

# forum poenale

## Herausgeber ·

### Editeurs · Editori

Jürg-Beat Ackermann

Roy Garré

Gunhild Godenzi

Yvan Jeanneret

Konrad Jeker

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

## Schriftleitung ·

### Direction de revue ·

### Direzione della rivista

Sandra Hadorn

---

**RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 470**

---



---

**AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 510**

---

**Nadine Zurkinden/Silvain Vernaz:** Les robots chirurgicaux et le droit pénal – Une réflexion franco-suisse 510

**Andreas J. Keller:** Vietnam auf dem Weg zu mehr strafprozessualer Rechtstaatlichkeit 516

**Stéphane Grodecki/Charles Poncet:** Débats officiels secrets et liberté de l'information: le nouvel article 293 du Code pénal serait-il l'œuf de Colomb? 523

**Pascal Ronc/Benedikt Schuppli:** Kryptowährungen im Lichte der schweizerischen Geldwäschereigesetzgebung 529

**Simon Epprecht/Diego R. Gfeller:** Belehrungspflicht über den Grund des Aussageverweigerungsrechts – eine Besprechung von BGE 144 IV 28 536

**Nora Markwalder/Friedrich Frank:** Verwaltungsstrafrecht: Besprechung des Entscheids des Bundesstrafgerichts BV. 2018. 6 541

**Thomas Fingerhuth:** BGE-Praxis II/2018 545

---

**DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONE 552**

---



## IMPRESSUM

11. Jahrgang – Année – Anno; Dezember – Décembre – Dicembre 2018  
Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno  
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl –  
FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina  
ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)

<b>Herausgeber Editeurs Editori</b>	Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch PD Dr. iur. Roy Garré, Bundesstrafgericht, E-Mail: roy.garre@bstger.ch Prof. Dr. iur. Gunhild Godenzi, LL.M., RA, Universität Zürich, E-Mail: gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Genève, E-Mail: yvan.jeanneret@unige.ch lic. iur. M.B.L.-HSG Konrad Jeker, Fachanwalt SAV Strafrecht, Gressly Rechtsanwältin, E-Mail: jeker@gressly-rechtsanwaelte.ch Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Basel, E-Mail: wolfgang.wohlers@unibas.ch
<b>Ständige Mitarbeiter Collaborateurs permanents Collaboratori permanenti</b>	Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt, Zürich Prof. Dr. iur. Frank Meyer, LL.M., Universität Zürich
<b>Schriftleitung Direction de revue Direzione della rivista</b>	Sandra Hadorn, MLaw, Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, 3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 55, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: forumpoenale@staempfli.com, Internet: www.forumpoenale.ch Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di: Peter Frick, Sean Heneghan, Veronica Lynn
<b>Regeste Résumé Regesto</b>	Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt resp. übersetzt durch: LT Lawtank, Sprach- und Rechtsdienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 2654, CH-3001 Bern, Tel. +41 (0)31 511 22 22, Fax +41 (0)31 511 22 23, info@lawtank.ch, www.lawtank.ch (italienisch); Sandra Hadorn (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)
<b>Aufsätze Articles Articoli</b>	Die Rubrik Aufsätze wird durch Gunhild Godenzi betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch. La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Gunhild Godenzi. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch. La rubrica Articoli è curata da Gunhild Godenzi. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a gunhild.godenzi@rwi.uzh.ch.
<b>Verlag Editions Edizioni</b>	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 44, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com, Internet: www.staempfliverlag.com Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbrei- tung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut égale- ment pour les décisions judiciaires et les registres rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition. L'accettazione di contributi avviene alla condizione che il diritto esclusivo di riproduzione e distribuzione sia trasferito a Stämpfli Verlag AG. Tutti i contributi pubblicati nella presente rivista sono protetti dal diritto d'autore. Questo vale anche per le decisioni giudiziarie e i registri redatti dalla redazione o dagli editori. Nessuna parte della presente rivista può essere riprodotta, al di fuori dei limiti della legge sul diritto d'autore, in qualsiasi forma, ivi comprese tutte le procedure tecniche e digitali, senza l'autorizza- zione scritta della casa editrice.
<b>Inserate Annonces Inseriti</b>	Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 41, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com
<b>Abonnement Abonnements Abbonamenti</b>	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 306.– (Print und Online), CHF 253.– (Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: CHF 54.– (exkl. Porto); Europa – Europe – Europa: CHF 315.– (Print und Online) Ausland übrige Länder – Etranger d'autres pays – Estero altri paesi: CHF 354.– (Print und Online) Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt. Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich. Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.



