

05.092

## **Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts**

vom 21. Dezember 2005

---

Sehr geehrte Herren Präsidenten,  
sehr geehrte Damen und Herren,

wir unterbreiten Ihnen hiermit mit dem Antrag auf Zustimmung die Botschaft mit den Entwürfen einer Schweizerischen Strafprozessordnung und einer Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung.

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, folgenden parlamentarischen Vorstoss abzuschreiben:

2001 P 01.3288 Völkermord. Überlebende als Privatkläger  
(N Mugny, 5.10.2001)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Herren Präsidenten, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

21. Dezember 2005

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Samuel Schmid

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

---

## Übersicht

*Während das materielle Strafrecht seit langem vereinheitlicht ist, gibt es in der Schweiz heute nach wie vor 29 verschiedene Strafprozessordnungen, 26 kantonale und 3 des Bundes. Diese Rechtszersplitterung im Bereich des Verfahrensrechts erklärt sich daraus, dass nach bisheriger verfassungsrechtlicher Kompetenzordnung für die Regelung des Verfahrens und der Gerichtsorganisation grundsätzlich die Kantone zuständig waren; der Bund war einzig für das Verfahren bei bestimmten schweren Straftaten des gemeinen Strafrechts sowie für das Verfahren zum Militär- und zum Verwaltungsstrafrecht zuständig.*

*Im Jahr 2000 haben Volk und Stände mit grossen Mehrheiten den Bund generell zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts ermächtigt (Art. 123 Abs. 1 BV). Sie haben damit ein Vorhaben bestätigt und bekräftigt, das in den beiden letzten Jahrzehnten auch auf politischer Ebene mehr und mehr Unterstützung fand: Straftaten sollen künftig auch in unserem Land nicht mehr nur einheitlich umschrieben, sondern auch nach denselben prozessualen Regeln verfolgt und beurteilt werden. Die Gebote von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit, die Tatsache, dass die Rechtsprechung zur Bundesverfassung und zur Europäischen Menschenrechtskonvention das Prozessrecht seit langem und anhaltend beeinflusst und die verschiedenen Prozessordnungen einander angleicht, eine Kriminalität, die an Mobilität, Professionalität und Spezialisierung zunimmt, der Gewinn und die Chancen eines einheitlichen Prozessrechts für die Wissenschaft, die Anwaltschaft, den interkantonalen Personaleinsatz der Strafbehörden und die Zusammenarbeit auf internationaler Ebene – das alles sind Gründe, welche die Idee der Vereinheitlichung haben reifen lassen. Der Bundesrat möchte diese Idee so rasch als möglich in die Tat umsetzen. Neben der bereits verabschiedeten Reform der Bundesrechtspflege und der ebenfalls geplanten Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts bildet diese Vorlage den dritten Pfeiler einer umfassenden Neuordnung des Prozessrechts des Bundes.*

*Die Vorlage besteht aus zwei Gesetzesentwürfen: dem Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) und dem Entwurf für eine Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (JStPO). Die JStPO ist als Lex specialis zur StPO ausgestaltet, d.h. sie enthält nur und alle Regeln, in denen der Strafprozess gegen Jugendliche von der StPO abweicht.*

*Die beiden neuen Gesetze lösen die bisherigen 26 kantonalen Strafprozessordnungen ab, einschliesslich der Bestimmungen über das Jugendstrafverfahren; die StPO ersetzt zudem den alten Bundesstrafprozess (Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege, BStP). Ausgeklammert bleiben – zumindest vorläufig – der Militärstrafprozess und das Verwaltungsstrafverfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht. Dagegen sind zahlreiche andere strafprozessuale Bestimmungen zu integrieren, die heute in anderen Erlassen des Bundes enthalten sind, aber in den Regelungsbereich einer Strafprozessordnung gehören.*

*Die Entwürfe nehmen weder für sich in Anspruch, eine Synthese von 27 Prozessordnungen zu präsentieren, noch ein für die Schweiz vollständig neues Strafprozessrecht zu entwickeln. Ohne dass eine einzelne Prozessordnung als Vorlage gedient*

---

hätte, knüpfen sie vielmehr an bestehende Verfahrensformen und -institute an, soweit sich diese bewährt haben. Wo notwendig und sinnvoll, wird Bestehendes weiterentwickelt. Ziel ist es, einen gesetzlichen Rahmen zu schaffen, der es erlaubt, in jedem Einzelfall zwischen den im Strafverfahren involvierten, diametral entgegenstehenden Interessen einen gerechten Ausgleich zu finden. Die Entwürfe versuchen dies, indem sie in zentralen Fragen ausgewogene Lösungen vorschlagen. Das gilt etwa für die Rolle der Polizei im Vorverfahren, für die Ausgestaltung der Verteidigungsrechte, für die Stellung des Opfers, für die Voraussetzungen für die Ergreifung von Zwangsmassnahmen und deren Kontrolle oder für die Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems.

Bewährtes zu übernehmen, bedeutet nicht, sich Neuem zu verschliessen. Die Entwürfe sehen verschiedene Regelungen vor, die so bisher nicht oder nur in einzelnen Kantonen bekannt waren. Dazu gehören die Einführung eines ausgebauten Opportunitätsprinzips, Möglichkeiten der Verständigung zwischen Täter und Opfer und der Absprache zwischen beschuldigter Person und Staatsanwaltschaft, eine Stärkung der Verteidigungsrechte, ein Ausbau gewisser Rechte des Opfers, eine Erweiterung des prozessualen Zeugenschutzes und die Überwachung von Bankbeziehungen als neue Zwangsmassnahme. Auf anderes soll dagegen verzichtet werden, sei es, weil die Neuerung unserer Rechtstradition allzu fremd scheint (Kreuzverhör in der Hauptverhandlung), sei es vorab aus rechtsstaatlichen Gründen (Kronzeugenregelung).

