

Universität Luzern
Rechtswissenschaftliche Fakultät - Staatsanwaltsakademie

Masterarbeit

Der delegierte Ermittlungsauftrag an die Polizei - **Form, Inhalt und Grenzen**

Referent: Dr. iur. Thomas Hansjakob

vorgelegt von

Dr. iur. Nicole Burger, RA
Wallerstrasse 9
5000 Aarau

Studiengang: Master of Forensics

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	VIII
Materialienverzeichnis	XIII
EINLEITUNG	1
I. GESETZLICHE GRUNDLAGEN NACH STPO	3
A. Überblick über den Aufbau eines Strafverfahrens	3
B. Zuständigkeit für Beweiserhebungen	4
C. Der ergänzende Ermittlungsauftrag.....	5
D. Problemstellung	5
II. ÜBERSICHT ÜBER DIE PRAXIS DER KANTONE.....	7
A. Kantone mit allgemeinen oder kurz gehaltenen Weisungen zur Zusammenarbeit mit der Polizei.....	7
1. Kantone Appenzell-Innerrhoden, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Bern, Thurgau und St.Gallen	7
2. Kanton Appenzell-Ausserrhoden.....	8
3. Kanton Freiburg	9
4. Kanton Neuenburg	9
5. Kanton Solothurn.....	10
6. Kanton Zug	10
B. Kantone mit spezifischen Weisungen zur Aufgabenabgrenzung und Auftragserteilung	11
1. Kanton Aargau	11
2. Kanton Graubünden	12
3. Kanton Luzern	12

4. Kanton Obwalden	13
5. Kanton Schwyz	13
6. Kanton Schaffhausen	14
7. Kanton Zürich	14
C. Fazit	15
III. BEDEUTUNG DER STAATSANWALTSCHAFTLICHEN VERFAHRENSHERRSCHAFT	17
A. Staatsanwaltschaft als Herrin des Verfahrens und als Aufsichtsbehörde der Polizei	17
B. Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs	18
C. Komplexität des Verfahrens	20
D. Entscheid über den Verfahrensabschluss	21
E. Entscheid über Anklageerhebung	23
F. Beschränkte Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung	24
G. Aufgabe der Rechtsfortbildung	27
H. Fazit	28
I. Exkurs: Im Zweifel für die Eröffnung	28
IV. STELLUNG UND AUFGABEN VON STAATSANWALTSCHAFT UND POLIZEI ...	31
A. Stellung der Staatsanwaltschaft	31
1. Stellung der Staatsanwaltschaft im Gewaltengefüge	32
2. (Partielle) Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft	34
B. Stellung der Polizei	36
1. Hierarchischer Aufbau der Behörde	36
2. Regierung und Politik	36

3.	Unabhängigkeit der Polizei?	38
4.	Verantwortung der Staatsanwaltschaft	39
C.	Abgrenzung polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Aufgaben	40
1.	Die Aufgaben der Polizei nach StPO	40
2.	Polizeiliche Aufgaben in der Praxis	42
3.	Die Aufgaben der Staatsanwaltschaft nach StPO	44
D.	Fazit	45
V.	FOLGEN FÜR DEN ERMITTLUNGSaufTRAG	46
A.	Form	46
1.	Grundsatz der Schriftlichkeit	46
2.	Umschreibung der Aufträge	47
B.	Inhalt	48
1.	Übergreifendes Abgrenzungskriterium: Ermittlung vs. Untersuchung	48
2.	Gesetzliche Vorgaben: "Ergänzende" Ermittlungen (Art. 312 Abs. 1 StPO)	51
3.	Kompetenz	52
C.	Die Delegation von Einvernahmen	53
1.	Ermittlung vs. Untersuchung	53
2.	Erste Einvernahme (Art. 307 Abs. 2 StPO)	54
3.	"Wesentlichkeit" einer Einvernahme (Art. 307 Abs. 2 StPO)	57
4.	Zeugeneinvernahmen	57
5.	Die Befragung als polizeiliche Auskunftsperson nach eröffneter Untersuchung	59
6.	Befragungen im Haftverfahren (Art. 224 Abs. 1 StPO)	60
7.	Durchführung der Schlusseinvernahme (Art. 317 StPO)	60
D.	Fazit	61
VI.	FEHLERHAFTE ERMITTLUNGSaufTRÄGE	64

A. Abgrenzung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften	64
B. Fehlende Schriftlichkeit	65
C. Fehlende Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft	65
D. Delegation von wichtigen Einvernahmen.....	67
E. Polizeiliche Ermittlungen ohne Auftrag.....	68
F. Massnahmen der Gerichte.....	69
G. Möglichkeiten der Parteien	72
H. Fazit	74
SCHLUSSFOLGERUNGEN	76
Eigenständigkeitserklärung	79

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
AG	Kanton Aargau
AI	Kanton Appenzell Innerrhoden
a.M.	anderer Meinung
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
Art.	Artikel
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
BBl	Bundesblatt
BE	Kanton Bern
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer.	Bundesgericht
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des solothurnischen Rechts
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Reinach BL)
BL	Kanton Basel-Landschaft
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DNA	deoxyribonucleic acid, englisch für Desoxyribonukleinsäure (DNS)
DNS	Desoxyribonukleinsäure
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Köln)
ed.	edition (Englisch: Auflage)
EG StPO AG	Einführungsgesetz des Kantons Aargau vom 16. März 2010 zur Schweizerischen Strafprozessordnung (SAR 251.200)
EG StPO SG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung des Kantons St.Gallen vom 03.08.2010 (sGS 962.1)
eidg.	eidgenössisch
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
etc.	et cetera
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
FR	Kanton Freiburg
GL	Kanton Glarus
GO SO	Gesetz über die Gerichtsorganisation des Kanton Solothurn vom 13. März 1977 (BGS 125.12)
GOG ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 (LS 211.1)
GR	Kanton Graubünden
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera
LU	Kanton Luzern
LS	Loseblatt des Zürcher Rechts
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen

N	Nationalrat
NE	Kanton Neuenburg
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Frankfurt am Main)
Nr.	Nummer
resp.	respektive
OSTA	Oberstaatsanwaltschaft
OW	Kanton Obwalden
Pra	Die Praxis (des Bundesgerichts)
PolG AG	Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit des Kantons Aargau vom 06.12.2005 (SAR 531.200)
Rn.	Randnote
S	Ständerat
s.	siehe
S.	Seite
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SG	Kanton St.Gallen
SH	Kanton Schaffhausen
sGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen
SO	Kanton Solothurn
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
STA	Staatsanwaltschaft
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (SR 312.0)
SZ	Kanton Schwyz
TG	Kanton Thurgau
überarb.	überarbeitet
vgl.	vergleiche
vs.	versus
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZG	Kanton Zug
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitung für Strafrecht (Bern)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)

Literaturverzeichnis

- ALBERTINI GIANFRANCO, Das Verfahren vor der Eröffnung der Untersuchung – aus Sicht der Polizei, ZStrR 128/2010, S. 333-406.
- ALBERTINI GIANFRANCO/FEHR BRUNO/VOSER BEAT, Polizeiliche Ermittlung – Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2008 (zit. Autor, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung).
- ALBERTINI GIANFRANCO/RÜEGGER PETER, Zur Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft, *forumpoenale* 6/2010, S. 360-365 (zit. Zusammenarbeit).
- ALBERTINI GIANFRANCO/VOSER BEAT/ZUBER THOMAS, Entwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung – Bemerkungen aus gerichtspolizeilicher Sicht, *Kriminalistik* 1/2007, S. 53-58.
- ALBRECHT PETER, Strafrecht ohne Recht?, ZStrR 131/2010, S. 385-407.
- ALBRECHT PETER/CAPUS NADJA, Die Kompetenz zur Einvernahme im Vorverfahren, *forumpoenale* 6/2012, S. 361-367.
- ARNDT ADOLF, Umstrittene Staatsanwaltschaft, NJW 1961, S. 1615-1617.
- BÄNZIGER FELIX, Aus 27 mach 1 – Zur Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts, *Kriminalistik* 2006, S. 401-403 (zit. Vereinheitlichung).
- BLÄTTLER STEFAN, Die Stellung der Polizei im neuen schweizerischen Strafverfahren, ZStrR 125/2007, S. 242-249 (zit. Stellung der Polizei).
- BOMMER FELIX, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, *recht* 2010, S. 196-220 (zit. Parteirechte).
- BOMMER FELIX, Zur Vereinheitlichung der Behördenorganisation in der Schweizerischen Strafprozessordnung, ZBJV 150/2014, S. 231-264 (zit. Vereinheitlichung).
- BRANGSCH HEINZ, Die Stellung des Staatsanwalts, NJW 1951, S. 59-61.
- BRUN MARCEL, Gefahr der Verpolizeilichung des Vorverfahrens, *recht* 2014, S. 92-99 (zit. Gefahr der Verpolizeilichung).
- BURGER-MITTNER NICOLE, Die Stellung der schweizerischen Bundesanwaltschaft und ihrer Staatsanwälte, Diss. St.Gallen, Zürich/St.Gallen 2011 (zit. Bundesanwaltschaft).
- BURGER-MITTNER NICOLE/BURGER SIMON, Das Primat der Staatsanwaltschaft auf dem Prüfstand – Die Durchsetzung der Verfahrensherrschaft als wesentliches Recht des Beschuldigten, *forumpoenale* 3/2011, S. 165-172.
- CAMENZIND HUGO/IMKAMP JÜRGEN, Delegation von Untersuchungshandlungen an die Polizei, dargestellt am Beispiel des Kantons Zürich, ZStrR 2/1999, S. 197-214 (zit. Delegation).

-
- DAPHINOFF MICHAEL, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss., Zürich 2012 (zit. Strafbefehlsverfahren).
- DEL GIUDICE LUDOVICA, Wann beginnt das polizeiliche Ermittlungsverfahren? Wann beginnt das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren?, ZStrR 128/2010, S. 116-131.
- DONATSCH ANDREAS, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einspruchsmöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, ZStrR 112/1994, S. 317-249 (zit. Strafbefehl).
- DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126/2008, S. 158-173 (zit. Ausgewählte Fragen).
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. Verfasser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar).
- DRIENDL JOHANNES/MARTY DICK F., Staatsanwaltschaft und Strafverfolgung in der Schweiz, in: Jescheck Hans-Heinrich/Leibinger Rudolf (Hrsg.), Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht, Baden-Baden 1979, S. 329-484.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), St.Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. A., St. Gallen 2014 (zit. Verfasser, St.Galler Kommentar zu Art.).
- ELLIOT CATHERINE/QUINN FRANCES, English Legal System, 4th ed., Dorset 2002.
- FABBRI ALBERTO, Polizeiliche Ermittlung oder staatsanwaltschaftliche Untersuchung – Ist das die Frage? Abgrenzungen im Vorverfahren nach schweizerischer Strafprozessordnung, BJM 2013, S. 165-181.
- FISCHLSCHWEIGER HAGEN, Die Staatsanwaltschaft im österreichischen Verfassungssystem, ZStW 91/1979, S. 749-772.
- GEISSELHARDT ANGELA, Zuständigkeit bei Beweisverboten im Strafverfahren, forumpoenale 5/2014, S. 300-306 (zit. Beweisverbote).
- GILLIÉRON GWLADYS, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, Diss., Zürich 2010.
- GILLIÉRON GWLADYS/KILLIAS MARTIN, Strafbefehl und Justizirrtum: Franz Riklin hatte Recht!, in: Marcel Alexander Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 379-398 (zit. Strafbefehl und Justizirrtum).
- GOLDSCHMID PETER/MAURER THOMAS/SOLLBERGER JÜRIG, Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008.
- GÖRCKE HANS-HELMUTH, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz – Ein Beitrag zur Neuordnung des Staatsanwaltsrechts, ZStW 73/1961, S. 561-589 (zit. Weisungsgebundenheit und Grundgesetz).

-
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A., Zürich 2012.
- HANSJAKOB THOMAS, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, *forum* 3/2014, S. 160-164.
- HASENBÖHLER FRANZ, Richter und Gesetzgeber in der Schweiz, in: Richard Frank (Hrsg.), *Unabhängigkeit und Bindungen des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und in der Schweiz – Ergebnisse einer internationalen Richtertagung*, 2. A., Basel 1997, S. 54-81.
- HAGENSTEIN NADINE/ZURBRÜGG MATTHIAS, Das Strafbefehlsverfahren nach eidg. StPO – liegt die Einheit in der Vielfalt?, *ZStrR* 130/2012, S. 395-407.
- HAUSER ROBERT, Zum Prinzip der Unmittelbarkeit, *ZStrR* 98/1981, S. 168-178 (zit. Unmittelbarkeit).
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005.
- HÜRLIMANN CORNELIA, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, Diss., Zürich 2006 (zit. Eröffnung einer Strafuntersuchung).
- JOSITSCH DANIEL, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009 (zit. Grundriss).
- KAUFMANN ARIANE, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss., Zürich 2013 (zit. Unmittelbarkeitsprinzip).
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001.
- KINTZI HEINRICH, Staatsanwaltschaft – objektive Behörde und Anwalt des Staates, *DRiZ* 1987, S. 457-464 (zit. Anwalt des Staates).
- Kommission für die Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund, Der Staatsanwalt in der Dritten Gewalt, *DriZ* 1968, S. 357-362.
- LEUPOLD MICHAEL, Die schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, Entstehung – Grundzüge – Besonderheiten, *BJM* 2008, 233-258.
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Die organisatorische Einordnung der Staatsanwaltschaft in die kantonale Behördenstruktur, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2008/2 (zit. Organisatorische Einordnung).
- LILIE HANS, Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, *ZStW* 106/1994, S. 625-643 (zit. Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft).
- METTLER CHRISTOPH, Staatsanwaltschaft: Position innerhalb der Gewaltentrias, Funktion im Strafprozess und aufsichtsrechtliche Situation sowie ein Vorschlag zur Neuordnung, Diss. Freiburg, Basel 2001 (zit. Staatsanwaltschaft).

-
- METTLER CHRISTOPH/BAUMGARTNER NICO, Die Neuregelung der Aufsicht über die Bundesanwaltschaft, in: Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Gfeller Diego R. (Hrsg.), Liber Amoricum für Marcel Alexander Niggli – Von Lemuren, Igel und anderen strafrechtlichen Themen, Basel 2010, S. 60-71.
- MÜNSTERMANN MANFRED, Die Bindung des Staatsanwaltes an Weisungen seiner Vorgesetzten, Diss. Heidelberg, Bruchsal 1978 (zit. Bindung des Staatsanwalts).
- NOLL ANDREAS, Das Recht des Beschuldigten zur Teilnahme an Einvernahmen – Geltungsbereich, Anforderungen an die Verfahrensgestaltung und Rechtsfolgen seiner Verletzung, Bern 2013 (zit. Teilnahme an Einvernahmen).
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. A., Basel 2014 (zit. Verfasser, BSK-StPO).
- OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A., Bern 2012.
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht – Grundriss für Studium und Praxis, 2. A., Basel 2012.
- PIETH MARK, Von der Inquisition zum schweizerischen Sicherheitsstaat: ketzerische Gedanken zur aktuellen Strafprozessreform, AJP 2002, S. 626-631 (zit. Strafprozessreform).
- PIQUEREZ GÉRARD/MALACUSO ALAIN, Procédure Pénale Suisse, 3. A., Genf/Zürich/Basel 2011.
- RIEDER ROLF, Das Untersuchungsverfahren im zürcherischen Strafprozess, Diss. Zürich, Uster 1965 (zit. Untersuchungsverfahren).
- RIEDI FRANZ, Der Anklageprozess im Strafprozessrecht des Kantons Schwyz unter besonderer Berücksichtigung der Staatsanwaltschaft, Diss. Bern, Lungern 1939 (zit. Anklageprozess).
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechts-
hilfe in Strafsachen, Basel 2011.
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN WERNER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011.
- RÜPING HINRICH, Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei – Zum Problem der Einheit der Strafverfolgung, ZStW 95/1983, S. 894-917.
- SARSTEDT WERNER, Gebundene Staatsanwaltschaft?, NJW 1964, S. 1752-1758.
- SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. Praxiskommentar).
- SCHUBARTH MARTIN, Zurück zum Grossinquisitor? Zur rechtsstaatlichen Problematik des Strafbefehls, in: Niggli Marcel Alexander/Pozo José Hurtado/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 527-538.
- SCHWEIZER RAINER J., Die Aufsicht über die Staatsanwaltschaften, AJP 2013, S. 1378-1398 (zit. Aufsicht).

-
- TÖNDURY GUOLF, Die Staatsanwaltschaft im aargauischen Strafprozess, Diss., Zürich 1972.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Bern 2007 (zit. Staatsrecht).
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, begründet von Peter Tuor, 13. A., Bern 2010.
- ULRICH HANS-JOACHIM, Nochmals: Staatsanwaltschaft – objektive Behörde und Anwalt des Staates, DRiZ 1988, S. 368-375 (zit. objektive Behörde).
- USTER HANSPETER, Polizei und Staatsanwaltschaft im Vorverfahren – Schnittstelle oder Nahtstelle?, forumpoenale 6/2010, S. 353-358.
- WAGNER WALTER, Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte, NJW 1963, S. 8-11.
- WEDER ULRICH, Die Mitwirkung der Anklagebehörde im gerichtlichen Hauptverfahren, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian, Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002 (zit. Anklagebehörde).
- WEDER ULRICH, Die Teilnahmerechte in der delegierten Einvernahme einer Auskunftsperson, forumpoenale 4/2012, S. 228-234 (zit. Teilnahmerechte).
- WIESER HANNO, Das Ermittlungsverfahren und die Untersuchung ergänzen sich – auch bei der Personalbeweiserhebung, forumpoenale 6/2014, S. 340-346.
- WOHLERS WOLFGANG, Die formelle Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, ZStrR 131/2013, S. 318-336 (zit. Formelle Unmittelbarkeit).
- WOHLERS WOLFGANG, Die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung im Strafprozess, ZStrR 132/2014, S. 424-447 (zit. Unmittelbarkeit).

Materialienverzeichnis

Die Materialien werden zur besseren Auffindbarkeit nach dem im Text zitierten, kursiv gehaltenen Kurztitel geordnet. Die angeführten Weisungen der verschiedenen kantonalen Staatsanwaltschaften sind auf den jeweiligen Webseiten abruf- oder auf Anfrage einsehbar.

Begleitbericht Vorentwurf. Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und Begleitbericht zum Vorentwurf, Bundesamt für Justiz, Bern 2001.

Bericht Expertenkommission. Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Dezember 1997.

Botschaft Strafprozessordnung. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085-1388.

Gutachten Strafrechtskommission Deutschland. Grosse Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes. Gutachten zum Thema: Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-)Entwicklungen. Im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz, Ergebnisse der Sitzung vom 28. Juli bis 2. August 2008 in Miltenberg.

Weisung Generalstaatsanwaltschaft BE. Weisung betreffend Information der Staatsanwaltschaft durch die Kantonspolizei vom 30. August 2010.

Weisung OSTA AG. Grundlagenweisung zur Zusammenarbeit im Strafverfahren zwischen der Staatsanwaltschaft, der Jugendanwaltschaft und der Polizei vom 8. August 2013.

Weisung OSTA SZ. Weisung Nr. 1.5 vom 1. Januar 2011 betreffend Delegation von Untersuchungshandlungen an die Polizei.

Weisung OSTA ZH. Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für das Vorverfahren (WOSTA) vom 1. Oktober 2014.

Weisung STA AI. Weisung betreffend die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft.

Weisung STA AR (Nr. 2). Weisung Nr. 2 betreffend die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft im Vorverfahren.

Weisung STA AR (Nr. 3). Weisung Nr. 3 betreffend Auftragserteilung an die Polizei nach Art. 309 (Zu- und Rückweisung) und Art. 312 StPO (delegierte Aufträge).

Weisung STA BE. Weisung betreffend Information der Staatsanwaltschaft durch die Kantonspolizei.

Weisung STA BL. Weisung Nr. 01/2014 der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft zur Anwendung von Art. 307 StPO.

Weisung STA BS. Ständige Weisungen an die Kantonspolizei Basel-Stadt und die Verwaltungsbehörden mit Ermittlungsbefugnis.

Weisung STA FR. Richtlinie Nr. 1.4. des Generalstaatsanwaltes vom 22. Dezember 2010 betreffend die polizeilichen Einvernahmen (Stand am 01.02.2012).

Weisung STA GR. Interne Richtlinien über die Erteilung von Ermittlungsaufträgen an die Kantonspolizei.

Weisung STA LU (Nr. 6). Weisung Nr. 6 über die von der Staatsanwaltschaft an die Polizei delegierten Untersuchungshandlungen (Stand am 01.01.2011).

Weisung STA LU (Nr. 14). Weisung Nr. 6 über die Durchführung von Einvernahmen (Stand am 30.10.2013).

Weisung STA NE. Directives de Police Judiciaire.

Weisung STA OW. Weisungen I (betreffend Einvernahmen).

Weisung STA SG. Weisung zur Melde- und Rapportierungspflicht der Staatsanwaltschaft St.Gallen.

Weisung STA SH. Weisung Nr. 6 der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen: Durchführung der Untersuchung durch die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte.

Weisung STA SO. Weisung betreffend die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft im Vorverfahren.

Weisungen STA TG. Weisungen und Absprachen (Rules of Engagement) zwischen der Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau und der Kantonspolizei.

Weisungen STA ZG. Weisungen der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug.

Einleitung

"Längst werden die entscheidenden Weichen nicht mehr in den sonnendurchfluteten Stockwerken des Gerichts- und Untersuchungsverfahrens, sondern in den rechtsstaatlich nur wenig durchdrungenen Gefilden der polizeilichen Ermittlung gestellt.¹"

Diese und ähnliche Befürchtungen finden sich vielerorts in der Literatur zur Aufgabenabgrenzung zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft. Ursprünglich war denn die Staatsanwaltschaft auch als Gegenmacht zur polizeilichen Ermittlungstätigkeit gedacht.² Gut vier Jahre nach Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung ist jedoch fraglich, ob die Praxis diese Ängste kennt – und vor allem auch teilt. Vieelerorts ist feststellbar, dass Untersuchungshandlungen umfassend an die Polizei delegiert werden – mit dem Ergebnis, dass der fallführende Staatsanwalt nicht einmal mehr die Hauptbelastungszeugen selber befragt hat. Mancherorts wird daher – wohl nicht ganz zu Unrecht – eine "Verpolizeilichung" des Untersuchungsverfahrens befürchtet.³ Im Kanton Basel-Stadt etwa konnte beobachtet werden, dass die erstinstanzlichen Gerichte zahlreiche Zeugeneinvernahmen an Schranken wiederholen. Zurückgeführt wird dies auf den Umstand, dass die Einvernahmen im Vorverfahren grossmehrheitlich an die Polizei delegiert werden.⁴ Diese Entwicklung ist indes nicht neu: Im Kanton Zürich etwa wurden unter der bis Ende des Jahres 2010 gültigen kantonalen Strafprozessordnung ähnliche Bedenken gehegt. So wurde festgestellt, dass die Polizei Aufgaben wahrnehmen würde, welche über die vom Gesetzgeber beabsichtigte Stellung "als Hilfsorgan des Untersuchungsrichters" hinausgingen. Entsprechend habe das eigentliche Untersuchungsverfahren sein ursprüngliches Primat weitgehend eingebüsst.⁵ Hingen diese, auf den Kanton Zürich formulierte Bedenken insbesondere mit den fehlenden Verteidigungsrechten im Vorverfahren zusammen, so kann mit Bezug auf die StPO zumindest festgehalten werden, dass diese im Ermittlungsverfahren ausgebaut worden sind. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass einer "Verpolizeilichung" des Untersuchungsverfahrens unter der StPO

¹ OBERHOLZER, 480.

² LILIE, Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft, 639.

³ Vgl. BRUN, Gefahr der Verpolizeilichung, 92; PIETH, 62; vgl. auch LILIE, Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft, 626; Gutachten Strafrechtskommission Deutschland, 136; sinngemäss auch KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 15, Rn. 17; OBERHOLZER, 480.

⁴ WOHLERS, Unmittelbarkeit, 432; vgl. dazu auch KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 15, Rn. 19.

⁵ CAMENZIND/IMKAMP, Delegation, 198 f.

bedenkenlos zugeschaut werden könnte. Zum einen hat der Gesetzgeber das Primat der Staatsanwaltschaft ausdrücklich verankert und ebenso ausdrücklich festgehalten, dass eine unkontrollierte Ausdehnung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens zu verhindern sei⁶, zum anderen sprechen auch demokratische und rechtsstaatliche Überlegung gegen eine exzessive Übertragung von Untersuchungshandlungen an die Polizei. Eine wichtige Rolle bei der Frage nach dem Primat der Staatsanwaltschaft und der Rolle der Polizei spielt der delegierte Ermittlungsauftrag.⁷ An seinem Umfang entscheidet sich, welche Rolle der fallführende Staatsanwalt in einem konkreten Strafverfahren zu übernehmen gedenkt.

Vorliegende Arbeit wird sich daher nach einer groben Übersicht über den Aufbau des Strafverfahrens zunächst mit der rechtsstaatlichen Bedeutung der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft auseinandersetzen, um gestützt darauf zu untersuchen, welche Beweiserhebungen delegierbar sind und welche nicht. Ein Überblick über die Weisungen der Kantone soll ferner die bereits vorherrschende (theoretische) Praxis beleuchten. Ziel ist es – im Sinne der Fairness des Strafverfahrens – Leitlinien zu erarbeiten, welche dem fallführenden Staatsanwalt bei der Delegation von Untersuchungshandlungen unterstützen. Dabei sollen insbesondere auch die Konsequenzen aufgezeigt werden, welche die zu umfassende Delegation von Beweiserhebungen an die Polizei zur Folge haben können.

⁶ Botschaft Strafprozessordnung, 1261; vgl. auch Begleitbericht Vorentwurf, 33.

⁷ Nachfolgend nicht behandelt wird daher die Möglichkeit, Mitarbeitern innerhalb der Staatsanwaltschaft, z.B. Assistenzstaatsanwälten, Untersuchungsaufgaben zu übertragen. Diese Konstellation ist nach der hier vertretenen Ansicht aber ohnehin wenig problematisch, zumal diese Personen unter direkter Aufsicht des fallführenden Staatsanwaltes stehen. Vgl. zu diesem Thema z.B. ALBRECHT/CAPUS, 361 ff.; OMLIN, BSK-StPO, Art. 311, Rn. 7 ff.

I. Gesetzliche Grundlagen nach StPO

A. Überblick über den Aufbau eines Strafverfahrens

Das Strafverfahren der Strafprozessordnung ist eingliedrig aufgebaut, was zur Folge hat, dass das polizeiliche Ermittlungsverfahren keinen eigenständigen Charakter aufweist. Es ist Teil des Untersuchungsverfahrens, dem sogenannten "Vorverfahren".⁸ In diesem Verfahrensabschnitt soll der Sachverhalt abgeklärt und soweit als möglich beweismässig erhärtet werden.⁹ In der Regel nimmt ein Strafverfahren allerdings auf der polizeilichen Ebene seinen Anfang. Eine wirksame Strafverfolgung ist denn auch ohne polizeiliche Unterstützung kaum denkbar.¹⁰ Gestützt auf die kantonalen Polizeigesetze ist die Polizei angehalten, sogenannte "Vorermittlungen" in Angriff zu nehmen¹¹, welche jedoch nicht notwendigerweise zu einem Strafverfahren führen müssen. Diese Handlungen fallen vollumfänglich in den Verantwortungsbereich der Polizeibehörde. Die Polizei ist aber auch aufgrund von Art. 15 Abs. 2 StPO ermächtigt, Straftaten aus eigenem Antrieb, auf Anzeige von Privaten sowie im Auftrag der Staatsanwaltschaft zu ermitteln. In den meisten Fällen erfolgt sodann ohne vorgängige Information eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft, welche über das weitere Schicksal des Verfahrens entscheidet. Sind die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, so erlässt sie ohne Einleitung einer Untersuchung eine Nichtanhandnahmeverfügung (Art. 310 StPO) oder einen Strafbefehl (Art. 352 ff. StPO). In komplexeren und umfangreicheren Verfahren, bei denen etwa Zwangsmassnahmen angezeigt sind, informiert die Polizei die Staatsanwaltschaft zu Beginn eines Verfahrens. In der Regel führt dies zur Eröffnung einer Untersuchung¹², womit die Poli-

⁸ Vgl. CAMENZIND/IMKAMP, Delegation, 198; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 299, Rn. 5 und Art. 306, Rn. 4 ff.; RIEDO/BONER, BSK-StPO, Art. 299, Rn. 13; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 916, 920.

⁹ OBERHOLZER, 475; RIEDO/BONER, BSK-StPO, Art. 299, Rn. 16.

¹⁰ Bericht Expertenkommission, 121.

¹¹ DEL GIUDICE, 121; FABBRI, 167; vgl. auch ALBERTINI, 333 f.; ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 43, 539, 545 f.; ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 363; BLÄTTLER, Stellung der Polizei, 244; DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 167; FABBRI, 166; KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 15, Rn. 11 ff., Rn. 4; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 306, Rn. 4; OBERHOLZER, 480; PIETH, 192 f.; RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 8 ff.; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 279; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 916; vgl. auch USTER, BSK-StPO, Art. 15, Rn. 7.

