

Prof. Dr. Andreas Donatsch, Unterengstringen, und lic. iur. Claudine Cavegn, Lachen SZ

Der Anspruch auf einen Anwalt zu Beginn der Strafuntersuchung*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Anspruch auf Beizug bzw. Bestellung eines Rechtsbeistands
- III. Das Recht der beschuldigten Person auf Orientierung und Unterstützung durch eine Verteidigung im Strafverfahren
 1. Orientierung über das Recht auf Bestellung einer Verteidigung
 2. Veranlassen zur Erklärung betreffend die Verteidigung
 3. Zeitpunkt der Bestellung der Verteidigung
 - a) Zeitpunkt der Bestellung der Verteidigung im Falle notwendiger Verteidigung
 - b) Zeitpunkt der Bestellung der Verteidigung für die mittellose beschuldigte Person in deren Interesse
 4. Zuständigkeit zur Bestellung der amtlichen Verteidigung
 5. Recht auf Anwesenheit der Verteidigung und auf Kontakt mit derselben
 6. Rechtsfolgen bei unrechtmässiger Verweigerung des Verteidigerbeizuges

I. Einleitung

Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf einen Anwalt zu Beginn der Strafuntersuchung ist oft vom «Anwalt der ersten Stunde» die Rede. Damit ist die Vorstellung verbunden, dass es ganz generell einen Zeitpunkt gebe, ab welchem die Verteidigung im Strafverfahren ihre Aktivitäten entfalten könne bzw. können sollte.

Die Wirklichkeit der gesetzlichen Regelungen ist wesentlich komplizierter. Zu unterscheiden sind nämlich einerseits der Sachverhalt der beschuldigten Person im Freiheitsentzug, und andererseits die Konstellationen, in welchen die beschuldigte Person ihrer Freiheit nicht beraubt ist. Sodann ist zu differenzieren zwischen den Fällen nicht notwendiger und solchen notwendiger Verteidigung. Schliesslich sind die Verhältnisse bei erbetener Verteidigung anders als bei amtlicher Verteidigung, wobei bei amtlicher Verteidigung die Fälle notwendiger Verteidigung von denjenigen zu unterscheiden

sind, in welchen der mittellosen beschuldigten Person in Konstellationen ohne Bagatelldarakter zur Wahrung ihrer Interessen auf Antrag hin eine Verteidigerin oder ein Verteidiger bestellt wird.

Nach Art. 128 StPO/CH¹ ist die Verteidigung in den Schranken von Gesetz und Stadesregeln allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet. Aufgrund dieser Klarstellung der Funktion der Verteidigung im Verfahren rücken die dazu entwickelten Theorien in den Hintergrund.²

Für die Auslegung der Bestimmungen betreffend den Anspruch auf Verteidigung zu Beginn des Strafverfahrens sind neben den einschlägigen Bestimmungen der StPO/CH die Mindestrechte gemäss BV sowie EMRK und IPBPR zu beachten. Bei der Abwägung sich widerstreitender Interessen ist stets im Auge zu behalten, dass die Verteidigung nicht einem Schuldigen hilft, den Schuldspruch zu verhindern. Bei der beschuldigten Person handelt es sich vielmehr um eine Person, welche Anspruch auf Respektierung der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 14 Ziff. 2 IPBPR) hat und welche folglich als unschuldig zu gelten hat. Erst das Gericht ist dazu berufen, gestützt auf die Ergebnisse eines prozessordnungskonformen Verfahrens darüber zu entscheiden, ob sich die beschuldigte Person der fraglichen Verfehlungen schuldig gemacht hat oder nicht.

II. Der Anspruch auf Beizug bzw. Bestellung eines Rechtsbeistands

In Art. 127 Abs. 1 StPO/CH wird in grundsätzlicher Weise festgehalten, die Verfahrensbeteiligten - dazu gehört bereits nach Art. 104 Abs. 1 lit. a StPO/CH auch die beschuldigte

forumpoenale-2009-105

Person - hätten das Recht, zur Wahrung ihrer Interessen einen Rechtsbeistand zu bestellen. Im Falle der beschuldigten Person muss es sich bei diesem um eine Anwältin oder einen Anwalt handeln (Art. 127 Abs. 5 StPO/CH).

Im Falle der *Wahlverteidigung* kann die Anwältin bzw. der Anwalt nach Art. 129 Abs. 1 StPO/CH in jedem Verfahrensstadium mit der Verteidigung der beschuldigten Person betraut werden.

