

Peter Popp\*

## Zur Notwendigkeit des «Anwalts der ersten Stunde»

**Stichworte:** Verteidigung, Einvernahme des Beschuldigten, Haft, polizeiliche Ermittlung, Strafprozess

### I. Thematik

Beim «Anwalt der ersten Stunde» handelt es sich um einen aktuellen, d.h. relativ jungen und verbreiteten Begriff. Gemeint ist der Rechtsbeistand des Beschuldigten in der Anfangsphase eines Strafverfahrens, also nach Aufnahme einer von Verdacht geprägten Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden, insbesondere ab Beginn polizeilicher Ermittlungen. Die Thematik bezieht sich weniger auf das Recht des Beschuldigten, einen solchen zu ernennen,<sup>1</sup> oder die Pflicht des Staates, Verteidigung sicherzustellen, sondern darauf, welche Tätigkeit der Verteidiger in diesem Verfahrensstadium entfalten kann.<sup>2</sup> Diese zerfällt in drei Kategorien: den Kontakt zwischen Verteidiger und Mandanten – zur Instruktion des Ersteren und zur Beratung des Letzteren –, die Verbeiständung des Beschuldigten während dessen Befragung sowie die unabhängige Interessenwahrung – Akteneinsicht, Anwesenheit während Beweisaufnahmen, Anträge betreffend Beweis- und Zwangsmassnahmen. Nur Aktivitäten der letztgenannten Art sind unbestritten, fliessen sie doch aus dem Recht auf Verteidigung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c EMRK,<sup>3</sup> und grundsätzlich unproblematisch ist der Kontakt mit dem auf freiem Fuss befindlichen Beschuldigten.<sup>4</sup> Lebhaft diskutiert wird jedoch, namentlich in Sicht auf die künftige eidgenössische StPO,<sup>5</sup> die

Teilnahme des Verteidigers an Befragungen. Kaum thematisiert ist jedoch sein Verkehr mit dem Beschuldigten, obwohl dessen Beratung über die ihm zukommenden Rechte, namentlich das Schweigerecht, eine zeitlich nicht limitierte und vertrauliche Kommunikation unabdingbar machen.

### II. Gesetzliche Regelungen

#### 1. Geltendes Recht

Der freie Verkehr zwischen dem inhaftierten Beschuldigten und dem Verteidiger ist im Gesetzesrecht häufig explizit vorgesehen, sei es zeitlich unbeschränkt,<sup>6</sup> sei es nach einer ersten richterlichen<sup>7</sup> oder polizeilichen<sup>8</sup> Befragung. Im ersten Fall wird aber die Phase der polizeilichen Ermittlungen nur dann erfasst, wenn die Verfahrensherrschaft ab initio bei der Staatsanwaltschaft liegt, wie in Basel-Stadt, oder wenn der freie Verkehr als Regel des Haftrechtregimes ausgestaltet ist, wie z.B. in Bern oder Solothurn. In den meisten Prozessgesetzen kann dieser Kontakt eingeschränkt werden, sei es bei Missbräuchen,<sup>9</sup> sei es wenn der Untersuchungszweck es erheischt.<sup>10</sup> Das Bundesgericht schützt solche Massnahmen,<sup>11</sup> und nur ausnahmsweise verzichtet das kantonale Recht darauf.<sup>12</sup> Die Strassburger Rechtsprechung erachtet das Recht auf freien Verkehr als im Recht auf Verteidigung

\* Prof. Dr. iur., Richter am Bundesstrafgericht, vordem Rechtsanwalt in Zug. Die Verwendung nur der männlichen Substantivformen ist durch das Gebot der Kürze bedingt und mag durch gleichmässige Anwendung auf alle Akteure erträglich sein.

1 Dazu gehört auch das Recht, sich ihn auszusuchen. Daher wird befürwortet, die Phase der Anbahnung eines Mandatsverhältnisses einzubeziehen (NIKLAUS RUCKSTUHL, in: M. Niggli/P. Weissenberger [Hrsg.], Strafverteidigung, Basel/Genf/München 2002, Rz. 3.113).

2 Der Rechtsbeistand zur Wahrung von ausserstrafprozessualen, etwa geschäftlichen Interessen ist nicht dazu zu rechnen, wenngleich das Bedürfnis des inhaftierten Beschuldigten, über einen solchen seine privaten und wirtschaftlichen Belange zu regeln, ausser Frage steht. Für das Strafverfahren stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage der Verhältnismässigkeit der Haftbedingungen, insoweit diese die Kommunikation beschränken. Der bei Rechtshilfebegehren im ersuchten Staat tätige Anwalt ist auf das Rechtshilfeverfahren beschränkt, für welches die Konventionsgarantien (dazu bei und in Fn. 3) nicht gelten (A. FROWEIN/W. PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2. A. Kehl etc. 1996, Art. 6 bei Fn. 199).

3 Art. 14 Abs. 3 lit. d UNO-Pakt II spricht nur vom Recht auf Verteidigung an der «Verhandlung». Die Garantien werden jedoch in beiden Abkommen als gleichwertig erachtet (WALTER GOLLWITZER, Menschenrechte im Strafverfahren – MRK und IPBPR – Kommentar, Berlin 2005, Art. 6 MRK/Art. 14 IPBPR N 195).

