

---

**Nr. 13** EGMR, Grand Chamber, Case of Salduz v. Turkey, Urteil vom 27. November 2008 – Application no. 36391/02

---

**Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. c EMRK: Anwalt der ersten Stunde.**

Der Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfordert grundsätzlich, dass vom Zeitpunkt der ersten Einvernahme bei der Polizei an der Zugang zu einem Anwalt gewährleistet ist. Beschränkungen die

ses Anspruchs sind nur zulässig, wenn anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles zwingende Gründe für eine Beschränkung dargelegt werden können. Selbst bei Vorliegen zwingender Gründe dürfen aber die Rechte des Angeklagten nicht unangemessen beeinträchtigt werden. (Regeste der Anmerkungsverfasser)

**Art. 6 ch. 1 et ch. 3 let. c CEDH: avocat de la première heure.**

Le droit à un procès équitable au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH requiert en principe que l'accès à un avocat soit garanti dès le moment de la première audition à la police. Des limitations de ce droit ne sont admissibles que si des motifs impérieux, fondés sur les circonstances du cas particulier considéré, peuvent être présentés. Même lorsque existent des motifs impérieux, les droits de l'accusé ne doivent cependant pas être entravés de manière disproportionnée. (Résumé des auteurs du commentaire)

**Art. 6 n. 1 e n. 3 lett. c CEDU: avvocato della prima ora.**

Il diritto ad un processo equo ai sensi dell'art. 6 n. 1 CEDU richiede di principio che l'accesso ad un avvocato sia garantito a partire dal momento del primo interrogatorio effettuato dalla polizia. Limitazioni di questo diritto sono ammesse solamente laddove possono essere presentati dei motivi impellenti per la limitazione, fondati sulle circostanze della fattispecie considerata. Anche se si pongono dei motivi impellenti, i diritti dell'accusato non possono essere pregiudicati in modo inadeguato. (Regesto dei commentatori)

**Sachverhalt:**

Der Beschwerdeführer Yusuf Salduz wurde im Jahr 1984 geboren und lebt in Izmir (Türkei). Im Mai 2001 wurde er wegen des Verdachts der Beteiligung an einer illegalen Demonstration zur Unterstützung der inhaftierten Führer der PKK verhaftet. Ihm wurde darüber hinaus vorgeworfen, ein illegales Banner an einer Brücke befestigt zu haben.

Am 30.5.2001 wurde der Beschwerdeführer nach einer ordnungsgemässen Belehrung über sein Schweigerecht von der Polizei einvernommen. Entgegen seinem Wunsch wurde ihm der Zugang zu einem Verteidiger unter Berufung auf entsprechende Vorschriften des türkischen Rechts verweigert. Bei der Einvernahme gestand er die Tatvorwürfe ein. Später berief er sich vor dem Staatsanwalt und dem Ermittlungsrichter darauf, dass er dieses Geständnis falsch und unter Zwang abgegeben habe. Der Ermittlungsrichter ordnete gleichwohl Untersuchungshaft an. Ab diesem Zeitpunkt hatte der Beschwerdeführer Zugang zu einem Rechtsanwalt.

Vor dem Staatssicherheitsgericht Izmir berief sich der durch einen Anwalt verteidigte Beschwerdeführer gleichfalls darauf, dass das Geständnis erzwungen worden war. Das Gericht verurteilte den Beschwerdeführer dennoch wegen Gehilfenschaft für die PKK zu vier Jahren und sechs Monaten Gefängnis. Seine Strafe

wurde später auf zweieinhalb Jahre Haft reduziert, weil er zum Zeitpunkt der Tat unter 18 Jahre alt war.

In den Entscheidungsgründen stellte das Staatssicherheitsgericht neben anderen Beweismitteln auch auf die Erklärungen des Beschwerdeführers vor der Polizei ab, die es als glaubhaft ansah. Das Rechtsmittel des Beschwerdeführers vor dem Kassationshof hatte keinen Erfolg.

Der Beschwerdeführer macht (neben einem weiteren, das Verfahren vor dem Kassationshof betreffenden Beschwerdepunkt) geltend, dass der verweigerte Zugang zu einem Verteidiger bei der Befragung vor der Polizei und die spätere gerichtliche Verwertung der Aussagen seinen Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK beeinträchtigt habe. Die Grosse Kammer des EGMR bejahte einstimmig eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 3 lit. c EMRK.

