicht mit voller Überzeugung hinter seinem Mandanten steht. Der Verteidiger arbeitet nicht in eigener Sache, sondern in offener Stellvertretung bzw. als Beistand des Beschuldigten. Er nimmt ausschliesslich die Interessen des Verfolgten wahr.

Die Probleme haben sich vereinfacht, seit das Bundesgericht die Stellung des Verteidigers in der Rechtspflege klargestellt hat. Vornehmlich in Anwaltsgesetzen ist mit den Schlagworten "Diener des Rechts" oder "Mitarbeiter der Rechtspflege" und dergleichen einige Verwirrung gestiftet worden. Der wegweisende BGE 106 I a 104 führte dazu aus, diese Bezeichnung träfen nur insoweit zu, als dem Anwalt die Aufgabe zukomme, die Rechtssuchenden bei der Verfolgung ihrer subjektiven Rechtsschutzinteressen zu beraten und zu unterstützen. Sie bedeuteten aber nicht, dass der Anwalt wie der Richter auf die objektive Wahrheitsfindung und Rechtsanwendung verpflichtet sei. Der Anwalt sei nicht "Gehilfe des Richters", sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen Mandanten tätig, was insbesondere für den Strafverteidiger gelte. Ihm obliege es, dem staatlichen Strafanspruch entgegenzutreten und auf ein freisprechendes oder möglichst mildes Urteil hinzuwirken. Hinsichtlich der Wahl der Verteidigungsmittel müsse ihm ein hohes Mass an Entscheidungsfreiheit zukommen.

Solange das auf Gesetz oder Auftrag beruhende Mandatsverhältnis besteht, hat der Verteidiger diesen Auftrag nach besten Kräften zu erfüllen. Die Erfüllungspflicht endet erst an Grenzen, die jeder Verteidiger respektiert. Diese Grenzen finden wir im Verbot der Begünstigung, im Verbot der

Geheimnisverletzung und des Parteiverrats und in den Geboten des Standesrechts. Inwieweit die Vernunft und der Anstand Platz greifen, ist eine Frage des persönlichen Stils.

Betrachtet man den vom Bundesgericht umschriebenen Verteidigungsauftrag im Zusammenhang mit der standesrechtlichen Pflicht zur Schaffung klarer Verhältnisse und der strafrechtlich geschützten Schweigepflicht, die alle gleichzeitig erfüllt werden wollen, so werden die Konflikte des Verteidigers augenfällig. Trotzdem bleibt sein Auftrag innerhalb der legalen Grenzen klar definiert.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Untersuchungsrichter und Verteidiger verschiedene Aufgaben wahrzunehmen haben. Für ihre Arbeit bedienen sie sich regelmässig der üblichen wissenschaftlichen Arbeitsmethode: Jeder übernimmt eine gutscheinende These und versucht, diese zur Theorie zu erhärten. Selbst wenn die Thesen der Verfolgung und Verteidigung diametral auseinanderklaffen, schadet dies nichts, im Gegenteil. Die Wissenschaft erhebt eine These erst dann zur Theorie, wenn alle Antithesen ernsthaft geprüft und widerlegt sind.

In dieser Hinsicht kann es durchaus der Wahrheitsfindung dienen, wenn Untersuchungsrichter und Verteidiger geistig die Klingen kreuzen. Selbst bei energischem Fechten bleiben die Regeln sportlichen Verhaltens unter Kollegen selbstverständlich. Privater Kleinkrieg und Profilierungssucht von Verteidiger und Untersuchungsrichter gehören nicht ins Strafverfahren.

2. Verteidigung bei offener Schuldfrage

Solange kein glaubhaftes Geständnis vorliegt, das sich auch mit den Ergebnissen der Untersuchung deckt, dreht sich das Strafverfahren um die Kernfrage: Wird gegen einen Unschuldigen oder gegen einen Schuldigen ermittelt?

Bis zur rechtskräftigen Verurteilung eines nicht geständigen Beschuldigten gilt die Unschuldsvermutung im Sinne von EMRK Art. 6. Daraus ergibt sich für den Verteidiger der Auftrag, jedem staatlichen Zugriff auf seinen zunächst nur verdächtigen Mandanten mit jedem gesetzlichen Mittel sofort und bestimmt entgegenzutreten.

Der Verteidiger kann von der Unschuld des Klienten überzeugt sein, weil dieser tatsächlich unschuldig ist. Vielleicht wird er auch nur mit genügend Überzeugungskraft belogen. Davor ist niemand gefeit.

Wenn der Verteidiger sicher weiss oder allenfalls vermutet, dass sein Mandant trotz der Bestreitung schuldig ist, hat er sich gegenüber der Untersuchungsbehörde dennoch jeder diesbezüglichen Äusserung zu enthalten. Das Wissen oder die Meinung des Verteidigers haben in jedem Fall vor dem Auftrag des Mandanten zurückzutreten. Seine Arbeit wird dann allerdings mehr von Pflichterfüllung getragen sein als von Sendungsbewusstsein.

Richtet sich das Strafverfahren gegen eine Unschuldigen, so erscheint der Verteidiger als Beschützer der verfolgten Unschuld, eine ehrenhafte Rolle für den Verteidiger, aber eine prekäre Situation für den Verfolgten. Im umgekehrten Fall hingegen ist die Situation für den Verteidiger

weniger angenehm, erscheint er doch Dritten leichthin als Kämpfer *gegen* Recht und staatliche Ordnung oder als "Komplize des Diebes". Der Verteidiger wird sich dadurch nicht beirren lassen. Das Unverständnis Dritter ist nie ein Massstab für die eigene Pflichterfüllung.

