

Das Recht auf freien Verkehr mit der Verteidigung und seine Einschränkung

A. Einleitung

- 1 Wie die Überwachung des Verkehrs zwischen einem Mandanten und seiner Verteidigung geregelt werden soll, ist ein Dauerthema des Strafprozessrechts.¹ Heute wird das Recht auf (überwachungs-)freien Verkehr im internationalen Kontext nur in Art. 14 Abs. 3 lit. b IPBPR² explizit erwähnt –³ der EGMR leitet es aber aus Art. 6 Abs. 3 lit. b und c EMRK⁴ für den mündlichen⁵ und aus Art. 8 EMRK für den schriftlichen Verkehr⁶ ab. Auf nationaler Ebene ist es in Art. 32 Abs. 2 BV⁷ verankert⁸ und findet sich in diversen Bestimmungen der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen StPO⁹ wieder. Vor dem Hintergrund dieser neuen Gesamtkodifikation¹⁰ und diverser bei deren Auslegung zu beachtender¹¹ jüngerer – das Verkehrsrecht betreffender – EGMR-Urteile überrascht es nicht, dass die praktische Ausgestaltung dieses Rechts zu Diskussionen Anlass gibt.
- 2 Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend unter Berücksichtigung internationaler Vorgaben dargelegt, wie die StPO das Verkehrsrecht regelt, um anschliessend der Frage nachzugehen, ob und unter welchen Voraussetzungen Einschränkungen möglich sind.

B. Grundlagen

I. Zweck

- 3 Das Recht auf freien Verkehr mit der Verteidigung garantiert den ungestörten Informationsfluss zwischen einem Mandanten und seiner Verteidigung, was Voraussetzung zur Begründung eines Vertrauensverhältnisses ist.¹² Letztlich bildet es so die Grundlage einer hinreichenden bzw. effektiven Verteidigung¹³ und damit eines fairen Verfahrens –¹⁴

¹ SCHLEGEL STEPHAN, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung, ZStV 164/2010, 1 (329) mit Verweis auf WELP JÜRGEN, GA 1977, 129 (129).

² Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 16.12.1966 (SR 0.103.2).

³ SCHLEGEL (Fn. 1), 335 f.; ZUBERBÜHLER SIMONE, Geheimhaltungsinteressen und Weisungen der Strafbehörden an die Verfahrensbeteiligten über die Informationsweitergabe im ordentlichen Strafverfahren gegen Erwachsene, ZStV 168/2011, 1 (112 f.).

⁴ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 4.11.1959 (SR 0.101).

⁵ EGMR, 28.11.1991, 12629/87, S./Schweiz, N 48; DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, forumpoenale 2/2009, 104 (108); SCHLEGEL (Fn. 1), 336.

⁶ EGMR, 25.3.1992, 13590/88, Campbell/Vereinigtes Königreich, N 33; PÄTZOLD in: KARPENSTEIN/MAYER (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2015, Art. 8 N 60.

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 18.4.1999 (SR 101).

⁸ VEST in: EHRENZELLER et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2014, Art. 32 N 33.

⁹ Schweizerische Strafprozessordnung, 5.10.2007 (SR 312.0).

¹⁰ Diese führte – durch Anknüpfen an Bewährtes sowie nötiger und sinnvoller Erweiterung desselben – zur Vereinheitlichung von 27 der 29 vorbestehenden schweizerischen Strafprozessordnungen, siehe Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, 21.12.2005, BBl 2006, 1085 (1096 und 1101).

¹¹ SCHLEGEL STEPHAN, forumpoenale 2/2010, 86 (91); SCHLEGEL (Fn. 1), 280.

¹² SCHLEGEL (Fn. 1), 332 ff. m.w.H.

¹³ DONATSCH/CAVEGN (Fn. 5), 108; SCHLEGEL (Fn. 11), 90.

