

Zeitschrift: Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC = Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 28 (2010)

Artikel: Wieviel ist uns die Verteidigung wert?

Autor: Ruckstuhl, Niklaus

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051545>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 03.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Wieviel ist uns die Verteidigung wert?

NIKLAUS RUCKSTUHL

Prof. Dr., Advokat in Allschwil. Titularprofessor für Strafprozessrecht an der Universität Basel-Stadt, Kantonsrichter am Kantonsgericht Basel-Landschaft

Zusammenfassung

Während Jahren hat das Bundesgericht es geschützt, wenn Officialverteidigungen resp. amtliche Verteidigungen nur soweit entschädigt wurden, dass die Unkosten der Verteidigung gedeckt waren, sie selbst aber kein Einkommen aus dieser Verteidigung erzielen konnte. Im Grundsatzentscheid 132 I 201 ff. aus dem Jahre 2006 hat es sich von dieser Praxis abgewendet und festgehalten, die Officialverteidigung müsse im schweizerischen Durchschnitt mit CHF 180 pro Stunde entschädigt werden, andernfalls das Willkürverbot und die Wirtschaftsfreiheit verletzt würden. Im Jahre 2009 wurde diese Rechtsprechung wieder relativiert und die Ausrichtung von Pauschalhonoraren geschützt. Die Officialverteidigung hat somit zwei Probleme: einerseits wird ihr vorgeworfen, der betriebene Aufwand sei zu hoch, obgleich die das urteilende Gericht kaum beurteilen kann, andererseits wird der gekürzte Aufwand nur bescheiden vergütet. Damit wird das wirtschaftliche Fortkommen von Officialverteidigerinnen und -verteidigern erheblich erschwert. Es fragt sich, wie sich das mit dem Grundsatz der Waffengleichheit verträgt, nachdem insbesondere der seitens der Strafverfolgung betriebene Aufwand nie hinterfragt wird, resp. diese ihn beliebig betreiben kann.

Nachteile hat die Verteidigung aber nicht nur bei der Honorierung, sondern generell bei der Verteidigungstätigkeit. Wie finanziert sie schon nur fachliche Beurteilungen von staatlichen Gutachten, ganz zu schweigen von Gegengutachten?

All diese Einschränkungen der Verteidigung sind mit dem Prinzip der Waffengleichheit nicht zu vereinbaren.

Résumé

Pendant des années, le Tribunal fédéral a soutenu que les avocats d'office ne devaient être indemnisés que de façon à ce que leurs débours soient remboursés, mais sans qu'ils ne puissent percevoir de revenu pour leur défense. Dans la décision de principe 132 I 201 ss. de l'an 2006 le TF s'est distancié de cette pratique et a statué que le défenseur d'office devait être indemnisé à raison d'une somme moyenne de FRS 180 par heure, faute de quoi l'interdiction de l'arbitraire et la liberté du commerce s'en trouveraient bafouées. En 2009, cette jurisprudence a été relativisée et défendue l'idée d'honoraires établis forfaitairement. La défense d'office a ainsi deux problèmes : D'une part, il lui est reproché que les dépenses occasionnées sont trop élevées, même si le tribunal compétent n'est guère à même d'en juger et, d'autre part, les dépenses admises sont généralement réduites et modestement défrayées. Ainsi, la survie économique des défenseurs d'office est devenue considérablement plus difficile. Se pose la question de savoir si tout cela s'accorde avec le principe de l'égalité des armes vu que, du côté de l'accusation, les dépenses ne sont jamais remises en question, mais sont plutôt faites à discrétion.

L'avocat est désavantagé non pas seulement au moment de présenter ses honoraires, mais de façon plus générale, en déployant ses activités de défenseur. Comment peut-il financer ne serait-ce que des avis autorisés provenant d'expertises officielles (sans même évoquer les contre-expertises)?

Toutes ces limitations de la défense ne sont pas compatibles avec le principe de l'égalité des armes.

1. Einführung

Wenn ich sage, die Verteidigung ist dem Staat, insbesondere der Strafjustiz, wenig oder kaum etwas wert, dann haben Sie von einem Strafverteidiger wie mir wohl gar nicht viel anderes erwartet. Diese Aussage wäre allerdings zu einfach und zu plakativ, wenn sie sich nicht belegen liesse. Das will ich im Folgenden versuchen, und zwar nicht bloss anhand der Honorierung der Verteidigung, woran der Titel meines Vortrages primär denken lässt, sondern auch anhand anderer Bedürfnisse der Verteidigung.

2. Honorierung

2.1. Ausgangspunkt

Mein Referat ist Teil des Tagungsblocks mit dem Titel „Waffengleichheit“. Ich will damit nicht sagen, dass die Frage der Honorierung der Verteidigung *die* zentrale Frage der Waffengleichheit ist. Denn wenn man dies unter dem Aspekt der Waffengleichheit betrachten wollte, so stellte sich die Frage, mit wem sich die Verteidigung vergleichen will, dem Lohn eines Staatsanwaltes oder jenem einer Gerichtspräsidentin? Dennoch ist dieser Aspekt nicht völlig zu vernachlässigen.

Wenn wir die Honorierung der Verteidigung näher betrachten, dann ist zwischen zwei Fällen zu unterscheiden, einerseits der Honorierung der Wahl- oder Privatverteidigung und andererseits jener der amtlichen, unentgeltlichen oder Officialverteidigung.