Die Praxis zeigt, dass sich der *schuldige* Verdächtige vom Verteidiger seines Vertrauens rasch von sinnlosen Bestreitungen abbringen lässt. Falsche Bestreitungen erfolgen in der Regel nur, weil der Täter die Konsequenzen seiner Aussagen nicht kennt oder weil er seine Rechtsbelehrungen in der Haft von den Mithäftlingen bezieht. Das kommt vor allem dann vor, wenn ihm der Kontakt zum Verteidiger verwehrt ist.

Abzuraten ist von Bemühungen des Verteidigers, einen Angeschuldigten, der auch ihm selbst gegenüber nicht geständig ist, etwa angesichts der erdrückenden Beweislast zu einem Geständnis zu drängen. Dies darf selbst dann nicht geschehen, wenn dadurch vielleicht ein milderer Schuldspruch erwirkt werden könnte. Das Dilemma des Verteidigers in einem solchen Fall ist gross: Erfahrungsgemäss müssen wir damit rechnen, dass einem Angeklagten hartnäckiges Bestreiten bei einer Verurteilung straf erhöhend angerechnet wird. Ausserdem steht ohne Geständnis ja auch der Weg zu strafmildernder Argumentation nicht offen. Wenn der Mandant bei seiner Bestreitung bleibt, darf der Verteidiger nie bestimmend auf ein *falsches* Geständnis hinwirken und sich womöglich noch eine Strafmilderung oder -minderung ausdenken. Er muss sich darauf beschränken, alle Konsequenzen darzulegen und dann den Beschuldigten entscheiden lassen. Die Schuld an einem falschen Geständnis darf er sich nicht aufladen.

3. Verteidigung bei klarer Schuldfrage

Manche Menschen stellen sich die Frage, wie ein Verteidiger es mit seinem Gewissen vereinbare, einen Straftäter zu vertreten und zu unterstützen. Diese Frage verfehlt den Kerngedanken der Verteidigung.

Je schwerer ein verübtes Verbrechen wiegt, desto mehr ist das öffentliche Interesse an Aufrechterhaltung von Recht und Ordnung tangiert. Wo der Rechtsstaat aber am stärksten herausgefordert wird, muss er sich auch am besten bewähren. Das heisst, gerade hier muss er jede rechtsstaatliche Garantie bei Verfolgung und Ahndung bieten. Ein Mörder hat Verteidigung weitaus nötiger als ein Ladendieb. Nur ein faires Verfahren, in welcher sich die Verteidigung voll entfaltet, kann ermitteln, welcher Tat der Täter schuldig ist und in welchem Grad ihm diese vorwerfbar ist.

Je verabscheuungswürdiger eine Tat ist, desto mehr Verständnis und Stärke werden vom Verteidiger verlangt. Ist an einem Fall nichts zu beschönigen und an den Ermittlungen nichts auszusetzen, kann der Verteidiger für den Täter keine Sympathie und für die Tat kein Verständnis herausholen, bleibt die schwierigste Aufgabe übrig: hinter dem "Fall" und hinter dem "Verbrechen" den Menschen sichtbar zu machen. Persönlichen Widerwillen oder Vorurteile kann er sich nicht leisten, ohne den professionellen Standpunkt zu gefährden. Ist ein Verteidiger dieser Aufgabe nicht gewachsen, so muss er das Mandat niederlegen bzw. um Entbindung ersuchen.

Auch in Fällen klarer Schuldfrage ist der Verteidiger seinem Auftrag verpflichtet. Nach dem bereits vorhin zitierten BGE 106 I a 104 hat er alles vorzunehmen, was im einseitigen Interesse des Angeschuldigten liegt. Dazu gehört auch die Ausschöpfung aller formellen Möglichkeiten. Der Verteidiger, der ein Strafverfahren mit der Ergreifung eines Rechtsmittels in die sichere Verjährung führen kann und dies unterlässt, verletzt seinen Verteidigungsauftrag.

4. Amtliche Verteidigung

Der amtliche Verteidiger hat dieselben Pflichten wie der erbetene. Der Unterschied liegt darin, dass er seinen Auftrag nicht vom Angeschuldigten, sondern vom Staat erhält. Der Staat wird dadurch natürlich nicht zum Auftraggeber in dem Sinn, dass er Weisungen erteilen darf. Weisungsberechtigter ist ausschliesslich der Verfolgte. Mit der Bestellung des Verteidigers kommt der Staat nur seiner gesetzlichen Pflicht nach, StPO ZH § 11. *Diese Verteidigung ist durch nichts eingeschränkt.* Daher gelten die gleichen Rahmenbedingungen wie bei der erbetenen Verteidigung.

Richtigerweise erlischt mit der Bestellung eines Verteidigers jede weitere Einflussnahme des Staates auf die Verteidigung. Namentlich dürfen staatliche finanzielle Interessen die Effizienz und freie Entfaltung der amtlichen Verteidigung nicht beeinträchtigen.

VI. Untersuchungsrichter gegen Verteidiger?

1. Der Untersuchungsrichter im Interessenkonflikt

Wenn ein Verteidiger am Strafverfahren beteiligt ist, können alle Interessen frei vertreten werden. Steht der Beschuldigte allein, ist das nicht der Fall. Stattdessen sollte der Untersuchungsrichter nach der gesetzlichen Regelung eine merkwürdige Art von Doppel- oder Dreifachvertretung übernehmen. Hinzu kommt, dass ein solcher Fall für den Untersuchungsrichter einer unter Hunderten, für den Beschuldigten aber meistens der Fall seines Lebens ist.

Wenn eine erhebliche Freiheitsstrafe auf dem Spiel steht, ist ein kollisionsfreier Ausgleich der widerstreitenden Interessen auch in den Augen des Gesetzgebers unverzichtbar. Für diese Fälle wurde das Institut der notwendigen Verteidigung geschaffen.

