

Patrick Iliev / Stefan Wehrenberg

Die Gebotenheit des amtlichen Verteidigers als Anwalt der ersten Stunde

Les autorités pénales sont quotidiennement confrontées à la question de savoir s'il convient de nommer une défense d'office à un prévenu indigent. La nécessité de l'assistance d'un défenseur constitue à ce titre souvent un point litigieux. Cela se révèle toutefois problématique en raison du droit ancré dans le Code de procédure pénale à un avocat de la première heure. La contribution cerne cette problématique sur la base de l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_66/2015 du 12 août 2015, où les auteurs de la contribution assuraient la défense, et montre en outre pourquoi l'assistance de l'avocat de la première heure doit toujours être considérée comme nécessaire. (nse)

Catégories d'articles: Commentaires d'arrêts

Domaines juridiques: Procédure pénale; Droit pénal; Droits fondamentaux

Proposition de citation: Patrick Iliev / Stefan Wehrenberg, Die Gebotenheit des amtlichen Verteidigers als Anwalt der ersten Stunde, in : Jusletter 11 janvier 2016

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
 - 1.1. Grundlage
 - 1.2. Unentgeltliche Verteidigung
 - 1.3. Gebotenheit
2. Die Gebotenheit im Sinne von Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO
 - 2.1. Sachverhalt
 - 2.2. Begründungen
 - 2.2.1. Verteidigung
 - 2.2.2. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich: Bagatellfall sowie keine rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten
 - 2.2.3. Obergericht des Kantons Zürich
 - 2.2.3.1. Kein Bagatellfall...
 - 2.2.3.2. ...aber weder rechtliche noch tatsächliche Schwierigkeiten
 - 2.2.4. Bundesgericht
 - 2.2.4.1. Kein Bagatellfall sowie rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten
 - 2.2.4.2. Verhältnisse im Zeitpunkt der Aufbietung des Anwalts der ersten Stunde massgebend
 - 2.2.4.3. Ergebnis
 - 2.3. Würdigung
 - 2.3.1. Ex ante-Betrachtung ist richtig
 - 2.3.2. Kein einfacher Fall
 - 2.3.3. Strenge Zürcher Praxis
3. Die Gebotenheit sui generis
 - 3.1. Einleitung
 - 3.2. Gründe für die Annahme einer Gebotenheit sui generis
 - 3.2.1. Keine abschliessende Aufzählung in der StPO
 - 3.2.2. Die wesentliche Bedeutung des Rechts auf einen Anwalt der ersten Stunde
 - 3.2.3. Gleiches Recht für alle
 - 3.2.4. Eine dauerhafte Lösung
 - 3.3. Argumentation des Bundesgerichts
 - 3.3.1. Keine abschliessende Aufzählung in der StPO
 - 3.3.2. Grundsätzliche Entschädigungspflicht
 - 3.3.3. Keine Entschädigungspflicht
 - 3.3.4. Fazit
 - 3.4. Würdigung
 - 3.4.1. Kein Grundsatzentscheid
 - 3.4.2. Keine Entschädigungspflicht in klaren Bagatellfällen
 - 3.4.3. Ausblick

1. Einleitung

1.1. Grundlage

[Rz 1] Die in der Bundesverfassung (BV)¹ und in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)² verankerte Unschuldsvermutung³ sowie das ebenso ausdrücklich vorgesehene Recht der beschuldigten Person, sich gegen die von der Strafverfolgungsbehörde erhobenen Vorwürfe zur Wehr

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

² (Europäische) Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

³ Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 2 EMRK.

setzen zu dürfen⁴, bilden die Grundpfeiler eines jeden Strafprozesses. Damit soll grundsätzlich jeder beschuldigten Person eine wirksame Verteidigung ermöglicht werden. Die wesentliche Bedeutung der Verteidigung in einem Strafprozess zeigt sich aber auch darin, dass die Strafprozessordnung (StPO)⁵ einerseits eine Vielzahl von Verteidigungsrechten der beschuldigten Person im Einzelnen auführt⁶ und andererseits der Verteidigung einen eigenen Abschnitt unter dem Titel «Parteien und andere Verfahrensbeteiligte» widmet⁷. Dabei werden drei Arten der Verteidigung erwähnt, namentlich die Wahlverteidigung, die notwendige und die amtliche Verteidigung. Während bei der Wahlverteidigung klar ist, dass es sich hierbei um einen gewillkürten, also von der beschuldigten Person selbst betrauten Rechtsvertreter handelt⁸, ist die Unterscheidung zwischen der notwendigen und der amtlichen Verteidigung nicht dermassen augenscheinlich. Vereinfacht gesagt, stellt die amtliche Verteidigung den Oberbegriff dar und umfasst zunächst die notwendige Verteidigung (auch Pflichtverteidigung genannt⁹) in den Fällen, in welchen die Strafprozessordnung den Beizug eines Verteidigers zwingend vorsieht¹⁰, die beschuldigte Person jedoch von sich aus keinen solchen bestimmt¹¹. Für diese Art der amtlichen Verteidigung wird deshalb auch der Begriff der Officialverteidigung verwendet. Demgegenüber liegt der «klassische» Fall der amtlichen Verteidigung dann vor, wenn von Gesetzes wegen keine notwendige Verteidigung verlangt wird und die beschuldigte Person mittellos ist (sog. unentgeltliche Verteidigung)¹².

1.2. Unentgeltliche Verteidigung

[Rz 2] Für die Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung genügt es allerdings nicht, dass die beschuldigte Person lediglich mittellos ist, sich also eine Wahlverteidigung nicht leisten kann. Vielmehr verlangt Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO zusätzlich, dass die Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person «geboten» sein muss. Zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist die Verteidigung grundsätzlich dann geboten, wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre. Ein Bagatellfall liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden zu erwarten ist (Art. 132 Abs. 2 und Abs. 3 StPO). Diese strafprozessualen Bestimmungen konkretisieren die allgemeinen verfassungsmässigen sowie konventionsrechtlichen Ansprüche einer beschuldigten Person

⁴ Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV; Art. 6 Ziff. 3 lit. b und c EMRK.

⁵ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

⁶ So beispielsweise das Recht, die Aussage und die Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern (Art. 113 Abs. 1 StPO).

⁷ Den 2. Abschnitt im 4. Kapitel des 3. Titels der StPO.

⁸ Art. 129 Abs. 1 StPO.

⁹ NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 730 (zit.: SCHMID, Handbuch).

¹⁰ Art. 130 StPO.

¹¹ Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 und 2 StPO.

¹² NICKLAUS RUCKSTUHL, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 132 N 2 (zit.: BSK StPO-BEARBEITER/-IN).

auf unentgeltliche Rechtspflege bzw. Rechtsverteidigung gemäss Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK¹³.

1.3. Gebotenheit

[Rz 3] Die Frage nach der Gebotenheit der amtlichen Verteidigung war auch Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens im Kanton Zürich, welches schliesslich im Urteil des Bundesgerichts 1B_66/2015 vom 12. August 2015 mündete. Dabei hatte die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts einerseits zu entscheiden, ob der im konkreten Einzelfall erfolgte Beizug eines Anwalts der ersten Stunde den Anforderungen von Art. 132 Abs. 2 und Abs. 3 StPO entsprach und dieser deshalb für seine Bemühungen vom Staat zu entschädigen war. Andererseits wurde anlässlich der öffentlichen Urteilsberatung vom 12. August 2015 darüber diskutiert (und schliesslich offengelassen), ob der Anwalt der ersten Stunde einen Anwendungsfall der Gebotenheit sui generis darstellt, also stets im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO geboten und damit (primär) vom Staat zu entschädigen ist.

[Rz 4] Im Folgenden soll deshalb zunächst aufgezeigt werden, welche Kriterien das Bundesgericht bei der Prüfung der Gebotenheit der amtlichen Verteidigung im Zusammenhang mit dem Anwalt der ersten Stunde zugrunde legt. In einem zweiten Schritt soll ausgeführt werden, weshalb der Anwalt der ersten Stunde einen Anwendungsfall der Gebotenheit sui generis darstellt und inwieweit diese Ansicht vom Bundesgericht geteilt wird.

