

Dr. Andreas Noll
Luzern

Wie viel Föderalismus verträgt die StPO? –
Die Tragweite von Art. 93 BGG im Lichte
von Art. 123 Abs. 1 BV am Beispiel
der Verletzung von Verteidigungsrechten

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht»
Band 129 · 2011 · Heft 4

Stämpfli Verlag AG Bern

Andreas Noll, Luzern

Wie viel Föderalismus verträgt die StPO? – Die Tragweite von Art. 93 BGG im Lichte von Art. 123 Abs. 1 BV am Beispiel der Verletzung von Verteidigungsrechten

Inhalt

- I. Problemstellung
- II. Endentscheide im Strafprozessrecht?
- III. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 93 BGG im Bereich des Strafprozessrechts im Allgemeinen und der Verteidigungsrechte im Besonderen
 - A. Im Allgemeinen
 - B. Die Verteidigungsrechte im Besonderen
 1. Die amtliche Verteidigung
 2. Die Wahlverteidigung
 3. Die Teilnahmerechte
 - C. Zwischenfazit
- IV. Die Tragweite von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV
 - A. Die bisherige Lehre und Rechtsprechung
 - B. Wandel der Tragweite durch das Inkrafttreten der StPO?
- V. Die faktische Problematik bei der Verletzung von Verteidigungsrechten
- VI. Verfassungsrechtliche Problematik
- VII. Verfassungskonforme Interpretation von Art. 93 BGG
- VIII. Zusammenfassung

I. Problemstellung

Gemäss Art. 123 Abs. 1 BV «[ist d]ie Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts [...] Sache des Bundes.» Nebst dem Erlass des StGB und der StPO hat der Bundesgesetzgeber durch die Statuierung der Bundesgerichtsbarkeit in Art. 78 Abs. 1 BGG zwar grundsätzlich auch eine einheitliche Rechtsanwendung in Strafsachen vorgesehen,¹ dabei jedoch in Art. 90 resp. Art. 93 BGG beträchtliche Hürden eingebaut. Nach Art. 90 BGG sind Beschwerden ans Bundesgericht nämlich nur «gegen Endentscheide [zulässig], die das Verfahren abschliessen». Demgegenüber können Vor- oder Zwischenentscheide vom Bundesgericht mit Ausnahme jener über die Zuständigkeit und den Ausstand² namentlich nur dann losgelöst vom noch ausstehenden Sachurteil überprüft wer-

1 Das BGG stützt sich gemäss Ingress zwar nur auf Art. 188–191c BV. Die aus Art. 189 Abs. 1 lit. a BV abgeleitete Rechtsprechung in Strafsachen ergibt sich jedoch erst in Verbindung mit Art. 123 Abs. 1 BV.

2 Art. 92 BGG.

den, «wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können»³. In allen anderen Fällen gilt es, den Endentscheid abzuwarten, um einen Vor- oder Zwischenentscheid bundesgerichtlich überprüfen lassen zu können. Diesfalls wird in Art. 93 Abs. 3 BGG zusätzlich die Auswirkung auf den Sachentscheid vorausgesetzt.

Da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Endentscheid in einer Strafsache lediglich dann vorliegt, wenn das Strafverfahren dadurch abgeschlossen wird,⁴ ist das Strafprozessrecht vor dem Hintergrund von Art. 93 Abs. 3 BGG in nicht unerheblichem Umfang der Bundesgerichtsbarkeit entzogen.⁵ In der Folge öffnet sich hier im Gegensatz zum materiellen Strafrecht ein fast autonomer Gestaltungsspielraum für die kantonale Rechtsanwendung. Besonders gravierend ist diese Situation im Bereich der Verteidigungsrechte,⁶ da sie als Parteirechte der beschuldigten Person zweifelsohne zum Kernbereich des Prozessrechts gehören.

Führte die auf den ersten Blick einleuchtende gesetzgeberische Überlegung, wonach «sich das Bundesgericht als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes nur einmal mit der gleichen Angelegenheit am Schluss des Verfahrens soll befassen müssen»⁷, bis anhin kaum je zu praktischen Problemen, so hat sich die Situation mit der Regelung des Strafprozessrechts auf nationaler Ebene nun grundlegend geändert: Im Lichte von Art. 123 Abs. 1 BV stellt sich trotz des zufolge Art. 190 BV grundsätzlichen Vorrangs von Art. 90 ff. BGG die Frage, wie viel Föderalismus die StPO verträgt, zumal Bundesgesetze einer verfassungskonformen Anwendung unterliegen, soweit sie einer solchen im Wege der Auslegung zugänglich sind.⁸ Dies hat in casu umso mehr zu gelten, als der Gedanke der Rechtsvereinheitlichung nicht nur den eigentlichen Beweggrund für die Schaffung der StPO bildete,⁹ sondern darüber hinaus dem Bundesgericht explizit eine wichtige Funktion bei der Umsetzung zugesprochen wurde: «Selbst ein Jurist hat Mühe, die anwendbaren Normen

3 Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG. Lit. b sieht zudem die Möglichkeit eines sachurteilsunabhängigen Beschwerdeverfahrens in jenen Fällen vor, in denen «die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde».

4 Das folgt *argumento e contrario* aus BGER 1B_222/2010 vom 19. 11. 2010, E. 1.4: «Der angefochtene Entscheid schliesst das Strafverfahren nicht ab.»

5 Der wichtige Bereich der Zwangsmassnahmen wird vom Bundesgericht als prinzipiell nicht kompensierbarer Nachteil gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG anerkannt. Vgl. hierzu unten Ziff. III.

6 Zu denken ist etwa an die Verletzung von Teilnahmerechten bei der Beweiserhebung.

7 L. Meyer, Wege zum Bundesgericht – Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 2010, 807 m. w. H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

8 Vgl. BGE 94 I 669 (*Frigerio*, leading case); 136 II 130, E. 3.5.1; 131 II 715, E. 3 i. f. und 715 f., E. 4.1; 129 II 263, E. 5.4.

9 Vgl. BBl 1997 I 1 ff., insbesondere 36, 493 und 514 ff.

aufzufinden und, wenn ihm dies noch gelingt, so kennt er doch ihre Auslegung durch die kantonalen Behörden nicht. Eine eidgenössische Strafprozessordnung hätte den Vorteil, dass sie durch das Bundesgericht in eindeutiger Weise interpretiert werden könnte.»¹⁰ Zweifellos hat diese Formulierung primär den meist in mehreren Kantonen tätigen Strafverteidiger vor Augen,¹¹ der unter der Herrschaft der kantonalen Prozessordnungen nicht nur die zweckmässige Anpassung seiner Verteidigungsarbeit an die teilweise erheblich voneinander abweichende kantonale Organisation des Strafverfahrens beherrschen musste, sondern sich darüber hinaus in jedem Kanton mit einem unterschiedlichen Umfang seiner Rechte bzw. jener seines Klienten konfrontiert sah. Ob die StPO diese Situation wird entschärfen können, hängt entscheidend davon ab, inwieweit die Verteidigung Verstösse gegen die Rechte des Beschuldigten unmittelbar – d. h. sachurteilsunabhängig – im Rahmen von Art. 93 BGG (insbesondere Abs. 1 lit. a) bundesgerichtlich wird überprüfen lassen können. Dies gilt nicht etwa nur hinsichtlich der Verteidigungsrechte, sondern als Folge ihres verfahrensprägenden Charakters¹² auch für die konkrete Ausgestaltung des Strafverfahrens: Namentlich die Staatsanwaltschaft, aber auch die bloss ex dispositione tätig werdenden kantonalen Gerichte wären aufgrund ihrer verfahrensleitenden Position völlig autonom, wenn die Verteidigung nicht die Möglichkeit hätte, eine durch die Verfahrensgestaltung bedingte Verletzung der Beschuldigtenrechte bei einer übergeordneten Instanz zu rügen (*nullo actore, nullus iudex*).

II. Endentscheide im Strafprozessrecht?

Die Tragweite von Art. 93 BGG war schon des Öfteren Gegenstand rechtlicher Untersuchungen,¹³ sodass sich die Ausführungen vorliegend auf eine Zusammenfassung von Lehre und Rechtsprechung beschränken können, ohne bereits Bekanntes in unnötiger Länge erneut herleiten zu müssen.

¹⁰ BBl 1997 I 515.

¹¹ Strafbehörden (Strafverfolgungsbehörden [Art. 12 StPO] und Gerichte [Art. 13 StPO]) sind gemäss Art. 14 Abs. 1 StPO jeweils kantonal oder bundesrechtlich organisiert, sodass sie für die Ausübung ihrer Arbeit jeweils nur das ihre Gebietskörperschaft betreffende Recht zu kennen und sich um den Rechtszustand anderer Gebietskörperschaften nicht zu kümmern brauchen.

¹² Vgl. G. Piquerez, *Traité de procédure pénale suisse*, 2. Aufl., Genf 2006, N 472, der D. Poncet (*La protection de l'accusé par la convention européenne des droits de l'homme. Étude de droit comparé*, Genf 1977, N 138) zitiert: «La défense ou le droit de défense est «un principe essentiel qui gouverne toute procédure et existe en dehors d'un texte».