Die Vereinheitlichung des Verfahrensrechts bedingt nicht zwingend auch eine Vereinheitlichung der gesamten Gerichtsorganisation. Diese ist denn auch von Verfassungen wegen grundsätzlich nach wie vor den Kantonen überlassen (Art. 123 Abs. 2 BV). Auf der anderen Seite ist eine Vereinheitlichung des Verfahrens ohne gewisse organisatorische Grundentscheide nicht möglich. So gehören zu einem einheitlichen Prozessrecht ein einheitliches Strafverfolgungsmodell, eine einheitliche Umschreibung der sachlichen Zuständigkeit der Strafgerichte sowie ein einheitliches Rechtsmittelsystem.

In diesen Bereichen besteht denn auch der grösste Anpassungsbedarf. Die organisatorischen Vorgaben machen je nach Kanton mehr oder weniger ausgeprägte Anpassungen in der Behördenorganisation nötig. Die vom Bundesrat befürwortete Wahl des Staatsanwaltschaftsmodells bedingt eine Neuordnung des Vorverfahrens in den Kantonen (und im Bund), in denen heute auch Untersuchungsrichter tätig sind. Das vorgeschlagene Rechtsmittelsystem, das neben der Beschwerde und der Revision die Berufung als ausreichendes, aber auch notwendiges Rechtsmittel vorsieht, schafft Anpassungsbedarf in einzelnen Kantonen (und im Bund). Auch das im Entwurf der StPO vorgesehene Zwangsmassnahmengericht wird gewisse organisatorische Umstellungen mit sich bringen.

Diese und andere Anpassungen sind vorzunehmen, bevor die vereinheitlichten Prozessordnungen in Kraft treten können. Bund und Kantone werden zu diesem Zweck Einführungsgesetze erlassen müssen. Für den Bund kommen verschiedene Ausführungsverordnungen zur StPO hinzu, in denen vorab technische Details zu regeln sind.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Übersicht</b>	<b>1086</b>
<b>1 Grundzüge der Vorlage</b>	<b>1094</b>
1.1 Ausgangslage	1094
1.2 Gegenstand der Vereinheitlichung	1095
1.3 Vielfältige Gründe für die Vereinheitlichung	1096
1.3.1 Fortgeschrittene Harmonisierung durch höchstrichterliche Rechtsprechung	1096
1.3.2 Stärkung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit	1097
1.3.3 Erleichterung des interkantonalen Personaleinsatzes	1098
1.3.4 Bessere wissenschaftliche Bearbeitung der Materie	1098
1.4 Entstehungsgeschichte der Vorlage	1098
1.4.1 Expertenkommission (1994–1997)	1098
1.4.2 Ausarbeitung der Vorentwürfe (1999–2001)	1099
1.4.3 Vernehmlassungsverfahren (2001–2003)	1099
1.4.4 Überarbeitung der Vorentwürfe (2003–2005)	1100
1.5 Grundzüge des Entwurfs für eine schweizerische Strafprozessordnung (E-StPO)	1101
1.5.1 Allgemeine Leitlinien	1101
1.5.1.1 Anknüpfen an Bestehendes	1101
1.5.1.2 Umfassende Kodifikation	1101
1.5.1.3 Beschränkte Eingriffe in die Gerichtsorganisation	1102
1.5.1.4 Bemühen um ausgewogene Regelungen	1102
1.5.1.5 Harmonisierung mit anderen Verfahrensgesetzen des Bundes	1103
1.5.2 Einheitliches Strafverfolgungsmodell	1103
1.5.2.1 Die vier Grundmodelle	1104
1.5.2.2 Die Modellfrage im Vernehmlassungsverfahren	1105
1.5.2.3 Gründe für das Festhalten am Staatsanwaltschaftsmodell II	1106
1.5.3 Neue strafprozessuale Instrumente und Verfahrensformen	1109
1.5.4 Nicht vorgesehene strafprozessuale Instrumente	1111
1.5.4.1 Privatstrafklageverfahren	1111
1.5.4.2 Kronzeugenregelung	1112
1.5.4.3 Besonderer Tieranwalt	1113
1.5.4.4 Kreuzverhör in der Hauptverhandlung	1114
1.5.4.5 Verzicht auf besondere Verfahren zur Überprüfung oder Zulassung der Anklage	1115
1.5.5 Ablauf eines ordentlichen Strafverfahrens nach dem E-StPO	1115
1.6 Grundzüge des Entwurfs für eine schweizerische Jugendstrafprozessordnung (E-JStPO)	1116
1.6.1 Separates Gesetz	1116
1.6.2 Heutige Situation	1117
1.6.3 Der Vorentwurf von 2001	1118
1.6.4 Die Modellfrage im Vernehmlassungsverfahren	1118
1.6.5 Grundsätzliches Festhalten am Jugendrichtermodell	1118
1.6.6 Weitere Grundzüge des Entwurfs	1119