Simon Epprecht, Rechtsanwalt und öffentlicher Notar, St. Gallen

Diego R. Gfeller, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Strafrecht, Zürich

## Belehrungspflicht über den Grund des Aussageverweigerungsrechts – eine Besprechung von BGE 144 IV 28

### Inhaltsübersicht:

- I. Zum Urteil BGer 6B\_1025/2016 vom 24. Oktober 2017 (= BGE 144 IV 28)
  1. Sachverhalt und Prozessgeschichte
  2. Zusammenfassung und Entscheid
- II. Die verschiedenen Gesichter der Auskunftsperson
  1. Vorbemerkung zur Rollenzuteilung
  2. Die Auskunftsperson i. S. v. Art. 178 StPO
  3. Der Spezialfall der polizeilichen Auskunftsperson
- III. Belehrungspflicht der polizeilichen Auskunftsperson
- IV. Bemerkungen zum Entscheid
  1. Würdigung
  2. Relevanz für die Praxis
  3. Bedeutung für den Quasi-Beschuldigten
- V. Fazit

### I. Zum Urteil BGer 6B\_1025/2016 vom 24. Oktober 2017 (= BGE 144 IV 28)

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Einem Beschuldigten wurde vorgeworfen, den Genitalbereich eines ca. 9-jährigen Mädchens fotografiert zu haben. Gemäss Staatsanwaltschaft hat er rund drei Jahre später das dannzumal ca. 12-jährige Mädchen in der Badewanne gefilmt und es aufgefordert, mit den Hüften Bewegungen zu machen. Die Bilder und das Video soll er danach Mitinsassen in der Strafanstalt weitergegeben haben.

Im Rahmen der Ermittlungen wurde die Ehefrau des Beschuldigten polizeilich befragt. Sie wurde als Auskunftsperson i. S. v. Art. 178 lit. d StPO einvernommen und auf das ihr zustehende umfassende Aussageverweigerungsrecht gemäss Art. 180 Abs. 1 StPO hingewiesen. Trotzdem machte sie Aussagen.

Das Regionalgericht sprach den Beschuldigten der Pornografie schuldig, begangen durch Herstellung von kinderpornografischen Fotos. Es verfügte den Einzug verschiedener Datenträger zwecks Vernichtung. Das Obergericht bestätigte diesen Entscheid.

Der Beschuldigte führte Beschwerde in Strafsachen und beantragte vor Bundesgericht im Wesentlichen, er sei vollumfänglich freizusprechen und die Datenträger seien ihm herauszugeben. Er rügte, dass die Verurteilung hauptsächlich auf den Aussagen seiner Ehefrau beruhen würde. Diese sei nicht auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht hingewiesen worden, womit deren Aussagen auch nicht verwertbar seien.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in einer öffentlichen Beratung gut. Es hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

#### 2. Zusammenfassung und Entscheid

Die Richter in Lausanne hatten darüber zu urteilen, ob die Ehefrau des Beschuldigten korrekt belehrt worden war und – falls nicht – ob deren Aussagen im Strafverfahren gegen ihren Ehemann trotzdem verwertbar waren.

Das Bundesgericht prüfte vorab, welche prozessuale Rolle die Ehefrau materiell innehatte. Offenbar kam diese weder als beschuldigte Person infrage, noch traf eine Variante gemäss Art. 178 StPO zu. Gestützt auf Art. 162 StPO wäre sie somit grundsätzlich als Zeugin zu befragen gewesen. Dazu war der befragende Polizist aus organisationsrechtlichen Gründen jedoch nicht befugt.

