

## Der «Anwalt der ersten Stunde» - Luxus oder Unerlässlichkeit? *Verfasst von Tenzing Memmishofer*

### A. Einleitung

- 1 Der «Anwalt der ersten Stunde» ist eine der vielbeachteten Neuerungen, welche mit der eidgenössischen StPO<sup>1</sup> am 01. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Was sich hinter dieser Beschreibung (welche so nicht im Gesetz zu finden ist) verbirgt, wie ihr Inhalt in der Systematik der StPO und EMRK<sup>2</sup> eingebettet worden ist und was sich seither für praktische Probleme und Lösungsansätze entwickelt haben; das alles ist Inhalt dieses Aufsatzes.
- 2 Bereits aus der Beschreibung selbst lässt sich ableiten, dass es sich um ein Verteidigungsrecht handelt, welches sich zu einem möglichst frühen Zeitpunkt (in «der ersten Stunde») verwirklichen soll.
- 3 Am Anfang eines jeden schweizerischen Strafverfahrens steht ein Verdacht, dass eine Straftat begangen worden sei, der zur Eröffnung des Vorverfahrens führt. In diesem ersten Verfahrensabschnitt werden Beweise ermittelt, um festzustellen, ob gegen die beschuldigte Person (Art. 111 StPO) ein Strafbefehl erlassen, eine Anklage erhoben oder das Verfahren eingestellt werden soll (Art. 299 Abs. 2 StPO).

Idealtypisch wird das Vorverfahren in das polizeiliche Ermittlungsverfahren einerseits und das Untersuchungsverfahren andererseits unterteilt (Art. 299 Abs. 1 StPO). Gemäss Art. 306 StPO hat die Polizei im Ermittlungsverfahren den für eine Straftat relevanten Sachverhalt festzustellen und namentlich die tatverdächtige Person zu ermitteln und zu befragen (Abs. 2 lit. b). Diese Befragung ist als Einvernahme der beschuldigten Person (Art. 157 ff. StPO) zu werten und gilt als Personalbeweis.

Im polizeilichen Ermittlungsverfahren kommt es also zum ersten unmittelbaren Kontakt zwischen der tatverdächtigen Person und der Strafverfolgungsbehörden (Art. 15 ff. StPO). Somit stellt sich die Frage nach den Verteidigungsrechten im Vorverfahren im Allgemeinen und dem Ermittlungsverfahren im Speziellen, denn dort befinden wir uns in der «der ersten Stunde».

- 4 Nach Art. 32 Abs. 2 BV<sup>3</sup> und Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ist das Recht, eine formelle (Wahl-) Verteidigung beizuziehen, grundsätzlich im ganzen Verfahren garantiert. Art. 129 Abs. 1 StPO wiederholt diesen Grundsatz für den Strafprozess. Für das Untersuchungsverfahren ist der Bezug einer Verteidigung in Art. 147 StPO verankert, denn für die Verteidigung gelten dieselben Mitwirkungsrechte wie für die beschuldigte Person<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).

<sup>2</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).

<sup>3</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>4</sup> DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, 107; JOSITSCH DANIEL, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 264.

Für die polizeiliche Einvernahme im Ermittlungsverfahren garantiert Art. 159 Abs. 1 StPO, dass eine Verteidigung anwesend sein und Fragen stellen darf. In einem engeren Sinne ist damit der «Anwalt der ersten Stunde» identifiziert.