**Aus den Erwägungen:**

[...]

**I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION**

**A. Access to a lawyer during police custody**

[...]

**3. The Court's assessment**

**(a) The general principles applicable in this case**

50. The Court reiterates that, even if the primary purpose of Article 6, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a «tribunal» competent to determine «any criminal charge», it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 especially paragraph 3 – may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions (*Imbrioscia*, cited above, § 36). As the Court has already held in its previous judgments, the right set out in paragraph 3 (c) of Article 6 of the Convention is one element, amongst others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in paragraph 1 (*Imbrioscia*, cited above, § 37, and *Brennan*, cited above, § 45).

51. The Court further reiterates that although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of fair trial (*Poitrimol v. France*, 23 November 1993, § 34, Series A no. 277 A, and *Demebukov v. Bulgaria*, no. 68020/01, § 50, 28 February 2008). Nevertheless, Article 6 § 3 (c) does not specify the manner of exercising this right. It thus leaves to the Contracting States the choice of the means of ensuring that it is secured in their judicial systems, the Court's task being only to ascertain whether the method they have chosen is consistent with the requirements of a fair trial. In this respect, it must be remembered that the Convention is designed to «guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective» and that assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the as-

sistance he may afford an accused (*Imbrioscia*, cited above, § 38).

52. 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 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 has so far been considered capable of being subject to restrictions for good cause. The question, in each case, has therefore been whether the restriction was justified and, if so, whether, in the light of the entirety of the proceedings, it has not deprived the accused of a fair hearing, for even a justified restriction is capable of doing so in certain circumstances (see *John Murray*, cited above, § 63; *Brennan*, cited above, § 45, and *Magee*, cited above, § 44).

53. These principles, outlined in paragraph 52 above, are also in line with the generally recognised international human rights standards (see paragraphs 37-42 above) which are at the core of the concept of a fair trial and whose rationale relates in particular to the protection of the accused against abusive coercion on the part of the authorities. They also contribute to the prevention of miscarriages of justice and the fulfilment of the aims of Article 6, notably equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused.

54. In this respect, the Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial (*Can v. Austria*, no. 9300/81, Commission's report of 12 July 1984, § 50, Series A no. 96). At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. This right indeed presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 100, ECHR 2006 ..., and *Kolu v. Turkey*, no. 35811/97, § 51, 2 August 2005). Early access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination (see, *mutatis mutandis*, *Jalloh*, cited above, § 101). In this connection, the Court also notes the

recommendations of the CPT (paragraphs 39-40 above), in which the committee repeatedly stated that the right of a detainee to have access to legal advice is a fundamental safeguard against ill-treatment. Any exception to the enjoyment of this right should be clearly circumscribed and its application strictly limited in time. These principles are particularly called for in the case of serious charges, for it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies.

55. Against this background, the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently «practical and effective» (see paragraph 51 above) 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. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction - whatever its justification - must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 (see, *mutatis mutandis*, *Magee*, cited above, § 44). The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.

(b) Application of the above principles in the present case

56. In the present case, the applicant's right of access to a lawyer was restricted during his police custody, pursuant to section 31 of Law no. 3842, as he was accused of committing an offence falling within the jurisdiction of the State Security Courts. As a result, he did not have access to a lawyer when he made his statements to the police, the public prosecutor and the investigating judge respectively. Thus, no other justification was given for denying the applicant access to a lawyer than the fact that this was provided for on a systematic basis by the relevant legal provisions. As such, this already falls short of the requirements of Article 6 in this respect, as set out at paragraph 52 above.

57. The Court further observes that the applicant had access to a lawyer following his detention on remand. During the ensuing criminal proceedings, he was also able to call witnesses on his behalf and had the possibility of challenging the prosecution's arguments. It is also noted that the applicant repeatedly denied the content of his statement to the police, both at the trial and on appeal. However, as is apparent from the case file, the investigation had in large part been completed before the applicant appeared before the investigating judge on 1 June 2001. Moreover, not only did the Izmir State Security Court not take a stance on the admissibility of the applicant's statements made in police custody before going on to examine the merits of the case, it also used the statement to the police as the main evidence on which to convict him, despite his denial of its accuracy

(see paragraph 23 above). In this connection, the Court observes that in convicting the applicant, the Izmir State Security Court in fact used the evidence before it to confirm the applicant's statement to the police. This evidence included the expert's report dated 1 June 2001 and the statements of the other accused to the police and the public prosecutor. In this respect, however, the Court finds it striking that the expert's report mentioned in the judgment of the first-instance court was in favour of the applicant, as it stated that it could not be established whether the handwriting on the banner matched the applicant's (see paragraph 15 above). It is also significant that all the co-defendants, who had testified against the applicant in their statements to the police and the public prosecutor, retracted their statements at the trial and denied having participated in the demonstration.