Gemäss den bundesgerichtlichen Erwägungen hätte der befragende Polizeibeamte erkennen müssen, dass der befragten Ehefrau ungeachtet der formellen Rollenbezeichnung materiell Zeugenstellung zukam. Da eine Tatbeteiligung erkennbar ausgeschlossen werden konnte, hätte sie nicht als Auskunftsperson i. S. v. Art. 178 lit. d StPO befragt werden sollen, auch wenn sie korrekt über das ihr als Auskunftsperson zustehende Aussageverweigerungsrecht aufgeklärt wurde. Die faktische Zeugenstellung hätte zur Folge gehabt, dass sie als «Auskunftsperson sui generis» mit zwingender Aufklärung über das Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 177 StPO zu befragen gewesen wäre. Da dies nicht der Fall war, beurteilte das Bundesgericht deren Aussagen im Strafverfahren gegen ihren Ehemann als unverwertbar.

## II. Die verschiedenen Gesichter der Auskunftsperson

### 1. Vorbemerkung zur Rollenzuteilung

Der Entscheid befasst sich eingehend mit den strafprozessualen Rollen.<sup>1</sup> Ob eine Person im Strafverfahren als beschuldigte Person, als Zeuge oder als Auskunftsperson befragt wird, steht weder im Ermessen der befragenden Strafbehörde, noch hat die befragte Person ein Wahlrecht.<sup>2</sup> Die prozessuale Rolle richtet sich nach den gesetzlichen Vorgaben, wobei Rollenwechsel möglich sind.<sup>3</sup> Die Rollenzuteilung hat eine klar definierte Rechtsstellung zur Konsequenz, wobei die betroffene Person vor der Einvernahme über die damit verbundenen Rechte aufgeklärt bzw. belehrt werden muss. Wird eine Person nicht in der für sie gesetzlich vorgesehenen Rolle einvernommen, wird sie auch falsch belehrt. Dies kann (muss aber nicht) Folgen für die Verwertbarkeit der Aussagen im Strafverfahren haben.

Von sämtlichen Rollenzuteilungen im Strafverfahren wirft jene der Auskunftsperson in Bezug auf die Verwertbarkeit von Aussagen zufolge mangelhafter Belehrung am meisten Fragen auf. Dies liegt vorab in der Mittelstellung zwischen beschuldigter Person (Art. 157 ff. StPO) und Zeuge (Art. 162 ff. StPO). Während beim Beschuldigten (vgl. Art. 158 Abs. 2 StPO) und beim Zeugen (vgl. Art. 177 Abs. 1 und Abs. 3 StPO) im Gesetz steht, unter welchen Umständen eine Aussage unverwertbar ist, fehlt dieser ausdrückliche Hinweis bei der Auskunftsperson i. S. v. Art. 178 bzw. Art. 179 StPO. Immerhin wird festgehalten, dass die Auskunftsperson nicht zur Aussage verpflichtet ist, sofern sie sich nicht als Privatklägerschaft konstituiert hat (Art. 180 Abs. 1 StPO).

Das Bundesgericht spricht von einer Doppeldeutigkeit des Begriffs der Auskunftsperson im strafprozessualen Gefüge.<sup>4</sup> Es gilt folglich zwischen der «klassischen» Auskunftsperson i. S. v. Art. 178 StPO und der polizeilichen Auskunftsperson i. S. v. Art. 179 StPO zu unterscheiden.

### 2. Die Auskunftsperson i. S. v. Art. 178 StPO

Der Gesetzgeber erachtete die Beschränkung auf die Rollen des Beschuldigten und des Zeugen als zu eng.<sup>5</sup> Die Schaffung der Auskunftsperson wurde in der Folge als «notwendig» bezeichnet.<sup>6</sup> Die verschiedenen Konstellationen, in welchen jemand als («klassische») Auskunftsperson zu befragen ist, werden in Art. 178 lit. a–g StPO abschliessend<sup>7</sup> aufgelistet.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert insbesondere die Auskunftsperson nach Art. 178 lit. d StPO. Dabei handelt es sich um Personen, die ohne selber beschuldigt zu sein, als Täter oder Teilnehmer der abzuklärenden Straftat nicht ausgeschlossen werden können. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine Person, die als Täter *nicht* infrage kommt, auch nicht als Auskunftsperson i. S. v. Art. 178 lit. d StPO befragt werden darf.

