

## 2. Strafverfahrensrecht - Procédure pénale

**Nr. 43** Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 1. Mai 2018 i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich – 6B\_646/2017

### **Art. 158 und 285a ff. StPO: Hinweispflicht; Anspruch auf Befragung verdeckter Ermittler unmittelbar durch das Gericht.**

Zu Beginn der ersten Einvernahme ist die beschuldigte Person darauf hinzuweisen, dass gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden ist und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden. In allgemeiner Weise und nach dem aktuellen Verfahrensstand muss der Beschuldigte von der Polizei oder der Staatsanwaltschaft über die konkreten äusseren Umstände der Straftat aufgeklärt werden, wobei die Tathypothese, von welcher die Strafverfolgungsbehörde ausgeht, massgebend ist. Die Strafverfolgungsbehörden sind nicht dazu verpflichtet, ihr gesamtes Wissen vor der ersten Einvernahme offenzulegen, eine gewisse Verallgemeinerung ist ausreichend. Erfolgt zu Beginn kein rechtsgenügender Tatvorhalt, ist die erste Einvernahme als Gesamtes – eine partielle Unverwertbarkeit fällt ausser Betracht – nicht verwertbar. Die nächste Einvernahme hat neu als erste Einvernahme im Sinne von [Art. 158 Abs. 1 StPO](#) zu gelten.

Durch verdeckte Ermittlungen sollen besonders schwere Straftaten aufgeklärt werden. Bei den Aussagen der verdeckten Ermittler geht es um die Frage der Strafbarkeit des oder der Beschuldigten. Es geht aber gleichzeitig auch darum, ob die verdeckten Ermittler bei ihrer Tätigkeit das Mass des Zulässigen überschritten haben und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben. Mit der verdeckten Ermittlung verbunden ist nämlich die Gefahr der unzulässigen Einwirkung, indem der verdeckte Ermittler beim Tatverdächtigen eine allgemeine Tatbereitschaft weckt oder ihn auf schwerere Straftaten lenkt, oder wenn seine Tätigkeit für den Entschluss zu einer konkreten Straftat nicht mehr nur von untergeordneter Bedeutung ist. Daraus ergibt sich ein unbedingter Anspruch des Beschuldigten, verdeckte Ermittler als Auskunftspersonen oder als Zeugen durch ein Gericht im Rahmen einer indirekten Konfrontation befragen zu lassen. (Regeste forumpoenale)

### **Art. 158 et 285a ss CPP: obligation de notifier les charges au prévenu; droit de faire interroger directement par le tribunal des agents infiltrés mis au bénéfice de la garantie de l'anonymat.**

Au début de la première audition, le prévenu doit être informé qu'une procédure préliminaire a été ouverte contre lui et quelles sont les infractions faisant l'objet de celle-ci. Dans une forme générale qui reflète l'état actuel de la procédure, la police et le ministère public ont l'obligation d'instruire le prévenu des circonstances concrètes extérieures de l'infraction; est à cet égard déterminante l'hypothèse de laquelle les autorités de poursuite pénale partent quant au déroulement des faits. Les autorités de poursuite pénale ne sont pas tenues de dévoiler la totalité de leur savoir avant la première audition; une certaine généralisation est admissible. À défaut d'une notification des charges conforme aux exigences de la loi au début de la première audition, cette dernière est inexploitable

dans son ensemble; une impossibilité partielle d'exploiter n'entre pas en considération. Dans ce cas, l'audition suivante est réputée constituer désormais la première au sens de l'[art. 158 al. 1 CPP](#).

L'investigation secrète doit permettre d'élucider des infractions particulièrement graves. Les déclarations des agents infiltrés portent sur la punissabilité du ou des prévenus. Simultanément, elles intéressent la question de savoir si l'intervention considérée a dépassé la mesure de ce qui est autorisé et, dans l'affirmative, quelles conséquences juridiques en découlent. L'investigation secrète comporte en effet le risque de voir l'agent infiltré influencer le suspect de manière inadmissible en suscitant chez lui une disposition générale à la commission d'infractions, en l'amenant à commettre des infractions plus graves ou en adoptant un comportement qui excède les limites d'un rôle simplement secondaire dans la décision du suspect de commettre une infraction concrète. Ces spécificités fondent un droit incondicional du prévenu de faire interroger les agents infiltrés – comme personnes appelées à donner des renseignements ou à titre de témoins – par un tribunal dans le cadre d'une confrontation indirecte. (Résumé forumpoenale)

**Art. 158 e 285a segg. CPP: obbligo d'informazione; diritto d'interrogare gli agenti in anonimato direttamente tramite il giudice.**

