

NW_GERICHTE 29344 vom 10. Mai 2022

NW Gerichte, 2022-05-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_29344

FR: NW_GERICHTE 29344 du 10 mai 2022

IT: NW_GERICHTE 29344 del 10 maggio 2022

Regeste

Widerhandlung SVG (SA 21 5)

Erwägungen

E. 1.1

Gegen erstinstanzliche Urteile, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird, ist das Rechtsmittel der Berufung zulässig (Art. 398 Abs. 1 StPO). Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden als Kollegialgericht ist das Obergericht Nidwalden, Strafabteilung (Art. 29 Abs. 1 GerG [NG 261.1]), das in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 22 Abs. 1 Ziff. 3 GerG). Das Obergericht ist somit örtlich und sachlich zuständig für die Beurteilung der Berufung gegen das Urteil SK 20 6 des Kantonsgerichts Nidwalden, Strafabteilung/Kollegialgericht, vom 21. Januar 2021.

E. 1.2

Jede Partei und somit auch die beschuldigte Person (vgl. Art. 104 Abs. 1 lit. a StPO), die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, kann ein Rechtsmittel ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO). Der Berufungskläger wurde als beschuldigte Person zu einer Freiheitsstrafe sowie zur Tragung der Verfahrenskosten verurteilt, womit er ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Kantonsgerichtsurteils hat und zur Berufung berechtigt ist.

7■30

E. 1.3

Die Berufung ist dem erstinstanzlichen Gericht innert 10 Tagen seit Eröffnung des Urteils schriftlich oder mündlich zu Protokoll anzumelden (Art. 399 Abs. 1 StPO). Das schriftliche Urteilsdispositiv wurde am 26. Januar 2021 versandt und am 27. Januar 2021 vom Verteidiger des Beschuldigten entgegengenommen (vi-A-1; vi-C-8), woraufhin der Verteidiger mit Eingabe vom 1. Februar 2021 und somit innert Frist Berufung anmeldete. Die Partei, die Berufung angemeldet hat, hat sodann innert 20 Tagen seit Zustellung des begründeten Urteils dem Berufungsgericht eine schriftliche Berufungserklärung einzureichen (Art. 399 Abs. 3 StPO). Das schriftlich begründete Urteil wurde am 8. März 2021 versandt und am 9. März 2021 entgegengenommen. Der Verteidiger reichte mit Eingabe vom 29. März 2021 fristgerecht die schriftliche Berufungserklärung ein (amtl. Bel. 1). Die Berufung wurde somit form- und fristgerecht erhoben. Auf die Berufung ist demnach einzutreten.

E. 1.4

Das Berufungsgericht kann die Berufung unter anderem dann in einem schriftlichen Verfahren behandeln, wenn ausschliesslich Rechtsfragen zu entscheiden sind (Art. 406 Abs.

1 lit. a StPO). Nachdem dies vorliegend der Fall ist und keine der Parteien gegen die Durchführung des schriftlichen Verfahrens opponiert hat (vgl. amtl. Bel. 4 und 5), wurde das vorliegende Verfahren schriftlich geführt.

E. 2

StPO), sofern der Beschuldigte nicht auf die Wiederholung verzichtet.

E. 2.1.1

Kern des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob die rechtshilfweise Einvernahme des Beschuldigten vom 13. August 2019 (STA-act. 5.1 – 5.2; 5.4 – 5.11; 5.13 – 5.20) verwertbar ist oder nicht.

Die Vorinstanz kam diesbezüglich zum Schluss, die Staatsanwaltschaft habe dem Verteidiger in der Schlussverfügung eine Frist zur Einreichung des Antrags auf Wiederholung der Einvernahme des Beschuldigten angesetzt. Weil der Verteidiger innert Frist keinen Antrag auf Wiederholung gestellt habe, könne angenommen werden, er habe auf eine Wiederholung der Einvernahme in Anwesenheit eines Verteidigers verzichtet, zumal Art. 131 Abs. 3 StPO keinen ausdrücklichen Verzicht auf Wiederholung vorsehe. Die Einvernahme sei somit gültig und verwertbar (E. 3.4 des angefochtenen Urteils).

8■30

E. 2.1.2

Die Verteidigung bringt in ihren Eingaben vor Obergericht im Wesentlichen vor, ein Verzicht müsse eindeutig, unmissverständlich und freiwillig erfolgen. Weder die Staatsanwaltschaft noch die Verteidigung habe Kontakt mit dem Beschuldigten aufnehmen können. Ohne Kenntnis des Willens des Mandanten könne die Verteidigung auch keinen gültigen Verzicht erklären. Auch eine mutmassliche Einwilligung des Beschuldigten könne nicht angenommen werden, zumal die umstrittene Einvernahme überwiegend belastender Natur sei (amtl. Bel. 8 Ziff. 2.3).

Selbst wenn die Verteidigung mit dem Beschuldigten hätte Kontakt aufnehmen können, wäre ihr Schweigen auf die Frist der Staatsanwaltschaft nicht als Verzicht zu werten. Ansonsten würde gegen den «nemo tenetur»-Grundsatz verstossen und das Prinzip, dass Beweisverwertungsverbote von Amtes wegen zu beachten sind, missachtet. Ein Verzicht habe explizit zu erfolgen und nicht durch Schweigen beziehungsweise Untätigkeit. Die Einvernahme sei bereits im Zeitpunkt der Schlussverfügung der Staatsanwaltschaft unverwertbar gewesen, denn die Unverwertbarkeit entstehe nicht erst durch die Rüge. Demnach habe der Staatsanwaltschaft die Pflicht obliegen, die Beweiserhebung zu wiederholen, beziehungsweise im Vorfeld bei der Verteidigung in Erfahrung zu bringen, ob auf eine Wiederholung verzichtet wird. Das habe sie im vorliegenden Fall nicht gemacht, sondern sie habe versucht, mittels Schlussverfügung diese Obliegenheit der Verteidigung aufzuerlegen, indem sie ihr Frist angesetzt habe, um einen Antrag auf Wiederholung der Einvernahme zu stellen. Das Ausbleiben eines solchen Antrags habe zur Folge, dass die Einvernahme unverwertbar bleibe. Das Verhalten der Verteidigung sei als Festhalten an der Unverwertbarkeit zu deuten gewesen und nicht als Verzicht auf die Wiederholung der Einvernahme (amtl. Bel. 8 Ziff. 2.4).

Die Rüge der Unverwertbarkeit sei auch nicht verspätet erfolgt und verwirkt. Nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei der Antrag auf Wiederholung eines unverwertbaren Beweises auf jeden Fall rechtzeitig, wenn er im erstinstanzlichen Verfahren

gestellt werde. Die Verteidigung habe diesen Antrag somit rechtzeitig gestellt (amtl. Bel. 8 Ziff. 2.5).

Die unverwertbare Einvernahme sei folglich aus den Akten zu entfernen. Weil es an weiteren objektiven Beweismitteln fehle, habe ein Freispruch zu erfolgen. Eventualiter sei das Verfahren zur Sistierung an die Vorinstanz zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen des Abwesenheitsverfahrens kaum erfüllt seien und der Beschuldigte keine verwertbare Gelegenheit gehabt

9■30 habe, sich zur vorgeworfenen Straftat zu äussern, was gegen Art. 6 EMRK verstosse (amtl. Bel. 8 Ziff. 2.6 f.).

