

Sarah Summers, Lorenz Garland und David Studer, Zürich

Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Überblick: das Recht auf Verteidigung in den beobachteten Fällen
- III. Anwaltlicher Beistand in der Hauptverhandlung
- IV. Häufigkeit der amtlichen Verteidigung
- V. Besondere Probleme bei der Umsetzung
 1. Fehlender anwaltlicher Beistand trotz Anspruch auf amtliche Verteidigung
 2. Fehlende Sicherstellung der notwendigen Verteidigung in Grenzfällen
 3. Verspäteter Beizug einer Verteidigung
 - a) Verspäteter Beizug im Allgemeinen
 - b) Verspätete Sicherstellung der notwendigen Verteidigung
 4. Nähere Betrachtung der Umsetzungsprobleme
 - a) Fehlender anwaltlicher Beistand
 - b) Verspätete Einsetzung einer Verteidigung
 - aa) Unwirksame Rechtsfolgen bei der amtlichen Verteidigung
 - bb) Unklare Regelung der notwendigen Verteidigung
- VI. Rolle der Verteidigung im Strafverfahren
- VII. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Das Recht auf Verteidigung gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. c der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ist für die Fairness eines Strafverfahrens von fundamentaler Bedeutung.¹ Die Konventionsbestimmung regelt unter anderem die Verteidigung in Gestalt der Selbstverteidigung, der Wahlverteidigung sowie der unentgeltlichen Verteidigung.² Das Recht auf Verteidigung ist als Individualrecht konzipiert und soll sicherstellen, dass die beschuldigte Person von ihren Verteidi-

gungsrechten wirksam Gebrauch machen kann.³ Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hat die beschuldigte Person das Recht, schon bei der ersten Befragung eine Verteidigung beizuziehen.⁴ Dazu gehört das Recht, vorher beraten zu werden.⁵ Die beschuldigte Person kann auf den anwaltlichen Beistand freiwillig verzichten, was voraussetzt, dass sie die Rechtsfolgen kennt. Der Verzicht muss zudem unmissverständlich geäussert werden.⁶ Geht es um Minderjährige oder Personen mit geistiger Behinderung, wird die Möglichkeit eines Verzichts besonders restriktiv ausgelegt.⁷

Auch die Strafprozessordnung (StPO) gewährleistet das Recht auf Verteidigung. Während die Strafbehörden in der Schweiz schon früh anerkannten, dass das Recht auf anwaltlichen Beistand in der Hauptverhandlung von elementarer Bedeutung ist, begegneten sie dem Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde» mit grosser Zurückhaltung.⁸ In der neuen StPO ist nunmehr gesetzlich verankert, dass die beschuldigte Person in jedem Strafverfahren und auf jeder Verfahrensstufe eine Verteidigung beiziehen kann.⁹ Auf diese Möglichkeit ist sie zu Beginn der ersten Befragung bei der Polizei oder zu Beginn der ersten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme hinzuweisen.¹⁰

ZStrR 2016 - S. 135

Das Gesetz gibt Anspruch auf eine amtliche Verteidigung, falls die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die Verteidigungskosten selbst zu tragen, und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist.¹¹ Geboten ist die Verteidigung namentlich, wenn es sich beim Tatvorwurf nicht um eine Bagatelle handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bereitet.¹² Wie sich aus dem Wortlaut der Bestimmung («namentlich») ergibt, kann die amtliche Verteidigung auch aus anderen Gründen geboten sein; dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Straffall für die beschuldigte Person von besonderer Tragweite ist.¹³ Ausnahmsweise kann dies auch in Bagatellfällen zutreffen.¹⁴ Liegen die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung vor und stellt die beschuldigte Person einen entsprechenden Antrag, ordnet die Verfahrensleitung eine amtliche Verteidigung an.¹⁵ Die beschuldigte Person kann auf die Geltendmachung ihres Rechts auf amtliche Verteidigung verzichten.¹⁶

ZStrR 2016 - S. 136

Die StPO regelt auch die sogenannte notwendige Verteidigung und geht damit über den Mindeststandard der EMRK hinaus.¹⁷ Kann die beschuldigte Person beispielsweise wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustands ihre Interessen im Strafverfahren nicht wahren oder droht ihr eine Freiheitsstrafe von über einem Jahr bzw. eine freiheitsentziehende Massnahme, muss die Verfahrensleitung unverzüglich eine Verteidigung bestellen.¹⁸ Nach herrschender Lehre und Praxis kann auf eine notwendige Verteidigung nicht verzichtet werden.¹⁹

Die Vorgaben der Strafprozessordnung dürfen der wirksamen Ausübung der Verteidigungsrechte nicht entgegenstehen. Das durch den Schweizerischen Nationalfonds unterstützte Forschungsprojekt «Trial Observation» untersucht, inwiefern dem Recht auf Verteidigung in der Verfahrenswirklichkeit Rechnung getragen wird. Besonderes Interesse richtet sich dabei auf Einschränkungen wegen faktischer Hindernisse bei der Ausübung der Verteidigungsrechte.²⁰

Es folgt zunächst ein Überblick über die in der Hauptverhandlung angesprochenen Verstösse gegen das Recht auf Verteidigung. Um ein vollständiges Bild zu erhalten, werden die von den Prozessbeteiligten angesprochenen Verstösse durch die Beobachtungen des Forschungsteams ergänzt. Danach richtet sich das Augenmerk auf den anwaltlichen Beistand in der Hauptverhandlung, namentlich die Häufigkeit der amtlichen Verteidigung vor Gericht. Es wird gefragt, ob besondere Probleme beobachtet wurden und ob es Unterschiede darin gibt, wie in den verschiedenen Kantonen das Recht auf anwaltlichen Beistand gehandhabt wird. Beleuchtet wird darüber hinaus auch die institutionelle Bedeutung der Strafverteidigung. Im Rahmen der Schlussfolgerungen wird darüber diskutiert, wie den Schwierigkeiten, die beobachtet worden sind, begegnet werden könnte, um eine wirksame Ausübung des Rechts auf anwaltlichen Beistand sicherzustellen.

ZStrR 2016 - S. 137

II. Überblick: das Recht auf Verteidigung in den beobachteten Fällen

		Beschuldigte Person	Verteidigung	Gericht	Staatsanwaltschaft	Beobachtende Person
Erfasst		1	11	2	0	47
Reaktion	anerkannt	1	4	2	0	–
	ignoriert	0	4	0	0	–
	abgelehnt	0	3	0	0	–
Erfolgschance	offensichtlich	0	4	1	0	12
	möglich	1	7	1	0	35
	aussichtslos	0	0	0	0	0
Auswirkung auf das Urteil ²¹	ja	0	1	0	0	–
	nein	1	10	2	0	–
Auswirkung auf das Strafmass ²²	ja	0	1	0	0	–
	nein	1	10	2	0	–

[21](#) [22](#)

Tabelle 1: Anzahl in der Hauptverhandlung angesprochene oder beobachtete Verstösse gegen das Recht auf Verteidigung, getrennt nach vorbringender bzw. beobachtender Person.

Das Recht auf Verteidigung kam nur selten vor erster Instanz zur Sprache. Die Strafverteidigung erhob lediglich in elf Verhandlungen (von insgesamt 372, in denen eine Strafverteidigung vor Gericht anwesend war) eine Rüge betreffend das Recht auf anwaltlichen Beistand. Die Rügen befassten sich beinahe ausnahmslos (zehn von elf Rügen) mit der verspäteten Einsetzung des anwaltlichen Beistands im Vorverfahren.²³ Das Gericht anerkannte die Einwendungen der Verteidigung in vier Fällen, wobei es lediglich im Zusammenhang mit einer Rüge zu einem Freispruch kam.²⁴ Die Fokussierung der Strafverteidigung auf die Geschehnisse im

Vorverfahren mag ein Hinweis darauf sein, dass es gerade in diesem wichtigen Verfahrensstadium²⁵ zu Schwierigkeiten bei der Ausübung von Verteidigungsrechten kam. Bezeichnenderweise war es ausgerechnet das in prozessualer Hinsicht unbestrittene Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde», häufig in Verbindung mit dem Anspruch auf eine notwendige Verteidigung, dessen Umsetzung im Vorverfahren an der Hauptverhandlung kontrovers diskutiert wurde.

Nur in einem Fall machte die beschuldigte Person selbst ihr Recht auf Verteidigung in der Hauptverhandlung geltend.²⁶ Die zwei Fälle, in denen das Gericht die Frage der Verteidigung aufwarf, betrafen das Recht auf eine effektive Verteidigung. Im einen Fall wurde die Verteidigung erst 15 Minuten vor der Hauptverhandlung über die Anklage in Kenntnis gesetzt.²⁷ Im anderen Fall befand das Gericht, dass die ursprüngliche Verteidigung unwirksam gewesen war und setzte eine neue Verteidigung ein.²⁸

Auf der Grundlage der von den Prozessbeteiligten thematisierten Verstösse lässt sich zunächst einmal fragen, weshalb das Recht auf Verteidigung in der Hauptverhandlung nicht häufiger angesprochen wurde. Eine mögliche Erklärung liegt darin, dass es im Zusammenhang mit der Gewährung dieser Rechte in der Verfahrenspraxis zu keinen nennenswerten Problemen kam. Dass die Prozessbeobachtenden jedoch immerhin 47 Fälle mit Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung dieser Verteidigungsrechte wahrnahmen, spricht gegen diese Annahme.

Das Forschungsteam beobachtete beinahe viermal mehr Verstösse gegen das Recht auf Verteidigung, als die Prozessbeteiligten vor Gericht selbst aufwarfen. Doch viele der ausschliesslich beobachteten Verstösse gegen das Recht auf Verteidigung wurden lediglich als «möglich» eingestuft. In nur 12 von insgesamt 439 beobachteten Verhandlungen (372 Verhandlungen mit anwaltlichem Beistand sowie 67 Verhandlungen ohne anwaltlichen Beistand) sahen die Prozessbeobach-

tenden einen offensichtlichen Verstoß gegen das Recht auf Verteidigung, der nicht vor Gericht angesprochen wurde. Zehn dieser offensichtlichen Verstösse bezogen sich auf das Ausbleiben oder die verspätete Einsetzung eines anwaltlichen Beistands. Am häufigsten notierten die Prozessbeobachter in diesem Kontext das Ausbleiben einer amtlichen Verteidigung, obwohl die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügte, keine Bagatelle vorlag und der Fall Schwierigkeiten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht bot.²⁹ In diesen Fällen gab es Anzeichen dafür, dass sich die beschuldigten Personen nicht über ihr Recht auf eine amtliche Verteidigung im Klaren waren, weshalb kein rechtsgültiger Verzicht vorlag.³⁰ In drei Fällen war es für die Prozessbeobachtenden offensichtlich, dass die beschuldigte Person nicht fähig war, ihre Verteidigung selbstständig auszuüben, weshalb eine Verteidigung hätte sichergestellt werden müssen.³¹ Eine

verspätete Sicherstellung der Verteidigung wurde in drei Fällen nicht vor Gericht angesprochen, obwohl gemäss den Prozessbeobachtern ein offensichtlicher Verstoss vorlag.³²

ZStrR 2016 - S. 140

Schliesslich gab es noch zwei Fälle, in denen die Prozessbeobachter die effektive Verteidigung klarerweise nicht gewährleistet sahen, was jedoch nicht vor Gericht angesprochen wurde.³³

Auf der Grundlage der erhobenen Daten ergibt sich, dass das Recht auf Verteidigung selten in der Hauptverhandlung zur Sprache kam. Zudem wurden nur vergleichsweise wenige offensichtliche Verstösse gegen das Recht auf Verteidigung vom Forschungsteam beobachtet. Möglicherweise hängt die geringe Anzahl erwähnter und als offensichtlich taxierter Verstösse damit zusammen, dass die Probleme bei der Umsetzung mehrheitlich das Vorverfahren betrafen und die Vorgänge vor Anklageerhebung im Rahmen des Forschungsprojekts nicht unmittelbar beobachtet wurden. Um die Problematik bei der Umsetzung des Rechts auf Verteidigung in diesem Verfahrensstadium genauer zu ergründen, waren wir daher auf die Beteiligung der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung an den Befragungen angewiesen. Zusätzlich zur Beobachtung wurden Fragebögen ausgewertet. Dabei zeigte sich, dass es einige Probleme bei der Umsetzung des Rechts auf Verteidigung gab. Dies betrifft die fehlende Verteidigung, obschon ein Anspruch auf amtliche Verteidigung bestand, das Ausbleiben der notwendigen Verteidigung in Grenzfällen sowie den verspäteten Beizug einer Verteidigung. Um die Problematik besser einordnen zu können, werden vorgängig die Zahlen zum anwaltlichen Beizug und zur Häufigkeit der amtlichen Verteidigung in der Hauptverhandlung aufgezeigt.

III. Anwaltlicher Beistand in der Hauptverhandlung

Welcher Stellenwert dem Recht auf anwaltlichen Beistand in einem Rechtssystem zukommt, ergibt sich nicht zuletzt aus der Zahl der Fälle, in denen die beschuldigte Person in der Hauptverhandlung verteidigt war. Im Rahmen des Forschungsprojekts erfasste das Beobachtungsteam, ob die beschuldigte Person einen anwaltlichen Beistand in der Hauptverhandlung hatte oder nicht (Abb. 1).

Alle vier beobachteten Gerichtsstandorte weisen einen hohen Anteil Fälle auf, in denen die beschuldigte Person in der Hauptverhandlung verteidigt war. In Zürich (91%) und Genf (88%) war sehr häufig eine Verteidigung vor Gericht anwesend. Mit etwas Abstand – jedoch immer noch auf einem hohen Niveau – folgen

ZStrR 2016 - S. 141

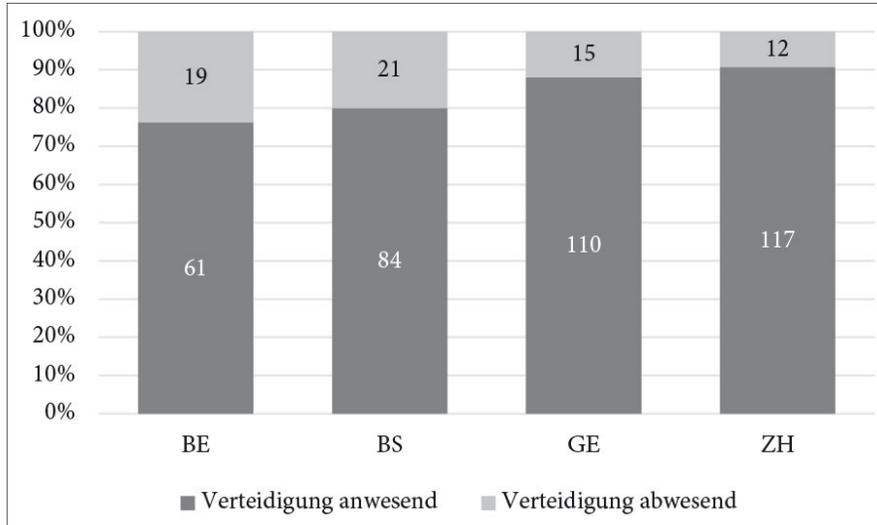


Abbildung 1: Anwesenheit der Verteidigung in der Hauptverhandlung getrennt nach Gerichten.
 Fishers exakter Test: $\chi^2(df = 3, N = 439) = 10.851, p < .05$.

Basel-Stadt (80%) und Bern (79%).³⁴ In Bern gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass 46 Prozent der Fälle eine Strafandrohung von unter vier Monaten Freiheitsstrafe oder unter 120 Tagessätzen Geldstrafe betrafen und somit eine Bagatelle darstellten (37 von 80 beobachteten Verhandlungen, vgl. Abb. 4 unten).

