
§ 9 Evaluation des Schrift-, Audio- und Videoprotokolls im Lichte des Gebots des tauglichsten Beweismittels

Nadja Capus

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung	266
II.	Die Grundzüge der revidierten Regelung im Lichte der Protokollfunktionen	268
	1. Schriftprotokolle	272
	2. Audio- und Videoprotokolle	276
III.	Fazit und Empfehlung	279

Literatur

AMMANN MATHIAS, Videoprotokollierung von Einvernahmen, *Kriminalistik* 8–9/2011, S. 570 ff.; BALDWIN JOHN/BEDWARD JULIE, Summarising Tape Recordings of Police Interviews, *The Criminal Law Review* 1991, S. 671 ff.; BIRTLES ALEX, The European Committee for the Prevention of Torture and the Electronic Recording of Police Interviews with Suspects, *Human Rights Law Review* 1(1)/2001, S. 67 ff.; CAPUS NADJA, Schriftprotokolle in Strafverfahren: «der todte Buchstabe ist noch immer nicht das lebendige Wort selbst», *BJM* 2012, S. 173 ff.; DIES., Ich ermördere Dich. Es gibt keine Gesetze für Vito. Vitogesetze, *Justice – Justiz – Giustizia* 3/2014, ohne Seitenzahl, <https://richterzeitung.weblaw.ch/rzissues/2014/3/-ich-ermordere-dich_1f23039c2a.html__ONCE> (3.7.2023); DIES., Das Recht auf Verdolmetschung in der Strafjustiz, *ZStrR* 4/2015, S. 1 ff.; DIES., Des algorithmes à risque dans la justice pénale, *plädoyer* 6/2018, S. 20 ff.; DIES., Written Records of Statements and Fairness, in: Jackson John/Summers Sarah (Hrsg.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings*, London 2018, S. 205 ff. (zit. *Written records*); DIES., Le régime juridique des preuves du projet initial à la réalité d’aujourd’hui: du flou à l’obscurité totale, *Dix ans de Code de procédure pénale*, Basel 2020 (zit. *Code de procédure pénale*); CAPUS NADJA/ALBRECHT PETER, Die Kompetenz zur Einvernahme im Vorverfahren, *fp* 2012, S. 361 ff.; CAPUS NADJA/HOHL ZÜRCHER FRANZISKA, Einvernahmeprotokolle: Der Stil beeinflusst die Richter, *plädoyer* 6/2016, S. 30 ff.; CAPUS NADJA/HOHL ZÜRCHER FRANZISKA/STOLL MIRJAM, Reduced statement credibility in interpreter-mediated interviews: Findings of a quantitative analysis of written records of police-suspect investigative interviews in Switzerland, in: *International Journal of Speech, Language and the Law*, 2023 29(2), 124–144. <<https://doi.org/10.1558/ijll.18865>>; CAPUS NADJA/STOLL MIRJAM, Lesen und Unterzeichnen von Einvernahmeprotokollen im Vor- und Hauptverfahren. Anmerkungen zur Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung aus Sicht der rechtswissenschaftlichen und kriminologischen Protokollforschung, *ZStrR* 2/2013, S. 195 ff.; CAPUS NADJA/STOLL MIRJAM/SURI MIRJAM, Protokollstile im institutionellen Kontext. Mittelbarkeit der Beweiserhebung und Verlaufsprotokolle von Einvernahmen, *ZStrR* 1/2017, S. 1 ff.; CAPUS NADJA/STOLL MIRJAM/VIETH MANUEL, Protokolle von Vernehmungen im Vergleich und Rezeptionswirkungen in Strafverfahren, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1–2/2014, S. 225 ff.; CHALMERS JAMES, Recording of police interviews, in: Chalmers James/Leverick Fiona/Shaw Alasdair (Hrsg.), *Post-Corroborator Safeguards Review Report of the Academic Expert Group*, The Scottish Government, Edinburgh 2014, S. 118 ff.; COURVOISIER JULIE, Procedural changes in Switzerland: the lawyer

goes into the interrogation room, *Journal of Forensic Practice*, 19(1)/2017, S. 2 ff.; DENAULT VINCENT et al., The analysis of nonverbal communication: The dangers of pseudoscience in security and justice contexts, *Anuario de Psicología Jurídica* 30(1)/2020, S. 1 ff. <<https://doi.org/10.5093/apj2019a9>> (3.7.2023); DONGOIS NATHALIE, *L'erreur judiciaire en matière pénale: regards croisés sur ses contours et ses causes potentielles*, Zürich 2014; ELEK JENNIFER K./WARE LEZLEE J./RATCLIFF JENNIFER J., Knowing when the camera lies: Judicial instructions mitigate the camera perspective bias, *Legal and Criminological Psychology* 17/2012, S. 123 ff.; FOWLER YVONNE, Taking an interpreted witness statement at the police station: what did the witness actually say? in: Brunette Louise/Bastin Georges L./Hemlin Isabelle/Clarke Heather (Hrsg.), *The Critical Link 3. Interpreters in the Community*, Amsterdam/Philadelphia 2003, S. 195 ff.; GIGER ANGELA, Das abgekürzte Verfahren (Art. 358–362 StPO), Ablauf samt Klärung von Detailfragen, praktischen Erfahrungen und statistischen Erhebungen, *Zürcher Studien zum Strafrecht* 111, Zürich 2021; HAWORTH KATE, Tapes, transcripts and trials: The routine contamination of police interview evidence, *The International Journal of Evidence & Proof* Vol. 22(4) 2018, S. 428 ff.; HOHL ZÜRCHER FRANZISKA, Einvernahmeprotokolle lesen: Eine wissenssoziologische Untersuchung zur Rezeption von Einvernahmeprotokollen in schweizerischen Strafverfahren, Diss. Bern 2021, Bori Theses <<https://boritheses.unibe.ch/3639/>> (3.7.2023); HOHL ZÜRCHER FRANZISKA/CAPUS NADJA/STOLL MIRJAM, Korrekturen in polizeilichen Vernehmungsprotokollen: Ein Risiko für die Verteidigung, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsform* 3/2017, S. 147 ff.; IBUSUKI MAKOTO, The Dark Side of Visual Recording in the Suspect Interview: An Empirical and Experiential Study of the Unexpected Impact of Video Images, *Revue Internationale de Sémiotique juridique* 32/2019, S. 831 ff.; JONES KRISTYN A./CROZIER WILLIAM E./DERYN STRANGE, Look there! The effect of perspective, attention, and instructions on how people understand recorded police encounters, *Behavioral Sciences & the Law* 37(6)/2019, S. 711 ff.; KASSIN SAUL M./MEISSNER CHRISTIAN A./NORWICK REBECCA J., «I'd Know a False Confession if I Saw One»: A Comparative Study of College Students and Police Investigators, *Law and Human Behavior* 29(2)/2005, S. 211 ff.; DE KEIJSER JAN/MALSCH MARIJKE/KRANENDONK ROBIN/DE GRUIJTER MADELEINE, Written Records of Police Interrogation: Differential Registration as Determinant of Statement Credibility and Interrogation Quality, *Psychology, Crime and Law* 18/2012, S. 613 ff.; KRAUSS DETTLEF, Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren, 1. Teil, recht 1986, S. 73 ff.; LASSITER DANIEL G. et al., Videotaped Interrogations and Confessions: A Simple Change in Camera Perspective Alters Verdicts in Simulated Trials, *Journal of Applied Psychology* 87(5)/2002, S. 867 ff.; NOSETTI-KAUFMANN ARIANE, Strafbefehl, abgekürztes Verfahren und fehlende Unmittelbarkeit: Festhalten am Status quo – eine verpasste Chance?, *ZStrR* 2020, S. 248 ff.; SALZMANN EVELINE/MUTTI GABRIELA/FRITZ NATALIE, Verwertbarkeit von Spontanäusserungen und informellen Befragungen, *fp* 2022, S. 199 ff.; WALKER ANNE, Language at Work in the Law: The Customs, Conventions, and Appellate Consequences of Court Recording, in: Levi Judith N./Walker Anne Graffam (Hrsg.), *Language in the Judicial Process*, New York 1990, S. 203 ff.; WARE LEZLEE J. et al., Camera Perspective Bias in Videotaped Confessions: Evidence That Visual Attention Is a Mediator, *Journal of Experimental Psychology* 14(2)/2008, S. 192 ff.; WEBER ANNETTE/BERRESHEIM ALEXANDER, Polizeiliche Vernehmungen, *Kriminalistik* 12/2001, S. 785 ff.