E. 2.1.3

Die Staatsanwaltschaft führt zusammengefasst aus, es sei unbestritten, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt der fraglichen Einvernahme zwingend hätte verteidigt sein sollen. Dementsprechend sei vorliegend einzig zu prüfen, ob die beschuldigte Person auf die Wiederholung seiner Einvernahme verzichtet beziehungsweise diesen Einwand verwirkt habe, womit die Einvernahme als Beweismittel verwertbar wäre (amtl. Bel. 10 Ziff. 2.1 f.).

Die Staatsanwaltschaft habe den Verteidiger in der Schlussverfügung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die notwendige Verteidigung im Zeitpunkt der Einvernahme nicht sichergestellt gewesen sei, und ihm eine explizite Frist angesetzt, um die Wiederholung der fraglichen Einvernahme zu beantragen. Damit sei die Staatsanwaltschaft sämtlichen Obliegenheiten nachgekommen. Sie habe dem Beschuldigten beziehungsweise seinem Verteidiger offengelegt, dass sie die fragliche Einvernahme lediglich bei Verzicht auf Wiederholung für verwertbar hält und zudem durch die Fristansetzung aktiv um eine Äusserung darüber ersucht, ob die Wiederholung verlangt wird. Indem sich der Verteidiger innert der gesetzten Frist überhaupt nicht geäußert habe, sich in der ersten Hauptverhandlung mit dem Abwesenheitsverfahren einverstanden erklärt habe und schliesslich treuwidrig bis zur zweiten Hauptverhandlung gewartet habe, um die Wiederholung der Einvernahme zu beantragen, habe er auf eine solche verzichtet beziehungsweise das Recht auf Wiederholung verwirkt. Es sei ihm möglich und zumutbar und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auch zu erwarten gewesen, die Wiederholung im Vorverfahren zu beantragen und sich diese zumindest vorzubehalten (amtl. Bel. 11 Ziff. 2.3).

Die Autoren SCHMID und JOSITSCH seien gar der Meinung, der Anspruch auf Wiederholung verwirke nach Treu und Glauben, wenn die Verteidigung selbst bei Passivität der Strafverfolgungsbehörde nicht innert Frist die Wiederholung beantrage. Auch STUCKI erachte die Annahme eines stillschweigenden Verzichts bei späterer Geltendmachung als möglich (amtl. Bel. 11 Ziff. 2.4; amtl. Bel. 16). Dabei sei auch auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung abzustützen, wonach es dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs widerspreche, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten gel-

10■30 tend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang später noch vorzubringen. Vom Beschuldigten beziehungsweise dessen Anwalt werde verlangt, zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte rechtzeitig und in angemessener Weise aktiv zu werden (amtl. Bel. 11 Ziff. 2.5).

Der Beschuldigte bzw. seine Verteidigung habe aufgrund der fehlenden zumutbaren Intervention auf die Wiederholung der Einvernahme verzichtet beziehungsweise zumindest den Anspruch auf Wiederholung verwirkt, weshalb die fragliche Einvernahme verwertbar und die Berufung abzuweisen sei. Schliesslich sei auch fraglich, ob die erste Einvernahme nicht auch aufgrund der durch den Beschuldigten verursachten Unmöglichkeit einer erneuten Einvernahme sowie der Schwere der vorgeworfenen Straftat verwertbar sein müsste (amtl. Bel. 11 Ziff. 2.6 und amtl. Bel. 16). Falls das Obergericht wider Erwarten zum Schluss komme, die rechtshilfweise erhobene Einvernahme sei nicht verwertbar, sei der Verteidigung insofern zuzustimmen, als dass es in diesem Fall an den Voraussetzungen für ein Abwesenheitsverfahren gemangelt hätte und das Verfahren entsprechend bis zum Auffinden des Beschuldigten zu sistieren wäre (amtl. Bel. 11 Ziff. 4).

E. 2.1.4

Zwischen den Parteien ist zu Recht unbestritten, dass bereits im Zeitpunkt der Einvernahme ein Fall von notwendiger Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. b StPO vorlag und dem Beschuldigten gemäss Art. 131 Abs. 1 und 2 StPO eine Verteidigung hätte bestellt werden müssen. Es herrscht auch Einigkeit darüber, dass die Einvernahme folglich im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO nur verwertbar ist, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet hat (amtl. Bel. 8 Ziff. 2.1; amtl. Bel. 11 Ziff. 2.1). Es kann auf die diesbezüglich zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (E. 3.3 des angefochtenen Urteils).

Umstritten und vorliegend zu beurteilen ist hingegen, ob der Beschuldigte beziehungsweise die Verteidigung im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO auf die Wiederholung der Einvernahme verzichtet (nachfolgend: E. 2.2) oder den Anspruch auf Wiederholung verwirkt hat (nachfolgend: E. 2.3). Die Verteidigung bestreitet einen Verzicht und eine Verwirkung, während die Staatsanwaltschaft von einem rechtsgenügenden Verzicht oder zumindest der Verwirkung des Anspruchs auf Wiederholung ausgeht. Falls kein Verzicht auf und keine Verwirkung des Rechts auf Wiederholung vorliegen, bleibt zu prüfen, ob die Einvernahme im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO in keinem Fall verwertbar ist oder ob eine Verwertung gestützt auf Art. 141 Abs. 2 StPO in Frage kommt (nachfolgend: E. 2.5).

11■30

E. 2.2.1

Art. 131 Abs. 3 StPO lautet folgendermassen: «Wurden in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, Beweise erhoben, bevor eine Verteidigerin oder ein Verteidiger bestellt worden ist, so ist die Beweiserhebung nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet.». Das Bundesgericht hat bis anhin nicht entschieden, unter welchen Voraussetzungen von einem Verzicht der beschuldigten Person im Sinne dieser Bestimmung auszugehen ist.

E. 2.2.2

Die Rechtslehre definiert den Verzicht im Strafprozess als einseitige, empfangsbedürftige, an die Strafverfolgungsbehörde gerichtete Willenserklärung, mit welcher eine näher umschriebene Rechtsposition freiwillig aufgegeben wird (ZHUOLI CHEN, Der Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person im Schweizerischen Strafprozess, 2014, S. 7 m.w.V.; SVEN ZIMMERLIN, Der Verzicht des Beschuldigten auf

Verfahrensrechte im Strafprozess, 2008, Rz. 324 m.w.V.; LINDA BLÄSI, Der Zeitpunkt der Bestellung der notwendigen Verteidigung, 2019, S. 155 m.w.V.).

Damit der Verzichtswillen korrekt gebildet werden kann, muss der Beschuldigte vom notwendigen Verteidiger über das vom Verzicht erfasste Recht, den Gegenstand des fraglichen Be- weises und die Konsequenzen des Verzichts aufgeklärt werden (CHEN, a.a.O., S. 133 ff. m.w.V.; BLÄSI, a.a.O., S. 172 f. m.w.V.). Die Verzichtserklärung hat unmissverständlich und klar zu erfolgen (ZIMMERLIN, a.a.O., Rz. 362; BLÄSI, a.a.O., S. 174 m.w.V.; Chen, a.a.O., S. 133 unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR). Ein Verzicht durch konkludentes Verhalten (z.B. Nicken oder Kopfschütteln) soll möglich sein, sofern durch dieses Verhalten der Verzicht unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck gebracht wird (BLÄSI, a.a.O., S. 174 m.w.V.; CHEN, a.a.O., S. 155 f. m.w.V.). Ob auch ein Verzicht durch Unterlassung zulässig ist, ist in der Lehre umstritten. Ein Teil der Lehre lehnt einen Verzicht durch Unterlassung ab (BLÄSI, a.a.O., S. 174 und 177 m.w.V.; NIKLAUS RUCKSTUHL, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 14 und Fn. 28 zu Art. 131 StPO; wohl auch MAURICE HARARI/RAPHAËL JAKOB/SOILE SANTAMARIA, Commentaire romand CPP, 2. Aufl. 2019, N. 19 zu Art. 131 StPO, die von «renonce expressément» schreiben und einen «acte positif de re- nonciation» fordern), während ein anderer Teil einen Verzicht durch Unterlassung für zulässig

