

Nadja Capus/Miriam Stoll
Basel

Lesen und Unterzeichnen von
Einvernahmeprotokollen im Vor- und
im Hauptverfahren

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht»
Band 131 · 2013 · Heft 2

Stämpfli Verlag AG Bern

Nadja Capus, Basel; Mirjam Stoll, Basel

Lesen und Unterzeichnen von Einvernahmeprotokollen im Vor- und im Hauptverfahren

Anmerkungen zur Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung aus Sicht der rechtswissenschaftlichen und kriminologischen Protokollforschung

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Protokollierungsvorschriften der Schweizerischen Strafprozessordnung
 1. Die Normen
 2. Die Kritik
 3. Der revidierte Wortlaut
- III. Das Hauptverhandlungsprotokoll aus Sicht der Praxis
 1. Rahmen des Expertenworkshops und Methode
 2. Die Argumentation zugunsten der Revision
- IV. Lesen und Unterzeichnen des Einvernahmeprotokolls im Lichte der Protokollfunktionen und des Anspruchs auf rechtliches Gehör
 1. Garantiefunktion
 2. Beweisfunktion gestützt auf Urkundenqualität und Abbildfiktion
 3. Bindungsfunktion
 4. Anspruch auf rechtliches Gehör
- V. Die Tonbandaufnahme als Äquivalent für das Unterzeichnen des Protokolls?
 1. Protokollfunktionen
 2. Anspruch auf rechtliches Gehör
- VI. Fazit und Ausblick

I. Einleitung

Noch bevor die Schweizerische Strafprozessordnung im Januar 2011 in Kraft trat, wurde bereits die erste Revision des Gesetzes in die Wege geleitet und im September 2012 angenommen.¹ Die Regelung, dass Einvernahmeprotokolle nicht nur

1 Auf Antrag eines Mitgliedes hatte die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates am 20. Mai 2010 – mehr als zweieinhalb Jahre nach endgültigem Parlamentsbeschluss über den Wortlaut der neuen Strafprozessordnung und rund ein halbes Jahr vor Inkrafttreten am 1. Januar 2011 – mit zwölf zu null Stimmen bei einer Enthaltung die Ausarbeitung einer parlamentarischen Initiative beschlossen. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates stimmte diesem Vorhaben am 15. Oktober 2010 zu. Nach zwei Sitzungen im Jahr 2011 stand am 20. Oktober 2011 ein Vorentwurf der Protokolländerungsbestimmungen fest und wurde einem «engeren Kreis von Betroffenen» zur Stellungnahme vorgelegt. Von neun eingeladenen Adressaten

im Vorverfahren, sondern auch vor Gericht von der befragten Person kontrolliert und unterzeichnet werden sollen, war auf Kritik gestossen. Nach der neuen Regelung soll im Hauptverfahren auf diese Arbeitsschritte verzichtet werden können, sofern die Einvernahme mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet wird (Art. 78 Abs. 5^{bis} StPO). Die mit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung zwingend vorgesehene nachträgliche Transkription von Audio- oder Videoaufnahmen ist demgegenüber bewusst gestrichen worden (Art. 78 Abs. 7 StPO).²

In diesem Aufsatz fokussieren wir auf die erstgenannte Anpassung, den Verzicht auf das Lesen und Unterzeichnen, und befragen sie auf ihre Voraussetzungen hin. Die Gesetzesänderung, die sich auf den ersten Blick als einfache Frage der Verfahrensökonomie präsentiert, erweist sich bei näherer Betrachtung als Lehrstück zu Theorie und Handwerk der Protokollierung. Begründet wurde die Revision im Kommissionsbericht mit dem grossen zeitlichen Aufwand, der mit dem Korrekturlesen des Protokolls verbunden ist, vor allem wenn es rückübersetzt werden muss.³ Dass das Gegenlesen Zeit kostet, gilt jedoch nicht nur für die Hauptverhandlung, sondern ebenso für die Einvernahmen von Polizei und Staatsanwaltschaft. Weshalb also wird nicht auch für die Einvernahmen im Vorverfahren diskutiert, ob es wirklich nötig ist, dass die befragte Person das Protokoll liest und unterzeichnet? Weiter wirft die Ton- oder Videoaufzeichnung von Einvernahmen, die die neue Regelung vorsieht, Fragen auf. Das Abhören oder Ansehen dieser Dokumente ist äusserst aufwendig. Wie können sie im Sinne der Revision in den Dienst der Verfahrensbeschleunigung gestellt werden? Und weshalb können sie die Genehmigung des Protokolls durch die befragte Person ersetzen?

Nach der Erläuterung der bisherigen Protokollierungsvorschriften und der neuen Regelung (Kapitel II.) betrachten wir die Gesetzesrevision aus zwei Perspektiven: Wir zeigen einerseits auf, wie aus Sicht der Praxis für die Revision argumentiert werden kann (Kapitel III.). Diese Analyse basiert auf Gruppendiskussionen mit Vertreterinnen und Vertretern von Strafverfolgungsbehörden, Gerichten und Anwaltschaft. Andererseits diskutieren wir aus rechtswissenschaftlicher und kri-

nahmen acht Stellung, s. Zusammenfassung Stellungnahmen der Anhörung vom 25. Januar 2012, <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/berichte-legislativkommissionen/kommission-fuer-rechtsfragen-rk/Seiten/default.aspx>, besucht am 10. Dezember 2012. Als Resultat dessen wurde die Revisionsbestrebung ausgedehnt auf das Zivilprozessverfahren (nicht aber auf das Militärstrafprozessverfahren). Der endgültige Entwurf wurde am 16. Februar 2012 von der Kommission einstimmig angenommen und mit Bericht vom 16. April 2012 dem Parlament vorgelegt. S. Parlamentarische Initiative 10.444 «Strafprozessordnung, Protokollierungsvorschriften», Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 20. Oktober 2011, 1 f., und Bericht derselben Kommission vom 16. April 2012, 5707, 5709.

2 BBl 2012 8149, die Referendumsfrist lief am 17. Januar 2013 aus, in Kraft treten wird sie voraussichtlich am 1. April 2013.

3 Bericht vom 16. April 2012 (Fn. 1), 5712.

minologischer Sicht, wie sich das (Vor-)Lesen⁴ und Unterzeichnen des Schriftprotokolls zu den Protokollfunktionen und dem Anspruch auf rechtliches Gehör verhält (Kapitel IV.). In Kapitel V. werden die beiden Stränge zusammengeführt. Es wird dargestellt, unter welchen Bedingungen sich die neue Regelung als legitim und praktikabel durchsetzen konnte und wo Defizite der Revision liegen. Zum Schluss diskutieren wir mögliche Effekte der Revision, die – indem sie die Stellung von Tonbandaufnahmen in der Einvernahmeprotokollierung stärkt – weitreichende Auswirkungen auf die Wissensorganisation in Strafverfahren haben könnte (Kapitel VI.).

II. Die Protokollierungsvorschriften der Schweizerischen Strafprozessordnung

1. Die Normen

In den *kantonalen Strafprozessordnungen* war das Lesen und Unterzeichnen von Aussageprotokollen vor Gericht unterschiedlich geregelt. Einige Kantone haben zwischen der Protokollierung auf Stufe Untersuchung bzw. Vorverfahren und auf Stufe Gericht unterschieden, andere nicht. So waren beispielsweise im Basler und Zürcher Strafverfahrensrecht die Arbeitsschritte des Vorlesens bzw. Lesenlassens und des Unterzeichnens durch die befragte Person explizit nur vorgeschrieben für Einvernahmeprotokolle des Vor- bzw. Untersuchungsverfahrens und nicht für solche auf Gerichtsstufe.⁵ Das Lesen der Einvernahmeprotokolle war auch in Genf vor dem «Tribunal de police» vorgeschrieben,⁶ die Unterschriftspflicht beschränkte sich aber auf den Präsidenten und den Gerichtsschreiber.⁷ Bei den Waadtländer Gerichten betraf diese Pflicht sowohl den Richter als auch die befragte Person.⁸ Gemäss der Aargauer⁹ und der Thurgauer Strafprozessordnung¹⁰ wurde in der Regel sogar auf das Lesen verzichtet, wohingegen im Berner Verfahrensrecht

4 Nachfolgend wird nur das Lesen genannt, wobei das Vorlesen jeweils mitgemeint ist.

5 § 40 Abs. 2 BS-StPO, § 32 Abs. 2 ZH-StPO.

6 Art. 226 Abs. 3 GE-StPO.

7 Art. 231 GE-StPO.

8 Art. 203 Abs. 1 VD-StPO.

9 Die Ausnahmeregelung gemäss Art. 55b Abs. 2 AG-StPO lautete: «[...] Ausnahmsweise kann der Präsident von sich aus oder auf Antrag einer Partei oder des Verhörten die Verlesung einer Aussage anordnen, wenn ihr eine besondere Wichtigkeit zukommt. Das Vorlesen ist im Protokoll anzumerken.»

