

# TG\_OBERGERICHT RBOG 2017 Nr. 24 vom 17. März 2015

Tg Obergericht, 2015-03-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_RBOG\\_2017\\_Nr.\\_24](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_RBOG_2017_Nr._24)

FR: TG\_OBERGERICHT RBOG 2017 Nr. 24 du 17 mars 2015

IT: TG\_OBERGERICHT RBOG 2017 Nr. 24 del 17 marzo 2015

## Regeste

d) Das Zürcher Obergericht erkannte dagegen in einem Entscheid vom 17. März 2015 – allerdings ohne Begründung – auf ein relatives Verwertungsverbot[15]. Es ging stillschweigend davon aus, Art. Mangels Verzichts der Beschuldigten auf Wiederholung erwiesen sich die entsprechenden Aussagen daher als unverwertbar[16]. Die Gänsefüsschen bei "nur gültig" können dahingehend interpretiert werden, dass das Zürcher Obergericht – den Gesetzestext wörtlich zitierend – damit "unverwertbar" meinte.

## Volltext

Thurgau Obergericht Rechenschaftsbericht 29.06.2017 RBOG 2017 Nr. 24 (SW.2017.25)

Thurgovie Obergericht Rechenschaftsbericht 29.06.2017 RBOG 2017 Nr. 24 (SW.2017.25)

Turgovia Obergericht Rechenschaftsbericht 29.06.2017 RBOG 2017 Nr. 24 (SW.2017.25)

d) Das Zürcher Obergericht erkannte dagegen in einem Entscheid vom 17. März 2015 – allerdings ohne Begründung – auf ein relatives Verwertungsverbot[15]. Es ging stillschweigend davon aus, Art. Mangels Verzichts der Beschuldigten auf Wiederholung erwiesen sich die entsprechenden Aussagen daher als unverwertbar[16]. Die Gänsefüsschen bei "nur gültig" können dahingehend interpretiert werden, dass das Zürcher Obergericht – den Gesetzestext wörtlich zitierend – damit "unverwertbar" meinte.

RBOG 2017 Nr. 24 RBOG 2017 Nr. 24 Absolute Unverwertbarkeit von Beweismitteln bei Verletzung erkennbar notwendiger Verteidigung (Art. 131 Abs. 3, 141 StPO) 1. Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird [1] . 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 gemäss Art. 131 Abs. 3 StPO nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet. 2. a) Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind gemäss Art. 140 StPO bei der Beweiserhebung selbst bei Zustimmung der betroffenen Person untersagt. Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden, sind laut Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO in keinem Fall verwertbar. Dasselbe gilt gemäss Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO, wenn die StPO einen Beweis als unverwertbar bezeichnet. Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt wurden, sind gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar. Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise sind laut Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.

