

# **Strafprozessrecht**

## 10 Jahre

## Schweizerische

## **StPO**

Herausgeber:

Konrad Jeker

Thomas Held

Yvan Jeanneret

Schulthess 

## Vorwort

Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Strafprozessordnung StPO in Kraft und vereinheitlichte zumindest formell das bisher kantonal geregelte Strafverfahrensrecht. Nach gut 10 Jahren Praxis unter dem neuen Recht erscheint es als gerechtfertigt, einzelne Anwendungsfragen aus unterschiedlichen Blickwinkeln einer Würdigung zu unterziehen. Dass es sich nur um ein partielles Zwischenfazit handeln kann, ergibt sich bereits aus der Vielzahl an Themen, die zu Diskussionen Anlass gaben und geben. Auch wurde die StPO seit Inkrafttreten mehrfach punktuell geändert und vom Gesetzgeber zuletzt umfassend auf ihre «Praxistauglichkeit» überprüft; zumindest war dies das Ziel der geplanten StPO-Revision. Die entsprechenden Anpassungen sind beschlossen und stehen – unter Vorbehalt eines eher unwahrscheinlichen Referendums – kurz vor dem Inkrafttreten.

Die Herausgeber danken den zahlreichen Autorinnen und Autoren für ihre Bereitschaft, sich trotz der widrigen Umstände im Zusammenhang mit der Pandemie zu engagieren. Gleichzeitig bitten wir um Verständnis für die Verzögerung der Publikation, die – wie sich aus dem Titel ergibt – bereits letztes Jahr hätte erscheinen sollen. Die Beiträge haben glücklicherweise weder an Bedeutung noch an Aktualität verloren und mögen für die Praxis, aber auch im Hinblick auf künftige Novellen als wertvolle Denkanstösse dienen.

Ein besonderer Dank geht auch an den Schulthess Verlag und das Team des Schulthess Forums. Die Schulthess-Forum-Tagung «10 Jahre StPO» vom 7./8. September 2021 in Bern war Anstoß für die vorliegende Publikation.

### Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2022  
ISBN 978-3-7255-8215-0

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Polizei und Staatsanwaltschaft: Ungeklärte Verhältnisse

SABINE GLESS / LAURA MACULA

## Inhaltsübersicht

|      |  |     |
|------|--|-----|
| I.   | Vision des StPO-Gesetzgebers .....   | 87  |
| II.  | Zweiteilung des Vorverfahrens .....  | 88  |
|      | A. Polizeiliches Ermittlungsverfahren .....  | 88  |
|      | B. Staatsanwaltschaftliches Untersuchungsverfahren .....                             | 91  |
| III. | Rechtsunsicherheit in der Praxis .....   | 93  |
|      | A. Abgrenzung zwischen Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren .....                 | 93  |
|      | 1. Formeller vs. materieller Eröffnungsbegriff .....                                 | 93  |
|      | 2. Auswirkungen auf Partei- und Verfahrensrechte –<br>Beweisverwertungsverbot? ..... | 95  |
|      | 3. Kasuistik zur materiellen Untersuchungseröffnung .....                            | 98  |
|      | B. Polizeiliche «Vorermittlungen»? .....   | 101 |
| IV.  | Mandat zur Spurenicherung – faktischer Machtzuwachs bei der Polizei .....            | 104 |
| V.   | Ausblick .....   | 106 |

## Literatur

AMBOS KAI, Beweisverwertungsverbote, Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme, Berlin 2010 (zit. AMBOS)

ALBERTINI GIANFRANCO/RÜEGGER PETER, Zur Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft, in: fp 2010, 360 ff. (zit. ALBERTINI/RÜEGGER, fp 2010)

ARNOLD JÖRG, Weitere Gedanken zur Auftragerteilung im Strafverfahren, in: fp 2020, 466 ff. (zit. ARNOLD, fp 2020)

BLÄSI LINDA, Der Zeitpunkt der Bestellung der notwendigen Verteidigung, Zürich/Basel/Geneva 2019, zugl. Diss. Zürich 2019 (zit. BLÄSI)

BRUN MARCEL, Gefahr der Verpolizeilichung des Vorverfahrens, in: recht 2014, 92 ff. (zit. BRUN, recht 2014)

BRUNNER ANDREAS/HEIMGARTNER STEFAN, Ouverture, Gedanken zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung gemäss Art. 309 StPO, 269 ff., in: Cavallo Angela/Hiestand Eliane/Blocher Felix et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich/Basel/Geneva 2012 (zit. CAVALLO/HIESTAND/BLOCHER ET AL.-Brunner/Heimgartner)

BÜRGE LUKAS, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, Charakteristik, Abgrenzungen und Auswirkungen auf die Beschuldigtenrechte, Diss. Bern 2018 (zit. BÜRGE)

BURGER-MITTNER NICOLE, Die Grenzen des delegierten Ermittlungsauftrags an die Polizei, in: fp 2016, 90 ff. (zit. BURGER-MITTNER, fp 2016)

BURGER-MITTNER NICOLE/BURGER SIMONE, Das Prinzip der Staatsanwaltschaft auf dem Prüfstand, Die Durchsetzung der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft als wesentliches Recht des Beschuldigten, in: fp 2011, 165 ff. (zit. BURGER-MITTNER/BURGER, fp 2011)

DEL GIUDICE LUDOVICA, Wann beginnt das polizeiliche Ermittlungsverfahren? Wann beginnt das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren?, in: ZStrR 128/2010, 116 ff. (zit. DEL GIUDICE, ZStrR 128 [2010])

DENCKER FRIEDRICH, Verwertungsverbote im Strafprozess, Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten, Köln et al. 1977, zugl. Habil. Bonn, 1974 (zit. DENCKER)

DONATSCH ANDREAS, Die Anhaltung im Spannungsfeld von Strafprozessrecht und Polizeirecht, 73 ff., in: Jeanneret Yvan/Sträuli Bernhard (Hrsg.), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal: mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani*, Genf/Zürich/Basel 2021 (zit. JEANNERET/STRÄULI-*Donatsch*)

DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS)

EICKER ANDREAS, Die Schweizerische Strafprozessordnung im Überblick – Anknüpfung an Bestehendes, Vereinheitlichung und hohe Regelungsdichte, in: recht 2010, 189 ff. (zit. EICKER, recht 2010)

FABBRI ALBERTO, Polizeiliche Ermittlung oder staatsanwaltschaftliche Untersuchung – ist das die Frage? Abgrenzungen im Vorverfahren nach Schweizerischer Strafprozessordnung, in: BfM 2013, 165 ff. (zit. FABBRI, BfM 2013)

GARLAND LORENZ, Waffengleichheit im Vorverfahren, Eine kritische Auseinandersetzung mit der konzeptionellen Ausgestaltung des Strafverfahrens in der Schweiz, Berlin/Bern 2019, zugl. Diss. Zürich 2019 (zit. GARLAND)

GLESS SABINE, Gesetzliche Regelungen von Beweisverwertungsverbote – die Schweiz als Vorreiter?, 127 ff., in: Gropp Walter/Hecker Bernd/Kreuzer Arthur et al. (Hrsg.), Strafrecht als ultima ratio, Giessener Gedächtnisschrift für Günter Heine, Tübingen 2016 (zit. GROPP/HECKER/KREUZER ET AL.-*Gless*)

GODENZI GUNHILD, Heimliche Einvernahmen, Die Aushöhlung der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung durch den Grundsatz der getrennten Einvernahmen, in: ZStrR 129/2011, 322 ff. (zit. GODENZI, ZStrR 129 [2011])

GRODECKI STÉPHANE/CORNU PIERRE, Kommentierung von Art. 309 CPP, in: Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. GRODECKI/CORNU, CR CPP)

HANSJAKOB THOMAS, Verdeckte polizeiliche Tätigkeit im Internet, in: fp 2014, 244 ff. (zit. HANSJAKOB, fp 2014)

KARNUSIAN PHILIP, Der Tatverdacht und seine Quellen, in: fp 2016, 350 ff. (zit. KARNUSIAN, fp 2016)

LANDSHUT NATHAN/BOSSHARD THOMAS, Kommentierung der Art. 299, 307 und 309 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), *Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Art. 196–457, Band II, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. LANDSHUT/BOSSHARD, SK StPO II)

LENTJES MEILI CHRISTIANE, Präventiv oder Repressiv?, Das Verwirrspiel um verdeckte polizeiliche Operationen, 437 ff., in: Cavallo Angela/Hiestand Eliane/Blocher Felix et al. (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CAVALLO/HIESTAND/BLOCHER ET AL.-*Lentjes Meili*)

LENTJES MEILI CHRISTIANE/RHYNER BEAT, Kommentierung von § 4 und Vorb. zu §§ 32–32g PolG ZH, in: Donatsch Andreas/Jaag Tobias/Zimmerlin Sven (Hrsg.), PolG, Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. LENTJES MEILI/RHYNER, Kommentar PolG ZH)

OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012 (zit. OBERHOLZER)

OMLIN ESTHER, Kommentierung von Art. 309 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, Art. 196–457 StPO, Art. 1–54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. OMLIN, BSK StPO II)

PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. PIETH, 3. Aufl.)

DERS., Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. PIETH, 2. Aufl.)