58. Thus, in the present case, the applicant was undoubtedly affected by the restrictions on his access to a lawyer in that his statement to the police was used for his conviction. Neither the assistance provided subsequently by a lawyer nor the adversarial nature of the ensuing proceedings could cure the defects which had occurred during police custody. However, it is not for the Court to speculate on the impact which the applicant's access to a lawyer during police custody would have had on the ensuing proceedings.

59. The Court further recalls that neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial (see *Kwiatkowska v. Italy* (dec.), no. 52868/99, 30 November 2000). However, if it is to be effective for Convention purposes, a waiver of the right to take part in the trial must be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance (see *Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, § 86, ECHR 2006 ...; *Kolu*, cited above, § 53, and *Colozza v. Italy*, 12 February 1985, § 28, Series A no. 89). Thus, in the present case, no reliance can be placed on the assertion in the form stating his rights that the applicant had been reminded of his right to remain silent (see paragraph 14 above).

60. Finally, the Court notes that one of the specific elements of the instant case was the applicant's age. Having regard to a significant number of relevant international law materials concerning legal assistance to minors in police custody (see paragraphs 32-36 above), the Court stresses the fundamental importance of providing access to a lawyer where the person in custody is a minor.

61. Still, in the present case, as explained above, the restriction imposed on the right of access to a lawyer was systematic and applied to anyone held in police custody, regardless of his or her age, in connection with an offence falling under the jurisdiction of the state security courts.

62. In sum, even though the applicant had the opportunity to challenge the evidence against him at the trial and subsequently on appeal, the absence of a lawyer while he

was in police custody irretrievably affected his defence rights.

#### (c) Conclusion

63. In view of the above, the Court concludes that there has been a violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention in conjunction with Article 6 § 1 in the present case.

[...]

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

### A. Damage

[...]

#### 3. The Court's assessment

72. The Court reiterates that the most appropriate form of redress for a violation of Article 6 § 1 would be to ensure that the applicant, as far as possible, is put in the position in which he would have been had this provision not been disregarded (see *Teteriny v. Russia*, no. 11931/03, § 56, 30 June 2005; *Jeličić v. Bosnia and Herzegovina*, no. 41183/02, § 53, ECHR 2006 ..., and *Mehmet and Suna Yiğit v. Turkey*, no. 52658/99, § 47, 17 July 2007). The Court finds that this principle applies in the present case as well. Consequently, it considers that the most appropriate form of redress would be the retrial of the applicant in accordance with the requirements of Article 6 § 1 of the Convention, should the applicant so request (see, *mutatis mutandis*, *Gençel v. Turkey*, no. 53431/99, § 27, 23 October 2003).

[...]

## CONCURRING OPINION OF JUDGE ZAGREBELSKY, JOINED BY JUDGES CASADEVALL AND TÜR-MEN

[...]

To my mind the meaning of the Court's judgment is quite clear. If there is any doubt at all, what the Court says in paragraph 53, referring back to paragraph 37, makes things clearer still. The generally recognised international standards, which the Court accepts and which form the framework for its case-law, provide: «An untried prisoner shall be entitled, as soon as he is imprisoned, to choose his legal representation ... and to receive visits from his legal adviser with a view to his defence and to prepare and hand to him and to receive, confidential instructions...».

It is therefore at the very beginning of police custody or pre-trial detention that a person accused of an offence must have the possibility of being assisted by a lawyer, and not only while being questioned.