4 Befindet er sich in seinem Heimatstaat, so kann ein Auslieferungersuchen des ermittelnden Staates den Kontakt des hier tätigen Anwalts nur faktisch erschweren.

5 Allgemein zum Thema in Sicht auf die künftige StPO etwa NIKLAUS SCHMID, «Anwalt der ersten Stunde» – Zu den Lösungsvorschlägen des Vorentwurfs für eine schweizerische Strafprozessordnung vom Juni 2001, in: A. Donatsch/M. Forster/C. Schwarzenegger (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, 745–764; PETER ALBRECHT, Die Funktion und Stellung

des Verteidigers im Strafverfahren, in: M. Niggli/P. Weissenberger [Hrsg.], Strafverteidigung, Basel/Genf/München 2002, Rz. 2.66 ff.; SARARARD ARQUINT, «Anwalt der ersten Stunde»? – Ein Positionspapier, in: B. Schindler/R. Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, 175–201; ULRICH WEDER, Zum Postulat der Teilnahme der Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren, in: A. Donatsch et. al. (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 445–463, besonders 459 ff.; DERS., Fragen zum «Anwalt der ersten Stunde» – Sorge um Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Strafprozess, NZZ Nr. 284 vom 6. Dezember 2006, 15.

6 Z.B. Art. 117 BStP; Art. 246 StV-BE; § 48 Abs. 3 StPO-SO; Art. 121 Abs. 1 StP-SG; § 105 Abs. 1 StPO-BS.

7 Z.B. § 17 Abs. 3 StPO-ZH; Art. 165 Abs. 3 StPO-SH.

8 Art. 107 a Abs. 3 lit. g StPO-GE. Allerdings scheint nach BGE 126 I 153, 158 das Haftreglement zusätzlich eine erste untersuchungsrichterliche Einvernahme oder aber die Erlaubnis zu freiem Verkehr durch den Untersuchungsrichter voraussetzen zu lassen.

9 Art. 247 StV-BE; ausdrücklich auf Kollisionsgefahr beschränkt in § 105 Abs. 2 StPO-BS.

10 Etwa Art. 117 BStP; Art. 121 Abs. 2 StP-SG.

11 BGE 121 I 164, 168 f.

12 Art. 48 Abs. 3 und 3 StPO-SO, allerdings nur bei Verteidigung durch zugelassene Anwälte (dieser Kanton kennt keinen mit den anderen Kantonen vergleichbaren Anwaltszwang). Das würde auch bei vorzeitigem Strafantritt gelten (Art. 84 Abs. 4 StGB, Vorrang des eidg. Rechts), wirkt sich aber insoweit nicht aus, als dieser erst nach Abklingen der Kollisionsgefahr angeordnet wird, also in einem späteren Untersuchungsstadium.

nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK eingeschlossen, hielt aber in einem Fall Einschränkungen wegen Kollisionsgefahr für prüfenswert.<sup>13</sup> Dementsprechend wird auch in der Literatur diese restriktive Möglichkeit bejaht.<sup>14</sup> Der UNO-Pakt II schreibt nur eine «hinreichende» Möglichkeit zum Verkehr zwischen Verteidiger und Mandant vor. Zustimmung verdient die Auffassung von VILLIGER, wonach die Kommunikation stets frei sein muss und bei manifester Missbrauchsgefahr der erbetene Verteidiger ausgeschlossen werden kann, aber unverzüglich für die gegebenenfalls notwendige Verteidigung zu sorgen ist.<sup>15</sup> Damit liesse sich auch den Empfehlungen der UN-Ausschüsse für Menschenrechte und gegen Folter und derjenigen des Europarat-Ausschusses zur Verhinderung von Folter<sup>16</sup> Rechnung tragen, welche das Recht auf freien Verkehr als für die Verwirklichung der entsprechenden Abkommen wesentlich erachten.

Zur Teilnahme des Verteidigers fällt auf, dass die Kantone Solothurn und Aargau als Beispiele für ein solches Recht ab der ersten, auch polizeilichen, Befragung des Beschuldigten genannt werden.<sup>17</sup> Allerdings besagt der angeführte § 7 StPO-SO in Abs. 2 nur, der Beschuldigte könne einen Verteidiger bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren beiziehen, und Gleiches gilt nach § 57 StPO-AG, während § 95 Abs. 3 StPO-SO diesem die Teilnahme an der Einvernahme seines Mandanten bloss gestattet, «wenn es der Untersuchungszweck nicht verbietet» und § 124a StPO-AG die Teilnahme an der ersten Einvernahme ausschliesst und dem Untersuchungsrichter Einschränkungen auch nachher gestattet. Daraus ergibt sich, dass (1) die in vielen Prozessgesetzen statuierte Formel, der Beschuldigte könne jederzeit einen Verteidiger bestellen,<sup>18</sup> und er sei darauf hinzuweisen,<sup>19</sup> von jenem vielfach nicht verstanden wird und ihm auch wenig nützt, wenn das Gesetz das Teilnahmerecht des Rechtsbeistandes für die erste Befragung ausschliesst oder auszuschliessen erlaubt, und dass (2) der Anwalt der «ersten Stunde» echt nur dort realisiert ist, wo das Gesetz die Teilnahme explizit und unantastbar für alle Einvernahmen des Beschuldigten erlaubt, wie es etwa im Kanton Basel-Stadt der Fall ist.<sup>20</sup> Das Bundesgericht hält zeitlichen Aufschub der Verbeiständung durch einen Verteidiger für zulässig, sich auf den Strassburger Entscheid i. S. Murray berufend.<sup>21</sup> Zwar folgte der EGMR auch in diesem Entscheid seiner allgemeinen Tendenz, es den Vertragsstaaten zu überlassen, wie sie das nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gebotene faire Verfahren ausgestalten, und dieses Erfordernis im Allgemeinen nur

