

Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.)

Strafrecht als Herausforderung

**Analysen und Perspektiven von Assistierenden des
Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich**

Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid



Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1999

Zitiervorschlag:

HELEN KELLER, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.),
Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999

Publiziert u.a. mit Unterstützung der Schweizerischen
Kriminalistischen Gesellschaft und der Treuhand-Kammer

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1999
ISBN 3 7255 3899 9

***Miranda Warning* – bald auch in der Schweiz?**

Benjamin Schindler^{*}

Inhaltsübersicht

- I. Zur Rechtslage in den Vereinigten Staaten von Amerika
- II. Zur Rechtslage in der Schweiz
 - 1. Bundesverfassung von 1874 und EMRK
 - 2. Strafprozessordnungen und kantonales Verfassungsrecht
- III. Kritik an der Schweizer Rechtslage
- IV. Die Verfassungsrevision und ihre Auswirkungen
 - 1. Art. 31 Abs. 2 der revidierten Bundesverfassung
 - 2. Inhalt und Form der behördlichen Informationspflicht
 - 3. Zeitpunkt der behördlichen Informationspflicht
 - 4. Erste Erfahrungen im Kanton Bern
 - 5. Rechtswirkungen bei Verletzung der Informationspflicht
 - 6. Fazit

I. Zur Rechtslage in den Vereinigten Staaten von Amerika

Aus U.S.-amerikanischen Kino- und Fernsehfilmen sind uns die folgenden Worte – meist in atemberaubendem Tempo von einem Police Officer bei der Festnahme eines vermeintlichen oder tatsächlichen Delinquenten vorgelesen – wohlvertraut:

«You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to speak to an attorney, and to have an attorney present during the questioning. If you cannot afford a lawyer, one will be provided for you at government expense.»

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist dieser Hinweis als *Miranda warning* bekannt. Er hat seinen Ursprung in einem wegleitenden Entscheid des obersten amerikanischen Gerichtes (Supreme Court) aus dem Jahre 1966. Im Urteil *Miranda v. Arizona*¹ hatte sich das Gericht mit folgendem Fall zu

^{*} Für die aufmerksame Durchsicht und die wertvollen Hinweise danke ich den Herren David Hürlimann und Stefan Vogel.

¹ 384 U.S. 436 (1966).

beschäftigen: Ernesto Miranda wurde unter dem Verdacht des Raubes und der Entführung verhaftet und auf eine Polizeistation gebracht. Nach zwei Stunden Einvernahme durch die Polizei legte er ein schriftliches und von ihm unterzeichnetes Geständnis ab. Man hatte ihn weder auf sein Aussageverweigerungsrecht noch auf die Möglichkeit des Beizugs eines Verteidigers aufmerksam gemacht. Miranda wurde aufgrund dieses vor der Polizei abgelegten Geständnisses von einem Geschworenengericht für schuldig befunden und zu einer Freiheitsstrafe von 20 Jahren verurteilt. Der Supreme Court hob den Entscheid in letzter Instanz auf und hielt fest, dass dem fünften Verfassungszusatz (Recht, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen) nur dann zum Durchbruch verholfen werden könne, wenn der Beschuldigte um sein Recht wisse. Er müsse daher vor der ersten Einvernahme durch die Polizei auf seine Rechte hingewiesen werden. Andernfalls seien solche Aussagen im späteren Prozess nicht verwertbar.

Der Supreme Court hatte Gelegenheit, diese Rechtsprechung seit den Sechzigerjahren zu einem differenzierten Regelungswerk zu verfeinern². Auch die Fachliteratur hat sich mit dem *Miranda*-Entscheid und der nachfolgenden Rechtsprechung des Supreme Courts intensiv befasst³. Dies gilt nicht zuletzt für den mit dieser Schrift Geehrten⁴. Es soll nicht Zweck dieser Erörterungen sein, einen weiteren Beitrag zum amerikanischen Strafprozess- und Verfassungsrecht zu leisten. Die folgenden Ausführungen gelten vielmehr der Schweizer Rechtslage. Sie gehen der Frage nach, ob – und wenn ja, in welchem Zeitpunkt – eine von staatlichen Behörden «festgenommene»⁵ Person über welche Rechte aufzuklären ist (nachfolgend II.). Nach einer kurzen Kritik des Status quo (nachfolgend III.) wird zu zeigen sein, welche weitreichenden Auswirkungen die Totalrevision der Bundesverfassung auf die Schweizer Rechtslage haben wird (nachfolgend IV.).

² Vgl. beispielsweise *Davis v. United States* (512 U.S. 452 [1994]); *Arizona v. Fulminante* (499 U.S. 279 [1991]); *Pennsylvania v. Muniz* (496 U.S. 582 [1990]); *Arizona v. Mauro* (481 U.S. 520 [1986]); *Berkemer v. McCarthy* (468 U.S. 420 [1984]); *Rhode Island v. Innis* (446 U.S. 291 [1980]); *Brewer v. Williams* (430 U.S. 387 [1977]); *Doyle v. Ohio* (426 U.S. 610 [1976]); *Harris v. New York* (401 U.S. 222 [1971]).