¹³ Vgl. namentlich F. Bommer, *Ausgewählte Fragen der Strafrechtspflege nach Bundesgerichtsgesetz*, in: *Neue Bundesrechtspflege*, hrsg. von P. Tschannen, Bern 2007, 153 ff.; Meyer (Fn. 7).

Vorauszuschicken ist – wie dies bereits einleitend erwähnt wurde –, dass, solange «[d]er angefochtene Entscheid [...] das Strafverfahren nicht ab[schliesst]»¹⁴, stets von einem Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG auszugehen ist. Eine (unechte) Ausnahme von diesem Grundsatz bildet der Fall eines Zwischenentscheids, mit dem jemandem das Recht auf Verfahrensteilnahme abgesprochen wird.¹⁵ Das Bundesgericht sieht in dieser Konstellation,¹⁶ «même que la cause pénale demeure pendante devant les autorités cantonales»¹⁷, dennoch den Fall eines Endentscheids im Sinne von Art. 90 BGG, da zuzugeben sei, «qu'il s'agit d'une décision finale pour celui-ci [scil. le plaideur concerné] [...]. Il en résulte que l'arrêt attaqué est une décision finale [...]»¹⁸.

Ebenfalls selbständig (d. h. sachurteilsunabhängig) vor Bundesgericht rügbar ist das materielle Pendant zum formellen Ausschluss von der Verfahrensteilnahme, die «Ablehnung der unentgeltlichen Verteidigung»¹⁹. Eine Beschwerde wird hier freilich nicht als eine gegen einen Endentscheid, sondern als eine gegen einen Zwischenentscheid behandelt, der einen im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG «nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken [kann]»²⁰. Aufgrund der Verwandtschaft mit der formellen Verfahrensteilnahmeverweigerung macht es jedoch Sinn, die Verweigerung der unentgeltlichen Verteidigung als Anwendungsfall eines sachurteilsunabhängig anfechtbaren Zwischenentscheids bereits an dieser Stelle zur Sprache zu bringen. Dies gilt umso mehr, als zum einen auch die formelle Teilnahmeverweigerung – wie die oben zitierten Ausführungen des Bundesgerichts zeigen – lediglich per analogiam unter die Endentscheide subsumiert wird. Zum anderen macht ein Beschuldigter – das lehrt die Erfahrung – in aller Regel ohne Beizug eines Verteidigers von seinen Teilnahmerechten keinen Gebrauch. Das hat namentlich damit zu tun, dass der Beschuldigte regelmässig als rechtlicher Amateur einem professionellen Strafverfolgungsapparat gegenübersteht und seine Rechte demnach nicht nur kaum wirksam geltend machen kann,²¹ sondern ihm

¹⁴ BGer 1B_222/2010 vom 19. 11. 2010, E. 1.4.

¹⁵ Vgl. Bommer (Fn. 13), 166.

¹⁶ Vgl. BGE 128 I 215.

¹⁷ BGE 128 I 217, E. 2.3.

¹⁸ BGE 128 I 217, E. 2.4.

¹⁹ BGE 129 I 281, Regeste.

²⁰ Vgl. BGE 129 I 283 f., E. 1.1; BGer 5A_396/2009 vom 5. 8. 2009, E. 1.2: «Beim Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird, handelt es sich um einen Zwischenentscheid, der einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; BGE 129 I 129 E. 1.1).»

²¹ Wie oft kommt es etwa vor, dass nicht anwaltlich vertretene Beschuldigte Einsicht in Akten nehmen oder gar Kopien anfertigen? Hinzu kommt, dass Aktenstudium Zeit braucht, über die der Erwerbstätige nur begrenzt verfügt. Schon aus diesem Grund ist er häufig darauf angewiesen, sich Zeit zu kaufen, sprich, einen Anwalt mit der Verteidigung zu beauftragen. Kann sich der Beschuldigte keinen leisten und wird ihm dennoch die unentgeltliche Verteidigung verweigert, so ist seine Teilnahme am Verfahren de facto erheblich eingeschränkt.

nicht selten seitens der Untersuchungsbehörden auch keine Gelegenheit dazu geboten wird.²² Faktisch ist er damit in ähnlicher Weise von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen wie derjenige, dem die Teilnahme in formeller Hinsicht verweigert wird: Während dem Betroffenen bei der formellen Teilnahmeverweigerung die Eigenschaft als Teilnehmereberechtigter abgesprochen wird, wird bei der materiellen Teilnahmeverweigerung die Parteistellung formal zwar nicht infrage gestellt. Die mit der Teilnehmereberechtigung verknüpften Rechte hingegen laufen durch die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege *faktisch* ins Leere, sodass die Beschuldigtenrolle diesfalls auf das unerlässliche Minimum, das Subjekt, das es zu beurteilen gilt, regrediert. In diesem Sinne wäre es zu begrüssen, wenn das Bundesgericht die Verweigerung der unentgeltlichen Verteidigung inskünftig ebenfalls als Analogiefall eines Endentscheids behandeln würde.

Ansonsten existieren im Bereich des Strafprozessrechts – das liegt in der Natur der Sache – bis auf die wenigen Fälle, da ein Entscheid ein Sachurteil darstellt, keine Endentscheide.

III. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 93 BGG im Bereich des Strafprozessrechts im Allgemeinen und der Verteidigungsrechte im Besonderen

A. Im Allgemeinen

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur wortgleichen Formulierung von Art. 87 Abs. 2 aOG²³ vermögen Zwischenentscheide dann einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zu bewirken, wenn der drohende Nachteil rechtlicher und nicht bloss tatsächlicher Natur ist.²⁴ Sowohl die Unterscheidung als solche als auch deren praktische Relevanz bleiben gerade im Kontext der Verletzung von Verteidigungsrechten letztlich unklar, sodass mit *Bommer* «von im Gesetz nicht angelegten Kategorien wie «rechtliches» oder «tatsächliches» Interesse Abstand zu nehmen» und «zum Wortlaut zurück-

22 Hat ein Beschuldigter keinen Verteidiger, so gehen etwa Zeugeneinvernahmen meist ohne seine Kenntnis vonstatten. Abgesehen davon stellt sich für einen erwerbstätigen Beschuldigten wiederum das Problem, dass Einvernahmen während der Arbeitszeit stattfinden und ihm daher in den meisten Fällen faktisch die Teilnahme verunmöglicht ist. Er ist demzufolge wiederum auf eine Mandatierung eines Verteidigers angewiesen, will er am Verfahren teilnehmen und sich nicht mit der Rolle des im Ergebnis zu beurteilenden Subjekts zufriedengeben.

23 Gemäss BGE 133 IV 139 explizit auch auf Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG anwendbar.

24 Vgl. im Einzelnen *Meyer* (Fn. 7), 814 ff. mit zahlreichen Hinweisen vor allem auf die Rechtsprechung.

zukehren»²⁵ ist. Auch die bundesgerichtliche Formulierung, wonach ein drohender, nicht wiedergutzumachender *Rechtsnachteil* dann vorliegt, wenn er «auch mit einem für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid [...] nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte»²⁶, macht die Aufrechterhaltung einer solchen Unterscheidung obsolet.

Eine Analyse der hierzu auf dem Gebiet des Strafprozessrechts ergangenen bundesgerichtlichen Judikatur zeigt zunächst, dass grundsätzlich immer dann von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil ausgegangen wird, wenn ein prozessualer (Zwischen)entscheid einen *Eingriff in ein Freiheitsrecht* des Beschuldigten bewirkt. Dies gilt sowohl für den die *persönliche Freiheit* beschränkenden prozessualen Freiheitsentzug²⁷ als auch für die eine *Eigentumsgarantie* beschränkende Beschlagnahme von Vermögenswerten («séquestre de valeurs patrimoniales»)²⁸. Die Ratio, die hinter dieser Praxis steht, liegt offensichtlich darin begründet, dass Eingriffe in Freiheitsrechte grundsätzlich nicht realiter, sondern lediglich pecuniärer und damit bloss unzulänglich kompensierbar sind.²⁹

25 *Bommer* (Fn. 13), 165.

26 BGE 136 IV 22, E. 1.1.

27 Vgl. BGE 136 IV 22, E. 1.1 und BGer 1B_102/2011 vom 22. 3. 2011, E. 1.; 1B_10/2010 vom 2. 2. 2010, E. 1.4. Vgl. auch *Bommer* (Fn. 13), 165 f. m. w. H., namentlich auf den Zwischenentscheidcharakter von Verfügungen über prozessualen Freiheitsentzug, der nicht in allen BGer-Urteilen deutlich zum Ausdruck kommt, so etwa in BGer 1B_24/2010 vom 19. 2. 2010, E. 1 und 1B_240/2010 vom 13. 8. 2010, E. 1 nicht. BGer 1B_102/2011 vom 22. 3. 2011, E. 1 diesbezüglich aber wieder klar.

28 BGer 1B_71/2010 vom 10. 5. 2010, E. 1 («[Parce que] le détenteur se trouve privé temporairement de la libre disposition des valeurs saisies»), die bisherigen Leitentscheide (128 I 131, E. 1; 126 I 101, E. 1b; 89 I 187, E. 4 [alle m. w. H.]) bestätigend. Vgl. ferner BGer 1B_229/2010 vom 8. 10. 2010, E. 1 (betreffend Kontosperrre); *Bommer* (Fn. 13), 165 f.