### 3. Der Spezialfall der polizeilichen Auskunftsperson

Befragt die Polizei eine nicht beschuldigte Person, so befragt sie diese immer als Auskunftsperson. Dabei handelt es sich aber nicht zwingend um die gleiche Art Auskunftsperson wie jene, die von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht gestützt auf einen Tatbestand von Art. 178 StPO als Auskunftsperson befragt wird. Denn im Gegensatz zu Letzteren, die eine Zeugenbefragung durchführen dürfen, hat die Polizei keine Alternativen. Der Polizei ist die Zeugenbefragung (unter Vorbehalt von Art. 142 Abs. 2 StPO) verwehrt; Polizisten dürfen grundsätzlich keine Einvernahmen unter strafbewehrter Wahrheits- und Aussagepflicht durchführen.<sup>8</sup>

Diese organisationsrechtlich bedingte «polizeiliche Auskunftsperson» wird auch als «Auskunftsperson sui generis» bezeichnet.<sup>9</sup> Für diese Auskunftsperson sui generis fehlt dann allerdings eine gesetzliche Regelung von Rechten und Pflichten.<sup>10</sup> Hier setzt der Entscheid an und legt die Spielregeln für die Befragung der polizeilichen Auskunftsperson fest.

## III. Belehrungspflicht der polizeilichen Auskunftsperson

Die Auskunftsperson i. S. v. Art. 178 StPO ist zu Beginn der Einvernahme darauf hinzuweisen, dass sie nicht zur Aussage verpflichtet ist (Art. 180 Abs. 1 StPO).<sup>11</sup> Dies gilt auch für die polizeiliche Auskunftsperson, sofern sie *materiell* eine Auskunftsperson im Sinne von Art. 178 StPO ist.<sup>12</sup>

Die Ehefrau fiel genau in jenen Bereich einer Auskunftsperson i. S. v. Art. 179 Abs. 1 StPO, der nicht deckungsgleich mit dem Anwendungsbereich von Art. 178 StPO ist. Wäre sie durch die Staatsanwaltschaft oder ein Gericht befragt worden, so wäre dies formell und materiell in der Zeugenrolle erfolgt. Ihr Aussageverweigerungsrecht diene somit

1 E. 1.2.

2 BGer, Urteil v. 15.2.2018, 6B\_171/2017, E. 2.1.3.

3 BGer, Urteil v. 20.6.2018, 6B\_9/2018, E. 1.3.

4 E. 1.3.1.

5 Ebenda.

6 Ebenda; kritisch zu dieser angeblichen Notwendigkeit, die nur in der Schweiz vorhanden zu sein scheint, ist PETERMANN, Auskunftsperson oder Beschuldigter?, AJP 2012, 1053 ff., 1056 f.

7 Botschaft vom 21.12.2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2005 S. 1208.

8 Ebenda, S. 1185.

9 Vgl. E. 1.3.2; das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang auf SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 179 N 1.

10 SCHMID, StPO PK (Fn. 9), Art. 179 N 3.

11 Ausnahme ist die Privatklägerschaft, wobei auch diese nicht sanktioniert werden kann, wenn sie nicht oder falsch aussagt. Vorbehalten bleiben Rechtspflegedelikte; vgl. KERNER, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 180 N 6.

12 E. 1.3.2.



nicht ihrem eigenen Schutz als potenziell beschuldigte Person, sondern dem Schutz ihres Gatten als tatsächlich beschuldigte Person. Sie wurde nur deshalb nicht als Zeugin befragt, weil der Polizei die organisationsrechtliche Kompetenz zu einer solchen Befragung nicht zukam. Materiell ändert sich durch die polizeiliche Befragung allerdings nichts. Ihre prozessuale Rolle war diejenige einer «Quasi-Zeugin».<sup>13</sup> Da an diese tatsächlichen Verhältnisse nicht die richtigen Rechtsfolgen geknüpft wurden, resultierte letztendlich die Unverwertbarkeit der Aussagen.<sup>14</sup>