über das ganze Verfahren hin zu beurteilen.<sup>22</sup> Er ging aber insofern einen Schritt weiter, als er aus Art. 6 EMRK ableitete, der Beschuldigte müsse bereits ab den ersten Stadien polizeilicher Einvernahmen von anwaltlichem Beistand profitieren können; er gestattete freilich, dieses Recht aus «raisons valables» einzuschränken.<sup>23</sup> Das Bundesgericht prüfte allerdings nicht, ob der Ausschluss des Verkehrs während rund 24 Stunden solchermaßen durch hinreichende Gründe gerechtfertigt gewesen sei, sondern hielt es für ausreichend, dass die Genfer Verfahrensregeln<sup>24</sup> als «souples» gewertet werden können. Im Übrigen ist dieser Entscheid wohl überholt durch das Strassburger Urteil vom 2. August 2005 i.S. Kolu, in welchem es der EGMR als notwendig erachtete, dass der Beistand eines Verteidigers während (allen) Einvernahmen des Beschuldigten sicher gestellt sei.<sup>25</sup>

## 2. Entwurf eidg. StPO

Nach Art. 156 E-StPO hat der Verteidiger ausdrücklich Anspruch darauf, bei polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten anwesend zu sein und Fragen zu stellen, ferner mit einem vorläufig festgenommenen Mandanten frei zu verkehren. Hingegen gibt Art. 234 Abs. 4 Satz 2 E-StPO Raum für eine richterliche Kommunikationsbeschränkung während der Untersuchungshaft. Will man während der vorläufigen Festnahme grosszügigere Verteidigerrechte einräumen als während der Haft? Das scheint nach den Erläuterungen in der Botschaft, wonach vertrauliche Gespräche, Schrift- und Telefonverkehr nicht eingeschränkt werden können,<sup>26</sup> nicht der Fall zu sein. Gilt das Recht zur Verbeiständung erst in den Einvernahmen oder schon während der «kurzen Befragung» im Rahmen der polizeilichen Anhaltung?<sup>27</sup> Es fehlen dem Entwurf die für dieses Thema unerlässlichen gesetzlichen Präzisierungen.

## III. Argumente

Befürworter weisen darauf hin, dass die (erste) polizeiliche Einvernahme einen erheblichen stigmatisierenden und präjudizie-

13 EGMR vom 28. November 1991 i.S. S., sér. A no. 220, §§ 47 ff.

14 FROWEIN/PEUKERT (Fn. 2), Art. 6 N 189; GOLLWITZER (Fn. 3), Art. 6 MRK/Art. 14 IPBPR N 178.

15 MARK VILLIGER, Handbuch der Menschenrechtskonvention, 2. A. Zürich 1999, Rz. 525.

16 Siehe dazu die Hinweise in der Botschaft StPO, BBI 2005, 1085, 1193 f.

17 SCHMID (Fn. 5), 750; ARQUINT (Fn. 5), 184 Fn. 58; Botschaft StPO, BBI 2005, 1085, 1193 Fn. 273.

18 Art. 35 Abs. 1 Satz 1 BStP; Art. 54 StPO-SG.

19 § 11 Abs. 1 StPO-ZH; Art. 105 Abs. 1 Ziff. 3 StV-BE.

20 § 47 Abs. 1, 122 Abs. 2 StPO-BL. Die an sich gleiche Regelung von § 107 StPO-BS schränkt die Praxis durch § 13 Abs. 1 StPO-BS ein, wo das Recht auf Verteidigung entgegen Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK auf die Zeit ab der ersten protokollarischen Befragung limitiert wird.

21 BGE 126 I 153, 160 f.

22 So das zum gleichen Thema ergangene Urteil vom 24. November 1993 i.S. *Imbroscia c. Schweiz*, sér. A no. 275, §§ 37 ff.

23 EGMR vom 8. Februar 1996 i.S. *Murray*, Rec. 1996-I = EuGRZ 1996, 587 ff. Im konkreten Fall hielt das Gericht den Ausschluss von anwaltlichem Kontakt während 48 Stunden für unzulässig in Ansehung einer Verfahrensregel, welche dem Beschuldigten Nachteile auferlegt, wenn er schweigt.