1.7 Rechtsvergleich	1120
1.7.1 Einleitung	1120
1.7.2 Römer Statut	1121
1.7.3 Recht der EU	1121
1.7.3.1 Verfahrensrechte	1122
1.7.3.2 Stellung des Opfers im Strafverfahren	1123
1.7.3.3 Zeugenschutz und Kronzeugenregelungen	1123
1.7.3.4 Überwachung des Fernmeldeverkehrs	1124
1.8 Umsetzung	1125
1.8.1 Im Allgemeinen	1125
1.8.2 Zur Frage der Berufungsinstanz auf Bundesebene	1126
1.9 Abschreibung parlamentarischer Vorstösse	1127
<b>2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln des E-StPO</b>	<b>1127</b>
2.1 1. Titel: Geltungsbereich und Grundsätze	1127
2.1.1 1. Kapitel: Geltungsbereich und Ausübung der Strafrechtspflege (Art. 1 und 2)	1127
2.1.2 2. Kapitel: Grundsätze des Strafverfahrensrechts (Art. 3–11)	1128
2.2 2. Titel: Strafbehörden	1134
2.2.1 1. Kapitel: Befugnisse	1134
2.2.1.1 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 12–14)	1134
2.2.1.2 2. Abschnitt: Strafverfolgungsbehörden (Art. 15–17)	1136
2.2.1.3 3. Abschnitt: Gerichte (Art. 18–21)	1137
2.2.2 2. Kapitel: Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Kantonen (Art. 22–28)	1140
2.2.3 3. Kapitel: Gerichtsstand	1141
2.2.3.1 1. Abschnitt: Grundsätze (Art. 29–30)	1141
2.2.3.2 2. Abschnitt: Besondere Gerichtsstände (Art. 31–36)	1142
2.2.3.3 3. Abschnitt: Gerichtsstandsverfahren (Art. 37–40)	1143
2.2.4 4. Kapitel: Nationale Rechtshilfe	1144
2.2.4.1 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 41–46)	1144
2.2.4.2 2. Abschnitt: Verfahrenshandlungen auf Verlangen des Bundes oder eines anderen Kantons (Art. 47–49)	1146
2.2.4.3 3. Abschnitt: Verfahrenshandlungen in einem anderen Kanton (Art. 50–51)	1146
2.2.5 5. Kapitel: Internationale Rechtshilfe (Art. 52–53)	1147
2.2.6 6. Kapitel: Ausstand (Art. 54–58)	1148
2.2.7 7. Kapitel: Verfahrensleitung (Art. 59–63)	1150
2.2.8 8. Kapitel: Allgemeine Verfahrensregeln	1151
2.2.8.1 1. Abschnitt: Mündlichkeit; Sprache (Art. 64–66)	1151
2.2.8.2 2. Abschnitt: Öffentlichkeit (Art. 67–70)	1152
2.2.8.3 3. Abschnitt: Geheimhaltung, Orientierung der Öffentlichkeit, Mitteilung an die Behörden (Art. 71–73)	1153
2.2.8.4 4. Abschnitt: Protokolle (Art. 74–77)	1155
2.2.8.5 5. Abschnitt: Entscheide (Art. 78–81)	1156
2.2.8.6 6. Abschnitt: Eröffnung der Entscheide und Zustellung (Art. 82–86)	1157
2.2.8.7 7. Abschnitt: Fristen und Termine (Art. 87–92)	1158

2.2.8.8	8. Abschnitt: Datenbearbeitung (Art. 93–97)	1159
2.2.8.9	9. Abschnitt: Aktenführung, Akteneinsicht und Aktenaufbewahrung (Art. 98–101)	1161
2.3	3. Titel: Parteien und andere Verfahrensbeteiligte	1162
2.3.1	1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen	1162
2.3.1.1	1. Abschnitt: Begriff und Stellung (Art. 102–106)	1162
2.3.1.2	2. Abschnitt: Verfahrenshandlungen der Parteien (Art. 107 und 108)	1165
2.3.2	2. Kapitel: Beschuldigte Person (Art. 109–112)	1166
2.3.3	3. Kapitel: Geschädigte Person, Opfer und Privatklägerschaft	1169
2.3.3.1	1. Abschnitt: Geschädigte Person (Art. 113)	1169
2.3.3.2	2. Abschnitt: Opfer (Art. 114 und 115)	1170
2.3.3.3	3. Abschnitt: Privatklägerschaft (Art. 116–119)	1171
2.3.3.4	4. Abschnitt: Zivilklage (Art. 120–124)	1172
2.3.4	4. Kapitel: Rechtsbeistand	1176
2.3.4.1	1. Abschnitt: Grundsätze (Art. 125)	1176
2.3.4.2	2. Abschnitt: Verteidigung (Art. 126–133)	1177
2.3.4.3	3. Abschnitt: Unentgeltliche Rechtspflege für die Privatklägerschaft (Art. 134–136)	1181
2.4	4. Titel: Beweismittel	1182
2.4.1	1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen	1182
2.4.1.1	1. Abschnitt: Erhebung und Verwertbarkeit (Art. 137–139)	1182
2.4.1.2	2. Abschnitt: Einvernahmen (Art. 140–143)	1185
2.4.1.3	3. Abschnitt: Teilnahmerechte bei Beweisabnahmen (Art. 144 und 145)	1187
2.4.1.4	4. Abschnitt: Schutzmassnahmen (Art. 146–153)	1188
2.4.2	2. Kapitel: Einvernahme der beschuldigten Person (Art. 154–158)	1192
2.4.3	3. Kapitel: Zeuginnen und Zeugen	1196
2.4.3.1	1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 159–164)	1196
2.4.3.2	2. Abschnitt: Zeugnisverweigerungsrechte (Art. 165–173)	1198
2.4.3.3	3. Abschnitt: Zeugeneinvernahme (Art. 174)	1207
2.4.4	4. Kapitel: Auskunftsperson (Art. 175–178)	1208
2.4.5	5. Kapitel: Sachverständige (Art. 179–188)	1211
2.4.6	6. Kapitel: Sachliche Beweismittel (Art. 189–192)	1213
2.5	5. Titel: Zwangsmassnahmen	1215
2.5.1	1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen (Art. 193–198)	1215
2.5.2	2. Kapitel: Vorladung, Vorführung und Fahndung	1217
2.5.2.1	1. Abschnitt: Vorladung (Art. 199–204)	1217
2.5.2.2	2. Abschnitt: Polizeiliche Vorführung (Art. 205–207)	1220
2.5.2.3	3. Abschnitt: Fahndung (Art. 208 und 209)	1221
2.5.3	3. Kapitel: Freiheitsentzug, Untersuchungs- und Sicherheitshaft	1222
2.5.3.1	1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 210–213)	1222
2.5.3.2	2. Abschnitt: Polizeiliche Anhaltung; Nacheile (Art. 214 und 215)	1224
2.5.3.3	3. Abschnitt: Vorläufige Festnahme (Art. 216–218)	1226
2.5.3.4	4. Abschnitt: Untersuchungs- und Sicherheitshaft: Allgemeine Bestimmungen (Art. 219–222)	1228
2.5.3.5	5. Abschnitt: Untersuchungshaft (Art. 223–227)	1230