Die Ehefrau wurde gemäss Entscheid (nur, aber immerhin) darauf hingewiesen, dass sie nicht zur Aussage verpflichtet sei. Dementsprechend wäre sie in keiner Art und Weise dazu gezwungen gewesen, ihren Ehemann zu belasten. Mutmasslich wurde ihr sinngemäss gesagt, dass sie als Auskunftsperson weder zu Aussage und Mitwirkung verpflichtet sei und sich insbesondere nicht selber belasten müsse. Dies stimmt natürlich im Ergebnis, denn sie wurde informiert, dass sie straflos hätte schweigen dürfen. Das hätte sie auch tun dürfen, wenn sie als Zeugin befragt worden wäre. Allerdings wäre die Grundlage ihres Aussageverweigerungsrechts die persönliche Nähe zum Beschuldigten gewesen (Art. 168 Abs. 1 StPO).

Man könnte (wie dies die Vorinstanzen offenbar taten) die Ansicht vertreten, dass es mit Blick auf dieses Ergebnis letztendlich unerheblich sei, auf welcher gesetzlichen Normierung das Aussageverweigerungsrecht gründet (Art. 180 Abs. 1 StPO oder Art. 168–173 StPO). Dank der öffentlichen Urteilsberatung ist bekannt, dass sich zwei der fünf Bundesrichter auch auf diesen Standpunkt stellten. Sie argumentierten, dass man einer Person nicht mehr sagen könne, als dass sie nichts sagen müsse.<sup>15</sup>

Die Mehrheit der Richter kam zu einem anderen Schluss. Nicht das Ergebnis (also der Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht) sei entscheidend, sondern die konkrete Darlegung der Gründe desselben. Das Bundesgericht hielt fest, dass Auskunftspersonen gem. Art. 178 StPO nicht dem Druck ausgesetzt sein sollen, sich selbst belasten zu müssen. Umgekehrt sei der Zeuge zur Wahrheit verpflichtet, da er ja keine eigenen Interessen verfolge. «Daraus erhellt zugleich, dass das spezifisch geregelte, nur unter bestimmten Bedingungen zur Anwendung gelangende *Aussageverweigerungsrecht der Zeugin oder des Zeugen nicht einfach als Ausfluss des allgemeinen Aussageverweigerungsrechts der Auskunftsperson verstanden werden kann. Die unterschiedlichen Mitwirkungsverweigerungsrechte der Auskunftsperson einerseits und der Zeugin oder des Zeugen andererseits beruhen vielmehr auf anderen Prämissen und*

*verfolgen andere Ziele. Während das Aussageverweigerungsrecht der Auskunftsperson deren eigene Interessen im Verfahren schützt, betrifft das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen nicht den Schutz der befragten, sondern den Schutz der beschuldigten Person» (E. 1.3.1).*

## IV. Bemerkungen zum Entscheid

### 1. Würdigung

Es ist zu begrüssen, dass das Bundesgericht trotz öffentlicher Urteilsberatung und einem politisch heiklen Thema (immerhin ging es um ein Sexualdelikt mit einem Kind) die ratio legis des Aussageverweigerungsrechts dogmatisch korrekt eingeordnet und die Aussagen als unverwertbar qualifiziert hat. Das Mitwirkungsverweigerungsrecht einer Auskunftsperson steht – wie Lausanne zu Recht erkannt hat – unter einer anderen Prämisse als jenes des (Quasi-)Zeugen. Das Bundesgericht erinnert daran, dass dieses Recht die Interessen von zwei verschiedenen Personen schützt – nämlich einmal die eigenen und einmal von nahestehenden Personen.<sup>16</sup> Es ist wichtig, dass der relativ oft prozessunerfahrenen Person bewusst gemacht wird, weshalb sie nicht aussagen muss. Dieses Ziel verfolgt gerade die Belehrung, die (zumindest theoretisch) nicht einfach eine Formalität sein soll.<sup>17</sup> Ginge man vom Ergebnis aus, so würde als Belehrung in Bezug auf das Aussageverhalten sowohl für Beschuldigte, Auskunftspersonen (mit Ausnahme der Privatklägerin) und Zeugen i. S. v. Art. 168 Abs. 1 StPO ein Satz genügen: «Sie müssen nichts sagen.» Diese Belehrung ist jedoch offensichtlich unzureichend.