In einem weiteren Sinne stecken im «Anwalt der ersten Stunde» aber auch weitere Rechte, welche zum Ziel haben, dass dieser Anspruch auch tatsächlich wahrgenommen werden kann. Im Einzelnen wird darauf noch einzugehen sein aber im Sinne einer Übersicht sei bereits darauf hingewiesen, dass die Strafverfolgungsbehörden auf dieses Recht aufmerksam machen müssen; die Strafverfolgungsbehörden bei der Bestellung der Verteidigung gewisse Unterstützungspflichten (eher Obliegenheiten) treffen; und sie mit der Einvernahme zuwarten bzw. diese abbrechen müssen bis der Anwalt eingetroffen ist und sich mit der beschuldigten Person unter vier Augen beraten konnte.<sup>5</sup>

- 5 Dass ein Anwalt bereits bei der ersten Einvernahme durch die Polizei im Ermittlungsverfahren anwesend sein darf, war vor Inkrafttreten der eidgenössischen StPO in den allermeisten Kantonen unbekannt.<sup>6</sup> Dessen Einführung wurde Gegenstand von kontroversen Diskussionen<sup>7</sup> und namentlich aus Kreisen der Staatsanwaltschaften und Polizei wurde aus Gründen der Verfahrenseffizienz und behaupteter Behinderung der Wahrheitsfindung gegen dieses Institut opponiert<sup>8</sup>.

## **B. Funktion und Bedeutung des «Anwalts der ersten Stunde»**

- 6 Um die Funktion und Bedeutung des «Anwalts der ersten Stunde» zu erfassen, muss man sich einige prägende Merkmale des schweizerischen Strafverfahrens vor Augen führen.<sup>9</sup>
- 7 Im Vorverfahren verfügt die Staatsanwaltschaft über eine sehr starke Stellung, die sich aus ihrer Funktion als alleinige Leiterin desselben und der damit einhergehenden Befugnissen ergibt (Art. 61 lit. a StPO und Art. 62 Abs. 2 StPO). Sie ist in dieser Funktion zur Neutralität verpflichtet, was sich namentlich darin zeigt, dass sie entlastende Hinweise mit der gleichen Sorgfalt wie belastende zu untersuchen hat (Art. 6 Abs. 2 StPO).

---

<sup>5</sup> Umfassend und übersichtlich SCHLEGEL STEPHAN/WOHLERS WOLFGANG, Der «Anwalt der ersten Stunde» in der Schweiz, zugleich ein Beitrag zu den menschenrechtlichen Mindeststandards der Strafverteidigung, StV 5/2012, 310 ff. (zit. SCHLEGEL/WOHLERS).

<sup>6</sup> Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl. 2006, 1193; kurze Übersicht zur Handhabung vor Inkrafttreten der StPO mit weiteren Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung RIKLIN FRANZ, OFK StPO Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Auflage, 2014 Zürich, Art. 159 N 1.

<sup>7</sup> Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, Bern 2003, 44 ff.

<sup>8</sup> WEDER ULRICH, Zum Postulat der Teilnahme der Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren des Kantons Zürich, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, hrsg. von Donatsch et al., Zürich 2000, 461 ff.; illustrativ auch WEDER ULRICH, Fragen zum „Anwalt der ersten Stunde“ – Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess, NZZ Nr. 284 vom 06.12.2006, 15.

<sup>9</sup> Zum ganzen PIGUET CHRISTOPH/DYENS ALEXANDRE, Konnte mit der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung tatsächlich eine Stärkung der Verteidigungsrechte bewirkt werden?, Anwaltsrevue 8/2015, 365 ff., 365-367. (zit. PIGUET/DYENS).

Im Hauptverfahren mutiert die Staatsanwaltschaft jedoch zur öffentlichen Anklägerin und somit zur einfachen (nicht mehr der Neutralität verpflichteten) Partei, während für die Verfahrensleitung nun das erstinstanzliche Gericht zuständig ist (vgl. Art. 328 ff. und Art. 61 StPO). Schliesslich wurde bereits darauf hingewiesen, dass im Vorverfahren gemäss Art. 299 Abs. 2 StPO über die Anhebung einer Klage oder eines Strafbefehls entschieden wird, wobei der Entscheid darüber die Staatsanwaltschaft fällt (vgl. Art. 318 Abs. 1 StPO).