b) Art. 141 StPO differenziert danach, zu welcher Normenkategorie die bei der Beweiserhebung verletzte Norm gehört. Die StPO unterscheidet zunächst zwischen Ordnungsvorschriften einerseits und Gültigkeitsvorschriften andererseits. Haben die Strafverfolgungsbehörden bei der Beweiserhebung eine Ordnungsnorm verletzt, bleibt der Beweis gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar. Ist dagegen eine Gültigkeitsvorschrift missachtet worden, ergeben sich die Rechtsfolgen entweder aus Art. 141 Abs. 1 (keine Verwertbarkeit) oder Abs. 2 StPO (nur verwertbar zur Aufklärung schwerer Straftaten). Art. 141 Abs. 1 StPO erfasst demnach absolute Gültigkeitsvorschriften, Abs. 2 relative [2]. Nie verwertbar ist ein Beweis kraft ausdrücklicher Regelung in Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO, wenn die StPO ihn als "unverwertbar" [3] bezeichnet. Ein relatives Verwertungsverbot liegt vor, wenn der Gesetzgeber die Beweisabnahme als "ungültig" [4] bezeichnet [5]. c) Zu entscheiden ist somit, ob im Fall einer notwendigen Verteidigung eine Befragung des Beschuldigten ohne Verteidigung relativ oder absolut unverwertbar ist, falls der Beschuldigte nicht auf eine Wiederholung verzichtet, ob mithin Art. 131 Abs. 3 StPO unter Art. 141 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO fällt. 3. a) Die Entstehungsgeschichte zu Art. 131 Abs. 3 StPO und die Gesetzesmaterialien bringen keine Klarheit. Art. 137 Abs. 3 VE-StPO bezeichnete Beweisabnahmen ohne notwendige Verteidigung als "ungültig" und nicht "unverwertbar". Der Begleitbericht zum Vorentwurf erläuterte dies aber dahin, solche Beweise seien "unverwertbar". Im bundesrätlichen Entwurf zur StPO (Art. 129 Abs. 3 E-StPO) war die Rede von "gültig", während die Botschaft und der Begleitbericht zum Vorentwurf festhielten, Einvernahmen ohne notwendige Verteidigung seien "unverwertbar". Im Nationalrat wurde ein Minderheitsantrag aus der vorberatenden Kommission abgelehnt, wonach die notwendige Verteidigung vor der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft (und nicht erst nach der ersten Einvernahme wie in Art. 131 Abs. 2 StPO) sicherzustellen sei; ohne Anwesenheit des notwendigen Verteidigers abgenommene Beweise und die daraus gewonnenen weiteren Beweise sollten nur "verwertbar" sein, wenn die beschuldigte Person auf eine Wiederholung verzichte. Daraus kann nicht auf eine technische Verwendung der Begriffe "gültig" und "verwertbar" geschlossen werden. Nach einer kurzen Erläuterung des Minderheitsantrags beschränkte sich die Diskussion im Nationalrat auf zwei Voten: Jenes des Departementvorstehers Christoph Blocher bezog sich ausschliesslich auf den Antrag zu Art. 131 Abs. 2 StPO (vor statt nach) und dasjenige der Kommissionssprecherin nur in einem Satz auf Art. 131 Abs. 3 StPO; es galt den Folgebeweisen, die der Minderheitsantrag in die "Ungültigkeit" beziehungsweise "Unverwertbarkeit" hätte einbeziehen wollen. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 131 Abs. 3 StPO lässt sich somit nicht der Schluss ziehen, der im deutschen und italienischen Gesetzestext verwendete Begriff "gültig" sei im technischen Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO verwendet worden [6]. Umgekehrt lässt sich daraus auch nicht folgern, der im französischen Gesetzestext verwendete Begriff "unverwertbar" sei im technischen Sinn von Art. 141 Abs. 1 StPO zu verstehen. b) Es ist daher (mehr als) fraglich, ob die Auffassung von Ruckstuhl zutrifft, aus dem Wortlaut des Abänderungsantrags, der von Unverwertbarkeit gesprochen habe, und aus der Begründung desselben ergebe sich klar, dass damit die Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots gemeint gewesen sei und nicht erst die Statuierung eines Beweisverwertungsverbots an sich, da von dessen grundsätzlichem Bestehen allgemein ausgegangen worden sei [7]. Entscheidend ist, ob absolute oder relative Unverwertbarkeit gemeint war. Diesbezüglich ist ein eindeutiger gesetzgeberischer Wille nicht zu erblicken, da in den Gesetzesmaterialien sowohl von der Gültigkeit als auch von der Verwertbarkeit des erhobenen Beweises die