24 V.a. Fn. 8.

25 Verfahrensnummer 35 811/97, § 56 mit dem Zusatz, dass dies *umso mehr* (nicht unter der Bedingung) gelte, als die Aussagen ohne anwaltlichen Beistand später Schlüsselemente Anklageschrift und -vortrag geworden seien. Das Gericht hielt nur dafür, dass die Verletzung des Fairnessgebotes im späteren Prozessverlauf geheilt werden könne (§ 57). Das wäre bloss der Fall, wenn ein allfälliges Geständnis später folgenlos zurückgenommen werden könnte (JENS MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, 2. A. Baden-Baden 2006, Art. 6 N 92).

26 BBI 2005, 1085, 1235.

27 Art. 214 Abs. 1 lit. b E-StPO. SCHMID hat auf diese Schwierigkeit hingewiesen (Zur Stellung der Strafverteidigung im Vorentwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung vom 21. Juni 2001, vor allem im Vorverfahren, AJP 2002, 619–625, 623).

renden Effekt entfalte,<sup>28</sup> insbesondere da die Ermittlungen zunehmend in die Hände der Polizei gelegt würden.<sup>29</sup> Dies gebe dem Recht, einen Verdacht sofort entkräften zu dürfen<sup>30</sup> oder auf Vorwürfe zu schweigen,<sup>31</sup> einen besonderen Stellenwert und verlange nach fachkundiger Beratung in diesem Verfahrensstadium. Schliesslich wird auf die persönliche Schwäche des inhaftierten Beschuldigten hingewiesen, dank welcher es nicht selten zu falschen Geständnissen und auf dieser Basis zu Fehlurteilen komme; diese Schwäche gelte es, durch die kontrollierende Präsenz eines Anwaltes auszugleichen.<sup>32</sup>

Abgelehnt wird der Anwalt der ersten Stunde von Strafverfolgungsseite mit dem schwerwiegenden Argument, er beeinträchtige die effiziente Erforschung der tatsächlichen Wahrheit, indem er Aussagen evoziere, die nicht diesen Zielen, sondern dem Interesse an einem günstigen Verfahrensausgang dienen. In diesem Kontext wird auf das Ausbildungsübergewicht der Anwälte gegenüber denjenigen Polizeibeamten, welche in der Alltagskriminalität ermittelten, hingewiesen. Aber auch durch einen Staatsanwalt sei der Beschuldigte allein zu befragen, weil er «noch unter dem Einfluss der begangenen Straftat und der Festnahme eher unbehelligt von taktischen Überlegungen aussagen» würde.<sup>33</sup>

#### IV. Versuch einer Bewertung

Die Eindringlichkeit, in welcher pro und contra argumentiert wird, weist auf die Bedeutung der thematisierten ersten, meist polizeilichen, Befragung des Beschuldigten hin. Dabei spielt die praktische Erfahrung der Verteidiger wie der Polizisten und Staatsanwälte eine massgebliche Rolle. Demgegenüber wird die Situation der Beschuldigten, seien sie Täter oder nicht, strafrechtlich schuldig oder nicht, kaum eigenständig ergründet, sondern aus der Projektion dieser Erfahrungen und mit allgemein-psychologischen Regeln betrachtet. Die Sicht der Richter wiederum, welche den Beweiswert der Protokolle von Erst- und Polizeibefragungen zu ermesen haben, ist kaum thematisiert.

##### 1. Zur Bedeutung des Geständnisses

Das Geständnis hat zwar nicht mehr die gleiche hervorragende Bedeutung für die Aufklärung des Falles wie früher, als es wegen der Beschwerlichkeit der Sachbeweise in den Vordergrund trat und sich die hoheitlichen Bemühungen auf dessen Erlangung konzentrierten,<sup>34</sup> stehen doch dank Technik und interjustizieller Rechtshilfe tragfähige andere Beweismittel zur Verfügung. Die Verfahrensabkürzungen, welche praktisch und auch rechtlich<sup>35</sup> nach einem Geständnis möglich werden, oder Sachverhaltskom-

plexe, welche ohne Geständnis mangels Ressourcen<sup>36</sup> oder mangels Sachbeweisen ohne Geständnis oder Hilfe von Kronzeugen<sup>37</sup> nicht aufzuklären sind, geben ihm noch heute eine zentrale Stellung. Dazu kommt aus richterlicher Perspektive die Bedeutung des Geständnisses für die Ermittlung der Strafzumessung<sup>38</sup> und für das Absehen von Verurteilung.<sup>39</sup> Schliesslich ist das Tatbekenntnis unter dem Strafvollzugsziel der Resozialisierung<sup>40</sup> eine nicht unwesentliche Komponente hoheitlichen Handelns, und gerade für den Schuldigen ist es der Schlüssel für das Erlebnis der Strafe als sinnhaften Geschehens.<sup>41</sup> Für den Schuldverdächtigen ist es meist der Schlüssel für die Entlassung aus der Untersuchungshaft.

