

Art. 312, Art. 179, Art. 147 StPO. Ermittlungsauftrag der Staatsanwaltschaft an die Polizei; Zulässigkeit der Beschwerde; Teilnahmerecht.

Anfechtbarkeit einer Delegationsverfügung bzw. eines Ermittlungsauftrags (Art. 312 StPO), wenn die Einschränkung von Teilnahmerechten gerügt wird (Erw. 1).

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

Sachverhalt:

Die Staatsanwaltschaft führt eine Strafuntersuchung gegen X wegen eines sog. "Enkeltrickbetrugs". Am 11. Juni 2013 erliess sie eine Delegationsverfügung an die Kantonspolizei Zürich. In Ziffer 3 der Verfügung ordnete sie an: 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.

Dagegen erhebt X Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, X die Teilnahme an den "Befragungen von polizeilichen Auskunftspersonen" zu ermöglichen.

Aus den Erwägungen:

"1. Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO ist die Beschwerde gegen die Verfügungen und die Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und

Übertretungsstrafbehörden zulässig. Beschwerdeinstanz ist das Obergericht (§ 49 GOG/ZH).

Angefochten ist eine Verfügung der Staatsanwaltschaft, mit welcher sie die Polizei nach eröffneter Untersuchung mit Ermittlungen und Befragungen beauftragt.

1.1 Nach Eröffnung der Untersuchung kann die Staatsanwaltschaft die Polizei mit ergänzenden Ermittlungen beauftragen (Art. 312 Abs. 1 Satz 1 StPO). Bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführt, haben die Verfahrensbeteiligten die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukommen (Art. 312 Abs. 2 StPO). Gemäss Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen.

1.2 Nach der herrschenden Lehre ist die Beschwerde gegen eine Delegationsverfügung nicht zulässig, da es sich um eine behördeninterne Anordnung handelt (Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N. 11 zu Art. 312 StPO und N. 2 zu Art. 393 StPO; Nathan Landshut, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N. 9 zu Art. 312 StPO; Esther Omlin, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, N. 12 zu Art. 312 StPO; Jo Pitteloud, code de procédure pénale suisse, Zürich/St. Gallen 2009, N. 770 S. 525).

1.3 Die Literatur und Rechtsprechung bejahen die Zulässigkeit der Beschwerde bei einer Verweigerung der Teilnahmerechte nach Art. 147 StPO (vgl. Andreas Keller, Kommentar zur StPO, a.a.O., N. 16 zu Art. 393 StPO; Jeremy Stephenson/Gilbert Thiriet, Basler Kommentar StPO, a.a.O., N. 10 zu Art. 393 StPO; wohl ebenso Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N. 1506; Urteil 1B_404/2012 vom 4. Dezember 2012 und BGE 139 IV 25).

1.4 Bei delegierten Einvernahmen sind die Teilnahmerechte der Verfahrensbeteiligten grundsätzlich zu berücksichtigen. Zwar erwächst dem Beschwerdeführer regelmässig kein nicht wiedergutzumachender Nachteil, wenn sein Teilnahmerecht in der Delegationsverfügung zu Unrecht eingeschränkt wird. Die entsprechenden Einvernahmen wären nicht zu seinen Lasten verwertbar (Art. 147 Abs. 4 StPO) und allenfalls zu wiederholen. Folgebeweise wären möglicherweise unverwertbar (Art. 141 Abs. 4 StPO). Im kantonalen Beschwerdeverfahren wird jedoch lediglich ein aktuelles rechtlich geschütztes Interesse der beschwerdeführenden Partei vorausgesetzt, um Beschwerde zu erheben (Art. 382 Abs. 1 StPO; vgl. dazu Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage, Bern 2012, N. 1557 ff.). Ein solches Interesse bejaht die Rechtsprechung und Literatur, wenn sie die Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Einschränkung von Teilnahmerechten bejaht. Auch wenn es sich bei der Delegationsverfügung grundsätzlich um eine behördeninterne Anordnung handelt, kann ihr bei Einschränkungen des Teilnahmerechts Aussenwirkung zukommen. In der Literatur wird der Ausschluss der Beschwerde bei Delegationsverfügungen denn auch nur im Zusammenhang mit Abs. 1 von Art. 312 StPO erwähnt, nicht jedoch im Zusammenhang mit Art. 312 Abs. 2 StPO (vgl. die zit. Literatur in Erw. 1.2).

Rechtlich geschützt wird das Interesse der Teilnahmeberechtigten durch die Art. 312 Abs. 2 und Art. 147 StPO. Fraglich ist, ob das Interesse des Beschwerdeführers aktuell ist. Die Zulässigkeit einer Einschränkung von Teilnahmerechten ist nach Massgabe des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen (vgl. BGE 139 IV 25 E. 5.5.4.1 und E. 5.5.9 und Urteil 1B_404/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.2 und E. 2.3). Weder aus Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung noch der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft noch aus den Eingaben des Beschwerdeführers ergibt sich, welche Person(en) befragt werden soll(en). Ist nicht bekannt, wer befragt werden soll, kann die Beschwerdeinstanz die Zulässigkeit einer allfälligen Einschränkung des Teilnahmerechts nicht für jeden denkbaren Einzelfall prüfen.

