

# ZH\_OBERGERICHT UH160330 vom 1. Februar 2017

ZH Obergericht, 2017-02-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_UH160330](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UH160330)

FR: ZH\_OBERGERICHT UH160330 du 1 février 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT UH160330 del 1 febbraio 2017

## Erwägungen

### E. 2

Die Beschwerdegegnerin stellte dem amtlichen Verteidiger am 15. August 2016 die Untersuchungsakten der beiden eben erwähnten Verfahren zur Einsichtnahme zu (Urk. 8/4/1). Mit Schreiben vom 29. September 2016 verlangte dieser (unter anderem), dass die am 4. Mai 2016 im Kanton Thurgau durchgeführte polizeiliche Einvernahme mit dem Beschwerdeführer infolge beweismässiger Unverwertbarkeit aus den Akten zu entfernen sei (Urk. 8/4/8 S. 4/5). Die Beschwerdegegnerin lud den Beschwerdeführer am 1. September 2016 zur Einvernahme betreffend Hausfriedensbruch etc. vor und eröffnete eine neue Strafuntersuchung (Urk. 8/3/6). Die Einvernahme fand am 3. Oktober 2016 im Beisein des amtlichen Verteidigers statt; der Beschwerdeführer machte von seinem Aussageverweigerungsrecht umfassend Gebrauch (Urk. 8/3/7).

### E. 2.1

a) Zur Begründung der behaupteten Unverwertbarkeit führt der amtliche Verteidiger zusammengefasst das Folgende aus: Es liege eine Unverwertbarkeit im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO vor. Die polizeiliche Einvernahme vom 4. Mai 2016 durch die Kantonspolizei Thurgau habe ohne vorgängige Informierung bzw. ohne Beisein des amtlichen Verteidigers stattgefunden. Dies, obwohl ein Fall notwendiger Verteidigung aufgrund des vorbestandenen Strafverfahrens (im Kanton Zürich) vorgelegen habe (Urk. 2 S. 3 [Ziff. 7], S. 4/5 [Ziff. 9-11] und S. 5 ff.). b) Die gegenteilige Auffassung begründet die Beschwerdegegnerin wie folgt (Urk. 7 S. 3 f.): Es treffe zu, dass dem Beschwerdeführer im Rahmen eines zu einem früheren Zeitpunkt eröffneten Strafverfahrens infolge der vorsorglichen Unterbringung ein amtlicher Verteidiger beigegeben worden sei. Dies bedeute aber nicht, dass bei allen späteren polizeilichen Ermittlungsverfahren wegen neu hinzugekommener Deliktswürfe generell eine notwendige Verteidigung bestehen würde. Es sei denn, diese würde sich aus der jeweiligen Tatschwere (der neuen Deliktswürfe) ergeben. Andernfalls könnte die Polizei beschuldigte Personen, die in einem hängigen Jugendstrafverfahren notwendig verteidigt seien, auch bei neuen Bagatelldelikten nicht mehr ohne vorgängige Eröffnung einer Strafuntersuchung unter Bezug einer Verteidigung befragen. Vorliegend habe die Polizei Basel-Landschaft gegen den Beschwerdeführer wegen Hausfriedensbruchs und Sachbeschädigung ermittelt. Das Verfahren habe sich bis zum Zeitpunkt der fraglichen polizeilichen Einvernahme am 4. Mai 2016 noch im polizeilichen Ermittlungsstadium im Sinne von Art. 306 StPO befunden. Es habe sich nicht um eine delegierte Einvernahme im Sinne von Art. 312 StPO gehandelt, sondern um eine polizeiliche Einvernahme im Ermittlungsverfahren im Sinne von Art. 159 StPO. Angesichts der neuen Vorwürfe hätten sich keine Hinweise auf das Vorliegen einer notwendigen Verteidigung ergeben. Im Rahmen einer im Stadium der polizeilichen Ermittlungen durchgeführten Befragung müsse der Beschuldigte lediglich

im Sinne von Art. 158 StPO auf die Möglichkeit des Beizugs einer Verteidigung hingewiesen werden. Jedoch liege es nicht in der Pflicht der Polizei, für die Teilnahme einer Verteidigung besorgt zu sein, auch nicht im Falle des Vorliegens einer allfälligen notwendigen Verteidigung.