29 Vgl. *Bommer* (Fn. 13), 165 f. Bei der Beschlagnahme von Geld ist ein nicht kompensierbarer Nachteil auf den ersten Blick nicht ohne Weiteres ersichtlich, da Geld grundsätzlich immer – gegebenenfalls zuzüglich Zinsen und/oder mit entsprechendem Teuerungsausgleich – restituiert werden kann. Auf den zweiten Blick stellt sich die Situation beim Geld jedoch gleich wie beim übrigen Eigentum dar: Dem Eigentümer ist die Verfügbarkeit über die Sache (und damit auch deren Genuss) vorübergehend entzogen. Beim Geld beschränkt sich – seiner Funktion entsprechend – der mit der Beschlagnahme verbundene, nicht kompensierbare Nachteil auf den Verlust an Liquidität. Dass dies stets einen nicht restituirbaren Nachteil darstellt, zeigt sich beispielhaft, wenn dem Beschuldigten eine einmalige Kaufgelegenheit (etwa einer Liegenschaft oder eines Sammlerstücks) entgeht. Man könnte sich in Anbetracht der ex ante betrachteten Abstraktheit dieses Nachteils auf den Standpunkt stellen, der Beschuldigte müsse einen solchen Nachteil nachweisen können. Als Abstraktion des Tausches ist dem Geld die Abstraktheit des Nachteils natürlich wesensinhärent. Sobald sich jedoch eine entsprechende Tauschgelegenheit bietet, wird der Nachteil sehr konkret. Das Problem besteht dabei darin, dass sich solche Gelegenheiten nur selten während der laufenden Beschwerdefrist gegen den Beschlagnahmebefehl eröffnen. Darüber hinaus sind sie i. d. R. auch unvorhersehbar, sodass man in Ermangelung eines aktuell nachweisbaren Nachteils die Beschwerdefrist verstreichen lassen müsste. Ist sie dann aber einmal abgelaufen, kann der Beschuldigte erst wieder mit

Dies gilt selbstverständlich auch für die *übrigen* von der Verfassung gewährleisteten *Freiheitsrechte*. Es gilt dabei allerdings zu beachten, dass diese – obschon Ausnahmen denkbar sind –³⁰ strafprozessual bedingt praktisch ausschliesslich durch die *Haftbedingungen* eines prozessualen Freiheitsentzuges beeinträchtigt werden können.³¹ Dies hat zur Folge, dass solche Freiheitsrechtsbeschränkungen nur dann auf dem Rechtsweg in Strafsachen beurteilt werden, wenn sie im Kontext der Zulässigkeit der prozessualen Haft, mithin der Verhältnismässigkeit, gerügt werden.³²

Wird der Freiheitsentzug an sich jedoch nicht infrage gestellt, sondern lediglich das Haftregime beanstandet, so handelt es sich von der Sache her eigentlich gar nicht um eine Strafsache, sondern um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit, da prozessualer wie pönaler *Haftvollzug* öffentliches kantonales Recht darstellen (Art. 123 Abs. 2 BV und Art. 235 Abs. 5 StPO). Daraus folgt, dass in diesen Fällen gar kein Zwischen-, sondern ein Endentscheid zur Debatte steht, der stets Anfechtungsobjekt einer Beschwerde ans Bundesgericht bilden kann.³³ Diesfalls ist kraft Art. 78 Abs. 2 lit. b BGG vor Bundesgericht dennoch Beschwerde in Strafsachen zu führen.³⁴ Darüber hinaus kommt der Bestimmung jedoch bloss deklaratorische Bedeutung zu, da ohne ihre explizite Statuierung ohnehin die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegeben wäre.³⁵ Konsequenterweise nicht als End-, sondern als Zwischenentscheide (in Strafsachen) zu qualifizieren³⁶ sind demgegenüber Entscheide, welche die Anordnung des im StGB³⁷ und in der StPO³⁸ vorgesehenen vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzugs selbst betreffen. Als solche weisen sie, da sie die persönliche Freiheit tangieren, ebenfalls prinzipiell die Qualität eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG auf.³⁹

dem Endurteil gegen die Beschlagnahme vorgehen. Kommt hinzu, dass bei sich bietenden Kaufgelegenheiten häufig innerhalb von Zeiträumen gehandelt werden muss, mit denen das Tempo eines Beschwerdeverfahrens normalerweise nicht mithalten kann.

30 Z. B. Hinderung eines Moslems am *salāt*, dem täglichen Ritualgebet in Richtung Mekka, während einer Einvernahme.

31 Zu denken ist etwa an die Religions- oder Versammlungsfreiheit, aber auch an die Informations- oder Wirtschaftsfreiheit.

32 Vgl. etwa BGer 1B_240/2010 vom 13.8.2010, E. 1 und 5.

33 Vgl. BGer 1C_229/2008 vom 18.8.2008, E. 1.

34 Vgl. BGer 1B_36/2008 vom 28.2.2008, E. 1 (Beschwerde gegen Haftregime im vorzeitigen Strafantritt).

35 Die Bestimmung liesse sich daher ohne Rechtsverlust streichen.

36 Es wird ein prozessualer Entscheid getroffen, und nicht über das Vollzugsregime entschieden.

37 Art. 58 Abs. 1 und Art. 75 Abs. 2 StGB.

38 Art. 236 StPO.

39 Vgl. BGer 1B_24/2010 vom 19.2.2010, E. 1 (vorzeitiger Strafantritt) und 1B_10/2010 vom 2.2.2010, E. 1.4 (vorsorglicher stationärer Massnahmenvollzug).

B. Die Verteidigungsrechte im Besonderen

1. Die amtliche Verteidigung

Obschon die Verfahrensgarantien, insbesondere die *Verteidigungsrechte* (Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV)⁴⁰, wie die Freiheitsrechte sowohl auf Verfassungsstufe geregelt als auch als Grundrechte ausgestaltet sind, erachtet das Bundesgericht Verstösse dagegen nicht per se als einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil. Mit Blick auf die Verteidigungsrechte wird dies einzig in jenen Fällen *prinzipiell* bejaht, in denen entweder die *unentgeltliche Verteidigung* verweigert⁴¹ oder aber ein Begehren um *Wechsel des Officialverteidigers* abgelehnt wird, soweit dieses (unter anderem) aus dem Grund der *Verletzung von Verteidigerpflichten* gestellt wurde,⁴² nicht jedoch, wenn keine Verteidigerpflichtverletzung zur Debatte steht.⁴³ Ratio ist in beiden Fällen der bereits oben erläuterte Gedanke der materiellen Verweigerung der Verfahrensteilnahme.⁴⁴

2. Die Wahlverteidigung

Einen grosszügigen (zu begrüssenden) Begründungssprung macht das Bundesgericht in zwei neueren, die *Nichtzulassung der Wahlverteidigung* betreffenden Urteilen,⁴⁵ indem es den nicht wiedergutzumachenden Nachteil in diesen Konstellationen *grundsätzlich bejaht*. Für das Eintreten auf die Beschwerde wurde in beiden Fällen nicht vorausgesetzt, dass sich der Beschuldigte⁴⁶ ohne die Zulassung des von ihm gewünschten Verteidigers selbst hätte verteidigen müssen bzw. dass der dem Beschuldigten stattdessen gegen seinen Willen beigeordnete Verteidiger seine Verteidigerpflichten verletzt hätte. Es verlangte also keinen Fall der materiellen Teilnahmeverweigerung. Obschon es unter Zugrundelegung der zuvor erörterten bundesgerichtlichen Entscheiderationalität zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG im Bereich der Verteidigungsrechte eigentlich zum Ergebnis hätte kommen müssen, dass *kein* nicht kompensierbarer Nachteil vorliegt,⁴⁷ trat das Bundesgericht dennoch

40 Vgl. hierzu nachfolgend Ziff. IV.

41 Vgl. BGE 129 I 281, Regeste; 126 I 207, Regeste und 210 f., E. 2a, bestätigt in BGer 1B_184/2010 vom 9.9.2010, E. 1.4 und in 1B_194/2009 vom 8.12.2009, E. 1.

42 Vgl. BGer 1B_67/2009 vom 14.7.2009, E. 1 mit unzutreffenden Verweisen auf BGE 120 Ia 48 (Endentscheid) und 135 I 261 (Nichtzulassung der Wahlverteidigung).

43 BGE 126 I 207, Regeste und 211, E. 2b; besonders instruktiv auch die beiden, dieselbe Sache betreffenden BGer 1B_237/2007 vom 8.1.2008 und 1B_193/2007 vom 19.09.2007.

44 Vgl. hierzu ausführlich Ziff. II.

45 Vgl. BGE 135 I 263 f., E. 1.4 und 133 IV 339, E. 4.

46 In BGE 133 IV 335 ging es um eine amtliche Opfervertretung.

47 So hat das Bundesgericht – allerdings im Kontext der Ablehnung eines Verteidigerwechsels – ausgeführt, dass «besondere Umstände vorbehalten, kein [...] nicht wiedergutzumachende[r] rechtliche[r] Nachteil [...] [vorliegt, wenn] dem Gesuchsteller, anders als im Falle der Verwei-

auf die Beschwerden ein. Dies erstaunt umso mehr, als man für ein Nichteintreten die relativ plausible Konstellation hätte anführen können, wonach die Nichtzulassung einer Wahlverteidigung sogar zum objektiven Vorteil des Beschuldigten sei; etwa wenn dem in ein komplexes Verfahren mit möglicherweise schweren strafrechtlichen Konsequenzen verwickelten Beschuldigten statt des von ihm gewünschten Fachanwalts für Erbrecht ein reputierter Strafverteidiger beigegeben wird.