All'inizio del primo interrogatorio l'imputato deve essere informato che è stata avviata una procedura preliminare nei suoi confronti e su quali reati. In modo generico e in

---

forumpoenale 2019 - S. 427

base all'attuale stato della procedura, la polizia o il pubblico ministero deve informare l'imputato in merito alle circostanze esterne concrete del reato; determinante in questo contesto è l'ipotesi di reato supposta dall'autorità di perseguimento penale. Le autorità di perseguimento penale non sono tenute a rivelare tutto quanto a loro noto prima del primo interrogatorio; una certa generalizzazione è sufficiente. Qualora all'inizio non avvenga una contestazione dei fatti giuridicamente sufficiente, il primo interrogatorio non è utilizzabile nel suo complesso (un'inutilizzabilità parziale non entra in linea di conto). Il successivo interrogatorio deve nuovamente valere quale primo interrogatorio ai sensi dell'[art. 158 cpv. 1 CPP](#).

Tramite l'inchiesta mascherata si deve fare luce su reati particolarmente gravi. Le deposizioni degli agenti infiltrati concernono la questione della punibilità dell'imputato o degli imputati. Al contempo, si tratta tuttavia anche di sapere se gli agenti infiltrati hanno oltrepassato i limiti del consentito nell'ambito della propria attività e quali conseguenze giuridiche ne derivano. Infatti, all'inchiesta mascherata è associato il pericolo di un influsso illecito in quanto l'agente infiltrato alimenta nell'indiziato di reato una generale propensione a delinquere, o lo induce a commettere reati più gravi, o qualora la sua attività non incida più soltanto subordinatamente sulla determinazione a commettere un reato concreto. Da ciò deriva un diritto incondizionato dell'imputato a far interrogare da un giudice l'agente infiltrato in qualità di persona informata sui fatti o testimone, nel quadro di un confronto indiretto. (Regesto forumpoenale)

**Sachverhalt:**

Die StA II ZH erhob Anklage gegen X. wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Heroineinfuhr vom 20.9.2014 und vom 17.10.2017). Das BezGer Horgen sprach X. schuldig und bestrafte ihn mit sieben Jahren Freiheitsstrafe und ordnete u.a. die Einziehung der beschlagnahmten Barschaften als Drogengeld zugunsten der Staatskasse an. Dagegen legte X. Berufung ein.

Das OGer ZH erkannte X. schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Bezüglich der Heroineinfuhr vom 20.9.2014 sprach es ihn frei und bestrafte X. mit sechs Jahren Freiheitsstrafe. Das OGer ZH verfügte, dass von den beschlagnahmten Barschaften ein Teilbetrag als Drogengeld zugunsten der Staatskasse eingezogen werden und der verbleibende Betrag zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet werden soll. Ein allfälliger Restbetrag geht zugunsten des Beschuldigten.

X. beantragt mit Beschwerde in Strafsachen die Aufhebung des Urteils.

Das BGer heisst die Beschwerde teilweise gut.

### **Aus den Erwägungen:**

[...]

5.

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, abgesehen von der Schlusseinvernahme seien sämtliche Einvernahmen unverwertbar, weil zu Beginn und in deren Verlauf kein konkreter, genauer und vollständiger Tatvorhalt erfolgt sei. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die (zweite) Einvernahme vom 30. Oktober 2014 durch die Staatsanwaltschaft ab Frage 174 und alle weiteren Einvernahmen grundsätzlich verwertbar sein sollen, sei widersinnig und rechtswidrig, mit dem klaren Gesetzeswortlaut und der strikten Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten nach Art. 141 Abs. 1 StPO nicht vereinbar.

5.1. Polizei oder Staatsanwaltschaft weisen die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache u.a. darauf hin, dass gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden ist und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden (Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO). Nach der Rechtsprechung muss der Beschuldigte in allgemeiner Weise und nach dem aktuellen Verfahrensstand darüber aufgeklärt werden, welches Delikt ihm zur Last gelegt wird. Dabei geht es nicht in erster Linie um den Vorhalt strafrechtlicher Begriffe oder Bestimmungen, sondern um denjenigen der konkreten äusseren Umstände der Straftat. Die Information über den Gegenstand der Strafuntersuchung ist Voraussetzung dafür, dass sich der Beschuldigte zu den Tatvorwürfen äussern kann (vgl. Art. 143 Abs. 4 StPO; BGE 141 IV 20 E. 1.3.3 S. 29). Im frühen Verfahrensstadium der ersten Einvernahme ist aber eine gewisse Verallgemeinerung im Hinblick auf eine erfolgreiche Durchführung der Strafuntersuchung zulässig. Massgebend ist die Tathypothese, mit welcher die Strafverfolgungsbehörde arbeitet (Urteil 6B\_1262/2015 vom 18. April 2016 E. 3.2); diese ist indessen nicht verpflichtet, ihr gesamtes Wissen vor der ersten Einvernahme offenzulegen (Urteil 6B\_518/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 1.4). Einvernahmen ohne diese Hinweise sind nicht verwertbar (Art. 158 Abs. 2 StPO).