¹⁴ EGMR, 24.9.2009, 7025/04, Pishchalnikov/Russland, N 70; BGE 121 I 164, E. 2c.

insbesondere mit Blick auf das Erarbeiten einer geeigneten Verteidigungsstrategie¹⁵ und das Ermöglichen der sachgerechten Ausüben des Schweigerechts.¹⁶

II. Internationale Vorgaben

- 4 Das Verkehrsrecht ist ein Teilaspekt des allgemeinen Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK), weshalb es (im innerstaatlichen Recht) praktisch und effektiv ausgestaltet sein muss.¹⁷ Ob das Recht auf ein faires Verfahren verletzt ist, beurteilt sich nach einer Gesamtbetrachtung des fraglichen Verfahrens.¹⁸

III. Vorbedingungen

- 5 Damit das Recht auf freien Verkehr zum Tragen kommt, muss eine beschuldigte Person zuvor rechtzeitig auf ihr Recht, eine Verteidigung bestellen (und mit dieser frei verkehren) zu können, hingewiesen werden.¹⁹ Sodann muss die Verteidigung effektiv bestellt werden und anwesend²⁰ sein dürfen.²¹ Für die nachfolgende Darstellung des Verkehrsrechts werden hiergenannte Vorbedingungen als erfüllt betrachtet.

C. Das Recht auf freien Verkehr in der StPO

- 6 Wird einer beschuldigten Person im Verlauf eines Strafverfahrens die Freiheit entzogen, gewährt ihr die StPO²² in drei verschiedenen Konstellationen ein Recht auf freien Verkehr mit ihrer Verteidigung.²³

I. Freier Verkehr im Ermittlungsverfahren (Art. 159 Abs. 2 StPO)

1. Rechtsinhaber

- 7 Art. 159 Abs. 2 StPO gewährt allen vorläufig festgenommenen Personen ein Recht auf freien Verkehr mit ihrer Verteidigung. Nach herrschender Lehre ist dieser Wortlaut zu eng; tatsächlich kann sich jeder, der im Ermittlungsverfahren als *beschuldigte Person*

¹⁵ Könnte andernfalls doch kein Vertrauensverhältnis aufgebaut werden und würden sich Betroffene besonders bezüglich Mitteilung belastender Tatsachen zurückhalten, siehe RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, 2011, N 326.

¹⁶ Kann ein durch das Verfahren bedrängter Laie die möglicherweise negativen Folgen seines Schweigens – wenn überhaupt – nur schwer abschätzen, siehe GODENZI in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2014, Art. 159 N 5 und N 16 sowie SCHLEGEL/WOHLERS, StV 5/2012, 307 (314), je m.w.H.; EGMR (Fn. 14), N 68 f., N 78 und N 80.

¹⁷ EGMR (Fn. 14), N 66 und N 78; SCHLEGEL (Fn. 1) 19.

¹⁸ EGMR, 27.11.2008, 36391/02, Salduz/Türkei, N 52.

¹⁹ Um effektive Verteidigungsrechte zu gewährleisten, muss sich der Hinweis in Art. 158 Abs. 1 StPO – obwohl nicht explizit im Wortlaut vorgesehen – auch auf die Rechte in Art. 159 Abs. 1 und 2 StPO beziehen, siehe SCHLEGEL/WOHLERS (Fn. 16) 311 f. m.w.H.

²⁰ Das Anwesenheitsrecht wird in Art. 159 Abs. 1 StPO geregelt.

²¹ Trotz seines anders anmutenden Wortlauts steht Art. 159 Abs. 3 StPO (i.V.m. Art. 219 Abs. 4 StPO) dieser Regelung nicht entgegen: die Einvernahme ist bis zum Eintreffen des Verteidigers und danach – soweit für eine effektive Beratung nötig und möglich – für Besprechungen zu unterbrechen, siehe SCHLEGEL (Fn. 11), 91 f.; SCHLEGEL/WOHLERS (Fn. 6), 312 f. m.w.H.; ZUBERBÜHLER (Fn. 3), 110; ferner GODENZI in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Fn. 16), Art. 159, N 16; EGMR (Fn. 14), N 79.