12■30 hält, aber nur dann, wenn sich daraus unmissverständlich ein Verzicht ableiten lässt (ZIMMER- LIN, a.a.O., Rz. 362; CHEN, a.a.O., S. 152 und 156, wobei ein Verzicht durch Unterlassung zu vermeiden sei; vgl. auch: STEPHAN STUCKI, in: Kommentierte Textausgabe zur Schweizeri- schen Strafprozessordnung, Goldschmid/Maurer/Sollberger [Hrsg.], 2008, S. 113). Falls Zwei- fel an der Eindeutigkeit des Erklärungsinhalts bestehen, sei ein Verzicht aber zu verneinen (CHEN, a.a.O., S. 156; ZIMMERLIN, a.a.O., Rz. 362). Je stärker sich ein Verzicht auf die Rechts- stellung der beschuldigten Person auswirkt, desto höhere Anforderungen seien an die Eindeu- tigkeit der Verzichtserklärung zu stellen (CHEN, a.a.O., S. 156; ZIMMERLIN, a.a.O., Rz. 359). Die explizite oder konkludente Äusserung dürfe sich nur als Verzicht und nicht auch anderwei- tig interpretieren lassen (ZIMMERLIN, a.a.O., Rz. 363 m.w.V.). Die staatlichen Behörden haben sich um das richtige Verständnis des Beschuldigten zu bemühen (vgl. ZIMMERLIN, a.a.O., Rz. 363). Der Nachweis des Verzichtswillens obliegt den Strafverfolgungsbehörden (CHEN, a.a.O., S. 152; BLÄSI, a.a.O., S. 174 m.w.V.; HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, a.a.O., N. 19 zu Art. 131 StPO).

Auch wenn die Verzichtserklärung durch den Verteidiger ausgeübt wird, muss sie auf den Wil- len des Beschuldigten zurückzuführen sein. Ein Verzicht durch den Verteidiger, dem kein ent- sprechender Wille des Beschuldigten zugrunde liegt, ist ungültig. Anders verhält es sich nur, wenn der Beschuldigte diesbezüglich urteilsunfähig ist (ZIMMERLIN, a.a.O., Rz. 289, 296 und 313; BLÄSI, a.a.O., S. 171 m.w.V.).

E. 2.2.3

Das Bundesgericht und die kantonalen Gerichte haben sich ebenfalls schon mit Fragen zu Verzichtserklärungen in der Strafprozessordnung beschäftigt.

Bezüglich des Konfrontationsrechts im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StPO hat das Bundesgericht entschieden, es liege keine förmliche und unzweideutige Verzichtserklärung vor. Deshalb wies es die Sache zur Wahrung der Parteirechte an die Vorinstanz zurück

(Urteil des Bundesgerichts 6B_98/2014 vom 30. September 2014 E. 3.9). Ähnlich hat sich das Bundesgericht auch in weiteren, französischsprachigen Entscheiden zum Verzicht auf das Konfrontationsrecht ge- äussert. Danach soll ein Verzicht auf das Konfrontationsrecht auch stillschweigend möglich sein («même de manière tacite»), allerdings müsse der Verzicht unzweideutig sein («établie de manière exempte d'équivoque») (Urteil des Bundesgerichts 6B_383/2019, 6B_394/2019 vom 8. November 2019 E. 8.1.2 mit Verweisen auf weitere Bundesgerichtsurteile).

13■30 In einem Beschwerdeverfahren vor dem Appellationsgericht Basel-Stadt machte die Staats- anwaltschaft geltend, der Beschuldigte habe durch sein Verhalten konkludent auf eine Wie- derholung der Einvernahme im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO verzichtet. Er habe bei den Einvernahmen ohne Verteidigung erklärt, dass er keinen Verteidiger wolle und in einer späte- ren Einvernahme, als er verteidigt gewesen sei, ein umfassendes Geständnis abgelegt. Das Gericht kam hingegen zum Schluss, aus dem blossen Schweigen des Beschuldigten könne nichts zu seinen Ungunsten abgeleitet werden. Es wäre vielmehr die Sache der Staatsanwalt- schaft gewesen, beim Beschuldigten respektive seinem Verteidiger eine formelle und explizite Verzichtserklärung einzuholen (Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 7. April 2011, in: BJM 2012 S. 50 ff. E. 2.2 und 3.5).

Im Zusammenhang mit einem Gutachten kam das Obergericht des Kantons Bern zum Schluss, die Rüge des Beschuldigten, das Gutachten sei unverwertbar, sei weder verspätet noch rechtsmissbräuchlich. Ein (unbewusstes) Verstreichenlassen der Möglichkeit der Rüge stelle weder einen Verzicht dar noch sei es einem solchen gleichzustellen (Urteil des Oberge- richts des Kantons Bern BK 15 201 vom 17. August 2015 E. 5.1; vgl. auch Urteil des Oberge- richts des Kantons Bern SK 15 24 vom 9. Februar 2016 E. 5).

E. 2.2.4

Nach der dargelegten Lehre und Rechtsprechung muss ein Verzicht – sei er nun ausdrücklich oder stillschweigend – jedenfalls «förmlich und unzweideutig» sein. Nachfolgend ist zu prüfen, ob eine solche förmliche und unzweideutige Verzichtserklärung vorliegt.

Die Staatsanwaltschaft hat dem Verteidiger des Beschuldigten am 29. Juni 2020 mitgeteilt, dass sie vorsehe, gegen den Beschuldigten Anklage zu erheben. Die Schlussverfügung enthielt zudem folgenden Satz: «Allfällige Beweisanträge, insbesondere der Antrag auf Wieder- holung der Einvernahme Ihres Klienten (Art. 131 Abs. 3 StPO, Art. 147 Abs. 3 StPO) sind bis am 10. Juli 2020 einzureichen.» Der Verteidiger hat sich innert Frist nicht vernehmen lassen. Die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz erblicken in diesem Verhalten des Verteidigers ei- nen Verzicht auf die Wiederholung der Einvernahme im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO.

Dieser Ansicht kann in Nachachtung der dargelegten Lehre und Rechtsprechung nicht gefolgt werden. Selbst wenn man davon ausginge, dass ein Verzicht auch durch Stillschweigen erfol- gen kann, muss er unzweideutig sein. Das heisst, er darf sich nur als Verzicht, und nicht auch

14■30 anders, interpretieren lassen. Es handelt sich vorliegend zudem um einen partiellen Verzicht auf die wichtige rechtsstaatliche Verfahrensgarantie der notwendigen Verteidigung (vgl. dazu BLÄSI, a.a.O., S. 159 ff.) und auf die Unverwertbarkeit einer Einvernahme, in der sich der Be- schuldigte im Hinblick auf ein Verbrechen erheblich belastet hat. Deshalb sind vorliegend hohe Anforderungen an die Eindeutigkeit der

Verzichtserklärung zu stellen (vgl. CHEN, a.a.O., S. 156; ZIMMERLIN, a.a.O., Rz. 359). Die Nichtreaktion der Verteidigung auf die Frist der Staatsanwaltschaft erfüllt diese Anforderungen nicht. Diese lässt sich nicht eindeutig als Verzicht auf die Wiederholung der Einvernahme deuten. Die Nichtreaktion der Verteidigung lässt gerade offen, ob der Beschuldigte auf eine Wiederholung verzichtet, sich eine Wiederholung vorbehält oder nicht auf eine Wiederholung verzichtet. Dies muss umso mehr gelten, weil die Staatsanwaltschaft in der Schlussverfügung nicht geschrieben hat, falls innert Frist keine Rückmeldung eingehe, werde von einem Verzicht auf die Wiederholung der Einvernahme ausgegangen.