POVALEJ ROMAN/VOLKMANN DIRK, GIS und Geoinformatik bei der Polizei, Chancen und Potenziale für Ermittlungen, 685 ff., in: Rüdiger Thomas-Gabriel/Bayerl Petra Saskia (Hrsg.), *Cyberkriminologie, Kriminologie für das digitale Zeitalter*, Wiesbaden 2020 (zit. RÜDIGER/BAYERL-POVALEJ/VOLKMANN)

RHYNER BEAT, Kommentierung von Art. 306 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, Art. 196–457 StPO, Art. 1–54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. RHYNER, BSK StPO II)

RIEDO CHRISTOF/BONER BARBARA, Kommentierung von Art. 300 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196–457 StPO, Art. 1–54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. RIEDO/BONER, BSK StPO II)

RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011 (zit. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI)

RIKLIN FRANZ, StPO-Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. RIKLIN)

RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht unter Einchluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD)

RÜEGGER PETER, Kommentierung von Art. 307 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196–457 StPO, Art. 1–54 JStPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. RÜEGGER, BSK StPO II)

SCHÄR CAROLINE, Die Beschränkung von Teilnahmerechten und deren strafprozessuale Folgen, in: ZStrR 137/2019, 141 ff. (zit. SCHÄR, ZStrR 137 [2019])

SCHINDLER BENJAMIN/WIDMER RAPHAEL, Kommentierung von § 2 PolG ZH, in: Donatsch Andreas/Jaag Tobias/Zimmerlin Sven (Hrsg.), PolG, Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. SCHINDLER/WIDMER, Kommentar PolG ZH)

SCHLEGEL STEPHAN, Kommentierung von Art. 30 StPO, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Art. 1–195, Band I, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. SCHLEGEL, SK StPO I)

SCHRÖDER ANDREAS, Ausgewählte Fragen im Straf- und Strafprozessrecht, in: BJM 2015, 69 ff. (zit. Schröder, BJM 2015)

STURM EVELYNE, Untersuchung von polizeilicher Gewaltanwendung, Menschenrechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2019, zugl. Diss. Bern 2018 (zit. STURM)

USTER HANSPETER, Polizei und Staatsanwaltschaft im Vorverfahren – Schnittstelle oder Nahtstelle?, in: fp 2010, 353 ff. (zit. USTER, fp 2010)

von HAHN PATRICK, Ermittlungen ohne Verdacht, Rechtliche Grundlagen und Grenzen polizeilicher Vorermittlungen in der Schweiz, Basel 2019, zugl. Diss. Basel 2018 (zit. von HAHN)

WEDER ULRICH, Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen – Eine Beurteilung aus staatsanwaltschaftlichem Blickwinkel, fokussiert auf das Teilnahmerecht mitbeschuldigter Personen, in: fp 2016, 281 ff. (zit. WEDER, fp 2016)

WIESER HANNO, Das Ermittlungsverfahren und die Untersuchung ergänzen sich – auch bei der Personalbeweiserhebung, in: fp 2014, 340 ff. (zit. WIESER, fp 2014)

ZIMMERLIN SVEN, Einleitung zu den Kommentierungen, in: Donatsch Andreas/Jaag Tobias/Zimmerlin Sven (Hrsg.), PolG, Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. ZIMMERLIN, Kommentar PolG ZH)

## Materialien

Botschaft 05.092 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006, 1085 ff. (zit. BBl 2006)

Botschaft 19.048 zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung) vom 28.8.2019, BBl 2019, 6697 ff. (zit. BBl 2019)

## I. Vision des StPO-Gesetzgebers

Mit Inkrafttreten der StPO hat die Schweiz im Jahr 2011 in verschiedener Hinsicht Standards für eine gesetzliche Regelung des Strafverfahrens gesetzt, die langfristig zum Vorbild für ihre Nachbarländer werden könnten. Dazu gehört etwa der gesetzliche Anspruch auf eine Verteidigung der ersten Stunde in Art. 159 StPO<sup>1</sup> oder die gesetzliche Regelung der Beweisverbote in Art. 141 StPO.<sup>2</sup>

In anderen Bereichen erscheint die gesetzliche Normierung jedoch fast leichtsinnig lückenhaft, etwa mit Blick auf das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei. Seit Inkrafttreten der StPO unterteilt sich das Vorverfahren (Art. 299–327) schweizweit in zwei Verfahrensabschnitte, nämlich ein *polizeiliches* Ermittlungsverfahren (Art. 306 f. StPO) einerseits und ein *staatsanwaltschaftliches* Untersuchungsverfahren andererseits (Art. 308 ff. StPO). Die dadurch entstehenden Schnittstellen und deren Handhabung durch die beteiligten Akteure sind aber nicht klar definiert. Die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts deklarierte im Vorfeld, die beiden Verfahren seien als Einheit zu betrachten.<sup>3</sup> Das Gesetz statuiert dafür in den vorangestellten Grund-

<sup>1</sup> Vgl. hierzu etwa GARLAND, 155; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 318.

<sup>2</sup> GROPP/HECKER/KREUZER ET AL.-Gless, 127–141.

<sup>3</sup> BBl 2006 1257 f.

sätzen eine Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft im ganzen Vorverfahren (Art. 16 Abs. 2 StPO), doch in der konkreten Regelung des Vorverfahrens fehlen entsprechende Vorgaben, welche eine echte Führung ermöglichen würden. So hat die neue «Einheit» in den letzten 10 Jahren bekanntlich zu verschiedensten Kontroversen Anlass gegeben.<sup>4</sup> In der Praxis hat die gesetzgeberische Vision, dass sich Polizei und Staatsanwaltschaft die Aufgaben zwischen erstem Zugriff und Beweissicherung bis zur rechtlichen Aufarbeitung einer mutmasslichen Straftat entsprechend ihren Stärken unter einer inhärenten Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft teilen,<sup>5</sup> eher zum Gegenteil geführt. So stärkt das Mandat zur Spuren- und Beweissicherung durch die Polizei mit der zunehmenden Bedeutung technischer Beweismittel deren Rolle für den Strafprozess. Die folgenden Schlaglichter auf das Vorverfahren beleuchten, wie sich das Verhältnis von polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit in den letzten 10 Jahren seit Inkrafttreten der StPO entwickelt hat. Hier stellen sich nicht nur übergangsweise, sondern mit Blick auf die Zukunft Fragen nach der Umsetzung der vom Gesetzgeber vorgesehenen Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft.

## II. Zweiteilung des Vorverfahrens

3 Mit der Aufteilung des Vorverfahrens in ein polizeiliches Ermittlungs- und ein staatsanwaltschaftliches Untersuchungsverfahren sollte ein effizientes Untersuchungsverfahren geschaffen werden, in dem die Polizei ihre Aufgaben vor Ort zeitnah und selbstständig wahrnehmen kann, die Leitung der Ermittlungen aber bei der Staatsanwaltschaft liegt.<sup>6</sup>

### A. Polizeiliches Ermittlungsverfahren

4 Nach den gesetzgeberischen Vorgaben ist es Aufgabe der Polizei, im Ermittlungsverfahren Spuren und Beweise sicherzustellen und auszuwerten,<sup>7</sup> die geschädig-

4 Beginnend bei der Frage, ob das Vorverfahren überhaupt zweiteilt oder eben eine eingliedrige Einheit sei, vgl. den Überblick bei BÜRGE, 29 ff. Praxisrelevant ist etwa auch die Kontroverse um den Zeitpunkt, an dem eine notwendige Verteidigung nach Art. 131 StPO sichergestellt sein muss, vgl. dazu etwa BBl 2019 6731 f.; BGer vom 18.4.2018, 6B\_990/2017 E. 2.3.2; BGer vom 25.10.2017, 6B\_178/2017, 6B\_191/2017 = Pra 107 (2018) Nr. 21 E. 2.2, 2.4 ff.; BLÄSI, 79 ff.

5 BBl 2006 1258.

6 Vgl. BBl 2006 1260 ff.; BRUN, recht 2014, 92, 96.

7 Vgl. dazu etwa ARNOLD, fp 2020, 466 ff.

## II. Zweiteilung des Vorverfahrens

ten und tatverdächtigen Personen zu ermitteln und zu befragen sowie tatverdächtige Personen nötigenfalls anzuhalten,<sup>8</sup> festzunehmen oder nach ihnen zu fahnden – kurz das operativ Notwendige zu tun, damit beurteilt werden kann, ob mutmasslich eine Straftat vorliegt. Dies tut die Polizei nach einer Anzeige, einer Anweisung durch die Staatsanwaltschaft oder einer eigenen Feststellung (vgl. Art. 306 Abs. 1 und 2 StPO). Ausgangspunkt bzw. Voraussetzung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens als Teil des Vorverfahrens ist das Vorliegen eines gewissermassen «minimalen» Tatverdachts, der in der Literatur gemeinhin als sog. Anfangsverdacht<sup>9</sup> (teilweise auch als einfacher Verdacht)<sup>10</sup> bezeichnet wird, im Gesetz aber nicht näher umschrieben wird (vgl. Art. 299 Abs. 2 StPO).

Faktisch dürfte es vielerorts zu einer Ausweitung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens gekommen sein.<sup>11</sup> Dies erscheint unter verschiedenen Gesichtspunkten als problematisch, etwa auch wegen des eher pragmatischen Charakters des polizeilichen Ermittlungsverfahrens. Letzteres beginnt nicht mit einem förmlichen Akt, sondern schlicht mit der Aufnahme von Ermittlungshandlungen durch die Organe der Polizei.<sup>12</sup> Diese behält faktisch zunächst das Sagen, es sei denn, die Staatsanwaltschaft greift ein.

Nach den gesetzlichen Vorgaben kann die Staatsanwaltschaft jederzeit der Polizei Weisungen und Aufträge erteilen oder das Verfahren an sich ziehen.<sup>13</sup> Nach der gesetzgeberischen Idee soll die Staatsanwaltschaft Untersuchungshandlungen an die Polizei konkret umschreiben (vgl. Art. 312 Abs. 1 Satz 2 StPO) und dadurch ihre Leitungsfunktion wahrnehmen. Die Entwicklung in den Kantonen weist jedoch darauf hin, dass Staatsanwält:innen oft die gesamten Ermittlungsarbeiten aus der Hand geben.<sup>14</sup> Auch die in Art. 307 Abs. 3 StPO vorgesehene, unbestimmt formulierte Pflicht zum Rapport (die Polizei muss selbstständig getroffene Feststellungen und von ihr ergriffene Massnahmen laufend in schriftlichen Berichten dokumentieren und letztere nach Abschluss ihrer Ermittlungen umgehend der Staatsanwaltschaft übermitteln) wirkt für sich genommen einer fakti-

8 Vgl. dazu JEANNERET/STRÄULI-Donatsch, 73 ff.

9 BRUN, recht 2014, 93; BÜRGE, 205 f.; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 273; LANDSHUT/BOSCHARD, SK StPO II, Art. 299 N 26 m.w.N.; PIETH, 3. Aufl., 219 m.w.N.; RIEDO/BONER, BSK StPO II, Art. 300 N 4 f.; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 2244 f.; RIKLIN, Art. 299 N 3; von HAHN, 33 ff.