²² Für die Dauer des Strafvollzugs regelt Art. 84 Abs. 4 StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch, 21.12.1937 (SR 211.0)) das Recht auf freien Verkehr mit der Verteidigung.

²³ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD (Fn. 15), N 327 und N 362; SCHLEGEL, (Fn. 1), 350.

von der Polizei einvernommen wird, auf dieses Recht berufen (insbesondere auch Personen auf freiem Fuss, die nach Art. 206 Abs. 1 StPO polizeilich vorgeladen werden).²⁴

2. Zeitpunkt

- 8 Art. 159 Abs. 2 StPO regelt den freien Verkehr bei polizeilichen Einvernahmen im Ermittlungsverfahren. Geht der (ersten) Einvernahme eine polizeiliche Anhaltung voraus (Art. 215 StPO), entsteht der Anspruch auf freien Verkehr frühestens im Zeitpunkt, in dem sich die Polizei dazu entscheidet, die angehaltene Person als beschuldigte Person zu befragen.^{25,26}
- 9 Steht fest, dass die Polizei eine beschuldigte Person einvernehmen wird, steht es dieser gemäss Art. 159 Abs. 2 StPO zu, *bei* der Einvernahme frei mit ihrer Verteidigung zu verkehren. Der Wortlaut („bei“) ist allerdings zu eng: der Anspruch besteht nach herrschender Lehre *vor* der (ersten) Einvernahme, *während* eines Einvernahmeunterbruchs und *nach* erfolgter Einvernahme.²⁷

3. Dauer

- 10 Die beschuldigte Person darf mit ihrer Verteidigung so lange verkehren, als es im Einzelfall mit Blick auf die Anschuldigung, die Beweislage und ihre persönliche Situation für eine effektive Beratung nötig und möglich ist.²⁸ Eine Einschränkung der Beratungsdauer aufgrund von Art. 159 Abs. 3 StPO kommt nur im Falle eines Rechtsmissbrauchs in Frage.²⁹

4. Umfang

- 11 Ist die Verteidigung anwesend, hat die beschuldigte Person das Recht, mit ihr *mündlich* (in Beratungsgesprächen) und *schriftlich* (durch Austausch von Nachrichten) zu kommunizieren. Die Polizei darf keine (materielle) Inhaltskontrolle vornehmen, d.h. weder die mündliche Kommunikation abhören, überprüfen, aufzeichnen oder sonst wie erforschen noch die schriftliche Kommunikation beschlagnahmen (siehe hierzu Art. 264 Abs. 1 lit. a StPO)³⁰ oder lesen.³¹

²⁴ GODENZI in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Fn. 16), Art. 159 N 16; RUCKSTUHL in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2014, Art. 159 N 19 f.; ferner SCHLEGEL/WOHLERS (Fn. 16), 313.

²⁵ Im Gegensatz zu Befragungen nach Art. 306 f. StPO vermitteln solche nach Art. 215 Abs. 1 lit. b StPO also keinen Anspruch auf freien Verkehr mit der Verteidigung, siehe RUCKSTUHL in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 159 N 4 f.

²⁶ Grund dafür ist, dass sich die angehaltene Person ab diesem Zeitpunkt nicht mehr ohne weiteres entfernen kann, um sich einer Kommunikation zu entziehen, siehe SCHLEGEL/WOHLERS (Fn. 16), 308, m.w.H.

²⁷ GODENZI in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Fn. 16), Art. 159 N 16; RUCKSTUHL in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 159 N 18, N 24 und N 37; SCHLEGEL/WOHLERS (Fn. 16), 313, m.w.H.; SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2013, Art. 159 N 5.

²⁸ RUCKSTUHL in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 159 N 24; SCHLEGEL/WOHLERS (Fn. 16), 312 f.