¹² Auch wenn Art. 309 Abs. 1 StPO den Zeitpunkt der Eröffnung so definiert, dass der verbleibende Spielraum nach der hier vertretenen Meinung eng ist, neigt die Praxis dazu, die Eröffnung eines Strafverfahrens zu Gunsten des polizeilichen Ermittlungsverfahrens hinauszuschieben. Dies hat zum einen zur Folge, dass die Teilnahmerechte umgangen werden können, zum anderen aber auch, dass ein Staatsanwalt die Leitung eines Verfahrens auf Weiteres der Polizei überlassen kann. Die Thematisie-

zei nur noch "mit ergänzenden Ermittlungen" beauftragt werden kann, die Führung aber bei der Staatsanwaltschaft liegt, inklusive der gesamten Beweiserhebung (Art. 311 StPO). Ist die Untersuchung abgeschlossen, stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein oder erhebt Anklage (Art. 319 ff. StPO). Die Verantwortung der Staatsanwaltschaft bezieht sich aber nicht nur auf ihre eigene Untersuchungstätigkeit¹³, sie ist auch Aufsichtsbehörde über die Polizei – und dies ausdrücklich auch im Rahmen des Ermittlungsverfahrens (Art. 15 Abs. 2 StPO).¹⁴ Diese Aufsicht kann die Führung einzelner konkreter Voruntersuchungen betreffen, aber auch die Ermittlungstätigkeit generell.¹⁵ Lediglich die sich auf die kantonalen Polizeigesetze stützenden "Vorermittlungen" gehören explizit nicht zum Verantwortungsbereich der Staatsanwaltschaft.

B. Zuständigkeit für Beweiserhebungen

Art. 311 Abs. 1 StPO hält die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für die Beweiserhebungen fest. Dies zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber eine Staatsanwaltschaft zu schaffen beabsichtigte, welche die Verfahren selber führt und sich nicht nur auf das Koordinieren und Delegieren beschränkt.¹⁶ Grundsätzlich ist es also sie, welche nach Eröffnung der Untersuchung die im vierten Titel der StPO (Art. 139 ff. StPO) beschriebenen Beweise abnimmt.¹⁷ Dabei stehen ihr eine Reihe von Beweiserhebungsmethoden zur Verfügung, auch solche, die nicht explizit erwähnt sind. Des Weiteren regelt Art. 307 Abs. 2 Satz 3 StPO, dass der Staatsanwalt bei schwerwiegenden Ereignissen "die ersten wesentlichen Einvernahmen" nach Möglichkeit selber durchzuführen habe. Solche Einvernahmen können diesem Wortlaut nach also nicht delegiert werden. Fraglich ist nur, was

zung dieser Fehlentwicklung würde allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen, weshalb nachfolgend nur kurz darauf eingegangen werden kann; s. hinten III.H.2.

¹³ BLÄTTLER, Stellung der Polizei, 244; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 229; vgl. auch Begleitbericht Vorentwurf, 41.

¹⁴ Vgl. DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 192; KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 5; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 228 f.

¹⁵ KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 15, Rn. 21; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 15, Rn. 9; vgl. auch RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 281.

¹⁶ DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 202; vgl. auch KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 6; OMLIN, BSK-StPO, Art. 311, Rn. 6; PIQUEREZ/MALACUSO, 1696; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 948; Botschaft Strafprozessordnung, 1265; Begleitbericht Vorentwurf, 33.

¹⁷ ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 362; DEL GIUDICE, 129; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 916; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 308, Rn. 1 f.

"wesentliche" Einvernahmen auszeichnet. In der Literatur wird zu diesem Thema etwa die Meinung vertreten, dass der Staatsanwalt diese wohl durchzuführen habe, je nach Grösse und Komplexität des Falles deren Delegation an die Polizei aber trotzdem möglich sei.¹⁸ Gemeint sind wohl umfangreichere Verfahren, wie etwa grosse Wirtschaftsfälle, welche oft so vieler Einvernahmen bedürfen, dass der Staatsanwalt nicht umhin kommt, die Polizei beizuziehen. Deutlich und für die Praxis hilfreich ist diese Definition der "wesentlichen Einvernahme" aber nicht. Klar ist nach dem Gesagten nur, dass die Staatsanwaltschaft grundsätzlich für die Beweiserhebungen zuständig ist.

C. Der ergänzende Ermittlungsauftrag

Nach Art. 312 StPO kann die Staatsanwaltschaft trotz originärer Zuständigkeit für die Beweiserhebungen die Polizei auch nach Eröffnung der Untersuchung mit ergänzenden Ermittlungen beauftragen. Nach eröffneter Untersuchung obliegt die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, ob und in welcher Weise die Polizei noch ermitteln soll und darf.¹⁹ Das Tätigwerden der Staatsanwaltschaft ist in dieser Phase also obligatorisch, der Beizug der Polizei fakultativ.²⁰

D. Problemstellung

Die Staatsanwaltschaft ist demgemäss auf der einen Seite Herrin des Strafverfahrens, auf der anderen Seite hat sie die Möglichkeit, bestimmte Untersuchungshandlungen an die Polizei zu delegieren. Die Vorgabe des Gesetzes, wonach diese Anweisungen sich auf "konkret umschriebene Abklärungen" (Art. 312 Abs. 1 Satz 2 StPO) zu beschränken haben, deutet auf die Absicht des Gesetzgebers hin, diese Verfahrensherrschaft nach eröffnetem Untersuchung stets bei der Staatsanwaltschaft zu belassen. Dies beschränkt naturgemäss die Möglichkeit der Delegation, wobei das Gesetz die konkreten Schranken aber weitgehend offen lässt. Die Entwicklung in den Kantonen lässt denn auch die Tendenz einiger Staatsanwaltschaften erkennen, die Leitung des Verfahrens aus der Hand zu geben, sei es durch allgemein gehaltene Ermittlungsaufträge oder durch die Delegation von ganzen Verfahren an die Polizei. Hierbei könnte durchaus eingewendet werden, dass

¹⁸ ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 361.

¹⁹ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 312, Rn. 1; vgl. auch LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 13; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 937, 948.

²⁰ BURGER-MITTNER/BURGER, 167.

dies unproblematisch sei, zumal der Beschuldigte bei Einvernahmen durch die Polizei Anspruch auf die gleichen Teilnahmerechte wie bei der Staatsanwaltschaft hat (Art. 312 Abs. 2 StPO) und daher weder die Verteidigungsrechte noch sein Anspruch auf ein faires Verfahren (vgl. Art. 6 EMRK) beschnitten werden. Dieser Einwand ist zwar nicht unberechtigt, doch war eine umfassende Delegation offensichtlich nicht im Sinne des Gesetzgebers. Denn die Botschaft ist in dieser Frage deutlich: Es sei zu verhindern, dass die "Phase der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung praktisch ausgehöhlt und zu einer Art Ermittlungsverfahren in der Untersuchung mutiert"²¹. Vielmehr sei sicherzustellen, dass die Staatsanwaltschaft ihre Leitungsfunktion wahrnehmen könne.²² Ein Bericht der Expertenkommission "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts" forderte zu diesem Thema gar die "Verhinderung einer Ausuferung der polizeilichen Ermittlungstätigkeit".²³ Und auch die Lehre ist sich einig, dass eine "Verpolizeilichung" des Verfahrens kaum wünschenswert sei – es wird vielerorts gar ein Verlust an Rechtstaatlichkeit befürchtet²⁴ oder zu bedenken gegeben, dass die neutral-objektive Rolle des Staatsanwalts in Konflikt mit der Erfolgsorientierung der polizeilichen Tätigkeit geraten könnte.²⁵ Weitgehend offen bleibt allerdings, warum die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft so wesentlich ist. Dies wird im Folgenden zu erarbeiten sein, indem zunächst deren Bedeutung anhand verschiedener Faktoren skizziert wird. In einem zweiten Schritt werden Stellung und Aufgaben von Polizei und Staatsanwaltschaft aufgezeigt, um deren unterschiedliche Funktions- und Arbeitsweise darzulegen. Es stellt sich schliesslich aber insbesondere die Frage, ob anhand der gesetzlichen Konzeption konkretisiert werden kann, welche Verfahrenshandlungen delegiert werden können – und welche eben nicht.

²¹ Botschaft Strafprozessordnung, 1265.

²² Botschaft Strafprozessordnung, 1261.

²³ Bericht Expertenkommission, 123; vgl. dazu auch Votum Blocher, AB 2006 S 994.

²⁴ BRUN, Gefahr der Verpolizeilichung, 92; OBERHOLZER, 480; PIETH, 62; vgl. auch LILIE, Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft, 626; Gutachten Strafrechtskommission Deutschland, 189; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 2302, vgl. auch Bericht Expertenkommission, 121; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 226.

²⁵ KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 5.

II. Übersicht über die Praxis der Kantone²⁶

Verschiedene kantonale Staatsanwaltschaften resp. Oberstaatsanwaltschaften haben zum Thema der Zusammenarbeit mit der Polizei eigene Weisungen erlassen, welche die gesetzlichen Vorgaben konkretisieren. Einige davon werden in der Folge kurz dargestellt, ohne jedoch einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu wollen. Nicht alle kantonalen Staatsanwaltschaften haben Weisungen erlassen und erst recht nicht sind alle öffentlich einsehbar. Nichtsdestotrotz ergeben sie ein interessantes Bild über die Vorgehensweisen in den einzelnen Kantonen.

A. Kantone mit allgemeinen oder kurz gehaltenen Weisungen zur Zusammenarbeit mit der Polizei

Auffallend ist, dass einige Kantone sich darauf beschränkt haben, Weisungen zu den "schweren Straftaten" nach Art. 307 Abs. 1 StPO zu erlassen, welche eine Meldung der Polizei an die Staatsanwaltschaft nach sich ziehen. Diese Weisungen regeln dann auch fast ausschliesslich die Fälle, bei deren Vorkommen die Polizei die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu informieren hat.

1. Kantone Appenzell-Innerrhoden, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Bern, Thurgau und St.Gallen

Der Kanton Basel-Landschaft macht immerhin klar, welchem Zweck die entsprechende Weisung dient. Es gehe darum, dass "die Staatsanwaltschaft noch während der polizeilichen Bewältigung eines Ereignisses Vorgaben für die Beweiserhebung machen kann und soll".²⁷ Damit steht auf den ersten Blick fest, dass die Staatsanwaltschaft von diesem Moment an die Verfahrensherrschaft innehat. Wie der weitere Verlauf der Strafuntersuchung vor sich zu gehen hat, darüber schweigt sich diese Weisung allerdings aus. Ähnlich auch der Kanton Bern: In der Weisung "Information der Staatsanwaltschaft durch die Kantonspolizei" werden die allgemeinen Meldepflichten der Polizei festgehalten. Im Übrigen wird nur festgeschrieben, dass die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit habe, der

²⁶ Die Weisungen wurden in der Regel den Internetauftritten der entsprechenden kantonalen Staatsanwaltschaften entnommen. Staatsanwaltschaften, welche solche nicht publiziert haben, wurden direkt angeschrieben. Vorliegende Ausführungen sind das Ergebnis dieser Recherchen und Umfragen, wobei zu erwähnen ist, dass nicht alle Staatsanwaltschaften auf die schriftlichen Anfragen reagiert haben. Manche Kantone besitzen gar keine Weisungen, wie etwa der Kanton Waadt, der ausrichten liess, dass die Auftragserteilung an die Polizei nach Verfahrenseröffnung im Ermessen des verfahrensleitenden Staatsanwaltes liege.

²⁷ Weisung STA BL, Ziff. 2.

Polizei jederzeit Weisungen und Aufträge zu erteilen. Wie diese im Einzelnen auszusehen haben, wird nicht geregelt.²⁸ Für den gleichen Weg haben sich auch die Kantone Appenzell-Innerrhoden und Thurgau entschieden: Nach der Regelung der allgemeinen Meldepflichten werden unter anderem die Grundsätze zur Rapportierung festgehalten. Zur Einvernahmekompetenz finden sich keine Bestimmungen, wobei dies zumindest im Kanton Appenzell-Innerrhoden auch mit der Grösse der örtlichen Staatsanwaltschaft und des Polizeikorps zu tun haben könnte.²⁹ Erwähnenswert ist dennoch, dass der Kanton Thurgau sich für sehr ausführliche Weisungen zur Zusammenarbeit mit der Polizei entschieden hat, leider aber darauf verzichtet, nähere Bestimmungen zum Inhalt eines delegierten Ermittlungsauftrages zu machen. Noch kürzer hat sich die Staatsanwaltschaft des Kantons St.Gallen gehalten. In der "Weisung zur Melde- und Rapportierungspflicht" wird lediglich festgehalten, dass schwerwiegende Ereignisse zu melden seien, die "keinen Zeitaufschub auf den nächsten Morgen dulden, weil die Staatsanwaltschaft ausrücken oder sofort verfügen" müsse.³⁰ Für die weitere Strafuntersuchung bestehen keine Vorschriften.

Einen etwas speziellen Platz nimmt die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt ein. Die Kriminalpolizei ist in diesem Kanton Teil der Staatsanwaltschaft, was auch Einfluss auf die Weisungen hat. Wenig überraschend beschränken sich diese dann auch auf die (wohl eher wenigen) Fälle der Zusammenarbeit mit der Kantonspolizei³¹ und können aus diesem Grund nur beschränkt zum Vergleich mit anderen Kantonen herangezogen werden.

2. Kanton Appenzell-Ausserrhoden

Die Weisungen des Kantons Appenzell-Ausserrhoden fallen im Vergleich mit anderen Kantonen deutlich pragmatischer aus. Es ist spürbar, dass der Kanton vor Inkrafttreten der StPO einen anderen Untersuchungsstil pflegte und die Polizei damals wohl eigenständiger ermitteln konnte. Entsprechend wenige Vorgaben werden den Staatsanwälten gemacht. Im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer Delegation von Einvernahmen wird etwa festgehalten, dass diese sich im Rahmen von ergänzenden Ermittlungen zu

²⁸ Weisung STA BE, Ziff. 3.

²⁹ Weisung STA AI, Ziff. 1 f.; Weisung STA TG, Ziff. A ff.

³⁰ Weisung STA SG, Bst. A.

³¹ Weisung STA BS, Ziff. 1 ff.

halten hätten, die Staatsanwaltschaft im Einzelfall aber darauf zu achten habe, ob sich eine Delegation eigne. Mögliche Kriterien seien etwa die rechtliche Komplexität oder der Umfang der bereits getätigten Ermittlungen.³² Einschränkungen, etwa für Schluss- oder Konfrontationseinvernahmen, werden keine gemacht. Zeugeneinvernahmen seien allerdings nur dann delegierfähig, wenn nicht zu erwarten sei, dass der Verlauf des Verfahrens entscheidend verändert werde, wenn kein persönlicher Eindruck gewonnen werden müsse und wenn keine komplexen Fragen geklärt werden müssten.³³ Mit Bezug auf die konkreten Aufträge halten die Weisungen fest, dass diese "präziser" ausformuliert werden müssten. Allerdings genüge es, wenn die Staatsanwaltschaft der Polizei in Form einer Generalklausel den Auftrag erteile, Erkenntnisse, die aus den Ermittlungsaufträgen gewonnen worden seien, für weitere Ermittlungen zu nutzen und diese sodann auch selbständig durchzuführen. Dabei sei aber der Informationsaustausch sicherzustellen.³⁴

3. Kanton Freiburg

Auffallend ist zunächst, dass der Kanton Freiburg darauf verzichtet hat, den Angehörigen des Polizeikorps die Kompetenz zur Einvernahme von Zeugen zu erteilen.³⁵ Eine solche Regelung schränkt die Möglichkeit der Delegation bereits empfindlich ein. Im Übrigen ist die Weisung der Staatsanwaltschaft Freiburg mehrheitlich allgemein gehalten. So werden im Wesentlichen die zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen aufgeführt, welche die Polizei im Falle einer delegierten Einvernahme zu beachten hat. Ferner wird am Rande erwähnt, dass es Aufgabe der Staatsanwaltschaft sei, in ihrem Auftrag klarzustellen, ob die einzuvernehmende Auskunftsperson zu ihren persönlichen Verhältnissen sowie ihrer Beziehung zu den Parteien befragt werden soll.³⁶ Weitere Vorgaben zur Form des Ermittlungsauftrages werden nicht gemacht.

4. Kanton Neuenburg

Eine der ausführlichsten Weisungen findet sich bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Neuenburg. Sie hält zunächst die Meldepflichten bei schwerwiegenden Ereignissen und die Befugnisse der Kantonspolizei fest und enthält weitergehende Ausführungen zur

³² Weisung STA AR (Nr. 2), Ziff. 5.

³³ Weisung STA AR (Nr. 3), Ziff. 4.

³⁴ Weisung STA AR (Nr. 3), Ziff. 3.

³⁵ Weisung STA FR, Ziff. 3.

³⁶ Weisung STA FR, Ziff. 5.

Rapportierung. Vorschriften zur Einvernahmebefugnis sowie zum Umfang von Ermittlungsaufträgen fehlen hingegen fast vollständig. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass die Staatsanwaltschaft bei einmal eröffneter Untersuchung klar umschriebene Aufträge ("des instructions claires et précises") zu erteilen habe und darüber entscheide, wer als Zeuge zu befragen sei.³⁷

5. Kanton Solothurn

Etwas weiter geht der Kanton Solothurn, zumindest in der Theorie. Neben der Festlegung von Straftaten, welche eine unverzügliche Meldung zur Folge haben, legt er auch Kriterien fest, welche bei der Auftragserteilung an die Polizei zu berücksichtigen seien. So habe der fallführende Staatsanwalt im Einzelfall darauf zu achten, ob sich der Fall für eine polizeiliche Einvernahme eigne. Mögliche Kriterien für den Verzicht auf eine polizeiliche Einvernahme seien das Amt der zu befragenden Person, die tatsächliche oder rechtliche Komplexität der zu klärenden Fragen, der Umfang der bereits getätigten Ermittlungen und damit die vertieften Fallkenntnisse der Staatsanwaltschaft.³⁸

6. Kanton Zug

Die Weisungen des Kantons Zug wiederholen zunächst, was die StPO vorgibt. So sind pauschale oder generelle Ermittlungsaufträge demgemäss nicht zulässig. Der Staatsanwalt habe gegenüber der Polizei den Umfang und Ziel der Ermittlungen klar zu umschreiben und vorzugeben, welche Handlungen vorzunehmen seien. Nur in dringenden Fällen könnten diese Aufträge vorgängig mündlich erteilt werden.³⁹ Zur Delegation von Einvernahmen halten die Zuger Behörden nur Allgemeines fest. Dies betrifft beispielsweise die Gültigkeit der Grundsätze der Parteirechte des Untersuchungsverfahrens. Hingegen bestehen keine Vorgaben über den Umfang einer Delegation. Vielmehr wird entsprechend den gesetzlichen Vorgaben darauf hingewiesen, dass delegierte Einvernahmen nur zu Lasten jener Person nicht verwertbar seien, welche keine Teilnahmemöglichkeit gehabt habe. Insgesamt entsteht der Eindruck, dass im Kanton Zug auch umfangreiche Delegationen von Einvernahmen als unproblematisch angesehen werden. Allerdings bestehen in diesem Kanton gemäss der vorliegenden Weisung offensichtlich

³⁷ Weisung NE, Ziff. 1 ff., 5.4.4., 6.2.1.

³⁸ Weisung OSTA SO, Ziff. IV.

³⁹ Weisung STA ZG, Ziff. 4.4.1.

faktische Grenzen: So sei es den Abteilungen ausserhalb der Kantonspolizei aus Kapazitätsgründen nicht möglich, delegierte Einvernahmen mit Wahrung der Teilnahmerechte parteiöffentlich durchzuführen.⁴⁰ Dies dürfte immerhin dazu führen, dass Staatsanwaltschaften nur nebensächliche Einvernahmen delegieren, solche aber, bei denen den Teilnahmerechten grosse Bedeutung zukommt, von Anfang an selber vornehmen.

B. Kantone mit spezifischen Weisungen zur Aufgabenabgrenzung und Auftragserteilung

1. Kanton Aargau

Die Weisung der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau hält zunächst die Grundsätze des Strafverfahrens und der Zusammenarbeit mit der Polizei fest. Unter dem Titel "Im Einzelfall an die Polizei delegierte Untersuchungshandlungen" wird auf den Grundsatz verwiesen, dass umso mehr Zurückhaltung bei der Delegation zu üben sei, je wichtiger und zentraler eine Untersuchungshandlung für das Vorverfahren sei. Insbesondere sei sicherzustellen, dass die von der Polizei durchgeführten Untersuchungshandlungen verwertbar seien, andernfalls sich eine Delegation nicht anbiete.⁴¹ Konkret wird dies in Ziff. 3.1.3. und 3.1.4. der Weisung: Hier werden spezifische Untersuchungshandlungen aufgeführt, die nicht delegiert werden sollen (erste wesentliche Einvernahmen bei schweren Straftaten, Schlusseinvernahmen, Zeugeneinvernahmen bei mehrere anwesenden Parteien sowie Einvernahmen mit der beschuldigten Person nach Einsprache) und solche, die delegierbar sind (Untersuchungshandlungen bei nicht schweren Straftaten, Einvernahmen von beschuldigten Personen bei einer Vielzahl von Delikten, Einvernahmen einer Mehrzahl von Personen zu vergleichbaren Handlungsweisen sowie das Vorzeigen und Vorspielen von Bild- und Tonaufnahmen).⁴² Betreffend Form des delegierten Ermittlungsauftrages wird festgehalten, dass dieser grundsätzlich schriftlich zu erfolgen und einen ausreichenden Grad an Bestimmtheit aufzuweisen hätte.⁴³ Bei Unstimmigkeiten werden die Beteiligten zur Regelung der Thematik auf Leitungsstufe angehalten.⁴⁴

⁴⁰ Weisung STA ZG, Ziff. 4.4.2.

⁴¹ Weisung OSTA AG, Ziff. 3.1.1.

⁴² Weisung OSTA AG, Ziff. 3.1.3. und 3.1.4.

⁴³ Weisung OSTA AG, Ziff. 3.2.

⁴⁴ Weisung OSTA AG, Ziff. 3.3.

Die Weisung der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau fällt damit umfassend aus und ist, gerade im Hinblick auf nachfolgende Ausführungen, als mustergültig zu bezeichnen. Allerdings zeigt die Erfahrung aus der Praxis, dass dieser Weisung im Tagesgeschäft kaum Nachachtung verschafft wird und insbesondere Konfrontations- und Zeugeneinvernahmen grosszügig, wenn nicht gar umfassend an die Polizei delegiert werden.

2. Kanton Graubünden

Auch die Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden sieht vor, dass Aufträge an die Kantonspolizei schriftlich zu ergehen hätten und sich nicht auf Generalaufträge wie "Durchführung der notwendigen Erhebungen" beschränken dürfe.⁴⁵ Die Delegation von Einvernahmen betreffend hält die interne Richtlinie fest, dass eine Anzahl von Einvernahmen von der Delegation ausgenommen seien. Dies umfasst insbesondere die erste wesentliche Einvernahme der beschuldigten Person bei schwerwiegenden Ereignissen, Einvernahmen mit Augenmerk auf den persönlichen Eindruck, Einvernahmen mit besonderer rechtlicher Komplexität sowie Konfrontations- und Schlusseinvernahmen.⁴⁶

3. Kanton Luzern

Die Weisung der Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern verweist in ihrem ersten Abschnitt darauf, dass Aufträge an die Polizei schriftlich zu ergehen und sich auf konkret umschriebene Abklärungen zu beziehen hätten. Generalaufträge seien unzulässig.⁴⁷ Unproblematisch wird die Delegation von Einvernahmen im Falle der Serieldelinquenz, bei gleicher Täterschaft und einer Vielzahl an Opfern sowie im Massengeschäft angesehen.⁴⁸ Unzulässig sei eine Delegation demgegenüber bei Konfrontations- oder Schlusseinvernahmen.⁴⁹ In einer weiteren Weisung betreffend die Durchführung von Einvernahmen wird diese Vorgabe konkretisiert: So gehöre es zu den wichtigsten Aufgaben der Staatsanwaltschaft, beschuldigte Personen einzuvernehmen. Insbesondere bei Konfrontationseinvernahmen, Schlusseinvernahmen sowie in den "nachfolgenden Fällen" könne auf eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme nicht verzichtet werden. Unter den "nachfolgenden Fällen" bestimmt die Weisung, dass eine Einvernahme der Staatsanwaltschaft

⁴⁵ Weisung STA GR, Ziff. 3.3. f.

⁴⁶ Weisung STA GR, Ziff. 4.

⁴⁷ Weisung STA LU (Nr. 6), Ziff. 1.

⁴⁸ Weisung STA LU (Nr. 6), Ziff. 3.

⁴⁹ Weisung STA LU (Nr. 6), Ziff. 4.

unter anderem dann angezeigt sei, sobald eine bestimmte Strafhöhe zur Diskussion stehe (etwa eine unbedingte Freiheitsstrafe ab 31 Tagen), eine Beurteilung des Gerichts anstehe oder eine Weisung ausgesprochen werde.⁵⁰

4. Kanton Obwalden

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Obwalden definiert zunächst den Begriff der "wesentlichen Einvernahme". Unter diesem Begriff wird die konkrete Befragung zum Tatvorwurf verstanden, welche in der Regel im Anschluss an die polizeiliche Befragung im Rahmen des Ermittlungsverfahrens stattfinden würden. Zu unterscheiden seien diese auch von den informellen Sachverhaltsabklärungen durch die Polizei.⁵¹ Mit Bezug auf die Möglichkeit der Delegation von Einvernahmen an die Polizei hält die Weisung fest, dass entsprechende Aufträge schriftlich zu ergehen hätten. Nicht als delegierfähig betrachtet werden die ersten wesentlichen Einvernahmen bei schweren Straftaten sowie Befragungen in Verfahren, in denen die Glaubhaftigkeit resp. Schuldfähigkeit der einzuvernehmenden Person zur Diskussion stehe, ferner Schluss- und Konfrontationseinvernahmen.⁵²

5. Kanton Schwyz

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Schwyz hält zunächst fest, dass "wesentliche Einvernahmen und wichtige Untersuchungshandlungen" nicht an die Polizei delegiert werden sollen⁵³, relativiert dies aber durch die Möglichkeit, dass "aus Effizienzgründen" Einvernahmen und andere Beweismassnahmen des Verfahrens delegiert werden können. Um Doppelspurigkeiten zu vermeiden sei jedoch sicherzustellen, dass die von der Polizei durchgeführten Einvernahmen direkt verwertbar seien.⁵⁴ Interessant sind sodann Ziff. 3 und 4 der zitierten Weisung: Hier wird verbindlich festgehalten, welche Einvernahmen delegiert werden können und welche nicht. Angezeigt sei eine Delegation etwa bei Seriendelinquenz oder beim sogenannten Massengeschäft. Keine Delegation habe zu erfol-

⁵⁰ Weisung STA LU (Nr. 14), Ziff. 2.

⁵¹ Weisung STA OW, Ziff. 1.

⁵² Weisung STA OW, Ziff. 7.2.0.

⁵³ Weisung OSTA SZ, Ziff. 2.1.

⁵⁴ Weisung OSTA SZ, Ziff. 2.2.

gen, wenn die Beweislage auf "Aussage gegen Aussage" beruhe, ferner bei Konfrontations- und Schlusseinvernahmen.⁵⁵

6. Kanton Schaffhausen

Die Weisung der Staatsanwaltschaft hält zunächst fest, dass Einvernahmen sowohl von beschuldigten Personen wie auch von Zeugen grundsätzlich von den Staatsanwälten durchzuführen seien.⁵⁶ Aufträge an die Polizei hätten sich auf konkret umschriebenen Aufträge zu beschränken, Generalaufträge seien unzulässig.⁵⁷ Mit Bezug auf die Delegation von Einvernahmen bestimmt die Weisung, dass die wichtigsten Einvernahmen entsprechend der gesetzlichen Bestimmungen der Staatsanwaltschaft vorbehalten seien. Unproblematisch sei die Delegation von Einvernahmen bei Serieldelinquenz, bei gleicher Täterschaft und einer Vielzahl an Opfern sowie im Massengeschäft. Demgegenüber dürften die ersten wesentlichen Einvernahmen bei schweren Straftaten sowie Schlusseinvernahmen nicht delegiert werden. Das gleiche gelte auch für den Fall, dass der persönliche Eindruck entscheidend sei.⁵⁸ Konfrontationseinvernahmen seien nur nach sorgfältiger Prüfung und nach Absprache mit der Polizei zu delegieren.⁵⁹

7. Kanton Zürich

Die ausführlichste Weisung ist, wenig überraschend, jene der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich. Zu den Aufträgen der Staatsanwaltschaft an die Polizei wird zunächst festgehalten, dass diese schriftlich zu ergehen, ferner die "wesentlichen abzuklärenden Fragen konkret zu umschreiben" hätten. Unzulässig dagegen seien Generalaufträge einzig mit dem Hinweis, die "notwendigen Erhebungen" durchzuführen.⁶⁰ Grundsätzlich als nicht delegationsfähig betrachtet werden "wichtige Einvernahmen". Darunter versteht die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich insbesondere "die erste wesentliche Einvernahme mit der beschuldigten Person" sowie Einvernahmen bei schweren Straftaten und schwerwiegenden Ereignissen.⁶¹ Ebenso wenig zulässig sei ferner die Delegation, wenn der persönliche Eindruck entscheidend sei oder die Einvernahme rechtliche

⁵⁵ Weisung OSTA SZ, Ziff. 3 und 4.

⁵⁶ Weisung STA SH, Ziff. 1.1.

⁵⁷ Weisung STA SH, Ziff. 2.

⁵⁸ Weisung STA SH, Ziff. 3.2.

⁵⁹ Weisung STA SH, Ziff. 3.4.

⁶⁰ Weisung OSTA ZH, Ziff. 12.7.2.

⁶¹ Weisung OSTA ZH, Ziff. 12.7.3.1.