- 8 Diese «Doppelrolle» der Staatsanwaltschaft wird zu Recht kritisch gesehen. Insbesondere wird die Befürchtung erhoben, die Staatsanwaltschaft könnte ihrer Pflicht nach Art. 6 Abs. 2 StPO nicht gerecht werden und den entlastenden Beweisen weniger Beachtung schenken als den belastenden.<sup>10</sup> Ohne böse Absichten zu unterstellen ist es ohne weiteres ersichtlich, dass hier eine gewisse strukturelle Schwachstelle zuungunsten der beschuldigten Person besteht.
- 9 Schliesslich ist hervorzuheben, dass den im Vorverfahren erhobenen Beweisen im gesamten Strafverfahren grosse Bedeutung zukommt, so dass der ersten Einvernahme der beschuldigten Person im Ermittlungsverfahren teilweise sogar «präjudizielle» Wirkung zugeschrieben wird.<sup>11</sup> Im Hauptverfahren ist die unmittelbare Beweiserhebung eingeschränkt (Art. 343 StPO) und es sind grundsätzlich die im Vorverfahren erhobenen Beweise massgebend (Stichwort Aktenprozess).<sup>12</sup>
- 10 Funktion und Bedeutung des «Anwalts der ersten Stunde» liegt also einerseits darin, im Interesse der beschuldigten Person ein Gegengewicht zur starken Staatsanwaltschaft und der Polizei zu bilden<sup>13</sup>, indem er über die Ausübung des Schweigerechts (Art. 113 Abs. 1 StPO) und weiteren taktischen Erwägungen juristisch berät aber auch in psychologischer Hinsicht einen Ausgleich zur Drohkulisse der Strafverfolgung bildet bzw. unzulässigem Druck entgegenwirkt, so dass bestehende Rechte der beschuldigten Person sinnvoll und effektiv genutzt werden können.<sup>14</sup> Des Weiteren hat er aber auch eine rechtsstaatliche Kontrollfunktion, indem er mittelbar über die ordentliche Beweisabnahme und die Einhaltung der prozessualen Schritte wacht.<sup>15</sup> Er trägt somit, anders als von Kritikern behauptet, auch zur Wahrheitsfindung (Verhinderte Falschaussage durch juris-

<sup>10</sup> PIGUET/DYENS, 366 f.

<sup>11</sup> SCHLEGEL/WOHLERS, S. 307; und mit weiteren Verweisen DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, GODENZI GUNHILD, Kommentar StPO, Art. 159 N 3 (zit. BEARBEITER, Kommentar StPO, Art. ... N...); NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung. Art. 1-195 StPO, 2. Auflage, Basel 2014, BSK StPO- RUCKSTUHL, Art. 159 N 2 (zit. BSK StPO-Bearbeiter, Art. ... N...).

<sup>12</sup> Für das *Trial Observation Project* wurden unter Leitung von Prof. Sarah SUMMERS über 400 Hauptverhandlungen in Strafverfahren besucht und empirische Daten erhoben. Dabei wurde festgestellt, dass Zürcher Gerichte in nur 15,1 % der Fälle Zeugen unmittelbar befragt haben, <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/summers/trialobservation/Ergebnisse.html> (besucht am 03.03.2016).

<sup>13</sup> Prägnant und mit weiteren Verweisen BGE 139 IV 25 E. 5.3.

<sup>14</sup> Mit weiteren Verweisen GODENZI, Kommentar StPO, Art. 159 N 3; BSK StPO- RUCKSTUHL, Art. 159 N 7; Zur wichtigen Rolle der Verteidigung in der Verwirklichung des Grundsatzes *nemo tenetur se ipsum accusare* WOHLERS WOLFGANG/SCHLEGEL STEPHAN, *forum* 2/2009, 75.

<sup>15</sup> Ebenfalls mit weiteren Verweisen GODENZI, Kommentar StPO, Art. 159 N 4.

tische Beratung) und der Verfahrenseffizienz (klare Verhältnisse im Verfahren und Absicherung gegen spätere Vorwürfe) bei.