The importance of interrogations in the context of criminal procedure is obvious, so that, as the judgment makes clear, the impossibility of being assisted by a lawyer while being questioned amounts, subject to exceptions, to a serious failing with regard to the requirements of a fair trial. But the fairness of proceedings against an accused person in custody also requires that he be able to obtain (and that defence counsel be able to provide) the whole wide range of services specifically associated with legal assistance, in-

cluding discussion of the case, organisation of the defence, collection of evidence favourable to the accused, preparation for questioning, support to an accused in distress, checking his conditions of detention and so on.

[...]

## Bemerkungen

I. Das Recht zu Schweigen und nicht durch unzulässigen Druck gezwungen zu werden, sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*), gehört zu den wichtigsten Garantien, die der Gerichtshof aus dem allgemeinen Fairnessgebot des Art. 6 Ziff. 1 EMRK hergeleitet hat (vgl. nur EGMR v. 17.12.1996, *Saunders v. the United Kingdom*, § 69; EGMR v. 21.12.2000, *Heaney and McGuinness v. Ireland*, § 40; EGMR v. 8.4.2004, *Weh v. Austria*, § 40; EGMR v. 11.7.2006, *Jalloh v. Germany*, § 100; vgl. auch ESSER, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, 521; GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., München 2005, N 119).

Bei der Verwirklichung des Nemo-tenetur-Grundsatzes kommt der Verteidigung eine besondere Bedeutung zu: Theoretisch kann die beschuldigte Person von ihrem Schweigerecht zwar unabhängig davon Gebrauch machen, ob sie anwaltlichen Beistand hat oder nicht, solange nur sichergestellt ist, dass sie über das ihr zustehende Schweigerecht belehrt worden ist. Praktisch gesehen liegt es aber so, dass angesichts der psychologischen Ausnahmesituation, in der sich eine Person befindet, die mit dem Vorwurf eines strafbaren Verhaltens konfrontiert wird, der Drang, auf den Vorwurf zu reagieren, in der Regel übermächtig ist (vgl. ARQUINT, «Anwalt der ersten Stunde»? – Ein Positionspapier, in: SCHINDLER/SCHLAURI [Hrsg.], *Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren*, Zürich 2001, 192). Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass erst die Beratung durch den anwaltlichen Beistand der beschuldigten Person eine wirkliche Wahl ermöglicht, sich durch Reden oder aber durch Schweigen zu verteidigen. Erst sie versetzt den Beschuldigten in die Rolle eines Verfahrenssubjekts, das Rechte nicht nur hat, sondern diese auch verantwortlich wahrnehmen kann (vgl. § 54; zur Rolle der Verteidigung als Prozesssubjektsgelhilfe des Beschuldigten vgl. WOHLERS, in: RUDOLPHI et al., *Systematischer Kommentar zur StPO und zum GVG*, 38. Aufbau-Lfg., April 2004, Vor § 137 N 28 ff.). Berücksichtigt man weiterhin, dass eine Einvernahme ein dynamischer Kommunikationsprozess ist (vgl. BENDER/NACK/TREUER, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 3. Aufl., München 2007, N 975), darf die Beratung nicht nur auf den Zeitraum vor der Einvernahme beschränkt bleiben, sondern muss auch während der Einvernahme gewährleistet sein, was eine Anwesenheit des Verteidigers während der Einvernahme erfordert. Hinzu kommt, dass – worauf der Gerichtshof ausdrücklich hinweist (§§ 53 f.) – die Anwesenheit der Verteidigung verhindert, dass die Strafverfolgungsorgane unzulässigen Druck auf den Beschuldigten ausüben (vgl. auch ARQUINT, 193 f.; POPP, Zur

Notwendigkeit des «Anwalts der ersten Stunde», AnwRev 2006, 266, 270; zur Problematik, den ordnungsgemässen Ablauf der Einvernahme zu beweisen, und zur diesbezüglichen Bedeutung der Anwesenheit der Verteidigung bei der Einvernahme vgl. auch GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO]* vom 5. Oktober 2007, Bern 2008, 123).