I. Einführung

- 9.1 Ein Schriftprotokoll ist ein unvollkommenes Medium. Es bietet keine authentische Wiedergabe der Einvernahme und es lässt viele Manipulationen zu – selbst der gewählte Protokollstil beeinflusst die Wahrnehmung der lesenden Person und ihre Einschätzung der Glaubhaftigkeit oder der Fairness. Dennoch sind es vor allem Schriftprotokolle, die mit Einvernahmen bisher generiert wurden. Diese Priorisierung der Schriftprotokolle

ergibt sich aus der Regelung der Strafprozessordnung, die von 2011 bis Ende 2022 galt und aus der Rechtsprechungspraxis.¹

Die Unvollkommenheit des Mediums ist aber erstaunlicherweise nicht der Grund dafür 9.2
gewesen, in der letzten Revision die dominante Rolle des Schriftprotokolls als faktisch
alleiniges Arbeitsinstrument in Bezug auf Einvernahmen zu relativieren, indem nun-
mehr auch alternative Aufzeichnungsmethoden für alle Einvernahmeprotokolle erlaubt
sind. Jedenfalls findet sich kein entsprechender Hinweis in der Botschaft.² Es sind viel-
mehr die alltägliche Mühsal und der praktische Aufwand, die mit der Herstellung der
Schriftprotokolle einhergehen, die den Gesetzgeber – immerhin zwei Mal innerhalb nur
eines Jahrzehnts – dazu motivieren konnten, die gesetzliche Grundlage zu ändern. Neben
den administrativen Erleichterungen wird zusätzlich hervorgehoben, dass es im Ver-
gleich zur Schriftprotokollierung der Vorteil der Videoprotokollierung sei, die «nonver-
bale Kommunikation» wahrnehmbar zu machen.³ Warum das ein Vorteil sein soll,
wird nicht erklärt. Es ist anzunehmen, dass diese Einschätzung leider auf dem, offen-
sichtlich nur schwer überwindbaren Irrglauben beruht, dass Lüge und Täuschung mittels
nonverbaler Kommunikation identifiziert werden können.

Eine stete Verbesserung der Aufzeichnungstechnik ist selbstverständlich geboten, um 9.3
Personalbeweise ebenso sorgfältig erheben zu können wie Sachbeweise.⁴ Da jegliche
gesetzliche Regelung, die die Strafbehörden dazu verpflichtet, Einvernahmen in einer
bestimmten Weise zu dokumentieren, Auswirkungen auf die Ermittlung, Beweiserhe-
bung und Urteilsfällung hat, sollen in diesem Beitrag die verschiedenen Protokollier-
ungsformen kritisch analysiert werden.

In einem ersten Schritt werden sowohl die neue Regelung als auch die Parameter der 9.4
nachfolgenden Auseinandersetzung mit den Protokollierungsformen vorgestellt (II.).
Danach folgen Ausführungen zu einigen wissenschaftlichen Erkenntnissen betreffend
die Schriftprotokollierung in der Schweiz (II. 1.). Das ist wichtig, da das Schriftprotokoll
auch zukünftig ein alltägliches Arbeitsinstrument bleiben wird. Daran schliesst eine Aus-
einandersetzung mit der Video- bzw. Audioprotokollierung (II. 2.) an, gefolgt von der
Schlussfolgerung (III.), dass die veränderte gesetzliche Regelung mit Sicherheit positive
Aspekte hat, aber leider auch einige Risiken birgt.

1 Siehe ausführlicher zum Schriftprotokoll Rz. 9.14 ff., inklusive Quellenangaben zu den soeben gemachten Aussagen.

2 Botschaft StPO 2019, S. 2726 ff.

3 In der Botschaft ist von «audiovisuellen Aufzeichnungen» die Rede: «Überdies lassen sich mit audiovisuellen Aufzeichnungen auch Vorgänge nonverbaler Kommunikation erfassen, die ein reines Schriftprotokoll nur schwer darstellen kann». Zitiert aus der Botschaft StPO 2019, S. 2726.

4 HOHL ZÜRCHER/CAPUS/STOLL, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsform 3/2017, S. 158.

II. Die Grundzüge der revidierten Regelung im Lichte der Protokollfunktionen

- 9.5 Die Revision hat in Bezug auf die Bestimmungen zur Protokollierung zur Streichung eines Absatzes (aArt. 78 Abs. 5^{bis} StPO) und zur Einführung einer neuen Bestimmung (Art. 78a StPO) geführt.

Art. 78 StPO Einvernahmeprotokolle im Allgemeinen

¹ Die Aussagen der Parteien, Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen werden laufend protokolliert.

² Die Protokollierung erfolgt in der Verfahrenssprache, doch sind wesentliche Aussagen soweit möglich in der Sprache zu protokollieren, in der die einvernommene Person ausgesagt hat.

³ Entscheidende Fragen und Antworten werden wörtlich protokolliert.

⁴ Die Verfahrensleitung kann der einvernommenen Person gestatten, ihre Aussagen selbst zu diktieren.

⁵ Nach Abschluss der Einvernahme wird der einvernommenen Person das Protokoll vorgelesen oder ihr zum Lesen vorgelegt. Sie hat das Protokoll nach Kenntnisnahme zu unterzeichnen und jede Seite zu visieren. Lehnt sie es ab, das Protokoll durchzulesen oder zu unterzeichnen, so werden die Weigerung und die dafür angegebenen Gründe im Protokoll vermerkt.

^{5bis} *Aufgehoben*

⁶ Bei Einvernahmen mittels Videokonferenz ersetzt die mündliche Erklärung der einvernommenen Person, sie habe das Protokoll zur Kenntnis genommen, die Unterzeichnung und Visierung. Die Erklärung wird im Protokoll vermerkt.

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.

aArt. 78 StPO Einvernahmeprotokolle

¹ Die Aussagen der Parteien, Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen werden laufend protokolliert.

² Die Protokollierung erfolgt in der Verfahrenssprache, doch sind wesentliche Aussagen soweit möglich in der Sprache zu protokollieren, in der die einvernommene Person ausgesagt hat.

³ Entscheidende Fragen und Antworten werden wörtlich protokolliert.

⁴ Die Verfahrensleitung kann der einvernommenen Person gestatten, ihre Aussagen selbst zu diktieren.

⁵ Nach Abschluss der Einvernahme wird der einvernommenen Person das Protokoll vorgelesen oder ihr zum Lesen vorgelegt. Sie hat das Protokoll nach Kenntnisnahme zu unterzeichnen und jede Seite zu visieren. Lehnt sie es ab, das Protokoll durchzulesen oder zu unterzeichnen, so werden die Weigerung und die dafür angegebenen Gründe im Protokoll vermerkt.

^{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.

⁶ Bei Einvernahmen mittels Videokonferenz ersetzt die mündliche Erklärung der einvernommenen Person, sie habe das Protokoll zur Kenntnis genommen, die Unterzeichnung und Visierung. Die Erklärung wird im Protokoll vermerkt.

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.

