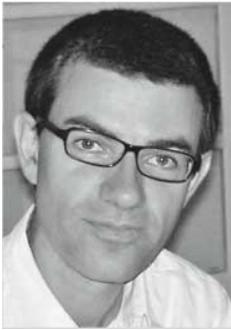


forumpoenale 02/2011 vom 05.04.2011

forumpoenale-2011-113



Lic. iur. *Stephan Bernard*, LL..M., Rechtsanwalt, Mediator SAV//AFM, Zürich



Lic. iur. *Stefan Blum*, Rechtsanwalt, delegierter Geschäftsführer des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz, Winterthur

Die Verteidigung nach der neuen Jugendstrafprozessordnung (JStPO) *

Inhaltsübersicht

I. Überflüssige Jugendstrafverteidigung?

II. Die JStPO als lex specialis zur StPO

III. Das Recht auf Verteidigung im Jugendstrafrecht

IV. Wessen Verteidigung?

V. Die notwendige Verteidigung

VI. Die amtliche Verteidigung

VII. Kritische Würdigung

I. Überflüssige Jugendstrafverteidigung?

Im weitgehend pädagogisch geprägten Jugendstrafverfahren ist die Verteidigung fast eine Art rechtsstaatlicher Fremdkörper. Immer wieder wurde sie nicht nur hierzulande «als ein problematischer, teilweise sogar höchst überflüssiger oder schädlicher Verfahrensbeteiligter beargwöhnt.»¹ Vor wenigen Jahren wurde die Verteidigung in Art. 40 JStG geregelt. Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes per 1.1.2007 wurde sie schweizweit vereinheitlicht, nachdem sie vorher in manchen Kantonen ein Mauerblümchendasein gefristet hatte.² In Art. 40 Abs. 1 JStG wurde klar festgehalten, dass die Jugendliche³ und ihre gesetzliche Vertretung jederzeit eine Verteidigung bestellen dürfen. Es darf indessen nicht verkannt werden, dass die Regelung der rechtsstaatlich wichtigen notwendigen und amtlichen Verteidigung in Art. 40 Abs. 2 JStG einen breiten Interpretationsspielraum zulies, ⁴ dazu wenig Rechtsprechung existierte und dementsprechend nach wie vor keine einheitliche Praxis zu ihrer Bestellung bestand. Die diesbezügliche Normierung in der neuen JStPO (Art. 24 f.), die die bisherige Regelung im JStG ausser Kraft setzt, ist etwas konkreter. Seit dem 1.1.2011 ist zudem rascher als bislang eine notwendige Jugendstrafverteidigung geboten; die Praxis zum JStG kann daher nicht unbeschadet übernommen werden. Unsere Publikation widmet sich aus aktuellem Anlass der Verteidigung nach der neuen JStPO. Sie soll der Praktikerin zum einen eine erste Orientierung vermitteln. Zum anderen aber sollen schlaglichtartig einige Problempunkte (dabei vor allem der Komplex «Verteidigung und gesetzliche Vertretung») beleuchtet werden, die u.E. in den Standardkommentierungen ⁵ etwas vernachlässigt wurden. Damit versteht sich der Beitrag nicht als Konkurrenz, sondern als Ergänzung zu diesen Standardwerken.

II. Die JStPO als lex specialis zur StPO

Die neue JStPO ist als lex specialis zur StPO konzipiert und regelt nur das von der StPO Abweichende. Wo keine spezifische Regelung in der JStPO besteht, gelten demzufolge Art. 128 ff. StPO auch bezüglich der Jugendstrafverteidigung.⁶ Spezifische Regeln zur Verteidigung enthält die JStPO einzig in den Art. 23 - 25. Nachfolgend gehen wir auf die jugendstrafrechtlichen Spezifika zur Verteidigung ein.⁷

