

werbstätigkeit nachgehen kann, auszudehnen. Gegen eine solche Ausdehnung spricht im übrigen auch die grundsätzliche Überlegung, dass einer zunehmenden *Verkümmerung der Selbstverantwortung*⁴⁹ auch im Familienrecht⁵⁰ entgegengetreten werden und diese nicht noch begünstigt werden sollte. So oder anders ist zu wünschen, dass das Bundesgericht *so rasch als möglich* Gelegenheit erhält, die sich in diesem Zusammenhang stellenden Rechtsfragen zu beantworten⁵¹, zumal an dieser Stelle – ohne der ökonomischen Analyse des Rechts das Wort reden zu wollen – darauf hingewiesen werden muss, dass die *Kosten dieser Rechtsunsicherheit – insbesondere*

⁴⁹ So bereits *Walter Fellmann*, Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, in: *SJZ 91* (1995) 41–50, insbesondere 44, freilich in anderem Zusammenhang. Für die Grundsatzdiskussion zu den Begriffen der Selbstverantwortung einerseits und der Privatautonomie andererseits vgl. *Theo Mayer-Maly*, Privatautonomie und Selbstverantwortung, in: *Verantwortlichkeit und Recht*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 14 (1989) 268–283, sowie – vorwiegend das Schuldrecht betreffend – *Dieter Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren; Abhilfen, Köln 1994.

⁵⁰ Im Schuldrecht hat ein Entscheid des deutschen Verfassungsgerichts zum Bürgschaftsrecht (BVerG 89, 214 = *NJW 1994* 36 = *ZIP 1993* 1775) eine eigentliche Lawine zur Thematik Selbstverantwortung und Privatautonomie ausgelöst (vgl. dazu nur *Herbert Schimansky*, Bankvertragsrecht und Privatautonomie, in: *WM 1995* 461–467 sowie *Honsell*, in: *NJW 1994* 565 ff.). Die Kernsätze des Gerichtsentscheides lauten wie folgt: «Im Vertragsrecht ergibt sich der sachgerechte Interessenausgleich aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner. Beide binden sich und nehmen zugleich ihre individuelle Handlungsfreiheit wahr. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung (...). ... Die Schöpfer des Bürgerlich-

für den Steuerzahler – in astronomische Höhen wachsen, weil so gut wie alle derartigen Prozesse vom Recht auf unentgeltliche Prozessführung begleitet werden.

chen Gesetzbuches gingen zwar, auch wenn sie verschiedene Schutznormen für den im Rechtsverkehr Schwächeren geschaffen haben, von einem Modell formal gleicher Teilnehmer am Privatrechtsverkehr aus, aber schon das Reichsgericht hat diese Betrachtungsweise aufgegeben und «in eine materielle Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt» (...). Heute besteht aber weitgehend Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und dass der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des Zivilrechts gehört (...). ... In diesem Zusammenhang haben die Generalklauseln ... zentrale Bedeutung. Der Wortlaut von § 138 Abs. 2 BGB bringt das besonders deutlich zum Ausdruck. Darin werden typische Umstände bezeichnet, die zwangsläufig zur Verhandlungsunterlegenheit des einen Vertragsteils führen und zu denen auch dessen Unerfahrenheit gerechnet wird. Nutzt der überlegene Vertragsteil diese Schwäche aus, um seine Interessen in auffälliger Weise einseitig durchzusetzen, so führt das zur Nichtigkeit des Vertrages» (BVerG 89, 232–233). Im konkreten Fall erklärte das Verfassungsgericht eine Bürgschaftsklausel eines 21-jährigen Familienmitgliedes des Hauptschuldners, gestützt auf diese Erwägungen, als nichtig. In der Schweiz wurde die Grundsatzdiskussion erst ansatzweise geführt (vgl. etwa die Problemstellung bei *Peter Gauch*, Familienschuldrecht, in: *FS Schnyder*, Freiburg 1995, 249–272, insbesondere 266–268). Zwar weist *Gauch* auf die soziale Einbindung und Verantwortlichkeit auch des Schuldrechts hin, doch wird insbesondere auch zu bedenken sein, worauf bereits *Medicus*, a. a. O., 23), hingewiesen hat, dass Versuche, die Annahme von Gleichgewichtslagen durch Kompensation verschiedenartiger Ungleichgewichte oder durch Erheblichkeitsschwellen einschränken zu wollen, problematisch sind, da sie mit «ganz unbestimmten Kriterien» arbeiten und den Bestand einer Vereinbarung weiterhin ungewiss machen. Dies gilt besonders im Bereich der familienrechtlichen Unterhaltsverträge.

⁵¹ Und es seine Praxis selbstverständlich auch so rasch als möglich publizieren sollte.

Stud. iur. *Jan Bangert*, Basel

Auskunftsperson und Wahrheitserforschung im schweizerischen Strafprozess*

I. Was ist eine Auskunftsperson?

Das verfahrensrechtliche Institut der Auskunftsperson erfreut sich während der letzten 40 Jahre in der Vielfalt schweizerischer Strafprozessrechte zunehmender Verbreitung. Definiert werden Auskunftspersonen als Beweispersonen, die zur Tat- und Schuldfrage einvernommen werden, dabei «über Tatsachen Auskunft geben sollen, deren Kenntnis sie sich mittels eigener sinnlicher

Wahrnehmung erworben haben»¹, jedoch weder Beschuldigte noch Zeugen oder gar Sachverständ-

Ägide von Prof. Dr. Mark Pieth und Prof. Dr. Albin Eser im Wintersemester 1994/95.

¹ *Pfenninger, Hans Felix*, Zeugnisrecht, Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerungsrechte im Schweizerischen Strafverfahren, *SJZ 54* 225, über den Zeugen. Zur Auskunftsperson in der Schweiz zu beachten: *Gyr, Peter*, Zwischen Zeugenstand und Anklagebank – Die Auskunftsperson im Verwaltungsstrafrecht, *AJP 1996* 651 ff.; *Hauser, Robert*, Probleme und Tendenzen im Strafprozess, *ZStrR 88* (1972) 137 ff.; *ders.*, Der Zeugenbeweis im Strafprozess unter Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974; *ders.*, *Kurzlehrbuch des Schweizerischen Strafprozessrechtes*, Basel/Frankfurt am Main 1988; *Lenherr, Paul*, Die Auskunftsperson im Schweizerischen Strafprozessrecht, Diss. Zürich 1970; *Oberholzer, Niklaus*, Grundzüge des Strafprozessrechts, dargestellt am Beispiel des

* Dieser Aufsatz ist die überarbeitete Fassung einer Seminararbeit im Rahmen des Gemeinschaftsseminars «Zeugenstellung und Zeugenschutz» der Universitäten Basel und Freiburg i. Br. unter der

dige sind. Dabei unterscheiden sich in Hinsicht auf die Frage, wer denn als Auskunftsperson – und nicht als Zeuge – befragt werden soll, die Regelungen in den verschiedenen kantonalen Verfahrensordnungen erheblich. Einigkeit herrscht dagegen über die Folgen dieses Instituts für die Betroffenen: Sie sind den Aussage- und Wahrheitspflichten des Zeugen nicht unterworfen².

1. Vom Eidesschutz zum Zeugenschutz? Wie die Auskunftsperson ins schweizerische Recht einging

Die mit der Auskunftsperson befassten Schweizer Autoren orten die Wurzeln dieses Instituts im französischen Strafverfahren³. Dem Kanton Genf mit seinem am französischen Vorbild ausgerichteten Strafprozessrecht wird dabei die «Pionierrolle» bei seiner Einführung in die Schweiz zugesprochen⁴. Es sollte aber dabei nicht übersehen werden, dass die französische Version der Auskunftsperson sowohl in einem vom schweizerischen stark verschiedenen prozessrechtlichen System entwickelt wurde als auch grundlegend anderen Zwecken dient als ihre hiesigen Nachfahren⁵.

Vor seiner Aussage schwört der Zeuge im französischen Strafprozess «de dire toute la vérité, rien que la vérité»⁶. Diesem Eid ist er fortan rigide unterworfen: Sagt er vorsätzlich unwahr, unvollständig oder gar überhaupt nicht aus, trifft ihn die Strafdrohung wegen Falschaussage – und dies selbst dann, wenn er damit der Selbstinkrimination entgehen wollte⁷. Einzig das Berufsgeheimnis bietet hinreichenden, aber auch zwingenden Grund zur Zeugnisverweigerung⁸.

Bestimmte Personengruppen jedoch schliesst der *Code de Procédure Pénale* (CPP) vom Eid und damit von der Zeugenpflicht aus⁹: Unter 16-Jäh-

rige, der Zivilkläger¹⁰, «personnes que leur proche parenté avec la personne poursuivie rendent suspects de partialité» können nur bei Zustimmung aller Prozessbeteiligter vereidigt werden; der bürgerlichen Ehrenrechte Verlustige und Personen, deren persönliche Interessen durch das anstehende Urteil direkt berührt werden, nie. Dafür aber kann letztere Gruppe immer, erstere nach Massgabe des «pouvoir discrétionnaire»¹¹ des Vorsitzenden der «cour d'assises», des Schwurgerichts, «à titre de renseignements» einvernommen werden.

Bouzat/Pinatel merken dazu an, diese Abstufung der Beweispersonen sei «extrêmement critiquable»¹². Sie passe eher in die Zeit der gesetzlichen Beweisregeln; ihr einziges praktisches Resultat sei, gerade die dieser Wohltat unwürdigsten Personen von der Strafdrohung wegen Falschaussage auszunehmen. Diese Kritik wie auch die völlige Abwesenheit von im Persönlichkeitsschutz gründenden Zeugnisverweigerungsrechten im CPP lässt die Ansicht *Lenherrs*¹³, es ginge hier um die Abmilderung von Härtefällen für in Gewissenkonflikten schwebende Beweispersonen, als eine Projektion von dem schweizerischen Recht eigenen Motiven erscheinen. Vielmehr darf angenommen werden, dass der französischen Gesetzgebung der Wunsch Pate stand, die Glaubwürdigkeit der beeideten Zeugenaussage im generellen nicht dadurch zu erschüttern, dass sie von augenscheinlich befangenen Personen geleistet wird.