Art. 78a StPO Einvernahmeprotokolle bei Aufzeichnung der Einvernahme

Wird die Einvernahme mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet, so gelten gegenüber den allgemeinen Regeln (Art. 78) folgende Abweichungen:

- a. Anstelle einer laufenden Protokollierung während der Einvernahme kann das Protokoll auch erst danach gestützt auf die Aufzeichnung erstellt werden, grundsätzlich jedoch innerhalb von sieben Tagen nach der Einvernahme.
- b. Die einvernehmende Behörde kann darauf verzichten, der einvernommenen Person das Protokoll vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und von dieser unterzeichnen und visieren zu lassen.
- c. Die Aufzeichnung der Einvernahme wird sofort zu den Akten genommen.

Bereits mit Einführung der StPO 2011 hat der Gesetzgeber eindeutig eine umfassende Dokumentationspflicht festgelegt. Insbesondere gelten Protokollierungsvorschriften für sämtliche Einvernahmen, auch die polizeilichen.⁵ Die gerichtliche Praxis hat mit Unterstützung der Lehre die Dokumentationspflichten im Verfahren gestärkt, indem sie die Regeln zu den Einvernahmeprotokollen als Gültigkeitsvorschriften und nicht als blosse Ordnungsvorschriften qualifiziert hat.⁶ Das hat zur Folge, dass eine Verletzung dieser Pflichten zur Unverwertbarkeit des Protokolls als Beweisstück führen kann.⁷ Torpediert wird der gesetzgeberische Ansatz allerdings durch die teilweise praktizierte Nicht-Protokollierung von Verfahrenshandlungen, z.B. der inoffiziellen Absprachen in bestimmten Strafbefehlsverfahren oder der offiziellen, aber informellen Absprachen in abgekürzten Verfahren.⁸ Dass dennoch nicht beliebig viele Verfahrenshandlungen unprotokolliert durchgeführt werden dürfen, hat das Bundesstrafgericht 2019 klargestellt, als es die fehlende Dokumentation von Verfahrenshandlungen der Bundesstaatsanwaltschaft im Kontext der FIFA-Untersuchungen harsch kritisiert und als Folge dieser Verletzung anwaltlichen Ausstandsbegehren gegenüber Bundesstaatsanwälten stattgegeben hat.⁹

5 Siehe zum unbefriedigenden Versuch, informelle Befragungen (ohne Protokollierungsvorschrift) von der ersten formellen Einvernahme zu unterscheiden: SALZMANN/MUTTI/FRITZ, fp 2022, S. 199 ff., 202.

6 Statt vieler CR CPP-BÉNÉDICT 2019, Art. 141 N 17a; BSK StPO-GLESS 2014, Art. 141 N 67; BGE 143 IV 408, 421 E. 8.2; BGer, 22.2.2013, 6B_492/2012, E. 1.5.

7 BGer, 22.2.2013, 6B_492/2012, E. 1.4; BGE 142 I 86, 89 f. E. 2.2; BGer, 14.6.2016, 6B_893/2015, E. 1.4.3; BGE 143 IV 408; für eine detaillierte Besprechung dieser Urteile siehe CAPUS, Code de procédure pénale, S. 24–28.

8 GIGER, S. 104, 108 ff.; vgl. beispielsweise die Weisung der Staatsanwaltschaft des Kantons Fribourg Nr. 2.4 vom 9.5.2011 bezüglich des abgekürzten Verfahrens, S. 2 <https://www.fr.ch/sites/default/files/2018-09/directive_2.4_0.pdf> (9.8.2022).

9 BStGer, 17.6.2019, BB 2018.190 und BB 2018.197, E. 5.4.

- 9.6 Obwohl, wie eingangs erwähnt, zweifellos die Schriftprotokollierung stark favorisiert worden ist, ist zu betonen, dass sie bereits seit mehr als einem Jahrzehnt nicht mehr die einzig mögliche Protokollierungsform ist. Tatsächlich sahen sowohl die allgemeine Regelung der Dokumentationspflicht aller Verfahrenshandlungen (Art. 76 Abs. 4 StPO) als auch der speziellen Dokumentationspflicht bezüglich gerichtlicher Einvernahmeprotokolle (aArt. 78 Abs. 5^{bis} StPO) schon vor der letzten Revision vor, dass die Verfahrensleitung eine alternative Aufzeichnungsform (in Ton oder Bild) anordnen konnte.¹⁰
- 9.7 Allerdings erhielten diese alternativen Aufzeichnungsformen nur den Status einer zusätzlichen Protokollierung zum Schriftprotokoll, das im Falle von Einvernahmen sogar und paradoxerweise weiterhin parallel, also laufend erstellt werden musste. Um dieses Paradox zumindest für die – aus ermittlung- und beweistechnischer Sicht gewichtigeren – Einvernahmeprotokolle aus dem Vorverfahren aufzuheben, hat das Bundesgericht 2017 in einem *obiter dictum* Entscheid mit Rückgriff auf die allgemeine Bestimmung Art. 76 Abs. 4 StPO gefolgert, dass es erlaubt ist, erst nachträglich auf der Grundlage akustischer oder audiovisueller Aufzeichnungen das Schriftprotokoll herzustellen.¹¹
- 9.8 Damit ist an der aktuell neuen Regelung eigentlich nur neu, dass es, erstens, die Unterschiedlichkeit der Protokollierungsvorschriften zwischen Einvernahmeprotokollen des Vor- und des Hauptverfahrens aufhebt. Nunmehr ist es für alle Strafbehörden gleichermaßen erlaubt,¹² das laufend hergestellte Schriftprotokoll zu ersetzen. Zweitens ist neu, dass es wiederum für alle Strafbehörden erlaubt ist, das Schriftprotokoll erst nach der Einvernahme gestützt auf die Aufzeichnungen zu erstellen (Art. 78a lit. a StPO). Drittens ist neu, dass dieses nachträglich hergestellte Schriftprotokoll den einvernommenen Personen auch im Nachhinein nicht vorzulegen, nicht zu unterzeichnen und nicht zu visieren ist (Art. 78a lit. b StPO).
- 9.9 Unverändert ist, dass die zuvor schon mögliche, aber in der Regel¹³ nicht obligate Audio- oder Videoaufzeichnung auch weiterhin eine Option der Verfahrensleitung, aber keine Verpflichtung bleibt. Diesen Entscheid dem alleinigen Gutdünken der Verfahrensleitung zu überlassen, und dies ohne jegliche anleitenden Kriterien, ist angesichts der Bedeutung der Protokolle in heute überwiegend mittelbaren Strafprozessen sehr unbefriedigend und wurde in der Vernehmlassung zurecht stark kritisiert.¹⁴

10 Die Revision der Regelung für gerichtliche Einvernahmeprotokolle wurde sogar noch vor Inkrafttreten der StPO bereits in die Wege geleitet, siehe CAPUS/STOLL, ZStrR 2/2013, S. 195 Fn. 1.

11 BGE 143 IV 408, 421 f. E. 8.3.

12 BBl 2019 2726.

13 Die Ausnahme sind Einvernahmen mit Minderjährigen ohne Gegenüberstellung gemäss Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO.

14 Kantonale Unterschiede in der technischen Infrastruktur sind angesichts der ohnehin anstehenden Umwälzungen (Projekt Justitia 4.0), welche alle Kantone betreffen, keine überzeugenden Hindernisse. Siehe dazu NOSETTI-KAUFMANN, ZStrR 2020, S. 262 f.

