

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2014.176 vom 19. März 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-03-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BES.2014.176](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BES.2014.176)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2014.176 du 19 mars 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BES.2014.176 del 19 marzo 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

lit. a des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Die Kognition des Beschwerdegerichts richtet sich nach Art. 393 Abs. 2 StPO und ist somit frei und nicht auf Willkür beschränkt. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin von der angefochtenen Verfügung unmittelbar berührt ■ notabene auch, soweit es um die Verweigerung der Teilnahme ihres Verteidigers an Beweiserhebungen geht, denn insoweit sind ihre Verteidigungsrechte betroffen ■ und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, weshalb sie gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Beschwerde legitimiert ist. Diese ist nach Art. 396 StPO frist- und formgerecht eingereicht worden, sodass auf sie einzutreten ist. Im Übrigen richtet sich das Verfahren nach Art. 397 StPO.

### **E. 2**

Laut Rapport der Kantonspolizei ist die Beschwerdeführerin am 15. Oktober 2014 in der [ ]gasse in Basel wegen des Verdachts des Fahrens in angetrunkenem Zustand in ihrem falsch parkierten Personenwagen angehalten worden. Zwei Atem-Alkoholproben ergaben Werte von je 1,19 Promille; die Beschwerdeführerin hat diese Messungen nicht anerkannt. Die Kantonspolizei hat deshalb eine Blutprobe angeordnet und die Beschwerdeführerin dazu ins Universitätsspital gebracht; die entsprechende Blutprobe ist noch nicht ausgewertet worden. Laut Polizeirapport habe die Beschwerdeführerin unterschiedliche Angaben über den Sachverhalt gemacht und insbesondere teilweise bestritten, in derart alkoholisiertem Zustand noch ein Fahrzeug gelenkt zu haben.

Am 30. Oktober 2014 wurde die Beschwerdeführerin in Anwesenheit ihres Verteidigers von einer Mitarbeiterin der Kantonspolizei einvernommen (act. 40 ff.). Sie gab an, an jenem Abend nur zwei kleine Gläser Rotwein bei ihrer Freundin B\_\_\_\_ getrunken zu haben und dann ■ noch fahrtüchtig ■ in die [ ]gasse zu ihrem Freund C\_\_\_\_ gefahren zu sein. Dort habe sie mit diesem noch eine Flasche Rotwein getrunken und sei dann nur ins Auto gestiegen, um ihre dort deponierten Toilettenartikel zu holen, weil sie bei ihrem Freund übernachten wollte. Just in diesem Moment sei die Polizei dazu gekommen. Anlässlich dieser Einvernahme hat der Verteidiger der Beschwerdeführerin den Antrag auf Einvernahme von C\_\_\_\_ als Zeuge gestellt (act. 45). Aus den Akten ergibt sich weiter, dass auf den 6. Januar 2015 Einvernahmen von B\_\_\_\_ und C\_\_\_\_ als Auskunftspersonen durch die Kantonspolizei vorgesehen waren, welche indes infolge der Beschwerde wieder abgeboten worden sind (act. 82 f., 36).

### **E. 3**

3.1 Die Staatsanwaltschaft vertritt die Auffassung, dass die Verteidigung kein Recht habe, bei den weiteren Beweiserhebungen durch die Kantonspolizei anwesend zu sein. Sie