Der Schluss auf einen Verzicht liegt unter den vorliegenden Umständen auch nicht nahe. Der Beschuldigte hat sich in der umstrittenen Einvernahme erheblich belastet, die in den Akten befindlichen Radarbilder sind wenig aussagekräftig, weitere Beweise für die Tatbegehung durch den Beschuldigten liegen nicht vor. Zudem war der Staatsanwaltschaft (und später auch der Vorinstanz) bekannt, dass der Beschuldigte auf die Kontaktversuche der Verteidigung nicht reagiert hat (vgl. act. 4.176; vi-C-8: Fristerstreckungsgesuch der Verteidigung vom 7. September 2020 und Beweisanträge der Verteidigung vom 15. September 2020). Vor diesem Hintergrund durfte sie nicht von einem Verzicht auf die Wiederholung der Einvernahme ausgehen. Die Strafverfolgungsbehörden, nicht die Verteidigung, sind für die rechtsförmige Erlangung der Beweismittel zuständig. Es wäre der Staatsanwaltschaft jedenfalls zumutbar gewesen, durch eine erneute Nachfrage bei der Verteidigung – allenfalls mit dem Hinweis, falls erneut eine Reaktion ausbleibe, werde von einem Verzicht auf die Wiederholung ausgegangen – Klarheit zu schaffen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 6B_450/2014 vom 18. Mai 2015 E. 4.3, wonach das Gericht beim Verteidiger hätte nachfragen müssen, ob er aus Versehen eine Verletzung des Teilnahmerechts des Beschuldigten nicht gerügt hat). Andernfalls wäre es ihr auch offen gestanden, von sich aus die Wiederholung der Einvernahme anzuordnen, um einen Beweisnotstand zu vermeiden (vgl. VIKTOR LIEBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 16 zu Art. 131 StPO).

Im Übrigen darf auch aus der Tatsache, dass der Beschuldigte zur ersten und zweiten Hauptverhandlung vor der Vorinstanz nicht erschienen ist, kein Verzicht auf die Wiederholung der

15■30 Einvernahme abgeleitet werden. Zum einen hat der Beschuldigte die entsprechenden Vorladungen nicht abgeholt (vgl. vi-C-8) und auch die vorgängigen Kontaktversuche der Verteidigung sind erfolglos geblieben (vi-B-4). Er dürfte somit keine Kenntnis von den Verhandlungen gehabt haben. Zum anderen stellen Vorladungen von schweizerischen Behörden an sich im Ausland auf Beschuldigte bloss Einladungen dar, denen der Beschuldigte keine Folge leisten kann, ohne daraus einen tatsächlichen oder rechtlichen Nachteil zu erleiden (BGE 140 IV 86 E. 2.3 f. S. 89 ff.). Eine allenfalls (nach niederländischem Recht) zwangsweise durchsetzbare Einvernahme hätte somit auf dem Rechtshilfegeweg zu erfolgen (vgl. BGE 140 IV 86 E. 2.4 S. 89 f.). Gleich verhält es sich mit dem Umstand, dass der Beschuldigte an der betreffenden Einvernahme ausgesagt hat, er verzichte auf die Anwesenheit eines Verteidigers (STA-act. 5.13). Der Beschuldigte wurde diesbezüglich einerseits falsch belehrt, indem ihm gesagt wurde, er habe das Recht, auf eigene Kosten einen Anwalt beizuziehen und er könne auf das Beisein eines Anwalts verzichten (STA-act. 5.13). Andererseits steht die notwendige Verteidigung nicht im Belieben der beschuldigten Person, sie hat sich ihr auch gegen den Willen zu unterziehen

(Urteil des Bundesgerichts 6B_178/2017, 6B_191/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.7).

Schliesslich bleibt festzuhalten, dass ein gültiger Verzicht auf den Willen des Beschuldigten zurückzuführen sein muss (ZIMMERLIN, a.a.O., Rz. 289, 296 und 313; BLÄSI, a.a.O., S. 171 m.w.V.). Nachdem die Verteidigung mit dem Beschuldigten im Vorverfahren und auch während des erstinstanzlichen Hauptverfahrens keinen Kontakt aufnehmen konnte, konnte sie auch nicht gültig auf eine Wiederholung der umstrittenen Einvernahme verzichten. Der Staatsanwaltschaft war dieser Umstand bekannt, auch deshalb durfte sie nicht von einem (gültigen) Verzicht ausgehen (vgl. act. 4.176; vi-C-8: Fristerstreckungsgesuch der Verteidigung vom 7. September 2020 und Beweisanträge der Verteidigung vom 15. September 2020; vgl. dazu auch nachfolgend E. 2.4).

E. 2.3.1

Nachdem kein Verzicht vorliegt, ist zu prüfen, ob der Beschuldigte sein Recht auf Geltendmachung der Wiederholung der Einvernahme verwirkt hat. Die Staatsanwaltschaft argumentiert neben einem Verzicht auch für eine Verwirkung, während die Verteidigung auch die Verwirkung verneint.

16■30

E. 2.3.2

Vom stillschweigenden Verzicht ist die Verwirkung zu unterscheiden. Von einem stillschweigenden Verzicht ist auszugehen, wenn sich aus dem Schweigen des Beschuldigten eine Willenserklärung ableiten lässt, auf das Beweisverwertungsverbot zu verzichten. Von Verwirkung wird hingegen gesprochen, wenn ein Rechtsanspruch infolge Zeitablaufs oder treuwidrigen Verhaltens verloren geht (vgl. zum Ganzen: CHEN, a.a.O., S. 19 ff. m.w.V.; BLÄSI, a.a.O., S. 179 m.w.V.).

E. 2.3.3

Die Lehre stellt sich grossmehrheitlich gegen die Annahme einer Verwirkung des Rechts auf Unverwertbarkeit und Wiederholung von Beweiserhebungen im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO. Sie begründet dies damit, es sei nicht die Funktion und Aufgabe der Verteidigung, möglicherweise belastendes Beweismaterial der Verwertbarkeit zum Nachteil der beschuldigten Person zuzuführen. Eine solche Handhabung verstosse zudem gegen den «nemo tenetur»-Grundsatz (RUCKSTUHL, a.a.O., N. 14 zu Art. 131 StPO; LIEBER, a.a.O., N. 15 zu Art. 131 StPO m.w.V.; HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, a.a.O., N. 19 zu Art. 131 StPO; FRANZ RIKLIN, StPO Kommentar, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 131 StPO; BLÄSI, a.a.O., S. 181 ff.; CHEN, a.a.O.; S. 19 ff.; RICO NIDO, Zeitpunkt der Rüge der Beweisunverwertbarkeit im Strafverfahren, Anwaltsrevue 11-12/2016, S. 508 f.). Eine Minderheit in der Lehre geht davon aus, dass der Anspruch auf Wiederholung nach Treu und Glauben verwirkt, wenn die Verteidigung bei Passivität der Strafbehörden nicht innert nützlicher Frist selbst die Wiederholung verlangt (NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Praxiskommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2018, N. 7 zu Art. 131 StPO).