II. Im Entscheid *John Murray* hatte der EGMR die frühe Verteidigerkonsultation – die Frage der Anwesenheit blieb ausgeblendet – nur in Ausnahmefällen als erforderlich angesehen, nämlich dann, wenn bereits an das Verhalten vor der Polizei Konsequenzen geknüpft sind (EGMR v. 8.2.1996, *John Murray v. the United Kingdom*, § 63). Der oben dargestellten Bedeutung des Anspruchs auf anwaltlichen Beistand Rechnung tragend, erkennt die Grosse Kammer des EGMR in vorliegender Entscheidung nun erstmals ausdrücklich einen *allgemeinen* Anspruch («*as a rule*») auf anwaltlichen Beistand jedenfalls ab dem Beginn der ersten Einvernahme an (§§ 52, 55). Die Interpretation der Richter Zagrebelsky, Casadevall und Türmen in ihrem Sondervotum, die auf der Grundlage des vom Gerichtshof vertretenen Grundansatzes ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers auch während der Vernehmung bejahen wollen, zeigt deutlich die Richtung auf, in welche der EGMR zukünftig tendieren wird (zum Verständnis der EMRK als «*living instrument*» vgl. EGMR v. 25.4.1978, *Tyrer v. the United Kingdom*, § 31; GAEDE, *Fairness als Teilhabe*, Berlin 2006, 91 ff. m. Nachw.).

In den zustimmenden Sondervoten wird weiterhin betont, dass das Recht auf anwaltlichen Beistand für den inhaftierten Beschuldigten schon ab dem Zeitpunkt gesichert sein muss, ab dem ihm die Freiheit entzogen wird. Für den nicht inhaftierten Beschuldigten stellt sich diese Frage im Zeitraum vor Beginn der Einvernahme nicht, da er anwaltlichen Beistand problemlos in Anspruch nehmen kann (vgl. SCHMID, «Anwalt der ersten Stunde» – Zu den Lösungsvorschlägen des Vorentwurfs für eine Schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001, in: *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel*, hrsg. von DONATSCH et al., Zürich 2002, 762). Unterlässt er dies, kann dies den Strafverfolgungsbehörden allenfalls dann angelastet werden, wenn der Beschuldigte keine Kenntnis davon hatte, dass gegen ihn ermittelt wird, er keine Kenntnis von seinem Konsultationsrecht hatte und die Einvernahme so kurzfristig anberaumt wird, dass die Möglichkeit, einen Anwalt zu konsultieren, faktisch nicht gegeben ist. Ab dem Beginn der Einvernahme gelten dann für den nicht inhaftierten Beschuldigten die gleichen Grundsätze wie für den inhaftierten Beschuldigten: Auch er befindet sich in einer (Druck-)Situation, in der die Inanspruchnahme des Schweigerechts keine Selbstverständlichkeit ist (vgl. aber auch – zu § 11 Abs. 1 StPO/ZH – KassGer/ZH ZR 99 (2000) N. 65 und DONATSCH/WEDER/HÜRLIMANN, *Die Revision des Zür-*

cher Strafverfahrensrechts vom 27. Januar 2003, Zürich 2005, 31, die von einer generellen Entscheidungsfreiheit des Angeschuldigten ausgehen) – und dies auch dann, wenn die beschuldigte Person bereits über Erfahrungen mit Strafverfolgungsbehörden verfügt oder aus anderen Gründen über ihre prozessualen Rechte informiert ist (POPP, AnwRev 2006, 266, 269; WOHLERS, Anmerkung zu BGH vom 22.11.2001 – 1 StR 220/01, JR 2002, 294).

III. Soweit das geltende schweizerische Strafprozessrecht die Anwesenheit eines rechtlichen Beistands bei der ersten Einvernahme nicht gewährleistet (vgl. BGer, Urteil v. 3.6.2004, 1P.97/2004, E. 3.2.2; Urteil v. 16.2.2007, 1P.487/2006, E. 3.2), wäre es in absehbarer Zeit den Anforderungen der EMRK nicht mehr gerecht geworden (kritisch bereits POPP, AnwRev 2006, 266, 267). Auch aus diesem Grunde ist es zu begrüssen, dass die neue Schweizerische StPO das Institut des Anwalts der ersten Stunde ausdrücklich gewährleistet: Nach Art. 159 Abs. 1 StPO/CH besteht zukünftig ein Anspruch darauf, dass die Verteidigung während der Einvernahme anwesend ist und Fragen stellen kann. Weiterhin hat die vorläufig festgenommene beschuldigte Person einen Anspruch darauf, mit ihrer Verteidigung frei zu verkehren (Art. 159 Abs. 2 StPO/CH).