In den Vorentwürfen und in der endgültigen Fassung ist etwas altertümlich, umständlich und ungenau von der «Aufzeichnung mit technischen Hilfsmitteln» die Rede.¹⁵ In der Tat ist die Verschriftlichung mit Hilfe eines Computers bereits eine Aufzeichnung mit einem technischen Hilfsmittel. Zudem wird diese Aufzeichnung mit technischen Hilfsmitteln sowohl im erläuternden Bericht als auch in der Botschaft ausschliesslich als audiovisuelle Aufzeichnung, also als Videoprotokoll interpretiert.¹⁶ Das ist eine unnötig verengende Auslegung. Audioprotokolle sind eigenständige Aufzeichnungsformen und sind, wie im Folgenden erläutert wird (2.), aus wissenschaftlicher und praktischer Sicht gegenüber der Videoprotokollierung zu favorisieren. 9.10

Als Zwischenfazit lässt sich demnach festhalten, dass das Gesetz nunmehr alle vier Spielarten der Protokollierung erlaubt: das Schriftprotokoll, das Videoprotokoll, das Audioprotokoll oder auch kombinierte Formen. Die Wahl des Mediums sollte vom Gebot des tauglichsten Beweismittels (Art. 6 Ziff. 1 EMRK i.V.m. Art. 139 Abs. 1 StPO) und dem Prinzip der materiellen Unmittelbarkeit¹⁷ angeleitet werden. 9.11

Nachfolgend werden die unterschiedlichen Formen der Protokollierung anhand der fünf Funktionen untersucht. Es handelt sich dabei um die Folgenden: die Perpetuierungs-, Bindungs-, eine Beweis-, eine Kontroll- und Garantiefunktion.¹⁸ 9.12

Bei der Kontroll- und Garantiefunktion geht es darum, dass die Kontrolle der rechtlich korrekten und fairen Befragung nachträglich möglich sein soll. Diese Kontrollfunktion soll zu einer prospektiven Garantie der Rechte und der Fairness führen.¹⁹ Mit Bindungsfunktion ist gemeint, dass die einvernommene Person an das gebunden wird, was im Protokoll steht. Mit anderen Worten: ihre Aussagen werden arretiert und damit rezyklierbar gemacht. Die Staatsanwältin oder der Richter können in späteren Etappen die einvernommene Person mit diesen schriftlich fixierten Aussagen konfrontieren. Damit ist auch schon die Perpetuierungsfunktion angesprochen: Was einmal ausgesagt worden ist, soll möglichst authentisch, also nahe an der realen Aussagesituation auch in späteren Verfahrensetappen oder zweit- und drittinstanzlichen Verfahren abrufbar sein. Diese Funktion hält unser System der mittelbaren Beweiserhebung am Leben. Die Beweisfunktion schliesslich setzt sich aus den anderen Funktionen zusammen. Das Bundesgericht hat eine sogenannte positive Beweisvermutung etabliert: Alles, was im Protokoll steht, ist vermutungsweise so gesagt worden oder so geschehen. Dazu gehört im Umkehrschluss auch die negative Beweisvermutung: Alles, was nicht im Protokoll steht, existiert auch nicht.²⁰ 9.13

15 BBl 2019 2726.

16 *Ibid.*

17 CAPUS/ALBRECHT, fp 2012, S. 366 m.H. auf KRAUSS, recht 1986, S. 73, 82; CAPUS/STOLL/SURI, ZStrR 1/2017, S. 17 f.

18 Ausführlicher dazu: CAPUS/STOLL, ZStrR 2/2013, 204 ff. – dieselbe Quelle liegt auch dem nachfolgenden Abschnitt zugrunde.

19 Zur Fairnessproblematik in Bezug auf Herstellung und Verwendung von Einvernahmeprotokollen siehe CAPUS, Written records, S. 214 ff.

20 BGE 130 II 473, 477 E. 4.1 m.H. auf BGer, 27.6.1995, 1P.704/1994, E. 2a/bb.

1. Schriftprotokolle

- 9.14 Die mit der Revision geschaffene, gesetzliche Ausgangslage als auch die mittlerweile beinahe 40-jährigen Erfahrungen in England und Wales legen die Schlussfolgerung nahe, dass es höchstwahrscheinlich das Schriftprotokoll sein wird, das auch weiterhin das alltägliche und wichtigste Arbeitsinstrument der Strafbehörden und der Verteidigerinnen bleiben wird.²¹ In England und Wales besteht nämlich seit 1984 die Pflicht, Audioaufzeichnungen von polizeilichen Befragungen von verdächtigten Personen (nicht aber von Zeugen) herzustellen und darauf basierend erst nachträglich ein Schriftprotokoll anzufertigen.²² Obwohl das Schriftprotokoll stark zusammenfassend geschrieben ist, wird in der Regel nur dieses im weiteren Verlauf des Verfahrens als gleichwertige Kopie verwendet.²³ Für einen Rückgriff auf die Audio- oder Videoaufzeichnung fehlt schlicht die Zeit.
- 9.15 Es rechtfertigt sich daher, einige der wichtigsten, praxisrelevanten Aspekte, die die Forschung in Bezug auf Schriftprotokolle im schweizerischen Strafjustizsystem erarbeitet hat, näher zu erläutern. Einer dieser Aspekte ist, dass jede Verschriftlichung von mündlichen Ereignissen unvermeidlich mit einer Transformation einhergeht. In Bezug auf die Einvernahmeprotokolle handelt es sich dabei konkret um Verzerrungen (z.B. des Befragungs- und des Aussagestils, in dem nicht protokolliert wird, dass eine Frage zehn Mal wiederholt worden ist oder die vage Antwort so protokolliert, als wäre sie als klare Aussage gegeben worden, flüssig und ohne viele Satzabbrüche), um Modifikationen (z.B. des Sprachstils, indem die Sprache standardisiert und auf Verständlichkeit hin angepasst wird) oder um Selektionsprozesse (z.B. durch das Fokussieren auf juristisch erhebliche Schilderungen in Bezug auf ins Auge gefasste, rechtliche Tatbestände, das Weglassen von Schilderungen, die von Strafverfolgungsseite her als unwesentlich für das Ermittlungsverfahren eingestuft werden).²⁴ Es verbietet sich daher, ein Schriftprotokoll einer Einvernahme als ihr Abbild, ihre authentische Repräsentation zu behandeln.²⁵ Folglich erfüllt eine Audio- oder Videoaufzeichnung im Vergleich zum Schriftprotokoll die Kontroll- und Garantiefunktion eindeutig besser, da es sich um authentische Wiedergaben handelt.

21 In diesem Kapitel werden einige der Forschungsergebnisse aus dem folgenden Forschungsprojekt rezipiert: CAPUS, *Strafverfahren im Wandel: Mittelbare Beweisführung und Zeugeneinvernahmeprotokolle*, 2011–2017, N° PP00P1_159274, <<https://www.unine.ch/protokollforschung>> (9.8.2022).

22 *Police and Criminal Evidence Act (PACE) 1984*, F1 60, siehe die aktuelle Fassung: <legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> (9.8.2022).

23 CAPUS/STOLL/VIETH, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1–2/2014, S. 228 m.H. auf BALDWIN/BEDWARD, *The Criminal Law Review* 1991, S. 671 ff.; HOHL ZÜRCHER/CAPUS/STOLL, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsform* 3/2017, S. 158; HAWORTH, *International Journal of Evidence & Proof* 22(4) 2018, S. 434, 439.

24 Siehe ausführlich dazu CAPUS, *Justice – Justiz – Giustizia* 3/2014, Rz. 16 ff.; CAPUS/STOLL/VIETH, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1–2/2014, S. 228, 232 ff.

25 Dennoch wird Einvernahmeprotokollen Abbildcharakter zugeschrieben, wie sozialwissenschaftliche und medienhistorische Arbeiten wiederholt dargelegt haben, siehe zudem CAPUS, *Justice – Justiz – Giustizia* 3/2014, Rz. 2; HOHL ZÜRCHER/CAPUS/STOLL, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsform* 3/2017, S. 149.