2.2. Die Honorierung der Privatverteidigung

Seit der Abschaffung der Zwangstarife kann die Verteidigung mit der Mandantschaft das Honorar frei vereinbaren, was die meisten heute auch mittels einer Honorarvereinbarung tun. Strafverteidigungen werden in aller Regel nach Stundenaufwand abgerechnet und das Honorar der Verteidigung bestimmt sich somit im Wesentlichen aus der Anzahl der gearbeiteten Stunden, multipliziert mit dem vereinbarten Stundenansatz.

Wird die beschuldigte Person freigesprochen, so hat sie in der Regel Anspruch auf Schadenersatz. Die Kosten der Verteidigung gehören also zu den Schadenspositionen. Sind nun die Gerichte ohne weiteres verpflichtet, das dem Klienten in Rechnung gestellte Honorar diesem zurück zu vergüten? Bei weitem nicht. Zur Disposition stehen sowohl der verrechnete Stundenansatz, die Anzahl der aufgewendeten Stunden und schliesslich auch die weiteren Auslagen der Verteidigung, welche ihr durch Abklärungen und Leistungen, die sie von dritter Seite angefordert hat¹, entstanden sind.

¹ Oder der beschuldigten Person selbst, wenn sie diese Drittaufwendungen direkt in Auftrag gegeben hat.

2.2.1. Stundenansatz

Mindestens in den beiden Kantonen Basel-Stadt und Basel-Land variiert der vergütete Stundenansatz je nach Behörde, welche die Parteientschädigung ausrichtet. Die beiden Staatsanwaltschaften vergüten i.d.R. CHF 220 pro Stunde, die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte i.d.R. CHF 250. Nach meiner Kenntnis vergüten die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte im Maximum CHF 300 pro Stunde, wenn besondere Konstellationen gegeben sind². Was aber, wenn die Verteidigung mit dem Klienten einen höheren Stundenansatz vereinbart hat? Warum muss dann das Gericht im Rahmen des Schadenersatzes, der der freigesprochenen Person auszurichten ist³, nicht das Stundenhonorar vergüten, das in der Honorarabrede vereinbart wurde, mindestens solange dieses sich im Rahmen der staatlichen Honorarordnung bewegt? Im Kanton Basel-Landschaft liegt der Stundenansatz immerhin zwischen CHF 180 bis 350 pro Stunde (§ 3 TO-BL), in Basel-Stadt zwischen CHF 180 und 400 pro Stunde (§ 13 Abs. 1 HO-BS). Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid festgehalten, dass die Parteientschädigung durch die kantonalen Behörden festzusetzen sei, sofern nicht aus dem anwendbaren Gesetz selbst hervorgehe, dass eine volle Entschädigung geschuldet sei⁴. Wenn dann die kantonale Behörde die Parteientschädigung ermessensweise festlege und sich dabei auf eine konstante Praxis für die Höhe des Stundenansatzes berufe, werde dieses Ermessen nur durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Angemessenheit begrenzt. Wenn diese ermessengemässe Bestimmung der Parteientschädigung im Streit liegt, gesteht das Bundesgericht der Vorinstanz einen erheblichen Ermessensspielraum zu und greift nur ein, wenn diese in Willkür verfällt. Willkür konnte es im konkreten Fall nicht erkennen, in welchem die Verteidigung gestützt auf eine Honorarvereinbarung einen zu entschädigenden Stundenansatz von CHF 230 forderte, das kantonale Obergericht aber praxisgemäss nur einen solchen von CHF 220 zusprach⁵.

Es kommt dann noch die ewige Diskussion hinzu, ob der Schwierigkeit des Falles durch eine Erhöhung des Stundenansatzes Rechnung zu

² Beispielsweise in Verfahren betreffend Strafbarkeit von Medizinalpersonen mit umfangreichen Fachgutachten und Gegengutachten.

³ Vgl. § 37 Abs. 1 StPO-BS und § 33 Abs. 1 StPO-BL. Die Entschädigung steht der ehemals angeschuldigten Person zu, weshalb die Rechnung der Verteidigung an diese zu adressieren ist und nicht an das Gericht.

⁴ BGer 6B_347/2009, E. 2.3.2.

⁵ BGer 6B_347/2009, E. 2.3.4.

tragen ist, oder ob diese Schwierigkeit sich nicht eben bereits im höheren *Stundenaufwand* niederschlägt und damit schon abgegolten sei. Dabei bleibt aber unberücksichtigt, dass die erfahrene Verteidigerin für denselben Fall weniger Aufwand treiben muss als ein unerfahrener Verteidiger. Dass die erfahrene Verteidigerin dann wegen des geringeren Zeitaufwandes ein tieferes Honorar erhält als der unerfahrene, ist nicht sachgerecht, sondern sachgerecht ist nur, wenn beide gleich viel erhalten. Der Unerfahrene hat dabei einen höheren Stundenaufwand, die erfahrene Verteidigerin dafür einen höheren Stundenansatz zu gut. Damit kann die erfahrene Verteidigerin aufgrund des höheren Stundenansatzes insgesamt mehr verdienen als der unerfahrene Verteidiger, was wiederum sachgerecht ist.

