



Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt
Appellationsgerichtspräsident

BE.2011.87

ENTSCHEID

vom 19. Januar 2012

Mitwirkende

lic. iur. Christian Hoenen
und Gerichtsschreiberin lic. iur. Barbara Noser Dussy

Beteiligte

.....
c/o Untersuchungsgerangnis,
Innere Margarethenstrasse 18, 4051 Basel
vertreten durch lic. iur. Alain Joset, Advokat,
Henric Petri-Strasse 19, 4051 Basel

Beschwerdeführer

gegen

Staatsanwaltschaft Basel-Stadt
Binningerstrasse 21, 4001 Basel

Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Beschwerde gegen eine Verfügung der Staatsanwaltschaft
vom 13. Mai 2011

betreffend Einschränkung des rechtlichen Gehörs

Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft führte gegen **St. A.** ein Strafverfahren wegen mehrfachen Diebstahls. **St. A.** wurde von Advokat lic. iur. Alain Joset verteidigt. Dieser stellte am 13. Mai 2011 den Antrag auf Teilnahme an der Einvernahme des Mitbeschuldigten von **St. B.** 1. Mit Verfügung vom gleichen Tag wies die Staatsanwaltschaft das Begehren ab.

Gegen diese Verfügung hat **St. A.** am 27. Mai 2011 rechtzeitig Beschwerde erhoben mit dem Antrag, es sei in Aufhebung der angefochtenen Verfügung festzustellen, dass die Verweigerung der Teilnahme seines Verteidigers an Einvernahmen von Mitbeschuldigten zu Unrecht erfolgt ist. Die Staatsanwaltschaft hat sich mit dem Antrag auf Nichteintreten, eventualiter Sistierung des Beschwerdeverfahrens, subeventualiter kostenfällige Abweisung der Beschwerde vernehmen lassen. Der Beschwerdeführer hat in der Replik an seinen Anträgen festgehalten. Die Einzelheiten der Standpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

Da die Frage der Teilnahme von Beschuldigten resp. ihrer Anwälte an Einvernahmen von Mitbeschuldigten in zwei andern Fällen vor Bundesgericht hängig war, hat der Appellationsgerichtspräsident mit Verfügung vom 12. Juli 2011 das Beschwerdeverfahren sistiert, „bis ein Entscheid des Bundesgerichts vorliegt, welcher sich zur Frage nach dem Teilnahmerecht des Verteidigers an der Befragung von Mitbeschuldigten äussert“. Allerdings ist das Bundesgericht in beiden Fällen mit Entscheiden vom 29. September 2011 (1B_318/2011 und 1B_320/2011) nicht auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die entsprechenden Urteile des a.o. Appellationsgerichtspräsidenten eingetreten. Da es somit materiell nicht über die streitige Frage entschieden hat und in absehbarer Zeit nicht mit einem höchstrichterlichen Grundsatzentscheid zu rechnen ist, hat der Appellationsgerichtspräsident mit Verfügung vom 10. Januar 2012 die Sistierung wieder aufgehoben.

Erwägungen

1.

1.1 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen eine Verfügung der Staatsanwaltschaft und damit gegen ein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt (Art. 393 Abs. 1 lit. a Schweizerische Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]). Sie ist frist- und formgerecht erhoben worden (Art. 396 Abs. 1 StPO).

1.2

1.2.1 Die Staatsanwaltschaft beantragt in erster Linie, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Der Beschwerdeführer sei im Verfahren gegen den Mitbeschuldigten

, an dessen Einvernahme sein Verteidiger teilnehmen wolle, nicht Partei. Als Drittperson fehle ihm die für eine Beschwerdelegitimation notwendige Beschwer gemäss Art. 105 Abs. 1 lit. f StPO, da ihm durch die Verweigerung der Teilnahme kein nicht wieder gut zu machender Nachteil entstehe. Gemäss Art. 394 lit. b StPO sei die Beschwerde zudem nicht zulässig gegen die Ablehnung von Beweisanträgen durch die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörde, wenn der Antrag ohne Rechtsnachteil vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholt werden könne. Genau diese Konstellation liege hier vor.

1.2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei als Empfänger der angefochtenen Verfügung keine Drittperson i.S. von Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 105 Abs. 1 lit. f StPO, sondern unmittelbar betroffene Partei und als solche sowohl gemäss Art. 382 Abs. 1 als auch gemäss 393 Abs. 1 lit. a StPO und zur Beschwerde legitimiert, habe ihn doch die Verfügung in seinem rechtlich geschützten Interesse an der Teilnahme an der Einvernahme des Mitbeschuldigten beschränkt. Entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft komme Art. 394 lit. b StPO nicht zur Anwendung. Der Antrag auf Teilnahme an Beweiserhebungen sei nicht mit der Stellung von Beweisanträgen zu verwechseln.