Schwierigkeiten biete.⁶² Unproblematisch dagegen sei die Delegation, wenn es darum gehe, entweder eine Person zu einer Vielzahl von ähnlichen Sachverhalten oder eine Vielzahl von Personen zu vergleichbaren Handlungsweisen zu befragen.⁶³ Die Delegation von Konfrontationseinvernahmen hingegen sei nur nach sorgfältiger Prüfung und nach Absprache mit der Polizei sinnvoll.⁶⁴

C. Fazit

Die obigen Ausführungen über die Regelung in immerhin 18 Kantonen der Schweiz zeigt, dass sich viele Staatsanwaltschaften entschieden haben, sehr ausführliche Weisungen zu diesem Thema zu erlassen, manche davon sind konkreter, manche weniger. Den Formulierungen ist ferner zu entnehmen, dass sich einige Kantone von anderen haben "inspirieren" lassen. Auffallend dabei ist, dass die meisten Weisungen sehr vage gehalten werden und konkrete Definitionen oftmals fehlen. So führt einzig die Staatsanwaltschaft des Kantons Obwalden genauer aus, was unter "wesentlichen Einvernahmen" zu verstehen ist. Dies liegt sicherlich in erster Linie daran, dass kein Fall mit einem anderen verglichen werden kann und nicht alle Eventualitäten vorhersehbar sind. Trotzdem hat nicht einmal die Zürcher Staatsanwaltschaft vorgesehen, etwa Konfrontationseinvernahmen generell von einer Delegation auszunehmen. Konkreter sind die Kantone Aargau, Graubünden, Luzern, Obwalden und Schaffhausen, welche teilweise fast übereinstimmend festgehalten haben, welche Einvernahmen delegiert werden können und welche nicht. In der Praxis scheint dies aber nicht viel weiterzuhelfen, da die Weisungen den Staatsanwälten einen grossen Spielraum belassen. Auch wird die Problematik, welche in einer "Verpolizeilichung" des Untersuchungsverfahrens liegen könnte, nicht thematisiert. Hier sticht denn auch der Kanton Appenzell-Ausserrhoden als Negativ-Beispiel heraus, welcher der Polizei auch nach eröffneter Untersuchung, nach der hier vertretenen Meinung in gesetzeswidriger Art und Weise, eine weitergehende selbständige Ermittlungskompetenz zugesteht.⁶⁵ Eine Sensibilisierung der Staatsanwälte in diesem Bereich könnte allenfalls das Verständnis für solche Weisungen fördern. Entsprechend wird nachfolgend zunächst auf die Bedeutung der Verfahrensherrschaft eingegangen, um

⁶² Weisung OSTA ZH, Ziff. 12.7.3.3.

⁶³ Weisung OSTA ZH, Ziff. 12.7.3.2.

⁶⁴ Weisung OSTA ZH, Ziff. 12.7.3.4.

⁶⁵ Vgl. Weisung STA AR (Nr. 3), Ziff. 3.

anschliessend herauszuarbeiten, welche Beweiserhebungen gestützt auf diese Ergebnisse delegierfähig sind – und welche nicht.

III. Bedeutung der staatsanwaltschaftlichen Verfahrensherrschaft

Das Primat der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren ist eines der wesentlichen Prinzipien der Strafprozessordnung, das auch in der Gesetzgebungsphase immer wieder zur Sprache kam. Im Zusammenhang mit dem Umfang der polizeilichen Ermittlungstätigkeit wurden regelmässig rechtsstaatliche Bedenken geäussert, wobei gleichzeitig die faktischen Schranken bekannt waren. So war sich etwa die Expertenkommission des EJPD bewusst, dass es bereits aufgrund des vorhandenen Fachwissens eine Illusion wäre, die Polizei ausschliesslich als Organ zur Ausführung staatsanwaltschaftlicher Aufträge zu betrachten.⁶⁶ Nichtsdestotrotz war es unbestritten, dass die polizeiliche Phase in Grenzen zu halten ist. Dies aus gutem Grund, wie die nachfolgenden Ausführungen zur Bedeutung der staatsanwaltschaftlichen Verfahrensherrschaft aufzeigen werden.

A. Staatsanwaltschaft als Herrin des Verfahrens und als Aufsichtsbehörde der Polizei

Wie bereits dargelegt, ist die Staatsanwaltschaft nicht nur Herrin des Vorverfahrens, sondern auch Aufsichtsbehörde über die Polizei.⁶⁷ Ihr kommt die Gesamtverantwortung für das Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren zu, womit sie eine wichtige rechtsstaatliche Kontrolle wahrnimmt.⁶⁸ Das ist auch notwendig, wird doch das Ermittlungsverfahren ohne Verfügung der Staatsanwaltschaft formlos und faktisch durch die Vornahme von Ermittlungen der Polizei eingeleitet.⁶⁹ Die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft ist das Gegengewicht zum hierarchischen, (auch politisch) weisungsgebundenen Aufbau der Polizei, welcher hinter den staatsanwaltschaftlichen Weisungen zurückzustehen hat. Mancherorts wird diese Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft sogar als "unumgänglich" angesehen, um "bürgerliche Freiheiten zu sichern".⁷⁰ Der Hintergrund dieser Überlegung dürfte der Folgende sein: Die Staatsanwaltschaft wird gegenüber der Polizei als "institutionelle Sicherung" betrachtet, welche dafür zu sorgen hat, dass nicht einseitig das Aufklärungsinteresse verfolgt, sondern die gesetzlich vorge-

⁶⁶ Bericht Expertenkommission, 121.

⁶⁷ Vgl. vorne I.A.; dazu auch BLÄTTLER, Stellung der Polizei, 243; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 307, Rn. 4; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 229.

⁶⁸ BURGER-MITTNER/BURGER, 168; KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 5; USTER, 354 f.; vgl. auch ALBRECHT/CAPUS, 363; Gutachten Strafrechtskommission Deutschland, 189; BRUN, Verpolizeilichung, 93; LILIE, Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft, 639; RÜPING, 909.

⁶⁹ FABBRI, 169.

⁷⁰ RÜPING, 895.

schriebene Berücksichtigung des Entlastenden ernst genommen und die rechtlichen Schranken beachtet werden.⁷¹ Sie hat insbesondere dafür zu sorgen, dass dem Offizial- und Legalitätsprinzip Nachachtung verschafft werden.⁷² Die Staatsanwaltschaft verfügt denn auch im Vergleich zur Polizei über eine höhere demokratische Legitimation, zumal der einzelne Staatsanwalt – im Gegensatz zum "normalen" öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis des Polizeibeamten – in der Regel vom Parlament oder der Regierung gewählt wird.⁷³ Die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft sorgt mit anderen Worten auch dafür, dass die (ermittelnde) Tätigkeit der Polizei nicht in ungerechtfertigter Weise durch politische Einflüsse bestimmt wird. Durch ihre eigene Unabhängigkeit ist die Staatsanwaltschaft in der Position, ein notwendiges Gegengewicht zur Polizei als hierarchische und weisungsgebundene Verwaltungsbehörde zu bilden. Aus diesem Grund erstreckt sich denn die Rechtskontrolle durch die Staatsanwaltschaft auch ausdrücklich auf das polizeiliche Ermittlungsverfahren, auch wenn in diesem Stadium die staatsanwaltschaftliche Überprüfung schwierig ist, weil sie in vielen Fällen gar keine Kenntnis von den Verfahren hat.⁷⁴ Würde sich ihre Verantwortung aber nicht auch hierauf beziehen, so wäre ein wesentlicher, oft sehr präjudizieller Teil des Verfahrens, der auch die Staatsanwaltschaft wesentlich beeinflusst, einer rechtstaatlichen Kontrolle entzogen.⁷⁵ Die Aufsicht der Staatsanwaltschaft dient daher insbesondere auch einem Interessenausgleich zwischen dem sachlichen (Informations-)Vorsprung der Polizei und der rechtlichen Notwendigkeit einer Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft.⁷⁶

B. Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs

Die Staatsanwaltschaft ist nach Art. 16 StPO für die "gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs" verantwortlich. Diese Aufgabe wurde explizit der Staatsanwaltschaft übertragen und nicht etwa den "Strafverfolgungsbehörden" generell, was etwa

⁷¹ RÜPING, 910.

⁷² RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 285.

⁷³ BURGER-MITTNER/BURGER, 168.

⁷⁴ KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 15, Rn. 16; RÜEGGER, BSK-StPO, Art. 307, Rn. 9.

⁷⁵ RÜPING, 896, 902.

⁷⁶ LILIE, Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft, 641 f.

die Polizei mitumfasst hätte.⁷⁷ Die Staatsanwaltschaft ist damit in ihrer zentralen, leitenden Stellung für die Durchsetzung des Legalitätsprinzips verantwortlich. Sie hat insbesondere dafür zu sorgen, dass die Strafverfahren gegen alle Verdächtigen nach den gleichen Grundsätzen eingeleitet und durchgeführt werden.⁷⁸ Straftaten sollen nicht ungestraft bleiben und Verbrechen sollen sich nicht lohnen.⁷⁹ Zu denken ist hierbei insbesondere auch an ihren Auftritt in der Hauptverhandlung – eine Aufgabe, die an keine andere Behörde delegiert werden kann. Für sein Ziel, das gerechte Urteil⁸⁰, kann sich der Staatsanwalt aber nur einsetzen, wenn er die Akten kennt und die wichtigsten Beweise selber abgenommen hat. In seinem Auftritt vor Gericht verwirklicht sich deshalb auch seine persönliche und öffentlich werdende Verantwortlichkeit für die vorhergegangene Untersuchungsführung und damit die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs.⁸¹ Dafür hat er auch einer einseitigen Prozessführung des Beschuldigten und seiner Verteidigung entgegenzuwirken.⁸² Die Aufgabe des Staatsanwalts ist die Vertretung des Strafanspruchs des Staates, während der Richter den neutralen Standpunkt einzunehmen und die Beweise frei zu würdigen hat.⁸³ Schliesslich ist es auch der Richter, der darüber befindet, ob gegen einen Beschuldigten der von der Staatsanwaltschaft behauptete Strafanspruch besteht⁸⁴ – gestützt auf die Ausführungen des fallführenden Staatsanwalts an Schranken. Diese Aufgabe kann dieser aber nur dann wahrnehmen, wenn er seiner Führungsverantwortung auch nachkommt. Werden die meisten Verfahrensschritte an die Polizei delegiert und fehlt einem Staatsanwalt die Übersicht über seine Fälle, kann er seiner aus Art. 16 StPO resultierenden Aufgabe kaum Nachachtung verschaffen. Wichtig ist dies auch im Hinblick darauf, dass politisch gefärbte Einzelfallweisungen auf Ebene der

⁷⁷ Vgl. dazu OBERHOLZER, 33 f.

⁷⁸ KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 2; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 16, Rn. 2; Botschaft Strafprozessordnung, 1136; vgl. auch RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 285; RUCK-STUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 119.

⁷⁹ KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 10.

⁸⁰ GÖRCKE, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, 571, 577; vgl. auch KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), StPO Kommentar, Art. 56, Rn. 37; KÜFFER, BSK-StPO, Art. 104, Rn. 20.

⁸¹ KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 9.

⁸² KINTZI, Anwalt des Staates, 459.

⁸³ Vgl. BRANGSCH, Die Stellung des Staatsanwaltes, 59 f; EICHENBERGER, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit, 60; a.M. Kommission für die Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund, 361.

⁸⁴ BGE 112 Ia 142, E. 2b), vgl. auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, 99.

Staatsanwaltschaft ausgeschlossen sind.⁸⁵ Auch besitzt der einzelne Staatsanwalt eine höhere demokratische Legitimation als etwa ein Polizeibeamter, der in eine engmaschige Hierarchie eingliedert ist – eine Hierarchie, die auch politische Weisungen nicht ausschliesst. Es ist mit anderen Worten sachgerecht, die gleichmässige Durchsetzung des Legalitätsprinzips auf Ebene der Staatsanwaltschaft anzusiedeln. Andere Strafverfolgungsbehörden könnten dafür nicht in gleicher Art und Weise Gewähr bieten. Eine entsprechend höhere Verantwortung kommt damit aber dem fallführenden Staatsanwalt zu.

C. Komplexität des Verfahrens

Die Strafprozessordnung stellt hohe prozessuale Anforderungen an eine Strafuntersuchung – weit höhere, als es die meisten der alten kantonalen Prozessordnungen vor dem Übergang im Jahr 2011 kannten. Gerade die umfangreichen Regeln zur Beweiserhebung und zur Verwertbarkeit von Beweisen sind ohne juristische Grundausbildung kaum mehr zu bewältigen. Auch das Bundesgericht hat diesbezüglich sehr hohe Erwartungen an Staatsanwaltschaften und Gerichte.⁸⁶ Teilweise ist in diesem Zusammenhang sogar ein gewisses Misstrauen gegenüber der Polizei spürbar, wenn etwa von der Gefahr von (polizeilich) "präparierten Auskunftspersonen" gesprochen wird.⁸⁷ Entsprechend trägt der fallführende Staatsanwalt eine besondere Verantwortung für die gesetzesmässige Durchführung des Verfahrens, andernfalls er mit der Unverwertbarkeit einzelner erhobener Beweise rechnen muss. Dies kann er nur tun, wenn er seine Verfahrensherrschaft konsequent zur Durchsetzung bringt, denn nicht alle unverwertbaren Beweise lassen sich in der vom Gesetz vorgesehenen Form wiederholen. Zu beachten ist dabei auch, dass polizeiliche Sachbearbeiter kein juristisches Studium absolviert haben und mit komplexen strafprozessualen Fragen überfordert sein dürften. Es ist daher auch unter diesem Gesichtspunkt verfehlt, ganze Verfahrensblöcke ohne weitere Begleitung an die Polizei zu delegieren und damit faktisch die rechtliche Beurteilung einer Angelegenheit einem juristisch nicht geschulten Polizeifunktionär zu überlassen.⁸⁸ PIETH warnt denn in diesem Zusammenhang auch vor den "Gefahren einer zu grossen Selbständigkeit einer nicht-

⁸⁵ Vgl. BOMMER, Vereinheitlichung, 252 f.

⁸⁶ BOMMER/CAVEGN, Ausgewählte Fragen, 164.

⁸⁷ NOLL, Teilnahme an Einvernahmen, 84.

⁸⁸ DEL GIUDICE, 126.

juristisch ausgerichteten Behörde"⁸⁹. Erfahrungen aus der Praxis zeigen denn auch, dass Polizeibeamte zwar ausgezeichnete Ermittler sind, aber wenig Gespür für juristische Feinheiten haben. Dies kann bereits bei der Erkennbarkeit der Notwendigkeit einer Verteidigung der Fall sein, aber auch bei materiellrechtlichen Fragen. Polizeibeamte konzentrieren sich in der Regel ausschliesslich auf den objektiven Tatbestand und lassen Qualifikationen, Schuldfragen, Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen sowie den subjektiven Tatbestand ausser Acht.⁹⁰ Es ist auch nicht die Aufgabe der Polizei, zumal solche Fragen nur mit einem juristischen Studium richtig beurteilt werden können. Werden aber auch solche Bewertungen weitgehend der Polizei überlassen, kann dies zur Folge haben, dass die Bandenmässigkeit einer Raubreihe oder die komplexen Hintergründe einer Tat kaum untersucht werden – was an Schranken oft nicht wiedergutmacht werden kann.⁹¹ Solche und ähnliche Versäumnisse können aber dann weitgehend vermieden werden, wenn ein Staatsanwalt seiner Verantwortung nachkommt und die Verfahren eng begleitet und kontrolliert.

D. Entscheid über den Verfahrensabschluss

Der Staatsanwaltschaft hat nach der gesetzlichen Konzeption nicht nur die Leitung des Vorverfahrens wahrzunehmen, sondern auch der wichtige Entscheid über die Art des Verfahrensabschlusses zu fällen (Art. 16 Abs. 2 StPO).⁹² Dem Vorverfahren kommt damit eine entscheidende Bedeutung zu, weil hier die Weichen für das spätere Verfahren gestellt werden.⁹³ In der Praxis bedeutet dies sogar, dass die meisten Strafverfahren durch die Staatsanwaltschaft erledigt werden⁹⁴ und nur die wenigsten auf den Tisch eines Richters gelangen.⁹⁵ Umso wichtiger erscheint daher, dass der fallführende Staatsanwalt dieser Machtkonzentration zufolge die ihm in diesem Zusammenhang zukom-

⁸⁹ PIETH, 63.

⁹⁰ RÜPING, 904; vgl. auch DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 161; KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 15, Rn. 19.

⁹¹ Vgl. DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 163; OMLIN, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 14; PIETH, 15 f.

⁹² Vgl. dazu ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 538; DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 209; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 299, Rn. 23 sowie Art. 308, Rn. 2; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 284; RÜPING, 903; s. auch Botschaft Strafprozessordnung, 1258.

⁹³ DEL GIUDICE, 117.

⁹⁴ WOHLERS, Unmittelbarkeit, 446, spricht von 90% aller Fälle, die nicht den Weg ans Gericht finden; ebenso KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 8; OBERHOLZER, 34, hingegen gar von 98%, HANSJAKOB, 160, von 97%.

⁹⁵ ALBRECHT, 384; BRUN, Gefahr der Verpolizeilichung, 92.

mende Verantwortung auch wahrnimmt.⁹⁶ Denn nur, wer ein Verfahren selber von A bis Z geführt, den Beschuldigten angehört und die wichtigsten Zeugen selber befragt hat, kann ein objektives Urteil darüber bilden, wie mit dem Fall weiter zu verfahren ist.⁹⁷ Wird bereits der Erlass eines Strafbefehls einzig auf Grundlage der Polizeiakten und ohne vorgängige Anhörung durch den Staatsanwalt als "Quelle von Fehlurteilen" betrachtet⁹⁸, so muss dies erst recht für das gesamte Verfahren gelten. Das Auseinanderfallen der Kompetenz zur Einvernahme und der Verfahrensverantwortung kann sowohl zu Fehlentscheiden wie auch zu mangelhaften Einvernahmen führen.⁹⁹ Wer eine Person einvernimmt, nicht aber die volle Verantwortung für ein Verfahren trägt, führt die Befragung nicht mit der gleichen Gründlichkeit durch. Dies ist auch in der Praxis zu beobachten: Ein Straffall, der aufgrund der von der Polizei eingereichten Vorakten klar erscheint, muss oft nach der Einvernahme des Beschuldigten auf einmal ganz anders beurteilt werden. Entsprechend ist die Wahrnehmung der Verfahrensherrschaft durch die Staatsanwaltschaft auch als eines der im Strafprozess wichtigsten Rechte eines Beschuldigten zu bezeichnen.¹⁰⁰ Der Beschuldigte hat gestützt auf die StPO das Recht, dass Untersuchung und Anklage aus einer Hand kommen. Es hat mit anderen Worten jene Person seinen Fall zu bearbeiten, die schlussendlich auch über sein Schicksal entscheidet.¹⁰¹ Immerhin werden an dieser Stelle die Weichen über den weiteren Verlauf des Verfahrens gestellt. Der Staatsanwalt entscheidet, ob er einen Fall mit Strafbefehl erledigt oder einen Beschuldigten mit Anklageerhebung einer öffentlichen Gerichtsverhandlung aussetzt.¹⁰² Dies schliesst es nun gerade aus, dass der wesentliche Teil einer Untersuchung nicht durch den fallführenden Staatsanwalt, sondern etwa durch die Polizei bearbeitet wird. Nur ein Staatsanwalt, der die Verfahrensherrschaft wahrnimmt und entsprechend auch die wesentlichen Einvernahmen und Beweisabnahmen selber durchführt, kann und darf über den Abschluss eines Verfahrens entscheiden. Die persönliche Überprüfung des

⁹⁶ Botschaft Strafprozessordnung, 1107.

⁹⁷ ALBRECHT/CAPUS, 363; OMLIN, BSK-StPO, Art. 311, Rn. 6; USTER, 353; vgl. dazu auch HAUSER, Unmittelbarkeit, 172, der dasselbe für den erkennenden Richter fordert: "Der Richter kann sich zu diesen wichtigen Entscheidungen [Beurteilung der Fahrlässigkeit, Strafzumessung, etc.] nur eine sichere Meinung bilden, wenn er den Angeklagten kennt, ihn in Rede und Gegenrede gehört und gesehen hat."

⁹⁸ GILLIÉRON, 55, 114; HAGENSTEIN/ZURBRÜGG, 400; vgl. auch PIETH, 219.

⁹⁹ OMLIN, BSK-StPO, Art. 311, Rn. 10a.

¹⁰⁰ BURGER-MITTNER/BURGER, 168, 171.

¹⁰¹ Zum Verfahren aus einer Hand, vgl. z.B. PIETH, 64; USTER, 353.

¹⁰² Vgl. dazu auch LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 299, Rn. 25; OMLIN, BSK-StPO, Art. 308, Rn. 10; PIETH, 190.

Sachverhalts hat zur Folge, dass sich zahlreiche Fehler wie ungerechtfertigte Anklagen, voreilige Einstellungen und juristisch falsche Beurteilungen vermeiden lassen.¹⁰³ Tut er dies nicht, so setzt der Staatsanwalt die polizeiliche Beurteilung eines Sachverhalts an die Stelle seines eigenen pflichtgemässen Ermessens. Dies kann letzten Endes zu einer Ermessensunterschreitung und damit zu einer willkürlichen Rechtsanwendung führen, auch wenn dies im Rahmen eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens keine eigenständige Bedeutung hat. Nichtsdestotrotz ist festzuhalten, dass einem Beschuldigten ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf willkürfreies staatliches Handeln zusteht.¹⁰⁴ Diesem Anspruch kann nur dann Nachachtung verschafft werden, wenn ein Staatsanwalt den Entscheid über einen Verfahrensabschluss gestützt auf die eigene Untersuchungsführung trifft.

E. Entscheid über Anklageerhebung

Die Anklageerhebung gehört – neben der Voruntersuchung – zu den wichtigsten Aufgaben der Staatsanwaltschaft (vgl. Art. 16 Abs. 2 StPO). In diesem Bereich kommt ihr denn auch eine besondere Verantwortung zu, denn sie gibt den Gerichten erst den Anstoss, damit diese überhaupt ein Urteil fällen können.¹⁰⁵ Der Richterspruch ist mit anderen Worten durch die Handlungs- und Arbeitsweise der Staatsanwaltschaft bedingt.¹⁰⁶ Ohne Anklage kann und darf ein Gericht kein Recht sprechen.¹⁰⁷ Es ist daher unabdingbar, dass eine Behörde über die Überweisung eines Straffalles an ein Gericht entscheidet, die Garantie dafür bietet, dass jene Straftaten zur Anklage gebracht werden, die es nach dem Legalitätsprinzip auch bedürfen, und nicht nach sachfremden oder gar politischen Gesichtspunkten ausgewählte Verfahren. Dies bedingt eine gewisse Unabhängigkeit in der Anklageerhebung. Wie nachfolgend aufgezeigt wird¹⁰⁸, kommt der Polizei bereits eine gewisse Machtposition zu, indem sie faktisch entscheidet, welche Fälle verfolgt werden und welche nicht. Die Staatsanwaltschaft hat mangels effektiver Kontroll-

¹⁰³ Vgl. GILLIÉRON, 126; siehe dazu auch BURGER-MITTNER/BURGER, 168.

¹⁰⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rn. 804 ff.

¹⁰⁵ ARNDT, Umstrittene Staatsanwaltschaft, 1617; FISCHLSCHWEIGER, Die Staatsanwaltschaft im österreichischen Verfassungssystem, 758 f.; PIQUEREZ/MALACUSO, Rn. 530; ULRICH, Objektive Behörde, 369; WAGNER, Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte, 9.

¹⁰⁶ Kommission für die Angelegenheiten der Staatsanwälte im Deutschen Richterbund, 360; vgl. auch KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, 58.

¹⁰⁷ KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, 58.

¹⁰⁸ Siehe hinten IV.B.

möglichkeiten wenig Einfluss auf diesen Bereich, der oft auf Vorermittlungen basiert, welche sich auf das jeweilige kantonale Polizeigesetz stützen. Zuzufolge der mangelnden Unabhängigkeit der Polizeibehörde und der ausgeprägten Hierarchie können diese Entschiede durchaus auch politisch gefärbt sein, indem sie sich etwa auf eine regierungsrätliche Schwerpunktsetzung stützen. Umso wichtiger ist daher, dass die Staatsanwaltschaft gerade in jenen Fällen, bei denen eine Anklage zur Diskussion steht, ihre Verfahrensherrschaft unbedingt ausübt. Denn nur die Staatsanwaltschaft ist unabhängig genug, um den Entscheid über eine Anklage fällen zu können. Auf keinen Fall darf dieser wichtige Schritt faktisch der Polizei zukommen, was gerade dann der Fall wäre, wenn ganze Verfahrensteile delegiert würden und die Staatsanwaltschaft sich keinen unmittelbaren Eindruck von den Beweisergebnissen verschaffen würde. Ein Beschuldigter hat zum einen das Recht, dass nur ein Staatsanwalt den Entscheid über seine Anklage trifft, der auch die Umstände in seinem konkreten, individuellen Fall kennt und die wesentlichen Belastungszeugen selber gesehen und die wichtigsten Beweise selber abgenommen hat.¹⁰⁹ Zum anderen ist er aber auch vor unnötigen Anklageerhebungen zu schützen. Würden die Einvernahmen von Beschuldigten, Zeugen und Auskunftspersonen durch Polizeibeamte vorgenommen, welche weder die Verantwortung für die Untersuchung tragen noch den Fall persönlich öffentlich zu vertreten hätten, fiel ein dafür wichtiges Korrektiv weg.¹¹⁰

F. Beschränkte Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung

Mit der eidgenössischen Strafprozessordnung wurde die beschränkte Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung gesamtschweizerisch verankert. Im Gegensatz zur reinen Mittelbarkeit, bei der das erkennende Gericht nur auf das Vorverfahren abstellt und keinerlei Beweise selber abnimmt, besteht in diesem System die Möglichkeit, ausnahmsweise jene Beweise (nochmals) selber zu erheben, die im Vorverfahren nicht oder nicht richtig abgenommen wurden und die für den Schuld- oder Sanktionspunkt von erheblicher Bedeutung sind oder bei denen es für die richterliche Überzeugungsbildung auf den persönli-

¹⁰⁹ BURGER-MITTNER/BURGER, 168.

¹¹⁰ ALBRECHT/CAPUS, 365.

chen Eindruck ankommt.¹¹¹ In der Literatur wird daher auch von der "fakultativen Unmittelbarkeit" gesprochen.¹¹² Für viele Kantone bedeutete dies eine Abwertung des Hauptverfahrens zu Gunsten des Vorverfahrens.¹¹³ Dies betraf etwa den Kanton Bern oder auch den Kanton Aargau, wo die Polizei in der Zeit vor der eidgenössischen Strafprozessordnung traditionell eine starke Stellung genoss. Im Kanton Aargau war dies insbesondere auf den Umstand zurückzuführen, dass das frühere kantonale Strafprozessrecht keine obligatorische Untersuchung vorgesehen hatte.¹¹⁴ Dies führte dazu, dass ein Strafverfahren faktisch nur aus den polizeilichen Ermittlungen bestand und die Arbeit des Untersuchungsrichters sich in der Regel auf das Verfügen von Zwangsmassnahmen und, wenn notwendig, auf eine kurze Hafteröffnungseinvernahme beschränkte. Mit der schweizerischen Strafprozessordnung änderte sich dies weitgehend. Die beschränkte Unmittelbarkeit hat zur Folge, dass das Gericht sich in seiner Urteilsfindung praktisch vollständig auf die im Vorverfahren erhobenen Beweise abstützt.¹¹⁵ Dies bedeutet, dass die Akten grundsätzlich "spruchreif" überwiesen werden müssen¹¹⁶ und sich "der Vorgang der Rechtsfindung" aus einem der Öffentlichkeit zugänglichen Bereich in die (ausschliesslich parteiöffentliche) Voruntersuchung verschiebt.¹¹⁷ Alle Tat- und Rechtsfragen werden in der Untersuchung geklärt, womit den Akten eine entscheidende Bedeutung zukommt.¹¹⁸ Im Gegensatz dazu geht etwa der angelsächsische Strafprozess davon aus, dass im Rahmen der Hauptverhandlung – ein strikter Parteienprozess – über das Schicksal des Beschuldigten entschieden wird.¹¹⁹ Dabei bringt jede Partei ihre Beweismittel vor und hat Gelegenheit, die gegnerischen Zeugen ins Kreuzverhör zu nehmen.¹²⁰

¹¹¹ FABRI, 175; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, 313 f.; PIETH, Strafprozessreform, 625; vgl. auch GUT/FINGERHUTH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 343, Rn. 3; HAUSER/VENETZ, BSK-StPO, Art. 343, Rn. 12.

¹¹² PIETH, 46; WOHLERS, Unmittelbarkeit, 425.

¹¹³ BOMMER, Vereinheitlichung, 259.

¹¹⁴ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, 389.

¹¹⁵ DEL GIUDICE, 117; LEUPOLD, 255; KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 6; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 2511; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 343, Rn. 1 f.; vgl. auch KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, 58 f.; KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 6; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 152.

¹¹⁶ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 343, Rn. 2; vgl. auch ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 565; ALBRECHT/CAPUS, 365; GUT/FINGERHUTH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 343, Rn. 9 f.; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 308, Rn. 7; Begleitbericht Vorentwurf, 201.

¹¹⁷ ALBRECHT, 384; vgl. auch CAMENZIND/IMKAMP, Delegation, 203 f.

¹¹⁸ OBERHOLZER, 469; vgl. auch Bericht Expertenkommission, 133.

¹¹⁹ BOMMER, Parteirechte, 196.

¹²⁰ ELLIOT/QUINN, English Legal System, 246; Gutachten Strafrechtskommission Deutschland, 62.

Sämtliche Beweise werden an Schranken des Gerichts abgenommen. Im Vergleich dazu liegen die Zuständigkeit und damit auch die Hauptverantwortung für die Beweiserhebung nach schweizerischer Strafprozessordnung bei der Staatsanwaltschaft.¹²¹ Die in der Voruntersuchung durch die Staatsanwaltschaft erhobenen Beweise ersetzen folglich die Beweiserhebung vor Gericht. Die beschränkte Unmittelbarkeit kann daher wohl zu Recht als "Entwertung der Justiz als dritte Gewalt" bezeichnet werden.¹²² Zwar besteht nach Art. 343 Abs. 3 StPO die Möglichkeit, dass gewisse Beweise nochmals abgenommen werden ("sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfindung notwendig erscheint"), doch zeigte sich bereits vor Inkrafttreten der Strafprozessordnung, dass in Kantonen, welche dieses System der (beschränkten) Mittelbarkeit schon kannten, Beweisverhandlungen eher selten sind.¹²³ Dies hat sich auch mit der Strafprozessordnung nicht grundlegend geändert.