Gesamthaft war die beschuldigte Person in 15 Prozent der Fälle vor Gericht nicht verteidigt (in 67 von 439 Verhandlungen), wobei auch die Staatsanwaltschaft nicht an der Hauptverhandlung anwesend war.³⁵ In 35 Prozent der Fälle (132 Verhandlungen), in denen die beschuldigte Person eine Verteidigung hatte, trat die Staatsanwaltschaft nicht vor Gericht auf.³⁶

Uns hat es interessiert, herauszufinden, aus welchen Gründen die beschuldigte Person in einigen Hauptverhandlungen nicht verteidigt war. Unmittelbar nach Abschluss der Gerichtsverhandlung wurden deshalb die unverteidigten beschuldigten Personen gefragt, weshalb sie keinen Anwalt hinzugezogen hatten (Tab. 2).

ZStrR 2016 - S. 142

	Anzahl Antworten	Prozent
Brauchte keine Verteidigung	19	47,5
Konnte mir keine Verteidigung leisten	17	42,5
Weiss nicht	2	5,0
Konnte keine Verteidigung finden	1	2,5
Gesuch um amtliche Verteidigung abgelehnt	1 ³⁷	2,5
Total	40	100,0 ³⁷

Tabelle 2: Gründe, weshalb die beschuldigte Person keine Verteidigung hatte (Auskunft gemäss Fragebogen).

Trotz der eher geringen Zahl von 40 Fragebögen³⁸ wird deutlich, dass die Überzeugung, keine Verteidigung zu brauchen, sowie finanzielle Motive im Mittelpunkt der Überlegungen standen.³⁹ Dieser Befund wirft die Frage auf, inwieweit die Verfahrensleitung dafür Sorge trägt, dass die beschuldigte Person über die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung und über die Möglichkeit zur Stellung eines Gesuchs informiert wird.⁴⁰

IV. Häufigkeit der amtlichen Verteidigung

Das Forschungsteam erfasste auch, in welcher Form (amtlich; nicht amtlich; in eigener Person) die Verteidigung der beschuldigten Person jeweils erfolgte (Abb. 2).

Aus den gesammelten Daten ergibt sich, dass die Anzahl der amtlich verteidigten Personen an den vier von uns untersuchten Gerichtsstandorten hoch war.⁴¹ In Bern hatte die beschuldigte Person in etwas über 50 Prozent der beobachteten Fälle eine amtliche Verteidigung. Der höchste Wert findet sich mit rund 77 Prozent in Genf.

ZStrR 2016 - S. 143

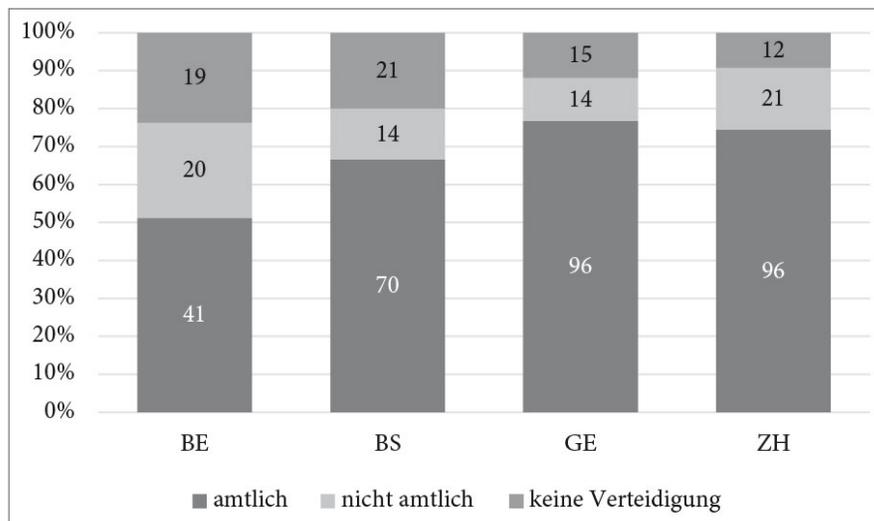


Abbildung 2: Art der Verteidigung getrennt nach Gerichten (Prozente und Anzahl Fälle).
Fishers exakter Test: $\chi^2(df = 6, N = 439) = 20.994, p < .01$.

Da die Prozessbeobachtenden auch die Höhe der von der Staatsanwaltschaft beantragten Strafe erfassten, lässt sich die Art der Verteidigung auch in Relation zur beantragten Höhe der Freiheitsstrafe oder zur entsprechenden Anzahl Tagessätze Geldstrafe darstellen (Abb. 3).

Es zeigt sich deutlich, dass die Wahrscheinlichkeit einer amtlichen Verteidigung umso grösser ist, je schwerer der Vorwurf wiegt. Da die amtliche Verteidigung sehr häufig in Situationen notwendiger

Verteidigung erfolgt (falls die beschuldigte Person keine Verteidigung benennt oder mittellos ist)⁴² und auf die notwendige Verteidigung nicht verzichtet werden kann, erstaunt dieses Ergebnis nicht.

V. Besondere Probleme bei der Umsetzung

1. Fehlender anwaltlicher Beistand trotz Anspruch auf amtliche Verteidigung

Das Forschungsteam beobachtete einige Fälle, in denen die beschuldigte Person keinen anwaltlichen Beistand hatte. Dies stellt nicht zwingend ein Fairnessproblem dar, weil es der beschuldigten Person grundsätzlich erlaubt ist, auf anwalt-

ZStrR 2016 - S. 144

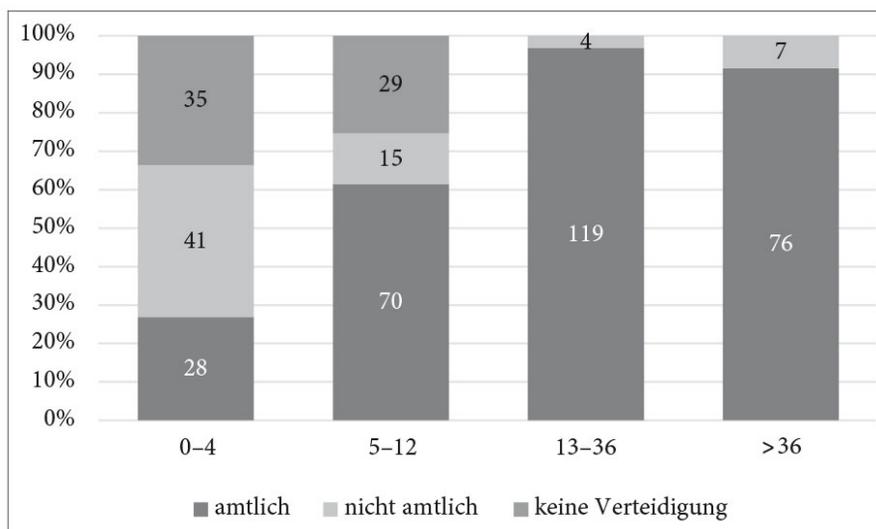


Abbildung 3: Amtliche Verteidigung getrennt nach der beantragten Strafhöhe in Monaten (Prozente und Anzahl Fälle). Fishers exakter Test: $p = 2.2e^{-16}$.

lichen Beistand zu verzichten (sofern es sich nicht um einen Fall notwendiger Verteidigung handelt). Damit ein solcher Verzicht jedoch gültig ist, muss sich die beschuldigte Person über die prozessualen Rechtsfolgen im Klaren sein und den Verzicht unmissverständlich kundtun.⁴³ Ein Problem könnte darin liegen, dass die beschuldigte Person von einer Bestellung einer Verteidigung absieht, weil sie davon ausgeht, dass sie sich keine Verteidigung leisten kann, und nicht weiss, dass sie Anspruch auf amtliche Verteidigung hat. Die erhobenen Daten deuten darauf hin, dass es in der Praxis zu einem unaufgeklärten Verzicht kommen kann. Dies zeigt sich insbesondere bei der Auswertung der Fragebögen (Tab. 2): Die beschuldigten Personen gaben in rund 43 Prozent der Fälle an, dass sie aus finanziellen Überlegungen auf den anwaltlichen Beistand verzichtet hatten.

Um zu ergründen, ob es auch in den beobachteten Fällen zu einem unaufgeklärten Verzicht auf einen anwaltlichen Beistand gekommen ist, müssen zunächst die Fälle identifiziert werden, in denen die

beschuldigte Person keine Verteidigung beizog, obwohl sie einen Anspruch auf amtliche Verteidigung gehabt hätte. Als Ausgangspunkt gilt dabei die beantragte Strafhöhe, weil die angedrohte Höhe der

ZStrR 2016 - S. 145

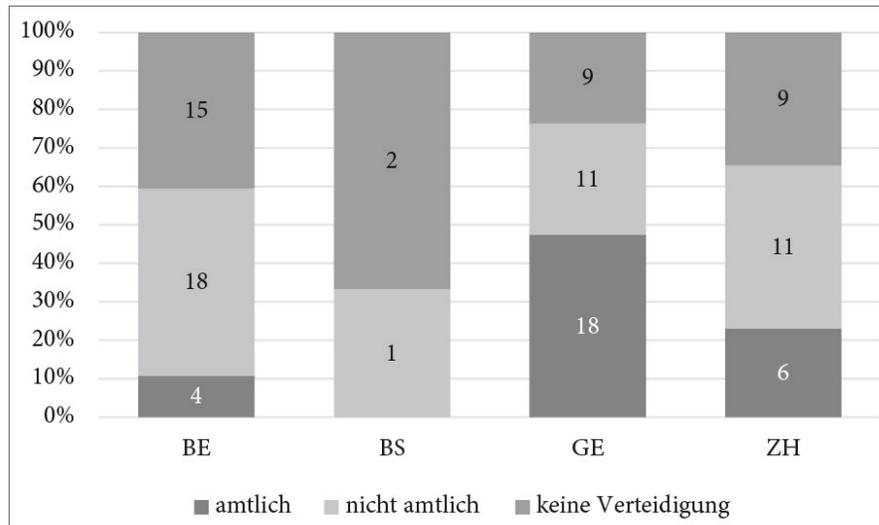


Abbildung 4: Art der Verteidigung nach Kantonen (beantragte Strafhöhe von 0–4 Monate).
Fishers exakter Test: $p < .05$.

Strafe ein wesentlicher Faktor bei der Gewährung der amtlichen Verteidigung ist.⁴⁴ Steht bereits zu Verfahrensbeginn fest, dass es um einen leichten und einfachen Straffall geht, besteht in der Regel gar kein Anspruch auf eine amtliche Verteidigung.⁴⁵ Oben wird aufgezeigt, wie oft es zu einer amtlichen Verteidigung in Bagatellfällen kam (Abb. 4).

Bei Betrachtung der Abbildung fällt auf, dass es in Basel-Stadt nahezu keine Fälle (lediglich 3 von insgesamt 105 beobachteten Verhandlungen) gab, in denen die Staatsanwaltschaft eine Strafe von bis zu vier Monaten Freiheitsstrafe (bzw. 120 Tagessätze Geldstrafe oder 480 Stunden gemeinnütziger Arbeit) beantragte.⁴⁶ Dies lässt sich nur schwer erklären und hängt höchstwahrscheinlich mit der lokalen Strafverfolgungspraxis zusammen.

ZStrR 2016 - S. 146

Bei den geringfügigen Tatvorwürfen ist es überdies interessant zu sehen, dass es in Genf eine relativ grosse Anzahl Fälle amtlicher Verteidigung gab. Dies könnte damit zusammenhängen, dass in Genf oft Fälle zur Anklage gelangten, die das Ausländergesetz betrafen. Abgesehen von sprachlichen Schwierigkeiten stand für die beschuldigte Person wegen der möglichen ausländerrechtlichen Konsequenzen viel auf dem Spiel, was dann zum Anspruch auf amtliche Verteidigung führte.⁴⁷ Zudem bestand in Genf eine Praxis, wonach die beschuldigte Person bei einer wiederholten Verurteilung wegen illegalen Aufenthalts mit einer kurzen Freiheitsstrafe zu rechnen hatte.⁴⁸

Nicht mitzuzählen sind hier die Fälle, in denen die beschuldigte Person eine notwendige Verteidigung erhielt.⁴⁹ Sobald sich erweist, dass ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, muss die Verfahrensleitung die Verteidigung sicherstellen.⁵⁰

Die folgende Abbildung (Abb. 5) beschränkt sich auf die Fälle mit einem Strafantrag zwischen fünf und zwölf Monaten Freiheitsstrafe oder auf die entsprechende Anzahl Tagessätze Geldstrafe.

Aus der Grafik ergibt sich, dass die beschuldigte Person in Basel-Stadt in rund 37 Prozent der beobachteten Fälle vor Gericht nicht verteidigt war. Demgegenüber hatte die beschuldigte Person in Zürich in lediglich 10 Prozent dieser mittelschweren Anklagen keinen anwaltlichen Beistand in der Hauptverhandlung.

Die Fälle, in denen die beschuldigte Person durch eine nicht amtliche Verteidigung verbeiständet war, interessieren hier nicht, weil davon auszugehen ist, dass die Verteidigung prüfte, ob die beschuldigte Person Anspruch auf eine amtliche Verteidigung hatte. Gesamthaft konnten somit 29 Fälle identifiziert werden, in denen die beantragte Strafhöhe die Anordnung einer amtlichen Verteidigung grundsätzlich erlaubt hätte, die beschuldigte Person aber trotzdem nicht verteidigt war. Viele dieser Fälle betrafen Basel-Stadt. Es ist schwierig, hier einen Vergleich zwischen Basel-Stadt und den anderen Kantonen zu ziehen, da es in Basel-Stadt vergleichsweise häufig zu mittelschweren Anklagen kam.⁵¹ Allerdings ist der Un-

ZStrR 2016 - S. 147

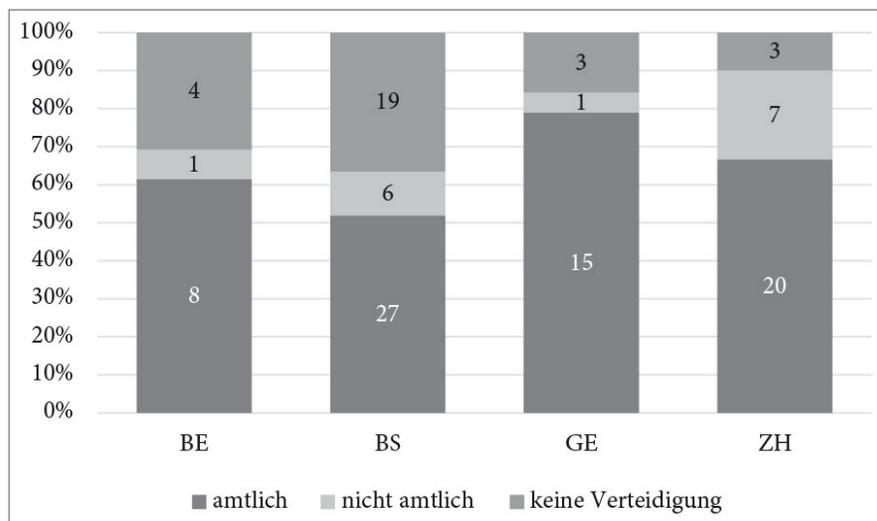


Abbildung 5: Art der Verteidigung nach Kantonen (beantragte Strafhöhe von 5–12 Monate).
Fishers exakter Test: $p < .1$ (n. s.).

terschied zwischen Basel-Stadt und Zürich statistisch signifikant, weshalb die Frage aufkommt, warum es zwischen diesen zwei Gerichtsstandorten zu einer Differenz bei der Anordnung der amtlichen Verteidigung kam.

Möglicherweise hängt der Unterschied zwischen Zürich und Basel-Stadt bei der Einsetzung der amtlichen Verteidigung mit der Mittellosigkeit der beschuldigten Person zusammen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sich die Häufigkeit mittelloser beschuldigter Personen in Basel-Stadt und Zürich nicht so stark unterscheidet, dass sich damit der Unterschied in der Gewährung der amtlichen Verteidigung erklären liesse.