begründet ihre Auffassung in der angefochtenen Verfügung und in der Beschwerdeantwort im Wesentlichen damit, dass sich das Verfahren im polizeilichen Ermittlungsverfahren befinde, wo den Parteien keine Teilnahmerechte zustünden. In Anwendung von Art. 307 Abs. 3 StPO habe die Kantonspolizei das Verfahren nach Abschluss der Ermittlungen, welche nicht durch die oder im Auftrage der Staatsanwaltschaft erfolgen, an die Staatsanwaltschaft zu übermitteln. Gemäss § 1 Abs.1 der baselstädtischen Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen und Übertretungen führe die Kantonspolizei das polizeiliche Ermittlungsverfahren unter anderem bei sämtlichen Vergehen gegen das Strassenverkehrsgesetz. Gemäss § 4 derselben Verordnung habe die Kantonspolizei den Sachverhalt tatsächlich und rechtlich soweit abzuklären, dass das Vorverfahren nach der Überweisung mit Antrag ohne weiteres mit Einstellung, Strafbefehl oder Anklage durch die Staatsanwaltschaft abgeschlossen werden kann. Die Kompetenzen der Polizei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zur Feststellung des relevanten Sachverhalts seien auch in Art. 306 Abs. 1 StPO und 2 statuiert. Bei einer dringlichen polizeilichen Zwangsmassnahme sei kein zwingender Eröffnungsgrund vorgesehen; gestützt auf Art. 309 Abs. 4 StPO könne in diesen Fällen auf eine formelle Untersuchungseröffnung verzichtet werden. Die Akteneinsicht sei lediglich aus Kulanz und im Sinne einer Ausnahme bewilligt worden. Das Recht auf Teilnahme der Verteidigung an der Einvernahme der Beschwerdeführerin stütze sich auf Art. 159 Abs. 1 StPO; dieses Recht sei anlässlich der Einvernahme der Beschwerdeführerin am 30. Dezember (recte Oktober) 2014 gewahrt worden.

3.2 Die Beschwerdeführerin hält dagegen, dass durch die Regelung der Strafverfahren im Bereich des SVG im Kanton Basel-Stadt, wo die Kantonspolizei das ganze Vorverfahren als polizeiliches Ermittlungsverfahren führe, die Verteidigungsrechte wie Akteneinsicht und Teilnahmerechte von vorneherein beschränkt würden. Die Verteidigung werde von den Ermittlungshandlungen ausgeschlossen, was ein faires Verfahren sowie eine wirksame Verteidigung ausschliesse. Dieses Vorgehen widerspreche den Intentionen der Strafprozessordnung und verletze die von der Bundesverfassung und von der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährten Verfahrensrechte. Die kantonale Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen und Übertretungen sei auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht hin zu überprüfen und für ungültig zu erklären.

#### **E. 4**

4.1 Art. 147 Abs. 1 StPO regelt die Teilnahmerechte der Parteien bei Beweiserhebungen, welche von der Staatsanwaltschaft oder von Gerichtendurchgeführt werden. Bei Beweiserhebungen, welche durch die Polizei durchgeführt werden, wird differenziert: Führt die Polizei nach Eröffnung der Untersuchung Beweiserhebungen gestützt auf einen Auftrag der Staatsanwaltschaft durch (Art. 312 StPO), gelten die gleichen Regelungen wie für die Beweiserhebungen, welche die Staatsanwaltschaft selbst durchführt (Art. 312 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 306 Abs. 3 StPO). Erhebt die Polizei indes selbständig Beweise im polizeilichen Ermittlungsverfahren (Art. 306 StPO), haben die Parteien grundsätzlich keine Teilnahmerechte (BGE 139 IV 25 E. 5.4.3 S. 35; zum Ganzen: Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Auflage 2014, Art. 147 N 2 mit zahlreichen Hinweisen). Dies soll nach herrschender Lehre auch für die Einvernahme von Auskunftspersonen im polizeilichen Ermittlungsverfahren gelten. Wohlers (a.a.O.) weist allerdings darauf hin, dass, sofern die

Angaben der Auskunftspersonen im Verfahren zum Nachteil der beschuldigten Person verwertet werden, das Konfrontationsrecht gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK gewahrt werden muss, entweder schon bei der Einvernahme selbst oder aber nachträglich. Der Vollständigkeit und Klarheit halber ist festzuhalten, dass die Teilnahmerechte neben den Parteien selbst auch (kumulativ) deren Rechtsbeiständen zustehen (vgl. Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 147 N 5 mit Hinweis auf BGer 6B\_295/2012 E.1.2.1 vom 24. Oktober 2012; AGE SB.2013.20 vom 18. Februar 2014 E. 3.5.3). Vorliegend ist die Gewährung der Teilnahme der Verteidigung an weiteren Beweiserhebungen beantragt.