Entsprechend ist die Staatsanwaltschaft die einzige Behörde, welche einen unmittelbaren Eindruck von den Beweismitteln erhalten hat – weil sie diese, so die gesetzliche Vorschrift, selber abgenommen hat. Das erkennende Gericht kennt in der Regel einzig die Akten resp. die Protokolle der relevanten Einvernahmen.¹²⁴ Es muss sich daher in einem gewissen Ausmass auf die Untersuchung der Staatsanwaltschaft verlassen (wobei natürlich die Verteidigungsrechte ebenfalls ein Korrektiv darstellen). Bereits der erwähnte Umstand der "stellvertretenden Beweiserhebung" bedingt daher, dass diese Aufgabe durch eine Behörde wahrgenommen werden, welche Gewähr für eine rechtsstaatlich korrekte Ausführung bietet. Wenn in der Praxis die beschränkte Unmittelbarkeit mit Hinweis auf die gegenüber der Staatsanwaltschaft höhere demokratische Legitimation der Richter kritisiert wird¹²⁵, so gilt das auch im Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei. Nur die Staatsanwaltschaft verfügt über die notwendige Unabhängigkeit, um die Beweise anstelle der Gerichte frei von politischen Einflüssen wahrnehmen zu können. Gerade dies scheint unverzichtbar vor dem Hintergrund, dass die im Vorverfahren

¹²¹ DONATSCH/CAVEGN, Ausgewählte Fragen, 160.

¹²² ALBRECHT, 384.

¹²³ HAUSER, Unmittelbarkeit, 169. Jüngst scheint sich das Bundesgericht allerdings für eine weitergehendere Unmittelbarkeit auszusprechen: So hielt es fest, dass eine persönliche Anhörung eines Belastungszeugen durch das erstinstanzliche Gericht dann geboten sei, wenn dessen Aussage das einzige Beweismittel darstelle (BGer. vom 1. Juni 2015, 6B_1251/2014, E. 1.4.). Vgl. dazu auch hinten VI.E.

¹²⁴ Vgl. HAUSER, Unmittelbarkeit, 169; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 151; WOHLERS, Unmittelbarkeit, 425.

¹²⁵ ALBRECHT, 384.

durchgeführte Zeugeneinvernahme jene an den Schranken des Gerichtes ersetzt. Würdigt ein Staatsanwalt die Beweislage jedoch lediglich anhand der von Polizeibeamten erstellten Protokolle und fällt er gestützt darauf seine Entscheide, werden die Zielvorstellungen der beschränkten Unmittelbarkeit verfehlt.¹²⁶

Hinzu kommt, dass der erkennende Richter, welcher die Beweise nicht selber abgenommen hat, aufgrund seiner Aktenkenntnis vorwiegend die Optik der Strafverfolgungsbehörde einnehmen dürfte.¹²⁷ Er gewinnt keinen unmittelbaren Eindruck der erhobenen Beweise und hat daher weniger Möglichkeiten, die Beweiskraft der einzelnen Beweismittel zu würdigen.¹²⁸ Dass ein Polizeibeamter bereits aufgrund seiner fehlenden juristischen Ausbildung, aber auch aufgrund seines unterschiedlichen Aufgabenbereichs einen anderen Fokus hat, wurde bereits dargelegt.¹²⁹ Sein Interesse gilt dem objektiven Straftatbestand, subjektive Umstände oder Strafzumessungsfaktoren sind für ihn zweitrangig. Sind die Akten also durch die (delegierten) polizeilichen Ermittlungen geprägt, könnte auch der Blickwinkel der Richter beeinflusst werden. Die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft ist daher auch das notwendige Gegenstück zur (nur) beschränkten Unmittelbarkeit.¹³⁰ Wenigstens die Staatsanwälte sollten die im Prozess vorgetragenen Beweise unmittelbar aus eigener Wahrnehmung zur Kenntnis genommen haben, denn es gilt auch: Je weniger "Beweismittler", desto besser das Beweisergebnis.¹³¹

G. Aufgabe der Rechtsfortbildung

Eine besonders wichtige Aufgabe der Staatsanwaltschaft besteht schliesslich in der Rechtsfortbildung. Das Bundesgericht verlangt weder von seinen vorgelagerten Gerichten noch von den anklagenden Staatsanwaltschaften Gehorsam gegenüber seiner Rechtsprechung.¹³² Weicht ein kantonales Gericht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab, so erblickt das Bundesgericht darin keine Willkür, sondern prüft den Entscheid umfassend. Dabei kann es sich bei einer überzeugenden Argumentation auch zu

¹²⁶ ALBRECHT/CAPUS, 366.

¹²⁷ WOHLERS, Unmittelbarkeit, 439; vgl. auch HAUSER, Unmittelbarkeit, 172.

¹²⁸ LEUPOLD, 255.

¹²⁹ Vgl. vorne III.C.

¹³⁰ BURGER-MITTNER/BURGER, 168.

¹³¹ ALBRECHT/CAPUS, 366, m. w. H.

¹³² In BGE 112 II 318, E. 1a, hielt das Bundesgericht Folgendes fest: „Die kantonalen Gerichte haben die ihnen unterbreiteten Rechtsfragen ungeachtet des Standpunktes des Bundesgerichtes grundsätzlich frei zu prüfen.“

einer Praxisänderung veranlasst sehen.¹³³ Eine gewichtige Rolle kommt daher auch der Staatsanwaltschaft zu: Mit der Anklage teilt sie dem zuständigen Gericht die nach ihrer Ansicht nach anwendbaren gesetzlichen Tatbestände mit, welche im Rahmen ihres Plädoyers anlässlich der Hauptverhandlung begründet werden. In vielen Fällen gibt die Staatsanwaltschaft den Anstoss zu einer anderen rechtlichen Betrachtungsweise eines strafbaren Verhaltens. Das gelingt ihr aber nur dann, wenn sie das betreffende Verfahren von Anfang an begleitet und rechtlich gewürdigt hat. Gibt sie die Leitung des Straffalles faktisch aus der Hand, wird es ihr mangels Fallkenntnis nicht auffallen, dass eine andere rechtliche Betrachtungsweise möglich wäre. Polizeibeamte, die nicht auf juristische Feinheiten achten – und auch nicht dafür ausgebildet sind – werden ebenfalls nicht auf eine solche Idee kommen.

H. Fazit

Die vorangehenden Ausführungen zeigen deutlich die Bedeutung der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft auf. Nach dem Gesagten muss auch klar sein, dass die Wahrnehmung derselben durch die Verfahrensleitung ein wesentliches Recht des Beschuldigten ist¹³⁴, auf dessen Einhaltung zwingend Rücksicht genommen werden muss. Das Recht auf einen Staatsanwalt, der die Verfahrensleitung nie aus der Hand gibt und die wichtigsten Beweise selbst abgenommen hat, ist daher insbesondere auch als Teil des "fair trial", des fairen Verfahrens, zu behandeln.

Nachdem dies erstellt ist, folgt gezwungenermassen die Frage nach dem Umfang einer Delegation von Ermittlungen an die Polizei. Mit nachfolgenden Ausführungen wird daher versucht, einen Ausgleich zwischen der zwingend notwendigen Wahrung der Verfahrensherrschaft durch die Staatsanwaltschaft mit der gesetzlich vorgesehen Möglichkeit der Delegation von Verfahrenshandlungen an die Polizei zu finden.

I. Exkurs: Im Zweifel für die Eröffnung

Die Ausführungen des vorliegenden Teils dieser Arbeit haben auch Einfluss auf den Zeitpunkt der Eröffnung eines Strafverfahrens. In der Praxis kann oft beobachtet werden, dass der Zeitpunkt der Eröffnung hinausgeschoben wird, sei dies, um Teilnahme-

¹³³ HASENBÖHLER, Richter und Gesetzgeber in der Schweiz, 111 f.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/ RUMO-JUNGO, 49 f.

¹³⁴ BURGER-MITTNER/BURGER, 168, 171.

rechte zu umgehen, aber auch, um die Leitung eines Verfahrens vorläufig der Polizei überlassen zu können. In der Literatur wird dieses Thema unterschiedlich behandelt. So vertritt SCHMID etwa ohne weitere Begründung die Ansicht, dass Zwangsmassnahmen – m.E. entgegen dem klaren gesetzlichen Wortlaut – bereits vor der Eröffnung angeordnet werden können.¹³⁵ Andere stellen sich auf den Standpunkt, dass zu eröffnen sei, wenn einer der im Gesetz genannten Voraussetzungen gegeben sei.¹³⁶ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI sehen eine Pflicht der Staatsanwaltschaft, im Zweifel eine Strafuntersuchung zu eröffnen¹³⁷ – welche Anhaltspunkte dafür den Ausschlag geben können, wird jedoch nicht ausgeführt – während die Eröffnungsvoraussetzungen laut OMLIN "zwingender und alternativer Natur"¹³⁸ seien, also keinen Spielraum für Auslegungen lassen, insbesondere dann nicht, wenn Zwangsmassnahmen angeordnet worden sind.¹³⁹ Dabei hat laut PIETH, auf den sich auch der Basler Kommentar beruft, ein Anfangsverdacht für eine Eröffnung auszureichen¹⁴⁰, wobei "mangels gesicherter Fakten"¹⁴¹ gleichzeitig auf den Ermessensspielraum in der Rechtsanwendung hingewiesen wird. Auf der anderen Seite wird umgekehrt sogar auf die Möglichkeit verwiesen, die "formelle Eröffnung einer Untersuchung hinauszuschieben"¹⁴². Gemeinsam haben die zitierten Literaturstellen, dass griffige Kriterien, welche den Zeitpunkt der Eröffnung für die Praxis abschliessend definieren würden, fehlen.¹⁴³ Soll dem Primat der Staatsanwaltschaft aber tatsächlich Nachachtung verschafft werden können, wie es das Gesetz der hier vertretenen Meinung nach gebietet, hat dies zur Folge, dass auch der Spielraum für die Eröffnung eines Strafverfahrens stark eingeschränkt ist. Der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft kommt eine so hohe Bedeutung zu, dass im Zweifel immer eine Untersuchung zu eröffnen ist, insbesondere aber dann, wenn die Staatsanwaltschaft Zwangsmassnahmen anordnet (Art. 309 Abs. 2 lit. b StPO) oder von der Polizei über eine schwere Straftat informiert wird (Art.

¹³⁵ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 309, Rn. 5.

¹³⁶ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 300, Rn. 3 sowie Art. 309, Rn. 7, 10a ff., 24ff.; HÜRLIMANN, Eröffnung einer Strafuntersuchung, 63; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 943; OMLIN, BSK-StPO, Art. 309, Rn. 6.

¹³⁷ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 2309.

¹³⁸ OMLIN, BSK-StPO, Art. 309, Rn. 21.

¹³⁹ OMLIN, BSK-StPO, Art. 309, Rn. 235; a.M. HÜRLIMANN, Eröffnung einer Strafuntersuchung, 249.

¹⁴⁰ PIETH, 65, 169; vgl. auch LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 309, Rn. 10a, OMLIN, BSK-StPO, Art. 309, Rn. 26.

¹⁴¹ OMLIN, BSK-StPO, Art. 309, Rn. 31.

¹⁴² RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 2314; vgl. SCHMID, Praxiskommentar, Art. 309, Rn. 8.

¹⁴³ Die Herausarbeitung solcher Kriterien würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und wäre für sich eine Abhandlung wert, weswegen diese Frage nur am Rande behandelt werden kann.

309 Abs. 2 lit. c StPO). Für die nachfolgenden Ausführungen wird daher von einem materiellen Eröffnungsbegriff ausgegangen. Ein Untersuchungsverfahren wird stets dann eröffnet, wenn eine der in Art. 309 Abs. 1 StPO festgehaltenen Voraussetzungen erfüllt ist. Diese Kriterien sind grosszügig zu Gunsten der Eröffnung einer Untersuchung ("in dubio pro duriore"¹⁴⁴) anzuwenden.

¹⁴⁴ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 2309; vgl. auch LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 309, Rn. 40; OMLIN, BSK-StPO, Art. 309, Rn. 26.

IV. Stellung und Aufgaben von Staatsanwaltschaft und Polizei

Polizei und Staatsanwaltschaft nehmen nicht nur unterschiedliche Aufgaben wahr, sondern unterscheiden sich auch in ihrer Stellung. Während die Polizei traditionell über einen streng hierarchischen Aufbau verfügt, geniesst die Staatsanwaltschaft in der Regel, je nach durch die kantonale Gesetzgebung gewähltem Modell, eine mehr oder weniger weitgehende Unabhängigkeit. Ebenso garantiert Art. 4 StPO der Staatsanwaltschaft eine Unabhängigkeit "in der Rechtsanwendung". Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, ist dies bis zu einem gewissen Grad auch geboten. In einem ersten Schritt werden daher unter diesem Abschnitt grundsätzliche Überlegungen zur Stellung von Staatsanwaltschaft und Polizei gemacht, um alsdann in einem zweiten Schritt die tatsächliche staatsrechtliche Einordnung der beiden Behörden zu prüfen. In einem letzten Punkt werden schliesslich die konkreten Aufgaben von Polizei und Staatsanwaltschaft dargestellt.

A. Stellung der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft befindet sich in einer besonderen Position. In der Untersuchung hat sie ihre Rolle mit der grösstmöglichen Objektivität auszuüben und nimmt vor allem im Strafbefehlswesen, aber auch im Falle von Einstellungen faktisch die Position eines Richters ein.¹⁴⁵ In den meisten Strafverfahren entscheidet die Staatsanwaltschaft eigenständig über die Art der Erledigung des Verfahrens, sei dies eine Einstellung, ein Strafbefehl oder die Anklageerhebung. Weil nur in den wenigsten Fällen ein Rechtsmittel eingelegt wird, tut sie das oft auch endgültig. Auf der anderen Seite wird sie nach Anklageerhebung zur Partei im Hauptverfahren und vollzieht damit einen einschneidenden Rollenwechsel. Die Staatsanwaltschaft ist mit anderen Worten von ihren Hauptfunktionen her betrachtet zugleich Untersuchungs-, Anklage- und Strafbefehlsbehörde.¹⁴⁶ Dies sagt aber noch nichts über ihre staatsrechtliche Stellung aus, zumal noch immer weitgehend umstritten ist, ob die Staatsanwaltschaft als Teil der Exekutive oder der Ju-

¹⁴⁵ Vgl. BOMMER, Vereinheitlichung, 238 f. Auch wenn es sich im Fall des Strafbefehls nur um einen Urteilsvorschlag handelt, wird der grösste Teil aller bei den Staatsanwaltschaften hängigen Verfahren rechtskräftig mit einem Strafbefehl – oder einer Einstellung – erledigt. Dies führt dazu, dass die wenigsten Verfahren überhaupt je den Weg in den Saal eines erstinstanzlichen Gerichts finden. Im Kanton St.Gallen etwa betrifft dies rund 97 % der Verfahren. Nur 1% der Strafanzeigen führen zu einer gerichtlichen Verhandlung. Vgl. HANSJAKOB, 160.

¹⁴⁶ SCHWEIZER, Aufsicht, 1378.

dikative zu betrachten ist.¹⁴⁷ Einige Vertreter der Lehre wählten einen Kompromiss und bezeichneten sie als "Behörde sui generis", als zwischen den Gewalten stehende Institution, die sich aufgrund ihrer Tätigkeit nicht eindeutig zuordnen lasse.¹⁴⁸

1. Stellung der Staatsanwaltschaft im Gewaltengefüge

Mit der Inkraftsetzung der schweizerischen Strafprozessordnung hat sich diesbezüglich keine Vereinfachung ergeben, wurde doch die Organisation der Strafbehörden weitgehend den Kantonen überlassen (vgl. Art. 14 StPO). Nichtsdestotrotz haben sich insgesamt 17 Kantone für eine (mehr oder weniger weitgehende) Aufsicht durch die Regierung entschieden¹⁴⁹, womit die Staatsanwaltschaft faktisch als ein Teil der Exekutive zu betrachten ist. Dies ist nach der hier vertretenen Meinung auch staatsrechtlich gesehen richtig. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine Behörde dann als Gericht im Sinne der Bundesverfassung, wenn sie "die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen Verfahren begründet und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft"¹⁵⁰. Bereits diese Voraussetzung erfüllt die Staatsanwaltschaft nicht: Erledigungsverfügungen der Staatsanwaltschaft sind im Vorhinein nicht mit richterlichen Urteilen zu vergleichen. Der Staatsanwalt kann ein einmal eingestelltes Verfahren jederzeit wieder aufnehmen, bei einem richterlichen Erkenntnispruch ist dies nur unter erschwerten Bedingungen möglich.¹⁵¹ Aus diesem Grund ist die rechtskräftige Einstellung nicht mit einem richterlichen Freispruch gleichzusetzen¹⁵² und es kommt ihr nur eine beschränkte Rechtskraft zu.¹⁵³ Ähnliches gilt auch für den Strafbefehl, der ebenfalls nicht als erstinstanzliches Urteil zu betrachten ist¹⁵⁴, sondern vielmehr als Offerte eines Dispositivs.¹⁵⁵ Auch das

¹⁴⁷ Vgl. z.B. SCHWEIZER, Aufsicht, 1378.

¹⁴⁸ DRIENDL/MARTY, 348; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 319; LIENHARD/KETTIGER, Organisatorische Einordnung, Rn. 6; RIEDER, Untersuchungsverfahren, 65; TÖNDURY, 46 f.

¹⁴⁹ Z.B. die Kantone Aargau, Glarus, St.Gallen, Zürich. Vgl. dazu die Tabelle in SCHWEIZER, Aufsicht, 1378.

¹⁵⁰ Vgl. in BGE 126 I 228: "Der Strafbescheid hat die Bedeutung eines Urteilsvorschlages". Vgl. dazu auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rn. 850a f.; STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 30 BV, Rn. 6; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 40, Rn. 3.

¹⁵¹ BURGER-MITTNER, Bundesanwaltschaft, 88.

¹⁵² SCHMID, Praxiskommentar, Art. 323, Rn. 1; SOLLBERGER, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, 311, 313; vgl. auch RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 2393 ff.

¹⁵³ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, 403; LANDSHUT, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), StPO Kommentar, Art. 323, Rn. 2; MÜNSTERMANN, Bindung des Staatsanwaltes, 74 f.; SCHMID, Handbuch StPO, Rn. 1263; Botschaft Strafprozessordnung, 1274.

¹⁵⁴ FALKNER, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, 347 ff.

Bundesgericht hat dies vor einiger Zeit ausdrücklich festgehalten, indem es den Strafbefehl in einem Entscheid als "proposition de jugement" bezeichnete.¹⁵⁶ In diesen Zusammenhang ist wesentlich, dass es dem Beschuldigten freisteht, innert Frist Einsprache zu erheben und ein ordentliches Verfahren zu verlangen.¹⁵⁷ Aus diesem Grund kann ein Strafbefehl auch erlassen werden, bevor überhaupt eine Untersuchung eröffnet bzw. zu Ende geführt worden ist.¹⁵⁸ Der Staatsanwaltschaft steht es denn auch frei, nach einer erfolgten Einsprache am Strafbefehl festzuhalten, das Verfahren einzustellen, Anklage zu erheben oder einen neuen Strafbefehl zu erlassen (Art. 359 Abs. 3 StPO). Dieser Mangel an Verbindlichkeit führt zum Schluss, dass auch der Erlass eines Strafbefehls als Verwaltungstätigkeit einzustufen ist.¹⁵⁹ Keine Schwierigkeiten bereitet schliesslich die Einordnung der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit im Zusammenhang mit ihren Aufgaben als Untersuchungsbehörde. Hier handelt es sich grösstenteils um vollziehende Aufgaben, in deren Ausübung die Staatsanwaltschaft auf die Verwirklichung des Gesetzes abzielt.¹⁶⁰ Zu denken ist etwa an den Erlass eines Hausdurchsuchungsbefehls oder die Verfügung einer Festnahme. Hinzu kommt, dass das der Untersuchung dienende Vorverfahren nicht öffentlich ist. Auch dies ist ein Grundsatz, der vornehmlich im Verwaltungsverfahren Anwendung findet, während gerichtliche Verfahren der Öffentlichkeit in aller Regel frei zugänglich sind.¹⁶¹ Schliesslich wird die Staatsanwaltschaft aus eigener Initiative aktiv, während dem Richter eine solche eigenständige Initiativtätigkeit gerade untersagt ist. Gerichte werden mit anderen Worten erst auf eine Anklage der Staatsanwalt-

¹⁵⁵ Botschaft Strafprozessordnung, 1291; DONATSCH, Strafbefehl, 324; FALKNER, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, 347; GILLIÉRON/KILLIAS, Strafbefehl und Justizirrtum, 383; JOSITSCH, Grundriss, Rn. 535; LIENHARD/KETTIGER, Organisatorische Einordnung, Rn. 21; METTLER, Staatsanwaltschaft, 218 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 1041; SCHMID, Handbuch StPO, Rn. 1352; SCHUBARTH, 527; SCHWARZENEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), StPO Kommentar, Art. 352, Rn. 1; WIPRÄCHTIGER, BSK-StPO, Art. 4, Rn. 38.

¹⁵⁶ BGer. vom 3. März 1998, 1P.13/1998 (Pra 87/1998 Nr. 95, 544).

¹⁵⁷ FALKNER, in: Goldschmid/Maurer/Sollberger (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, 347 ff.

¹⁵⁸ BURGER-MITTNER, Bundesanwaltschaft, 60 f.

¹⁵⁹ METTLER, Staatsanwaltschaft, 219 ff.; vgl. auch WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 4, Rn. 17.

¹⁶⁰ SARSTEDT, Gebundene Staatsanwaltschaft?, 1753 f.

¹⁶¹ BURGER-MITTNER, Bundesanwaltschaft, 88; vgl. auch RIEDI, Anklageprozess, 57.

schaft hin aktiv.¹⁶² Demgegenüber eröffnet der Staatsanwalt nicht nur nach einer entsprechenden Anzeige ein Strafverfahren, sondern tut dies auch, wenn ihm, auf welche Weise auch immer, eine strafbare Handlung bekannt wird.¹⁶³ Die Staatsanwaltschaft ist grundsätzlich auch nicht dazu berufen, über Recht und Unrecht zu entscheiden. Im Zweifel hat sie Anklage zu erheben und darf nicht gestützt auf eigene Zweifel eine Einstellung verfügen¹⁶⁴ – auch wenn dies erfahrungsgemäss in der Praxis oft etwas anders gehandhabt wird. Im Ergebnis ist es also mit Bezug auf die von der Staatsanwaltschaft zu erfüllenden Aufgaben staatsrechtlich gesehen richtig, diese Behörde als Teil der Exekutive zu betrachten.¹⁶⁵ Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie in allen Punkten als "normale" Verwaltungsbehörde zu gelten und damit auf sämtliche Unabhängigkeit in der Ausführung ihrer Aufgaben zu verzichten hat.

2. (Partielle) Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft

Auch wenn Staatsanwälte sich oft selber in einer richterlichen Position sehen und eine damit zusammenhängende weitgehende, richterliche Unabhängigkeit reklamieren, werden die staatsanwaltschaftlichen Behörden als Teil der Exekutive betrachtet, so dass zumindest im administrativen Bereich oder im Bereich des Setzens von Schwerpunkten in der Strafverfolgungstätigkeit Weisungen von Regierungsräten möglich sind.¹⁶⁶ Ausgeschlossen sind demgegenüber politische Weisungen.¹⁶⁷ Entsprechend sind denn auch die meisten Staatsanwaltschaften der Kantone der Exekutive zuzuordnen. Dies bedeutet, dass sie oft in irgendeiner Form der mehr oder weniger weitgehenden (administrativen) Aufsicht des Regierungsrates unterstehen.¹⁶⁸ Diese bezieht sich insbesondere auf Vorkommnisse, welche den äusseren Geschäftsgang und die Funktionsfähigkeit der Staatsanwaltschaft in Frage stellen. Innerhalb der Behörde sind die meisten kantonalen Staats-

¹⁶² KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, 58; PIQUEREZ/MALACUSO, Rn. 530.

¹⁶³ METTLER, Staatsanwaltschaft, 206 f.; METTLER/BAUMGARTNER, 70; MÜNSTERMANN, Bindung des Staatsanwalts, 73 f.

¹⁶⁴ Vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 968; SCHMID, Handbuch StPO, Rn. 1251; Botschaft Strafprozessordnung, 1273.

¹⁶⁵ BURGER-MITNER, 63 f.; METTLER, Staatsanwaltschaft, 73 ff.; WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 4, Rn. 17; vgl. auch PIQUEREZ/MALACUSO, Rn. 241 ff.; WEDER, Anklagebehörde, 802.

¹⁶⁶ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 4, Rn. 4; USTER, 353; vgl. auch ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 362; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 208; USTER, BSK-StPO, Art. 15, Rn. 12; WIPRÄCHTIGER, BSK-StPO, Art. 4, Rn. 32; WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 4, Rn. 17, 22 f.

¹⁶⁷ WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 4, Rn. 22.

¹⁶⁸ Vgl. z.B. § 17 f. EG StPO AG; Art. 22 Abs. 1 EG StPO SG; vgl. dazu OBERHOLZER, 40 f.

anwaltschaften hierarchisch organisiert.¹⁶⁹ Nichtsdestotrotz kann die Staatsanwaltschaft¹⁷⁰ in verschiedenen Bereichen eine gewisse Unabhängigkeit resp. Eigenständigkeit¹⁷¹ für sich beanspruchen. Zum einen ergibt sich eine solche aus dem Gesetz: Nach Art. 4 StPO ist die Staatsanwaltschaft in der Rechtsanwendung unabhängig, unter dem Vorbehalt gesetzlicher Weisungsbefugnisse. "Unbedingt ausgeschlossen" sind damit aber Eingriffe von politischen Behörden.¹⁷² Verschiedene Kantone haben dies in ihre Einführungsgesetze aufgenommen und schliessen "Anordnungen oder Weisungen betreffend die Führung einzelner Strafverfahren" ausdrücklich als unzulässig aus.¹⁷³ Als diesbezügliche (fachliche) Aufsichtsbehörde sieht denn die StPO auch die Beschwerdeinstanz vor.¹⁷⁴ Davon unberührt sind jedoch interne Weisungsrechte, die bereits aufgrund der hierarchischen Organisation¹⁷⁵ der Staatsanwaltschaft immer möglich sind, auch in konkreten Straffällen.¹⁷⁶ Zum anderen werden in vielen Kantonen zumindest die Leitungen der Staatsanwaltschaften durch das kantonale Parlament gewählt, in manchen Kantonen sogar die Staatsanwälte selber.¹⁷⁷ Dies erhöht ihre Unabhängigkeit gegenüber dem Regierungsrat, aber auch ihre demokratische Legitimation, zumal sie sich auf eine Wahl der kantonalen Volksvertretung stützen können. Bei politisch heiklen Verfahren oder unpopulären Entscheiden läuft ein Staatsanwalt, der auf diese Art und Weise gewählt wurde, nicht die Gefahr, aus politischen oder anderen, nicht sachgerechten Gründen seines Amtes enthoben zu werden. Auch dies wäre nur über die Wahlbehörde möglich.

¹⁶⁹ OBERHOLZER, 33, 41.

¹⁷⁰ Zu beachten ist, dass diese Unabhängigkeit ausschliesslich für die Staatsanwaltschaft als Behörde gilt. Einzelne Staatsanwälte sind in eine hierarchisch aufgebaute Exekutivbehörde eingegliedert und unterliegen entsprechenden weitgehenden Weisungsrechten ihrer Vorgesetzten. Dies ist auch sachgerecht, ist doch die Staatsanwaltschaft auf der anderen Seite zur "gleichmässigen Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs" verpflichtet (Art. 16 Abs. 1 StPO). Vgl. BURGER-MITTNER, Bundesanwaltschaft, 306 ff.

¹⁷¹ OBERHOLZER, 41.

¹⁷² Botschaft Strafprozessordnung, 1129.

¹⁷³ Vgl. z.B. § 18 Abs. 4 f. EG StPO AG; Art. 22 EG StPO SG.

¹⁷⁴ OBERHOLZER, 41.

¹⁷⁵ An dieser Stelle nicht behandelt wird die in manchen Kantonen vorgesehene Organisation einer Oberstaatsanwaltschaft mit regionalen Staatsanwaltschaften. Hier hat die Oberstaatsanwaltschaft neben der Erteilung von allgemeinen Weisungen das Recht, Einsprache gegen Strafbefehle der regionalen Staatsanwaltschaften zu erheben und Einstellungsverfügungen (nicht) zu genehmigen. Dies bedeutet m.E. aber gleichzeitig, dass den regionalen Staatsanwaltschaften eine eigene Unabhängigkeit in ihrer Aufgabenerfüllung zukommt. Dies wird jedoch nicht von allen Oberstaatsanwaltschaften gleich gesehen.

¹⁷⁶ Unter der Voraussetzung, dass sie sich an die Rechtsordnung halten. Vgl. WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 4, Rn. 17, 19 f.

¹⁷⁷ Vgl. z.B. § 6 EG StPO AG, § 74 f. GO SO, SG, § 94 ff. GOG ZH.

B. Stellung der Polizei

1. Hierarchischer Aufbau der Behörde

Auch die Polizei ist in der Rechtsanwendung unabhängig und allein dem Recht verpflichtet (Art. 4 Abs. 1 StPO).¹⁷⁸ Diese Unabhängigkeit gilt allerdings nur für die Polizei als Behörde – und selbstverständlich auch nur soweit sie sich im Rahmen der Strafprozessordnung bewegt. Innerhalb dieser Behörde ist die Polizei traditionell streng hierarchisch organisiert.¹⁷⁹ Daraus ergeben sich zwangsläufig Dienstweisungen sowie Weisungsbefugnisse der entsprechenden Vorgesetzten in einem konkret zu bearbeitenden Straffall.¹⁸⁰ Der einzelne Polizeibeamte wird mit anderen Worten nie eine Unabhängigkeit in der Rechtsanwendung für sich beanspruchen können. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens untersteht er den allgemeinen Weisungen der Staatsanwaltschaft und – mangels effektiver Kontrollmöglichkeiten¹⁸¹ in viel höherem Ausmass – derjenigen seines direkten Vorgesetzten. Es kann daher nicht gesagt werden, dass ein Polizeibeamter während dem grössten Teil seiner Zeit einer Kontrolle durch die Justiz untersteht.¹⁸² In der Praxis hat er sich erst nach eröffneter Untersuchung den Vorgaben der Staatsanwaltschaft zu beugen. Innerhalb der polizeilichen Hierarchie, egal, in welcher (Kader-)Position er sich befindet, ist er an die Weisungen seines nächsthöheren Vorgesetzten gebunden. Es kann mit anderen Worten kein Mitglied der Kantonspolizei eine Unabhängigkeit für sich beanspruchen, wie es jene Mitarbeitenden der Staatsanwaltschaft können, welche durch ein kantonales Parlament oder einen Gesamtregierungsrat gewählt werden.