Im Kontext von Strafverfahren ist die Aufzeichnungsform aber nur eine Seite der Medaille. Die andere Seite ist die Zugänglichkeit, das heisst, die Frage, wie leicht und praktisch sich der aufgezeichnete Inhalt den Rezipienten erschliesst. Es handelt sich dabei um ein Element der Perpetuierungsfunktion. Schriftprotokolle sind diesbezüglich den Audio- und Videoprotokollen stark überlegen, da sie das in einer Einvernahme Gesprochene nicht nur dauerhaft verfügbar machen. Durch sie wird zudem eine transformierte und selektive Form der Aussage definitiv arretiert und einfach rezyklierbar. Diese Form des Aktenmaterials bietet der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht die Möglichkeit, sich einen Überblick über die Ermittlungs- und Beweislage zu verschaffen.²⁶ 9.16

Diese Effizienz kann zusätzlich durch den Akt des Lesens und Unterzeichnens gesteigert werden. In der Revision von 2013 hatte sich der Gesetzgeber noch darauf beschränkt, diesen Akt nur für Gerichtsprotokolle aufzuheben (aArt. 78 Abs. 5^{bis} StPO), da die Audio- oder Videoaufzeichnung als Äquivalent für das Lesen und Unterzeichnen des Schriftprotokolls dienen kann.²⁷ Das stimmt insofern, als diese alternativen Aufzeichnungsformen in Bezug auf die Garantie- und Kontrollfunktion als Schutz vor unkorrekten Einvernahmetaktiken und Protokollierungsweisen dem Schriftprotokoll eindeutig überlegen sind und es das Lesen und Unterzeichnen der befragten Person daher nicht mehr braucht. 9.17

Allerdings liegt im Prozess der Verschriftlichung in Kombination mit dem Lesen und Unterzeichnen des Schriftprotokolls auch ein stark verfahrensbeschleunigendes Element, weil damit den beteiligten Personen vorgeführt wird, dass die Herstellung mit einer Auswahl des Inhalts und einer Wahl der Gestaltung einhergeht. Die Kombination von Verschriftlichung und Lesen sowie Unterzeichnen führt daher zu einer Bindung an eine transformierte, selektive und leicht zugängliche Form der Repräsentation der Einvernahme.²⁸ Das so erstellte Schriftprotokoll erlaubt in der Folge eine zeitsparende Rezeption, indem es die Verfahrensbeteiligten und Strafbehörden davon entlastet, stundenlang Aufzeichnungen anzuhören oder anzuschauen.²⁹ Diese Bindungsfunktion entfällt ohne das Lesen und Unterzeichnen. Zudem fehlt die Signalwirkung, welche die befragte Person auf die Doppelbödigkeit der Einvernahme aufmerksam macht.³⁰ Damit ist gemeint, dass die Wirkung der Einvernahme mit dem Gesprächsabschluss nicht been- 9.18

26 CAPUS, plädoyer 6/2018, S. 30.

27 CAPUS/STOLL, ZStrR 2/2013, S. 213.

28 CAPUS, BJM 2012, S. 188. Auf eine solche Absicherung durch das Lesen und Unterzeichnen kann ein Gerichtsverhandlungsprotokoll besser verzichten als die Einvernahmeprotokolle aus dem Vorverfahren, denn sie werden weit weniger oft weiterverwendet. Siehe dazu CAPUS/STOLL, ZStrR 2/2013, S. 205; CAPUS/STOLL/SURI, ZStrR 1/2017, S. 33.

29 Der Zeitgewinn durch die Entlastung von der parallelen Herstellung eines Schriftprotokolls wird relativiert durch die Bedenken, dass eine Befragung deutlich länger ausfallen kann, wenn die Auflage wegfällt, ökonomisch zu befragen, da eben ein Schriftprotokoll zu erstellen ist. Vgl. <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/ccr-rc/pmj-pej/pmj-pej.pdf> (9.8.2022), Kapitel 6.

30 CAPUS/STOLL, ZStrR 2/2013, S. 214; BGE 143 IV 408, 421 f. E. 8.3.

det ist, sondern darüber hinaus greift und dies der befragten Person dadurch vor Augen geführt wird.³¹ Eine fehlende Kontrollmöglichkeit wirkt sich schliesslich, so hat eine Untersuchung von Gerichtsprotokollen ergeben, negativ für die befragte Person aus: nur Sprecher, die im Nachhinein eine Kontrollmöglichkeit haben, werden tendenziell vorteilhafter dargestellt.³² Daher wäre das nachträglich hergestellte – womöglich eben nur sinngemässe³³ – Schriftprotokoll gerade in Kombination mit dem Akt des Lesens und Unterzeichnens zum nützlichen Baustein des kollektiven und interaktiven Erkenntnis- und Entscheidungsprozesses geworden. Der Nationalrat hatte diese Pflicht denn auch vorgesehen und den bundesrätlichen Entwurf entsprechend ergänzt, der Ständerat hat hingegen dieser Änderung nicht zugestimmt und der Nationalrat ist dem Ständerat schliesslich am 2.3.2022 gefolgt.³⁴

- 9.19 In Anbetracht der neuen gesetzlichen Ausgangslage gilt es nun zu bedenken, dass es fortan parallel existierende Audio- oder Videoaufzeichnungen gibt. Dieser Umstand kann dazu führen, dass die Qualitätsansprüche an das nachträglich hergestellte Schriftprotokoll massiv sinken. Es ist bei dieser Ausgangslage demnach zu befürchten, dass Audio- oder Videoaufzeichnungen zwar existieren, aber überwiegend unbeachtet bleiben und stattdessen verkürzte – und also die Einvernahme stark transformierende – Schriftprotokolle zur Entscheidungsgrundlage der Strafbehörden werden. Das wäre ein Rückschritt. Um das zu verhindern, sind verbindliche Vorgaben auf Ebene der jeweiligen Staatsanwaltschaft, noch besser auf der Basis einer gesamtschweizerischen Richtlinie der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz, empfehlenswert.
- 9.20 Nicht ohne Belang ist beispielsweise die Frage, welche Person das nachträgliche Protokoll erstellt. In England und Wales, wo, wie erwähnt (Rz. 9.14), die nun vorgesehenen Arbeitsprozesse der kombinierten Audio- bzw. Video- und Schriftprotokollierung schon seit längerem praktiziert werden, ist eine eigenständige Berufsgruppe entstanden: kaufmännisch ausgebildete Personen, welche diese Schriftprotokolle herstellen, sog. *transcriber*.³⁵ In einem experimentellen Vergleich zwischen Polizisten und *transcriber*, welche allesamt auf der Basis derselben Audioaufzeichnung ein Schriftprotokoll herzustellen hatten, redigierten die Polizisten unausgewogene Zusammenfassungen. Die Unausgewogenheit fiel zugunsten der Strafverfolgungsbehörden aus.³⁶
- 9.21 Neben dem Problem inhaltlicher Selektion kommt noch die Wirkung der formalen Gestaltungsweise hinzu. Sie allein – das heisst, selbst bei gleichbleibendem Informationsinhalt – kann bereits die Einschätzung darüber beeinflussen, wie nützlich das Protokoll, wie fair die Befragung, wie glaubhaft die Aussage ist. So wird ein nachträglich hergestell-

31 CAPUS/STOLL, ZStrR 2/2013, S. 211; CAPUS, Written records, S. 212.

32 CAPUS/STOLL/VIETH, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1–2/2014, S. 237 m.H. auf WALKER, S. 203 ff.

33 Erläuternder Bericht StPO Revision, S. 18.

34 AB N 2022 74.

35 HAWORTH, International Journal of Evidence & Proof 22(4) 2018, S. 430 f.

36 CAPUS/STOLL/VIETH, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1–2/2014, S. 237.

tes Protokoll, welches beispielsweise die Aussagen nur sinngemäss zusammenfassend und dabei eher monologisierend wiedergibt, bewirken, dass die Befragung als fairer, die befragte Person als glaubhafter eingestuft wird, als wenn es eine dialogische Form inklusive Angaben nonverbalen Verhaltens enthält. Letzteres bewirkt, dass die befragte Person als unglaubhafter und eher für schuldig eingestuft wird.³⁷