²⁹ RUCKSTUHL in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 159 N 24 mit Verweis auf ERNI LORENZ, ZStrR 125/2007, 229 (235).

³⁰ Ferner BGE 140 IV 108, E. 6.5 und 6.6.

³¹ GODENZI in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Fn. 16), Art. 159 N 17; RUCKSTUHL in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 159 N 42 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD (Fn. 15), N 363; SCHLEGEL (Fn. 1), 336 f.; SCHMID (Fn. 27), Art. 159 N 4.

- 12 Muss eine Verteidigung bestellt werden, besteht aber (im Ermittlungsverfahren noch) kein Anspruch auf unüberwachte Kommunikation per Telefon – die Polizei wählt für die beschuldigte Person die Nummer der (gewünschten) Verteidigung und bleibt während des Telefonats anwesend.³² Zwar wird auch die Ansicht vertreten, unüberwachte Telefonate seien in diesem Verfahrensstadium zu erlauben.³³ Aufgrund der mangelhaften Informationslage auf Seiten der beschuldigten Person³⁴ dürfte aber in den wenigsten Fällen ein praktisches Bedürfnis bestehen, per Telefon vertrauliche Absprachen zu treffen, die nicht wenig später – ohne einen Verteidigungsnachteil zu erleiden – vor Ort getroffen werden könnten.³⁵ Will man dies als Einschränkung betrachten, würde bei einer Gesamtwertung deswegen wohl weder die von der EMRK zu gewährleistende Effektivität des Verkehrsrechts noch die Fairness des Verfahrens³⁶ beeinträchtigt.

II. Freier Verkehr im Haftverfahren (Art. 223 Abs. 2 StPO)

1. Rechtsinhaber

- 13 Anspruchsberechtigt ist die (zu inhaftierende) beschuldigte Person.³⁷

2. Zeitpunkt

- 14 Dem Wortlaut nach gewährt Art. 223 Abs. 2 StPO der beschuldigten Person für die Dauer des Haftanordnungsverfahrens³⁸ einen Anspruch auf freien Verkehr mit der Verteidigung.³⁹ Allerdings ist unstrittig, dass dieses Recht auch auf Haftprüfungs- und Haftverlängerungsverfahren⁴⁰ Anwendung findet, zumal Inhaftierten dieses Recht auch in letztgenannten Fällen zusteht (und keine sachlichen Gründe für eine Einschränkung in diesem Verfahrensstadium sprechen).⁴¹

3. Dauer

- 15 Weder begrenzt die StPO die Zahl zulässiger Einvernahmen⁴² noch macht sie detaillierte Vorgaben zum deren Ablauf.⁴³ Mithin bestehen in den Grenzen des Rechtsmissbrauchsverbots keine besonderen Anforderungen an die Maximaldauer von Beratungsgesprächen.

³² RUCKSTUHL in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 159 N 42.

³³ GODENZI in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Fn. 16), Art. 159 N 17.

³⁴ SCHLEGEL/WOHLERS (Fn. 16), 313 f. beschreiben die Ausgangslage gar als „Stochern im Nebel“.

³⁵ Insbesondere lässt sich damit die im Anfangsstadium erhöhte Kollusionsgefahr (in Form der Warnung von Mittätern oder Beauftragung Dritter zur Beweisvernichtung) verhindern, siehe hierzu SCHLEGEL (Fn. 1), 329.

³⁶ Siehe oben, N 4.

³⁷ FORSTER in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 223 N 3.

³⁸ Siehe hierfür Art. 224 ff. StPO, Art. 229 Abs. 2 StPO, Art. 231 Abs. 1 StPO und Art. 232 Abs. 1 StPO.

³⁹ Botschaft-StPO (Fn. 10), 1230.

⁴⁰ Siehe hierfür Art. 227 f. StPO, Art. 229 Abs. 1 StPO, Art. 230 f. StPO und Art. 233 StPO.

