

## **Die polizeiliche Befragung nach Art. 238 StrV aus Sicht des Strafverteidigers**

Referat vor Angehörigen der Kantonspolizei Bern vom 11.08.2006

RA Ulrich Rubeli & RA Markus Spielmann (www.aarejura.ch)

---

### **I. Einleitung**

Die Anwesenheit des Anwalts bei polizeilichen Befragungen ist eine Frage, die für uns alle, die wir beruflich damit konfrontiert sind, auch Emotionen weckt. Auf beiden Seiten bestehen Erfahrungen im Umgang mit der jeweils anderen Seite, sicherlich gute und weniger gute auf beiden Seiten.

Wir freuen uns, die Gelegenheit erhalten zu haben, den Strafverfolgungsbehörden die Sicht des Anwalts näher zu bringen. Rechtshistorisch wird der Anwalt als „Gegner“ der Strafverfolgungsbehörden betrachtet, den man somit eher von Untersuchungshandlungen auszuschliessen hatte. Teilweise wird der Anwalt auch als der „Diener des Rechts“ betitelt, welcher sich vor dem Recht zu verbeugen und sich unterzuordnen hat. Beides ist aus meiner Sicht falsch. Der Anwalt, wie auch der Polizist oder der Untersuchungsrichter spielt eine Rolle im Verfahren, dessen Ergebnis ein möglichst richtiges richterliches Urteil ist. In diesem Punkt arbeiten wir auf das gleiche Ziel hin, verfolgen jedoch unterschiedliche Interessen.

Die folgenden Ausführungen sind wie folgt gegliedert:

- Die gesetzliche Regelung im Kanton Bern (Refreshing / Vertiefung)
- Die Rechtsprechung zu diesem Themenbereich
- Blick auf die Seite und nach vorne; andere Regelungen und zukünftige Regelung

### **II. Die Berner Regelung de lege lata**

Man unterscheidet nach dem Berner StrV **zwei Arten von Einvernahmen**, je nach Stadium des Verfahrens:

- a) Im *polizeilichen Ermittlungsverfahren* die polizeiliche Befragung (Art. 204 und 208 StrV). Hier führt der Polizist das Protokoll selbst und die Rechte des Beschuldigten

nach Art. 238 / 245 StrV gelten nicht. Der Beschuldigte kann eine formelle Einvernahme verlangen.

- b) *Im Stadium der Voruntersuchung* die förmliche Befragung, welche durch den Untersuchungsrichter an die Polizei delegiert werden kann (Art. 238 III StrV). Die Befragung wird in der Praxis sehr oft an die Polizei delegiert.

Wenn die Befragung an die Polizei delegiert ist, ist sie grundsätzlich gleich durchzuführen wie im polizeilichen Ermittlungsverfahren. Zusätzlich gelten jedoch die Teilnahmerechte nach Art. 245 StrV und es ist eine zweite Person für die Protokollführung beizuziehen. Es gelten auch die übrigen Verteidigungsrechte, wie das Schweigerecht usw. Der Hinweis auf die Verteidigungsrechte ist im Protokoll anzuführen. Nur so kann verhindert werden, dass die Befragung aufgrund formeller Mängel unverwertbar wird.

Das Teilnahmerecht der Parteien und ihrer Rechtsvertreter ist wie folgt ausgestaltet:

- Nur auf Gesuch hin, wobei ein einziges Gesuch reicht;
- das Unmittelbarkeitsprinzip ist beschränkt. Das heisst, wenn die Parteien und ihre Vertreter an einer Einvernahme teilnehmen, muss die Befragung in der Hauptverhandlung durch den Richter nicht wiederholt werden => Verfahrensökonomie;
- Parteien können Fragen stellen lassen (nicht selbst stellen); der Einvernehmende entscheidet über die Zulassung der Frage.

**Ein Übungsfall** (Übungsbeispiel der Uni Bern) zum Lösen durch die Hörer:

In einem Hochhaus in Lyss wurde eine Prostituierte umgebracht. Der UR eröffnet eine Voruntersuchung gegen unbekannte Täterschaft. In der Wohnung konnte eine „Kundenliste“ mit über 300 Namen und Adressen gefunden werden. Der UR erteilt der Polizei den Auftrag, sämtliche Kunden (diskret) zu befragen. Daneben sollten auch die Bewohner des Hochhauses rasch befragt werden, ob sie irgendwelche Feststellungen gemacht haben.