³ Vgl. statt vieler YALE KAMISAR/WAYNE R. LAFAYE/JEROLD H. ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, 8th Ed., St. Paul 1994, 471 ff.; ARNOLD H. LOEWY/ARTHUR B. LAFRANCE, *Criminal Procedure, Arrest and Investigation*, Cincinnati 1996, 489 ff.; ANDREW E. TASLITZ/MARGARET L. PARIS, *Constitutional Criminal Procedure*, Westbury NY 1997, 612 ff.; vgl. auch die Angaben in Fn. 27.

⁴ Vgl. NIKLAUS SCHMID, *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*, Eine Einführung, 2. Aufl., Heidelberg 1993, 129 ff.

⁵ Der Begriff Festnahme/Festgenommener/festnehmen wird nachfolgend nicht in einem streng technischen Sinne verstanden. Ein solcher würde zudem je nach Verfahrensordnung variieren. Vielmehr ist darunter jede Art der Freiheitsentziehung durch staatliche Behörden zu verstehen. Vgl. nachfolgend IV. 3.

II. Zur Rechtslage in der Schweiz

1. Bundesverfassung von 1874 und EMRK

Die Bundesverfassung von 1874 (BV) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) garantieren bestimmte Rechte der von einer Festnahme betroffenen Person⁶. Die BV enthält aber keine ausdrückliche Pflicht der Strafverfolgungsbehörden, eine festgenommene Person über diese Rechte aufzuklären. Der Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher aus Art. 4 Abs. 1 BV abgeleitet wird, räumt dem Betroffenen zwar unter gewissen Umständen einen Anspruch auf Information ein. Ein Informationsrecht, welches dem Anspruch auf ein *Miranda warning* vergleichbar wäre, hat das Bundesgericht bis heute aber nicht bejaht⁷. Auch aus dem ungeschriebenen Grundrecht auf persönliche Freiheit lässt sich ein solcher Anspruch nicht ableiten⁸.

Nach Art. 5 Abs. 2 EMRK ist jeder Festgenommene unverzüglich und in einer ihm verständlichen Sprache über die *Gründe* seiner Festnahme und über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen zu unterrichten⁹. Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK präzisiert diesen Informationsanspruch für den Angeklagten im gerichtlichen Verfahren¹⁰. Einen verfassungsmässigen Anspruch, über seine *Rechte* aufgeklärt zu werden, hat der von Zwangsmassnahmen Betroffene jedoch gemäss Wortlaut der EMRK nicht. Wie TRECHSEL¹¹ überzeugend darlegt, kann hierin aber kein qualifiziertes Schweigen erblickt werden, erging doch der *Miranda*-Entscheid 16 Jahre nach Verabschiedung der EMRK. Ausserdem hatten sich die Strassburger Organe bis heute – soweit ersichtlich – mit der Frage eines über den Wortlaut der Konvention hinausgehenden Informationsanspruches nicht zu befassen. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass ein solcher Anspruch des Festgenommenen dereinst aus dem in Art. 6 EMRK verankerten Prinzip des *fair trial* abgeleitet wird¹². Dem Betroffenen dürfte jedoch

⁶ Hierzu nachfolgend IV. 2. a).

⁷ Vgl. GEORG MÜLLER, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Art. 4 N 104 ff.

⁸ Vgl. WALTER HALLER, in: *Kommentar BV*, a.a.O. (Fn. 7), *Persönliche Freiheit* N 16 ff., 27.

⁹ Vgl. auch den praktisch gleichlautenden Art. 9 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, von der Schweiz am 13. Dezember 1991 mit Vorbehalten genehmigt (AS 1993 747 ff.; SR 0.103.2).

¹⁰ Vgl. auch Art. 14 Abs. 3 lit. a des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, a.a.O. (Fn. 9).

¹¹ STEFAN TRECHSEL, *Schutz vor «Prozessen à la Kafka»?*, in: *Festschrift Hangartner*, St. Gallen/Lachen 1998, 367, 378 ff.

¹² Vgl. NIKLAUS SCHMID, *Der Beweis im schweizerischen Strafprozessrecht*, in: Richard Frank (Hrsg.), *Der Beweis im Zivil- und Strafprozess der Bundesrepublik Deutschland*,

eine vage Hoffnung auf einen Strassburger (oder Lausanner) Leitentscheid wenig helfen. Daher ist zu untersuchen, ob sich ein über den Wortlaut der EMRK hinausgehender Informationsanspruch aus anderen Rechtsnormen ergibt.

2. Strafprozessordnungen und kantonales Verfassungsrecht

Ob eine festgenommene Person auf ihre Rechte hinzuweisen ist und in welchem Zeitpunkt dies allenfalls zu geschehen hat, ist in den einzelnen Schweizer Kantonen und auf Bundesebene unterschiedlich geregelt. Eine Grosszahl der kantonalen Prozessrechte statuiert keine ausdrückliche Informationspflicht der Behörden oder beschränkt sich darauf, die in Art. 5 Abs. 2 EMRK enthaltene Garantie zu wiederholen¹³. Die Verfahrensordnungen des Bundes sehen teilweise eine Pflicht der Untersuchungsbeamten vor, den Betroffenen auf die Möglichkeit des Beizugs eines Verteidigers hinzuweisen¹⁴. Die Regelung im Kanton Zürich verlangt, dass der Angeschuldigte bei seiner ersten Einvernahme durch den Untersuchungsbeamten darauf hinzuweisen ist, dass er jederzeit einen Verteidiger bestellen kann, dass er die Aussage verweigern kann und dass seine Aussagen als Beweismittel gegen ihn verwendet werden können¹⁵. Diese Informationspflicht besteht jedoch noch nicht anlässlich der Festnahme durch die Polizei¹⁶. Ähnliche Vorschriften wie der Kanton Zürich kennen auch die Kan-