## **E. 4.2**

4.2.1 Nach dem Gesagten ist die formelle Eröffnung des staatsanwaltschaftlich geleiteten Untersuchungsverfahrens von besonderer praktischer Bedeutung. Gemäss Art. 309 Abs. 3 StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft die Untersuchung in einer Verfügung, in welcher sie die beschuldigte Person und die Straftat, die ihr zur Last gelegt wird, bezeichnet; die Verfügung braucht nicht begründet und eröffnet zu werden. Laut Lehre und Rechtsprechung kommt der expliziten Eröffnungsverfügung lediglich deklaratorische Wirkung zu. Die Strafuntersuchung gilt als eröffnet, sobald sich die Staatsanwaltschaft mit dem Straffall zu befassen beginnt (BGE 141 IV 20 E. 1.1.4 S. 24 mit zahlreichen Hinweisen, insbesondere auf Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Auflage 2013 Art. 309 N 2). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Staatsanwaltschaft Zwangsmassnahmen anordnet. Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO hält denn auch explizit fest, dass die Staatsanwaltschaft unter anderem dann eine Untersuchung eröffnet, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet (Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO).

4.2.2 Vorliegend ist mit der Verfügung der Blutentnahme zweifellos eine Zwangsmassnahme angeordnet worden. Die Staatsanwaltschaft ist allerdings der Ansicht, dass dennoch keine Eröffnung der Untersuchung zu erfolgen habe, da es sich um eine polizeiliche Zwangsmassnahme handle. Sie hält fest, die Kantonspolizei könne, gestützt auf Art. 3 Abs. 1 der Strassenverkehrskontrollverordnung (SKV, SR 741.013), sämtliche Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit, welche das Gesetz in den Art. 10 ff. SKV vorsieht, vornehmen. Indem die Kantonspolizei ständig ermächtigt sei, die Blutentnahme und -auswertung gemäss Art. 55 Abs. 3 SVG und Art. 12 SKV durchzuführen, sei eine Rapportierung gemäss Art. 307 StPO nicht erforderlich. Für die Durchführung einer Blutentnahme bedürfe es keines Entscheids der Staatsanwaltschaft im Einzelfall, da das Gesetz die diesbezüglichen Vorgaben enthalte und definiere.

Entgegen dieser Auffassung hat gemäss Lehre eine Untersuchungseröffnung auch dann umgehend zu erfolgen, wenn strafprozessuale Zwangsmassnahmen durch die Polizei angeordnet werden (Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Auflage 2014, Art. 309 N 10b; Omlin, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 309 N 37; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrecht, 2. Auflage 2013, 1288). Dies gilt insbesondere bei hoher Eingriffsintensität der polizeilichen Massnahme. Vorliegend ist mit der Verfügung der Blutentnahme am 15. Oktober 2015 eine Zwangsmassnahme mit beträchtlicher Eingriffsintensität angeordnet worden. Nach der zitierten Auffassung hat somit eine Untersuchungseröffnung zu erfolgen, auch wenn die Kantonspolizei diese Zwangsmassnahme angeordnet hat und sie zur Anordnung dieser Zwangsmassnahme auch kompetent war.

4.2.3 Es kommt vorliegend dazu, dass die Staatsanwaltschaft selber spätestens seit dem 12. November 2014 effektiv mit dem Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin befasst ist, hat sie doch damals dem Verteidiger die zu unterzeichnende Verpflichtungserklärung sowie die Mitteilung betreffend Akteneinsicht zukommen lassen (act. 17). Das Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin wird in diesem Schreiben offenbar bereits auch unter einem eigenen Aktenzeichen der Staatsanwaltschaft (V141112 170) geführt, während es bei der Kantonalpolizei unter einem anderen Aktenzeichen (BS-141015-0008 respektive 141017.04) geführt wird. Schliesslich ergibt sich aus einem Bericht der Kantonspolizei (act. 33 ff.), dass die Staatsanwaltschaft der Kantonspolizei konkrete Weisungen in Bezug auf die Ermittlungen erteilt hat: So wird am 10. November 2014 der Eingang einer E-Mail der Staatsanwältin erwähnt, enthaltend die Aufforderung, die Akten zuzustellen und von weiteren Ermittlungshandlungen, insbesondere Einvernahmen, abzusehen (act. 35, 77). Am 19. Dezember 2014 habe die Staatsanwältin die Akten mit dem Vermerk ■Vornahme der weiteren Ermittlungshandlungen■ zurück gesendet (act. 36).