10 FABBRI, BJM 2013, 167.

11 Ausführlich und kritisch hierzu BRUN, recht 2014, 95 ff.; BÜRGE, 210 ff.

12 FABBRI, BJM 2013, 169, 173 m.w.N.; zum Ganzen siehe auch DEL GIUDICE, ZStrR 128 (2010), 120 ff.

13 Art. 307 Abs. 1 und 2 StPO.

14 BURGER-MITTNER, fp 2016, 90.

schen Stärkung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens in der Praxis kaum entgegen. Vielmehr stellt Art. 307 Abs. 3 StPO es letztlich der Polizei anheim, darüber zu entscheiden, wann ihres Erachtens die Voraussetzungen zum Abschluss eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens und der Rapportierungspflicht vorliegen.<sup>15</sup> Das ist aus gesetzgeberischer Perspektive schon deshalb problematisch, weil im Vorverfahren wichtige Weichen gestellt werden und es Aufgabe der Staatsanwaltschaften und nicht der Polizei ist, dem Legalitätsprinzip möglichst gerecht zu werden.<sup>16</sup>

<sup>7</sup> In der Praxis bringt die Polizei den Grossteil der Verfahren, namentlich sog. Massendelikte, der Staatsanwaltschaft also erst nach Abschluss des polizeilichen Ermittlungsverfahrens mit ihren Rapporten und den entsprechenden Unterlagen zur Kenntnis. Das hat einerseits gute praktische Gründe: Würde die Polizei sämtliche Fälle, die sie gerade bearbeitet, der Staatsanwaltschaft bereits vor der Rapportierung melden, hätte dies eine enorme Fülle von Meldungen zur Folge, die mit grossem Aufwand verarbeitet werden müssten und für die Staatsanwaltschaft bei der Wahrnehmung ihrer Verfahrensleitungsfunktion regelmässig ohne Nutzen wären.<sup>17</sup> Andererseits liegt hierin eben das Risiko, dass der gesetzgeberische Plan torpediert wird: Die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft zur Leitung des Verfahrens hängt massgeblich davon ab, ob, wann und worüber sie von der Polizei informiert wird.<sup>18</sup> Erfolgt die Berichterstattung zu spät, kann die Staatsanwaltschaft kaum noch ihrer Leitungsfunktion gerecht werden.<sup>19</sup> Deshalb bedarf es zumindest konkretisierender Weisungen seitens der Staatsanwaltschaft, namentlich mit einer klaren Definierung des Zeitpunkts und der Form der polizeilichen Berichterstattung, zur Sicherstellung eines institutionalisierten Informationsaustauschs zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft.<sup>20</sup> Dies geschieht angesichts der als Kann-Vorschriften gefassten Weisungsbefugnis gemäss Art. 307 Abs. 1 und 2 StPO in der Praxis offenbar eher zögerlich. Und sofern die Staatsanwaltschaften nähere Weisungen zur Rapportierungspflicht erlassen, stellt sich die Problematik schweizweit uneinheitlicher Rapportierungssysteme und -niveaus.<sup>21</sup> Eine Vorgabe minimaler objektiver Rahmenbedingungen zur Rapportierungspflicht durch den StPO-Gesetzgeber wäre hier hilfreich.

<sup>15</sup> Vgl. zum Ganzen BÜRGE, 90 ff., insb. 92.

<sup>16</sup> Vgl. DEL GIUDICE, ZStrR 128 (2010), 127.

<sup>17</sup> Zum Ganzen USTER, fp 2010, 354 f.

<sup>18</sup> Vgl. SCHRÖDER, BJM 2015, 76 f.

<sup>19</sup> Vgl. ALBERTINI/RÜEGGER, fp 2010, 360 f.

<sup>20</sup> Vgl. BRUN, recht 2014, 99; vgl. ferner RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 938.

<sup>21</sup> Vgl. zum Ganzen BÜRGE, 91, 100 ff., 260 f.

## B. Staatsanwaltschaftliches Untersuchungsverfahren

Das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren dient nach der gesetzgeberischen Vision der umfassenden Abklärung eines mutmasslich strafrechtlich relevanten Sachverhalts (vgl. Art. 308 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft kann (Art. 307 Abs. 2 StPO) bzw. muss in gewissen Fällen (vgl. Art. 309 Abs. 1 StPO) zu diesem Zweck das Verfahren an sich ziehen – wobei seit Inkrafttreten der StPO umstritten ist, wann sie kann und wann sie muss.<sup>22</sup> Die gesetzlichen Vorgaben umschreiben jedenfalls nur scheinbar eine klare Rechtslage.<sup>23</sup>

Nach Art. 309 Abs. 1 StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft dann eine Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt; sie Zwangsmassnahmen anordnet bzw. beantragt; oder sie im Sinne von Artikel 307 Absatz 1 durch die Polizei über schwerwiegende Ereignisse informiert worden ist. Der hinreichende Tatverdacht im Sinne von Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO ist von stärkerer Intensität als der vage «Anfangsverdacht», der am Anfang eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens steht. Die Terminologie in Lehre und Rechtsprechung hierzu ist allerdings uneinheitlich. So spricht das Bundesgericht gerade auch im Zusammenhang mit Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO regelmässig von einem «Anfangsverdacht».<sup>24</sup> Der Gesetzgeber hätte mit der Reform die Chance ergreifen können, die verschiedenen Verdachtsgrade mittels klarerer Begriffe voneinander abzugrenzen und mit griffigen Kriterien zu präzisieren und damit – wie bei den Beweisverwertungsverboten – eine Vorreiterrolle zur Beilegung eines Streits einzunehmen, der seit Generationen die deutschsprachige Strafprozessrechtswissenschaft beschäftigt.<sup>25</sup>

Gemäss Art. 309 Abs. 3 und 4 StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft die Untersuchung in einer formellen Eröffnungsverfügung (es sei denn, sie erlässt sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung oder einen Strafbefehl), die nicht anfechtbar ist, nicht zu begründen ist und den Parteien nicht zu eröffnen ist. Streitig ist in diesem Zusammenhang u.a., ob die formelle Eröffnungsverfügung für den Beginn des staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsverfahrens konstitu-

<sup>22</sup> Vgl. FABBRI, BJM 2013, 168 m.w.N.

<sup>23</sup> BRUN, recht 2014, 92, 95 ff.; BURGER-MITTNER/BURGER, fp 2011, 165 f., 167 f., 170.

<sup>24</sup> Siehe etwa BGer vom 17.8.2021, 6B\_700/2020 E. 3.3 m.w.N.; BGer vom 13.4.2021, 6B\_568/2020 E. 2.2; BGer vom 11.12.2019, 6B\_834/2019 E. 3.3.1 m.w.N.; BGer vom 25.10.2019, 6B\_585/2019 E. 3.1 m.w.N.; BGer vom 25.10.2017, 6B\_178/2017, 6B\_191/2017 E. 2.2; BGer vom 7.3.2016, 6B\_897/2015 E. 2.1; BGer vom 3.11.2014, 6B\_560/2014 E. 2.4.1 je m.w.N.

<sup>25</sup> Vgl. statt vieler die Monografien von DENKER (1977) und AMBOS (2010).

tiv ist oder ob bereits eine materielle Eröffnung massgeblich sein soll (Näheres hierzu siehe unten III.1.a.). Das ist bekanntlich praktisch von grosser Bedeutung, denn im Untersuchungsverfahren führen die Staatsanwält:innen (und ggf. ihre Mitarbeiter:innen) die Beweiserhebungen selber durch,<sup>26</sup> und es gelten im Gegensatz zum polizeilichen Ermittlungsverfahren weitreichende Partierechte (vgl. Art. 107 Abs. 1 StPO; Näheres hierzu unten III.2.b.).<sup>27</sup> Nach Eröffnung des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft darf die Polizei in der gleichen Angelegenheit keine weiteren selbstständigen Ermittlungen mehr vornehmen,<sup>28</sup> ausser die Staatsanwaltschaft beauftragt sie.<sup>29</sup> Bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführt, haben die Verfahrensbeteiligten gemäss Art. 312 Abs. 2 StPO jene Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zustehen. Es erscheint unklar, ob der Gesetzgeber jemals daran geglaubt hat, dass die Delegation eine Ausnahme darstellen würde. Nach dem, was bekannt ist, dürfte man davon ausgehen, dass die Polizei in der Praxis – insbesondere im Bereich der sog. Massenkriminalität – und wenn keine Zwangsmassnahmen ergriffen werden müssen, weitgehend autonom tätig ist.<sup>30</sup> Das eigenständige Tätigwerden der Polizei wird dadurch bestärkt, dass in vielen Bereichen auch präventivpolizeiliche Massnahmen ergriffen werden könnten. Noch schwieriger wird eine klare Grenzziehung zum repressiven Vorgehen, wenn das Bundesgericht die Auffassung vertritt, die Polizei könne auch nach Eröffnung der Untersuchung und ohne formelle Delegation durch die Staatsanwaltschaft weiter «einfache» Erhebungen zur Klärung des Sachverhalts vornehmen.<sup>31</sup> Wer

<sup>26</sup> Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 StPO; allerdings bestehen kaum gesetzliche Beschränkungen zur Delegation, vgl. BURGER-MITTNER, fp 2016, 93 ff.

<sup>27</sup> Siehe etwa Art. 147 Abs. 1 StPO: «Die Parteien haben das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommene Personen Fragen zu stellen.» Bei Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführt, haben die Verfahrensbeteiligten gemäss Art. 312 Abs. 2 StPO die Verfahrensrechte, die ihnen bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft zukommen. Daraus folgt, dass die Parteien das Recht haben, bei Einvernahmen, welche die Polizei nach Eröffnung der Untersuchung im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführt, Fragen zu stellen (BGer vom 30.3.2017, 6B\_1023/2016 m.w.N.). Vgl. zu den materiellen Unterschieden zwischen Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren ausführlich FABBRI, BJM 2013, 170 ff.

