

# Anwalt der ersten Stunde: Entscheidend ist die Umsetzung

Stephan Schlegel,  
Rechtsanwalt, Zürich

Die neue Strafprozessordnung erfüllt mit dem Anwalt der ersten Stunde eine Vorgabe des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Die Umsetzung in der Praxis wirft aber Fragen auf: Wie weit gehen zum Beispiel die Informationspflichten oder das Recht auf freien Verkehr mit der Verteidigung?<sup>1</sup>

## 1. Einleitung

Eine der grossen praktischen Änderungen, welche die neue schweizerische Strafprozessordnung (StPO) für die meisten Kantone mit sich bringt, ist der sogenannte «Anwalt der ersten Stunde». Mit ihm verbunden sind eine Reihe Hoffnungen der Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger hinsichtlich der Gestaltungsmöglichkeiten im Verfahren und der Verbesserung der Beschuldigtenrechte. Dem stehen die Sorgen der Strafverfolgungsbehörden gegenüber, die eine Beeinträchtigung der «Wahrheitsfindung» fürchten.<sup>2</sup>

Im Kern ist der Anwalt der ersten Stunde in der neuen Strafprozessordnung in Art. 159 geregelt. Nach dieser Vorschrift hat die beschuldigte Person zwei wichtige Rechte: Sie hat zum einen das Recht, dass ihre Verteidigung bei Einvernahmen anwesend ist. Und dies nicht – wie oftmals im früheren Recht vieler Kantone geregelt – erst vor der Staatsanwaltschaft, sondern bereits ab der ersten Einvernahme vor der Polizei. Zum anderen hat die festgenommene beschuldigte Person das Recht, frei mit ihrer Verteidigung zu verkehren. Auch dieses Recht gilt bereits von Beginn der polizeilichen Ermittlungen an.

Was das Gesetz an dieser Stelle fordert, war im Jahr 2007, als die StPO beschlossen wurde, sehr fortschrittlich. Es war fortschrittlicher als viele bestehende schweizerische Prozessordnungen und fortschrittlicher auch als vieles, was man in den Strafprozessordnungen der Nachbarländer lesen kann. Inzwischen hat sich jedoch das Recht auf europäischer Ebene – man kann sagen stürmisch – weiterentwickelt.

Blickt man von dieser Ebene auf das Gesetz, geht der Glanz des Neuen zwar nicht ganz verloren. Ein paar Stellschrauben müssen allerdings neu justiert werden.

## 2. EMRK-Vorgaben<sup>3</sup>

Lange Zeit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) einen zwingenden Anspruch auf einen Verteidiger oder eine Verteidigerin bereits ab dem Beginn der ersten polizeilichen Ermittlungen verneint. Ein solcher Anspruch bestand nach seiner Rechtsprechung im Fall «Murray c. Vereinigtes Königreich» aus dem Jahr 1996 nur ausnahmsweise<sup>4</sup> und nur in Form eines Rechts auf Beratung, nicht aber auf Anwesenheit der Verteidigung bei polizeilichen Einvernahmen.<sup>5</sup>

Eine Wende erfolgte erst im Jahr 2008 mit dem Fall «Salduz c. Türkei».<sup>6</sup> Dort war einem Minderjährigen im Zeitraum der polizeilichen Ermittlungen der Zugang zu einem Anwalt («access») versagt worden. Im türkischen Recht war dies bei Staatsschutzdelikten so vorgesehen. Die Grosse Kammer des Gerichtshofs erblickte darin einen Verstoß gegen Art. 6 Ziff. 1, 3 lit. c EMRK. Denn im Regelfall («as a rule») müsse vom Zeitpunkt der ersten Befragung an der Beistand eines Verteidigers möglich sein, es sei denn, zwingende Gründe («compelling reasons») ständen dem entgegen.<sup>7</sup> Die Verteidigungsrechte seien unwiederbringlich beeinträchtigt, wenn belastende Angaben für eine Verurteilung verwendet werden, die bei polizeilichen Befragungen ohne Anwalt gemacht wurden. Was selbst dann gelte, wenn über das Schweigerecht be-

lehrt worden sei.<sup>8</sup> Aufbauend auf diese Rechtsprechung sind inzwischen eine Vielzahl Entscheide des Gerichtshofs ergangen. Für den Anwalt der ersten Stunde am bedeutsamsten ist sicherlich der Entscheid «Pishchalnikov vs. Russland».<sup>9</sup> Der Beschwerdeführer war festgenommen und durch die Polizei einvernommen worden. Er hatte einen bestimmten Anwalt als Beistand verlangt. Angeblich konnte die Polizei diesen aber nicht telefonisch erreichen. Das teilte man Pishchalnikov jedoch nicht mit. Man reagierte ihm gegenüber überhaupt nicht und führte die Einvernahme fort. Pishchalnikov gestand daraufhin die Beteiligung an einer Reihe schwerer Straftaten.

