

**Nr. 39** Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, Beschluss vom 20. August 2013 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland – UH130204

**Art. 147 Abs. 1, 179 Abs. 1, 312 Abs. 2 StPO: Teilnahmerechte in einer eröffneten und an die Polizei delegierten Strafuntersuchung.**

Nach Eröffnung der Untersuchung darf die mit ergänzenden Ermittlungen beauftragte Polizei Personen befragen. Bei diesen Einvernahmen gelten diejenigen Verfahrensrechte, die den Parteien bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukommen. Gemäss vorliegendem Entscheid kann das Teilnahmerecht eingeschränkt werden bei kurzen protokollarischen Befragungen von Personen (a) zur Klärung der Frage, ob sie überhaupt sachverhaltsrelevante Angaben machen können oder (b) zur Klärung ihrer Stellung im Strafverfahren. (Regeste der Anmerkungsverfasser)

**Art. 147 al. 1, 179 al. 1, 312 al. 2 CPP: droit des parties de participer à l'administration des preuves dans le cadre d'une instruction pénale ouverte et déléguée à la police.**

Après l'ouverture de l'instruction, la police qui reçoit la mission de procéder à des investigations complémentaires est habilitée à entendre des personnes. Lors de ces auditions, les parties disposent des droits procéduraux qui leur sont reconnus dans le cadre des auditions diligentées par le ministère public. Conformément à la décision ici reproduite, le droit des parties de participer à l'administration des preuves peut être restreint lorsque les interrogatoires considérés sont de courte durée, font l'objet d'un procès-verbal et ont pour finalité de déterminer (a) si les personnes visées sont en mesure de fournir des indications utiles à l'établissement des faits ou (b) quel est leur statut dans la procédure pénale. (Résumé de l'auteur du commentaire)

**Art. 147 cpv. 1, 179 cpv. 1, 312 cpv. 2 CPP: diritti di partecipazione in un'inchiesta penale aperta e delegata alla polizia.**

Dopo l'apertura dell'istruzione la polizia incaricata delle indagini supplementari può interrogare delle persone. In tali interrogatori valgono i diritti procedurali che spettano alle parti negli interrogatori condotti dal pubblico ministero. Ai sensi della presente decisione il diritto di partecipazione può essere limitato nei brevi interrogatori protocollari di persone volte a chiarire (a) se sono in grado di fornire indicazioni rilevanti per i fatti o (b) la loro posizione nella procedura penale. (Regesto dell'autore dell'annotazione)

**Sachverhalt:**

X. wurde dringend verdächtigt, mittels sog. «Enkeltrickbetrugs» eine betagte Geschädigte um mehrere zehntausend Franken erleichtert zu haben. Daneben bestanden vage Hinweise, dass sich X. auch in anderen Fällen von Enkeltrickbetrügen strafbar gemacht haben könnte.

Die Staatsanwaltschaft delegierte die Strafuntersuchung im Sinne von Art. 312 StPO und verfügte unter anderem:

«3. Zur Klärung des Sachverhalts sind zudem die nötigen Ermittlungen und Befragungen von polizeilichen Auskunftspersonen (Befragungen zur Klärung, ob diese Personen sachrelevante Angaben machen können und zur Klärung ihrer Stellung im Strafverfahren) durchzuführen. Die formellen Beweisabnahmen erfolgen durch die Staatsanwaltschaft.»

X. erhob dagegen Beschwerde und beantragte, die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, X. die Teilnahme an den Befragungen von «polizeilichen Auskunftspersonen» zu ermöglichen. Das OGER ZH weist die Beschwerde ab.

**Aus den Erwägungen:**

[...]

3.