Ein anderer Grund könnte darin liegen, dass die Belehrung über das Recht auf anwaltlichen Beistand kantonal unterschiedlich erfolgt. Die StPO schreibt vor, dass einzuvernehmende Personen umfassend über ihre Rechte belehrt werden.⁵² Darüber hinaus fordert das Gesetz explizit, dass die beschuldigte Person von Polizei oder Staatsanwaltschaft vor der ersten Befragung bzw. Einvernahme auf ihr Recht auf anwaltlichen Beistand und die Möglichkeit zur Beantragung einer amtlichen Verteidigung hingewiesen wird.⁵³ Die Strafverfolgungsbehörden müssen über diese Rechte belehren, sobald ein konkreter Verdacht gegen die Person vor-

ZStrR 2016 - S. 148

liegt.⁵⁴ Entscheidend ist, auf welche Art und Weise die beschuldigte Person über ihre Rechte belehrt wird: Eine vollständige und verständliche Belehrung bildet die Voraussetzung dafür, dass die beschuldigte Person selbstständig entscheiden kann, ob sie im konkreten Fall einen Anspruch auf eine amtliche Verteidigung hat und ob sie gegebenenfalls von diesem Recht Gebrauch machen möchte.

Die Rechtsbelehrung erfolgt in der Praxis in den von uns beobachteten Gerichtsständen beinahe ausnahmslos mithilfe von Merkblättern.⁵⁵ In diesem Kontext erscheint es problematisch, wenn das Merkblatt der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt (Rechtsbelehrung) einfach verschiedene Gesetzesartikel wiedergibt und die amtliche Verteidigung lediglich im Gesetzestext von Art. 158 StPO erwähnt wird.⁵⁶ Das Merkblatt der Kantonspolizei Basel-Stadt nennt die Möglichkeit der amtlichen Verteidigung überhaupt nicht.⁵⁷ Im Gegensatz dazu steht im Merkblatt der Kantonspolizei Zürich, dass die beschuldigte Person «auf eigenes Kostenrisiko» eine Verteidigung bestellen kann oder «gegebenenfalls bei der Verfahrensleitung eine amtliche Verteidigung [beantragen kann]».⁵⁸

Die Diskrepanz zwischen Basel-Stadt und Zürich bei der Einsetzung der amtlichen Verteidigung könnte davon herrühren, dass die Merkblätter von Basel-Stadt nicht beziehungsweise nicht näher über die amtliche Verteidigung unterricht-

ZStrR 2016 - S. 149

ten.⁵⁹ Auch möglich ist, dass die Strafverfolgungsbehörden in Basel-Stadt bei der Belehrung über die amtliche Verteidigung eher zurückhaltend sind.

2. Fehlende Sicherstellung der notwendigen Verteidigung in Grenzfällen

Ein weiteres Problem bei der praktischen Umsetzung des Rechts auf anwaltlichen Beistand zeigt sich im Zusammenhang mit der notwendigen Verteidigung. Gemäss der StPO muss die Verfahrensleitung unter anderem dann eine Verteidigung sicherstellen, wenn eine Strafe von über einem Jahr droht. Gerade zu Beginn eines Strafverfahrens ist es aber mitunter schwierig zu erkennen, ob ein Anspruch auf eine notwendige Verteidigung besteht. Deshalb muss es genügen, wenn eine «relativ entfernte Möglichkeit» einer Freiheitsstrafe von einem Jahr besteht.⁶⁰ Es stellt sich die Frage, ob in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft nach Abschluss der Untersuchung eine Strafe in der Grössenordnung von zwölf Monaten Freiheitsstrafe oder der entsprechenden Anzahl Tagessätze Geldstrafe beantragt, seitens der Verfahrensleitung nicht eine Pflicht bestand, eine notwendige Verteidigung sicherzustellen.⁶¹

In diesem Zusammenhang sind die Anklagen mit einer beantragten Strafhöhe zwischen zehn und zwölf Monaten Freiheitsstrafe oder der entsprechenden Anzahl Tagessätze Geldstrafe von besonderem Interesse (Abb. 6). Hier liegt die Vermutung nahe, dass eine notwendige Verteidigung sichergestellt wurde, weil keine Gewissheit darüber bestand, ob im Falle eines Schuldspruchs eine Strafe von über einem Jahr ausgesprochen würde.

Wiederum erscheint es so, als würde die Sicherstellung der Verteidigung in Grenzfällen in Basel-Stadt anders gehandhabt als in Zürich.⁶² Obwohl die beschuldigte Person nur in einer kleinen Anzahl Fälle nicht verteidigt war, ist der Unterschied zwischen Basel-Stadt und Zürich interessant.⁶³ Die Fälle fallen umso

ZStrR 2016 - S. 150

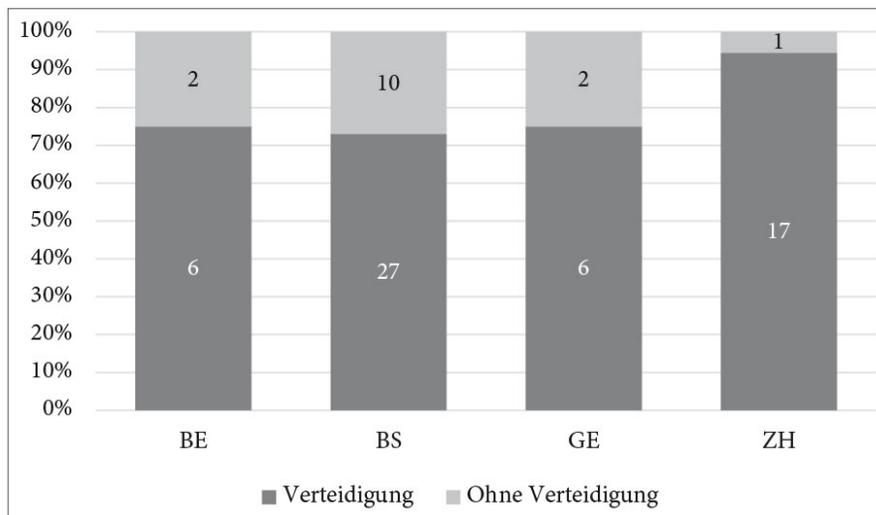


Abbildung 6: Verteidigung nach Kantonen (beantragte Strafhöhe von 10–12 Monate).
Fishers exakter Test: $p = .245$ (n.s.).

stärker ins Gewicht, als die beschuldigte Person trotz teilweise erheblichen Tatvorwürfen und Strafandrohungen nicht verteidigt war. Es finden sich unter den Fällen ohne anwaltlichen Beistand

auch solche betreffend den Tatvorwurf des Betrugs,⁶⁴ des Diebstahls,⁶⁵ der versuchten schweren Körperverletzung⁶⁶ sowie des Raubs.⁶⁷ Trotzdem setzte sich das Gericht mit der Frage einer möglichen notwendigen Verteidigung nicht auseinander.⁶⁸

ZStrR 2016 - S. 151

Über die Gründe, wieso es zum Unterschied in der Sicherstellung der notwendigen Verteidigung zwischen Basel-Stadt und Zürich kam, kann nur spekuliert werden. Die naheliegende Erklärung besteht darin, dass die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt die gesetzlichen Bestimmungen zur notwendigen Verteidigung restriktiver auslegte als die Strafverfolgungsbehörden von Zürich.

3. Verspäteter Beizug der Verteidigung

a) Verspäteter Beizug im Allgemeinen

Eine der wichtigsten Einschränkungen bei der wirksamen Umsetzung des Rechts auf anwaltlichen Beistand liegt in der verspäteten Einsetzung.⁶⁹ Die grosse Zahl von Fällen mit anwaltlichem Beistand vor Gericht bedeutet nicht, dass die Verteidigung schon zu Beginn des Verfahrens beigezogen wurde. Die Bedeutung des Rechts auf einen «Anwalt der ersten Stunde» liegt darin, dass die erste Befragung der beschuldigten Person oft eine entscheidende Rolle für den Fortgang des ganzen Strafverfahrens spielt.⁷⁰ Auch die Ergebnisse des Forschungsprojekts «Trial Observation» verdeutlichen die Relevanz der ersten Aussagen der beschuldigten Person in Bezug auf die gerichtliche Entscheidungsfindung (Abb. 7).

Aus der Abbildung ergibt sich, dass die Aussagen der beschuldigten Person im Vorverfahren neben dem Geständnis und den Aussagen von Zeugen einen starken Einfluss auf den Schuldspruch ausübten.

Im Verlaufe des Projekts «Trial Observation» wurden die verbeiständeten Personen gefragt, in welcher Verfahrensphase die Verteidigung erstmals beigezogen worden sei (Abb. 8).

Die erhobenen Daten zeigen, dass in der Mehrzahl der untersuchten Fälle die Verteidigung nicht von Anfang an dabei war. So machte die beschuldigte Person in 68 Prozent aller Fälle mit anwaltlichem Beistand nicht von ihrem Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde» Gebrauch.

Auch die Verteidigung wurde danach gefragt, in welchem Stadium des Verfahrens sie beigezogen wurde (Abb. 9).

ZStrR 2016 - S. 152

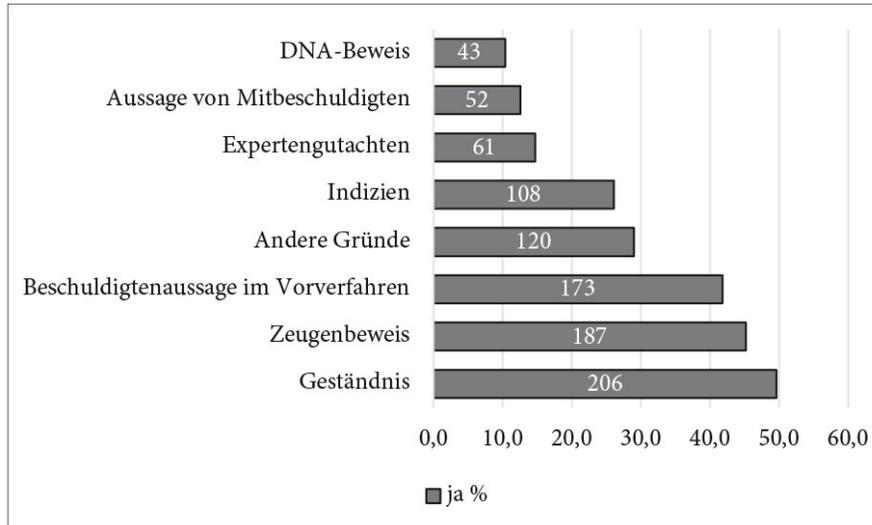


Abbildung 7: Gründe, die bei der mündlichen Urteilsbegründung für den Schuldspruch im Hauptanklagepunkt herangezogen wurden (Mehrfachantworten).

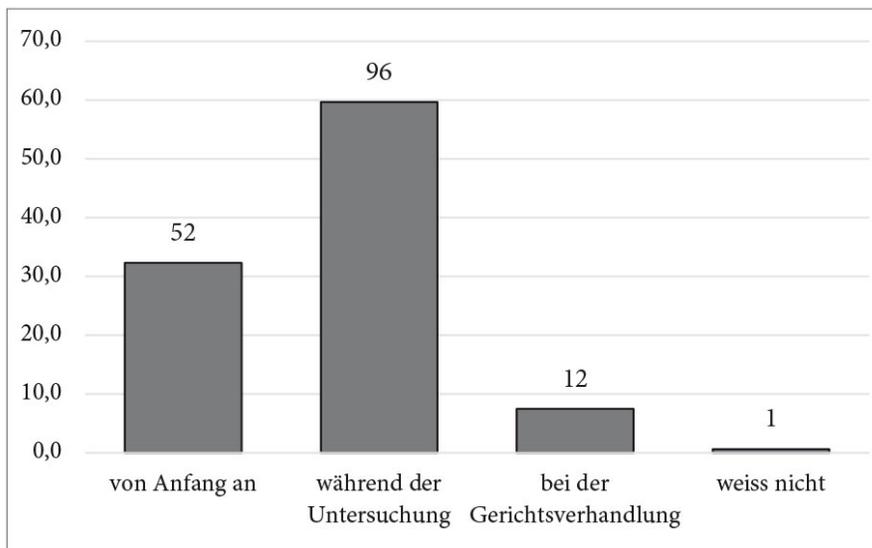


Abbildung 8: Erster Kontakt der beschuldigten Person mit ihrer Verteidigung (gemäss Selbstauskunft der beschuldigten Person); Anzahl Fälle und Prozente.

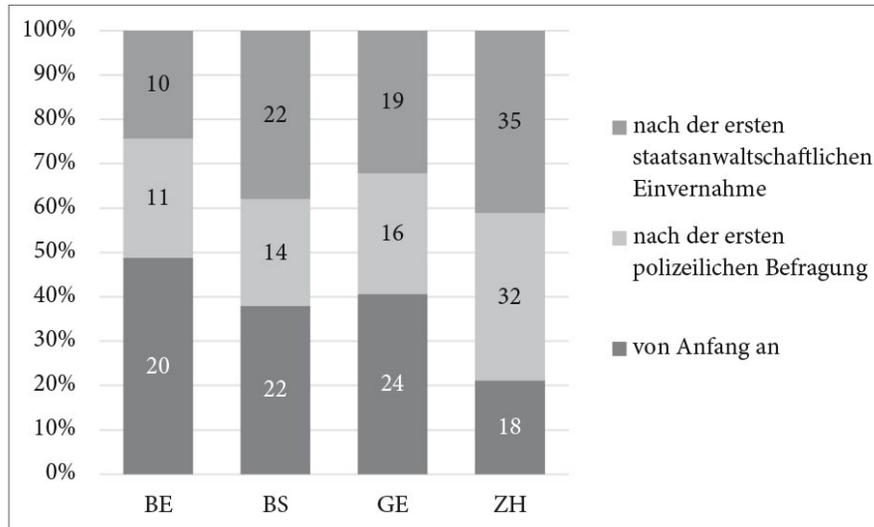


Abbildung 9: Erster Kontakt mit beschuldigter Person (gemäss der Auskunft der Strafverteidigung).
 $\chi^2(df = 9, N = 231) = 14.686, p = .100$ (n. s.).

Die Auswertung der Fragebögen der Verteidigung ergibt, dass die beschuldigte Person in gesamthaft rund 65 Prozent der Fälle nicht von ihrem Recht auf einen «Anwalt der ersten Stunde» Gebrauch machte. Darüber hinaus fällt auf, dass der Beizug der Verteidigung häufig erst nach der ersten Befragung der Polizei bzw. nach der ersten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme erfolgte. In der Hauptverhandlung kam diese Verspätung allerdings kaum zur Sprache.⁷¹ Aus den Daten der Untersuchung geht hervor, dass der verspätete Beizug einer Verteidigung oft vorkam und in der Praxis ein grosses Problem darstellt.⁷²

b) Verspätete Sicherstellung der notwendigen Verteidigung

Im Zusammenhang mit der notwendigen Verteidigung ist es von besonderem Interesse, zu welchem Verfahrenszeitpunkt die Verteidigung durch die Verfahrensleitung sichergestellt wurde. Die unten stehende Abbildung (Abb. 10) zeigt, ab welchem Verfahrenszeitpunkt eine Verteidigung in Fällen eingesetzt wurde, in denen die Staatsanwaltschaft eine Strafe von mehr als einem Jahr beantragte. Die

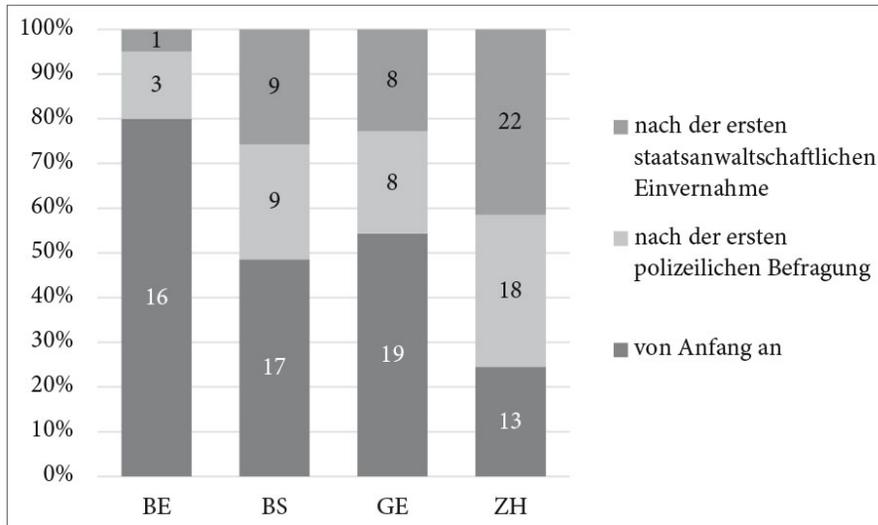


Abbildung 10: Erster Kontakt mit Mandanten (gemäss der Auskunft der Strafverteidigung; nur Fälle mit einem Strafantrag von über einem Jahr). Fishers exakter Test: $p < .01$.