Bemerkenswert an diesem Fall war nun, dass nach diesen Einvernahmen Pishchalnikov später mehrfach erklärte, er benötige keinen (staatlich beigeordneten) Verteidiger. Der Gerichtshof bejahte gleichwohl einen Verstoß gegen Art. 6 Ziff. 1, 3 lit. c EMRK. Bei der ersten Einvernahme hätten die russischen Behörden bestimmte Grundsätze nicht beachtet, die Art. 6 EMRK fordere, damit das Recht auf einen Verteidiger praktisch und effektiv ist. Diese Grundsätze sind (zumindest bei festgenommenen Personen):<sup>10</sup>

■ Die beschuldigte Person ist über ihr Recht auf einen Verteidiger in Kenntnis zu setzen.<sup>11</sup>

■ Wenn die beschuldigte Person einen Verteidiger zu sprechen wünscht und/oder dass dieser bei der Befragung anwesend ist, darf die Befragung nicht weiter fortgeführt werden, bis der Beistand sichergestellt ist bzw. die betreffende Person von sich aus die Befragung fortsetzt.<sup>12</sup>

■ Scheitert die Kontaktaufnahme zu einem gewünschten Anwalt, ist dies der beschuldigten Person mitzuteilen und sie ist darauf hinzuweisen, dass sie die Möglichkeit hat, anderweitige Unterstützung zu erhalten, z.B. durch einen Dienst der lokalen Anwaltsvereinigung.<sup>13</sup>

Der Gerichtshof entwickelte diese Kriterien anhand der Fragestellung, ob Pishchalnikov mit seinem Geständnis wirksam auf das Recht einen Verteidiger beizuziehen verzichtet hat. Die Details sind komplex und können hier nicht dargestellt werden.<sup>14</sup> Wichtig sind in diesem Zusammenhang vor allem zwei Punkte: Zum einen ist der Verzicht auf ein Konventionsrecht nur wirksam, wenn die verzichtende Person weiss, auf welches Recht sie verzichtet und was die Konsequenzen hiervon sind.<sup>15</sup> Zum anderen muss das Recht auch konkret wahrnehmbar sein. Wird der beschuldigten Person zum Beispiel verboten, die gewünschte Anwältin zu sprechen, kann sie auch nicht wirksam auf diese verzichten.<sup>16</sup>

### 3. EMRK-Konformität

Die neuere Rechtsprechung des Gerichtshofs hat für einige Länder, wie zum Beispiel Frankreich<sup>17</sup> und Schottland,<sup>18</sup> erhebliche Auswirkungen, weil diese ihre bestehende, nicht mehr EMRK-konforme Praxis anpassen müssen.

Die Schweiz ist mit ihrer neuen Strafprozessordnung in einer komfortableren Position. Dies bedeutet aber nicht, dass die gesetzliche Struktur des Anwalts der ersten Stunde völlig konventionskonform ist. Vielmehr ergeben sich auch hier Anpassungserfordernisse bei der Auslegung der Normen.

#### 3.1 Die Belehrungspflichten nach Art. 158 StPO

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist abzuleiten, dass die staatliche Pflicht zur Information über das Recht auf Verteidigung

elementarer Teil des Rechts auf Verteidigung selbst ist. Übertragen auf die Schweizerische Strafprozessordnung bedeutet dies, dass das Institut des Anwalts der ersten Stunde aus zwei Elementen besteht: Zum einen aus dem Recht auf Information über das Recht auf Verteidigung und zum anderen aus dem Recht auf wirksame Wahrnehmung des Rechts auf Verteidigung.

#### 3.1.1 Die Belehrung nach Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO

Wendet man sich zunächst den Hinweispflichten zu, erscheint alles in bester Ordnung. Nach Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO muss die beschuldigte Person bei der ersten Einvernahme darüber belehrt werden, dass «sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung [...] beantragen» kann. Das Gesetz lässt jedoch offen, inwieweit die beschuldigte Person auch darüber aufzuklären ist, dass ihre Verteidigung – wie dies Art. 159 StPO beschreibt – in der Einvernahme anwesend sein darf und vor allem, dass eine festgenommene beschuldigte Person das Recht hat, bei polizeilichen Einvernahmen mit ihrer Verteidigung frei zu verkehren.