3.1 Die Staatsanwaltschaft führt Beweiserhebungen grundsätzlich selber durch (Art. 311 Abs. 1 Satz 1 StPO). Art. 312 Abs. 1 StPO ermöglicht die Beauftragung der Polizei (Delegation) mit ergänzenden Ermittlungen nach eröffneter Untersuchung. Dabei handelt es sich um sog. unselbständige Ermittlungen der Polizei (vgl. RHYNER, [in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011], N. 17 ff. zu Art. 306 StPO). Die Delegation ist eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach die Staatsanwaltschaft die Beweiserhebungen selbst durchführt. Damit dies nicht zur Aushöhlung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung führt, hat der Gesetzgeber die Delegationsmöglichkeit eingeschränkt. Einerseits sind generelle Ermittlungsaufträge nicht zulässig (Art. 312 Abs. 1 Satz 2 StPO). Der Auftrag bedarf grundsätzlich der schriftlichen Anordnung durch die Staatsanwaltschaft, wobei er auf konkret umschriebene Abklärungen beschränkt ist. Andererseits haben die Verfahrensbeteiligten bei delegierten Einvernahmen die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukommen (Art. 312 Abs. 2 StPO; vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung

des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1265 f.). [...]

Bei der Befragung von Personen durch die Polizei vor Eröffnung der Strafuntersuchung steht den Parteien kein Teilnahmerecht zu (vgl. Art. 147 Abs. 1 StPO). Wird hingegen die Einvernahme von der Staatsanwaltschaft – nach Eröffnung der Strafuntersuchung – an die Polizei delegiert (Art. 312 Abs. 2 StPO), steht den Parteien ein Teilnahmerecht zu (SCHMID, [Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009], N. 4 f. zu Art. 179 StPO; RHYNER, Basler Kommentar StPO, a.a.O., N. 32 zu Art. 306 StPO; WOHLERS, [in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010], N. 2 zu Art. 147 StPO; CORNU, [code de procédure pénale suisse, Zürich/St. Gallen 2009,] N. 16 ff. zu Art. 312 StPO). Wie erwähnt, soll die Delegation von staatsanwalt-schaftlichen Aufgaben an die Polizei nicht den Grundsatz aushöhlen, wonach die Staatsanwaltschaft die Beweiserhebungen selber durchzuführen hat. Mit der Delegation von konkret umschriebenen Abklärungen soll die staatsanwalt-schaftliche Untersuchung nicht zu einer Art Ermittlung in der Untersuchung mutieren können (vgl. BBl 2006 1265). Solange diese Ziele eingehalten sind, kann die Staatsanwaltschaft nach Eröffnung der Untersuchung die Polizei mit ergänzenden Ermittlungen beauftragen. Unter diesen Bedingungen ist die Befragung von Personen durch die Polizei nach Eröffnung der Untersuchung möglich (vgl. auch WEDER, [Die Teilnahmerechte in der delegierten Einvernahme einer Auskunftsperson, in: *forum* 4/2012], S. 230). In diesem Rahmen darf die Polizei auch Auskunftspersonen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 StPO befragen (vgl. auch das Beispiel bei RHYNER, Basler Kommentar StPO, a.a.O., N. 17 zu Art. 306 StPO). Dabei stehen den Parteien keine Teilnahmerechte zu. Art. 312 Abs. 2 StPO schliesst ein solches Vorgehen nicht aus.

[...]

4.

4.1 In Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung erteilt die Staatsanwaltschaft der Polizei den Auftrag, zur Klärung des Sachverhalts seien die nötigen Ermittlungen und Befragungen von polizeilichen Auskunftspersonen (Befragung zur Klärung, ob diese Personen sachrelevante Angaben machen könnten, und zur Klärung ihrer Stellung im Strafverfahren) durchzuführen. Die formelle Beweisabnahme habe durch die Staatsanwaltschaft zu erfolgen.

4.2 Wird die Polizei nach Eröffnung der Untersuchung mit ergänzenden Ermittlungen beauftragt, darf sie in diesem Rahmen Personen befragen. Die Strafprozessordnung schliesst dies nicht aus. Den Parteien steht bei polizeilichen Befragungen nach Eröffnung der Strafuntersuchung ein Teilnahmerecht zu, wenn die Einvernahme delegiert wird oder der Ermittlungsauftrag zur Umgehung ihrer Teilnahmerechte führt (vgl. Erw. 3).