5.2. Die Vorinstanz erwägt, die erste Instanz sei zum Schluss gekommen, die erste polizeiliche Hafteinvernahme vom 29. Oktober 2014 sei unverwertbar, die zweite Einvernahme vom folgenden Tag durch die Staatsanwaltschaft erst ab Frage 174 verwertbar; die Verwertbarkeit der weiteren Einvernahmen stehe ausser Frage. Davon sei im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, u.a. Urteil 6B\_1262/2015 vom 18. April 2016, auch im Berufungsverfahren auszugehen. Dem Beschwerdeführer sei in der (zweiten) Einvernahme vom 30. Oktober 2014 bereits zu Beginn in Frage 5 vorgehalten worden, er werde verdächtigt, im Mehrkilobereich mit Heroin gehandelt zu haben. Später sei ihm in Frage 172 vorgehalten worden, es bestehe der dringende Verdacht, dass er mit A. im Drogenhandel zusammengewirkt habe und mit dem Mercedes ML Drogen trans-

-----  
forumpoenale 2019 - S. 428

portiert bzw. in die Schweiz eingeführt habe. Weiter sei in Frage 174 ausgeführt worden, A. habe zugegeben, dass er Anfang Oktober 2014 wie auch am 22. und 24. Oktober 2014 Heroin verkauft habe. Spätestens dann sei der Beschuldigte auch über den ungefähren Tatzeitpunkt orientiert gewesen, wobei die genaueren Daten der Heroineinfuhren nach zutreffender Feststellung der ersten Instanz in diesem Verfahrensstadium noch nicht bekannt gewesen seien. Dessen Aussagen ab Frage 174 in der Einvernahme vom 30. Oktober 2014 seien somit uneingeschränkt verwertbar.

5.3. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 158 Abs. 1 Ingress und Abs. 2 StPO ist die erste Einvernahme nicht verwertbar, wenn nicht zu Beginn ein rechtsgenügender Tatvorhalt erfolgt (vgl. auch Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO; RUCKSTUHL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, 2. Aufl. 2014, N. 33 zu Art. 158 StPO; GODENZI, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 33 zu Art. 158 StPO; PITTELOUD, a.a.O. S. 247 unten). Folgerichtig hat die nächste Einvernahme neu als erste Einvernahme im Sinne von Art. 158 Abs. 1 StPO zu gelten. Andernfalls bliebe diese Vorschrift weitgehend toter Buchstabe und die Strafverfolgungsbehörden hätten es regelmässig in der Hand zu bestimmen, ob und in welchem Zeitpunkt sie den Beschuldigten mit einem rechtsgenügenden Tatvorwurf konfrontieren wollen, was dem Normzweck offensichtlich zuwiderliefe. Erfolgt in einer ersten Einvernahme im dargelegten Sinne der inhaltlich gesetzeskonforme Tatvorhalt nicht zu Beginn, sondern erst im Verlauf, ist grundsätzlich die Einvernahme insgesamt nicht verwertbar, wie wenn der Tatvorwurf erst aufgrund von Aussagen des Beschuldigten selber gemacht werden konnte. Eine lediglich partielle Unverwertbarkeit der Einvernahme bis zum betreffenden Zeitpunkt fällt ausser Betracht. Beruht – umgekehrt – der Tatvorwurf nicht notwendigerweise im Sinne einer «conditio sine qua non» auf unverwertbaren Aussagen des Beschuldigten, spricht auch unter dem Gesichtspunkt der strikten Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots nach Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO (vgl. GODENZI, a.a.O.) nichts gegen die Verwertbarkeit späterer Einvernahmen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht verpflichtet sind, die detaillierte Belehrung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO vor jeder weiteren Einvernahme zu wiederholen (Urteil 6B\_518/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 1.5).