10 § 46 Abs. 3 TG-StPO: «Das Gerichtsprotokoll wird in der Regel nicht verlesen und nur vom Gerichtsschreiber unterzeichnet.»

das Vorlesen, die Einsichtnahme und die Unterzeichnung durch die befragte Person Vorschrift waren.¹¹

Im *Vorentwurf* zur Schweizerischen Strafprozessordnung war eine Differenzierung zwischen Einvernahmeprotokollen des Vor- und des Gerichtsverfahrens ebenfalls vorgesehen (Art. 86 und 87 VE-StPO). So hätte das Protokoll im Gerichtsverfahren nicht gelesen werden müssen, wenn die befragte Person explizit darauf verzichtet hätte;¹² ein «von der einvernommenen Person selbst zu unterzeichnendes separates Einvernahmeprotokoll» erstellen zu lassen, hätte in der Kompetenz des Gerichts gelegen.¹³ In Kraft getreten ist schliesslich mit der *Schweizerischen Strafprozessordnung* am 1. Januar 2011 eine Regelung, wonach eben nicht mehr unterschieden wird zwischen Einvernahmeprotokollen aus Vorverfahren und solchen aus Gerichtsverhandlungen. Jedes Einvernahmeprotokoll hat demnach der einvernommenen Person zum Lesen vorgelegt zu werden. Nach dieser Kenntnisnahme wird zudem eine Unterzeichnung des Protokolls und ein Visieren jeder Seite erwartet (Art. 78 Abs. 5 StPO).

2. Die Kritik

Die Kritik an dieser Regelung im Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates richtete sich einzig gegen die mutmassliche Verlängerung von Gerichtsverhandlungen in Strafsachen und den damit einhergehenden *Zeit- und also auch Kostenaufwand*,¹⁴ vor allem in *Befragungssituationen mit Übersetzung*. Das Lesen und Unterzeichnen selbst verzögert die Verhandlung, zudem steigt der Zeitdruck auf die protokollführenden Gerichtsschreiber, wenn am Schluss der Verhandlung bereits die Endfassung des Protokolls vorliegen muss.¹⁵ Dabei wurde speziell im Kanton Zürich zwar kein zusätzlich anfallender Zeitaufwand befürchtet, sondern eine Verlagerung von Arbeit von der in diesem Kanton recht aufwendigen Nachbearbeitungs- in die Verhandlungs- bzw. Vorbereitungsphase.¹⁶

11 Art. 79 Abs. 2 BE-StPO.

12 Art. 87 Abs. 2 VE-StPO.

13 Art. 87 Abs. 4 VE-StPO. Zur Regelung im Vorentwurf siehe bereits die Ausführungen von P. Marti, Das Protokollieren von Einvernahmen nach der Schweizerischen Strafprozessordnung aus der Sicht eines Zürcher Richters – Fluch oder Segen?, fp 2011, 91–113, 92; P. Popp, Einvernahmeprotokoll in der Hauptverhandlung, fp 2011, 98–116, 98 f.; Bericht vom 16. April 2012 (Fn. 1), 5710.

14 Bericht vom 20. Oktober 2011 (Fn. 1), 5; Bericht vom 16. April 2012 (Fn. 1), 5712.

15 I. Egli, Protokollierungsvorschriften der Schweizerischen Strafprozessordnung – ein Plädoyer für die Revision, AJP 2012, 627–638, 630 f.

16 Bericht «Auswertung Protokollieren Testphasen A und B» vom 8. September 2010, 12.

Vonseiten der Praxis wurden zudem *negative Effekte auf die Einvernahme* selbst befürchtet. Als Reaktion auf den hohen Protokollierungsaufwand werden womöglich vorgefertigte Fragenkataloge eingesetzt oder weniger Fragen – insbesondere weniger offene Fragen – gestellt, was eine vergleichsweise oberflächliche und unflexible Befragung zur Folge hätte.¹⁷ Müssen Strafrichter – als hauptverantwortliche Verfahrensleiter – zudem nicht nur die Befragung durchführen, sondern auch die Protokollierung kontrollieren, wurde neben dem Zeit- auch ein *Qualitätsverlust* in Bezug auf die inhaltliche Protokollierung vorausgesagt.¹⁸

Veränderte Protokollierungsvorschriften tangieren schliesslich das Berufsbild des Gerichtsschreibers, das (zumindest in der deutschsprachigen Schweiz) dem eines «studierten Juristen» und nicht eines kaufmännisch ausgebildeten Sekretärs entspricht.¹⁹ Je nach Kanton und wohl auch je nach Gericht kann ein Gerichtsschreiber so viel inhaltliche Mitarbeit wahrnehmen – von der Vorbereitung der Hauptverhandlung über die Beratung bei der Entscheidungsfindung (Art. 348 Abs. 2 StPO) bis hin zur Begründung des Urteils –, dass die Protokollierungsarbeit beinahe nebensächlich wird.²⁰ Eine Steigerung des Protokollierungsaufwandes wurde daher mit einem allfälligen *Geltungsverlust* des Gerichtsschreiberberufes in Verbindung gebracht, dessen Fokus eben nicht «zu einem grossen Teil aus Protokollieren bestehen solle», weil er sonst nicht «hochwertig» gehalten werden könne.²¹

3. Der revidierte Wortlaut

Das deklarierte Ziel der Kommission lag darin, die «Effizienz der Verfahren» zu steigern und Prozesse «speditiv» erledigen zu lassen.²² Neu soll den Gerichten die Möglichkeit zur Verfügung stehen («Kann-Vorschrift»), auf das Lesen und Unterzeichnen durch die einvernommene Person zu verzichten.

17 *Marti* (Fn. 13), 96; *Egli* (Fn. 15), 632 f.; *B. Hürlimann*, Das vermaledeite Protokoll. Wenn der Strafrichter nur noch in den Computer schaut – anstatt dem Beschuldigten oder der Zeugin in die Augen, NZZ vom 3. Dezember 2011, 21.

18 *Marti* (Fn. 13), 96.

19 *Egli* (Fn. 15), 630.

20 *Popp* (Fn. 13), 99 Anmerkung 13; *Egli* (Fn. 15), 630 und Anmerkung 19.

21 So die formell protokollierte, «informell» an den Vorstand herangetragene Befürchtung einer Abwertung aus Kreisen der St. Galler Gerichtsschreiber, Protokoll der Verbandstagung vom 5. November 2010 des Verbandes st. gallischer Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber, 4, wobei der Kantonsgerichtspräsident darauf hinwies, «dass das Führen eines Verhandlungsprotokolls hochwertige Arbeit darstelle».

22 Bericht vom 20. Oktober 2011 (Fn. 1), 6.

Der Wortlaut der revidierten Absätze von Art. 78 StPO liest sich wie folgt:

^{5bis} Wird die Einvernahme im Hauptverfahren mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet, so kann das Gericht darauf verzichten, der einvernommenen Person das Protokoll vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und von dieser unterzeichnen zu lassen. Die Aufzeichnungen werden zu den Akten genommen.

⁷ Sind handschriftlich erstellte Protokolle nicht gut lesbar oder wurden die Aussagen stenografisch aufgezeichnet, so werden sie unverzüglich in Reinschrift übertragen. Die Notizen werden bis zum Abschluss des Verfahrens aufbewahrt.

Einzigste Bedingung für den Verzicht auf das Lesen und Unterzeichnen ist demnach die technische Aufzeichnung,²³ welche Teil der Akten wird. Gestrichen wurde zudem die Vorschrift, dass bei technischen Aufzeichnungen *nachträglich* eine Absicht der Aufnahme zu erstellen sei. Zwar ist ein *laufendes* schriftliches Protokoll nach wie vor Pflicht, weil weder der Wortlaut von Art. 76 Abs. 1 noch von Art. 76 Abs. 4 StPO verändert wurde. Der Gesetzgeber erlaubt die Dokumentation mittels Aufnahme in «Ton oder Bild»²⁴ – allerdings eben nur *zusätzlich* zur schriftlichen Protokollierung.²⁵ Das Primat des Schriftprotokolls wird dennoch durchbrochen, weil die neuen Normen die technischen Aufzeichnungen in gleichwertiger Weise zulassen. Eine nachträgliche Verschriftlichungspflicht besteht gemäss Absatz 7 nur noch bei nicht gut lesbaren handschriftlichen Protokollen oder stenografischen Aufzeichnungen.

III. Das Hauptverhandlungsprotokoll aus Sicht der Praxis

Wie erwähnt, nahm der Anstoss zur Revision der Strafprozessordnung ein Anliegen aus der Praxis auf. Die Kritik am Lesen und Unterzeichnen von Protokollen wie auch die Lösung, die sich nun durchgesetzt hat, werden verständlich,

23 Die Einführung der Möglichkeit solcher Aufzeichnungen geschah im Rahmen der Vorbereitung zur Schweizerischen Strafprozessordnung eher widerwillig: Die Möglichkeit der audiovisuellen Aufnahme in Art. 78 Abs. 6 wurde überhaupt erst im parlamentarischen Stadium aufgenommen, s. Hinweis bei N. Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 78 N 8.