E. 2.3.4

Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass es dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht, wenn formelle Rügen erst vor Bundesgericht vorgebracht werden, die auch vor dem erst- oder zweitinstanzlichen Gericht hätten vorgebracht werden können. War die beschuldigte Person schon im erstinstanzlichen Verfahren anwaltlich

vertreten, so sind diese Rügen grundsätzlich im erstinstanzlichen Verfahren vorzubringen (Urteil des Bundesgerichts 6B_23/2021 vom 20. Juli 2021 E. 2.3 ff.; Urteil des Bundesgerichts 6B_678/2013 vom 3. Februar 2014 E. 2.2 f.; vgl. zum Ganzen: BLÄSI, a.a.O., S. 179 ff.; NIDO, a.a.O., S. 508 f.). Das Bundesgericht hat die Auffassung eines Obergerichts, eine erstmals vor

17■30 Bezirksgericht erhobene Rüge sei verspätet, weil sie auch schon im Untersuchungsverfahren hätte vorgebracht werden können, als unhaltbar bezeichnet. Es sei die Sache der Untersuchungsbehörden, die Schuld des Beschuldigten nach den einschlägigen verfassungs- und strafprozessualen Regeln nachzuweisen, wogegen sich der Beschuldigte darauf beschränken könne, die Verwertbarkeit der Beweismittel zu bestreiten (BGE 129 I 85 E. 4.4 S. 90).

Auch kantonale Entscheide haben sich mit dieser Frage auseinandergesetzt. So kam das Obergericht des Kantons Bern zum Schluss, eine Verwirkung des Anspruchs auf Wiederholung nach Art. 131 Abs. 3 StPO sei nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Die Geltendmachung der fehlenden notwendigen Verteidigung im Rahmen des erstinstanzlichen Beweisverfahrens sei im konkreten Fall nicht rechtsmissbräuchlich und der Einwand damit nicht verwirkt gewesen (Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern SK 15 24 vom 9. Februar 2016 E. II./1.3/5. f.). Das Kantonsgericht Basel-Landschaft kam in einem Entscheid zum Schluss, dass im Sinne der herrschenden Lehrmeinung der Anspruch auf Wiederholung nach Art. 131 Abs. 3 StPO nicht verwirkt (Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 460 16 316 vom 19. September 2017 E. 1.2.10).

E. 2.3.5

Die Verteidigung hat in ihren Beweisanträgen vom 15. September 2020 vor der ersten Hauptverhandlung geltend gemacht, es erscheine fraglich, ob die Einvernahme in Amsterdam rechtsgültig erfolgt sei, nachdem schon damals ein Fall von notwendiger Verteidigung vorgelegen habe. Deshalb erscheine es notwendig, den Beschuldigten erneut unter Wahrung der Verteidigungsrechte zu befragen (vi-C-8). Die Vorinstanz hat diesen Beweisantrag mit Verfügung vom 29. September 2020 gutgeheissen (vi-C-8). An der ersten Hauptverhandlung wurde bloss festgestellt, dass der Beschuldigte nicht erschienen ist, und in Anwendung von Art. 366 Abs. 1 StPO zu einer neuen Verhandlung vorgeladen (vi-B-3). Mit Eingabe vom 16. November 2020 hielt die Verteidigung an ihren bisherigen Beweisanträgen fest (vi-C-8). An der zweiten Hauptverhandlung stellte sie im Rahmen der Vorfragen den Antrag, die rechtshilfweise Einvernahme sei als unverwertbar zu erklären (vi-B-4 und vi-B-6).

Die Verteidigung hat den Antrag auf Wiederholung der Einvernahme somit im erstinstanzlichen Verfahren gestellt. Selbst wenn man mit der Minderheitsmeinung in der Lehre davon ausgeht, dass der Anspruch auf Wiederholung nach Art. 131 Abs. 3 StPO verwirken kann, ist der Antrag

18■30 in Nachachtung der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtzeitig erfolgt. Auch in der Zustimmung zum Abwesenheitsverfahren an der ersten Hauptverhandlung (vgl. vi-B-3) ist keine Verwirkungshandlung zu erblicken. Einerseits hat die Verteidigung bereits vor der ersten Hauptverhandlung vorgebracht, die Einvernahme könnte unverwertbar sein und der Beschuldigte sei erneut zu befragen (vi-C-8), wobei die Vorinstanz diesen Antrag mit Beweisverfügung vom 29. September 2020 gutgeheissen hat (vi-C-8). Andererseits obliegt es dem Gericht zu entscheiden, ob es ein

Abwesenheitsverfahren durchführen oder das Verfahren sistieren will (Art. 366 Abs. 2 StPO). Die Zustimmung der Verteidigung zum Abwesenheitsverfahren ist nicht erforderlich und auch nicht geeignet, ein treuwidriges Verhalten zu begründen. Der Anspruch des Beschuldigten auf Wiederholung der umstrittenen Einvernahme nach Art. 131 Abs. 3 StPO ist somit nicht verwirkt.

E. 2.4.1

Im Sinne einer Eventualbegründung bleibt zu prüfen, was die Rechtsfolgen wären, wenn die Verteidigung ohne Mitwirkung des Beschuldigten auf die Wiederholung der Einvernahme verzichtet oder das Recht auf Wiederholung verwirkt hätte.

E. 2.4.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der beschuldigten Person im Rahmen einer notwendigen Verteidigung das allfällige Fehlverhalten seines Anwalts dann nicht anzurechnen, wenn dieses grob fahrlässig, qualifiziert unrichtig oder mit den Regeln der Anwaltskunst gänzlich unvertretbar erscheint. Dabei darf den Vertretenen selbst kein Verschulden treffen; namentlich muss der Fehler des Anwalts für ihn nicht erkennbar gewesen sein. Schliesslich muss eine Schadenersatzleistung ungeeignet sein, für Wiedergutmachung zu sorgen, was nicht der Fall ist, wenn eine blosser Busse oder eine Geldstrafe ohne Eintragung im Strafregister verhängt wird. Im Rahmen der notwendigen Verteidigung ist die beschuldigte Person verpflichtet, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen. Entsprechend kann ihr nicht zugemutet werden, sich sämtliche Fehler ihres Verteidigers uneingeschränkt zurechnen zu lassen (BGE 143 I 284 E. 2.2.3 S. 290 f.; Urteile des Bundesgerichts 6B_1111/2017 vom 7. August 2018 E.

E. 2.4.3

Wäre die fehlende Rückmeldung des Verteidigers auf die Frist der Staatsanwaltschaft in der Schlussverfügung – entgegen der zuvor dargelegten Ansicht des Obergerichts – als Verzicht auf die Wiederholung der umstrittenen Einvernahme zu werten, wäre dieser Verzicht in Unkenntnis und damit ohne Einwilligung des Beschuldigten erfolgt. Denn die Verteidigung konnte weder im Vorverfahren noch im erstinstanzlichen Hauptverfahren mit dem Beschuldigten Kontakt aufnehmen (act. 4.176; vi-C-8: Fristerstreckungsgesuch der Verteidigung vom 7. September 2020 und Beweisanträge der Verteidigung vom 15. September 2020; vi-B-3; vi-B-4; vi-B-6). Die Verteidigung kann einen solchen Verzicht nur mit Wissen und Einverständnis des Beschuldigten abgeben, zumal sich der Beschuldigte in der umstrittenen Einvernahme erheblich belastet hat (vgl. ZIMMERLIN, a.a.O., Rz. 289, 296 und 313; BLÄSI, a.a.O., S. 171 m.w.V.). Vor diesem Hintergrund wäre ein solches Vorgehen des Verteidigers qualifiziert unrichtig im Sinne der zuvor dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Den Beschuldigten trifft kein Verschulden und der Fehler war für ihn nicht erkennbar, nachdem die Schlussverfügung mit der entsprechenden Frist nur dem Verteidiger, nicht aber auch dem Beschuldigten, zugestellt worden ist (act. 4.180). Nachdem er vorinstanzlich – gestützt auf die umstrittene Einvernahme – zu einer (bedingten) Freiheitsstrafe mit Strafregistereintrag verurteilt worden ist, scheidet auch eine Schadenersatzleistung als Wiedergutmachung aus. Würde – entgegen der Ansicht des Obergerichts – von einem Verzicht der Verteidigung ausgegangen, wäre dies ein qualifiziert unrichtiges Vorgehen der notwendigen Verteidigung, das sich der Beschuldigte gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht anrechnen lassen müsste. Gleich verhielte es sich, wenn man – entgegen der Ansicht des Obergerichts – nicht von einem