1.2.3 Voraussetzung für die Legitimation zur Beschwerde ist gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids. Art. 147 StPO statuiert das Teilnahmerecht der Parteien an Beweiserhebungen. Auf diese Bestimmung hat sich der Verteidiger des Beschwerdeführers berufen und damit ein rechtlich geschütztes Interesse geltend gemacht. Damit ist er grundsätzlich zur Beschwerde gegen die ablehnende Verfügung der Staatsanwaltschaft befugt. Ob die Ablehnung zu Recht erfolgt ist, ist eine materiell-rechtliche Frage, welche bei der materiellen Beurteilung zu prüfen ist.

Grundsätzlich bedarf es zur Beschwerdeerhebung eines aktuellen Rechtsschutzinteresses, das heisst, die Beschwer muss im Zeitpunkt des Ergreifens des Rechtsmittels in der Regel noch vorhanden sein (LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur StPO, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 382 StPO N 13; SCHMID, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 382 StPO N 2; ZIEGLER, Basler Kommentar StPO, Basel 2011, Art. 382 StPO N 1 f.). Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ist indessen vom Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses abzusehen, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige (bundes-)gerichtliche Prüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (BGE 135 I 79 E. 1.1 S. 81 [zu Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG]; BGer 1B_313/2010 vom 17. November 2010 E. 1.2 [zu Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG]; vgl. LIEBER, a.a.O., Art. 382 StPO N 13). Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben (vgl. APE BE.2011.20 vom 14. April 2011, E. 1.4.2). **Die Beschwerdelegitimation**

ist daher unabhängig davon, ob ein aktuelles Rechtsschutzinteresse besteht, zu bejahen, so dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

2.

2.1 Die Staatsanwaltschaft hat die angefochtene Verfügung damit begründet, dass zwar gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO die Teilnahmerechte grundsätzlich zu gewähren seien. Daraus ergäbe sich aber kein Anspruch beschuldigter Personen, bei der Einvernahme von Mitbeschuldigten anwesend zu sein, da Art. 146 Abs. 1 StPO ausdrücklich festhalte, dass die einzuvernehmenden Personen getrennt einvernommen würden. Ausgangspunkt dieser Regelung sei das Bedürfnis, die zu einem bestimmten Sachverhalt zu befragenden Personen im Interesse der Wahrheitsfindung getrennt (und auch in Abwesenheit der anderen) einzuvernehmen. Dies müsse aufgrund der „vorliegend bestehenden Kollusionsgefahr“ auch für die Verteidigung gelten.

2.2 Der Beschwerdeführer hält dem in der Beschwerde entgegen, der in Art. 146 Abs. 1 StPO statuierte Grundsatz der getrennten Einvernahme werde vom Gesetz selbst in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Abgesehen von der Gegenüberstellungsmöglichkeit gemäss Art. 146 Abs. 2 StPO normiere Art. 147 Abs. 1 StPO ein allgemeines Teilnahmerecht der Parteien bei Beweiserhebungen, welches sich auch auf die Einvernahme von Mitbeschuldigten beziehe. Dieses Teilnahmerecht könne zwar gemäss Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO eingeschränkt werden, aber nur dann, wenn der begründete Verdacht bestehe, dass eine Partei ihre Anwesenheit oder das durch die Anwesenheit erlangte Wissen dazu missbrauche, durch Verdunklungshandlungen die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen. Für die Annahme von Kollusionsgefahr reiche es nicht aus, dass Mitbeschuldigte ihre Aussagen aufeinander abstimmen könnten. Der allgemein gehaltene Hinweis der Staatsanwaltschaft auf das Vorliegen von Kollusionsgefahr würde schon nicht ausreichen, um das Teilnahmerecht des Beschwerdeführers zu beschränken. Erst recht genüge er nicht, um den Verteidiger von der Teilnahme an der Befragung des Mitbeschuldigten auszuschliessen. Dies wäre nur möglich, wenn der Verteidiger selbst Anlass für die Beschränkung gegeben habe, was im vorliegenden Fall weder von der Staatsanwaltschaft behauptet werde noch ersichtlich sei.