24 Gemeint sein kann nur, dass auch eine Aufzeichnung in Ton *und* Bild, also eine audiovisuelle Aufzeichnung möglich sein soll. S. in diesem Sinne statt anderer: D. Brüscheiler, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 76 N 8; Ph. Näpflin in: Basler Kommentar StPO, hrsg. von M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, Basel 2011, Art. 76 N 17.

25 Schmid (Fn. 23), Art. 76 N 7; Brüscheiler in: Kommentar StPO (Fn. 24), Art. 76 N 8; Botenschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, 1156, sowie bestätigend Bericht vom 20. Oktober 2011 (Fn. 1), 5, und Bericht vom 16. April 2012 (Fn. 1), 5716.

wenn betrachtet wird, wie Angehörige von Strafverfolgungsbehörden und Gerichten Einvernahmeprotokolle verstehen und verwenden.

Nachfolgend stellen wir deshalb Teilergebnisse eines Workshops dar, der im März 2012 an der Juristischen Fakultät der Universität Basel durchgeführt wurde.²⁶

1. Rahmen des Expertenworkshops und Methode

Am Workshop beteiligt waren Vertreterinnen und Vertreter von Polizei, Staatsanwaltschaft, Anwaltschaft und erstinstanzlichen Gerichten, die aufgrund ihrer alltäglichen Arbeit an und mit Einvernahmeprotokollen als Experten und Expertinnen auf diesem Gebiet gelten können. Insgesamt handelte es sich um knapp 30 Personen aus zwölf Deutschschweizer Kantonen. Der Workshop wurde im Rahmen des Forschungsprojekts «Strafverfahren im Wandel: Mittelbare Beweisführung und Zeugeneinvernahmeprotokolle» durchgeführt, das vom Schweizerischen Nationalfonds finanziert wird. Er diente dazu, in Erfahrung zu bringen, welche Anforderungen Praktikerinnen und Praktiker an Einvernahmeprotokolle in Strafverfahren stellen und wie die Protokollierung ihres Erachtens am besten zu organisieren und zu regulieren wäre.

Die Durchführung des Workshops basierte auf dem sozialwissenschaftlichen Verfahren des leitfadengestützten Gruppeninterviews bzw. der Gruppendiskussion.²⁷ Dabei wird in einer ersten Phase eine offene, selbstläufige Diskussion angeregt; erst in einer zweiten Phase greift die Moderatorin oder der Moderator stärker strukturierend in die Diskussion ein und stellt Nachfragen. Die Diskussionen wurden auf Tonband aufgezeichnet, transkribiert und auf dieser Grundlage anhand einer qualitativen Inhaltsanalyse²⁸ ausgewertet.

Um auch die berufsspezifischen Sichtweisen zu erfahren, war der Workshop zweigeteilt: Auf Diskussionen in den vier Berufsgruppen folgte eine Plenumsitzung. Die einzelnen Berufsgruppen setzten sich jeweils aus fünf bis acht Personen zusammen, was der empfohlenen Gruppengrösse entspricht.²⁹ Die Teilnehmenden nahmen auf Einladung hin und unentgeltlich am Workshop teil; es dürfte

26 Wir danken den Teilnehmenden, die uns ihre Zeit und ihr Wissen zur Verfügung gestellt haben, sowie Seraina Caviezel Schmitz und Bernd Kersten, die den Workshop zusammen mit den Autorinnen organisiert und durchgeführt haben.

27 Vgl. z. B.: M. Bloor/J. Frankland/M. Thomas/K. Robson, *Focus Groups in Social Research*, London/Thousand Oaks/New Delhi 2001; R. Bohnsack, *Das Gruppendiskussionsverfahren in der Forschungspraxis*, Opladen 2006.

28 Ph. Mayring, *Qualitative Inhaltsanalyse, Grundlagen und Techniken*, 8. Aufl., Weinheim 2003.

29 Bloor/Frankland/Thomas/Robson (Fn. 27), 26, nennen sechs bis acht Personen als ideale Gruppengrösse.

sich um überdurchschnittlich für Fragen der Protokollierung sensibilisierte Berufsvertreterinnen und -vertreter handeln.

2. Die Argumentation zugunsten der Revision

Die Gleichbehandlung von Protokollen aus dem Vor- und dem Hauptverfahren durch die Schweizerische Strafprozessordnung bildete am Workshop den dominierenden Diskussionsgegenstand der Gerichtsvertreterinnen und -vertreter und wurde darüber hinaus von den Staatsanwältinnen und -anwälten sowie im Plenum thematisiert. Anhand der Analyse dieser Gespräche zeigen wir auf, wie aus Sicht der Praxis begründet werden kann, dass das Lesen und Unterschreiben des Protokolls durch die befragte Person auf Stufe Gericht verzichtbar ist.

Die Frage wurde kontrovers diskutiert: Die Gerichtsvertreterinnen und -vertreter befürworteten übereinstimmend die in der Zwischenzeit beschlossene Revision.³⁰ Die Kritik an der unterschriftlichen Bestätigung des Hauptverhandlungsprotokolls setzte dabei – wie im Bericht der Rechtskommission des Ständerats – beim grossen Zeitaufwand an. Hingegen hielten es verschiedene Stimmen aus der Staatsanwaltschaft und der Anwaltschaft nicht für vertretbar, dass für Gerichtsprotokolle andere Anforderungen gelten sollen als für Protokolle aus dem Vorverfahren. Wir konzentrieren uns in der Folge auf die Argumentationslinie *zugunsten* der revidierten Regelung, die in der Diskussion der Gerichtsvertreterinnen und -vertreter entfaltet wurde.

Dreh- und Angelpunkt der Argumentation für oder gegen die Genehmigung des Hauptverhandlungsprotokolls ist die Frage, ob schriftliche Einvernahmeprotokolle auf Stufe Gericht von geringerer Bedeutung sind als Protokolle aus dem Vorverfahren. Von den Vertreterinnen und Vertretern erstinstanzlicher Gerichte wurde vorgebracht, das Hauptverhandlungsprotokoll sei tatsächlich von untergeordneter Bedeutung, da die Richterinnen und Richter ihre Entscheidung meist allein aufgrund der mündlichen Verhandlung, ohne Beizug des Protokolls treffen würden. Werden Personen vor Gericht angehört, nimmt das Gericht demnach die Aussagen direkt wahr und ist nicht auf deren Verschriftlichung angewiesen, um über sie Kenntnis zu erhalten.

Diese Argumentation klammert die Verwendung der Protokolle durch die zweite Instanz aus und unterstellt so implizit, dass das Verfahren in der Regel in der

30 Anzumerken ist, dass sich aufgrund der Anmeldungen für den Workshop die Konstellation ergeben hat, dass alle sechs teilnehmenden Gerichtsschreiberinnen und -schreiber und die zwei Gerichtspräsidentinnen in Kantonen tätig waren, in denen das Lesen und Unterzeichnen des Hauptverhandlungsprotokolls durch die einvernommene Person bis zum Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung 2011 nicht vorgeschrieben war.

ersten Instanz zum Abschluss kommt. Hier setzt denn auch die Kritik an der Auffassung an, dass Protokolle der Gerichtsverhandlung andere Anforderungen zu erfüllen hätten als Protokolle aus dem Vorverfahren: Es wird vorgebracht, dass Protokollen der erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung für die zweite Instanz genau dieselbe Bedeutung zukomme wie staatsanwaltschaftlichen Protokollen für die erste Instanz.

Unter der Annahme, dass Gerichtsprotokolle nur selten überhaupt Verwendung finden, sind Kompromisse zugunsten der Verfahrensökonomie bei der Protokollierung im Hauptverfahren legitimer als im Vorverfahren. Weitere Argumente, welche zur Rechtfertigung einer vergleichsweise rudimentären Protokollierung auf Stufe Gericht vorgebracht wurden, betreffen das Publikum der Befragung und die zeitliche Nähe zur mutmasslichen Tat. Vor Gericht sei eine grössere Zahl von Anwesenden von Verzögerungen durch die Protokollierung betroffen als im Vorverfahren. Zudem seien frühe Einvernahmen insofern von grösserer Relevanz als Einvernahmen vor Gericht, als die Erinnerungen an das fragliche Geschehen zu diesem Zeitpunkt frischer und vermutlich korrekter seien.

Die Gerichtsvertreterinnen und -vertreter schreiben dem Lesen und Unterschreiben des Protokolls durch die befragte Person zwei Aufgaben zu. Diese Arbeitsschritte dienen erstens der Kontrolle der Protokollierung. Zweitens bindet sich die befragte Person an ihre Aussage, wenn sie diese per Unterschrift als richtig wiedergegeben anerkennt. Unterzeichnet sie das Protokoll, kann sie in späteren Einvernahmen, z. B. in der Gerichtsverhandlung, weniger leicht von dieser Darstellung abrücken. Eine Gerichtspräsidentin führt im Rahmen einer Aufzählung ihrer Anforderungen an Einvernahmeprotokolle Folgendes aus:

Des Weiteren ist für mich wichtig, dass Protokolle, ich meine jetzt die Protokolle aus dem Untersuchungsverfahren, vom Befragten gelesen und unterschrieben wurden. Denn damit argumentieren wir halt relativ oft: Wenn einer sagt: «Das habe ich nie gesagt und schon gar nicht so gesagt», dann sagt man, «ja, aber Sie haben es unterschrieben.» Besonders gut kann man darauf verweisen, dass jemand unterschrieben hat, wenn er tatsächlich irgendwo im Protokoll Korrekturen angebracht hat, was dann auch zeigt, dass er es auch einigermaßen kritisch gelesen hat. Für den, der befragt wurde, muss es verbindlich sein.