Ein Fall *notwendiger Verteidigung* liegt gemäss Art. 130 StPO/CH vor, wenn alternativ die beschuldigte Person mehr als zehn Tage inhaftiert war, wenn ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme droht, wenn sie wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes oder aus anderen Gründen ihre Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann und die gesetzliche Vertretung dazu nicht in der Lage ist, wenn die Staatsanwaltschaft vor dem erstinstanzlichen Gericht oder dem Berufungsgericht persönlich auftritt und schliesslich, wenn ein abgekürztes Verfahren durchgeführt wird. Im Verhältnis zum noch geltenden Recht des Kantons Zürich lassen sich - abgesehen von den Fällen geschworenengerichtlicher Zuständigkeit - zwei gewichtige Unterschiede ausmachen. Zum einen ist nicht schon nach fünf³, sondern erst nach zehn Tagen Freiheitsentzug von einem Fall notwendiger Verteidigung auszugehen und zum andern fehlt eine der Generalklausel nach § 11 Ziff. 5 StPO/ZH vergleichbare Regelung. Die dritte Differenz, dass nämlich ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, wenn der Staatsanwalt plädiert, dürfte von eher untergeordneter Bedeutung sein und bleiben.

Allerdings ist der Anspruch auf einen *amtlichen Verteidiger* nach der StPO/CH - anders als nach dem noch geltenden zürcherischen Recht (§ 11 StPO/ZH) - nicht generell für alle beschuldigten Personen identisch geregelt (vgl. Art. 132 StPO/CH): Handelt es sich bei der abzuklärenden Angelegenheit nämlich um einen Fall, welcher in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht solche Schwierigkeiten bereitet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre, und liegt gleichzeitig kein Bagatelldfall vor, so ist nach dem Bundesrecht nicht von einem Fall notwendiger Verteidigung auszugehen. Trotzdem wird der beschuldigten Person eine amtliche Verteidigung bestellt, falls sie nicht über die erforderlichen Mittel für eine erbetene Verteidigung verfügt (Art. 132 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 StPO/CH).

Zusammengefasst wird der beschuldigten Person nach der Schweizerischen Strafprozessordnung in Fällen notwendiger Verteidigung ein amtlicher Rechtsbeistand bestellt - sofern die beschuldigte Person nicht selber einen Verteidiger mandatiert (Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO/CH). Ist die beschuldigte Person mittellos, hat sie unter gewissen Umständen Anspruch auf amtliche Verteidigung, obschon (noch) nicht von einem Fall notwendiger Verteidigung auszugehen ist (Art. 132 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 StPO/CH).

III. Das Recht der beschuldigten Person auf Orientierung und Unterstützung durch eine Verteidigung im Strafverfahren

1. Orientierung über das Recht auf Bestellung einer Verteidigung

Nach Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO/CH ist die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme von Amtes wegen u.a. darauf hinzuweisen, dass sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen.

Beim Strafverfolgungsorgan, welches die erste Einvernahme im Sinne dieser Bestimmung durchführt, kann es sich um einen Polizeibeamten handeln, welcher im Rahmen seiner selbständigen Ermittlungstätigkeit (vgl. Art. 142 Abs. 2 StPO/CH) oder im Auftrag der Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 312 Abs. 2 StPO/CH aktiv wird oder aber um einen Staatsanwalt respektive (juristischen) Mitarbeiter der Staatsanwaltschaft (vgl. Art. 311 Abs. 1 StPO/CH, Art. 142 Abs. 1 StPO/CH). Sie sind die Adressaten der Belehrungspflicht.

Da der Anspruch der beschuldigten Person zu Beginn der ersten Einvernahme entsteht, stellt sich die Frage, was unter dem Begriff der Einvernahme zu verstehen ist. Richtigerweise muss es sich dabei um eine «Einvernahme zu Protokoll» handeln. Von einer solchen ist nach hier vertretener Auffassung nicht nur auszugehen, wenn ein Befragungsprotokoll erstellt wird, sondern generell auch dann, wenn die Aussagen in anderer Weise in die Strafakten aufgenommen werden.⁴ Dies kann insbesondere in einem Bericht oder Rapport geschehen. Keine solche Einvernahme stellen somit beispielsweise Fragen im Zusammenhang mit der Durchführung einer Hausdurchsuchung, Beschlagnahme oder Verkehrskontrolle dar, sofern die betreffenden Antworten weder protokolliert noch sinngemäss in einem Bericht wiedergegeben werden.

Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO/CH gewährt den Anspruch der beschuldigten Person auf Orientierung über das Recht auf Beizug einer Verteidigerin oder eines Verteidigers. Bei der beschuldigten Person handelt es sich gemäss Art. 111

Abs. 1 StPO/CH um diejenige Person, die in einer Strafanzeige, einem Strafantrag oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird. Im Gesamtzusammenhang bedeutet dies grundsätzlich, dass diese Person zu Beginn der ersten Befragung als Beschuldigte bzw. Beschuldigter orientiert werden muss. Während kaum Diskussionen darüber zu erwarten sind, ob eine Person in einer Strafanzeige oder in einem Strafantrag als Tatverdächtige erwähnt ist, wird es zu Auseinandersetzungen darüber kommen, ob die später beschuldigte Person nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt als solche hätte erkannt und ob sie deshalb nicht bereits früher über ihre Rechte hätte aufgeklärt werden müssen.⁵ Mit anderen Worten werden darüber Meinungsverschiedenheiten bestehen, ab welchem Zeitpunkt der Tatverdacht derart erhärtet ist, dass von einem für die Zuweisung der Beschuldigtenrolle ausreichenden Tatverdacht gesprochen werden kann. Massgebend zur Beantwortung der Frage, ob gegen eine bestimmte Person der ausreichende Anfangsverdacht besteht, sie habe sich einer Straftat schuldig gemacht, sind objektive Gesichtspunkte, nicht etwa die subjektive Einstellung des Strafverfolgungsorgans, welches die Befragung durchführt. Im Zentrum des Interesses wird sodann die Frage stehen, ob die Aussagen einer Person, welche zu Unrecht als Auskunftsperson und nicht als Beschuldigte befragt worden ist, einem Verwertungsverbot unterliegen oder nicht. Nach hier vertretener Auffassung ist von der Unverwertbarkeit auszugehen, es sei denn, die in der Rolle als Auskunftsperson getätigten Aussagen würden durch die nunmehr offiziell beschuldigte Person bestätigt.⁶

Eine Besonderheit im Zusammenhang mit der Orientierungspflicht stellt die polizeiliche Anhaltung nach Art. 215 StPO/CH dar. Gemäss dieser Bestimmung kann eine Person u.a. angehalten werden, um abzuklären, ob sie eine Straftat begangen hat (Art. 215 Abs. 1 lit. c StPO/CH). Daraus folgt, dass sich die Anhaltung nicht gegen eine beschuldigte Person richtet und entsprechend, dass die angehaltene Person weder über die Beschuldigtenrechte zu orientieren ist noch Anspruch auf Kontaktaufnahme oder gar Anwesenheit einer Verteidigerin oder eines Verteidigers hat.

In inhaltlicher Hinsicht erfordert die Orientierungspflicht die Aufklärung der beschuldigten Person über ihr Recht, eine Verteidigung zu bestellen oder eine amtliche Verteidigung zu beantragen. Darüber hinaus ist die beschuldigte Person über die Einleitung des Strafverfahrens zu informieren und es muss ihr mitgeteilt werden, welche Straftaten ihr zum Vorwurf gemacht werden, dass sie die Mitwirkung verweigern und dass sie eine Übersetzerin oder einen Übersetzer verlangen kann (Art. 158 Abs. 1 lit. a-d StPO/CH).

Die soeben erwähnten Rechte der beschuldigten Person sind im Übrigen inhaltlich verfassungs- und konventionsrechtlich garantiert.⁷ Ob eine entsprechende Garantie auch für die Belehrungspflicht an sich gilt, ist bezüglich einzelner dieser Rechte zumindest umstritten.⁸ Jedenfalls bezieht sich Art. 31 Abs. 2 BV - anders als Art. 158 StPO/CH - ausschliesslich auf solche beschuldigte Personen, welchen die Freiheit entzogen wird.

Was das Formelle betrifft, so erfolgt die Belehrung im Rahmen der Befragung in der Regel mündlich und ist zu protokollieren. Die Protokollierung stellt zwar kein Gültigkeitserfordernis dar, jedoch trägt das Strafverfolgungsorgan die Beweislast dafür, dass die Belehrung erfolgt ist.