Unbestritten war weder bei der polizeilichen Einvernahme vom 29. Oktober 2014 noch bei der Einvernahme am folgenden Tag durch die Staatsanwaltschaft zu Beginn ein rechtsgenügender Tatvorhalt nach Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO erfolgt. Beide Einvernahmen sind daher als Ganzes nicht

verwertbar, insbesondere somit auch nicht diejenige vom 30. Oktober 2014 ab Frage 174. Anderes gilt für die weiteren Einvernahmen. Der Tatvorwurf, der sich aus den Fragen 5, 172 und 174 der Einvernahme vom 30. Oktober 2014 ergibt, genügt den inhaltlichen Anforderungen nach Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO (und Art. 143 Abs. 1 lit. b StPO). Darin wird dem Beschwerdeführer zunächst der Vorhalt gemacht, er habe in einem bestimmten identifizierbaren Fahrzeug mehrere Kilogramm Heroin in die Schweiz eingeführt. Aus den A. betreffenden Angaben der Staatsanwaltschaft und dem weiteren Vorhalt, mit diesem im Drogenhandel zusammengewirkt zu haben, musste der Beschuldigte sodann folgern, dass die Strafverfolgungsbehörden davon ausgingen, bei dem von diesem an verschiedenen Tagen im Oktober 2014 verkauften Heroin handle es sich um das von ihm eingeführte. Dieser Tatvorhalt ist zwar knapp gehalten, er ist jedoch genügend. Wie der Beschwerdeführer selber einräumt, wurden damit die Tatzeit und die (direkte) Übergabe an A. zumindest angedeutet. Nichts zu seinen Gunsten ergibt sich aus dem Umstand, dass und soweit gemäss der ersten Instanz bereits bei seiner Festnahme der dringende Tatverdacht bestand, «dass er im Herbst 2014 20 Kilo Heroin von B. in die Schweiz einführte und an A. übergab», was ihm zu Beginn der ersten Einvernahme hätte vorgehalten werden müssen. Die Strafverfolgungsbehörden sind nicht verpflichtet, ihr gesamtes Wissen vor der ersten Einvernahme offenzulegen (E. 5.1 hiervor). Mit Bezug auf den Tatzeitpunkt ist davon auszugehen, dass bei den ersten beiden Einvernahmen vom 29. und 30. Oktober 2014 offen war, ob der Transport in einer oder in mehreren Fahrten erfolgte. Das Fehlen einer genauen Mengenangabe sodann kann darin begründet sein, dass unklar war, ob das gesamte bei A. sichergestellte Heroin oder lediglich ein Teil davon vom Beschuldigten «stammte». Im Übrigen ist nicht ersichtlich und der Beschwerdeführer legt auch nicht dar, inwiefern der Umstand, dass das «Ursprungsland des Transports, also B.» nicht genannt wurde, ihn daran hinderte, den Tatvorwurf als solchen wie auch in seiner Tragweite zu erfassen. Da der in den Fragen 5, 172 und 174 der Einvernahme vom 30. Oktober 2014 formulierte Tatvorhalt nicht erst aufgrund von Aussagen des Beschuldigten gemacht werden konnte, vielmehr bereits bei der Festnahme der dringende Tatverdacht bestand, er habe im Herbst 2014 20 Kilo Heroin von B. in die Schweiz eingeführt und an A. übergeben, sind alle späteren Einvernahmen grundsätzlich verwertbar. Inwiefern im Übrigen das Obergericht aus der nicht verwertbaren Einvernahme vom 30. Oktober 2014 ab Frage 174 entscheidungswesentliche Schlüsse zieht, ist nicht ersichtlich und wird in der Beschwerde auch nicht dargetan.

Die Rügen betreffend die Unverwertbarkeit sämtlicher Einvernahmen mit Ausnahme der Schlusseinvernahme sind unbegründet.

6.

Der Beschwerdeführer bestreitet die Verwertbarkeit der Aussagen des verdeckten Ermittlers «C.». Gemäss BGE 133 I 33 genüge die Befragung dieses Belastungszeugen durch

---

forumpoenale 2019 - S. 429

die Staatsanwaltschaft bei der Einvernahme vom 20. Mai 2015 nicht, um seine bereits stark eingeschränkten Verteidigungsrechte (fehlende Kenntnis von Identität und Leumund, keine optische Wahrnehmung des anonymen Zeugen) zu kompensieren. Der verdeckte Ermittler hätte durch ein Gericht befragt werden müssen, und zwar ohne optische Abschirmung. Indem die Vorinstanz

namentlich auf die nicht verwertbaren Aussagen des verdeckten Ermittlers abstelle, habe sie den Sachverhalt aktenwidrig und willkürlich festgestellt, sich über entlastende Indizien hinweggesetzt und den Grundsatz «in dubio pro reo» verletzt.