Der französischen Tradition entnahm das Strafprozessrecht des Kantons Genf die «à titre de renseignements» einzuvernehmende Beweisperson schon 1884¹⁴. Der geltende *Code de Procédure Pénale* Genfs vom 29.9.1977 kennt dieses Institut ebenso wie die Vereidigung aller «richtigen» Zeugen vor der Einvernahme (Art. 59)¹⁵ und das «pouvoir discrétionnaire» des Gerichtspräsidenten (Art. 51). «A titre de renseignements» einvernommen werden der akzessorische Zivilkläger (Art. 43), Personen unter 18 Jahren (Art. 44) sowie nahe Verwandte und Ver-

Kantons St. Gallen, Bern 1994; *Poncet, Dominique*, Le Nouveau Code de Procédure Pénale Genève Annoté, Genève 1978; *Rehberg, Jörg*, Aussagen von Mitbeschuldigten als Beweismittel, ZStrR 1993 186 ff.; *Rehberg, Jörg/Hohl, Markus*, Die Revision des Zürcher Strafprozessrechts von 1991, Zürich 1992; *Schmid, Niklaus*, Strafprozessrecht, Zürich 1993; *ders.*, Zur Auskunftsperson, insbesondere nach zürcherischem Strafprozessrecht, ZStrR 1993 88 ff.

² *Schmid*, Zur Auskunftsperson, insbesondere nach zürcherischem Strafprozessrecht, ZStrR 1993 88 ff., 89.

³ So *Lenherr*, 4; *Hauser*, Der Zeugenbeweis im Strafprozess unter Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, 47.

⁴ *Schmid* (Fn. 2), 88.

⁵ Ähnlicher Vorbehalt bei *Lenherr*, 6.

⁶ Art. 331 CPP.

⁷ *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Procédure Pénale, Paris 1990, N. 530,3.

⁸ *Bouzat/Pinatel*, Traité de Droit Pénal et de Criminologie, Paris 1970, N. 1218.

⁹ Ebd., N. 1220 ff.

¹⁰ Aus Straftaten herrührende zivilrechtliche Ansprüche werden grundsätzlich akzessorisch von der Strafinstanz entschieden – vgl. *Stefani/Levasseur/Bouloc* (Fn. 7), N. 161 ff. –

¹¹ Art. 310 CPP; der Ermächtigung der Geschworenen zu «diskretionärer» Urteilsfindung entspricht die keiner Überprüfung unterliegende Macht des Vorsitzenden, alle Massnahmen zu ergreifen, die ihm der Wahrheitsfindung dienlich scheinen (*Bouzat/Pinatel* [Fn. 8], N. 1380).

¹² Ebd., N. 1221.

¹³ *Lenherr*, 4.

¹⁴ *Hauser* (Fn. 3), 48.

¹⁵ Daraus folgt, dass für falsch aussagende Zeugen in Genf von vorneherein nur die schärfere Strafdrohung von Art. 307 Abs. 2 StGB anzuwenden ist! Vgl. *Stratenwerth, Günter*, Schweizerisches Strafrecht, BT II, Bern 1995, 297 f.

schwägerter des Beschuldigten (Art. 45). Zusätzlich kennt das Genfer Recht Zeugnisverweigerungsrechte für das Opfer einerseits, bei Gefahr der Strafverfolgung oder auch eines schweren Ehrverlustes des Aussagenden andererseits (Art. 48).

Ausser in Genf und im jungen Kanton Jura ist die Auskunftsperson in der französischen und italienischen Schweiz weitgehend unbekannt¹⁶. Hingegen begründen die deutschschweizer Kantone seit etwa 40 Jahren eine eigene Tradition dieses Instituts; seine Einführung in den Prozessordnungen, zumeist im Gefolge der Rechtsprechung, erfolgte zuerst 1954 in St. Gallen, bald gefolgt von den Kantonen Aargau (1958) und Glarus (1965)¹⁷.

Während die Schöpfung einer neuen Beweisperson neben dem traditionellen Dualismus von Zeugen und Beschuldigtem in den Gesetzesberatungen dieser Kantone kaum zu reden gab¹⁸, gingen ihrem Einzug ins zürcherische Strafverfahrensrecht – dem nach Zahl der Verfahren bedeutendsten der Schweiz – rege Diskussionen voraus. Vorherrschend war in der zürcher Lehre – wohl im Gegensatz zu einem Teil der Praxis¹⁹ – die Auffassung, das Beweismittel der Auskunftsperson sei von der früheren zürcherischen Strafprozessordnung ausgeschlossen, Beweiswert komme einzig dem formgerecht deponierten Zeugnis zu²⁰; die Einführung eines solchen Instituts müsse daher dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben²¹. Sie erfolgte dann durch die Revision der Zürcher Strafprozessordnung am 1. 9. 1991.

Die baselstädtische Strafprozessordnung vom 15. 10. 1937 erwähnt die Auskunftsperson nur mit einem Wort: Der durch die Einführung des Opferhilfegesetzes neu hinzugekommene § 46a schützt aussagende Opfer sowohl als Zeugen wie als Auskunftspersonen – wenn auch das Gesetz nirgends darüber Auskunft gibt, was das denn sei. Das Urteil des Appellationsgerichts BJM 1957, 50 deutet immerhin auf eine feste Praxis zur Auskunftsperson hin, indem es diese Bezeichnung nicht nur verwendet, sondern zugleich deren Begriff voraussetzt. Tatsächlich ist die Auskunftsperson im baselstädtischen Straf-

verfahren durchaus heimisch, obwohl § 37 der Strafprozessordnung ausdrücklich nur das Zeugnis als Aussage zur Tat- und Schuldfrage zulässt. Die noch nicht in Kraft getretene neue basler Strafprozessordnung²² vom 8. 1. 1997 positiviert diesen Zustand, indem sie in § 51 vorsieht, dass «Personen, die als Täterinnen oder Täter oder als Teilnehmerinnen oder Teilnehmer in Frage kommen, Kinder unter 15 Jahren und beschränkt urteilsfähige Personen» ebenso als Auskunftspersonen befragt werden können wie auch «wer wegen besonders nahen (sic) Beziehungen zu der oder dem Angeschuldigten oder zum Prozessgegenstand als befangen erscheint».

2. Wer ist Auskunftsperson?

Hauptmerkmal der Auskunftsperson in ihrer Prozessrolle sind die fehlende strafrechtlich sanktionierte Wahrheitspflicht gemäss Art. 307 StGB sowie das Recht, die Aussage ohne weitere Begründung zu verweigern oder selektiv zu gestalten²³. Angesichts dieser – verglichen mit der Zeugenrolle – weitgehenden Befreiung von Pflichten und Risiken kommt der Regelung des Kreises möglicher Auskunftspersonen überragende Bedeutung zu. Sie wird von Kanton zu Kanton höchst unterschiedlich gehandhabt²⁴.

Es seien hier kurz die einschlägigen Vorschriften der Strafprozessordnungen St. Gallens und Zürichs vorgestellt. Die St. Galler Regelung kann als stellvertretend für die vorherrschende Tendenz angesehen werden, dem Richter im Einzelfall grossen Spielraum bei der Bestimmung möglicher Beweismittel und der Art von deren Erhebung zu lassen. Die zürcher Strafprozessordnung setzt eine engere, einem etwas strengeren Verständnis von prozessualen Formanforderungen entgegenkommende Lösung dagegen.

a) Die Regelung im Kanton St. Gallen

Im Gesetz über die Strafrechtspflege des Kantons St. Gallen vom 9. 8. 1954 statuiert Art. 73 die Einvernahme als Auskunftsperson zwingend für Kinder unter 12 Jahren (Abs. 3) sowie für Personen, die selbst einer Straftat verdächtigt sind (Abs. 1). Absatz 2 ermächtigt den Richter, es beim «Kläger und anderen Personen, die befangen erscheinen» ebenso zu halten. Dies allerdings nur,

¹⁶ Schmid (Fn. 2), 88 ff.; im Kanton Freiburg wird die Einführung des Instituts diskutiert, im Kanton Tessin ist sie anlässlich der Revision der StPO 1992 verworfen worden.

¹⁷ Inzwischen ist die Auskunftsperson in den Strafprozessordnungen von GE, SG, BE, UR, NW, OW, LU, GL, SO, SH, AI, AR, TG, GR, AG, VS, ZH, JU sowie in der BStPO (Art. 101^{bis}) normiert.

¹⁸ Lenherr, 41.

¹⁹ Schmid (Fn. 2), 88.

²⁰ So das Kassationsgericht Zürich vom 1. 10. 1973, SJZ 70 125 No. 23.

²¹ Rehberg, Zur Tragweite von BStrP. Art. 249, ZStrR 1991 232 ff., 237; a. A. wohl Hauser (Fn. 3), 50.

²² Kantonsblatt Basel-Stadt vom 1. 2. 1997.

²³ Schmid (Fn. 2), 102 ff.; Strafprozessrecht, Zürich 1993, 127; Lenherr, 131; Hauser, Kurzlehrbuch des Schweizerischen Strafprozessrechtes, Basel/Fankfurt am Main 1988, 176; Der Zeugenbeweis im Strafprozess unter Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, 51 mit weiteren Hinweisen.

²⁴ Schmid (Fn. 2), 88 ff.

sofern der Zweck der Untersuchung dadurch nicht beeinträchtigt werde.

Art. 73 Abs. 2 legt ins Ermessen des Richters, ob «der Kläger und andere Personen, die befangen erscheinen» als Auskunftspersonen oder als Zeugen gelten sollen. Damit verbindet das Gesetz eine Kann-Vorschrift mit einem generalklauselartigen Tatbestand. Zudem wird die «Befangenheit», die in klassischer Prozessdogmatik als Ablehnungsgrund für Gerichtspersonen figuriert, in einem neuen Feld wirksam. Gemeint ist hier wohl das Interesse des Aussagenden, einem Parteistandpunkt im Verfahren besonderen Nachdruck zu verleihen. In Frage kommen der vom Gesetz als Beispiel aufgeführte Kläger, aber auch der Anzeiger, der Geschädigte, Verwandte des Beschuldigten oder des Opfers und generell Personen, die an den Ausgang des Verfahrens persönliche Vor- und Nachteile knüpfen können – z. B. auch die Arbeitnehmer des Beschuldigten.

Den Zweck dieser Norm sieht *Lenherr* im Bestreben, dem zu Befragenden schwere Gewissenskonflikte zu ersparen. Daher sei, im Gegensatz zu einer eher grosszügigen Praxis, die Anwendung auf Fälle zu beschränken, in der sich «auf beiden Seiten relativ gleichwertige und von der Rechtsordnung anerkannte Interessen gegenüberstehen»²⁵.