⁴¹ FORSTER in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 223 N 3; HUG/SCHNEIDER in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Fn. 16), Art. 223 N 3; SCHLEGEL (Fn. 1), 273.

⁴² HÄRING in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Vor Art. 142-146 N 26.

⁴³ HÄRING in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 143 N 33.

4. Umfang

- 16 Mit der Ergänzung, dass die Kommunikationsinhalte aus Telefongesprächen und Gefängnisbesuchen mit der Verteidigung in diesem Verfahrensstadium vor dem inhaltlichen Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu schützen sind, kann auf obige Ausführungen⁴⁴ verwiesen werden.

III. Freier Verkehr während der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft (Art. 235 Abs. 4 StPO)

1. Rechtsinhaber

- 17 Anspruchsberechtigt ist die inhaftierte beschuldigte Person.⁴⁵

2. Zeitpunkt

- 18 Art. 235 Abs. 4 StPO gewährt der inhaftierten beschuldigten Person für die Dauer der Untersuchungs-⁴⁶ oder Sicherheitshaft⁴⁷ und in Verfahren um Verlängerung derselben einen Anspruch auf freien Verkehr mit der Verteidigung.⁴⁸ Damit wird die Kommunikation zwischen der inhaftierten beschuldigten Person und ihrer Verteidigung explizit von der Bewilligungspflicht (Art. 235 Abs. 2 Satz 1 StPO) und der Kontrolltätigkeit (Art. 235 Abs. 2 Satz 2 StPO und Art. 235 Abs. 3 StPO) der Verfahrensleitung⁴⁹ ausgenommen.⁵⁰

3. Umfang und Dauer

- 19 Es kann auf obige Ausführungen⁵¹ verwiesen werden.

D. Einschränkung des Rechts auf freien Verkehr mit der Verteidigung

I. Internationale Vorgaben

- 20 Je nach dem, ob der mündliche (Besuchskontakt) oder schriftliche (Korrespondenz) Verkehr einzuschränken ist, sind andere vom EGMR entwickelte Grundsätze beachtlich.

1. Einschränkung des mündlichen Verkehrs (Art. 6 EMRK)

- 21 Eine Einschränkung ist gegeben, sobald Strafverfolgungsbehörden Besprechungen in irgendeiner Form überwachen. Dabei genügt bereits die ernsthafte Befürchtung einer unzulässigen Überwachung, denn diese vermag den unbefangenen Informationsfluss zu beeinträchtigen und so die Effektivität der Verteidigung in Frage zu stellen.⁵²

⁴⁴ Siehe oben, N 8 ff.

⁴⁵ FORSTER in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 223 N 3.

⁴⁶ D.h. für die Zeit zwischen Anordnung der Untersuchungshaft durch das Zwangsmassnahmengericht und Anklageeingang beim (erstinstanzlichen) Gericht (Art. 220 Abs. 1 StPO).

⁴⁷ D.h. für die Zeit zwischen Anklageeingang und Rechtskraft des Urteils (Art. 220 Abs. 2 StPO).

⁴⁸ HÄRRI in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 235 N 56.

⁴⁹ Also der Staatsanwaltschaft (Art. 61 lit. a StPO) bzw. des Gerichts (Art. 61 lit. c und d StPO).

⁵⁰ SCHLEGEL (Fn. 1), 351.

⁵¹ Siehe oben, N 15 f.

⁵² SCHLEGEL (Fn. 1), 338 mit Verweis auf EGMR, 13.3.2007, 23393/05, Castravet/Moldavien, N 51.