2.3 In der Beschwerdeantwort macht die Staatsanwaltschaft geltend, die Einvernahme eines Mitbeschuldigten sei keine Beweiserhebung im Verfahren gegen den Beschuldigten selber. Die Aussage eines Mitbeschuldigten könne (im Fall einer Belastung) erst zum Beweis bzw. Indiz werden, wenn sie zum Verfahren des Beschuldigten hinzugenommen werde und diesem vorgehalten werde. Dann habe dieser das Recht auf Stellung von Ergänzungsfragen. Wenn jedenfalls zu Beginn der Ermittlungen noch unklar sei, wer im Zusammenhang mit einer gemeinsamen Straftat welchen Tatanteil geleistet habe, so sei zunächst diese Frage zu klären, bevor sich sagen lasse, welcher Tatbeitrag dem jeweils anderen vorzuwerfen sei. Wenn einem Be-

schuldigten im Verfahren schon zu Beginn die Teilnahme an den Einvernahmen von Mittätern ermöglicht würde, käme dies einer Kollusionshandlung gleich. Dabei sei es unerheblich, ob der Beschuldigte selber oder in seiner Vertretung sein Anwalt an der Einvernahme des Mittäters teilnehme, denn es wäre einem Verteidiger – auch aufgrund des bestehenden besonderen Vertrauensverhältnisses und des Grundauftrags des Verteidigers – nicht zuzumuten, in der betreffenden Verfahrenssituation die für die Verteidigung relevanten Erkenntnisse dem Mandaten vorzuenthalten. In einem Eventualstandpunkt – für den Fall, dass das Gericht aus Art. 147 StPO ein grundsätzliches Teilnahmerecht bei Einvernahmen von Mitbeschuldigten ableite – hält die Staatsanwaltschaft dafür, dass dieses Recht gemäss Art. 108 StPO aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen im Einzelfall eingeschränkt werden kann. Es bestehe bei der Durchführung von Ermittlungen ein öffentliches Geheimhaltungsinteresse daran, gewonnene Erkenntnisse erst dann zu eröffnen, wenn die beschuldigte Person dazu befragt werden konnte. Das Bundesgericht habe in BGer 1B_32/2010 vom 10. Mai 2010 im Zusammenhang mit dem Akteneinsichtsrecht festgehalten, der Grundsatz der Wahrheitsfindung gehe dem Anspruch auf rechtliches Gehör solange vor, wie sie nicht miteinander in Einklang zu bringen seien, da ansonsten die Ermittlungen zur Farce würden (E. 2.4). Da die Teilnahme nachgeholt werden könne, sei dieses Vorgehen auch verhältnismässig und garantiere dem Beschuldigten ein faires Verfahren.

2.4 In der Replik bekräftigt der Beschwerdeführer seinen Standpunkt, dass Art. 147 Abs. 1 StPO das Anwesenheitsrecht der Parteien bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte umfassend gewähre, und dass gemäss Art. 147 Abs. 4 StPO Beweise, die in Verletzung dieser Bestimmung erhoben worden seien, nicht zu Lasten der Partei verwendet werden dürften. Dieses Teilnahmerecht werde durch den vorübergehenden Verhandlungsausschluss beschränkt, welcher gemäss Art. 146 Abs. 4 StPO dann möglich sei, wenn die auszuschliessende Person im hängigen Verfahren selbst noch einzuvernehmen sei. Der Rechtsbeistand der betreffenden Person sei von diesem vorübergehenden Verhandlungsausschluss aber nicht betroffen. Dessen Recht auf Teilnahme könne allein aufgrund von Art. 108 Abs. 2 StPO eingeschränkt werden, also wenn bei ihm selbst Kollusionsgefahr oder ein Interessenkonflikt bestehe. Der von der Staatsanwaltschaft zitierte Bundesgerichtsentscheid betreffe die frühere basellandschaftliche Strafprozessordnung und sei bezüglich der Schweizerischen Strafprozessordnung nicht massgeblich. Das öffentliche Geheimhaltungsinteresse werde durch die Schweizerische Strafprozessordnung angemessen berücksichtigt, die Staatsanwaltschaft dürfe diese nicht eigenmächtig ausser Kraft setzen.

3.