Das Bundesgericht verlangt einen spezifischen Hinweis, wenn die befragte Person nicht verpflichtet ist, zum Nachteil eines Dritten auszusagen.<sup>18</sup> Es kann (muss aber nicht) für die Auskunftsperson durchaus eine Option sein, sich selbst zu belasten (auch wenn sie dies nicht müsste), aber eine nahestehende Person nicht belasten zu wollen. Aus diesem Grund ist es zu begrüssen, dass die Auskunftsperson belehrt wird, dass sie nicht nur sich, sondern auch Dritte nicht belasten muss.

### 2. Relevanz für die Praxis

Was bedeutet der Entscheid für die Praxis? Der Entscheid kann als Anleitung genommen werden, wie in Bezug auf die Belehrung von organisatorisch bedingten Auskunftspersonen vorzugehen ist. Dem Bundesgericht scheint es wichtig zu sein, dass der befragten Person nicht nur klargemacht wird, dass sie nicht mitwirken muss, sondern auch, weshalb sie dies nicht tun müsse (zum Eigenschutz oder zum Schutz Dritter). Der Kanton Zürich hat auf diesen Entscheid bereits

<sup>13</sup> E. 1.3.2.

<sup>14</sup> E. 1.4.

<sup>15</sup> BARBLINA TÖNDURY, Neue Pflicht für Polizisten – Bundesgericht verweigert Verwertung von Aussagen der Ehefrau, NZZ vom 25. 10. 2017, S. 16.

<sup>16</sup> E. 1.3.1.

<sup>17</sup> KERNER, BSK StPO (Fn. 11), Art. 177 N 6.

<sup>18</sup> E. 1.3.1 in fine.



reagiert. In den Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren<sup>19</sup> wird Folgendes festgehalten: «Hat die von der Polizei einzuvernehmende Person erkennbar Zeugeneigenschaft, ist sie kumulativ über ihre Rechte als Auskunftsperson und als Zeuge zu belehren. Damit wird die Verwertbarkeit der Aussagen, die eine Person als polizeiliche Auskunftsperson gemacht hat, auch wenn sie später noch als Zeuge einvernommen wird, sichergestellt.»

Gemäss KERNER<sup>20</sup> sind Polizeibeamte von der Beantwortung der oft schwierigen Frage befreit, ob eine befragte Person Zeugenqualität habe oder nicht. Dies wird nach diesem Entscheid nicht mehr zutreffen. Der sorgfältige Polizist wird abwägen müssen, ob das Aussageverweigerungsrecht die befragte Person selber oder eben eine Drittperson schützen soll. Letzteres wird er nur abschätzen können, wenn er weiss, wem ein Zeugnisverweigerungsrecht überhaupt zukommt. *Das Bundesgericht erachtet es deshalb als unerlässlich, über beide Arten der Mitwirkungsverweigerungsrechte zu belehren.* Eine erleichternde Konsequenz ergibt sich immerhin: Der Polizeibeamte wird sich im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft oder dem Gericht nicht mit der Zulässigkeit der Zeugnisverweigerung beschäftigen müssen (Art. 174 StPO). Denn so oder so gilt, dass die Aussageverweigerung zulässig ist – selbst wenn der Befragte meint, sein Schweigen auf eine andere Rechtsgrundlage zu stützen.

### 3. Bedeutung für den Quasi-Beschuldigten

Der Entscheid bringt eine willkommene Klarstellung in Bezug auf den Quasi-Zeugen. Man kann sich nun fragen, inwieweit diese Gedanken für den anderen Rand des Spektrums der Zwitterrolle der Auskunftsperson gelten – also für die Auskunftsperson in der materiellen Stellung des Beschuldigten (den Quasi-Beschuldigten i.S.v. Art. 178 lit. d StPO). Die Frage stellt sich namentlich dann, wenn sich eine Auskunftsperson unvorhergesehen selber belastet. Auch in dieser Konstellation ist die aussagende Person hierzu ja nicht verpflichtet.