Auch vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass, jedenfalls spätestens seit dem 12. November 2014, die Untersuchung im Sinne des Art. 309 StPO eröffnet ist. Entsprechend handelt es sich bei den weiteren Beweiserhebungen der Kantonspolizei seither nicht mehr um selbständige Ermittlungen im polizeilichen Ermittlungsverfahren, sondern grundsätzlich um delegierte Beweiserhebungen im Untersuchungsverfahren. Der Beschwerdeführerin kommen somit auch die Teilnahmerechte gemäss Art. 147 StPO zu; ihr Verteidiger kann dementsprechend, wie beantragt, an den Beweiserhebungen, insbesondere an den Einvernahmen von Zeugen, teilnehmen.

4.3 Daran ändert die kantonrechtliche Verordnung über die Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bei Vergehen und Übertretungen nichts. In § 1 Abs. 1 der Bestimmung ist festgehalten, dass die Kantonspolizei das polizeiliche Ermittlungsverfahren bei den ihr im Anhang 1 zugewiesenen Vergehen führt. Im entsprechenden Anhang werden sämtliche Vergehen des SVG und zugehöriger Verordnungen genannt. Laut § 3 Abs. 2 der Verordnung haben die Mitarbeitenden der Kantonspolizei die Kompetenz, beschuldigte Personen und Auskunftspersonen einzuvernehmen; sie sind befugt, Zeugen einzuvernehmen, soweit sie im Einzelfall über eine Ermächtigung eines Staatsanwaltes verfügen.

Die Regelung, wonach die Kantonspolizei im Bereich des SVG das polizeiliche Ermittlungsverfahren durchführt, ist vor dem Hintergrund einer raschen und effizienten Verfolgung von Massendelikten nachvollziehbar und grundsätzlich zu begrüssen. Mit der so genannten ■Verpolizeilichung■ des Vorverfahrens kann allerdings eine Gefährdung der Rechte des Beschuldigten einhergehen (vgl. Schröder, Ausgewählte Fragen im Straf- und Strafprozessrecht, in: BJM 2015 S. 69, 77). Gestützt auf die kantonale Verordnung können jedenfalls nicht die in der Strafprozessordnung gewährten Verfahrensrechte des Beschuldigten beschnitten werden ■ und werden sie im Übrigen auch gar nicht. Die Verordnung räumt der Kantonspolizei keine über die Regelung in der StPO hinausgehenden Kompetenzen ein. Namentlich unterscheidet die Verordnung im zit. § 3 Abs. 2 ■ wie von der StPO vorgegeben ■ zutreffend zwischen der Kompetenz der Kantonspolizei, selbständig die beschuldigte Personen und Auskunftspersonen einzuvernehmen (Art. 306 Abs. 2 lit. b), und der delegierten Kompetenz, Zeugen einzuvernehmen. Bei diesen delegierten Zeugeneinvernahmen bestehen die Teilnahmerechte des Beschuldigten. Etwas anderes lässt sich aus der kantonalen Verordnung nicht ableiten. Notabene hält die

Staatsanwaltschaft in der Beschwerdeantwort selber zutreffend fest, dass auch im Bereich des Strassenverkehrsrechts nicht etwa das gesamte Verfahren durchwegs im Stadium des polizeilichen Ermittlungsverfahrens verharre. Sei die Untersuchung beispielsweise wegen Beschlagnahme eines Fahrzeugs zu eröffnen, so seien die weiteren Untersuchungshandlungen gestützt auf Art. 312 Abs. 1 StPO von der Staatsanwaltschaft an die Kantonspolizei zu delegieren und die Teilnahmerechte grundsätzlich zu gewähren. Es besteht nach dem Gesagten insoweit kein Anlass, die kantonale Verordnung über das polizeiliche Ermittlungsverfahren bei Vergehen und Übertretungen ungültig zu erklären.