Weshalb soll nun beim Hauptverhandlungsprotokoll auf die Unterschrift der befragten Person verzichtet werden können, wenn dies doch der Kontrolle und Bindung dient? In Bezug auf die Kontrolle der Protokollierung wird in der Diskussion der Gerichtsvertreterinnen und -vertreter angeführt, dass sie in der Gerichtsverhandlung auf anderem Weg gewährleistet werden kann. Aufgrund der grossen Zahl von Anwesenden bestehe erstens eine soziale Kontrolle, die im Vorverfahren so nicht gegeben sei. Zudem könne mit einer Tonbandaufnahme sichergestellt werden, dass das Protokoll im Zweifelsfall überprüfbar ist.

Die Bindung der befragten Person an ihre Aussage, die mit der unterschriftlichen Bestätigung des Protokolls einhergeht, wird von den Gerichtsvertreterinnen und -vertretern nur in Bezug auf Protokolle des Vorverfahrens thematisiert. Indirekt geht so aus der Diskussion hervor, dass sie die Bindungsfunktion in Bezug auf das Hauptverhandlungsprotokoll nicht als wichtig erachten, was die Bedeutung von Lesen und Unterzeichnen des Protokolls schmälert. Eine mögliche Erklärung dafür ist, dass wiederum der Regelfall unterstellt wird, dass nach der Hauptverhandlung keine weiteren Einvernahmen mehr folgen werden, in denen man die befragte Person auf ihre Aussagen behaften können soll.

IV. Lesen und Unterzeichnen des Einvernahmeprotokolls im Lichte der Protokollfunktionen und des Anspruchs auf rechtliches Gehör

*Robert Hauser*³¹ hat als einer der wenigen Rechtswissenschaftler, die sich eingehend mit Einvernahmeprotokollen auseinandergesetzt haben, den Schriftprotokollen drei Funktionen zugeschrieben: die Gedächtnis- oder Beurkundungsfunktion, die Garantiefunktion sowie die Kontrollfunktion. Beschäftigt man sich näher mit der Frage, welche Bedeutung dem Unterzeichnen des Protokolls zukommt, drängt es sich auf, diese Gliederung zu differenzieren und zu ergänzen: Die Beurkundungs- oder Beweisfunktion bildet u. E. eine eigenständige Funktion, die über die Gedächtnisfunktion hinausgeht. Zudem postulieren wir, dass Einvernahmeprotokollen neben den vier genannten Funktionen eine Bindungsfunktion zukommt.

Einvernahmeprotokolle halten Aussagen dauerhaft fest und machen sie zirkulationsfähig (Gedächtnis- oder Perpetuierungsfunktion). Die Übersetzung der mündlichen Rede in Schriftkommunikation gewährleistet einerseits – trotz allen bekannten Mängeln³² –, dass Befragungen auch zu späteren Zeitpunkten im Verfahren und für abwesende Personen zugänglich sind. Darüber hinaus sollen die schriftlich fixierten Äusserungen und Vorgänge beurkundet werden, sodass das Protokoll als Beweismittel dienen kann. Künftige institutionelle Prozeduren sollen sich via Protokoll *verbindlich* auf Verfahrenshandlungen beziehen können. Dazu trägt neben der Beweis- auch die Bindungsfunktion bei. Mittels Protokoll wird die befragte Person an ihre Aussage gebunden und kann so später auf das schriftlich Fixierte behaftet werden.

31 *R. Hauser*, Die Protokollierung im schweizerischen Prozessrecht, ZStrR 1966, 158–196, 159 f.; s. dazu bereits *N. Capus* Schriftprotokolle im Strafverfahren: «der tote Buchstabe ist noch immer nicht das lebendige Wort selbst», BJM 4/2012, 173–192.

32 *Capus* (Fn. 31), 176 f. m. w. H.

Weiter ermöglichen Protokolle eine Überprüfung, z. B. durch die Rechtsmittelinstanz, ob vorschriftsgemäss verfahren wurde (Kontrollfunktion). Genau weil sie die Voraussetzungen für eine Kontrolle schafft, setzt die Dokumentationspflicht Anreize dafür, dass die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sämtliche Verfahrensgarantien und -rechte einhalten: Protokolle entfalten mit anderen Worten eine Garantiewirkung.

Das Lesen und Unterzeichnen des Protokolls durch die einvernommene Person ist für drei der fünf Funktionen von Bedeutung. Die befragte Person kontrolliert die Wiedergabe ihrer Aussagen und bestätigt anschliessend mit ihrer Unterschrift, dass sie das Protokoll für richtig befunden hat. Sie erklärt sich einverstanden damit, dass das Protokoll – welches das Gespräch nur in transformierter, selektiver Form wiedergeben kann – künftig als korrekte Repräsentation der Einvernahme behandelt wird. Wie wir nun ausführen werden, sind diese Arbeitsschritte für die Bindungsfunktion entscheidend und stützen die Garantie- und die Beweisfunktion. Weiter kann das Lesen des Protokolls als Folge des Anspruchs auf rechtliches Gehör verstanden werden.

1. Garantiefunktion

Indem das Protokollieren die Einhaltung der Vorschriften überprüfbar macht, bewirkt es eine Selbstkontrolle der Verfahrensleitung. Die Verfahrensleitung ist auch deshalb an einer korrekten Verfahrensführung interessiert, damit dies im Protokoll so dokumentiert werden kann. Diese Garantiefunktion wird in der Literatur in der Regel im Hinblick auf die «psychologische Wirkung»³³ diskutiert, die von der Kontrolle der nachfolgenden Instanz auf Verfahrenshandlungen ausgeht. In analoger Weise kann der Überprüfung des Protokolls durch die befragte Person eine Garantiewirkung auf die schriftliche Wiedergabe der Einvernahme zugeschrieben werden. Ähnlich wie die Kontrolle der vorangehenden durch eine nachfolgende Instanz zur Einhaltung von Verfahrensgarantien und -rechten beiträgt, kommt auch dem Gegenlesen und Unterzeichnen des Protokolls durch die befragte Person eine präventive Wirkung zu. Die Aussicht darauf, dass die befragte Person das Protokoll überprüfen wird und es für richtig erklären soll, beugt unfairen oder unkorrekten Protokollierungsweisen vor.

33 Hauser (Fn. 31), 159.

2. Beweisfunktion gestützt auf Urkundenqualität und Abbildfiktion

Schriftliche Einvernahmeprotokolle bilden Beweismittel.³⁴ Ebenfalls anerkannt ist bereits heute, dass auch auf Tonträger registrierte Einvernahmen und Auskünfte Beweismittel sind oder sein können.³⁵

Dem Protokoll kommt eine enorm starke Stellung gegenüber späteren Einwänden zu. Protokollierte Vorgänge oder Aussagen gelten als erfolgt, solange nicht das Gegenteil bewiesen ist (positive Beweisvermutung); nicht Beurkundetes gilt als ungeschehen, solange das nicht als unrichtig erwiesen ist (negative Beweisvermutung).³⁶ Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass in der bisherigen rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung polizeilichen Protokollen geringerer Beweiswert zugemessen wurde als Protokollen von Staatsanwaltschaft bzw. Untersuchungsrichter und Gericht.³⁷

Die Beweiskraft von Protokollen speist sich aus zwei Quellen.³⁸ Einerseits wird Protokollen Urkundenqualität zugeschrieben:³⁹ Dem Protokoll kommt rechtliche Gültigkeit zu, weil die Beteiligten es per Unterschrift für richtig erklärt haben. Andererseits besteht der Anspruch, dass Einvernahmeprotokolle wahr sind in dem Sinn, dass sie ein reales Ereignis abbilden. Protokolle sollen eine Verfahrens-

34 Die Beweiskraft bezieht sich dabei selbstverständlich nur darauf, dass die protokollierten Verfahrenshandlungen und Erklärungen tatsächlich so stattgefunden haben bzw. abgegeben wurden, und nicht darauf, dass die verschriftlichten Angaben materiell richtig sind, vgl. *Hauser* (Fn. 31), 180. Entgegen der expliziten Regelung in kantonalen Strafprozessordnungen – beispielsweise in der Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt – ist diese Beweismittelfunktion in der Schweizerischen Strafprozessordnung nicht explizit verankert.