Betrachtet man dasselbe bei der Staatsanwaltschaft und den Gerichten, so verdienen erfahrene Gerichtspersonen mehr als unerfahrene, weil i.d.R. der staatliche Lohn aufgrund der jährlich zunehmenden Erfahrungsstufen steigt, also der erfahrene Staatsanwalt eben auch mehr verdient als der unerfahrene. Hinzu kommen noch Unterschiede bezüglich Gerichtsstufe: zweitinstanzliche Richter verdienen mehr als erstinstanzliche, Bundesrichter noch mehr. Also müsste auch das Honorar der Verteidigung je nach Stufe, auf der agiert wird, höher sein, womit der steigenden Verantwortung auch Rechnung getragen würde.

All das ist aber Wunschtraum, in aller Regel bleibt es bei einem Stundenansatz zwischen CHF 200 und 250, der der Privatverteidigung im Rahmen der Entschädigung vergütet wird, von Gleichheit, ja nur schon von Vergleichbarkeit mit der Entlohnung von Justizpersonen also keine Spur.

2.2.2. Stundenanzahl

Wie bereits erwähnt wird auch die Anzahl Stunden, die die Verteidigung arbeitet, unterschiedlich beurteilt. Gerichte und Staatsanwaltschaften nehmen es sich heraus, den getriebenen Aufwand zu überprüfen und angeblich übertriebenen Aufwand zu kürzen. Ich behaupte dabei, dass es für Staatsanwaltschaften und Gerichte gar nicht möglich ist zu beurteilen, ob der betriebene Aufwand angemessen oder überhöht ist, solange diese Justizpersonen selbst nie als Verteidiger gearbeitet haben. Ich erlaube mir diese Behauptung, da ich als Verwaltungsrichter auch Honorarnoten überprüfen muss und weiss, wie schwer es ist, die Angemessenheit des betriebenen Aufwandes zu beurteilen. Es werden denn auch von den Gerichten beliebige Faustformeln entwickelt, welche es erleichtern sollen, die An-

gemessenheit des Aufwandes zu beurteilen, aber wie es Faustformeln so an sich haben, werden sie dem Einzelfall nicht gerecht.

Auch hier kurz unter dem Blickwinkel der Waffengleichheit: Wurde je einmal beurteilt, wie viel Aufwand ein Staatsanwalt in einem bestimmten Fall betrieben hat und ob dieser angemessen war oder nicht? Und dasselbe bei einer Richterin oder einem Richter? Und hat man je gehört, dass das Einkommen des Staatsanwaltes oder der Richterin nach der Anzahl der erledigten Fälle bemessen wurde, resp. dass sein Einkommen reduziert wurde, wenn man der Auffassung war, er habe zuviel Aufwand in einem Fall betrieben?

Betrachtet man zudem die Möglichkeiten der Anwaltschaft, im Rahmen der Bemessung der Parteientschädigung auf deren konkrete Festsetzung Einfluss zu nehmen, so stehen wir erneut hinten an: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht für die amtliche Verteidigung gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV kein Anspruch auf rechtliches Gehör vor der Behörde, bevor ihre Honorarnote gekürzt wird, sondern nur, wenn die kantonale Vorschrift ein besonderes Anhörungsrecht für den Fall einer beabsichtigten Kürzung bejaht⁶, wofür wohl auch eine blossе Praxis des entsprechenden Kantons genügen muss⁷. Das rechtliche Gehör des Anwaltes besteht darin, dass er detailliert angibt, wann er was getan hat und welcher Aufwand ihm dabei entstand. Will die Behörde den geltend gemachten Aufwand nicht *tel quel* übernehmen, so muss sie das der Verteidigung weder vorgängig mitteilen noch ihr die Möglichkeit geben, zur beabsichtigten Kürzung Stellung nehmen zu können, was zur Folge hat, dass die Verteidigung schon fast präventiv eine Erläuterung zur Honorarnote abgeben muss, um spezielle Aufwände – sei es von der Art oder der Höhe her – zu begründen und damit das Risiko zu minimieren, die im Rechtsmittelverfahren nachholen zu müssen. Das gilt, wie gesagt dann, wenn das kantonale Recht kein spezielles vorgängiges Anhörungsrecht kennt. Kürzt die zuständige Behörde den geltend gemachten Aufwand, so muss das Gericht zu jeder Abweichung wenigstens kurz angeben, aus welchem konkreten Grund die Aufwendungen oder Auslagen als unnötig oder übersetzt erachtet werden⁸, andernfalls das rechtliche Gehör verletzt ist, denn die Honorarkürzung kann ja nur dann begründet angefochten

⁶ Vgl. BGE 1P.161/2006, E. 2.2.

⁷ So bestehend in BS (vgl. AGE 21.12.2006 i.S. D.G., 22.6.2006 i.S. A.J.), verneint für BL in BGer 1P.161/2006, E. 2.2.

⁸ Vgl. BGer 9C_991/2008, E. 3.1.2; 6B_752/2008, E. 1.5.2; 1P.194/2004, E. 5.3.1; 1P.228/2001, E. 3c.; 6B_136/2009, E. 2.3.

werden, wenn man die Gründe für die Kürzung kennt. Da aber Ermessensentscheide, und um solche geht es vorliegend, von oberen Instanzen nur ungern überprüft werden und vom Bundesgericht sowieso nur, wenn das Ermessen willkürlich ausgeübt wurde, kann man sich die Chancen einer Honorarbeschwerde ausmalen.