Unter all diesen Aspekten ist der Zeitpunkt des Geständnisses von untergeordneter Bedeutung: Es behält seinen Wert, auch wenn es in späteren Einvernahmen, wenn es ausserhalb derselben und selbst wenn es noch vor Gericht erklärt wird. Wird gleichwohl um die erste Einvernahme so intensiv gerungen, so weist dies auf das Kräfteverhältnis und die Rolle der Verfahrensbeteiligten hin – allgemein und in diesem Stadium. Wie man zum Anwalt der ersten Stunde steht, zeigt daher das Verständnis und die Bewertung dieser Rollen auf und verdient schon aus dieser Sicht eine gesetzlich klare Regelung.

##### 2. Zum Kräfteverhältnis in der ersten Stunde

Der Beschuldigte darf nicht anders als unter der Prämisse seiner Unschuld betrachtet werden. Es ist nicht bloss sein Interesse, sondern sein verbrieftes Recht, den Vorwurf zu bestreiten und/oder auf die ihm gestellten Fragen zu schweigen. Versuchen, aus dem Schweigen auf Schuld zu schliessen, negieren nicht nur ein Menschenrecht,<sup>42</sup> sondern setzen ihn einer Gefahr der Fehlbeurteilung dann aus, wenn er sich für die eine Strafbarkeit ausschliessenden Momente in Beweisnot befindet. Das kann nicht nur hinsichtlich von Rechtfertigungsgründen der Fall sein,<sup>43</sup> sondern auch bezüglich des Tatbestandes und dort vor allem des subjektiven.<sup>44</sup> Ferner kann es zu Fehlinterpretationen kommen, wenn der Beschuldigte den juristischen Gehalt von Ausdrücken der Alltagssprache, wie In-Kauf-Nehmen der Möglichkeit eines Erfolges bzw. der Qualität eines Tatumstandes<sup>45</sup> oder letzter Schritt zur

28 PIRMIN FREI, Mitwirkungsrechte im Strafprozess, Bern 2001, 212.

29 FREI (Fn. 28); ALBRECHT (Fn. 5), Rz. 2.67.

30 ALBRECHT (Fn. 5), Rz. 2.67.

31 ARQUINT (Fn. 5), 191 f.

32 ARQUINT (Fn. 5), 192 f.; VERA DELNON, plädoyer 6/2000, 10 f.

33 WEDER (NZ), Fn. 5); HEINRICH GUGGENBÜHL, plädoyer 6/2000, 10 f.

34 EBERHARDT SCHMIDT, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. A. Göttingen 1965, §§ 73 f.

35 Art. 157, 345 Abs. 1 lit. a E-StPO; schon Art. 156 BStP für das Gerichtsverfahren.

36 Wirtschaftsdelikte, vgl. GUGGENBÜHL (Fn. 33), 11.

37 Wie oft bei grösserer Drogen- oder anderer arbeitsteiliger Kriminalität.

38 Milderung bei aufrichtiger Reue (Art. 48 lit. d StGB); Minderung bei Unrechtseinsicht (BGE 121 IV 202, 204). S.a. Fn. 57.

39 Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) setzt auf subjektiver Ebene ein Tatbekenntnis voraus (CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/MARKUS HUG/DANIEL JOSITSCH, Strafrecht II, 8. A. Zürich 2007, 64); sie ist auch für das Vorverfahren aktuell.

40 Art. 75 Abs. 1 StGB.

41 EBERHARDT SCHMIDHÄUSER, Vom Sinn der Strafe, 2. A. Göttingen 1971, 87 ff.

42 *Nemo-tenetur*-Grundsatz als Bestandteil des fairen Prozesses (EGMR vom 3. Mai 2001 i. S. J.B. c. Schweiz, Rec. 2001–III, § 64).

43 Beispiel: Gesteht der Verdächtige, die Körperverletzung begangen zu haben, so trägt er vielleicht die Folgen der Unbeweisbarkeit eines vorangegangenen Angriffs des Opfers.

44 Beim Vorwurf der Notzucht: Geständnis des Verkehrs, Unbeweisbarkeit der Freiwilligkeit. Beim Vorwurf der Geldwäscherei: Geständnis der «Waschhandlung», Unbeweisbarkeit des Irrtums über die Vortat.