Damit sind wir bei den eingangs angesprochenen Stellschrauben angelangt. Es erscheint zweifelhaft, ob man allein – wie dies Art. 158 Abs. 1 StPO vorsieht – über das Beststellungsrecht zu belehren braucht und nicht darüber hinaus auch über die Rechte nach Art. 159 Abs. 1 und 2 StPO. Diese Zweifel ergeben sich vor allem aus der Rechtsprechung des EGMR im Fall Pishchalnikov. Der Gerichtshof erklärt in ständiger Rechtsprechung, dass die Konvention nicht theoretische und illusorische Rechte gewährleistet, sondern praktische und effektive.<sup>19</sup> Dies erfordert entsprechende Vorkehrungen, damit die betreffende Person ihre Rechte in der konkreten Situation auch wirklich ausüben kann und

- 1 Der Aufsatz basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser auf der Tagung «Strafverteidigung und Schweizerische StPO» des Forum Strafverteidigung am 5./6. November 2010 in Zürich gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.
- 2 Vgl. z.B. Ulrich Weder, Fragen zum «Anwalt der ersten Stunde» – Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess, in: NZZ Nr. 284 vom 6.12.2006, S. 15.
- 3 Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung Stephan Schlegel, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung, 2010, S. 163ff.
- 4 EGMR «John Murray c. Vereinigtes Königreich (GC)» vom 8.2.1996, ECHR 1996 I, § 66.
- 5 Vgl. EGMR John Murray, a.a.O., § 69, wo dieser Beschwerdepunkt offen gelassen wurde.
- 6 EGMR «Salduz c. Türkei (GC)» vom 27.11.2008, Nr. 36391/02 mit Bemerkung Wolfgang Wohlers / Stephan Schlegel in: *forum*poenale 2009, S. 75ff.
- 7 EGMR Salduz, a.a.O., § 55.
- 8 EGMR Salduz, a.a.O., § 55.
- 9 EGMR Pishchalnikov c. Russland, Urteil vom 24.9.2009, Nr. 7025/04 mit Bemerkung Stephan Schlegel in: *forum*poenale 2010, S. 90ff.
- 10 Vgl. mit dieser Einschränkung EGMR «Aleksandr Zaichenko c. Russland» vom 18.2.2010, Nr. 39660/02, § 47f. mit Bemerkung Stephan Schlegel in: *forum*poenale 2010, S. 342ff.
- 11 Vgl. anhand eines konkludenten Verzichts EGMR Pishchalnikov, a.a.O., § 79.
- 12 EGMR Pishchalnikov, a.a.O., § 79.
- 13 EGMR Pishchalnikov, a.a.O., § 74.
- 14 Vgl. ausführlich zur Verzichtsrechtsprechung des EGMR Schlegel, a.a.O., S. 170ff.
- 15 EGMR Pishchalnikov, a.a.O., § 77.
- 16 Vgl. z.B. EGMR «Eisenstecken c. Österreich» vom 3.10.2000, ECHR 2000 X, § 33.
- 17 Vgl. Conseil constitutionnel, vom 30.7.2010, 2010-14/22 QPC.
- 18 Vgl. Supreme Court, «Cadder c. HM Advocate» vom 26.10.2010, UKSC 43 SC.
- 19 EGMR Pishchalnikov, a.a.O., § 66.

nicht leichtfertig auf sie verzichtet. Eine dieser Vorkehrungen ist das Recht auf Information. Allein zu wissen, dass man theoretisch eine Verteidigung bestellen kann, bedeutet noch lange nicht, auch zu wissen, wie und vor allem wann man konkret deren Dienste nutzen kann! Dementsprechend muss auch auf die Rechte nach Art. 159 StPO hingewiesen werden. Also auf das Recht auf Anwesenheit eines Verteidigers und freien Verkehr mit diesem. Beides sind Ansprüche, welche die Konvention nunmehr schützt.