3.1 Art. 146 Abs. 1 StPO normiert den Grundsatz der getrennten Befragung mehrerer einzuvernehmenden Personen. HÄRING schliesst daraus im Basler Kommentar StPO (Basel 2011), dass nach dieser Ordnungsvorschrift verschiedene Beschuldigte,

Zeugen oder Auskunftspersonen etc. einzeln „und grundsätzlich unter Ausschluss der anderen“ einzuvernehmen seien. Dieser Grundsatz ermögliche es den Strafbehörden, sich ohne zusätzliche Einwirkung durch die Anwesenheit weiterer Verfahrensbeteiligter ein Bild über die einzuvernehmende Person und deren Wissen zu machen. Daneben werde eine möglichst unverfälschte bzw. unbeeinflusste Äusserung der einvernommenen Person sichergestellt. Es werde vermieden, dass diese ihre Aussagen an diejenigen der anderen Personen anpasse oder die Aussage durch die Anwesenheit anderer Personen sonstwie beeinträchtigt bzw. verfälscht werde. Aufgrund dessen bestehe nach der Ordnungsvorschrift von Art. 146 Abs. 1 StPO zunächst kein Anspruch von beschuldigten Personen, Zeugen etc., bei der Einvernahme von Mitbeschuldigten, anderen Zeugen usw. anwesend zu sein (a.a.O., Art. 146 StPO N 1; ebenso: JOSITSCH, Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N 292; RIKLIN, StPO, Kommentar, Zürich 2010, Art. 146 StPO N 1; wohl auch SCHMID, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 146 StPO N 1 [gemäss welchem allerdings die Teilnehmerechte nach Art. 147 Abs. 1 StPO vorbehalten bleiben]; a.M.: GODENZI, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur StPO, Art. 146 StPO N 2; DONATSCH, in: Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, Strafprozessrecht, Zürich 2010, 120). Der Grundsatz der getrennten Einvernahme sei jedoch in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Abgesehen von der Konfrontationsmöglichkeit der Untersuchungsbehörden gemäss Art. 146 Abs. 2 StPO normiere Art. 147 Abs. 1 StPO ein allgemeines Teilnahmerecht der Parteien bei Beweiserhebungen (HÄRING, a.a.O., Art. 146 StPO N 2).

3.2 Gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO haben die Parteien das Recht, an sämtlichen Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte teilzunehmen. Teilgenommen werden kann an Einvernahmen und Augenscheinen, also unter anderem an der Vernehmung der beschuldigten Personen, von Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen. SCHLEIMINGER stellt sich im Basler Kommentar StPO auf den Standpunkt, dass nach der Konzeption der Schweizerischen Strafprozessordnung – anders als nach vielen früheren kantonalen Regelungen, welche die Teilnahme im Vorverfahren auf die Befragung von Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen beschränkt hatten – auch an der Einvernahme von Mitbeschuldigten teilgenommen werden könne. Voraussetzung sei die Parteistellung im jeweiligen Verfahren (a.a.O., Art. 147 StPO N 4 f., vgl. auch SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 803 und 821 bis 823; GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zur StPO, Bern 2008, S. 135).

4.

4.1 Bei einer derartigen Auslegung der Art. 146 und 147 StPO besteht ein kaum lösbarer Widerspruch zwischen diesen Bestimmungen. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob diese Auslegung einer Überprüfung standhält. Nach ständiger Praxis bildet der Wortlaut einer Bestimmung den Ausgangspunkt jeder Auslegung. Ist der Text

nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahe legen. Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung entspricht (BGE 131 II 710 E. 4.1 S. 715 f., m.w.H.).

4.2

4.2.1 Art. 146 Abs. 1 StPO lautet wie folgt: „Die einzuvernehmenden Personen werden getrennt einvernommen“. Dass diese Einvernahmen in Abwesenheit der übrigen Beteiligten erfolgen müssen, ergibt sich aus dem Wortlaut selbst nicht. Dieser besagt lediglich, dass Einzeleinvernahmen stattzufinden haben und nicht Doppeleinvernahmen wie im Fall der Konfrontationseinvernahmen nach Art. 146 Abs. 2 StPO, bei welchen in der Regel zwei Beschuldigte einander gegenüber gestellt werden und beide gleichzeitig befragt werden (vgl. zur Terminologie: Beschwerdeantwort der Staatsanwaltschaft, Ziff. 3.2.0). Damit wird noch nichts darüber gesagt, wer bei diesen Einzeleinvernahmen anwesend sein darf. Dass die Einvernahmen „unter Ausschluss der andern“ Einzuvernehmenden durchzuführen seien, wie ein Teil der Lehre folgert, ergibt sich auch nicht aus der Botschaft zu Art. 146 StPO, welche sich lediglich mit Abs. 2 und 4 dieser Bestimmung befasst (BBI 2006 1186 f.). Hingegen wird im Begleitbericht zu einem Vorläufer des Art. 146 StPO, Art. 156 VE StPO, erwähnt, verschiedene Beschuldigte, Zeuginnen und Zeugen etc. seien einzeln „unter Ausschluss der andern“ einzuvernehmen (Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, EJPD, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001, 112). Wie GODENZI jedoch in ihrem Aufsatz „Heimliche Einvernahmen, Die Aushöhlung der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung durch den Grundsatz der getrennten Einvernahme“ (in: ZStrR 129 [2011] 322, 328) festhält, ist dieser Begleitbericht in sich widersprüchlich, so dass nicht darauf abgestellt werden kann, zumal er auch nicht die schliesslich im Gesetz Eingang gefundene Bestimmung betrifft.