2.3. Die Honorierung der amtlichen oder Officialverteidigung

Noch bitterer wird die Situation bei der Honorierung der Officialverteidigung⁹. Das beginnt schon damit, dass einige Kantone die Unart kennen, die Verteidigung immer nur im Rahmen der Officialverteidigung zu entschädigen, auch wenn sie das Verfahren gewinnt, selbst wenn die Verteidigung die Gewährung der Officialverteidigung nur für den Fall beantragt, dass sie am Ende unterliegt. Und dass die Honorierung der Officialverteidigung tiefer ist als jene der Privatverteidigung, das ist bekannt und darauf komme ich noch zurück.

2.3.1. Honorierung der amtlichen Verteidigung im Falle des Obsiegens

Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass der Umstand, dass der obsiegenden Partei ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt wurde, die unterliegende Partei nicht von einer Prozessentschädigung an die obsiegende entbinde; der Umstand, dass die obsiegende Partei von einem unentgeltlichen Rechtsbeistand vertreten werde, sei keine wesentliche Tatsache für die Festsetzung der Parteientschädigung und daran ändere dann eben auch nichts, wenn die Parteientschädigung nicht von einem privaten Prozessgegner geschuldet werde, sondern von der öffentlichen Hand¹⁰.

Im Klartext heisst das folgendes: Die Verteidigung kann beantragen als amtliche Verteidigung eingesetzt zu werden, um auf jeden Fall Sicherheit dafür zu haben, im Rahmen der amtlichen Verteidigung für ihre Tätigkeit auch entschädigt zu werden. Es bleibt ihr aber unbenommen, eine volle Parteientschädigung zu verlangen, wenn das Verfahren ohne Kostenfolge eingestellt oder der Klient kostenlos freigesprochen wird. In die-

⁹ Vgl. zum Ganzen Meichssner St., Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, http://www.meichssner.ch/urp_aufsatz_07.12.2009.pdf http://www.meichssner.ch/urp_aufsatz_07.12.2009.pdf, zuletzt besucht am 10. Mai 2010.

¹⁰ BGer 5A_388/2009, E. 3.2., unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung in BGer 5P.421/2000, E. 3b.

sem Fall ist der Kanton verpflichtet, der Verteidigung ein volles Honorar zuzusprechen.

Allerdings haben einzelne kantonale Gerichte bereits erklärt, sich an diese Rechtsprechung nicht halten zu wollen.

2.3.2. Angemessener Aufwand

Für die Bestimmung des angemessenen Aufwandes, der im Rahmen einer *Offizialverteidigung* getrieben werden darf, gilt das Ausgeführte, allerdings in noch verschärfter Form, denn hier kann die Verteidigung nicht damit argumentieren, dass die Angemessenheit des betriebenen Aufwandes sich ja aus dem Resultat selbst begründe (Freispruch), mindestens dann nicht, wenn sie unterliegt. Um so wichtiger wäre die Gewährung eines zweistufigen rechtlichen Gehörs vor dem Entscheid über die Honorierung: zuerst kann die Verteidigung den betriebenen Aufwand detailliert geltend machen und dann nochmals Stellung nehmen, wenn dieser Aufwand nicht vollumfänglich abgegolten werden soll, indem ihr mitgeteilt wird, was als übersetzt erachtet wird, sodass die Verteidigung spezifisch die Notwendigkeit dieser einzelnen Bemühungen begründen kann, bevor erstinstanzlich über die Honorierung entschieden wird¹¹. Selbst in diesem Fall sind die Erfolgsaussichten der Verteidigung aber minim, weil die entscheidende Behörde ohnehin immer besser weiss, welcher Aufwand angemessen war oder nicht.

2.3.3. Stundenansatz

Ganz verworren wird es, wenn man den Stundenansatz betrachtet, welcher im Rahmen einer *Offizialverteidigung* vergütet werden muss.

Gemäss dem Bundesgericht steht den Kantonen ein weiter Ermessensspielraum zu bei der Bemessung des Honorars des amtlichen Verteidigers¹².

In einem als *Praxisänderung* bezeichneten Leitentscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass sich die Entschädigung im Sinne einer Faustregel für einen Anwalt im schweizerischen Durchschnitt im Jahre 2006 in der Grössenordnung von CHF 180 pro Stunde (zuzüglich MWSt) bewe-

¹¹ Dies entspricht der Praxis im Kanton Basel-Stadt.

¹² BGer 6B_856/2009, E. 4.2.

gen müsse¹³, um vor der Verfassung standzuhalten, wobei kantonale Unterschiede Abweichungen nach unten und oben rechtfertigen können. Dabei müsse aber ein Verdienst der Verteidigung im Bereich von 60-70 Franken pro verrechnete Stunde¹⁴ als verfassungsrechtliches Minimum erachtet werden¹⁵. Wenn hier von Verdienst die Rede ist, meint das Bundesgericht unternehmerischen Gewinn. Gleichzeitig hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Reduktion des Honorars des amtlichen Verteidigers im Vergleich zum ordentlichen Tarif zulässig bleibe, auf deutsch heisst das also, dass es nach wie vor zulässig ist, dem Officialverteidiger einen geringeren Stundenansatz zu vergüten als dem Privatverteidiger. Es hat es leider versäumt, überhaupt zu begründen, warum das so sein soll¹⁶.