Die widerstreitenden Interessen können an einem einfachen Beispiel aufgezeigt werden. Die Menschenrechtskonvention macht es (auch) dem Untersuchungsrichter zur Pflicht, von der Unschuld auszugehen. Wie ist das vereinbar etwa mit der Haftvoraussetzung des dringenden Tatverdachts? Der Untersuchungsrichter darf nur in Untersuchungshaft setzen, wenn er dringend der Tat verdächtig. Gleichwohl muss er ihn für unschuldig halten. Dieses Dilemma verstärkt sich noch durch StPO ZH § 31, wonach der Untersuchungsrichter belastenden und entlastenden Tatsachen mit *gleicher* Sorgfalt nachzuforschen hat. In dieser Form sind die verschiedenen Bestimmungen unmöglich zu befolgen.

2. Die Lösung: klare Rollenverteilung

Selbst der ehrlichste Wille und die grösste Erfahrung des Verfolgers reichen zum besten Schutz des Verfolgten nicht aus. Wenn erhebliche Freiheitsstrafen und damit auch erhebliche Verfolgungsinteressen des Staates zur Diskussion stehen, ist ihm nicht zuzumuten, auch den entlastenden Tatsachen mit gleicher Intensität nachzugehen. Das ist psychologisch unmöglich. Wer eine Aufgabe gut erfüllen soll, muss dies mit Engagement tun. Das ist nur möglich, wenn er seine Handlungsweise in einer bestimmten Richtung auf ein klares Ziel hinlenkt. Natürlich schliesst eine klare Zielvorstellung nie aus, dass dieses Ziel im Verlauf der Ermittlung neu definiert wird.

Wir postulieren daher eine klare Rollenverteilung:

- Der Untersuchungsrichter stellt sich einen Tatablauf vor, der für die Schuld des Verdächtigen spricht; er will dessen Verurteilung bewirken.
- Der Verteidiger arbeitet mit der gegenteiligen Hypothese eines Tatablaufs, der für die Unschuld spricht; er zielt auf Sistierung oder Freispruch hin.

- Der Untersuchungsrichter vertritt die staatlichen Interessen, der Verteidiger diejenigen des Angeeschuldigten.

Eine klare Rollenverteilung ist weitaus besser zu verwirklichen als eine merkwürdige Zwitterstellung. Die Verteidigung eines Angeschuldigten kann ohnehin nur der Anwalt seines Vertrauens richtig ausüben. Der Verteidiger ist gegenüber Entlastungsmomenten schon von der Interessenlage her zweifellos sensibler als der Untersuchungsrichter. Aus dieser Erkenntnis heraus ist zu akzeptieren, dass die Verteidigung ihren Standpunkt mit voller Effizienz zur Geltung bringt. MÜLLER hält die Vertretung eines einseitigen Parteistandpunktes durch die Verteidigung für ein wichtiges Element der Wahrheitsfindung.

In Zürich wird gestützt auf die Europäische Menschenrechtskonvention mit der nächsten Revision der Strafprozessordnung der Haftrichter eingeführt werden. Entsprechende Lösungsvorschläge liegen vor. In dem vor Haftrichter vorgesehenen Verfahren wird das von uns postulierte Parteirollenverständnis unterstützt, indem Untersuchungsrichter und Verteidiger unter Offenlegung aller Argumente vor dem Richter das Pro und Contra einer Inhaftierung debattieren. Entsprechend bringt der Untersuchungsrichter nur die Verfolgungsgründe zur Geltung, die Verteidiger nur diejenigen zugunsten der persönlichen Freiheit des Beschuldigten.

Wir dürfen auch bei einer Rollenverteilung der hier geforderten Art davon ausgehen, dass der Wahrheit und der Fallgerechtigkeit zum Durchbruch verholfen wird - sei es mit Freispruch, sei es mit Schuldspruch. Urteile, wie auch immer sie ausfallen, sind keine Tintenkleckse im Reinheft von Anklägern und Verteidigern. Es geht nicht um persönliches Prestige, sondern um reine Sachfragen. Das Strafverfahren dreht sich um den Menschen in der Mitte und nie um die Akteure am Rand.

Ermittlungstätigkeit ist Erkenntnistätigkeit. Die Erhärtung einer These zur Theorie führt über die Widerlegung der Antithesen. Dies gilt für beide Seiten gleichermassen. Der Verteidiger als einseitiger Interessenvertreter kann meistens die entscheidenden Anstösse zur Entlastung geben. Entgegen der landläufigen Meinung ist der Angeschuldigte dazu keineswegs selbst in der Lage. Im eigenen Verfahren würde sich bekanntlich nicht einmal der Anwalt selbst vertreten - geschweige denn der Bezirksanwalt. Wie ein geflügeltes Wort sagt: Der Anwalt, der sich selbst vertritt, hat einen Idioten als Klienten.

Eine Zweiteilung der Rollen in der Strafuntersuchung ist wertvoll. Beide Rollen - die des Verfolgers wie auch die des Verteidigers - sind gleichwertig, gleich verantwortungsvoll und müssen von hohem menschlichem und rechtsstaatlichem Ethos getragen sein. Sie tragen durch den Ausgleich der Kräfte gleichermassen zur Wahrheitsfindung und zur Fallgerechtigkeit bei.

In der Regel können sich alle Verfahrensbeteiligten - Untersuchungsrichter wie auch Richter - wesentlich besser und unbeschwerter auf ihre angestammte Aufgabe konzentrieren, wenn ein Verteidiger die Interessen des Beschuldigten bzw. Angeklagten wahr. Dadurch wird das freie Spiel *aller* Kräfte möglich und am ehesten gewährleistet, dass kein wesentlicher Punkt übersehen wird.