In BGE 133 IV 335 (E. 4 S. 339) begründete das Bundesgericht den nicht wiedergutzumachenden Nachteil noch damit, dass in casu der Anwaltswechsel nicht von der betroffenen Partei beantragt, sondern von der hierfür zuständigen Behörde gegen den Willen der Betroffenen («contre le gré des intéressés, soit la partie et le défenseur d'office») angeordnet wurde. Dementsprechend sei es notwendig, «un contrôle judiciaire immédiat» zu gewährleisten, da nicht einzusehen sei, wie die Konsequenzen eines solchen Zwischenentscheids im Falle seiner Aufhebung am Ende des Strafverfahrens zu kompensieren wären.⁴⁸ Der entscheidende Unterschied in der Begründung – auch wenn hier erst implizit geäussert – ist darin zu erblicken, dass der nicht wiedergutzumachende Nachteil nicht wie in der zuvor erörterten Judikatur aus einer materiell-strafrechtlichen Optik (Möglichkeit der Korrektur des Endurteils), sondern aus einer strafprozessrechtlichen Optik (Verletzung des Rechts auf Wahlverteidigung) begründet wird.

Explizit wird dieser Gedanke, sogar mit Rekurs auf die in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV statuierten Verteidigungsrechte, dann in BGE 135 I 261 (E. 1.4 S. 264) festgehalten: «Dies könnte gegebenenfalls im Widerspruch stehen zum Anspruch des Angeklagten auf erbetene (privat finanzierte) Verteidigung durch den Anwalt seiner Wahl.»⁴⁹

3. Die Teilnahmerechte

Auf dem Gebiet der Verteidigungsrechte bildet die Wahlverteidigung bislang jedoch die einzige Ausnahme einer strafprozessrechtlich begründeten Entscheideratio. In den übrigen (ebenfalls von der EMRK erfassten) typischen Fällen von Verstössen gegen Verteidigungsrechte bleibt es beim Grundsatz, dass diese so-

gerung der unentgeltlichen Verbeiständung, auf jeden Fall ein Verteidiger zur Seite steht» (BGE 126 I 211, E. 2b).

48 Es fragt sich allerdings, inwiefern sich dies im Falle, da ein vonseiten der betroffenen Partei beantragter Anwaltswechsel abgelehnt wird, im Unterschied zu der vorliegenden Konstellation wiedergutmachen liesse.

49 Mit Verweisen auf Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK; Art. 14 Abs. 3 lit. d UNO-Pakt II; Art. 32 Abs. 2 Satz [2] BV. Trotz Druckfehler – «Art. 32 Abs. 2 Satz» (ohne Nennung der Satznummer) – ergibt sich aus dem Kontext, dass nur Satz 2 gemeint sein kann.

lange keinen Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG darstellen, als sie mit dem Sachurteil noch korrigiert werden können. «Dabei ist es nicht nötig, dass sich der Nachteil schon im kantonalen Verfahren durch einen günstigen Endentscheid beheben lässt. Es genügt, wenn er in einem anschliessenden bundesgerichtlichen Verfahren beseitigt werden kann.»⁵⁰ Das Bundesgericht geht dabei davon aus, dass «bei Zwischenentscheiden, welche die Beweisführung betreffen, [...] allfällige Nachteile durch eine erfolgreiche Anfechtung des Endentscheids in der Hauptsache behoben werden können»⁵¹. Danach gilt dies explizit namentlich «für Zwischenentscheide, in denen ein Gesuch um Akteneinsicht abgelehnt [...]»,⁵² auf die Abnahme angebotener Beweise verzichtet [...]»⁵³ oder die Beschaffung eines Entlastungsbeweises erschwert wird [...]»^{54,55}. Bezüglich des Akteneinsichtsrechts wird nur dann anders entschieden, wenn es um haftrelevante Akten geht. Insoweit wird der nicht kompensierbare Nachteil jedoch aus der haftbedingten Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit abgeleitet.⁵⁶

C. Zwischenfazit

Als Fazit ist festzuhalten, dass der konsequenten Bejahung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils im Falle von Eingriffen in Freiheitsrechte sicherlich zuzustimmen ist. Hingegen fragt es sich, ob das Bundesgericht umgekehrt mit der

50 BGer 1B_236/2009 vom 7.9.2009, E. 3.3, denselben Textbaustein wie 1P_668/2001 vom 21.5.2002, E. 1.2 verwendend.

51 BGer 1P_668/2001 vom 21.5.2002, E. 1.3 m.H. auf BGE 101 Ia 162; BGer 1P_179/2000 vom 11.4.2000.

52 BGer 1P_572/2000 vom 24.11.2000, E. 1d. Vgl. zum Akteneinsichtsrecht ausserdem 1P_609/2000 vom 7.11.2000, E. 1a.

53 BGer 1P_359/2000 vom 28.6.200, E. 1b. Vgl. zur Ablehnung von Beweisanträgen ausserdem 1P_422/2006 vom 11.7.2006, E. 2.

54 BGer 1P_711/2000 vom 23.1.2001, E. 2b.

55 BGer 1P_668/2001 vom 21.5.2002, E. 1.3. Ferner lehnte es das Bundesgericht in Fällen der Verletzung der Teilnahmerechte bzw. Ablehnung der Entfernungsanträge der entsprechenden Einvernahmeprotokolle aus den Akten ab, grundsätzlich von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil auszugehen: BGer 1B_38/2010 vom 22.4.2010, E. 2 (Ausschluss des Beschuldigten sowie seines Anwalts von der Einvernahme eines Zeugen bzw. einer Auskunftsperson); 1B_310/2009 vom 19.3.2010, E. 2 (Ablehnung des Entfernungsantrags eines Protokolls einer ohne Beisein seines Verteidigers durchgeführten Einvernahme des Beschuldigten); 1P_330/2001 vom 5.6.2001, E. 1 (Ablehnung des Entfernungsantrags eines Protokolls einer ohne Mitteilung an seinen Verteidiger durchgeführten Einvernahme des Beschuldigten).

56 Vgl. BGer 1P_616/2000 vom 23.11.2000, E. 2b, bestätigt in 1P_199/2006 vom 30.5.2006, E. 1.1.1.

grundsätzlichen Ablehnung eines nicht restituierbaren Nachteils im Falle von Verstössen gegen Verteidigungsrechte mit seinen faktischen Annahmen einerseits und seiner rechtlichen Würdigung andererseits richtig liegt. Letzteres könnte nicht nur im Lichte von Art. 123 Abs. 1 BV, sondern überdies von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV bezweifelt werden. Diese Fragen gilt es im Folgenden zu klären.

IV. Die Tragweite von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV

A. Die bisherige Lehre und Rechtsprechung

Gemäss Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV «muss [die angeklagte Person] die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen». Fraglich ist zunächst, ob die Verfassungsbestimmung durch die Verwendung des Begriffs der «angeklagten Person» in Satz 1, auf welchen in der Folge auch in Satz 2 Bezug genommen wird, vor der Anklageerhebung keine Geltung beanspruchen will. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der Strassburger Organe zu Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK, wo ebenfalls der Begriff der «angeklagten Person» figuriert,⁵⁷ wird einhellig davon ausgegangen, dass damit die beschuldigte Person im Sinne von Art. 104 Abs. 1 lit. a StPO gemeint ist.⁵⁸ Nach Wortlaut und Sinn entfaltet Art. 32 Abs. 2 Satz 1 BV demnach grundsätzlich ab Kenntnis eines gegen den Beschuldigten geführten Verfahrens Wirkung,⁵⁹ also bereits auch im Ermittlungsverfahren, spätestens jedoch ab dem «Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens»⁶⁰, was auch vor der Kenntnisnahme durch den Beschuldigten bereits der Fall sein kann.⁶¹

57 Das ist kein Zufall: «Les travaux à l'origine de cette disposition relèvent que les droits de la défense comprennent notamment les garanties de l'art. 6 par. 3 CEDH» (M. Hottelier, Les garanties de procédure, in: Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, hrsg. von D. Thürer/J.-F. Aubert/J. P. Müller/O. Diggelmann, Zürich 2001, § 51 N 52).

58 Vgl. H. Vest, Kommentierung von Art. 32 BV, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Bd. 1, hrsg. von B. Ehrenzeller/P. Mastronardi/K. A. Vallender/R. Schweizer, 2. Aufl., Zürich 2008, N 23 ff. zu Art. 32 m. w. H.

59 Vgl. BBl 1997 I 187, welche den «Anspruch auf möglichst rasche und umfassende Orientierung über die erhobenen Beschuldigungen» als «Grundvoraussetzung» für eine wirksame Verteidigung bezeichnet.