2. Die Gebotenheit im Sinne von Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO

2.1. Sachverhalt

[Rz 5] In dem vom Bundesgericht am 12. August 2015 beurteilten Fall wurde dem Beschuldigten von den Zürcher Strafverfolgungsbehörden zur Last gelegt, am 2. Dezember 2014 an der Zürcher Bahnhofstrasse zunächst im Juweliergeschäft X. einen Fingerring aus Weissgold im Wert von CHF 3'250 gestohlen und anschliessend im Juweliergeschäft Y. versucht zu haben, eine Herrenarmbanduhr im Wert von CHF 39'500 zu entwenden. Zudem wurde der Beschuldigte verdächtigt, am Morgen dieses Tages trotz Kenntnis der für georgische Staatsangehörige geltenden Einreisevorschriften ohne Reisepass und ohne Visum in die Schweiz eingereist zu sein.

[Rz 6] Da der Beschuldigte bei seiner Verhaftung am 2. Dezember 2014 um die Beigabe eines Verteidigers ersuchte, wurde ein solcher am nächsten Morgen von der Kantonspolizei Zürich via Hotline des Züricher Vereins «Pikett Strafverteidigung» aufgeboten. Nach Rücksprache mit seinem Verteidiger erklärte sich der Beschuldigte anlässlich der noch am 3. Dezember 2014 durchgeführten polizeilichen Einvernahme lediglich hinsichtlich der rechtswidrigen Einreise und damit eines Vergehens gegen das Ausländergesetz für schuldig. Demgegenüber bestritt er die ihm vorgeworfenen Diebstähle und machte dabei insbesondere geltend, hinsichtlich der Uhr keine Diebstahlsabsicht gehabt zu haben.

¹³ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 132 N 1.

[Rz 7] Einen weiteren Tag später, das heisst am 4. Dezember 2014, besprach der Verteidiger die Sach- und Rechtslage sowie das weitere Vorgehen telefonisch mit der fallführenden Staatsanwältin. Dabei entschied die Staatsanwältin, gegen den Beschuldigten einen Strafbefehl wegen der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a Ausländergesetz (AuG)¹⁴ und wegen des Diebstahls des Fingerrings im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 Strafgesetzbuch (StGB)¹⁵ zu erlassen. Hinsichtlich des versuchten Diebstahls der Uhr kündigte sie hingegen an, dass sie das Verfahren einstellen werde. Da der Beschuldigte mit diesem Vorgehen einverstanden war, wurde noch am selben Tag der entsprechende Strafbefehl erlassen, die Haftentlassung verfügt und der Beschuldigte dem Migrationsamt des Kantons Zürich zugeführt. Die Einstellungsverfügung erging am 8. Dezember 2014 und wurde schliesslich am 9. Dezember 2014 von der Leitenden Staatsanwaltschaft genehmigt.

[Rz 8] Nachdem der Verteidiger des Beschuldigten bereits zu Beginn der polizeilichen Einvernahme das Gesuch um Einsetzung als amtlicher Verteidiger gestellt hatte, wiederholte er diesen Antrag gegenüber der Staatsanwaltschaft und reichte nach Abschluss des Strafverfahrens seine Honorarnote in der Höhe von rund CHF 1'200 ein. Mit Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2014 wurde das Gesuch um Beigabe eines amtlichen Verteidigers jedoch abgewiesen. Auch eine dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Februar 2015 verworfen. Aus diesem Grund erhob der Verteidiger im Namen des Beschuldigten am 2. März 2015 eine Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht.

2.2. Begründungen

2.2.1. Verteidigung

[Rz 9] Die Verteidigung führte im Rahmen ihrer Beschwerden zunächst aus, dass aufgrund der grundlegenden Bedeutung, welche der EGMR der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und damit zusammenhängend dem Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde beimesse, die Verteidigung stets geboten sein müsse, wenn die beschuldigte Person – wie im vorliegenden Fall – mittellos sei. Der Gesetzeswortlaut von Art. 132 Abs. 2 StPO lasse eine solche Auslegung zu und die gegenenteilige Auffassung führe zu einer ungerechtfertigten Schlechterstellung von mittellosen gegenüber finanziell leistungsfähigen Personen. Gehe man dennoch davon aus, dass der Anwalt der ersten Stunde keinen Fall der Gebotenheit *sui generis* darstelle, seien vorliegend zumindest die Voraussetzungen von Art. 132 Abs. 2 und Abs. 3 StPO eindeutig erfüllt, zumal es sich bei den gegen den teilweise einschlägig vorbestraften Beschuldigten erhobenen Vorwürfen nicht um einen Bagatellfall handle und insbesondere die Beurteilung des Hauptvorwurfs des versuchten Diebstahls der Uhr Schwierigkeiten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht geboten habe. Zudem habe sich der Beschuldigte als georgischer Staatsangehöriger und juristischer Laie gegen die ihm von den Strafverfolgungsbehörden gemachten Vorwürfe nicht in hinreichender Weise alleine zur Wehr setzen können. Aus all diesen Gründen stelle die Ablehnung der amtlichen Verteidigung eine Verletzung von Art. 132 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 StPO, Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK dar,

¹⁴ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG; SR 142.20).

¹⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

weshalb die Entscheide der kantonalen Instanzen aufzuheben seien und dem Beschuldigten für das gesamte Verfahren ein amtlicher Verteidiger beizugeben sowie vom Staat zu entschädigen sei.

2.2.2. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich: Bagatellfall sowie keine rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten

[Rz 10] Während die Mittellosigkeit des Beschuldigten im gesamten Verfahren unbestritten war, stellte sich die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich in ihrer Abweisungsverfügung vom 10. Dezember 2014 auf den Standpunkt, die Ernennung einer amtlichen Verteidigung sei im vorliegenden Fall nicht geboten, da es sich angesichts der geringen Schwere der Tat um einen sog. Bagatellfall handle, für welchen in der Gerichtspraxis keine Freiheitsstrafen von mehr als vier Monaten, Geldstrafen von mehr als 120 Tagessätzen oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden ausgefällt würden. So sei der Beschuldigte mit Strafbefehl vom 4. Dezember 2014 zu einer bedingten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je CHF 30 unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren verurteilt worden. Zudem ergebe sich aus den Untersuchungsakten, dass es sich vorliegend um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfachen Fall handle. Die genannten Vorwürfe stellten für einen Durchschnittsmenschen und auch für den Beschuldigten, einen 35-jährigen Georgier, einen leicht überschaubaren Sachverhalt dar. Auch in rechtlicher Hinsicht ergäben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Sprachliche Schwierigkeiten für sich alleine seien kein ausreichender Grund für eine amtliche Verteidigung, da für alle Einvernahmen sowie zur Übersetzung der für das Verfahren wesentlichen Urkunden Übersetzer zur Verfügung ständen.

2.2.3. Obergericht des Kantons Zürich

2.2.3.1. Kein Bagatellfall. . .

[Rz 11] Das Obergericht des Kantons Zürich führte in seinem Beschluss vom 5. Februar 2015 dagegen aus, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um einen Bagatellfall handle. Zur Beurteilung, ob ein Bagatellfall vorliege, sei massgebend, welche Vorwürfe dem Beschuldigten während der laufenden Strafuntersuchung gemacht worden seien und mit welcher Sanktion er im Falle einer Anklageerhebung und Verurteilung habe rechnen müssen. Mit Strafbefehl vom 4. Dezember 2014 sei der Beschuldigte wegen des Diebstahls eines Fingerrings sowie wegen der rechtswidrigen Einreise in die Schweiz mit einer bedingten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je CHF 30 bestraft worden. Der Vorwurf des versuchten Diebstahls einer Armbanduhr im Wert von CHF 39'500 sei zwar mit Einstellungsverfügung vom 8. Dezember 2014 mangels anklagegenügender Beweise fallengelassen worden. Bei der Beurteilung, ob ein Bagatellfall vorliege, sei indessen auch der eingestellte Vorwurf des versuchten Diebstahls einer Armbanduhr zu berücksichtigen und nicht bloss die im Strafbefehl ausgesprochene Strafe hinsichtlich der weiteren Delikte. Unter Mitberücksichtigung des Vorwurfs des versuchten Diebstahls habe der Beschuldigte während der laufenden Strafuntersuchung angesichts der Deliktsmehrheit, der mehrfachen Tatbegehung, des hohen Deliktsbetrages sowie des Umstandes, dass er teilweise einschlägige Vorstrafen aufweise, mit einer Strafe von mehr als vier Monaten Freiheitsstrafe bzw. mehr als 120 Tagessätzen Geldstrafe rechnen müssen¹⁶.