Die geringere Honorierung der Officialverteidigung hat eine lange Tradition. Schon gemäss den kantonalen Anwaltsgesetzen waren alle Anwältinnen und Anwälte verpflichtet, solche Pflichtverteidigungen zu übernehmen (und das nicht nur in Strafsachen, sondern in allen Rechtsgebieten). Das gilt heute gesamtschweizerisch und einheitlich aufgrund von Art. 12 lit. g des Anwaltsgesetzes (BGFA)¹⁷. Weiter ging man davon aus, dass die Anwaltschaft aufgrund des Anwaltsmonopols ein gesichertes Auskommen durch privat bezahlte Mandate habe und die Einkommenseinbusse bei der reduzierten Honorierung in amtlichen Mandaten durch die besser bezahlten, privaten Mandate kompensieren könne. Die geringe Entschädigung bei den Pflichtmandaten war somit das Gegenstück zum gesicherten Einkommen aufgrund des Anwaltsmonopols, also eine Art Gegenleistung der Anwaltschaft für den ihr vom Staat durch das Anwaltsmonopol verschafften Konkurrenzschutz.

Die Praxis trieb dies dann bis zum Exzess, wobei das Bundesgericht die Kantone so lange schützte, als der Anwalt wenigsten seine Selbstkosten

¹³ BGE 132 I 201, E. 8.7.

¹⁴ Gemeint ist damit, was vom vergüteten Stundenansatz nach Abzug der Fixkosten pro verrechnete Stunde als Verdienst verbleibt.

¹⁵ BGE 132 I 201, E. 8.7 in fine, woraus sich klar ergibt, dass Abweichungen in der Höhe des Stundenansatzes nach oben und unten dadurch bedingt sein müssen, dass die Fixkosten für die Anwaltschaft pro verrechnete Stunde in den Kantonen unterschiedlich hoch liegen können. Beim Ansatz von CHF 180 pro Stunde ging das Bundesgericht von durchschnittlichen Fixkosten von CHF 115 bis CHF 120 pro verrechnete Stunde aus, woraus sich das verfassungsrechtliche Minimum ergibt. Sind die durchschnittlichen Fixkosten höher, muss der vergütete Ansatz höher werden, um das verfassungsrechtliche Minimum nicht zu unterschreiten.

¹⁶ BGE 132 I 201, E. 8.6, und ebenso wenig in 6B_183/2007, E.3.2.

¹⁷ Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

durch das Honorar gedeckt erhielt¹⁸. Es hat das Honorar erst dann als willkürlich tief und damit als Verletzung der Wirtschaftsfreiheit erachtet, wenn der Anwalt gar keinen oder nur noch einen geringen Gewinn erzielte¹⁹.

Erst im Jahre 2006 überlegte das Bundesgericht²⁰ nochmals grundsätzlich, ob es verfassungskonform sei, wenn dem amtlichen Verteidiger ein Honorar ausgerichtet werde, das nur dessen Unkosten inkl. Altersvorsorge deckt, darüber hinaus ihm aber keinen Gewinn und damit kein Einkommen verschafft. Endlich erkannte auch das Bundesgericht, dass sich in den letzten Jahrzehnten sowohl die gesellschaftlichen Verhältnisse als auch der Beruf des Rechtsanwaltes als solcher wesentlich veränderten, indem das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege an Bedeutung gewonnen habe und mittlerweile ein Grundpfeiler des Rechtsstaates bilde, insbesondere im Bereich des Strafrechts. Auch anerkannte das Bundesgericht, dass die Struktur der Anwaltskanzleien nicht mehr dieselbe ist wie vor Jahren, indem v.a. die Beratungstätigkeit lukrativ sei und die forensische Tätigkeit wirtschaftlich an Bedeutung verloren habe. Beratung unterliege aber nicht dem Anwaltsmonopol, sodass der bislang immer betonte Konkurrenzschutz nicht mehr in diesem Ausmass bestehe. Zudem würden heute die Pflichtmandate nicht mehr nur einen kleinen Teil der Mandate des Anwaltes darstellen, sondern v.a. in forensischen Kanzleien einen erheblichen und ins Gewicht fallenden. Dem kann nur zugestimmt werden, insbesondere und v.a. im Bereich des Strafrechts, nachdem die Fälle auch umfangmässig derart zugenommen haben, dass es selbst einigermaßen gut situierten Beschuldigten nicht mehr möglich ist, selbst für die Verteidigungskosten aufzukommen²¹. Unter diesen Umständen erachtete es das

¹⁸ BGE 122 I 1, E. 3.a.

¹⁹ 1983 und 1984 erachtete das Bundesgericht einen Stundenansatz von CHF 70 bzw. 80 für den Kanton Zürich als noch knapp ausreichend, 1985 für Genf CHF 80 als nicht mehr kostendeckend aufgrund der höheren Lebenshaltungskosten dort, 1989 für den Kanton Thurgau CHF 61 pro Stunde als an der untersten Grenze, zwei Jahre später aber dann schon nicht mehr. Die Stundenansätze nahmen nur langsam zu: 1992 wurden für Genf CHF 100 pro Stunde als verfassungskonform betrachtet, 1996 wurden CHF 120 für Genf als nicht mehr genügend erachtet, 1998 dasselbe für Neuenburg. Geschützt wurden Stundenansätze von CHF 130 im Thurgau anno 1997, CHF 150 in Freiburg 1998 und dasselbe 1999 in Zürich, CHF 160 im Kanton Waadt im Jahre 1999, vgl. zu dieser Entwicklung BGE 132 I 201, E. 7.4.2.

²⁰ BGE 132 I 201, E. 8.

²¹ Was bspw. augenfällig wird, wenn im grossen Zigarettenschmuggel-Fall das Bundesstrafgericht amtliche Honorare von um die CHF 200'000 pro Verteidiger ausgesprochen hat!

