

# BGer 7B 633/2023 vom 12. August 2024

Bundesgericht, 2024-08-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_7B\\_633\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_7B_633_2023)

FR: TF 7B 633/2023 du 12 août 2024

IT: TF 7B 633/2023 del 12 agosto 2024

## Regeste

Amtliche Verteidigung; Verwertbarkeit von Beweisen | Strafprozess

## Erwägungen

### E. 1.1

Gegenstand des angefochtenen kantonal letztinstanzlichen Entscheides bilden zum einen die verweigerte Umwandlung einer privaten Wahlverteidigung in eine amtliche Verteidigung, und zum anderen die beantragte Aktenentfernung wegen ungültiger Beweiserhebung. Was die Verweigerung der amtlichen Verteidigung betrifft, droht dem Beschwerdeführer grundsätzlich ein nicht wieder gutzumachender Rechtsnachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen von Art. 78 ff. StPO erfüllt sind, ist insofern auf die Beschwerde einzutreten.

### E. 1.2

Am 1. Januar 2024 sind revidierte Bestimmungen der StPO in Kraft getreten (darunter nArt. 131 Abs. 2 und Abs. 3 StPO, vgl. AS 2023 468; BBl 2022 1560, 4). Der angefochtene Beschwerdeentscheid erging am 2. August 2023 gestützt auf das bisherige Recht. Gemäss Art. 453 Abs. 1 StPO bleiben im vorliegenden Fall die altrechtlichen Bestimmungen der StPO anwendbar (zur BGE-Publikation bestimmtes Urteil 7B\_155/2024 vom 5. März 2024, nicht amtl. publ. E. 1.2; Urteile 7B\_698/2024 vom 12. Juli 2024 E. 1.2; 7B\_49/2024 vom 2. Februar 2024 E. 1; s.a. BGE 137 IV 145 E. 1.1; 219 E. 1.1; 352 E. 1.2 mit Hinweisen).

### E. 2.1

Zu prüfen ist, ob auch betreffend den abgelehnten Antrag auf Aktenentfernung ein nicht wieder gutzumachender Rechtsnachteil droht, der bereits im hängigen Untersuchungsverfahren unverzüglich zu beheben wäre (vgl. BGE 141 IV 289 E. 1.3). Der Beschwerdeführer stellt sich materiellrechtlich auf den Standpunkt, er sei vor dem 8. Mai 2023 nicht ausreichend (notwendig) verteidigt gewesen. Deshalb seien alle vor diesem Datum erfolgten Beweiserhebungen zu wiederholen, was beinhalte, dass sämtliche ungültig erhobenen Beweise aus den Akten zu entfernen seien. Er vertritt die Ansicht, die fraglichen Beweise seien "absolut unverwertbar". Zum Sachurteilserfordernis des drohenden nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteils ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ) enthält die Beschwerdeschrift keine Ausführungen.

### E. 2.2

Das Gesetz sieht für den vorliegenden Fall nicht ausdrücklich die sofortige Rückgabe von Beweismitteln oder die Vernichtung eines rechtswidrig erhobenen Beweises vor. Zwar wären im Falle einer fehlenden notwendigen Verteidigung die damals erhobenen Beweismittel ungültig und grundsätzlich nicht verwertbar (aArt. 131 Abs. 3 i.V.m. Art. 141

Abs. 5 StPO ). Eine sofortige Vernichtung von allfällig rechtswidrig erhobenen Beweismitteln oder eine unverzügliche Rückgabe an ihren Inhaber wäre für Fälle wie den vorliegenden jedoch nicht vorgesehen (anders als z.B. bei den Fällen von Art. 248, Art. 271 Abs. 3, Art. 277 und Art. 289 Abs. 6 StPO ). Unter diesem Gesichtspunkt droht dem Beschwerdeführer kein nicht wieder gutzumachender Rechtsnachteil ( BGE 141 IV 289 E. 1.3 und E. 2.9).