2.5.3.6	6. Abschnitt: Sicherheitshaft (Art. 228–232)	1234
2.5.3.7	7. Abschnitt: Vollzug der Untersuchungs- und der Sicherheitshaft (Art. 233–235)	1235
2.5.3.8	8. Abschnitt: Ersatzmassnahmen (Art. 236–239)	1236
2.5.4	4. Kapitel: Durchsuchungen und Untersuchungen	1236
2.5.4.1	1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 240–242)	1237
2.5.4.2	2. Abschnitt: Hausdurchsuchung (Art. 243 und 244)	1238
2.5.4.3	3. Abschnitt: Durchsuchung von Aufzeichnungen (Art. 245–247)	1238
2.5.4.4	4. Abschnitt: Durchsuchung von Personen und von Gegenständen (Art. 248 und 249)	1239
2.5.4.5	5. Abschnitt: Untersuchungen des Körpers (Art. 250 und 251)	1240
2.5.4.6	6. Abschnitt: Untersuchungen an Leichen (Art. 252 und 253)	1240
2.5.5	5. Kapitel: DNA-Analysen (Art. 254–258)	1241
2.5.6	6. Kapitel: Erkennungsdienstliche Erfassung, Schrift- und Sprachproben (Art. 259–261)	1243
2.5.7	7. Kapitel: Beschlagnahme (Art. 262–267)	1245
2.5.8	8. Kapitel: Geheime Überwachungsmassnahmen	1248
2.5.8.1	1. Abschnitt: Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 268–278)	1248
2.5.8.2	2. Abschnitt: Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 279 und 280)	1251
2.5.8.3	3. Abschnitt: Observation (Art. 281 und 282)	1252
2.5.8.4	4. Abschnitt: Überwachung von Bankbeziehungen (Art. 283 und 284)	1254
2.5.8.5	5. Abschnitt: Verdeckte Ermittlung (Art. 285–297)	1255
2.6	6. Titel: Vorverfahren	1257
2.6.1	1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen (Art. 298–304)	1258
2.6.2	2. Kapitel: Polizeiliches Ermittlungsverfahren (Art. 305 und 306)	1260
2.6.3	3. Kapitel: Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft	1263
2.6.3.1	1. Abschnitt: Aufgaben der Staatsanwaltschaft (Art. 307–310)	1263
2.6.3.2	2. Abschnitt: Durchführung der Untersuchung (Art. 311–315)	1265
2.6.3.3	3. Abschnitt: Vergleich und Mediation (Art. 316 und 317)	1267
2.6.3.4	4. Abschnitt: Abschluss der Untersuchung (Art. 318 und 319)	1270
2.6.4	4. Kapitel: Einstellung des Verfahrens und Anklageerhebung	1272
2.6.4.1	1. Abschnitt: Einstellung des Verfahrens (Art. 320–324)	1272
2.6.4.2	2. Abschnitt: Anklageerhebung (Art. 325–328)	1275
2.7	7. Titel: Erstinstanzliches Hauptverfahren	1277
2.7.1	1. Kapitel: Rechtshängigkeit, Vorbereitung der Hauptverhandlung, allgemeine Bestimmungen zur Hauptverhandlung (Art. 329–335)	1278
2.7.2	2. Kapitel: Durchführung der Hauptverhandlung	1281
2.7.2.1	1. Abschnitt: Gericht und Verfahrensbeteiligte (Art. 336–338)	1281

2.7.2.2	2. Abschnitt: Beginn der Hauptverhandlung (Art. 339 und 340)	1282
2.7.2.3	3. Abschnitt: Beweisverfahren (Art. 341–347)	1283
2.7.2.4	4. Abschnitt: Parteivorträge und Abschluss der Parteiverhandlungen (Art. 348 und 349)	1286
2.7.2.5	5. Abschnitt: Urteil (Art. 350–353)	1287
2.7.3	3. Kapitel: Widerrufsverhandlung (Art. 354)	1288
2.8	8. Titel: Besondere Verfahren	1288
2.8.1	1. Kapitel: Strafbefehlsverfahren (Art. 355–360)	1289
2.8.2	2. Kapitel: Übertretungsstrafverfahren (Art. 361–364)	1292
2.8.3	3. Kapitel: Abgekürztes Verfahren (Art. 365–369)	1294
2.8.4	4. Kapitel: Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts (Art. 370–372)	1297
2.8.5	5. Kapitel: Verfahren bei Abwesenheit der beschuldigten Person	1299
2.8.5.1	1. Abschnitt: Voraussetzungen und Durchführung (Art. 373 und 374)	1299
2.8.5.2	2. Abschnitt: Neue Beurteilung (Art. 375–378)	1301
2.8.6	6. Kapitel: Selbständige Massnahmeverfahren	1303
2.8.6.1	1. Abschnitt: Anordnung der Friedensbürgschaft (Art. 379–381)	1303
2.8.6.2	2. Abschnitt: Verfahren bei einer schuldunfähigen beschuldigten Person (Art. 382 und 383)	1304
2.8.6.3	3. Abschnitt: Selbständiges Einziehungsverfahren (Art. 384–386)	1306
2.9	9. Titel: Rechtsmittel	1306
2.9.1	1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen (Art. 387–400)	1307
2.9.2	2. Kapitel: Beschwerde (Art. 401–405)	1311
2.9.3	3. Kapitel: Berufung	1313
2.9.3.1	1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 406–409)	1313
2.9.3.2	2. Abschnitt: Verfahren (Art. 410–414)	1315
2.9.3.3	3. Abschnitt: Berufungsentscheid (Art. 415 und 416)	1318
2.9.4	4. Kapitel: Revision (Art. 417–422)	1318
2.10	10. Titel: Verfahrenskosten, Entschädigung und Genugtuung	1323
2.10.1	1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen (Art. 423–428)	1323
2.10.2	2. Kapitel: Verfahrenskosten (Art. 429–436)	1325
2.10.3	3. Kapitel: Entschädigung und Genugtuung	1329
2.10.3.1	1. Abschnitt: Beschuldigte Person (Art. 437–440)	1329
2.10.3.2	2. Abschnitt: Privatklägerschaft und Dritte (Art. 441 und 442)	1331
2.10.3.3	3. Abschnitt: Besondere Bestimmungen (Art. 443 und 444)	1332
2.11	11. Titel: Rechtskraft und Vollstreckung der Strafentscheide	1332
2.11.1	1. Kapitel: Rechtskraft (Art. 445 und 446)	1333
2.11.2	2. Kapitel: Vollstreckung der Strafentscheide (Art. 447–452)	1333
2.12	12. Titel: Schlussbestimmungen	1335
2.12.1	1. Kapitel: Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts	1335
2.12.1.1	Änderung bisherigen Rechts (Anh. Ziff. II)	1336