2. Regierung und Politik

Zu beachten ist wie erwähnt, dass mit der für die Polizei typischer Hierarchie auch eine ausgeprägte Weisungsbefugnis einhergeht und zwar bis auf die Ebene des zuständigen Regierungsrates, die ihren Ausdruck sodann in Dienstweisungen wiederfinden. Der Re-

¹⁷⁸ Vgl. WIPRÄCHTIGER, BSK-StPO, Art. 4, Rn. 1; Botschaft Strafprozessordnung, 1129.

¹⁷⁹ WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 4, Rn. 17; vgl. dazu auch Bericht Expertenkommission, 130; WIPRÄCHTIGER, BSK-StPO, Art. 4, Rn. 2.

¹⁸⁰ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 4, Rn. 3; Bericht Expertenkommission, 130.

¹⁸¹ Beim sog. "Massengeschäft" erhält die Staatsanwaltschaft bis zur Rapportierung durch die Polizei in der Regel gar keine Kenntnis von einem Verfahren. Sie kann daher ihre Aufsichtsrechte erst im Nachhinein und in genereller Form in Bezug auf künftige Verfahren wahrnehmen. Vgl. dazu auch OBERHOLZER, 482.

¹⁸² A.M. ALBERTINI/VOSER/ZUBER, 53.

gierungsrat ist damit der "höchste Polizist" – und nicht etwa der Kommandant. Dass gerade ein Politiker sich zuweilen an politischen Stimmungslagen orientiert und die Polizei auch für seine Zwecke einsetzt, darf diesem nicht einmal verübelt werden.¹⁸³ Dies bedeutet auch nicht zwangsläufig, dass solche Weisungen unzulässig sind. Allerdings könnten sie Einfluss haben auf die nachfolgende Tätigkeit der Staatsanwaltschaft: Verlangt ein Regierungsrat etwa von der Polizei, zu Gunsten des politischen Friedens auf ein Einschreiten in der Hausbesetzerszene zu verzichten, so wird die Täterschaft nicht ermittelt und es folgen keine Anzeigen wegen Hausfriedensbruch – und umgekehrt.¹⁸⁴ Hier besteht natürlich die Gefahr, dass die polizeilichen oder politischen Ziele, die sich selbstredend von den justiziellen unterscheiden können, die Oberhand gewinnen.¹⁸⁵ Es ist dies aber eine Gefahr, der seitens der Staatsanwaltschaft kaum begegnet werden kann, zumal sie faktisch wenig Einfluss auf den Beginn eines Strafverfahrens hat.¹⁸⁶ Neben problematischen Weisungen, wie etwa die Aufforderung des Nichteinschreitens bei einer politischen Kundgebung, sind Weisungen des zuständigen Regierungsrates in Bezug auf die Schwerpunkte der Strafverfolgungstätigkeit, aber auch in Bezug auf die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen eine bestimmte Person, unproblematisch.¹⁸⁷ Letzteres ist auch sachgerecht, steht doch das Anzeigerecht auch jedem Bürger zu. Natürlich aber hat der Regierungsrat keinen Einflussmöglichkeiten auf die Art des Abschlusses des Strafverfahrens, sei es durch Anklage, Strafbefehl, Einstellung oder Nichtanhandnahme.¹⁸⁸ Dieser Entscheid kommt einzig der Staatsanwaltschaft zu, die das Verfahren nach ihren Kriterien weiterführt und betrifft einen Bereich, der in jedem Fall von der Weisungstätigkeit des Regierungsrates ausgenommen ist. Weil die selbständige Ermittlungstätigkeit der Polizei der Staatsanwaltschaft trotz Weisungsbefugnissen weitgehend verborgen bleibt, hat die politische Aufsichtsbehörde aber unter Umständen auch einen gewissen Einfluss auf dieses Tätigkeitsgebiet der Polizei. Faktisch entscheidet in vielen Fällen die

¹⁸³ A.M. ALBERTINI/VOSER/ZUBER, 53, welche die Polizei einzig dem Primat der Staatsanwaltschaft unterstellen wollen. Vgl. auch LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 307, Rn. 25, welche die Polizei als "unabhängig von administrativer und politischer Einflussnahme auf ihre Tätigkeit" sehen.

¹⁸⁴ Vgl. dazu RÜPING, 901. Allerdings stellen sich hier dann theoretisch andere Fragen wie etwa jene der Begünstigung – wobei allerdings erfahrungsgemäss kaum solche Strafverfahren geführt werden.

¹⁸⁵ PIETH, Strafprozessreform, 631.

¹⁸⁶ ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 362; vgl. auch DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 170.

¹⁸⁷ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 4, Rn. 4; USTER, 353; vgl. auch ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 362.

¹⁸⁸ Vgl. RÜPING, 903.

Polizei über die Möglichkeit, gegen einen Verdächtigen zu ermitteln, wodurch nachfolgend auch das Verhalten der Staatsanwaltschaft mitbestimmt wird.¹⁸⁹ Zusammen mit der Möglichkeit, Vorermittlungen zu führen, kann sich die Polizei in diesem Bereich einen ausgeprägten Handlungsspielraum schaffen, der sich mit den Absichten des Gesetzgebers nicht unbedingt decken muss.¹⁹⁰ Die Aufsicht der Staatsanwaltschaft ist daher ein wichtiges Instrument, quasi eine "Übersteuerungsmöglichkeit", um den politischen Einfluss in Grenzen zu halten.

3. Unabhängigkeit der Polizei?

Im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft ist die Unabhängigkeit der Polizei stark eingeschränkt. Zwar garantiert Art. 4 StPO den "Strafverfolgungsbehörden" – womit auch die Polizei (als Behörde) gemeint ist¹⁹¹ – Unabhängigkeit in der Rechtsanwendung. Diese Unabhängigkeit ist im Falle der Polizei jedoch aus verschiedenen Gründen zu relativieren. Zum einen ist die polizeiliche Behörde direkt dem Vorsteher des im jeweiligen Kanton zuständigen Departements unterstellt, dem der Kommandant gewisse Geschäfte sogar von Gesetzes wegen zu unterbreiten hat.¹⁹² Dieser wird denn in der Regel auch direkt von der Regierung angestellt, gegenüber der er sich entsprechend zu verantworten hat. Er kann also keine weitergehende Unabhängigkeit für sich beanspruchen, wie es etwa bei vom Parlament gewählten Staatsanwälten der Fall ist. Vielmehr ist er abhängig von der Gunst des ihm vorgesetzten Regierungsrates und kann, wenn nötig, auch ohne Mitwirkung einer weiteren Behörde seines Amtes enthoben werden. Dies hat zur Folge, dass die Weisungsrechte des Regierungsrates nicht nur in sicherheitspolizeilicher Hinsicht, sondern auch in Bezug auf die Strafverfolgungstätigkeit in Tat und Wahrheit umfassend sind. Ihre Grenzen finden sie in der Praxis erst dort, wo die konkrete Aufsichtstätigkeit der Staatsanwaltschaft zu greifen beginnt.¹⁹³

¹⁸⁹ RÜPING, 902; vgl. auch ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 362; DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 170; OBERHOLZER, 477.

¹⁹⁰ DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 172.

¹⁹¹ Vgl. PIQUEREZ/MALACUSO, Rn. 448.

¹⁹² Vgl. z.B. § 12 PolG AG; vgl. auch BLÄTTLER, Stellung der Polizei, 243.

¹⁹³ Bestenfalls werden die Schwerpunkte natürlich durch Regierung, Staatsanwaltschaft und Kommando gemeinsam definiert. Fraglich ist allerdings dann, wer die Verantwortung für einen solchen Entscheid trifft. Da allerdings ohnehin nicht alle Akteure die gleichen Interessen verfolgen, dürfte der Entscheid in den meisten Fällen bei der Regierung liegen, wobei sie es aber – wiederum aus politischen Gründen – in den allermeisten Fällen versäumen dürfte, jene Deliktgruppen zu definieren, welche stattdessen

4. Verantwortung der Staatsanwaltschaft

Die Verantwortung der Staatsanwaltschaft umfasst zwar von Gesetzes wegen auch die Ermittlungstätigkeit der Polizei, doch ist es aufgrund des breiten Handlungsspielraums, welcher der Polizei in dieser Phase zukommt¹⁹⁴, schwierig, diese Aufsicht umfassend wahrzunehmen.¹⁹⁵ Es wäre illusorisch, der Staatsanwaltschaft auch in diesem Bereich der Alltagskriminalität eine umfassende Aufsichtstätigkeit zusprechen zu wollen.¹⁹⁶ Gerade im Bereich der Verfahren, welche voraussichtlich mit einem Strafbefehl erledigt werden, entscheidet de facto die Polizei über Umfang und Art der durchzuführenden Ermittlungen.¹⁹⁷ Nichtsdestotrotz kann sich die Staatsanwaltschaft der Gesamtverantwortung, auch für diesen Bereich, nicht entziehen. Die Auffassung, wonach sich die Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft auf die Untersuchung von konkreten Straftaten zu beziehen habe, ist demnach nicht zutreffend.¹⁹⁸ Die Staatsanwaltschaft kann sich jederzeit durch generell-abstrakte Weisungen in die Ermittlungstätigkeit der Polizei einbringen.¹⁹⁹ Der einzelne Polizeibeamte untersteht dennoch faktisch in seiner Ermittlungstätigkeit weit mehr der internen Aufsicht durch seine direkten Vorgesetzten als derjenigen der Staatsanwaltschaft, auch wenn die Strafprozessordnung an sich einen Vorrang der Kontrolle durch die Justiz vorsehen würde.²⁰⁰ Die tatsächliche Herrschaft des Ermittlungsverfahrens liegt daher in den meisten Fällen faktisch bei der Polizei.²⁰¹ Diese

reduziert zu verfolgen sind. Vgl. ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 362; ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 44 f.

¹⁹⁴ BRUN, Gefahr der Verpolizeilichung, 92; PIETH, 16; vgl. auch Bericht Expertenkommission, 122; RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 29 f.

¹⁹⁵ KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 15, Rn. 16.

¹⁹⁶ RÜPING, 912; vgl. auch LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 307, Rn. 21; OBERHOLZER, 477; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 931; RÜEGGER, BSK-StPO, Art. 307, Rn. 9.

¹⁹⁷ DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 174; OBERHOLZER, 477; vgl. auch RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 12.

¹⁹⁸ Vgl. ALBERTINI/VOSEER/ZUBER, 55.

¹⁹⁹ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 307, Rn. 21; OMLIN, BSK-StPO, Art. 308, Rn. 7; PIETH, 193; PIQUEREZ/MALACUSO, Rn. 692; RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 27; RIEDO/BONER, BSK-StPO, Art. 299, Rn. 8; RÜEGGER, BSK-StPO, Art. 307, Rn. 5; USTER, BSK-StPO, Art. 15, Rn. 79; WIPRÄCHTIGER, BSK-StPO, Art. 4, Rn. 44; vgl. auch Botschaft Strafprozessordnung, 1136, 1262; Votum Müller, AB 2007 N 934; Votum Wicki, AB 2006 S 982.

²⁰⁰ BÄNZIGER, Vereinheitlichung, 402.

²⁰¹ Vgl. ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 362; BRUN, Gefahr der Verpolizeilichung, 95; RÜPING, 896; siehe dazu auch ALBERTINI, 335, nach dem eigene Ermittlungen der Polizei auch Prioritätensetzung und Schwergewichtsbildung beinhalte, und PIETH, Strafprozessreform, 626.

ist aber – im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft – in keinem ihrer Tätigkeitsbereiche in der Lage, eine Unabhängigkeit irgendeiner Art geltend zu machen.

C. Abgrenzung polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Aufgaben

Die StPO äussert sich in ihrem zweiten Titel zu den Strafbehörden und deren Befugnissen. Im ersten Absatz des Art. 15 wird die Polizei zunächst "diesem Gesetz" unterstellt, um dann deren Aufgaben genauer zu umschreiben. So "ermittelt [die Polizei] Straftaten aus eigenem Antrieb, auf Anzeige von Privaten und Behörden sowie im Auftrag der Staatsanwaltschaft [...]". In Art. 306 StPO werden diese Aufgaben präzisiert: Die Polizei stellt im Ermittlungsverfahren den relevanten Sachverhalt fest und hat dazu namentlich Spuren und Beweise sicherzustellen und auszuwerten, geschädigte und tatverdächtige Personen zu ermitteln und zu befragen sowie tatverdächtige Personen anzuhalten resp. nach ihnen zu fahnden. Demgegenüber leitet die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 16 Abs. 2 StPO "das Vorverfahren, verfolgt Straftaten im Rahmen der Untersuchung, erhebt gegebenenfalls Anklage und vertritt die Anklage".²⁰² Ein wesentliches Merkmal der staatsanwaltschaftlichen Aufgaben ist demnach die Zusammenfassung von Ermittlung, Untersuchung und Anklageerhebung aus einer Hand.²⁰³

Diese gesetzlichen Bestimmungen lassen es damit nur zu, die Aufgabenbereiche von Polizei und Staatsanwaltschaft grob voneinander zu unterscheiden. Im Detail helfen sie aber nicht weiter, insbesondere nicht, was die detaillierten Aufgaben der Polizei betrifft.²⁰⁴ Das Ermittlungs- und das Untersuchungsverfahren sind daher sauber voneinander abzugrenzen, auch wenn dies mangels eines sicheren Unterscheidungskriteriums nicht ganz einfach ist.²⁰⁵ Sicher ist, dass das oberste Ziel sowohl der Polizei wie auch der Staatsanwaltschaft die Eruiierung des Sachverhaltes und der Täterschaft sein muss.²⁰⁶

1. Die Aufgaben der Polizei nach StPO

Bereits aus den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen ist ersichtlich, dass die Polizei im Strafverfahren, zumindest im Hinblick auf das in der Hauptverhandlung verwertbare Ergebnis, eher eine sichernde und damit zweitrangige, wenn auch nicht weniger bedeu-

²⁰² Vgl. OBERHOLZER, 475.

²⁰³ OBERHOLZER, 33; vgl. auch RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 232.

²⁰⁴ ALBERTINI/VOSER/ZUBER, 53; OBERHOLZER, 475; vgl. auch BÄNZIGER, Vereinheitlichung, 402.

²⁰⁵ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, 389; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 916.

²⁰⁶ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, 389; vgl. auch FABBRI, 168.

tungsvolle Aufgabe wahrnimmt. Es ist die Rede von der Fahndung nach dem Täter, seiner Befragung und der Sicherstellung und Auswertung von Beweismitteln, also der Grundlage für die weitere Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft. Die polizeilichen Ermittlungen stellen mit anderen Worten sicher, dass Straftaten aufgedeckt, Beweise (deren Verlust zu befürchten ist) gesichert, beteiligte Personen identifiziert und flüchtige Täter gestellt werden.²⁰⁷ Dafür stehen ihr eine Reihe von gesetzlich vorgesehene Zwangsmassnahmen zur Verfügung, etwa die polizeiliche Vorladung (Art. 206 StPO) oder die vorläufige Festnahme (Art. 217 StPO).²⁰⁸ Die Verantwortung für die Feststellung des Sachverhalts liegt dabei aber bei der Staatsanwaltschaft und ist – entgegen dem Wortlaut des Gesetzes – nicht Aufgabe der polizeilichen Ermittlungen. Nach OBERHOLZER kann Art. 306 StPO nur dahingehend interpretiert werden, dass die Polizei im Ermittlungsverfahren "strafbare Handlungen aufzudecken, nach dem mutmasslichen Täter zu fahnden sowie Spuren und Beweismitteln zu ermitteln" habe.²⁰⁹ Damit kommt der Polizei grundsätzlich vor allem eine "vorläufige, sammelnde Tätigkeit" zu, die sich "vorwiegend auf den äusseren Hergang der Straftat erstreckt"²¹⁰, sprich auf den relevanten, objektiven Sachverhalt.²¹¹ Dies ist allerdings für Routineverfahren – zumeist Bagatelldelikte ohne besondere juristische Stolpersteine – einzuschränken: Weil die Staatsanwaltschaft in solchen Fällen in aller Regel direkt einen Strafbefehl erlässt, hat sie keinen Anlass, eine entsprechende Untersuchung zu eröffnen. Die Polizei ermittelt in diesen Fällen daher weitgehend selbständig und verfügt dabei über einen relativ breiten Handlungsspielraum.²¹² Dies bedeutet aber auch, dass die polizeilichen Ermittlungen sich nicht nur auf die klassische Aufgabe des "ersten Angriffs" beschränken, sondern die Polizei vielmehr auch das Recht hat, selbständig, das heisst ohne Auftrag der Staatsanwaltschaft, zu ermitteln.²¹³ Nichtsdestotrotz versteht sich die Polizei seit jeher als Ermitt-

²⁰⁷ ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 360; vgl. auch BLÄTTLER, Stellung der Polizei, 243; Botschaft Strafprozessordnung, 1136.

²⁰⁸ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 306, Rn. 13; OBERHOLZER, 476; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 591 ff.

²⁰⁹ OBERHOLZER, 475; vgl. auch RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 20.

²¹⁰ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, 389.

²¹¹ ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 553 f.; DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 159, 161.

²¹² ALBERTINI, 332 f.; BRUN, Gefahr der Verpolizeilichung, 92; PIETH, 16; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 931; vgl. auch LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 306, Rn. 6; RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 29.

²¹³ DEL GIUDICE, 118.

lungsorgan.²¹⁴ Sie ist es, welche die Voraussetzungen zu schaffen hat, auf denen die Staatsanwaltschaft aufbauen kann²¹⁵, indem sie etwa Tatspuren und den Täter sichert.²¹⁶ Die Polizei klärt mit anderen Worten Verdachtslagen und bereitet den Sachverhalt so weit auf, dass die Staatsanwaltschaft gestützt darauf eine Untersuchung eröffnen oder das Vorverfahren – in einfacheren Fällen – gleich abschliessen kann.²¹⁷

2. Polizeiliche Aufgaben in der Praxis

Nach ALBERTINI beschreiben die in Art. 306 Abs. 2 StPO genannten Aufgaben die klassischen kriminalpolizeilichen Elemente. Er spricht einerseits von einem kriminaltechnischen Element zur Erhebung von Sachbeweisen, das vor allem die Tatortarbeit und erkennungsdienstliche Massnahmen umfasse, andererseits aber auch das detektivische Element, worunter das Ermitteln im engeren Sinne zu verstehen sei. Hierbei gehe es um das Erforschen des Tathergangs und des Tatbeitrags der Beteiligten. Schliesslich erwähnt er als letztes das Fahndungselement, welches dem Auffinden von Personen und Sachen diene.²¹⁸ Zur Sicherstellung von Spuren und Beweisen darf die Polizei etwa Augenscheine in einfachen Fällen durchführen (Art. 193 StPO), Gegenstände und Vermögenswerte vorläufig sicherstellen (Art. 263 Abs. 3 StPO) oder die Erstellung eines DNA-Profiles anordnen (Art. 255 Abs. 2 StPO). Geht es um die Ermittlung und Feststellung des relevanten Sachverhalts ist sie angehalten, beschuldigte Personen und Auskunftspersonen zu befragen (Art. 157 und 179 StPO), zum Zweck der Befragung Personen vorzuladen (Art. 206 StPO), Personen anzuhalten (Art. 215 StPO) oder sogar vorläufig festzunehmen (Art. 217 StPO).²¹⁹

Infolge der Zuweisung dieser Aufgabenbereiche hat sich die Polizei in diversen Bereichen spezialisierte Fachkenntnisse sowie das notwendige Personal und die Technik angeeignet. Zu denken ist etwa an Fahndungsdienste, die Kriminaltechnik, IT-Abteilungen,

²¹⁴ ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 42; vgl. auch USTER, BSK-StPO, Art. 15, Rn. 8.

²¹⁵ DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 160.

²¹⁶ USTER, BSK-StPO, Art. 15, Rn. 8.

²¹⁷ OBERHOLZER, 475 f.

²¹⁸ ALBERTINI, 335; vgl. auch PIETH, 195; PIQUEREZ/MALACUSO, Rn. 693.

²¹⁹ DEL GIUDICE, 122 f.; vgl. auch BLÄTTLER, Stellung der Polizei, 243; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 306, Rn. 15 ff.; RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 34.

Observationseinheiten, etc.²²⁰ Nach dem Gesagten ist auch klar, dass es sich dabei um klassische Polizeiaufgaben handelt, welche die Staatsanwaltschaft bereits aufgrund ihrer personellen Ressourcen nicht übernehmen kann. Die Staatsanwaltschaft ist denn in diesen Bereichen auch klar auf das polizeiliche Spezialwissen angewiesen.²²¹ Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass der Polizei in diesem Bereich eine gewisse Selbständigkeit in der Aufgabenerfüllung zukommt, selbst dann, wenn sie im Auftrag der Staatsanwaltschaft handelt. Während die Staatsanwaltschaft bestimmt, welches Ermittlungsziel zu erreichen ist, entscheidet die Polizei darüber, wie es getan wird und mit welchem Ressourceneinsatz.²²² Eine besonders wichtige Stellung nimmt dabei die Kriminaltechnik ein: Dem Sachbeweis wurde im Rahmen der Beweiswürdigung schon immer ein hoher Stellenwert beigemessen und es ist nicht zu erwarten, dass sich daran etwas ändern wird – eher ist das Gegenteil anzunehmen.²²³ Dies bedeutet aber auch, dass die Kriminaltechnik und ihre Art und Weise der Spurensicherung einen direkten Einfluss auf die Urteilsfindung hat.²²⁴

Einer der wesentlichen Aufgabenbereiche der Polizei umfasst schliesslich die Bearbeitung und Bewirtschaftung von diversen Informationsdatenbanken, welche unter anderem einer ersten Beurteilung, aber auch der konkreten Entwicklung von Fahndungsstrategien dienen. Diese ermöglichen es, über automatisierte Abrufverfahren zu klären, ob eine Person bereits bei einer Polizeibehörde aktenkundig ist.²²⁵ Auch für die Staatsanwaltschaft sind diese Informationen von grosser Wichtigkeit. Mit der geplanten Schaffung eines nationalen Polizeiindexes²²⁶, aber auch angesichts der Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Schengener Informationssystem, wird sich der Informationsvorsprung

²²⁰ ALBERTINI, 332; vgl. auch DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 202; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 2; LILIE, Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft, 626 f.

²²¹ LILIE, Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft, 630; vgl. auch KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 15, Rn. 17; Begleitbericht Vorentwurf, 204.

²²² ALBERTINI, 338; ALBERTINI/VOSER/ZUBER, 55; KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 15, Rn. 20; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 307, Rn. 26; OBERHOLZER, 47, 477; RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 29; USTER, BSK-StPO, Art. 15, Rn. 11, WIESER, 340.

²²³ Vgl. BLÄTTLER, Stellung der Polizei, 248.

²²⁴ BLÄTTLER, Stellung der Polizei, 248. Die Kriminaltechnik nimmt damit faktisch die Stellung eines Gutachters ein und es fragt sich, ob nicht deren Auslagerung aus der Kantonspolizei angezeigt wäre, um ihr die dafür notwendige Unabhängigkeit zugestehen zu können.

²²⁵ LILIE, Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft, 632; vgl. auch ALBERTINI/VOSER/ZUBER, 57; BLÄTTLER, Stellung der Polizei, 247; OBERHOLZER, 472.

²²⁶ BLÄTTLER, Stellung der Polizei, 247.

der Polizei eher noch verstärken. Die Staatsanwaltschaft ist daher in diesem Bereich im besonderen Masse auf die von der Polizei zur Verfügung gestellten Informationen angewiesen.

3. Die Aufgaben der Staatsanwaltschaft nach StPO

Demgegenüber kommt der Staatsanwaltschaft unter anderem die Aufgabe der Untersuchung zu. Ihre Aufgaben sind denn in der StPO auch etwas umfassender beschrieben. Grundlage ist in der Regel zunächst die im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens aufgedeckte Tat.²²⁷ Gestützt darauf wird in der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung der Sachverhalt tatsächlich und rechtlich so abgeklärt, dass ein in der Hauptverhandlung verwertbares Ergebnis resultiert.²²⁸ Selbstverständlich ist die Eröffnung auch möglich, bevor polizeiliche Ermittlungen erfolgt sind.²²⁹ Für die weiteren Untersuchungshandlungen stehen der Staatsanwaltschaft sodann die gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen zur Verfügung. Die Polizei wird sich dabei regelmässig auf die Abklärung des objektiven Tatbestands beschränken, während es Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist, sich mit der subjektiven Seite, der Schuld, mit allfälligen Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen sowie den persönlichen Verhältnissen des Täters auseinanderzusetzen. Auch die rechtliche Qualifikation einer Tat gehört zu den Obliegenheiten der Staatsanwaltschaft.²³⁰ Wesentlich ist, dass der Staatsanwaltschaft die Herrschaft über ein einmal eröffnetes Verfahren zukommt. Dass diese Untersuchungsführung faktischer und nicht nur formaler Natur zu sein hat, ergibt sich bereits aus den gesetzlichen Bestimmungen²³¹, aber, wie erwähnt, auch aus rechtsstaatlicher und demokratischer Sicht.²³² Schliesslich klagt die Staatsanwaltschaft einen von ihr untersuchten Fall an, vertritt die Anklage und ist befugt, Rechtsmittel zu erheben.²³³

²²⁷ Vgl. ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 547; DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 160, 192; OMLIN, BSK-StPO, Art. 307, Rn. 6.

²²⁸ Vgl. ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 360; WIESER, 341.

²²⁹ ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 548.

²³⁰ DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 161.

²³¹ ALBERTINI, 343; ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 364.

²³² Vgl. vorne III.

²³³ KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 8.

D. Fazit

Die Polizei ermittelt, die Staatsanwaltschaft führt das Verfahren resp. untersucht²³⁴ – in diese kurze Formel kann die Unterscheidung zwischen polizeilicher und staatsanwaltlicher Arbeit auf den Punkt gebracht werden. Es gehört zu den ureigenen Aufgaben der Polizei, einen Täter zu ermitteln und ihn über- resp. der Staatsanwaltschaft zuzuführen. Gleichzeitig ist es die Staatsanwaltschaft, welche den Fall in eine anklagereife Form zu bringen hat.²³⁵ Dies tut sie im Rahmen der klassischen Strafuntersuchung, deren Ziel es ist, die Beweise auf rechtsgenügende und damit verwertbare Art zu erheben. Diese Aufgabenteilung orientiert sich in erster Linie an den spezifischen Möglichkeiten von Polizei und Staatsanwaltschaft, die sich im Ergebnis jedoch gegenseitig ergänzen.²³⁶ Auch wenn die Möglichkeit der Delegation von Ermittlungshandlungen an die Polizei explizit vorsieht, dass die Polizei an Stelle der Staatsanwaltschaft bestimmte Untersuchungshandlungen vornimmt, sollte die originäre Aufgabenteilung nie ausser Acht gelassen werden. Eine Vermischung oder Verwischung der Aufgabengebiete hätte vielmehr zur Folge, dass Personen mit Aufgaben betraut werden, zu denen sie nach Gesetz an sich nicht befugt und faktisch auch nicht befähigt sind. Dies ist insbesondere auch dann zu beachten, wenn es darum geht, die Polizei im Rahmen eines eröffneten Strafverfahrens mit ergänzenden Ermittlungen zu beauftragen. Wie bereits im Rahmen der Gesetzesarbeiten zur StPO festgehalten wurde, ist zu vermeiden, dass ein Verfahren allein durch die Polizei bestimmt wird.²³⁷ Die Staatsanwaltschaft ist vielmehr gehalten, der Machtstellung der Polizei entgegenzuwirken und ihrer Verantwortung nachzukommen.²³⁸ Nachfolgend wird daher eine Lösung für den delegierten Ermittlungsauftrag dargestellt, welche versuchen wird, diese Erkenntnisse in Einklang zu bringen.

²³⁴ Vgl. ALBERTINI, 343, der es folgendermassen ausdrückt: "Die Polizei führt Ermittlungen und Einsätze, keine Verfahren."

²³⁵ Oder wie es ein bekannter Strafverfolger auf den Punkt gebracht hat: "Die Polizei ist der Jäger, der in den Wald geht und das Reh jagt. Er schießt es, schleppt es zum Staatsanwalt und legt es diesem vor die Füße. Der Staatsanwalt hingegen ist der Koch, der das Reh sodann nach den Regeln der Kunst zerlegt, zubereitet und es dem Gast – dem Gericht – schliesslich als rosa gebratenen Rehrücken präsentiert. Es käme nicht gut raus, wenn der Koch das Reh jagen und schießen resp. der Jäger den Rehrücken zubereiten und in eine geniessbare Form bringen müsste."

²³⁶ ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 360.

²³⁷ Bericht Expertenkommission, 129.

²³⁸ Votum Marty, AB 2006 S 988. Vgl. auch KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 8.

V. Folgen für den Ermittlungsauftrag

Wie die vorangegangenen Ausführungen gezeigt haben, ist die vielerorts feststellbare verstärkte Ausdehnung des Ermittlungsverfahrens auf Kosten der Untersuchung aus gesetzlicher wie auch aus demokratischer und rechtsstaatlicher Sicht nicht opportun. Die Frage nach dem Inhalt des Ermittlungsauftrages ist daher aus zwei Seiten zu beleuchten: Zum einen im Hinblick auf die unbedingte Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft, zum andern auf die spezifische Ausbildung und Möglichkeiten von Polizei und Staatsanwaltschaft.