Zu prüfen ist, welche Folgen das Unterlassen der Belehrung nach sich zieht. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur damaligen aargauischen StPO, welche keine Belehrungspflicht kannte, handelt es sich bei der Aufklärungspflicht um ein Recht der beschuldigten Person, welches sich nicht nur aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ableiten lässt, sondern vielmehr als eigenständige Verfahrensgarantie zu betrachten ist.⁹ Aufgrund des formellen Charakters dieser Garantie seien die Aussagen, welche in Unkenntnis der Rechte gemacht worden sind, unverwertbar. Da auch das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung zu berücksichtigen sei, könnten jedoch Einvernahmen, vor welchen die betroffene Person entgegen der klaren gesetzlichen Regelung nicht belehrt worden ist, ausnahmsweise trotzdem verwertet werden, beispielsweise etwa, wenn erwiesen ist, dass der beschuldigten Person diese Rechte bekannt waren.¹⁰

In Art. 158 Abs. 2 StPO/CH ist ausdrücklich festgehalten, Einvernahmen ohne Belehrung seien nicht verwertbar. In Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO/CH wird dies bestätigt. Entsprechend wird die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum geltenden Recht, wonach Ausnahmen vom Verwertungsverbot zulässig sein können, so etwa, wenn hinreichend erwiesen ist, dass die beschuldigte Person ihre Rechte gekannt habe, aufgegeben werden müssen; dies deshalb, weil ohne Belehrung erlangte Beweise nach der zitierten Bestimmung absolut unverwertbar sind.

forumpoenale-2009-107

2. Veranlassen zur Erklärung betreffend die Verteidigung

Gemäss Art. 131 StPO/CH ist die Verfahrensleitung in Fällen notwendiger Verteidigung verpflichtet, die Verteidigung zu bestellen. Um zu wissen, ob die beschuldigte Person selbst eine Verteidigerin bzw. einen Verteidiger beizieht oder aber ob eine amtliche Verteidigung zu bestellen ist, muss das zuständige Strafverfolgungsorgan diese zu einer Stellungnahme veranlassen.

3. Zeitpunkt der Bestellung der Verteidigung

a) Zeitpunkt der Bestellung der Verteidigung im Falle notwendiger Verteidigung

Die zuständigen Strafverfolgungsorgane - also Polizei, Staatsanwaltschaft oder Gericht - sind von Amtes wegen verpflichtet, die Verteidigung unverzüglich sicherzustellen, wenn ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt (Art. 131 StPO/CH).

Ist diese Voraussetzung bei der Einleitung des Vorverfahrens gegeben, so ist die Verteidigung nach dem Wortlaut von Art. 131 Abs. 2 StPO/CH nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung zu gewährleisten. Das Vorverfahren umfasst sowohl das polizeiliche Ermittlungsverfahren als auch das Untersuchungsverfahren (Art. 299 Abs. 1 StPO/CH).

Grundsätzlich hat also die Staatsanwaltschaft die Verteidigung vor der Eröffnung der Untersuchung zu bestellen. Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass die Bestellung der Verteidigung in aller Regel vor der ersten Befragung durch die Staatsanwaltschaft zu erfolgen hat.

Nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft kann sie nur dann zulässig sein, wenn diese Befragung vor der Eröffnung der Untersuchung gemäss Art. 309 Abs. 1 StPO/CH stattfindet. Das ist bei den sogenannten Brandtourfällen (Art. 307 Abs. 1 StPO/CH) möglich (trotz Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO/CH) sowie dann, wenn die Staatsanwaltschaft die Abklärungen im polizeilichen Ermittlungsverfahren an sich zieht, um abzuklären, ob ein hinreichender Tatverdacht für die Eröffnung einer Untersuchung besteht (Art. 307 Abs. 2 StPO/CH).

Daraus ergibt sich, dass die amtliche Verteidigung *selbstdann* nicht generell vor der ersten Einvernahme zu bestellen ist, wenn die Strafverfolgungsorgane von einem Fall notwendiger Verteidigung ausgehen.¹¹

b) Zeitpunkt der Bestellung der Verteidigung für die mittellose beschuldigte Person in deren Interesse

Wie erwähnt ist einer mittellosen beschuldigten Person allenfalls bei einem in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht schwierigen Fall ohne Bagatelldarakter eine amtliche Verteidigung zu bestellen. In dieser Konstellation muss der Antrag auf Bestellung der amtlichen Verteidigung allerdings regelmässig von der beschuldigten Person ausgehen.¹² Entsprechend ist es primär sie, welche massgeblichen Einfluss auf den Zeitpunkt der Bestellung der Verteidigerin oder des Verteidigers ausübt. Das Verhalten des Strafverfolgungsorgans ist hier nur insofern von Relevanz, als es die beschuldigte Person nach Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO/CH zu Beginn der ersten Einvernahme auf die Möglichkeit der Verteidigung aufmerksam zu machen hat.