forumpoenale-2011-114III. Das Recht auf Verteidigung im Jugendstrafrecht

Aufgrund der positivrechtlichen Vorgaben ist heute unbestritten, dass das Recht auf Verteidigung auch im Jugendstrafrecht gilt.⁸ Ihre Aufgabe und Funktion lässt sich wie folgt umschreiben: Sie wahrt einseitig und konsequent die Rechte und Parteiinteressen der (jugendlichen) Klientin (und nicht der gesetzlichen Vertretung). Seit dem Prozess gegen *Kröcher/Möller* ist der Auftrag der einseitigen Parteinahme für die beschuldigte Person durch das Bundesgericht für das Erwachsenenstrafrecht ⁹ klar festgehalten worden und gilt aufgrund eines wenig später gefällten höchstrichterlichen Leitentscheides gleichermassen im Jugendstrafrecht.¹⁰ Pointiert formuliert heisst dies: Die Verteidigung hat sich primär am Willen der Jugendlichen zu orientieren. Sie arbeitet – auch wenn psychosoziale Kenntnisse für ihren Auftrag unabdingbar und eine Spezialisierung auf Jugendstrafverteidigungen ¹¹ sinnvoll sind – nicht «im System», sondern als einseitige Interessenswahrerin der Jugendlichen und vertritt ihre Perspektive, wobei sie kurz- und langfristige Interessen der Jugendlichen mit ihr sorgfältig abwägen muss.¹² Jugendstrafbehörden, Sozialarbeiterinnen und gesetzliche Vertretung haben oft gegenläufige Anliegen zu den Jugendlichen und repräsentieren einen anderen Blickwinkel. Die Behörden haben zwar neben der reinen Strafverfolgungsfunktion auch einen pädagogischen Auftrag, vermögen aber aus verschiedenen Gründen die Partizipation und den Willen der Jugendlichen oft nicht ausreichend zu berücksichtigen (unter anderem aufgrund gleichzeitiger Beeinflussung durch andere Anliegen wie Staats-, Geschädigten-, aber auch Elterninteressen oder – teilweise durch die Medien beeinflusste – öffentliche Interessen). Eine an den Anliegen der angeschuldigten Jugendlichen orientierte Verteidigung bildet hier nicht nur ein institutionalisiertes Gegengewicht, sondern stellt im Jugendstrafsystem auch eine Ergänzung dar, die in einem (u.a. mittels der UN-Kinderrechtskonvention) den Kinderrechten verpflichteten Staat unabdingbar ist.¹³

IV. Wessen Verteidigung?

Gemäss Art. 23 JStPO können sowohl die gesetzliche Vertreterin (in praxi meist die Eltern) wie die Jugendliche selber eine Verteidigung mandatieren; die bisherige Regelung von Art. 40 Abs. 1 JStG wird damit sinngemäss übernommen. Wir halten diesen Einbezug der gesetzlichen Vertreterin in Art. 23 ff. JStPO, gerade in der Pubertät als Ablösungsphase der Jugendlichen, für problematisch, da gesetzliche Vertretung und Jugendliche eben abweichende Interessen haben können. Jugenddelinquenz hat überdies oftmals auch eine von mehreren Ursachen in Generationenkonflikten. Übersteigerte oder falsche Erziehungsvorstellungen können genauso eine Rolle spielen wie beidseitig übertriebene Schuld-, Scham- oder Ohnmachts- bzw. Überforderungsgefühle. Der sonst im Jugendstrafverfahren sicher sinnvolle Einbezug der gesetzlichen Vertretung¹⁴ ist demnach bei der Verteidigungsmandatierung geradezu fehl am Platz. Der Verteidigung wird damit bei der Mandatierung und/oder Finanzierung durch die gesetzliche Vertretung bei Interessensgegensätzen zwischen dieser und der Jugendlichen die Quadratur des Kreises zugemutet. Sie ist gleichsam Dienerin zweier Damen und sollte oft nach dem Wunsch der gesetzlichen Vertretung antagonistische familiäre Positionen zusammenführen und die Jugendliche gleichsam «zur Vernunft bringen» oder sonst ausgesprochene oder versteckte Wünsche der gesetzlichen Vertretung erfüllen. Eine umissverständliche Klärung, wessen Interessen die Verteidigung vertritt, ist überdies auch aus anwaltsrechtlichen Gründen dringend geboten, ansonsten sie ziemlich schnell gegen Art. 12 lit. c BGFA verstösst.

Im Übrigen spricht auch Art. 306 Abs. 2 ZGB dagegen, dass die gesetzliche Vertretung bei Ansätzen von Interessenskollisionen ohne Einwilligung der Jugendlichen gültig eine Verteidigung beauftragen kann. Diese Bestimmung statuiert, dass die Normen über die Vertretungsbeistandschaft (Art. 392 ZGB) stets Anwendung finden, wenn die Eltern in einer Angelegenheit Interessen haben, die denjenigen des Kindes widersprechen könnten.¹⁵ Es ist nicht einzusehen, weshalb das nicht auch für die Bestellung einer Verteidigung im Jugendstrafverfahren gelten sollte.