4.3 In der angefochtenen Verfügung hat die Staatsanwaltschaft keine Einvernahme delegiert. Sie führt in der Verfü-

gung an, die Polizei habe «polizeiliche Auskunftspersonen» zu befragen. Damit meint sie offensichtlich die Befragung von Auskunftspersonen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 StPO. Die Staatsanwaltschaft kann selbst keine Auskunftspersonen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 StPO befragen. Sie kann deren Befragung daher nicht an die Polizei delegieren. Aus der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft geht hervor, dass die Polizei Personen ermitteln soll, die zur Klärung der zu untersuchenden strafrechtlichen Vorwürfe etwas sagen können. Die zu diesem Zweck zu befragenden Personen sind offenbar (noch) nicht bekannt bzw. ermittelt. Die blosser Ermittlung von Personen ist keine kontradiktorische Beweiserhebung. Eine kurze Befragung der noch zu ermittelnden Personen ist unumgänglich, ansonsten nicht ermittelt werden kann, ob sie etwas zur Sache sagen können. Eine solche Befragung geschieht im Rahmen der polizeilichen Ermittlungen. Es liegt daher keine delegierte Einvernahme vor.

4.4 Bei Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung handelt es sich um einen Ermittlungsauftrag. Die erst im Rahmen der polizeilichen Ermittlungen zu eruiierenden Personen dürfen von der Polizei als Auskunftspersonen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 StPO befragt werden, um zur Kenntnis zu gelangen, ob sie überhaupt etwas zur Sache sagen können. Bei der polizeilichen Befragung von Auskunftspersonen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 StPO steht den Parteien kein Teilnahmerecht zu. Das ist keine Umgehung von Teilnahmerechten der Parteien. Die Arbeit der Polizei lässt die staatsanwalt-schaftliche Untersuchung nicht zu einer Art Ermittlung in der Untersuchung mutieren. Der Auftrag der Polizei wird durch den ersten Ermittlungsauftrag vom 7. Mai 2013 eingegrenzt. Zudem hält die Staatsanwaltschaft in der angefochtenen Verfügung fest, dass sie die durch die Polizei ermittelten Personen selbst (formell) einvernehmen wird. Alsdann wird den Parteien das Teilnahmerecht – unter Vorbehalt allfälliger Einschränkungsgründe – zu gewähren sein (Art. 147 Abs. 1 StPO).

### Bemerkungen:

I. Dem Grundsatz nach steht den Parteien nach Eröffnung der Strafuntersuchung ein umfassendes Teilnahmerecht bei Beweiserhebungen zu: Es soll ihnen möglich sein, Befragungen von Beschuldigten, Zeugen und Auskunftspersonen bei-zuwohnen. Diese Regelung gilt auch bei delegiert geführten Untersuchungen (Art. 312 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 147 StPO). Das Bundesgericht hat diesen Teilnahmerechten in diversen Entscheiden Nachdruck verliehen (u.a. BGer, Urteil v. 10.10.2012, 1B\_264/2012, E. 5.3; Urteil v. 4.12.12, 1B\_404/2012, E. 2.1.1; zur Rechtsprechung BONIN/MÜNCH, Jusletter 22.4.2013).

In begründeten Ausnahmefällen kann dieser Grundsatz beschnitten werden: Das Teilnahmerecht ist nach Art. 108 lit. a StPO (Missbrauchsgefahr), Art. 108 lit. b StPO (Sicherheits-/Geheimhaltungsinteressen) sowie Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO (Schutzmassnahmen) beschränkbar. Gemäss höchst-richterlicher Rechtsprechung kann die Staatsanwaltschaft



zudem in Analogie zu Art. 101 Abs. 1 StPO im Einzelfall prüfen, ob sachliche Gründe für eine vorläufige Beschränkung der Parteiöffentlichkeit bestehen (BGer, Urteil v. 10.10.2012, 1B\_264/2012, E. 5.5.4.1).

II. Wie die Praxis zeigt, nimmt die Staatsanwaltschaft die Unverwertbarkeit von Einvernahmen – in Ausserachtlassung der Teilnahmerechte – oftmals (bewusst) in Kauf. Zur Diskussion, ob ein Ausnahmefall vorliegt, nach welchem die Teilnahmerechte ausgeschlossen werden können, kommt es daher eher selten. Diese Praxis läuft auf eine Aushöhlung der Teilnahmerechte hinaus, die (vermeintlich effektivere) Sachaufklärung im Einzelfall wird über die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens gestellt (im Detail GODENZI, ZStrR 129/2011, 322 ff.; BONIN/MÜNCH, Jusletter 13.1.2014; SPRENGER, FP 2013, 169 ff.).