35 S. BGE 130 II 473 E. 4.1 m.H. auf das unpublizierte Urteil 1P.704/1994 vom 27. Juni 1995, E. 2a/bb.

36 *Capus* (Fn. 31), 188–190; BSK StPO-*Näpfl* (Fn. 24), Art. 76 N 2. Mit der Protokollierung, der Beurkundung wird eine eigene Wirklichkeit entwickelt, die alle anderen Verfahrensbeteiligten verpflichtet: «Was ein Organ des Staates als von sich wahrgenommen bezeugen kann, ist nicht allein für es selbst gewiss, sondern gilt auch für alle anderen Organe des Staates als erwiesen.», s. A. *Steinwenter*, Beiträge zum öffentlichen Urkundenwesen der Römer, Diss. Graz 1915, 56.

37 *Ph. Näpfl*, Das Protokoll im Strafprozess. Unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zur Schweizerischen Strafprozessordnung und der Zürcher Strafprozessordnung, Zürcher Dissertation, Visp 2007, 2 f.; und *J. Aeschlimann*, Einführung in das Strafprozessrecht. Den neuen bernischen Gesetzen, Bern 1997, 205, zufolge sind polizeiliche Protokolle im Unterschied zu Gerichtsprotokollen keine öffentlichen Urkunden, weshalb ihnen auch keine verstärkte Beweiskraft zukomme. Einem Obwaldner Entscheid von 1989 zufolge (<http://ilz.ow.ch/rechtsprechung/AbR-88-89/AbR-88-89-34.htm>) sind Protokolle, die von der Polizei, nicht dem Verhörrichter ausgestellt wurden, besonders kritisch zu würdigen.

38 Vgl. *M. Niehaus/H.-W. Schmidt-Hannisa*, Textsorte Protokoll. Ein Aufriss, in: *Das Protokoll. Kulturelle Funktionen einer Textsorte*, hrsg. von M. Niehaus/H.-W. Schmidt-Hannisa, Frankfurt 2005, 7–10.

39 *Hauser* (Fn. 31), 179; *Näpfl* (Fn. 37), 2 f.; *Niehaus/Schmidt-Hannisa* (Fn. 38), 9.

handlung, wenn nicht vollständig und selektionslos, so doch zumindest vorurteilsfrei wiedergeben.⁴⁰ Diese Abbildfiktion speist sich massgeblich daraus, dass die protokollführende Person in «Kopräsens zur Aktion»⁴¹ die Verfahrenshandlungen aufgrund ihrer unmittelbaren Wahrnehmung laufend aufnimmt.⁴²

Die Urkundenqualität des Protokolls und die Abbildfiktion stützen sich gegenseitig. Die unterschriftliche Einverständniserklärung der Beteiligten, dass das Protokoll behandelt werden darf, als ob es die «Wirklichkeit spiegeln» würde,⁴³ etabliert die Abbildfiktion. Die Unterstellung, dass das Protokoll eine Verfahrenshandlung wahrheitsgemäss bezeugt, legitimiert wiederum seine rechtliche Gültigkeit.

Vom Beweiswert des Protokolls kann auf zweierlei Weise die Rede sein: in Bezug auf die formale Gültigkeit und in Bezug auf die Beweiskraft, die dem Protokoll im Rahmen der freien Beweiswürdigung zugeschrieben wird. Damit ist auch eine Differenzierung hinsichtlich der Unterschriften verbunden: Damit die protokollierten Aussagen als Beweismittel verwertbar sind, muss die Verfahrensleitung und/oder die protokollführende Person das Einvernahmeprotokoll unterzeichnen. Der Unterschrift der befragten Person bedarf es hingegen nicht: Protokolle sind auch gültig, wenn die einvernommene Person ihre Unterschrift verweigert hat. Bedingung dafür ist allerdings, dass die Weigerung und die allenfalls dafür vorgebrachte Begründung im Protokoll vermerkt sind.⁴⁴

Während das Gegenlesen und Unterzeichnen durch die einvernommene Person, wie bereits gesagt, nicht Voraussetzung ist für die Verwertbarkeit des Protokolls als Beweismittel, dürfte es aber dazu beitragen, dass Protokolle bei der freien Beweiswürdigung als wahrheitsgetreue Repräsentationen der Einvernahme aufge-

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

41 *C. Vismann*, Akten. Medientechnik und Recht, Frankfurt am Main 2000, 86.

42 Um das Abbild inklusive des Verlaufs zu erhalten, sind inhaltliche Änderungen nach Art. 79 Abs. 3 StPO erstens so auszuführen, dass die ursprüngliche Protokollierung erkennbar bleibt. Zweitens sind allfällige Berichtigungen, Änderungen, Streichungen und Einfügungen von der protokollführenden Person und der Verfahrensleitung zu beglaubigen.

43 Vgl. *Eschenbach* (Fn. 40), 86: «ein Spiegelbild» der Vernehmung; *U. Donk*, Als ob es die Wirklichkeit wäre – Die formale Sicherung polizeilicher Beschuldigten-Protokolle, in: *Polizei vor Ort. Studien zur empirischen Polizeiforschung*, hrsg. von J. Reichertz/N. Schröder, Stuttgart 1992, 103.

44 Art. 78 Rn. 6 StPO; s. *Capus* (Fn. 31), 188; *Hauser* (Fn. 31), 178. Ist das Protokoll nicht zum Lesen und Unterschreiben unterbreitet worden, sind die protokollierten Aussagen nicht verwertbar (Art. 78 Abs. 5 i. V.m. Art. 141 Abs. 2 StPO), s. BGer 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013.

fasst werden.⁴⁵ Wird das Protokoll nicht nur von der Befragterseite, sondern auch durch die befragte Person für richtig erklärt, stützt das die Abbildfiktion zusätzlich. Das Ziel «eine grösstmögliche Garantie» dafür zu schaffen, «dass das Protokoll auch wirklich den Angaben der verhörten Person entspricht», wird laut *Hauser* «am besten erreicht, wenn sie mit ihrer eigenen Unterschrift zu den protokollierten Aussagen stehen muss»⁴⁶.

3. Bindungsfunktion

Das Protokoll fixiert das Gesprochene in einem doppelten Sinn: Einerseits macht es die Einvernahme dauerhaft verfügbar (Perpetuierungsfunktion), andererseits legt es die Aussage fest und arretiert sie definitiv.⁴⁷ Dieses «Verriegeln» der Aussage basiert neben der Beweisfunktion massgeblich auf der Bindungsfunktion⁴⁸ des Protokolls, die sicherstellt, dass die befragte Person zu einem späteren Zeitpunkt auf ihre Aussagen behaftet werden kann. Das Lesen und Unterzeichnen des Protokolls durch die einvernommene Person trägt entscheidend dazu bei, dass die Aussage der befragten Person zugerechnet werden kann: Das Protokoll erschwert damit einen allfälligen späteren Widerruf der Aussage.⁴⁹

Die Unterschrift wird als Bestätigung der befragten Person gelesen, dass sie «die protokollierten Angaben tatsächlich machte»⁵⁰, was auch bedeutet, dass sie später kaum mehr erfolgreich bestreiten kann, dass das Protokoll die Einvernahme

45 Ein Urteil des Bundesgerichts (BGE 98 Ia 250 S. 254) fordert entsprechend zur besonders kritischen Würdigung von Protokollen auf, die von der befragten Person nicht unterzeichnet wurden. Ein Abstellen der Richter auf ein vom Angeschuldigten nicht unterzeichnetes Polizeiprotokoll, begründet mit dessen «forensischer Erfahrung» als mehrfach vorbestrafter Täter, wertete das Bundesgericht nicht als willkürlich, aber ganz bedeutungslos für dessen Beweiskraft sei dies wiederum auch nicht: Die protokollierte Aussage sei in diesem Fall besonders kritisch zu würdigen, und die Richter hätten allen Einwänden, die für die Verweigerung der Unterschrift oder sonstwie gegen die Gültigkeit des Protokolls vorgebracht werden, sorgfältig nachzugehen.

46 *Hauser* (Fn. 31), 177. Ähnlich auch BSK StPO-*Näpfl* (Fn. 24), Art. 78 N 19.

47 *Niehaus/Schmidt-Hannisa* (Fn. 38), 8.

48 Diese Bindungsfunktion wird in Bezug auf Urkunden auch als «personale Garantiefunktion» beschrieben: «Die personale Garantiefunktion der Urkunde besagt, dass die Erklärung einem bestimmten Aussteller *zugerechnet* werden kann, dass sich der Urheber zu der Erklärung *bekannt* und daran *festgehalten* werden kann» (BSK StGB-*Boog* [Fn. 24], Art. 110 Abs. 4 StGB, N 3; Hervorhebungen im Original). Während hier vom Fall die Rede ist, dass eine Person sowohl Aussteller der Urkunde als auch Urheber der Erklärung ist, liegt beim Protokoll die Konstellation vor, dass die Einvernahmeleitung das Protokoll ausstellt, aber die Erklärung auch von der befragten Person ausgeht.