Die Einvernahme als Auskunftsperson ist allerdings nicht möglich, wenn dadurch der Zweck der Untersuchung beeinträchtigt wird (Art. 73 Abs. 2, 2. Satz). Diese Vorschrift ist kritikwürdig: Wie *Lenherr* richtig zu bedenken gibt, pflegt die Zwangslage des Zeugen dann am grössten zu sein, wenn der Ausgang des Verfahrens an seiner Aussage hängt²⁶. Weiter scheint fragwürdig, in welchem Masse hier vom Richter antizipierende Beweiswürdigung verlangt wird. Was ist wohl mit dem Zweck der Untersuchung gemeint – soll hier von einem bereits vorher vermuteten Ergebnis her beurteilt werden, welcherart die Beweismittel beschaffen sein sollen, die zu eben jenem Ergebnis führen?

b) Die Regelung im Kanton Zürich

Die Zürcher Strafprozessordnung zählt in § 149a vier Tatbestände auf, die zwingend eine Einvernahme als Auskunftsperson statt als Zeuge zur Folge haben. Der Katalog stellt einen *numerus clausus* dar: Dem Richter oder Untersuchungsbeamten ist aufgetragen, die zu vernehmende Person vor der Vernehmung entweder als Aus-

kunftsperson aufgrund von § 149a oder denn als Zeugen bzw. Beschuldigten zu qualifizieren und entsprechend zu instruieren²⁷.

Die so definierten Gruppen von Auskunftspersonen sind: Kinder unter 12 Jahren (§ 149a Ziffer 1), Personen, die unter Tatverdacht stehen (§ 149a Ziffer 2), Mitbeschuldigte in getrennten Strafverfahren (§ 149a Ziffer 3) sowie Personen, die ihrerseits vom Beschuldigten der falschen Anschuldigung bezichtigt worden sind (§ 149a Ziffer 4). Auffallend ist, dass die in den übrigen Kantonen meist berücksichtigte Kategorie der «befangenen» Personen fehlt. Ebenfalls nicht aufgeführt ist der Privatstrafkläger. Beide letztgenannte Gruppen können also nur dann als Auskunftspersonen einvernommen werden, wenn sie zusätzlich eines der in § 149a angeführten Merkmale aufweisen.

Als Auskunftsperson wird einvernommen, wer «ohne selber der abzuklärenden Straftat beschuldigt oder verdächtigt zu werden, als Täter oder Teilnehmer der Tat oder einer mit ihr zusammenhängenden anderen strafbaren Handlung nicht ausgeschlossen werden» kann. Die Formulierung weist auf die Grenzen dieser «Zwitterfigur» hin: Als Beschuldigter muss einvernommen werden, wer bereits in einer Strafanzeige, einer behördlichen Verzeigung, einem Polizeirapport oder ähnlichem ausdrücklich der Täterschaft bezichtigt wird, ebenso – doch heikler abzugrenzen – wer bereits einen konkreten Tatverdacht auf sich gelenkt hat. Auf der anderen Seite genügt offenbar für die Einordnung als Auskunftsperson, dass die Person in örtlicher oder sozialer Beziehung dem Umfeld der Tat zugerechnet werden kann und die gegenwärtige Beweislage ihre Täterschaft nicht zu widerlegen vermag²⁸.

Nach § 149a Ziffer 3 wird der Mitbeschuldigte als Auskunftsperson einvernommen, wenn er «in einem getrennten Verfahren ... zu befragen ist». Das in der deutschen Lehre heftig diskutierte Problem des formellen Rollentauschs²⁹ wurde im Kanton Zürich bereits vor der Einführung der Auskunftsperson durch eine der Beschuldigteneinvernahme «analoge» Befragung des Mitbeschuldigten im getrennten Verfahren gelöst³⁰. Insoweit ändert sich bloss die Etikette. Weiterhin kann und soll nach dem rechtskräftigen Abschluss des eigenen Verfahrens der nunmehr

²⁷ Schmid (Fn. 2), 92.

²⁸ Schmid (Fn. 2), 95 f.; Rehberg/Hohl, 54.

²⁹ Löwe-Rosenberg-Meyer, Grosskommentar zur Strafprozessordnung, N. 17 ff. vor § 48.

³⁰ Schmid (Fn. 2), 97; Rehberg, Aussagen von Mitbeschuldigten als Beweismittel, ZStrR 1993 186 ff., 188.

²⁵ *Lenherr*, 45.

²⁶ *Lenherr*, 65; a. A. Hauser, Probleme und Tendenzen im Strafprozess, ZStrR 88 (1972) 143.

nicht mehr Mitbeschuldigte als Zeuge gehört werden³¹.

Als weiteren Fall sieht § 149 Ziffer 3 die Einvernahme als Auskunftsperson vor für den im selben Strafverfahren Beschuldigten zu Punkten, die ihm im Unterschied zu den Mitbeschuldigten nicht (oder nicht mehr nach Einstellung in diesem Punkt) selbst zur Last gelegt werden³².

Gemäss früherer Rechtslage schliesslich konnte eine Person, der vom Beschuldigten ausdrücklich vorgeworfen worden war, ihn im Sinne von Art. 303 StGB falsch angeschuldigt zu haben³³, nicht als Zeuge vernommen werden, solange das Strafverfahren wegen falscher Anschuldigung noch der rechtskräftigen Erledigung harrete³⁴.

Damit war dem ursprünglich Beschuldigten Gelegenheit gegeben, unter Umständen das eigene Verfahren zu blockieren. Sie wird ihm nun genommen, indem der so Bezichtigte als Auskunftsperson einvernommen wird. Nicht unter die Bestimmung von § 149a Ziffer 4 fällt allerdings der Zeuge, den der Beschuldigte der Falschaussage nach Art. 307 StGB bezichtigt³⁵. Hier gilt weiter die frühere Regelung: Die Einvernahme ist bis zum Abschluss des Verfahrens wegen Falschaussage nur als Beschuldigtenverhör zugelassen. Ebensovienig findet § 149a Ziffer 4 Anwendung bei einer Bezichtigung seitens Dritter oder gar bei einem Verfahren von Amts wegen. Entgegen Schmid's Ansicht³⁶ dürfte hier aber auch nicht infolge § 149a Ziffer 3 eine Befragung als Auskunftsperson erfolgen. Vom Mitbeschuldigten im Sinne jener Bestimmung sollte m. E. nur bei Vorliegen eines tatbezogenen, nicht eines bloss verfahrensbezogenen Sachzusammenhangs oder gar nur zeitlichen Zusammenfalls gesprochen werden.

II. Die Prozessrolle der Auskunftsperson

Die Rolle der Auskunftsperson im Prozess definieren einige Prozessordnungen³⁷ durch blossen Verweis auf die Einvernahme des Beschuldigten. Zutreffender erscheint dagegen die Beschrei-

bung in Analogie zur Rolle des Zeugen unter Aufzählung der relevanten Unterschiede³⁸:

Der Auskunftsperson steht das Recht zu, die Aussage ganz oder teilweise zu verweigern. Sie sollte darauf vom Untersuchungsbeamten oder Richter ebenso hingewiesen werden wie auf die Strafbarkeit von falscher Anschuldigung, Irreführung der Rechtspflege und Begünstigung³⁹. Die Einvernahme läuft nach denselben Regeln ab wie die des Zeugen; insbesondere darf die Auskunftsperson zu Beginn der Aussage eine zusammenhängende und freie Einlassung zur Sache⁴⁰ deponieren. Ob sie dabei eine rechtliche Wahrheitspflicht hat⁴¹, scheint eher von akademischem Belang, da eine solche Pflicht ja gerade nicht sanktionsbewehrt ist.

Wie den Zeugen trifft die Auskunftsperson die Pflicht, auf Vorladung hin vor dem zur Einvernahme befugten Untersuchungsbeamten bzw. dem Richter zu erscheinen und bei der Verhandlung anwesend zu sein. Dies gilt auch dann, wenn sie nicht auszusagen beabsichtigt⁴². Zudem treffen sie die im jeweiligen Strafverfahrensrecht für Zeugen vorgesehenen Duldungspflichten, die der Abklärung der Glaubwürdigkeit dienen: Darunter fallen zuvorderst das durch die EMRK garantierte Recht des Beschuldigten oder seines Verteidigers, der Einvernahme beizuwohnen und Fragen an den Aussagenden zu stellen⁴³, weiter aber auch je nach Prozessrecht und analog zum Zeugen Untersuchung, Durchsuchung, Blutprobe, Schreibprobe usw. Zu beachten ist dabei, dass die jeweilige Massnahme nicht das Aussageverweigerungsrecht unterlaufen darf. Dass daher auch die Beuge- oder Erzwingungshaft ausser Betracht fällt, versteht sich von selbst⁴⁴.

Insoweit die Auskunftsperson aussagt, ohne dazu und ohne zur Wahrheit verpflichtet zu sein, kann ihre Deposition mit einer beliebigen verbalen Mitteilung im alltäglichen Umgang zwischen Menschen verglichen werden. Vor allem trifft die Auskunftsperson gegenüber dem Richter oder dem Untersuchungsbeamten in bezug auf ihre Aussage keine Pflicht, die über jene hinausgeht, welche sie bei einer Befragung durch die Polizei zu beachten hätte. Tatsächlich wird in der Praxis

³¹ Rehberg/Hohl, 55.

³² Schmid (Fn. 2), 108; Rehberg/Hohl, 55.

³³ So der Tatbestand von Art. 303 Abs. 1 StGB, auf den § 149a Ziffer 4 StPO ZH ausdrücklich Bezug nimmt.

³⁴ Schmid (Fn. 2), 98; Rehberg/Hohl, 55.

³⁵ Schmid (Fn. 2), 99, bedauernd – tatsächlich dürfte es schwierig sein, als Zeuge eine falsche Anschuldigung zu begehen, ohne gleichzeitig falsch auszusagen.

³⁶ Ebd., 99.

³⁷ Bspw. StPO AG § 105 Abs. 2; StPO TG § 104 Abs. 2.

³⁸ So auch Lenherr, 131; z. B. StPO ZH Art. 149b; Rehberg/Hohl, 56; Aeschlimann, Jürg, Das Bernische Strafverfahren, B – Besonderer Teil, Bern 1991, 76.