Verzicht, aber von einer Verwirkung des Rechts auf Wiederholung der Einvernahme ausginge. Auch dabei würde es sich um ein grobfahrlässiges (bei einer unbewussten Verwirkung) beziehungsweise ein qualifiziert unrichtiges Vorgehen (bei einer bewussten Verwirkung) der notwendigen Verteidigung handeln, das sich der Beschuldigte nicht anrechnen lassen müsste.

E. 2.4.4

20■30 Selbst wenn – entgegen der Ansicht des Obergerichts – von einem Verzicht der Verteidigung auf die Wiederholung der umstrittenen Einvernahme oder einem Verwirken des diesbezüglichen Rechts auszugehen wäre, würde es sich um ein qualifiziert unrichtiges oder grobfahrlässiges Vorgehen der notwendigen Verteidigung handeln. Dieses dürfte dem Beschuldigten nicht angerechnet werden. Auch in diesem Fall wäre der Antrag auf Unverwertbarkeit und Wiederholung der umstrittenen Einvernahme gutzuheissen.

E. 2.5.1

Nach den bisherigen Ausführungen wäre die Einvernahme des Beschuldigten vom 13. August 2019 (STA-act. 5.1 – 5.2; 5.4 – 5.11; 5.13 – 5.20) unverwertbar, weil der Beschuldigte weder auf eine Wiederholung im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO verzichtet noch das Recht darauf verwirkt hat (respektive sich einen solchen Verzicht/Verwirkung seines notwendigen Verteidigers nicht anrechnen lassen müsste, vgl. E. 2.4).

Die Staatsanwaltschaft macht allerdings zusätzlich geltend, es sei fraglich, ob die Einvernahme nicht auch aufgrund der durch den Beschuldigten verursachten Unmöglichkeit einer erneuten Einvernahme sowie der Schwere der vorgeworfenen Straftat verwertbar sein müsste (amtl. Bel. 16). Die Verteidigung hat sich zu dieser Frage nicht geäußert.

Die Staatsanwaltschaft dürfte sich auf die Regelung von Art. 141 StPO beziehen, der die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise normiert. Nach Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO sind Beweise, die das Gesetz als unverwertbar bezeichnet, in keinem Fall verwertbar. Nach Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, die in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben worden sind, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Es bleibt somit zu klären, ob Beweise, die gemäss Art. 131 Abs. 3 StPO vor Bestellung eines notwendigen Verteidigers erhoben wurden, nach Art. 141 Abs. 1 StPO in keinem Fall verwertbar sein sollen (absolute Unverwertbarkeit, vgl. SABINE GLESS, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 46 zu Art. 141 StPO), oder ob sie nach Art. 141 Abs. 2 StPO verwertbar sind, falls ihre Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist (relative Unverwertbarkeit; vgl. GLESS, a.a.O., N. 63 zu Art. 141 StPO). Falls nur eine relative Unverwertbarkeit vorliegt, wäre

21■30 weiter zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Verwertung der umstrittenen Einvernahme vorliegend erfüllt sind.

E. 2.5.2

Das Bundesgericht hat die Frage noch nicht eindeutig entschieden, ob auf Beweise, die nach Art. 131 Abs. 3 StPO vor der Bestellung eines notwendigen Verteidigers erhoben wurden, absolut oder relativ unverwertbar sein sollen. In einem französischsprachigen Entscheid kam es einzig gestützt auf den französischen Gesetzestext von Art. 131 Abs. 3 StPO zum Schluss, dass solche Beweise absolut unverwertbar seien (vgl. Urteil des

Bundesgerichts 6B_883/2013 vom 17. Februar 2014 E. 2.3). In späteren Entscheiden hat es ausgeführt, der deutsche und italienische Wortlaut von Art. 131 Abs. 3 StPO würden vom französischen Gesetzestext markant abweichen: Während nach deutschem und italienischem Text eine Ungültigkeitsfolge vorgesehen sei («nur gültig», «valido soltanto»), spreche der französische Wortlaut von Unverwertbarkeit («ne sont pas exploitables»). Nach dem deutschen und italienischen Text würde somit kein Fall von Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO vorliegen. Es hat die Frage seither offengelassen (BGE 141 IV 289 E. 2.3 f. S. 293 f.; Urteile des Bundesgerichts 6B_75/2019 vom 15. März 2019 E. 1.4.1 f. und 6B_338/2020, 6B_357/2020 vom 3. Februar 2021 E. 2.3).

22■30

E. 2.5.3

In der kantonalen Rechtsprechung haben sich in jüngerer Zeit verschiedene Gerichte mit dieser Frage auseinandergesetzt. Die höchsten Gerichte der Kantone Zürich, Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Thurgau kamen alle zum Schluss, dass Beweise, die im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO vor der Bestellung einer notwendigen Verteidigung erhoben wurden, nach Art. 141 Abs. 1 StPO absolut unverwertbar sind (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB190122 vom 28. Juni 2019 E. 2.2; Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern BK 16 44 vom 21. März 2016 E. 4.4, in: CAN 2016 Nr. 62, S. 186 und BK 2021 71 vom 16. Juni 2021 E. 5.3; Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt SB.2015.11 vom 5. April 2016 E. 1.4.1; Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 460 16 316 vom 19. September 2017 E. 1.2.7 f.; Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau SW.2017.25 vom 29. Juni 2017, in: RBOG 2017 Nr. 24; die Frage hingegen offen gelassen in Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 5. September 2017 E. 2.4.7, in: forumpoenale 6/2018 S. 478 ff.). Das Obergericht des Kantons Zürich ging in einer früheren Entscheidung – allerdings ohne Begründung – noch von einem relativen Verwertungsverbot aus (Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich UH150031 vom 17. März 2015 E. 3 c/aa).

E. 2.5.4

Die Lehre geht grossmehrheitlich davon aus, dass Beweise, die im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO vor der Bestellung einer notwendigen Verteidigung erhoben wurden, absolut unverwertbar sind (GLESS, a.a.O., N. 60a zu Art. 141 StPO; RUCKSTUHL, a.a.O., N. 17 zu Art. 131 StPO; LIEBER, a.a.O., N. 8 f. zu Art. 131 StPO; HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, a.a.O., N. 11 zu Art. 131 StPO; LUZIA VETTERLI, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten, ZStrR 4/2012, S. 464 f., m.w.V.; FELIX BOMMER, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, in: recht 2010, S. 216 f.; BLÄSI, a.a.O., S. 199 ff. m.w.V.). Diese Autoren stützen sich teilweise auf die Materialien zu Art. 141 StPO (RUCKSTUHL, a.a.O., N. 17 zu Art. 131 StPO). Sie argumentieren aber vor allem damit, dass eine notwendige Verteidigung gerade bei schweren Straftaten vorgesehen werde, womit dieses Institut ausgehöhlt werde, wenn die unterbliebene Anordnung mit dem Hinweis auf diese schwere Tat geheilt werden könne. Zudem sei es unlogisch, wenn Einvernahmen – auch bei leichten Delikten – mit fehlender Belehrung über das Recht, eine Verteidigung zu bestellen oder eine amtliche Verteidigung zu beantragen (Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO) absolut unverwertbar seien (vgl. Art. 158 Abs. 2 StPO), während Einvernahmen ohne notwendigen Verteidiger nur relativ verwertbar sein sollen.