Versteht man die Rollenverteilung in ihrer ganzen Tragweite richtig, dann gehen sowohl Untersuchungsrichter wie Verteidiger mit der nötigen Überlegenheit und mit sachlicher Distanz zu Werke. *Der Untersuchungsrichter trägt nicht zuvorderst, aber im Hinterkopf den Gedanken an die mögliche Unschuld - der Verteidiger umgekehrt rechnet letztlich doch mit der Möglichkeit der Schuld.*

VII. Waffengleichheit

Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert die Waffengleichheit im Strafverfahren. Diese Garantie hat Verfassungsrang. Für das zürcherische Ermittlungsverfahren hat sich das noch nicht durchgesetzt. Hier müssen wir noch wesentliche Abstriche in Kauf nehmen, weil die Strafprozessordnung die Macht in die Hände des Untersuchungsrichters legt.

Dem kantonalen Gesetz zufolge kann der Untersuchungsrichter der Verteidigung die Akteneinsicht und das Recht zur Teilnahme an Befragungen des Angeschuldigten verwehren. Er kann den Verkehr mit dem Inhaftierten einschränken. Die Ermittlungen verlagert er meistens auf die polizeiliche Ebene, wo die Verteidigung noch gänzlich ausgeschlossen ist. Er braucht den Angeschuldigten nicht über seine Rechte aufzuklären - dass er schweigen oder lügen darf. Von Waffengleichheit keine Rede: Gegen die Spiesse des Untersuchungsrichters tritt der Verteidiger mit Zahnstochern an.

Die oben aufgezählten Bereiche beschlagen alle die *Sachverhaltsermittlungen*, mithin genau denjenigen Verfahrensabschnitt, der - wie oben dargelegt - *die Basis für die spätere Beurteilung von Schuld und Unschuld im wesentlichen festlegt*.

Viele Untersuchungsrichter verzichten auf die Verkürzungen der Verteidigungsrechte, die das kantonale Gesetz ermöglicht. Es kommt auch vor, dass ein Verteidiger schon zu Beginn eines Verfahrens zu einem offenen Gespräch mit dem Untersuchungsrichter und zur Akteneinsicht eingeladen sowie zum unbeschränkten Verkehr mit einem Verhafteten zugelassen wird. Nach unserer Erfahrung hat sich das immer positiv ausgewirkt und das Verfahren erheblich vereinfacht. Niemandem, am wenigsten dem auf Effizienz ausgerichteten Staat ist daran gelegen, stockende, teure und mühsame Verfahren zu führen und zu finanzieren.

Der Untersuchungsrichter ist nicht zuletzt auch rechtlich gut beraten, wenn er den freien Verkehr zwischen Inhaftiertem und Verteidiger zulässt und auch sonst volle Waffengleichheit gewährt. Zwar ermöglicht die Zürcher Strafprozessordnung die erwähnten Einschränkungen - und auch das Bundesgericht hat das Recht auf sofortigen Beizug des Verteidigers und die ungehinderte Kommunikation in BGE 104 I a 18 noch nicht voll akzeptiert.

Bei richtiger Betrachtung von EMRK Art. 6 muss aber der freie Verkehr im Rahmen des fairen Verfahrens gewährleistet werden. Dies wurde in der zürcherischen Literatur bisher bestritten. Die Konvention räume dieses Recht nur dem *Angeklagten* ein: daher gelten sie nach zürcherischem Recht nicht für den Angeschuldigten in der Untersuchung, sondern erst für den formell vor Gericht Angeklagten.

Diese Auffassung dürfte überholt sein. Die Menschenrechtskonvention geht vom angelsächsischen System aus, das jeden Beschuldigten unmittelbar mit Erhebung einer polizeilichen oder untersuchungsrichterlichen Anschuldigung als Angeklagten behandelt. Deshalb wird ihm dort ab Beginn jedes Strafverfahrens unter anderem die ungehinderte Kommunikation mit einem Anwalt gewährleistet. Das bedeutet, dass auch wir von einem *materiellen Anklagebegriff* auszugehen haben. Jede Anschuldigung nach zürcherischem Verfahrensrecht ist daher als Anklage im Sinne der Konvention zu verstehen.

Aus der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Konvention folgt, dass alle kantonalrechtlichen Einschränkungen hinfällig sind. Aus EMRK Art 6 Ziff. 3 lit. d kann zudem abgeleitet werden, dass die Anwesenheit des Verteidigers bei allen Einvernahmen - also auch bei denjenigen durch die Polizei - durchsetzbar ist.

VIII. Untersuchungsrichter und Verteidiger - mitverantwortlich am Strafverfahren

Mancher Ankläger meint, dass er unbeschwert anklagen könne, weil es der Richter ja immer in der Hand habe, im Zweifel freizusprechen. Sogar Verteidiger teilen gelegentlich diese Auffassung und schieben dem Richter die alleinige Verantwortung für das Urteil zu.

Die Kernfrage nach allen bisherigen Überlegungen muss indessen lauten: Wie soll der Richter denn alle Zweifel hegen, die angebracht wären, wenn kaum oder nur beschränkt kontrollierbar ist, wie gewisse Ermittlungsergebnisse zustande kommen? Diese Frage führt uns dazu, die Positionen von Untersuchungsrichter und Verteidiger grundsätzlich neu zu überdenken.

Der Richter verfügt in der Regel nur über die Akten, die ihm auf den Tisch gelegt werden. Zusätzlich kann er sich vielleicht eine oder zwei Stunden Zeit nehmen, um sich ein rudimentäres Bild vom Angeklagten zu machen.