Die formale Gestaltung hing zudem in der Schweiz – zumindest in einer ersten Zeit nach der Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung – mit dem institutionellen Rahmen zusammen. So haben sich in Abhängigkeit zur kantonalen Tradition einer tendenziell eher unmittelbaren oder eben eher mittelbar ausgerichteten Hauptverhandlung regionale Unterschiede in der Protokollierung in Form von Verlaufs- oder Ergebnisprotokollen behauptet. Sogenannte Verlaufsprotokolle stehen einem Transkript näher, ahmen die authentische Wiedergabe nach und haben den Anspruch, möglichst wenig zu selektionieren. Ergebnisprotokolle bezwecken hingegen die Wiedergabe der Ergebnisse der Einvernahme und wollen weder über das Zustandekommen noch die Aussageart Auskunft geben. Diese letztgenannte Protokollierungsweise findet sich in Verfahren, in denen eine erneute Befragung antizipiert wird, wohingegen die Verlaufsprotokolle den Ansprüchen aktenbasierter Verfahren genügen wollen.³⁸ Im aktuellen Kontext überlasst die gesetzliche Grundlage die Frage der mittelbaren oder unmittelbaren Beweiserhebung und die Frage der Protokollierungsweise dem Ermessen der Verfahrensleitung. Auf der Grundlage der bisherigen Erfahrung würden Verlaufsprotokolle eher eine Praxis der Mittelbarkeit stützen, Ergebnisprotokolle (also sinngemässe Schriftprotokolle) eher eine Praxis der Unmittelbarkeit.

Eine höchst problematische Wirkung hat unsere Forschung in Bezug auf Schriftprotokolle von Einvernahmen von beschuldigten Personen mit Mitwirkung von dolmetschenden Personen ergeben: Wissenschaftler fordern schon lange Audio- oder Videoaufzeichnung bei Ermittlungsgesprächen mit Dolmetschern, da nur sie eine Überprüfung des Gesagten ermöglichen.³⁹ Doch auch hier hat sich das Schriftprotokoll dennoch behauptet, da Staatsanwältinnen und Richtern die Zeit fehlt, Audio- oder Videobänder routinemässig zu überprüfen.⁴⁰ Die Verdolmetschung wirkt sich offensichtlich auf die Wiedergabe des Sprachstils und Wortschatzes der befragten Person aus. Darüber hinaus verändert sie auch den Befragungsstil und in der Folge die formale Darstellung der Einvernahme im Schriftprotokoll. Es resultiert ein fragmentiertes Schriftprotokoll mit eher kurzen Antworten und mehr geschlossenen Fragen, die kurze Antworten begünstigen und die mehr Kontrolle über die Antworten bieten als offene Fragen. Das aber bewirkt,

37 CAPUS/STOLL/VIETH, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1–2/2014, S. 240 m.H. auf die quasi-experimentelle Studie von de KEIJSER et al., *Psychology, Crime and Law* 18/2012, S. 613 ff. Für eine vertiefende und ergänzende Studie, siehe HOHL ZÜRCHER.

38 Siehe zum Ganzen: CAPUS/STOLL/SURI, *ZStrR* 1/2017, S. 17 ff., insbesondere S. 38.

39 FOWLER, S. 208; CAPUS, *ZStrR* 4/2015, S. 1 ff.

40 BALDWIN/BEDWARD, *The Criminal Law Review* 1991, S. 671.

dass die beschuldigte Person weniger glaubhaft erscheint.⁴¹ Zudem ist völlig eindeutig, dass bei Einvernahmen mit Dolmetschern nur eine audio(-visuelle) Aufzeichnung eine Kontrolle der Arbeit der dolmetschenden Person erlaubt.⁴²

- 9.24 Das Pendant zu den verkürzten und verzerrenden, da nur sinngemäss den Inhalt wiedergebenden, Schriftprotokollen wären wörtliche Protokolle. Damit ist ein Problem verbunden, welches mit wörtlichen Protokollen einhergehen kann: der Zielkonflikt zwischen Vollständigkeit und Lesbarkeit.⁴³ Ein wenig Abhilfe könnten zusätzlich hergestellte Audio- oder Videoaufzeichnungen verschaffen, welche mit Markierungen versehen wären, da die Rezeption niederschwelliger würde. Vielleicht liesse sich mit wörtlichen Protokollen aber auch schlicht die Unmittelbarkeit stärken, da allfällig auftretende Verständnisschwierigkeit nicht geglättet und keine Pseudoklarheit vorgegaukelt würde.

2. Audio- und Videoprotokolle

- 9.25 In einigen Ländern sind Audio- und Videoaufzeichnungen schon seit 30 Jahren als Standardform etabliert, in vielen anderen Ländern wiederum auch heute noch nur als Spezialfall bei Befragungen vorgesehen. Videoaufzeichnungen gibt es allerdings mittlerweile mehr denn je im polizeilichen und im strafjustiziellen Kontext: Videoaufzeichnungen von Überwachungskameras, von Privatpersonen, welche mit dem eigenen Mobiltelefon Sequenzen eines Ereignisses aufnehmen, von Bodycams, die Polizistinnen im Einsatz tragen. Die Hemmschwelle zur Verwendung von Videoaufzeichnungen im Kontext von Einvernahmen wird folglich sinken.
- 9.26 Auffallend und bedenkenswert ist jedoch, dass der Einsatz von Video- bzw. Audioaufzeichnungen seit Jahrzehnten primär als Instrument der Folterprävention gefordert wird und sie sich als Standardform der Protokollierung beispielsweise in den USA, in England und Wales ebenfalls in erster Linie durchgesetzt hat, um unkorrekten Einvernahmetaktiken und Protokollierungsweisen vorzubeugen.⁴⁴ Wegen ihrer überlegenen Kontroll- und Garantiefunktion ist die Videoaufzeichnung tatsächlich zweifellos die richtige Form,

41 CAPUS/HOHL ZÜRCHER/STOLL, *Language and the Law*, 2023 29(2), 124 ff.; HOHL ZÜRCHER, S. 69.

42 FOWLER, S. 208.

43 CAPUS/STOLL/VIETH, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1–2/2014, S. 238.

44 BIRTLES, *Human Rights Law Review* 1(1)/2001, S. 67 ff.; für England und Wales: HAWORTH, *International Journal of Evidence & Proof* Vol. 22(4) 2018, S. 431. Es sind insbesondere Beschuldigteneinvernahmen bei Verdacht von Delikten mit einem Strafmass von mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe mit Audioaufzeichnungen zu dokumentieren, siehe CHALMERS, S. 119; für Kanada: FPT Heads of Prosecutions Committee Working, *Report on the prevention of miscarriages of justice*, 2004, S. 58–74; vgl. die aktuellen, länderübergreifenden Berichte und Empfehlungen: Fair Trials International and Hungarian Helsinki Committee, *Meeting report – Experience-sharing Event on Audio-visual Recording of Interrogations in Criminal Proceedings*, 9 November 2018 (<https://www.fairtrials.org/sites/default/files/ProCam%20Experience%20Sharing%20Meeting%20Report.pdf>) (9.8.2020); Anti-Torture Initiative. *The Association for the Prevention of Torture and the Norwegian Centre for Human Rights, Principles on*

wenn es um die Überwachung der Befragter geht bzw. um deren Bedürfnis, sich umgekehrt gegenüber falschen Vorwürfen des Machtmissbrauchs oder anderem Fehlverhalten abzusichern.⁴⁵