- Muss die Polizei für diese Befragungen eine zweite Person zur Protokollführung beiziehen?
- Hätten allfällige Parteien und ihre Rechtsbeistände das Teilnahmerecht?

**Lösung:**

Wir sind im Stadium der Voruntersuchung, wo Art. 238 StrV anwendbar ist! Wenn mehr als 5 Jahre Zuchthaus angedroht sind, entfällt das polizeiliche Ermittlungsverfahren, der UR hat das Verfahren bereits eröffnet. In diesem Stadium gelten die Bestimmungen des Art. 238 StrV.

Trotzdem besteht **kein** Teilnahmerecht, aus den folgenden Gründen:

Wenn es um **Vorabklärungen** geht oder eine **grosse Zahl von Personen** befragt werden muss, so können die Befragungen formlos erfolgen (Kreisschreiben der Strafkammern BE zu StrV 204, 238, Ausgabe 2004).

Auch gegen die unbekannt Taterschaft kann eine Voruntersuchung geführt werden. Auf Antrag an die Staatsanwaltschaft kann sie eingestellt werden, bis der Täter ermittelt ist. Nebst den angeführten Gründen könnten die Teilnahmerechte selbstverständlich auch wegen Kollusionsgefahr verweigert werden.

Diese Regelung ist in den genannten Fällen einleuchtend:

- ersten Vorabklärungen oder wenn eine grosse Zahl von Personen befragt werden muss. Wenn Wichtiges herauskommt: UR einschalten und förmlich befragen
- In dringenden Fällen zur sofortigen Feststellung des Sachverhalts
- Kollusionsgefahr

**Frage an die Hörer:**

Was spricht für eine Teilnahme der Parteien und der Vertreter?

- Die Verwertbarkeit (Ziel des Ermittlungsverfahrens ist die Sicherstellung und Auswertung von Spuren und Beweismitteln zu Handen des Gerichts);
- Verfahrensökonomie beim Gericht;
- Beschwerdesicherheit, keine falschen Geständnisse, näher beim Tatgeschehen = höhere „Trefferquote.“

Was spricht gegen eine Teilnahme?

- Einfachheit der Ermittlungen;
- Kollusionsgefahr;
- Vereitelung des Untersuchungszwecks.

### III. Die Rechtsprechung zum Thema / Unverwertbarkeit

- Die Teilnahmerechte sind Teil des verfassungsrechtlichen „fair trial“ und somit in der BV und der EMRK enthalten. Das heisst, dass bei Verletzung dieser Grund- und Menschenrechte nichts anderes, als dass der Weiterzug nach Strassburg an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte möglich wäre und das BGer nicht unbedingt letzte Instanz ist.
- Das Recht *einmal während des Verfahrens* Ergänzungsfragen zu stellen ist zwingend. Allerdings können in Ausnahmefällen die Fragen ohne Konfrontation gestellt werden.
- Das Fragerecht muss nach der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Bern nicht zwingend dem Beschuldigten höchstpersönlich gewährt werden. Es genügt, wenn der Anwalt die Möglichkeit hat. Im konkreten Fall war der Beschuldigte flüchtig.
- Nach der wiederkehrenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht kein verfassungsmässiger Anspruch auf den „Anwalt der ersten Stunde.“ Nach Bundesgericht ist der EMRK und der BV Genüge getan, wenn der Beschuldigte den Anwalt *erst nach gewisser Zeit (nach erster Einvernahme) einschalten kann*.
- Befragungsergebnisse die unter Verletzung von Art. 238 StrV, also im polizeilichen Ermittlungsverfahren, erhoben worden sind, sind eventuell **unverwertbar**! Diese Folge der Unverwertbarkeit steht auch im bereits erwähnten Kreisschreiben (Kreisschreiben der Strafkammern BE zu StrV 204, 238, Ausgabe 2004), welches der Polizei zur Verfügung steht (veröffentlicht im Intranet der Kantonspolizei).
- Bundesgericht: Es gibt bereits mehr als ein Urteil wegen sexueller Handlungen mit Minderjährigen, die aufgehoben worden sind, weil der Beschuldigte dem Opfer keine Fragen stellen konnte. Achtung: das ist nicht die exakt gleiche Problematik, weil es hier um Belastungszeugen geht. Aber immerhin handelt es sich doch um eine Frage der Beteiligung am Verfahren und die Folge der Unverwertbarkeit.