2.12.2 2. Kapitel: Übergangsbestimmungen	1350
2.12.2.1 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 454 und 455)	1350
2.12.2.2 2. Abschnitt: Erstinstanzliches Hauptverfahren und besondere Verfahren (Art. 456–458)	1351
2.12.2.3 3. Abschnitt: Rechtsmittelverfahren (Art. 459 und 460)	1352
2.12.2.4 4. Abschnitt: Einsprachen gegen Strafbefehle; Privatstrafklageverfahren (Art. 461 und 462)	1353
<b>3 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln des E-JStPO</b>	<b>1353</b>
3.1 1. Kapitel: Gegenstand und Grundsätze (Art. 1–5)	1353
3.2 2. Kapitel: Jugendstrafbehörden (Art. 6–9)	1357
3.3 3. Kapitel: Allgemeine Verfahrensregeln (Art. 10–18)	1359
3.4 4. Kapitel: Parteien und Verteidigung	1364
3.4.1 1. Abschnitt: Parteien (Art. 19–22)	1364
3.4.2 2. Abschnitt: Verteidigung (Art. 23–25)	1365
3.5 5. Kapitel: Verfahren	1366
3.5.1 1. Abschnitt: Untersuchung (Art. 26–32)	1366
3.5.2 2. Abschnitt: Hauptverhandlung (Art. 33–36)	1369
3.6 6. Kapitel: Rechtsmittel (Art. 37–40)	1371
3.7 7. Kapitel: Vollzug (Art. 41 und 42)	1373
3.8 8. Kapitel: Kosten (Art. 43 und 44)	1373
3.9 9. Kapitel: Schlussbestimmungen	1374
3.9.1 1. Abschnitt: Änderung bisherigen Rechts (Art. 45)	1374
3.9.2 2. Abschnitt: Übergangsbestimmungen (Art. 46–52)	1374
<b>4 Finanzielle und personelle Auswirkungen</b>	<b>1376</b>
4.1 Auswirkungen auf Bund und Kantone	1376
4.1.1 Wechsel zum Staatsanwaltschaftsmodell	1378
4.1.1.1 Auswirkungen auf die Organisation der Untersuchungs- und Anklagebehörden	1378
4.1.1.2 Auswirkungen auf die Kosten der Rechtspflege	1379
4.1.2 Bezeichnung oder Schaffung neuer Gerichtsinstanzen	1381
4.1.2.1 Zwangsmassnahmengericht	1381
4.1.2.2 Berufungsinstanz	1382
4.1.3 Aufhebung bestehender Gerichtsinstanzen	1383
4.2 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	1383
4.3 Andere Auswirkungen	1383
<b>5 Verhältnis zur Legislaturplanung und zum Finanzplan</b>	<b>1384</b>
<b>6 Rechtliche Aspekte</b>	<b>1384</b>
6.1 Verfassungsmässigkeit	1384
6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	1385
6.3 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	1388
<b>Schweizerische Strafprozessordnung (Entwurf)</b>	<b>1389</b>
<b>Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (Entwurf)</b>	<b>1561</b>

# Botschaft

## 1 Grundzüge der Vorlage

### 1.1 Ausgangslage

Die Diskussion über die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts geht zurück auf die Zeit des Inkrafttretens des Schweizerischen Strafgesetzbuches im Jahr 1942. In wissenschaftlichen Kreisen wurde schon damals die Frage aufgeworfen, ob neben dem materiellen nicht auch das formelle Strafrecht – das Strafprozessrecht – zu vereinheitlichen sei. Die Idee wurde jedoch damals nicht ernsthaft weiter verfolgt. Die Gefahr, die kantonale Vielfalt auf dem Gebiet des Verfahrensrechts könnte die einheitliche Anwendung des neuen Strafgesetzbuchs zu stark behindern, wurde nicht als so gross angesehen, als dass sie föderalistische Bedenken hätte ausräumen und eine Änderung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen bewirken können: nach dem früheren Artikel 123 Absatz 3 BV blieben die Kantone auch nach der Vereinheitlichung des materiellen Strafrechts «wie bis anhin»<sup>1</sup> für die Gerichtsorganisation und das Verfahren zuständig. Folge davon ist, dass heute, neben den drei Prozessgesetzen des Bundes<sup>2</sup>, nach wie vor 26 kantonale Strafprozessgesetze nebeneinander bestehen.

Dass die fehlende Rechtseinheit im Alltag der Verbrechensbekämpfung zu namhaften Defiziten führt, lässt sich zwar generell nicht feststellen. Es ist aber unübersehbar, dass das Bedürfnis nach einheitlichen Verfahrensregeln in den letzten Jahren stark gewachsen ist. Ausdruck davon sind vor allem die Bemühungen der Kantone, den strafprozessualen Verkehr über die Kantonsgrenzen hinweg zu erleichtern<sup>3</sup>, sowie eine zunehmende Aktivität des Bundesgesetzgebers in strafprozessualen Fragen. Zentrale Bereiche wie die Stellung des Opfers im Strafverfahren, die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, den Einsatz von verdeckten Ermittlerinnen und Ermittlern oder die Verwendung von DNA-Profilen hat der Bund bereits heute für alle Kantone verbindlich in besonderen Gesetzen geregelt.