6.1. Die Vorinstanz erwägt, aus BGE 133 I 33 lasse sich nicht ableiten, dass die Einvernahme des anonymen Zeugen zwangsläufig durch ein Gericht zu erfolgen habe. Massgebend für die Verwendung von Aussagen, die im Vorverfahren gemacht worden seien, sei, dass die Rechte der Verteidigung respektiert worden seien. Dazu sei eine einmalige Gelegenheit zur Ausübung des Fragerechts genügend, wenn die Befragung tatsächlich wirksam ausgeübt werden können (unter Hinweis auf BGE 125 I 127 E. 6b S. 132 sowie Urteile 6B\_369/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 2.3.2 und 6B\_183/2013 vom 10. Juni 2013 E. 1.5). Das Gericht habe sich (in jedem Fall) zu überzeugen, dass die Identität des anonymen Zeugen feststehe und ausgeschlossen werden könne, dass ein anderer an seiner Stelle Zeugnis ablege. Davon ausgehend kommt die Vorinstanz zum Ergebnis, die Aussagen des verdeckten Ermittlers «C.», «welcher sich hinter einer Milchglasscheibe befand und somit optisch abgeschirmt war», bei seiner Einvernahme am 20. Mai 2015 seien verwertbar.

6.2. In BGE 133 I 33 hat das Bundesgericht u.a. erwogen, dass nach den Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 3 lit. d EMRK die Identität eines Belastungszeugen grundsätzlich offenzulegen ist. Ist zur Wahrung schutzwürdiger Interessen erforderlich, dass der Zeuge anonym bleibt, wie etwa bei verdeckten Ermittlern, und wird dementsprechend bei der Befragung sichergestellt, dass er weder optisch noch an seiner Stimme erkannt werden kann (indirekte Konfrontation), muss das Gericht die dadurch bewirkte Einschränkung der Verteidigungsrechte möglichst kompensieren. «Es hat sich namentlich davon zu überzeugen, dass die Identität des Zeugen feststeht und ausgeschlossen werden kann, dass ein anderer an seiner Stelle Zeugnis ablegt» (E. 3.1). «Zu Recht wird in der Literatur (...) darauf hingewiesen, dass es dem Gericht obliegt, die Beweiswürdigung vorzunehmen und mithin die Verlässlichkeit von Zeugenaussagen zu beurteilen, weshalb es in erster Linie für dieses wichtig ist, den Zeugen unmittelbar optisch wahrzunehmen, während diesem Aspekt für die Verteidigung nicht die gleiche Bedeutung zukommt» (E. 3.2 in fine). Eine anonymisierte Aussage ist in jedem Fall nur statthaft, «wenn der Zeuge durch das Gericht selber befragt wird, seine Identität und allgemeine Glaubwürdigkeit durch das Gericht einer Überprüfung unterzogen wird und der Verteidiger sowie der Angeklagte unter optischer und akustischer Abschirmung dem Zeugen Fragen stellen können» (E. 4.3).

BGE 133 I 33 ist für die hier interessierende Frage, ob bei verdeckten Ermittlerinnen und Ermittlern auf die Voruntersuchung abgestellt werden kann oder ob sie zwingend durch das Gericht anzuhören sind, nicht einschlägig. Auszugehen ist vom Gedanken der Kompensation der Beschneidung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten, der lediglich ein Recht auf indirekte Konfrontation mit solchen Personen hat. Verdeckte Ermittlung (als eine Zwangsmassnahme; BGE 143 I 304 E. 2.2 S. 307) hat zum Ziel, besonders schwere Straftaten aufzuklären (Art. 285a StPO; zur Abgrenzung von der verdeckten Fahndung [Art. 298a ff StPO] BGE 143 IV 27 E. 2.4 S. 31). Damit verbunden ist die Gefahr der unzulässigen Einwirkung der verdeckt ermittelnden Person, indem sie beim Tatverdächtigen (Art. 286 Abs. 1 lit. a StPO) eine allgemeine Tatbereitschaft weckt oder die Tatbereitschaft auf schwerere Straftaten lenkt, oder wenn ihre Tätigkeit für den Entschluss zu einer konkreten Straftat nicht mehr bloss von untergeordneter Bedeutung ist (Art. 293 Abs. 1 und 2 StPO; vgl. OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, Rz. 1250 ff.). Die Aussagen der verdeckten Ermittlerinnen und Ermittler sind somit nicht nur für die Frage der Strafbarkeit des oder der Beschuldigten bedeutsam,