Bundesgericht als stossend, wenn dem Officialverteidiger für seine Tätigkeit bloss die eigenen Aufwendungen abgegolten werden, das sei mit dem Willkürverbot und der Wirtschaftsfreiheit nicht mehr zu vereinbaren²². Diese Erkenntnis des Bundesgerichts ist zwar löblich, kommt aber reichlich spät. Nach meiner eigenen Erfahrung waren diese Verhältnisse bereits Ende der 1980er Jahre Realität, mindestens in den grösseren Agglomerationen.

In der Folge stützt sich das Bundesgericht für die Festlegung, was noch eine angemessene Entschädigung des Officialverteidigers sei, auf eine Studie des schweizerischen Anwaltsverbandes²³ und legt diese Honorierung auf CHF 180 pro Stunde (zuzüglich MWSt) als verfassungsrechtliches Minimum für den schweizerischen Durchschnitt fest²⁴. Auf diesen Betrag kommt es, indem es Infrastrukturkosten von Officialverteidigern von CHF 115 bis 120 pro Stunde annimmt, womit ein Verdienst von CHF 60 bis 70 pro Stunde verbleibe, davon ausgehend, dass Officialverteidiger i.d.R. eine bescheidenere Infrastruktur und Personalkosten haben als Wirtschaftskanzleien an der Bahnhofstrasse in Zürich oder der Aeschenvorstadt in Basel. Geht man weiter von der erwähnten Studie des Anwaltsverbandes aus, dann kommt ein Anwalt im Schnitt auf 1476 fakturierbare Stunden, was zu einem Einkommen von CHF 88'500 bis 103'320 führen würde²⁵. Kantonale Unterschiede könnten dabei den zu vergütenden Stundenansatz nach oben oder unten verschieben. Das war ein Meilenstein in der Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und man dachte, damit sei der Streit um die Officialverteidigungshonorare ausgestanden. Weit gefehlt.

3½ Jahre später nimmt das Bundesgericht eine Kehrtwende vor und erklärt Pauschalhonorare für Strafverteidigungen gemäss seiner bisherigen Rechtsprechung als grundsätzlich zulässig²⁶, dies allerdings gestützt auf einen Entscheid, der ein Ehescheidungsverfahren betraf. Das ist schon vom Ansatz her grundlegend falsch. Es mag angehen, in typisierten Verfahren mit Fallpauschalen für die unentgeltliche Verbeiständung zu operieren. Dass sich das Familienrecht dafür besonders eignet, liegt ebenfalls auf der Hand, geht es doch dort immer um die gleichen sich stellenden

²² BGE 132 I 201, E. 8.5.

²³ Vgl. Anwaltsrevue 2005/8, 313 ff.

²⁴ BGE 132 I 201, E. 8.7.

²⁵ Mit diesem Verdienst liegen Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger massiv hinter den Gehältern von Staatsanwälten zurück, ganz zu schweigen von Gerichtspräsidenten.

²⁶ BGE 6B_856/2009.

Rechtsfragen. Allerdings können auch diese höchst unterschiedlich komplex sein, was auch nicht vernachlässigt werden darf. Im Strafrecht hingegen gibt es solche typische Verfahren mit immer ähnlich hohem Aufwand nicht. Woran wollte man denn den typischen Fall definieren? So geht es bspw. in Eheschutzverfahren immer um dasselbe: Regelung der Wohnverhältnisse, Regelung der Kinderbelange (Obhut, Besuchsrecht, Unterhalt) und um den Unterhalt der Ehegatten. Das ist es dann auch bereits mehr oder weniger. Im Strafrecht ist weder die beantragte Strafhöhe ein Indikator für den zu erwartenden Verteidigungsaufwand noch die Anzahl der angeklagten Delikte, ganz zu schweigen die Art der angeklagten Delikte. Relevant für den Aufwand ist die Komplexität des Verfahrens (Fall bestritten oder nicht? Klare Beweislage oder Indizienprozess?), die Persönlichkeitsstruktur des Beschuldigten und die rechtlichen Schwierigkeiten im angeklagten Tatbestand. So kann ein Mordfall höchst einfach sein, wenn er zugestanden ist, ein bestrittener Betrug bei einer geringen Deliktssumme aber sehr aufwändig, wenn der Frage der Arglist nachgegangen werden muss und noch Folgedelikte wie Geldwäscherei angeklagt sind. Damit ist es a priori sachlich offenkundig nicht geboten, im Strafrecht mit Fallpauschalen zu arbeiten, weil es schlicht keine standardisierten, einer Pauschale zugängliche, weil vergleichbare, Standardsituationen gibt und die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist deshalb hier bereits vom Ansatz her verfehlt.