Die reine Konsultation des Gesetzes hilft hier nicht weiter. Art. 312 Abs. 1 StPO, der die Möglichkeit des Ermittlungsauftrages an die Polizei regelt, enthält keine näheren Vorgaben zu Umfang und Inhalt eines solchen Auftrages. Art. 312 Abs. 2 StPO ist lediglich zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der Delegation von Einvernahmen offensichtlich beabsichtige. Andernfalls wäre es obsolet, in der Bestimmung festzuhalten, dass die Verfahrensbeteiligten diesfalls in den Genuss der gleichen Verfahrensrechte kommen wie bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft. Wird Art. 312 StPO isoliert betrachtet, so könnte der Eindruck aufkommen, dass dem Ermittlungsauftrag keine Grenzen gesetzt sind und jegliche Untersuchungshandlung der Polizei übertragen werden kann. Dies ist aber ein Trugschluss. Diverse Bestimmungen der Strafprozessordnung schreiben konkret vor, welche Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zu erfolgen haben, etwa die Schlusseinvernahme (Art. 317 StPO) oder die Hafteröffnungseinvernahme (Art. 224 Abs. 1 StPO). Für alle anderen Beweiserhebungen wird nachfolgend ein Lösungsansatz entwickelt.

A. Form

1. Grundsatz der Schriftlichkeit

Art. 312 StPO sieht vor, dass ergänzende Ermittlungsaufträge an die Polizei schriftlich zu ergehen haben. Nur bei zeitlicher Dringlichkeit kann die Delegation mündlich erfolgen, wobei allerdings die Schriftlichkeit nachzuholen ist, entweder in einem formellen Auftrag oder in einer Gesprächsnotiz.²³⁹ Dies ist sachgerecht, soll doch der Beschuldigte, der ein Recht auf ein Verfahren aus der Hand der Staatsanwaltschaft hat, auch nach-

²³⁹ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 7; OMLIN, BSK-StPO, Art. 312, Rn. 6.

vollziehen können, ob der zuständige Staatsanwalt seiner gesetzlichen Verpflichtung nachgekommen ist. Um diese Kontrolle lückenlos sicherzustellen, hat der fallführende Staatsanwalt seine Delegationsaufträge denn auch stets allen Parteien zeitnah mitzuteilen.²⁴⁰

2. Umschreibung der Aufträge

Art. 312 Abs. 1 StPO schreibt vor, dass die Aufträge der Staatsanwaltschaft sich auf "konkret umschriebene Abklärungen" zu beschränken haben. Dadurch soll verhindert werden, dass die "staatsanwaltschaftliche Untersuchung [...] praktisch ausgehöhlt und zu einer Art Ermittlung in der Untersuchung mutieren könnte".²⁴¹ Der Gesetzgeber wollte demnach explizit, dass der fallführende Staatsanwalt stets über die unter seiner Verantwortung geführten Verfahren im Bild ist. Unzulässig ist es demnach, die Polizei pauschal zu beauftragen, Ermittlungen vorzunehmen.²⁴² Dies würde dazu führen, dass die Staatsanwaltschaft die Verfahrensherrschaft faktisch aus der Hand gibt.²⁴³ Auch die früher oft gebräuchliche Formulierung, eine Person "sachdienlich zu befragen", ist nicht mehr zulässig.²⁴⁴ Der Ursprung dieser Vorschrift ist bei der vom Gesetzgeber offensichtlich als wesentlich beurteilten Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft zu finden: Sie soll verhindern, dass die staatsanwaltschaftliche Untersuchung auch nach Eröffnung von der Polizei bestimmt wird, was einen Konflikt mit den Verteidigungsrechten des Beschuldigten schaffen könnte.²⁴⁵ Die gewünschten Ermittlungshandlungen sind folglich auch so genau wie möglich zu umschreiben.²⁴⁶ Dabei ist der Polizei aber auch ein angemessener Ermessensspielraum zuzugestehen, sodass sie in ihrem taktischen und technischen Vorgehen eine Handlungsfreiheit behält.²⁴⁷ Nicht nötig ist dies bei der Delegation einer Einvernahme: Hier hat die Staatsanwaltschaft die Stossrichtung der Einvernahme vorzugeben und dem polizeilichen Sachbearbeiter einen Fragenkatalog zu überlassen.

²⁴⁰ Vgl. Weisung OSTA ZH, Ziff. 12.7.3.6.

²⁴¹ Botschaft Strafprozessordnung, 1265.

²⁴² ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 560; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 5; OMLIN, BSK-StPO, Art. 311, Rn. 6; PIETH, 196.

²⁴³ KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 15, Rn. 19.

²⁴⁴ Vgl. dazu auch Botschaft Strafprozessordnung, 1265.

²⁴⁵ Bericht Expertenkommission, 130.

²⁴⁶ Vgl. dazu aber ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 560, wonach der Ermittlungsauftrag durchaus "generell gehalten" werden könne.

²⁴⁷ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 5; vgl. auch OMLIN, BSK-StPO, Art. 312, Rn. 5.

Dies entbindet diesen jedoch nicht davon, mitzudenken und die sich aufdrängenden Anschlussfragen zu stellen.

B. Inhalt

Grundsätzlich hat die Staatsanwaltschaft die Beweiserhebungen nach eröffneter Untersuchung gestützt auf Art. 311 Abs. 1 StPO selbst durchzuführen.²⁴⁸ Sie hat aber die Möglichkeit, gewisse Aufgaben an die Polizei zu delegieren. Der erste Teil dieser Arbeit²⁴⁹ hat gezeigt, dass dies nicht unbeschränkt möglich ist. Aus staatsrechtlicher Sicht ist es nicht tolerierbar, dass ganze Untersuchungen – unter Verzicht auf staatsanwaltschaftliche Einvernahmen von Beschuldigten, Zeugen und Auskunftspersonen²⁵⁰ – an die Polizei delegiert werden. Aufgrund dieser Ergebnisse wird nachfolgend der zulässige Inhalt von delegierten Ermittlungsaufträgen dargestellt, d.h. es werden die einzelnen Handlungen konkretisiert und die Zuständigkeiten abgegrenzt. Klarerweise keine Kriterien können Kapazitäts- oder Effizienzgründe sein.²⁵¹ Auch wenn die Polizeibestände der Kantone derjenigen der Staatsanwaltschaften weit überlegen sind, darf dies kein Grund sein, exzessiv Untersuchungshandlungen zu delegieren. Vielmehr ist es an den Kantonen, die Staatsanwaltschaften so aufzustocken, dass diese ihren gesetzlichen Auftrag wahrnehmen können.

1. Übergreifendes Abgrenzungskriterium: Ermittlung vs. Untersuchung

Der dritte Teil dieser Arbeit hat aufgezeigt, worin sich die staatsanwaltschaftliche und die polizeiliche Arbeit in wenigen Worten ausgedrückt unterscheiden: Die Staatsanwaltschaft untersucht, die Polizei ermittelt. Das Ziel, der Verfahrensherrschaft gerecht zu werden und dem Beschuldigten damit ein faires Verfahren zu garantieren, kann sich daher in erster Linie am unterschiedlichen Gehalt der polizeilichen Ermittlungsarbeit gegenüber der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung orientieren. Ist geplant, eine bestimmte Untersuchungshandlung an die Polizei zu delegieren, so hat sich der Staatsanwalt zunächst die Frage zu stellen, ob es sich hierbei um eine Aufgabe handelt, welche einen klassischen polizeilichen resp. "ermittelnden" Hintergrund hat oder ob es um eine

²⁴⁸ Vgl. z.B. BRUN, Gefahr der Verpolizeilichung, 96.

²⁴⁹ Vgl. vorne III.

²⁵⁰ Vgl. dazu HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, 389.

²⁵¹ Vgl. BRUN, Gefahr der Verpolizeilichung, 92.

Handlung geht, welche klarerweise durch den Staatsanwalt selber vorzunehmen ist, also einen "untersuchenden" Hintergrund hat. Die beiden Bereiche sind relativ einfach voneinander abzugrenzen: "Delegierbare" Untersuchungshandlungen sind herkömmliche polizeiliche Ermittlungshandlungen, bei denen in erster Linie das Ergebnis zählt, dem Weg zum Ziel jedoch relativ wenig Bedeutung beigemessen wird. Deutlich zu unterscheiden sind die der Staatsanwaltschaft vorbehaltenen Untersuchungshandlungen: Hierzu finden sich unzählige Formvorschriften, deren Beachtung vom Gesetzgeber als derart wichtig angesehen wurde, dass bei manchen die Unverwertbarkeit eines Beweismittels droht. Als Beispiel sei die Verhaftung eines fliehenden Einbrechers im Vergleich zu seiner ersten Einvernahme genannt. So interessiert es wenig, wie viele Polizisten den Einbrecher verfolgt haben, wie er angehalten und festgenommen wurde (es sei denn natürlich, dass dabei etwa unverhältnismässige Gewalt angewendet worden wäre). Hingegen sind bei seiner Ersteinvernahme zahlreiche Vorschriften zu beachten: Liegt ein Fall von notwendiger Verteidigung vor, ist ein Rechtsanwalt zu bestellen, ansonsten die Unverwertbarkeit droht (Art. 130 i.V.m. Art. 131 Abs. 2 und 3 StPO). Handelt es sich um zwei Einbrecher, so bestehen Teilnahmerechte (Art. 147 StPO). Ist der Beschuldigte fremdsprachig, folgt sein Anspruch auf Übersetzung (Art. 68 StPO). Die Liste ist beliebig erweiterbar. Ebenso wenig delegierbar sind daher grundsätzlich Einvernahmen von Zeugen und Auskunftspersonen, bei denen die Teilnahmerechte zu wahren sind. Es ist nicht die Aufgabe der Polizei dafür zu sorgen, dass ein Beweis formell korrekt und für das weitere Verfahren verwertbar erhoben wird. Gänzlich von der Hand zu weisen ist darum auch die Delegation eines Zeugen dann, wenn seine Aussage die einzige Belastung ist, welche gegen den Beschuldigten vorliegt. Hier ist es nicht nur absolut unabdingbar, dass die Einvernahme formell korrekt durchgeführt wird, es ist auch wesentlich und im Sinne eines fairen Verfahrens unerlässlich, dass der Staatsanwalt durch eigenständige Vornahme der Einvernahme einen eigenen, persönlichen Eindruck des Zeugen erhält. Schliesslich ist es in der Hand des Staatsanwalts, ob der Beschuldigten aufgrund dessen Aussagen einer öffentlichen Gerichtsverhandlung ausgesetzt wird – oder eben nicht. Als weiteres Beispiel dient der Schlussbericht: In vielen Kantonen war es vor der Einführung der Strafpro-

zessordnung üblich, eine Strafuntersuchung zur Erstellung eines polizeilichen Schlussberichts (zurück) an die Polizei zu übergeben.²⁵² Dies ist unter den heutigen Voraussetzungen weder notwendig noch opportun. Zum einen wird der Staatsanwalt, lebt er der gesetzlichen Konzeption nach, seinen Fall besser kennen als sein polizeilicher Sachbearbeiter, sodass er die wesentlichen Eckpunkte des Verfahrens ohnehin im Kopf hat. Zum anderen handelt es sich hierbei um eine Aufgabe, die sich mit der StPO ins erstinstanzliche Hauptverfahren verlegt hat. Der Schlussbericht befindet sich nach dieser Konzeption nicht mehr in den Akten, sondern wird an Schranken vorgetragen.

Delegierfähig bleiben nach dieser Konzeption grundsätzlich alle klassischen polizeilichen Ermittlungsarbeiten wie DNA-Abgleiche, Spurensicherungen, Hausdurchsuchungen und ähnliches. Einvernahmen, seien es solche des Beschuldigten wie auch solche von Zeugen und Auskunftspersonen, sind es in der Regel nicht. Wenige Ausnahmen sind denkbar: In grösseren Verfahren sind häufig "Nebenzeugen" zu befragen, bezüglich welchen von Anfang an klar ist, dass sie wenig zum Sachverhalt beitragen können, der Vollständigkeit halber aber dennoch nicht auf ihre Aussage verzichtet werden kann. Kommt der Staatsanwalt zum Schluss, dass eine allfällige Unverwertbarkeit dem Hauptverfahren keinen wesentlichen Schaden zufügen würde und sein persönlicher Eindruck der einzuvernehmenden Person aufgrund des geringen Gewichts der Aussage nicht entscheidend ist, dürfen solche Einvernahmen an die Polizei delegiert werden. Es wäre nach der hier vertretenen Meinung sogar opportun, in solchen Fällen gänzlich auf die Teilnahmerechte zu verzichten. Zum einen würde es dem polizeilichen Sachbearbeiter die Aufgabe erleichtern, zum anderen müsste der Staatsanwalt die betreffende Einvernahme ohnehin wiederholen, sollte sie sich im Nachhinein als wichtiger herausstellen, als zunächst gedacht. Eine weitere Ausnahme der fehlenden Delegierfähigkeit von Einvernahmen betrifft das "Ermittlungsverfahren im Untersuchungsverfahren", auf das noch eingegangen wird.²⁵³

Als Zwischenfazit kann Folgendes festgehalten werden: Sobald bei "ergänzenden Ermittlungen" umfangreiche Formvorschriften beachtet werden müssen, bei deren Nichtbeachten die Unverwertbarkeit des betreffenden Beweises droht und damit die ganze

²⁵² Vgl. OBERHOLZER, 487.

²⁵³ Vgl. hinten V.C.5.

Untersuchung gefährdet wird, handelt es sich nicht mehr um delegierbare, eigentliche polizeiliche Ermittlungsarbeiten, sondern um Beweiserhebungen resp. Untersuchungshandlungen, welche in der Regel durch die Staatsanwaltschaft vorgenommen werden müssen.²⁵⁴ Nicht delegierbar sind daher Schluss- und Hafteröffnungseinvernahmen, Konfrontationseinvernahmen²⁵⁵ und, abgesehen von wenigen Ausnahmen, Zeugeneinvernahmen. Der Gesetzgeber hat in Art. 312 Abs. 1 StPO wohl nicht zufällig den Begriff der ergänzenden "Ermittlungen" anstelle von ergänzenden "Untersuchungshandlungen" verwendet. Es sind in der Tat "Ermittlungen", die an die Polizei delegiert werden dürfen, und nicht juristisch anspruchsvolle und mit formellen Stolpersteinen versehene Untersuchungshandlungen.

2. Gesetzliche Vorgaben: "Ergänzende" Ermittlungen (Art. 312 Abs. 1 StPO)

Das soeben skizzierte, übergreifende Abgrenzungskriterium hilft dem Staatsanwalt, eine summarische Prüfung eines geplanten Ermittlungsauftrages durchführen zu können. So kann bereits im Vorhinein klar sein, ob eine Delegation der Untersuchungshandlung an die Polizei in Frage kommt oder nicht. Das Gesetz sieht aber in vielen Fällen auch explizit vor, dass bestimmte Verfahrensschritte ausschliesslich durch die Staatsanwaltschaft vorgenommen werden. Bereits die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung in Art. 312 Abs. 1 StPO, welche nur die Delegation von "ergänzenden" Ermittlungen zulässt, deutet darauf hin, dass darunter Beweiserhebungen zu verstehen sind, denen keine wesentliche Bedeutung für das Strafverfahren zukommt. So sind etwa Schlüsselzeugen immer durch die Staatsanwaltschaft zu befragen.²⁵⁶ Delegiert werden können hingegen Befragungen, die sich auf "die Nebenumstände einer Tat beziehen" oder bei denen die rechtliche Beurteilung nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist.²⁵⁷

Grundsätzlich können damit alle Arten von Beweiserhebungen an die Polizei delegiert werden²⁵⁸, unter Voraussetzung, dass diesen keine wesentliche Bedeutung zukommt. In der Praxis dürften sich solche "wesentlichen" Beweiserhebungen, welche nicht als "er-

²⁵⁴ Vgl. ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 362; BRUN, Gefahr der Verpolizeilichung, 96.

²⁵⁵ Darunter wird hier eine Einvernahme mit wechselseitiger Befragung der einvernommenen Personen verstanden.

²⁵⁶ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 3a.

²⁵⁷ OBERHOLZER, 487.

²⁵⁸ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 3; vgl. auch PIQUEREZ/MALACUSO, 1696.

gänzend" im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen anzusehen sind, auf Einvernahmen beschränken. In den meisten anderen Konstellationen, etwa bei Hausdurchsuchungen, Zuführungen von Personen, Erhebungen der Kriminaltechnik oder von Bücherexperten, ist die Staatsanwaltschaft ohnehin auf die Spezialkenntnisse der Polizei angewiesen.²⁵⁹ Dies betrifft in der Regel auch traditionell polizeiliche Aufgaben, die ohne weiteres delegierbar sind.

3. Kompetenz

Die Polizei verfügt in aller Regel über andere personelle und technische Möglichkeiten als die Staatsanwaltschaft. Sie kann in verschiedenen Fachbereichen auf Spezialisten mit umfassender Fachkompetenz zurückgreifen.²⁶⁰ Auch stehen ihr Datenbanken und polizeiliche Registraturen zur Verfügung.²⁶¹ Es liegt auf der Hand, dass Untersuchungshandlungen, welche nach solchen Spezialkenntnissen verlangen, häufig an die Polizei delegiert werden. In der Regel dürfte dies auch keine weiteren Probleme darstellen, etwa dann, wenn es um die Auswertung von Datenbanken geht. Allerdings kann es auch nicht angehen, dass unter diesem Titel weitgehende und wesentliche Untersuchungshandlungen an die Polizei delegiert werden. Es ist daher zu fordern, dass auch in den Staatsanwaltschaften eine gewisse Spezialisierung stattfindet, wie es im Bereich der Wirtschaftsdelikte schon in den meisten Kantonen üblich ist. Als Beispiel sei die Befragung von Kindern genannt, welche "zu diesem Zweck ausgebildeten Ermittlungsbeamten" vorbehalten ist (Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO). Die Erfahrung zeigt, dass viele Staatsanwälte diese Bestimmung als Vorwand nehmen, um solche Befragungen an die Polizei zu delegieren, welche über zahlreiche, bereits ausgebildete Spezialisten verfügt. Es spricht allerdings nichts dagegen, auch Staatsanwälten die entsprechende Ausbildung zukommen zu lassen und es ist zu begrüßen, dass einige Kantone bereits damit angefangen haben. Bei dieser Thematik darf nämlich nicht vergessen werden, dass diese Polizeibeamten zwar über eine entsprechende Spezialausbildung verfügen, die bereits erwähnten Defizite ei-

²⁵⁹ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 2; vgl. auch Begleitbericht Vorentwurf, 204.

²⁶⁰ ALBERTINI/RÜEGGER, Zusammenarbeit, 364; BRUN, Gefahr der Verpolizeilichung, 91; RÜPING, 897; Botschaft Strafprozessordnung, 1265.

²⁶¹ OBERHOLZER, 472.

ner polizeilichen Befragung aber auch hier zum Tragen kommen.²⁶² Zu denken ist aber auch an den Umgang mit elektronischen Daten, wo auf Seiten der Staatsanwaltschaft sicher Nachholbedarf besteht – insbesondere dann, wenn der diesbezügliche Vorsprung der Polizei nicht weiter ausgebaut werden soll.²⁶³ Viele Delikte werden bereits heute via Internet verübt – eignen sich die Staatsanwaltschaften hier nicht eine gewisse Fachkompetenz an, werden sie zwangsläufig wesentliche Untersuchungshandlungen an die Polizei delegieren müssen. Dies ist nicht im Sinne des Gesetzgebers und gilt es daher zu vermeiden.

C. Die Delegation von Einvernahmen

In der Praxis dürften sich die meisten Beweiserhebungen, welche die Staatsanwälte selber durchzuführen haben, auf Einvernahmen beziehen. Diese können daher ohne weiteres als "Kernkompetenz" der Staatsanwaltschaft bezeichnet werden.²⁶⁴ Dies nicht ohne Grund: Taktisch geschickt durchgeführte Einvernahmen können einen wesentlichen Einfluss auf das schlussendliche Beweisergebnis haben. Sie stellen daher eines der wichtigsten Beweismittel dar.²⁶⁵ Die Bedeutung der Einvernahme ist auch aus der Strafprozessordnung erkennbar. Art. 142 Abs. 1 StPO hält als Grundsatz fest, dass Einvernahmen von der Staatsanwaltschaft, den Gerichten und den Übertretungsstrafbehörden durchgeführt werden. Ferner stellt Art. 307 Abs. 2 Satz 2 StPO die Grundregel auf, wonach die Staatsanwaltschaft bei schwer wiegenden Ereignissen die ersten wesentlichen Einvernahmen selbst durchzuführen habe. Die offensichtliche Bedeutung der Befragungen in einer Strafuntersuchung rechtfertigt daher, eingehender darauf einzugehen.

1. Ermittlung vs. Untersuchung

Auch bei der Einvernahme kann dieses Abgrenzungskriterium angewendet werden. Einvernahmen, bei denen besondere Formvorschriften vorgeschrieben oder komplexe juristische Fragestellungen zu erwarten sind, dürfen nicht delegiert werden. Dasselbe gilt auch, wenn erhebliche Problemstellungen vorliegen, wie etwa grosses Konfliktpotential bei Aufeinandertreffen der Beteiligten. Es ist nicht Aufgabe der juristisch nicht geschul-

²⁶² Etwa die Konzentration auf den objektiven Tatbestand oder Schwierigkeiten mit der rechtlichen Qualifikation. Vgl. dazu vorne III.C.

²⁶³ Vgl. dazu Gutachten Strafrechtskommission Deutschland, 190.

²⁶⁴ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 311, Rn. 5.

²⁶⁵ ALBRECHT/CAPUS, 362; HÄRING, BSK-StPO, Vor Art. 142-146, Rn. 1.

ten Polizei, Konfrontationseinvernahmen, Einvernahmen in Anwesenheit von mehreren Beschuldigten und bei Vorliegen sehr zerstrittener Verhältnisse wie auch Einvernahmen, bei denen die zu erfragenden Verhältnisse rechtliche Schwierigkeiten bieten, durchzuführen.²⁶⁶

2. Erste Einvernahme (Art. 307 Abs. 2 StPO)

Wie bereits erwähnt, sieht das Gesetz explizit vor, dass "die ersten wesentlichen Einvernahmen" bei schweren Straftaten und anderen schwerwiegenden Ereignissen durch die Staatsanwaltschaft zu erfolgen haben.²⁶⁷ Den Materialien ist zu entnehmen, dass bereits anlässlich der Ausarbeitung der Gesetzesvorlage zur StPO unbestritten war, dass "die Delegation von Befragungen [...] die Ausnahme sein und sich allenfalls auf Einzelheiten bei Serielikten und dergleichen beschränken" sollte.²⁶⁸ Dies lässt nach der hier vertretenen Meinung wenig Spielraum, auch wenn die Praxis dies etwas grosszügiger handhabt. Einvernahmen sind aber das "wesentliche Ermittlungsinstrument der Staatsanwaltschaft"²⁶⁹ und gerade bei schweren Straftaten ist die erste Befragung entscheidend; nicht zuletzt wegen des persönlichen Eindrucks, den die befragende Person vom Beschuldigten gewinnt und welcher von zentraler Bedeutung ist. Dagegen sind Polizeibeamte wenig auf juristische Aspekte fokussiert. Verzichtet der Staatsanwalt auf die Durchführung der ersten Einvernahme, kann dies dazu führen, dass wichtige Tatbestandselemente, insbesondere mit Bezug auf den subjektiven Tatbestand, ausser Acht gelassen werden. Hat nämlich ein Beschuldigter erst einmal Zeit, sich eine Tatversion oder ein Motiv zurechtzulegen, kann ein solches Versäumnis in vielen Fällen auch nicht wiedergutmacht werden. Hinzu kommt, dass ein Beschuldigter unter dem unmittelbaren Eindruck eines (schweren) Delikts oftmals andere Aussagen macht, als wenn er Zeit hatte, über seine Tat nachzudenken. Solche Einvernahmen dürfen nicht an die Polizei delegiert werden. Würden dabei nämlich wichtige tatsächliche oder rechtliche Aspekte vergessen gehen, könnte dies einem Fall einen unwiederbringlichen Schaden zufügen. Da bei Verdacht auf ein schweres Delikt gegen den Beschuldigten in der Regel ohnehin Haftantrag zu stellen sein wird, dürfte die "erste wesentliche Einvernahme" auch mit der Hafteröff-

²⁶⁶ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 4b.

²⁶⁷ Vgl. vorne I.B.

²⁶⁸ Bericht Expertenkommission, 129; Begleitbericht Vorentwurf, 204.

²⁶⁹ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 307, Rn. 23.

nungseinvernahme zusammenfallen – diese kann bereits von Gesetzes wegen nicht an die Polizei delegiert werden.²⁷⁰ Wenn nun der fallführende Staatsanwalt aber ohnehin eine Einvernahme vornehmen muss, dann macht es bereits auch aus Effizienzüberlegungen Sinn, diese nicht nur auf die Formalitäten zu beschränken, sondern sich auch Gedanken inhaltlicher und taktischer Natur zu machen – ganz abgesehen davon, dass die Befragung des Beschuldigten in diesem Fall klar in den Zuständigkeitsbereich des Staatsanwalts fällt.

Wesentlich ist aber auch, dass solche Einvernahmen von der Behörde durchgeführt werden, welche die Verantwortung für das Vorverfahren trägt.²⁷¹ Bereits in diesem Stadium einer Strafuntersuchung werden wichtige Weichen für die Anklageerhebung gestellt, insbesondere in Bezug auf den subjektiven Tatbestand.²⁷² Doch nicht nur das: Gerade bei der Einvernahme des Beschuldigten selber steht nicht nur die Beweisfunktion im Vordergrund, sondern auch die Gewährung des rechtlichen Gehörs.²⁷³ Bei der Einvernahme handelt es sich also um das Herzstück einer Strafuntersuchung. Gerade hier ist es aus rechtsstaatlichen Gründen unvermeidlich, dass der Staatsanwalt die Führung seiner Verfahren nie aus der Hand gibt und stets den Überblick behält.

Einschränkend hält das Gesetz lediglich fest, dass erste Einvernahmen "nach Möglichkeit" durch den Staatsanwalt durchzuführen seien. Es sind tatsächlich Fälle denkbar, bei denen der zuständige Staatsanwalt schlichtweg nicht in der Lage ist, sämtliche erste Befragungen selber durchzuführen. Im Rahmen seines Piktetts ist er in der Regel auf sich selber angewiesen und kann kaum auf Unterstützung von (selbst überlasteten) Arbeitskollegen zählen, insbesondere nicht ausserhalb der regulären Arbeitszeiten. Gerade aber im Haftverfahren drängt die Zeit und es muss innerhalb von 48 Stunden Haftantrag gestellt werden. Es rechtfertigt sich daher bereits aus zeitlichen Gründen, die Einvernahme von (zahlreichen) Zeugen und Auskunftspersonen an die Polizei zu delegieren, allenfalls unter Missachtung der Teilnahmerechte.²⁷⁴ Ist ein einzelner Schlüsselzeuge jedoch schon bekannt, hat der Staatsanwalt nach der hier vertretenen Ansicht diese Einvernahme in

²⁷⁰ Vgl. dazu vorne...

²⁷¹ ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 559.

²⁷² Vgl. dazu auch RÜEGGER, BSK-StPO, Art. 307, Rn. 4.

²⁷³ ALBRECHT/CAPUS, 362; HÄRING, BSK-StPO, Vor Art. 142-146, Rn. 7.

²⁷⁴ Für das Haftverfahren sind die Teilnahmerechte noch nicht entscheidend, zumal es ausreicht, einen dringenden Tatverdacht glaubhaft zu machen. Einvernahmen, welche unter Missachtung der Parteirechte erfolgt sind, können nach der hier vertretenen Ansicht wiederholt werden. Vgl. hinten V.D.

jedem Fall selber durchzuführen, da gerade hier der persönliche Eindruck entscheidend ist. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass eine andere Person, welche polizeilich befragt worden ist, als "Schlüsselzeuge" in Frage kommt, entbindet dies den Staatsanwalt aus dem gleichen Grund nicht davon, diese Befragung zu wiederholen. Mit Bezug auf beschuldigte Personen sind hingegen wenig Fälle vorstellbar, bei denen es dem Staatsanwalt nicht möglich sein kann, die erste Befragung selber durchzuführen. Denkbar sind ganz seltene Konstellationen wie etwa eine Massenschlägerei mit Todesfolge, bei der ein Dutzend Personen beteiligt waren. Schliesslich können die Möglichkeiten eines Staatsanwaltes auch dann beschränkt sein, wenn es um die Befragung von Personen geht, bei denen eine Spezialausbildung vorgeschrieben ist.²⁷⁵ Wie bereits ausgeführt, sieht die StPO in Art. 154 Abs. 4 lit. d vor, dass Befragungen von Kindern durch "zu diesem Zweck ausgebildete Ermittlungsbeamten" im "Beisein eines Spezialisten" durchzuführen sind.²⁷⁶ Verfügt ein fallführender Staatsanwalt nicht über eine solche Ausbildung, kommt er nicht umhin, die Einvernahme an eine andere Person zu übertragen. Eine Delegation an die Polizei erscheint aber aufgrund der Bedeutung einer solchen Einvernahme nicht zulässig. Der Staatsanwalt hat daher einen ausgebildeten Kollegen beizuziehen oder die Einvernahme allenfalls rechtshilfeweise an einen ausgebildeten Staatsanwalt eines anderen Kantons zu übertragen. Dies hätte zwar zur Folge, dass er die Verfahrensherrschaft für eine wesentliche Einvernahme aus der Hand zu geben hätte, doch wäre dies auch der Fall, würde eine Delegation an die Polizei zu erfolgen. Zu bedenken ist ferner, dass es bei der Vornahme einer Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft nicht nur um die Ausübung der bedeutungsvollen Verfahrensherrschaft geht, sondern auch um die Qualität der Befragung unter der Prämisse einer gewissen Unabhängigkeit. Ohnehin ist zu fordern, dass die kantonalen Staatsanwaltschaften dafür besorgt sind, ihre Staatsanwälte auch in solchen Belangen weiterzubilden. Verfügen pro Behörde ein bis zwei Staatsanwälte über die entsprechende Fachausbildung, können auch solche Einvernahmen stufengerecht durchgeführt werden.