Unübersehbar ist weiter, dass die Rechtszersplitterung vor allem in komplexen, über die Kantons- und Landesgrenzen hinausgehenden Straffällen ein Hindernis für eine effiziente Verbrechensbekämpfung sein kann. Das gilt namentlich für neue Formen der Kriminalität, wie sie seit etwa Mitte der Achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts auch in der Schweiz vermehrt in Erscheinung treten: Geldwäscherei, organisiertes Verbrechen, hochkomplexe Fälle von Wirtschaftskriminalität und, in jüngerer Zeit, grosse grenzüberschreitende Fälle von Netzwerkkriminalität. Eine wirksame

<sup>1</sup> So noch die Formulierung in Art. 64<sup>bis</sup> Abs. 2 BV der früheren Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. In seiner diesbezüglichen Botschaft vom 28. November 1896 (betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit) hatte der Bundesrat die «wichtige Frage der Vereinheitlichung des Prozessverfahrens» zwar angesprochen, die Beschränkung auf das *materielle* Strafrecht aber u.a. damit begründet, dass es an entsprechenden Vorarbeiten fehle und dass die Schweiz nicht über einen gleichmässig ausgebildeten Beamtenstand verfüge (BBl 1896 IV 734 f.).

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (BStP, SR 312.0); Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0); Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP, SR 322.1).

<sup>3</sup> Vgl. insbesondere das seit 1993 in Kraft stehende Konkordat über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen (AS 1993 2876), dem alle Kantone beigetreten sind.

Bekämpfung dieser neuen Verbrechensformen bedarf nicht nur entsprechender Grundlagen im materiellen Recht<sup>4</sup>, sondern auch einer verstärkten Koordination und Konzentration der Kräfte im Bereich der Strafverfolgung. Diesem Anliegen ist mit der Übertragung gewisser Strafverfolgungskompetenzen an den Bund durch die sog. Effizienzvorlage zum Teil bereits Rechnung getragen worden<sup>5</sup>. Soweit die Kantone in diesen Bereichen zuständig bleiben, ist das Bedürfnis nach einheitlichen Regeln jedoch auch hier nach wie vor aktuell.

Erst diese neuen Dimensionen der Kriminalität haben auch auf politischer Ebene die Idee der Vereinheitlichung des Prozessrechts reifen lassen. In den Jahren 1993 und 1994 wurden mehrere parlamentarische Vorstösse eingereicht, mit dem Ziel, die kantonalen Prozessordnungen zu harmonisieren<sup>6</sup> oder in einer gesamtschweizerischen Prozessordnung zu vereinigen<sup>7</sup>. In den folgenden Jahren haben 7 Kantone mit einer Standesinitiative eindrücklich ihren Willen zur Vereinheitlichung manifestiert<sup>8</sup>. Die eidgenössischen Räte haben diesen Vorstössen mit grossen Mehrheiten Folge gegeben. Am 12. März 2000 schliesslich haben Volk und Stände mit der Annahme der Justizreform einer Änderung der verfassungsmässigen Kompetenzordnung im Bereich des Strafrechts zugestimmt. Der neu gefasste Artikel 123 Absatz 1 BV, in Kraft seit 1. April 2003, gibt dem Bund die erforderliche verfassungsrechtliche Grundlage, neben dem materiellen Strafrecht neu und umfassend auch das Strafprozessrecht zu regeln. Die klare Gutheissung der Vorlage durch Volk und Stände<sup>9</sup> ist Ausdruck der Überzeugung, dass die Grundidee, das Strafverfahrensrecht auf Bundesebene zu vereinheitlichen, die Gerichtsorganisation im Wesentlichen aber den Kantonen zu belassen, heute auf breite Zustimmung stösst.

## 1.2 Gegenstand der Vereinheitlichung

Gegenstand dieser Vorlage ist die Schaffung einer schweizerischen Strafprozessordnung und einer schweizerischen Jugendstrafprozessordnung, welche die heute geltenden 26 kantonalen Prozessordnungen, einschliesslich der besonderen Bestimmungen über das Jugendstrafverfahren, sowie das Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (BStP)<sup>10</sup> ablösen sollen.

Ausgeklammert bleiben demnach der Militärstrafprozess und das Verwaltungsstrafverfahren<sup>11</sup>. Grundsätzlich wäre es, wie es auch im Titel des Konzeptberichts «*Aus 29 mach 1*» (dazu Ziff. 1.4.1) zum Ausdruck kommt, zwar nicht ausgeschlossen,

<sup>4</sup> Diesbezüglich ist die Schweiz heute auf einem beachtlichen Stand, vgl. Hinweise in der Botschaft zur Effizienzvorlage, BBl 1998 1532 f. – Eine Änderung des Strafgesetzbuchs im Bereich Netzwerkkriminalität ist in Vorbereitung (<http://www.ofj.admin.ch/bj/de/home/themen/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkkriminalitaet.html>).

<sup>5</sup> Neuer Art. 340<sup>bis</sup> StGB, in Kraft seit 1.1.2002.

<sup>6</sup> Postulat der CVP-Fraktion vom 18.6.1993 (AB 1993 N 2533 f.).

<sup>7</sup> Motionen Rhinow vom 17.6.1994 (AB 1995 S 329 ff.) und Schweingruber vom 31.5.1994 (AB 1995 N 2194 ff.).

<sup>8</sup> BS, SO, SG, BL, AG, TG (AB 1996 S 244 ff.; N 2374 ff.) und GL (AB 1997 S 590).

<sup>9</sup> Die Zustimmung fiel mit 86,4 % der Volks- und sämtlichen Standesstimmen noch deutlicher aus als seinerzeit die Zustimmung zur Vereinheitlichung des materiellen Strafrechts (Abstimmung vom 13.11.1898: 61,5 % Volksmehr; 16½ gegen 5½ Standesstimmen).