49 Vgl. *Eschenbach* (Fn. 40), 88; *Donk* (Fn. 43), 94 f., 101.

50 BSK StPO-*Näpfl* (Fn. 24), Art. 78 N 25.

korrekt wiedergibt. Noch verstärkt wird dieser Bindungseffekt, wenn die einvernommene Person erkennbare Korrekturen am Protokoll anbringt, die als Beleg für eine aufmerksame Lektüre gewertet werden können.⁵¹

Die Aussagen einer Person aus verschiedenen Einvernahmen werden stets miteinander verglichen. Wie sich die Aussagen aus verschiedenen Einvernahmen zueinander verhalten, wird als Interpretationsressource bei der Beweiswürdigung genutzt. Zudem werden Protokolle früherer Einvernahmen befragungstaktisch eingesetzt. Wie in Kapitel III.2. beschrieben, können der befragten Person Auszüge aus Protokollen vorgehalten werden; mit dem Hinweis darauf, dass sie selbst diese Passagen per Unterschrift als ihre korrekt protokollierte Aussage anerkannt hat, wird der befragten Person das Abrücken von dieser Aussage erschwert. In Strafverfahren bestehen hohe Ansprüche an die Konsistenz von Darstellungen:⁵² Wer in einer Einvernahme von Aussagen abweicht, die zu einem früheren Zeitpunkt zu Protokoll gegeben wurden, läuft Gefahr, sich den Vorwurf der Unglaubhaftigkeit einzuhandeln. Dass Befragte in Strafverfahren stärker als in Alltagssituationen auf frühere Aussagen behaftet werden, hat *Luhmann*⁵³ als komplexitätsreduzierenden Mechanismus beschrieben. Dieser Mechanismus der Bindung trägt dazu bei, dass Verfahren in einer begrenzten Zeitspanne zum Abschluss kommen können, und beruht massgeblich auf dem Einvernahmeprotokoll.⁵⁴

4. Anspruch auf rechtliches Gehör

Einvernahmen dienen der Ermittlung des Sachverhaltes und lösen damit den Anspruch des Staates gegenüber den Betroffenen ein.⁵⁵ Das ist aber nur eine Seite. Einvernahmen sollen gleichzeitig gewährleisten, dass die befragte Person ihr Äusserungsrecht wahrnehmen kann. Da Aussagen von befragten Personen im Verfahren nicht nur durch direkt Anwesende wahrgenommen werden, sondern auch die Rezeption des Einvernahmeprotokolls zu späteren Zeitpunkten eine wichtige Rolle spielt, trägt – heute in allgemein anerkannter Weise – auch das Protokoll sowie das Gegenlesen desselben durch die befragte Person zur Realisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei. Die Stellung der Protokollierungspflicht als allgemeiner Verfahrensgrundsatz wird in der Regel über das Akteneinsichtsrecht

51 Vgl. BSK StPO-Näpfl (Fn. 24), Art. 78 N 24.

52 Vgl. z. B. N. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a. M. 1983 (1969), 92.

53 *Luhmann* (Fn. 52), 44 f.

54 *Luhmann* 1969 (Fn. 52), 93; *Th. Scheffer/K. Hannken-Illjes/A. Kozin*, Criminal defence and procedure, Comparative ethnographies in the United Kingdom, Germany, and the United States, Basingstoke 2010, 56.

55 *R. Tinner*, Das rechtliche Gehör, ZSR 1964, 295–418, 312, 342.

hergeleitet:⁵⁶ Das Einsichtsrecht als Teilgehalt des Gehörsanspruchs setzt voraus, dass Personen, die bei den betreffenden Verfahrenshandlungen nicht zugegen waren, auf Akten zugreifen können. Wir argumentieren darüber hinaus, dass die Dokumentation von Einvernahmen für die Realisierung des Gehörsanspruchs noch auf grundlegendere Weise von Bedeutung ist, und schliessen uns damit der Auffassung an, wonach sich die Protokollierungspflicht «unmittelbar aus dem Grundgedanken des rechtlichen Gehörs»⁵⁷ ergibt.

Einvernahmen sind den nachfolgenden Instanzen nicht direkt, sondern über das Protokoll zugänglich. Vom Einvernahmeprotokoll hängt massgeblich ab, wie die Aussage einer Person auf einer späteren Verfahrensstufe wahrgenommen wird. Das gilt besonders für beschränkt unmittelbar und mittelbar ausgestaltete Verfahren⁵⁸, in welchen die betreffende Person auf der nachfolgenden Verfahrensstufe nicht erneut befragt wird: In diesem Fall wird sie dort lediglich vermittelt über die verschriftlichte Aussage «gehört».⁵⁹ Das Protokoll der vorangehenden Befragung ist aber auch von Relevanz, wenn eine erneute Einvernahme stattfindet, indem es die Vormeinung der Einvernahmeleitung prägt und bindend wirkt.⁶⁰

Mit dem Lesen und Unterzeichnen des Protokolls kann die befragte Person mitgestalten, wie ihre Aussage jenseits der Einvernahmesituation in das Verfahren eingeht. Diese Arbeitsschritte sind für die Gewährung des rechtlichen Gehörs von Relevanz, weil Einvernahmen – wie soeben ausgeführt – ihre Macht nicht nur über das Frage-Antwort-Spiel in der Befragungssituation selbst entfalten, sondern massgeblich durch die Rezeption und Verwendung des Protokolls zu späteren Zeitpunkten. Auf die Tatsache, dass das Unterzeichnen zur Realisierung des Gehörsanspruchs beiträgt, ist auch die Idee zurückzuführen, es kompensiere die Beschränkung der Unmittelbarkeit.⁶¹ Beim Korrekturlesen geht es nicht nur darum, dass die befragte Person kontrollieren kann, ob die Aussage adäquat wiedergegeben wurde. Wichtig ist darüber hinaus, dass sie so die Möglichkeit erhält, sich in die Rezipientenrolle hineinzusetzen und ihre Aussagen aus dieser Warte nochmals kritisch zu hinterfragen.

Einvernahmen sind durch einen «doppelten Boden» gekennzeichnet, der sie effizient macht. Äusserungen im Rahmen einer formellen Einvernahme sind

56 BGE 124 V 389 E. 3a und E. 4a.

57 BGE 124 V 389 E. 3a.

58 Gemeint ist die (Un-)Mittelbarkeit im materiellen Sinn, die ein Problem jedes Beweisvorgangs darstellt. Wir beziehen uns hier entsprechend nicht nur auf die Hauptverhandlung, sondern auch auf das Vorverfahren. Vgl. N. Capus/P. Albrecht, Die Kompetenz zur Einvernahme im Vorverfahren, fp 2012, 361–367, 366, m. w. H.

59 Nach Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege Bd. 1, 1821, 295, wäre es nicht erlaubt, in der Schrift ein funktionales Äquivalent zur unmittelbaren Anhörung zu sehen.

60 Zur Bindungsfunktion vgl. Abschnitt IV.3.

61 Bericht 2011 (Fn. 1), 4.

nicht nur im Hier und Jetzt des Gesprächs von Bedeutung, vielmehr können sie später in einer Art und Weise verwendet werden, die für die befragte Person häufig nicht vorhersehbar ist.⁶² Kompetente einvernehmende Personen steuern nicht nur die aktuelle Gesprächssituation, sondern richten ihre Fragen stets auch darauf aus, was zu Protokoll gebracht und wie dies später rezipiert werden soll. Ob sich befragte Personen hingegen dieser zweifachen Ausrichtung der Einvernahme auf die aktuelle Situation und die Verfahrenszukunft in der Regel bewusst sind, dürfte fraglich sein. Dem Korrekturlesen des Protokolls kommt in dieser Hinsicht Signalwirkung zu: Es macht die befragte Person indirekt⁶³ auf die «Doppelbödigkeit» der Einvernahme aufmerksam und ist deshalb als Gebot fairer Verfahrensführung zu betrachten.⁶⁴ Aus dieser Perspektive ist auch die Verlangsamung der Einvernahme vorteilhaft, die sich ergibt, wenn das Protokoll laufend aufgenommen und noch während der Einvernahme abgeschlossen wird: Sie führt der befragten Person die Bedeutung des Protokollierens vor Augen und ermöglicht ihr mehr Reflexionszeit in der Einvernahmesituation.⁶⁵

Das Lesen und Unterzeichnen des Einvernahmeprotokolls durch die befragte Person kann so als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör betrachtet werden. Damit dürften diese Arbeitsschritte auch dazu beitragen, dass die Befragten den Verfahrensausgang akzeptieren, selbst wenn er nicht in ihrem Sinn ausfällt. Die Legitimationswirkung, die *Luhmann* für die Beteiligung durch Anhören postuliert, ist auch für die Mitgestaltung am Protokoll zu erwarten.⁶⁶

62 Zur Doppelbödigkeit von Einvernahmen siehe: *Th. Scheffer*, The Duplicity of Testimonial Interviews, Unfolding and Utilising Multiple Temporalisation in Compound Procedures and Projects, Forum Qualitative Sozialforschung 2007 [Onlineartikel, keine erste S.]; *W. Holly*, Der doppelte Boden in Verhören. Sprachliche Strategien von Verhörenden, in: Pragmatik, Theorie und Praxis, hrsg. von W. Frier, Amsterdam 1981, 275.