Abbildung beschränkt sich somit auf Fälle, die aufgrund der Strafdrohung eine notwendige Verteidigung erforderten.⁷³

Die Abbildung zeigt, dass die Verfahrensleitungen an einigen Gerichtsstandorten deutlich restriktiver waren als an anderen, wenn es darum ging, die notwendige Verteidigung von Anfang an sicherzustellen. In Zürich wurde eine notwendige Verteidigung in 25 Prozent der Fälle von Beginn an sichergestellt, während dieser Wert in Bern bei 80 Prozent liegt. Gesamthaft wurde in 45 Prozent der beobachteten Fälle eine notwendige Verteidigung nicht von Anfang an eingesetzt.

Die Prozessbeobachter kritisierten häufig eine verspätete Sicherstellung der notwendigen Verteidigung. In vielen Fällen ging es um schwerwiegende Tatvorwürfe (u.a. gravierende Verstösse gegen das BetmG,⁷⁴ versuchten Mord,⁷⁵ Vergewaltigung⁷⁶ sowie Gefährdung des Lebens⁷⁷), in denen Freiheitsstrafen von deut-

lich über einem Jahr zu erwarten waren. In einigen Fällen wurde gerichtlich erkannt, dass die Verspätung dem Verhalten der beschuldigten Person zuzuschreiben wäre und nicht gegen die StPO verstossen habe. So war die beschuldigte Person in einem Fall vor dem Strafgericht Basel-Stadt im Zusammenhang mit dem Tatvorwurf eines versuchten Mordes und weiterer qualifizierter Raubtaten bereits 14 Tage in Untersuchungshaft, ehe von der Verfahrensleitung eine notwendige Verteidigung sichergestellt wurde. Dies erschien dem Gericht unproblematisch, weil die beschuldigte Person in dieser Zeit keine belastenden Aussagen machte.⁷⁸ Ähnlich präsentierte sich die Situation in Zürich bei einem Tatvorwurf betreffend mehrfacher versuchter Tötung. Auch dort fand die erste polizeiliche Befragung ohne Verteidigung statt, wobei aufgrund der Festnahme in der unmittelbaren Nähe des Tatorts von einem erhöhten Verdachtsmoment auszugehen war. Die beschuldigte Person führte

anlässlich dieser Befragung aus, sich an nichts erinnern zu können. Im Rahmen der Urteilsbegründung wurde explizit auf das widersprüchliche Aussageverhalten zu Beginn des Strafverfahrens hingewiesen.⁷⁹

In einem anderen Fall, bezüglich eines Vergewaltigungsvorwurfs, war weder bei den polizeilichen Befragungen noch bei der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme eine Verteidigung zugegen. Im Kontext der Befragung durch das Projektteam führte die beschuldigte Person zudem aus, dass sie zwar über das Aussageverweigerungsrecht informiert, ihr jedoch gleichzeitig gesagt wurde, dass es vor Gericht positiv gewichtet würde, wenn sie Aussagen mache. Zu Beginn des Verfahrens belastete sich die beschuldigte Person erheblich, wobei sie diese Belastungen vor dem Zwangsmassnahmengericht mit anwaltlichem Beistand wiederholte. In späteren Einvernahmen relativierte die beschuldigte Person die früheren Aussagen drastisch und führte vor Gericht aus, dass sie sich nur belastet hätte, um aus der Untersuchungshaft entlassen zu werden. In der Hauptverhandlung wurde die verspätete Sicherstellung der Verteidigung nicht diskutiert.⁸⁰

In all diesen Fällen hätte die notwendige Verteidigung vor der polizeilichen Befragung bzw. staatsanwaltschaftlichen Einvernahme sichergestellt werden

ZStrR 2016 - S. 156

müssen.⁸¹ Die Verspätung bei der Sicherstellung der notwendigen Verteidigung erscheint problematisch und erfordert eine nähere Betrachtung. Es stellt sich insbesondere die Frage, wieso diese Verspätungen nicht häufiger in der Hauptverhandlung zur Sprache kamen.⁸²

4. Nähere Betrachtung der Umsetzungsprobleme

a) *Fehlender anwaltlicher Beistand*

Das Recht auf anwaltlichen Beistand wurde grundsätzlich an allen vier untersuchten Gerichtsstandorten beachtet. Dies ergibt sich aus der grossen Anzahl Verhandlungen, an denen die beschuldigte Person in der Hauptverhandlung verteidigt war, sowie aus der häufigen Gewährung der amtlichen Verteidigung. Die Auswertung der kantonal erhobenen Daten zeigt, dass die beschuldigten Personen in Basel-Stadt im Vergleich zu Zürich weniger oft von ihrem Recht auf amtliche Verteidigung Gebrauch machten und in Grenzfällen eine notwendige Verteidigung öfter unterblieb. Aufgrund der richterlichen Fürsorgepflicht wäre zu erwarten, dass das Gericht der Frage nachgeht, weshalb die beschuldigte Person keinen anwaltlichen Beistand hatte.⁸³ Es ist jedoch augenfällig, dass das Strafgericht Basel-Stadt den Anspruch auf amtliche sowie notwendige Verteidigung in der Hauptverhandlung nahezu nie erwähnte.⁸⁴

b) *Verspätete Einsetzung einer Verteidigung*

Bei der Auswertung der Fragebögen zeigt sich, dass es in 68 Prozent (gemäss Angaben der beschuldigten Personen)⁸⁵ bzw. in 65 Prozent (gemäss Angaben der Verteidigung)⁸⁶ der beobachteten Fälle zu einem verspäteten Beizug einer Verteidigung kam. Der verspätete Beizug wurde jedoch nur äusserst selten vor Gericht geltend gemacht.⁸⁷ Dies kann durch die Verzichtsmöglichkeit erklärt werden. Die

ZStrR 2016 - S. 157

beschuldigte Person hat das Recht, gleich zu Beginn des Verfahrens eine Verteidigung beizuziehen. Wird jedoch nicht ausdrücklich eine Verteidigung verlangt, ist in der Regel davon auszugehen, dass sie auf die Geltendmachung ihres Rechts verzichtet. In zwei Situationen ist allerdings ein solcher Verzicht infrage zu stellen. Erstens, wenn die beschuldigte Person vom Beizug einer Verteidigung absieht, weil sie davon ausgeht, dass sie sich keinen anwaltlichen Beistand leisten kann, und sich der Möglichkeit einer amtlichen Verteidigung nicht bewusst ist;⁸⁸ und zweitens, wenn es sich um einen Fall von notwendiger Verteidigung handelt. Trotzdem wurden diese Fälle nur selten in der Hauptverhandlung erwähnt. Es ist wichtig, sich mit den Gründen auseinanderzusetzen, weshalb die verspätete Einsetzung des anwaltlichen Beistands in diesen Fällen nicht öfter geltend gemacht wurde.

aa) *Unwirksame Rechtsfolgen bei der amtlichen Verteidigung*

Die Unkenntnis der beschuldigten Person über ihr Recht auf amtliche Verteidigung stellt die Gültigkeit des Verzichts infrage. Von Bedeutung ist dabei, *wie und in welchem Umfang* die beschuldigte Person über die amtliche Verteidigung aufgeklärt wird.⁸⁹ Wenn im Rahmen der Belehrung nicht näher auf die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung eingegangen wird, kann die beschuldigte Person nicht oder nur schwer einschätzen, ob im konkreten Fall ein Anspruch auf eine amtliche Verteidigung besteht.⁹⁰ Es ist für die beschuldigte Person aber schwierig, geltend zu machen, dass sie von ihrem Recht auf eine amtliche Verteidigung keine Kenntnis hatte. Sie muss die Vermutung, dass sie korrekt belehrt wurde, widerlegen. Dies dürfte der beschuldigten Person im Einzelfall schwerfallen, insbesondere wenn sie – wie in Genf – unterschreiben muss, dass sie die Rechtsbelehrung verstanden hat.⁹¹

ZStrR 2016 - S. 158

Selbst unter der Annahme, dass ein Gericht von einem ungültigen Verzicht ausgehen würde, ist es unwahrscheinlich, dass eine verspätete Anordnung der amtlichen Verteidigung zu einem Beweisverwertungsverbot führt.⁹²

Die Belehrung über das Recht auf amtliche Verteidigung stellt die beschuldigte Person oftmals vor Schwierigkeiten. So ist die gesetzlich gewählte Formulierung «amtliche Verteidigung» für den Laien nur schwer verständlich. Darüber hinaus kommt es beim Anspruch auf amtliche Verteidigung darauf an, ob die Verteidigung geboten ist. Die Gebotenheit der Verteidigung hängt von vielen Faktoren ab

und entzieht sich damit einer strengen Schematisierung,⁹³ was das Verständnis der beschuldigten Person ebenfalls beeinträchtigen kann. Den Strafverfolgungsbehörden kommt ein weiter Ermessensspielraum bezüglich der Art und Weise zu, wie die Belehrung konkret vorgetragen und inwieweit auf die einzelnen Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung eingegangen wird. In der Praxis dürfte es sich deshalb oftmals um eine *unvollständige* Belehrung handeln, die nicht auf sämtliche Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung eingeht.⁹⁴ Die Rechtsfolgen solcher unvollständigen Belehrungen sind jedoch unklar. Betrachtet man die Belehrung über die amtliche Verteidigung als eigenständigen Hinweis im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO, würde eine Einvernahme «ohne diesen Hinweis» ein absolutes Beweisverwertungsverbot im Sinne von Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO nach sich ziehen.⁹⁵ Wenn aber davon ausgegangen wird, dass der Hinweis auf das generelle Recht auf anwaltlichen Beistand – wenngleich auf eine

ZStrR 2016 - S. 159

unvollständige Art und Weise – erfolgte, wäre Art. 158 Abs. 2 StPO nicht einschlägig. Die unvollständige Belehrung über die amtliche Verteidigung hätte dementsprechend nur ein relatives Verwertungsverbot zur Folge.⁹⁶

Gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO können Beweise, die unter Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift erhoben wurden, verwertet werden, wenn die Verwertung zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist. Was unter dem Begriff der «schweren Straftat» verstanden wird, ist umstritten. Das Bundesgericht führt aus, dass unter schweren Straftaten *vorab* Verbrechen in Betracht fallen dürften.⁹⁷ Einige Autoren betrachten eine Straftat insbesondere dann als schwer, wenn sie ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedroht ist.⁹⁸ Andere gehen schon von einer schweren Straftat aus, wenn der Anklagevorwurf im Straftatkatlog von Art. 269 Abs. 2 und Art. 286 Abs. 2 StPO enthalten ist.⁹⁹ Aufgrund der verschiedenen Interpretationen durch die Lehre und aufgrund der bundesgerichtlichen Auslegung ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass als schwere Straftat auch ein Vergehen infrage kommen kann. Das würde jedoch bedeuten, dass ein relatives Beweisverwertungsverbot primär bei Übertretungen und geringfügigen Vergehen in Betracht fällt. Doch genau in diesen Fällen erfolgt eine amtliche Verteidigung nur in Ausnahmefällen.¹⁰⁰ Da die amtliche Verteidigung in der Regel keine Bagatelldelikte betrifft, erscheint die Rechtsfolge eines relativen Beweisverwertungsverbots nicht adäquat. Oder pointiert ausgedrückt: Weder die Polizei noch die Staatsanwaltschaft müssen befürchten, dass eine unvollständige Belehrung über die amtliche Verteidigung irgendwelche prozessualen Konsequenzen nach sich zieht. Aufgrund der unwirksamen Rechtsfolgen im Zusammenhang mit dem verspäteten Beizug der Verteidigung sind die Verteidigungsrechte in der Praxis nicht wirksam gewährleistet.

bb) *Unklare Regelung der notwendigen Verteidigung*

Eine Verspätung bei der notwendigen Verteidigung erscheint per se problematisch, weil die Behörden verpflichtet sind, eine Verteidigung sicherzustellen. In Fällen notwendiger Verteidigung kann die beschuldigte Person nicht auf ihr

ZStrR 2016 - S. 160

Recht auf anwaltlichen Beistand verzichten. Die Daten zum Zeitpunkt der Einsetzung der notwendigen Verteidigung zeigen aber, dass es in 45 Prozent der Fälle zu einer Verspätung kam.¹⁰¹ Dies wurde in der Hauptverhandlung nur selten gerügt. Die Zurückhaltung bei der Geltendmachung der verspäteten Sicherstellung könnte mit der Rechtsunsicherheit bezüglich des Zeitpunkts, ab dem eine notwendige Verteidigung sichergestellt sein muss, zusammenhängen.¹⁰²

Das Gesetz hält dazu in allgemeiner Weise fest, dass die Verfahrensleitung in Fällen notwendiger Verteidigung unverzüglich eine Verteidigung bestellen muss.¹⁰³ Die notwendige Verteidigung muss «nach der ersten Einvernahme» durch die Staatsanwaltschaft, «jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung» sichergestellt sein.¹⁰⁴

Diese Regelung ist schwierig auszulegen,¹⁰⁵ weil zum einen umstritten ist, ob von einem formellen oder materiellen Begriff der Untersuchungseröffnung auszugehen ist. Zum anderen erfolgt die Eröffnung der Untersuchung in der Regel vor der ersten staatsanwaltlichen Einvernahme.

Grundsätzlich sollte die Untersuchung durch eine entsprechende Verfügung eröffnet werden. Der Zeitpunkt der Eröffnung wäre demnach durch den Erlass der Eröffnungsverfügung formell bestimmt. Wenn die Eröffnung der Untersuchung jedoch an die formelle Eröffnungsverfügung gebunden wäre, könnte die Staatsanwaltschaft im eigenen Ermessen bestimmen, zu welchem Zeitpunkt eine notwendige Verteidigung sicherzustellen ist. Mit dem Festhalten am formellen Begriff wäre es möglich, Verteidigungsrechte durch eine verspätete Eröffnungsverfügung

ZStrR 2016 - S. 161

zu unterbinden. Nach herrschender Lehre und Praxis ist deswegen zu Recht von einem materiellen Begriff der Eröffnung auszugehen.¹⁰⁶

In der Regel gilt die Strafuntersuchung als eröffnet, sobald die Staatsanwaltschaft selbstständig Untersuchungshandlungen vornimmt, indem sie beispielsweise die beschuldigte Person einvernimmt.¹⁰⁷ Die Eröffnung der Untersuchung wird deswegen normalerweise vor der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme erfolgen.¹⁰⁸ Im Zusammenhang mit schweren Straftaten und anderen schwerwiegenden Ereignissen ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, ein Strafverfahren zu eröffnen, sobald sie durch die Polizei «informiert worden ist».¹⁰⁹ Die Formulierung der Gesetzbestimmung in der Vergangenheitsform lässt darauf schliessen, dass die Eröffnung der Untersuchung als erste staatsanwaltschaftliche Handlung unmittelbar nach der Information durch

die Polizei zu erfolgen hat.¹¹⁰ Grundsätzlich aber muss während der Dauer des polizeilichen Ermittlungsverfahrens noch keine notwendige Verteidigung sichergestellt werden.¹¹¹ Doch gerade bei Tatvorwürfen, die sich auf schwere Straftaten beziehen, kann es sein, dass die Untersuchung bereits vor der ersten polizeilichen Befragung eröffnet wird. In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass die Verteidigung schon vor der ersten polizeilichen Befragung sichergestellt werden muss.

