

Musterlösung Master StPO FS19, Lst. Summers

Insgesamt	14 Punkte (13 + 1)
a) Sind die Aussagen von Tom, welche er bei der Polizei machte, verwertbar? vgl. BGer, Urteil 6B_178/2017 vom 25. Oktober 2017	8.5
1) Notwendige Verteidigung nach Art. 130 lit. b StPO	2.5
	<p>Im Vorliegenden könnte es sich um einen Fall notwendiger Verteidigung handeln. Gem. Art. 130 lit. b StPO liegt ein Fall notwendiger Verteidigung unter anderem dann vor, wenn eine FS von mind. 1 Jahr droht.</p> <p>Für die Beurteilung nach Art. 130 StPO ist nach BGer nicht die abstrakte Strafdrohung der anwendbaren Strafnorm, sondern die konkret drohende Strafe massgebend (BSK StPO²-RUCKSTUHL, Art. 13 N 18 m.H.a. BGE 120 Ia 43). Indes genügt bereits die relativ entfernte Möglichkeit einer FS von 1 Jahr (BSK StPO²-RUCKSTUHL, Art. 13 N 18 m.w.H.).</p> <p>Art. 111 StGB sieht eine Bestrafung mit einer FS nicht unter 5 Jahren vor. Liegt ein Versuch vor, tritt also u.a. der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein, so kann das Gericht gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB die Strafe mildern. Mildert das Gericht die Strafe, so ist es gemäss Art. 48a StGB nicht an die angedrohte Mindeststrafe gebunden.</p> <p><i>I.c. wird Tom wegen versuchter vorsätzlicher Tötung verhaftet und polizeilich wie staatsanwaltschaftlich einvernommen. Auch bei einer versuchten vorsätzlichen Tötung i.S.v. Art. 111 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB ist von einer FS von mehr als 1 Jahr als konkret drohende Strafe auszugehen.</i></p>
2) Zeitpunkt der Sicherstellung, Art. 131 StPO	3.5
	<p>Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung gemäss Art. 131 Abs. 1 StPO darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird. Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung gemäss Art. 131 Abs. 2 StPO nach der ersten Einvernahme durch die STA, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung, sicherzustellen (vgl. auch BGer, Urteil 6B_178/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.2.1: spätestens im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung).</p> <p>Grds. ist gemäss h.L. der materielle Eröffnungsbegriff und nicht der formelle Eröffnungsbegriff massgebend (rein deklaratorische Bedeutung, BSK StPO²-OMLIN, Art. 309 N 6 m.w.H.). D.h. ungeachtet davon, ob die STA die Untersuchung formell eröffnet, d.h. eine Eröffnung verfügt hat, wird von einer Eröffnung im materiellen Sinne ausgegangen, sobald die STA im Zusammenhang mit einem konkreten Fall zu handeln beginnt, d.h. selber Untersuchungshandlungen vornimmt (BGE 141 IV 20 E. 1.1.4).</p> <p>Damit die Staatsanwaltschaft ihre Leitungsfunktion wahrnehmen kann, muss sie über schwere Straftaten und andere schwer wiegende Ereignisse unverzüglich orientiert werden. So sieht Art. 307 Abs. 1 StPO vor, dass die</p>

	<p>Polizei die STA unverzüglich über schwere Straftaten sowie über andere schwer wiegende Ereignisse informiert. Die Qualifikation, was als schwere Straftat oder als schwer wiegendes Ereignis zu bezeichnen ist, stellt eine Ermessensfrage dar. Grundsätzlich besteht aber eine „Informationspflicht“ insb. bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötungsdelikten (BSK StPO²-RÜEGGER, Art. 307 N 2; LIEBER, StPO-Kommentar², Art. 307 N 7).</p> <p>Gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. c eröffnet die STA eine Untersuchung, wenn i.S.v. Art. 307 Abs. 1 durch die Polizei informiert worden ist. Die polizeiliche Orientierung der Staatsanwaltschaft über schwere Straftaten und andere schwer wiegende Ereignisse führt somit zur Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens (BSK StPO²-RÜEGGER, Art. 307 N 4) (materieller Eröffnungsbegriff).</p> <p><i>I.c. ist mit einer versuchten vorsätzlichen Tötung eine schwere Straftat gegeben. Die Polizei hätte die Staatsanwaltschaft unverzüglich über diese versuchte vorsätzliche Tötung informieren müssen, woraufhin materiell gesehen die Untersuchung eröffnet worden wäre und die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung auch formell mittels einer Eröffnungsverfügung hätte eröffnen müssen. Nach der Verhaftung resp. für die erste polizeiliche Befragung hätte für Tom somit eine Verteidigung bestellt werden müssen.</i></p>	
3) Verwertbarkeit		2.5
	<p>Wurden in den Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, Beweise erhoben, bevor ein Verteidiger/eine Verteidigerin bestellt worden ist, so ist die Beweiserhebung gemäss Art. 131 Abs. 3 StPO nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet.</p> <p>Die Frage der Erkennbarkeit betreffend die notwendigen Verteidigung orientiert sich an objektiven Massstäben (BGer, Urteil 6B_178/2017 vom 25. Oktober 2017, E. 2.6 m.w.H.). An die Erkennbarkeit sind aber keine hohen Anforderungen zu stellen, zumal hier eine gewisse Gefahr des Missbrauchs bestehen kann (BSK StPO²-RUCKSTUHL, Art. 131 N 12).</p> <p>Variante 1: absolutes Verwertungsverbot Gemäss Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO sind Beweise in keinem Falle verwertbar, wenn das Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet (sog. absolutes Verwertungsverbot). Die Beweiserhebung ist gemäss deutschem Gesetzeswortlaut des Art. 131 Abs. 3 StPO aber nur „ungültig“ (wie im italienischen, während der französische Gesetzeswortlaut von Unverwertbarkeit [„ne sont pas exploitables“] spricht (BGE 141 IV 289 E. 2.3). Grds. geht das BGer und die h.L. (gestützt auf den französischen Wortlaut) jedoch davon aus, dass es sich um ein absolutes Verwertungsverbot handelt, was bedeutet, dass das so gewonnene Beweismittel nicht verwertet werden darf (BGer, Urteil 6B_883/2013 vom 17. Februar 2014 E. 2.3, wobei die divergierenden Gesetzestexte weder angesprochen noch thematisiert werden; in etwa auch LIEBER, StPO-Kommentar², Art. 131 N 8).</p> <p>Variante 2: relatives Verwertungsverbot Nach dem deutschen (und italienischen) Gesetzeswortlaut ist eine Ungültigkeitsfolge vorgesehen, was bedeutet, dass kein Fall von Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO vorliegt. Der Gesetzestext von Art. 131 Abs. 3 StPO spricht</p>	