Österreichs und der Schweiz, Zürich 1996, 75 ff., 86; TRECHSEL, a.a.O. (Fn. 11), 379 f.; ELISABETH MÜLLER-HASLER, Die Verteidigungsrechte im zürcherischen Strafprozess, insbes. deren zeitlicher Geltungsbereich, unter dem Aspekt des fairen Verfahrens, Diss. Zürich 1998, 106 ff.

¹³ Vgl. SCHMID, a.a.O. (Fn. 12), 86; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1997, 137.

¹⁴ Vgl. Art. 35 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (BStP; SR 312.0) und Art. 109 Abs. 1 Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1). Eine den meisten Kantonen entsprechende Regelung sieht Art. 39 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR; SR 313.0) vor.

¹⁵ Vgl. § 11 Abs. 1 des Gesetzes betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 4. Mai 1919, LS 321 (eingefügt durch Gesetz vom 1. September 1991; OS 51, 851). Hierzu ausführlich MÜLLER-HASLER, a.a.O. (Fn. 12), 103 ff.; vgl. auch NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1997, N 618; HAUSER/SCHWERI, a.a.O. (Fn. 13), 137; Weisungen der Staatsanwaltschaft für die Untersuchungsführung von 1994, WBA (früher: Weisungen an die Bezirksanwaltschaften), Stand Oktober 1995, Ziff. 46.2, Abs. 1, letzter Satz.

¹⁶ Vgl. Entscheid des Kassationsgerichtes vom 7. Dezember 1995, ZR 96 (1997) Nr. 19; HAUSER/SCHWERI, a.a.O. (Fn. 13), 137. Eine Informationspflicht der Polizei war Ziel der Volksinitiative «Rechtsschutz in Strafsachen» (vgl. Amtsblatt des Kantons Zürich 1991, 2067 ff.; § 8 Initiativtext), welche aber in der Abstimmung vom 8. Dezember 1991 verworfen wurde (Amtsblatt 1991, 2425 f.); hierzu JÖRG REHBERG/MARKUS HOHL, Die Revision des Zürcher Strafprozessrechts von 1991, Zürich 1992, 13 f.;

tone Genf und Nidwalden¹⁷. Soweit ersichtlich statuiert nur der Kanton Bern bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren eine dem *Miranda warning* vergleichbare Informationspflicht. Diese Pflicht wird in Art. 25 Abs. 2 der Kantonsverfassung¹⁸ sogar zum verfassungsmässigen Recht der betroffenen Person erhoben¹⁹.

III. Kritik an der Schweizer Rechtslage

Aus rechtsstaatlicher Sicht vermag die Stellung des Festgenommenen in den meisten Kantonen nicht zu befriedigen. Es besteht die Gefahr, dass die in der Verfassung und der EMRK garantierten Rechte illusorisch werden, da sie der Betroffene mangels Kenntnis nicht wahrnehmen kann. Zudem kann es unter dem Aspekt der Gleichbehandlung stossend sein, wenn gewisse Personen die ihnen zustehenden Rechte in Anspruch nehmen, anderen dies jedoch alleine aufgrund ihres Unwissens verwehrt ist²⁰. Der fehlende Hinweis des Festgenommenen auf seine Rechte ist bis zu einem gewissen Grade vergleichbar mit dem Fall einer Verfügung, bei welcher keine Rechtsmittelbelehrung erfolgt. Da der Staat mittels Verfügung in besonderem Masse in die Sphäre ihres Adressaten eindringt, schreiben Bund und Kantone meist auf Gesetzesstufe eine Rechtsmittelbelehrung vor. Ein verfassungsmässiger Anspruch auf Erteilung wird aber

ROBERT HAUSER, Die Entwicklung der schweizerischen Strafgesetzgebung im Jahre 1991, ZStrR 111 (1993) 274.

¹⁷ Kanton Genf: Art. 41 Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 (RS E 4 20); Kanton Nidwalden: § 104 Abs. 2 der Verordnung über den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 11. Januar 1989 (NG 263.1).

¹⁸ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1; auch SR 131.212).

¹⁹ Die Bestimmung lautet wie folgt: «Jede Person, der die Freiheit entzogen wird, muss unverzüglich in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe und die ihr zustehenden Rechte unterrichtet werden. Sie hat das Recht, ihre Angehörigen so bald als möglich benachrichtigen zu lassen.» Hierzu Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995, Art. 25 N 3a-e, insbes. das in N 3a zitierte Kurzgutachten von STEFAN TRECHSEL zu den Garantien bei Freiheitsentzug vom 21. Dezember 1990; JÜRGE AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, Die neuen bernischen Gesetze, Bern/Stuttgart/Wien 1997, N 1060, 1083 f. Zur bernischen Rechtslage wohl unzutreffend ROBERT HAUSER, Zum Schweigerecht des Beschuldigten, ZBJV 131 (1995) 529 ff. Vgl. auch die fast gleichlautende Verfassungsbestimmung im Kanton Appenzell Ausserrhoden, bei der jedoch das Wort «unverzüglich» fehlt: Art. 21 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Appenzell A.Rh. vom 30. April 1995 (bGS 111.1; auch SR 131.224.1).