60 Vest (Fn. 58), N 23 zu Art. 32.

61 Es ist von einem materiellen Beschuldigtenbegriff auszugehen, wonach der «Zeitpunkt [massgebend ist], in dem die Strafverfolgungsbehörde sie [scil. die beschuldigte Person] in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt» (F. Bommer, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, 197, Anm. 9). Vgl. auch M. E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, N 506 (m. w. H.): «Um eine effektive Verteidigung zu ermöglichen, müssen die Garantien von Abs. 3 (a) allerdings schon während der Voruntersuchung gelten. Sobald der

Inhaltlich zielt Art. 32 Abs. 2 BV, insbesondere in Satz 2, auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung einer *wirksamen Verteidigung* ab: In Anlehnung an die gefestigte EGMR-Rechtsprechung⁶² spricht die Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. 11. 1996 von der Ermöglichung der wirksamen Ausübung der Verteidigungsrechte.⁶³ Vest hält fest, dass «[d]ieses Gebot der Wirksamkeit [...] auch bei der Einzelinterpretation zu beachten [ist]»⁶⁴. Bislang – d. h. bis zum Inkrafttreten der StPO – wurde allgemein davon ausgegangen, dass den in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV gemeinten Verteidigungsrechten aufgrund des starken Bezugs zu Art. 6 Ziff. 3 EMRK die Funktion von *minimal standards*⁶⁵ zukommt und sie sich demnach in Art und Umfang mit den Kauteilen der EMRK decken.⁶⁶ Eine Verletzung der in der StPO vorgesehenen Verteidigungsrechte stellt folglich – anders als in Freiheitsentzugsfällen (Art. 31 Abs. 1 BV) – nicht stets auch einen Verstoss gegen die Verfassung dar, sondern nur dann, wenn die Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte auch die verfassungsrechtlichen Minimalgarantien tangiert. Diese umfassen nach der Judikatur der Strass-

Betroffene weiss, dass ein Strafverfahren gegen ihn läuft, oder wenn das eingeleitete Verfahren für ihn «einschneidende Auswirkungen» zeitigt, ist ihm – schriftlich, u. U. mündlich – Auskunft über die Beschuldigung zu erteilen.»

62 Die Formel des EGMR, die bei Vest (Fn. 58, N 24 zu Art. 32) in der Übersetzung wiedergegeben ist, lautet: «[to] guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective». Aus neuster Zeit sind namentlich folgende Urteile erwähnenswert: EGMR vom 21. 4. 2011, *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, §§ 262 f. («[...] the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial [...]»); vom 2. 11. 2010, *Sakhnovskiy v. Russland*, § 95 («In that connection it must be borne in mind that the Convention is intended to «guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective» and that assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he or she may afford an accused [...]»); vom 2. 3. 2010, *Adamkiewicz v. Polen*, § 82; vom 13. 10. 2009, *Dayanan v. Türkei*, § 30 («[...] la Cour rappelle que le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable [...]»); vom 24. 9. 2009, *Pishchalnikov v. Russland*, § 66; vom 27. 11. 2008, *Salduz v. Türkei*, § 51; vom 28. 2. 2008, *Dembukov v. Bulgarien*, § 50. Aus älterer Zeit ist namentlich auf die Leitentscheide vom 13. 5. 1980, *Artico v. Italien*, § 33, vom 24. 11. 1993, *Imbrioscia v. Schweiz*, § 38 sowie vom 23. 11. 1993, *Poitrimol v. Frankreich*, § 34 zu verweisen.

63 BBl 1997 I 187.

64 Vest (Fn. 58), N 24 zu Art. 32.

65 Vgl. *Piquerez* (Fn. 12), N 473; *T. Jaag*, Die Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung, in: Die neue Bundesverfassung – Analysen, Erfahrungen, Ausblick, hrsg. von P. Gauch/D. Thürer, Zürich 2002, 45.

66 So zumindest implizit BGE 129 I 88 f., E. 4.1 sowie BGE 6P_95/2002 vom 2. 6. 2003, E. 7. Vgl. ferner *Hottelier* (Fn. 57), N 52; *W. Kälin*, in: *W. Kälin/J. Künzli/A. Lienhard et al.*, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2009 und 2010, ZBJV 2010, 1033.

burger Organe namentlich folgende aus dem in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten allgemeinen Grundsatz des *fair trial*⁶⁷ abgeleiteten sowie in Art. 6 Ziff. 3 EMRK enthaltenen Rechte:⁶⁸

- 1) «sich selbst zu verteidigen, [oder] sich durch einen Verteidiger [eigener] Wahl verteidigen zu lassen» (Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK);⁶⁹
- 2) «ohne Kontrolle oder Beaufsichtigung *persönlich oder schriftlich* mit ihrem Rechtsbeistand [frei zu] verkehren»;⁷⁰
- 3) mit gleich langen Spiessen (*Waffengleichheit*) gegen die Strafverfolgungsbehörden antreten und folglich am Verfahren mitwirken zu können, was insbesondere die Rechte auf «ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung [der] Verteidigung» (Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK)⁷¹ und «Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten» (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK),⁷² umfasst.⁷³

Hervorzuheben ist dabei, dass der EGMR mit seinem Urteil vom 24. 9. 2009, *Pishchalnikov v. Russland*⁷⁴ das in Art. 159 StPO enthaltene Recht auf den Anwalt der ersten Stunde (hinsichtlich der vorstehend in Ziff. 1 und 2 genannten Rechte) vorweggenommen hat, sodass dieser Anspruch nunmehr ebenfalls in Art. 32 Abs. 2 BV enthalten ist.⁷⁵ Demgegenüber geht die StPO mit Bezug auf die Teilnahmerechte

67 Vgl. die Marginalie zu Art. 6 EMRK: «Right to a fair trial».

68 Vgl. hierzu auch die Gesamtübersicht bei U. Häfelin/W. Haller/H. Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N 867.

69 Vgl. auch *Vest* (Fn. 58), N 24 zu Art. 32 m. H. auf BGE 102 Ia 200; A. Auer/G. Malinverni/M. Hottelier, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Bern 2006, Bd. II, N 1383 («Chaque accusé a le droit de se défendre lui-même ou d'avoir recours à un avocat de son choix [art. 6 par. 3 let. c CEDH; art. 14 par. 3 let. d Pacte II].»); EGMR vom 24. 9. 2009, *Pishchalnikov v. Russland*; vom 27. 11. 2008, *Salduz v. Türkei*; vom 24. 11. 1993, *Imbrioscia v. Schweiz*; BGE 131 I 191, E. 3.1.

70 *Vest* (Fn. 58), N 31 zu Art. 32 m. H. auf BGE 121 I 164. Vgl. auch die w. H. in den N 31 ff. Massgebend ist nunmehr aber auch hier primär EGMR vom 24. 9. 2009, *Pishchalnikov v. Russland*.

71 Vgl. *Hottelier* (Fn. 57), N 52 m. H. auf BGE 122 I 113, E. 3a.

72 Vgl. *Hottelier* (Fn. 57), N 52 m. H. auf BGE 125 I 131 ff., E. 6, wo sich das BGer unter zahlreichen Hinweisen auf die Judikatur (auch des EGMR, z. B. vom 15. 6. 1992, *Lüdi v. Schweiz*) differenziert mit dem Konfrontationsrecht auseinandersetzt. Vgl. ferner G. Malinverni/M. Hottelier, La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2004, SZIER 2005, 558.

73 Vgl. ausführlich hierzu *Vest* (Fn. 58), N 33 ff. zu Art. 32 mit zahlreichen w. H.

74 Auszugweise mit Bemerkung von S. Schlegel auch in *forum*poenale 2010, 86 ff. publiziert.

75 Vgl. namentlich §§ 69 und 79 ff. des Urteils: «69. In this respect, the Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial [...]. At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings [...]. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task

teilweise auch über die *minimal standards* der EMRK hinaus. Gemäss der bisherigen Bundesgerichtsrechtsprechung sind Verteidigungsrechte in diesem überschießenden Umfang von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV nicht erfasst.

B. Wandel der Tragweite durch das Inkrafttreten der StPO?

Dieses Verständnis von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV, wonach eine Verletzung der in der StPO vorgesehenen Verteidigungsrechte nur im Falle der Tangierung der verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen auch einen Verstoss gegen die BV darstellt, war, als das Strafprozessrecht in den Kompetenzbereich der Kantone fiel, sicherlich richtig. Das Verhältnis des Bundes zu den Kantonen entsprach in dieser Hinsicht jenem der Strassburger Organe zu den einzelnen Vertragsstaaten, sodass sich in der Folge beide darauf zu beschränken hatten, Minimalvorgaben zu machen. Es fragt sich allerdings, ob mit der Kompetenzattraktion des Bundes (Art. 123 Abs. 1 BV) und dem Inkrafttreten der StPO diese Auffassung nach wie vor Gültigkeit beanspruchen kann, hat sich doch das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen nun, da der Bund in Strafprozessrechtsbelangen kompetent ist, grundlegend geändert, sodass sich die Kantone nun umgekehrt an die in der StPO gemachten Vorgaben zu halten haben. Es mutet darüber hinaus seltsam an, dass die Verfassung in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV die Verteidigungsrechte in geringerem Umfang schützen will, als sie in der StPO definiert sind, welche in

is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. [...].»