Das Bundesgericht betont in einem Entscheid¹⁶ u.E. zwar zu Recht, dass die gesetzliche Vertretung aufgrund ihrer *eigenen Parteistellung* im Jugendstrafverfahren einen Rechtsbeistand mandatieren kann und in gewissen Konstellationen auch Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand neben der Verteidigung der Jugendlichen hat, wenn die Interessen der Jugendlichen und der gesetzlichen Vertretung nicht deckungsgleich seien und die gesetzliche Vertretung mittellos forumpoenale-2011-115sei. Zur Begründung führt es richtigerweise aus, dass ein Jugendstrafverfahren eine ähnliche Eingriffstiefe in die Elternrechte wie ein zivilrechtlicher Obhutsentzug haben könne. Dieser Rechtsbeistand vertritt dann aber die Interessen der gesetzlichen Vertretung und nicht diejenigen der Jugendlichen. Wenn Jositsch et al. daraus folgern, in solchen Fällen träten dann zwei Verteidigungen (je eine für die gesetzliche Vertretung und die Jugendliche) auf, die möglicherweise sogar gegensätzliche Anträge stellen,¹⁷ halten wir dies nicht bloss für unpraktikabel, sondern für dogmatisch unscharf, mindestens aber terminologisch falsch. Der Beistand der gesetzlichen Vertretung sollte dann der Klarheit halber nicht als Verteidigung bezeichnet werden, sondern ist ein Rechtsbeistand sui generis. Er hat den Auftrag die gesetzliche Vertretung im Zusammenhang mit dem Jugendstrafverfahren in der Ausübung ihrer Rechte und Pflichten (meist ihrem Sorgerecht) zu vertreten bzw. zu beraten. Denn die Verteidigung ist allein den Interessen der beschuldigten Person und nicht denjenigen Dritter verpflichtet. Das folgt zwingend auch aus der Grundkonzeption des schweizerischen Jugendstrafrechts. Wenn Jugendliche vom Staat als strafmündig, mithin grundsätzlich für ihre strafrechtlichen Taten selbst verantwortlich (also handlungsfähig) angeschaut werden, sollte er ihnen auch das Recht zugestehen, eine nur ihren Interessen verpflichtete Verteidigung in Anspruch nehmen zu können oder zur Seite gestellt zu erhalten.

Eine terminologische Klärung und systematische Splittung der beiden Rollen auch im Gesetzestext täte daher u.E. zur Vermeidung von Missverständnissen de lege ferenda Not. Damit würden nicht nur Missverständnisse beseitigt, sondern auch die Kindeszentriertheit bzw. die Subjektstellung des Kindes/der Jugendlichen in einem Bereich realisiert, der bisher noch stark familienzentriert ausgestaltet ist und deshalb aus heutiger Sicht im Jugendstrafrecht einen Fremdkörper darstellt. An dieser Stelle sei aber betont, dass es bei weitem nicht in jedem Verfahren einer Verteidigung der angeschuldigten Jugendlichen bedarf und dass eine professionelle,

auf Jugendliche spezialisierte Verteidigung in den meisten Fällen einen separaten Rechtsbeistand für die Eltern bzw. die gesetzliche Vertretung obsolet machen dürfte.

Soweit ersichtlich wurde diese Problematik bisher weder unter der Herrschaft des JStG noch im Vorfeld zur neuen JStPO noch in den einschlägigen Kommentierungen detailliert diskutiert. ¹⁸ Über die Gründe dafür kann nur spekuliert werden. Möglicherweise ist das Jugendstrafrecht, welches wegen seiner Nähe zum Erwachsenenstrafrecht seit jeher «beschuldigtenzentriert» ausgestaltet war, gerade deswegen länger immun gegen die immer unüberhörbarer werdenden Rufe nach der konsequenten Umsetzung einer kindszentrierten Logik, die sich im Familienrecht nach langen Zeiten der Familienzentriertheit nun zügiger durchzusetzen scheint. ¹⁹ Eine Vertiefung dieser Frage scheint uns unabdingbar, ist aber auf dem vorliegend beschränkten Platz nicht möglich. De lege lata muss das im Gesetz angelegte (terminologische) Spannungsverhältnis, so gut es eben geht, mit einer dem Einzelfall und den drohenden Interessenskollisionen angepassten Rechtsprechung austariert werden.