III. Im hier diskutierten Entscheid hatte das Zürcher Obergericht eine Delegationsverfügung der Staatsanwaltschaft zu beurteilen, die es der Polizei im Rahmen einer bereits eröffneten Strafuntersuchung ermöglichte, Personen unter Ausschluss der weiteren Verfahrensbeteiligten zu befragen. Bereits früher hatte sich die kantonale Beschwerdeinstanz mit solcherart formulierten Delegationsverfügungen zu befassen: In einem Beschluss vom 1.2.2013 stellte das Zürcher Obergericht in Nachachtung der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung klar, dass der beschuldigten Person grundsätzlich nicht nur bei delegierten Befragungen von Mitbeschuldigten, sondern auch bei solchen von Zeugen und Auskunftspersonen ein Teilnahmerecht zusteht; es hielt weiter fest, dass ein Ausschluss der Parteien von polizeilichen Befragungen nach Eröffnung der Strafuntersuchung aus rein prozessökonomischen Überlegungen nicht statthaft ist (OGer ZH, Beschluss v. 1.2.2013, UH120378, E. II.5). Am 24.5.2013 entschied das Obergericht des Kantons Zürich, dass (eine rein abstrakte Gefährdung der Verfahrensinteressen durch) rechtmässig prozesstaktisches Vorgehen des Beschuldigten keinen Ausschluss der Teilnahme bei Einvernahmen von Auskunftspersonen rechtfertigt: Will die Verfahrensleitung die Teilnahmerechte aufgrund noch zu beschaffender wichtigster Beweismittel i.S.v. Art. 101 Abs. 1 StPO einschränken, dränge sich eine genaue Bezeichnung dieser Beweismittel sowie ihrer voraussichtlichen Relevanz auf, um der beschuldigten Person eine wirksame Kontrolle ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör zu ermöglichen (OGer ZH, Beschluss v. 24.5.2013, UH130106, E. II.2) – die Staatsanwaltschaft hatte beabsichtigt (was dem auszugsweise publizierten Entscheid nicht entnommen werden kann), die *namentlich bekannten geschädigten Personen* unter Ausschluss der Teilnahmerechte delegiert befragen zu lassen. Im heute vorgelegten Entscheid vom 20.8.2013 erkannte das Obergericht, dass es sich bei der Befragungsdelegation um einen blossen Ermittlungsauftrag im Sinne von Art. 312 Abs. 1 StPO handle und die Regelung von Art. 312 Abs. 2 StPO nicht zum Zuge komme: Die erst im Rahmen der Ermittlungen zu eruiierenden Personen dürften als «polizeiliche

Auskunftspersonen» im Sinne von Art. 179 Abs. 1 StPO (und somit «heimlich») befragt werden. Wie ist dieser Entscheid einzuordnen?

IV. Festzuhalten ist zunächst, dass die Verweigerung der Teilnahmerechte (neben den bekannten Ausnahmefällen) gemäss diesem Entscheid voraussetzt, dass a) die Stellung der zu befragenden Personen im Strafverfahren unklar ist und b) auch noch nicht bekannt ist, ob diese überhaupt etwas zur Sache sagen können. Die Befragung solcher sog. «polizeilichen Auskunftspersonen» ist folglich zulässig, wenn sie einzig auf die Klärung dieser Fragen abzielt. Nicht mehr von einem blossen Ermittlungsauftrag, sondern von einer parteiöffentlichen Beweisabnahme muss hingegen ausgegangen werden, wenn die Zielperson und ihre wahrscheinliche Stellung im Strafverfahren bekannt ist.