ZStrR 2016 - S. 162

Anders verhält es sich, wenn der Tatvorwurf keine schwere Straftat betrifft, aber trotzdem eine Freiheitsstrafe von über einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme droht. In solchen Fällen ist die Verfahrensleitung in der Regel nicht zur Verfahrenseröffnung verpflichtet, weshalb die notwendige Verteidigung nicht von Anfang an sichergestellt werden muss.¹¹² Es gibt daher eine beträchtliche Zeitspanne, in der die beschuldigte Person selbst bestimmt, ob sie eine Verteidigung beizieht, was insbesondere bei den richtungsweisenden polizeilichen Befragungen relevant ist. Zu diesem kritischen Verfahrenszeitpunkt kann die beschuldigte Person de facto auf ihre Verteidigung verzichten.¹¹³ Dies ist mit der Auffassung, wonach auf eine notwendige Verteidigung nicht verzichtet werden kann,¹¹⁴ nur schwer vereinbar.

Wurden Beweise ohne anwaltlichen Beistand erhoben, obwohl zum Zeitpunkt der Eröffnung erkennbar war, dass ein Fall notwendiger Verteidigung vorlag, sind diese nicht verwertbar.¹¹⁵ Es ist umstritten, ob es sich hierbei um ein absolutes oder ein relatives Verwertungsverbot handelt, weil die deutsche Fassung der StPO, im Gegensatz zur französischen Fassung, die Beweise als «ungültig» und nicht als «unverwertbar» bezeichnet. Richtigerweise geht das Bundesgericht davon aus, dass es sich bei Art. 131 Abs. 3 StPO um ein absolutes Verwertungsverbot

ZStrR 2016 - S. 163

handelt.¹¹⁶ Eine andere Auslegung würde dem Sinn und Zweck der Bestimmung zuwiderlaufen, weil schwere Straftaten grundsätzlich nicht vom relativen Verwertungsverbot betroffen sind.

Das Beweisverwertungsverbot bei erkennbar notwendiger Verteidigung erstreckt sich gemäss *Lieber* lediglich auf den unmittelbar betroffenen Beweis und nicht auf die daraus gewonnenen weiteren Beweise.¹¹⁷ Doch selbst wenn entgegen dieser Meinung von einer Fernwirkung ausgegangen würde, ist unklar, ob die Fernwirkung in diesen Fällen absolut gilt oder sich nach Art. 141 Abs. 4 StPO richtet.¹¹⁸ Falls keine absolute Fernwirkung angenommen wird, ist für die Verwertung der Folgebeweise entscheidend, ob die Strafverfolgungsbehörden nach den konkreten Umständen im Einzelfall die Folgebeweise mit «an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit» auch ohne Kenntnis des illegalen Erstbeweises erlangt hätten.¹¹⁹ Das Bundesgericht setzt dabei die Anforderungen an die «an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit» nicht sehr hoch an.¹²⁰

Wie die Auswertungen der Forschungsdaten zeigen, ist das Recht auf anwaltlichen Beistand vor allem im Vorverfahren gefährdet. Es ist daher davon auszugehen, dass auf der Basis der ersten illegalen Befragung oder Einvernahme weitere Beweiserhebungen vorgenommen werden und somit weitere kontaminierte Beweise bestehen.¹²¹ Bezeichnenderweise reichten gerade in den Fällen, in denen das Gericht befand, dass die Protokolle von Einvernahmen in Abwesenheit der Verteidigung nicht verwendet werden können, die restlichen Beweise dennoch für

ZStrR 2016 - S. 164

einen Schuldspruch aus.¹²² Die Rechtsunsicherheit betreffend die Fernwirkung birgt somit das Potenzial, die Verteidigungsrechte auszuhöhlen.¹²³

Abschliessend kann festgehalten werden, dass sowohl betreffend den Zeitpunkt, ab dem eine erkennbar notwendige Verteidigung eingesetzt werden muss, als auch betreffend den Entscheid über die Verwertbarkeit der Aussagen eine rechtsunsichere Situation vorliegt. Diese auslegungsmethodischen Unsicherheiten stehen der wirksamen Geltendmachung der Verteidigungsrechte im Weg.

VI. Rolle der Verteidigung im Strafverfahren

Nachdem einige Probleme bei der praktischen Umsetzung aufgezeigt wurden, soll im Folgenden das Recht auf anwaltlichen Beistand in einen grösseren Zusammenhang gestellt werden. Die Beobachtungen vor erster Instanz erlauben es, sich in grundlegender Weise mit der Rolle der Verteidigung in einem Strafverfahren auseinanderzusetzen. Die grosse Anzahl Fälle, in denen die beschuldigte Person in der Hauptverhandlung verteidigt war, legt den Schluss nahe, dass das Recht auf anwaltlichen Beistand in der Praxis grundsätzlich eine breite Akzeptanz genießt. In einigen Fällen, in denen keine Verteidigung vor Gericht auftrat, zeigte sich jedoch, dass das Recht auf anwaltlichen Beistand manchmal mehr als Formalität denn als unabdingbare Voraussetzung eines fairen Verfahrens wahrgenommen wurde.

ZStrR 2016 - S. 165

Dies lässt sich anhand zweier Dialoge illustrieren, die die Prozessbeobachter im Verlauf der Hauptverhandlung notierten. Im einen Fall wurde die beschuldigte Person unter anderem des Diebstahls und mehrerer Strassenverkehrsdelikte angeklagt. Aufgrund der einschlägigen Vorstrafen verlangte die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von elf Monaten unbedingt (neben dem Widerruf einer Geldstrafe und dem Aussprechen einer Busse). Die beschuldigte Person hatte Schulden im Umfang von 15000 Franken, weshalb sie Anspruch auf eine amtliche Verteidigung gehabt hätte. Vor Gericht kam dies zur Sprache (Paraphrasierung):

R: Haben Sie die Anklageschrift gelesen? Haben Sie den Antrag der Staatsanwaltschaft verstanden?

- B: Nein, [ich] konnte mir keinen Anwalt leisten.
- R: Es gibt ja die Möglichkeit, dass Sie für den Anwalt nichts bezahlen müssen. In Ihrem Fall wäre das sehr wahrscheinlich möglich gewesen.
- B: Ja, das habe ich schon nachgefragt, aber man hat mir gesagt [unklar wer], dass ich den ersten Termin selber bezahlen muss! Und 280 Franken waren mir einfach zu viel. Hätte mir denn das [amtliche Verteidigung] was gebracht?
- R: Geschadet hätte es sicher nicht! Aber es ist so, dass ich sowohl die Sachen, die gegen Sie, aber auch die Sachen, die für Sie sprechen, berücksichtigen werde.¹²⁴

R = Richter/Richterin; B = Beschuldigte Person

Dieses Beispiel zeigt, welche Bedeutung ein effizienter Verfahrensablauf in der Hauptverhandlung haben kann. So ging das Gericht nicht näher auf die Frage ein, ob die beschuldigte Person unter diesen Umständen rechtsgültig auf eine amtliche Verteidigung verzichtet hatte.

In einem anderen Fall, in dem eine mittellose Person, die schlecht Deutsch sprach, des mehrfachen Betrugs und der mehrfachen Urkundenfälschung angeklagt war, verlangte die abwesende Staatsanwaltschaft zwölf Monate Freiheitsstrafe mit bedingtem Vollzug. Nachdem ein Zeuge in der Hauptverhandlung befragt worden war, kam es zu folgendem Dialog (Paraphrasierung):

- R: Sie haben das Recht auf einen Anwalt. Wenn Sie einen wollen, müssen Sie das jetzt sagen und wir müssen abrechnen.
- B: Ich habe kein Geld für einen Anwalt.

ZStrR 2016 - S. 166

- R: Machen wir es ohne Anwalt?
- B: Ja.
- R: Es gibt auch die Möglichkeit eines amtlichen Verteidigers. In diesem Fall müssten wir darüber befinden, und wenn Sie wieder Geld haben, müssen Sie die Kosten zurückzahlen.
- B: Ich weiss nicht, ob ich einen Anwalt brauche ... ich glaube nicht ...
- R: Ich glaube es auch nicht.¹²⁵

R = Richter/Richterin; B = Beschuldigte Person

Diese Beispiele widerspiegeln den Alltag vor Gericht. Einerseits handelt es sich hierbei um die Illustration eines spezifischen Problems in zwei Einzelfällen mit beschränkter Relevanz. Andererseits erlauben solche qualitative Daten einen tieferen Einblick in die Funktionsweise eines Rechtssystems.

Wenn ein Gericht ausführt, dass es den Beizug einer Verteidigung für nicht nötig hält bzw. selbst die Interessen der beschuldigten Person wahren könne, wirft dies die Frage auf, welche Rolle der Verteidigung in einer Hauptverhandlung zukommt und wie eine solche Hauptverhandlung überhaupt strukturiert sein soll. Die erhobenen Daten zeigen auf, dass das Ideal einer kontradiktorischen Hauptverhandlung, in der sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Verteidigung gleichberechtigt ihre Argumente vor einem unparteiischen Gericht vortragen, nicht die Regel darstellt. In 45 Prozent

der Fälle (132 Verhandlungen), in denen die beschuldigte Person verteidigt war, trat die Staatsanwaltschaft nicht vor Gericht auf. Darüber hinaus waren in 15 Prozent aller beobachteten Fälle (67 Verhandlungen) weder die Staatsanwaltschaft noch die Verteidigung in der Hauptverhandlung anwesend. Das bedeutet, dass sich ein Gericht regelmässig mit einer in institutioneller Hinsicht unterschiedlichen Ausgangslage in der Hauptverhandlung auseinandersetzen musste.

Die grösste Gefahr geht dabei von der Konstellation aus, dass das Gericht in Anwesenheit der Verteidigung und in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft verhandelt. Eine Konstellation wohlgermerkt, die im Verlaufe des Forschungsprojekts regelmässig vorkam. Der EGMR erkannte in mehreren Fällen, dass es gefährlich ist, wenn vor Gericht nur die Verteidigung anwesend ist, weil das Gericht dann selbst die Rolle der Anklage übernehmen muss und daher nicht mehr unparteiisch erscheint.¹²⁶ Von der Beeinträchtigung der richterlichen Unparteilichkeit im konkreten Fall abgesehen, erscheint ein System, in dem das Gericht regelmässig die In-

ZStrR 2016 - S. 167

teressen der Staatsanwaltschaft vertritt, nicht ideal. Eine solche Verfahrensstruktur birgt die systemimmanente Gefahr, dass ein Gericht sich mit der Rolle der Anklagevertretung identifiziert, weshalb nicht nur die Unparteilichkeit des konkreten Gerichts, sondern der gesamten Richterschaft infrage steht.¹²⁷ Im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft muss das Gericht seine Sichtweise in der Hauptverhandlung nicht kundtun, weshalb es der Verteidigung für gewöhnlich nicht möglich ist, sich mit der Argumentation der Anklage unmittelbar auseinanderzusetzen.

In den Fällen ohne anwaltlichen Beistand könnte argumentiert werden, dass die beschuldigte Person von der Abwesenheit profitierte: Vielfach gewann das Forschungsteam den Eindruck, dass die verurteilte Person unter Berücksichtigung der Taten, wegen deren sie schuldig erklärt wurde, eine relativ milde Strafe erhielt. Das legt den Schluss nahe, dass die verurteilte Person, hätte sie in der Hauptverhandlung eine Verteidigung gehabt, wesentlich härter bestraft worden wäre. Dafür sprechen verschiedene Gründe: Die Gerichte könnten sich ihrer richterlichen Fürsorgepflicht und Schutzfunktion durchaus bewusst sein, weshalb sie die Interessen der beschuldigten Person angemessen berücksichtigen. Alternativ lassen sich die relativ geringfügigen Strafen auch mit der Motivation der Gerichte erklären, sich gegen eine erfolgreiche Berufung abzusichern. Würde eine Strafe nahe einer 12-monatigen Freiheitsstrafe ausgesprochen, sähe sich das Gericht dem Vorwurf ausgesetzt, es habe die Möglichkeit einer überjährigen Strafe trotz Erkennbarkeit ausgeblendet.¹²⁸ Trotz diesem vermeintlich positiven Effekt auf die Strafzumessung darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass eine beschuldigte Person vielleicht gar nicht für schuldig befunden worden wäre, hätte sie von Beginn an einen anwaltlichen Beistand gehabt. Beispielsweise basierte in einem Fall der Schuldspruch ausschliesslich auf den Aussagen der beschuldigten Person im Vorverfahren, die sie vor Gericht mehrheitlich bestätigte, obwohl anhand der beantragten Strafhöhe hätte argumentiert werden können, dass ein Fall notwendiger Verteidigung bestand. Es erscheint daher zweifelhaft, ob mit anwaltlichem Beistand auch ein Schuldspruch ergangen wäre.¹²⁹

Der mögliche Rollenkonflikt des Gerichts in der Hauptverhandlung stellt die Verteidigung vor erhebliche Probleme – diese Probleme sind jedoch nichts im Vergleich zu den Schwierigkeiten, die sich der Verteidigung im Vorverfahren stel-

ZStrR 2016 - S. 168

len. Im Vorverfahren sind die beschuldigte Person und ihre Verteidigung in vielen Belangen vom Wohlwollen der verfahrensleitenden Staatsanwaltschaft abhängig. Es liegt an ihr, zu entscheiden, in welchem Ausmass sie die beschuldigte Person über den konkreten Tatvorwurf und Tatverdacht orientiert und in welchem Umfang sie auf die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung eingeht. Nicht zuletzt liegt der Entscheid, ob und wann eine Verteidigung einzusetzen ist, in der Regel bei der Staatsanwaltschaft. Mit diesem grossen Ermessenspielraum geht jedoch auch ein Missbrauchspotenzial einher. Nutzt die Staatsanwaltschaft ihren Ermessenspielraum zulasten der beschuldigten Person, stehen der Verteidigung nicht mehr die gleichen Möglichkeiten zur Verfügung wie in Fällen, in denen die entsprechenden strafprozessualen Vorgaben weniger restriktiv ausgelegt werden.

VII. Schlussfolgerungen

Die Verhandlungsbeobachtungen zeigen, dass das Recht auf Verteidigung an allen vier beobachteten Gerichtsstandorten beachtet wurde. Hervorzuheben ist zum einen die hohe Anzahl anwaltlicher Beistandungen in den Hauptverhandlungen und zum anderen die hohe Anzahl amtlicher Verteidigungen. Schwierigkeiten bei der Auslegung und Umsetzung der strafprozessualen Vorgaben waren überwiegend im Vorverfahren auszumachen. Mit Blick auf die kantonalen Unterschiede scheint es, als würden die Strafverfolgungsbehörden von Basel-Stadt den Anspruch auf amtliche und notwendige Verteidigung eher restriktiv auslegen. Die verglichen mit anderen Gerichtsstandorten hohe Zahl von Personen ohne anwaltlichen Beistand trotz Anspruch ist bemerkenswert, weshalb dieser Problematik in Basel-Stadt nachzugehen wäre.