U.E. muss deshalb die urteilsfähige Jugendliche ihre Verteidigung zumindest stets *auch* bevollmächtigen; dies sollte nicht alleine die gesetzliche Vertretung tun können, ansonsten ein Interessenskonflikt angelegt ist. Wobei bei solchen «Doppelvollmachten» aber durchaus sehr schnell Probleme hinsichtlich Instruktionen entstehen können. Als Konsequenz aus den bisherigen Bemerkungen müsste vermehrt in Fällen notwendiger Verteidigung (siehe unten Ziffer V.) schon in einem frühen Verfahrensstadium amtliche (ausschliesslich den Interessen der Jugendlichen verpflichtete) Verteidigungen angeordnet werden, wenn die Jugendliche die Verteidigung nicht zumindest mit bevollmächtigt hat (dazu auch Ziffer VI. am Ende). Ausserdem sollten in diesen Fällen Anwältinnen, welche einzig von der gesetzlichen Vertretung mandatiert worden sind, von der Jugendstrafjustiz vermehrt nicht mehr als Jugendstrafverteidigerinnen, sondern nur noch als Beistand der gesetzlichen Vertretung akzeptiert werden. Auf der anderen Seite wäre es notwendig, die Spezialisierung und die Ausbildung von Jugendstrafverteidigerinnen in der Schweiz zu fördern und amtliche Mandate nach Möglichkeit nur noch an solche zu vergeben.

forumpoenale-2011-116V. Die notwendige Verteidigung

Nach Art. 24 der neuen JStPO muss die Jugendliche notwendig verteidigt werden, wenn:

«a. ihr oder ihm ein Freiheitsentzug von mehr als einem Monat oder eine Unterbringung droht;

b. sie oder er die eigenen Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann und auch die gesetzliche Vertretung dazu nicht in der Lage ist;

c. die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft mehr als 24 Stunden gedauert hat;

d. sie oder er vorsorglich in einer Einrichtung untergebracht worden ist;

e. die Jugendanwältin oder der Jugendanwalt beziehungsweise die Jugendstaatsanwaltschaft an der Hauptverhandlung persönlich auftritt.»

Zu den Konstellationen nach Art. 24 lit. c, lit. d und lit. e JStPO bedarf es keiner näheren Ausführungen. Diese dürften der Praxis auch kaum Schwierigkeiten bereiten und die einschlägigen Kommentierungen diskutieren diese Thematik eingehend. ²⁰ Art. 24 lit. c JStPO gilt als Grund für eine notwendige Verteidigung analog Art. 130 lit. a StPO und zwar nur solange, wie die Haft andauert. ²¹ Auslegungsbedürftiger sind dagegen Art. 24 lit. a und b JStPO, die Art. 40 Abs. 2 lit. a und b JStG ersetzen, u.E. aber eine raschere Einsetzung einer Verteidigung als bisher gebieten.

Zu Art. 24 lit. a JStPO: Die Schwelle eines Monats drohender Freiheitsentzug ist u.E. sehr hoch. Für eine solche Strafe braucht es erfahrungsgemäss schon einiges.²² Die Praxis sollte sich daher analog dem Erwachsenenstrafrecht mit einer relativ weit entfernten Möglichkeit einer Unterbringung oder einer solchen Freiheitsstrafe begnügen.²³ Sind Anzeichen vorhanden, dass eine solche Strafe oder eine Fremdplatzierung auch nur entfernt in Betracht kommen könnte, liegt demnach bereits ein Fall notwendiger Verteidigung vor und die entsprechenden Vorkehrungen sind zu treffen.

Zu lit. b: Im Gegensatz zur bisherigen Regelung nach Art. 40 Abs. 2 lit. b JStG ist nicht mehr gefordert, dass Jugendliche und gesetzliche Vertretung zur Verteidigung *offensichtlich* nicht im Stande sind, sondern bloss, dass sie nicht in der Lage sind, ihre Interessen zu wahren. Mithin entfällt das einschränkende Merkmal der Offensichtlichkeit.

In der Praxis drängt sich eine zweistufige Prüfung auf. Zuerst ist zu klären, ob die betreffende Jugendliche ihre Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann. Dies dürfte relativ schnell zu bejahen sein: Unter anderem bei fehlenden intellektuellen Fähigkeiten, bei jüngeren Jugendlichen, bei schwierigen familiären, schulischen oder sozialen Verhältnissen oder wenn als Folge der strafrechtlichen Verurteilung grössere Zivilansprüche drohen, beispielsweise bei Sachbeschädigungen und Ähnlichem. Kann die Jugendliche ihre Interessen nicht wahren, muss noch geprüft werden, ob die gesetzliche Vertretung dies allenfalls stellvertretend tun könnte, wobei dies bei nicht mehr leichten Fällen zurückhaltend anzunehmen ist. Dabei sind zunächst die sprachlichen und intellektuellen Fähigkeiten derselben sowie ihr Verständnis für Verfahrensrechte abzuklären. Je komplexer ein Verfahren ist oder je grösser die (drohende) Eingriffstiefe oder die Folgen für die Jugendliche sind, umso höher ist der Massstab anzusetzen. Zudem folgt aus dem blossen Umstand, dass die gesetzliche Vertretung über entsprechende Ressourcen verfügt und sich selbst verteidigen könnte, nicht ihre Fähigkeit, dies für die Schutzbefohlene ebenfalls gekonnt zu tun; dies bedarf einer zusätzlichen Prüfung. In aller Regel ist dies deshalb wohl nur bei leichteren, unkomplizierten Fällen möglich, ausser die gesetzliche Vertretung verfügt über besondere (Straf-)Rechtskenntnisse und Vertretungsfähigkeiten.²⁴ Ausserdem bedarf es gerade hier auch bei entsprechenden Kenntnissen, vor allem in der Pubertät als Ablösungsphase, einer Sensibilität der Behörde für (latente) Interessenskonflikte zwischen gesetzlicher Vertretung und Jugendlicher, wobei die Praxis zu Art. 306 Abs. 2 ZGB eine sinnvolle Orientierungshilfe sein kann. Ist ein solcher Interessenskonflikt auch nur ansatzweise erkennbar, so ist die Fähigkeit zur Verteidigung durch die gesetzliche Vertretung zu verneinen und es liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, wenn die Jugendliche ihre Interessen nicht selber wahrnehmen kann.²⁵