22 Überwachungen dürfen gemäss EGMR nur aufgrund sehr *wichtiger Gründe*⁵³ und nur *vorübergehend* erfolgen (*Verhältnismässigkeit*).⁵⁴ Beispielsweise ist visuelle Überwachung einer akustischen vorzuziehen⁵⁵ oder haben vorgängige Sicherheitskontrollen überwachtem Kontakt vorzugehen.⁵⁶

2. Einschränkung des schriftlichen Verkehrs (Art. 8 EMRK)

23 Überwachungen der Postkommunikation mit der Verteidigung bedürfen einer *gesetzlichen Grundlage*⁵⁷ (welche die Anordnungsgründe und zulässige Dauer nennt sowie nach Empfängern differenziert)⁵⁸ und müssen *verhältnismässig* sein.⁵⁹ Zudem muss ein objektiver *Missbrauchsverdacht* vorliegen⁶⁰ und die Post darf nicht von einer selbst am Verfahren beteiligten Behörde gelesen werden.⁶¹ Dies macht Sinn, würden andernfalls das Verkehrsrecht und die anwaltliche Schweigepflicht ihres Inhalts gänzlich entleert.

II. Einschränkungsregime der StPO

1. Während der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft (Art. 235 Abs. 4 StPO)

24 Art. 235 Abs. 4 Satz 2 StPO gestattet es, das Verkehrsrecht (i) mit Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts (ii) unter vorgängiger Eröffnung, bei (iii) begründetem Verdacht auf Missbrauch (iv) befristet einzuschränken.

25 Auf den ersten Blick scheint diese Bestimmung den Anforderungen der EGMR-Rechtsprechung zu genügen, wiederholt sie doch deren Kernaussagen. Bei näherer Betrachtung sind die letzten zwei Voraussetzungen unpräzise: es werden weder Anordnungsvoraussetzungen noch zulässige Maximaldauer genannt und es ist auch nicht ersichtlich gegen wen sich der Missbrauchsvorwurf richten muss⁶² oder wer für die Überwachung zuständig ist.

26 Gemäss SCHLEGEL⁶³ lässt sich diesen Ungenauigkeiten teilweise mit einer EMRK-konformen Auslegung begegnen:

27 Ein *Missbrauch* liegt immer dann vor, wenn die Verteidigung unter dem Deckmantel des Verkehrsrechts eine echte Kollusionshandlung begeht.⁶⁴ Diese Lösung ist in zweierlei Hinsicht sinnvoll: Einerseits ist die Verteidigung in diesem Zeitpunkt aufgrund von Art.

⁵³ EGMR, 16.10.2001, 39846/98, Brennan/Vereinigtes Königreich, N 58; wobei jedenfalls nach einer Inhaftierung die allgemeine Kollusionsgefahr allein kein genügender Grund ist – vielmehr sind weitere Gründe („further arguments“) nötig, siehe EGMR, 31.1.2002, 24430/94, Lanz/Österreich, N 52.

⁵⁴ EGMR (Fn. 53), N 48.

⁵⁵ EGMR, 12.5.2005, 46221/99, Öcalan/Türkei, N 133.

⁵⁶ Siehe GODENZI in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Fn. 16), Art. 159 N 18, m.w.H. auf Gespräche durch eine Trennscheibe oder Einschränkung des Verteidigerwahlrechts aufgrund von Kollusionsgefahr bei Gewährung der Wahlverteidigung.

⁵⁷ EGMR (Fn. 6), N 31 und N 35 ff.

⁵⁸ SCHLEGEL (Fn. 1), 340 ff. m.w.H.

⁵⁹ SCHLEGEL (Fn. 1), 345.

⁶⁰ EGMR (Fn. 6), N 48; siehe Anwendungsbeispiele bei SCHLEGEL (Fn. 1), 342.

⁶¹ EGMR (Fn. 6), N 47.

⁶² SCHLEGEL (Fn. 1), 351 f.

⁶³ SCHLEGEL (Fn. 1), 352 ff.

⁶⁴ Darunter fällt zum Beispiel der Kassiberschmuggel, siehe SCHLEGEL (Fn. 1), N 354 f. m.w.H.