«79. [...] In the Court's view, when an accused has invoked his right to be assisted by counsel during interrogation, a valid waiver of that right cannot be established by showing only that he responded to further police-initiated interrogation even if he has been advised of his rights. Moreover, the Court is of the opinion that an accused such as the applicant in the present case, who had expressed his desire to participate in investigative steps only through counsel, should not be subject to further interrogation by the authorities until counsel has been made available to him, unless the accused himself initiates further communication, exchanges, or conversations with the police or prosecution.»

«80. [...] There is no evidence that the confessions made by the applicant during those interrogations were initiated by him. [...] The Court is mindful that the applicant may not have had sufficient knowledge, experience, or even sufficient self-confidence to make the best choice without the advice and support of a lawyer. It is possible that he did not object to further questioning in the absence of legal assistance, seeing the confession (true or not) as the only way to end the interrogation. Given the lack of legal assistance the Court considers it also unlikely that the applicant could reasonably have appreciated the consequences of his proceeding to be questioned without the assistance of counsel in a criminal case concerning the investigation of a number of particularly grave criminal offences [...]. The Court therefore does not find that the applicant's statements, made without having had access to counsel, amounted to a valid waiver of his right.»

Erfüllung des verfassungsmässigen Gesetzgebungsauftrags von Art. 123 Abs. 1 BV erlassen wurde.

Unter einem rechtsstaatlichen Gesichtspunkt hat die Verfassung natürlich immer (auch) die Funktion, *minimal standards* zu setzen, über welche die Gesetzgebung jedoch hinausgehen darf, die sie im Revisionsfalle aber als Schranke wieder zu beachten hat. Diesem Aspekt kommt im föderalistischen Staatsaufbau in Bereichen, in denen die Gliedstaaten über die Gesetzgebungshoheit verfügen, besondere Bedeutung zu. Liegt die Kompetenz jedoch umgekehrt beim Bund, so will die Verfassung primär nicht *minimal standards* setzen, sondern eine einheitliche Rechtsanwendung der entsprechenden Gesetze in den Gliedstaaten gewährleisten. Mit Blick auf die Verteidigungsrechte ergibt sich dies nicht nur aus Art. 123 Abs. 1 BV, sondern auch aus der Bestimmung des in diesem Kontext als *lex specialis* zu charakterisierenden⁷⁶ Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV.

Mit dem Inkrafttreten der gestützt auf die Kompetenzattraktion von Art. 123 Abs. 1 BV erlassenen StPO hat sich im Gefüge der Rechtsordnung auch das Wesen von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV verändert. Die Bestimmung verfügt zwar nach wie vor über eine rechtsstaatliche und föderalistische (staatsrechtliche) Doppelnatur. Während vor Inkrafttreten der StPO die rechtsstaatliche Funktion einer Minimalgarantie gleichzeitig auch den Schutz der Kantone vor Eingriffen des Bundes(gerichts) in ihren Autonomiebereich bezweckte, hat sich mit dem Inkrafttreten der StPO aufgrund des Übergangs der Strafprozessrechtskompetenz auch die Stossrichtung dieses föderalistischen Aspekts der Bestimmung umgedreht und sich zu einer Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung gewandelt. Auf diese staatsrechtliche Funktion von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV wird zurückzukommen sein.⁷⁷

Aus den vorstehend angeführten Gründen müsste im Lichte von Art. 123 Abs. 1 i. V. m. Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV als Konsequenz der in Kraft getretenen StPO inskünftig die Verletzung der darin enthaltenen Verteidigungsrechte immer auch einen Verstoß gegen die Verfassung darstellen.

V. Die faktische Problematik bei der Verletzung von Verteidigungsrechten

Die Konsequenz der vorstehend unter Ziff. III dargelegten Rechtsprechung besteht darin, dass eine Verletzung von Verteidigungsrechten bundesgerichtlich

76 Der Aspekt einer *lex specialis* zu Art. 123 Abs. 1 BV ist aufgrund des essenziell verfahrensprägenden Charakters der Verteidigungsrechte – unabhängig davon, wie die Verfassung die Kompetenzzuweisung für das Strafprozessrecht regelt – der Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV inhärent.

77 Vgl. nachfolgend Ziff. VI.

erst mit Beschwerde gegen das zweitinstanzliche Strafurteil überprüft werden kann; zu einem Zeitpunkt, zu dem die vorgefallene Missachtung verfassungsmässiger Rechte in aller Regel *Jahre* zurückliegt. Kommt hinzu, dass mit der Überführung von Art. 87 Abs. 3 aOG in Art. 93 Abs. 3 BGG eine zusätzliche Zugangsbeschränkung eingeführt wurde: War früher die Anfechtung von Zwischenentscheiden im Rahmen von Beschwerden gegen den betreffenden Endentscheid noch uneingeschränkt zulässig, ist nach geltendem Recht eine bundesgerichtliche Überprüfung der Verletzung von Verteidigungsrechten nur noch dann möglich, wenn sie sich auch auf den Inhalt *auswirkt*.⁷⁸ Gemäss BGer 4A_550/2009 vom 29. 1. 2009 (E. 7.1)⁷⁹ ist dieser Nachweis durch den Beschuldigten zu erbringen.

Allein schon aufgrund dieser (rechtlichen) Erschwerung des Zugangs zum Bundesgericht wären die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG inskünftig prinzipiell zu bejahen, was dann allerdings den Anwendungsbereich von Abs. 3 auflösen und die Bestimmung obsolet machen würde, was wiederum normlogisch nicht zulässig wäre. Die Schwierigkeiten, welche diese Bestimmung verursacht, akzentuieren sich, wenn man danach fragt, wie sich denn rein faktisch beweisen liesse, dass sich eine Verletzung von Verteidigungsrechten auf den Inhalt des Endentscheids *auswirkt*, handelt es sich bei den Auswirkungen auf den Endentscheid doch stets um blosser Hypothesen. Dies liegt als Folge davon, dass Verletzungen von Verteidigungsrechten nicht unmittelbar während des Verfahrensstadiums, in dem sie sich ereignen, sondern erst zum letztmöglichen Zeitpunkt bundesgerichtlich überprüft werden können, in der Natur der Sache. Dass nach zwei gefällten Sachurteilen die Feststellung einer Verletzung von Verteidigungsrechten am Ergebnis kaum je etwas zu ändern vermag, liegt auf der Hand.⁸⁰

Der Fundamentaleinwand gegen die bestehende bundesgerichtliche Praxis, der Verletzung von Verteidigungsrechten nicht prinzipiell die Qualität eines nicht kompensierbaren Nachteils zuzuerkennen, besteht jedoch darin, dass ein Prozess ein sich in der Zeitdimension erstreckendes Verfahren darstellt, dessen Zweck nahezu ausschliesslich in der Fixierung der Sachlage besteht. Als zeitliche Abfolge von Ereignissen in einem rechtsgestaltenden Prozess ist dessen Ergebnis *faktisch* stets *irreversibel*. Man kann zwar *gedanklich* darüber spekulieren, wie

78 Die gesetzliche Formulierung ist hier zudem strenger als in Abs. 1 lit. a, wo die blosser Möglichkeit eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils genügt.

79 Soweit ersichtlich gibt es zu Art. 93 Abs. 3 BGG noch keine Judikatur in Strafsachen.

80 Anders das Bundesgericht in BGer 1B_222/2010 vom 19. 11. 2010: «Der Beschwerdeführer bringt [...] vor, die Verweigerung der Akteneinsicht verunmögliche seine wirksame Verteidigung [...]. Insoweit sind die Eintretensvoraussetzungen gemäss [Art. 93] Abs. 1 BGG nicht offensichtlich gegeben. Die Variante nach lit. b fällt von vornherein ausser Betracht. Der nicht wiedergutzumachende Nachteil nach lit. a liegt ebenso wenig auf der Hand.»

der Sachverhalt ohne die Verletzung der Verteidigungsrechte *hypothetisch* fixiert worden *wäre* und gegebenenfalls gestützt darauf einen Entscheid durch einen Rechtsakt *revidieren*. Das Problem besteht dabei jedoch darin, dass ein solcher Entscheid zu einem Zeitpunkt gefällt wird, an dem der Sachverhalt durch einen – wenngleich mangelhaften – Prozess bereits fixiert worden *ist*. Anders als bei der unmittelbaren Überprüfbarkeit von Verteidigungsrechtsverletzungen ist das Prozessergebnis, das zudem von einer zweiten gerichtlichen Instanz überprüft wurde, schon bekannt, sodass man im Endeffekt – d. h. auch im Falle eines Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts – *faktisch* vor die Frage gestellt wird, ob die stattgefundene Verletzung von Verteidigungsrechten ein Abrücken vom Ergebnis rechtfertigt.