### C. Der «Anwalt der ersten Stunde» in der EMRK

- 11 Wie bereits angedeutet ist das Recht auf Verteidigung in einem Strafverfahren auch in der EMRK verankert, dass in seinem Art. 6 (Mindest-) Kriterien für ein faires Verfahren festlegt. Die grosse Bedeutung der EMRK für die Schweiz rührt daher, dass sie grundsätzlich unmittelbar anwendbar ist.<sup>16</sup> Das bedeutet, dass sich der gerichtlich geschützte sachliche Schutzbereich einer subjektiv berechtigten Person insofern erweitert, als die Ansprüche aus der Konvention über den Schutzgehalt, wie er in der BV und allfälligen Kantonsverfassungen garantiert ist, hinausgehen.<sup>17</sup>

Auch aus schweizerischer Sicht ist deshalb festzustellen, ob der «Anwalt der ersten Stunde» auch in der EMRK vorgesehen ist und wie er inhaltlich ausgestaltet ist.<sup>18</sup> Gehen die Ansprüche aus der Konvention nämlich über die Ansprüche aus autonomem schweizerischem Recht hinaus, so erlangen sie selbständige Bedeutung.

- 12 Bis zum Jahre 2008 wurde das Recht einen Anwalt bereits bei den ersten polizeilichen Ermittlungen beizuziehen nur in spezielle Fällen zugestanden und zwar wenn dem Verhalten und den Aussagen des Beschuldigten an polizeilichen Befragungen für die Verteidigungsmöglichkeit und den Ausgang des Verfahrens wesentliche Bedeutung zukam (Stichwort mittelbare Beweiserhebung vor Gericht).<sup>19</sup>
- 13 Eine Umkehrung der bisherigen Rechtsprechung in dem Sinne, dass der Zugang<sup>20</sup> zu einem Verteidiger im Ermittlungsverfahren nun Regelfall («as a rule») sein soll und nur aus zwingenden Gründen («compelling reasons») eingeschränkt werden darf, wurde durch den EGMR erstmals 2008 im Fall *Salduz*<sup>21</sup> entschieden.<sup>22</sup> Wird der Wunsch auf anwaltlichen Beistand missachtet und belastende Aussagen aus der polizeilichen Befragung im weiteren Verlauf für die Urteilsfindung verwertet, so sind die Verteidigungsrechte nach Meinung des EGMR irreparabel verletzt. Sie können damit namentlich auch

<sup>16</sup> KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013, 13 f.

<sup>17</sup> BGE 101 Ia 67 E. 2c.

<sup>18</sup> Übersicht zur Entwicklung der EGMR Rechtsprechung und mit weiteren Verweisen SCHLEGEL/WOHLERS, 308-310.

<sup>19</sup> EGMR, Urteil vom 08.02.1996, ECHR 1996-I, § 66 – *John Murray ./. United Kingdom* (GC).

<sup>20</sup> Im Sinne eines Anspruches auf juristische Beratung vor bzw. zu Beginn der Einvernahme aber vermutlich auch auf Anwesenheit der Verteidigung in der ersten Einvernahme WOHLERS WOLFGANG/SCHLEGEL STEPHAN, forumpoenale 2/2009, 75.

<sup>21</sup> Im Fall ging es um einen 17 Jährigen, dem im Ermittlungsverfahren der Polizei der Zugang zu einem Anwalt, in Übereinstimmung mit autonomem türkischen Recht, und entgegen seinem ausdrücklichen Wunsch verwehrt wurde. Im weiteren Verlauf der Befragung legte er ein Geständnis ab, welches er jedoch später widerrief. Das zuständige Gericht stellte seinen Entscheid auch auf das widerrufenen Geständnis ab. Dagegen erhob der Betroffene Beschwerde. EGMR, Urteil vom 27.11.2008 – 36391/02 – *Salduz ./. Turkey* (GC); Urteil mit Kommentar in WOHLERS WOLFGANG/SCHLEGEL STEPHAN, forumpoenale 2/2009, 71 ff.