### **E. 2.3**

Weiter ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Ungültigkeit bzw. Unverwertbarkeit der fraglichen Beweismittel aufgrund des Gesetzes oder in Anbetracht der besonderen Umstände des Einzelfalles bereits ohne Weiteres feststeht ( BGE 141 IV 289 E. 1.3 und E. 2.10).

#### **E. 2.3.1**

Wie die Vorinstanz feststellt, wurde der Beschwerdeführer am 9. April 2023 als Beschuldigter einvernommen. Mit Verfügung vom gleichen Datum wurden weitere Beweiserhebungen angeordnet, nämlich die Beschlagnahme seiner Mobiltelefone und die Durchsuchung des Infotainment-Systems seines Personenwagens. Gleichentags sei "offenbar" auch die erkennungsdienstliche Erfassung und Erstellung seines DNA-Profiles verfügt worden.

#### **E. 2.3.2**

Eine Ungültigkeit und Unverwertbarkeit der zwischen dem 9. April und dem 8. Mai 2023 erhobenen Beweise käme im vorliegenden Fall nur in Frage, falls für die Staatsanwaltschaft schon am 9. April 2023 erkennbar gewesen wäre, dass der Beschwerdeführer damals noch nicht ausreichend (notwendig) verteidigt war (aArt. 131 Abs. 3 StPO). Wie sich aus den Akten ergibt, hat der Beschwerdeführer anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme vom 9. April 2023 (13.45 Uhr) geäußert, er wolle durch "Herrn B. \_\_\_\_\_" von der "Kanzlei C. \_\_\_\_\_ in U. \_\_\_\_\_" verteidigt werden. Die ausdrücklichen Hinweise und Fragen des einvernehmenden Polizeibeamten, "Sie haben das Recht, Aussagen und Mitwirkung zu verweigern; Ihre Aussagen können als Beweismittel gegen Sie verwendet werden; haben Sie das verstanden?"; "Sie sind berechtigt, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen; nehmen Sie dies zur Kenntnis?", beantwortete der Beschwerdeführer jeweils mit "Ja". Auf den nochmaligen Hinweis, "Sie sind nicht zu Aussagen verpflichtet", und die Frage hin, "sind Sie trotzdem bereit, heute auch ohne Anwalt Aussagen zu machen?", gab der Beschwerdeführer zu Protokoll: "Ja, aber man soll den Herrn B. \_\_\_\_\_ anrufen vorher. Wenn er dabei sein kann, dann warte ich. Und wenn nicht, dann machen wir es ohne Anwalt". Weiter ergibt sich aus den Akten, dass die Einvernahme um 13.56 Uhr unterbrochen wurde und der befragende Polizeibeamte einen seiner Kollegen damit beauftragte, das vom Beschwerdeführer gewünschte Telefonat mit der Anwaltskanzlei C. \_\_\_\_\_ in U. \_\_\_\_\_ zu führen. Um 14.11 Uhr habe der telefonierende Beamte gemeldet, dass eine Rückmeldung von Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ noch "ausstehend" gewesen sei. Auch der zuständige Staatsanwalt habe versucht, den Kontakt herzustellen. Der Beschwerdeführer gab dazu Folgendes zu Protokoll: "Schreiben Sie auf, dass ich keinen anderen Anwalt möchte. Wenn der Staatsanwalt jemand anderen als Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ schicken will, dann soll er niemanden schicken". Um 14.32 Uhr erfolgte die telefonische Rückmeldung durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_. Dieser habe den Beschwerdeführer grüssen lassen und ihn vorläufig angewiesen, "die Sache so gut wie

möglich selber zu erledigen". Er, der Anwalt, könne "heute nicht anwesend" sein und sei "anschliessend für zwei Wochen ferienabwesend". Die Einvernahme des Beschwerdeführers wurde laut Protokoll um 16.45 Uhr beendet.