63 Die strafprozessrechtlich formulierte Belehrungsformel in Art. 158 StPO weist nicht explizit darauf hin. In diesem Sinn aber noch die Zürcher Strafprozessordnung (§ 11 Abs. 1): «Der Angeschuldigte ist zu Beginn seiner ersten Einvernahme darauf hinzuweisen, dass [...] seine Aussagen als Beweismittel verwendet werden können.»

64 Vgl. hierzu die Kritik der Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz an der Revision, Zusammenfassung Stellungnahmen der Anhörung vom 25. Januar 2012 (Fn. 1), 2 Anmerkung 8.

65 Zu dieser Signalwirkung des Protokollierens im Detail: *M. Komter*, From Talk to Text: The Interactional Construction of a Police Record. In: Research on Language & Social Interaction 39 (3) 2006, 201–228.

66 *Luhmann* (Fn. 52), 114 f. Zur Legitimationswirkung des rechtlichen Gehörs siehe auch *Tinner* (Fn. 55), 310 f.

V. Die Tonbandaufnahme als Äquivalent für das Unterzeichnen des Protokolls?

1. Protokollfunktionen

Basierend auf der Analyse der Argumentation der Praktikerinnen und Praktiker, vertreten wir die These, dass sich die Revision der Protokollierungsvorschriften der Strafprozessordnung aus zwei – miteinander verknüpften – Gründen durchzusetzen vermochte. Die Revision beruht erstens darauf, dass die Funktionen, die die Praktikerinnen und Praktiker dem Lesen und Unterzeichnen durch die befragte Person zuschreiben, auch auf anderem Weg – mittels technischer Aufzeichnung der Einvernahme – gewährleistet werden können. Entscheidend für die Auffassung, dass unterschiedliche Protokollierungsvorschriften im Vor- und im Hauptverfahren legitim und umsetzbar sind, ist zweitens die Annahme, dass Strafverfahren in der Regel auf Stufe des erstinstanzlichen Gerichts zum Abschluss kommen.

Mit dem Hinweis darauf, dass Gerichtsprotokolle mangels zweitinstanzlichen Verfahrens in vielen Fällen keine Verwendung finden, kann argumentiert werden, dass Protokollen der erstinstanzlichen Verhandlung geringere Bedeutung zukommt als Protokollen des Vorverfahrens. Die Perpetuierungsfunktion und die darauf beruhenden Protokollfunktionen des Beweises und der Bindung erübrigen sich, wenn das Verfahren mit der betreffenden Verhandlung endet und die Richterinnen und Richter aufgrund ihrer unmittelbaren Wahrnehmung der Einvernahme entscheiden. Die Garantiefunktion, die das Protokoll während der Verhandlung entfaltet, kann zudem in Gerichtsverhandlungen in Teilen durch das Publikum wahrgenommen werden.

Ist die Kommunikation der Vorgänge und Äusserungen in der Gerichtsverhandlung zuhanden Abwesender vergleichsweise unwichtig, so sind Kompromisse bei der Protokollierung vor Gericht legitimer als bei polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen.⁶⁷ U. a. mit diesem Argument wurde am Workshop legitimiert, dass in gewissen Kantonen weniger hohe Ansprüche an Gerichtsprotokolle gestellt wurden als an andere Protokolle und dass bis im Jahr 2011 das Gerichtsprotokoll vielerorts nicht verlesen und von der befragten Person unterzeichnet werden musste.

Systematisch betrachtet, überzeugt – wie auch bereits durch die Teilnehmenden des Workshops thematisiert – diese Argumentation wenig, um einen

67 Darauf rekurrierte bereits *Hauser* (Fn. 31), 169 f., um den unterschiedlichen Grad an inhaltlicher Protokollierung zu rechtfertigen: «Die rudimentäre Protokollierung kann nur deshalb in Kauf genommen werden, weil die Erkenntnisse des Bundesstrafgerichts, der Schwurgerichte und der Gerichte der romanischen Schweiz keiner Überprüfung durch eine Oberinstanz in tatsächlicher Hinsicht unterstehen.»

Unterschied zwischen Vor- und Hauptverfahren zu begründen. Auch im Vorverfahren werden Protokolle erstellt, die später keine Verwendung finden. Bei staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen, nach denen Strafbefehle erfolgen, ist das beispielsweise regelmässig der Fall. Mit der erhöhten Parteiöffentlichkeit auch im Vorverfahren und der Einrichtung des Anwalts der ersten Stunde ist auch das Argument der grösseren Zahl von Anwesenden vor Gericht geschwächt.

Eine zweite Argumentationslinie der Praktikerinnen und Praktiker zugunsten der Revision beruht auf der Idee der Tonbandaufnahme als Äquivalent für das Lesen und Unterzeichnen des Schriftprotokolls. Das Lesen und Unterschreiben wurde am Expertenworkshop als Basis der Bindungsfunktion sowie als Mittel der Kontrolle des Protokolls thematisiert, womit die Garantie- und die Beurkundungsfunktion angesprochen sind. In Bezug auf diese drei Funktionen ergibt sich, wie nachfolgend gezeigt, tatsächlich eine Äquivalenz zum Lesen und Unterschreiben des Protokolls durch die befragte Person:

- Garantiefunktion: Wird durch eine Tonbandaufnahme eine Möglichkeit der Kontrolle geschaffen, beugt dies in ähnlicher Weise unkorrekten Protokollierungsweisen vor wie das Gegenlesen und Unterzeichnen durch die befragte Person.⁶⁸
- Beweisfunktion: Einvernahmeprotokolle sind auch ohne Unterschrift der befragten Person als Beweis verwertbar. Fehlt diese Unterschrift, ist die Beweisfunktion des Protokolls nicht grundsätzlich tangiert. Das Gegenlesen und Bestätigen des Schriftprotokolls durch die befragte Person stützt allerdings die Fiktion, dass das Protokoll das Gesagte adäquat abbildet. Die audiovisuelle Aufnahme vermag das Wegfallen der Unterschrift in diesem Punkt partiell zu kompensieren: Das Ton- oder Videodokument gilt als authentischere Form der Dokumentation im Vergleich zum zwangsläufig selektiven Schriftprotokoll und bietet im Streit- oder Zweifelsfall die Möglichkeit, zu kontrollieren, ob das Protokoll die Einvernahme angemessen wiedergibt.
- Bindungsfunktion: Die befragte Person kann statt mit dem Verweis darauf, dass sie das Protokoll genehmigt hat, auch über die Tonbandaufnahme an die Aussagen gebunden werden, die sie in früheren Einvernahmen gemacht hat.⁶⁹ Ist strittig, ob eine bestimmte Aussage gefallen ist, kann dies anhand des Audiodokuments überprüft werden. Gleichzeitig dürfte bereits das Be-

68 In der Diskussion der Anwältinnen und Anwälte am Expertenworkshop wurde Tonbandaufnahmen, die zusätzlich zum Schriftprotokoll erstellt werden, eine präventive Wirkung im Hinblick auf fragwürdige Protokollierungs- und Einvernahmepraktiken zugeschrieben.

69 Die Tonbandaufnahme wurde auch in der Diskussion der Anwältinnen und Anwälte am Expertenworkshop mit der Bindungsfunktion in Verbindung gebracht: Das Bestreiten von protokollierten Aussagen werde schwierig, wenn dies anhand der Tonbandaufzeichnung überprüft werden könne.

stehen einer Audioaufnahme Anfechtungsversuchen vorbeugen, die im Wissen um die Überprüfungsmöglichkeit als chancenlos gelten müssen.

Auch diese zweite Argumentationslinie, wonach eine Ton- oder Videoaufzeichnung an die Stelle von Lesen und Unterzeichnen durch die befragte Person treten kann, knüpft daran an, dass es nur im Ausnahmefall zu einem zweitinstanzlichen Gerichtsverfahren kommt. Das Abhören bzw. Ansehen von Ton- oder Videoaufnahmen als Standardverfahren gilt als impraktikabel, weil es mit einem deutlich höheren Aufwand verbunden ist als das Lesen von Schriftprotokollen. Technischen Aufzeichnungen fehlt die dem Schriftprotokoll eigene Selektivität. Zudem lassen sie sich nicht «diagonal lesen», sind nicht rasch überblickbar.⁷⁰ Die Teilnehmenden des Expertenworkshops beispielsweise stützten deshalb die in der Strafprozessordnung verankerte Regelung, dass die audiovisuelle Dokumentation nur in Ergänzung, nicht als Ersatz, des Schriftprotokolls zum Einsatz kommen soll.⁷¹ Die Tonbandaufnahme soll lediglich als Sicherheitsnetz fungieren, das in seltenen Streit- und Zweifelsfällen zur Kontrolle des Protokolls genutzt werden kann. So dürfte denn auch die Tatsache, dass sich die Regelung «Technische Aufzeichnung statt Unterschrift» nur für das Haupt-, nicht aber für das Vorverfahren durchgesetzt hat, der Verfahrensökonomie geschuldet sein.⁷² Da Strafverfahren in der Mehrzahl in der ersten Instanz zum Abschluss kommen, dürfte Gewähr dafür bestehen, dass Schriftprotokolle gerichtlicher Einvernahmen nur selten anhand des Ton- oder Videodokuments aufwendig überprüft werden müssen.