<sup>28</sup> Das Gesetz sieht auch keine Möglichkeit vor, vom Untersuchungs- zurück ins polizeiliche Ermittlungsverfahren zu gelangen, dazu ausführlich BÜRGE, 213 ff.

<sup>29</sup> FABBRI, BJM 2013, 178 m.w.N.; vgl. aber WIESER, fp 2014, 341 f. m.w.N.

<sup>30</sup> Vgl. SCHRÖDER, BJM 2015, 76 f.

<sup>31</sup> Als Beispiele für solche «einfachen» Erhebungen werden solche zur Ermittlung von Geschädigten und Zeugen sowie deren «informatorische Befragung», namentlich zur

an eine gesetzliche Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft und eine damit verbundene Zuständigkeitsordnung im Verhältnis Regel-Ausnahme glaubt, dürfte deren Verwirklichung in Gefahr sehen und eine strenge Handhabung der Delegationsmöglichkeit fordern.<sup>32</sup> Konsequenterweise müsste damit natürlich regelmässig ein Ressourcenausbau bei den Staatsanwaltschaften einhergehen.

### III. Rechtsunsicherheit in der Praxis

Die Teilung des Vorverfahrens in polizeiliches Ermittlungs- und staatsanwalt-  
schaftliches Untersuchungsverfahren verursacht Probleme, die letztlich vorher-  
sehbar waren.<sup>33</sup> Die gesetzlichen Vorgaben sind nicht nur in verschiedener Hin-  
sicht auslegungsbedürftig, wodurch eine klare Grenzziehung per se schwierig ist,  
sondern es ist auch ungeregelt geblieben, welche Konsequenzen im Einzelfall aus  
einem Verstoss gegen die Zweiteilung folgen sollten.

#### A. Abgrenzung zwischen Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren

##### 1. Formeller vs. materieller Eröffnungsbegriff

Eine klassische Unsicherheit in der Abgrenzung von polizeilichen Ermittlungen und staatsanwaltschaftlichen Untersuchungen ist die Frage, wann eine Strafuntersuchung eigentlich beginnt: Wenn die zuständigen Beamt:innen der Staatsanwaltschaft einen hinreichenden Tatverdacht schöpfen (müssten) bzw. Untersuchungshandlungen vornehmen oder wenn sie eine Untersuchungseröffnung verfügen?<sup>34</sup> Die eidgenössische Strafprozessordnung verlangt in Art. 309 Abs. 3 StPO zwar, dass die Staatsanwaltschaft ihre Untersuchung in einer formellen Ver-  
fügung eröffnet.<sup>35</sup> Doch wenn eine solche Verfügung nie vorgenommen, aber gleichwohl gegen eine Person untersucht und diese gar verhaftet würde, hat nach

Abklärung, ob diese beweisrelevante Angaben zum Sachverhalt machen können, ange-  
führt. Formelle polizeiliche Einvernahmen zur Sache könnten indes nur bei entsprechen-  
der Delegation durchgeführt werden, siehe zum Ganzen BGE 143 IV 397 E. 3.4.2 m.w.N.

<sup>32</sup> Vgl. zum Ganzen STURM, 194 m.w.N.

<sup>33</sup> Vgl. zur Abgrenzungsproblematik etwa bereits DEL GIUDICE, ZStrR 128 (2010), 116 ff.

<sup>34</sup> Siehe zu diesem Streit etwa LANDSHUT/BOSSHARD, SK StPO II, Art. 309 N 5 ff.

<sup>35</sup> Die Verfügung kann allerdings auch als blosser Aktenvermerk ergehen, vgl. EICKER, recht  
2010, 191.

der Rechtsprechung<sup>36</sup> und der wohl überwiegenden<sup>37</sup> Literatur<sup>38</sup> dennoch ein Untersuchungsverfahren begonnen. Das ist die Konsequenz eines sog. materiellen Eröffnungsbegriffs, nach dem eine fehlende formelle Eröffnungsverfügung dadurch ersetzt wird, dass die Staatsanwaltschaft *eine Untersuchung hätte eröffnen müssen*<sup>39</sup> – wobei wiederum zu definieren ist, wann dies der Fall sein soll (vgl. hierzu unten III.1.c.). Nach der wohl überwiegenden Literatur soll eine materielle Untersuchungseröffnung jedenfalls dann vorliegen, sobald eine der Voraussetzungen gemäss Art. 309 Abs. 2 lit. a bis c StPO vorliegt und sich die Staatsanwaltschaft gestützt hierauf mit dem Straffall befasst.<sup>40</sup> Das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren gilt demnach entsprechend als eröffnet, wenn die Staatsanwaltschaft (lit. a) von einem hinreichenden Tatverdacht ausgeht bzw. ausgenen müsste, (lit. b) Zwangsmassnahmen anordnet bzw. beantragt oder (lit. c) im Sinne von Art. 307 Abs. 1 StPO durch die Polizei über schwerwiegende Ereignisse informiert wird. Teilweise wird bei Vorliegen eines konkreten Tatverdachts eine materielle Untersuchungseröffnung bereits dann bejaht, wenn die Staatsanwaltschaft nicht einmal Kenntnis davon hat.<sup>41</sup>

13 Demgegenüber vertritt ein anderer Teil der Literatur die Auffassung, für die Untersuchungseröffnung bedürfe es stets einer formellen und mithin konstitutiven Verfügung (*formeller Eröffnungsbegriff*).<sup>42</sup> Der Streit um den materiellen bzw. formellen Eröffnungsbegriff ist allerdings nicht gleichzusetzen mit dem Begriffs-paar der deklaratorischen bzw. konstitutiven Eröffnungsverfügung.<sup>43</sup> Denn selbst wenn man von einem materiellen Eröffnungsbegriff ausgeht, kann die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 307 Abs. 2 Satz 1 StPO jederzeit nach eigenem Ermessen

<sup>36</sup> Siehe etwa Beschluss des BStGer vom 28.3.2019, BB.2019.21 E. 2.3, 2.7, 2.8; BGer vom 18.4.2018, 6B\_990/2017 E. 2.3.2; BGE 143 IV 397 E. 3.4.2; AppGer BS vom 12.10.2016, BES.2016.116; BGer vom 1.4.2015, 6B\_995/2014 E. 5.1; BGE 141 IV 20 E. 1.1.4; siehe zur kantonalen Rechtsprechung, welche tendenziell von einem materiellen Eröffnungsbegriff ausgeht, ferner die Nachweise bei BlÄSt, 85.

<sup>37</sup> Vgl. die Einschätzung bei OMLIN, BSK StPO II, Art. 309 N 6 («so ist sich die Lehre einig»).

<sup>38</sup> ALBERTINI/RÜEGGER, fp 2010, 361 m.w.N.; ausführlich BlÄSt, 83 ff., insb. 99 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; BÜRGE, 128 ff.; EICKER, recht 2010, 191; GRODECKI/CORNU, CR CPP, Art. 309 N 3a ff.; differenzierend OMLIN, BSK StPO II, Art. 309 N 6 ff. je m.w.N.

<sup>39</sup> Vgl. BGer vom 18.4.2018, 6B\_990/2017 E. 2.3.2.

<sup>40</sup> Siehe die Nachweise bei BlÄSt, 84 m.w.N.

<sup>41</sup> So BÜRGE, 209.

<sup>42</sup> Vgl. etwa CAVALLO/HIESTAND/BLOCHER ET AL.-Brunner/Heimgartner, 288; FABBRI, BfM 2013, 169, 175 ff. m.w.N.; LANDSHUT/BOSCHARD, SK StPO II, Art. 309 N 7 m.w.N.; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 2310; RIKLIN, Art. 309 N 5.

<sup>43</sup> So aber z.B. BGer vom 1.4.2015, 6B\_995/2014 E. 5.1; BGE 141 IV 20 E. 1.1.4 je m.w.N.; GRODECKI/CORNU, CR CPP, Art. 309 N 3a ff. und 33; vgl. ferner FABBRI, BfM 2013, 169.

das Verfahren an sich ziehen und formell eine Untersuchung eröffnen. Liegen hierbei die Voraussetzungen von Art. 309 Abs. 2 StPO nicht vor, ist die Staatsanwaltschaft mithin nicht zur Eröffnung verpflichtet, und hat sie auch noch keine materiellen Untersuchungshandlungen vorgenommen, so kommt der Eröffnungsverfügung in solchen Fällen konstitutive Wirkung zu – egal, welcher Auffassung man folgt.<sup>44</sup>

Der Streit um die implizite bzw. «konkludente»<sup>45</sup> materielle Eröffnung eines Strafverfahrens durch die faktische Verfolgung eines Tatverdachts ist ein schillernder Klassiker in der strafprozessualen Dogmatik. In der Schweiz kommen hierzu zahlreiche Argumentations- und Auslegungsansätze in Betracht, wobei die klassischen Auslegungsmethoden ausgehend vom offenen Gesetzeswortlaut tendenziell für einen materiellen Eröffnungsbegriff sprechen.<sup>46</sup>

## 2. Auswirkungen auf Partei- und Verfahrensrechte – Beweisverwertungsverbot?

Letztlich ist der Streit um den Eröffnungsbegriff für die Praxis nur insofern von Bedeutung, als die Frage zu beantworten ist, welche Konsequenzen aus einer pflichtwidrigen Nichteröffnung eines Untersuchungsverfahrens folgen sollen. Die Rechtsunsicherheit um den Eröffnungsbegriff zeigt sich insbesondere in Bezug auf Partei- und Verfahrensrechte.

So gelten im polizeilichen Ermittlungsverfahren – abgesehen von Art. 159 Abs. 1 und 2 StPO – keine Parteirechte.<sup>47</sup> Namentlich die Teilnahmerechte nach Art. 147 StPO, der Zeitpunkt der Sicherstellung der notwendigen Verteidigung (Art. 131 Abs. 2 StPO) sowie der Akteneinsicht (Art. 101 Abs. 1 StPO)<sup>48</sup> knüpfen an das

<sup>44</sup> Vgl. BÜRGE, 130 f.