<sup>22</sup> EGMR, *Salduz ./. Turkey* (GC), § 34 ff.

nicht durch den Beizug einer Verteidigung in einem späteren Verfahrensabschnitt geheilt werden.<sup>23</sup>

In Fall *Pishchalnikov*<sup>24</sup> aus dem Jahre 2009 wurden die neugewonnenen Grundsätze aus dem Fall *Salduz* bestätigt und weiter konkretisiert. Es könne zwar auf dieses Recht verzichtet werden aber nur wenn dies freiwillig und eindeutig geschehen sei und gewisse Mindestgarantien eingehalten würden. Bei den Mindestgarantien handelt es sich um Leistungspflichten oder Obliegenheiten welche die Strafverfolgungsbehörden nach Ansicht des EGMR nachkommen müssen, damit der Anspruch auf den «Anwalt der ersten Stunde» auch effektiv wahrgenommen werden bzw. wirksam darauf verzichtet werden kann.<sup>25</sup> Als Massstab gilt dabei, dass der Beschuldigte die Folgen seiner Entscheidung angemessen vorhersehen kann. Dazu muss die beschuldigte Person insbesondere über Ihre Ansprüche auf Beistand in Kenntnis gesetzt werden (Belehrungspflicht);<sup>26</sup> die Befragung nicht weitergeführt bzw. unterbrochen werden, bis der angeforderte Beistand eingetroffen ist und sich mit der beschuldigten Person unterhalten konnte, es sei denn die beschuldigte Person initiiere die Weiterführung unmissverständlich und von sich aus (Pflicht zur Unterbrechung);<sup>27</sup> und schliesslich muss bei Scheitern der Kontaktaufnahme mit dem Wunschverteidiger auch auf andere Möglichkeiten einen Verteidiger zu organisieren hingewiesen werden (weitere Unterstützungspflichten)<sup>28</sup>. Wird diesen Leistungspflichten nicht nachgekommen, liegt eine Konventionsverletzung vor. Die Verletzung besteht jedoch nicht darin, dass im Endeffekt kein Anwalt zugezogen worden ist, sondern dass die Beschuldigte Person nicht in die Lage versetzt worden ist, effektiv über die Geltendmachung oder den Verzicht dieses Anspruchs zu entscheiden.

- 14 Durch die «dynamische» Rechtsprechung des EGMR seit 2008 besteht kein Zweifel mehr, dass sich ein Anspruch auf einen «Anwalt der ersten Stunde» aus Art. 6 Abs. 3 lit. c ableiten lässt.

#### D. Der «Anwalt der ersten Stunde» in der StPO

- 15 Mit Blick auf den Anspruch auf den «Anwalt der ersten Stunde» im Sinne der Rechtsprechung des EGMR scheint die Schweiz vorderhand gut aufgestellt zu sein. So sieht Art. 159 Abs. 1 StPO explizit die Anwesenheit der Verteidigung während der ersten polizeilichen Einvernahme vor. Die Verteidigung darf dabei zwar nicht für die beschuldigte Person Antworten aber insofern intervenieren, als unzulässige Fragen gestellt oder Ver-

<sup>23</sup> EGMR, *Salduz* ./ Turkey (GC), § 55.

<sup>24</sup> In diesem Fall hatte der Beschuldigte nach seiner Verhaftung den Beizug eines bestimmten Verteidigers gewünscht. Die Strafverfolgungsbehörde habe diesen in der Folge aber nicht erreicht, den Beschuldigten darüber jedoch nicht unterrichtet. Die Befragung mit dem Beschuldigten wurde dabei ununterbrochen weitergeführt ohne Anwalt, wobei es zu Selbstbelastungen kam. EGMR, Urteil vom 24.09.2009 – 7025/04 - *Pishchalnikov* ./ Russia; Urteil mit ausführlichem Kommentar SCHLEGEL STEPHAN, *forum* poenale 2/2010, 85 ff.