¹⁶ Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich UP140057 vom 5. Februar 2015, E. III 5.1.

2.2.3.2. ... aber weder rechtliche noch tatsächliche Schwierigkeiten

[Rz 12] Das Obergericht ging in der Folge allerdings davon aus, dass der vorliegende Fall weder rechtliche noch tatsächliche Schwierigkeiten biete, denen der Beschuldigte nicht alleine gewachsen gewesen wäre. Zur Begründung führte es aus, dass sich die dem Beschuldigten gemachten Vorwürfe auf Lebenssachverhalte stützten, die auch für einen Laien überschaubar und leicht zu erfassen seien. Zudem erweise sich die Abklärung der konkreten Vorgänge nicht als besonders komplex. Auch bezüglich des Vorwurfs des Diebstahlsversuchs der Armbanduhr, bei welchem allenfalls eine Sichtung des Videomaterials der Überwachungskamera und die Befragung der Verkäuferin sowie der anderen anwesenden Angestellten nötig gewesen wäre, handle es sich um unproblematische und leicht erfassbare Beweiserhebungen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_444/2013 vom 31. Januar 2014, E. 4.2).

[Rz 13] Sodann seien keine Schwierigkeiten rechtlicher Natur ersichtlich. Bei der Festlegung der Sanktion hätten sich keinerlei rechtliche Schwierigkeiten ergeben. Das Bestehen einer teilweise einschlägigen Vorstrafe vermöge an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Zwar stehe ausser Frage, dass in gewissen Fallkonstellationen die Unterscheidung zwischen strafflosen Vorbereitungshandlungen und dem Beginn des Versuchsstadiums Schwierigkeiten bereite. Vorliegend handle es sich jedoch um einen einfachen Sachverhalt, bei welchem keine derartigen Schwierigkeiten rechtlicher Natur zu erwarten gewesen seien. Der Beschuldigte habe bloss eine Armbanduhr anprobiert und anschliessend versucht, das Geschäft zu verlassen, ohne die Uhr zu bezahlen. Ob ihm bei Anklageerhebung ein entsprechender Vorsatz hätte nachgewiesen werden können, sei eine Frage der Beweiswürdigung. Der Beschuldigte wäre durchaus alleine in der Lage gewesen, geltend zu machen, dass er nicht vorgehabt habe, die Armbanduhr zu stehlen¹⁷.

[Rz 14] Schliesslich lägen auch keine anderen Gründe vor, welche die amtliche Verteidigung als geboten erscheinen liessen. Für sprachliche Schwierigkeiten könne ein Dolmetscher beigezogen werden. Ausserdem ergebe sich aus den Akten, «*dass der Beschuldigte ohne weiteres in der Lage war, zu Beginn der allerersten Einvernahme bei der Kantonspolizei Zürich sein Recht auf den Beizug eines Verteidigers einzufordern. Er war dementsprechend auch in der Lage, sich im Justizsystem der Schweiz zurechtzufinden (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1B_555/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 3.2)*»¹⁸.

2.2.4. Bundesgericht

2.2.4.1. Kein Bagatellfall sowie rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten

[Rz 15] Demgegenüber kam das Bundesgericht mit einem Stimmenverhältnis von 4:1 zum Schluss, dass der vorliegende Fall nicht nur keinen Bagatellfall darstelle, sondern auch in tatsächlicher und insbesondere in rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten biete. Zum Entscheid der Vorinstanz führte es aus, dass es zwar zutreffend sei, dass beim Vorwurf des (versuchten) Diebstahls und der rechtswidrigen Einreise nicht generell ein komplexer Fall vorliege, der eine amtliche Verteidigung notwendig mache. Vielmehr sei im Einzelfall auf die Schwierigkeiten des Straffalls und auf die persönlichen Fähigkeiten der beschuldigten Person abzustellen. Beim Beschuldigten handle es sich um einen georgischen Staatsangehörigen, der mit dem schweizerischen Justizsystem nicht vertraut

¹⁷ Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich UP140057 vom 5. Februar 2015, E. III 5.2.

¹⁸ Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich UP140057 vom 5. Februar 2015, E. III 5.3.

sei, über keine juristischen Fachkenntnisse verfüge und der Verfahrenssprache nicht mächtig sei. Der Umstand, dass der Beschuldigte dennoch zu Beginn der polizeilichen Einvernahme sein Recht auf den Beizug eines Verteidigers habe einfordern können, sei nicht auf seine Kenntnisse über das Justizsystem in der Schweiz zurückzuführen, sondern wohl auf die Tatsache, dass er unmittelbar davor von der Kantonspolizei auf dieses Recht aufmerksam gemacht worden sei. Angesichts der persönlichen Fähigkeiten sei bereits bei geringen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer diesen – auf sich selbst gestellt – nicht gewachsen gewesen wäre. Zwar sei der Vorinstanz insoweit zuzustimmen, als die Vorwürfe des (versuchten) Diebstahls und der rechtswidrigen Einreise in tatsächlicher Hinsicht für den Beschwerdeführer verständlich und die Beweiserhebungen erfassbar gewesen seien. Nicht gefolgt werden könne indessen ihrer Auffassung, dass der Fall in rechtlicher Hinsicht keine Schwierigkeiten biete. Immerhin seien dem Beschwerdeführer mehrere Vorfälle zu Last gelegt worden, was für sich alleine bereits eine nicht unerhebliche Komplexität darstelle. Ein Vorfall habe den Vorwurf des versuchten Diebstahls einer Uhr im Wert von CHF 39'500 umfasst. Der Beschwerdeführer sei dabei beschuldigt worden, die Uhr in einem Geschäft anprobiert und ständig belanglose Fragen gestellt zu haben, wohl in der Hoffnung, die Verkäuferin werde vergessen, dass er die Uhr noch am Handgelenk trage. Er habe sodann telefonieren müssen und dabei Anstalten gemacht, das Geschäft verlassen zu wollen, bevor er von der Verkäuferin auf die Uhr angesprochen worden sei. Daraufhin habe er die Uhr abgelegt, sich noch einmal nach dem Preis erkundigt und gesagt, er müsse es sich überlegen, ehe er das Geschäft verlassen habe. Bei dieser Sachlage sei die Abgrenzung zwischen einer straflosen Vorbereitungshandlung und dem Beginn des Versuchsstadiums für einen juristischen Laien nicht leicht zu erfassen. Zudem sei der subjektive Tatbestand bestritten worden, zu welchem neben dem Vorsatz ein Aneignungswille und eine Bereicherungsabsicht gehörten. Es sei daher nur schwerlich nachvollziehbar, wie der Beschwerdeführer, der über kein juristisches Fachwissen verfüge und mit dem hiesigen Justizsystem nicht vertraut sei, zu diesen für den Ausgang des Verfahrens entscheidenden Fragen hätte Stellung nehmen können¹⁹.

2.2.4.2. Verhältnisse im Zeitpunkt der Aufbietung des Anwalts der ersten Stunde massgebend

[Rz 16] Weiter stellte das Bundesgericht fest, dass bei der Beurteilung, ob der beigezogene Anwalt der ersten Stunde gegebenenfalls als amtlicher Verteidiger im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO eingesetzt werden könne, eine ex ante-Perspektive einzunehmen sei. Mit anderen Worten habe diese Beurteilung unter Würdigung der Umstände zu erfolgen, wie sie sich im Zeitpunkt der Aufbietung des Anwalts der ersten Stunde präsentierten. Stehe nicht bereits zu Beginn fest, dass es sich klarerweise bloss um einen leichten und einfachen Straffall handle, sei der aufgebotene Anwalt der ersten Stunde als amtlicher Verteidiger beizugeben. Stelle sich in einem späteren Verfahrensstadium heraus, dass die in Art. 132 Abs. 2 und Abs. 3 StPO genannten Voraussetzungen nicht erfüllt seien, sei das Mandat im Sinne von Art. 134 Abs. 1 StPO aufzuheben. Im vorliegenden Fall handle es sich nicht um einen leichten und einfachen Straffall. So hätten nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt der Aufbietung des Verteidigers mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit darauf schliessen

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 1B_66/2015 vom 12. August 2015, E. 2.5.

lassen, dass kein Bagatellfall vorliege, sondern der Straffall habe darüber hinaus auch besondere Schwierigkeiten aufgeworfen²⁰.