³⁹ So bspw. StPO ZH § 149b Abs. 2.

⁴⁰ Lenherr, 139; Schmid (Fn. 2), 107.

⁴¹ Dafür Lenherr, 14 ff.; Hauser, Probleme und Tendenzen im Strafprozess, ZStrR 88 (1972) 137 ff., 138; dagegen Pfenniger, Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten im Schweizerischen Strafverfahren, SJZ 53 (1957) 129 ff./143 ff.

⁴² Schmid (Fn. 2), 102; Rehberg/Hohl, 56.

⁴³ Schmid (Fn. 2), 105 f.; Rehberg/Hohl, 56.

⁴⁴ Schmid (Fn. 2), 111 f. zur StPO ZH.

eine Person, die von der Polizei im Zuge von Ermittlungsverfahren befragt wird, ebenfalls Auskunftsperson genannt⁴⁵.

Das wäre unproblematisch, würden in den schweizerischen Prozessordnungen Regeln des Strengbeweises analog den §§ 244 ff. der deutschen Strafprozessordnung (dStPO) beachtet. Die Personenbeweise sind nach diesen Regeln mündlich und unmittelbar in der Hauptverhandlung zu erbringen; das Gericht soll dadurch in die Lage versetzt werden, aus seinem lebendigen Eindruck über die Tat, «wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt» (§ 264 dStPO) zu urteilen⁴⁶. Auch die grössere «Beweisnähe» z. B. eines sofort nach der Tat aufgenommenen polizeilichen Einvernahmeprotokolls kann die Regeln des Strengbeweises nicht durchbrechen⁴⁷, wie überhaupt nach einhelliger Auffassung «die Maxime der materiellen Wahrheitserforschung an die Kette der Justizförmigkeit gelegt ist»⁴⁸.

In der Schweiz allerdings ist «das Prinzip der direkten Beweisaufnahme durch das Gericht stark verkümmert»⁴⁹. Zur Notwendigkeit prozessualer Formen führt das Bundesgericht in BGE 95 I 4 aus:

«Im Strafprozess verfolgen sie vor allem den Zweck, die Wahrheitsfindung und die Verwirklichung des materiellen Strafrechts in einer Weise herbeizuführen, die den Angeschuldigten gegen die Gefahr staatlichen Machtmissbrauchs durch behördliche und richterliche Willkür und gegen die Beeinträchtigung seiner Verteidigungsrechte schützt. Dieser Anspruch des Angeschuldigten auf ordnungsgemässe Wahrheits- und Rechtsfindung im Prozess ist gleichermaßen bedroht durch die Missachtung der sie sichernden Formen wie durch einen übertriebenen Formalismus, der sich durch kein schutzwürdiges Interesse rechtfertigen lässt, zum blossen Selbstzweck wird und damit sowohl die Wahrheitsfindung wie die Ausübung der Verteidigungsrechte in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert.»

Aufgabe des Gerichts ist nach herrschender Auffassung, die Tat- und Schuldfrage «ohne Bindung an starre Beweisregeln und nur seinem Gewissen verantwortlich in freier Würdigung des gesamten Prozessstoffes zu prüfen»⁵⁰. Das Prinzip der Unmittelbarkeit, mit dem oft «idealisierte Vorstellungen» verbunden seien⁵¹, wird re-

lativiert einerseits unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie, andererseits aber auch als der Wahrheitssuche und der freien Beweiswürdigung hinderlich⁵².

III. Auskunftsperson wozu?

Die Auskunftsperson wird in den schweizerischen Prozessrechten grundsätzlich als ein Institut des Schutzes der Aussageperson vor persönlichkeitsverletzenden Auswirkungen von Interessen- und Gewissenskonflikten vorgestellt⁵³. Fragwürdig ist hier einerseits das Verhältnis zu den demselben Zweck dienenden Zeugnisverweigerungsrechten, andererseits die Notwendigkeit und Eignung der neuen Prozessrolle, diese Funktion im Rahmen des Strafverfahrens wahrzunehmen.

1. Schutz des Verdächtigen vor Selbstbezeichnung

Nemo se accusare tenetur: Den Grundsatz, dass niemand zur Selbstbezeichnung gezwungen werden könne, hat das deutschsprachige Recht aus dem angelsächsischen übernommen⁵⁴. Wie dort gibt es sowohl im deutschen als auch in den meisten schweizerischen Prozessrechten ein Auskunftsverweigerungsrecht⁵⁵: Ebensovienig wie der Beschuldigte soll der Zeuge dazu gezwungen werden können, sich selbst durch seine Aussagen zu belasten⁵⁶.

Im Gegensatz zum Beschuldigten, der jederzeit zu schweigen berechtigt ist, hat der Zeuge seine Auskunftsverweigerung anzukündigen und deren Anlass glaubhaft zu machen. Dabei geht diese Pflicht zur Glaubhaftmachung nicht so weit, dass der Zeuge sich dadurch der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen müsste⁵⁷. Er darf gerade dies verhindern, wobei umstritten ist, ob auch schon die Vermeidung eines (unergiebig) Ermittlungsverfahrens des Zeugen geschütztes Interesse ist⁵⁸. Aus diesem zweiten Grundsatz des *nemo se ipsum prodere tenetur* wird nun die Not-

⁴⁵ Schmid (Fn. 2), 113.

⁴⁶ Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, München 1991, 304; Peters, Karl, Strafprozess, Heidelberg 1985, 300.

⁴⁷ Löwe-Rosenberg-Schäfer, Grosskommentar zur Strafprozessordnung, Einleitung N. 62 ff.

⁴⁸ Eser, Albin, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, ZStrW 79 565 ff., 569.

⁴⁹ Hauser, Kurzlehrbuch des Schweizerischen Strafprozessrechtes, Basel/Frankfurt am Main 1988, 139.

⁵⁰ Urteil des Zürcher Kassationsgerichts vom 1.10.1973, SJZ 1974, No. 23, 127.

⁵¹ Schmid (Fn. 2), 53.

⁵² Eingehend dazu Pieth, Mark, Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Diss. Basel 1984, 20 ff.

⁵³ Schmid (Fn. 2), 90; Lenherr, 11 ff., Aeschlimann (Fn. 38), 76; Hauser (Fn. 49), 176 f.

⁵⁴ Hauser (Fn. 3), 40; Pfenninger, Zeugnisrecht, Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerungsrechte im Schweizerischen Strafverfahren, SJZ 54 (1957) 225 ff., 298; ausführlich dazu Eser (Fn. 48), 585 f.

⁵⁵ Nicht so in St. Gallen, in einigen Kantonen aber auch schon bei schlichter «Ehrenrührigkeit».

⁵⁶ Löwe-Rosenberg-Dahs, Grosskommentar zur Strafprozessordnung, N. 1 zu § 55.

⁵⁷ BGHSt. 1986, 282.

⁵⁸ Dafür Löwe-Rosenberg-Dahs (Fn. 56), N. 8 zu § 55 und die h. L., dagegen Peters, Strafprozess, Heidelberg 1985, 353.

wendigkeit der Auskunftsperson abgeleitet: Auf jeden Fall macht sich, wenn auch in unbestimmter Weise, verdächtig, wer sich auf das einschlägige Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Darum bietet die Einvernahme als Auskunftsperson den grösseren Schutz. Zudem muss befürchtet werden, dass der Verdächtige als Zeuge zu Unwahrheiten hingerissen werden könnte, um nicht auf seine eigenen wunden Punkte lenken zu müssen.

Es darf allerdings bezweifelt werden, dass die Befürchtung, ein Zeuge könnte als solcher falsch aussagen, Grund genug ist, derselben Person unter anderem Titel die Falschaussage zu gestatten⁵⁹. Und auch das rechtlich geschützte Interesse der Aussageperson, sich nicht selbst der Justiz ausliefern zu müssen, muss vom Interesse, nach begangener Tat ungeschoren davonzukommen, unterschieden werden.

2. Schutz des Verdächtigen vor der Strafdrohung von Art. 307 StGB

Ein weitgehender Schutz des «verdächtigen» Zeugen vor den Straffolgen einer Falschaussage besteht bereits infolge der Praxis zu Art. 307 StGB. Diese Norm bedroht nur «Zeugen, Sachverständige und Übersetzer» im Strafprozess mit Sanktionen für Falschaussage. Lehre und Praxis verwenden hier den materiellen Zeugenbegriff: Vorausgesetzt wird zwar die Einvernahme einer zeugnisfähigen Person in gültiger Form⁶⁰; entscheidend für die Zeugeneigenschaft ist dann jedoch, ob die Person bei Anwendung des jeweils geltenden kantonalen Prozessrechts und bei gerichtlicher Kenntnis der relevanten Umstände als Zeuge hätte gehört werden dürfen⁶¹. Daraus folgt in der Regel die Straffreiheit des unwahr aussagenden Zeugen, der tatsächlich Grund hatte, eigene Verfehlungen zu verschleiern: «Der Zeuge, der die Unwahrheit sagt, um sich nicht selbst des Delikts zu beschuldigen, ist kein Zeuge mehr, da er in eigener Sache, nicht in derjenigen eines Dritten aussagt.»⁶²

Nun wird aus dieser gefestigten Rechtsprechung gefolgert, die Auskunftsperson bedeute deren Positivierung im Prozessrecht⁶³. Dem muss widersprochen werden: Durch die Rechtsprechung zu Art. 307 StGB können naturgemäss

ex post diejenigen Fälle von der Strafdrohung ausgenommen werden, bei denen ein Verdacht tatsächlich am Platz gewesen war oder wäre. Die Vernehmung als Auskunftsperson aber nimmt bereits ex ante einen viel grösseren Personenkreis von potentiell Verdächtigen von möglicher Strafbarkeit aus, ungeachtet der wirklichen Schutzbedürftigkeit.

3. Schutz der Aussageperson vor Gewissenskonflikten

Zum Schutz «befangener» Zeugen vor Gewissenskonflikten stehen Zeugnisverweigerungsrechte nur in beschränktem Umfang zur Verfügung. Sie kommen in der Regel bloss nahen Verwandten, je nach Prozessordnung auch geschiedenen Gatten, Verlobten, ehemals Verschwägerten zugute. Das Recht wählt also einige Konstellationen aus, deren typische Interessenlage nicht nur den Wert der Aussage, als vielmehr auch schützenswerte Belange der Aussageperson gefährdet⁶⁴.