<sup>25</sup> SCHLEGEL/WOHLERS, 309 f.; BSK StPO- RUCKSTUHL, Art. 159 N 16.

<sup>26</sup> EGMR, *Pishchalnikov* ./ Russia, § 79.

<sup>27</sup> EGMR, *Pishchalnikov* ./ Russia, ebenfalls § 79.

<sup>28</sup> EGMR, *Pishchalnikov* ./ Russia, § 74.

fahrensmängel begangen werden<sup>29</sup>. Des Weiteren darf die Verteidigung nach der Einvernahme Ergänzungsfragen stellen, was von taktischen Erwägungen abhängt,<sup>30</sup> wobei im Zweifelsfall darauf verzichtet werden sollte. Schliesslich muss Art. 159 Abs. 1 StPO auch das Recht beinhalten, sich zu Beginn der Einvernahme mit seiner Verteidigung zu besprechen und juristisch zu beraten, um seines Zweckes nicht völlig entleert zu sein.<sup>31</sup>

In Hinblick auf die Qualität der juristischen Beratung erscheint allerdings problematisch, dass die Akteneinsicht zum Zeitpunkt der ersten Einvernahme nicht in Art. 159 StPO vorgesehen ist und sich auch nicht aus der EMRK ableiten lässt.<sup>32</sup> Nach Art. 101 Abs. 1 StPO steht den Parteien dieses Recht erst nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft und der Erhebung der wichtigsten Beweise zu. Der beigezogene Anwalt erhält somit nur die Information zum Tatvorwurf wie sie Art. 158 Abs. 1 lit. a vorsieht. Eine seriöse und umfassende juristische Beratung ohne genaue Kenntnis des Sachverhaltes ist nicht möglich.<sup>33</sup>

- 16 Im Zusammenhang mit dem Entscheid *Pishchalnikov* wurde auf die Leistungspflichten der Strafverfolgungsbehörden aufmerksam gemacht (vgl. Rz.13). Die beschuldigte Person muss in die Lage versetzt werden, dass sie über die Wahrnehmung ihrer Rechte frei entscheiden kann.

Conditio sine qua non dafür ist, dass die beschuldigte Person überhaupt von ihren Rechten Kenntnis hat. Strittig ist, ob in der StPO eine Informationspflicht über den «Anwalt der ersten Stunde» direkt aus Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO fliesst<sup>34</sup> oder erst aus Art. 143 Abs. 1 lit. c, wo für Einvernahmen im Allgemeinen die umfassende Belehrung über Rechte und Pflichten vorgesehen ist<sup>35</sup>. Keine ausdrückliche Grundlage in der StPO lässt sich für die weiteren Unterstützungs- und Hinweispflichten bei der Organisation der Verteidigung finden. Damit eine Person, welche zum Beispiel erst zu Beginn der Einvernahme überhaupt von ihrem Recht erfahren hat, effektiv ihr Recht auf Beistand geltend machen kann, müssen die Strafbehörden eine telefonische Kontaktierung der Wunschverteidigung organisieren oder im Falle dass dies fehlschlägt, auf Alternativen hinweisen, etwa den Pikkettendienst<sup>36</sup> von lokalen Strafverteidigern.<sup>37</sup>

- 17 Als offenkundig nicht mit der *Pishchalnikov* Rechtsprechung kompatibel muss sodann Art. 159 Abs. 3 StPO eingestuft werden, welcher keinen Anspruch auf Verschiebung

<sup>29</sup> BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 38; GODENZI, Kommentar StPO, Art. 159 N 12.

<sup>30</sup> Ebenfalls GODENZI, Kommentar StPO, Art. 159 N 12.