4. Zuständigkeit zur Bestellung der amtlichen Verteidigung

Die amtliche Verteidigung wird gemäss Art. 133 Abs. 1 StPO/CH von demjenigen Strafverfolgungsorgan bestellt, welches im jeweiligen Verfahrensstadium zuständig ist. Im Vorverfahren handelt es sich hierbei um die Staatsanwaltschaft. Das zuständige Strafverfolgungsorgan berücksichtigt gemäss Art. 133 Abs. 2 StPO/CH nach Möglichkeit die Wünsche der beschuldigten Person.

5. Recht auf Anwesenheit der Verteidigung und auf Kontakt mit derselben

Die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Verteidiger zur Teilnahme an Beweiserhebungen und insbesondere an Einvernahmen der beschuldigten Person berechtigt ist, kann für den Ausgang des Verfahrens von Bedeutung sein. Häufig werden nämlich in der ersten Phase der Untersuchung wichtige Weichen gestellt.¹³ Wenn nun der beschuldigten Person gemäss Verfassungs- und Konventionsrecht der Anspruch auf Verteidigung zugestanden wird, so muss diese gerade in entscheidenden Phasen des Verfahrens gewährleistet sein. Entsprechend muss die Verteidigung der beschuldigten Person nach Möglichkeit zu Beginn der Voruntersuchung Beistand leisten können. Man könnte in diesem Zusammen-

hang anstatt vom Anwalt der ersten Stunde vom Anwalt in ernster Stunde sprechen.

Nach dem EGMR ist zur Beantwortung der gestellten Frage massgebend, ob dem Verhalten, insbesondere den Aussagen der beschuldigten Person im fraglichen frühen Stadium der Voruntersuchung, eine Bedeutung beigemessen wird, welche für die Verteidigung im nachfolgenden Strafverfahren von insgesamt erheblicher Relevanz ist. Ist dem so, so verlangt Art. 6 EMRK, dass dem Beschuldigten zugestanden wird, vom Beistand eines Anwalts bereits im anfänglichen Stadium der polizeilichen Befragung zu profitieren. Das betreffende Recht konnte gemäss bisheriger Rechtsprechung des EGMR in begründeten Fällen eingeschränkt werden.¹⁴ Der neueste Entscheid der Grossen Kammer des EGMR in Sachen *Salduz v. Turkey* verlangt nunmehr zwingende Gründe.¹⁵ Eine Verurteilung durch den Gerichtshof erfolgt allerdings nur dann, wenn das Verfahren zufolge der Verweigerung des Rechtsbeistands zu Beginn der Voruntersuchung insgesamt als unfair erachtet werden muss.¹⁶ Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn belastende Aussagen der beschuldigten Person, welche anlässlich der polizeilichen Einvernahme in Abwesenheit der Verteidigung getätigt wurden, als (alleinige) Grundlage für eine Verurteilung verwendet wurden.¹⁷

Das Bundesgericht hat bisher in apodiktischer Weise die Auffassung vertreten, weder aus Art. 32 Abs. 2 BV noch aus der EMRK ergebe sich ein Recht auf Anwesenheit des Verteidigers bei einer polizeilichen Einvernahme.¹⁸

Auch wenn dieser Entscheid des EGMR angesichts der Regelung in Art. 159 StPO/CH nicht für viele Fallkonstellationen von Relevanz sein wird, drängt sich für das Bundesgericht doch ein Überdenken seiner Position auf. Bei polizeilichen Einvernahmen hat die beschuldigte Person gemäss der zitierten Bestimmung das Recht auf Anwesenheit der Verteidigerin oder des Verteidigers. Diese sind befugt, Fragen zu stellen. Allerdings lässt sich aus den erwähnten Ansprüchen kein Recht auf Verschiebung einer Einvernahme ableiten (Art. 159 Abs. 3 StPO/CH).