Wo aber «befangene» Personen als Auskunftspersonen gehört werden, droht mit dem Konflikt gleich auch das Gewissen verlorenzugehen:

«... der Porsche des Angeklagten S. (erregte) die Aufmerksamkeit einer Polizeipatrouille. Sie folgte dem Angeklagten in ihrem Fahrzeug bis zu seinem Domizil. Dort entstieg die Angeklagten S. und L. dem verfolgten Wagen. S., der nach den Feststellungen der Polizisten den Porsche gelenkt hatte, schien angetrunken, weshalb gegen ihn ein Strafverfahren eingeleitet wurde. Wenige Tage später präsentierte er in einem Brief an das Bezirksamt die Version, nicht er, sondern die Mitangeklagte L. sei am Steuer gesessen. L. bestätigte diese Darstellung bei einer Konfrontation mit den Polizeibeamten. In der Beweisverhandlung vor Bezirksgericht behauptete die als Zeugin einvernommene L. abermals, sie selbst habe damals den Porsche gelenkt. In der anschliessend eingeleiteten Strafuntersuchung wegen falschen Zeugnisses gestand L., falsch ausgesagt zu haben: Nicht sie, sondern S. sei am Steuer gesessen.

§ 105 StPO (AG) bestimmt, dass eine Person, die ... als befangen zu betrachten ist, nur als Auskunftsperson und nicht als Zeuge einvernommen werden darf. Diese Bestimmung, die zur Vermeidung von Gewissenskonflikten und zur Verhütung von Strafverfahren wegen falschen Zeugnisses in das aargauische Strafprozessrecht eingeführt wurde, ist ... zwingendes Recht. ... Die Bestimmung ist auch in Fällen wie hier anwendbar, wo dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht gemäss §§ 97 StPO zusteht und er daher die Gefahr, wegen falschen Zeugnisses in ein

⁵⁹ Vgl. Löwe-Rosenberg-Dahs (Fn. 56) zu § 55; das Zeugnisverweigerungsrecht soll den Zeugen nicht vor Falschaussage und deren Folgen, sondern nur vor dem Zwang zur Selbstbezeichnung schützen.

⁶⁰ BGE 98 IV 214.

⁶¹ Stratenwerth (Fn. 15), 296.

⁶² Waadtländer Kassationsgericht, RS 1958/183, 100.

⁶³ So Lenherr, 28 f.

⁶⁴ Dass die einschlägigen Zeugnisverweigerungsrechte eher diesen Zweck verfolgen, und nicht so sehr dem Schutz der familiären Beziehungen des Beschuldigten dienen, zeigt Gössel, Karl-Heinz, Die Beweisverbote im Strafverfahren, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, 801 ff., 805.

Strafverfahren einbezogen zu werden, durch Geltendmachung dieses Rechts ausschliessen könnte. Denn die Konfliktsituation wird durch die Möglichkeit der Zeugnisverweigerung nicht beseitigt, weil der Zeuge dann, wenn er das Zeugnisverweigerungsrecht geltend macht, damit rechnen muss, dass seine Aussageverweigerung in dem Sinne ausgelegt wird, dass er zu Ungunsten des Beschuldigten hätte aussagen müssen.

Die Angeklagte L. lebt seit 1972 mit dem Angeklagten S. zusammen und ist mit ihm seit Ostern 1974 verlobt. Das von ihr mitunterzeichnete Schreiben an das Bezirksamt Aarau mit der Mitteilung, sie und nicht der Angeklagte S. habe das Auto ... geführt, datiert vom 11. April 1974. ... Von diesem Zeitpunkt an befand sich die Angeklagte in einer Konfliktsituation. Sie konnte sich von der in diesem Schreiben gegebenen Version nicht distanzieren, ohne sich selbst und ihren Verlobten der Unwahrheit zu bezichtigen und ohne letzteren zu belasten. Sie war daher ... befangen. ... Die Angeklagte L. ist aus diesen Gründen freizusprechen.» (Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Aargau vom 18.8.1977; AGV 1977,19).

Ob hier wirklich nur «zugunsten schützenswerter Interessen» Mittel der Wahrheitsfindung ausgeschlossen werden⁶⁵, scheint zweifelhaft ob soviel Bemühens, Aussagepersonen nicht zu inkommodieren: Dazu hätte das Zeugnisverweigerungsrecht der Verlobten ausgereicht. Ergänzt man dieses durch die Möglichkeit, sanktionslos dem Gericht Lügengeschichten aufzutischen, so führt man nicht bloss das Zeugnisverweigerungsrecht ad absurdum⁶⁶. Aus dem zitierten Urteil spricht explizit eine generelle Abneigung gegen die Durchsetzung der Wahrheitspflicht (... zur Verhütung von Strafverfahren wegen falschen Zeugnisses!) gerade dort, wo sie der Durchsetzung am ehesten bedarf: Denn welche Beweggründe ausser «Befangeneheit» spielen bei der vorsätzlichen Falschaussage wohl noch eine Rolle?⁶⁷

4. Schutz vor «negativer Beweiswürdigung»

Das Institut der Auskunftsperson auf «befangene» Aussagepersonen anzuwenden, wird aber nicht nur mit der Überlegung begründet, der Ausagende solle nicht gezwungen werden, aktiv in einer seinen persönlichen Loyalitäten widerspre-

chenden Weise zum Verfahren beizutragen. Darauf weist auch das zitierte Urteil hin: Vielmehr trage die Beanspruchung des Zeugnisverweigerungsrechts die Gefahr in sich, dass eben diese in die Beweiswürdigung einflüsse. Auf dieses Phänomen ist der Ausdruck «negative Beweiswürdigung» gemünzt⁶⁸.

Die negative Beweiswürdigung wird als weitgehend unzulässig angesehen⁶⁹. Richtig sollte zumindest aus der Verweigerung jeder Aussage seitens des dazu berechtigten Zeugen folgen, dass dieser als überhaupt nicht ins Verfahren einbezogen gilt und sich der Würdigung als Beweisperson gänzlich entzieht. Dagegen scheint die Würdigung einer teilweisen Auskunftsverweigerung dann als angemessen, wenn auch das Zeugnisverweigerungsrecht zu Gebote gestanden wäre: Wer sich aus freien Stücken als Beweisperson ins Verfahren bringt, muss sich gefallen lassen, dass seine Einlassung umfassend gewürdigt wird⁷⁰.

Trotz der allgemeinen Skepsis in bezug auf die negative Beweiswürdigung wird nun darauf hingewiesen, dass ihr Verbot Unmögliches vom Richter verlange⁷¹: «In Tat und Wahrheit wird aber ein bestimmter Eindruck, welchen ein Zeugnisverweigerungsrecht hervorruft, eben doch nicht einfach hinweggewischt werden können.»⁷² Mag man diesen Befund auch für eine Unterschätzung menschlicher und richterlicher Fähigkeiten halten: Entscheidend für die Situation der Aussageperson dürfte immerhin sein, dass sie zumindest mit der Möglichkeit rechnen muss, dass es «zum Schlechten ausgelegt» würde, nähme sie das Zeugnisverweigerungsrecht in Anspruch.

Der Schluss, dieser Situation sei mit der Vernehmung als Auskunftsperson am besten begegnet, sei hier allerdings bestritten. Der Wunsch mag schützenswert sein, nicht durch eine eigene, aktive Aussage zum unerwünschten Prozessausgang beizutragen. Das Kind ist aber wohl

⁶⁵ *Lenherr*, 96.

⁶⁶ So spricht sich *Lenherr*, 100, denn auch gegen ein Nebeneinander beider Institute aus.

⁶⁷ Von einer ganz eigenen Qualität ist, nebenbei vermerkt, die im angeführten Entscheid vertretene Ansicht, die Angeklagte sei auch deswegen befangen gewesen, weil sie sich bereits vor der eigentlichen Zeugenaussage auf die falsche Aussage festgelegt habe: Dies entspricht zwar der Befangeneheit, wie man sie bei Gerichtspersonen versteht, führt bei Aussagepersonen aber zu der Folge, dass es genügt, seine (erkennbare) Falschaussage bereits vor dem Einvernahmetermin kundzutun, um in den Genuss der Rollenzuteilung als Auskunftsperson zu kommen.

⁶⁸ Ich kann dabei der üblichen Beschreibung des Phänomens (z. B. bei *Lenherr*) nicht folgen, die von vorneherein unterstellt, dass sich die negative Beweiswürdigung notwendig zu Lasten des Beschuldigten auswirken müsse. Die Verweigerung des Zeugnisses, um beispielsweise des ungeliebten Schwiegersohns Alibi nicht bestätigen zu müssen, scheint mir durchaus denkbar; dass eine Würdigung dieser Verweigerung die Art der Beziehungen zwischen der Aussageperson und dem Beschuldigten im konkreten Fall berücksichtigen müsste, liegt auf der Hand.

⁶⁹ H. M.: *Roxin* (Fn. 46), 83; *Gössel*, Strafverfahrensrecht, Bd. 1, Stuttgart 1977, 264; BGHSt. 22, 113; für die Schweiz *Lenherr*, 97, mit Hinweisen.

⁷⁰ Wie hier *Roxin* (Fn. 46), 83; BGHSt. 20, 298, 32, 140; gegen Würdigung *Gössel* (Fn. 59), 264.

⁷¹ *Lenherr*, 99.

⁷² *Real*, *Walter*, Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, in: Aargauisches Strafprozessrecht, Aarau 1961, 123 ff., 135.

mit dem Bade ausgeschüttet, wenn nun als Abhilfe das (zumindest faktische) Recht eingeräumt wird, durch aktive, aber bewusst unwahre Aussage den Prozess in die gewünschte Richtung zu beeinflussen oder dies zu versuchen. Und schliesslich wäre zu fragen, ob denn nicht in dieser Situation die Einvernahme als Auskunftsperson eine quasi antizipierte negative Beweiswürdigung darstellt, in dem nämlich solche Aussagen Gefahr laufen, ganz durchs Band für unzuverlässig und lügenhaft gehalten zu werden.