<sup>31</sup> BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 18.

<sup>32</sup> BGE 137 IV 172 E. 2.3 und E. 2.5 = Praxis 2011 Nr. 131, 964 f.

<sup>33</sup> Mit konkreten Änderungsvorschlägen PIGUET/DYENS, 368 f., Stochern im Nebel nennen es SCHLEGEL/WOHLERS, 313 f.; ob generell zur Aussageverweigerung zu raten sei erwägt BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 35; GODENZI, Kommentar StPO, Art. 159 N 15; SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung. Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 159 N 7.

<sup>34</sup> BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 21.

<sup>35</sup> SCHLEGEL/WOHLERS, 311 f.

<sup>36</sup> Etwa den Zürcher Anwaltspikett, der an sieben Tagen während 24 Stunden per Telefon erreichbar sein will <http://www.anwalt-erste-stunde.ch/>.

<sup>37</sup> DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, forumpoenale 2/2009, 108 (zit. DONATSCH/CAVEGN); BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 22.

oder gar Unterbrechung der Einvernahme zulässt.<sup>38</sup> In einem neueren Entscheid hat das BGer einen kantonalen Entscheid unter expliziter Erwähnung der EGMR Rechtsprechung kassiert, indem eine Befragung der beschuldigten Person ohne anwaltlichen Beistand weitergeführt wurde, obwohl diese eine Verteidigung wünschte (die Strafbehörden gingen von einem konkludenten Verzicht aus).<sup>39</sup> Ohne es explizit ausgedrückt zu haben, ging das BGer offenbar von einer Pflicht zur Unterbrechung der Einvernahme bzw. mindestens auf effektives Zuwarten aus.

Wie sich die Verweigerung des «Anwalts der ersten Stunde» sich auf die Verwertung auswirkt, ist noch nicht abschliessend geklärt. Gegen die Qualifizierung als absolute Gültigkeitsvorschrift mit Fernwirkung spricht zwar, dass deren Unverwertbarkeit nicht explizit im Gesetz steht (Art. 141 Abs. 1 StPO). Geht man davon aus, dass eine Informationspflicht aus Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO herrührt, so spricht einiges dafür, trotzdem von einer absoluten Gültigkeitsvorschrift auszugehen, denn Art. 158 Abs. 2 StPO sieht ja bereits für die Unterschlagung dass dieses Recht überhaupt besteht die absolute Unverwertbarkeit mit Fernwirkung vor.<sup>40</sup> Sodann spricht unabhängig von diesen Erwägungen für eine absolute Unverwertbarkeit, wenn man die Informationspflicht aus der Rechtsprechung des EGMR ableitet und eine Konventionsverletzung annimmt.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Jeweils mit ausführlicher Diskussion und weiteren Verweisen PIGUET/DYENS, 368 f.; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 45 ff.; SCHLEGEL, *forum* 2/2010, 91 f.; GODENZI, Kommentar StPO, Art. 159 N 19 ff.; mit Hinweisen zur mehrheitlich rigiden Handhabung in der Praxis verschiedener Kantone SCHLEGEL/WOHLERS, 312 f.

<sup>39</sup> BGer 6B\_725/2011 vom 25. Juni 2012; kurzer Kommentar zum Entscheid KAUFMANN ARIANE, *ius.focus* 8/2012.

<sup>40</sup> DONATSCH/CAVEGN, 109; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 15.

<sup>41</sup> BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 21 ff.; SCHLEGEL/WOHLERS, 317; GODENZI, Kommentar StPO, Art. 159 N 24 ff.