2.2.4.3. Ergebnis

[Rz 17] Folglich wurde die Beschwerde gutgeheissen, dem Beschuldigten rückwirkend ein amtlicher Verteidiger bewilligt und der Kanton Zürich verpflichtet, den Verteidiger für das gesamte Verfahren zu entschädigen²¹.

2.3. Würdigung

2.3.1. Ex ante-Betrachtung ist richtig

[Rz 18] Den Ausführungen des Bundesgerichts ist vollumfänglich zuzustimmen: Bei der Beurteilung, ob der beigezogene Anwalt der ersten Stunde als amtlicher Verteidiger eingesetzt werden kann, ist es unerlässlich, eine ex ante-Perspektive einzunehmen. Wenn sich die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich in ihrer Abweisungsverfügung auf den Standpunkt stellt, beim vorliegenden Fall handle es sich um einen Bagatellfall, weil der Beschuldigte lediglich mit einer bedingten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu CHF 30 bestraft worden sei, so ist eine solche Begründung rein retrospektiv, obwohl für die Bestellung einer amtlichen Verteidigung anerkanntermassen die Verhältnisse im Zeitpunkt des Gesuchs massgebend sind²² und dieses vorliegend auch gleich zu Beginn der polizeilichen Einvernahme gestellt wurde. Insbesondere trägt die Argumentation der Oberstaatsanwaltschaft dem Umstand, dass hinsichtlich des Hauptvorwurfs des versuchten Diebstahls einer Uhr im Wert von CHF 39'500 (in den Untersuchungsakten ausdrücklich als «HD» gekennzeichnet) eine Einstellungsverfügung erging, in keiner Weise Rechnung. Unter Berücksichtigung der Umstände im Zeitpunkt des Gesuchs um Bestellung einer amtlichen Verteidigung, namentlich eines Gesamtdeliktwerts von über CHF 40'000 (Fingerring und Uhr) sowie der Tatsache, dass der Beschuldigte in der Schweiz bereits wegen Diebstahls und einer Widerhandlung gegen das Ausländergesetz, mithin teilweise einschlägig vorbestraft war, kann keinesfalls mehr von einem Bagatellfall gesprochen werden, da im Falle einer Verurteilung eine Strafe von deutlich mehr als vier Monaten bzw. 120 Tagessätzen auszusprechen gewesen wäre.

2.3.2. Kein einfacher Fall

[Rz 19] Auch die von der Oberstaatsanwaltschaft und vom Obergericht des Kantons Zürich vertretene Ansicht, dass es sich vorliegend um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfachen Fall gehandelt habe, erscheint unter den gegebenen Umständen wenig nachvollziehbar. Tatsächliche Schwierigkeiten sind etwa dann anzunehmen, wenn der Tatbestand in objektiver oder subjektiver Hinsicht umstritten ist und dazu mehrere Zeugen einvernommen oder andere Beweise erhoben werden müssen²³. Rechtliche Schwierigkeiten hingegen liegen unter anderem dann vor, wenn die

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 1B_66/2015 vom 12. August 2015, E. 2.3.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 1B_66/2015 vom 12. August 2015, E. 2.6 und 3.

²² So auch BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 132 N 42 und Fn 105.

²³ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 132 N 38.

Subsumtion des vorgeworfenen Verhaltens generell bzw. im konkreten Fall oder die Art und Höhe der Sanktion umstritten ist oder wenn dem juristischen Laien nicht zugemutet werden kann, sich mit komplizierten Fragen auseinanderzusetzen²⁴.

[Rz 20] Der Beschuldigte war als georgischer Staatsbürger nicht nur der Verfahrenssprache nicht mächtig und mit dem hiesigen Justizsystem nicht vertraut, sondern auch der Begehung mehrerer Vergehen und Verbrechen beschuldigt. Dabei stellten sich insbesondere im Zusammenhang mit dem Hauptvorwurf des Diebstahls der Uhr Probleme tatsächlicher Art, denen der Beschuldigte nicht alleine gewachsen war bzw. gewesen wäre. So wurde ihm gestützt auf die Aussage der Verkäuferin des Juweliergeschäfts Y. vorgeworfen, dass er die Uhr habe stehlen wollen, während er geltend machte, die Uhr im Geschäftslokal – ohne Diebstahlsabsicht – nur anprobiert und anschliessend zurückgegeben zu haben. Zudem wären in diesem Zusammenhang neben der Verkäuferin auch die weiteren am mutmasslichen Tatort anwesenden Personen, namentlich die drei Sicherheitsleute, zu befragen bzw. mit dem Beschuldigten zu konfrontieren sowie die sichergestellten Aufnahmen der Videoüberwachung auszuwerten gewesen.

[Rz 21] In rechtlicher Hinsicht wurde dem Beschuldigten neben zwei vollendeten Delikten (rechtswidrige Einreise und Diebstahl des Fingerrings) gestützt auf die Aussage einer Drittperson hauptsächlich ein Diebstahlversuch vorgeworfen. Dabei wäre insbesondere aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldigte das Ladenlokal des Juweliergeschäfts Y. noch nicht verlassen hatte, als er von der Verkäuferin zur Rückgabe der anprobierten Uhr aufgefordert wurde, die einen juristischen Laien wie den Beschuldigten überfordernde Frage nach dem Beginn der Ausführung der Tat im Sinne der Schwellentheorie des Bundesgerichts zu prüfen gewesen. Des Weiteren hätten wegen der teilweise einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten im Falle einer Anklageerhebung bezüglich des Vorfalls im Juweliergeschäft Y. weitergehende rechtliche Fragen zur Art und Höhe der Sanktion geklärt werden müssen. Damit präsentierte sich der vorliegende Fall im Zeitpunkt des Gesuchs um Bestellung einer amtlichen Verteidigung auch in rechtlicher Hinsicht als nicht einfach. Es ist fraglich, wie sich ein Ausländer, der zuvor nur wenige Tage seines Lebens in der Schweiz verbracht hatte, auf hinreichende Weise alleine – der im beizugebende Dolmetscher ist nicht sein Gehilfe – gegen den gesamten Justizapparat zur Wehr hätte setzen sollen, der ihm mehrere Straftaten aus drei verschiedenen Lebenssachverhalten vorwarf. Wenn dabei noch Zeugen gehört und diesen die entsprechenden Ergänzungsfragen gestellt werden müssen, insbesondere zu einem Umstand, der sich entscheidend auf die rechtliche Qualifikation des Hauptvorwurfs auswirken kann (straflose Vorbereitungshandlung oder strafbarer Versuch), handelt es sich dabei nicht mehr um einen einfachen Fall bzw. um eine «unproblematische, leicht erfassbare Beweiserhebung», wie vom Obergericht des Kantons Zürich in seinem Beschwerdeentscheid festgehalten²⁵.

[Rz 22] Sodann war der vom Obergericht im vorerwähnten Zusammenhang zitierte Bundesgerichtsentscheid (Urteil des Bundesgerichts 1B_444/2013 vom 31. Januar 2014) auch nicht mit dem vorliegenden Fall vergleichbar. Der genannte Entscheid hatte den Sachverhalt zum Gegenstand, wonach der in jenem Verfahren Beschuldigte in flagranti von der Polizei erwischt worden war, als er einen Personenwagen gelenkt hatte, ohne im Besitze eines Führerausweises zu sein. Zudem hatte er bei der Einvernahme zugegeben, gelegentlich Cannabis geraucht zu haben. Wie das Bundesgericht zu Recht ausführte, war dieser Fall «in tatsächlicher Hinsicht einfach» bzw. «beweismässig unpro-

²⁴ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 132 N 39.

²⁵ So auch das Bundesgericht in seinem Urteil 1B_66/2015 vom 12. August 2015, E. 2.5.

blematisch»²⁶, da es sich hierbei um äusserlich feststellbare (Fahren ohne Führerausweis) oder vom Beschuldigten zugegebene (Cannabiskonsum) Tatsachen handelte. Dasselbe gilt für den weiteren vom Obergericht zitierten Bundesgerichtsentscheid (Urteil des Bundesgerichts 1B_555/2012 vom 6. Dezember 2012), gemäss welchem der dortige Beschuldigte einzig dem Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts ausgesetzt und zudem der Sachverhalt «klar und grundsätzlich nicht umstritten» war²⁷. Ganz anders waren hingegen die Umstände im vorliegenden Fall. Der Beschuldigte war hinsichtlich des Diebstahls der Uhr weder geständig noch konnte die Frage, ob er tatsächlich mit der Ausführung des Diebstahls begonnen hatte, anhand einfacher äusserer Umstände überprüft werden, sondern hätte mittels Einvernahme von mehreren Personen geklärt werden müssen. Zudem wären hinsichtlich des Hauptvorwurfs des Diebstahls der Uhr sog. innere Tatsachen im Sinne des Vorsatzes und besonderer Absichten zu beweisen gewesen. Demgegenüber standen die strafbarkeitsbegründenden Umstände bei den vom Obergericht zitierten Fällen bereits fest. Schliesslich war der Beschuldigte vor seiner Festnahme am 2. Dezember 2014 erst einmal mit der Justiz in Konflikt geraten und damit nicht ansatzweise so «prozesserfahren» wie der deutschsprachige und dreifach vorbestrafte Beschuldigte in dem vom Obergericht erwähnten Bundesgerichtsentscheid²⁸.