²⁰ Ein Umstand, dem im gerichtlichen Verfahren mit der richterlichen Fürsorge- und Aufklärungspflicht Rechnung getragen wird. Hierzu BGE 124 I 185, 189 f.; SCHMID, a.a.O. (Fn. 15), N 245.

bis heute vom Bundesgericht verneint²¹. Die Festnahme stellt – anders als eine Verfügung – schon *per se* einen Eingriff in die persönliche Freiheit des Betroffenen dar²². Daher erkennt der Staat dem Festgenommenen auch gewisse verfahrensmässige Rechte zu. Ziel dieser Normen ist der Schutz des Schwachen. Wenn der Staat den Betroffenen aber über seine Rechte im Dunkeln lässt, nutzt er diese durch die Unwissenheit noch gesteigerte Schwäche in fragwürdiger Weise aus. Denn Bestandteil der Rechte des Festgenommenen sollte auch das Recht sein, über deren Ausübung oder Verzicht frei zu entscheiden²³. Frei entscheiden kann jedoch nur die Person, welche um ihre Rechte weiss.

Auch eine Regelung, wie sie der Kanton Zürich kennt, kann letztlich nicht befriedigen. Denn selbst wenn der Festgenommene bei der Einvernahme durch den Untersuchungsbeamten auf seine Rechte hingewiesen wird, bleiben die vor der Polizei gemachten Aussagen aus den Akten ersichtlich und können den Betroffenen insofern belasten, als sie geeignet sind, die Unbefangenheit des urteilenden Gerichtes zu beeinflussen²⁴. Dies liesse sich nur vermeiden, wenn die entsprechenden Akten aus dem Verfahren entfernt würden²⁵.

Der Einführung weitergehender Informationsrechte des Festgenommenen wird u.a. entgegengehalten, sie erschwere eine effiziente Strafverfolgung²⁶. Diese Befürchtungen sind – dies scheinen neueste Untersuchungen in den USA

zu zeigen – nicht unbegründet²⁷. Der Entscheid über die Einführung weitergehender Informationsrechte bedarf daher einer Abwägung der entgegenstehenden Interessen. Wie politisch umstritten ein solcher Entscheid ist, hat die teilweise heftige Diskussion um die kanton-zürcherische Volksinitiative «Rechtsschutz in Strafsachen» von 1991 gezeigt. Die Einführung neuer Verfahrensrechte des Festgenommenen scheiterte in der Volksabstimmung nicht zuletzt aus Angst vor einer Schwächung der Strafjustiz²⁸. Wegweisend könnte in dieser Auseinandersetzung m.E. ein Ausspruch sein, von dem sich auch der Supreme Court in seinem *Miranda*-Entscheid leiten liess: «*The quality of a nation's civilization can be largely measured by the methods it uses in the enforcement of its criminal law.*»²⁹

IV. Die Verfassungsrevision und ihre Auswirkungen

1. Art. 31 Abs. 2 der revidierten Bundesverfassung

Art. 31 Abs. 2 des Bundesbeschlusses über eine neue Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998 (BV 99)³⁰ lautet wie folgt:

«Jede Person, der die Freiheit entzogen wird, hat Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Sie hat insbesondere das Recht, ihre nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen»³¹.

²¹ Vgl. BGE 123 II 231, 238; 98 Ib 337 ff.; G. MÜLLER, a.a.O. (Fn. 7) Art. 4 N 116; kritisch zu dieser Praxis: MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1986, 541 f.; RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband zur 5. (und unveränderten 6.) Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1990, 290; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N 361.

²² Vgl. HALLER, Kommentar BV, a.a.O. (Fn. 7), Persönliche Freiheit, N 16 ff.; ANDREAS DONATSCH, in: Andreas Donatsch/Niklaus Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919, 1. Lieferung, Zürich 1996, § 49 N 5.

²³ So schon *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 480 [1966]). Vgl. auch HAUSER, a.a.O. (Fn. 19), 532; NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 489.

²⁴ Vgl. Kantonsrat DANIEL VISCHER in NZZ vom 23./24.11.1991, 53; zur Verwertbarkeit der vor der Polizei gemachten Aussagen: MÜLLER-HASLER, a.a.O. (Fn. 12), 112; REHBERG/HOHL, a.a.O. (Fn. 16), 13; Entscheid des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 7. Dezember 1995, in: ZR 96 (1997) Nr. 19. § 32a der Zürcher StPO sieht zudem vor, dass unter gewissen Umständen alleine auf die polizeiliche Einvernahme abgestellt werden kann.

²⁵ Dem scheint aber nicht die Praxis im Kanton Zürich zu entsprechen. Hierzu SCHMID, a.a.O. (Fn. 15), N 606. Strenger verfährt das Bundesgericht mit durch einen befangenen Untersuchungsrichter erhobenen Beweismitteln: BGE 119 Ia 13, 16 f.