Art 24 lit. b JStPO dürfte zudem künftig auch relativ oft im Jugendstrafvollzugsrecht zur Anwendung gelangen, welches aufgrund von Art. 1 auch in der JStPO geregelt ist. Der Prozess im Jugendstrafverfahren ist von der Eröffnung bis zum Vollzug als Einheit zu betrachten,²⁶ so dass u.E. die Bestimmungen über die Verteidigung auch dort zur Anwendung gelangen. Im Vollzugsrecht werden häufig Fragen von grosser Tragweite für die Betroffenen entschieden. Dem sind Jugendliche und/oder die gesetzliche Vertretung oft nicht alleine gewachsen, wissen sie doch meist nicht, was für Möglichkeiten bestehen und wie die Rechtslage ist (bei Umplatzierungen in eine andere Institution, bei Weiterführung bzw. Aufhebung einer Massnahme und Ähnlichem). Auch da ist mithin künftig vermehrt eine Verteidigung notwendig.²⁷

forumpoenale-2011-117VI. Die amtliche Verteidigung

Eine amtliche Verteidigung wird durch die im betreffenden Verfahrensstadium verfahrensleitende Behörde²⁸ eingesetzt, wenn in Fällen notwendiger Verteidigung innert Frist trotz genügender finanzieller Mittel keine Wahlverteidigung durch die Jugendliche oder gesetzliche Vertretung bestellt wird (Art. 25 lit. a und b JStPO). Auch hier stellt sich wieder das oben bereits diskutierte Problem der Mandatierung einer Wahlverteidigung durch die gesetzliche Vertretung.²⁹ Wenn indessen weder Jugendliche noch gesetzliche Vertretung über die notwendigen Mittel für eine Wahlverteidigung verfügen (Art. 25 lit. c JStPO), erübrigt sich diese Diskussion, ist diesfalls doch stets eine amtliche Verteidigung zu bestellen. Dem Wunsch der Jugendlichen auf eine

bestimmte amtliche Verteidigerin ist Rechnung zu tragen.³⁰

Rechtsstaatlich ist wie im Erwachsenenstrafprozessrecht problematisch, dass die verfahrensleitende Behörde künftig die Prozessgegnerin auswählt (Art. 133 Abs. 1 StPO).³¹ Es bleibt daher zu hoffen, dass diese Kompetenz – wie im Kanton Zürich – in möglichst vielen Kantonen mittelfristig der einzelnen «Frontjugendanwältin/-richterin» entzogen und auf eine übergeordnete Behörde übertragen wird. Zudem kann dieser rechtsstaatliche Mangel teils «entschärft» werden, wenn die verfahrensleitende Behörde aufgrund ihrer Sachkenntnis Verteidigerinnen wählt, die eine besondere Affinität zur Jugendstrafverteidigung und/oder psychosoziale Weiterbildungen aufweisen können, was sicher sachdienlich ist.³²

Es stellt sich abschliessend die Frage, ob es weitere Konstellationen amtlicher Verteidigungen gibt. Dies ist zu bejahen. Aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 134 Abs. 2 StPO ergibt sich, dass die verfahrensleitende Behörde einer Wahlverteidigerin eine amtliche Verteidigerin zur Seite stellen muss, wenn sie den Eindruck hat, die Wahlverteidigung wahre die Rechte und Interessen der Angeschuldigten nicht ausreichend.³³ Gerade wenn gesetzliche Vertreterinnen eine Wahlverteidigung bestellt haben, kann die anwaltliche Unabhängigkeit und einseitige Parteinahme für die Jugendliche gefährdet sein. In diesen Konstellationen bedarf es eines besonderen Augenmerks und einer Sensibilität der untersuchungsleitenden Behörde für heikle Fälle. Eine rasche Einsetzung einer amtlichen Verteidigung kann daher nicht selten und weit mehr als im Erwachsenenstrafrecht geboten sein. Die von der gesetzlichen Vertretung bestellte Verteidigung fungierte sodann in diesen Fällen fortan als Rechtsbeistand derselben und nicht mehr als Verteidigung.