- 9 -

## **E. 2.2**

Vorliegend geht es nicht um die Frage, ob eine Verteidigung aufgrund der Gegenstand der polizeilichen Befragung vom 4. Mai 2016 bildenden Delikte (Hausfriedensbruch etc.) im Sinne von Art. 131 Abs. 3 StPO erkennbar notwendig gewesen wäre. Letzteres verneint die Beschwerdegegnerin und wird auch seitens der amtlichen Verteidigung nicht angezweifelt. Der amtliche Verteidiger rügt vielmehr, dass im Zeitpunkt der polizeilichen Einvernahme vom 4. Mai 2016 bereits ein Fall notwendiger Verteidigung aufgrund des im Kanton Zürich hängigen Strafverfahrens bestanden habe und er – als bereits dort bestellter amtlicher Verteidiger – vorgängig (im Hinblick auf die Wahrung der Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers) über die anstehende Befragung im Kanton Thurgau zwecks Ermöglichung der Teilnahme hätte informiert werden müssen (Urk. 2 S. 4 f. [Ziff. 9 ff.]).

## **E. 2.3**

a) Die notwendige Verteidigung (Art. 130 f. StPO, Art. 24 JStPO) dauert so lange, wie der Grund für den Verteidigungszwang besteht. Sie muss grundsätzlich bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens bestehen (RUCKSTUHL, BSK StPO/JStPO, a.a.O., N 5 f. zu Art. 130 StPO). Der Grund für den Verteidigungszwang fällt selbstredend nicht weg, wenn sich der nämliche Beschuldigte der Verübung weiterer Delikte während eines laufenden Verfahrens verdächtig macht. Vielmehr dürften sie regelmässig negativen Einfluss auf das bereits laufende Strafverfahren haben und damit einhergehend den Grund für den Verteidigungszwang zementieren. Dies selbst dann, wenn es – wie vorliegend – um relativ geringfügige Delikte geht, die – allein für sich betrachtet – (kaum) einen Fall notwendiger Verteidigung zu begründen vermocht hätten (vgl. auch Leitfaden amtliche Mandate, Kanton Zürich, 1. Oktober 2016, 3. Auflage, S. 13, wonach sich die amtliche Verteidigung auch auf Nebendossiers erstreckt, die vor dem erstinstanzlichen Urteil eröffnet worden sind). Im Übrigen ging auch die Beschwerdegegnerin von der Weitergeltung der notwendigen Verteidigung aus: Nach Übernahme der beiden Verfahren von der Jugendanwaltschaft der Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt (vorstehend E. I.1.3/b), eröffnete sie eine neue Strafuntersuchung und teilte die Vorladung für

- 10 - die auf den 3. Oktober 2016 anberaumte staatsanwaltschaftliche Einvernahme mit dem Beschwerdeführer als beschuldigte Person in Kopie auch dem (bisherigen) amtlichen Verteidiger mit (Urk. 8/3/6 unten), ohne zuvor bei der Oberjugend-anwaltschaft des Kantons Zürich um Beigabe eines neuen amtlichen Verteidigers oder um Bestätigung der bisherigen amtlichen Verteidigung zu ersuchen. Der Umstand, dass die notwendige Verteidigung auch für neu hinzugekommene Deliktswürfe gilt, spricht grundsätzlich dafür, dass die Verteidigung bei Be-weiserhebungen im Zusammenhang mit diesen Vorwürfen analog Art. 131 StPO weiterhin sichergestellt werden muss. Hinzu kommt vorliegend, dass die Polizei der Kantone Basel-Land und Thurgau bereits im Zeitpunkt der fraglichen polizeilichen Befragung immerhin über das im Kanton Zürich laufende Strafverfahren informiert war. Sie wusste auch, dass sich der Beschwerdeführer in einer stationären vorsorglichen Massnahme für Jugendliche befand (Urk. 8/1/7 S. 1 und 3, Urk.