<sup>10</sup> SR 312.0

<sup>11</sup> Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP, SR 322.1); Bundesgesetz vom 22. März 1994 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0).

auch diese Prozessgesetze in eine einzige Kodifikation des schweizerischen Strafprozessrechts zu integrieren. Davon soll jedoch zumindest vorläufig abgesehen werden. Es handelt sich um durchaus spezielle Verfahrensordnungen, die sich wegen ihres unterschiedlichen persönlichen bzw. sachlichen Anwendungsbereichs in mancher Hinsicht vom gewöhnlichen Strafverfahren abgrenzen. Ihr Einbezug würde die Arbeiten an der Vereinheitlichung über Gebühr verzögern<sup>12</sup>. Gewisse andere Regelungsbereiche, die nicht eigentlich strafprozessualer Natur sind, wie die Begnadigung, der Strafvollzug oder das Strafregisterrecht, bleiben im Wesentlichen ebenfalls ausgeklammert.

Auf der anderen Seite sind zahlreiche strafprozessuale Bestimmungen, die heute in anderen Erlassen des Bundes enthalten sind, in die vereinheitlichte Prozessordnung aufzunehmen. Dazu gehören, um die Wichtigsten zu nennen, das Rechtshilfekonkordat vom 5. November 1992<sup>13</sup>, Teile des Opferhilfegesetzes vom 4. Oktober 1991<sup>14</sup>, Teile der Bundesgesetze vom 20. Juni 2003<sup>15</sup> über die verdeckte Ermittlung, vom 6. Oktober 2000<sup>16</sup> über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, vom 20. Juni 2003<sup>17</sup> über die DNA-Profil-Analyse und, soweit auch dort strafprozessuale Bestimmungen enthalten sind, Teile des Strafgesetzbuches<sup>18</sup> und des künftigen Jugendstrafgesetzes<sup>19</sup>.

### 1.3 Vielfältige Gründe für die Vereinheitlichung

Die neuen Verbrechensformen und der daraus folgende besondere Handlungsbedarf waren sicher der unmittelbare Anlass, die Arbeiten zur Vereinheitlichung an die Hand zu nehmen. Daneben gab und gibt es weitere Gründe, die dieses Vorhaben als notwendig oder zumindest als sehr wünschenswert erscheinen lassen. Sie sind von Art und Schwere des Verbrechens unabhängig und gelten für den Strafprozess als Ganzen<sup>20</sup>.

#### 1.3.1 Fortgeschrittene Harmonisierung durch höchstrichterliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht, die frühere Europäische Kommission für Menschenrechte und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte haben in den letzten Jahrzehnten eine beträchtliche Annäherung zwischen den verschiedenen Strafprozessordnungen bewirkt. Im Vordergrund steht die Rechtsprechung zu Fragen des Haftrechts, der

<sup>12</sup> Vgl. auch Aus 29 mach 1 – Konzept einer eidgenössischen Prozessordnung. Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», EJPD, Bern Dezember 1997, S. 42 f., 69 ff., und Begleitbericht zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, EJPD/Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001, S. 9 f. Die beiden Dokumente sind unter <http://www.ofj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html> publiziert.

<sup>13</sup> AS 1993 2876

<sup>14</sup> SR 312.5

<sup>15</sup> SR 312.8

<sup>16</sup> SR 780.1

<sup>17</sup> SR 363

<sup>18</sup> SR 311.0

<sup>19</sup> BBl 2003 4445

<sup>20</sup> Vgl. auch Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 514.

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Strafgerichte sowie zu den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bei Zwangsmassnahmen, insbesondere bei geheimen Überwachungsmassnahmen. Diese Beeinflussung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung hält an. Sie wird ergänzt durch andere internationale Standards zum Strafprozessrecht, wie sie sich für die Schweiz etwa aus dem UN-Übereinkommen vom 16. Dezember 1966<sup>21</sup> über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR), der Kinderkonvention vom 20. November 1989<sup>22</sup> oder den Übereinkommen der UNO (10.12.1984) und des Europarates (26.11.1987) zum Schutz vor Folter und unmenschlicher Behandlung<sup>23</sup> ergeben<sup>24</sup>.

Zusammen mit der neueren Bundesgesetzgebung in strafprozessualen Fragen (oben Ziff. 1.1) haben diese internationalen Vorgaben bereits eine Harmonisierung in wichtigen Bereichen herbeigeführt. Die geplante formelle Vereinheitlichung der Strafverfahrensgesetze soll diesen Prozess der inhaltlichen Annäherung ergänzen und vollenden. Soweit in Zukunft, etwa auf Grund der Weiterentwicklung der Rechtsprechung aus Strassburg, Anpassungen des Strafprozessrechts notwendig werden sollten, müssten nicht mehr wie bisher mehrere, sondern nur noch ein Gesetzgeber tätig werden.

### 1.3.2 Stärkung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit

Mit der Vereinheitlichung sollen Straftaten künftig für die ganze Schweiz nicht mehr nur einheitlich umschrieben, sondern auch nach denselben prozessualen Regeln verfolgt und beurteilt werden. Materielles und formelles Strafrecht hängen oft untrennbar zusammen; beides muss daher so gut wie möglich aufeinander abgestimmt sein. Auch wenn schwere Defizite nicht auszumachen sind, kann die rechtsgleiche Anwendung des Bundesstrafrechts bei Vereinheitlichung auch der Prozessgesetze fraglos noch besser verwirklicht werden<sup>25</sup>. Die heutige Rechtszersplitterung bedeutet für die am Prozess beteiligten Parteien zudem eine unnötige Behinderung, für die Anwaltschaft oft auch ein Ärgernis. Die Geltung unterschiedlicher Regeln in einem kleinräumigen Land wie der Schweiz ist der Rechtssicherheit abträglich. Sie kann in Einzelfällen sogar zu einer empfindlichen Beeinträchtigung der Rechte der Beteiligten führen, so in Haftfällen, wenn die örtliche Zuständigkeit und das anwendbare Prozessrecht zunächst ungeklärt sind<sup>26</sup>.