Rede ist [8] . Es bleibt die Tatsache, dass der Gesetzgeber, so unter anderem auch die Botschaft, mehrfach von Unverwertbarkeit sprach, ohne klarzustellen, dass dies nicht technisch im Sinn von Art. 141 Abs. 1 StPO gemeint sei. Dazu aber hätte der Gesetzgeber allen Anlass gehabt, wollte er diese Deutung vermeiden. 4. a) Das Bundesgericht erwog im Zusammenhang mit Art. 131 Abs. 3 StPO, der deutsche und der italienische Wortlaut wichen vom französischen Gesetzestext markant ab. 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 dem italienischen Gesetzestext läge somit kein Fall von Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO vor: Unverwertbarkeit (im Sinn von Satz 2) wäre nur gegeben, wenn dieses Gesetz einen Beweis als "unverwertbar" bezeichne. Weder der deutsche noch der italienische Wortlaut bezeichneten die Beweiserhebung in den Fällen von Art. 131 Abs. 3 StPO als unverwertbar. Im Entscheid vom 17. Februar 2014 [9] sei das Bundesgericht gestützt auf den französischen Wortlaut im Ergebnis von einem Fall der Unverwertbarkeit ausgegangen, habe aber die divergierenden Gesetzestexte weder angesprochen noch thematisiert. Wie es sich mit den materiell-rechtlichen Fragen zur Auslegung von Art. 131 Abs. 3 und Art. 141 StPO verhalte, könne offenbleiben [10] . b) Auch der Entscheid des Bundesgerichts vom 14. Februar 2014, welcher einen Sachverhalt zum Gegenstand hatte, der mit dem hier zu entscheidenden Fall vergleichbar war, liefert keine Antwort auf die hier massgebliche Frage [11] . Das Bundesgericht entschied die Frage nicht, ob Art. 131 Abs. 3 StPO ein Anwendungsfall von Art. 141 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO sei. Es kann daraus auch nicht geschlossen werden, das Bundesgericht habe dem erstinstanzlichen Strafgericht im Fall, dass Art. 131 Abs. 3 StPO eine "blosse" Gültigkeitsvorschrift im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO sein sollte, ein für allemal verwehrt, das Befragungsprotokoll unter den Voraussetzungen von Art. 141 Abs. 2 StPO trotz Ungültigkeit doch noch zu verwerten. Dies wäre nur der Fall, wenn das Bundesgericht festgestellt hätte, dieses Protokoll sei unverwertbar im Sinn von Art. 141 Abs. 1 StPO. Das tat das Bundesgericht gerade nicht. Im Gegenteil sprach es nur davon, es sei ungültig. Im Dispositiv ist weder von Ungültigkeit noch von Unverwertbarkeit die Rede. Die ausdrückliche bundesgerichtliche Anordnung, das Protokoll einstweilen separat unter Verschluss zu halten und erst nach rechtskräftiger Erledigung des Strafverfahrens zu vernichten, hilft ebenfalls nicht weiter. Sie entspricht Art. 141 Abs. 5 StPO und berücksichtigt, dass die Parteien im gerichtlichen Hauptverfahren die Verwertbarkeit von umstrittenen Beweisen (nochmals) beantragen können. Das Sachgericht kann alsdann im Hauptverfahren – wenn die Strafuntersuchung abgeschlossen ist – zum Schluss kommen, die Verwertbarkeit sei zur Aufklärung einer schweren Straftat im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO unerlässlich, falls die Beweiserhebung nach Auffassung des Strafgerichts nicht unter Art. 141 Abs. 1 StPO fällt. Das Bundesgericht stellte lediglich die Ungültigkeit der Einvernahme im Sinn von Art. 131 Abs. 3 StPO fest und ordnete die Rechtsfolge nach Art. 141 Abs. 5 StPO an. Weder war damit ein Entscheid über die absolute oder relative Unverwertbarkeit verbunden noch über die Erfüllung der Voraussetzungen für die Verwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 2 StPO (Aufklärung einer schweren Straftat) [12] . c) Das Berner Obergericht sprach sich in einem Entscheid vom 21. März 2016 für absolute Unverwertbarkeit aus. Werde eine beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme nicht darüber belehrt, dass sie berechtigt sei, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen, sei die Einvernahme unverwertbar (Art. 158 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO). Umso mehr müsse die Unverwertbarkeit Platz greifen, wenn der beschuldigten