8/1/1 S. 5 unten). b) Allerdings bleibt fraglich, ob aus einer vorbestandenem notwendigen Verteidigung zwingend abgeleitet werden kann, dass die Polizei wegen neu hinzugekommener Delikte generell kein selbstständiges Ermittlungsverfahren im Sinne von Art. 306 StPO mehr durchführen darf. Für eine Zulassung selbstständiger Ermittlungshandlungen spricht vorliegend, dass die Polizei Basel-Landschaft aufgrund einer direkt an sie gerichteten Strafanzeige einer (privaten) Anzeigeperson tätig wurde (vorstehend E. I.1.2). Die Anzeigerstattung führt in der Regel automatisch zur Eröffnung eines (selbstständigen) Ermittlungsverfahrens (vgl. RHYNER, BSK StPO, a.a.O., N 24 zu Art. 306 StPO). Dabei war die Polizei nach Art. 306 Abs. 1 StPO gehalten, den strafrechtlich relevanten Sachverhalt festzustellen, wobei als zulässige Beweiserhebung auch die Einvernahme der tatverdächtigen Person (Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO i.V.m. Art. 159 StPO) in Betracht fällt (RHYNER, BSK StPO, a.a.O., N 21 und 34 zu Art. 306 StPO). Wenn die Polizei Basel-Landschaft mit Blick auf die Verifizierung der beanzeigten Sachverhalte und im Hinblick auf ihre Pflicht zur Rapporterstattung an die Staatsanwaltschaft Basel-Land (Art. 307 Abs. 3 StPO) zunächst eine polizeiliche Befragung des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 159 StPO durchführte bzw. rechtshilfweise durchführ-

- 11 - ren liess, erscheint dieses Vorgehen nach dem Gesagten zumindest nicht als von vornherein unzulässig. c) Erscheint die Durchführung eines selbstständigen polizeilichen Ermittlungsverfahrens und damit einhergehend eine polizeiliche Befragung nach Art. 159 StPO vorliegend nicht als von vornherein unzulässig, kann auch nicht eindeutig auf eine Unverwertbarkeit geschlossen werden: Bei polizeilichen Einvernahmen nach Art. 159 StPO hat die beschuldigte Person zwar das Recht, dass ihre Verteidigung anwesend sein und Fragen stellen kann (Abs. 1). Dabei handelt es sich aber (nur) um ein Teilnahmerecht des Verteidigers. Es ist nicht Aufgabe der Polizei, für die Teilnahme eines Verteidigers besorgt zu sein, was nach SCHMID "wohl" auch in Fällen notwendiger Verteidigung gilt. Mithin fliesst daraus auch keine Pflicht, Einvernahmen nur in Anwesenheit des Verteidigers durchzuführen (SCHMID, Praxiscommentar StPO, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 1 f. und N 8 zu Art. 159 StPO; GODENZI, Kommentar StPO, 2. Auflage, Zürich u.a. 2014, N 13 zu Art. 159 StPO). Anhaltspunkte dafür, dass die Polizei bewusst eigene Ermittlungen einschaltete, um eine Eröffnung des Strafverfahrens durch die Jugendanwaltschaft hinauszuzögern bzw. um die Verfahrensrechte des Beschwerdeführers zu unterlaufen, sind schliesslich nicht evident. Dies umso weniger, als keine schwere Straftat oder ein schwerwiegendes Ereignis im Raum stand, das eine unverzügliche Orientierungspflicht der Polizei an die Staatsanwaltschaft ausgelöst hätte (Art. 307 Abs.1 StPO).