²⁶ Vgl. beispielsweise PIERRE ZAPPELLI, *Droits garantis au prévenu, un obstacle à la lutte contre la criminalité?*, in: Jean Gauthier/Dick F. Marty/Niklaus Schmid, Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Sondernummer ZStrR 110 (1992) 49 ff.

²⁷ Vgl. PAUL G. CASSELL/RICHARD FOWLES, Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on *Miranda*'s Harmful Effects on Law Enforcement, *Stanford Law Review* 50 (1998) 1055 ff.; DIES., *Falling Clearance Rates After Miranda: Coincidence or Consequence?*, *Stan. L. Rev.* 50 (1998) 1181 ff.; hierzu kritisch JOHN J. DONOHUE III, *Did Miranda Diminish Police Effectiveness?*, *Stan. L. Rev.* 50 (1998) 1147 ff.

²⁸ Hierzu REHBERG/HOHL, a.a.O. (Fn. 16), 13 f.; HAUSER, a.a.O. (Fn. 16), 274; NZZ vom 23.04.1991, 57 f.; 18.06.1991, 58; 05.09.1991, 54; 23./24.11.1991, 53; 05.12.1991, 50; 06.12.1991, 53 f.; 07./08.12.1991, 57; 09.12.1991, 25.

²⁹ WALTER V. SCHAEFER, *Federalism and State Criminal Procedure*, *Harvard Law Review* 70 (1956) 1 ff., 26. Vgl. auch *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 480 [1966]).

³⁰ BBl 1999, 162 ff., 167.

³¹ Dieser letzte Satz war in der Botschaft (des Bundesrates) über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I 1 ff., 594) noch nicht enthalten und wurde erst auf Antrag der Verfassungskommission des Nationalrates vom 21. November 1997 eingefügt (BBl 1998, 377; vgl. auch Amtl.Bull.NR 1998, 234 und Amtl.Bull.SR 1998, 49 f., 700).

Die Bestimmung entspricht vom Wortlaut her in grossen Teilen Art. 25 Abs. 2 der bernischen Kantonsverfassung³². Zusätzlich wurde aber noch der zweite Satz, «Sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen.», eingefügt. Dieser entstammt dem Entwurf für eine Bundesverfassung aus dem Jahre 1977³³. Wie in der bernischen Kantonsverfassung ist Art. 31 Abs. 2 BV 99 im Kapitel «Grundrechte» aufgeführt. Somit besteht aus systematischer Sicht kein Zweifel darüber, dass diese Norm nicht nur programmatischen Charakter hat, sondern dass sie «direkt anwendbar» ist und «jede Person ihre Verletzung vor den Gerichten anrufen kann»³⁴. Wird diese Regelung dereinst in Kraft treten³⁵, so ist für die Strafverfolgungsbehörden von besonderem Interesse, in *welchem Zeitpunkt* über *welche Rechte* aufgeklärt werden muss. Dies soll anhand der neuen Verfassungsbestimmung kurz erörtert werden. Hierbei geht es darum, gewisse verfassungsrechtliche Leitplanken aufzuzeigen. Eine detaillierte Regelung zu entwickeln, wird Aufgabe der Praxis und allenfalls des Gesetzgebers sein.

2. Inhalt und Form der behördlichen Informationspflicht

a) Inhalt

Der Hinweis hat inhaltlich eine Aufklärung über die *Gründe* des Freiheitsentzuges zu enthalten. Diesbezüglich kann auf die bisherige Lehre und Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 2 EMRK verwiesen werden. Zudem muss die festgenommene Person auf «*ihre Rechte*» hingewiesen werden. Diese Rechte werden – abgesehen vom Recht, die nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen – in Art. 31 BV 99 nicht ausdrücklich erwähnt. Es sind dies insbesondere das bisher aus Art. 4 Abs. 1 BV abgeleitete Aussageverweigerungsrecht (neu Art. 8 Abs. 1 und insbesondere Art. 29 Abs. 1 BV 99), das Recht auf – allenfalls unentgeltliche – Verteidigung (Art. 29 Abs. 3 BV 99 und Art. 6 Abs. 3 lit. b und

³² Vgl. den Berner Verfassungstext in Fn. 19.

³³ Art. 21 Abs. 3 des Vorentwurfs der Expertenkommission, Bern 1977. Hierzu JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in einer revidierten Bundesverfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung – Notwendigkeit oder Wunschtraum?, Schriften des SAD, Zürich 1978, 80. Art. 15 Abs. 3 des Verfassungsentwurfes von ALFRED KÖLZ und JÖRG PAUL MÜLLER (3. Aufl., Bern 1995), entspricht dem Entwurf von 1977 praktisch wörtlich, wobei zusätzlich das Wort «unverzüglich» eingefügt wurde.

³⁴ Botschaft, a.a.O. (Fn. 31), 137.