Der Richter kann aus den Akten meist nicht erkennen, was in einer Untersuchung schlecht oder falsch läuft. Niemand weiss das besser als der Untersuchungsrichter und der Verteidiger - wobei bei diesen beiden noch nachzutragen ist, dass nicht einmal sie wissen, was bei der polizeilichen Ermittlung schlecht oder falsch lief. Wenn aufgrund des - zumeist nicht kontrollierten - Aussageverhaltens nur der Untersuchungsrichter oder gar nur die Polizei, nicht aber der Verteidiger und der Richter mögliche Schwachpunkte des Untersuchungsmaterials kennen, wer soll die berechtigten Zweifel ins Feld führen und beurteilen?

Ausser in Geschworenengerichtssachen kennt der Zürcher Strafprozess das Unmittelbarkeitsprinzip nicht. Unmittelbarkeit bedeutet, dass die Beweiserhebung in Anwesenheit aller Verfahrensbeteiligten geschieht. Aus guten Gründen wünschen sich viele Verteidiger, dass das Unmittelbarkeitsprinzip wieder Eingang in das Gerichtsverfahren findet. Da dies in absehbarer Zeit nicht der Fall sein wird, muss zumindest eine beschränkte Unmittelbarkeit in der Weise gewährleistet sein, dass *wenigstens die Verteidigung* bei allen, auch bei polizeilichen Erhebungen, anwesend ist.

Wie aus einschlägigen Untersuchungen hervorgeht, prägt die *erste* Vernehmung eines Zeugen dessen Erinnerung. Nur durch die Anwesenheit des Verteidigers ist gewährleistet, dass dem Richter allfällige Mängel, die in diesem entscheidenden Stadium des Verfahrens entstanden, bekannt werden.

Die Nachteile des Aktenprozesses können nur durch eine Aufwertung der Untersuchung bzw. der Verteidigungsstellung ausgeglichen werden.

1. Offene Informationspolitik

Ein Geheimverfahren am Geschädigten und Angeschuldigten vorbei ist nicht notwendig. Eine offene Informationspolitik von Anfang an hat den Vorteil, dass Schwachstellen der belastenden Ermittlungstätigkeit schneller aufgedeckt werden können. Das bedingt freie Kommunikation zwischen Verteidiger und Angeschuldigtem und sofortige Gewährung der Akteneinsicht.

Die Akteneinsicht kann nach zürcherischer Strafprozessordnung dem Angeschuldigten wie auch dem Verteidiger bis zum Abschluss der Untersuchung verweigert werden. Tatsächlich ist unter den Vertretern der Untersuchungsbehörde auch heute noch die Angst verbreitet, dass durch konspirierende Anwälte jedwedes Verfahren gesprengt werden könnte.

Dazu ist der Verteidiger aber nicht da. Man darf auch getrost davon ausgehen, dass kein Anwalt eine lange, harte Schulung und Ausbildung auf sich genommen hat, um sich "mit kriminellen Elementen zusammenzurotten" und dadurch die eigene Berufsausübung zu gefährden. Wohl sind vereinzelt schon Misstritte von Verteidigern vorgekommen. Es gab allerdings auch schon übereifrige, vom rechtsstaatlichen Weg abweichende Untersuchungsrichter. In beiden Fällen können Fehlritte mit griffigen Mitteln geahndet werden. Es besteht daher kein Grund, einer der Parteien Rechte abzuerkennen, die den Wahrheitsfindungsprozess zu fördern geeignet sind.

Es steht auch nicht zu befürchten, dass durch die Akteneinsicht - *wenigstens des Verteidigers* - der Untersuchungszweck "gefährdet" würde. Untersuchungszweck ist ausschliesslich die Wahrheitsfindung und nicht die Durchsetzung der Schuldthese eines Untersuchungsrichters. Dazu bedarf es der rechtzeitigen - effizienten - Antithese der Verteidigung.

Mit der "Gefährdung des Untersuchungszweckes" durch den Verteidiger hat sich schon JULIUS VARGHA im Jahre 1879 auseinandergesetzt. Die Befürchtung, "dass die Vertheidiger ihren Klienten Rechtfertigungsmittel an die Hand geben und den Richtern gleich von Anbeginn so viel Blendwerk vormachen würden, *dass bald gar niemand mehr in Anklagestand versetzt werden könnte*", erinnert ihn "an das Wort jenes Schweizercapitains, der nach der Schlacht mit der Beerdigung der Todten betraut, alle Gefallenen in ein grosses gemeinschaftliches Grab werfen liess und aufmerksam gemacht, dass einige noch Lebenszeichen gäben, antwortete: 'Bah, wenn man den Lebenszeichen Glauben schenken wollte, *wäre am Ende gar keiner todt!*'."

In der Tat ist die Angst vor Offenlegung der Akten unberechtigt. Die Wahrheit hinterlässt immer Spuren, die von keinem Verteidiger aus der Welt geschafft werden können. Wie zudem MÜLLER richtig feststellt, ist der informierte Verteidiger für den Untersuchungsrichter der angenehmere

Verhandlungspartner als der im dunkeln tappende, vom Beschuldigten einseitig orientierte Rechtsanwalt.

Aktenkenntnis ermöglicht gegenteils, dass der Verteidiger rasch etwas Nützliches unternimmt. Sei es, dass er die Ablegung eines Geständnisses empfiehlt, sei es, dass er sofort Entlastungsmomente einbringt. Letztlich entlastet das die Untersuchungsbehörde von unnötiger Arbeit. Es erspart ihr auch Beschwerden wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs, unverhältnismässiger Eingriffe oder unvollständiger Untersuchungen.

2. Kontradiktorische Untersuchung

Die Rollenverteilung zwischen Untersuchungsrichter und Verteidiger trägt ebenfalls zur Aufwertung des Ermittlungsverfahrens bei. Sie würde das kontradiktorische Element erheblich fördern. Gestützt auf die guten Erfahrungen im Zivilverfahren könnte das dem Strafverfahren nur guttun.