235 Abs. 2 und 3 StPO⁶⁵ für die beschuldigte Person das einzige unbewachte Tor zur Aussenwelt. Andererseits sorgt das Erfordernis einer tatsächlichen Missbrauchshandlung dafür, dass die Hürde für Einschränkungen relativ hoch ist, womit die Wahrscheinlichkeit der Verletzung des Grundsatzes auf ein faires Verfahren gering bleibt.

- 28 Liegt ein Missbrauch vor, dürfte unter dem Gesichtspunkt der *Verhältnismässigkeit* die akustische Überwachung der Beratungsgespräche bzw. das Lesen schriftlicher Korrespondenz faktisch nie das mildeste Mittel zur Missbrauchsverhinderung sein. Allfällige andere Einschränkungen sind unter diesem Aspekt zeitlich auf das erforderliche Mass zu beschränken.⁶⁶
- 29 Zu Recht weist SCHLEGEL⁶⁷ aber darauf hin, dass die StPO keine Zuständigkeitsregelung für die Durchführung der Beschränkung enthält und sich diese *de lege lata* auch nicht (EMRK-konform)⁶⁸ einer am Verfahren unbeteiligten Behörde zuordnen lässt. Es besteht in Bezug auf Art. 235 Abs. 4 Satz 2 StPO ein Mangel bezüglich der Kompetenzzuweisung.⁶⁹

III. Im Haftverfahren (Art. 223 Abs. 2 StPO)

- 30 Gewisse Lehrmeinungen sprechen sich – basierend auf Gesetzeswortlaut und Materialien –⁷⁰ gegen die Möglichkeit einer Einschränkung des Verkehrsrechts im Haftverfahren aus.⁷¹ Andere halten das Verkehrsrecht aus Art. 223 Abs. 2 StPO aufgrund systematischer Überlegungen für einschränkbar.⁷²
- 31 Letztere Ansicht scheint überzeugender, denn im Haftanordnungsverfahren befindet sich die zu inhaftierende beschuldigte Person faktisch bereits schon in Haft. Diese ist zwar – falls keine Untersuchungshaft angeordnet wird – im Vergleich zur eigentlichen Untersuchungshaft von relativ kurzer Dauer (Art. 224 ff. StPO). Allein deshalb anzunehmen, dass Missbräuche des Verkehrsrechts hinzunehmen sind, scheint sachlich nicht gerechtfertigt zumal hier die Motivation der beschuldigten Person die Verteidigung „zur Kollusion zu bewegen“ grösser sein dürfte. Hinzuweisen bleibt auf das auch hier bestehende Zuständigkeitsproblem.

⁶⁵ Siehe oben, N 18.

⁶⁶ SCHLEGEL (Fn. 1), 355 f.

⁶⁷ SCHLEGEL (Fn. 1), 356 f.

⁶⁸ Siehe oben, N 23.

⁶⁹ Einerseits ist die in Art. 235 Abs. 2 und 3 StPO für zuständig erklärte Verfahrensleitung (nach Art. 61 StPO) selbst am Verfahren beteiligt und andererseits kann das Zwangsmassnahmengericht nur die in Art. 18 Abs. 1 StPO genannten Zwangsmassnahmen durchführen (Art. 2 StPO), siehe SCHLEGEL (Fn. 1), 357.

⁷⁰ Gemäss der Botschaft soll das Recht aus Art. 223 Abs. 2 StPO absolut gelten, siehe Botschaft-StPO (Fn. 10), 1230.

⁷¹ RIKLIN FRANZ, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2014, Art. 223 N 2; SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2013, N 1027.

⁷² FORSTER in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 223 N 3; HUG/SCHNEIDER in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Fn. 16), Art. 223 N 3 wollen Art. 235 Abs. 4 Satz 2 analog anwenden.