2.3.3. Strenge Zürcher Praxis

[Rz 23] Der vorliegende Fall zeigt, dass die Praxis der Zürcher Strafbehörden bezüglich der Gewährung einer amtlichen Verteidigung für mittellose Personen in Fällen, in welchen keine notwendige Verteidigung im Sinne von Art. 130 StPO vorliegt, deutlich strenger als diejenige des Bundesgerichts zu sein scheint. Aufgrund der Vielzahl der Strafverfahren, welche die Zürcher Strafbehörden jährlich zu bewältigen haben²⁹, wie auch wegen der damit verbundenen Kosten, erscheint ein solches Vorgehen zwar in gewisser Weise nachvollziehbar, zumal die vom Staat vorgeschossenen Beträge später bekanntermassen nur selten erfolgreich von den mittellosen beschuldigten Personen zurückgefordert werden können. Allerdings kann es nicht die richtige Vorgehensweise sein, die Gewährung der amtlichen Verteidigung in Fällen wie dem vorliegenden mit vordergründigen Argumenten zu verweigern, nur weil aus Gründen der Kostenersparnis eine restriktive Praxis verfolgt werden soll. Dies geht insbesondere dann nicht, wenn damit gleichzeitig das Recht der beschuldigten Person auf einen Anwalt der ersten Stunde gemäss Art. 159 StPO beschnitten wird³⁰. Vielmehr ist – wie vom Bundesgericht ausgeführt³¹ – zu Beginn der Untersuchung sogar im Zweifelsfall zugunsten der mittellosen beschuldigten Person zu entscheiden und dieser einen amtlichen Verteidiger zu bestellen. Dabei sind logischerweise die Verhältnisse im Zeitpunkt der Stellung des Begehrens bzw. der Aufbietung des Anwalts (ex ante-Betrachtung) und nicht der Kenntnisstand nach Abschluss des Strafverfahrens (ex post-Betrachtung) massgeblich.

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 1B_444/2013 vom 31. Januar 2014, E. 4.2.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 1B_555/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 3.2.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 1B_444/2013 vom 31. Januar 2014, E. 3 und 4.2.

²⁹ Gemäss der Polizeilichen Kriminalstatistik des Bundesamtes für Statistik vom 23. März 2015 (zit.: PKS 2015) wurden im Kanton Zürich im Jahre 2013 insgesamt 136'595 und im Jahre 2014 insgesamt 120'410 Straftaten gegen das Strafgesetzbuch, das Betäubungsmittelgesetz und das Ausländergesetz erfasst (PKS 2015, S. 66, 68 und 70).

³⁰ Zur elementaren Bedeutung des Rechts auf einen Anwalt der ersten Stunde siehe unten unter 3.2.2.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 1B_66/2015 vom 12. August 2015, E. 2.3.

[Rz 24] Um der bei Verfolgung einer grosszügigeren Praxis befürchteten oder damit tatsächlich einhergehenden Kostenexplosion zu begegnen, könnte und müsste – wie ebenfalls vom Bundesgericht ausgeführt³² – vermehrt von der Möglichkeit des Widerrufs der amtlichen Verteidigung im Sinne von Art. 134 Abs. 1 StPO Gebrauch gemacht werden, sobald nach der ersten Einvernahme oder in der Folge erkennbar wird, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer unentgeltlichen Verteidigung nicht (mehr) gegeben sind.

[Rz 25] Aufgrund des Entscheids des Bundesgerichts vom 12. August 2015 werden die Zürcher Strafbehörden ihre bisherige Praxis bezüglich der Beigabe einer unentgeltlichen Verteidigung zu Beginn einer Strafuntersuchung auf jeden Fall überdenken müssen.

3. Die Gebotenheit sui generis

3.1. Einleitung

[Rz 26] Nachdem das Bundesgericht im vorliegenden Fall die Voraussetzungen von Art. 132 Abs. 2 und Abs. 3 StPO als erfüllt betrachtet hatte, liess es leider die Frage offen, ob der Anwalt der ersten Stunde einen Anwendungsfall der Gebotenheit sui generis darstellt, also stets im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO geboten ist³³. Aufgrund der entsprechenden Eventualbegründungen in den Beschwerden des Beschuldigten an das Obergericht und das Bundesgericht wurde diese Frage jedoch anlässlich der öffentlichen Urteilsberatung vom 12. August 2015 ausführlich diskutiert³⁴, wobei einzelne Voten gar ein obiter dictum dazu forderten. Aus diesem Grund sollen im Folgenden zunächst die Argumente für die Annahme der Gebotenheit sui generis bei einem Anwalt der ersten Stunde dargelegt sowie anschliessend mit der diesbezüglichen Ansicht des Bundesgerichts verglichen und gewürdigt werden.

3.2. Gründe für die Annahme einer Gebotenheit sui generis

3.2.1. Keine abschliessende Aufzählung in der StPO

[Rz 27] Wie bereits erwähnt, verlangt Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO, dass die Bestellung einer Verteidigung für eine mittellose Person zur Wahrung ihrer Interessen «geboten» sein muss. Dazu liefern Art. 132 Abs. 2 und Abs. 3 StPO eine mögliche, aber nicht eine zwingende Definition der Gebotenheit. Vielmehr handelt es sich lediglich um eine beispielhafte Aufzählung von möglichen Prüfungskriterien, die bei der Bestellung einer unentgeltlichen Verteidigung zu berücksichtigen sind, wobei der Gesetzgeber die bisherige Praxis des Bundesgerichts zum sog. Bagatellfall aufgenommen hat. Folglich ist die gesetzliche Vorgabe von vier Monaten Freiheitsstrafe (120 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 480 Stunden gemeinnützige Arbeit) bloss als allgemeiner, aufgrund der Umstände des Einzelfalls allenfalls nach unten zu korrigierender Richtwert zu betrachten³⁵. Zudem ist nach

³² Urteil des Bundesgerichts 1B_66/2015 vom 12. August 2015, E. 2.3.

³³ Urteil des Bundesgerichts 1B_66/2015 vom 12. August 2015, E. 2.6.

³⁴ Vgl. dazu auch KATHARINA FONTANA, Wenn der Anwalt gratis arbeitet, Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 21. August 2015, S. 17 (zit.: FONTANA, NZZ vom 21. August 2015).

³⁵ NIKLAUS SCHMID, Schweizer Strafprozessordnung Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 132 N 13 (zit.: SCHMID, Praxiskommentar).

dem Wortlaut der Bestimmung, wonach die amtliche Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person «namentlich» unter den Voraussetzungen von Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO geboten ist, nicht ausgeschlossen, dass die amtliche Verteidigung auch aus anderen als den in dieser Bestimmung genannten Gründen geboten sein kann³⁶. Einen solchen anderen Grund bildet insbesondere die Herstellung der Waffengleichheit im Strafprozess³⁷.