IV. Freie Beweiswürdigung und Auskunftsperson

Nicht bloss auf die individuellen Rechte und Pflichten der aussagenden Person wirkt sich die Rolle der Auskunftsperson aus. Sie beeinflusst natürlich auch den Gang des Verfahrens, insbesondere der Beweisaufnahme. Sie relativiert die sanktionsbewehrte Wahrheitspflicht der Aussageperson gerade dort, wo Grund dafür vermutet werden darf, dass diese von der Wahrheit abweicht. So ermöglicht sie die vorsätzliche Falschaussage, wo in der Zeugenrolle nur das Schweigen als rechtmässige Alternative zur Auswahl stand. Prüft man den Einfluss dieser Möglichkeit auf das Verfahren, so lässt die Einlassung der Auskunftsperson als Beweismittel neben der Zeugenaussage sich nur dann legitimieren, wenn wir zum Schluss kommen, *irgendeine* Aussage sei genausogut oder besser als Grundlage der Urteilsfindung geeignet wie eine unerhältliche Zeugenaussage. In der Tat ist dies die in der Schweiz herrschende Auffassung.

1. Freie Beweiswürdigung nach Art. 249 BStPO

Das materielle Strafrecht der Schweiz ist seit dem Inkrafttreten des StGB am 1.1.1942 bundesrechtlich geregelt. Nicht so das Strafverfahren: Es gehorcht – mangels einschlägiger Kompetenz des Bundes – den Verfahrensordnungen in 26 Kantonen und Halbkantonen⁷³. Der dritte Teil des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege (BStPO) vom 15.6.1934 enthält jedoch eine Reihe von Bestimmungen, die auch für die kantonalen Gerichte verbindlich sind; sie sol-

len die einheitliche Anwendung des materiellen Bundesstrafrechts sicherstellen⁷⁴.

Art. 249 BStPO fordert: «Die entscheidende Behörde soll die Beweise frei würdigen; sie ist nicht an gesetzliche Beweisregeln gebunden.» Dies wird nun keineswegs als blosser Verankerung der Regel gesehen, dass der Richter mittels freier Würdigung der justizförmig vorliegenden Beweise seine Überzeugung bilden soll, entsprechend etwa dem § 261 der deutschen Strafprozessordnung. Denn das materielle Strafrecht würde «in unterschiedlichem Masse verwirklicht, wenn die Behörden eines Kantons – geschähe dies nun im Hinblick auf eine gesetzliche Regelung oder aus einem anderen Grunde – allgemein höhere Anforderungen an den Beweis für das Vorliegen eines Sachverhalts stellten, als dies anderswo der Fall ist»⁷⁵. Daher regelt Art. 249 BStPO nach der h.M. nicht nur die Beweiswürdigung im engeren Sinne, sondern stellt als Massstab der Beweiserhebung die «bestmögliche Ermittlung des wahren Sachverhalts» auf⁷⁶ und verbietet folgerichtig dem Richter, «bei der Durchführung von Beweisen und der Würdigung erhobener Beweise gesetzlichen Regeln – Beweiserhebungs-, Beweisverwertungsverbieten oder Beweisregelungen – zu folgen, welche die eigene Prüfung und Bewertung der Beweismittel ausschliessen»⁷⁷.

So wird ein Beweismittelkatalog, wie ihn das deutsche Recht kennt⁷⁸, ausgeschlossen und in der Praxis auch die Verwertung nicht formgerecht erhobener Beweise möglich⁷⁹. Grenzen der Beweiserhebung zieht das Bundesgericht erst, wo «das kantonale Recht oder übergeordnetes Verfassungs- oder Staatsvertragsrecht aus anderen Gründen als der Beweiseignung, z. B. zur Wahrung schutzwürdiger öffentlicher oder privater Interessen, gewisse Beweismittel nicht oder

⁷⁴ Rehberg (Fn. 21), 235; BGE 84 IV 174.

⁷⁵ Rehberg, a. a. O.; im selben Sinne Müller, Jürg, Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Strafprozess, Diss. Zürich 1972, 25f.

⁷⁶ Rehberg, a. a. O.

⁷⁷ BGE 115 IV 267, S. 269.

⁷⁸ Eingehend Prittwitz, Cornelius, Der Mitbeschuldigte im Strafprozess, Diss. Frankfurt am Main 1984, 172ff.

⁷⁹ Entgegen der Lehre, z. B. Rehberg, a. a. O., der immerhin die gesetzlich vorgeschriebenen Formen der Beweisabnahme geschützt wissen will (S. 237), solange dadurch nicht eine Beweisart ausgeschlossen wird. Tatsächlich ist aber fraglich, ob diese Einschränkung vor der beschriebenen teleologischen Interpretation des Art. 249 Bestand hat: Ist der Damm des formalisierten und auf gesetzliche Beweisarten beschränkten Beweisverfahrens erst gebrochen, lässt sich die so gewonnene Ermessensmacht des Richters, der selbst frei würdigt, welche Beweise er zu würdigen gedenkt, durch blosser Formalitäten der Beweisaufnahme kaum mehr hemmen.

⁷³ Ausnahmen: Art. 340ff. StGB bezeichnen Delikte, die vom Bundesstrafgericht bzw. den Bundesassisen nach der BStPO verfolgt werden. Im Bereich der Armee gilt das ebenfalls bundesrechtliche Militärstrafverfahren. Die immer latenten Bestrebungen nach Einführung einer allgemeinen Bundeskompetenz für das Strafverfahren erhalten zur Zeit neue Nahrung durch das Bedürfnis nach landesweit koordinierter Abwehr der organisierten Kriminalität.

nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässt»⁸⁰.

Soll nun wirklich irgendeine Aussage ebenso verwertbar sein wie das formgerecht erhobene Zeugnis? Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir uns mit zwei Aspekten befassen, die dagegen sprechen könnten: Der Frage der Beweisform einerseits, die Frage des Beweismittelkatalogs andererseits, je in ihrem Verhältnis zur freien Beweiswürdigung.

Schnell ist die zweite der Fragen beantwortet: Dort, wo die Auskunftsperson als Beweismittel in der Strafprozessordnung figuriert, wäre ein allfälliger *numerus clausus* nicht verletzt⁸¹. Wo aber die Auskunftsperson nebengesetzlich existiert, wird sie mit § 249 BStPO gerechtfertigt, nachdem es keinen gesetzlichen Beweismittelkatalog geben dürfte.

Bleibt die Frage nach der Beweisform. Sie wurde bereits oben (IV.2) angesprochen. Die in Deutschland beachteten Regeln des Strengbeweises hätten vor Art. 249 BStPO nach der erwähnten Auslegung keinen Bestand, schützen sie doch «nur» den justizförmigen Lauf des Verfahrens und sollen einen gewissen Beweisstandard sichern. Gegen den Strengbeweis wird zudem ins Feld geführt, dass er vom Richter psychologisch Unmögliches verlange und – bei rechtlicher Unerreichbarkeit eines Beweises – sich die unzulässige Würdigung desselben nicht vermeiden lasse⁸².

2. Der Wertungswiderspruch der «reinen Lehre» von der freien Beweiswürdigung

Aus dieser Sicht der Dinge drängt sich das Institut der Auskunftsperson also geradezu auf. Doch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung lässt zwei verschiedene Perspektiven darauf zu: Bisher stand die Zulässigkeit als Beweismittel zur Diskussion. Die andere Perspektive betrachtet ihre Eignung, ihren Wert als Beweis. Vertritt man nun die «reine Lehre» von der freien Beweiswürdigung im Sinn der oben beschriebenen Interpretation des § 249 BStPO, so bleibt zu diesem Thema nur die karge Feststellung übrig, dass die «Aussagen der Auskunftspersonen vor allem verglichen mit den Zeugenaussagen nicht ein Beweismittel minderen Ranges darstellen»⁸³. Dass

sie genau dies doch tun, macht derselbe Autor zwei Zeilen weiter unten klar: «Einzuräumen (ist), dass die Aussage nicht unter den Garantien der Zeugenaussagen, gewährleistet vorab durch StGB Art. 307, gemacht wurde»⁸⁴.

Verstösst also die Zulassung zweier rechtlicher Arten des Personenbeweises – des Zeugnisses mit sanktionierter Wahrheitspflicht, der Auskunft ohne ebensolche – gegen den Kerngehalt des Prinzips der freien Beweiswürdigung, den Grundsatz nämlich, dass der Richter bei der Beurteilung der Beweise nicht an rechtliche Wertungsmassstäbe gebunden ist? Entscheidend ist, dass hier nicht faktische Unterschiede in der Beschaffenheit des Beweises den Richter veranlassen, die eine Aussage im besonderen Fall kritischer zu würdigen als die andere: Er muss sich vielmehr verpflichtet fühlen, jede ohne sanktionsbedrohte Wahrheitspflicht zustande gekommene Aussage um eben jenes durch das *Recht* veranlassten Unterschieds zur Zeugenaussage willen besonders kritisch zu prüfen.

Damit führt die ausweitende Interpretation der freien Beweiswürdigung am Beispiel der Auskunftsperson zu einem Widerspruch: Indem sie den Einbezug jedes tatsächlich erreichbaren Beweismittels ermöglicht, schafft sie gleichzeitig wieder jene Kategorien von Beweismitteln, zu deren Überwindung sie ursprünglich angetreten war. In welcher Form auch immer die Aussage der Beweisperson in den Strafprozess eingeführt werden soll, ob überhaupt, ob als Zitat, ob als Auskunft, ob als Zeugnis: Die Form muss einheitlich festgelegt sein und darf nicht zu einer rechtlichen Ungleichbehandlung führen, die jene Aussagen nach vermuteter Glaubwürdigkeit in Klassen einteilt⁸⁵.

3. Die Relativität der freien Beweiswürdigung

Eine kurze historische Betrachtung mag helfen, die Wurzel des Problems zu finden. Denn das Prinzip der freien Beweiswürdigung verdankt seine Entstehung ja nicht ursprünglich dem Bestreben, kantonale Verfahren zu vereinheitlichen. Sie ging vielmehr Hand in Hand mit der Einführung der Schwurgerichte, die ihrerseits die Macht obrigkeitshöriger Untersuchungsorgane begrenzen sollten⁸⁶. Dadurch wurde einerseits die Postulierung von Beweiswürdigungsregeln illusorisch

⁸⁰ BGE 115 IV 267, S. 269, mit Hinweis auf die ständige Rechtsprechung.

⁸¹ Vgl. auch Prittwitz (Fn. 78), 183.

⁸² Arzt, Gunther, Zum Verhältnis von Strengbeweis und freier Beweiswürdigung, in: Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, 223 ff.

⁸³ Schmid (Fn. 2), 115.

⁸⁴ Ebd.

⁸⁵ In die selbe Richtung weisen die Bestrebungen, (nachträglichen) Eid bzw. Gelübde abzuschaffen.