Wird die beschuldigte Person vorläufig festgenommen, so hat deren Verteidigung selbstverständlich ebenfalls das Recht auf Anwesenheit bei der Befragung sowie auf Ergänzungsfragen. Zusätzlich hat die beschuldigte Person das Recht auf freien Verkehr mit ihrer Verteidigung (Art. 159 Abs. 2 StPO/CH). Gleiches gilt bei Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 223 Abs. 2 StPO/CH). Der freie Verkehr wird zwar in der BV und EMRK nicht ausdrücklich garantiert, wohl aber in Art. 14 Ziff. 3 lit. b IPBPR. Jedenfalls stellt er eine wesentliche Voraussetzung für eine ausreichende Verteidigung dar, welche sowohl nach Verfassungs- wie auch Konventionsrecht garantiert sein muss.

Das Recht auf Anwesenheit der Verteidigung bei der Polizei muss die beschuldigte Person geltend machen. Die Polizei ist mit anderen Worten nicht verpflichtet, von sich aus aktiv zu werden und die Verteidigerin bzw. den Verteidiger aufzubieten. Ergibt sich aber, dass die beschuldigte Person die Verteidigung nicht vor der fraglichen Einvernahme davon unterrichten konnte, so muss ihr die Möglichkeit gegeben werden, mit ihrer Verteidigerin oder ihrem Verteidiger Kontakt aufzunehmen. Zu diesem Zweck ist nötigenfalls die erforderliche Infrastruktur zur Verfügung zu stellen (Telefonbuch, allenfalls Verzeichnis der Anwälte, Telefon).

Das Recht der Verteidigung auf Anwesenheit bei Einvernahmen gemäss Art. 159 Abs. 1 und Abs. 2 StPO/CH, also bei selbständigen polizeilichen Befragungen, bezieht sich

ausschliesslich auf Befragungen der beschuldigten Person, nicht aber etwa auf polizeiliche Befragungen von Auskunftspersonen oder von Mitbeschuldigten. Demgegenüber ist die Verteidigerin bzw. der Verteidiger zur Anwesenheit bei Befragungen anderer Personen berechtigt, wenn diese im Auftrag der Staatsanwaltschaft erfolgen (Art. 312 Abs. 2 i.V. mit Art. 147 Abs. 1 StPO/CH).

Wird die beschuldigte Person zur Befragung vorgeladen, so kann sie vor der Befragung mit ihrer Verteidigerin bzw. ihrem Verteidiger Kontakt aufnehmen. Nimmt sie erst zu Beginn der Einvernahme von ihrem Recht auf Beizug einer Verteidigerin oder eines Verteidigers Kenntnis, muss die Einvernahme nicht abgebrochen werden, um der beschuldigten Person zu ermöglichen, die Verteidigung zu organisieren und sich zu besprechen. Immerhin kann die beschuldigte Person von ihrem Recht auf Aussageverweigerung Gebrauch machen, bis sie mit der Verteidigung Kontakt aufgenommen hat.

Auch im Falle einer Festnahme besteht kein Anspruch auf Verschiebung der Einvernahme. Es ist jedoch darauf zu achten, dass die Verteidigung nach Möglichkeit bei der Befragung anwesend sein kann. Da die Verteidigung nur Sinn macht, wenn die beschuldigte Person und ihre Verteidigerin bzw. ihr Verteidiger sich wenigstens kurz besprechen, muss ihnen diese Möglichkeit vor der Einvernahme gewährt werden. Allenfalls ist die Einvernahme zu diesem Zweck kurz zu unterbrechen.¹⁹

In Art. 159 Abs. 1 StPO/CH ist ausschliesslich vom Anwesenheitsrecht der Verteidigung bei der polizeilichen Einvernahme die Rede. Daraus darf nun per argumentum e contrario nicht gefolgert werden, bei Einvernahmen durch den Staatsanwalt bestehe kein Anwesenheitsrecht der Verteidigung. Vielmehr ist nach hier vertretener Auffassung der umgekehrte Schluss zu ziehen, dass das Anwesenheitsrecht in diesem Verfahrensstadium erst recht zu gewähren ist.²⁰ Gemäss Botschaft soll sich dies aus dem allgemeinen Recht der Parteien auf Teilnahme an Beweiserhebungen i.S.v. Art. 147 Abs. 1 StPO/CH sowie aus dem Recht auf Privatverteidigung nach Art. 127 Abs. 1 StPO/CH ergeben.²¹