Das kontradiktorische Element in der Untersuchung ist um so notwendiger, als der Strafprozess in Zürich mit Ausnahme der Verhandlungen vor Geschworenengericht ein *Aktenprozess* ist. Damit fehlt dem gerichtlichen Verfahren weitgehend die Unmittelbarkeit.

Die Unmittelbarkeit ist aber nicht einmal in der Untersuchung gewährleistet, wenn - wie vorstehend ausgeführt - ein Grossteil der *vorspurenden* Ermittlungen auf die polizeiliche Ebene verlagert wird. Eine kontradiktorisch geführte Untersuchung bringt demgegenüber mehr Unmittelbarkeit, was der Wahrheitsfindung nur dienlich sein kann.

3. Verteidigungsgerechte Untersuchungsführung

In der Untersuchung werden die Beweismittel soweit gesammelt, als es zur Durchführung der Hauptverhandlung notwendig erscheint, StPO ZH § 30 Abs. 2. Die Erhebungen von Beweismitteln müssen sorgfältig und fachgerecht vorgenommen werden. Die notwendige Sorgfalt und der Ausschluss unzulässiger Methoden muss auch auf polizeilicher Ebene gewährleistet sein. Technisch ist das durchaus realisierbar. Nur der Verteidiger kann verhindern, dass die Polizei Personen ohne Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht oder ohne Rechtsbelehrung befragt und keine Suggestivfragen stellt, was wir in der Praxis immer wieder antreffen.

4. Kritische Beweiswürdigung

Jeder Beweis ist sicher unsicher. Das gilt vor allem voran für den Zeugenbeweis.

Dass die forensische Psychologie durch die Erforschung der Aussagen das Zeugnis als einen der unsichersten Beweise erkannte, stellt nach HAUSER eine vielfach geäusserte und beklagte Tatsache dar.

Überraschenderweise belegen die Untersuchungen eine Vielzahl von *bewusst falschen Zeugnissen*. Nach der schweizerischen Kriminalstatistik werden jährlich über einhundert Personen wegen dieses Deliktes bestraft. HAUSER geht übereinstimmend mit anderen Sachverständigen davon aus, dass die Dunkelziffer bei diesem Verbrechen aussergewöhnlich hoch sein dürfte.

Entsprechend höher muss die Fehlerquote der *unbewusst falschen Zeugnisse* sein. Den Experten folgend, stellt die fehlerlose Erinnerung nicht die Regel, sondern die Ausnahme dar, weshalb der Zeugenbeweis nach Kräften auszuschalten sei. Leider kann trotz dieser Erkenntnisse auf den Zeugenbeweis nicht verzichtet werden. Hingegen ist eine sorgfältigere Rückführung des Zeugen in seine tatsächlichen Wahrnehmungen, eine bessere Überprüfung der Aussagen und eine verstärkte Kontrolle der Untersuchungs- bzw. Ermittlungshandlungen möglich und notwendig.

Jeder Beweis ist sicher unsicher: Dafür gibt es exemplarische Beispiele. Schon Goethe lehrt uns in seinem Faust I, wie leicht selbst Doktor Faust zu einem *bewusst falschen Zeugnis* über Schwerdtleins Tod in Padua gebracht werden konnte. Obschon er Mephistos Ansinnen zunächst ablehnte, gab Faust schliesslich nach, um Gretchen möglichst bald für sich zu gewinnen. Wer kennt nicht diesen Dialog zwischen Faust und Mephisto:

- M: Wir legen nur ein gültig Zeugnis nieder,
Dass ihres Ehherrn ausgereckte Glieder
in Padua an heil'ger Stätte ruhn.
- F: Sehr klug! Wir werden erst die Reise machen müssen!
- M: Sancta simplicitas! darum ist's nicht zu tun;
Bezeugt nur, ohne viel zu wissen.
- F: Wenn Er nichts Bessers hat, so ist der Plan zerrissen.
- M: O heil'ger Mann! Da wärt Ihr's nun!
Ist es das erstemal in Eurem Leben,
Dass Ihr falsch Zeugnis abgelegt?
Habt Ihr von Gott, der Welt und was sich drin bewegt,
vom Menschen, was sich ihm im Kopf und Herzen regt,
Definitionen nicht mit grosser Kraft gegeben?
Mit frecher Stirne, kühner Brust?
Und wollt Ihr recht ins Innre gehen,
Habt Ihr davon, Ihr müsst es grad' gestehen,
So viel als von Herrn Schwerdtleins Tod gewusst!
- F: Du bist und bleibst ein Lügner, ein Sophiste.
- ...
- Denn du hast recht, vorzüglich weil ich muss.

Zahlreiche Beispiele von falschen Zeugenaussagen figurieren in den wissenschaftlichen Untersuchungen über Fehlurteile. Zwei beeindruckende Fälle von *unbewusst* falschen Aussagen hat BRANDT ausgewertet:

In einem Fall identifizierten *elf* geprellte Damen denselben Inhaftierten als angeblichen "Earl of Wilton", der sie nach Anbahnung intimer Beziehungen und unter Mitnahme wertvoller Gegenstände verlassen habe. Der arme Mann sass *sieben Jahre* lang unschuldig im Gefängnis und war bereits entlassen, als der echte "falsche Earl" endlich gefasst wurde. Die gleichen elf Zeuginnen erkannten nunmehr den zweiten Earl of Wilton "mit noch grösserer Sicherheit" als Täter. Die Zeuginnen hatten den Täter alle näher gekannt; mit dem unschuldig Verurteilten hatte dieser aber kaum Ähnlichkeit.