3.2.2. Die wesentliche Bedeutung des Rechts auf einen Anwalt der ersten Stunde

[Rz 28] Als Anwendungsfall der Gebotenheit sui generis ist auch der Anwalt der ersten Stunde auf Verlangen der beschuldigten Person zu betrachten³⁸. Nach der Rechtsprechung des EGMR gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 EMRK, dass einer beschuldigten Person der Beizug eines Verteidigers bereits bei der ersten polizeilichen Einvernahme ermöglicht wird³⁹. Der Grund dafür liegt primär in der Herstellung der Waffengleichheit zwischen der beschuldigten Person und den Strafverfolgungsbehörden⁴⁰. Nach Ansicht des EGMR befindet sich die beschuldigte Person zu Beginn der Untersuchung in einer besonders verletzbaren Position, wobei die Verletzlichkeit grundsätzlich nur durch die Unterstützung eines Verteidigers kompensiert werden kann. Dessen Aufgabe ist es unter anderem auch, die beschuldigte Person vor unrechtmäßigem Zwang zu schützen und dabei sicherzustellen, dass ihr Recht, sich nicht selber belasten zu müssen, respektiert wird⁴¹. Angesichts der häufigen Praxis der Untersuchungsbehörden, bewusst eine einschüchternde Atmosphäre zu schaffen, um die beschuldigte Person dazu zu bewegen, gleich zu Beginn einer Untersuchung ein Geständnis abzulegen, ist die Anwesenheit eines Verteidigers als ausgleichende Massnahme notwendig⁴². Zudem hat der Anwalt der ersten Stunde auch eine wichtige Beraterfunktion. Namentlich hat er die beschuldigte Person zu beraten, ob sie gegenüber der Strafverfolgungsbehörde ihre Aussagen verweigern soll oder nicht⁴³. Den Entscheid darüber, ob und wie vom Schweigerecht Gebrauch gemacht werden soll, kann ein juristischer Laie nach Ansicht des EGMR nicht ohne den Beizug eines Rechtskundigen fällen. Aufgrund der Tatsache, dass das Anfangsstadium der Strafuntersuchung bzw. die aus der ersten Einvernahme gewonnenen Erkenntnisse für das weitere Verfahren oftmals präjudizierend sind, ist der beschuldigten Person der Beizug eines Verteidigers zu Beginn der Untersuchung erst recht zu ermöglichen⁴⁴.

[Rz 29] Die vorstehend dargelegte Rechtsprechung des EGMR ist auch bei der Auslegung der Schweizerischen Strafprozessordnung zu beachten⁴⁵, zumal das Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde nunmehr ausdrücklich in Art. 159 StPO verankert ist.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts 1B_555/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 2.1.

³⁷ SCHMID, Handbuch, N 744; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 134 N 2; FRANZ RIKLIN, StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 132 N 2 (zit.: RIKLIN, StPO Kommentar).

³⁸ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 132 N 41.

³⁹ Urteil des EGMR 7025/04 (Pishchalnikov gegen Russland) vom 24. September 2009, §§ 67 und 70.

⁴⁰ Urteil des EGMR 7025/04 (Pishchalnikov gegen Russland) vom 24. September 2009, §§ 68 und 91.

⁴¹ Urteil des EGMR 7025/04 (Pishchalnikov gegen Russland) vom 24. September 2009, § 69.

⁴² BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 8, mit Verweis auf das Urteil des EGMR 39846/98 (Brennan gegen Vereinigtes Königreich) vom 16. Oktober 2001, § 43.

⁴³ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 7.

⁴⁴ Urteil des EGMR 7025/04 (Pishchalnikov gegen Russland) vom 24. September 2009, § 69 und § 80; STEPHAN SCHLEGEL, forumpoenale 2/2010, S. 90 (zit.: SCHLEGEL, forumpoenale); BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 7.

⁴⁵ SCHLEGEL, forumpoenale, S. 91.

3.2.3. Gleiches Recht für alle

[Rz 30] Aufgrund seiner elementaren Bedeutung hat das Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde jeder beschuldigten Person zur Verfügung zu stehen, unabhängig davon, ob sie finanziell leistungsfähig ist oder nicht. Lehnt man es jedoch – wie die Strafbehörden im Kanton Zürich⁴⁶ – ab, den Anwalt der ersten Stunde stets als geboten im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO zu betrachten und handhabt dabei auch noch die Gewährung der amtlichen Verteidigung restriktiv, verunmöglicht man einer mittellosen beschuldigten Person faktisch den Beizug eines Verteidigers für die erste und richtungsweisende polizeiliche Einvernahme, sofern nicht ein Fall von notwendiger Verteidigung vorliegt. Ein entschädigungslos arbeitender Verteidiger wird sich in der Praxis nur selten finden lassen. Damit werden nicht nur die Verteidigungsrechte der betroffenen beschuldigten Person in unzulässiger Weise beschnitten, sondern ebenso ihr verfassungsmässiger Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bzw. Rechtsverbeiständung, dessen Hauptzweck es ist, auch mittellosen Personen effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Sodann ist es mit Blick auf das Gebot der Rechtsgleichheit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV nicht akzeptabel, eine beschuldigte Person aufgrund ihrer Armut auf diese Weise zu benachteiligen⁴⁷, zumal die Begründung einer «Zweiklassengesellschaft» bei der Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung, welche unter anderem den Ausbau der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person bezweckte, keinesfalls gewollt war⁴⁸. Schliesslich verkommt der zur Sicherstellung des Rechts auf einen Anwalt der ersten Stunde dienende Pikett-Dienst einer lokalen Anwaltsvereinigung⁴⁹ zur Farce, wenn dringliche Anfragen von mittellosen Personen für eine Rechtsvertretung, mit Ausnahme von klaren Fällen einer notwendigen Verteidigung, mit Hinweis auf das Kostenrisiko abschlägig beantwortet werden müssen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Pflicht der Anwaltschaft zur Übernahme von amtlichen Mandaten im Sinne von Art. 12 lit. g Anwaltsgesetz (BGFA)⁵⁰, was logischerweise nur dann zumutbar ist, wenn der Staat vorab die Kosten dafür übernimmt⁵¹.

[Rz 31] Das Bundesgericht hat sich diese Auffassung in seinem Urteil vom 12. August 2015 nicht zu Eigen gemacht, sondern das Problem vorerst durch die Bejahung der Voraussetzungen von Art. 132 Abs. 2 und Abs. 3 StPO im Einzelfall «gelöst». Dies dürfte indessen kaum eine dauerhafte Lösung sein⁵².

3.2.4. Eine dauerhafte Lösung

[Rz 32] Will man sicherstellen, dass sämtliche, also auch mittellose Personen in den Genuss des ausdrücklich in der Strafprozessordnung verankerten und vom EGMR als elementar qualifizierten Verteidigungsrechts gemäss Art. 159 StPO kommen, muss der Anwalt der ersten Stunde stets als im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO geboten qualifiziert werden. Unseres Erachtens kann nur so

⁴⁶ Vgl. statt vieler den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich UP140057 vom 5. Februar 2015, E. III. 5.3.

⁴⁷ RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 132 N 2.

⁴⁸ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 132 N 8.

⁴⁹ Vgl. dazu SCHLEGEL, forumpoenale, S. 92; auch BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 16.

⁵⁰ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (BGFA; SR 935.61).

⁵¹ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 132 N 4 sowie Art. 159 N 28 und Fn 76.

⁵² So auch VIKTOR LIEBER, Praxis 104 (2015) Nr. 107, S. 878 (zit.: LIEBER, Praxis); FONTANA, NZZ vom 21. August 2015, S. 17.

– auf dogmatisch rechtmässige Weise – garantiert werden, dass die Aufwendungen des Anwalts der ersten Stunde entschädigt und sich somit genügend Rechtsvertreter finden lassen, die (im Rahmen eines Pikett-Dienstes) bereit sind, die Verteidigung von mittellosen Personen zu übernehmen, auch wenn kein Fall von notwendiger Verteidigung vorliegt.

[Rz 33] Eine in diese Richtung gehende Praxis findet sich beispielsweise im Kanton Basel-Stadt, wo die Kosten für die Teilnahme des Anwalts der ersten Stunde an der ersten Einvernahme auf jeden Fall vom Staat bzw. den Strafverfolgungsbehörden übernommen werden⁵³. Demgegenüber steht man im Kanton Zürich (aber auch in anderen Kantonen⁵⁴) der Forderung, den Beizug eines Anwalts der ersten Stunde als geboten zu qualifizieren bzw. diesen stets für seine Teilnahme an der ersten Einvernahme zu entschädigen, bisher ablehnend gegenüber. Begründet wird dies im Kanton Zürich damit, dass «andernfalls jeder bedürftige Beschuldigte die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestellung einer amtlichen Verteidigung gemäss Strafprozessordnung aushebeln könnte, indem er anlässlich der polizeilichen Befragung sofort einen Verteidiger verlangt»⁵⁵. Dabei lassen die Zürcher Behörden einerseits die grundlegende Bedeutung ausser Acht, welche dem Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde zukommt und auch vom EGMR beigemessen wird. Andererseits verkennen sie, dass die Umschreibung der Gebotenheit in Art. 132 Abs. 2 und Abs. 3 StPO eben gerade keine «gesetzliche Voraussetzung», sondern wegen des Ausdrucks «namentlich» lediglich eine beispielhafte Aufzählung darstellt.