4.2.2 Gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO haben „die Parteien (...) das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Frage zu stellen (...)“. Dass dieses Recht der Teilnahme bei Einvernahmen von Mitbeschuldigten nicht gelten soll, ergibt sich weder aus dem Wortlaut dieser Bestimmung noch aus der Botschaft dazu. Vielmehr sind gemäss der Botschaft Einschränkungen der Teilnahmerechte nur unter den Voraussetzungen von Art. 108 StPO und durch die Anordnung von Schutzmassnahmen (für Zeugen etc.) nach Art. 149 ff. StPO möglich (BBI 2006 1187). Insofern unterscheidet sich Art. 147 StPO von § 106 Abs. 1 der bis Ende 2010 geltenden baselstädtischen

Strafprozessordnung, welcher ein Teilnahmerecht nur vorsah, „wenn keine Beeinträchtigung des Verfahrenszwecks zu befürchten ist“. Andere kantonale Strafprozessordnungen sahen ähnliche Einschränkungen der Parteirechte wegen einer Gefährdung von Verfahrensinteressen vor. Diese wurden nicht in die Schweizerische Strafprozessordnung aufgenommen.

4.3 In systematischer Hinsicht ist festzuhalten, dass die Art. 142 bis 146 StPO unter dem Titel „Einvernahmen“ Ordnungsvorschriften zur Durchführung von Einvernahmen darstellen, während Art. 147 StPO unter dem Titel „Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen“ als Verfahrensgarantie die Teilnahmerechte der Parteien statuiert. Diese Teilnahmerechte sind Ausfluss des verfassungsmässigen Anspruchs der Beschuldigten auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 und 32 Abs. 2 BV; Art. 3 Abs. 2 StPO, Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO). **Unter diesen Umständen kann Art. 146 StPO schon aus systematischer Sicht nicht als Ausnahmebestimmung zu Art. 147 StPO betrachtet werden.** Überzeugender ist die Lehrmeinung von GODENZI, wonach bei den gemäss Art. 146 StPO getrennt durchgeführten Einvernahmen die in Art. 147 StPO statuierten Teilnahmerechte der Parteien ebenso zu respektieren seien wie die Anwesenheitsrechte gesetzlicher Vertreter (in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur StPO, Art. 146 StPO N 2). Dies lasse sich ohne Schwierigkeiten mit Art. 146 StPO vereinbaren, wenn man diese Bestimmung auf ihren unbestrittenen Mindestgehalt beschränke, wonach die einzuvernehmenden Personen einzeln, d.h. nacheinander, einzuvernehmen seien (GODENZI, in: ZStrR 129 [2011] 344). Auch SCHLEIMINGER (a.a.O., Art. 147 StPO N 13) vertritt die Ansicht, dass (recte) Art. 147 StPO aufgrund seiner Bedeutung als Verfahrensgarantie und seiner systematischen Stellung im Gesetz der Ordnungsvorschrift von (recte) Art. 146 StPO grundsätzlich vorgehe. **Dies entspricht auch der Forderung, wonach bei mehreren möglichen Lösungen einer verfassungskonformen Auslegung der Vorzug zu geben ist** (BGE 131 II 710 E. 4.1 S. 715 f.).

4.4 **Der Beschluss des Obergerichts Zürich vom 11. Mai 2001, wonach aus Art. 146 StPO grundsätzlich folge, dass kein Anspruch von beschuldigten Personen, Zeugen oder Auskunftspersonen bestehe, bei der Einvernahme von Mitbeschuldigten, andern Zeugen oder Auskunftspersonen anwesend zu sein, überzeugt vor diesem Hintergrund nicht.** Abzulehnen ist namentlich auch die Argumentation des Obergerichts Zürich, wonach das in Art. 147 StPO statuierte „Recht auf Konfrontation mit ihren Mitbeschuldigten (...), deren Aussagen sie belasteten“, nicht a priori ein Anwesenheitsrecht bei entsprechenden Einvernahmen bedeute, da das Konfrontationsrecht auch nachträglich eingeräumt werden könne. Damit werden die Begriffe Teilnahmerecht und Konfrontationsrecht zu Unrecht inhaltlich gleichgesetzt. Das in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Recht, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen (Konfrontationsrecht), stellt als absolute Mindestgarantie bloss sicher, dass dem Beschuldigten mindestens einmal im Verfahren die Gelegenheit geboten wird, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen. Darüber hinaus sind jedoch die Verfahrensbe-