<sup>45</sup> Vgl. zur «konkludenten» Untersuchungseröffnung BGer vom 20.11.2012, 1B\_183/2012 E. 3.2; GRODECKI/CORNU, CR CPP, Art. 309 N 3a ff. m.w.N.

<sup>46</sup> Eingehend hierzu BlÄSt, 85 ff.

<sup>47</sup> Zu diesem Umkehrschluss aus Art. 147 Abs. 1 StPO DEL GIUDICE, ZStrR 128 (2010), 119 f., 129 f.

<sup>48</sup> Siehe hierzu auch ALBERTINI/RÜEGGER, fp 2010, 362 m.w.N.: «Die Gewährung der Akteneinsicht im Vorverfahren (Art. 101 StPO) dürfte in der Entscheidung der Staatsanwaltschaft bleiben, um Missverständnisse zu vermeiden, da die Polizei nicht über alle verfahrensrelevanten Akten verfügt (Art. 102 Abs. 1 StPO). Die Polizei gewährt demnach keine Akteneinsicht, es sei denn, sie erhalte einen ausdrücklichen Auftrag der Staatsanwaltschaft dazu.»

staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren an.<sup>49</sup> Hier zeigt sich die Bedeutung der Zweiteilung des Verfahrens eindrücklich. Die im polizeilichen Ermittlungsverfahren fehlenden Parteirechte zeugen letztlich vom pragmatischen Charakter dieses Verfahrens: Es soll aus Sicht des Gesetzgebers möglichst ohne Verzug vorangetrieben werden, um die Lage zu klären. Wie sich gesetzliche Sicherungen, etwa dass polizeiliche Beweiserhebungen wie Einvernahmen von Mitbeschuldigten oder Auskunftspersonen (vgl. Art. 142 Abs. 2 und Art. 179 Abs. 1 StPO) allenfalls in der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung wiederholt werden müssen,<sup>50</sup> in der Praxis auswirken, ist 10 Jahre nach Inkrafttreten der StPO unbekannt. Gehen resp. wie oft gehen bereits gewonnene Erkenntnisse verloren,<sup>51</sup> weil ein falscher Verfahrensstand, d.h. polizeiliche Ermittlung statt staatsanwaltschaftlicher Untersuchung, Parteirechte verletzt und deshalb ein Beweisergebnis, das etwa unter Missachtung der Teilnahmerechte erlangt wurde, nicht zulasten jener Person verwertbar ist, deren Parteirechte verletzt wurden?<sup>52</sup>

17 Nimmt man die Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten im Strafverfahren ernst, so dürfen die Strafverfolgungsbehörden nicht durch eine (taktische) Verfahrensführung bzw. ein Hinauszögern der Untersuchungseröffnung Parteirechte – etwa das Teilnahmerecht Mitbeschuldigter bei der Beweiserhebung (vgl. Art. 147 StPO) – ausschliessen.<sup>53</sup> Ein ähnliches Problem stellt sich beispielsweise, wenn Verfahren gegen mehrere Beschuldigte trotz des Verdachts auf Mittäterschaft bzw. Teilnahme (vgl. Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO) einzig zur Umgehung der Teilnahmerechte und mithin ohne zwingenden sachlichen Grund im Sinne von Art. 30 StPO<sup>54</sup> getrennt geführt werden.<sup>55</sup> Wenn die Untersuchungsbehörden systematisch Parteirechte umgehen, müssen die Gerichte die gesetzgeberische Zuerkennung von Partei- und Verfahrensrechten und der entsprechenden Rechtsbehelfe – nach einem materiellen Massstab – wieder in die richtige Balance bringen. Eine materielle Untersuchungseröffnung muss deshalb richtigerweise zu einem

49 SCHRÖDER, BJM 2015, 76 ff., kritisch zur zunehmenden «Verpolizeilichung» des Vorverfahrens.

50 Vgl. zum Ganzen ALBERTINI/RÜEGGER, fp 2010, 362 m.w.N.

51 Vgl. etwa BURGER-MITTNER/BURGER, fp 2011, 169; GODENZI, ZStrR 129 (2011), 322 ff.

52 Vgl. FABBRI, BJM 2013, 178 f. m.w.N.

53 Vgl. LANDSHUT/BOSCHARD, SK StPO II, Art. 309 N 10a; a.A. WEDER, fp 2016, 289 m.w.N.

54 Auch nach WEDER, fp 2016, 288, zählt der Ausschluss von Teilnahmerechten selbstverständlich nicht zu den sachlichen Gründen i.S.v. Art. 30 StPO.

55 Für ein absolutes Beweisverwertungsverbot bei einer Verfahrenstrennung ohne zwingende Gründe und eine anschliessende Verletzung der Teilnahmerechte BÜRGE, 246 ff., 259; vgl. hierzu ferner SCHÄR, ZStrR 137 (2019), 141 ff., 145; SCHLEGEL, SK StPO I, Art. 30 N 8.

Beweisverwertungsverbot für Beweismittel führen, welche ohne Wahrung der einschlägigen, im Untersuchungsverfahren geltenden Parteirechte – etwa des Anspruchs der beschuldigten Person auf notwendige Verteidigung – erhoben wurden.<sup>56</sup> Anderenfalls könnte die Staatsanwaltschaft faktisch ein Stück weit über die Gewährung von Parteirechten und mithin die Subjektstellung der Parteien im Strafprozess entscheiden, was mit dem Anspruch auf ein faires Verfahren schwerlich zu vereinbaren wäre.<sup>57</sup>

18 Im Hinblick auf dieses Ergebnis sind sich die Vertreter des materiellen bzw. des formellen Eröffnungsbegriffs letztlich gar nicht so uneins: So befürworten einzelne Vertreter des formellen Eröffnungsbegriffs im Ergebnis ebenfalls das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots, wenn trotz Vorliegens der Voraussetzungen von Art. 309 Abs. 1 StPO selbstständige Ermittlungen durch die Polizei erfolgen oder sich die Staatsanwaltschaft weigert, eine Eröffnungsverfügung zu erlassen.<sup>58</sup> Die Unterschiede zwischen materiellem und (so verstandenem, letztlich aber widersprüchlichem) «formellem» Eröffnungsbegriff ebnen sich dann weitgehend, aber nicht vollständig ein. Insbesondere bildet dieser Ansatz keine Basis für jene Fallgruppen, in denen die Rechtsprechung von materiellen Untersuchungshandlungen ausgeht, ohne diese vom Vorliegen einer der Voraussetzungen der Eröffnungspflicht abhängig zu machen (vgl. unten III.1.c.). Fraglich ist auch, wie die Geltung der entsprechenden Beweisverwertungsverbote ohne Anknüpfung an das Vorliegen eines (materiellen) Untersuchungsverfahrens dogmatisch konstruiert werden soll und ob das Beweisverwertungsverbot von einem Tätigwerden der betroffenen Partei abhängig sein soll,<sup>59</sup> was weniger Rechtsschutz bieten würde als eine von Amtes wegen zu berücksichtigende Unverwertbarkeit infolge einer materiellen Untersuchungseröffnung allein.

56 Vgl. BGer vom 18.4.2018, 6B\_990/2017 E. 2.3.2 m.w.N. («Beweisverwertungs einschränkung»); BGer vom 25.10.2017, 6B\_178/2017, 6B\_191/2017 E. 2.2, 2.4 ff.; BÜRGE, 251 f. m.w.N.; BURGER-MITTNER/BURGER, fp 2011, 169; GODENZI, ZStrR 129 (2011), 322 ff.

57 BLÄSI, 98; vgl. ferner BÜRGE, 128 ff., insb. 129 m.w.N.

58 LANDSHUT/BOSCHARD, SK StPO II, Art. 309 N 2a und 10d; vgl. ferner BRUNNER/HEIMGARTNER, 286; wohl a.A., wenngleich nicht ganz klar, ob auch mit Blick auf eine Verletzung der Eröffnungspflicht gemäss Art. 309 Abs. 1 StPO durch die Staatsanwaltschaft, FABBRI, BJM 2013, 178 f.

59 So verweisen LANDSHUT/BOSCHARD, SK StPO II, Art. 309 N 10d, darauf, die Weigerung der Eröffnungsverfügung könne mit Beschwerde gerügt werden.

### 3. Kasuistik zur materiellen Untersuchungseröffnung

19 Ein materieller Eröffnungsbegriff wirft allerdings Folgefragen auf, da er weniger trennscharf ist als ein formeller Untersuchungsbegriff. Dementsprechend besteht das Bedürfnis nach Kriterien für die «materielle» bzw. «konkludente» Überschreitung der Schwelle vom Ermittlungs- zum Untersuchungsverfahren. Die Rechtsprechung hat hierauf erwartungsgemäss mit der Bildung von Fallgruppen reagiert, die sich oft, aber nicht immer, unter eine oder mehrere der Voraussetzungen subsumieren lassen, unter denen Art. 309 Abs. 1 lit. a bis c StPO eine Untersuchungseröffnung vorschreibt (siehe zu Letzterem oben III.1.a.). Demnach kann die Vornahme gewisser Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft auch dann eine materielle Untersuchungseröffnung auslösen, wenn keine der in Art. 309 Abs. 1 lit. a bis c StPO genannten Konstellationen vorliegt. Dies wird auch in Teilen der Literatur zu Recht postuliert.<sup>60</sup> Die Rechtsprechung versucht im Ergebnis anhand von nach aussen manifestierten Ereignissen – welche quasi eine «greifbare» formelle Eröffnungsverfügung ersetzen sollen – zu beurteilen, ob eine materielle Untersuchungseröffnung vorliegt. Als allgemeines Kriterium – welches die Voraussetzungen von Art. 309 Abs. 1 StPO nicht aufgreift – nennt die Rechtsprechung verschiedentlich den Umstand, dass «sich die Staatsanwaltschaft mit dem Straffall zu befassen beginnt»<sup>61</sup> bzw. darüber hinaus «selber erste Untersuchungshandlungen vornimmt».<sup>62</sup> Erstere Formel dürfte in dieser kategorischen Form allerdings zu weit gehen. Massgeblich für die Frage, ob es sich noch um ein Ermittlungsverfahren oder bereits um eine staatsanwaltschaftliche Untersuchung handelt, kann nicht schon sein, ob die Staatsanwaltschaft in irgendeiner Form «involviert» ist,<sup>63</sup> da sie nach dem gesetzlichen Konzept stets Leiterin des Vorverfahrens insgesamt ist, d.h. auch des Ermittlungsverfahrens. Diese Formel gerät denn auch in Widerspruch zur Feststellung des Bundesgerichts in anderen Urteilen dahin gehend, die Staatsanwaltschaft könne selbst gewisse Abklärungen treffen, bevor sie eine Untersuchung eröffne bzw. eine Nichtiganhandnahme verfüge. Aus Sicht des Gerichts umfasst dies das Recht der Staatsanwaltschaft, die verfügbaren Dateien («fichiers»), Akten und Abklärungen zu konsultieren und sogar die beschuldigte Person um eine «einfache Stellungnahme» («simple prise