### **E. 2.3.3**

Bei dieser Sachlage steht die Ungültigkeit bzw. Unverwertbarkeit der am 9. April 2023 erhobenen Beweismittel nicht bereits ohne Weiteres fest. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist ein nicht wieder gutzumachender Rechtsnachteil, der bereits im Untersuchungsverfahren durch unverzügliche Aktenentfernung zu beheben wäre, zu verneinen (vgl. BGE 141 IV 289 E. 2.10.1-2.10.2). Es verletzt nicht klarerweise Bundesrecht, wenn die Vorinstanz erwägt, die Staatsanwaltschaft habe am 9. April 2023 provisorisch von einer Wahlverteidigung durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ ausgehen dürfen. Der Beschwerdeführer bestand mehrmals nachdrücklich darauf, nur diesen als Wahlverteidiger anzuerkennen. Diesem gesetzlich gewährleisteten Wunsch hatte die Staatsanwaltschaft vorläufig Rechnung zu tragen ( Art. 129 Abs. 1 StPO ). Eine entsprechende protokollierte Erklärung des Beschwerdeführers lag vor ( Art. 129 Abs. 2 StPO ). Auch erklärte sich dieser, nach erfolgter Aufklärung über seine Rechte ( Art. 158 Abs. 1 lit. b-c StPO ), ausdrücklich bereit, die Einvernahme vom 9. April 2023 auch "ohne Anwalt" durchzuführen, falls Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ verhindert wäre. Eine Übersetzung durch einen Dolmetscher war ebenfalls gewährleistet ( Art. 158 Abs. 1 lit. d StPO ).

### **E. 2.4**

Hinzu kommt noch Folgendes: Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes dürfen besondere Umstände des Einzelfalles, welche ausnahmsweise eine sofortige Prüfung der Verwertbarkeit als geboten erscheinen lassen, nur angenommen werden, wenn der Betroffene ein besonders gewichtiges rechtlich geschütztes Interesse an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit von Beweisen (bzw. an ihrer sofortigen Entfernung aus den Akten) geltend macht und substantiiert, etwa im Rahmen der Wahrung gesetzlich geschützter Privatgeheimnisse ( BGE 141 IV 289 E. 1.3 und E. 2.10.3). Solche besonders gewichtigen und rechtlich geschützten Geheimnisinteressen bringt der Beschwerdeführer nicht vor. Sein faktisches Interesse als Beschuldigter, ihn belastende verwertbare Beweisergebnisse möglichst zu vermeiden, fällt nicht darunter. Zum Eintretenserfordernis von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG enthält die Beschwerdeschrift im Übrigen keine Vorbringen.

### **E. 2.5**

Nach dem Gesagten ist ein drohender nicht wieder gutzumachender Rechtsnachteil mit Bezug auf den Antrag um Aktenentfernung zu verneinen.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer rügt, die kantonalen Instanzen hätten ihm die amtliche Verteidigung, rückwirkend ab 8. Mai 2023, zu Unrecht verweigert. Er habe seine Rechtsvertreterin "nicht als Wahlverteidigerin beigezogen", sondern sie "damit beauftragt, einen Antrag auf Einsetzung als amtliche Verteidigerin zu stellen". Zwar sei die Anwaltsvollmacht der Rechtsvertreterin breiter formuliert und nicht auf die blosse Stellung eines Antrags um Einsetzung als amtliche Verteidigerin beschränkt; es wäre jedoch "überspitzt formalistisch, wenn man das Wahlrecht des Beschwerdeführers als verwirkt bezeichnen würde, nur weil der Auftrag in der Vollmacht zur Interessenwahrung breiter formuliert war". Die Staatsanwaltschaft habe "das Recht des Beschwerdeführers auf eine notwendige, amtliche

Verteidigung unzulässigerweise verletzt". Es stehe ihm "das Recht auf eine notwendige, amtliche Verteidigung" zu, "ohne dass er seine finanziellen Verhältnisse offenlegen" müsste.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erwägt Folgendes: Zwar gehe die Staatsanwaltschaft davon aus, dass jedenfalls seit dem 9. Mai 2023 eine Verteidigungsnotwendigkeit bestehe; sie vertrete jedoch zutreffend die Auffassung, dass der Beschwerdeführer durch seine seit dem 8. Mai 2023 privat mandatierte Wahlverteidigerin ausreichend verteidigt sei, weshalb im Lichte von Art. 129-131 StPO kein Anlass bestehe und bestanden habe, diese rückwirkend ab 8. Mai 2023 auch noch amtlich als (notwendige) Verteidigerin einzusetzen. Da die gesetzlichen Voraussetzungen, insbesondere die finanzielle Bedürftigkeit des Beschwerdeführers, nicht erfüllt seien, bestehe auch kein Anspruch auf Umwandlung der privaten Wahlverteidigung in ein amtliches Mandat.