Die Auswertung der Forschungsdaten zeigt, dass es in der Praxis noch immer häufig zu Verspätungen kam, obschon das Recht auf anwaltlichen Beistand zu Verfahrensbeginn theoretisch unbestritten ist. Dies betrifft alle vier untersuchten Gerichtsstandorte, wenn auch in unterschiedlichem Ausmass. Der Grund, weshalb es oft zu einer verspäteten Anordnung der amtlichen Verteidigung kam, hängt womöglich mit den im Einzelfall unwirksamen Rechtsfolgen zusammen. Hier darf nicht vergessen werden, dass die konkrete Ausübung der Verteidigungsrechte entscheidend von der verfahrensleitenden Staatsanwaltschaft abhängt. In diesem Zusammenhang sind die Fälle, in denen die Strafbehörden verpflichtet sind, eine Verteidigung einzusetzen, von besonderem Interesse. Bei der notwendigen Verteidigung zeigte sich, dass die Verspätungen mit grosser Wahrscheinlichkeit mit der Rechtsunsicherheit bezüglich des Zeitpunkts, ab welchem eine Verteidigung sichergestellt sein muss, zusammenhängen. Dabei stellt sich auch die Frage, inwiefern es der beschuldigten Person de facto erlaubt ist, auf eine erkennbar notwendige Verteidigung zu verzichten. Hier besteht aufgrund des widersprüchlichen Wortlauts

der Gesetzesbestimmung noch beträchtlicher Spielraum für eine Präzisierung durch die Rechtsprechung.¹³⁰

Unterbleibt oder verspätet sich der Beizug einer Verteidigung, obschon ein Recht auf amtliche oder notwendige Verteidigung besteht, ist es fraglich, inwieweit es der beschuldigten Person möglich ist, von ihren Verteidigungsrechten wirksam Gebrauch zu machen.

Eine wirksame Gewährung des Rechts auf anwaltlichen Beistand könnte sichergestellt werden, wenn der beschuldigten Person vor der ersten Einvernahme ein «kostenloser Anwalt der ersten drei Stunden» zur Verfügung stehen würde.¹³¹ Steht nicht bereits zu Verfahrensbeginn fest, dass es sich beim Straffall um eine Übertretung handelt,¹³² sollte die beschuldigte Person gemäss diesem Vorschlag darüber informiert werden, dass sie für drei Stunden einen unabhängigen anwaltlichen Beistand konsultieren kann. Dieses Angebot wäre für die beschuldigte Person kostenlos und nicht an eine Rückerstattungspflicht gebunden.¹³³ Wäre die unabhängige Beratung an die Mittellosigkeit geknüpft, bestünde wiederum die Gefahr, dass die drohende Rückerstattungspflicht gerade diejenigen Personen von der Beantragung einer amtlichen Verteidigung abschrecken würde, die einen gesetzlichen Anspruch hätten. Auf diese Weise könnte die beschuldigte Person die erhobenen Tatvorwürfe sowie die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung mit einer unabhängigen Verteidigung besprechen. Eine solche Herangehensweise würde auch Gewähr dafür bieten, dass die Verfahrensleitung ihren Ermessensspielraum bei der Sicherstellung der notwendigen Verteidigung nicht unterschreitet. Zudem wäre die Übernahme der Verteidigungskosten zu Mandatsbeginn geklärt.¹³⁴

Weiterhin würde dieser Vorschlag verhindern, dass Personen ohne juristische Kenntnisse oder Erfahrung mit Strafverfahren in einer emotional aufgeladenen Situation auf die Geltendmachung von Rechten verzichten, deren Bedeutung sie vielfach erst zu spät erkennen.

Abschliessend ist auf den institutionellen Rahmen des Strafverfahrens einzugehen, der die Rolle der Verteidigung in der Hauptverhandlung sowie im Vorverfahren infrage stellen kann. Die Verteidigung befindet sich im Verlaufe des Verfahrens oftmals in einer undankbaren Rolle: Im Vorverfahren ist die Staatsanwaltschaft nach herrschender Meinung zur Neutralität verpflichtet und tritt als objektive Verfahrensleiterin auf.¹³⁵ Dies macht es der Verteidigung schwer, sich in kontradiktorischer Weise mit der Staatsanwaltschaft auseinanderzusetzen, was die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte ebenfalls beeinträchtigen kann.¹³⁶ In der Hauptverhandlung – und insbesondere bei Abwesenheit der Staatsanwaltschaft – ist die Rolle des Gerichts manchmal etwas diffus, was einen negativen Einfluss auf die Ausübung der Verteidigungsrechte haben kann. Die kontradiktorische Natur des Strafverfahrens und das rechtliche Gehör gebieten jedoch die Anwesenheit der Verteidigung. Die Lösung des institutionellen Problems liegt demnach nicht darin, die Verteidigung in Fällen fehlender

staatsanwaltschaftlicher Präsenz auszuschliessen, sondern darin, auf Anwesenheit der Staatsanwaltschaft zu beharren, damit die Verteidigungsrechte in der Praxis wirksam umgesetzt werden.

- * Die Autoren bedanken sich für die kritischen Anmerkungen bei Prof. em. Dr. Stefan Trechsel, Dr. Dieter Freiburghaus sowie Fürsprecher Sararard Arquint.
- 1 EGMR vom 23.11.1993, *Poitrinol v. Frankreich*, § 34; EGMR vom 27.11.2008, *Salduz v. Türkei*, § 51. Neben der EMRK ist das Recht durch eine Vielzahl internationaler Vereinbarungen gewährleistet, wie zum Beispiel in Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR.
- 2 Vgl. Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK. Die unentgeltliche Verteidigung ist an gewisse Voraussetzungen gebunden, vgl. EGMR vom 25.4.1983, *Pakelli v. Deutschland*, § 31; S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005, 243 f.
- 3 Vgl. EGMR vom 19.12.1989, *Kamasinski v. Österreich*, § 102 ; EGMR vom 25.3.1998, *Belziuk v. Polen*, § 37. Die Individualansprüche in Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK sollen die wirksame Stellungnahme sicherstellen. Vgl. im schweizerischen Kontext BGE 127 I 56. Zum Individualanspruch vgl. BGer 6B_730/2014 vom 2.3.2015, E. 4.2.
- 4 Vgl. *Salduz v. Türkei* (Fn. 1), § 55. Aufbauend auf dieser Rechtsprechung sind eine Vielzahl weiterer Entscheide ergangen, vgl. z.B. EGMR vom 11.12.2008, *Panovits v. Zypern*, §§ 64 ff.; vgl. auch S. Schlegel/W. Wohlers, *Der «Anwalt der ersten Stunde» in der Schweiz*, StV 2012, 309 f.
- 5 EGMR vom 9.4.2015, *A.T. v. Luxemburg*, § 89.
- 6 EGMR vom 2.11.2010, *Sakhnovskiy v. Russland*, § 90. Die Umstände, die zu diesem Verzicht führen, gilt es zu berücksichtigen, vgl. EGMR vom 30.5.2013, *Martin v. Estland*, §§ 82 ff.
- 7 Vgl. *Panovits v. Zypern* (Fn. 4), § 68.
- 8 Z.B. U. Weder, *Fragen zum «Anwalt der ersten Stunde»*, Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess, NZZ vom 6.12.2006, 15. Vor der Entscheidung *Salduz v. Türkei* (Fn. 1) sahen bloss einige wenige kantonale Strafprozessordnungen einen uneingeschränkten Zugang zu einem Verteidiger bei der ersten polizeilichen Einvernahme vor, vgl. S. Arquint, «Anwalt der ersten Stunde?» – Ein Positionspapier, in: *Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren*, hrsg. von B. Schindler/R. Schlauri, Zürich 2001, 184 f. Auch die Strafprozessordnung des Kantons Zürich sah kein Recht auf Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren vor, vgl. zu den kantonalen Unterschieden: S. Schlegel, *Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung*, Diss., Zürich/Basel/Genf 2010, 234 ff.
- 9 Art. 127 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 129 Abs. 1 StPO; vgl. auch Art. 29 Abs. 2 und 3 BV, Art. 31 Abs. 2 Satz 2 BV sowie Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV.
- 10 Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO. A. Donatsch/C. Cavegn, *Der Anspruch auf einen Anwalt zu Beginn der Strafuntersuchung*, *forumpoenale* 2/2009, 106.
- 11 Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO
- 12 Vgl. Art. 132 Abs. 2 StPO. Nach Art. 132 Abs. 3 StPO handelt es sich nicht mehr um eine Bagatelle, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden zu erwarten ist. Dabei gilt es, die Umstände des Sachverhalts, allfällige komplexe beweismässige Abklärungen (Zeugenbefragungen, Einholung von Gutachten usw.), den Umfang der Akten, den anwaltlichen Beizug anderer Verfahrensparteien, die konkrete rechtliche Qualifikation und das Vorliegen heikler Abgrenzungsfragen sowie die intellektuellen und sprachlichen Fähigkeiten der beschuldigten Person zu berücksichtigen, vgl. OGer ZH, Urteil vom 18.2.2014, SB130499, Amtliche Verteidigung, E. 2.

- 13 Von einer besonderen Tragweite ist beispielsweise bei ausländerrechtlichen Konsequenzen oder in Fällen, bei denen ein Berufsverbot oder der Entzug der Berufsbewilligung oder der elterlichen Sorge droht, auszugehen, vgl. V. *Lieber*, in: Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 132 N 16.
- 14 Vgl. BGer 1B_402/2015 vom 11.1.2016, E. 3.5. Dabei addiert das Bundesgericht die verschiedenartigen Sanktionen (wobei auch eine allfällige Umwandlung einer Busse in eine Haftstrafe zu berücksichtigen ist), vgl. BGer 1B_23/2016 vom 8.2.2016, E. 2.6.
- 15 Vgl. Art. 131 Abs. 1 StPO. Die amtliche Verteidigung kann auch von Amtes wegen (ohne Antrag) angeordnet werden, vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBI 2006, 1179.
- 16 Obschon die notwendige Verteidigung auch in Form einer amtlichen Verteidigung erfolgen kann (sofern eine Situation notwendiger Verteidigung vorliegt und die beschuldigte Person keine Verteidigung benennt oder mittellos ist), ist hier von der amtlichen Verteidigung im engeren Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO i.V.m. Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO auszugehen.
- 17 Art. 130 StPO. Für jugendliche beschuldigte Personen gelten noch strikere Vorgaben, vgl. Art. 24 JStPO.
- 18 Art. 131 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 130 lit. b und c StPO. Eine Freiheitsstrafe von über einem Jahr droht, wenn eine solche Strafe konkret zu erwarten ist, vgl. BBI 2006 (Fn. 15), 1178; BGE 120 Ia 45 f.
- 19 BGE 131 I 353; W. *Wohlens*, Rechtsfolgen der Nichtbeachtung von Verfahrensfehlern durch die Verteidigung, *forum*poenale 6/2010, 368 f.
- 20 Dies ist der zweite von vier Aufsätzen, der sich mit der gelebten Fairness im schweizerischen Strafprozess auseinandersetzt, vgl. S. *Summers/D. Studer*, Fairness im Strafverfahren? Eine empirische Untersuchung, *ZStrR* 2016, 72.
- 21 Von einer Auswirkung auf das Urteil wurde ausgegangen, wenn die Berücksichtigung des Verstosses zu einem Freispruch in einem Anklagepunkt oder zu einer Verfahrenseinstellung führte.
- 22 Von einer Auswirkung auf das Strafmass wurde ausgegangen, wenn die Berücksichtigung des Verstosses zu einer Strafmindering oder Strafmilderung führte.
- 23 Der andere Fall betraf eine Rüge der Verteidigung, die sich gegen eine Entlassung aus der amtlichen Verteidigung wehrte. Die Streitfrage gelangte bis ans Bundesgericht, und die Verteidigung erhielt schliesslich Recht (vgl. BGer 1B_686/2012 vom 25.1.2013, E. 2), weshalb die beschuldigte Person in der erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung durch den Anwalt, den sie mehrfach gewünscht hatte, amtlich verteidigt wurde, Verhandlung 540 (ZH), Sept. 2014.
- 24 Der Freispruch betraf ein Verfahren, bei dem das Migrationsamt Basel-Stadt zur Durchführung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens mit einer Ermittlungsbefugnis ausgestattet wurde. Obwohl die beschuldigte Person auf den Beizug ihrer Verteidigung bestand, wurde sie schliesslich dazu gebracht, ohne Verteidigung auszusagen. Das Gericht verwendete die belastenden Aussagen nicht, weshalb die beschuldigte Person in einem Anklagepunkt freigesprochen wurde, Verhandlung 278 (BS), Nov. 2013.
- 25 Vgl. zur Bedeutung des Vorverfahrens im Zusammenhang mit der Beweisabnahme F. *Bommer*, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebung in der Untersuchung, *recht* 2010, 196 ff.
- 26 Die beschuldigte Person wollte sich im Rahmen ihres «letzten Wortes», vor Abschluss des Verfahrens, nochmals eingehend zum Anklagevorwurf der Vergewaltigung äussern. Das Gericht schien nicht gerade begeistert, zumal es sich schon das Plädoyer der Verteidigung angehört hatte. Dennoch gewährte es der beschuldigten Person eine Art Abschlussplädoyer, Verhandlung 44 (ZH), Dez. 2012. Dies obwohl es sich beim «letzten Wort» um eine kurze Schlussklärung handeln soll, vgl. Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1997, 144.

- 27 Entgegen der Zusicherung der Verteidigung, dass sie genügend Zeit gehabt habe, um sich vorzubereiten, beharrte das Gericht auf einer Vertagung der Verhandlung, Verhandlung 9 (GE), Nov. 2012.
- 28 Verhandlung 291 (ZH), Nov. 2013.
- 29 Ein offensichtlicher Verstoss gegen das Recht auf Verteidigung wurde in vier Fällen beobachtet. So im Zusammenhang mit der Anklage eines gewerbsmässigen Betrugs, Verhandlung 8 (BS), Nov. 2012 (Anklage: 12 Monate Freiheitsstrafe bedingt/Urteil: 310 Tagessätze Geldstrafe bedingt sowie 40 Stunden gemeinnützige Arbeit), oder im Zusammenhang mit einem Diebstahl und vielen weiteren Anklagepunkten, Verhandlung 47 (BS), Dez. 2012 (Anklage: 12 Monate unbedingt/Urteil: 8 Monate Freiheitsstrafe bedingt sowie eine Busse von 2500 Fr.). Weitere offensichtliche Verstösse wurden in Verhandlung 20 (BS), Nov. 2012 (Anklage: 12 Monate Freiheitsstrafe bedingt/Urteil: 210 Tagessätze Geldstrafe bedingt), sowie in Verhandlung 614 (BE), Nov. 2014 (Anklage: 181 Tagessätze Geldstrafe/Urteil vertagt) beobachtet.
- 30 Die Anzeichen bestanden darin, dass die beschuldigte Person auf Nachfrage angab, sie habe nicht gewusst, dass sie das Recht auf Bestellung einer amtlichen Verteidigung gehabt hätte (Verhandlung 20), der beschuldigten Person gesagt wurde, dass die erste Stunde mit dem Anwalt 280 Fr. kosten würde (Verhandlung 47) und dass die beschuldigte Person vor Gericht unbeholfen auftrat (Verhandlung 8) oder nicht genügend Deutschkenntnisse besass, um die Belehrung zur amtlichen Verteidigung zu verstehen (Verhandlung 614).
- 31 Eine notwendige Verteidigung ergab sich aufgrund einer Drogenkrankheit, Verhandlung 140 (ZH), Mai 2013, oder aufgrund der Persönlichkeit der beschuldigten Person, Verhandlung 55 (ZH), Dez. 2012, sowie wegen der Alkoholkrankheit der beschuldigten Person, Verhandlung 275 (BS), Nov. 2013.
- 32 In einem Verfahren nach altem kantonalem Prozessrecht wurde der Beschuldigte nicht über sein Recht auf Beiziehung einer Verteidigung hingewiesen. Erst nach 14 Tagen in Haft und etlichen Befragungen hatte seine Frau einen Anwalt mit der Verteidigung betraut. Die Belehrung erfolgte zeitlich nach dem Urteil in Sachen *Salduz v. Türkei* (Fn. 1), Verhandlung 240 (ZH), Sept. 2013. Ein offensichtlicher Verstoss wurde auch im Zusammenhang mit einer verspäteten Sicherstellung der Verteidigung bei einer Anklage betreffend Freiheitsberaubung und einem drohenden Vollzug einer Restfreiheitsstrafe von 413 Tagen ausgemacht, Verhandlung 356 (BS), Jan. 2014. Schliesslich gab es noch einen Fall in Genf, in dem der beschuldigten Person von der Polizei gesagt wurde, dass momentan gerade kein Anwalt zur Verfügung stehe. Auf Frage des Polizisten, ob es in Ordnung sei, die Befragung auch ohne Verteidigung durchzuführen, zeigte sich die beschuldigte Person einverstanden, Verhandlung 298 (GE), Nov. 2013.
- 33 Dies betraf zum einen den Fall, in dem die Verteidigung nicht an entscheidenden Einvernahmen von Zeugen im Vorverfahren teilnahm, Verhandlung 155 (BE), Juni 2013. Zum anderen anerkannte die Verteidigung in einem Fall das Vorliegen des Vorsatzes bei einer Gefährdung des Lebens, obwohl die beschuldigte Person dies bestritt, Verhandlung 247 (ZH), Okt. 2013.
- 34 Der kantonale Unterschied bei der Einsetzung der amtlichen Verteidigung ist nach Fishers exaktem Test statistisch signifikant: $\chi^2(df = 3, N = 439) = 10.851, p < .05$.
- 35 Gem. Art. 130 lit. d StPO e contrario.
- 36 Gem. Art. 337 Abs. 3 StPO e contrario.
- 37 In einem Fall fragte eine mittellose beschuldigte Person telefonisch um die Möglichkeit einer kostenlosen Verteidigung an. Die Staatsanwaltschaft soll daraufhin geantwortet haben, dass man hören könne, dass sie in der Lage sei, sich zu verteidigen. Dies dürfe von Wirtschaftsstudierenden wohl auch erwartet werden, Verhandlung 72 (BS), Feb. 2013 (Anklage: 8 Monate Freiheitsstrafe bedingt sowie Busse von 200 Fr./Urteil: 180 Tagessätze Geldstrafe bedingt sowie Busse von 200 Fr.).
- 38 Die Teilnehmerate der beschuldigten Personen fällt jedoch gesamthaft vergleichsweise hoch aus, vgl. *Summers/Studer* (Fn. 20), 56.