[Rz 34] Immerhin konnte vor dem Hintergrund, dass im Kanton Zürich die Aufwendungen eines Anwalts der ersten Stunde bei Pikett-Verteidigungen von mittellosen Personen oft ungedeckt blieben, zwischen dem Zürcher Verein «Pikett Strafverteidigung» und der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich vereinbart werden, dass diese den Verein vorerst versuchsweise für zwei Jahre mit einem jährlichen Betrag von CHF 30'000 unterstützt. Der Verein «Pikett Strafverteidigung» verwendet diese Mittel für Fälle, in welchen Pikett-Einsätze weder von der Klientschaft noch über die amtliche Verteidigung entschädigt werden. Allerdings kann der betreffende Verteidiger auf diese Weise maximal eine Entschädigung von CHF 500 (inkl. Mehrwertsteuer) pro Einsatz geltend machen – ein Betrag, der bei gewissenhafter Arbeit oftmals nicht den tatsächlich geleisteten Aufwand des Verteidigers deckt. Aus diesem Grund wäre es wünschenswert, wenn der Anwalt der ersten Stunde im Kanton Zürich sowie schweizweit als geboten im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO betrachtet und der Verteidiger für die Teilnahme an der ersten Einvernahme vollumfänglich aus der Staatskasse entschädigt würde⁵⁶.

⁵³ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 132 Fn 7 sowie Art. 159 Fn 34 und Fn 75 f. Auch in den Kantonen Aargau, Appenzell Ausserrhoden und Innerrhoden, Freiburg, Genf, Glarus, Jura, Luzern, Neuenburg, Nidwalden, Obwalden, Schaffhausen, Schwyz, St. Gallen, Thurgau, Tessin, Wallis und Waadt werden grundsätzlich entweder die gesamten Kosten des Anwalts der ersten Stunde vorab vom Staat getragen oder zumindest eine gewisse Anzahl Stunden (z.B. fünf im Kanton Thurgau) entschädigt; vgl. dazu auch CORINNA HAURI, plädoyer 6/2011, S. 12 (zit.: HAURI, plädoyer 6/2011); CORINNA HAURI/CORINNE STÖCKLI, plädoyer 2/2011, S. 26 (zit.: HAURI/STÖCKLI, plädoyer 2/2011).

⁵⁴ In den Kantonen Basel-Land, Bern, Graubünden, Solothurn, Uri, Zug und Zürich werden die Kosten des Anwalts der ersten Stunde nur dann vorab vom Staat getragen, wenn die strafprozessualen Voraussetzungen für die amtliche Verteidigung erfüllt sind; vgl. dazu auch HAURI/STÖCKLI, plädoyer 2/2011, S. 26 f.; HAURI, plädoyer 6/2011, S. 12; FONTANA, NZZ vom 21. August 2015, S. 17.

⁵⁵ Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich UP140057 vom 5. Februar 2015, E. III. 5.3.

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen auch BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 159 N 25 ff.

3.3. Argumentation des Bundesgerichts

3.3.1. Keine abschliessende Aufzählung in der StPO

[Rz 35] Anlässlich der öffentlichen Urteilsberatung vom 12. August 2015 waren sich die Bundesrichter einig, dass die Strafprozessordnung in Art. 159 die Frage nach der Entschädigung des Anwalts der ersten Stunde nicht regle und deshalb auch hierbei die allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 130 ff. StPO zur Anwendung gelangten. Ebenso war man sich einig, dass aufgrund des Ausdrucks «namentlich» in Art. 132 Abs. 2 StPO weitere Fälle der Gebotenheit als nur die im Gesetz umschriebenen möglich seien. Ob hingegen der Anwalt der ersten Stunde einen solchen selbständigen Fall der Gebotenheit bildet, darüber gingen die Meinungen der Bundesrichter auseinander.

3.3.2. Grundsätzliche Entschädigungspflicht

[Rz 36] Einerseits argumentierte die Mehrheit des Gerichts, dass der Anwalt der ersten Stunde grundsätzlich vom Staat zu entschädigen sei, weil der Staat entweder den Pikett-Verteidiger direkt aufbiete oder zumindest in Art. 159 StPO die Vorschrift aufgestellt habe, dass auf Verlangen der beschuldigten Person ein Anwalt bei der ersten Einvernahme anwesend sein müsse. Damit entstehe zwischen dem aufgebotenen Anwalt und dem Staat ein besonderes Rechtsverhältnis, aufgrund dessen der Anwalt die Tätigkeit nicht verweigern, dafür aber mit einer Entschädigung rechnen könne. Unter diesen Umständen könne man nicht den Anwalt das Kostenrisiko tragen lassen. Es sei dem Anwalt nicht zuzumuten, Gratisarbeit zu leisten. Dafür bedürfte es einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, welche jedoch nicht existiere. Diese Ansicht habe das Bundesgericht im Übrigen bereits in BGE 131 I 217 vertreten, als sich die Frage nach der staatlichen Entschädigungspflicht eines amtlichen Verteidigers im Zusammenhang mit einer notwendigen Verteidigung eines nicht bedürftigen Beschuldigten gestellt habe.

[Rz 37] Das Vorbringen der Vorinstanzen, wonach jeder bedürftige Beschuldigte die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestellung einer amtlichen Verteidigung gemäss Strafprozessordnung aushebeln könnte, indem er anlässlich der polizeilichen Befragung sofort einen Verteidiger verlangen würde, verfange nicht, weil die Entschädigungspflicht des Anwalts der ersten Stunde auf die erste Einvernahme im Sinne von Art. 159 StPO beschränkt sei und eine amtliche Verteidigung gemäss Art. 134 Abs. 1 StPO jederzeit widerrufen werden könne. Ausserdem sei klar, dass in absoluten Bagatelldfällen, also beispielsweise dann, wenn ein Obdachloser etwa einen Spargel ausgrabe und diesen mitnehme, um ihn zu essen, kein Anspruch auf eine Entschädigung des Anwalts der ersten Stunde durch den Staat bestehe. In solchen klaren Fällen könne der Anwalt die Übernahme der Verteidigung selbstverständlich verweigern und auch für die Behörden verbleibe damit ein Spielraum, keinen «Gratisanwalt» der ersten Stunde garantieren zu müssen. Ansonsten sei der Anwalt der ersten Stunde jedoch gemäss der Rechtsprechung des EGMR aus Gründen der Waffengleichheit unabdingbar und somit vom Staat zu entschädigen, nicht zuletzt auch deshalb, um das System des Pikett-Dienstes zu stützen. Schliesslich stelle eine unterschiedliche Handhabung der Entschädigung des Anwalts der ersten Stunde in den einzelnen Kantonen eine rechtsungleiche Behandlung der beschuldigten Personen dar.

3.3.3. Keine Entschädigungspflicht

[Rz 38] Andererseits wurde die Mindermeinung vertreten, dass das Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde aufgrund der Rechtsprechung des EGMR in Sachen Salduz gegen die Türkei⁵⁷, wonach schon für die erste Befragung des Beschuldigten der Beistand eines Verteidigers erforderlich sei, von der Schweiz übernommen worden sei. Dieses Recht werde nun in der Strafprozessordnung gewährleistet. Von der Strassburger Rechtsprechung nicht verlangt werde hingegen ein Recht auf einen «Gratisanwalt» der ersten Stunde. So sei auch gemäss dem Züricher Kommentar zur StPO die Deckung der Kosten für einen Anwalt der ersten Stunde nicht garantiert⁵⁸. Dies sei richtig so, denn über einen «Gratisanwalt» habe nicht das Bundesgericht zu befinden. Vielmehr handle sich dabei um eine politische Frage, welche vom Gesetzgeber hätte geregelt werden müssen. Die bisherige Praxis der Kantone zeige, dass die Umsetzung des Rechts auf einen Anwalt der ersten Stunde funktioniere, auch wenn die Entschädigung in den einzelnen Kantonen unterschiedlich gehandhabt werde. Einzelne Kantone würden den Anwalt der ersten Stunde stets entschädigen, der Kanton Zürich nun mal nicht. Zudem könne der Anwalt ja selber entscheiden, ob er das Mandat übernehmen wolle oder nicht. Dem Risiko, für seine Tätigkeit von der Klientenschaft nicht entschädigt zu werden, sei schliesslich nicht nur der Anwalt der ersten Stunde, sondern jeder Anwalt, egal in welchem Rechtsgebiet dieser tätig sei, ausgesetzt. Ausserdem seien die Anwälte heutzutage dermassen spezialisiert, dass sie rasch, das heisst noch anlässlich des Telefonats mit der Polizei, beurteilen könnten, ob im jeweiligen Fall die Voraussetzungen für die Gewährung einer amtlichen Verteidigung erfüllt seien oder nicht. Aus diesen Gründen stelle der Anwalt der ersten Stunde keinen Anwendungsfall der Gebotenheit sui generis dar. Ein Anspruch auf eine Entschädigung durch den Staat bestehe nur unter den Voraussetzungen von Art. 130 und Art. 132 Abs. 2 StPO.