### **E. 3.3**

In den Fällen der notwendigen Verteidigung ( Art. 130 StPO ) ordnet die Verfahrensleitung eine amtliche Verteidigung an, wenn die beschuldigte Person trotz Aufforderung der Verfahrensleitung keine private Wahlverteidigung ( Art. 129 StPO ) bestimmt (Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 StPO) oder wenn der Wahlverteidigung das Mandat entzogen wurde oder sie es niedergelegt hat und die beschuldigte Person nicht innert Frist eine neue Wahlverteidigung bestimmt (Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 StPO). Eine amtliche Verteidigung (anstelle einer Wahlverteidigung) wird angeordnet, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist ( Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO ; vgl. auch Art. 29 Abs. 3 BV ). Falls die beschuldigte Person nicht finanziell bedürftig ist und bei notwendiger Verteidigung bereits über eine wirksame Wahlverteidigung verfügt, sind die Voraussetzungen für eine Umwandlung in eine amtliche Verteidigung nicht gegeben (Urteile 1B\_364/2019 vom 28. August 2019 E. 3.2; 1B\_435/2016 vom 15. März 2017 E. 4.5; 1B\_76/2013 vom 8. Mai 2013 E. 2.2). Hingegen kann es ausnahmsweise zulässig und geboten sein, eine amtliche Verteidigung zusätzlich zu einer bereits bestehenden Wahlverteidigung zu bestellen, wenn eine beschuldigte Person durch die ständige Bestellung und Abberufung von Verteidigern versucht, das Strafverfahren zu verschleppen (vgl. Urteil 1B\_289/2012 und 1B\_291/2012 vom 28. Juni 2012 E. 2.3.2). Von solchen Ausnahmefällen abgesehen, kommt die Anordnung einer amtlichen Verteidigung nur subsidiär zu einer bestehenden Wahlverteidigung in Frage. Aus dem Bundesrecht ergibt sich kein Anspruch des Beschuldigten, dass der Staat bei notwendiger Verteidigung stets das diesbezügliche Kostenrisiko zu tragen bzw. die Anwaltskosten vorzuschüssen hätte, wenn eine beschuldigte Person ein Gesuch um amtliche Verteidigung stellt. Wenn der Beschuldigte bereits über eine Wahlverteidigung verfügt und deren Umwandlung in eine amtliche Verteidigung beantragt, so ist diese Konstellation unter Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO einzuordnen. Ein Anspruch auf Officialverteidigung hängt somit von der finanziellen Bedürftigkeit der beschuldigten Person ab. Diese ist dafür nachweispflichtig (zit. Urteil 1B\_364/2019 E. 3.5). Wenn die beschuldigte Person bereits eine Wahlverteidigung beauftragt hat und beim Antrag auf Umwandlung in eine amtliche Verteidigung ihre finanziellen Verhältnisse nicht offenlegt, so lässt sich diese Situation nicht mit einem Fall von Bedürftigkeit nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO gleichsetzen. Ein solches Vorgehen geht auch über das Vorschlagsrecht von Art. 133 Abs. 2 StPO hinaus. Vielmehr darf die