VII. Kritische Würdigung

Begrüssenswert ist sicher die klarere Regelung der Jugendstrafverteidigung der JStPO im Vergleich zum JStG.. Positiv ist auch, dass das Recht der Jugendlichen auf Verteidigung, wie schon unter dem JStG., nicht mehr zur Debatte steht und es im geltenden Recht auch kein Einfallstor zur Einschränkung gibt. Sinnvoll ist überdies die tendenzielle Erweiterung der Konstellationen einer notwendigen Verteidigung.

Die Praxis wird indessen weisen, was aus den Normen zur amtlichen und notwendigen Verteidigung gemacht wird, ob vermehrt Jugendliche verteidigt werden, was rechtsstaatlich (gerade auch zur effektiven Umsetzung des Partizipationspostulates der UN-Kinderrechtskonvention) angezeigt wäre, oder ob die Jugendstrafverteidigung weiterhin eher marginalisiert wird. Insbesondere lit. a und b des Art. 24 JStPO lassen einen beträchtlichen Ermessensspielraum zu. An sich ist u.E. die Ansetzung der Monatsgrenze nach Art. 24 lit. a JStPO zu hoch. Wird indessen bereits bei einer relativ entfernten Möglichkeit einer solchen Strafe bzw. einer Unterbringung eine Verteidigung als notwendig angesehen und/oder Art. 24 lit. b JStPO extensiv ausgelegt, so relativiert dies solche Bedenken.

Mehr rechtsstaatliche Bedenken weckt dagegen, wie im Erwachsenenstrafprozessrecht, die Einsetzung der Verteidigung durch die Verfahrensgegnerin, jedenfalls solange dies nicht einer übergeordneten Behörde übertragen wird. Es soll allerdings nicht verschwiegen werden, dass diese Regelung wegen der Sachkenntnis der verfahrensleitenden Behörde auch die Chance bietet, Verteidigerinnen mit grosser Affinität zum Thema einzusetzen. Zudem ist der umfassende Einbezug der gesetzlichen Vertretung bei der Wahl der Verteidigung (zumindest terminologisch) unglücklich; da bedarf es einer rechtsstaatlichen Sensibilität der Behörde für latente Interessenskonflikte, damit die Verteidigung die Interessen forumpoenale-2011-118der Jugendlichen effektiv vertritt und nicht anderen Interessen verpflichtet ist. Sollte die Jugendliche aufgrund einer Verteidigungsmandatierung durch die gesetzliche Vertretung nicht gut verteidigt sein, ist die Behörde gefordert.

Stichwörter: Verteidigung, Jugendstrafrecht, Jugendstrafverteidigung, Jugendstrafprozessrecht, amtliche Verteidigung

Mots-clés: défense, droit pénal des mineurs, défense pénale des mineurs, procédure pénale applicable aux mineurs, défense d'office

Zusammenfassung: Der Beitrag diskutiert in Ergänzung zu den Standardkommentierungen das Institut der Jugendstrafverteidigung nach der neuen JStPO. Die Autoren richten dabei ihr Augenmerk schwergewichtig auf den in der bisherigen Debatte weitgehend vernachlässigten problematischen Einbezug der gesetzlichen Vertretung bei der Bestellung der Verteidigung und den damit latent angelegten Interessenskonflikten.

Résumé: En guise de complément aux commentaires classiques, la contribution traite de la défense pénale des mineurs telle que la prévoit la nouvelle PPMin. Dans ce contexte, les auteurs portent une attention toute particulière à une question à ce jour largement négligée dans la discussion, l'association problématique des représentants légaux à la désignation du défenseur et les conflits d'intérêts inhérents de manière latente à cette situation.

[*] Die Verfasser danken herzlich: Kathrin Bretschger Bitterli, Hansueli Gürber und Vreni Hürlimann für wertvolle Hinweise.