Voraussetzung dafür wäre allerdings, dass sie korrekt durchgeführt wird. Dazu gehört 9.27 unter anderem, dass von Beginn der Einvernahme an bis zum Schluss gefilmt wird, auch die befragende Person im Bild erscheint und das Video im Anschluss versiegelt wird. Verwendet werden muss die Aufzeichnung in den genannten Vorwurfsfällen eben auch nur, falls entsprechende Vorwürfe zu prüfen sind. In dieser Form garantiert die Videoaufzeichnung höchstmögliche Transparenz über die Einvernahme, die Atmosphäre und den Ablauf. Das ist es, was sich auch Polizisten, Staatsanwältinnen und Anwälte in der Schweiz von der Videoprotokollierung wünschen.⁴⁶

In Bezug auf die Perpetuierungs- und Beweisfunktion sind die aktuell bekannten For- 9.28 schungserkenntnisse in Bezug auf Videoaufzeichnungen und ihre Wirkung allerdings beunruhigend. Die Wahrnehmung hängt nämlich unvermeidlich von der Kameraeinstellung ab.⁴⁷ Werden alle Akteure gezeigt oder nur einer und wenn ja, in welchem Perspektivenwinkel? Sehen Richter Videoaufzeichnungen von Beschuldigteneinvernahmen, schätzen sie beispielsweise das Aussageverhalten als freiwilliger an, wird die unsichtbare Person besser eingeschätzt (fairer, korrekter) und die zu sehende, befragte Person eher als schuldig.⁴⁸ Dieser sogenannte «camera bias» lässt sich auch mit vorgängig erteilten Instruktionen, worauf die betrachtende Person achten soll, nur bedingt korrigieren.⁴⁹ Das ist ein wesentlicher Minuspunkt der Videoaufzeichnungen.⁵⁰

Hinzukommt die Tatsache, dass bei Videoaufzeichnungen das nonverbale Verhalten 9.29 wahrgenommen wird. Dies stellt eben gerade kein Pluspunkt dar, wie es in der Botschaft hervorgehoben worden ist: «Überdies lassen sich mit audiovisuellen Aufzeichnungen auch Vorgänge nonverbaler Kommunikation erfassen, die ein reines Schriftprotokoll nur

Effective Interviewing for Investigations and Information Gathering, Mai 2021, Rz. 9. (<www.interviewingprinciples.com> [3.7.2023]).

45 HAWORTH, *International Journal of Evidence & Proof* 22(4) 2018, S. 431: «Many of the fears which had been expressed in police circles, such as suspects being less willing to talk, failed to materialise, and, perhaps more significantly, it was observed that <tape-recording is rapidly coming to be viewed by officers involved in the field trials as of greater assistance to the prosecution than it is to the defence> (Baldwin 1985, 702). The provisions of PACE place a significant onus on the police not only to act fairly, but also to ensure that they are seen to be acting fairly at all times.».

46 COURVOISIER, *Journal of Forensic Practice* 19(1)/2017, S. 7 f.

47 IBUSUKI, *Revue Internationale de Sémiotique juridique* 32/2019, S. 839 ff.

48 Siehe für einen Forschungsüberblick: JONES/CROZIER/DERYN, *Behavioral Sciences & the Law* 37(6)/2019, S. 711 ff.

49 LASSITER et al., *Journal of Applied Psychology* 87(5)/2002, S. 867 ff.; WARE et al., *Journal of Experimental Psychology* 14(2)/2008, S. 192 ff.; ELEK/WARE/RATCLIFF, *Legal and Criminological Psychology* 17/2012, S. 123 ff.

50 CHALMERS, S. 119.

schwer darstellen kann».⁵¹ Es ist zu befürchten, dass dieser Satz nicht mit Blick auf die zuvor erwähnte Kontrolle der befragenden Personen und ihr allfällig bedrohendes oder sonst manipulierendes Verhalten geschehen ist, sondern von der Idee motiviert war, dass sich nonverbales Verhalten dazu eignet, Täuschungen und Lügen zu entlarven. Das ist eine stereotype Vorstellung, die sich seit Jahrzehnten von pseudowissenschaftlichen Beiträgen nährt und unausrottbar erscheint. Polizeibeamte, Antiterror-Einheiten, Flughafenpolizei, Staatsanwälte, Anwältinnen und Richterinnen unterliegen diesem Irrglauben, was beunruhigende und gravierende Folgen für das Leben und die Freiheit von Personen hat. Deshalb haben sich mehr als 50 Autoren und Autorinnen, renommierte Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler der Glaubhaftigkeitsforschung, zusammengefunden, um in einem Aufsatz eine Auswahl der aktuell in der Praxis angewendeten, fragwürdigen Programme und Methoden aufzuzeigen, die die nonverbale Kommunikation als nützliche Informationsquelle propagieren, obwohl dies erwiesenermassen nicht der Fall ist.⁵²

- 9.30 Genauso sicher wie Pinocchio eine fiktive Figur ist,⁵³ sind starker Körpergeruch, übermässiges Schwitzen, schnelles Augenblinzeln oder Hände, die das Gesicht berühren, keine gültigen Hinweise, um unter Flugreisenden potentielle Terroristen zu erkennen; ist weder die Blickvermeidung noch das Kratzen unter dem linken Nasenloch während der Einvernahme ein Zeichen des Lügens; ist eine geschlossene und zurückgezogene Körperhaltung, eingefroren und statisch, nicht frontal ausgerichtet oder nach vorne gelehnt ein Zeichen für Täuschung; genauso wenig ist die offene und entspannte Körperhaltung, dynamisch, frontal ausgerichtet ein Zeichen für Wahrhaftigkeit. Das sind u.a. Aussagen der REID-Technik, eine in den USA bis heute weit verbreitete Einvernahmetechnik, die massgeblich dafür verantwortlich gemacht wird, falsche Geständnisse zu provozieren.⁵⁴ Falsche Geständnisse sind in den USA eine der wichtigsten Ursachen für Fehlverurteilungen.⁵⁵
- 9.31 Wir belächeln und bedauern die USA, da dort diese irreführende Einvernahmetechnik verwendet wird; wir könnten auch Frankreich oder Kanada belächeln, da dort Justizangehörige von ähnlich irrigen Vorstellungen überzeugt sind. Aber es hat sich gezeigt, dass das Einfallstor für Mumpitz auch hierzulande weit geöffnet ist, wenn es um die Verhinderung von Straftatrückfällen oder die sogenannte Terrorbekämpfung geht. Wir sind also auch in der Schweiz nicht vor Irrglauben gefeit, wie die mittlerweile weit verbreitete, intransparente Anwendung von auf Algorithmen basierten Instrumenten zwecks Pseudo-Identifikation von potentiellen Terroristen oder Rückfalltätern zeigt.⁵⁶

51 BBl 2019 2726.

52 DENAULT et al., Anuario de Psicología Jurídica 30(1)/2020, S. 1–12.

53 Siehe aber: https://www.focus.de/wissen/mensch/trefferquote-von-80-prozent-pinocchio-effekt-die-nase-entlarvt-luegner-sogar-besser-als-ein-luegendetektor_id_9896753.html (9.8.2022).

54 WEBER/BERRESHEIM, Kriminalistik 12/2001, S. 785 ff.

55 ELEK/WARE/RATCLIFF, Legal and Criminological Psychology 17/2012, S. 123.

56 CAPUS, plädoyer 6/2018, S. 20 ff.; <https://algorithmenethik.de/2020/09/09/automatisiert-und-intransparent-verhaltensvorhersagen-in-der-schweiz/> (3.7.2023).