sondern es geht gleichzeitig auch darum, ob sie bei ihrer Tätigkeit das Mass des Zulässigen überschritten haben und welche Rechtsfolgen (nach Art. 293 Abs. 4 StPO oder Art. 141 Abs. 1 StPO) sich daraus ergeben, worüber das Sachgericht zu befinden hat (BGE 143 I 304 E. 2.4 S. 309 f. mit Hinweis). Die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Person, die verdeckt ermittelt hat und anonym bleiben darf, steht gleichsam auf dem Prüfstand (vgl. BGE 143 I 310 E. 3.4.4 S. 320 oben). Daraus ergibt sich ein unbedingter Anspruch des oder der Beschuldigten darauf, verdeckte Ermittlerinnen oder Ermittler (als Auskunftspersonen oder Zeuginnen oder Zeugen; Art. 288 Abs. 2 StPO) durch ein Gericht im Rahmen einer indirekten Konfrontation befragen zu lassen (vgl. Urteil 1P.277/1997 vom 2. Dezember 1998 E. 4, nicht publ. in: BGE 125 I 127, unter Hinweis auf das Unmittelbarkeitsprinzip).

6.3. Die Vorinstanz hätte somit zwingend den verdeckten Ermittler «C.» selber befragen und seine Identität sowie die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen überprüfen müssen. Ihre Beweiswürdigung betreffend die Heroineinfuhr vom 17. Oktober 2014 im Sinne der Anklage (E. 3), welche wesentlich auf dessen Einvernahme vom 20. Mai 2015 durch die Staatsanwaltschaft im Rahmen einer indirekten Konfrontation mit dem Beschwerdeführer sowie den (entsprechenden) Aufzeichnungen im schriftlichen Einsatzbericht abstellt, muss daher als willkürlich bezeichnet werden (E. 2.1).

[...]

---

forumpoenale 2019 - S. 430

## **Bemerkungen:**

### **I. Zum Urteil 6B\_646/2017 vom 1. Mai 2018**

Im vorliegenden Urteil hatte das Bundesgericht gleich zwei bedeutsame Fragen zu klären. Zum einen war zu entscheiden, inwieweit ein unzureichender Tatvorhalt die Unverwertbarkeit einer Einvernahme und deren Folgeeinvernahmen bewirkt (vgl. nachfolgend, II.). Zum anderen war darüber zu befinden, ob auf die Befragung eines verdeckten Ermittlers durch ein Gericht verzichtet werden kann (vgl. nachfolgend, III.).

### **II. Folgen des verspäteten Tatvorhalts**

Art. 158 StPO verlangt zu Beginn der ersten Einvernahme die Belehrung über die Rechte und Pflichten der beschuldigten Person und legt einen unumstösslichen Mindeststandard fest. Die besondere Bedeutung der Belehrung wird in Abs. 2 von Art. 158 StPO unterstrichen, indem klargestellt wird, dass Einvernahmen ohne diese Hinweise nicht verwertbar sind. Der rechtsgenügende Tatvorhalt ist bedeutsamer Teil der Rechtsbelehrung: Nur wer die Bedeutung und Tragweite der Befragung kennt und den Tatvorhalt sprachlich und intellektuell versteht, kann selbstbestimmt darüber entscheiden, ob bzw. inwieweit er von seinen Verfahrensrechten Gebrauch machen will (vgl. dazu GODENZI, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 158 N 26). Damit ist auch gesagt, dass die beschuldigte Person ihr Aussageverweigerungsrecht und andere Verteidigungsrechte erst nach vollumfänglicher Aufklärung

gemäss Art. 158 Abs. 1 StPO wirksam ausüben kann, also (unter anderem) wenn ihr exakt eröffnet wird, was überhaupt Gegenstand des gegen sie geführten Verfahrens ist (vgl. auch Art. 143 Abs. 1 StPO, BGE 141 IV 20 E. 1.3.3).

Im vorliegend besprochenen Entscheid stellt das Bundesgericht klar, dass ein inhaltlich korrekter Tatvorhalt *zu Beginn* der ersten Einvernahme erfolgen muss. Ebendies verlangt die Schweizerische Strafprozessordnung in Art. 158 Abs. 1 ausdrücklich. Diese gesetzliche Pflicht macht auch Sinn: Die Verteidigungsstrategie wird vom Aussageverhalten bei der ersten Einvernahme ausserordentlich stark geprägt. Eine umfassende Belehrung *vor* dieser Einvernahme ist daher unabdingbar (RUCKSTUHL, in: NIGGLI/HEER/ WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], BSK-StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 158 N 2). Dies bestätigt das Bundesgericht im besprochenen Entscheid. Es kommt in E. 5 zum richtigen Ergebnis, dass die beiden ersten Einvernahmen *als Ganzes* unverwertbar sind, weil *zu Beginn* der beiden Einvernahmen kein inhaltlich korrekter Tatvorhalt erfolgte.