Ein zweites kommt hinzu. Das Bundesgericht hat im fraglichen Fall ausgeführt, dass die kantonale Vorinstanz einen Aufwand von 48 Stunden als angemessen erachtet habe, sei nicht zu beanstanden, da den kantonalen Behörden bei der Bemessung des Officialverteidigerhonorars ein weiter Ermessensspielraum zustehe und sich das Bundesgericht grosse Zurückhaltung auferlege, wenn das kantonale Gericht den betriebenen Aufwand des Verteidigers als übersetzt erachte. Was heisst das nun? Das heisst nichts anderes, als dass die kantonalen Gerichte weiterhin an ihren Fallpauschalen festhalten dürfen. Konkret werden sie dann so vorgehen, dass sie die als angemessen erachtete Pauschale festlegen, diese durch 180 dividieren, womit sie auf die abgegoltene Stundenzahl kommen, und dann sagen, dieses Ergebnis entspreche dem vernünftigerweise zu treibenden Aufwand, mit der Folge, dass das Bundesgericht sagt, der Officialverteidiger wurde ja mit CHF 180 pro Stunde entschädigt, dem Grundsatzentscheid aus dem Jahre 2006 sei damit Genüge getan, und wenn das kantonale Gericht den die Abgeltung übersteigenden Aufwand für übertrieben erachte, dann sei das im Ermessen dieser Behörde, in welches man nicht

eingreife. Und genau so war es im vorliegenden Fall: Das Kreisgericht Werdenberg-Sargans sprach dem Verteidiger eine Pauschalhonorar von CHF 9'600 zu und erklärte, 48 Stunden seien der angemessene Aufwand für die Verteidigung des Angeschuldigten, was einer Vergütung von CHF 200 pro Stunde entsprach. Auf den Einwand des Anwalts – es ging *nota bene* um einen bestrittenen Vergewaltigungsfall mit Inhaftierung des Klienten, wobei der Verteidiger einen Freispruch erzielte –, dass sein ausgewiesener Aufwand von rund 81 Stunden vom Kreisgericht nicht in Frage gestellt worden sei, ging das Bundesgericht schon gar nicht ein, weil der Verteidiger nicht geltend gemacht habe, die Praxis im Kanton St. Gallen sei willkürlich.

Es bleibt somit dabei, dass die kantonalen Gerichte geradezu aufgefordert werden, einfach den betriebenen Aufwand für überhöht zu bezeichnen, um den Entscheid für eine Beschwerde ans Bundesgericht bereits wasserdicht zu machen. Es kann aber nicht sein, dass Personen, die keine Ahnung haben, was Strafverteidigung bedeutet, einfach nach eigenem Gutdünken bestimmen, welcher vom Verteidiger betriebene Aufwand angemessen ist und welcher nicht. Es ist ja auch nicht der Gast im Restaurant, der den Preis des verzehrten Males bestimmt. Sowenig wie der Gast wissen kann, welcher Aufwand hinter einem „Menu Surprise“ steht, so wenig kann ein Gericht anhand des *sichtbaren* Aufwandes des Verteidigers verlässlich beurteilen, wie hoch der effektive Aufwand des Verteidigers im ganzen Verfahren war.

2.3.4. Aussichtslosigkeit

Des weiteren kommt hinzu: beliebt ist nicht nur, den Aufwand als übersetzt zu erachten und deshalb den geltend gemachten Aufwand zu kürzen, noch fast beliebter ist es, in Rechtsmittelverfahren die eingelegte Beschwerde oder Appellation als aussichtslos zu bezeichnen und damit die Honorierung ganz zu verweigern.

Zu erinnern ist zum Ersten daran, dass nur durch eigentlich aussichtslose Rechtsmittel Änderungen der Rechtsprechung bewirkt werden können. Solche Rechtsmittel wenden sich gegen eine konstante und fest verankerte Praxis und sind deshalb begriffsnotwendig aussichtslos. Wie sich aber zeigt, sind sie das nicht immer, weil sie eben immer wieder zur Änderung von feststehenden Praxen führen. Praxisänderungen kann die Verteidigung somit nur dann anstreben, wenn sie im entsprechenden Mandat privat honoriert wird und damit nicht riskiert, für Gottes Lohn das Rechts-

mittel ergreifen zu müssen. Bei Rechtsmitteln kommt eine weitere Besonderheit hinzu: In aller Regel muss der Aufwand seitens der Verteidigung vorweg erbracht werden, bevor eine Entscheidung über die Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung ergeht, denn über diese wird in aller Regel erst mit der Hauptsache entschieden (insbesondere in sämtlichen Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht, aber auch überall dort, wo das Rechtsmittel nicht bloss vorerst angemeldet und gleichzeitig um Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung nachgesucht werden kann, womit erst nach deren Bewilligung oder Verweigerung die Begründung verfasst werden muss). Die bundesgerichtlichen Entscheide sind zudem auffallend dürr in der Begründung, warum ein Rechtsmittel aussichtslos gewesen sein soll und damit die unentgeltliche Verteidigung nicht bewilligt wird, was besonders dann mehr als eigenartig anmutet, wenn das Bundesgericht vorher über Seiten hinweg begründen muss, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist, dann aber am Schluss in einem einzigen Satz sagt, daraus ergebe sich ja auch die Aussichtslosigkeit der Beschwerde.

Und um hier nochmals die Waffengleichheit zu bemühen: Hat man jemals erfahren, dass einem Staatsanwalt oder einem Gericht der Lohn gekürzt wurde, wenn eine Beschwerde des Staatsanwaltes abgewiesen oder ein Urteil aufgehoben wurde? Ich verstehe ja schon, dass das Institut der unentgeltlichen Prozessführung nicht dazu dienen soll, dass der Officialverteidiger selbst bestimmen kann, wie hoch sein Einkommen wird, indem er beliebig Aufwand auf Staatskosten betreibt. Aber es bleibt das Unbehagen, dass Gerichte erst nach langen Erwägungen zur Erkenntnis gelangen, dass die Beschwerde abzuweisen ist und deshalb, also aufgrund des Resultates, dann plötzlich sonnenklar sein soll, dass die Beschwerde auch aussichtslos war.