Person trotz erkennbarer notwendiger Verteidigung kein Verteidiger zur Seite gestellt worden sei [13] . In einem kurz zuvor ergangenen Entscheid vom 9. Februar 2016 konnte das Berner Obergericht die Frage noch offen lassen, weil keine Unerlässlichkeit zur Aufklärung einer schweren Straftat im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO vorlag [14] . d) Das Zürcher Obergericht erkannte dagegen in einem Entscheid vom 17. März 2015 – allerdings ohne Begründung – auf ein relatives Verwertungsverbot [15] . Es ging stillschweigend davon aus, Art. 131 Abs. 3 StPO sei ein Anwendungsfall von Art. 141 Abs. 2 StPO. In einem Entscheid vom 24. Juni 2016 sprach das Zürcher Obergericht dagegen im Zusammenhang mit Art. 131 Abs. 3 StPO von Unverwertbarkeit, nicht aber von Ungültigkeit: Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen sei von der Unverwertbarkeit der von der Beschuldigten vor Bestellung der amtlichen Verteidigung getätigten Aussagen auszugehen. Art. 131 Abs. 3 StPO bestimme, dass in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, vor der Bestellung einer Verteidigung vorgenommene Beweiserhebungen "nur gültig" seien, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichte. Es liege ein Fall notwendiger Verteidigung vor, was von Anfang an erkannt worden sei. Mangels Verzichts der Beschuldigten auf Wiederholung erwiesen sich die entsprechenden Aussagen daher als unverwertbar [16] . Die Gänsefüsschen bei "nur gültig" können dahingehend interpretiert werden, dass das Zürcher Obergericht – den Gesetzestext wörtlich zitierend – damit "unverwertbar" meinte. e) In einem Entscheid vom 1. Dezember 2016 zitierte das Bundesgericht aus dem angefochtenen Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 5. April 2016. Das Jugendgericht (Basel-Stadt) habe angenommen, die Schlussbefragung ohne notwendige Verteidigung sei nicht verwertbar. Die Vorinstanz (das Appellationsgericht Basel-Stadt) habe diese Ausführungen (des Jugendgerichts) als zutreffend erachtet und die Schlusseinvernahme ohne Verteidigung gemäss Art. 131 Abs. 3 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO als unverwertbar betrachtet [17] . Das Bundesgericht musste sich dazu mangels Notwendigkeit nicht äussern. f) Jedenfalls die höchsten kantonalen Instanzen der Kantone Basel und Bern subsumieren Art. 131 Abs. 3 StPO unter Art. 141 Abs. 1 StPO. Auch das Zürcher Obergericht spricht in einem Entscheid von Unverwertbarkeit. Das Bundesgericht liess die Frage in BGE 141 IV 293 f. zwar ausdrücklich offen; es hielt aber in einem Entscheid vom 17. Februar 2014 fest, eine Einvernahme des Beschuldigten ohne Verteidiger sei im Prinzip unverwertbar [18] , wenn ein Fall notwendiger Verteidigung vorliege und der Beschuldigte nicht auf die Wiederholung verzichte [19] . In der Folge prüfte und bejahte das Bundesgericht die erkennbare Notwendigkeit der Verteidigung und erklärte die Beschuldigteneinvernahme für unverwertbar [20] . Damit weist die Rechtsprechung eher in Richtung absolute Unverwertbarkeit. Ein Urteil, das sich mit einer Begründung für die relative Unverwertbarkeit aussprach, existiert – soweit überblickbar – nicht. 5. a) Die Lehre nimmt zu der hier interessierenden Frage nicht oder nur teilweise begründet Stellung. Soweit überblickbar, findet sich – ausser dem Hinweis auf den deutschen und italienischen Gesetzestext – eine vertiefte Begründung für die relative Unverwertbarkeit im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO in der Literatur nicht. b) aa) Nach Schmid ist ungerügt, ob der ohne Beizug eines Verteidigers erhobene Beweis verwertbar bleibe, wenn die Wiederholung wegen Todes des Zeugen nicht mehr möglich sei. Sei die Beweisabnahme im Übrigen korrekt gewesen, sei die Aussage in analoger Anwendung von Art. 60 Abs. 2 StPO verwertbar, jedoch eingeschränkt im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO (Verwertung zur Aufklärung schwerer Verbrechen) [21] . Diese Konstellation – infolge Tod des Zeugen ist keine Wiederholung möglich – ist eine andere als die diesem Entscheid zugrunde liegende