Eigentlich bedarf es aber nicht einmal des Verweises auf die Rechtsprechung des EGMR. Denn die allgemeine Vorschrift für Hinweispflichten bei Einvernahmen, Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO, verlangt eine «umfassende» Belehrung der einvernommenen Person über ihre «Rechte und Pflichten». Diese Vorschrift gilt auch für Einvernahmen der beschuldigten Person.<sup>20</sup> Wenn man dieses gesetzliche Programm ernst nimmt, muss die Polizei schon auf Grundlage der StPO

selbst auf die wichtigen Rechte nach Art. 159 StPO hinweisen.

### 3.1.2 Weitere Belehrungs- und Hinweispflichten?

Über die Hinweise auf die Rechte der beschuldigten Person hinaus, stellt sich die Frage, inwieweit weitergehende Hinweis- und Hilfspflichten bestehen. Muss, wenn beispielsweise die beschuldigte Person äussert, einen Verteidiger sprechen zu wollen, auf ein bestehendes Verteidigerpikett hingewiesen werden? Um ein Recht im eigentlichen Sinne handelt es sich bei der tatsächlichen Möglichkeit, Hilfe über ein Verteidigerpikett zu erhalten, nicht. Gleichwohl muss ein solcher Hinweis erteilt werden, wenn das Recht aus Art. 159 Abs. 1 StPO effektiv sein soll.

So hatte der EGMR im Fall Pishchalnikov gerade auch verlangt, auf einen Dienst der lokalen Anwaltsvereinigung hinzuweisen, weil der gewünschte Verteidiger nicht erreichbar war.<sup>21</sup> Jedenfalls dann, wenn die Kontaktaufnahme zu einem gewünschten Verteidiger

scheitert bzw. die Person keinen benennen kann, muss die beschuldigte Person daher auf weitere Möglichkeiten hingewiesen werden, einen Beistand zu erhalten.<sup>22</sup>

### 3.1.3 Die Information mit einem «Letter of Rights»

Wenn sich die genannten erweiterten Informationspflichten nicht unmittelbar aus dem Gesetz ablesen lassen, stellt sich unweigerlich die Frage, in welcher Form die Polizei diesen nachkommen kann. Je mehr Informationen gegeben werden müssen, umso mehr besteht die Gefahr, dass Informationen versehentlich nicht gegeben werden oder der Betroffene sie in der angespannten Situation nicht alle aufnehmen kann. Mehr Information bedeutet nicht zwingend mehr Informiertheit.

Eine mögliche Lösung für dieses Dilemma besteht darin, dem Betroffenen einen sogenannten «Letter of Rights» zu geben, der alle relevanten Informationen über die Beschuldigtenrechte in einer für Laien verständlichen Sprache enthält. In einigen Kantonen, zum Beispiel Basel-Stadt, existieren solche Informationsblätter bereits für mehrere Sprachen. Auch auf der Ebene der europäischen Union ist man gerade dabei, einen solchen für alle Unionssprachen zu entwickeln.<sup>23</sup> Der unionseinheitliche «Letter of Rights» soll unter anderem alle Informationen enthalten, die auch in Art. 158 Abs. 1 StPO als Hinweispflichten vorgesehen sind. Neben einer Kurzübersicht über die Rechte sieht der Entwurf auch eine detaillierte Erklärung der Rechte vor.

Ein solcher Letter ist sicherlich nicht die ultimative Lösung – man denke nur an Analphabeten. Darüber hinaus gibt es auch eine nicht unerhebliche Zahl an Personen, die zwar lesen können, das Gelesene aber nicht verstehen. Immerhin kompensiert ein solcher Letter aber den Umstand, dass die Hinweise

## Sammelbox Man kann nicht alles wissen.

Und schon gar nicht alles Wissen im Kopf behalten.  
Deshalb gibt es die praktischen *plädoyer*-Zeitschriftenboxen.  
Mit genügend Platz für zwei *plädoyer*-Jahrgänge.

#### Bestelltalon

Ich bestelle . . . Exemplar(e) Sammelbox(en) à Fr. 28.50  
(inkl. MwSt. und Porto)

Name: \_\_\_\_\_

Vorname: \_\_\_\_\_

Strasse: \_\_\_\_\_

PLZ/Ort: \_\_\_\_\_

Datum: \_\_\_\_\_

Unterschrift: \_\_\_\_\_

Einsenden an:  
plädoyer, Postfach 431, 8024 Zürich, Fax 043 300 52 01



nach dem Wortlaut von Art. 158 Abs.1 StPO nur bei der ersten Einvernahme erteilt werden müssen und später im Verfahren grundsätzlich nicht mehr. Ganz auf eine mündliche Erklärung wird man mit einem solchen Letter ohnehin nicht verzichten können. Denn sowohl Art. 158 als auch Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO verlangen eine Belehrung in einer «verständlichen Sprache». Hieraus wird teilweise gefolgert, dass die Abgabe eines Merkblattes nicht genügt.<sup>24</sup>