³⁵ Die Vorlage wurde am 18. April 1999 mit 969 385 Ja-Stimmen (gegenüber 669 179 Nein-Stimmen) und mit einem Mehr von 13 (gegenüber 10) Standesstimmen gutgeheissen. Den Zeitpunkt des Inkrafttretens muss die Bundesversammlung festsetzen. Geplant ist der 1.1.2000 (NZZ vom 19.4.1999, 11).

c EMRK) sowie das Recht auf einen unentgeltlichen³⁶ Dolmetscher (Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK)³⁷. Aus dem Inhalt der Informationspflicht ergeben sich zwei Schutzrichtungen von Art. 31 Abs. 2 BV 99: Mit der Möglichkeit der Benachrichtigung seiner Angehörigen sollen die unmittelbaren Folgen der Festnahme auf das Privatleben des Betroffenen gemildert werden. Durch den Hinweis auf die Gründe des Freiheitsentzuges, das Aussageverweigerungsrecht, die Möglichkeit des Beizugs eines Verteidigers und eines Dolmetschers soll sich der Festgenommene – der zugleich Beschuldigte ist – gegen die erhobenen Anschuldigungen mit den ihm zustehenden Mitteln verteidigen können.

b) Form

Die Information hat «in einer ihr [der Person] verständlichen Sprache» zu erfolgen. Massgebendes Kriterium ist somit die Verständlichkeit. Ein Anspruch, in der eigenen Muttersprache orientiert zu werden, besteht nicht³⁸. Da die Pflicht zur Information in den meisten Fällen Polizeibeamte treffen dürfte, welche über keine besonderen Fremdsprachenkenntnisse verfügen, wird sich eine entsprechende Schulung aufdrängen bzw. die Beamten müssen eine Übersetzung in gängige Sprachen bei sich tragen³⁹. Bei exotischen Fremdsprachen wird die Aufklärung aus praktischen Gründen erst durch einen Dolmetscher erfolgen und vom Erfordernis der unverzüglichen Aufklärung abgewichen werden können⁴⁰. In der Regel dürfte die Belehrung mündlich, ausnahmsweise schriftlich erfolgen. Unter Umständen wird jedoch nur die eine oder andere Methode

³⁶ Dies gilt trotz des diesbezüglich gemachten Vorbehaltes der Schweiz: Entscheid des Zürcher Kassationsgerichtes vom 5. Mai 1997, ZR 97 (1998) Nr. 109. Hierzu auch SCHMID, a.a.O. (Fn. 15), N 1201; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1993, N 34 ff., 521.

³⁷ Dieser Anspruch besteht – trotz Wortlaut der EMRK – bereits im Ermittlungsverfahren und dessen Gewährung ist u.U. gerade Voraussetzung einer Aufklärung des Festgenommenen. Hierzu JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Art. 6 N 205; VILLIGER, a.a.O. (Fn. 36), N 520.

³⁸ Vgl. zur Berner Rechtslage AESCHLIMANN, a.a.O. (Fn. 19), N 1083.

³⁹ In den USA werden Sprachfernkurse für Polizeibeamte auch von Privaten angeboten: Vgl. beispielsweise die Website von Command Spanish Inc., welche den Fernkurs «Survival Spanish for Law Enforcement Officers» anbietet: <<http://commandspanish.com/self/law.html#law>> (besucht am 20.4.1999).

⁴⁰ Da eine Einvernahme ohne Dolmetscher in einer solchen Situation ohnehin nicht möglich ist, besteht auch keine Gefahr, dass der Betroffene unfreiwillige Aussagen macht.

in Frage kommen. So kann der Blinde oder Analphabet nur mündlich, der Gehörlose nur schriftlich oder mittels Zeichensprache aufgeklärt werden⁴¹.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Aufklärung in inhaltlicher wie formeller Hinsicht gewissen Anforderungen zu genügen hat. Zudem sollte die Information der Gleichbehandlung wegen immer in derselben Weise erfolgen. Aus praktischen Gründen wird es somit sinnvoll sein, wenn Polizeibeamte eine vorgedruckte Karte auf sich tragen, auf der die notwendigen Informationen mehrsprachig abgedruckt sind. Diese ist dem Betroffenen dann von Fall zu Fall vorzulesen bzw. vorzulegen.

3. Zeitpunkt der behördlichen Informationspflicht

Nach dem Wortlaut der Bestimmung besteht eine «unverzügliche» Informationspflicht, sobald einer Person «die Freiheit entzogen wird»⁴². Auf die Art des Freiheitsentzuges kann es daher grundsätzlich nicht ankommen⁴³. Ob eine eigentliche Haftanordnung vorliegt, ist somit nicht massgebend; auch eine vorläufige Festnahme oder ein vorübergehendes Festhalten durch die Polizei bewirkt die Informationspflicht der Behörden⁴⁴. Ein Verschieben der Aufklärung auf ein späteres Verfahrensstadium dürfte nur in Ausnahmefällen (z.B. bei exotischen Fremdsprachen) zulässig sein. Dies wird durch den Verfassungstext sprachlich unterstrichen, indem die Unterrichtung «unverzüglich»⁴⁵ zu erfolgen hat. Nun dürfte es aber keineswegs immer eindeutig sein, wann ein «Freiheitsentzug» vorliegt. Liegt ein solcher etwa schon dann vor, wenn ein Automobilist im Rahmen einer Verkehrskontrolle angehalten wird? Wir würden diese Frage

⁴¹ Vgl. zu den besonderen Problemen bei der Einvernahme Gehörloser: TODD S. ELLIOTT, *Miranda Rights Inherently Coercive to Deaf Arrestees?*, Baltimore 1997: <<http://ubmail.ubalt.edu/~telliott/miranda.html>> (besucht am 20.4.1999).

⁴² Dies entspricht auch der Überschrift von Art. 31 BV 99: «Freiheitsentzug».