70 *H. Aepli*, Tonaufnahmen von Verhören statt Protokollierung?, *Kriminalistik* 7/1954, 173 f.

71 Gemäss Anklagekammer des St. Galler Obergerichts liegt der Schutzzweck von Art. 78 i. V. m. Art. 76 Abs. 4 StPO gerade darin, «dass sich die Verfahrensbeteiligten und die am Verfahren beteiligten Strafbehörden nicht stundenlange Aufzeichnungen anhören müssen, sondern sich an Hand eines schriftlichen Protokolls rasch einen Überblick über die durchgeführte Beweiserhebung verschaffen können» (Entscheid einer Beschwerde nach Art. 385 StPO vom 17. Februar 2011, E. 8.). Eine britische Studie stützt die Vorbehalte gegenüber dem Verzicht auf das Schriftprotokoll: Wird statt eines laufenden Protokolls der Tonbandaufnahme nur eine kurze Zusammenfassung zwecks besserer Orientierung beigelegt, wird in der Regel dieses qualitativ minderwertige Schriftstück zur Urteilsgrundlage, s. *J. Baldwin/J. Bedward*, Summarising tape recordings of police interviews, *Criminal law review* 1991, 671.

72 Dass die Regelung auch für das Vorverfahren gelten soll, wurde von der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) in der Vernehmlassung gefordert, s. Hinweis in der Zusammenfassung der Stellungnahmen der Anhörung vom 25. Januar 2012 (Fn. 1), 3 Anmerkung 13.

2. Anspruch auf rechtliches Gehör

Ein von der befragten Person nicht unterzeichnetes Schriftprotokoll mit ergänzender Ton- oder Videoaufzeichnung der Einvernahme ist konform mit dem Akteneinsichtsrecht und dem Recht auf eine Urteilsbegründung. Im Rahmen des Akteneinsichtsrechts müssen – wie im neuen Absatz 5^{bis} von Artikel 78 der Strafprozessordnung festgelegt – auch die Audio- oder Videoaufzeichnungen von Einvernahmen zu den Akten genommen und zugänglich gemacht werden; würde nur eine schriftliche Zusammenfassung des Gesprächs zur Verfügung gestellt, wäre das rechtliche Gehör verletzt.⁷³ Es reicht aus, wenn das Schriftprotokoll, das ergänzend zur technischen Aufzeichnung angefertigt wird, den wesentlichen Inhalt der Einvernahme wiedergibt, eine nachträgliche, vollständige und wörtliche Transkription ist nicht erforderlich.⁷⁴ Um die Urteilsgrundlage transparent zu machen, muss der Bezug zu den gewürdigten Aussagen einer Audio- oder Videoaufnahme in der Urteilsbegründung präzise mit einem Hinweis auf die Stelle bzw. auf die entsprechende Markierung angegeben werden.

Hingegen verletzt die neu in der Hauptverhandlung mögliche Variante «Technische Aufzeichnung statt Unterschrift» das Teilnahmerecht der Parteien: Wie in Kapitel IV.4 ausgeführt, zählt zum Anspruch auf rechtliches Gehör nicht nur, dass die befragte Person sich in der Einvernahme frei äussern kann; dazu gehört auch, dass sie per Kontrolle des Schriftprotokolls darauf Einfluss nehmen kann, wie ihre Aussage in das künftige Verfahren eingeht, und dabei gleichzeitig implizit darauf aufmerksam gemacht wird, dass ihre Aussage über die Einvernahmesituation hinaus von Relevanz ist. In Bezug auf die Realisierung des Gehörsanspruchs schmälert eine Ton- oder Videoaufzeichnung der Einvernahme die Bedeutung von Lesen und Unterschreiben des Schriftprotokolls nicht. Das gilt mindestens solange das Schriftprotokoll das Hauptdokument bleibt und zum Teil nur dieses gelesen, die Tonband- oder Videoaufnahme aber nicht zusätzlich abgehört bzw. angesehen wird.

VI. Fazit und Ausblick

Die Revision der Protokollierungsvorschriften der Schweizerischen Strafprozessordnung beruht auf der Idee der Ton- oder Videoaufzeichnung der Einvernahme als Äquivalent für die Kontrolle des Schriftprotokolls durch die befragte

73 BGE 130 II 473 E. 4.5 m. H. auf das Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 18. November 1995, publiziert in: ZR 96/1997, 74.

74 BGE 130 II 473. E 4 und E 5.

Person. Wir haben gezeigt, dass die Ton- oder Videoaufnahme den Verzicht auf Gegenlesen und Unterschreiben des Protokolls weitgehend kompensieren kann, diese Lösung jedoch in Bezug auf den Anspruch auf rechtliches Gehör defizitär ist. Insofern stellt die Strafprozessordnung in ihrer revidierten Fassung geringere Ansprüche an die Protokollierung von Einvernahmen im Hauptverfahren als im Vorverfahren.

Damit Ton- oder Videoaufzeichnungen – dem Ziel der Revision entsprechend – der Verfahrensökonomie dienen können, wurden Vorkehrungen getroffen: Weil das Abhören oder Ansehen dieser Dokumente sehr zeitaufwendig ist, muss es auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Mit Ton- oder Videoaufnahmen wird die Arbeit von der Herstellungsphase der Einvernahmeprotokollierung in die Nachbearbeitungs- und Rezeptionsphase verlagert. Wohl deshalb wurde die Dokumentationsvariante «Technische Aufzeichnung statt Unterschrift» erstens auf Einvernahmen vor Gericht beschränkt, deren Protokolle später häufig keine Verwendung finden. Mit der Anpassung von Abs. 7 des Art. 78 der Strafprozessordnung wurde zweitens klargestellt, dass stets auch laufend schriftlich zu protokollieren ist und die technische Aufzeichnung nach der Einvernahme nicht zwingend aufwendig transkribiert werden muss.

Die Revision der Protokollierungsvorschriften markiert einen Umbruch in der Einvernahmeprotokollierung in schweizerischen Strafverfahren. Auch wenn diverse Kantone bzw. Gerichte ihrer langjährigen Praxis entsprechend vermutlich am Unterzeichnen des Hauptverhandlungsprotokolls durch die befragte Person festhalten werden, dürfte die neue Regelung die Verbreitung der Audiodokumentation – wohl weniger der Videodokumentation – stark befördern. Zudem gewinnen Audio- oder Videoaufnahmen dadurch an Bedeutung, dass mit der zukünftigen Regelung normativ sowohl die Parallelität schriftlicher und technischer Aufzeichnungen⁷⁵ als auch ihre Gleichwertigkeit in Bezug auf ihren Beweiswert gegeben sein wird. Die Gerichte werden so zu einem Experimentierfeld der Wissensorganisation in der Strafrechtspflege, deren typisches Medium lange Zeit das Schriftprotokoll war.

Unter anderem wird sich erst zeigen müssen, ob der Versuch, die Verwendung der Tonband- oder Videoaufzeichnung auf rare Streit- und Zweifelsfälle bezüglich der Gerichtsverhandlung einzuhegen, erfolgreich sein oder sich eine unentenderte Eigendynamik entfalten wird. Denkbar wäre etwa, dass die Staatsanwaltschaften – die bei der aktuellen Ausgestaltung der Strafprozessordnung die hauptsächliche Arbeitslast trifft – auch für sich die Möglichkeit einfordern, Einvernahmen anstelle der unterschriebenen Genehmigung des Protokolls durch die befragte Person technisch aufzeichnen zu können. In diese Richtung geht die

Diskussion in Deutschland: ein Gesetzesvorschlag des Bundestages⁷⁶ sieht einen verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik für tatrichterliche Verfahren vor Landes- und Obergerichte sowie Beschuldigten- und Zeugeneinvernahmen im Ermittlungsverfahren vor.⁷⁷ Offen ist auch die Frage, wie sich eine ergänzende Tonbandaufzeichnung auf die Qualität des Schriftprotokolls auswirkt. Sowohl sinkende Ansprüche – weil im Zweifelsfall die Tonbandaufnahme beigezogen werden kann – als auch steigende Standards – weil das Audiodokument die Nachbearbeitung des Schriftprotokolls ermöglicht – sind denkbar.

76 Deutscher Bundestag Drucksache 17/1224 17: Entwurf eines Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Video- konferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren, 2010.

77 S. für die Diskussion die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer 2010/30, abrufbar unter <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2010/> und *Nack A., Park T., Brauneisen A.*, Gesetzesvorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer zur Verbesserung der Wahrheitsfindung in Strafverfahren durch den verstärkten Einsatz von Bild- und Tontechnik, *NStZ* 2011, 310–314.