### 3.2 Detailfragen der Regelung in Art. 159 StPO

Wendet man sich Art. 159 StPO selbst zu, so ist zunächst klarzustellen, dass diese Vorschrift nur die Wahlverteidigung nach Art. 129 StPO betrifft. Denn unabhängig von der Frage, wann genau im Zusammenhang mit der staatsanwalt-schaftlichen Einvernahme eine Verteidigung zu bestellen ist (vgl. Art. 131 Abs. 1 vs. Abs. 2 StPO),<sup>25</sup> besteht jedenfalls nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte der StPO bei der ersten polizeilichen Einvernahme kein Anspruch auf Bestellung einer amtlichen Verteidigung.<sup>26</sup>

#### 3.2.1 Die (Schein-)Grenze des Art. 159 Abs. 3 StPO

Beide Rechte des Art. 159 Abs. 1 und 2 StPO sind nicht vorbehaltlos gewährleistet. Nach Art. 159 Abs. 3 StPO «begründet die Geltendmachung der Rechte nach Abs. 1–2 keinen Anspruch auf Verschiebung der Einvernahme». Hintergrund der Regelung war die Befürchtung, dass bei festgenommenen Personen die Verteidigung Verschiebungsgesuche stellen könnte und dadurch die Höchstdauer der vorläufigen polizeilichen Festnahme von 24 Stunden (siehe Art. 219 Abs. 4 StPO) verstreicht, ohne dass eine Einvernahme hätte durchgeführt werden können.<sup>27</sup> Bei wortlautgetreuer Auslegung des Art. 159 Abs. 3 StPO besteht damit die Ge-

fahr, dass die Rechte nach Abs. 1 und 2 völlig entwertet werden.<sup>28</sup> Denn wenn die beschuldigte Person erst durch die Hinweise nach Art. 158 Abs. 1 StPO zu Beginn der ersten Einvernahme über ihre Rechte in Kenntnis gesetzt wird, ist es dem Gesetz nach bereits zu spät: Mit der Erteilung der Hinweise befindet sich die beschuldigte Person bereits in der «unverschiebbaren» Einvernahme!

Damit sind wir bei einer weiteren Stellschraube angelangt. Denn mit Blick auf die neuere Rechtsprechung des EGMR ist eine derartige pauschale Einschränkung nicht akzeptabel. Der EGMR hat gesetzliche Regelungen, welche generell den Zugang zum Verteidiger beschränken, nicht als «compelling reasons» akzeptiert. Er verlangt Gründe im Einzelfall, die eine Beschränkung des Zugangs zum Verteidiger rechtfertigen können.<sup>29</sup> Innerhalb von 24 Stunden dürfte aber im Regelfall ein Verteidiger herbeigeschafft werden können.

Verlangt somit die beschuldigte Person einen Verteidiger, dann muss die Einvernahme zwingend unterbrochen werden. Sie darf nicht eher fortgesetzt werden, bis ein Verteidiger als Beistand zur Verfügung steht. Eine Wartezeit von einem halben Tag – wie von Niklaus Ruckstuhl vorgeschlagen – ist akzeptabel.<sup>30</sup> Leider sind die Kantone hier teilweise zu rigide. So reichen die in den behördlichen Weisungen enthaltenen Wartezeiten von einer Stunde (Freiburg, Genf, Neuchâtel) bis zu einer halben Stunde zuzüglich der konkreten Fahrtzeit (Waadt).<sup>31</sup>

Verlangt die beschuldigte Person nach einem Verteidiger, so muss er im Regelfall telefonisch aufgeboden werden. Der Anruf kann durch die Polizei selbst erfolgen. Der beschuldigten Person kann aber auch gestattet werden, ein Telefon zu nutzen, um selbst einen Verteidiger anzurufen. Wenn die beschuldigte Person keinen Verteidiger nament-

<sup>20</sup> Vgl. Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung. Praxiskommentar, 2009, Art. 143 N 1.

<sup>21</sup> EGMR Pishchalnikov, a.a.O., § 74f.

<sup>22</sup> Vgl. auch Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2009, N 862 FN 186: allenfalls aus Fairnessgründen.