Das Bundesgericht verbietet es also zu Recht, *teilweise* auf Befragungen abzustellen, die zu Beginn keinen korrekten Tatvorhalt enthalten. Leider setzt es diesen Gedanken aber nicht konsequent um: Warum die Lausanner Richter im besprochenen Entscheid zwar die zweite Einvernahme als (gesamthaft) unverwertbar erklären, dann aber hinsichtlich der weiteren Befragungen trotzdem auf den in dieser unverwertbaren Einvernahme gemachten Tatvorhalt abstellen, ist nicht nachvollziehbar. Eine solche Vorgehensweise ist nach Ansicht der Autoren inkonsequent, unlogisch und widerspricht auch Art. 141 Abs. 5 StPO. Gemäss dieser Gesetzesbestimmung sind Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise, also zum Beispiel unverwertbare Einvernahmeprotokolle, aus den Akten zu entfernen. Das hat unweigerlich zur Folge, dass ein rechtsgenügender Tatvorhalt *zu Beginn der nächsten Befragung* erfolgen muss. Die nächste Einvernahme gilt nämlich auch nach Ansicht des Bundesgerichts neu als erste Einvernahme im Sinne von Art. 158 Abs. 1 StPO (E. 5.3). Führt man diesen richtigen Gedanken fort, ist jede Folgeeinvernahme unverwertbar, bis endlich zu Beginn einer Befragung ein rechtsgenügender Tatvorhalt erfolgt (vgl. GODENZI, ZK StPO, Art. 158 N 43 m.w.H.).

Es darf im Übrigen nicht vergessen werden, dass die beschuldigte Person im Vorverfahren in aller Regel nicht weiss, dass die bisherigen Einvernahmen zu einem späteren Zeitpunkt allenfalls als unverwertbar erklärt werden. Die Frage der Verwertbarkeit wird in der Regel erst sehr viel später vom Sachrichter entschieden. Entsprechend ist der beschuldigten Person im Zeitpunkt des verspäteten Tatvorhalts nicht bekannt, dass sie bei der Festlegung der Verteidigungsstrategie wieder am Anfangspunkt steht. Dieses Bewusstsein wäre aber Voraussetzung, um – nach Kenntnis des Tatvorhalts – unbeeinflusst von den bisherigen Aussagen fortzufahren. Fehlt dieses Bewusstsein, sind die weiteren Aussagen selbstverständlich von früheren, möglicherweise als verwertbar eingeschätzten Aussagen geprägt. Der Entscheid über die Ausübung der Verfahrensrechte und der Verteidigungsstrategie kann daher nicht unbeeinflusst erfolgen. Die beschuldigte Person wird insoweit in ihrer Willensfreiheit eingeschränkt. Auch die Beeinträchtigung der Willensfreiheit müsste zur Unverwertbarkeit der Folgeeinvernahmen gemäss Art. 140 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO führen. Mit diesem Gedanken setzt sich das Bundesgericht allerdings überhaupt nicht auseinander. Immerhin wird im besprochenen Entscheid aber klargestellt, dass es die Strafverfolgungsbehörden – um den Normzweck von Art. 158 Abs. 1 StPO zu erfüllen – nicht in der Hand haben dürfen, zu bestimmen, ob und in welchem Zeitpunkt sie die beschuldigte Person mit einem rechtsgenügenden Tatvorwurf konfrontieren wollen (E. 5.3). Ein Taktieren darf sich für die Strafverfolgungsbehörden nicht lohnen. Denkt man diese Überlegung zu Ende und nimmt man die Bedeutung und Tragweite



des Tatvorhalts ernst, darf ein verspäteter Vorhalt nicht nur die Unverwertbarkeit der gesamten Einvernahme zum Ergebnis haben. Vielmehr sind auch Folgebefragungen als unverwertbar zu erklären (Art. 140 Abs. 1 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO).

### III. Gerichtliche Befragungspflicht des verdeckten Ermittlers

Das Bundesgericht entschied im vorliegenden Entscheid ferner, dass beim Einsatz von verdeckten Ermittlern nicht nur auf deren Einvernahmen im Vorverfahren abgestellt werden darf. Vielmehr sind die verdeckten Ermittler zwingend durch das Gericht zu befragen.