- 39 In 24 von 40 dieser Fälle handelte es sich nicht um einen Bagatellfall gem. Art. 132 Abs. 3 StPO.
- 40 Darauf wird in V.1 unten eingegangen.
- 41 Der kantonale Unterschied ist statistisch signifikant: Fishers exakter Test: $\chi^2(df = 6, N = 439) = 20.994$, $p < .01$. Auf die kantonalen Unterschiede bei der Einsetzung der amtlichen Verteidigung im Sinne von Art. 131 Abs. 1 lit. b StPO i.V.m. Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO wird in V.1 unten eingegangen.
- 42 Gem. Art. 132 Abs. 1 lit. a und b StPO.
- 43 Vgl. Fn. 6. Zur Thematik des unaufgeklärten Verzichts und der fehlenden Rechtsfolge und deren Auswirkung auf die Geltendmachung der Verteidigungsrechte vgl. auch *A.T. v. Luxemburg* (Fn. 5), § 59.
- 44 Bei der Prüfung, ob eine amtliche Verteidigung anzuordnen ist, muss namentlich berücksichtigt werden, ob eine Strafe droht, die an der Grenze zu derjenigen liegt, für welche die Verteidigung notwendig ist, oder ob die Möglichkeit besteht, dass eine unbedingte Freiheitsstrafe verhängt wird, vgl. S. *Heimgartner*, Amtliche Mandate im Vorverfahren – Zürcher Praxis, *forumpoenale* 3/2012, 170.
- 45 Vgl. BGer 1B_66/2015 vom 12.8.2015, E. 2.3.
- 46 In lediglich drei Prozent der Fälle in Basel-Stadt handelte es sich um eine Anklage mit Bagatellcharakter. In Bern (46%), Genf (30%) und Zürich (20%) wurde viel häufiger vor Gericht über Bagatellfälle im Sinne von Art. 132 Abs. 3 StPO verhandelt. Dieser Unterschied ist statistisch signifikant.
- 47 Zur Gebotenheit der Verteidigung in Bagatellfällen vgl. Fn. 13 und Fn. 14.
- 48 Vgl. dazu *F. Mansour*, La directive qui sème la zizanie à Genève, *Le Temps* vom 15.5.2013. Von dieser Praxis sahen die Strafverfolgungsbehörden seit September 2014 ab, vgl. Amnesty International vom 18.9.2014, <http://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/inneres/strafen/freiheitsentzug/inhaftierung-sans-papiers>.
- 49 Dabei ist wiederum von der amtlichen Verteidigung im engeren Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO i.V.m. Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO auszugehen, vgl. Fn. 16.
- 50 Art. 131 Abs. 1 StPO. Bei der notwendigen Verteidigung zeigten sich andere Probleme in der Umsetzung, vgl. dazu V.2 sowie V.3 unten.
- 51 Dies dürfte auch damit zusammenhängen, dass es in Basel-Stadt nur selten zu geringfügigen Anklagen vor Gericht kam (vgl. Abb. 4).
- 52 Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO.
- 53 Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO. Vgl. Fn. 10.
- 54 *J.-M. Verniory*, in: *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, hrsg. von A. Kuhn/Y. Jeanneret, Basel 2011, Art. 158 N. 7. Falls ein konkreter Tatverdacht vorliegt, ist es unerheblich, ob das Verfahren gegen unbekannt eröffnet wurde, vgl. OGer BE, Beschluss vom 6.2.2014, BK 2013 362, E. 4.3.
- 55 Das Merkblatt der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern ist für die beschuldigte Person aufgrund seiner Vollständigkeit und Verständlichkeit weitaus am besten verfasst. Im Unterschied zu den anderen Merkblättern klärt es die beschuldigte Person auch über das Anwesenheits- und Fragerecht der Verteidigung bei der polizeilichen Befragung (Art. 159 Abs. 1 StPO) sowie das Recht auf freien Verkehr mit der Verteidigung (Art. 159 Abs. 2 StPO) auf. Zur diesbezüglichen Kritik vgl. *Schlegel/Wohlens* (Fn. 4), 311 f.
- 56 Damit ist nicht sichergestellt, dass die beschuldigte Person in der Lage ist, die Belehrung inhaltlich zu verstehen, vgl. *Schlegel/Wohlens* (Fn. 4), 311. Kritisch auch *L. Erni*, Die Verteidigungsrechte in der

- Eidg. Strafprozessordnung, in: *Il Codice di diritto processuale penale svizzero*, hrsg. von N. Schmid/R. Garré/T. Hansjakob/M. Mini/L. Erni/M. Rusca/E. Samina, Basel 2010, 104. Die Praxis des Kantons Basel-Stadt ablehnend, *C. Hauri/C. Stöckli*, *Prozessrecht: Gerichte tun sich schwer damit, plädoyer* 2/2011, 26 f. Vgl. zur Thematik der Belehrung in der Praxis auch: *N. Capus/M. Stoll/D. Studer*, *Die Belehrung über das Schweigerecht – Ein leeres Versprechen?*, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2016 [erscheint demnächst].
- 57 Justiz und Sicherheitsdepartement der Kantonspolizei Basel-Stadt, Rechte und Pflichten in einem Strafverfahren, 9.
- 58 Zur Kritik, wonach mit dem Hinweis auf die Kosten bewusst von der Bestellung einer Verteidigung abgeschreckt wird, vgl. *Hauri/Stöckli* (Fn. 56), 26 f.
- 59 Für den Nachweis, dass die beschuldigte Person im Sinne von Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO umfassend über ihr Recht auf amtliche Verteidigung aufgeklärt wurde, erscheint der Verweis auf den Gesetzestext nicht ausreichend. Vgl. BGer 6B_500/2012 vom 4.4.2013, E. 1.2.3.
- 60 *C. Riedo/K. Beydoun*, Urteilsbesprechung, 6B_441/2011 vom 20.9.2011, AJP 2012, 291.
- 61 Die Sicherstellung der notwendigen Verteidigung obliegt primär der Staatsanwaltschaft. Im Haftverfahren kann jedoch auch das verfahrensleitende Zwangsmassnahmengericht eine notwendig erscheinende Verteidigung anordnen. Vgl. zur verfahrensleitenden Funktion des Zwangsmassnahmengerichts BGE 137 IV 217 f.
- 62 Aufgrund der geringen Fallzahlen sind die kantonalen Unterschiede betreffend Bern und Genf schwierig zu interpretieren.
- 63 Der Unterschied ist allerdings nicht auf dem 5%-Niveau, sondern auf dem 10%-Niveau statistisch signifikant. Aufgrund der geringen Fallzahlen ist ein kantonaler Vergleich schwierig.
- 64 Verhandlung 8 (BS), Nov. 2012 (Anklage: 12 Monate bedingt/Urteil: 310 Tagessätze Geldstrafe bedingt); 63 (BS), Dez. 2012 (Anklage: 9 Monate bedingt/Urteil: 270 Tagessätze Geldstrafe bedingt); 447 (BE), Mai 2014 (Anklage: 10 Monate bedingt/Urteil: 240 Tagessätze Geldstrafe bedingt sowie Busse von 900 Fr.); 448 (BE), Mai 2014 (Anklage: 12 Monate bedingt/Urteil: 150 Tagessätze Geldstrafe bedingt sowie Busse von 900 Fr.).
- 65 Verhandlung 47 (BS), Dez. 2012 (Anklage: 12 Monate unbedingt/Urteil: 8 Monate Freiheitsstrafe bedingt sowie eine Busse von 2500 Fr.).
- 66 Verhandlung 20 (BS), Nov. 2012 (Anklage: 12 Monate bedingt/Urteil: 210 Tagessätze Geldstrafe bedingt).
- 67 Verhandlung 58 (BS), Dez. 2012 (Anklage: 12 Monate bedingt/Urteil: 330 Tagessätze Geldstrafe bedingt sowie Busse von 300 Fr.).
- 68 Es sei denn, das Gericht kam von sich aus zur Überzeugung, dass eine höhere Strafe angezeigt wäre. So geschehen in Fall 2 (BS), Nov. 2012, wo das Gericht den Strafantrag von 12 Monaten mit bedingtem Vollzug bei einem Vergewaltigungsvorwurf wohl als zu gering erachtete und die Staatsanwältin zur Hauptverhandlung lud, obwohl die Staatsanwältin auf die Vorladung vor Gericht verzichtet hatte (Antrag der Anklagebehörde: 12 Monate Freiheitsstrafe bedingt/Urteil: 1½ Jahre Freiheitsstrafe bedingt).
- 69 Vgl. *P. Albrecht*, *Die Funktion und Rechtsstellung des Verteidigers im Strafverfahren*, in: *Strafverteidigung*, hrsg. von M.A. Niggli/P. Weissenberger, Basel 2002, N 2.9: «Die vom Gesetz gewährten prozessualen Rechte sind nicht viel wert, soweit sie nicht tatsächlich wirksam wahrgenommen werden können.»
- 70 Vgl. OGer BE, Urteil vom 15.5.2013, SK 2012 223, E. 6.2: «Dazu kommt, dass der ersten Einvernahme in der Praxis ein erhöhter Stellenwert eingeräumt wird als späteren Aussagen.»
- 71 Vgl. Tab. 1 oben.

- 72 Mögliche Erklärungen, weshalb die Verteidigung nicht häufiger einen verspäteten Beizug der Verteidigung geltend machte, werden in V.4.b besprochen.
- 73 In der Analyse nicht erfasst sind die Fälle notwendiger Verteidigung aufgrund von persönlichen Defiziten (Art. 130 lit. c StPO), bei denen ebenfalls von einer Sicherstellung der Verteidigung zu Verfahrensbeginn auszugehen ist.
- 74 Verhandlung 112 (ZH), April 2013 (Urteil: 3 Jahre unbedingt); 153 (BE), Juni 2013 (Urteil: 23 Monate bedingt); 179 (ZH), Juli 2013 (Urteil: 18 Monate unbedingt); 194 (ZH), Aug. 2013 (Urteil: 3 Jahre teilbedingt); 309 (BS), Dez. 2013 (Urteil: 33 Monate teilbedingt).
- 75 Verhandlung 347 (BS), Feb. 2014 (Urteil: 16 Jahre).
- 76 Verhandlung 319 (ZH), Dez. 2013 (Urteil: 32 Monate teilbedingt).
- 77 Verhandlung 54 (BS), Dez. 2012 (Urteil: 3 Jahre teilbedingt); 240 (ZH), Sept. 2013 (Urteil: 34 Monate teilbedingt).
- 78 Dieses Argument ist insofern nicht stichhaltig, als dies einzig die Beweiswürdigung bzw. Beweiseignung betrifft und nicht die Verwertung des Beweises, vgl. *W. Wohlers*, in: Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 141 N 23.
- 79 Verhandlung 566 (ZH), Okt. 2014 (Urteil: 90 Monate Freiheitsstrafe). Die Verwendung solcher Aussagen scheint in Anbetracht der neueren EGMR-Rechtsprechung problematisch, können doch auch nicht selbstbelastende Aussagen gegen die beschuldigte Person verwendet werden. Zum Beispiel wenn die beschuldigte Person im Verlaufe des Verfahrens ihre ursprüngliche Aussage ändert oder, ganz allgemein, um ihre Glaubwürdigkeit zu untergraben, vgl. *A.T. v. Luxemburg* (Fn. 5), §§ 72 ff.
- 80 Verhandlung 319 (ZH), Dez. 2013 (Urteil: 32 Monate teilbedingt).
- 81 Vgl. z.B. *L. Erni*, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde», *ZStrR 2007*, 240 f.
- 82 Vgl. dazu unten V.4.b.
- 83 Eine Erklärung, weshalb das Gericht nicht öfter intervenierte, hängt womöglich mit dem Rollenverständnis der Verteidigung zusammen, vgl. dazu VI.
- 84 Eine Ausnahme bildet Verhandlung 47 (BS), Dez. 2012, auf deren Dialog in VI. näher eingegangen wird. An anderen Gerichtsstandorten war es nicht unüblich, dass, wenn sich die Frage der amtlichen Verteidigung stellte, das Gericht auf die Möglichkeit der amtlichen Verteidigung zumindest in abstrakter Weise nochmals einging.
- 85 Vgl. Abb. 8.
- 86 Vgl. Abb. 9.
- 87 Vgl. Tab. 1 und die Diskussion dazu.
- 88 Vgl. dazu die im Rahmen des Forschungsprojekts beobachteten Fälle, in denen die Verteidigung nicht anwesend war, obwohl grundsätzlich ein Anspruch auf amtliche Verteidigung bestand. Siehe oben V.1.
- 89 Nur wer seine Rechte kennt, kann diese auch geltend machen, vgl. *Erni* (Fn. 81), 231.
- 90 Vgl. *C. III.*, in: Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von P. Goldschmid/T. Maurer/J. Sollberger, Bern 2008, 151.
- 91 So verwies das Tribunal de police im Kontext einer fehlenden Anwesenheit der Verteidigung bei der ersten Befragung durch die Polizei auf ein von der beschuldigten Person unterzeichnetes Merkblatt. Das Strafgericht folgte dabei der Argumentation der Staatsanwaltschaft, wonach die unterlassene

Geltendmachung eines anwaltlichen Beizugs bei gleichzeitiger Kenntnis über das Recht auf jederzeitige Bestellung einer Verteidigung als Verzicht auszulegen sei, Verhandlung 67 (GE), Feb. 2013 (Anklage: 15 Monate Freiheitsstrafe und Widerruf/Urteil: 10 Monate Freiheitsstrafe unbedingt sowie 48 Tagessätze Geldstrafe unbedingt).