*de position») zu bitten.<sup>64</sup> Teilweise lässt das Bundesgericht also wiederum gewisse «Vorabklärungen» der Staatsanwaltschaft zu.<sup>65</sup>*

Nach der Rechtsprechung soll eine – zumindest materielle – Untersuchungseröffnung jedenfalls in folgenden Fallkonstellationen vorliegen:<sup>20</sup>

- wenn die Staatsanwaltschaft einen Polizeirapport erhält, welcher einen hinreichenden Tatverdacht<sup>66</sup> hinsichtlich einer konkreten Person aufzeigt;<sup>67</sup>
- wenn sich aus Handlungen der Staatsanwaltschaft der Status einer konkreten Person als «beschuldigte Person» ergibt und somit nicht lediglich gegen «unbekannt» ermittelt wird;<sup>68</sup>
- die Anordnung von Zwangsmassnahmen durch die Staatsanwaltschaft,<sup>69</sup> etwa einer Edition,<sup>70</sup> einer polizeilichen Vorführung,<sup>71</sup> einer Beschlagnahme<sup>72</sup> oder einer Festnahme und von Untersuchungshaft;<sup>73</sup>

64 BGer vom 24.4.2019, 6B\_239/2019 E. 2.1; vgl. hierzu auch BGer vom 4.8.2017, 6B\_1266/2016 E. 3; BGer vom 6.7.2017, 6B\_940/2016 E. 3.3.2; BGer vom 18.12.2013, 6B\_431/2013 E. 2.2; BGer vom 24.6.2013, 1B\_526/2012 E. 2.2; BGer vom 7.3.2013, 1B\_734/2012 E. 2.2; BGer vom 29.5.2012, 1B\_67/2012 E. 2.2. Vgl. zu dieser Widersprüchlichkeit auch GRODECKI/CORNU, CR CPP, Art. 309 N 3d m.w.N., welche die Rechtsprechung in BGE 141 IV 20 E. 1.1.4, deshalb auch als zu weitgehend erachten und argumentieren, die Untersuchung beginne ab dem Zeitpunkt, ab welchem die Ermittlungen effektiv durch die Staatsanwaltschaft vorgenommen und geführt werden.

65 BLÄSI, 104 m.w.N. Siehe zur höchst umstrittenen Frage, ob ein eigentliches «staatsanwaltschaftliches Vorabklärungsverfahren» zulässig sei, etwa BLÄSI, 100 ff.; BÜRGE, 135 ff.; DEL GIUDICE, ZStrR 128 (2010), 128 f.; GRODECKI/CORNU, CR CPP, Art. 309 N 1 ff.; OMLIN, BSK StPO II, Art. 309 N 25.

66 Ein hinreichender Tatverdacht liegt nach der Rechtsprechung allgemein vor, wenn die erforderlichen tatsächlichen Hinweise auf eine strafbare Handlung erheblich und konkreter Natur sind. Blosse Gerüchte oder Vermutungen genügen nicht. Der Verdacht muss eine plausible Tatsachengrundlage haben, aus der sich die konkrete Möglichkeit der Begehung einer Straftat ergibt, siehe etwa BGer vom 17.8.2021, 6B\_700/2020 E. 3.3 m.w.N.; BGer vom 13.4.2021, 6B\_568/2020 E. 2.2; BGer vom 11.12.2019, 6B\_834/2019 E. 3.3.1 m.w.N.; BGer vom 7.3.2016, 6B\_897/2015 E. 2.1; BGer vom 26.10.2015, 6B\_455/2015 E. 4.1; BGer vom 10.12.2013, 6B\_830/2013 E. 1.4. Zum Begriff des hinreichenden Tatverdachts i.S.v. Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO siehe ferner BÜRGE, 120 ff.

67 BGer vom 25.10.2017, 6B\_178/2017, 6B\_191/2017 E. 2.2, 2.4 ff.; vgl. ferner BGer vom 30.3.2017, 6B\_1023/2016 E. 1.3.

68 Vgl. BGer vom 11.11.2015, 1B\_334/2015 E. 3.2.

69 BGE 143 IV 397 E. 3.4.2; BGE 141 IV 20 E. 1.1.4.

70 BGer vom 13.9.2018, 6B\_256/2017 E. 2.1.

71 BGE 141 IV 20 E. 1.1.4.

72 BGer vom 11.11.2015, 1B\_334/2015 E. 3.2.

73 BGE 143 IV 397 E. 3.4.2.

60 Vgl. die Nachweise bei BÜRGE, 129 f.

61 Siehe etwa BGer vom 11.10.2021, 6B\_415/2021 E. 2.3.2; BGE 143 IV 397 E. 3.4.2; BGE 141 IV 20 E. 1.1.4.

62 BGer vom 13.9.2018, 6B\_256/2017 E. 2.1; BGer vom 1.4.2015, 6B\_995/2014 E. 5.1.

63 AppGer BS vom 28.4.2017, BES.2016.155, E. 3.3.

- wenn die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person selbst einvernimmt, wobei die Vorladung bereits als *Zwangsmassnahme* gilt;<sup>74</sup>
- wenn Zeugen oder Privatkläger:innen einvernommen werden – und zwar auch bei einer Delegation an die Polizei – da dies Parteirollen und Aufträge des Untersuchungsverfahrens darstellen;<sup>75</sup>
- wenn die Staatsanwaltschaft selbst Zeugen einvernimmt oder Gutachten in Auftrag gibt;<sup>76</sup>
- wenn die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 194 StPO Akten anderer Verfahren bezieht;<sup>77</sup>
- «in der Regel» bei Ereignissen – z.B. Unfällen – mit schwerwiegenden Folgen,<sup>78</sup> v.a. wenn der Fall sachverhaltsmäßig und rechtlich nicht klar ist. Bedarf es detaillierter Sachverhaltsabklärungen und einer eingehenden rechtlichen Würdigung, so ist zwingend eine Untersuchung zu eröffnen.<sup>79</sup>

21 Demgegenüber sollen nach der Rechtsprechung beispielsweise die *blosse Erteilung eines Ermittlungsauftrags an die Polizei nach Art. 307 Abs. 2 StPO<sup>80</sup>* oder die Überweisung der Akten *mangels hinreichenden Tatverdachts an die Polizei für ergänzende Ermittlungen nach Art. 309 Abs. 2 StPO<sup>81</sup>* grundsätzlich noch im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens sein.

22 Angesichts der vagen gesetzlichen Vorgaben und der nicht ganz einheitlichen und bislang wenig systematisierten Rechtsprechung kann aktuell nur die Staatsanwaltschaft Rechtssicherheit für alle Beteiligten (einschliesslich sich selbst) im Strafprozess schaffen, indem sie möglichst früh eine formelle Eröffnungsverfügung erlässt.<sup>82</sup> Zumal durch kantonale Regelungen noch zusätzliche Unklarheiten ins Spiel kommen, etwa wenn die Polizei eigene («polizeiliche Vorermittlungen», siehe hierzu unten III.2.) aufnimmt oder die Kriminalpolizei organisatorisch in

74 BGE 141 IV 20 E. 1.1.4.

75 Beschluss des BStGer vom 28.3.2019, BB.2019.21 E. 2.3, 2.7, 2.8.

76 BGer vom 1.4.2015, 6B\_995/2014 E. 5.1.

77 BGer vom 20.2.2018, 6B\_469/2017 E. 2.1.1 f. m.w.N.

78 Eingehend zur Definition schwerer Straftaten und schwerwiegender Ereignisse i.S.v. Art. 309 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 307 Abs. 1 StPO siehe etwa BÜRGE, 107 f.; LANDSHUT/BOSSHARD, SK StPO II, Art. 307 N 7; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 932; RÜEGGER, BSK StPO II, Art. 307 N 2 je m.w.N.

79 BGE 137 IV 285 E. 2.3, 2.5; vgl. ferner AppGer BS vom 23.2.2012, BE. 2011.116 = BJM 2014 36 ff., E. 2.1.

80 BGer vom 20.2.2018, 6B\_469/2017 E. 2.1.1 f.

81 BGer vom 20.2.2018, 6B\_469/2017 E. 2.1.1 f.

82 Vgl. Omlin, BSK StPO II, Art. 309 N 9 und 10a.

die Staatsanwaltschaft inkorporiert ist und nicht nur das polizeiliche Ermittlungsverfahren, sondern unter gewissen Umständen auch Handlungen im anschliessenden Untersuchungsverfahren selbstständig durchführt.<sup>83</sup> So betont denn auch das Bundesgericht, dass die Staatsanwaltschaft, von dringlichen Fällen abgesehen, ein Untersuchungsverfahren grundsätzlich in einer schriftlichen Eröffnungsverfügung formell zu eröffnen habe und dass «konkludente» Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft unzureichend seien.<sup>84</sup> Dies setzt freilich voraus, dass sich die Staatsanwaltschaft dieser Pflicht bewusst ist, was schon angesichts der vagen gesetzlichen Vorgaben und der uneinheitlichen Rechtsprechung auf verschiedenen Ebenen eine Herausforderung sein dürfte.