teiligten **nach Art. 147 StPO berechtigt, an sämtlichen Beweiserhebungen** durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte teilzunehmen, auch bei mehrmaliger Befragung derselben Personen im Laufe des Verfahrens. **Das Teilnahmerecht ist somit weiter gefasst als das Konfrontationsrecht gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK (SCHLEIMINGER, a.a.O., Art. 147 N 3, 4).**

4.5 Unbehelflich ist auch der von der Staatsanwaltschaft angeführte Bundesgerichtsentscheid 1B_32/2011 vom 10. Mai 2010 zum Akteneinsichtsrecht. Abgesehen davon, dass er sich – wie die Verteidigung zu Recht moniert – auf altes kantonales Verfahrensrecht des Kantons Basel-Landschaft bezieht, ist auch zu beachten, dass die Schweizerische Strafprozessordnung den Parteien ausdrücklich erst „nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft“ ein Akteneinsichtsrecht gewährt (Art. 101 Abs. 1 StPO; vgl. dazu BGer 1B_261/2011 vom 6. Juni 2011, E. 2.3–2.6). **Eine derartige Einschränkung kennt Art. 147 StPO bezüglich des Teilnahmerechts nicht.**

4.6 Aus dem Gesagten ergibt sich als Zwischenergebnis, dass sich aus Art. 146 Abs. 1 StPO keine grundsätzliche Einschränkung der Teilnahmerechte gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO ableiten lässt. Dies hat das Appellationsgericht bereits in den Entscheiden BE.2011.20 vom 14. April 2011 und BE.2011.21 vom 11. Mai 2011 erkannt. Daran ist festzuhalten.

5.

5.1 Im vorliegenden Fall macht die Staatsanwaltschaft in erster Linie geltend, der Beschwerdeführer könne sich gar nicht auf Art. 147 StPO berufen, da er im Verfahren seines Mitbeschuldigten nicht Partei sei. Die Einvernahme eines Mittäters sei auch keine Beweiserhebung im Verfahren gegen den Beschwerdeführer selber. Das Gesetz gehe explizit davon aus, dass bei mehreren Beschuldigten gegen jeden Einzelnen ein separates Verfahren geführt werde. Daran ändere sich auch nichts, wenn aus praktischen und administrativen Gründen die Akten von zwei oder mehreren Verfahren gegen zwei oder mehrere Beschuldigten zwecks Anklageerhebung in der Abschlussphase des Vorverfahrens zusammengelegt oder sogar in einer Anklageschrift vereint würden. Eine Aussage im Einvernahmeprotokoll eines Mittäters könne erst zum Beweis oder Indiz werden, wenn sie zum Verfahren des Beschuldigten beigezogen werde. Dann habe dieser gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK das Recht, dem Belastungszeugen mindestens einmal Ergänzungsfragen zu stellen.

5.2 Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. **Soweit in Verfahren gegen mehrere Personen der Verfahrensgegenstand identisch ist, kann es für die Berufung auf das Teilnahmerecht nicht darauf ankommen, ob ein oder mehrere Verfahren eröffnet worden sind. Das Teilnahmerecht gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO erstreckt sich auf alle Einvernahmen zu Taten, die der formell beschuldigten Person auch selbst angelastet werden.** Insoweit ist sie durch die Beweiserhebung in ihren eigenen Ver-

teidigungsrechten betroffen. Dass bezüglich Tatvorwürfen, die allein einem Mitbeschuldigten gemacht werden, dem andern Mitbeschuldigten keine Teilnahmerechte zustehen, versteht sich von selbst (vgl. GODENZI, in: ZStrR 129 [2011] 345). Dem Beschwerdeführer stehen die Teilnahmerechte gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO somit auch im Verfahren gegen seinen Mitbeschuldigten zu, soweit dieser zu Taten befragt wird, die dem Beschwerdeführer ebenfalls vorgeworfen werden.

6.