In der Begründung nimmt das Bundesgericht wie die Vorinstanz zunächst Bezug auf BGE 133 I 33. In diesem Entscheid hebt es unter anderem den zentralen Gedanken der Kompensation eingeschränkter Verteidigungsrechte hervor. Die entsprechenden Leitplanken werden bereits konventionsrechtlich gesetzt: Nach den Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 3 lit. d EMRK ist die Identität eines Belastungszeugen grundsätzlich offenzulegen. Werden diese anonym in indirekter Konfrontation (optische und akustische Abschirmung) einvernommen, ist dies mit einer erheblichen Einschränkung der Verteidigungsrechte verbunden, was das Gericht möglichst *kompensieren* muss. Es hat sich namentlich davon zu überzeugen, dass die Identität des Zeugen feststeht und ausgeschlossen werden kann, dass ein anderer an seiner Stelle Zeugnis ablegt (BGE 133 I 33, E.3.1). Eine anonymisierte Aussage sei, so das Bundesgericht in BGE 133 I 33, in jedem Fall nur statthaft, «wenn der Zeuge durch das Gericht selber befragt wird, seine Identität und allgemeine Glaubwürdigkeit durch das Gericht einer Überprüfung unterzogen wird und der Verteidiger sowie der Angeklagte unter optischer und akustischer Abschirmung dem Zeugen Fragen stellen können» (BGE 133 I 33, E. 4.3).

Mit dem Einsatz von verdeckten Ermittlern kommt für das Bundesgericht nun eine neue Dimension hinzu. Da verdeckte Ermittler anonym bleiben dürfen, hat die beschuldigte Person lediglich ein Recht auf indirekte Konfrontation. Das Gericht führt im besprochenen Entscheid zu Recht aus, dass diese Beschneidung der Verteidigungsrechte kompensiert werden muss. Zudem besteht stets die Gefahr der unzulässigen Einwirkung auf die tatverdächtige Person. Es geht bei den Aussagen der verdeckten Ermittler somit nicht nur um die Frage der Strafbarkeit der beschuldigten Person. Für das Bundesgericht ist massgebend, dass es *gleichzeitig* auch um die bedeutsame Frage geht, ob die verdeckten Ermittler bei ihrer Tätigkeit das *Mass der zulässigen Einwirkung auf den Tatverdächtigen* überschritten haben und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben. Die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Personen, die verdeckt ermittelt haben und anonym bleiben dürfen, steht gleichsam auf dem Prüfstand. Es ist daher bedeutsam, dass über diese Fragen das Sachgericht entscheidet. Das gilt erst recht, weil durch verdeckte Ermittlung besonders schwere Straftaten aufgeklärt werden sollen (E. 6.2). Daraus ergibt sich für das Bundesgericht die gerichtliche Befragungspflicht der verdeckten Ermittler.

Das Bundesgericht musste sich im kommentierten Entscheid nur zur gerichtlichen Befragungspflicht von verdeckten Ermittlern äussern. Es ist jedoch anzumerken, dass Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK zwar nicht zwingend verlangt, dass Zeugen vor Gericht befragt werden. Hingegen ist stets – also nicht nur bei anonymen Zeugen – zu fordern, dass die Leitung der Konfrontationseinvernahme nicht von der

Staatsanwaltschaft übernommen wird. Der EGMR stellte klar, dass eine Konfrontationseinvernahme, welche im Vorverfahren unter der Leitung einer Behörde durchgeführt wird, die weder unabhängig noch unparteiisch ist und über substanzielle Macht verfügt, die Fragen der Verteidigung abzublocken, die Anforderung von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK nicht erfüllt (vgl. SUMMERS/SCHEIWILLER/STUDER, ZStrR 134 (2016), 351, 369 f. m.w.H.). Die Staatsanwaltschaft erfüllt die genannten Anforderungen ohne Zweifel nicht. Wer sonst als das Gericht soll dann aber die Konfrontationseinvernahmen durchführen?

Der kommentierte Entscheid stellt erfreulicherweise klar, dass verdeckte Ermittler zwingend durch ein Gericht befragt werden müssen. Damit geht das Bundesgericht über den in der EMRK garantierten Konfrontationsanspruch hinaus. Das stärkt die Verteidigungsrechte. Die von einigen Kantonen durch die Staatsanwaltschaft praktizierte systematische Verlagerung von Konfrontationsbefragungen von Zeugen – nicht nur von verdeckten Ermittlern – in das Vorverfahren lässt sich damit kaum länger aufrechterhalten.

Denise Wüst, Fachanwältin SAV Strafrecht, St. Gallen  
Rainer Niedermann, Fachanwalt SAV Strafrecht, St. Gallen