und daher nicht zielführend. Hier wäre die Wiederholung möglich, und es geht nicht um eine Zeugeneinvernahme, bei der die Verteidigung nicht anwesend sein konnte. bb) Die Ausführungen von Jositsch helfen ebenfalls nicht weiter. Auch er scheint aber eher relative Unverwertbarkeit im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO anzunehmen [22]. cc) Ohne nähere Begründung für absolute Unverwertbarkeit sprechen sich Pieth [23], Riklin [24] und Riedo/Fiolka/Niggli [25] aus. Nach Keller bewirkt die zu Unrecht unterlassene Verteidigung die Unverwertbarkeit der erhobenen Beweise ohne jegliche weitere Interessenabwägung, soweit der Beschuldigte nicht auf eine Wiederholung verzichtet. Letzteres werde er nicht tun, wenn er später seine früheren Aussagen (zum Beispiel ein Geständnis) nicht mehr in den Akten haben wolle [26]. Laut Ruckstuhl liegt ebenfalls ein absolutes Verwertungsverbot vor. Andernfalls könnten die Strafverfolgungsbehörden die Verwertbarkeit nach Belieben vornehmen, solange nur ein schwerwiegendes Delikt zur Diskussion stehe. Es seien die Strafverfolgungsbehörden, die den Beweisverlust zu verantworten hätten [27]. Auch für Lieber bedeutet "ungültig" im Sinn von Art. 131 Abs. 3 StPO, dass das so gewonnene Beweismittel nicht verwertet werden darf. Eine zusätzliche Interessenabwägung habe in diesem Fall nicht stattzufinden [28]. dd) Oberholzer hält Beweise für absolut unverwertbar, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden, oder bei denen das Gesetz in anderer Weise die Unverwertbarkeit ausdrücklich vorsieht (zum Beispiel Art. 158 Abs. 2, 177 Abs. 1 und 3, 150 Abs. 3, 277 Abs. 2, 289 Abs. 6, 362 Abs. 4 StPO). Daneben kenne die StPO eine zweite Kategorie von grundsätzlich absoluten Verwertungsverboten, die jedoch nur zum Tragen kämen, falls sich die betroffene Person darauf berufe (zum Beispiel Art. 131 Abs. 3 StPO) [29]. Nach Auffassung von Gless existieren neben den Fallkonstellationen mit einem ausdrücklich absoluten Beweisverbot weitere Fallgruppen, in denen ebenfalls das Verwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO eingreift, etwa bei Beweisaufnahmen, die ohne die notwendige Verteidigung nach Art. 131 StPO durchgeführt werden. Der gesetzgeberische Verweis darauf, dass die Beweiserhebung nur dann "gültig" sei, wenn die nicht verteidigte beschuldigte Person auf die Wiederholung verzichte, meine "verwertbar" [30]. ee) Laut Bommer führt der fehlende Hinweis auf das Recht auf Verteidigung nach Art. 158 Abs. 2 StPO zu strikter Unverwertbarkeit. Die fehlende Verteidigung im Fall einer notwendigen im Sinn von Art. 131 StPO stehe an Gewicht dem fehlenden Hinweis nach Art. 158 Abs. 1 StPO nicht nach oder wiege sogar noch schwerer. Jedenfalls laufe es auf dasselbe hinaus, ob der Beschuldigte nicht verteidigt gewesen sei, aber hätte verteidigt sein müssen, oder ob er nicht verteidigt gewesen sei, aber in Kenntnis seines Rechts eine Verteidigung bestellt hätte. In beiden Fällen finde er sich ohne Beistand wieder. Die Folge der Unverwertbarkeit sei zudem auf den Fall beschränkt, dass die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre. Bereits insofern lasse sich fragen, mit welchem Recht die fehlende Erkennbarkeit zulasten des Beschuldigten ausschlage. Wenn sie es aber schon tue, wie es das Gesetz vorsehe, bestehe um so weniger Anlass, die Position des Beschuldigten in Fällen erkennbar notwendiger Verteidigung noch einmal dadurch zu schwächen, dass die Folgen unterbliebener Verteidigung relativiert würden. Schliesslich hätte die Subsumtion von Art. 131 Abs. 3 StPO unter Art. 141 Abs. 2 StPO zur Konsequenz, dass ein in einem Fall von erkennbar notwendiger Verteidigung ohne diese Verteidigung erhobener Beweis um so eher verwertet werden dürfe, je schwerer die Straftat sei, um die es gehe; dabei gebe gerade die Schwere der Straftat nach Art. 130 lit. b StPO den Grund dafür ab, dass das Gesetz die Verteidigung für notwendig erkläre [31]. ff) Gleich oder ähnlich argumentiert Vetterli. Die StPO sehe eine notwendige Verteidigung gerade bei besonders schweren Straftaten vor.

Könnten die Strafverfolgungsbehörden die Nichteinsetzung dieser notwendigen Verteidigung später durch den Hinweis auf diese schwere Tat heilen, würde dies das Institut der notwendigen Verteidigung praktisch aushöhlen. Zudem würde eine blosser Ungültigkeit gemäss Art. 131 Abs. 3 StPO im Vergleich zur absoluten Unverwertbarkeit laut Art. 158 Abs. 2 StPO in einem Missverhältnis stehen: Eine Verletzung der Vorschriften der notwendigen Verteidigung tangiere die Beschuldigtenrechte mindestens gleich intensiv, wenn nicht sogar stärker als die Unterlassung des Hinweises auf das Recht auf eine Verteidigung [32]. Bläsi schliesslich weist zutreffend darauf hin, einerseits dürfe ein Beweis verwertet werden, je schwerer die Straftat wiege, die aufzuklären sei (Art. 141 Abs. 2 StPO). Andererseits solle die notwendige Verteidigung die beschuldigte Person gerade auch gegen ihren Willen genau davor schützen, dass Beweise ohne notwendigen Verteidiger erhoben würden [33].