3.3.4. Fazit

[Rz 39] Nachdem das Gericht im vorliegenden Fall die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung im Sinne von Art. 132 Abs. 2 und Abs. 3 StPO bejaht hatte, bestand anlässlich der öffentlichen Urteilsberatung vom 12. August 2015 Konsens darüber, dass die Frage, ob der Anwalt der ersten Stunde stets vom Staat zu entschädigen sei, vorerst offengelassen werden solle, dass aber zumindest in klaren Bagatellfällen keine staatliche Entschädigungspflicht bestehen könne.

3.4. Würdigung

3.4.1. Kein Grundsatzentscheid

[Rz 40] Zwar hat das Bundesgericht im konkret zu beurteilenden Einzelfall richtigerweise entschieden, dass der Verteidiger vom Staat entschädigt werden muss. Es ist indessen bedauerlich, dass es die Grundsatzfrage offengelassen hat, ob der Anwalt der ersten Stunde stets oder nur unter gewissen Einschränkungen vom Staat zu entschädigen ist. Damit wurde die Gelegenheit verpasst, die Praxis zur Entschädigungsregelung des Anwalts der ersten Stunde gesamtschweizerisch zu vereinheitlichen. Obwohl das Recht auf den Anwalt der ersten Stunde seit dem Inkrafttreten der

⁵⁷ Urteil des EGMR 36391/02 (Salduz gegen Türkei) vom 27. November 2008.

⁵⁸ GUNHILD GODENZI, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 159 N 23b.

nationalen Strafprozessordnung landesweit zu beachten ist, bleibt es somit weiterhin den Kantonen überlassen, unterschiedliche Lösungen für die Entschädigung des Anwalts der ersten Stunde vorzusehen.

[Rz 41] Die gegenwärtige Situation ist – wie oben dargelegt – insbesondere aus Gründen der Rechtsgleichheit problematisch, weil in Kantonen, in welchen keine Pflicht zur Entschädigung des Anwalts der ersten Stunde vorgesehen ist, die finanzielle Situation der beschuldigten Person faktisch darüber entscheidet, ob sie anlässlich der ersten und richtungsweisenden Einvernahme rechtskundig vertreten ist oder nicht. Mithin hat bei mittellosen beschuldigten Personen der Begehungsort der Tat massgeblichen Einfluss auf den Ausgang des Strafverfahrens. Des Weiteren hat in den besagten Kantonen weiterhin der Verteidiger, welcher sich freiwillig als Anwalt der ersten Stunde zur Verfügung stellt und von den Behörden zu einer Einvernahme aufgeboten wird, das Risiko zu tragen, ob er für seine Tätigkeit entschädigt wird oder nicht. Dass es auf Dauer nicht bei diesem unbefriedigenden Zustand bleiben kann, ist offensichtlich. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich das Bundesgericht (oder allenfalls der Gesetzgeber⁵⁹) bald wieder mit der Frage nach der Entschädigung des Anwalts der ersten Stunde zu befassen haben wird⁶⁰.

3.4.2. Keine Entschädigungspflicht in klaren Bagatellfällen

[Rz 42] Aufgrund der anlässlich der öffentlichen Urteilsberatung vom 12. August 2015 geäusserten Voten, ist vorerst jedoch nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht künftig eine umfassende und ausnahmslos geltende Entschädigungspflicht des Staates für den Anwalt der ersten Stunde einführen wird. So soll der Anwalt der ersten Stunde selbst nach der von der Mehrheit des Gerichts vertretenen Meinung nur in der Regel, das heisst mit Ausnahme von klaren Bagatellfällen durch den Staat entschädigt werden. Das Bundesgericht tendiert also eher in Richtung einer grosszügigeren Gewährung der amtlichen Verteidigung im Anfangsstadium der Strafuntersuchung statt einer Qualifikation des Anwalts der ersten Stunde als Anwendungsfall der Gebotenheit *sui generis*. Diese Ansicht ist zwar in einer gewissen Weise nachvollziehbar. Insbesondere im Kanton Zürich, in welchem schweizweit am meisten Straftaten registriert werden⁶¹, gilt es verständlicherweise die Kosten der Justiz in einem vernünftigen Rahmen zu halten.

[Rz 43] Das Problem einer solchen Lösung ist allerdings, dass auch damit keine einheitliche Entschädigungsregelung in Bezug auf den Anwalt der ersten Stunde festgelegt, sondern es wiederum den Strafbehörden in den einzelnen Kantonen überlassen wird, was im Einzelfall als klarer Bagatellfall zu qualifizieren ist. Damit wäre die Gefahr einer rechtsungleichen Behandlung der beschuldigten Personen, welche gerade mit einem *obiter dictum* bzw. einem ausdrücklichen Entscheid des Bundesgerichts beseitigt werden soll, weiterhin gegeben. Folglich erweist sich die grosszügigere Gewährung der amtlichen Verteidigung im Anfangsstadium der Strafuntersuchung lediglich als Scheinlösung. Aus diesem Grund ist der Ansicht, dass der Anwalt der ersten Stunde bei mittellosen Beschuldigten stets als geboten und damit primär vom Staat zu entschädigen ist, der Vorzug zu geben. Nur auf diese Weise wird sichergestellt, dass alle beschuldigten Personen in der ersten und richtungsweisenden Einvernahme ihr explizit in der Strafprozessordnung vorgesehenes Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde tatsächlich geltend machen können. Um einem damit allenfalls einhergehenden

⁵⁹ Vgl. FONTANA, NZZ vom 21. August 2015, S. 17.

⁶⁰ So auch LIEBER, Praxis, S. 878; LUZIA VETTERLI, *ius.focus* 10/2015, S. 31.

⁶¹ Vgl. dazu PKS 2015, S. 66, 68 und 70.

Anstieg der Ausgaben im Bereich der Justiz zu begegnen, müsste allerdings konsequent von der Möglichkeit des Widerrufs der amtlichen Verteidigung im Sinne von Art. 134 Abs. 1 StPO Gebrauch gemacht werden, sobald nach der ersten Einvernahme oder auch später erkennbar wird, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer unentgeltlichen Verteidigung nicht (mehr) gegeben sind.

3.4.3. Ausblick

[Rz 44] Es bleibt zu hoffen, dass sich das Bundesgericht beim nächsten Fall im Zusammenhang mit der Entschädigung des Anwalts der ersten Stunde zu einem obiter dictum oder einem ausdrücklichen Entscheid durchringen und die grundlegende Frage nach der Entschädigungspflicht des Staates bei mittellosen beschuldigten Personen schweizweit verbindlich regeln wird. Wünschenswert wäre dabei unseres Erachtens die Qualifikation des Anwalts der ersten Stunde als Anwendungsfall der Gebotenheit sui generis im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO.

Rechtsanwalt lic. iur. PATRICK ILIEV, Rechtsanwalt bei Blum&Grob Rechtsanwälte AG
Rechtsanwalt lic. iur. STEFAN WEHRENBURG, Partner bei Blum&Grob Rechtsanwälte AG
Die Verfasser dieses Beitrags sind als Strafverteidiger bei Blum&Grob Rechtsanwälte AG in Zürich tätig und führen in diesem Fall die Verteidigung. Ein besonderer Dank der Verfasser geht an Frau MLaw Isabelle A. Stalder, Mitarbeiterin bei Blum&Grob Rechtsanwälte AG, für die Abklärung der jeweiligen Praxis zur Entschädigung des Anwalts der ersten Stunde in den einzelnen Kantonen.