[1] Walter, Der Strafverteidiger im Jugendkriminalrecht, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Verteidigung in Jugendstrafsachen, Bonn 1987, 11; lesenswert ist weitergehend dazu Herrmann, Die Rolle der Verteidigung in der Jugendstrafpflege, Basel 1996, 6 ff.; einfürend Jositsch et al., JStPO Kommentar, Zürich 2010, Vor Art. 23 N 1 ff.; sowie Hug/Schläfli, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK JStPO, Basel 2011, Vor Art. 23 N 1 ff.

[2] Vgl. dazu den sogenannten «Begleitbrief für ein Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren» im Vernehmlassungsverfahren, 86 und 91 ff.; Riesen, Das neue Jugendstrafrecht (JStG), ZStrR 123 (2005), 19, 46 f.

[3] Die weibliche Form schliesst hier und nachfolgend Männer ein.

[4] Ähnlich Gürber/Hug/Schläfli, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK StGB I, 2. Aufl., Basel u.a. 2007, Art. 40 JStG N 4 f.

[5] Hug/Schläfli (Fn. 1), BSK JStPO, Art. 23 ff.; Jositsch et al. (Fn. 1), Art. 23 ff.

[6] Der Umfang der Verweisung regelt Art. 3 JStPO. Vgl. dazu weiterführend Jositsch et al. (Fn. 1), Einleitung N 12 ff. und Art. 3 N 1 ff.

[7] Für die «allgemeinen» Verteidigungsregeln verweisen wir auf die neue StPO und die dazu publizierte Literatur: einfürend etwa Schmid, StPO Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2009, Art. 128 ff.; ders., Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, N 724 ff.; Ruckstuhl, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK StPO, Basel 2011, Art. 128 ff.; eingehend die Monographie von Haefelin, Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozessrecht, Zürich u.a. 2010.

[8] Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 23 ff. BV.

[9] BGE 106 Ia 100, 104 ff.

[10] BGE 111 Ia 81, insbesondere 83 mit explizitem Verweis auf BGE 106 Ia 100.

[11] Ebenso für eine Spezialisierung Jositsch et al. (Fn. 1), Vor Art. 23 N 11; Hug/Schläfli (Fn. 1), BSK JStPO, vor Art. 23 N 4 ff.

[12] Vgl. für die Haltung bei Vertretungen von Kindern und Jugendlichen auch die Standards des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz (der einzigen Kinderrechtsorganisation mit Fokus auf Verfahrenspartizipation und -rechte), http://www.kinderanwaltschaft.ch/files/cms/tiny/standards_kurz_080609.pdf (26.11.10).

[13] Zum grundsätzlichen Verteidigungsauftrag einfürend statt vieler Schmid (Fn. 7), StPO Praxiskommentar, Art. 128 ff.; zu den weiteren, zusätzlichen Anforderungen in der Jugendstrafverteidigung einfürend Jositsch et al. (Fn. 1), vor Art. 23 N 11; Jugendstrafverteidigung ist daher nach unserer Auffassung eine Kür der Verteidigung und nicht etwa eine zweitrangige Aufgabe.

[14] Vgl. Art. 4 Abs. 4 und Art. 10 JStPO.

[15] Vgl. Breitschmid, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), BSK ZGB I, 4. Aufl., Basel u.a. 2010, Art. 306 N 4 f. mit zahlreichen Beispielen für solche Kollisionen (u.a. Vaterschafts- und Unterhaltsklagen, strafrechtliche Delikte in der Familie, Scheidungsverfahren).

[16] BGer, Urteil v. 24.4.2003, 1P.159/2003, E. 4.5.

[17] Jositsch et al. (Fn. 1), Art. 23 N 2.