Verfahrensleitung hier grundsätzlich ohne weitere Abklärungen davon ausgehen, dass - zumindest einstweilen - eine wirksame private Rechtsvertretung gegeben ist. Diesen Grundsatz kann die beschuldigte Person nicht mit der blossen Behauptung, sie sei mittellos, umstossen. Die Verfahrensleitung ist bei der Anordnung einer amtlichen Verteidigung wegen Bedürftigkeit im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO für ihre Abklärungen auf die Mitwirkung der beschuldigten Person angewiesen. Wenn letztere im Hinblick auf ihre finanziellen Verhältnisse vom Aussageverweigerungsrecht gemäss Art. 113 StPO Gebrauch macht, so kann es bei bestehender Wahlverteidigung dazu kommen, dass die Behauptung der finanziellen Bedürftigkeit nicht als glaubhaft angesehen wird. Ein Anspruch auf Anordnung der amtlichen Verteidigung ohne Nachweis der finanziellen Bedürftigkeit besteht bei notwendiger Verteidigung nur in einer Konstellation von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO, d.h. bei Fehlen einer Wahlverteidigung. Nichts anderes ergibt sich auch aus BGE 139 IV 113 (zit. Urteil 1B\_364/2019 E. 3.6).

#### **E. 3.4**

Dass im vorliegenden Fall spätestens seit dem 9. Mai 2023 (Strafantrag wegen versuchten Diebstahls sowie Hausfriedensbruchs) die gesetzliche Notwendigkeit einer (privaten oder amtlichen) Verteidigung bestand, ist unbestritten. Wie sich aus den Akten ergibt, war der Beschwerdeführer seit dem 8. Mai 2023 durch seine erbetene Wahlverteidigerin privat verteidigt. Daran ändert der Umstand nichts, dass diese gleichentags beantragt hat, sie sei als amtliche Verteidigerin einzusetzen, d.h. der Fiskus habe die Verteidigungskosten vorzuschüssen. Die Ansicht der Vorinstanz, der Beschwerdeführer werde seit dem 8. Mai 2023 privat und im Sinne von Art. 130 lit. b StPO ausreichend (notwendig) verbeiständet, ist willkürfrei und hält vor dem Bundesrecht stand.

#### **E. 3.5**

Schliesslich bleibt zu prüfen, ob die kantonalen Instanzen Bundesrecht verletzt haben, indem sie die (notwendige) Wahlverteidigung nicht rückwirkend auf den 8. Mai 2023 in eine amtliche Verteidigung umwandelten. Die Vorinstanz erwägt dazu Folgendes: Der Beschwerdeführer habe sich im vorinstanzlichen Verfahren auf den unzutreffenden Standpunkt gestellt, seine finanzielle Situation spiele für den von ihm geltend gemachten Anspruch auf amtliche Verteidigung keine Rolle. Er habe vorgebracht, er sei arbeitslos und verfüge nicht über die notwendigen Mittel zur Finanzierung seiner Verteidigung. Weitere Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen habe er nicht gemacht. Seine behauptete Arbeitslosigkeit habe er nicht belegt. Angaben zu einer allfälligen Arbeitslosenentschädigung fehlten gänzlich. Bei seiner Einvernahme vom 9. April 2023 habe der Beschwerdeführer ausgesagt, er sei "viel unterwegs, da er mit Autos" handle; "kaufen und verkaufen", das sei auch sein "Job". Von einer Arbeitslosigkeit sei nicht die Rede gewesen. Die Staatsanwaltschaft habe auch noch darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer bei seiner Anhaltung am 8. April 2023 Bargeld in der Höhe von Fr. 4'500.-- mit sich geführt habe, was ebenfalls gegen eine angebliche Mittellosigkeit spreche. Zusammenfassend erwägt die Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe eine angebliche finanzielle Bedürftigkeit "nicht ansatzweise dargelegt, geschweige denn belegt". Was der Beschwerdeführer dagegen einwendet, begründet keine Verletzung von Bundesrecht. Seine Ansicht, er habe ungeachtet seiner finanziellen Verhältnisse einen Rechtsanspruch darauf, dass seine (notwendige) Wahlverteidigung in eine amtliche Verteidigung umgewandelt werde, findet weder in der StPO, noch in Art. 29 Abs. 3 BV oder in der oben (E. 3.3) dargelegten einschlägigen Bundesgerichtspraxis eine Stütze. Auf unzulässige Noven zu

Fragen seiner finanziellen Bedürftigkeit ist nicht einzutreten ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Da die Beschwerde als von vornherein aussichtslos erscheint, ist das Gesuch abzuweisen ( Art. 64 BGG ). Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.