Im zweiten Fall identifizierten *sieben* Augenzeugen einen Unschuldigen einwandfrei als Täter eines schweren Verbrechens. Der echte Täter wurde später gefasst; er wies mit dem unschuldig Verurteilten *keinerlei Ähnlichkeit* auf.

Ein Zeugenkomplott lag in beiden Fällen nicht vor. Beide Fehlurteile gingen darauf zurück, dass die Gegenüberstellungen *fehlerhaft* ausgeführt wurden. Die Gefahr von Beweiserhebungsfehlern besteht auch in unseren Strafuntersuchungen, solange der Verteidiger nicht sämtlichen Untersuchungshandlungen beiwohnen kann. Das gilt ganz speziell für diejenigen Ermittlungen, welche die Polizei ohne jede Kontrolle ausführt.

Mit Bezug auf die grosse Bedeutung der Sachverhaltsermittlung in Strafverfahren müssen Beweis- und Vernehmungslehre zur notwendigen *Ausbildung* aller amtierenden und künftigen Justizpersonen erhoben werden. Gerade in diesem Bereich kann Berufserfahrung mangelndes Wissen nicht ersetzen. Abgesehen davon, dass schon Berufsanfänger Befragungen durchführen müssen und dass echte Berufserfahrung die Summe vieler Fälle und vieler Fehler ist, "halten manche das für Erfahrung, was sie zwanzig Jahre falsch gemacht haben" (B. Shaw).

IX. Unmittelbarkeit des Verfahrens

Wiederholt wurde darauf hingewiesen, dass im zürcherischen Gerichtsverfahren die Unmittelbarkeit weitgehend fehlt.

Unmittelbarkeit bedeutet, dass die wesentlichen Beweiserhebungen in Anwesenheit aller Verfahrensbeteiligten vorgenommen werden. Für den erkennenden Richter ist das von grösster Bedeutung. Wer über Schuld und Strafe entscheidet, muss die der Wahrheit am nächsten kommende Wahrnehmungsmöglichkeit haben.

1. Die Problematik des Aktenprozesses

Der Aktenprozess stammt aus der Zeit des Inquisitionsverfahrens, mit all seinen Nachteilen und vorverurteilenden Elementen. Wenn die Akten aber - wie in Zürich - zum Grossteil im polizeilichen Ermittlungsverfahren gesammelt und erstellt werden, so stellen sie im heutigen Zeitpunkt in erster Linie die durch kein Gegengewicht korrigierte Sicht des Verfolgers dar. Erstaunlicherweise ist manchem Richter nicht bewusst, dass ihn das vorgelegte Aktenmaterial auf diese einseitige Optik des Anklägers vorspurt.

Die Akten werden überbewertet. Das ergibt sich zum Beispiel aus der oft wortklauberischen Auseinandersetzung mit polizeilichen Protokollen. Widersprüche solcher Protokolle mit späteren Einvernahmen werden oft zugunsten der polizeilichen Vernehmung gelöst mit der Begründung, die damalige Aussage sei "näher an der Tat" erfolgt, die Erinnerung daher noch frischer gewesen.

Solche Argumentationen schlagen zu Unrecht die immer wieder erhobene Kritik in den Wind, die protokollierten Formulierungen entsprächen nicht der wirklichen Aussage. Die Frage dreht sich nämlich nicht nur darum, ob die Erinnerung besser oder schlechter war. Die Frage lautet: Gibt ein Protokoll ein *zuverlässiges* Abbild von Geschehenem und Gesagtem? Ist es frei von sinnentstellenden Zusammenfassungen, von ungenauen oder falschen Übersetzungen aus der Mundart in das Schriftdeutsch des Protokollierenden?

Das Überbewerten der Akten verkennt auch die in der Wissenschaft betonte Forderung, dass der Richter mit eigenen Augen und Ohren das Verhalten und die Aussage von Parteien und Zeugen wahrnehmen muss. Er soll selbst erfahren, wie sie sich verhalten und was sie auf die entscheidenden Fragen des Verfahrens zu berichten haben. Auch das genaueste und ausführlichste Protokoll kann nicht wiedergeben, was die Körpersprache zum Ausdruck bringt und was aufgrund der Intuition und Menschenkenntnis an Einsichten gewonnen werden kann.

Der zürcherische Gesetzgeber hat die Bedeutung des unmittelbaren Verfahrens vor dem Sachrichter zweifellos erkannt. Die Strafprozessordnung äussert sich dazu allerdings widersprüchlich. StPO § 30 bestimmt, die Ermittlungen seien nur soweit zu führen, dass entweder das Verfahren eingestellt oder Anklage erhoben werden kann. Die Vorschrift hat demnach die Aufnahme der wichtigsten Beweise durch den Richter im Auge. Das hat FRITZSCHE schon vor über 30 Jahren in Erinnerung gerufen. Die Praxis aber stützt sich oft bis zum Exzess auf StPO § 284, wonach das Urteil aufgrund der Verhandlung und der Akten gefällt werde, sowie auf StPO §§ 182 Abs. 3 und 421 Abs. 3, wonach das Verfahren zur Vervollständigung der Akten an die Untersuchungsbehörden zurückgewiesen werden kann.

Damit erhalten die Akten ein massives Übergewicht. Mit Sicherheit unterschätzen viele Richter, die den Aktenprozess gewohnt sind, den Wert der direkten und persönlichen Beweiserhebung. Verzerre oder unvollständige Akten bergen unerkannte Risiken - verborgene Dateien im Programm des Erkenntnisprozesses.