Folgt man dem Gedankengang des Urteils, ist es in Bezug auf die Verwertbarkeit letztendlich unerheblich, ob die (materiell beschuldigte) Auskunftsperson darüber belehrt wurde, dass sie schweigen dürfe. Daraus darf gerade nicht automatisch geschlossen werden, dass sie sich dem Hintergrund des Aussageverweigerungsrechts bzw. der Konsequenzen eines Verzichts darauf bewusst war. Bei der Belehrung als Auskunftsperson unterbleibt die zentrale Information, dass gegen den Befragten selber eine Strafuntersuchung im Gange ist,<sup>21</sup> oder, gegebenenfalls, dass er selbstbelastende

Aussagen nur in Anwesenheit einer notwendigen Verteidigung treffen sollte bzw. dürfe. Insofern dient die Belehrung als notwendige «Warnung», dass Aussagen im Strafverfahren gegen den Aussagenden selber verwendet würden.<sup>22</sup> Der Beschuldigte kann auf sein Aussageverweigerungsrecht erst nach der vollumfänglichen Aufklärung gemäss Art. 158 Abs. 1 StPO gültig verzichten, also (u. a.) wenn ihm exakt eröffnet wird, was überhaupt Gegenstand des gegen ihn geführten Verfahrens sei.<sup>23</sup> Unterbleibt die rechtsgenügeliche Belehrung, so geht der Beschuldigte von falschen Prämissen aus. Dies zieht in analoger Anwendung des besprochenen Entscheids die Unverwertbarkeit der Aussagen nach sich.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist es für eine Verwertbarkeit von selbstbelastenden Aussagen also zwingend notwendig, dass dem Betroffenen – sei es als Beschuldigter oder Quasi-Beschuldigter – vorab die Vorzeichen klargemacht wurden. Die Aufklärung über die Beschuldigtenrechte sind damit eine zeitliche und rechtliche Zäsur: Erst nach deren Erteilung wird eine Aussage verwertbar.<sup>24</sup> Umgekehrt sind sie ohne vorgängige Belehrung absolut unverwertbar.<sup>25</sup>

Will eine als Auskunftsperson vorgeladene Person wirklich eine selbstbelastende Aussage treffen, so wird sie dies auch nach formellem Rollenwechsel und Aufklärung über die Beschuldigtenrechte gemäss Art. 158 Abs. 1 StPO tun. Will sie dies nicht mehr, so zeigt dies gerade, dass bei Bewusstsein (zufolge rechtsgenügender Aufklärung) der nun neu geltenden Regeln keine Bereitschaft zu Aussagen mehr besteht und dieser Umstand für den (formell) Beschuldigten eben eine entscheidende Rolle spielt. Es darf nicht sein, dass eine letztendlich unzutreffende Rolle zu einem anderen Aussageverhalten zulasten des Aussagenden führt als bei einer Einvernahme in der strafprozessual korrekten Rolle.

Das Gleiche gilt im Übrigen auch für den Zeugen, der sich selbst belastet: Auch seine Aussagen sind später gegen ihn selber absolut unverwertbar, – und zwar selbst dann, wenn er auf ein ihm zuvor eröffnetes Zeugnisverweige-

<sup>19</sup> WOSTA, Ziffer 10.5.1.5.1; Stand: 1. April 2018.

<sup>20</sup> KERNER, BSK StPO (Fn. 11), Art. 179 N 1.

<sup>21</sup> PETERMANN (Fn. 6), S. 1057 f.; aus diesem Grund kann auch eine blosser Belehrung «à la Beschuldigter» (vgl. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts. 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N 928 bzw. Fn. 351) nicht genügend sein, da diese zentrale Information bei einer sinngemässen Belehrung gerade unterbleibt.

<sup>22</sup> MOSER/EL-HAKIM, Verwertbarkeit von Einvernahmen eines Zeugen oder einer Auskunftsperson bei einem Rollenwechsel, FP 2018, 300, 306.