<sup>23</sup> Taru Spronken, EU-Wide Letter of Rights in Criminal Proceedings: Towards Best Practice. Final report, July 2010, online: <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?did=24161>.

<sup>24</sup> Schmid, a.a.O., Art. 143 N 8.

<sup>25</sup> Vgl. dazu einerseits Niklaus Ruckstuhl in: ZStrR 2010, 132, 139f., andererseits Schmid, a.a.O., Art. 131 N 2.

<sup>26</sup> Vgl. Max Hauri in SJZ 2009, S. 77f.; Niklaus Ruckstuhl in ZStrR 2010, S. 132, 140; Schmid, a.a.O., N 737.

<sup>27</sup> Botschaft StPO BBl 2006, 1085, 1195.

<sup>28</sup> Lorenz Erni in: ZStrR 2007, S. 229, 236 f.; Niklaus Ruckstuhl in: ZStrR 2010, S. 132, 134.

<sup>29</sup> Vgl. EGMR Salduz, a.a.O., § 56.

<sup>30</sup> Niklaus Ruckstuhl in: ZStrR 2010, S. 132, 138.

<sup>31</sup> Bericht Jean-Pierre Garbade, Arbeitsgruppe «Anwalt der 1. Stunde» an der Tagung «Strafverteidigung und Schweizerische StPO» des Forum Strafverteidigung am 5./6. November 2010 in Zürich.

lich benennen kann, muss ihr ein Telefonbuch zur Verfügung gestellt werden und – wie bereits erwähnt – unter Umständen auch ein Hinweis auf einen bestehenden Pikettendienst erteilt werden.

### 3.2.2 Der freie Verkehr nach Art. 159 Abs. 2 StPO

Wenn die Verteidigung an der Einvernahme erscheint, gewährleistet Art. 159 Abs. 2 StPO bei festgenommenen Personen das Recht auf freien Verkehr mit Ersterer zur Beratung. Obwohl die Vorschrift ein Kontaktrecht nur «bei polizeilichen Einvernahmen» postuliert, ist dieses nicht auf den Zeitpunkt der eigentlichen Befragung beschränkt. Sie gilt auch vor der Einvernahme, während einer Unterbrechung<sup>32</sup> und auch nach der Einvernahme.<sup>33</sup> Das Recht auf freien Verkehr gewährt den inhaltlich unüberwachten mündlichen und schriftlichen Verkehr.<sup>34</sup> Das bedeutet insbesondere, dass dem Verteidiger und der beschuldigten Person ein Raum zur Verfügung gestellt werden muss, in dem sie ohne akustische Überwachung miteinander sprechen können.

Wie lange die Besprechung dauern darf, soll in der kantonalen Praxis unterschiedlich gehandhabt werden. Die vorgesehene Dauer reicht von «kurz» im Kanton Bern über maximal dreissig Minuten im Kanton Freiburg bis zu minimal dreissig Minuten im Waadtland.<sup>35</sup> Richtigerweise kann es aber nicht auf eine konkrete Minutenangabe ankommen, sondern vielmehr, darauf, ob eine effektive Beratung im konkreten Fall möglich ist (siehe auch Art. 31 Abs. 2 S. 2 BV).

In der Praxis dürften hier wohl nur selten Probleme auftauchen. Denn die Gespräche zwischen der Verteidigung und einer beschuldigten Person werden häufig ohnehin nicht besonders lang dauern, sind doch die inhaltlichen Vorbedingungen für die Beratung keineswegs optimal.

### 3.2.3 Die Beratung der beschuldigten Person als «Stochern im Nebel»

Die Beratung in der «ersten Stunde» ist häufig nur ein «Stochern im Nebel». Ein Anspruch auf Akteneinsicht besteht gemäss der StPO frühestens nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft und zudem erst nach der «Erhebung der wichtigsten Beweise», vgl. Art. 101 StPO. Auch aus Art. 159 Abs. 1 StPO soll sich kein Anspruch auf Akteneinsicht ableiten lassen.<sup>36</sup> Die EMRK gibt hier nicht viel her. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs verlangt sie zu Beginn des Strafverfahrens kein umfassendes Einsichtsrecht, sondern nur – wie auch Art. 225 Abs. 2 StPO gewährleistet – eine (partielle) Akteneinsicht in Haftfällen.<sup>37</sup>