#### **E. 2.4**

Das vom Beschwerdeführer monierte polizeiliche Einvernahmeprotokoll hat bei dieser Sach- und Rechtslage in den Akten zu bleiben. Der Entscheid, ob dieses beweismässig verwertet werden kann, ist – allenfalls erst auf Einsprache gegen einen allfälligen Strafbefehl hin – dem Sachrichter zu überlassen. 3. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

- 12 - IV. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 44 JStPO i.V.m. Art. 428 Abs. 1 StPO und Art. 421 Abs. 2 lit. a StPO). Infolge des jugendlichen Alters des Beschwerdeführers ist eine moderate Gerichtsgebühr anzusetzen (Art. 3 Abs. 1 JStPO i.V.m. Art. 425 StPO, Art. 4 Abs. 1 JStPO). Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung ist durch die das Verfahren

abschliessende Strafbehörde festzusetzen (Art. 25 Abs. 2 JStPO i.V.m. Art. 135 Abs. 2 StPO). Es wird beschlossen:

### **E. 3**

Mit Schreiben vom 6. Oktober 2016 teilte die Beschwerdegegnerin dem amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers (unter anderem) mit, sie sehe keine Veranlassung, das fragliche polizeiliche Einvernahmeprotokoll vom 4. Mai 2016 aus den Akten zu entfernen (Urk. 8/4/9 S. 4/5=Urk. 5).

- 4 - 4.1 Der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers legte dagegen mit Eingabe vom 17. Oktober 2016 Beschwerde ein. Er beantragt, dass das polizeiliche Einvernahmeprotokoll vom 4. Mai 2016 aus den Akten zu entfernen, separat unter Verschluss zu halten und nach rechtskräftiger Erledigung des Strafverfahrens zu vernichten sei (Urk. 2 S. 12). 4.2 Die Beschwerdegegnerin liess sich mit Eingabe vom 3. November 2016 vernehmen und beantragt die Abweisung der Beschwerde (Urk. 7). Der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers reichte am 23. November 2016 eine Replik ein, unter (sinngemässer) Aufrechthaltung der bisherigen Anträge (Urk. 11). Die Beschwerdegegnerin verzichtete am 29. November 2016 unter Hinweis auf ihre früheren Vorbringen auf eine Duplik (Urk. 14). 4.3 Das Verfahren erweist sich spruchreif. II. 1.1 Enthält die JStPO keine besondere Regelung, so sind die Bestimmungen der für erwachsene Beschuldigte geltenden Strafprozessordnung (StPO) anwendbar (Art. 3 Abs. 1 JStPO). 1.2 Das angefochtene Schreiben stellt der äusseren Form nach keine formelle Verfügung im Sinne von Art. 80 StPO dar. Zumindest inhaltlich oder materiell liegt aber eine beschwerdefähige Verfügung oder eine beschwerdefähige Verfahrenshandlung der Jugendanwaltschaft vor (Art. 39 Abs. 1 JStPO i.V.m. Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). 1.3 Zum Ergreifen von Rechtsmitteln ist die oder der urteilsfähige Jugendliche legitimiert (Art. 38 Abs. 1 lit. a JStPO). Im Übrigen verweist die JStPO in Art. 38 Abs. 3 im Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation auf Art. 382 Abs. 1 StPO. Gemäss dieser Bestimmung setzt die Ergreifung eines Rechtsmittels insbesondere ein (aktuelles) unmittelbar rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids voraus.

- 5 - 1.4 Ferner ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die JStPO auch keine Sonderregelung zur Verwertbarkeit von Beweismitteln enthält. Ebenso wenig wird die Anwendbarkeit von Art. 140 und 141 StPO in Art. 3 Abs. 2 JStPO ausgeschlossen. Im Jugendstrafverfahren kommt daher – was die Regelung der Verwertbarkeit von Beweismitteln anbelangt – die StPO zur Anwendung (hierzu: HEBEISEN, BSK StPO/JStPO, 2. Auflage, Basel 2014, N 1 zu Art. 24 JStPO).

### **E. 4**

Mai 2016 durch die Kantonspolizei Thurgau eindeutig unverwertbar ist.

- 8 -