Eine Einzelfallprüfung wäre möglich, wenn die Polizei dem Beschwerdeführer jeweils mitteilen würde, welche Person sie zu befragen beabsichtigt. Wird das Teilnahmerecht in der Delegationsverfügung eingeschränkt, ist anzunehmen, dass die Polizei dem Beschwerdeführer nicht mitteilen wird, wen sie in welchem Zeitpunkt befragen wird. Insofern ist das Interesse des Beschwerdeführers zur Anfechtung der Delegationsverfügung aktuell. Soll mit der erwähnten Literatur eine Beschwerde gegen die Einschränkung der Teilnahmerechte möglich sein, ist das aktuelle Rechtsschutzinteresse im Zeitpunkt der Delegation grundsätzlich zu bejahen, wenn eine Einschränkung der Teilnahmerechte gerügt wird. Ob die Teilnahmerechte des Beschwerdeführers tatsächlich tangiert und allenfalls verletzt sind, ist eine materielle Frage, die nicht im Rahmen der Eintretensfrage zu behandeln ist. Der Beschwerdeführer ist Partei im Strafverfahren und zur Beschwerde befugt.

1.5 Soweit der Beschwerdeführer die Verletzung seiner Teilnahmerechte rügt, ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

2. (...)

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. Beat Rhyner, Basler Kommentar StPO, a.a.O, 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.).

Der Auftrag kann lediglich den Zweck bzw. das Resultat nennen. Die Wahl der Ausführungsart und der jeweiligen Polizeitaktik bleibt der Entscheidung der Polizei anheim gestellt (Omlin, Basler Kommentar StPO, a.a.O., N. 9 zu Art. 312 StPO; vgl. auch Landshut, Kommentar zur StPO, a.a.O., N. 5 zu Art. 312 StPO; Ulrich Weder, Die Teilnahmerechte in der delegierten Einvernahme einer Auskunftsperson, in: *forum poenale* 4/2012 S. 228 f.; Yves Maître, in: Kuhn/Jeanneret (Hrsg.), *commentaire romand, code de procédure pénale suisse*, Basel 2011, N. 13 zu Art. 306 StPO).

3.2 Die Polizei befragt beschuldigte Personen und Auskunftspersonen. Zeugen darf sie nur im Auftrag der Staatsanwaltschaft einvernehmen (vgl. Art. 179 und Art. 142 Abs. 2 StPO).

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, *Praxiskommentar*, a.a.O., N. 4 f. zu Art. 179 StPO; Rhyner, *Basler Kommentar StPO*, a.a.O., N. 32 zu Art. 306 StPO; Wolfgang Wohlers, *Kommentar zur StPO*, a.a.O., N. 2 zu Art. 147 StPO; Pierre Cornu, *commentaire romand*, a.a.O., N. 16 ff. zu Art. 312 StPO).

Wie erwähnt, soll die Delegation von staatsanwaltschaftlichen 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 staatsanwaltschaftliche 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, a.a.O.,

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.

3.3 Gemäss Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen.

Art. 147 Abs. 1 StPO statuiert ein Teilnahmerecht bei Beweiserhebungen. Die Bestimmung begründet namentlich ein Anwesenheits- und Fragerecht. Das bedeutet physische Anwesenheit am Ort, an welchem die Beweisabnahme stattfindet. Die physische Teilnahme kann aufgrund der Natur der Beweiserhebung ausgeschlossen sein (vgl. dazu Wohlers, Kommentar zur StPO, a.a.O., N. 5 zu Art. 147 StPO; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, N. 372; Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., N. 2 zu Art. 147 StPO). Die Beweiserhebung ist der Vorgang der Gewinnung von Informationen für das Verfahren. Die Beweise nehmen ihre Gestalt im Prozess ihrer Erhebung an (Felix Bommer, Parteirechte bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, in: recht 6/2010 S. 197). Das Teilnahmerecht will eine kontradiktorische Mitwirkung der Parteien am Verfahren sicherstellen (Bommer, a.a.O., S. 198: "Es geht also um Bestand und Umfang von Parteirechten bei Verfahrenshandlungen, in deren Verlauf im Zusammenwirken mit den Parteien oder Dritten Beweise abgenommen werden."). Es bezieht sich namentlich auf Einvernahmen, Augenscheine und Tatrekonstruktionen (vgl. BBl 2006 1187).

Die Delegation einer Einvernahme an die Polizei darf nicht zur Umgehung oder Einschränkung der Teilnahmerechte der Parteien führen. Das Teilnahmerecht im Sinne von Art. 147 StPO kann aber unter den gesetzlichen Voraussetzungen eingeschränkt werden (vgl. Urteil 1B_404/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1.2).

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 Verfügung 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 eruierenden 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 staatsanwaltschaftliche 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 Einschränkungsgünde - zu gewähren sein (Art. 147 Abs. 1 StPO)."

Obergericht

III. Strafkammer

Beschluss vom 20. August 2013, UH130204

(Mitgeteilt von Dr. S. Christen)