45 Z.B. verbrecherische Quelle des transferierten Vermögenswertes bei Art. 305<sup>bis</sup> StGB.

Verwirklichung des Handlungsplanes, nicht erfasst. Neben dieser rechtlichen ist er auch einer persönlichen Schwäche ausgesetzt. Dies gilt in erster Linie dem Festgenommenen oder Inhaftierten, der in einem Augenblick die gewohnte Umgebung mit einer ihm völlig unbekanntem vertauschen muss, auf die er direkt keinen Einfluss hat, sondern die von Personen bestimmt wird, welche – nach allgemeiner, aber weitgehend auch nach seiner Überzeugung – das Recht «auf ihrer Seite» haben. Auch der Beschuldigte mit krimineller Vergangenheit erfährt einen solchen Umgebungswechsel, und zwar zu einer ihm eher bekannten, aber oft feindlich begegnenden Struktur. Daraus entsteht ein Erlebnis von Unsicherheit, welches zusätzlich verstärkt wird durch Vorstellungen möglicher persönlicher Folgen: Sanktion, Verlust der Position in einem freundlichen Umfeld, vergeltende oder erpresserische Reaktion seitens eines unfreundlichen Umfeldes. Nur wenige werden der Versuchung widerstehen, diese Situation rasch beenden zu wollen; wie dies angestrebt wird, hängt von der Persönlichkeit ab und geschieht auf verschiedene Art. Auf diese Weise wird die Reaktion durch das Erlebnis der aktuellen Situation bestimmt und nicht durch das zurückliegende, strafrechtlich interessierende Geschehen. Zwar mag der wahre Täter Schuld empfinden, welche vielfach das Streben nach rascher Entlastung unterstützt, wenn sie nicht wegen ihrer Übermacht einen Verdrängungsimpuls auslöst; das verhindert aber nicht falsche oder überschüssige Bewertungen seines Bekenntnisses. Der nicht Festgenommene oder Inhaftierte erlebt die Unsicherheit in der Regel weniger stark, wenn auch seine Freiheit, wenigstens solange eine Befragung dauert, ebenfalls aufgehoben ist.

Polizei und Staatsanwaltschaft nehmen für sich in Anspruch, nach der materiellen Wahrheit zu suchen.<sup>46</sup> Allerdings ist es genuine Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden zu untersuchen, ob ein bestimmtes Geschehen den strafrechtlichen Definitionen entspricht, was eine belastende Hypothese indiziert.<sup>47</sup> Erachtet sie, wegen Flucht- und/oder Kollisionsgefahr, Haft als notwendig, muss sie rasch nicht nur eine Hypothese, sondern einen wenn auch noch schwachen, aber doch objektivierten Tatverdacht ausweisen. Durch die Dynamik der Aufklärungsarbeit<sup>48</sup> wird gerade in der Anfangsphase der Ermittlung der Jagdinstinkt wachgerufen; dazu kann ein vorder- oder hintergründiges Bedürfnis nach Bewährung in der Aufgabe wirksam sein. All dies trägt zu einer Wünschbarkeit eines raschen Geständnisses bei. Auf dem Wege dahin spielen trivialpsychologische Vorstellungen davon, wie es zustande komme,<sup>49</sup> eine nicht zu unterschätzende

Rolle. Sie evozieren auch Einvernahmetechniken, die nicht überraschend im Geburtsland des Lügendetektors Anklang fanden.<sup>50</sup> Diese Akzentuierung wird nicht aufgehoben durch den gesetzlichen Untersuchungsgrundsatz, welcher die Strafbehörden verpflichtet, gleichermaßen belastenden und entlastenden Fakten nachzugehen;<sup>51</sup> denn er beschreibt ein Ziel ihres Handelns, ist keine Qualifikation desselben.<sup>52</sup>

Die theoretisch möglichen Ergebnisse einer (frühen) Befragung sind Geständnis oder Bestreitung der vorgehaltenen Straftat oder Schweigen. Eine sichere Basis für die Richtigkeit der Aussage wird schon erschwert durch den Umstand, dass der Beschuldigte seitens des Befragenden als Objekt erlebt und behandelt wird.<sup>53</sup> Im aufgezeigten Kräfteverhältnis ergibt sich jedoch keine sichere Basis für die Richtigkeit der Aussage oder die Bedeutung des Schweigens. Ein Geständnis mag falsch sein wegen Aussichtslosigkeit der Bestreitung oder wegen Angst vor ihren unmittelbaren Folgen,<sup>54</sup> namentlich Haft, wegen Hoffnung auf eine günstigere Sanktion (Spatz statt Taube), zwecks Verheimlichung einer anderen eigenen oder einer fremden Tat (persönliche Bindung, Furcht vor Vergeltung, versprochene Belohnung) oder auch wegen der negativen Aufmerksamkeit, die ein Täter (medial) bekommt. Die Bestreitung mag falsch sein wegen erlebter Unsicherheit, wegen Hoffnung auf Unbeweisbarkeit oder wegen Bekenntnisunfähigkeit. Schweigen mag, wer eine Tat im Dunkeln zu halten bezweckt oder fürchtet, eine richtige, aber unvollständige oder unbedachte Aussage zu machen. Solche Mängel sind eine durch Fehlurteilsforschung gestützte Erfahrungstatsache<sup>55</sup> und ihnen ist durch trivialpsychologische Ver-

46 GUGGENBÜHL (Fn. 33), 10 f.; WEDER (Fn. 5). Das wird von anwaltlicher Seite in Frage gestellt (DELNON, [Fn. 32], 10), von kriminologischer Seite sogar verneint (ULRICH EISENBERG, *Kriminologie*, 6. A. München 2005, § 28.10).