4.4 Schliesslich spricht auch der folgende Umstand dafür, dass die Teilnahmerechte gemäss Art. 147 StPO zu gewähren sind und der Verteidiger antragsgemäss an den Einvernahmen teilnehmen kann. Der Sache nach geht es bei den nun noch vorzunehmenden Beweiserhebungen, d.h. insbesondere bei den Einvernahmen von B\_\_\_\_ und C\_\_\_\_, um die Einvernahme von Zeugen. Beide Personen sollen Angaben über das Trinkverhalten der Beschwerdeführerin am fraglichen Abend machen können. Dass beide lediglich als Auskunftspersonen und nicht als Zeugen ■ und insbesondere ohne Gewährung der Teilnahmerechte gemäss Art. 147 StPO ■ befragt werden sollen, hat offenbar den rein formellen Grund, dass die Kantonspolizei selbständig nur Beschuldigte und Auskunftspersonen, nicht aber Zeugen einvernehmen kann. Der Mangel, der durch ein solches grundloses ■ Vorverhör ■ mit Zeugen oder Auskunftspersonen entstehen kann, kann zwar unter Umständen mit einer nachträglichen Konfrontationseinvernahme beseitigt werden. Würde sich allerdings erweisen, dass mit dem Zuwarten der Untersuchungseröffnung das Ergebnis des Untersuchungsverfahrens praktisch durch Umgehung der Parteiöffentlichkeit und der Verteidigungsrechte beeinflusst wird, so kann dies den Beweiswert der Aussagen beeinträchtigen (vgl. Landshut/Bosshard, a.a.O., Art. 309 N 2a).

Es kommt dazu, dass beide Zeugen mutmasslich ohnehin nochmals formell als Zeugen und unter Gewährung der Verteidigungsrechte einvernommen werden müssen ■ ausser das Verfahren würde mit einer Einstellung oder Nichtanhandnahme abgeschlossen: Damit ein Strafbefehl erlassen werden kann, muss der Sachverhalt von der beschuldigten Person eingestanden oder anderweitig ausreichend geklärt sein (Art. 352 Abs. 1 StPO); dazu gehört in einer Konstellation wie der vorliegenden unter Umständen auch die Befragung der Zeugen, unter Wahrung des Konfrontationsrechts. Spätestens nach Erhebung einer ■ hier wohl zu erwartenden ■ Einsprache gegen einen Strafbefehl wären die Zeugen erneut unter Wahrung der Verteidigungsrechte zu befragen (Art. 355 Abs. 1 StPO). Vor diesem Hintergrund erscheint die polizeiliche ■ Vorbefragung ■ der Zeugen als Auskunftspersonen auch nicht sinnvoll. Schon aus prozessökonomischen Gründen erscheint eine Teilnahme des Verteidigers der Beschwerdeführerin an den Einvernahmen der beiden Zeugen angebracht; zumal nicht ersichtlich ist, dass aus ermittlungstaktischen oder anderen Gründen etwas dagegen spricht (Wohlers, a.a.O., Art. 147 N 2; Zuber, in: Albertini/Fehr/Voser [Hrsg.], Polizeiliche Ermittlung, Basel 2008, S. 239).

4.5 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und es ist der Verteidigung das Teilnahmerecht an den Beweiserhebungen nach Art. 147 und 159 StPO ■ Letzteres, d.h. die Teilnahme des Verteidigers an Einvernahmen der Beschwerdeführerin, scheint allerdings nicht umstritten ■ zu gewähren.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Gemäss dem Verfahrensausgang werden keine ordentlichen Kosten erhoben (Art. 428 StPO). Der Beschwerdeführerin wird eine Parteienschädigung von CHF 1■250.■ ausgerichtet, entsprechend einem Zeitaufwand ihres Verteidigers von 5 Stunden, bei dem praxisgemäss anwendbaren Stundenansatz von CHF 250.■ (Art. 436 Abs. 3 StPO).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.