6. a) Diese Argumente der Lehre überzeugen. Nur die Beweiserhebungen nach Art. 131 Abs. 3 StPO sind "ungültig", die ohne notwendige Verteidigung durchgeführt wurden, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung für die Strafverfolgungsbehörden erkennbar war. Dies hiesse, dass Beweise unter den Voraussetzungen von Art. 141 Abs. 2 StPO verwertbar wären, wenn die Strafverfolgungsbehörden bewusst und gewollt keine notwendige Verteidigung sicherstellten. Dabei bräuchten die Strafverfolgungsbehörden gerade bei schweren Straftaten, bei denen nach Art. 130 StPO offensichtlich ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben ist, die Unverwertbarkeit nicht zu befürchten. Sie könnten ohne jegliche Folgen den Verstoß gegen Art. 131 Abs. 3 StPO einräumen, solange die Straftat schwer genug und der Beweis zur Aufklärung unerlässlich ist. Bei Straftaten, bei denen ausser den eigenen Belastungen des Beschuldigten keine nennenswerten weiteren Beweise existieren, ist die Unerlässlichkeit praktisch immer gegeben. Je schwerer zudem die Straftat und je dringender damit die Sicherstellung einer notwendigen Verteidigung ist, umso folgenloser bliebe die bewusste und gewollte Nichtbestellung einer Verteidigung. Ferner ist nicht einsichtig, weshalb Einvernahmen ohne Belehrung über das Recht auf Verteidigung gemäss Art. 158 Abs. 2 StPO absolut unverwertbar sein sollten, während Einvernahmen ohne Sicherstellung einer erkennbar notwendigen Verteidigung nur relativ unverwertbar wären. Noch schwerer nachvollziehbar fällt dieser Vergleich aus, wenn dem verteidigten Beschuldigten ein zu wenig konkreter Vorhalt gemacht wird [34]. Während dort immerhin der Verteidiger intervenieren und um einen konkreten Vorhalt ersuchen kann, ansonsten die beschuldigte Person nicht aussage, bleibt der Beschuldigte im Fall von Art. 131 Abs. 3 StPO gänzlich ohne notwendige Verteidigung. Im erstgenannten Fall ist die Aussage absolut unverwertbar, im zweiten hingegen wäre sie nur relativ unverwertbar. Dieses Ergebnis wäre mehr als bedenklich.

b) Damit ist hier exakt ein Fall gegeben, in dem eine für den Beschuldigten wesentliche Verfahrensnorm keine ausdrückliche Unverwertbarkeit vorsieht, obwohl das darin gewährte Verfahrensrecht in gleich hohem Mass dem Schutz der beschuldigten Person dient wie eine Norm, die eine Unverwertbarkeit ausdrücklich vorsieht. Der Anwendungsbereich von Art. 141 Abs. 1 StPO kann in gewissen Fällen nicht allein davon abhängig sein, ob der Gesetzgeber eine Vorschrift ausdrücklich als absolute Gültigkeitsvorschrift kennzeichnete. Vielmehr muss entscheidend sein, ob einer verletzten Norm eine Funktion zukommt, die für die Umsetzung der Normen zentral ist, die der Gesetzgeber ausdrücklich als absolute Gültigkeitsvorschriften bezeichnete [35]. Dies ist bei Art. 131 Abs. 3 StPO ohne weiteres der Fall.