Eine solche Sichtweise der Verteidigungsrechte, wonach sich die Verbindlichkeit der Pflicht zu ihrer Beachtung am Prozessergebnis orientiert, das zum Zeitpunkt ihrer Verletzung zudem erst einen blossen Verdacht darstellt, verfehlt nicht nur Sinn und Bedeutung der Verteidigungsrechte sowie deren grundlegende Funktion im Strafverfahren, sondern verkennt auch die prozessrechtliche Realität, wonach Verteidigungsrechtsverletzungen ohne unmittelbare Behebung *nie* wiedergutmacht werden können bzw. stets zu einem nicht kompensierbaren Nachteil führen. Das liegt in der Natur des Faktischen, der Irreversibilität der Zeit (*factum*; lat. «das, was [in der Vergangenheit] gemacht wurde»): Jeder Verfahrensakt ist eine irreversible Weichenstellung, wodurch sich das Verfahren seinen Weg in die noch nicht definierte Zukunft bahnt. Man kann zwar auf einen Entscheid zurückkommen, ihn aber nie ungeschehen machen, mithin dem Verfahren einen Lauf geben, wie wenn von Anfang an anders entschieden worden wäre. Der Entscheid, auf den zurückgekommen wird, lässt sich durch dessen Revision nicht aus der Prozesshistorie entfernen. Mit anderen Worten kann die am 11. 4. 2011 um 8.30 Uhr durchgeführte Einvernahme zwar wiederholt werden, nicht aber am 11. 4. 2011 um 8.30 Uhr. Ebenso wenig können die gestellten Fragen und die gegebenen Antworten aus dem Gehirn der Beteiligten gelöscht werden. Kurzum, eine Verfahrenshandlung lässt sich *faktisch nicht wiederholen, sondern nur ein zweites Mal durchführen*. Daraus folgt, dass eine Verteidigungsrechtsverletzung zwar nicht ungeschehen gemacht werden kann. Hingegen kann der Zeitraum, während dessen sich der weitere Verlauf des Verfahrens darauf abstützt, sich der Verfahrensmangel mithin *perpetuiert*, möglichst kurz gehalten werden. Spart man sich dessen Korrektur – wie dies nach der bundesgerichtlichen Judikatur geschieht – bis zum Schluss auf, so wird dadurch ein nicht wiedergutzumachender Nachteil geschaffen.

Als Zwischenfazit kann also festgehalten werden, dass die Verletzung von Verteidigungsrechten deshalb einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil darstellt, da man unmöglich wissen kann, zu welchem Ergebnis der Prozess ohne Perpetuierung der Verletzung der betreffenden Rechte geführt hätte. Die gegenteilige

Auffassung basiert auf einem *materiellen Wahrheitsbegriff*, wonach die Wahrheit von Anfang an vorhanden ist, sodass der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Strafprozesses *primär legitimatorische und nur subsidiär eine wahrheitsfindende Funktion* zukommt. Im Prozessmodell des auf einem *formellen Wahrheitsbegriff* basierenden reformierten Zweiparteienprozesses, an dem sich auch die heutige StPO orientiert,⁸¹ verhält es sich gerade umgekehrt: Ein rechtsstaatliches Strafverfahren dient *vor allem der Wahrheitsfindung*. Die Legitimität der Bestrafung ergibt sich hier – abgesehen vom Fundamentalgrundsatz des «in dubio pro reo» – nicht aus dem Prozessrecht, sondern aus dem materiellen Strafrecht. Mit dem Inkrafttreten der StPO sollten inquisitorische Prozesskonzepte nunmehr endgültig der Geschichte angehören.

VI. Verfassungsrechtliche Problematik

Die angeführten faktischen Bedenken können zwar mit Blick darauf, dass die Verletzung von Verteidigungsrechten ja nicht ohne unmittelbare richterliche Kontrolle bleibt, sondern gemäss Art. 393 StPO mit Ausnahme der Ablehnung von Beweisanträgen während des Untersuchungsverfahrens⁸² bei der kantonalen Beschwerdeinstanz auch unmittelbar überprüft werden kann, weitgehend entkräftet werden. Den als Beschwerdeinstanz amtierenden kantonalen Gerichten darf man grundsätzlich Vertrauen schenken. Die Problematik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bleibt davon hingegen unberührt: Der Zugang zum Bundesgericht soll ja nicht den Rechtsweg an sich, sondern eine gesamtschweizerisch einheitliche Rechtsanwendung gewährleisten (staatsrechtliche Funktion). Mit seiner Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG *entzieht* sich das Bundesgericht jedoch gerade dieser *Urfunktion als Staatsgerichtshof*⁸³, was nun, wo das Strafprozessrecht gestützt auf die in Art. 123 Abs. 1 BV festgesetzte Bundes-

81 Obschon in der Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. 12. 2005 (BBl 2005 1130) die gegenteilige Auffassung vertreten wurde, ergibt sich der der StPO zugrunde liegende formelle Wahrheitsbegriff aus dem Grundsatzentscheid, das Staatsanwaltschaftsmodell mit der Institutionalisierung des Anwalts der ersten Stunde zu verbinden. Indiziell kommt dies auch dadurch zum Ausdruck, dass Art. 6 StPO vom Wortlaut her zwar unverändert aus dem Vorentwurf übernommen, die Marginalie hingegen vom «Grundsatz der materiellen Wahrheit» zum blossen «Untersuchungsgrundsatz» abgemildert wurde.

82 Vgl. Art. 394 lit. b StPO, wo sich die Problematik des «(Rechts-)nachteils» – wie noch zu erörtern sein wird (vgl. Ziff. VII nachfolgend) – jedoch in anderer Weise als in Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG stellt.

83 Die staatsrechtliche Funktion des Bundesgerichts ist umso bedeutender, als eine Verfassungsgerichtsbarkeit für Bundesgesetze in der Schweiz traditionellerweise ja nicht besteht.

kompetenz in der StPO gesamtschweizerisch einheitlich geregelt worden ist, umso schwerer wiegt:

Zum einen wird der Rechtssuchende mit seiner Rüge auf den letzten möglichen Zeitpunkt verwiesen, sodass viele Verteidigungsrechtsverletzungen infolge mangelnden Grenznutzens den Weg bis ans Bundesgericht gar nicht mehr finden. Zum anderen wird von den wenigen verbleibenden Fällen, die den Weg bis ans Bundesgericht schaffen, wiederum ein grosser Teil an der Eintretenshürde von Art. 93 Abs. 3 BGG hängen bleiben, sodass eine bundesgerichtliche Kontrolle von Verteidigungsrechtsverletzungen praktisch inexistent ist. Dies hat zur Konsequenz, dass es trotz Art. 123 Abs. 1 BV und geltender StPO nach wie vor den kantonalen Beschwerdeinstanzen anheimgestellt bleibt, wie bzw. wie weit sie die in der StPO umschriebenen und in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV garantierten Verteidigungsrechte verstanden wissen wollen. Gerade im Bereich der verfassungsmässigen Rechte ist ein Zugeständnis eines kantonalen Anwendungsspielraums durch das Bundesgericht jedoch inakzeptabel; dies bewog den Bundesgesetzgeber schliesslich auch zur Integration der subsidiären Verfassungsbeschwerde ins BGG.⁸⁴ In casu kann diese jedoch das Problem infolge des in Art. 117 BGG enthaltenen Verweises auf Art. 93 BGG auch nicht entschärfen.

Auf dem Gebiet der Verteidigungsrechte jedenfalls bleibt es damit dabei, dass Art. 93 BGG nicht nur zu erheblichen, im Lichte von Art. 123 Abs. 1 BV föderalistisch nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlungen führt, sondern darüber hinaus auch Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV faktisch wie auch rechtlich zur Makulatur stempelt. Die verfassungsmässige Verankerung der Verteidigungsrechte stellt in der Konsequenz daraus wenig mehr als ein schmuckes Epitheton dar, wodurch die Glaubwürdigkeit der Verfassung erheblichen Schaden erleidet. Solches zu verhindern, gehört mit zu den wichtigsten Aufgaben des Bundesgerichts, was diesem auch sehr wohl bewusst ist, und dem es trotz fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit mit seiner Judikatur, (vermeintliche)⁸⁵ Konflikte zwischen Bundesgesetzgebung und Verfassung nach dem Grundsatz der verfassungskonformen Interpretation der Bundesgesetzgebung zu lösen,⁸⁶ auch entsprechend Nachachtung verschafft. In der Folge gilt es, diesen Lösungsansatz für die vorliegende Problematik fruchtbar zu machen.

84 Vgl. B. Ehrenzeller, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, Anwaltsrevue 3/2007, 103 f. m. w. H.

85 Die bundesgerichtliche Praxis, Konfliktfälle vermittelt einer verfassungskonformen Interpretation der zur Debatte stehenden bundesgesetzlichen (oder staatsvertraglichen) Regelungen einer Lösung zuzuführen, «erlaubt es, Konflikte [...] meistens zu vermeiden» (BGE 94 I 678, E. 6a [Frigerio, leading case]).

86 Vgl. BGE 94 I 669 (Frigerio, leading case); 136 II 130, E. 3.5.1; 131 II 715, E. 3 i. f. und 715 f., E. 4.1; 129 II 263, E. 5.4.

VII. Verfassungskonforme Interpretation von Art. 93 BGG

Aus den vorstehend dargelegten Ausführungen geht hervor, dass mit Inkrafttreten der StPO eine Fortsetzung der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG im Bereich der Verteidigungsrechte im Widerspruch zu Art. 123 Abs. 1 BV steht, da dadurch eine einheitliche Rechtsanwendung – sogar im Bereich des Strafprozessrechts im Allgemeinen – faktisch weitgehend verhindert wird; ein Zustand, der gerade zu Beginn eines Vereinheitlichungsprozesses nur schwer zu ertragen ist. Darüber hinaus bleibt von den in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV garantierten Verteidigungsrechten nur ein ausgemergeltes Gerippe übrig, da der Verfassungsbestimmung durch die bundesgerichtliche Praxis zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG die Nahrungszufuhr abgeschnitten ist.