Ob und inwieweit die Europäische Menschenrechtskonvention ein unmittelbares Verfahren vorschreibt, ist kontrovers. Es ist aber evident, dass das von EMRK Art. 6 Abs. 1 vorgesehene *fair hearing* - auch gesamthaft als *fair trial* aufgefasst - durch blosser Befragung des bestreitenden Angeklagten durch den Richter nicht erfüllt wird. Nur die "Anhörung" - d.h. eine persönliche, direkte

Wahrnehmung - der massgebenden Beweise durch den entscheidenden Richter kann diesem Erfordernis gerecht werden. Die Bedeutung der direkten Wahrnehmung des Sachrichters ist daher in letzter Zeit vermehrt betont worden.

2. Fair hearing und freie Beweiswürdigung

Die freie Beweiswürdigung bleibt eine Illusion, wenn der Richter seiner Entscheidung gefiltertes, verzerrtes und unvollständiges Material zugrunde legt.

Die Aufgabe des Strafverfahrens liegt in der Findung gerechter Urteile. Unkritische Haltung gegenüber Ermittlungsergebnissen und Aktengläubigkeit verhindern das.

Protokolle von Aussagen sind nie unverfälscht. Verzerrungsquellen liegen überall: In der psychischen Ausnahmesituation eines unverhofft Verhafteten, der ohne Anwesenheit eines Rechtsbeistandes aussagt, in der persönlichen Meinung des befragenden Beamten, in der Begabung des Protokollierenden, der lange schweizerdeutsche Erklärungen in kurze schriftdeutsche Befragungsprotokolle umfunktioniert. Im Zusammenhang mit weiteren gefärbten Akten ergibt sich ein Bild, das sich schon deutlich von der Wirklichkeit entfernt hat, ein typischer "Aktenniederschlag".

Ein Richter kann von seinem Recht auf freie Würdigung der Beweise gar nicht Gebrauch machen, wenn er nicht weiss, in welcher Richtung er nach einer Entzerrung des Aktenbildes suchen müsste. Der Richter kann die Güte der Tatsachenfeststellung ohne *Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme* nicht kontrollieren.

Die freie Beweiswürdigung des Richters wird zusätzlich erschwert, wenn auch die Verteidigung höchstens Hinweise zu geben vermag, wo Verfälschungen entstanden sein könnten. Und wenn sie es tut, reichen "vage Vermutungen" nicht aus, um Zweifel an der "Richtigkeit" der Protokolle zu begründen.

Die fehlende Kontrolle bei der Tatsachenfeststellung stellt für die Verteidigung eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar. Für den Richter kann sie hinsichtlich der freien Beweiswürdigung Anlass zur Selbsttäuschung sein.

Von manchen Richtern ist dies erkannt worden. So führt zum Beispiel SOLDINI aus: "Die Mündlichkeit ist daher nicht nur eine Verfahrensart, ... sondern eine Notwendigkeit, die unabdingbar verbunden ist mit der Erkenntnismöglichkeit des Richters... Die Suche nach der materiellen Wahrheit kann tatsächlich nicht von der Wahrnehmung absehen, die direkt ist, nicht durch Dritte oder Schriftstücke vermittelt, sondern gewonnen aus der Persönlichkeit des Angeklagten, der Zeugen und des Prozessmaterials... Fast nicht wahrnehmbar entwickelt sich daher der Grundsatz der Mündlichkeit auf der interpretativen Ebene von einer Vorgehensweise zu einem erkenntnistheoretischen Grundsatz bezogen auf die Bildung der richterlichen Überzeugung."

An das gerichtliche Verfahren ist daher die Anforderung vermehrter Unmittelbarkeit zu stellen.

Wo aber die volle Unmittelbarkeit vor dem *Sachrichter* nicht die Regel ist, ist die umfassende Mitwirkung des Anwalts im *Ermittlungsverfahren* besonders notwendig und bedeutsam. Der grössere

Zeitbedarf im gerichtlichen Verfahren wird durch den Zeitgewinn in der Untersuchung und durch die Vermeidung von Doppelspurigkeiten weitgehend wettgemacht. Die sofortige Mitwirkung der Verteidigung kann strittige Hauptverfahren vermeiden helfen und Teilverzichte für die direkte Beweisaufnahme ermöglichen.

Unmittelbarkeit des Verfahrens, freie Beweiswürdigung, Vertrauen dank Mitwirkung und Akzeptanz der Strafjustiz gehen Hand in Hand. Jedenfalls ist *vermehrte Unmittelbarkeit* in allen Verfahrensstadien dazu geeignet, *die Qualität der Strafjustiz als gesamtes zu verbessern*.

X. Schlussfolgerungen

Die Angst vor sogenannten "amerikanischen Zuständen" ist nicht am Platz. Auch England kennt den sofortigen Verteidigerbeizug und die Rechtsbelehrung sei jeher. Es werden dort nicht weniger Straftäter überführt als bei uns.

In der Bundesrepublik Deutschland lässt seit Jahren StPO § 136 den Verteidiger ebenfalls sofort und ungehindert zu. Das deutsche Strafverfahren und sein Verfolgungsapparat sind wegen dieser Bestimmung nicht zusammengebrochen.

Dieses Beispiel dürfte die Befürchtungen abbauen vor dem, was bald auch in Zürich Gesetz werden soll. Das kantonalzürcherische Parlament hat am 2. November 1987 mit grossem Mehr eine Motion überwiesen, die den sofortigen Verteidigerbeizug und den ungehinderten Kontakt zum Inhaftierten gewährleistet. Ausserdem ist in diesem verpflichtenden Gesetzgebungsauftrag auch das Recht der Verteidigung auf Anwesenheit bei allen Befragungen fest vorgesehen.

Seit Jahren ist die Anwaltschaft dafür eingetreten, dass sie in der Strafuntersuchung vermehrt aktiv mitwirken kann. Es sind vor allem die Postulate des sofortigen Beizugs des Verteidigers, der Anwesenheit bei allen Befragungen, umfassende Akteneinsicht - eben gleich lange Spiesse.