2.3.5. Weiterer Aufwand der Verteidigung

Die Zweiklassengesellschaft in der Verteidigung Beschuldigter erschöpft sich nicht nur in der Honorierung der Verteidigung für ihre Bemühungen, sondern geht in anderen Bereichen munter weiter. Kann sich der privat verteidigte Beschuldigte allenfalls leisten, ein staatsanwaltliches Gutachten durch ein privates Gegengutachten zu erschüttern und so mindestens die Erstellung eines Obergutachtens zu erzwingen, so kann das der officialiter verteidigte schon gar nicht. Das heisst, staatliche Gutachten sind faktisch sakrosankt und der unentgeltliche Verteidiger kämpft vergeblich für ein Obergutachten. Wenn staatlicherseits ein Gutachten in Auftrag

gegeben wird, heisst das ja nichts anderes, als dass die Justizbehörden in diesem Bereich zu wenig Fachwissen haben, um eine Frage zu beurteilen. Der Verteidiger hat meist nicht mehr Fachwissen als ein Staatsanwalt in diesen Bereichen und kann deshalb die Richtigkeit des Gutachtens auch nicht beurteilen. Im Gegensatz zum Staatsanwalt hat er aber den Gutachter nicht ausgewählt, ja er war meist bei der Auswahl des Gutachters gar nicht gefragt worden. Das wird auch nach der eidg. StPO nicht viel anders werden, wenn zwar die Verteidigung Einwände gegen die sachverständige Person erheben kann (Art. 184 Abs. 3, aber auch dort nicht immer), gleichzeitig Bund und Kantone aber für bestimmte Gebiete dauernd bestellte oder amtliche Sachverständige vorsehen können, was wohl die kantonalen Institute für Rechtsmedizin sein werden, inkl. der forensischen Psychiatrie. Wie soll man also sorgfältig verteidigen, wenn man ein staatliches Gutachten nicht mindestens durch eine Fachperson des eigenen Vertrauens auf seine Richtigkeit und Schlüssigkeit hin überprüfen lassen kann? Dies wird seitens der Gerichte als nicht nötig erachtet, weil doch der staatliche Gutachter nach bestem Wissen und Gewissen gearbeitet habe und erst noch unter der Strafdrohung des wissentlich falschen Gutachtens stehe. Wissentlich falsche Gutachten kommen sicher kaum je vor. Aber fehlerhafte? Solche, in denen Ermessensspielräume des Gutachters bspw. nicht nach dem in dubio Grundsatz beurteilt werden? Als ob sich Gutachter noch nie geirrt hätten. Eine kritische Hinterfragung der Gutachten durch die Verteidigung ist deshalb unabdingbar, gerade weil zu oft festgestellt wird, dass das seitens der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte nicht gemacht wird.

3. Schlussbemerkungen

Als Quintessenz ist festzustellen, dass die unentgeltliche Verteidigung dem Staat nicht viel wert ist, weil sie kostet. Dass aber auch die Gerichte und die Staatsanwaltschaft kosten, stört niemanden. Diese unterschiedliche Beurteilung liegt meines Erachtens darin begründet, dass nach wie vor die Rolle, die die Verteidigung im Gefüge der Strafjustiz darstellt, nicht (an)erkannt wird. Auf theoretischer Ebene ist man sich zwar einig, dass ein fairer Strafprozess ohne Verteidigung eigentlich nicht möglich ist, der Gesetzgeber anerkennt es wenigstens in den Fällen der notwendigen Verteidigung. In der konkreten Umsetzung des Postulats nach Waffengleichheit ist davon aber wenig bis gar nichts mehr zu spüren. Das zeigt sich nicht nur in der Honorierung der Officialverteidigung, sondern betrifft

gleichermaßen die Honorierung der Privatverteidigung im Falle eines Freispruchs, ja zeigt sich generell in der Ausgestaltung der Verteidigungsrechte. Am Beispiel der Honorierung der Officialverteidigung lässt sich aber besonders entlarvend nachweisen, weil Gründe für eine Beschränkung der Verteidigungsrechte (hier also für eine nicht umfassende Entschädigung der Officialverteidigung) nun beim besten Willen nicht herbeigeredet werden können, wohingegen eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts oder von Teilnahmerechten ohne weiteres durch angeblich höherrangige Interessen gerechtfertigt werden kann. Ob diese dann immer höherrangig sind, sei dahingestellt. Diese beschränkte Honorierung der Officialverteidigung führt weiter dazu, dass v.a. jüngere Anwältinnen und Anwälte, die sich zu Beginn ihrer selbständigen Tätigkeit auch mit Officialverteidigungen ihr Brot verdienen, diesen Bereich verlassen, sobald sie mit anderen Mandaten besser bezahlt werden und damit auch besser verdienen. Damit geht das *know-how* dieser Strafverteidiger laufend wieder verloren und an deren Stelle treten wieder unerfahrene, die der Staatsanwaltschaft und den Gerichten weniger Probleme bereiten. Ob das allenfalls auch gewollt ist? Der Anspruch nach Waffengleichheit gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK²⁷ bleibt damit auf jeden Fall weiterhin uneingelöst, die Verteidigung wird als unnötiger Störfaktor empfunden, v.a. dann, wenn sie aus der Staatskasse entschädigt werden muss. Und deshalb ist mindestens *die* Verteidigung, die vom Staat finanziert werden muss, dem Staat nichts wert.

²⁷ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).