## B. Polizeiliche «Vorermittlungen»?

Aus strafprozessualer Perspektive weniger offensichtlich, aber mit Blick auf eine mögliche Rechtsunsicherheit und/oder Einschränkung von Parteirechten ebenso relevant, können vorgelagerte eigenständige «polizeiliche Vorermittlungen» sein, die als genuin polizeiliches Verfahren auf kantonalen Rechtsgrundlagen gründen.<sup>85</sup> Der Begriff der «Vorermittlungen» entstand nicht als ein gesetzliches Konzept, sondern entstammt dem polizeilichen Sprachgebrauch<sup>86</sup> bis es – vereinzelt – Eingang in Polizeigesetze gefunden hat.<sup>87</sup> Bei solchen Ermittlungen ist die Polizei an das kantonale Polizeirecht gebunden, nicht aber an die StPO und allfällige Vorgaben der Staatsanwaltschaft.<sup>88</sup>

Als polizeiliche Vorermittlung gilt jene polizeiliche Tätigkeit, mit welcher Informationen und Sachverhalte in Erfahrung gebracht werden, mittels welcher beurteilt werden soll, ob überhaupt Straftaten vorliegen bzw. die der Gefahrenabwehr dienen.<sup>89</sup> Zusammengefasst zielen polizeiliche Vorermittlungen auf eine Informationsbeschaffung für die Gefahrenabwehr (etwa auch nachrichtendienstliche

83 So etwa im Kanton Basel-Stadt § 11 Abs. 1 EG StPO BS; vgl. auch AppGer BS vom 23.2.2012, BE.2011.116 = BJM 2014 E. 2.1; FABBRI, BJM 2013, 173 f., 182.

84 Vgl. das französischsprachige Urteil des BGer vom 20.11.2012, 1B\_183/2012 E. 3.2.

85 Zur Gemengelage von polizeilichen und strafprozessualen Kompetenzen etwa BGE 140 I 353; von HAHN, 15 ff., 70 ff.; mit Blick auf das PolG ZH Schindler/Widmer, Kommentar PolG ZH, § 2 N 5 ff.; ZIMMERLIN, Kommentar PolG ZH, Einl. N 21.

86 FABBRI, BJM 2013, 166.

87 VON HAHN, 13.

88 BGer vom 7.3.2018, 6B\_1174/2017 E. 4.3; JEANNERET/STRÄULI-Donatsch, 73 f.; SCHINDLER/WIDMER, Kommentar PolG ZH, § 2 N 5 ff.; zu den Ausnahmen siehe BÜRGE, 72.

89 Vgl. dazu LENTJES MEILI/RHYNER, Kommentar PolG ZH, § 4 N 1 ff.; STURM, 195 m.w.N.; vgl. auch DEL GIUDICE, ZStrR 128 (2010), 121 f. m.w.N.

Tätigkeiten), während polizeiliche Ermittlungen im Strafverfahren das Tätig- werden ab Vorliegen eines Anfangsverdachts und mit dem Ziel der Anklage der Täterschaft oder der Ausräumung des Tatverdachts darstellen.<sup>90</sup> Dabei gestalten sich die Übergänge zwischen präventivem und repressivem Tätigwerden aus Sicht der Akteure als «fliessend» und es bleibt unklar, ob resp. unter welchen Voraussetzungen gewonnene Erkenntnisse im Strafverfahren verwertet werden können.<sup>91</sup> Der StPO-Gesetzgeber sah sich offenbar als unzuständig und auch ungeeignet für die Regelung der Schnittstelle an.<sup>92</sup>

25 Die Praxis hat die daraus entstandene Problematik vor Augen geführt, insbesondere wenn «an sich» verdachtslose polizeiliche Abklärungen doch in gezielter Form erfolgen, etwa bei «Internetrecherchen», die zur «Internetfahndung», zum «Internetmonitoring» oder zu «Chatroom-Ermittlungen» werden. Solche «Internetabklärungen», die den Charakter von (nicht offenen) Vorermittlungen haben, sind allerdings in den kantonalen Polizeigesetzen nur bruchstückhaft geregelt<sup>93</sup> und in der Schnittstelle zu strafprozessualen Ermittlungsmassnahmen nicht ausreichend definiert. Damit besteht stets das Risiko, dass ermittelte Beweise nicht verwertet werden können.<sup>94</sup> Deklaratorische Hinweise, wie man sie etwa heute im Polizeigesetz Zürich findet,<sup>95</sup> lösen das Grundproblem paralleler Ermittlungen nicht, da sie gerade nicht klarstellen (können), ob solche Beweise verwertet werden können oder nicht.<sup>96</sup>

26 Selbst in Bereichen, in denen sich eine Schnittstellenregulierung aufdrängt und von «doppelfunktionellen Massnahmen» gesprochen wird,<sup>97</sup> wie etwa bei polizeilichen Kontrolltätigkeiten im Strassenverkehr und der Feststellung von Fahr- unfähigkeit, wird zwar das polizeiliche Vorgehen im Einzelnen durch den eidgenössischen Gesetzgeber (etwa durch Art. 10 Verordnung über die Kontrolle des Strassenverkehrs oder Art. 55 Strassenverkehrsgesetz) geregelt, aber die Verwertbarkeit der polizeilich ermittelten Ergebnisse nicht klar in Bezug zu den Beweis- vorschriften im Strafverfahren gesetzt. In der Praxis gängig sind heute zudem automatisierte oder manuelle Datenabgleiche zu Fahndungs- und Ermittlungs-

90 BGE 140 I 353 E. 5.1; FABBRI, BJM 2013, 167 m.w.N.

91 SCHINDLER/WIDMER, Kommentar PolG ZH, § 2 N 5 ff.

92 Vgl. BBI 2019 6721 sowie CAVALLO/HIESTAND/BLOCHER ET AL.-*Lentjes Meili*, 441 f.; *LENTJES MEILI/RHYNER*, Kommentar PolG ZH, Vorb. zu §§ 32-32g N 2.

93 Ausführlich dazu von HAHN, 13, 144 ff.

94 KARNUSIAN, fp 2016, 352; LANDSHUT/BOSSHARD, SK StPO II, Art. 299 N 14; *LENTJES MEILI/RHYNER*, Kommentar PolG ZH, § 4 N 16 ff.

95 Vgl. § 3 Abs. 3, § 4 Abs. 3 und § 32a Abs. 2 PolG ZH.

96 Umfassend zum Grundproblem der Ermittlungen ohne Verdacht von HAHN, 193 ff.

97 SCHINDLER/WIDMER, Kommentar PolG ZH, § 2 N 9 f.

zwecken, bei denen systematische Recherchen und Suchläufe in polizeilichen Datenbeständen oder solchen, auf welche die Polizei einen direkten (Online-) Zugriff hat, durchgeführt werden – etwa in den Registern der Strassenverkehrsämter nach Haltern von Fahrzeugen mit bestimmten Merkmalen.<sup>98</sup> Ferner zielen verschiedene Fahndungsmethoden, etwa die AFNES-Fahrzeugfahndung oder die sog. Schleierfahndung, auf verdachts- und anlassunabhängige Personenkontrollen im grenznahen Raum und können mit der zunehmend wichtiger werdenden internationalen Polizeizusammenarbeit verbunden werden.<sup>99</sup>

Es liegt beim Einsatz solcher Ermittlungsmethoden nahe, dass die polizeilichen Vorermittlungen auch dazu genutzt werden könnten, einen strafprozessualen Tatverdacht (gezielt) zu generieren.<sup>100</sup> Verdachtslose Vorermittlungen können schnell zu einem (vagen) Anfangsverdacht und mithin zum polizeilichen Ermittlungsverfahren unter der Geltung der StPO und der Leitung der Staatsanwaltschaft führen.<sup>101</sup> Auch mit Blick auf das polizeiliche Ermittlungsverfahren nach StPO gilt ein materieller Eröffnungsbegriff, sodass das Ermittlungsverfahren beginnt, sobald die Polizei ausgehend von einem Anfangsverdacht Ermittlungen tätigt (vgl. Art. 300 Abs. 1 lit. a StPO).<sup>102</sup> Die Staatsanwaltschaft kann freilich nur dann eingreifen und im Falle der Überschreitung der Schwelle zum Vorverfahren ihrer Leitungsfunktion nachkommen, wenn sie Kenntnis von den (Vor-)Ermittlungstätigkeiten der Polizei hat. In der Praxis entscheidet die Polizei indessen weitgehend selbstständig, ob und wann sie der Staatsanwaltschaft Ergebnisse von Vorermittlungen mitteilen will.<sup>103</sup> Problematisch sind ferner die mit bestimmten Vorermittlungen verbundenen Grundrechtseingriffe,<sup>104</sup> die oft nicht ausreichend gesetzlich geregelt sind.<sup>105</sup> Zur Verhinderung einer übermässigen Beeinträchtigung der Rechte der Betroffenen und zur Sicherstellung der Verwertbarkeit gewonnener Erkenntnisse in einem allfälligen anschliessenden Strafverfahren wird

98 Dies ist nicht zu verwechseln mit der sog. Rasterfahndung, bei der bestimmte personenbezogene Merkmale, häufig eigentliche Täterprofile, von denen man annimmt, dass sie auf die Zielgruppe zutreffen, automatisiert mit nicht polizeilichen Datenbeständen abgeglichen werden. Jene Personen, die in diesem «Raster» hängen bleiben, werden anschliessend (konventionell) genauer überprüft, woraus sich schliesslich ein Tatverdacht ergeben kann. Sie ist vom Charakter her regelmässig eine tatverdachtsunabhängige Massnahme, für die bisher eine Rechtsgrundlage fehlt.