Das Obergericht nimmt bei der Begründung Bezug auf die Lehrmeinung von ULRICH WEDER (WEDER, FP 2012, 228 ff.). Dies ist auf den ersten Blick missverständlich, da dieser im Ergebnis eine erste *einlässliche* Einvernahme unter anderem gestützt auf Art. 146 Abs. 1 StPO unter Ausschluss der Teilnahmerechte für zulässig erachtet resp. untersuchungstaktisch sogar für (zwingend) geboten hält (WEDER, FP 2012, 233). Diese Auffassung ist bekanntlich durch das Bundesgericht verworfen worden mit der überzeugenden Begründung, das in Art. 146 Abs. 1 StPO verankerte Prinzip der «getrennten» Einvernahme bilde keine selbstständige gesetzliche Ausnahme zu den spezifischen Parteirechten nach Art. 147 Abs. 1 StPO (BGE 139 IV 25, E. 5.1.). Vor diesem Hintergrund ist diese obergerichtliche Bezugnahme einschränkend lediglich auf die explizit zitierte Stelle zu verstehen, welche lautet: «Art. 312 Abs. 2 StPO bildet eine Missbrauchsnorm, mit dem Ziel, Parteirechte, namentlich die Teilnahmerechte gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO, durch eine Delegation der Einvernahmekompetenz an die Polizei quasi auszuhebeln, zu verhindern» (WEDER, FP 2012, 230) – und nicht auf die gezogenen Schlussfolgerungen (WEDER, FP 2012, 233).

V. Der Klärung bedarf weiter die Frage, in welcher Form die *erst im Rahmen der Ermittlung zu eruiierenden Personen* zu befragen sind?

Das Obergericht äussert sich hierzu nicht explizit. Der in diesem Zusammenhang erfolgende Hinweis auf Art. 179 StPO legt die Vermutung nahe, dass es formelle Einvernahmen zu Protokoll für zulässig erachtet. Diese Frage ist umstritten. SCHMID bspw. vertritt die Ansicht, dass die Polizei nach Eröffnung der Untersuchung weiterhin einfache Ermittlungen zur Klärung des Sachverhalts, insbesondere Ermittlung und allenfalls informatorische Befragung von Geschädigten und Zeugen, vornehmen dürfe, aber formelle Einvernahmen zur Sache nur auf Delegation hin (SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, N 1233 Fn 81).

Wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Zielperson Angaben zum Sachverhalt machen kann, stellt sich die

Formfrage nicht: Da das Ziel der Ermittlungen bereits erreicht wurde, ist eine Befragung nur auf Delegation hin (unter Wahrung der Teilnahmerechte) erlaubt. Bestehen hingegen lediglich vage Hinweise, dass die Zielperson sachverhaltsrelevante Angaben machen kann, scheint eine nicht-parteiöffentliche informative Kontaktnahme zulässig: Dem Zweck gemäss hat sich diese jedoch auf das Ziel der Ermittlung zu beschränken, also auf die Frage, ob die Person überhaupt Angaben zum Sachverhalt machen kann; sobald dies feststeht, ist die Kontaktnahme abubrechen und zu einer formellen parteiöffentlich Einvernahme vorzuladen. Ein solcher Erstkontakt ist transparent zu machen (Ort, Datum, Zeit, Dauer, Grund, Umstände der Unterredung) und die wesentlichen Aussagen sind festzuhalten (SCHMID, N 1218).

Wird die Kontaktnahme nach Feststellung, dass die Zielperson Angaben zum Sachverhalt machen kann, nicht abgebrochen, sondern nach diesen Angaben gefragt (die Auskunftsperson also einlässlich einvernommen), verkommt die Kontaktnahme zu einer verpönten Ermittlung in der Untersuchung (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1265f.). Um einer damit einhergehenden Aushöhlung der Teilnahmerechte entgegenzuwirken, hat diesfalls ein Beweisverwertungsverbot (inkl. Folgebeweise) zu greifen (GLESS, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], BSK StPO, Basel 2010, Art. 141 N 49; SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art. 141 N 5 und 12; WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 141 StPO N 15 und 19; BONIN/MÜNCH, Jusletter 13.1.2014.). Wird diese Möglichkeit der «teilnahmelosen» Beweiserhebung nicht an ein erweitertes Beweisverwertungsverbot (fruit of the poisonous tree) geknüpft, besteht die Gefahr (wie die Praxis zeigt) der faktischen Aushöhlung der Teilnahmerechte.

Duri Bonin, Rechtsanwalt aus Zürich und Meilen  
Gregor Münch, Rechtsanwalt aus Zürich