6.1 Das Teilnahmerecht gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO als Ausfluss des rechtlichen Gehörs kann nach Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO eingeschränkt werden, wenn der begründete Verdacht besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht. Diese Einschränkungsmöglichkeit besteht, wenn zureichend konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Partei ihre Anwesenheit oder das durch ihre Anwesenheit erlangte Wissen dazu missbrauchen würde, durch Verdunkelungshandlungen, beispielsweise durch das Einwirken auf Beweismittel oder durch unzulässige Beeinflussung der einzuvernehmenden Person, die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen. Zu Annahme von Kollusionsgefahr reicht es gemäss SCHLEIMINGER (a.a.O., Art. 147 StPO N 14) nicht aus, dass der Beschuldigte seine Aussage anpassen bzw. Mitbeschuldigte ihre Aussagen aufeinander abstimmen könnten. **Dem ist zuzustimmen, sieht doch die StPO im Unterschied zur baselstädtischen und gewissen anderen kantonalen Strafprozessordnungen keine Einschränkung des Teilnahmerechts wegen Beeinträchtigung des Verfahrenszwecks vor. Das Teilnahmerecht des Verteidigers eines Beschuldigten kann gestützt auf Art. 108 StPO nur dann eingeschränkt werden, wenn er selbst Anlass für die Beschränkung gibt, wenn also in Bezug auf ihn selbst Kollusionsgefahr besteht (Art. 108 Abs. 2 StPO).**

6.2 Eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs ist gemäss Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO auch möglich, wenn dies zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist. Mit öffentlichem Geheimhaltungsinteresse kann auch hier nicht das sich aus dem Untersuchungsgrundsatz ergebende allgemeine verfahrensmässige Geheimhaltungsinteresse, die Gefahr der Beeinträchtigung des Verfahrenszwecks, gemeint sein (vgl. oben E. 7.1). Vielmehr geht es bei diesem Einschränkungsgrund um spezielle Geheimhaltungsinteressen, beispielsweise betreffend Geheimnisse aus den Bereichen des Militärs oder des Staatsschutzes (VEST/HORBER, Basler Kommentar StPO, Basel 2011, Art. 108 StPO N 5, 6; LIEBER, a.a.O., Art. 108 StPO N 6).

6.3 Dem Entscheid über die Einschränkung des rechtlichen Gehörs hat stets eine anhand der konkreten Umstände vorzunehmende Interessenabwägung voranzugehen (LIEBER, a.a.O., N 7). Das Teilnahmerecht von Beschuldigten an Einvernahmen von Mitbeschuldigten kann nicht einzig mit dem Hinweis auf die sich daraus ergebende Möglichkeit, die eigenen Aussagen jenen des Mitbeschuldigten anzupassen, untersagt werden. Dass diese Gefahr immer besteht und der Wahrheitsfindung hin-

derlich sein kann, trifft zwar zu. Beschuldigte unterstehen indessen nicht der Wahrheitspflicht, und das Gericht hat bei der Würdigung der Aussagen der Beteiligten zu berücksichtigen, mit welchem Wissensstand sie ihre Aussagen gemacht haben. Im Übrigen liesse sich die Gefahr der Anpassung der Aussagen auch mit der Einschränkung der Teilnahmerechte zu Beginn des Verfahrens nicht ganz ausschliessen, hätte doch der Beschuldigte auch die Möglichkeit, die Aussage zu verweigern, bis ihm Akteneinsicht gewährt worden ist. Vielmehr kann das Teilnahmerecht eines Beschuldigten nur eingeschränkt werden, wenn im konkreten Fall spezielle Indizien auf Kollusion bestehen. Solche Indizien wären beispielsweise bei befürchteten mafiösen Strukturen unter mehreren Beschuldigten gegeben, nicht aber bei einfachen Mittätern bei einem Delikt wie im vorliegenden Fall, wenn ausser der Anpassung der eigenen Aussagen an jene des Mitbeschuldigten keine konkrete Kollusionsgefahr besteht.