6. Rechtsfolgen bei unrechtmässiger Verweigerung des Verteidigerbeizuges

Wird der Beistand einer Verteidigerin oder eines Verteidigers durch die Strafverfolgungsbehörden zu Unrecht verweigert, so sind die Aussagen der beschuldigten Person nicht verwertbar. Die Sanktion der Unverwertbarkeit findet sich für diese Konstellation zwar nicht explizit in der Schweizerischen Strafprozessordnung, dürfte aber unbestritten sein. Jedenfalls wäre nicht nachvollziehbar, wenn die Unterlassung der Belehrungspflicht betreffend die Verteidigung zur Unverwertbarkeit der Einvernahmen führen würde (Art. 158 Abs. 2 StPO/CH), nicht aber die Verweigerung der Verteidigung selbst.²² Bestätigt die beschuldigte Person nachträglich im Beisein ihrer Verteidigerin bzw. ihres Verteidigers die zu einem früheren Zeitpunkt ohne Verteidigung gemachten Aussagen, so werden diese Aussagen verwertbar. Der Grund dafür liegt darin, dass es dem Strafverfolgungsorgan nicht verwehrt ist, die im Rahmen der unverwertbaren Einvernahme gestellten Fragen erneut zu stellen. Die beschuldigte Person kann im Rahmen dieser zweiten Befragung diese Fragen entweder einzeln beantworten oder aber generell auf die damals erteilten Antworten verweisen.

Stichwörter: Recht auf Verteidigung, Anwalt der ersten Stunde, erste Einvernahme der beschuldigten Person, Belehrungspflicht, Verwertbarkeit

Mots-clés: droit d'être défendu, avocat de la première heure, premier interrogatoire de la personne prévenue, obligation d'informer, possibilité d'exploiter

Zusammenfassung: Der Beitrag befasst sich mit dem Anspruch auf Beizug eines Rechtsbeistands, mit dem amtlichen Rechtsbeistand und dem Recht der beschuldigten Person auf diesbezügliche Belehrung, mit dem Zeitpunkt der Bestellung der Verteidigung sowie mit dem Recht auf Anwesenheit der Verteidigung zu Beginn der Voruntersuchung.

Résumé: La contribution traite du droit de se faire assister d'un conseil juridique, de l'avocat d'office et du droit de la personne prévenue d'être informée de manière correspondante, du moment de la désignation du défenseur ainsi que du droit à la présence de ce dernier au commencement de l'instruction préparatoire.

[*] Überarbeitete Fassung des Vortrages vom 22.9.2008, gehalten im Rahmen einer durch den Verein Pikett Strafverteidigung organisierten Veranstaltung.

[1] Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (BBl 2007, 6977, künftig [SR 312.0](#); voraussichtliches Inkrafttreten am 1.1.2011).

[2] Z.B. CAMENZIND, «Anwalt der ersten Stunde» - ein zentraler Teil der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung, *Anwaltsrevue* 2007, 328, 331.

[3] Die Frist gemäss § 11 Abs. 2 Ziff. 2 StPO/ZH beginnt nach der Praxis allerdings erst ab dem Zeitpunkt des Haftrichterentscheids zu laufen. Dies bedeutet, dass der Inhaftierte i.d.R. zuvor bereits mehr als drei Tage vorläufig festgenommen war.

[4] DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, Die Revision des Zürcher Strafverfahrensrechts vom 27. Januar 2003, Zürich/Basel/Genf 2005, 30; LIEBER/DONATSCH, in: DONATSCH/SCHMID (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., § 11 N 9.

[5] SCHMID, «Anwalt der ersten Stunde», Zu den Lösungsvorschlägen des Vorentwurfs für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001, in: DONATSCH/FORSTER/SCHWARZENEGGER (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 745, 759.

[6] DONATSCH, in: DONATSCH/SCHMID (Fn. 4), § 149a N 26 mit weiteren Hinweisen. Gl. M. ERNI, Die Verteidigungsrechte in der Eidg. Strafprozessordnung, insbesondere zum «Anwalt der ersten Stunde», *ZStrR* 125 (2007), 229, 234.

[7] Vgl. etwa [Art. 31 Abs. 2 BV](#) (bei Freiheitsentzug), [Art. 32 Abs. 2 BV](#), [Art. 6 Ziff. 1 und 3 EMRK](#), [Art. 14 Ziff. 3 lit. d IPBPR](#).

[8] Vgl. dazu LIEBER/DONATSCH, in: DONATSCH/SCHMID (Fn. 4), § 11 N 5 f.

[9] ZIMMERLIN, Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach [Art. 31 Abs. 2 BV](#), *ZStrR* 121 (2003), 311, 331 ff.; [BGE 130 I 126](#), 132.

[10] [BGE 130 I 126](#), 131 f.

[11] Vgl. dazu auch ERNI (Fn. 6), 241; LIEBER, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126 (2008), 174, 187.