⁸⁶ Zur Geschichte der freien Beweiswürdigung vgl. Hauser (Fn. 3), 9 ff.

risch. Andererseits wurde die Urteilsfindung von der Beweisaufnahme, der Instruktion, getrennt. Dort, wo keine Geschworenenbank zum Urteil berufen wurde, sollte wenigstens der Einfluss der Instruktion eingedämmt werden: Denn unter dem Regime der Beweisregeln war das Urteil über den Sachverhalt blosser Funktion der Beweisaufnahme gewesen: Wer über die Beweiserhebung entschied, hatte das Urteil in seinen Händen⁸⁷.

Die freie Beweiswürdigung ermächtigte also den Spruchkörper, aufgrund der ihm vorgelegten Beweise nach freiem Ermessen zu richten. Dabei konnte bei faktischer Trennung des Spruchkörpers von der Instruktion auch dieser ein Ermessen gewährt werden⁸⁸. Das englische Recht, und in seinem Gefolge der deutsche Strafprozess, sehen dagegen ein formalisiertes Beweisverfahren vor, das dem Vorsitzenden nur engen Ermessensspielraum zur Beweisaufnahme lässt. Gerade der Zwang, alle erreichbaren und zulässigen Beweismittel in der Hauptverhandlung in aller Förmlichkeit Revue passieren zu lassen, bietet dabei im deutschen Strafverfahren dem Richter die Möglichkeit, sich zumindest ein Stück weit von vorgefassten, aktenmässigen Eindrücken zu befreien⁸⁹. Dieses «Wechselspiel zwischen der – richterliche Willkür ermöglichenden – Freiheit der Würdigung und der dadurch erforderlichen Präsentation der Beweismittel»⁹⁰ rechtfertigt letztlich die «Ketten der Justizförmigkeit».

Nach der in der Schweiz herrschenden Meinung jedoch gesellt sich in der Person des Richters zur Ermächtigung, nach freiem Ermessen zu urteilen, gleich auch noch die Ermächtigung, nach freiem Ermessen die Beweise abzunehmen. Dies wird im Hinblick auf die oben beschriebene «reine Lehre» nicht zuletzt damit begründet, dass sie «eine bestmögliche Ermittlung des wahren Sachverhalts zu erreichen»⁹¹ ermöglichen. Sie ist nach Hauser die «logische Fortsetzung des Prinzips der materiellen Wahrheit»⁹². So wird das Prinzip der freien Beweiswürdigung, eigentlich eine Maxime der Urteilsfindung⁹³, zur

beherrschenden Prozessmaxime, die unter dem Banner der materiellen Wahrheit alle Schranken prozessualer Wahrheitsfindung niederreisst.

V. Der Mythos von der «materiellen Wahrheit»

Dass die Erforschung der materiellen Wahrheit der einzige Massstab sei, an dem sich Beweisaufnahme und Urteilsfindung zu orientieren hätten, wird der vorangehend kritisierten Auffassung vorausgesetzt. Letztlich fusst auch die Berechtigung der Auskunftsperson auf dieser Annahme: Nur wenn der hehre Zweck der Erforschung «materieller Wahrheit» genügenden Anlass gibt, über das Vehikel der freien Beweiswürdigung die Formalität des Beweisverfahrens zu sprengen, kann sie ein Dasein neben dem formalen Zeugnis fristen.

Dabei wird aber übersehen, dass «materielle Wahrheit» gar nicht das massgebliche Ziel des Prozesses sein kann: Wissenschaftliches Erkenntnisinteresse liegt dem Strafverfahren wohl kaum zugrunde. Welche Rolle die Frage nach der Wahrheit im Prozess spielt, kann nur in bezug auf die strafrechtlichen und gesellschaftlichen Ziele des Verfahrens selber beurteilt werden. Und nur in ebendiesem Rahmen kann festgelegt werden, mit welchen Mitteln diese Frage beantwortet werden darf.

1. Materielle und normative Wahrheit

Ob irgendeine Aussage «wahr», «materiell wahr» ist, entzieht sich in jedem einzelnen Falle gesicherter Kenntnis. Wir können zwar sagen (und die Wahrheit dieser Aussage ist bloss definitorisch, denn sie sagt nichts aus über wirkliche Dinge)⁹⁴, dass der Satz «Gruber hat am 13. 10. um 14 h 15 Tobler mit einem Messer am Arm verletzt» genau dann wahr ist, wenn Gruber am 13. 10. um 14 h 15 Tobler mit einem Messer am Arm verletzt hat (und unwahr, wenn es um 14 h 16 passierte). Doch letzte Gewissheit darüber, ob es sich wirklich so verhalten hat, werden wir nicht erreichen, allen Bemühungen von Kriminalisten oder Historikern zum Trotz. Gewisse Hinweise wie Grubers Faustabdruck auf dem Messergriff, Toblers wütende Beschuldigung und der Hinweis eines Ohrenzeugen, die Kirchturmuhre habe gerade die Viertelstunde geschlagen, als er Toblers Schmerzensschrei vernahm, können uns

⁸⁷ So erging im klassischen Prozess der Inquisition das eigentliche Urteil durch gelehrte Spruchkörper einzig aufgrund der Untersuchungsakten: *Quod non est in actis, non est in mundo...*

⁸⁸ So in Frankreich mit dem «pouvoir discrétionnaire» (siehe oben), das wohlweislich nur dem Vorsitzenden in der *cour d'assises* zusteht, nicht den Richtern, die selbst das Urteil fällen.

⁸⁹ Pieth (Fn. 52), 21 f.

⁹⁰ Prittowitz (Fn. 78), 177.

⁹¹ Rehberg (Fn. 21), 235.

⁹² Hauser (Fn. 3), 146.

⁹³ Und nicht einmal dort ein absoluter Grundsatz: Peters, Strafprozess, Heidelberg 1985, warnt davor (S. 298), mit ihrer Hilfe «dem Irrationalen, dem Beliebigem und dem Unkontrollierbaren Tür und Tor zu öffnen»; Roxin (Fn. 46), 79 f. verlangt, dass «der Urteilsbildungsprozess von anderen Richtern nachvollzogen werden kann».

⁹⁴ Vgl. die Wahrheitskategorien bei Adomeit, Klaus, Zur Einführung: Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff, JuS 1972 628 ff., 629 f.

erlauben, eine brauchbare Hypothese über das Vorkommnis zu erstellen. Erfahren wir Jahre später, dass Gruber am 13. 10. bei seinen Verwandten in Polen zu Besuch weilte, sollten wir die Hypothese allerdings überprüfen.

Natürlich gibt es keinen Grund, die Wahrheit einigermaßen gesicherter und wiederholt bestätigter Erkenntnisse über Gebühr zu bezweifeln. Doch die Möglichkeit ihrer Unwahrheit besteht bei jeder Behauptung über Wirklichkeit. Daher verlangt die strafrechtliche Verurteilung eines Menschen, die sich ja als die Folge der Tat darstellen soll und nicht als die einer hypothetischen Wahrscheinlichkeit, eine normative, keine «materielle» und daher nicht erreichbare Legitimation⁹⁵. Tatsächlich wird das Urteil etwa lauten: «Das Gericht erkennt für wahr, dass der Angeklagte Gruber am 13. 10. um 14 h 15 Tobler mit einem Messer am Arm verletzt hat.» Dieser Satz wiederum ist wahr genau dann, wenn das Gericht dies tatsächlich für wahr erkannt hat (und zwar auch, wenn Gruber in Wirklichkeit in Polen war oder die Kirchturmuhre eine Minute nachging); er ist normativ gültig, wenn das Gericht ermächtigt ist, den Spruch zu fällen und den behaupteten Sachverhalt zur Grundlage für eine Sanktion zu machen.

2. Prozessuale Wahrheit als normative Wahrheit

Das Urteil selbst, welches das Gericht seiner Ermächtigung und Bestimmung gemäss fällt, ist eine Norm. Als solche entzieht es sich dem Vergleich mit der «materiellen» Wahrheit: «Von wahren Normen zu sprechen, ist so dumm wie von gesunden Primzahlen»⁹⁶. Das Urteil beschliesst, dass von einem bestimmten Sachverhalt auszugehen sei, und legt diesem entsprechend eine oder mehrere Rechtsfolgen fest. Dem Sachverhalt wiederum wird unterstellt, er sei «wahr» – was allenfalls im Idealfall zutrifft. Massgeblich für die Geltung des Urteils ist aber nicht, ob der festgestellte Sachverhalt «materieell wahr» ist. Entscheidend ist, dass sie das Ergebnis des dafür rechtlich bestimmten Verfahrens ist; ihre Wahrheit und Legitimation ist eine prozessuale.

Die prozessuale Wahrheit, die den Grund für verbindliche und mit Zwangsgewalt durchsetzbare Rechtsfolgen setzt, ist normative Wahrheit. Ihre Behauptung ist ein moralischer Akt: «So soll

es sein.» Sie ist auf vielfache Weise konditioniert. Die erste Normativierung der zu beurteilenden Wirklichkeit ist bereits der Tatbestand als «Vergleichsmassstab der Wahrheit»⁹⁷: Aus der Summe aller möglichen «materieell» wahren Aussagen über den zur Debatte stehenden Wirklichkeitsausschnitt filtert er einige wenige heraus, deren «materielle» Wahrheit allenfalls eine Rolle spielen kann⁹⁸. Erst recht von gewaltigem Einfluss zeigt sich das Verfahrensrecht, und hier insbesondere das Beweisrecht.

Wollte man wirklich die grösstmögliche Annäherung an die «materielle Wahrheit» zum Selbstzweck des Verfahrens erheben, so wären wohl besser die Gerichte abzuschaffen und durch Expertenkommissionen zu ersetzen, denen für ein Gutachten über die Tatvorgänge und Täter unbegrenzt Zeit gelassen werden müsste und die vor allem nicht mit der Aussicht zu belasten wären, dass ihr Gutachten irgendwelche Rechtsfolgen veranlassen könnte – schliesslich wäre «Objektivität» gefragt. Doch darum kann es nicht gehen im Strafprozess.

Es bleibt der Rechtsordnung also nicht erspart, die prozessuale Wahrheit – und damit alle diejenigen Variablen, die durch das materielle und das Verfahrensrecht gesetzt werden – so zu gestalten, dass sie den Zwecken des Strafrechts und des Strafverfahrens als Ganzem dient.