Das Teilnahmerecht des Verteidigers, welches hier einzig strittig ist, darf wie erwähnt nur eingeschränkt werden, wenn bei diesem selbst Indizien für Kollusionsgefahr oder einen Interessenkonflikt vorliegen (Art. 108 Abs. 2 StPO). Bei der Auslegung dieser Bestimmung ist davon auszugehen, dass der Verteidiger selbst zwar keine Kollusionshandlungen vornehmen, seinem Klienten jedoch auch keine Informationen vorhalten darf. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass der Anwalt seinem Klienten Informationen, die er durch die Teilnahme an der Einvernahme Mitbeschuldigter erhält, weitergibt und aufgrund seiner Berufspflicht auch weitergeben muss (vgl. auch Art. 128 StPO). Dem Anwalt kann somit keine Schweigepflicht über die erhaltenen Informationen auferlegt werden. Für die Kollusionsgefahr muss deshalb danach gefragt werden, ob der Beschuldigte aufgrund der von seinem Verteidiger erhaltenen Informationen konkrete, über das blosses Anpassen seiner Aussagen hinausgehende, Verschleierungshandlungen vornehmen kann. In jedem Fall muss die zur Einschränkung des Teilnahmerechts führende Kollusionsgefahr konkret aufgezeigt werden. Dies hat die Staatsanwaltschaft im vorliegenden Fall nicht getan. Vielmehr hat sie in Ziff. 4 der Beschwerdeantwort dargelegt, dass die Aussagen des Mittäters bei weitem nicht das einzige belastende Beweismittel gegen den Beschwerdeführer seien. Unter solchen Umständen schadet es kaum, wenn der Beschwerdeführer seine Aussagen jenen seines Mitbeschuldigten anpassen kann.

7.

Schliesslich beruft sich die Staatsanwaltschaft zur Begründung ihrer Verfügung auch auf Art. 146 Abs. 4 StPO. Gemäss dieser Bestimmung kann die Verfahrensleitung eine Person vorübergehend von der Verhandlung ausschliessen, wenn eine Interessenkollision (lit. a) besteht oder diese Person im Verfahren noch als Zeugin, Zeuge, Auskunftsperson oder sachverständige Person einzuvernehmen ist (lit. b). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass nach der ursprünglichen Fassung dieser Bestimmung in Art. 156 Abs. 4 lit. b VE StPO noch ein Ausschluss möglich war, wenn die betreffende Person selbst im Verfahren noch als *Beschuldigter*, Zeuge, Auskunftsperson oder Sachverständiger einvernommen werden sollte. Im Verlauf des Gesetzgebungsver-

fahrens wurde der Adressatenkreis indessen beschränkt. Nach der geltenden Fassung der Bestimmung reicht eine künftige Einvernahme als Beschuldigter nicht aus, um diesen von der „Verhandlung“ – worunter gemäss einheitlicher Literaturmeinung auch Beweiserhebungen im Untersuchungsverfahren fallen – auszuschliessen. Ein Ausschluss des Beschuldigten und erst recht dessen Verteidigers von der Einvernahme eines Mitbeschuldigten ist aufgrund von Art. 146 Abs. 4 lit. b StPO daher nicht möglich (vgl. GODENZI, in: ZStrR 129 [2011] 346).

8.

8.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich eine Einschränkung des Teilnahmerechts des Beschuldigten und seines Verteidigers an Einvernahmen von Mitbeschuldigten – abgesehen von der hier nicht interessierenden Möglichkeit gemäss Art. 149 StPO – **nur unter den Voraussetzungen von Art. 108 StPO rechtfertigen lässt, welche im einzelnen Fall konkret begründet sein müssen. Dabei genügt die theoretische Möglichkeit des Beschuldigten, seine Aussagen jenen des Mitbeschuldigten anzupassen, nicht.** Im vorliegenden Fall wurde eine konkrete Kollusionsgefahr im genannten Sinn weder geltend gemacht, noch ist eine solche ersichtlich. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die angefochtene Verfügung der Staatsanwaltschaft ist daher antragsgemäss aufzuheben und es ist festzustellen, dass die Verweigerung der Teilnahme des Verteidigers des Beschwerdeführers an der Einvernahme von dessen Mitbeschuldigten zu Unrecht erfolgt ist.

8.2 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend werden keine Kosten erhoben und ist dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Staatsanwaltschaft zuzusprechen, welche einem geschätzten Aufwand von 10 Stunden entsprechend auf CHF 2'200.– zuzüglich 8 % MwSt zu bemessen ist.

Demgemäss erkennt das Appellationsgericht (Ausschuss):

://: In Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung aufgehoben und festgestellt, dass die Verweigerung der Teilnahme des Verteidigers des Beschwerdeführers an Einvernahmen von dessen Mitbeschuldigten zu Unrecht erfolgt ist.

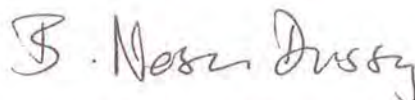
Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.

Dem Beschwerdeführer wird eine Parteientschädigung von CHF 2'200.– zuzüglich 8 % MwSt von CHF 176.– zu Lasten der Staatsanwaltschaft zugesprochen.

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Präsident

Die Gerichtsschreiberin



Lic. iur. Christian Hoenen

lic. iur. Barbara Noser Dussy

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG] innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.