	<p>also für die relative Unverwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 2 StPO. In BGE 141 IV 289 E. 2.3 und BGer, Urteil 6B_75/2019 vom 15. März 2019 E. 1.4.1 wird der divergierende Gesetzeswortlaut zwar thematisiert, im Resultat aber offen gelassen. (Korrekturhinweis: Bundesgerichtliche Rechtsprechung muss zwingend thematisiert werden, um diesen 1 Punkte zu erhalten)</p> <p><i>I.c. war von Beginn an erkennbar, dass ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. Der SV lässt indes offen, ob Tom auf die Wiederholung verzichtet. Verzichtet Tom indes nicht, so unterliegen die Aussagen im Rahmen der polizeilichen wie der staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen dem Verwertungsverbot.</i></p>	
--	--	--

<p>b) Der Rechtsanwalt von Tom beantragt die Anwesenheit von Nico als Hauptbelastungszeuge an der erstinstanzlichen Verhandlung. Das Bezirksgericht Zürich verzichtet auf die Vorladung von Nico, weil «die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung nicht notwendig erscheint». Das Gericht stellt ausschliesslich auf die Aussagen von Nico ab; Tom wird verurteilt. Ist diese Vorgehensweise korrekt? (vgl. zum Ganzen BGE 140 IV 196, E. 4.4.1-4.4.3 m.w.H.)</p>	4.5
---	------------

<p>Beschränktes Unmittelbarkeitsprinzip nach Art. 343 Abs. 3 StPO</p>	4.5	
	<p>Art. 343 Abs. 3 StPO verpflichtet das Gericht im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals zu erheben, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint (sog. beschränktes Unmittelbarkeitsprinzip) (SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar³, Art. 343 N 1; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch³, N. 1329). (Korrekturhinweis: Volle Punktzahl nur bei Erwähnen auch des generell geltenden Unmittelbarkeitsprinzips)</p> <p>Das Gericht verfügt jedoch bei der Frage, ob eine erneute Beweisabnahme bzw. die unmittelbare Kenntnis erforderlich ist, über einen Ermessensspielraum (BGer, Urteil 6B_970/2013 vom 24. Juni 2014 E. 2.1 m.H.).</p> <p>Das Gericht ist gemäss Abs. 3 aber nur dann verpflichtet, wenn die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung nicht nur wesentlich, sondern notwendig, also unerlässlich ist. Zweck der Bestimmung ist also, dass sich das Gericht von einer Person einen unmittelbaren Eindruck verschaffen kann, d.h. über deren Zuverlässigkeit oder Glaubwürdigkeit (BSK StPO²-HAURI/VENETZ, Art. 343 N 19).</p> <p>Hier geht es hauptsächlich um Personalbeweise und dort um die Situation „Aussage gegen Aussage“ bzw. um sog. Vier-Augen-Delikte geht (Urteil 6B_139/2013 vom 20. Juni 2013 E. 1.3.2 m.H.; BGer, Urteil 1B_188/2012 vom 19. April 2012 E. 3.6). Eine unmittelbare Abnahme eines Beweismittels ist notwendig im Sinne von Art. 343 Abs. 3 StPO, wenn sie den Ausgang des Verfahrens beeinflussen kann (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2).</p> <p>Insb. Verfahren, bei denen die Aussagen eines Zeugen oder Opfers fast den einzigen Beweis darstellt, hier ist der persönliche Eindruck zur Feststellung</p>	

	<p>der Glaubwürdigkeit dieser Person entscheidend (BSK StPO²-STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, Art. 331 N 8; so auch BSK StPO²-HAURI/VENETZ, Art. 343 N 21 m.w.H.).</p> <p><i>Bei Nico handelt es sich um den Hauptbelastungszeugen/Opfer. Mit Blick auf die zentrale und streitige Frage nach der Schussrichtung liegt eine „Aussage-gegen-Aussage“-Situation vor, welche auch mangels weiterer Beweise, wie z.B. Zeugen, nicht geklärt werden kann. Die Aussagen von Nico als Hauptbelastungszeuge/Opfer können deshalb den Verfahrensausgang beeinflussen, weshalb (auch hinsichtlich der Schwere der Tatvorwürfe) eine unmittelbare Beweisabnahme durch das Gericht für die Urteilsfällung im Sinne von Art. 343 Abs. 3 StPO als notwendig, also als unerlässlich erscheint. Die Voraussetzungen von Art. 343 Abs. 3 StPO sind daher erfüllt. Die Vorgehensweise des Bezirksgerichtes Zürich ist nicht korrekt, zumal das Gericht auch Nico hätte vorladen und einvernehmen müssen.</i></p>	
	Zusatzpunkt für besonders gute Ausführungen	Max. 1