Anderer Meinung sind SCHMID/JOSITSCH und RIKLIN, die eine Verwertung unter den Voraussetzungen von Art. 141 Abs. 2 StPO zulassen wollen, allerdings nur, wenn eine Wiederholung nicht mehr möglich ist (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 8 zu Art. 131 StPO; RIKLIN, a.a.O., N. 3 zu Art. 131 StPO).

E. 2.5.5

Den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte lassen sich zwar keine eindeutigen Hinweise entnehmen, ob Beweise im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO unverwertbar (im Sinne des französischen Gesetzestextes, d.h. absolut unverwertbar nach Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO) oder ungültig (im Sinne des deutschen und italienischen Gesetzestextes, d.h. relativ unverwertbar nach Art. 141 Abs. 2 StPO) sein sollen (vgl. auch Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau SW.2017.25 vom 29. Juni 2017, in: RBOG 2017 Nr. 24 E. 3). Aus der Botschaft und dem Begleitbericht lässt sich aber ableiten, dass die Begriffe ungültig und unverwertbar synonym gebraucht wurden, zumal dort die Unverwertbarkeit als einzige Rechtsfolge aufgeführt wird, wenn die beschuldigte Person nicht auf die Wiederholung verzichtet (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 S. 1179; Begleitbericht des EJPD vom Juni 2001 zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, S. 99 f.; so auch: Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 460 16 316 vom 19. September 2017 E. 1.2.7 d); BLÄSI, a.a.O., S. 202 f. m.w.V.; gleiche Schlussfolgerung mit anderer Begründung: RUCKSTUHL, a.a.O., N. 17 zu Art. 131 StPO).

In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, dass im Zuge der aktuellen Revision der Strafprozessordnung der deutsche und italienische Text an den französischen Wortlaut angepasst werden sollen («nur verwertbar» und «utilizzabili soltanto» statt «nur gültig» und «valido soltanto»); vgl. Art. 131 Abs. 3 des Entwurfs zur Strafprozessordnung vom 28. August 2019 [E-StPO; BBl 2019 6792]; Art. 131 Abs. 3 del disegno di un Codice di procedura penale [D-CPP; FF 2019 5614]). In der Botschaft wird dies – auch unter Verweis auf die herrschende Lehre und kantonale Rechtsprechung – mit den zuvor dargelegten Argumenten der herrschenden Lehre begründet (Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung vom 28. August 2019, BBl 2019 6731 f.).

E. 2.5.6

Zu den Hinweisen aus den Gesetzesmaterialien kommt hinzu, dass auch die von der herrschenden Lehre und der kantonalen Rechtsprechung angeführten Argumente für eine absolute Unverwertbarkeit überzeugen. Insbesondere wenn – wie vorliegend – ein Fall von notwendiger Verteidigung vorliegt, weil der Beschuldigte einer schweren Straftat beschuldigt wird (vgl. Art. 130 lit. b StPO), ist es widersinnig, wenn diese mit dem Verweis auf diese schwere Straftat wieder ausgehebelt werden kann. Zudem überzeugt es nicht, wenn selbst bei Bagatelldelikten eine Einvernahme unverwertbar ist, weil die beschuldigte Person nicht auf ihr Recht, einen Verteidiger beizuziehen, hingewiesen wurde (vgl. Art. 158 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 158 Abs. 2 StPO), während bei schweren Straftaten – wo mithin ein höheres Schutzinteresse der beschuldigten Person besteht – eine Einvernahme verwertbar bliebe, obwohl der beschuldigten Person gesetzeswidrig kein Verteidiger beigegeben wurde. Ein ähnlicher Widerspruch bestünde im Verhältnis zum Teilnahmerecht: Während Beweise, die in Verletzung des Teilnahmerechts erhoben wurden, absolut unverwertbar

sind (vgl. Art. 147 Abs. 4 StPO), wären Beweise ohne notwendige Verteidigung nur relativ unverwertbar.

Das Obergericht schliesst sich deshalb der herrschenden Lehre und den vorgenannten kantonalen Präjudizien an. Es erachtet Beweise, die im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO ohne einen notwendigen Verteidiger erhoben wurden, für absolut unverwertbar (Art. 141 Abs. 1 Satz

E. 2.5.7

Demnach ist und bleibt die umstrittene Einvernahme des Beschuldigten vom 13. August 2019 unverwertbar. Die Protokolle dieser Einvernahmen (STA-act. 4.137; 4.139 – 4.146 und STA-act. 5.1 – 5.2; 5.4 – 5.11; 5.13 – 5.20) sind in Anwendung von Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und anschliessend zu vernichten.

An diesem Ergebnis würde sich im Übrigen auch nichts ändern, wenn man der Minderheitsmeinung in der Lehre folgen würde. Diese will eine Verwertung nur dann ermöglichen, wenn die Wiederholung unmöglich ist. Dies ist vorliegend – entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft – aber nicht der Fall. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Wiederholung der Einvernahme mit dem Beschuldigten unmöglich sein soll, zumal der Beschuldigte freiwillig zur

25■30 unverwertbaren Einvernahme erschienen ist (vgl. STA-act. 5.2) und den niederländischen Behörden nötigenfalls die Zwangsmittel nach niederländischem Recht zur Verfügung stünden.

Schliesslich wäre selbst bei einer relativen Unverwertbarkeit fraglich, ob die vorzunehmende Interessenabwägung zugunsten der Verwertbarkeit ausgehen würde. Diese Frage kann vorliegend aber offengelassen werden.

Bei diesem Ergebnis kann auch offenbleiben, ob der Umstand, dass die Seite 4 des Protokolls nicht visiert ist, eine Auswirkung auf die Gültigkeit/Verwertbarkeit des Protokolls hat (vgl. STA-act. 5.7 und Art. 78 Abs. 5 StPO).

E. 3.1

Weist das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel auf, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, so hebt das Berufungsgericht das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurück (Art. 409 Abs. 1 StPO). Solche wesentlichen Verfahrensmängel liegen unter anderem vor, wenn das Urteil auf nicht verwertbare Beweise abstützt oder wenn keine ordnungsgemässe Hauptverhandlung durchgeführt wurde. Das Nachholen der in erster Instanz beziehungsweise im Vorverfahren unterbliebenen Vorkehren wäre für den Beschuldigten diesfalls mit einem unzulässigen Instanzenverlust verbunden (LUZIUS EUGSTER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 409; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 1 f. zu Art. 409 StPO). Die Rückweisung erfolgt mit einem Beschluss, es ergeht kein Sachurteil (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 StPO; EUGSTER, a.a.O., N. 2 zu Art. 409 StPO).