Strafrecht im Rechtsstaat verlangt die Feststellung der Schuld des Beschuldigten, bevor über eine – unter welchem absoluten oder relativem Strafzweck auch immer – angemessene Sanktion überhaupt diskutiert werden kann. Das einfache Konzept, dem die Beweiserhebung zur Tat- und Schuldfrage folgen muss, ist das der Vergeltung, des Schuldstrafrechts. Generalpräventive Zwecke mögen (vielleicht!) die exemplarische Bestrafung von «Sündenböcken» rechtfertigen, spezialpräventive die Verhängung von Massnahmen auch über Unschuldige, solange nur ihre «Gefährlichkeit» feststeht. Doch wird «ein an rechtstaatlichen Leitbildern orientiertes Strafverfahren ... stets ein besonderes Hindernis für die frühzeitige Verwirklichung spezialpräventiven Gedankenguts bleiben» und setzen «abschreckende Massnahmen ... die Verurteilung zur Strafe voraus»⁹⁹.

Die Schuld als Bedingung und Begrenzung der Strafe prägt den Einfluss der «materiellen Wahrheit» auf die Feststellung des Sachverhalts. Dieser Einfluss sollte dabei im negativen Sinn ver-

⁹⁵ Vgl. Volk, Klaus, Wahrheit und Materielles Recht im Strafprozess, Konstanz 1980, 8; Krauss, Detlef, Das Prinzip der Materiellen Wahrheit im Strafprozess, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen 1975, 411 ff., 424 f.

⁹⁶ Weinberger, Rechtslogik, 1970, 33, nach Adomeit (Fn. 94), 631.

⁹⁷ Kässer, Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1974, 3, nach Krauss (Fn. 95), 423.

⁹⁸ Vgl. Pieth (Fn. 52), 5; Krauss (Fn. 95), 423.

⁹⁹ Krauss (Fn. 95), 424.

standen werden: Als prozessuale Wahrheit ist möglich, was aufgrund der freien Würdigung der zugelassenen Beweise angenommen werden kann und nicht mit jener Intensität des Zweifels, die der Satz *in dubio pro reo* voraussetzt, als materiell unwahr vermutet werden muss. Der Freispruch setzt «weder objektive Erkenntnis noch auch nur subjektive Gewissheit voraus, er wird vielmehr durch richterlichen Zweifel ausreichend legitimiert. Auch der Schuldspruch gründet nicht auf «objektiver» oder «empirischer» Wahrheit, sondern auf dem Ausschluss des Zweifels bei Gericht»¹⁰⁰. So eingeordnet, kann der Grundsatz der Wahrheitserforschung seine wichtigste Funktion wahrnehmen: zu vermeiden, dass der Unschuldige bestraft wird, ohne gleichzeitig jene formalen Schranken einzureissen, die dem Schutz des Beschuldigten aus dem Gedanken der Rechtssicherheit und der Rechtsstaatlichkeit gewidmet sind.

3. Die Rolle der Beweisperson

Ist nun festgestellt, dass der Zweck der Ermittlung «materieller Wahrheit» nicht rechtfertigen kann, dass gleichzeitig formelle Zeugenaussagen und irgendwelche Auskünfte der Urteilsfindung zugrunde liegen können; dass er nicht Grund sein kann, formale Schranken niederzureissen, die um des Beschuldigten willen errichtet wurden, bleibt die Frage: Wie ist die Rolle der Beweisperson zu gestalten – kommt sie sinnvollerweise überhaupt vor im Strafverfahren?

Diese Frage auch nur in Grundzügen zu beantworten, geht über Rahmen und Intention dieses Aufsatzes weit hinaus. Wenige Hinweise müssen genügen:

Angesichts der notorischen Unzuverlässigkeit von Beweisaussagen, mehr noch dem Hang der Gerichte, ihnen zu wenig kritisch zu begegnen¹⁰¹, liesse sich durchaus erwägen, ob der Einbezug von Beweispersonen in das Verfahren überhaupt sinnvoll ist. Aussagen von nicht am Verfahren beteiligten Personen könnten entweder ganz ausgeschlossen werden oder als Zitat in die Verhandlung eingeführt werden. Immerhin kann es seitens einer Beweisperson ja als Zumutung verstanden werden, in einer Sache, die sie nichts angeht, mit Pflichten beladen zu werden. Auch segenreiche Wirkungen auf die Sorgfalt der kriminalistischen Dienste bei der Sicherstellung und

Begutachtung von Sachbeweisen könnten erwartet werden.

Einzuwenden ist, dass die häufig fehlerhafte Würdigung von Beweisaussagen in erster Linie ein Problem der Richter ist. Richtig bewertet, scheint die Beweisaussage nach wie vor unerlässlich: Nicht als Krone der Beweismittel, sondern wegen ihrer Eignung, mögliche Motivationszusammenhänge aufzuzeigen, die dem Betrachter der meist bloss punktuelle Schlaglichter werfenden Sachbeweise verborgen bleiben. Ist erst erstellt, dass die Beweisaussage geeignet ist, dem Verfahren und seinen Zwecken zu dienen, kann wohl auch die allgemeine Pflicht, als Beweisperson Teil des Verfahrens zu werden, kein Thema mehr sein: Vor dem rechtskräftigen Schuldspruch steht auch nicht fest, dass die Sache den Beschuldigten «etwas angeht». Rechtfertigt der Sinn des Strafverfahrens, ihn, den vermutet Unschuldigen, zuweilen jahrelang vorsorglich seiner Freiheit zu berauben, kann nicht in Frage stehen, dass es gerechtfertigt ist, die Beweisperson in die Pflicht zu nehmen.

Geschieht dies, so nimmt sie im Verfahren eine eigene, formalisierte Rolle ein. Sie kann nun nicht als Objekt, als blosses «Beweismittel» betrachtet werden. Das verbietet sich einerseits durch ihre Qualität als Mensch, als Träger von Rechten und Pflichten, mitunter auch von spezifischen Absichten. Andererseits würde es gerade jener unkritischen Bewertung ihrer Aussage Vorschub leisten, die am Beginn dieser Erwägungen stand. Nur der Richter, der die Beweisperson als Mensch in seiner durch das Verfahren definierten Rolle erkennt, kann sich eine Würdigung ihrer Aussage zumuten. Entscheidend dabei ist, dass jeder Aussage die formal selbe Qualität zusteht, ist, dass nicht durch die Hintertür einer informalierten Beweisausforschung die generische Vorauswürdigung der Aussagen Platz greift.

Anhang: Literaturübersicht

- Adomeit, Klaus*: Zur Einführung: Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff, JuS 1972 628 ff.
- Aeschlimann, Jürg*: Das Bernische Strafverfahren, B – Besonderer Teil, Bern 1991
- Arzt, Gunther*: Zum Verhältnis von Strengbeweis und freier Beweiswürdigung; in: Festschrift für Karl Peters, «Einheit und Vielfalt des Strafrechts», Tübingen 1974, 223 ff.
- Bender, Rolf*: Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, SJZ 81 (1985) 53 ff.
- Bouzat, Pierre/Pinatel, Jean*: Traité de droit pénal et de criminologie, Paris 1970
- Eser, Albin*: Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, ZStrW 79 565 ff.

¹⁰⁰ Krauss (Fn. 95), 425.

¹⁰¹ Bender, Rolf, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, SJZ 81 (1985) 53 ff., 54; Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, Karlsruhe 1970, Bd. II, 53.

- Gössel, Karl-Heinz*: Strafverfahrensrecht, Bd. I; Stuttgart 1977
- Gössel, Karl-Heinz*: Die Beweisverbote im Strafverfahren – in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, 801 ff.
- Hauser, Robert*: Probleme und Tendenzen im Strafprozess, ZStrR 88 (1972) 137 ff.
- Hauser, Robert*: Der Zeugenbeweis im Strafprozess unter Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974
- Hauser, Robert*: Kurzlehrbuch des Schweizerischen Strafprozessrechtes, Basel/Frankfurt a. M. 1988
- Krauss, Detlef*: Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen 1975, 411 ff.
- Lenherr, Paul*: Die Auskunftsperson im schweizerischen Strafprozessrecht, Diss. Zürich 1970
- Löwe-Rosenberg (Bearbeiter)*: Grosskommentar zur Strafprozessordnung, 24. Auflage, Berlin 1988
- Müller, Jürg*: Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Strafprozess, Diss. Zürich 1972
- Oberholzer, Niklaus*: Grundzüge des Strafprozessrechts: dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen, Bern 1994
- Peters, Karl*: Strafprozess, Heidelberg 1985
- Peters, Karl*: Fehlerquellen im Strafprozess, Karlsruhe 1970
- Pieth, Mark*: Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Diss. Basel 1984
- Pfenninger, Hans Felix*: Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten im schweizerischen Strafverfahren, SJZ 53 (1957) 129 ff.
- Pfenninger, Hans Felix*: Zeugnisrecht, Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerungsrechte im schweizerischen Strafverfahren, SJZ 54 (1958) 225 ff.
- Poncet, Dominique*: Le nouveau code de procédure pénale genevois annoté, Genève 1978
- Prittwitz, Cornelius*: Der Mitbeschuldigte im Strafprozess, Diss. Frankfurt a. M., 1984
- Real, Walter*: Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerungsrecht; in: Aargauisches Strafprozessrecht, Aarau 1961 123 ff.
- Rehberg, Jörg*: Zur Tragweite von BStrP Art. 249, ZStrR 1991 232 ff.
- Rehberg, Jörg*: Aussagen von Mitbeschuldigten als Beweismittel, ZStrR 1993 186 ff.
- Rehberg, Jörg/Hohl, Markus*: Die Revision des Zürcher Strafprozessrechts von 1991, Zürich 1992
- Roxin, Claus*: Strafverfahrensrecht, München 1991
- Schmid, Niklaus*: Strafprozessrecht, Zürich 1993
- Schmid, Niklaus*: Zur Auskunftsperson, insbesondere nach zürcherischem Strafprozessrecht, ZStrR 1993 88 ff.
- Schmidt, Jürgen*: Noch einmal: Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft, JuS 1973 204 ff.
- Stefani, Gaston/Levasseur, Georges/Bouloc, Bernard*: Procédure pénale, Paris 1990
- Stratenwerth, Günter*: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Bern 1982
- Stratenwerth, Günter*: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Bern 1995
- Volk, Klaus*: Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, Konstanz 1980