99 Siehe zum Ganzen RHYNER, BSK StPO II, Art. 306 N 35 ff.

100 Zur Grundproblematik von HAHN 194 f.

101 Vgl. BÜRGE, 75.

102 BÜRGE, 36 f. m.w.N.

103 Vgl. BÜRGE, 76 m.w.N.

104 Siehe hierzu von HAHN, 100 ff.

105 Eingehend hierzu von HAHN, 109 ff., 160 f.

deshalb zu Recht gefordert, dass die Staatsanwaltschaft in adäquater Weise – insbesondere im Sinne einer Dokumentations- sowie Unterrichtungspflicht – in solche polizeilichen Vorermittlungen mit einbezogen wird.<sup>106</sup> Vorzugswürdig wäre auch insofern eine gesetzliche Verankerung klar definierter Pflichten im kantonalen Polizeirecht.

#### IV. Mandat zur Spurensicherung – faktischer Machtausübung bei der Polizei

28 Während viele der oben ausgeführten Punkte in den Diskussionen um die Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft als klassische Streitpunkte gelten dürfen, bleibt das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft in anderer Hinsicht überraschend unbeachtet. Das gilt etwa für den praktisch wichtigen Bereich der Spuren- und Beweissicherung. Angesichts der zunehmenden Bedeutung technischer Beweismittel in Strafverfahren stellt sich aber heute die Frage, ob die wenigen gesetzgeberischen Worte hierzu ausreichend sind, um die gesetzliche Vorgabe der Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft dauerhaft sicherzustellen.

29 Mit Art. 306 Abs. 2 StPO erhält die Kriminalpolizei das Mandat zur Spurensicherung, auch wenn sie unter Umständen (vgl. Art. 306 Abs. 1 StPO) auf Anweisung der Staatsanwaltschaft handelt. Das ist insofern folgerichtig, als aus Sicht des Gesetzes der Polizei die «sammelnde Tätigkeit» zukommt. Daraus folgt auch, dass dorthin Ressourcen für einschlägig geschultes Personal und technische Ausstattung fliessen müssen. Die Polizeiarbeit soll nach der gesetzgeberischen Vorstellung die tatsächlichen Voraussetzungen schaffen, damit die Staatsanwaltschaft einen Sachverhalt umfassend rechtlich klären kann. Indem die Polizei Tatspuren sucht und sichert, steckt sie aber natürlich in gewissem Umfang immer auch schon den äusseren Rahmen der mutmasslichen Tat ab. Die Erfahrungen der letzten 10 Jahre sprechen dafür, dass Vorermittlungen und Spurensicherung die Durchführung von Strafverfahren in bestimmten Bereichen massgeblich bestimmen<sup>107</sup> und in Gebieten, in denen es eines besonderen technischen Know-hows und eines flexiblen Einsatzes personeller Ressourcen bedarf, die Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft faktisch entleeren können.<sup>108</sup> Das gilt ins-

106 Vgl. BÜRGE, 78 ff. m.w.N.; DEL GIUDICE, ZStrR 128 (2010), 122 m.w.N.

107 BURGER-MITTNER, fp 2016, 91.

108 Vgl. BRUN, recht 2014, 95 f.

#### IV. Mandat zur Spurensicherung – faktischer Machtausübung bei der Polizei

besondere für Bereiche, in denen die Sicherung digitaler Beweise und Beweisketten eine sinnvolle strafrechtliche Ermittlung erst ermöglicht.<sup>109</sup> Art. 306 Abs. 2 StPO umschreibt also einen wichtigeren Bereich, als es auf den ersten Blick den Anschein hat.

Schon beim Inkrafttreten der StPO warnten verschiedene Stimmen, dass eine gewichtige selbstständige Rolle der Polizei die Machtverhältnisse im Vorverfahren umdrehen könnte.<sup>110</sup> Sie dürften mit Blick auf das Mandat zur Beweis- und Spurensicherung dort Recht behalten, wo dieses in der Rechtspraxis eine Ausstattung mit personellen und technischen Mitteln rechtfertigt und die Staatsanwaltschaft im Aufbau von Know-how sowie in der Fortbildung zurückbleibt<sup>111</sup> und deshalb in immer wichtiger werdenden Bereichen, in denen technische Spezialkenntnisse notwendig sind, die Untersuchungen nicht mehr sinnvoll auszurichten weiss.<sup>112</sup> Im Bereich der sog. Cyberkriminalität und der Sicherung digitaler Beweise zeigt sich das auch in den Nachbarstaaten.<sup>113</sup> Auch in der Schweiz ermittelt die Polizei hier schon oft selbstständig und ohne dass immer geklärt ist, ob sie eigentlich im Bereich präventiver Gefahrenabwehr oder repressiver Strafverfolgung tätig ist. So testet sie etwa auch die Grenzen verdeckter Ermittlungen und möglicher Tatprovokationen im Internet aus.<sup>114</sup> In diesen Bereichen ist die staatsanwaltschaftliche Leitung faktisch infrage gestellt.

Wenn mit der kommenden StPO-Revision die Bedeutung technischer Beweismittel (wie etwa die Erfassung und Verwertung von DNA-Profilen) mit Blick auf Prävention und Strafverfolgung weiter ausgebaut wird,<sup>115</sup> dann dürfte sich wieder die Frage stellen, wo hier Ressourcen und Fachwissen aufgebaut werden sollen. Wiederum böte sich die Polizei an, die bereits mit der nicht invasiven Probeentnahme und der Erstellung von DNA-Profilen von tatrelevantem biologischem Material betraut ist. Das könnte allerdings die Machtverhältnisse im Vorverfahren in der Zukunft weiter verschieben und die Staatsanwaltschaft faktisch in Abhängigkeit vom Spezialwissen der Polizei bringen. Würden nur bei der Polizei entsprechende Ressourcen und Know-how aufgebaut, bliebe die Vision des StPO-Gesetzgebers von der Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft im Vorver-

30

31

109 Vgl. ARNOLD, fp 2020, 467; BRUN, recht 2014, 95 f.

110 Vgl. etwa OBERHOLZER, N 135; PIETH, 2. Aufl., 63.

111 ALBERTINI/RÜEGGER, fp 2010, 364.

112 BRUN, recht 2014, 95 f.

113 Vgl. etwa RÜDIGER/BAYERL-POVALEJ/VOLKMANN, 685 ff.

114 Vgl. etwa HANSJAKOB, fp 2014, 244, 247 ff.

115 Vgl. Art. 255 Abs. 1 Einleitungssatz und 1<sup>bis</sup> E-StPO.

fahren in einem wichtigen Bereich ohne Leben. Es ist eine der Zukunftsaufgaben im Strafprozessrecht, für forensische Ermittlungen einen Rechtsrahmen zu erarbeiten, der es den Staatsanwaltschaften ermöglicht, ihre Leitungsfunktion wahrzunehmen.<sup>116</sup>

## V. Ausblick

32 In den ersten 10 Jahren der Geltung der eidgenössischen StPO konnte das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft – bzw. von (Vor-)Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren – nicht geklärt werden. Das spricht schon für sich.

33 Kontrovers diskutiert wurden – und werden – vor allem die aus den gesetzgeberischen Vorgaben zwingend folgenden Verfahrensrollen der Strafverfolgungsbehörden und die damit verbundenen Rechte aller am Strafverfahren beteiligten Parteien. Diese Kontroversen liessen sich aber in den allermeisten Einzelfällen – mit Rückgriff auf die klar festgelegte Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft – relativ einfach dadurch klären, dass die Staatsanwaltschaft bei Vorliegen eines der Fälle gemäss Art. 309 Abs. 1 StPO, namentlich sobald ein hinreichender Tatverdacht aufkommt, das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren ohne Verzug und auch in Zweifelsfällen durch eine Verfügung im Sinne von Art. 309 Abs. 3 StPO formell eröffnet.<sup>117</sup> Eine entsprechende Verpflichtung lässt sich etwa aus Sinn und Zweck von Art. 309 Abs. 1 StPO ableiten. Hieraus folgt, dass die Strafuntersuchung nicht zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt eingeleitet werden kann, der im freien Ermessen der Untersuchungsbehörden steht.<sup>118</sup> Dass der Gesetzgeber diesen Zeitraum nicht unabhängig vom Einzelfall exakt definiert hat, ändert daran nichts. Es bleiben aber für die kommenden Jahre Rechtsunsicherheiten, die nicht einfach gelöst werden können, etwa mit Blick auf die Durchführung polizeilicher Vorermittlungen neben dem strafprozessualen Vorverfahren. Deshalb bleibt es ein Desiderat, dass der eidgenössische Gesetzgeber, die Schnittstellen zwischen polizeilicher Ermittlung und staatsanwaltschaftlicher Untersuchung (und die daraus folgenden Konsequenzen) anhand griffiger Kriterien klar regelt.

116 BURGER-MITTNER, fp 2016, 92.

117 Vgl. BBl 2006 1264 (siehe oben); DEL GIUDICE, ZStrR 128 (2010), 127 m.w.N.

118 DEL GIUDICE, ZStrR 128 (2010), 127 f. m.w.N. Die Weigerung der Staatsanwaltschaft, das Untersuchungsverfahren formell zu eröffnen, kann in gewissen Fällen mittels Beschwerde (vgl. Art. 393 Abs. 2 StPO) gerügt werden (siehe OMLIN, BSK StPO II, Art. 309 N 21).

Eine weitere Forderung zur Klärung der Verhältnisse zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft hat sich im Laufe der letzten 10 Jahre herauskristallisiert und dürfte sich als Zukunftsaufgabe erweisen: Zur Sicherung der Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaften im Vorverfahren muss durch adäquaten Ausbau und rechtliche Leitplanken sichergestellt werden, dass in allen Bereichen – auch jenen, in denen Fachwissen über Spuren- und Beweissicherung die Ermittlungen vorbahnt, wie etwa im Bereich der Cyberkriminalität – die Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft durch ausreichend Ressourcen und Know-how gewährleistet ist.

Stellt sich der Gesetzgeber bei einer kommenden Revision den beiden Forderungen, würde die Schweiz – folgerichtig zur Regelung der Verteidigung der ersten Stunde und der Beweisverwertungsverbote – auch in diesen Bereichen wieder eine Vorreiterrolle für eine moderne, gesetzlich klar gefasste Regelung des Strafverfahrens übernehmen.