Als Beratungsgrundlage steht dem Verteidiger somit zunächst der Tatvorwurf zur Verfügung. Dieser ist der beschuldigten Person nach Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO u.U. bereits mitgeteilt worden. Ist der Tatvorwurf noch nicht mitgeteilt worden, besteht ein Anspruch auf eine vergleichbare Vororientierung der Verteidigung, könnte doch sonst gar keine sinnvolle Beratung erfolgen. Hinzu kommt natürlich auch der Klient als Informationsquelle. Allerdings ist diese Quelle nicht in jedem Fall zuverlässig, denn selbst Verteidiger werden von ihrer Klientschaft belogen.<sup>38</sup>

Betrachtet man diese problematische Informationslage, erscheint es zweifelhaft, ob man einem Klienten mit gutem Gewissen zu einem bestimmten Verhalten in der ersten Einvernahme raten kann. Eine seriöse Beratung des Klienten ist ohne vertiefte Kenntnis des Sachverhaltes jedenfalls nicht möglich. Teilweise ist daher vorgeschlagen worden, dem Klienten zum Schweigen in der ersten Einvernahme zu raten.<sup>39</sup> Dies ist keineswegs falsch, aber auch ein zweiseitiges Schwert. Schweigen verhindert nicht nur die Selbstbe-, sondern

auch die Selbstentlastung.<sup>40</sup> Man denke insbesondere an die Möglichkeit der Untersuchungshaft, wenn auf Grund des Schweigens eine Kollusionsgefahr bejaht wird. Allerdings wird sich gerade diese in der ersten Einvernahme – selbst bei einem Geständnis – ohnehin nicht ausräumen lassen.

### 3.2.4 Die Mitwirkung bei der Einvernahme

Das Gesetz schweigt sich weitestgehend darüber aus, inwieweit die Verteidigung an der Einvernahme mitwirken kann. Aus Art. 159 Abs. 1 StPO kann lediglich abgeleitet werden, dass ein Recht auf Ergänzungsfragen besteht. Stellungnahmen aus der polizeilichen Praxis geben jedenfalls sehr deutlich die Marschrichtung vor: Die Polizei stellt die Fragen und der Beschuldigte hat hierauf zu antworten (oder auch nicht). Der Anwalt darf nicht aktiv in die Fragen und Antworten eingreifen. Dies sei nur ausnahmsweise zulässig, bei unzulässigen Fragen oder Zweifeln an der Einvernahmefähigkeit. Erst am Schluss der Einvernahme sei dem Anwalt Gelegenheit zu geben, Fragen zu stellen.<sup>41</sup>

Unabhängig davon, inwieweit die hier zum Ausdruck kommende Befürchtung, von der eloquenten Anwältin oder dem eloquenten Anwalt «überfahren zu werden», berechtigt ist, ist jedenfalls bei der Ausübung des Fragerechts äusserste Vorsicht geboten.<sup>42</sup> Aufgrund der «dünnen» Informationslage besteht bei ungeschickten Fragen die Gefahr, dass diese Fragen der Mandantschaft im Endeffekt mehr schaden als nützen.

## 4. Verwertbarkeit<sup>43</sup>

Für die Verteidigung ist besonders relevant, welche Auswirkungen allfällige Rechtsverstösse auf die Beweissituation und damit auch auf das Verfahrensergebnis haben. Im Zusammenhang mit dem Recht

auf den «Anwalt der ersten Stunde» stellen sich verschiedene Konstellationen, die hier nur im Überblick behandelt werden können:

Relativ klar ist die Rechtslage, wenn der Hinweis nach Art. 158 Abs. 1 StPO nicht erteilt wird. Hier ist die Einvernahme Art. 158 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO unverwertbar. Und zwar absolut. Eine Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten, wie dies bei sonstigen Gültigkeitsvorschriften in Art. 141 Abs. 2 StPO vorgesehen ist, scheidet aus.

Wenn nach der hier vertretenen Auffassung auch ein Hinweis auf die Rechte nach Art. 159 StPO erfolgen muss, stellt sich die Frage, was die Folgen sind, wenn dieser Hinweis unterlassen wird. Art. 158 Abs. 2 StPO ist nicht anwendbar, denn die Pflicht, diesen Hinweis zu erteilen, folgt aus Art. 143 Abs. 1 StPO, nämlich der Pflicht zur «umfassenden Rechtsbelehrung». Damit gilt allenfalls Art. 141 Abs. 2 StPO und es droht die Verwertbarkeit entsprechender Einvernahmeergebnisse gerade dann, wenn die Verteidigung der ersten Stunde bei schweren Straftaten besonders wichtig ist.