#### **IV. Der Blick auf die Seite, insbesondere in den Kanton SO und nach vorne (Entwurf für die eigenössische StPO)**

In verschiedenen Schweizer Strafprozessordnungen existiert der „Anwalt der ersten Stunde“ nicht. Die Tendenz geht aber klar zu einer Öffnung hin. Die Schweiz wird bereits heute für ihre Haltung kritisiert, den Vertreter des Beschuldigten bei der ersten Einvernahme nicht in jedem Fall (besser nicht in jedem Kanton) zuzulassen. Namentlich die folgenden Organisationen haben diese Rechtssetzung und Rechtsprechung moniert: UN-Menschenrechtsausschuss, UN Ausschuss gegen Folter, Ausschuss des Europarates zur Verhinderung von Folter).

Zu beachten ist, dass nach den Schweizer Strafverfahren das Ermittlungs- und Voruntersuchungsverfahren sehr grosse Bedeutung haben. In den Schweizer Verfahrensrechten wird ein grosser Teil der Ermittlungsarbeit durch die Untersuchungsbehörden geleistet. Der Richter führt nicht mehr jede Beweismassnahme selbst durch. Somit wiegt die Verweigerung der Verteidigungsrechte in unserem System besonders schwer.

Die Schweiz hat ihren Kritikern zugesichert, die Frage des Anwalts der ersten Stunde im Rahmen der Einführung der eidgenössischen StPO zu prüfen.

Der Kanton Solothurn kennt als einer der (heute) wenigen Kantone die Anwesenheit des Beschuldigten und des Vertreters bereits ab der ersten, polizeilichen Einvernahme.

- Meine Erfahrung sind dabei nicht negativ, auch von Seiten der Polizei in der Regel nicht.

Bei der Vorbereitung dieses Vortrags bin ich auf die folgende Textpassage gestossen: Maurer, Das Bernische Strafverfahren: „Die Polizeibeamten verfügen in der Regel nicht über eine ausreichende juristische Ausbildung, so dass sie gegenüber der Verteidigung benachteiligt wären. Die angeschuldigte Person ist im Übrigen nicht verpflichtet, vor der Polizei Aussagen zu machen, und sie ist auch auf dieses Schweigerecht hinzuweisen.“

- Diese Aussage ist aus meiner Sicht schlicht falsch. Die einvernehmenden Polizisten, sehr oft handelt es sich um erfahrene Fahnder, führen Einvernahme sehr souverän durch und haben grosse Erfahrungen. Ihre starke Position als

Einvernehmender ist ihnen bewusst, es kann keine Rede von einer Unterlegenheit sein.

- Bei kleineren Vergehen verzichten die Beschuldigten nahezu immer auf einen Anwalt (Kosten / Nutzen).
- Anwälte kochen auch nur mit Wasser - gerade bei Einvernahmen, welche ein Dritter durchführt, können sie die Aussagen ihrer Klienten nicht permanent beeinflussen.

### **Ausblick auf die eidgenössische StPO**

Seit 1994 läuft der Gesetzgebungsprozess für eine eidgenössische StPO. Im Dezember 2005 hat der Bundesrat die Botschaft verabschiedet, das Geschäft liegt jetzt also bei den eidgenössischen Räten. Alle folgenden Aussagen sind unter diesem Vorbehalt zu verstehen, dass der Entstehungsprozess noch nicht abgeschlossen ist.

Die Verteidigungsrechte sind ein wesentlicher Teil der eidgenössischen StPO. Im Vernehmlassungsverfahren in den Neunzigerjahren war noch vorgesehen:

- „Anwalt der ersten Stunde“ in Haftsachen
- „Anwalt der ersten Stunde“ in anderen Sachen gemäss Entscheid  
Untersuchungsbehörde mit anschliessender Genehmigung der Aussagen
- => diese Lösung ist auf den ersten Blick unsinnig und macht allen Beteiligten, dem Beschuldigten, wie nicht zuletzt den Behörden, das Leben schwer

Die jetzt vorgesehene Regelung sieht den Anwalt der ersten Stunde ohne Einschränkungen vor: Es besteht das Teilnahmerecht bei allen polizeilichen Einvernahmen und zwar *auf Gesuch hin*, wie im Kanton Bern heute schon. Allerdings haben Anwälte, insbesondere in Haftsachen (24 Stunden Polizeihaft) keinen Anspruch auf Terminverschiebung.

Zusammengefasst: Diese Regelung entspricht dem Menschenrechts-Standard und verhindert den Untersuchungszweck keineswegs, wie die Erfahrungen, nicht nur aus dem Kanton Solothurn, zeigen.