E. 3.2

Die Vorinstanz hat die Täterschaft des Beschuldigten gestützt auf dessen Aussagen in der unverwertbaren Einvernahme für erstellt erachtet (E. 6.2 – 6.4 des angefochtenen Urteils). Sie hat sich damit in ihrem Urteil auf unverwertbare Beweise abgestützt. Nachdem die einzigen Aussagen des Beschuldigten unverwertbar sind, waren auch die Voraussetzungen für das Abwesenheitsverfahren nicht erfüllt. Ein solches kann nur stattfinden, wenn der Beschuldigte im

26■30 bisherigen Verfahren ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu den ihm vorgeworfenen Straftaten zu äussern (Art. 366 Abs. 4 lit. a StPO). Nachdem die einzigen Aussagen des Beschuldigten unverwertbar sind, konnte er sich im bisherigen Verfahren überhaupt noch nicht rechtskonform zum Tatvorwurf äussern. Es liegen somit wesentliche Verfahrensmängel vor, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, zumal dies für den Beschuldigten mit einem unzulässigen Instanzenverlust verbunden wäre. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und zur Durchführung eines neuen Hauptverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird zu prüfen haben, ob sie die Einvernahme des Beschuldigten in Anwendung von Art. 343 Abs. 2 StPO selber erhebt respektive auf dem Rechtshilfeweg erheben lässt (vgl. Art. 55 Abs. 2 StPO) oder ob sie die Anklage nach Art. 329 Abs. 2 StPO zur Beweisergänzung an die Staatsanwaltschaft zurückweist (vgl. dazu BGE 141 IV 39 E. 1.6.2 S. 46 f.; Urteil des Bundesgerichts 1B_405/2018 vom 29. November 2018 E. 2; YVONA GRIESSER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 17 und 23 zu Art. 329 StPO; MAX HAURI/PETRA VENETZ, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 26 zu Art. 339 StPO; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O.; N. 2 und 8 zu Art. 329 StPO; THOMAS FINGERHUT/BEAT GUT, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 19a zu Art. 343 StPO m.w.V.).

E. 3.3

Bei diesem Ergebnis sind die von der Verteidigung gestellten Beweisanträge nicht im vorliegenden Verfahren, sondern im neu durchzuführenden Hauptverfahren von der Vorinstanz zu prüfen.

E. 4

StPO). Muss die Rechtsmittelinstanz einen angefochtenen Entscheid aufheben, bedeutet das in der Regel, dass die Vorinstanz fehlerhaft oder irrtümlich gehandelt hat beziehungsweise dass das vorinstanzliche Verfahren einen Fehler aufweist. Sind durch ein solches fehlerhaftes Verhalten einer Behörde Verfahrenskosten entstanden, rechtfertigt es sich, sämtliche Verfahrenskosten des Rechtsmittelverfahrens sowie die von der Vorinstanz auferlegten Gebühren

27■30 nach Art. 422 Abs. 1 StPO dem Bund oder Kanton zu überbinden. Ob der Bund oder Kanton noch weitere Verfahrenskosten, d.h. Auslagen nach Art. 422 Abs. 2 StPO, des vorinstanzlichen Verfahrens zu tragen hat, liegt im Ermessen der Rechtsmittelinstanz. Sie kann den Einbezug davon abhängig machen, ob die weiteren Verfahrenskosten im Zusammenhang mit der fehlerhaften Verfahrenshandlung entstanden sind. Über die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens, die im Rückweisungsentscheid nicht auf die Staatskasse genommen wurden, hat die Vorinstanz in ihrem neuen Entscheid ausgangsgemäss zu entscheiden (THOMAS DOMEISEN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 25 zu Art. 428 StPO m.w.V.; YVONA GRIESSER, a.a.O., N. 16 zu Art. 428 StPO).

Die Entschädigung der amtlichen Verteidiger wird nach Massgabe des Anwaltstarifs des verfahrensführenden Kantons durch das Gericht festgesetzt (Art. 135 Abs. 1 und 2 StPO) und zunächst durch den Kanton ausbezahlt (Art. 426 Abs. 1 i.V.m. Art. 423 StPO; vgl. auch Art. 39 Abs. 1 PKoG). Die beschuldigte Person kann verpflichtet werden, die Entschädigung dem Kanton zurückzubezahlen, wenn sie zu den Verfahrenskosten verurteilt wird (Art. 135 Abs. 4 StPO). Rechtsanwälte sind für amtliche Mandate von Verfassung wegen angemessen zu honorieren, wobei eine Kürzung des Honorars im Vergleich zum ordentlichen Tarif zulässig bleibt (BGE 139 IV 261 E. 2.2.1 S. 263). Nach Art. 39 Abs. 2 PKoG (NG 261.2) gilt für das Honorar der amtlichen Verteidigung ein Stundenansatz von Fr. 220.00. Weiter zu entschädigen sind die Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 52 ff. PKoG).

E. 4.1

Hebt die Rechtsmittelinstanz einen Entscheid auf und weist sie die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück, so trägt der Bund oder der Kanton die Kosten des Rechtsmittelverfahrens und, nach Ermessen der Rechtsmittelinstanz, jene der Vorinstanz (Art. 428 Abs.

E. 4.2

Demnach ist die Gerichtsgebühr des Rechtsmittelverfahrens von Fr. 1'200.00 (inkl. Auslagen) und die Gerichtsgebühr des vorinstanzlichen Verfahrens von Fr. 2'000.00 (inkl. Auslagen) vom Staat zu tragen. Nicht vom Staat zu tragen sind hingegen die Gebühren der Staatsanwaltschaft (Ermittlungs- und Untersuchungskosten) von Fr. 1'645.00 (inkl. Auslagen), weil sie nicht durch einen Behördenfehler verursacht worden sind. Die Vorinstanz wird diese Kosten im neuen Entscheid ausgangsgemäss zu verlegen haben.

28■30

E. 4.3

Die amtliche Verteidigung macht für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von Fr. 3'341.45 (Honorar Fr. 3'035.00 [6.75 h à Fr. 220.00 für Rechtsanwalt; 10.33 h à Fr. 150.00 für Rechtspraktikantin]; Auslagen Fr. 67.55; 7.7 % MWST Fr. 238.90) geltend. Das Honorar liegt im Honorarraum für das Berufungsverfahren von Fr. 600.00 – Fr. 6'000.00 (vgl. Art. 45 Abs. 1 Ziff. 4 PKoG), erscheint angemessen und wird genehmigt. Aufgrund des Obsiegens trifft den Beschuldigten keine Rück- und Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO.

Bei den Auslagen für die amtliche Verteidigung im vorinstanzlichen Verfahren gilt folgende Unterscheidung: Die Auslagen für die amtliche Verteidigung im vorinstanzlichen Hauptverfahren sind – analog den Gerichtsgebühren – vom Staat zu tragen und von einer Rück- und Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO ist abzusehen. Dies betrifft die Leistungen vom 6. August 2020 bis 20. Januar 2021 im Umfang von Fr. 3'071.65 (Honorar Fr. 2'805.00 [12.75 h à Fr. 220.00]; Auslagen Fr. 47.05; 7.7 % MWST Fr. 219.60).

Hingegen sind die Auslagen für die amtliche Verteidigung im Vorverfahren von der Vorinstanz im neu zu fällenden Entscheid ausgangsgemäss zu verlegen, weil sie nicht durch einen behördlichen Fehler verursacht worden sind. Dabei handelt es sich um die Leistungen vom 18. Dezember 2019 bis und mit 1. Juli 2020 im Umfang von Fr. 303.00 (Honorar Fr. 275.00 [1.25 h à Fr. 220.00]; Auslagen Fr. 6.30; 7.7 % MWST Fr. 21.70).

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