Einen Ausweg aus diesem Dilemma weist hier die Rechtsprechung des EGMR. Wenn man sagt, eine umfassende Information über die Möglichkeiten, den Beistand eines Verteidigers in der «ersten Stunde» zu erhalten, ist notwendig, weil nur so ein wirksamer Verzicht auf das Konventionsrecht auf Verteidigung erfolgen kann, dann liegt eine Konventionsverletzung nahe, wenn diese Hinweise nicht erteilt werden und kein Verteidiger beigezogen wird. Die Verteidigungsrechte sind aber unwiederbringlich beeinträchtigt, wenn belastende Angaben, die bei polizeilichen Einvernahmen ohne Verteidiger gemacht wurden, für eine Verurteilung verwendet wurden. Das gilt insbesondere auch im Angesicht schwerer Straftaten.<sup>44</sup>

Wenn man also eine Informationspflicht aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ableitet, dann sind solche Einvernahmen unverwertbar, selbst wenn sie eine schwere Straftat betreffen.

Praktisch weniger relevant dürften die Fälle einer aktiven Hinderung eines Verteidigerbeizuges sein. Zu denken wäre hier beispielsweise daran, dass der beschuldigten Person keine Gelegenheit gegeben wird, einen Verteidiger herbeizuholen. Für diese Fälle trifft das Gesetz keine ausdrückliche Anordnung. Es wäre allerdings merkwürdig, wenn zwar das Unterlassen der Hinweise auf das Recht auf Verteidigung zur Unverwertbarkeit führt, nicht aber die Verweigerung der Verteidigung selbst.<sup>45</sup> Auch hier kann auf die bereits erwähnte EGMR-Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Solche Beweise sind nach Art. 6 Abs. 1, 3 lit. c EMRK unverwertbar. Eine Abwägung, wie dies Art. 141 Abs. 2 StPO vorsieht, scheidet aus.<sup>46</sup>

## 5. Fazit

Ob die Verteidigung in der ersten Stunde echte Bedeutung erlangen wird, ist derzeit nicht absehbar. Dies hängt vor allem stark davon ab, inwieweit beschuldigte Personen in der Praxis von diesem Recht Gebrauch machen werden. Darüber hinaus geben die eingeschränkten Beratungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten kaum Anlass zu übertriebenen Hoffnungen. Der grösste Gewinn des Anwalts der ersten Stunde – wenn er denn tätig wird – liegt vielleicht darin, ein Stück weit Verfahrensgerechtigkeit dadurch zu erreichen, dass sich die betroffenen Personen den Verfolgungsbehörden nicht bedingungslos ausgeliefert fühlen.<sup>47</sup>

<sup>32</sup> Botschaft StPO BBl 2006, 1085, 1195.

<sup>33</sup> Schmid, a.a.O., N 867.

<sup>34</sup> Vgl. Schmid, a.a.O., Art. 159 N 4.

<sup>35</sup> Bericht Garbade, a.a.O.

<sup>36</sup> Schmid, a.a.O., Art. 159 N 7.

<sup>37</sup> Vgl. EGMR «Lietzow c. Deutschland» vom 13.2.2001, ECHR 2001-I, § 47.

<sup>38</sup> Niklaus Ruckstuhl in: ZStrR 2010, S. 132, 142f.

<sup>39</sup> So Niklaus Ruckstuhl in: ZStrR 2010, S. 132, 144.

<sup>40</sup> Vgl. Daniel Jositsch in: *plädoyer* 3/01, 39, S 41.

<sup>41</sup> Vgl. Gianfranco Albertini / Bruno Fehr / Beat Voser, *Polizeiliche Ermittlung*, Zürich 2008, S. 251.

<sup>42</sup> Zutreffend Mark Pieth, *Schweizerisches Strafrecht*, Basel 2009, S. 80.

<sup>43</sup> Vgl. ausführlich zur nachfolgenden Darstellung Schlegel, a.a.O., S. 318ff.

<sup>44</sup> Vgl. EGMR Salduz, a.a.O., § 55.

<sup>45</sup> Andreas Donatsch / Claudine Cavegn in: *forumpoenale* 2009, S. 104, 109.

<sup>46</sup> Vgl. auch Gunhild Godenzi in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zürich 2010, Art. 159 N 25, die eine restriktive Anwendung von Art. 141 Abs. 2 StPO präferiert.

<sup>47</sup> Niklaus Ruckstuhl in: ZStrR 2010, S. 132, 145.