Abgesehen davon, dass die Institution des Anwalts der ersten Stunde auch von den Strafverfolgungsbehörden nicht als Bedrohung der Wahrheitsfindung wahrgenommen werden sollte (so aber WEDER, 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; DERS., Fragen zum «Anwalt der ersten Stunde» – Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess, NZZ Nr. 284 v. 6.12.2006, 15), sondern als eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit, kann die Anwesenheit des Anwalts bei der Einvernahme auch aus ermittlungstaktischer Sicht nicht nur Nachteile, sondern durchaus auch Vorteile bringen. Zum einen kann späteren Unterstellungen, dass bei den Einvernahmen von der Polizei Druck auf die beschuldigte Person ausgeübt worden ist, «der Wind aus den Segeln genommen werden» (vgl. AB SR 2006, 1017), zum anderen dürfte der Wert selbstbelastender Angaben, die nach Beratung durch und in Anwesenheit des Anwalts der ersten Stunde abgegeben werden, als besonders hoch einzustufen sein. Vor diesem Hintergrund bleibt zu hoffen, dass die Strafverfolgungsbehörden und die Anwaltschaft bei der praktischen Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben – Stichworte: Terminvereinbarungen, Akteneinsicht vor der Einvernahme, freie Kommunikation des Beschuldigten mit der Verteidigung vor und während der Einvernahme usw. – zu für alle Seiten tragbaren, vernünftigen Lösungen kommen werden (vgl. hierzu GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, 152 f.). Dass dies durchaus möglich ist, belegen die positiven Erfahrungen, von denen die Praktiker des Kantons Solothurn berichten (vgl. AB SR 2006, 1017).

IV. Abschliessend bleibt die Frage zu klären, was zu geschehen hat, wenn der Anspruch auf Konsultation eines Verteidigers und/oder auf Mitwirkung der Verteidigung bei der Einvernahme missachtet wird. Der Gerichtshof geht davon aus, dass die Verurteilung des Beschuldigten auf Grundlage solcher Aussagen, den Anspruch auf effektive Verteidigung durch einen Anwalt und damit die Fairness des Verfahrens auch dann irreparabel beeinträchtigt, wenn der anwaltliche Beistand in späteren Phasen des Verfahrens gewährleistet wird und/oder der Beschuldigte die Möglichkeit hat, die ihn belastenden Beweise im gerichtlichen Verfahren in Frage zu stellen (§§ 55, 58, 62). Der Gerichtshof betont weiter, dass der Staat verpflichtet ist, den Beschuldigten so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die Beeinträchtigung des Anspruchs auf ein faires Verfahren nicht geschehen wäre (§ 72; vgl. auch das Sondervotum der Richter Rozakis, Spielmann, Ziemele und Lazarova Trajkovska).

Eine derartige *restitutio in integrum* kann – worauf der Gerichtshof ausdrücklich hinweist – dadurch erfolgen, dass ein rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren prozessordnungsgemäss wiederholt wird (§ 72), d.h. eine Revision erfolgt (vgl. Art. 410 Abs. 2 StPO/CH). Ist das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen, lässt sich das gleiche Ergebnis dadurch erreichen, dass auf eine Verwertung der in Frage stehenden Erkenntnisse verzichtet wird. Für die StPO/CH bedeutet dies, dass Beweise, die aus polizeilichen Einvernahmen unter Verstoss gegen das Konsultationsrecht erlangt worden sind, im Ergebnis unverwertbar sein werden (vgl. SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, 762; CAMENZIND, AnwRev 2007, 328, 332; vgl. auch die ausdrückliche Bestimmung für staatsanwaltschaftliche Einvernahmen in Art. 147 Abs. 4 StPO/CH). Dies hat im Übrigen zur Folge, dass die Einvernahmeergebnisse auch nicht mittelbar zur Erhebung weiterer Beweise genutzt werden dürfen, soweit diese *condicio sine qua non* für deren Erhebung wären (Art. 141 Abs. 4 StPO/CH; dazu Botschaft BBl 2005, 1184; vgl. so bereits BGE 133 IV 329, 333, E. 4.5). So ist es beispielsweise ausgeschlossen, solche Einvernahmeprotokolle in späteren Einvernahmen für Vorhaltungen zu verwenden.

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers / assess. iur. Stephan Schlegel,  
wissenschaftlicher Assistent, Universität Zürich ■