47 DETLEFF KRAUSS, *Strafverteidigung – wohin? Recht* 1999, 117–125, 118 f.; HANS WALDER/THOMAS HANSJAKOB, *Kriminalistisches Denken*, 7. A. Heidelberg 2006, 85 ff. («Alles kriminalistische Denken beginnt grundsätzlich mit einem *Verdacht*» [85]). Vielsagend etwa die polizeiliche Sichtweise, wiedergegeben bei Fn. 33.

48 WALDER/HANSJAKOB (Fn. 47), 101 f., sprechen anschaulich von *Sicherungs- und Auswertungsangriff* am Tator.

49 Bewusstsein, eine Straftat begangen und sich schuldig gemacht zu haben, und Nutzlosigkeit von Abstreitungen, weil die Tat auch anderswie bewiesen werden könne: WALDER/HANSJAKOB (Fn. 47), 105 f.

50 Die «Reid»-Einvernahme arbeitet in neun Stufen, beginnend mit der Feststellung, dass die Täterschaft zweifelsfrei fest stehe, bietet dem Einvernommenen moralische oder psychologische Entlastungsgründe, schildert ihm die überwältigende Beweislage und verwendet weitere Eskalationsstufen zur Überwältigung von Widerstand und/oder Förderung von Geständnisbereitschaft. Ein Protokoll soll erst auf der letzten Stufe, nach Ablegung eines Geständnisses aufgenommen werden (ANNETTE WEBER/ALEXANDER BERRESHEIM, *Polizeiliche Vernehmungen*, *Kriminalistik* 2001, 785–796, 788 f.).

51 Kantonal etwa § 31 StPO-ZH (nicht für die Polizei), Art. 55 Ziff. 3 StV-BE; eidgenössisch Art. 6 Abs. 2 E-StPO; das geltende Recht verlangt dies nur für das Gericht (Art. 146 Abs. 2 BStP).

52 Diese Maxime ist praktisch kaum realisierbar (NIKLAUS SCHMID, *Strafprozessrecht*, 4. A. Zürich 2004, Rz. 269) und vermag in bedenkenswerter Weise die richterliche Neutralität zu beeinflussen, indem sie der Anklagebehörde ein Vorschussvertrauen zubilligt. Aus diesem Grunde ist die Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden auf Gerechtigkeit (Art. 4 Abs. 1 E-StPO) zwar gut gemeint, aber ein Risiko für die im gerichtlichen Verfahren unerlässliche Gleichbehandlung von Anklage und Angeklagtem, besonders wenn sie unter der Maxime der dem Richter vorbehaltenen Unabhängigkeit eingeführt wird.

53 EISENBERG (Fn. 46), § 28.11. Die Polizei will sich die Schwäche des Beschuldigten explizit zunutze machen (GUGGENBÜHL [Fn. 33], 12), was die Frage aufwirft, worin «die Zuversicht des Vernehmenden gründen soll, den wirklichen Täter zu konfrontieren» (ULRICH EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, 4. A. München 2002, Rz. 594)

54 Dies soll die überwiegende Ursache sein: WEBER/BERRESHEIM (Fn. 50), 790; vgl. eingehend ULRICH EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, 5. A. München 2006, Rz. 731 ff.

55 Immer noch wegweisend KARL PETERS, *Fehlerquellen im Strafprozess*, 2. Band, Karlsruhe 1972, 13 ff., besonders 25 f.



haltensbewertungen nicht beizukommen.<sup>56</sup> Bei alledem ist in Rechnung zu stellen, dass eine Bestreitung später unschädlich widerrufen werden kann,<sup>57</sup> nicht aber ein Geständnis.<sup>58</sup>

## V. Zur Wirkung des Verteidigers

Die Möglichkeiten des Verteidigers in der «ersten Stunde» liegen in der Überwachung des Rahmens, in welchem der Beschuldigte befragt wird, und in dessen Beratung hinsichtlich der Aussage. Die erste ist ein effizientes präventives Mittel. Die zweite kann eine ausgewogene Erforschung der Realität unterstützen und bei Beweisnot zu einem insgesamt gerechten Ergebnis beitragen, ferner die persönliche Basis für ein Bekenntnis fördern.<sup>59</sup> Gibt es auch Verteidiger, welche aktiv beitragen, dass der zu Recht Beschuldigte sein strafbares Verhalten verdunkelt, dass er schweigt oder gar lügt? Das Letztere ist gar nicht so einfach, weil ein aussichtsreiches Lügengebäude voraussetzt, dass der Anwalt genaue Kenntnis der Realität besitzt. Sie erschliesst sich ihm weitgehend nur über den Beschuldigten, und gerade lügende Klienten geben sie oft auch ihm nicht preis in der Annahme, der Anwalt könne sie glaubwürdiger und damit besser verteidigen, wenn er einen Unschuldigen vor sich sehe. Eine Lüge zu fördern ist für den Verteidiger auch gefährlich, weil er sich der Chance zur Entlastung des Täters begibt. Das Letztere gilt ebenso für das Schweigen; zusätzlich bedingt es auf Seiten namentlich des Inhaftierten eine starke Persönlichkeit.<sup>60</sup> Auf der anderen Seite gibt es Einvernehmende, die auf ein Geständnis um jeden Preis hinarbeiten. Das ist vordergründig nicht selten sogar in den Protokollen<sup>61</sup> und hintergründig eindrücklich etwa im Film «Under suspicion»<sup>62</sup> nachgezeichnet. So gesehen, mag in

extremis die Tätigkeit des «Anwalts der ersten Stunde» ein falsches Geständnis wie eine Aufklärung realer Tatverantwortung verhindern. Die Unschuldsvermutung verlangt um des Vertrauens in das Recht willen jedoch, falsche Geständnisse zu vermeiden, und nimmt dafür sowohl in Kauf, dass Straftaten ungesühnt bleiben, wie den zusätzlichen Zeit- und Geldaufwand, der für den Nachweis nicht gestandener Handlungen anfallen mag.<sup>63</sup>