[18] Sowohl der sog. Begleitbrief (Fn. 2), 91 ff. wie auch die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBI 2006, 1085, 1365 f. und auch Jositsch/Murer, Die Schweizerische Strafprozessordnung – ein Balanceakt zwischen Rechtsstaat und Erziehungsgrundsatz, ZStrR 127 (2009), 290 ff., äussern sich nicht zu diesem Konflikt. Interessanterweise spricht BBI (Fn. 18), 1085 ff., stets davon, dass die Jugendliche die Verteidigung in jedem Fall, auch bei notwendiger Verteidigung, selbst wählen könne und geht gar nicht darauf ein, dass eben nach dem Gesetzeswortlaut dies auch die gesetzliche Vertretung tun kann; Jositsch et al. (Fn. 1), vor Art. 23 ff. und Hug/Schläfli (Fn. 1), BSK JStPO, Art. 23 ff. diskutieren die grundsätzliche Problematik ebenfalls nicht; auch die Literatur zum bisherigen Art. 40 JStG äussert sich nur am Rande zu diesem Spannungsfeld: Gürber/Hug/Schläfli (Fn. 4), BSK StGB I, Art. 40 JStG N 5 oder Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, 359, halten – wie auch die aktuelle Kommentierung Hug/Schläfli (Fn. 1), BSK JStPO, Art. 24 N 3 – einzig fest, dass bei Vorliegen einer Interessenkollision zwischen Jugendlicher und gesetzlicher Vertreterin wohl eine amtliche Verteidigung zu bestellen bzw. eine Verteidigung notwendig sei, gehen aber nicht näher auf das *grundsätzliche* Spannungsfeld bei der Verteidigungsbestellung durch die gesetzliche Vertretung ein. Vgl. auch Hebeisen, Das neue materielle Jugendstrafrecht, in: Bänzinger/Hubschmid/Sollberger (Hrsg.), Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Bern 2006, 206 ff.; Repond/Queloz, Les principes caractéristiques de la nouvelle loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, RPS 2004, 411 ff.; Stump, Das neue schweizerische Jugendstrafrecht, FamPra 2007, 292 ff.; Berkemeier, Das Opportunitätsprinzip im Jugendstrafrecht, Zürich 2008, 181. Sie gehen alle gar nicht auf diese Frage ein.

[19] Spannend in diesem Zusammenhang Cottier, Subjekt oder Objekt? Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren. Eine rechtssoziologische Untersuchung aus der Geschlechterperspektive, Bern 2006.

[20] Jositsch et al. (Fn. 1), Art. 24 N 12 ff.; Hug/Schläfli (Fn. 1), BSK JStPO, Art. 24 N 2 ff.

[21] Schmid (Fn. 7), StPO Praxiskommentar, Art. 130 N 5 ff.; für das Jugendstrafprozessrecht Jositsch et al. (Fn. 1), Art. 24 N 24.

[22] Gl. M. wie viele andere auch Jositsch/Murer (Fn. 18), 315.

[23] Vgl. dazu Haefelin (Fn. 7), 260.

[24] Vgl. zur analogen Konstellation im Erwachsenenstrafrecht Art. 130 lit. c StPO. Die einschlägige Literatur dazu traut der gesetzlichen Vertretung eine gekonnte Vertretung nur in einfacheren Fällen zu, ausser die Vertretung sei (straf-)rechtlich versiert: Schmid (Fn. 7), StPO Praxiskommentar, Art. 130 N 11; Haefelin (Fn. 7), 262.

[25] Ähnlich zum bisherigen Recht Gürber/Hug/Schläfli (Fn. 4), BSK StGB I, Art. 40 JStG N 5; ebenso Hug/Schläfli (Fn. 1), BSK JStPO, Art. 24 N 3.

[26] Jositsch et al. (Fn. 1), Art. 1 N 3 und Einleitung N 25.

[27] Zur bisherigen Praxis statt vieler BGE 128 I 225, 227.

[28] Art. 133 Abs. 1 StPO; vgl. ferner die BBI (Fn. 18), 1366; Jositsch et al. (Fn. 1), Art. 25 N 6.

[29] Siehe vorne Ziff. IV.

[30] Art. 133 Abs. 2 StPO; Jositsch et al. (Fn. 1), Art. 25 N 6.

[31] Vgl. zur entsprechenden Kritik etwa Müller, Unabhängige Verteidigung in Frage gestellt, Plädoyer 1/10, 6 f.; Bernard, Klienteninteressen gehen den Anwaltsinteressen vor, Plädoyer 2/10, 68, 70; etwas weniger pointiert Schmid (Fn. 7), StPO Praxiskommentar, Art. 133 N 1.

[32] Ähnlich zu den Anforderungen einer guten Verteidigung Hug/Schläfli (Fn. 1), BSK JStPO, vor Art. 23 N 4 f.; Gürber/Hug/Schläfli (Fn. 4), BSK StGB I, Art. 40 JStG N 8; Jositsch et al. (Fn. 1), vor Art. 23 N 11 f. Der Verein Kinderanwaltschaft Schweiz baut ein Netz von spezialisierten Jugendstrafverteidigerinnen auf und bietet für diese zwecks Professionalisierung in Zukunft Weiterbildungen und Interventionen an. Den Jugendstrafbehörden soll mittelfristig in allen Kantonen vom Verein eine Liste dieser Spezialistinnen vorgelegt werden können. Ein Einbezug der Behörden sowie der Austausch mit ihnen sind erwünscht und sollen gesucht werden.

[33] Vgl. dazu statt vieler Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, 137; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Basel u.a. 2008, 363; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 997; Schmid (Fn. 7), StPO Praxiskommentar, Art. 134 N 4; BGE 131 I 350.