[12] Gemäss Botschaftv. 21.12.2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006, 1085, 1179, kann die amtliche Verteidigung bei mittellosen beschuldigten Personen auch von Amtes wegen angeordnet werden. Dies dürfte allerdings der Ausnahmefall sein, weil in derartigen Konstellationen wohl regelmässig der Fall von Art. 130 lit. c StPO/CH vorliegen wird.

[13] ALBRECHT, Die Funktion und Rechtsstellung der Verteidigung, in: NIGGLI/WEISSENBARGER (Hrsg.), Strafverteidigung, Band VII, Basel/Genf/München 2002, N 2.67 f.; ARQUINT, «Anwalt der ersten Stunde»? - Ein Positionspapier!, in: SCHINDLER/SCHLAURI (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 2001, 175, 195 ff.; MÜLLER-HASLER, Die Verteidigungsrechte im zürcherischen Strafprozess, insbesondere deren zeitlicher Geltungsbereich, unter dem Aspekt des fairen Verfahrens, Diss. Zürich 1998, 23; kritisch WEDER, Zum Postulat der Teilnahme der Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren des Kantons Zürich, in: DONATSCH/FINGERHUTH/LIEBER/REHBERG/WALDER (Hrsg.), 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 445, 457 f.

[14] EGMR v. 24.11.1993, Imbrioscia v. Switzerland, Series A Nr. 275, § 36: «Other requirements of Article 6 (art. 6) - especially of paragraph 3 (art. 6-3) - may also be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them [...]»; EGMR v. 8.2.1996, John Murray v. United Kingdom, Reports 1996-I, § 63: «National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances Article 6 (art. 6) will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. However, this right, which is not explicitly set out in the Convention, may be subject to restrictions for good cause. The question, in each case, is whether the restriction, in the light of the entirety of the proceedings, has deprived the accused of a fair hearing»; EGMR v. 2.8.2005, Kolu v. Turkey, Requête Nr. 35811/97, § 51: «Dans certaines conditions, la notion d'équité consacrée par l'article 6 § 1 peut exiger, même s'il ne le mentionne pas expressément, que l'accusé bénéficie de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police [...]»; EGMR v. 26.4.2007, Salduz v. Turkey, Nr. 36391/02, § 22 (der Fall wurde an die Grosse Kammer weitergezogen, vgl. [Art. 43 EMRK](#)).

[15] EGMR v. 27.11.2008, Salduz v. Turkey, Nr. 36391/02, § 55 (Entscheid der Grossen Kammer): «[...] in order for the right to a fair trial to remain sufficiently 'practical and effective' [...] Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right.»

[16] EGMR, Imbrioscia v. Switzerland (Fn. 14), § 38: «In addition, the Court points out that the manner in which Article 6 paras. 1 and 3 (c) (art. 6-1, art. 6-3-c) is to be applied during the preliminary investigation depends on the special features of the proceedings involved and on the circumstances of the case; in order to determine whether the aim of Article 6 (art. 6) - a fair trial - has been achieved, regard must be had to the entirety of the domestic proceedings conducted in the case [...]»; EGMR, Salduz v. Turkey (Fn. 14), § 24: «In these circumstances, the Court considers that, in the instant case, the fairness of the applicant's trial was not prejudiced on account of the fact that he did not have access

to a lawyer during the period in police custody». Dieser Entscheid wurde indes umgestossen durch ein Urteil der Grossen Kammer des EGMR, welche in der fehlenden Verteidigung während der polizeilichen Befragung und der Verwendung der vor der Polizei gemachten Aussagen des Beschuldigten zur Verurteilung desselben einen Verstoss gegen Art. 6 Ziff. 3 lit. c i.V.m. Ziff. 1 EMRK erkannte, vgl. EGMR, Salduz v. Turkey (Fn. 15), §§ 58, 62 f.

[17] EGMR, Salduz v. Turkey (Fn. 15), § 55.

[18] BGer, Urteil v. 25.1.2007, 1P.556/2006, E. 3.3; BGer, Urteil v. 26.6.2006, 1P.102/2006, E. 2.1; BGE 104 Ia 17, 20 f.

[19] Vgl. ERNI (Fn. 6), 235.

[20] ERNI (Fn. 6), 237 f.

[21] Botschaft (Fn. 12), 1187.

[22] SCHMID (Fn. 5), 762, allerdings nur für den Fall der Inhaftierung der beschuldigten Person.