⁴³ Vgl. Botschaft BV, a.a.O. (Fn. 31), 185. Besonders erwähnt wird in der Botschaft allerdings nur der fürsorgliche Freiheitsentzug nach Art. 397 ff. ZGB.

⁴⁴ Vgl. zur Berner Rechtslage KÄLIN/BOLZ, a.a.O. (Fn. 19), Art. 25 N 3a und das dort zitierte Kurzgutachten von TRECHSEL. Eine Informationspflicht von *Privaten*, welche ein Recht zur vorläufigen Festnahme haben, müsste konsequenterweise bejaht werden (vgl. Art. 35 BV 99), dürfte aber in der Praxis kaum durchsetzbar sein.

⁴⁵ Art. 5 Abs. 2 (und Art. 6 Abs. 3 lit. a) EMRK enthält eine Zeitvorgabe, welche in der englischen Version und ihrer deutschen Übersetzung («promptly»/«unverzüglich») dem neuen Verfassungstext entspricht. Die französische Version («dans le plus court délai»; so auch die deutsche Übersetzung der Bundeskanzlei bis zum 31. Oktober 1998: «in möglichst kurzer Frist») ist weniger strikt formuliert. Die Strassburger Organe scheinen den Behörden denn auch einen gewissen, wenn auch engen Ermessensspielraum einzuräumen, hierzu FROWEIN/PEUKERT, a.a.O. (Fn. 37), Art. 5 N 102, 108 (und Art. 6 N 178); VILLIGER, a.a.O. (Fn. 36), N 347, 495. Zu den Unterschieden zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK insbes.: TRECHSEL, a.a.O. (Fn. 11), 368 ff.

wohl spontan verneinen, doch haben ähnliche Fälle in den U.S.A. zu ernsthaften juristischen Auseinandersetzungen geführt⁴⁶. Aus dem Schutzzweck⁴⁷ von Art. 31 Abs. 2 BV ergibt sich, dass die Information in jedem Fall vor der ersten möglichen Aussage zu erfolgen hat, die den Betroffenen belasten könnte. Wann dieser Zeitpunkt sein könnte, mögen nachfolgend erste Erfahrungen im Kanton Bern zeigen.

4. Erste Erfahrungen im Kanton Bern

Art. 25 Abs. 2 der Berner Kantonsverfassung wurde – obwohl diese Bestimmung ein unmittelbar anwendbares Grundrecht statuiert⁴⁸ – vom Gesetzgeber im Strafprozessrecht konkretisiert. Das bernische Strafverfahren unterscheidet zwischen «Anhaltung», «Festnahme» und «Polizeihaft»⁴⁹. Die angehaltene Person hat sich auf Verlangen über ihre Identität auszuweisen und gewisse Untersuchungshandlungen durch die Polizei zu dulden. Unter gewissen Voraussetzungen kann die angehaltene Person festgenommen werden, d.h. auf den Polizeiposten gebracht werden. Der Grund der Festnahme ist ihr hierbei zu eröffnen. Auf dem Polizeiposten erfolgen im Hinblick auf die Anordnung der Polizeihaft weitere Ermittlungen. In diesem Moment ist die festgenommene Person in einer ihr verständlichen Sprache über die ihr zustehenden Rechte zu unterrichten⁵⁰. Die Aufklärung erfolgt somit noch nicht in dem frühen Moment, «in welchem der Polizist dem Betroffenen die Hand auf den Unterarm oder auf die Schulter legt mit den Worten: 'Sie sind verhaftet'»⁵¹.

Für die bernische Lösung sprechen Praktikabilitätsgründe. So dürfte es auf dem Polizeiposten eher möglich sein, einen sprachgewandten Polizeibeamten oder Dolmetscher zu erreichen. Auch kann die Gefahr verringert werden, dass «in der Hitze des Gefechtes» die Unterrichtung unterbleibt oder unvollständig erfolgt⁵². Zugleich wird es dem Betroffenen in diesem Verfahrensstadium eher möglich sein, die volle Bedeutung des Hinweises zu erfassen. Der

⁴⁶ Vgl. statt vieler SCHMID, a.a.O. (Fn. 4), 132 f.

⁴⁷ Hierzu oben IV. 2. a).

⁴⁸ Hierzu oben IV. 1.

⁴⁹ Vgl. Art. 167 ff. des Gesetzes über das Strafverfahren (StrV) vom 15. März 1995 (BSG 321.1).

⁵⁰ Vgl. Art. 173 Abs. 2 StrV (und Art. 105 Abs. 1, Art. 208 Abs. 2 StrV). Hierzu AESCHLIMANN, a.a.O. (Fn. 19), N 1083 f.

⁵¹ TRECHSEL (der bereits in diesem Stadium eine Aufklärung fordert), Kurzgutachten, zitiert bei KÄLIN/BOLZ, a.a.O. (Fn. 19), Art. 25 N 3a.

⁵² Gemäss Auskunft des Polizeikommandos des Kantons Bern folgt der einvernehmende Polizeibeamte einem Leitfaden, welchen er auf einem Bildschirm vor sich sieht. Zudem hat er die Tatsache, dass der Festgenommene auf seine Rechte hingewiesen wurde, im Einvernahmeprotokoll ausdrücklich zu bestätigen.