IV. Im polizeilichen Ermittlungsverfahren (Art. 159 Abs. 2 StPO)

- 32 GODENZI⁷³ und RUCKSTUHL⁷⁴ vertreten die Meinung, das Verkehrsrecht aus Art. 159 Abs. 2 StPO gelte absolut – es dürfe bei polizeilichen Einvernahmen trotz begründetem Verdacht auf Missbrauch nicht eingeschränkt werden. Weiter sei Art. 235 Abs. 4 StPO klar nicht auf einfache Einvernahmen anzuwenden. Gleichzeitig räumen sie aber ein, dass bei begründetem Missbrauchsverdacht Gegenmassnahmen erlaubt seien, solange diese keine akustische Überwachung ermöglichen.
- 33 Geht man wie hier⁷⁵ davon aus, dass bei Einschränkungen nach Art. 235 Abs. 4 Satz 2 StPO Massnahmen, die keine akustische Überwachung erlauben, die absolute Regel bilden und liegt ein begründeter Missbrauchsverdacht vor, führt dies in obengenannten „Gegenmassnahme-Fällen“ faktisch zur (mindestens teilweisen) Anwendung von Art. 235 Abs. 4 Satz 2 StPO – werden Einschränkungen so doch gerade zulässig. Diese Interpretation führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, denn das Verkehrsrecht ist bei Besprechungen bereits dann verletzt, wenn die beschuldigte Person eine Einschränkung vermutet.⁷⁶ Mithin sehen sich zwei unbestimmte Auslöser gegenübergestellt: ein Missbrauchs- und ein Einschränkungsverdacht. Dies scheint weder effektiv⁷⁷ noch verfahrensökonomisch sinnvoll.⁷⁸
- 34 Hier ist der Gesetzgeber angehalten einen Wertungsentscheid zu treffen und diesen – allenfalls in Form konkret formulierter Ausnahmen – so in die StPO zu integrieren, dass offensichtlichem Rechtsmissbrauch Einhalt geboten wird und systematische Zweifel ausgeräumt werden.

E. Schlussfolgerungen

- 35 Während die Gewährung des Rechts auf freien Verkehr mit der Verteidigung keine grossen Schwierigkeiten bereitet, bestehen bei dessen Einschränkung an zentralen Stellen beachtliche gesetzessystematische Interpretationsspielräume. Diese lassen sich aber grundsätzlich durch praxisorientierte Auslegung in konventionskonformer Weise überwinden. Bei der Frage, ob Art. 159 Abs. 2 StPO bzw. Art. 223 Abs. 2 StPO einer Einschränkung zugänglich sind, wäre eine präzisere Regelung – allenfalls in Form von Fallgruppen – im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert. Die Regelung in Art. 235 Abs. 4 Satz 2 StPO ist zwingend um eine Zuständigkeitsbestimmung für die Durchführung der Einschränkungen zu ergänzen.

⁷³ GODENZI in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Fn. 16), Art. 159 N 18 m.w.H.

⁷⁴ RUCKSTUHL in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Fn. 24), Art. 159 N 43 (mit Verweis auf GODENZI in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Fn. 16), Art. 159 N 18).

⁷⁵ Siehe oben, N 28.

⁷⁶ Siehe oben, N 21.

⁷⁷ Siehe oben, N 4.

⁷⁸ Öffnet man so doch beschuldigten Personen (aufgrund ihres eigenen Verdachts) ein Tor für Grundrechtsüberprüfungen (von Art. 32 Abs. 2 BV) nach Art. 36 BV.

Eigenständigkeitserklärung

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende schriftliche Arbeit selbstständig und nur unter Zuhilfenahme der in den Verzeichnissen oder in den Anmerkungen genannten Quellen angefertigt habe. Ich versichere zudem, diese Arbeit nicht anderweitig als Leistungsnachweis verwendet zu haben. Eine Überprüfung der Arbeit auf Plagiate unter Einsatz entsprechender Software darf vorgenommen werden.

8. März 2016

Michael Erben