Aufgrund der prozessrechtlichen Realität, wonach sich Verfahrensmängel mit dem Fortgang des Verfahrens perpetuieren und so zu einer zusehends mangelhaften Sachverhaltsfixierung führen, die sich nicht ungeschehen machen lässt, hat eine verfassungskonforme Interpretation von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG im Falle der Verletzung von Verteidigungsrechten demnach prinzipiell von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil auszugehen. Dies entspricht auch einem wesensgerechten, die Rechtsrealität mitberücksichtigenden Prozessrechtsverständnis. Einen Anfang hat das Bundesgericht denn auch möglicherweise mit der aus einer prozessrechtlichen Optik begründeten Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG im Bereich der Wahlverteidigung getan.⁸⁷

Natürlich trifft die vorstehend angesprochene Problematik grundsätzlich auf alle Prozesshandlungen zu, sodass die gesetzliche Formulierung des nicht wiedergutzumachenden Nachteils in Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG im Ergebnis keine Einschränkung darstellen würde und auch für Art. 93 Abs. 3 BGG kein Anwendungsspielraum mehr übrig bliebe. Beide Bestimmungen würden dadurch obsolet, was aus normlogischen Gründen nicht zulässig ist. Gerade auch dieser Umstand spricht jedoch für eine prinzipielle Bejahung eines nicht kompensierbaren Nachteils *im Falle von Verteidigungsrechtsverletzungen*: Entsprechend der Ratio von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, die Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden zu beschränken, ist die Annahme eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils in der Folge auf gravierende Prozessrechtsverstösse zu begrenzen, worunter die in ihrer Bedeutung durch die grundrechtliche Ausgestaltung in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV besonders hervorgehobenen und nunmehr in der StPO einheitlich definierten Verteidigungsrechte zweifelsohne zu subsumieren sind.⁸⁸ Dieses Verständnis trifft sich denn auch

87 BGE 135 I 263 f., E. 1.4 und 133 IV 339, E. 4. Vgl. hierzu oben Ziff. III.B.2.

88 Zum spezialgesetzlichen Charakter von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV im Verhältnis zu Art. 123 Abs. 1 BV vgl. oben Ziff. IV.

mit der traditionellen staatsrechtlichen Funktion des Bundesgerichts, wonach die Grundrechte eine tragende Rolle im Vereinheitlichungsprozess beim Übergang vom Staatenbund zum Bundestaat übernahmen und – wie die vorliegende Problematik zeigt – auch heute noch zu übernehmen haben. Denn ohne unmittelbare bundesgerichtliche Überprüfbarkeit von Verteidigungsrechtsverletzungen wird sich eine einheitliche Rechtsanwendung im Bereich des Strafprozessrechts nur in sehr engen Grenzen ergeben.

Nebst den vorstehend unter Ziff. IV ausgeführten Gründen sind es denn auch gerade diese Überlegungen, die im Falle einer Verletzung der in der StPO definierten Verteidigungsrechte für die Annahme einer gleichzeitigen Verletzung von Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV sprechen. Zu beachten ist dabei, dass der Umfang der verfassungsmässig gewährleisteten Verteidigungsrechte durch die StPO mithin auch begrenzt wird. Im Falle von Beweisanträgen etwa kann der Beschuldigte solche gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO zwar jederzeit stellen, einen Anspruch auf Abnahme hat er allerdings nur in den Fällen von Art. 318 Abs. 2 StPO beim Abschluss des Untersuchungsverfahrens und von Art. 343 StPO anlässlich der Hauptverhandlung. Insofern unterscheidet sich auch der Charakter von Art. 394 lit. b StPO von jenem von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, obschon beide die Beschwerdezulassung an einen (Rechts-)nachteil knüpfen: Im Unterschied zur genannten BGG-Bestimmung regelt die analog formulierte Norm der StPO nicht den Zugang zum Bundesgericht, sondern definiert den Umfang des Anspruchs auf Beweisabnahme.⁸⁹

Demzufolge ist auch die Angst vor einer unkontrollierten Ausuferung unbegründet, zumal die StPO, wie eben aufgezeigt, den Verteidigungsrechten, namentlich dem Beweisantragsrecht, auch klare Grenzen setzt. Dass die Einführung der StPO zu keiner Mehrbelastung der Justiz führen würde, konnte – soweit das Vereinheitlichungsvorhaben ernst genommen wurde – auch nicht ernsthaft erwartet werden. Der Vereinheitlichungsprozess im Bereich der Rechtsanwendung wird demgegenüber nur zu einer vorübergehenden Mehrbelastung führen. Nach dessen Abschluss wird sich mittel- bis langfristig ein – durchaus auch wirtschaftlich gesprochen – positiver Nutzen einstellen. Bleibt es hingegen bei der blossen gesetzgeberischen Vereinheitlichung, wird der Nutzen, wenn überhaupt, nur sehr bescheiden ausfallen, da der administrative Mehraufwand ohne einheitliche Rechtsanwendung bestehen bleibt.

89 Ist er verletzt, so kann er entweder in einem selbständigen Beschwerdeverfahren – in letzter Instanz auch vor Bundesgericht – gerügt oder aber zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden. Parallel dazu besteht immer auch die Möglichkeit, den Beweisantrag in einem späteren Verfahrensstadium erneut zu stellen.

VIII. Zusammenfassung

Die grundsätzliche Problematik der erst im Sachurteil erfolgenden Überprüfung der *Verletzung von Verteidigungsrechten* besteht darin, dass sich diese *im Laufe des Verfahrens perpetuiert*, wenn sie nicht unmittelbar behoben wird. Sie gibt dem Prozess der Sachverhaltsermittlung, dem eigentlichen Zweck des Strafverfahrens, eine Wende, die sich zum Zeitpunkt, da das Ergebnis der Untersuchung und zwei daran anknüpfende Sachurteile vorliegen, nicht mehr korrigieren lässt.

Die bisherige Bundesgerichtsrechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (Art. 87 Abs. 2 aOG) im Bereich der Verletzung von Verteidigungsrechten bestand darin, dass der zur unmittelbaren bundesgerichtlichen Überprüfbarkeit vorausgesetzte, nicht wiedergutzumachende Nachteil mit Ausnahme des Anspruchs auf formelle und materielle Verfahrensteilnahme⁹⁰ (inkl. Wahlverteidigung)⁹¹ i. d. R. verneint wurde. Diese aus einer materiell- statt prozessrechtlichen Optik begründete Praxis war bislang kaum zu beanstanden, war das Prozessrecht doch bis am 31. 12. 2010 noch Sache der Kantone, sodass das Bundesgericht sich darauf beschränken konnte, beim Eingriff in Freiheitsrechte und bei der Missachtung der Minimalanforderungen an das Recht auf Verteidigung (formelle und materielle Verfahrensteilnahmeverweigerung) unmittelbar zu intervenieren.

Nach der *Kompetenzattraktion* des Bundes zur Regelung des Strafprozessrechts haben sich mit dem *Inkrafttreten der StPO* die *verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen grundlegend geändert*: Neu gilt es, im Rahmen der bundesgerichtlichen Urfunktion als Staatsgerichtshof dem zentralen Anliegen der gestützt auf Art. 123 Abs. 1 BV erlassenen StPO, dem *Gedanken der Rechtsvereinheitlichung*, Rechnung zu tragen. Eine *verfassungskonforme Interpretation* von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG verlangt im *Spannungsverhältnis zu Art. 190 BV* – aus einer prozessrechtlichen Optik ist jeder Verstoss gegen Verfahrensvorschriften nicht kompensierbar –,⁹² die nicht wiedergutzumachenden Nachteile *auf schwere Verstösse zu begrenzen*. Aufgrund ihres verfahrensprägenden Charakters ist davon bei einer Verletzung von Verteidigungsrechten prinzipiell auszugehen. Der zentralen Bedeutung der Verteidigungsrechte hat auch der Verfassungsgeber mit ihrer Garantie in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV Rechnung getragen.

90 Zum Begriff vgl. oben Ziff. II.

91 Aus einer *prozessrechtlichen Optik* wird die Verletzung des Anspruchs auf Wahlverteidigung derzeit als einziges Verteidigungsrecht vom Bundesgericht als *prinzipiell* nicht kompensierbarer Nachteil betrachtet. Vgl. hierzu oben III.B.2.

92 Vgl. oben Ziff. V.

Der Übergang der Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Strafprozessrechts an den Bund und der gestützt darauf erfolgte Erlass der StPO hat auch Auswirkungen auf den Begriff der verfassungsrechtlich gewährleisteten Verteidigungsrechte gezeigt: Ihre Funktion besteht nicht mehr primär in der Gewährleistung von Minimalstandards, sondern darin, die nunmehr *in der StPO einheitlich definierten Verteidigungsrechte* in rechtsgleicher Weise auf dem gesamten Gebiet der Eidgenossenschaft sicherzustellen. Aufgrund dessen ist mit Inkrafttreten der StPO im Falle einer *Verletzung der darin definierten Verteidigungsrechte stets von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil* im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG auszugehen, der auch vor Bundesgericht unmittelbar überprüft werden kann.