Gesetzgeber ist somit der Auffassung gefolgt, dass «unverzüglich» im Sinne «der erstmöglichen Gelegenheit»⁵³ zu verstehen sei. M.E. dürfte eine Unterrichtung in diesem Verfahrensstadium den verfassungsrechtlichen Anforderungen aber nur dann genügen, wenn zwischen Anhaltung und der auf dem Polizeiposten erfolgten Information keine über die Aufklärung der Identität hinausgehenden Fragen an den Betroffenen gerichtet werden; denn die Antworten könnten den Festgenommenen in einem späteren Verfahrensstadium belasten und würden sein Aussageverweigerungsrecht illusorisch machen⁵⁴.

5. Rechtswirkungen bei Verletzung der Informationspflicht

Nach dem Text der Botschaft stellt Art. 31 Abs. 2 BV 99 eine Konkretisierung des in Art. 29 Abs. 2 BV 99 festgehaltenen Anspruchs auf rechtliches Gehör dar⁵⁵. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör «*formeller* (selbständiger) *Natur*»⁵⁶ ist, führt dessen Verletzung zwingend zur Aufhebung des hierauf gestützten Hoheitsaktes⁵⁷. Ob die Gewährung des Anspruchs für den Ausgang des Verfahrens von Bedeutung war oder nicht, ist hierbei ohne Bedeutung. Der Hinweis nach Art. 31 Abs. 2 BV 99 ist somit ein Gültigkeitserfordernis; Einvernahmen, die ohne diesen Hinweis durchgeführt werden, sind als Beweismittel nicht verwertbar⁵⁸.

6. Fazit

Erstaunlich ist, dass Art. 31 Abs. 2 BV 99 die eidgenössischen Räte ohne weitere Debatten passiert hat⁵⁹. Auch die Botschaft des Bundesrates weist auf die Brisanz dieser Bestimmung mit keinem Wort hin⁶⁰. Trotzdem ist Art. 31

⁵³ Vortrag I/77, zitiert bei KÄLIN/BOLZ, a.a.O. (Fn. 19), Art. 25 N 3a.

⁵⁴ Vgl. zu ähnlichen Situationen die Entscheide des Supreme Court *Brewer v. Williams* (430 U.S. 387 [1977]) und *Rhode Island v. Innis* (446 U.S. 291 [1980]); hierzu SCHMID, a.a.O. (Fn. 4), 134.

⁵⁵ Vgl. Botschaft, a.a.O. (Fn. 31), 185.

⁵⁶ G. MÜLLER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 4 N 100.

⁵⁷ So BGE 121 V 150, 156; 118 Ia 17 f.; hierzu G. MÜLLER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 4 N 100.

⁵⁸ So schon der Supreme Court in *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 476 f. [1966]); hierzu SCHMID, a.a.O. (Fn. 4), 131. Zur heutigen Rechtslage im Kanton Zürich: MÜLLER-HASLER, a.a.O. (Fn. 12), 104; SCHMID, a.a.O. (Fn. 15), N 608 f., 618; für die Kantone Bern und Zürich: HAUSER/SCHWERI, a.a.O. (Fn. 13), 137 f.; HAUSER, a.a.O. (Fn. 19), 532.

⁵⁹ Vgl. Amtl.Bull.NR 1998, 234 und Amtl.Bull.SR 1998, 49 f., 700.

⁶⁰ Vgl. Botschaft, a.a.O. (Fn. 31), 185. Demgegenüber J. P. MÜLLER, a.a.O. (Fn. 33), 80, zum Revisionsentwurf von 1977: Auch dieser Entwurf sah in Art. 21 eine Art. 31 Abs. 2 BV 99 entsprechende Informationspflicht der Behörden vor. J. P. MÜLLER war

Abs. 2 BV 99 weit mehr als eine blosse «Nachführung des geltenden Verfassungsrechts»⁶¹ oder der «gelebten Verfassungswirklichkeit»⁶². Die Annahme der totalrevidierten Bundesverfassung hat daher auf die bisherige Praxis der meisten kantonalen⁶³ Strafverfolgungsbehörden tiefgreifende Auswirkungen. Denn durch die Annahme der «nachgeführten» Bundesverfassung hat das *Miranda warning* Einzug ins Schweizer Recht genommen.

sich aber sehr wohl bewusst, dass es sich hierbei um eine «Weiterbildung und Aktualisierung des Verfassungsrechts» handelt.

⁶¹ Botschaft, a.a.O. (Fn. 31), 29.

⁶² Botschaft, a.a.O. (Fn. 31), 138 (zu den Grundrechten im Besonderen). So auch der Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 18. Dezember 1998, Was bringt die neue Bundesverfassung?, Bern 1998, S. 5 ff.

⁶³ Im Bereich des eidgenössischen Verfahrensrechts wird dem Bundesgericht die Verfassungsgerichtsbarkeit auch weiterhin verwehrt sein (Art. 191 BV 99 entspricht Art. 113 Abs. 3 BV). Eine Überprüfung von Bundesvorschriften wäre aber möglich, wenn der in Art. 5 EMRK garantierte Informationsanspruch durch die Rechtsprechung ausgedehnt würde; können doch Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der EMRK überprüft werden (vgl. BGE 122 II 485 ff.).