<sup>23</sup> So zumindest die Theorie und die bundesgerichtliche Rechtsprechung, z. B. in BGer, Urteil v. 29.9.2014, 6B\_1021/2013, E. 2.3.1: «Der Vorhalt muss so konkret sein, dass die beschuldigte Person den gegen sie gerichteten Vorwurf erfassen und sich entsprechend verteidigen kann.»; vgl. auch BGer, Urteil v. 1.5.2018, 6B\_646/2017, E. 5.3., in welchem das Bundesgericht festhält, dass grundsätzlich die Einvernahme insgesamt nicht verwertbar ist, wenn der Vorhalt nicht zu Beginn der ersten Einvernahme erfolgt.

<sup>24</sup> GODENZI, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 158 N 43; GLESS, BSK StPO (Fn. 11), Art. 141 N 51.

<sup>25</sup> Vgl. zum Ganzen: EPPRECHT/GFELLER, Verwertbarkeit von Aussagen nach dem Rollenwechsel von der Auskunftsperson zum Beschuldigten, AJP 2017, 1281 ff., m. w. H.; im Ergebnis a. M.: EBNETER/HEIMGARTNER, AJP 2018, 267 ff., m. w. H.



rungsrecht verzichtete.<sup>26</sup> Das Argument, dass man ihm ja gesagt habe, dass er sich nicht selber belasten müsse, zählt (auch in diesem Fall) nicht.

Im besprochenen Entscheid musste sich das Bundesgericht nicht weiter mit der Frage befassen, was die in Erwägung 1.3.1. erwähnten Prämissen, die für eine Verwertbarkeit trotz formell unzutreffender Rolle gleich sein müssten, alles umfassen können. Es konnte sich im Entscheid plausibel darauf beschränken, das Schutzziel der Aufklärung in persönlicher Hinsicht (Schutz von Eigeninteressen oder Drittinteressen) zu unterscheiden.

## V. Fazit

Letztendlich geht es darum, dass jede einvernommene Person wissen muss, was die Konsequenzen der eigenen Aussagen sind. Der Verzicht auf ein Recht kann nur gültig erfolgen, wenn dem Verzichtenden die Folgen des Verzichts hinreichend klar dargelegt wurden. Ohne Aufklärung über die Folgen des Verzichts kann ein Verzicht nicht gültig erfolgen.

<sup>26</sup> GLESS, BSK StPO (Fn. 11), Art. 141 N 51; SCHMID/JOSITSCH, StPO PK (Fn. 9), Rz. 906; MOSER/EL-HAKIM, (Fn. 22), 302 f., m. w. H.; vgl. auch BGer, Urteil v. 20.6.2018, 6B\_9/2018, E. 1.3, wobei diesem Entscheid ein unechter Rollenwechsel zugrunde lag.

---

**Stichwörter:** Verwertbarkeit, Belehrung, polizeiliche Auskunftsperson, Quasi-Zeuge, Quasi-Beschuldigter

**Mots-clés:** possibilité d'exploiter un moyen de preuve, information quant aux droits et aux obligations, personne appelée à donner des renseignements en cas d'audition par la police, quasi-témoin, quasi-prévenu

---

■ **Zusammenfassung:** Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht klargemacht, dass die generelle Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht einer polizeilichen Auskunftsperson nicht genügt, wenn sie in concreto als Quasi-Zeugin befragt wird und ihr aufgrund der persönlichen Nähe zum Beschuldigten ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden hätte. Die Belehrungen haben somit auch bei der polizeilichen Auskunftsperson nach Massgabe ihrer materiellen Stellung zu erfolgen.

**Résumé:** Dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal fédéral a précisé qu'une information générale de la personne entendue à titre de renseignements par la police quant à son droit de refuser de déposer est insuffisante lorsque l'intéressée se trouve dans la position d'un quasi-témoin et aurait pu se prévaloir d'un droit de refuser de témoigner fondé sur ses relations personnelles avec le prévenu. En conséquence, les personnes appelées à donner des renseignements à l'occasion d'une audition par la police doivent aussi être informées des droits que leur statut matériel dans la procédure leur confère.