In Bezug auf das Erkennen von Lügen in Einvernahmen hat evidenzbasierte Forschung 9.32 gezeigt, dass polizeiliche Ermittlerinnen und Staatsanwälte nicht treffsicherer als der Zufall sind, wenn es um die Wahrheitsermittlung geht.⁵⁷ Die Trefferquote von Polizisten beim Erkennen von falschen Geständnissen ist sogar noch schlechter, wenn sie in der Interpretation von nonverbalem Verhalten geschult wurden – ihre Selbsteinschätzung aber höher als diejenige der Studierenden, die aber im Experiment besser abgeschnitten hatten. Detaillierte Auswertungen haben ergeben, dass die Polizisten sich sicherer sind als Laien, eine Lüge erkennen zu können, dabei aber einer Schuldvoreingenommenheit unterliegen, die sie in die Irre führt. Für den vorliegenden Kontext bezüglich des Protokollierungsmediums, ist vor allem die Erkenntnis wichtig, dass bei beiden Gruppen, den Polizisten und den Studierenden, die Trefferquote höher war, wenn sie eine Audioaufzeichnung der Einvernahme gehört, als wenn sie ein Video betrachtet haben.

III. Fazit und Empfehlung

Aus den vorangegangenen Ausführungen ist ersichtlich geworden, dass die Revision nur 9.33 bedingt Neuerungen bringt: Audio- oder Videoaufzeichnungen waren auch schon vorher optional möglich. Neu ist, dass es nunmehr auch für Einvernahmeprotokolle des Vor- und nicht mehr nur des Hauptverfahrens erlaubt sein soll, erst nachträglich ein Schriftprotokoll zu erstellen (Art. 78a lit. a StPO). Ermöglicht wird auch, dass das nachträglich erstellte Schriftprotokoll den einvernommenen Personen nicht vorgelegt wird (Art. 78a lit. b StPO). Der Gesetzgeber hat mit diesen «kann»-Vorschriften der einvernehmenden Behörde den grösstmöglichen Handlungsspielraum gegeben. Störend ist der Ermessensspielraum: die Strafverfolgungsbehörden werden das Monopol über die Entscheidung der Art der Protokollierung haben – und dies gleich in dreifacher Hinsicht: hinsichtlich des Mediums, hinsichtlich des Inhalts und der Gestaltung des nachträglich erstellten Schriftprotokolls und schliesslich auch noch hinsichtlich der Frage, ob das nachträglich erstellte Schriftprotokoll der einvernommenen Person vorgelegt werden soll.

Insgesamt wäre es für die Entwicklung eines einheitlichen und qualitativ guten Standards 9.34 zu begrüssen gewesen, wenn der Gesetzgeber den Strafbehörden keinen derart grossen Ermessensspielraum überlassen hätte, denn die Wahl des Mediums wirkt sich auf die Entscheidungsfindung aus und nicht jedes Medium ist gleich geeignet. Die Frage, welches Medium nun dem Gebot des tauglichsten Beweismittels gemäss Art. 139 Abs. 1 StPO am besten entspricht, ist nicht einfach zu beantworten.

Wir haben versucht aufzuzeigen, dass laut aktuellem Forschungsstand die Wahl des 9.35 Mediums und die Gestaltung innerhalb eines Mediums einen unvermeidlichen Einfluss auf die Wahrnehmung und Einschätzung der Rezipienten hat. Es wäre daher empfehlenswert, wenn in der Praxis verbindliche Vorgaben entwickelt und diesbezügliche Ent-

57 Für den ganzen Abschnitt siehe KASSIN/MEISSNER/NORWICK, *Law and Human Behavior* 29(2)/2005, S. 211 ff.

scheide nicht einzig der Verfahrensleitung und der protokollierenden Person überlassen werden.

- 9.36 Die neue Regelung ist in vielerlei Hinsicht eine gute Lösung:
1. Das Gesetz erlaubt, die Vorteile einer alternativen Aufzeichnung effizient zu nutzen, indem während der Einvernahme keine laufende Verschriftlichung Pflicht ist;
 2. Die Regelung verpflichtet dazu, dass die Aufzeichnung zur Akte genommen wird – diese Pflicht hätte allerdings gar nicht separat eingeführt werden müssen, denn sie resultiert bereits aus der grundsätzlichen Dokumentationspflicht gemäss Art. 76 Abs. 1 StPO.
 3. Positiv ist zudem, dass nicht alles im Gesetz steht, was in der Botschaft empfohlen wird. Das gilt zum Beispiel für die Anmerkung, dass Videoaufzeichnungen Vorteile aufweisen, insbesondere da sie die nonverbale Kommunikation aufzeigen; oder auch, dass es ausreicht, wenn das nachträgliche und den einvernommenen Personen nicht vorzulegende Schriftprotokoll nur sinngemäss den Inhalt der Einvernahme wiedergebe.
- 9.37 Viele Aspekte sprechen auf den ersten Blick für die Videoprotokollierung,⁵⁸ insbesondere die ausgeprägte Kontrollfunktion:⁵⁹ Kontrolle der fairen und korrekten Einvernahmeführung und der Beiträge der allenfalls mitwirkenden dolmetschenden Person. Dennoch gehen mit diesem Medium erhebliche Risiken und entsprechend Nachteile einher, weshalb es trotzdem nicht das tauglichste Medium ist.
- 9.38 Demgegenüber bringt die Audioaufzeichnung die erhofften Erleichterungen und Vorteile, ohne die Nachteile der Videoaufzeichnung in Sachen «camera bias» und Fehlinterpretationen wegen der Beachtung des nonverbalen Verhaltens der einvernommenen Person.
- 9.39 Zu beachten ist schliesslich, dass es die Verteidigungsrechte und den Anspruch auf vollständige Akteneinsicht der beschuldigten Person verletzen würde, wenn ihr die Audio- oder Videoaufzeichnungen nicht zugänglich gemacht würden.⁶⁰
- 9.40 Allerdings ist es bei der aktuell geltenden gesetzlichen Ausgangslage (nachträglich erstellte Schriftprotokolle und parallel existierende Audio- oder auch Videoaufzeichnungen) ziemlich wahrscheinlich, dass ohne gesetzliche Vorgaben zur Herstellung des Schriftprotokolls die theoretische Verfügbarkeit der Audio- oder Videoaufzeichnung die Qualität des Schriftprotokolls vermindert. Das wäre ein Rückschritt. Audio- oder auch Videoaufzeichnungen existieren dann zwar, aber bleiben aus Zeitmangel überwiegend

58 Für eine umfassende Auflistung, siehe bereits AMMANN, *Kriminalistik* 8–9/2011, S. 575 f.

59 DONGOIS, S. 74.

60 Siehe die entsprechende Rechtsprechung in Bezug auf den Zugang zu geheimen Aufzeichnungen der Telekommunikation: ZR 1991 Nr. 27, 94. Vgl. https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Kassationsgericht/rb_1991.pdf (3.7.2023).

unbeachtet. Zur Entscheidungsgrundlage der Strafbehörden werden stattdessen Schriftprotokolle, die stark verkürzt und erst noch nicht kollaborativ hergestellt sind, da Lesen und Unterzeichnen nicht zwingend vorgeschrieben wird.

Gäbe es das Lesen und Unterzeichnen, wären sinngemässe Schriftprotokolle schon 9.41 eher akzeptabel. Ohne diesen Akt kann eigentlich nur ein Wortprotokoll genügen. Damit ginge wiederum das zuvor genannte, unauflösbare Problem einher: der Zielkonflikt zwischen Vollständigkeit und Lesbarkeit. Sollte aber einmal ein Wortprotokoll wirklich unverständlich sein und würde keine Pseudoklarheit durch den Protokollautor hergestellt, könnte dies die Unmittelbarkeit stärken. Das wäre wiederum eine positive Entwicklung.