- 92 Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die Bereitschaft der Verteidigung, einen Verstoß gegen das Recht auf Verteidigung geltend zu machen, nicht zuletzt davon abhängt, welche Vorteile sich die Verteidigung im Einzelfall verspricht. Führt die Geltendmachung eines Verstoßes nicht zu einem greifbaren Vorteil im Sinne eines Beweisverwertungsverbots, einer Wiederholung der Beweisabnahme oder zu einer Strafminderung, besteht für die Verteidigung nur wenig Anreiz, auf die Einhaltung der Verteidigungsrechte zu pochen, vgl. *Summers/Studer* (Fn. 20), 63 f.
- 93 Vgl. Fn. 12, 13 und 14. Die konkreten Umstände, die es bei der Gebotenheit der Verteidigung gem. Art. 132 Abs. 2 StPO zu berücksichtigen gilt, dürften den Strafverfolgungsbehörden zum Zeitpunkt der Aufbietung des Anwalts der ersten Stunde in der Regel nicht bekannt sein. Doch genau dieser Verfahrenszeitpunkt ist bei der Einsetzung der amtlichen Verteidigung massgeblich, vgl. BGer 1B_66/2015 vom 12.8.2015, E. 2.3. Vereinzelt wird die Forderung erhoben, dass die Verteidigung zum Zeitpunkt der Aufbietung des «Anwalts der ersten Stunde» bei mittellosen beschuldigten Person immer geboten wäre, vgl. *P. Iliev/S. Wehrenberg*, Die Gebotenheit des amtlichen Verteidigers als Anwalt der ersten Stunde, in: Jusletter vom 11.1.2016, 12 ff. Vgl. auch BGer 1B_23/2016 vom 8.2.2016, E. 2.5.
- 94 Wobei an die Polizei nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden dürfen wie an die Staatsanwaltschaft, vgl. *G. Godenzi*, in: Kommentar zur Strafprozessordnung, hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 158 N 27.
- 95 *Verniory* scheint in die Richtung eines absoluten Beweisverwertungsverbots zu tendieren, vgl. CR CCP-*Verniory* (Fn. 54), Art. 158 N 25 und 28.
- 96 Gem. Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO hat eine Belehrung in einer Weise zu erfolgen, die es der beschuldigten Person ermöglicht, ihre zentralen Rechte in der aktuellen Verfahrenssituation zu erkennen. Vgl. auch OGer BE, Beschluss vom 29.11.2012, BK 2012 202, E. 3.1, wonach Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO eine Gültigkeitsvorschrift darstellt.
- 97 BGE 137 I 224. Die gleiche Meinung vertritt auch *N. Schmid*, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 141 N 8.
- 98 *S. Gless*, in: Basler Kommentar Strafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, hrsg. von M.A. Niggli/ M. Heer/ H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 141 N 72; *Wohlens*, in: Kommentar StPO (Fn. 78), Art. 141 N 21a.
- 99 *A. Donatsch/C. Cavegn*, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 2008, 166.
- 100 Vgl. Fn. 13 und Fn. 14.
- 101 Vgl. Abb. 10.
- 102 Diese Rechtsunsicherheit war auch im Verlaufe des Forschungsprojekts zu erkennen. Zwei Fälle sollen dies illustrieren: Das erstinstanzliche Tribunal correctionnel wies das Vorbringen der Verteidigung ab, die im Kontext eines Tatvorwurfs einer versuchten vorsätzlichen Tötung das Fehlen einer Verteidigung bei mehreren polizeilichen Befragungen bemängelte, Verhandlung 359 (GE), Feb. 2014. Bei einem Fall in Zürich, in dem die beschuldigte Person unter anderem der Vergewaltigung beschuldigt wurde, beanstandete die Verteidigung den Umstand, dass keine Verteidigung bei der ersten Befragung durch die Polizei und bei der späteren Haffeinvernahmen durch den Staatsanwalt anwesend gewesen war. Dies sei – wie das Gericht der anwaltlichen Rüge entgegnete – auch nicht gesetzlich geboten, da die notwendige Verteidigung erst nach der ersten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme sichergestellt sein müsse, Verhandlung 192 (ZH), Juli 2013.
- 103 Vgl. Art. 131 Abs. 1 StPO.

- 104 Art. 131 Abs. 2 StPO.
- 105 Zur Diskussion der politischen Vorstösse, die zum widersprüchlichen Gesetzestext führten, vgl. *F. Bommer*, Über notwendige Verteidigung, in: *Verfahrensrecht in einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Juristenverein*, hrsg. von F. Bommer/S. Berti, Zürich 2011, 105 ff.
- 106 Der gesetzlich geforderten Eröffnungsverfügung der Staatsanwaltschaft kommt mithin nur deklaratorische Wirkung zu, vgl. *N. Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/St.Gallen 2013, N 1227; BGE 141 IV 24. Vgl. auch OGer ZH, Beschluss vom 17.3.2015, UH150031, E. 3b: «Es ist nicht zulässig, Verteidigungsrechte dadurch zu unterbinden, dass die an sich geforderte formelle Eröffnungsverfügung unterbleibt.»
- 107 BGE 141 IV 24 mit Hinweis auf *N. Oberholzer*, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 1371.
- 108 Eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme vor der Eröffnung hat blossen Ausnahmecharakter und dient lediglich zur Klärung, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, vgl. *E. Omlin*, in: *Basler Kommentar Strafprozessordnung, Art. 196–457 StPO*, hrsg. von M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 309 N 9.
- 109 Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO i.V.m. Art. 307 Abs. 1 StPO. Von einer schweren Straftat ist in erster Linie bei Tötungsdelikten, qualifizierten Raubüberfällen mit schweren Verletzungen, schweren Sprengstoffdelikten, Geiselnahmen sowie qualifizierten Freiheitsberaubungen auszugehen, vgl. Weisungen OSTA ZH, Ziff. 12.4. Für *G. Albertini* zählen darüber hinaus auch noch Vergewaltigungen, serienmässige Einbruchdiebstähle, Brandstiftung sowie schwere Betäubungsmitteldelikte zu den schweren Straftaten, vgl. *G. Albertini*, in: *Polizeiliche Ermittlung, Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung*, hrsg. von G. Albertini/B. Fehr/B. Voser, Zürich 2008, 557. Die Botschaft geht in allgemeiner Weise von Verbrechen und schweren Vergehen aus, vgl. BBI 2006 (Fn. 15), 1261.
- 110 Zum Ganzen: BSK-StPO, *Omlin* (Fn. 108), Art. 309 N 8.
- 111 Vgl. *Lieber*, in: *Kommentar StPO* (Fn. 13), Art. 131 N 5.
- 112 Eine Ausnahme besteht, wenn die Staatsanwaltschaft schon im Ermittlungsverfahren Zwangsmassnahmen anordnet und es zum Vollzug kommt. Dies ist vor allem beim Ausstellen des Vorführbefehls und der darauf basierenden Verhaftung von Bedeutung. Spätestens bei der Verhaftung gilt die Untersuchung als eröffnet, vgl. OGer ZH, Beschluss vom 17.3.2015, UH150031, E. 3b.
- 113 Dazu gab es im Verlaufe des Forschungsprojekts widersprüchliche Entscheidungen. Das Tribunal de police scheint davon auszugehen, dass ein Verzicht möglich ist (Fn. 91). Demgegenüber anerkannte das Strafgericht Basel-Stadt im Zusammenhang mit einer Anklage wegen versuchter schwerer Körperverletzung und zehn weiterer Anklagepunkte den Einwand der Verteidigung, wonach etliche Einvernahmen ohne Verteidigung erfolgten, obschon ein Fall notwendiger Verteidigung bestanden hätte. Das Gericht führte aus, dass mit Blick auf die einschlägigen Vorstrafen und den drohenden Widerruf einer fünfzehnmonatigen Freiheitsstrafe von Beginn an eine notwendige Verteidigung hätte sichergestellt werden müssen, weshalb es das Protokoll einer staatsanwaltschaftlichen Einvernahme aus den Akten wies, Verhandlung 328 (BS), Jan. 2014 (Anklage: Gesamtstrafe 36 Monate Freiheitsstrafe unbedingt/Urteil: 18 Monate unbedingt sowie Widerruf der fünfzehnmonatigen Freiheitsstrafe).
- 114 Vgl. Fn. 19.
- 115 *Lieber*, in: *Kommentar StPO* (Fn. 13), Art. 131 N 8. Aufgrund von Informationen, die den Strafbehörden bekannt waren (*Oberholzer* [Fn. 107], N 442) oder bei pflichtgemässer Sorgfalt hätten bekannt sein sollen (*N. Ruckstuhl*, in: *Basler Kommentar Strafprozessordnung, Art. 1–195 StPO*, hrsg. von M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 131 N 12). Dieser Unterschied fällt

insbesondere bei der Frage ins Gewicht, inwieweit die Strafverfolgungsbehörden sich über allfällige Vorstrafen zu informieren haben.

- 116 BGer 6B_883/2013 vom 17.2.2014, E. 2.3; in BGE 141 IV 293 wurde das Problem erwähnt, jedoch offengelassen. A.M. OGer ZH, Beschluss vom 17.3.2015, UH150031, E. 3c; kritisch zu diesem Beschluss L. Bläsi, Urteilsbesprechung UH 150031, forumpoenale 1/2016, 8 ff.
- 117 Aufgrund der ausdrücklichen Ablehnung im Nationalrat sei hierbei von einem qualifizierten Schweigen auszugehen, das den allgemeinen Regeln zur Fernwirkung als *lex specialis* vorgehe, vgl. Lieber, in: Kommentar StPO (Fn. 13), Art. 131 N 9.
- 118 Die Frage, ob bei absoluten Beweisverwertungsgeboten gem. Art. 141 Abs. 1 StPO von einer absoluten Fernwirkung oder von einer relativen Fernwirkung gem. Art. 141 Abs. 4 StPO auszugehen wäre, wurde vom Bundesgericht noch nicht entschieden, vgl. nach altem Recht BGE 138 IV 172 ff.
- 119 Vgl. BSK-StPO, Gless (Fn. 98), Art. 141 N 95.
- 120 Vgl. W. Wohlers/L. Bläsi, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 2015, 168.
- 121 Umso wichtiger ist es, dass die Verteidigung frühzeitig die Unverwertbarkeit von Beweismitteln geltend machen kann. Dabei gelten für die Zulässigkeit der Beschwerde nach StPO und BGG unterschiedliche Voraussetzungen, vgl. OGer ZH, Beschluss vom 17.3.2015, UH150031, E. 2b/dd.
- 122 Dies illustriert ein Fall in Zürich, bei dem die Verteidigung erfolglos geltend machte, dass das Fehlen der notwendigen Verteidigung Fernwirkung entfalten müsse. Die beschuldigte Person wurde vom Geschworenengericht der versuchten vorsätzlichen Tötung für schuldig befunden. Das Urteil wurde durch das Kassationsgericht aufgehoben, weil das Geschworenengericht auf staatsanwaltliche wie auch hafrichterliche Einvernahmen abstellte, die – trotz dringendem Tatverdacht auf versuchte Tötung – ohne anwaltlichen Beistand durchgeführt worden waren. Weil das Geschworenengericht in der Zwischenzeit abgeschafft worden war, ging die Sache zwecks neuer Entscheidung an das Bezirksgericht Zürich. Das Bezirksgericht beschränkte sich im Rahmen der gerichtlichen Neubeurteilung im Wesentlichen darauf, die bereits gesammelten Akten durchzusehen. Es kam zum Schluss, dass die weiteren Beweise in den Akten für einen Schuldspruch ausreichten, weshalb die beschuldigte Person erneut der versuchten vorsätzlichen Tötung für schuldig befunden wurde. Dieses Vorgehen erscheint problematisch, nicht zuletzt deshalb, weil viele Beweise, wie beispielsweise die Zeugeneinvernahmen oder das psychiatrische Gutachten, auf unverwertbaren Einvernahmen basierten, Verhandlung 83 (ZH), Nov. 2012.
- 123 Der EGMR will sich bislang nicht festlegen, inwiefern die Folgebeweise durch die ursprünglich illegale Einvernahme ohne Verteidigung kontaminiert sind. Stattdessen hält der Gerichtshof in allgemeiner Weise fest, dass es Aufgabe des nationalen Gerichts sei, den Einfluss der illegalen Erstbeweise auf die nachfolgenden Beweismittel eingehend zu untersuchen, vgl. EGMR vom 30.4.2015, *Yaromenko v. Ukraine* (No. 2), § 66.
- 124 Verhandlung 47 (BS), Dez. 2012.
- 125 Verhandlung 448 (BE), Mai 2014.
- 126 Vgl. EGMR vom 27.1.2011, *Krivoshapkin v. Russland*, §§ 44 ff.; EGMR vom 18.5.2010, *Ozerov v. Russland*, §§ 53 f.; EGMR vom 25.6.1992, *Thorgeir Thorgeirson v. Island*, §§ 51 ff.
- 127 Vgl. M. Ruth, Der Verteidiger im schweiz. Strafprozessrecht, Diss., Bern 1904, 13: «Erst der Richter, der möglichst bloss die Leitung führend, ruhig anhörend und entscheidend zwischen den Parteien steht, die von rechts und links auf ihn einzuwirken versuchen, bietet uns genügend Gewähr der Unparteilichkeit.»
- 128 Obwohl die notwendige Verteidigung bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkannt werden müssen, vgl. Lieber, in: Kommentar StPO (Fn. 13), Art. 131 N 13.

- 129 Auf die Aussagen des Opfers konnte mangels Konfrontation und bereits erfolgter Abschiebung nicht abgestellt werden. Dies betrifft Verhandlung 20 (BS), Nov. 2012 (Anklage: 12 Monate bedingt/Urteil: 210 Tagessätze Geldstrafe bedingt).
- 130 Vgl. zum Umfang der Auslegung unter Einbezug der zugrunde liegenden Werte des Gesetzes auch S. *Heimgartner*, Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht, AJP 2016, 6. Zur Bedeutung der Rechtssicherheit vgl. EGMR vom 12.1.2016, *Borg v. Malta*, § 107.
- 131 Dies in Anlehnung an einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über vorläufige Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder Beschuldigte, denen die Freiheit entzogen ist, sowie über Prozesskostenhilfe in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, COM(2013) 824.
- 132 Gem. Art. 103 StGB.
- 133 Im Sinne von Art. 135 Abs. 4 und 5 StPO. Dies dient nicht zuletzt auch einer verständlichen Belehrung über das Recht auf einen «kostenlosen Anwalt der ersten drei Stunden».
- 134 Die amtliche Verteidigung gilt rückwirkend auf den Zeitpunkt der ersten Stunde. Die Frage der generellen staatlichen Entschädigung des «Anwalts der ersten Stunde» wird vom Bundesgericht jedoch offengelassen, vgl. BGer 1B 66/2015 vom 12.8.2015, E. 2.6. Kantonal ist es mehrheitlich (19:7) schon üblich, dass die Kantone für die Kosten des «Anwalts der ersten Stunde» aufkommen. So sieht der Kanton Thurgau beispielsweise vor, dass die ersten fünf Stunden der amtlichen Verteidigung entschädigt werden. In den Kantonen Basel-Stadt und Genf werden die Kosten des «Anwalts der ersten Stunde» vorab vom Staat übernommen. Die Kantone Bern und Zürich kommen lediglich für die Kosten des «Anwalts der ersten Stunde» auf, wenn die strafprozessualen Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung als erfüllt betrachtet werden; vgl. zum Ganzen: *Iliev/Wehrenberg* (Fn. 93), 15; *Hauri/Stöckli* (Fn. 56), 26 f. Vgl. zu dieser Thematik auch *K. Fontana*, Wenn der Anwalt gratis arbeitet, NZZ vom 21.8.2015, 17.
- 135 Diese Rolle vermag die Staatsanwaltschaft gelegentlich zu überfordern, vgl. *Schmid*, Handbuch (Fn. 106), N 156.
- 136 Dabei kann die Legislative die Stossrichtung vorgeben. In diesem Zusammenhang ist der Entwurf zu den finanziellen Entlastungsmassnahmen des Grossen Rats Aargau interessant. Gemäss dem Entwurf wäre mit der Reduktion der Entschädigung bei der amtlichen Verteidigung davon auszugehen, dass die Verteidigung «auf nicht zwingende Handlungen im Rahmen der amtlichen Verteidigung [...] verzichte[t] (zum Beispiel Verzicht auf nicht zwingende Teilnahmen an Befragungen der Beschuldigten, Zivilparteien, Zeugen oder Auskunftspersonen)», vgl. Bericht und Entwurf zu den Entlastungsmassnahmen 2016; Massnahmen in der Kompetenz des Grossen Rats, Dekretsänderung, Beilage 3 zur Botschaft 15.185 des Grossen Rats im Aargau, 6.