7. Zusammenfassend sprechen der deutsche und italienische Gesetzestext von Art. 131 Abs. 3 StPO für relative Unverwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 2 StPO, der französische Gesetzestext für absolute nach Art. 141 Abs. 1

StPO. Die Gesetzesmaterialien helfen nicht weiter. Das Bundesgericht liess die Frage in BGE 141 IV 293 f. ausdrücklich offen. Kantonale Präjudizien für die absolute Unverwertbarkeit gibt es in Bern und Basel-Stadt; solche für relative Unverwertbarkeit finden sich keine [36]. Die Lehre spricht sich mehrheitlich und mit überzeugenden Argumenten für die absolute Unverwertbarkeit aus, wenn im Fall einer erkennbar notwendigen Verteidigung Beweise ohne Bestellung einer Verteidigung erhoben wurden, und wenn die beschuldigte Person nicht auf eine Wiederholung verzichtet. Dieser Auffassung schliesst sich das Obergericht an. Obergericht, 2. Abteilung, 29. Juni 2017, SW.2017.25 Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig (6B\_990/2017). [1] Art. 131 Abs. 1 StPO [2] Wohlers/Bläsi, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, in: recht 2015 S. 163 [3] Pas exploitable, non utilisabile (zum Beispiel in Art. 158 Abs. 2 StPO) [4] Pas valable, non valide (zum Beispiel in Art. 177 Abs. 1 StPO) [5] Gless, Basler Kommentar, Art. 141 StPO N 67 [6] Bommer, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, in: recht 2010 S. 216 f. [7] Ruckstuhl, Basler Kommentar, Art. 131 StPO N 17 [8] Bläsi, Bemerkungen zu Entscheid Nr. 2, Obergericht Zürich, III. Strafkammer, Beschluss vom 17. März 2015 i.S. X. gegen die Staatsanwaltschaft IV Zürich - UH150031, in: forum poenale 2016 S. 9 [9] BGE vom 17. Februar 2014, 6B\_883/2013, Erw. 2.3 [10] BGE 141 IV 293 f.; BGE vom 12. August 2015, 1B\_124/2015, Erw. 2.1.2 [11] BGE vom 14. Februar 2014, 1B\_445/2013, Erw. 2 [12] Vgl. aber BGE vom 21. Mai 2014, 1B\_124/2014, Erw. 1.2.4, welcher in Bezug auf BGE 1B\_445/2013 offenbar davon ausging, es habe "von vornherein" festgestanden, dass "diese Einvernahmen effektiv unverwertbar" seien. [13] Beschluss des Obergerichts Bern vom 21. März 2016, BK 2016 44, in: Can 2016 Nr. 62, S. 186 [14] Entscheid des Obergerichts Bern vom 9. Februar 2016, SK 2015 24, in: Can 2016 Nr. 61, S. 178 [15] Beschluss des Obergerichts Zürich vom 17. März 2015, UH150031, Erw. 3 [16] Entscheid des Obergerichts Zürich vom 24. Juni 2016, SB160140, Erw. III.1.c [17] BGE vom 1. Dezember 2016, 6B\_655/2016, Erw. 1.2 [18] "En principe inexploitable" [19] BGE vom 17. Februar 2014, 6B\_883/2013, Erw. 2.1.3 [20] BGE vom 17. Februar 2014, 6B\_883/2013, Erw. 2.3 [21] Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2.A., Art. 131 N 8 [22] Jositsch, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2.A., N 255, 281 [23] Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3.A., S. 101 [24] Riklin, Schweizerische Strafprozessordnung, Kommentar, 2.A., Art. 131 N 3: "nur gültig (d.h. ein Beweis nur verwertbar)" [25] Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 951 [26] Keller, Die neue schweizerische StPO: Formalisierung und Effizienz - bleibt die materielle Wahrheit auf der Strecke?, in: ZStrR 129, 2011, S. 238 [27] Ruckstuhl, Art. 131 StPO N 17 f. [28] Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 131 N 8, 12, 14; in N 14 tritt Lieber ausdrücklich der Auffassung von Schmid entgegen. Vgl. auch Lieber, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen schweizerischen Strafprozessordnung, in: ZStrR 126, 2008, S. 187: "Werden Beweise abgenommen, bevor die Verteidigung bestellt wurde, obschon erkennbar notwendige Verteidigung vorlag, ist die Beweiserhebung ungültig und somit unverwertbar." [29] Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.A., N 703 f. [30] Gless, Art. 141 StPO N 60, 60a [31] Bommer, S. 217 [32] Vetterli, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverböten, in: ZStrR 130, 2012, S. 465 [33] Bläsi, S. 10 [34] Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO [35] Wohlers/Bläsi, S. 163 [36] Gegebenenfalls ein Entscheid des Obergerichts Zürich

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