²⁷⁵ ALBRECHT/CAPUS, 363.

²⁷⁶ Vgl. HÄRING, BSK-StPO, Vor Art. 142-146, Rn. 22.

3. "Wesentlichkeit" einer Einvernahme (Art. 307 Abs. 2 StPO)

Art. 307 Abs. 2 StPO hält nicht nur fest, dass der Staatsanwalt die ersten Einvernahme "nach Möglichkeit" bei schweren Straftaten und Ereignissen selber durchzuführen habe, sondern beschränkt dies vielmehr auf die ersten "wesentlichen" Einvernahmen. Dies betrifft in der Regel die erste Einvernahme zum konkreten Tatvorwurf und kann für die beschuldigte Person selber sowie für Schlüsselzeugen keine Einschränkung bedeuten. In diesen Fällen ist der persönliche Eindruck einer Partei derart wesentlich, dass deren erste Einvernahmen immer der Staatsanwaltschaft vorbehalten sind.²⁷⁷ Die Person, welche über das Schicksal eines Beschuldigten entscheidet, hat auch dafür zu sorgen, dass ihr alle Umstände eines Verfahrens bekannt sind. Dazu gehört nicht nur Aktenkenntnis, sondern auch die eigenständige Vornahme von Einvernahmen.²⁷⁸ Explizit der Fall ist dies auch bei der Einvernahme von Kindern. Hierzu sieht die StPO zwar vor, dass diese durch ausgebildete Spezialisten zu befragen sind (Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO). Oftmals handelt es sich hierbei allerdings um das einzige Beweismittel. Umso entscheidender ist der persönliche Eindruck, welche der verfahrensleitende Staatsanwalt von einem Kind gewinnt und umso wichtiger ist, dass sich die Staatsanwälte das entsprechende Fachwissen zur Einvernahme von Kindern aneignen.

Ohne weiteres delegierfähig sind daher Einvernahmen von Beschuldigten und Auskunftspersonen, wenn die Polizei gehalten ist, Serielikte abzuklären. Ist der modus operandi einmal bekannt und wurde der Beschuldigte zumindest einmal staatsanwaltlich befragt, können solche Einvernahme auch nicht mehr als "wesentlich" bezeichnet werden.

4. Zeugeneinvernahmen

Art. 142 Abs. 2 StPO sieht die Möglichkeit von Bund und Kantonen vor, Angehörige der Polizei zu bestimmen, welche im Auftrag der Staatsanwaltschaft Zeuginnen und Zeugen einvernehmen können. Diese Bestimmung verankert im Grunde einen Vorbehalt der Zeugeneinvernahme durch die Staatsanwaltschaft²⁷⁹, welcher auf eine vornehmlich in der Romandie anzutreffende Tradition zurückzuführen ist, gewissen Polizeibeamten

²⁷⁷ Vgl. LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 4b.

²⁷⁸ Vgl. hinten V.C.5.

²⁷⁹ ALBRECHT/CAPUS, 363; vgl. auch PIQUEREZ/MALACUSO, Rn. 1082 ff.

diese Befugnis zu übertragen.²⁸⁰ Im System der StPO ist diese Möglichkeit allerdings eher als Fremdkörper zu betrachten. Die staatsanwaltschaftliche Zeugeneinvernahme ersetzt im System der beschränkten Unmittelbarkeit die Zeugeneinvernahme an Schranken des Gerichts.²⁸¹ Als eines der wichtigsten Beweismittel in einem Verfahren hat sie den höchsten rechtstaatlichen Ansprüchen zu genügen. Im Hinblick auf die generelle Kompetenznorm von Art. 311 StPO ist die nach Gesetz zulässige Delegation von Zeugenbefragungen an die Polizei daher im Vorhinein eng zu Gunsten der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme auszulegen.²⁸² Es handelt sich denn hierbei auch nicht mehr um eine klassische Ermittlungsaufgabe der Polizei. Vielmehr wäre diese gezwungen, rechtlich und tatsächlich schwierige Untersuchungshandlungen anstelle der Staatsanwaltschaft vorzunehmen, was aus rechtsstaatlichen Gründen bedenklich wäre. Polizeibeamte sind in der Praxis denn auch oft mit solchen Einvernahmen überfordert. Sie sehen sich mit der Situation konfrontiert, dass neben dem Zeugen mehrere Anwälte, Mitbeschuldigte und Privatkläger anwesend sind. Gerade Strafverteidiger nutzen solche Gelegenheiten gerne zu ihren Gunsten aus und versuchen, Polizeibeamte durch juristische Einwände zu verunsichern. Zeugenbefragungen durch die Polizei haben daher die Ausnahme darzustellen.²⁸³ Wenn sie in Auftrag gegeben werden, so haben sie sich auf Nebenaspekte des Sachverhaltes oder auf Befragungen bei Serielikten zu beschränken.²⁸⁴ Es ist jedoch nicht zulässig, einen Hauptbelastungszeugen ausschliesslich polizeilich befragen zu lassen. Dies geht zum einen über die der Polizei obliegende Ermittlungstätigkeit hinaus, verletzt zum anderen aber auch den Grundsatz der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft. Ein Staatsanwalt, welcher den für die Frage der Schuld und der Bestrafung zentralen Hauptbelastungszeugen nicht selber einvernommen hat, kann sich kein objektives Urteil über den Abschluss des Verfahrens bilden.

²⁸⁰ Botschaft Strafprozessordnung, 1185; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 142, Rn. 8; vgl. auch BÄNZIGER, Vereinheitlichung, 403.

²⁸¹ Vgl. CAMENZIND/IMKAMP, Delegation, 212; KAUFMANN, Unmittelbarkeitsprinzip, 313.

²⁸² ALBRECHT/CAPUS, 363.

²⁸³ RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 18.

²⁸⁴ Vgl. HÄRING, BSK-StPO, Art. 142, Rn. 8.

5. Die Befragung als polizeiliche Auskunftsperson nach eröffneter Untersuchung

Grundsätzlich darf die Polizei keine weiteren selbständigen Ermittlungen mehr vornehmen, sobald die Staatsanwaltschaft in Bezug auf einen konkretisierten Verdacht ein Verfahren eröffnet hat.²⁸⁵ Die Staatsanwaltschaft hat ihr ab diesem Zeitpunkt klar umschriebene Aufträge zu erteilen, ferner ist die Einhaltung der Parteirechte zu garantieren. Von dieser Regel gibt es nach Ansicht des Zürcher Obergerichts jedoch eine Ausnahme: In einem Entscheid aus dem Jahr 2013 sieht dieses es als zulässig an, die Polizei mit der Ermittlung und Befragung von polizeilichen Auskunftspersonen zu beauftragen. Dabei handle es sich nicht um eine kontradiktorische Beweiserhebung und die entsprechend notwendige, kurze Befragung könne im Rahmen der polizeilichen Ermittlungen vorgenommen werden. Daher liege keine delegierte Einvernahme vor und es müssten auch keine Teilnahmerechte gewährt werden.²⁸⁶ Diese Aufgabe wird dann zur "Ermittlung" innerhalb eines eröffneten Untersuchungsverfahrens und ist in diesem Sinne als "Erstabklärung" zu behandeln. Die Polizei hat gestützt darauf eine eigenständige Einvernahmefähigkeit gemäss Art. 159 und Art. 179 StPO. Der Entscheid des Zürcher Obergerichts mag umstritten sein, insbesondere wegen der bereits erfolgten Verfahrenseröffnung, doch trägt er der Rollenverteilung zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft in der auch in vorliegender Abhandlung vertretenen Weise Rechnung. Die Polizei hat in erster Linie Ermittlungsaufgaben zu erfüllen. Dies tut sie, indem sie im Auftrag der Staatsanwaltschaft potentielle Zeugen ausfindig macht, sie kurz als Auskunftspersonen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 StPO polizeilich befragt und den Entscheid über die Durchführung einer allfälligen zweiten, staatsanwaltschaftlichen Befragung unter Wahrung der Teilnahmerechte der Verfahrensleitung überlässt. Mit anderen Worten ist es nach eröffneter Untersuchung möglich, die Polizei mit einer kurzen protokollarischen oder nicht protokollarischen Befragung zu beauftragen, mit dem Ziel zu klären, ob ein strafrechtlich relevanter Bezug zum Sachverhalt besteht. Diese Befragungen dienen denn insbesondere auch der Klärung der Rolle der zu befragenden Personen²⁸⁷ und tragen zu einer effizienten Verfahrensführung bei. Wäre nämlich die Polizei gezwungen, die noch zu ermitteln-

²⁸⁵ FABBRI, 178.

²⁸⁶ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. August 2013, III. Strafkammer, Geschäfts-Nr. UH130204-O/U/BUT, E. 4.3. und 4.4.

²⁸⁷ Weisung OSTA ZH, Ziff. 12.7.2.

den Auskunftspersonen, von denen noch nicht einmal klar ist, ob sie überhaupt etwas zum Sachverhalt beitragen können, allesamt unter Wahrung der Teilnahmerechte zu befragen, könnte dies ein Strafverfahren über Gebühr verlängern und sogar zu einem Verstoss gegen das Beschleunigungsgebot führen. Ausserdem würden die Kosten für amtliche Verteidigungen massiv ansteigen.

Nicht zu verwechseln ist diese Möglichkeit des Ermittlungsauftrags jedoch mit der Situation eines laufenden, eröffneten Untersuchungsverfahrens, etwa einem Serieneinbruchdiebstahl, bei dem laufend neue Straftaten aufgedeckt werden. Hier ist unbestritten, dass die Polizei mit Bezug auf die später aufgedeckten Straftaten zunächst eigenständig ermitteln kann.²⁸⁸ Dazu gehört auch die (nicht partei-)öffentliche Befragung von polizeilichen Auskunftspersonen.

6. Befragungen im Haftverfahren (Art. 224 Abs. 1 StPO)

Der Grundsatz, wonach die Staatsanwaltschaft insbesondere bei schweren Straftaten die Einvernahmen selber durchzuführen habe, deckt sich mit der Vorschrift von Art. 224 Abs. 1 StPO, welche vorsieht, dass die Staatsanwaltschaft die verhaftete Person "unverzüglich" befragt und ihr Gelegenheit gibt, sich zum Tatverdacht und den Haftgründen zu äussern. Diese Einvernahme, in der Praxis "Hafteröffnungseinvernahme" genannt, kann nicht an die Polizei delegiert werden.²⁸⁹ Abzulehnen ist daher explizit die Tendenz in der Praxis, dem Beschuldigten im Rahmen dieser Befragung einzig das rechtliche Gehör zu den Haftgründen zu gewähren, die Einvernahme zur Sache jedoch der Polizei zu überlassen. Eine solche Befragung ist unverwertbar – es sei denn, der Beschuldigte wiederholt seine Aussagen im Rahmen einer umfassenden staatsanwaltschaftlichen Einvernahme.

7. Durchführung der Schlusseinvernahme (Art. 317 StPO)

Das Gesetz weist die Vornahme der Schlusseinvernahme, welche für umfangreiche und kompliziertere Verfahren vorgesehen ist, explizit der Staatsanwaltschaft zu.²⁹⁰ Dies ist auch sachgerecht, erfolgt diese Einvernahme doch in der Regel im Hinblick auf die An-

²⁸⁸ FABRI, 178.

²⁸⁹ ALBRECHT/CAPUS, 363; vgl. auch FORSTER, BSK-StPO, Art. 224, Rn. 1; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 311, Rn. 5; PIETH, 131; PIQUEREZ/MALACUSO, Rn. 1216.

²⁹⁰ ALBRECHT/CAPUS, 363; PIETH, 196; PIQUEREZ/MALACUSO, Rn. 1714.

klage und soll dem Beschuldigten die Möglichkeit geben, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Gerade in dieser Phase des Verfahrens kommen juristischen Belangen und verfahrenstechnischen Fragen eine erhöhte Bedeutung zu, weswegen eine Schlusseinvernahme auch aus diesem Grund nicht an die Polizei delegiert werden darf.

D. Fazit

Wo sich aus gesetzlichen oder rechtstaatlichen Gründen eine Untersuchungshandlung der Staatsanwaltschaft aufdrängt, darf diese nicht an die Polizei delegiert werden.²⁹¹ Dies gilt insbesondere für die Einvernahme, der im Strafverfahren eine besondere Bedeutung zukommt.²⁹² Es handelt es sich bei ihr vielmehr noch um das Kernstück einer Beweisführung.²⁹³ Delegationsbefugnisse sind daher restriktiv anzuwenden²⁹⁴ und haben sich auf Einzelfälle zu beschränken. Andernfalls würde dies zu einer Aushöhlung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung führen, was mit der Verletzung von bedeutenden Verteidigungsrechten des Beschuldigten einherginge. Zu bedenken ist ferner, dass die befragende Person den Inhalt des Gesprächs bestimmt. Dies umfasst nicht nur dessen Umfang und Richtung, sondern auch mögliche Verfahrensbeendigungen und den gerichtlichen Untersuchungsgegenstand.²⁹⁵ Umso wichtiger ist daher, dass gerade zentrale Einvernahmen durch die juristisch geschulte Verfahrensleitung geführt werden. Dies gilt insbesondere auch für die erste Einvernahme bei einer "schweren Straftat" oder einem "anderen schwerwiegenden Ereignis" (Art. 307 Abs. 1 StPO). Wird ein Staatsanwalt über ein solches Geschehen unterrichtet, so hat er auch nach gesetzlicher Vorgabe zumindest die erste Einvernahme des Beschuldigten selber durchzuführen. Selbstverständlich liegt es im Ermessen des Staatsanwaltes, darüber zu entscheiden, ob ein solches Ereignis auch nach seinem Dafürhalten tatsächlich vorliegt. Die Polizei schätzt etwa eine Lage anders ein oder beurteilt eine erste Meldung als schwerwiegender als sich im Nachhinein herausstellt. Jedenfalls ist diese Bestimmung aber grosszügig zu Gunsten der durch den Staatsanwalt durchgeführten Einvernahme auszulegen. In Fällen, bei denen ohnehin Haftantrag gestellt werden muss, rechtfertigt sich eine Delegation der ersten Einvernahme des Beschuldigten nach der hier vertretenen Ansicht bereits aus Effizienz-

²⁹¹ Vgl. ALBERTINI, in: Albertini/Fehr/Voser, Polizeiliche Ermittlung, 559.

²⁹² ALBRECHT/CAPUS, 364.

²⁹³ RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 18.

²⁹⁴ ALBRECHT/CAPUS, 364.

²⁹⁵ ALBRECHT/CAPUS, 366.

gründen nie. Anders bei Zeugen und Auskunftspersonen: Gerade im Haftverfahren kann die Staatsanwaltschaft gezwungen sein, die erste Einvernahme dieser Personen an die Polizei zu delegieren. Dies entbindet sie jedoch nicht von der Pflicht, diese Befragungen bei Schlüsselzeugen zu wiederholen. Als Ausnahme ist (mit Bezug auf die Erstbefragung) nur eine Konstellation denkbar. Dies betrifft Delikte, bei denen aus Zeitgründen mehrere Personen gleichzeitig zu befragen sind.²⁹⁶

Der Grundsatz, wonach die Polizei ermittelt und die Staatsanwaltschaft untersucht, kann daher – neben den klaren gesetzlichen Bestimmungen mit Bezug auf die Schluss- oder die Hafteröffnungseinvernahme – primär auf die Frage angewendet werden, ob eine Beweiserhebung delegiert werden darf oder nicht.²⁹⁷ Dies verbietet es der Staatsanwaltschaft im Vorhinein, Konfrontationseinvernahmen zu delegieren, aber auch solche von Hauptbelastungszeugen. Es ist nicht die Aufgabe der Polizei, Teilnahmerechte zu wahren und Beteiligte miteinander zu konfrontieren, um zu gerichtsverwertbaren Beweise zu gelangen. Dasselbe gilt auch für den Fall, dass rechtlich komplexe Fragen zu klären sind. Sobald juristisches Spezialwissen gefragt ist, ist eine Delegation nicht mehr möglich, zumal der Staatsanwalt den zuständigen polizeilichen Sachbearbeiter in solchen Fällen auch in die unangenehme Lage brächte, sich gegen einen juristisch überlegenen Rechtsanwalt durchsetzen zu müssen. Bei solchen nicht delegierfähigen Einvernahmen ist ferner stets der persönliche Eindruck von wesentlicher Bedeutung. Dieses Kriterium kann daher ebenfalls ergänzend hinzugezogen werden, wenn es um die Beurteilung geht, ob eine bestimmte Einvernahme delegiert werden kann oder nicht. Sind im Falle eines Serieneinbrechers die Geschädigten zu befragen, kann auf eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme eher verzichtet werden, weswegen auch eine Delegation zulässig ist. Beruht eine Anzeige jedoch auf der Darstellung einer einzigen Person, so ist der persönliche Eindruck zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit ihrer Aussage und der Glaubwürdigkeit entscheidend.

Demgegenüber erscheint es zulässig, Beweiserhebungen und Einvernahmen zu delegieren, die sich auf Nebenumstände der Tat beziehen und die für die rechtliche Bewertung des Sachverhaltes von untergeordneter Bedeutung sind. Zu denken ist etwa an serien-

²⁹⁶ ALBRECHT/CAPUS, 364.

²⁹⁷ Vgl. ALBERTINI, 343.

mässig begangene Vermögensdelikte, bei denen die Polizei ohne Weiteres beauftragt werden kann, den Tathergang und das Deliktsgut zu klären, während Einvernahmen, welche sich auf rechtliche Aspekte, wie etwa den subjektiven Tatbestand, beziehen, von der Staatsanwaltschaft durchzuführen sind.²⁹⁸ Ohne weiteres delegierfähig sind auch die klassischen polizeilichen Aufgaben wie etwa Erhebungen der Erkennungsdienste, der wissenschaftlichen Dienste oder der Bücherexperten.²⁹⁹

Dies beschlägt selbstverständlich nicht die Befugnis der Polizei, weitere Ermittlungen von bis dahin noch unbekanntem Straftaten des gleichen Beschuldigten vorzunehmen.³⁰⁰ Sie kann dies jedoch nicht ohne Wissen des verfahrensleitenden Staatsanwaltes tun, sondern steht vielmehr in der Pflicht, diesen über die konkrete Verdachtslage zu informieren. Insofern unterscheiden sich solche Ermittlungen von solchen, bei denen die Staatsanwaltschaft erst in einem zweiten Schritt informiert wird.

Schliesslich erscheint es wesentlich, dass der fallführende Staatsanwalt die involvierten Parteien stets zeitnah über seine delegierten Ermittlungsaufträge informiert, indem er etwa Kopien davon zustellt. Nur so ist überhaupt eine Kontrolle der Verfahrensführung möglich.

²⁹⁸ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 4; OBERHOLZER, 487; vgl. auch RÜEGGER, BSK-StPO, Art. 307, Rn. 4.

²⁹⁹ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 3.

³⁰⁰ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 309, Rn. 1.

VI. Fehlerhafte Ermittlungsaufträge

Dass ein Beschuldigter grundsätzlich das Recht auf ein faires Verfahren nach den Vorschriften der StPO hat, dürfte unbestritten sein. In der Literatur ist denn auch weitgehend anerkannt, dass eine weitergehende Ausdehnung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens rechtsstaatlich bedenklich ist, da der beschuldigten Person in diesem Stadium weniger Verteidigungsrechte zukommen als in der anschliessenden staatsanwaltschaftlichen Untersuchung.³⁰¹ Dieselben und sogar noch weitergehende rechtsstaatliche Bedenken sind nach der hier vertretenen Meinung aber angebracht, wenn es um die zu ausgedehnte Delegation von Untersuchungshandlungen an die Polizei geht. Ein Teil der Lehre stellt sich dabei allerdings auf den Standpunkt, dass es sich bei der korrekten Delegation von Ermittlungshandlungen an die Polizei um eine "blosse Ordnungsvorschrift" handle. Beweise seien daher auch verwertbar, wenn sie ohne konkreten staatsanwaltschaftlichen Auftrag erhoben worden seien.³⁰² Die korrekte und nicht zu umfassende Auftragserteilung an die Polizei im Rahmen von Art. 312 Abs. 1 StPO wird mit anderen Worten ohne weitere Differenzierung zu den Ordnungsvorschriften gezählt, welche nicht zwingend zu einem Beweisverbot führen.³⁰³ Diese Einordnung erscheint jedoch im Hinblick auf die vorangegangenen Ausführungen, insbesondere in Bezug auf die rechtsstaatliche und demokratische Bedeutung der staatsanwaltschaftlichen Verfahrensherrschaft, aber auch zur Sicherung eines fairen Verfahrens, als zu pauschal. Nachfolgend wird daher zunächst die Gültigkeits- von der Ordnungsvorschrift abgegrenzt und anschliessend eine Lösung erarbeitet, welche sich an der Bedeutung der Verfahrensherrschaft orientiert.

A. Abgrenzung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften

Art. 141 Abs. 2 StPO hält fest, dass Beweise, die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben worden sind, nicht verwertet werden dürfen, während Beweise, bei denen lediglich Ordnungsvorschriften tangiert worden sind, verwertbar bleiben. Bei der Abgrenzung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften ist nach herrschender Lehre auf den Schutzzweck der Norm abzustellen. Unter Berücksichtigung des Fairnessgebotes ist zu prüfen, ob die mit der fraglichen gesetzlichen Vorschrift geschützten Interes-

³⁰¹ Vgl. z.B. DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 174.

³⁰² DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 165.

³⁰³ DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 203; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 4c; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 312, Rn. 6.

sen der beschuldigten Person nur mit der Unverwertbarkeit oder Ungültigkeit der regelwidrig erlangten Beweise gewahrt werden können.³⁰⁴ Dabei darf nicht vergessen werden, dass Teile der Praxis Ordnungsvorschriften als weitgehend unbeachtlich betrachten.

B. Fehlende Schriftlichkeit

Während in kleinen und mittleren Verfahren schriftliche Ermittlungsaufträge mangels einer Notwendigkeit des direkten Kontakts mit der Polizei an der Tagesordnung sein dürften, sieht dies in grossen Verfahren anders aus. Hier arbeiten Staatsanwaltschaft und Polizei so eng zusammen, dass Aufträge weitgehend mündlich, sei es an Sachbearbeiter-sitzungen oder per Telefon, erteilt werden. In der Praxis dürfte der fallführende Staatsanwalt diese in den wenigsten Fällen im Anschluss schriftlich festhalten.

Bei der Vorschrift der Schriftlichkeit handelt es sich nach der hier vertretenen Meinung um eine Ordnungsvorschrift. Sie liegt nicht in einem derart grossen Ausmass im Interesse des Beschuldigten, dass nur die Unverwertbarkeit die Folge sein kann. Allerdings hat der Beschuldigte das Recht, den Umfang der Ermittlungsaufträge – und damit auch die Wahrnehmung der Verfahrensherrschaft durch die Staatsanwaltschaft – zu überprüfen, indem er die (nachträgliche) Schriftlichkeit der Aufträge einfordert. Dies dient ihm zweifelsohne auch der besseren Wahrnehmung seiner Verteidigungsrechte, weil er nur so den Ablauf des Verfahrens nachvollziehen kann. Weil im Nachhinein solche Aufträge an die Polizei gerade in grossen Verfahren mit vielen zusätzlichen Ermittlungen naturgemäss schwer zu rekonstruieren sind, ist es einem fallführenden Staatsanwalt nahezulegen, solche von Anfang an schriftlich festzuhalten. Dazu genügt auch eine stichwortartige Aktennotiz eines Telefongesprächs. Eine nachträgliche Niederschrift und Rückdatierung eines Ermittlungsauftrages (eventuell auch eines solchen, der nie bestanden hat), ist hingegen nicht zu empfehlen. Der Staatsanwalt könnte sich damit dem Vorwurf der Urkundenfälschung aussetzen.

C. Fehlende Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft

Ein Teil Lehre stellt sich auf den Standpunkt, dass die im Rahmen eines zu weit gefassten Ermittlungsauftrags erhobenen Beweise stets verwertbar seien.³⁰⁵ Dies ist nach der

³⁰⁴ PIETH, 166; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 1032 ff.; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 141, Rn. 11; Botschaft Strafprozessordnung, 1183.

hier vertretenen Ansicht differenziert zu betrachten. Wichtig ist zunächst die Feststellung, dass der Beschuldigte nach den vorangegangenen Ausführungen das unbedingte Recht auf einen Staatsanwalt hat, der seiner Verantwortung nachkommt und die Verfahrensherrschaft über seine Fälle hat. Entsteht nun über die gesamte Untersuchung hinweg der Eindruck, dass der Schwerpunkt der Fallführung nicht bei der Staatsanwaltschaft, sondern bei der Polizei liegt, so sind die auf diese Art erhobenen Beweise nach der hier vertretenen Meinung grundsätzlich nicht verwertbar. Ein solcher Mangel kann allerdings sowohl am Ende des Verfahrens durch Wiederholung mehrerer Befragungen wie auch nach erfolgter Zurückweisung der Untersuchung durch das erstinstanzliche Gericht korrigiert werden.

Eine Korrektur ist aber nicht immer möglich. Ist ein Zeuge oder eine Auskunftsperson nicht mehr auffindbar oder wiederholt er oder sie seine gegenüber der Polizei gemachten Aussagen nicht, so ist die erste Aussage nicht verwertbar. In diesem Fall dürfen im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Befragung weder die Aussagen der polizeilichen Befragung vorgehalten werden noch besteht irgendeine andere Möglichkeit, diese wieder ins Verfahren zu holen. Das gleiche gilt auch, wenn davon ausgegangen werden muss, dass ein Zeuge oder eine Auskunftsperson durch eine suggestive Vorbefragung bereits beeinflusst resp. «verbrannt» worden ist. Die vorangehende polizeiliche Befragung darf dann im Verfahren bereits gestützt auf Art. 140 Abs. 1 StPO nicht verwertet werden.³⁰⁶

Dies hat mit anderen Worten zur Folge, dass Beweise dann nicht verwertet werden können, wenn der Staatsanwalt seine fehlende Verfahrensherrschaft auch im Nachhinein

³⁰⁵ LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 6; OMLIN, BSK-StPO, Art. 313, Rn. 15; PIETH, 195; RHYNER, BSK-StPO, Art. 306, Rn. 118.

³⁰⁶ Vgl. LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 309, Rn. 2a. Korrekterweise hat der Staatsanwalt in solchen Fällen die Entfernung der Einvernahme aus den Akten zu verfügen. Tut er dies nicht von sich aus, hat der Beschuldigte einen entsprechenden Antrag zu stellen, den er bei Abweisung mit Beschwerde anfechten kann. Verblieben nämlich solche Einvernahmen in den Akten, kann ein faires Verfahren nicht mehr garantiert werden, zumal das einst urteilende Gericht unvermeidlich davon beeinflusst würde. Die Auffassung des Bundesgerichts, wonach die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln und deren Entfernung aus den Akten erst durch den Sachrichter zu entscheiden sei, vermag nicht zu überzeugen. Vgl. BGer. vom 13.04.2012, 1B_179/2012, E. 2.4. und PIETH, 169. Siehe dazu auch WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 141 E. 10a.

nicht korrigieren kann. Im Gegensatz zu anderen Beweismitteln, die unter Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift erhoben worden sind, sind solche Fehler und Versäumnisse also nicht grundsätzlich nicht behebbar. Feststellbar ist die fehlende Verfahrensherrschaft insbesondere an fehlenden und zu allgemein formulierten Ermittlungsaufträgen sowie an ausschliesslich durch die Polizei erstellten Einvernahmen.

In diesem Zusammenhang ist ferner zu bedenken, dass bei einem Staatsanwalt, der seine Untersuchungen vollumfänglich delegiert und auch nicht gewillt ist, seiner gesetzlichen Pflicht Nachachtung zu verschaffen, unter Umständen ein Ausstandsgrund vorliegen könnte (Art. 56 lit. f StPO). Immerhin kommt seine Arbeitshaltung einer eigentlichen Arbeitsverweigerung gleich, welche aufzeigt, dass er nicht gewillt ist, den ihm übertragenen Fall gegen den betreffenden Beschuldigten auf gesetzeskonforme Art und Weise zu lösen. Insbesondere für die Privatklägerschaft könnte sich diese Überlegung als interessant erweisen.

D. Delegation von wichtigen Einvernahmen

Der Grundsatz der Fairness des Verfahrens und der Anspruch des Beschuldigten auf Rechtsstaatlichkeit gebieten es, dass polizeiliche Befragungen von wesentlichen Zeugen oder Auskunftspersonen bei der Beweisführung unbeachtet bleiben. Fällt damit ein wesentliches Beweismittel weg, kann dies zu einem Freispruch führen – oder zu einer Rückweisung des Strafverfahrens an die Staatsanwaltschaft zwecks gesetzmässiger Erhebung der Beweise. Diese Einschränkung gilt aber nur für wesentliche Zeugen oder Auskunftspersonen. Delegierte Befragungen, welche die Polizei vornimmt, sind nicht per se unverwertbar. Es ist gerechtfertigt, dass die Staatsanwaltschaft in einem Fall, bei dem viele potentielle Zeugen vorhanden sind, weniger wichtig scheinende Einvernahmen an die Polizei delegiert und nur die Haupt- oder Schlüsselzeugen selber einvernimmt. Aussagen, denen bei der Beweisführung wesentliche Bedeutung zukommt, sind aber nur dann verwertbar, wenn sie vom Staatsanwalt erhoben worden sind. Wurden die betreffenden Personen im Rahmen einer an die Polizei delegierten Einvernahme befragt, kann das Gericht nicht darauf abstützen. Dies würde eine Verletzung der Vorschrift von Art. 307 Abs. 2 StPO bedeuten, wonach wichtige Einvernahmen und Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft vorbehalten sind und schliesslich zu einer Aushöh-

lung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchungspflicht führen.³⁰⁷ Die so erhobenen Beweise führen, sofern sie nicht ordnungsgemäss wiederholt werden können, zu einem Beweisverwertungsverbot und damit allenfalls zu einem Freispruch.