## VI. Nachtrag: Zum Verteidiger der «letzten Stunde»

Das oben für die erste Stunde skizzierte Kräfteverhältnis ändert sich im Verlauf des Verfahrens strukturell: Bei der Staatsanwaltschaft macht sich Erledigungszwang bemerkbar, was bei Beweislücken sowohl Geständnisdruck wie Bedürfnis nach teilweiser Verfahrenseinstellung evozieren kann. Beim Beschuldigten entfällt oft die Belastung durch Haft, werden aber die Nebenwirkungen durch ihre Dauer stärker. Bei alledem wandelt sich allerdings nicht zwingend und wohl auch nicht typischerweise der Saldo des Kräfteverhältnisses. Hingegen mag vielfach das Bedürfnis nach einer Abkürzung des Verfahrens auftauchen, welchem das neue Recht Raum geben wird.<sup>64</sup> Die grund- und verfahrensrechtliche Problematik des strafprozessualen Deals mit Rechtsmittelausschluss ist hier nicht darzulegen. Thema ist aber, dass der erwartete Effizienzgewinn ja erst im richterlichen Verfahren eintreten kann,<sup>65</sup> in welchem das Gericht bloss beschränkt überprüfen kann, wie der Deal zustande kam. Im Wesentlichen kann nur noch der notwendige<sup>66</sup> Verteidiger beitragen, dass der Beschuldigte den staatsanwaltlichen Vorschlag aus freien Stücken, nicht aus situativer Schwäche heraus annimmt. Das ist allein dann möglich, wenn der Anwalt nicht selbst des Falles und/oder seines Klienten müde geworden ist.

### Hinweis der Redaktion

In der Ausgabe Nummer 8 werden sich weitere Autoren zu diesem Thema äussern.

56 WEBER/BERRESHEIM (Fn. 50), 789 nennen etwa die falschen Schlüsse aus dem «ehrlichen» Eindruck, aus der Gestik oder Motorik; zur Zweideutigkeit auch EISENBERG, (Fn. 46), § 28.77. Auch der Schilderungsreichtum oder die sofort erweisbare Richtigkeit/Falschheit einer Aussage über ausserhalb der Tat liegende Umstände reichen nicht aus.

57 BGE 96 IV 155, 179 f. Anschaulich ALEX BAUR, Das landmannsche Geständnis, in: H. Baumgartner/R. Schuhmacher (Hrsg.), Ungeliebte Diener des Rechts, Baden-Baden/Zürich 1999, 210–230. Wenn die Bestreitung nicht straf erhöhend berücksichtigt werden darf (GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht AT II, 2. A. Bern 2006, § 6.54 ff.), so kann höchstens das Mass einer Minderung wegen Geständnisses durch seinen Zeitpunkt beeinflusst werden.

58 Bis zum Urteil hin wird es immer wieder vorgehalten und wird der Widerruf angezweifelt werden; einlässlich RUCKSTUHL (Fn. 5), Rz. 3.96.

59 ARQUINT (Fn. 5), 180 ff.; KRAUSS (Fn. 47), 119.

60 RUCKSTUHL (Fn. 5), Rz. 3.93.

61 Hinweis auf Haftfortsetzung, Vortäuschung des Geständnisses von Tatbeteiligten; generell Einschlebung einer direkten polizeilichen Befragung eines vor dem Richter bestreitenden, dort verbeiständeten Beschuldigten.

62 Des Regisseurs Stephen Hopkins. Er basiert auf dem Roman «Brainwash» des Amerikaners John William Wainwright, der selbst zwanzig Jahre im Polizeidienst tätig war.

63 Die amtliche Verteidigung ist in Bagatellfällen ausgeschlossen (BGE 122 I 49, 51 f.; Art. 130 Abs. 2 lit. b E-StPO); die Vorteile einer erbetenen Verteidigung, die sich der Bemittelte leistet, beschränken sich nicht auf die «erste Stunde».

64 Art. 365 ff. E-StPO.

65 Zusätzlich akzentuiert durch den Rechtsmittelausschluss (Art. 369 Abs. 4 E-StPO). Die Erwartung kontrastiert auffällig damit, dass man die Überlastung ausschliesslich im Stadium der Ermittlung/Untersuchung diagnostizierte (Botschaft, BBl 2005, 1085, 1224).

66 Art. 128 lit. e E-StPO.