## E. Fazit – Luxus oder Unerlässlichkeit?

- 18 Auch wenn die Wahrheitsfindung, welche die Gegner des «Anwalts der ersten Stunde» damals wie heute<sup>42</sup> gegen dieses Institut in die Waagschale werfen durchaus etwas für sich hat, darf man nicht ausser Acht lassen, dass wir mit der neuen StPO ein Strafverfolgungsmodell eingeführt haben, welches im polizeilichen Ermittlungsverfahren übermächtige Strafbehörden vorsieht und gleichzeitig der Beweiserhebung in diesem Verfahrensabschnitt Entscheid relevante Bedeutung zumisst, sodass ein juristischer Beistand für die tatverdächtige Person nicht nur ein Gebot der Fairness und der Waffengleichheit, sondern auch der Rechtsstaatlichkeit ist, zumal sie auch eine mittelbare Kontrollfunktion über die Vorgänge in diesem so entscheidenden Verfahrensabschnitt einnimmt.
- 19 Weiter ist zu beachten, dass für einen pauschalen Rückzieher in Sachen «Anwalt der ersten Stunde» mit Blick auf die «dynamische» Rechtsprechung des EGMR seit 2008 ohnehin kein Raum mehr besteht. Die Verwertung von selbstbelastenden ersten Einvernahme Protokollen ohne Anwesenheit eines juristischen Beistandes ist nur noch in zwei Fällen ohne Verletzung der Konvention denkbar und zwar dort, wo die beschuldigte Person zum «Anwalt der ersten Stunde» effektiven Zugang gehabt hätte aber aus freien Erwägungen darauf verzichtet hat und dort wo ein Konventionsstaat erfolgreich zwingende und somit per se nicht pauschale Gründe geltend machen kann.
- 20 Die Auffassungen zum «Anwalt der ersten Stunde» zwischen der Schweizerischen StPO und der Rechtsprechung des EGMR decken sich erfreulicherweise in weiten Teilen. Lediglich Art. 159 Abs. 3 StPO muss eindeutig als Konventionswidrig eingestuft werden, wobei man sich fragen kann, worin überhaupt noch ein Anreiz zur Beibehaltung dieses Absatzes besteht, jetzt wo die Verwertung durch die EMRK so eng geregelt ist.
- 21 Angesichts aktueller empirischer Daten, die im *Trial Observation Projects* erhoben wurden, muss man hinter die praktische Verwirklichung des «Anwalts der ersten Stunde» in der Schweiz jedoch ein Fragezeichen setzen. So gaben fast 60% der beschuldigten Personen an, erst in der Untersuchung zum ersten Mal Kontakt mit dem Verteidiger gehabt zu haben und lediglich knapp 30% der Befragten hatten von Anfang an Kontakt mit ihrem Verteidiger.<sup>43</sup>
- 22 Da sich der «Anwalt der ersten Stunde» m.E. nach Abwägung aller besprochenen Aspekte wesentlich näher bei der Unerlässlichkeit denn beim Luxus befindet, sind diese Zahlen einigermaßen erstaunlich und es lohnt sich vermutlich, darüber ein paar Gedanken zu verlieren.

---

<sup>42</sup> Vgl. die von verschiedenen Strafrechtlern geführte Diskussion über den Anspruch auf einen Anwalt der ersten Stunde für Terroristen, Mafiosi und Mitglieder von kriminellen Organisationen BANGERTER ANNIKA, Strafrechtler streiten sich um gelockerte Verhörmethode, Aargauerzeitung vom 07. Dezember 2015, <http://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/strafrechtler-streiten-sich-um-gelockerte-verhoermethoden-129796379> (besucht am 03.03.2016).

<sup>43</sup> Siehe die Hinweise in Rz. 12.

---

## **Eigenständigkeitserklärung**

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende schriftliche Arbeit selbstständig und nur unter Zuhilfenahme der in den Verzeichnissen oder in den Anmerkungen genannten Quellen angefertigt habe. Ich versichere zudem, diese Arbeit nicht anderweitig als Leistungsnachweis verwendet zu haben. Eine Überprüfung der Arbeit auf Plagiate unter Einsatz entsprechender Software darf vorgenommen werden.

8. März 2016

Tenzing Memmishofer