E. Polizeiliche Ermittlungen ohne Auftrag

Schliesslich kann der Fall eintreten, dass die Polizei in einer bereits eröffneten Strafuntersuchung von sich aus weitere Ermittlungen in Angriff nimmt, ohne dies mit dem zuständigen Staatsanwalt abgesprochen zu haben. Beruht dies auf einem unzureichenden Ermittlungsauftrag, so ist auf die soeben beschriebenen Rechtsfolgen zu verweisen. Das Versäumnis kann demgemäss korrigiert werden, wenn der Staatsanwalt die Verfahrensherrschaft umgehend ausübt und die wichtigsten Einvernahmen wiederholt.³⁰⁸ Ermittelt jedoch die Polizei in einem Fall selbständig, bei dem der zuständige Staatsanwalt die Verfahrensherrschaft pflichtgemäss ausübt, so stellt sich die Frage, wie mit den so erhobenen Beweisen zu verfahren ist. Ohne Auftrag durchgeführte Einvernahmen sind im Sinne der vorangegangenen Ausführungen verwertbar, sofern die Parteirechte ordnungsgemäss gewährt worden sind.³⁰⁹ Dies entbindet den Staatsanwalt jedoch nicht davon, die wesentlichen Einvernahmen - insbesondere die Beschuldigteneinvernahmen sowie die Befragung von Schlüsselzeugen – unter Wahrung der Parteirechte zu wiederholen.³¹⁰ Tut er das nicht, sind die entsprechenden, durch die Polizei vorgenommenen Befragungen nicht verwertbar, zumal solche Einvernahmen grundsätzlich einem Delegationsverbot unterliegen. Ebenso unverwertbar sind Einvernahmen selbstverständlich dann, wenn davon ausgegangen werden muss, dass ein Zeuge oder eine Auskunftsperson durch eine suggestive Vorbefragung "verbrannt" worden ist. Eine Korrektur ist in solchen Fällen nicht mehr möglich, auch nicht mit einer nachträglich durchgeführten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme. Die vorangehende polizeiliche Befragung darf im Verfahren gestützt auf Art. 140 Abs. 1 StPO nicht verwertet werden³¹¹ und die Staatsanwaltschaft hat durch Ergreifen von geeigneten aufsichtsrechtlichen Massnahmen künftige Verfeh-

³⁰⁷ OMLIN, BSK-StPO, Art. 313, Rn. 13; vgl. auch Begleitbericht Vorentwurf, 204.

³⁰⁸ Vgl. vorne VI.C.

³⁰⁹ Vgl. BURGER-MITTNER/BURGER, 169 f.; LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 6; OMLIN, BSK-StPO, Art. 313, Rn. 15; PIETH, 195.

³¹⁰ Kritisch hierzu LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 309, Rn. 2a.

³¹¹ Vgl. LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 309, Rn. 2a. Siehe auch Fn. 306.

lungen zu verhindern. Sagt die einvernommene Person im Rahmen der nachgeholtten staatsanwaltschaftlichen Befragung anders aus, dürfen ihr weder die Aussagen der polizeilichen Befragung vorgehalten werden noch besteht irgendeine andere Möglichkeit, diese wieder ins Verfahren zu holen.

Verfasst der Staatsanwalt hingegen "nur" einen zu weit gefassten Delegationsauftrag, führt dies nicht zu einer Unverwertbarkeit, da es sich hierbei nach der hier vertretenen Meinung um eine Ordnungsvorschrift handelt.³¹² Allerdings haben die Gerichte in solchen Fällen ein besonderes Augenmerk auf die Wahrung des staatsanwaltschaftlichen Primats zu legen und dabei insbesondere auf die staatsanwaltschaftliche Einvernahme von Hauptbelastungszeugen.

F. Massnahmen der Gerichte

Bei der fehlenden Verfahrensherrschaft durch die Staatsanwaltschaft handelt es sich wie bereits mehrfach erwähnt um einen Mangel, der in aller Regel geheilt werden kann. Hat der Staatsanwalt das Verfahren zu spät eröffnet, keine oder nur wenige, jedenfalls aber nicht die wesentlichen, Einvernahmen selber durchgeführt und (zu) umfangreiche Ermittlungshandlungen an die Polizei delegiert, kann er seine Verfahrensherrschaft jederzeit zurückgewinnen, indem er sich einen Überblick über das Verfahren verschafft und den Beschuldigten sowie die wesentlichen Belastungszeugen selber (noch einmal) einvernimmt. Natürlich ist es empfehlenswert, die Verfahrensherrschaft und damit die Verantwortung von Anfang an wahrzunehmen, zum richtigen Zeitpunkt zu eröffnen und die wesentlichen Untersuchungen selber durchzuführen und zu leiten. Dadurch werden die Ressourcen gebündelt und wertvolle Zeit sowohl bei der Polizei wie auch bei der Staatsanwaltschaft gespart.³¹³ Für die Verwertbarkeit von Beweisen hat dies Folgen, die nicht vergleichbar sind mit etwa jenen einer Hausdurchsuchung, die ohne Verfügung der Staatsanwaltschaft stattgefunden hat oder einer Telefonkontrolle, die nicht genehmigt worden ist. Hier ist klar, dass die Beweise nicht verwertbar und allfällige Fehler auch

³¹² OMLIN, BSK-StPO, Art. 313, Rn. 14.

³¹³ Aus diesem Grund wird auch davon ausgegangen, dass sich die Problematik in der Praxis selber regeln wird. Die Polizei wird nicht mehr bereit sein, Einvernahmen durchzuführen, wenn sie weiss, dass diese zu einem späteren Zeitpunkt ohnehin durch den fallführenden Staatsanwalt wiederholt werden (müssen) und wird sich für griffige Weisungen einsetzen, welche die Aufgaben von Staatsanwaltschaft und Polizei definieren. Im Kanton Aargau etwa hat dieser Prozess bereits eingesetzt. Dies gelingt aber natürlich nur unter der Voraussetzung, dass die Gerichte Hand dazu bieten, das Primat der Staatsanwaltschaft auf die nachfolgend beschriebene Art und Weise durchzusetzen.

nicht wiedergutmacht werden können. Anders präsentiert sich die Lage bei einer fehlenden Verfahrensherrschaft, weswegen die Folgen differenzierter zu betrachten sind.

Die Gerichte stützen sich im System der beschränkten Unmittelbarkeit grundsätzlich auf die im Vorverfahren erhobenen Beweise ab. Sind diese nicht ordnungsgemäss erhoben worden, hat sie das Sachgericht unter Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form erneut zu erheben (Art. 343 Abs. 1 StPO).³¹⁴ Auf der anderen Seite haben die Gerichte aber auch die Möglichkeit, eine Anklage zur Ergänzung oder Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen (Art. 329 Abs. 2 StPO). Diese Möglichkeit sieht die Lehre insbesondere bei fehlenden Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernissen, aber auch bei einer klar unvollständigen und mangelhaften Beweislage sowie bei Fehlerhaftigkeit und Ergänzungsbedürftigkeit der Akten.³¹⁵ Das Bundesgericht hingegen will eine Rückweisung an die Staatsanwaltschaft zur Beweisergänzung nur ausnahmsweise zulassen. Es sei "Aufgabe des Gerichts, allenfalls neue Beweise zu erheben, unvollständig erhobene Beweise zu ergänzen und im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss abgenommene Beweise nochmals zu erheben"³¹⁶. Es stützte sich dabei auf den Wortlaut von Art. 343 StPO und verweist auf entsprechende Beratungen in den Räten.³¹⁷ Eine Rückweisung an die Staatsanwaltschaft sieht das Bundesgericht hingegen dann als opportun an, wenn ein "moyen de preuve indispensable", ein unerlässliches Beweismittel also, fehlt.³¹⁸

Die bisherigen Ergebnisse dieser Arbeit haben gezeigt, dass es sich bei der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft um ein wesentliches Recht des Beschuldigten handelt. Ergibt die Prüfung eines angeklagten Verfahrens, dass eine solche nicht bestanden hat, weil etwa wesentliche Verfahrensteile an die Polizei delegiert worden sind, fehlt nach der hier vertretenen an einem "wesentlichen Beweismittel", was zu einer Rückweisung führen muss. Dies bereits aus rechtstaatlichen und demokratischen Überlegungen. Wie

³¹⁴ GEISSELHARDT, Beweisverbote, 301, 304; HAURI/VENETZ, BSK-StPO, Art. 343, Rn. 15; PIQUEREZ/MALACUSO, 1768; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rn. 152.

³¹⁵ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 329, Rn. 8; vgl. auch Botschaft Strafprozessordnung, 1278; GRIESSER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 329, Rn. 17, 22; KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 16, Rn. 13, PIQUEREZ/MALACUSO, 1779; WOHLERS, Unmittelbarkeit, 430.

³¹⁶ BGer. vom 16. Dezember 2014, 6B_56/2014, E. 1.6.2. Diese Stossrichtung hat das Bundesgericht jüngst bestätigt, indem es erneut festhielt, dass eine Rückweisung einer Anklage an die Staatsanwaltschaft zur Beweisergänzung nur ganz ausnahmsweise zulässig sei (BGE 141 V 39, E. 1.6.).

³¹⁷ Vgl. dazu Antrag Suter und nachfolgendes Votum Blocher, AB 2007 N 1020 f.

³¹⁸ BGer. vom 26. Juli 2011, 1B_302/2011, E. 2.2.2.

nachfolgend ausgeführt wird, stellt ferner gerade die Wahrung der Waffengleichheit eines der wesentlichen Argumente für eine Rückweisung dar.

Was muss nun im Falle einer exzessiven Delegation von Verfahrenshandlungen an die Polizei gelten? Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der Verfahrensherrschaft durch die Staatsanwaltschaft um ein wesentliches Recht des Beschuldigten, sowohl aus Sicht der Rechtstaatlichkeit wie auch aus Sicht der Fairness eines Prozesses. Diese originär der Staatsanwaltschaft vorbehaltene Verfahrensherrschaft verbietet es nun, diese stellvertretend durch die erstinstanzlichen Gerichte wahrnehmen zu lassen. Das Prinzip der Gewaltenteilung lässt es nicht zu, dass die Vernachlässigung von originär einer Exekutivbehörde zustehenden Kompetenzen durch eine Justizbehörde geheilt wird. Hinzu kommt, dass es einer Aushöhlung des Systems der beschränkten Unmittelbarkeit gleichkommen würde, müssten die Gerichte künftig umfangreiche Beweise erneut abnehmen. Schliesslich geht es aber auch um die Waffengleichheit³¹⁹ im Prozess und damit die Fairness des Verfahrens: Wären die Gerichte angehalten, Beweise, welche unter Missachtung der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft erhoben worden sind, erneut abzunehmen, könnten findige Staatsanwälte auf die persönliche Einvernahme eines wesentlichen Zeugen mit Absicht verzichten, um dessen erneute Einvernahme im erstinstanzlichen Verfahren zu erzwingen. Diese Möglichkeit hat der Beschuldigte nicht. Er kann bestenfalls einen Beweisergänzungsantrag um erneute Einvernahme eines bestimmten Zeugen stellen, hat aber gegen dessen Zurückweisung nicht einmal ein Rechtsmittel, sondern ist auf das in der Praxis zurückhaltend angewandte Wohlwollen des zuständigen Gerichts angewiesen.³²⁰ Die vorgeschlagene Regelung dürfte schliesslich auch im Sinn der erstinstanzlichen Gerichte sein: Müssten diese die zu grosszügig an die Polizei delegierten und damit den gesetzlichen Anforderungen nicht genügenden Beweiserhebungen selber wiederholen, hätten die betroffenen Staatsanwälte keinen Anreiz, ihre Verantwortung in einem nächsten Verfahren wahrzunehmen. Die Gerichte würden dann die Arbeit der Staatsanwälte übernehmen, was nicht deren Intention sein dürfte. In der Praxis hat sich teilweise – wohl gerade auch deswegen – die Rückweisung zur Ergänzung bereits etabliert, währenddem die Bereitschaft, Beweise selber in ord-

³¹⁹ Darunter wird der Gedanke verstanden, dass die beschuldigte Partei die gleichen Ausgangschancen haben soll wie die Strafverfolgungsbehörden. Vgl. z.B. PIETH, 53.

³²⁰ WOHLERS, Unmittelbarkeit, 436, 443.

nungsgemässer Form abzunehmen, eher gering ist.³²¹ Diese Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Verfahrensherrschaft im Rahmen der Vorprüfung scheidet denn auch nicht daran, dass sie lediglich in einem summarischen Rahmen stattfindet. Die oberflächliche Durchsicht der Akten zeigt einem Richter schnell, ob der fallführende Staatsanwalt die wesentlichen Befragungen, insbesondere jene von Hauptbelastungszeugen, selber durchgeführt hat oder nicht. Bemerkt das Gericht die Unverwertbarkeit eines Beweismittels erst nach Beginn der Hauptverhandlung, steht ihm die Möglichkeit der Rückweisung gleichwohl offen (Art. 329 Abs. 2 StPO). Zu betonen ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass es den Gerichten selbstverständlich weiterhin frei steht, ordnungsgemäss erhobene Beweise noch einmal zu erheben, wenn der persönliche Eindruck für die Urteilsfällung notwendig erscheint (Art. 343 Abs. 3 StPO).³²² Die unmittelbare Abnahme einer Zeugenaussage, gerade für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit, ist nicht nur für den anklagenden Staatsanwalt von Bedeutung.

G. Möglichkeiten der Parteien

Stellt ein Beschuldigter oder eine andere Partei fest, dass sämtliche Verfahrenshandlungen an die Polizei delegiert werden oder die wesentlichen Belastungszeugen nicht durch den zuständigen Verfahrensleiter der Staatsanwaltschaft einvernommen wurden, muss er die Möglichkeit haben, die staatsanwaltschaftliche Verfahrensherrschaft durchzusetzen. Diese Rüge muss in jedem Verfahrensstadium angebracht werden können, der Zeitpunkt ist der Partei zu überlassen. Es kann jedenfalls nicht sein, dass dieser Einwand einzig deshalb nicht gehört wird, weil er schon zu einem früheren Zeitpunkt hätte vorgebracht werden können, zumal es in aller Regel erst nach Abschluss einer Untersuchung möglich ist, die Fallführung eines Staatsanwaltes zu beurteilen. Es ist auch nicht Aufgabe des Beschuldigten, die Staatsanwaltschaft auf Verfahrensmängel hinzuweisen und sich damit selber zu schaden. Vielmehr muss er die Möglichkeit haben, sich allenfalls auch durch geschickte Wahl des Zeitpunkts dieser Rüge einen taktischen Vorteil zu verschaffen.

³²¹ WOHLERS, Unmittelbarkeit, 431.

³²² GUT/FINGERHUTH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 343, Rn. 30 f.; HAURI/VE-
NETZ, BSK-StPO, Art. 343, Rn. 19; OMLIN, BSK-StPO, Art. 308, Rn. 23; PIQUEREZ/MALACUSO, 1770;
RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 2510; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 343, Rn. 2; vgl. auch Votum Wicki,
AB 2007 N 726.

Erhebt der Beschuldigte oder eine andere Partei diese Rüge schon *während der Voruntersuchung*, kann sich der Staatsanwalt zwar jederzeit auf den Standpunkt stellen, die verlangte Einvernahme zu einem späteren Zeitpunkt noch persönlich vorzunehmen. Immerhin aber dürfte ihn dies zur entsprechenden Handlung zwingen. Ob die Möglichkeit einer Beschwerde besteht, ist umstritten, da es sich um eine behördeninterne Anordnung handelt.³²³ Auch wenn dies nach der hier vertretenen Meinung zwar grundsätzlich zu bejahen wäre, würde die beschwerdeführende Partei nur riskieren, dass der fallführende Staatsanwalt die Zeit des Beschwerdeverfahrens nützt, um die notwendigen Untersuchungshandlungen nachzuholen, was wiederum die Beschwerdeinstanz dazu verleiten könnte, das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Immerhin aber wäre damit das Ziel – den Staatsanwalt zu den entsprechenden Befragungen zu zwingen – erreicht. Auch könnte es dem Beschuldigten faktische Vorteile bringen, indem er die Untersuchung aus dem Takt bringt und Zweifel an der Verwertbarkeit einzelner Beweise streut. Die Wiederholung von Einvernahmen könnte er sodann dafür nutzen, eine ihn belastende Aussage zu relativieren. Auch könnte er die berechtigte Frage in den Raum stellen, ob ein Zeuge allenfalls bereits "verbrannt" ist oder gegebenenfalls sogar die Durchführung eines abgekürzten Verfahrens erzwingen.³²⁴ Zu bedenken ist aber, dass die Abgrenzung zum Beweisergänzungsantrag, gegen dessen Ablehnung kein Rechtsmittel besteht (Art. 318 Abs. 3 StPO), schwierig ist.

Stellt eine Partei nach Eingang der Parteimitteilung resp. *nach Abschluss der Untersuchung* fest, dass dem staatsanwaltschaftlichen Primat während der Voruntersuchung kaum Nachachtung verschafft worden ist oder eine wesentliche Einvernahme delegiert worden ist, hat sie die Möglichkeit, dies sofort zu rügen oder bis zur Gerichtsverhandlung zuzuwarten. Eine sofortige Rüge veranlasst den fallführenden Staatsanwalt im besten Fall, die notwendigen Einvernahmen nachzuholen, andernfalls die Sachlage an Schranken erneut vorgebracht werden kann.

Reagiert das *erstinstanzliche Gericht* nach der Vorprüfung der Akten im Sinne von Art. 329 StPO nicht schon von sich aus, steht dem Beschuldigten frei, die fehlende

³²³ Vgl. LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Kommentar, Art. 312, Rn. 9; OMLIN, BSK-StPO, Art. 312, Rn. 12.

³²⁴ So könnte sich der Staatsanwalt in einer Situation wiederfinden, wo er die Wahl hat, entweder umfangreiche Befragungen zu wiederholen oder in einen "faulen Kompromiss" – mit entsprechender günstiger Strafe für den Beschuldigten – im Rahmen eines abgekürzten Verfahrens einzuwilligen.

staatsanwaltschaftliche Verfahrensherrschaft resp. die Delegation einer wesentlichen Befragung vorfrageweise zu rügen. Seitens des Gerichts muss dies die Rückweisung der Anklageschrift an die Staatsanwaltschaft zur Folge haben, wobei es der Staatsanwaltschaft ebenso offen steht, ihre Anklageschrift zurückzuziehen (vgl. Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO).³²⁵ Bringt der Beschuldigte den Einwand erst im Rahmen der Hauptverhandlung vor, indem er die Unverwertbarkeit geltend macht, so kann dies dazu führen, dass das Gericht die notwendigen Einvernahmen selber nachholt. Auch die Möglichkeit einer Rückweisung besteht nach wie vor. Tut das Gericht weder das eine noch das andere, müsste dieser Umstand nach der hier vertretenen Ansicht zur Unverwertbarkeit der entsprechenden Befragungen und gegebenenfalls zu einem Freispruch des Beschuldigten führen. Diesem bringt dies aber nicht zwingend einen Vorteil, zumal die Möglichkeit der Rückweisung einer Anklageschrift an die Staatsanwaltschaft auch der Berufungsinstanz noch offen steht. Immerhin besteht aber die Chance, dass der Beschuldigte berechtigte Zweifel an der Verwertbarkeit von Beweisen streuen kann, was sich unter Umständen in einem für ihn günstigen Urteil niederschlägt. Auch könnte es einem Beschuldigten gelingen, einen Staatsanwalt zur Vermeidung der Wiederholung umfangreicher Befragungen zur Durchführung eines abgekürzten Verfahrens zu zwingen.

In jedem Fall ist dem Beschuldigten resp. seinem Verteidiger wie auch den übrigen Parteien zu empfehlen, ein wachsames Auge auf die Ausübung der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft zu haben. Werden ausufernde Delegationen an die Polizei festgestellt, wird dessen aktenkundliche Feststellung durch die Verteidigung den (theoretisch) fallführenden Staatsanwalt mit grosser Wahrscheinlichkeit dazu anhalten, seinen gesetzlichen Verpflichtungen vermehrt nachzukommen. Es ist daher zu fordern, dass Delegationen den Parteien stets zeitnah mitzuteilen sind.³²⁶ Nur so hat der Beschuldigte resp. sein Verteidiger stets den Überblick über das Ausmass an Delegation in seinem Strafverfahren und kann entsprechend reagieren.

H. Fazit

Delegierte Ermittlungsaufträge haben schriftlich zu ergehen, wobei es sich hierbei allerdings lediglich um eine Ordnungsvorschrift handelt. Der Beschuldigte hat aber zwecks

³²⁵ Vgl. dazu vorne VI.E.

³²⁶ Vgl. dazu die Weisung OSTA ZH, Ziff. 12.7.3.6.

Nachvollziehbarkeit des Verfahrensablaufs das Recht, nachträglich die Schriftlichkeit eines solchen Auftrages zu verlangen. Anders verhält es sich, wenn aus einer Untersuchung hervorgeht, dass die Staatsanwaltschaft ihrer Verpflichtung, die Verfahrensherrschaft auszuüben, nicht nachgekommen ist. Der Beschuldigte darf nicht verurteilt werden, wenn nicht zumindest die Hauptbelastungszeugen staatsanwaltschaftlich einvernommen worden sind. In der Regel sind dies aber Versäumnisse, die im Nachhinein korrigiert werden können, sei es auf Anregung des Beschuldigten selber oder nach Rückweisung der Anklage durch das erst- oder zweitinstanzliche Gericht. Letztere sind denn auch angehalten, im Rahmen der Prüfung der Anklage auch ein Augenmerk auf die Einhaltung des staatsanwaltschaftlichen Primats zu haben. Stellen Sie eine Verletzung des Prinzips der staatsanwaltschaftlichen Verfahrensherrschaft fest, haben sie die Anklage zur Vornahme von ergänzenden Einvernahmen an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen (Art. 329 Abs. 2 StPO). Diese Überprüfung kann durchaus summarisch erfolgen und sich auf die Frage beschränken, ob der Beschuldigte sowie die wesentlichen Belastungszeugen durch die Staatsanwaltschaft einvernommen worden sind. Art und Umfang der (schriftlich) erteilten Aufträge an die Polizei geben dem Gericht wichtige Hinweise. Der Beschuldigte resp. sein Verteidiger hat abzuwägen, ob er die festgestellte fehlende Verfahrensherrschaft bzw. ausufernde Delegationen an die Polizei bereits während der laufenden Untersuchung oder erst im Verlaufe der Hauptverhandlung rügen will. Letzteres würde unter Umständen zu einem taktischen Vorteil führen, möglich ist aber auch eine Rückweisung durch das Gericht und damit eine Verfahrensverzögerung. Nachdem sich der Beschuldigte nicht selber belasten muss, muss ein Zuwarten bis zur Gerichtsverhandlung aber in jedem Fall zulässig sein. Zu einem Freispruch dürfte dies allerdings in den wenigstens Fällen führen. Die fehlende Verfahrensherrschaft durch die Staatsanwaltschaft kann in der Regel geheilt werden, indem die wichtigsten Befragungen wiederholt werden. Wesentlich ist aber dennoch die Feststellung, dass im Hinblick auf rechtsstaatliche Garantien und die Fairness des Verfahrens keine Verurteilung erfolgen darf, die sich ausschliesslich auf polizeilich befragte Zeugen stützt.

Schlussfolgerungen

Die Staatsanwaltschaft ist Herrin des Strafverfahrens und Aufsichtsbehörde über die Polizei. Dieser Verantwortung kann sie sich bereits aus rechtstaatlichen und demokratischen Überlegungen nicht entziehen. Gerade, weil die Polizei in vielen Fällen über einen sachlichen Informationsvorsprung verfügt, drängt sich die Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft umso mehr auf. Sie dient damit dem Interessensausgleich zwischen diesem Informationsvorsprung und der rechtlichen Notwendigkeit einer Kontrolle.³²⁷ Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft resp. der einzelne Staatsanwalt eine höhere demokratische Legitimation als die Polizei genießt. Auch aus diesem Grund ist der Entwicklung, ganze Verfahrensteile an die Polizei zu delegieren und die Verfahrensherrschaft damit faktisch aus der Hand zu geben, unbedingt Einhalt zu gebieten. Die Polizei kann ein rechtsstaatliches Verfahren bereits aufgrund ihrer hierarchischen Einbettung nicht im gleichen Ausmass wie die Staatsanwaltschaft garantieren. Es ist aber auch im ureigenen Interesse des Beschuldigten und damit auch Teil seiner Rechte, dass diejenige Person, welche über den Abschluss eines Strafverfahrens befindet, auch die wichtigsten Beweismittel selber abgenommen hat. Überlässt ein Staatsanwalt diese Aufgabe faktisch der Polizei, setzt er eine Beurteilung durch eine nicht zuständige Person an die Stelle seines pflichtgemässen Ermessens und gefährdet damit die Fairness des Verfahrens.

Betrachtet man zudem die unterschiedlichen Aufgaben von Staatsanwaltschaft und Polizei, so wird schnell klar, dass den Polizeibehörden in erster Linie ermittelnde Tätigkeiten zukommt, während die Staatsanwaltschaften dafür zu sorgen haben, dass die Beweise gerichtsverwertbar erhoben werden. Diese Aufgaben machen denn auch die Kernkompetenzen der beiden Behörden aus. Es wäre bereits aus diesem Grund verfehlt, der Polizei Aufgaben zu übertragen, die sich ohne juristisches Studium kaum bewältigen lassen. Hinzu kommt folgende Überlegung: Die Strafprozessordnung hatte zum Ziel, dass Anklage und Untersuchung aus einer Hand kommen. Wird nun die Strafuntersuchung faktisch an die Polizei delegiert, resultiert daraus eine vom Gesetzgeber eben gerade nicht gewollte Funktionenteilung.³²⁸

³²⁷ LILIE, Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft, 641 f.

³²⁸ Vgl. BOMMER, Vereinheitlichung, 244.

Schliesslich darf nicht vergessen werden, dass die exzessive Delegation von Ermittlungshandlungen an die Polizei vor allem auch der Verlust von kriminalistischen Kenntnissen bei der Staatsanwaltschaft zur Folge hat. Ohne diese Kenntnisse ist keine sinnvolle Kontrolle der Polizei mehr möglich.³²⁹ Hat ein Staatsanwalt die notwendige Fachkompetenz nicht (mehr), der Polizei detaillierte und konkrete Ermittlungsaufträge zu erteilen³³⁰, so hat er sich diese anzueignen und nötigenfalls erfahrene Staatsanwälte um Rat zu fragen. Es geht jedoch nicht an, der Polizei mit dieser Begründung weitgehend freie Hand zu lassen.

Für den Inhalt des Ermittlungsauftrages hat dies weitreichende Folgen. Nicht delegierbar sind nach dem Grundsatz "die Polizei ermittelt – die Staatsanwaltschaft untersucht" all jene Ermittlungshandlungen, die vor allem formelle Vorschriften nach sich ziehen. Die Aussage eines Hauptbelastungszeugen etwa ist nur dann verwertbar, wenn der Beschuldigte die Möglichkeit hatte, der Einvernahme beizuwohnen und sein Recht auf Anschlussfragen auszuüben. Entsprechend ist diese Einvernahme Aufgabe der Staatsanwaltschaft. Die gesetzlichen Vorschriften, wonach erste Einvernahmen bei schweren Delikten, Schluss- und Hafteröffnungseinvernahmen nicht zu delegieren sind, decken sich mit dieser Auffassung. Sie sind aber zu ergänzen um die Konfrontationseinvernahme und um die Einvernahme von Hauptbelastungszeugen, welche nach der hier vertretenen Ansicht Untersuchungshandlungen darstellen, welche nie an die Polizei delegiert werden dürfen. Damit verbleiben im Ergebnis nur wenige Befragungen, welcher einer Delegation zugänglich sind. Denkbar ist die Delegation der Einvernahme von Auskunftspersonen oder Zeugen bei einer Serieldelinquenz oder mit Bezug auf Nebenaspekte eines Sachverhalts. Ferner ist es zulässig, die Polizei im Sinne eines selbständigen Ermittlungsauftrags innerhalb der Strafuntersuchung mit der Ermittlung von potentiellen Zeugen und deren Befragung als polizeiliche Auskunftspersonen ohne Teilnahmerechte zu beauftragen.

Diese Erkenntnisse haben auch Folgen für die Gerichte. Diese haben im Rahmen der summarischen Prüfung der Anklageschrift im Sinne von Art. 329 StPO zu kontrollieren, ob der anklagende Staatsanwalt seiner Verpflichtung zur Ausübung der Verfahrensherr-

³²⁹ LILIE, Verhältnis Polizei und Staatsanwaltschaft, 640.

³³⁰ Vgl. die Befürchtung von DAPHINOFF, Strafbefehlsverfahren, 163.

schaft nachgekommen ist. Gestützt auf eine Einvernahme, welche nur polizeilich erfolgt ist, darf keine Verurteilung eines Beschuldigten ergehen. Die Gerichte sind denn auch nicht gehalten, die Versäumnisse der Staatsanwaltschaft nachzuholen. Vielmehr haben sie das Strafverfahren in die Untersuchung zurückzuweisen. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist denn auch die Feststellung, dass kein grundrechtlicher Anspruch auf ein vollständig unmittelbares Gerichtsverfahren besteht.³³¹ Demgegenüber bestehen unbedingte verfassungsrechtliche Ansprüche auf ein faires Verfahren und auf Waffengleichheit – und auf die Wahrnehmung der Verfahrensherrschaft durch die Staatsanwaltschaft als Teil dieser Garantien.

³³¹ SCHMID, Praxiskommentar, Art. 343, Rn. 1; vgl. auch RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Rn. 2507 f.

Eigenständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne Mithilfe Dritter verfasst und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich nehme zur Kenntnis, dass im Falle von Plagiaten auf Note 1 erkannt werden kann.

Aarau, 10. August 2015

Dr. iur. Nicole Burger, RA