21 SR 0.103.2

22 SR 0.107

23 SR 0.105 bzw. SR 0.106

24 Sowohl der UN-Menschenrechtsausschuss (zum IPBPR) als auch der UN-Ausschuss zur Verhütung der Folter haben die Schweiz im Übrigen wiederholt eingeladen, die Bemühungen zur Vereinheitlichung zu intensivieren: *Observations finales du Comité des droits de l'homme* vom 8.11.1996 zum ersten bzw. vom 12.11.2001 zum zweiten Staatenbericht der Schweiz, Ziff. 24 bzw. 12; *Observations finales du Comité contre la torture* vom 27.11.1997 zum dritten Staatenbericht der Schweiz, Ziff. 95: [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf).

25 Vgl. Botschaft vom 20. 11. 1996 zur neuen Bundesverfassung, BBl 1997 I 525.

26 Vgl. das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. R.M.D. gegen die Schweiz, Recueil des arrêts et décisions, 1997-VI 2003 ff., insbesondere S. 2015 f., Ziff. 52 ff.

### **1.3.3 Erleichterung des interkantonalen Personaleinsatzes**

Die Vereinheitlichung ist geeignet, den interkantonalen Einsatz der in Strafverfolgung und Strafjustiz tätigen Personen zu erleichtern. Wer heute in diesen Bereichen wirkt, ist weitgehend an denjenigen Kanton gebunden, mit dessen Prozessgesetz er auch praktisch vertraut ist. Eine Tätigkeit in einem anderen Kanton, unter dem Regime eines anderen Verfahrensrechts, ist zwar nicht ausgeschlossen, wird jedoch durch die heutige Rechtslage erschwert. Die Vereinheitlichung würde die Durchlässigkeit der Kantons Grenzen für Justizpraktikerinnen und -praktiker fördern, ihnen damit attraktivere Karrieremöglichkeiten und den Kantonen eine grössere Auswahl an gut ausgebildeten und erfahrenen Kräften bieten.

### **1.3.4 Bessere wissenschaftliche Bearbeitung der Materie**

Schliesslich ist der Gewinn zu erwähnen, den die Vereinheitlichung für die wissenschaftliche Bearbeitung des Strafprozessrechts und die universitäre Ausbildung bringen würde. Die Vielfalt der Regelungen hindert seit jeher auch den guten Kenner der verschiedenen Prozessordnungen an einer vollständigen Durchdringung des gesamten schweizerischen Strafprozessrechts. Bezeichnenderweise orientieren sich die meisten grösseren Abhandlungen stark oder ausschliesslich am Verfahrensgesetz eines bestimmten Kantons. Entsprechend schwierig ist es in der Ausbildung, den Studierenden ein Gesamtbild der in unserem Land geltenden Strafprozessrechtsordnung zu vermitteln<sup>27</sup>.

## **1.4 Entstehungsgeschichte der Vorlage**

### **1.4.1 Expertenkommission (1994–1997)**

Im Mai 1994 hatte der damalige Vorsteher des EJPD eine Expertenkommission eingesetzt mit dem Auftrag zu prüfen, «ob im Interesse einer wirksamen Strafverfolgung, insbesondere in den Bereichen der Wirtschaftskriminalität und des organisierten Verbrechen, eine vollständige oder teilweise Vereinheitlichung des Strafprozessrechts oder andere zweckdienliche Massnahmen angezeigt seien». Konkret sollte die Kommission ein oder mehrere Regelungskonzepte ausarbeiten, «die den Interessen der effizienten Strafverfolgung, der Wahrung der Beschuldigtenrechte sowie der zuverlässigen Entscheidungsfindung optimal Rechnung tragen.»

Nach einem Zwischenbericht von Anfang 1995, welcher den gesetzgeberischen Handlungsbedarf sowie die Beeinflussung des Strafprozessrechts durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung aufzeigte, legte die Kommission im Dezember 1997 mit dem Bericht «*Aus 29 mach 1*»<sup>28</sup> die Ergebnisse ihrer Arbeit vor. Die Experten

<sup>27</sup> In diesem Zusammenhang sei auch auf die Schwierigkeiten hingewiesen, mit denen sich Vertreterinnen und Vertreter der Schweiz in internationalen Fachgremien konfrontiert sehen, sei es im Rahmen des wissenschaftlichen Gedankenaustausches, sei es im Rahmen der intergouvernementalen Zusammenarbeit. Die Vielfalt der geltenden Prozessordnungen erweist sich auch hier nicht selten als Hindernis für eine gewinnbringende Zusammenarbeit.

<sup>28</sup> Aus 29 mach 1 – Konzept einer eidgenössischen Prozessordnung. Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», EJPD, Bern Dezember 1997.

skizzierten darin die grossen Linien einer künftigen einheitlichen Prozessordnung. Sie sprachen sich klar für eine umfassende Legiferierung statt einem blossen Rahmengesetz aus, aber mit möglichst weitgehender Wahrung der Organisationshoheit der Kantone. In der Frage, wie das Vorverfahren zu organisieren sei, befürworteten sie ein Modell, in dem sowohl unabhängige Untersuchungsrichter als auch die Staatsanwaltschaft tätig sind.

Der Bericht bildete in der Folge Gegenstand verschiedener Anhörungen von Vertretern der Kantone, der Praxis und der Wissenschaft<sup>29</sup>. Auch aus diesen Anhörungen ergab sich ein einhelliges Ja zum Vorhaben, wiederum im Sinne einer integralen Vereinheitlichung der Verfahrensregeln. Abweichend von dem von den Experten vorgeschlagenen Strafverfolgungsmodell zeigte sich eine recht deutliche Tendenz zu Gunsten eines Systems, das auf die Funktion des Untersuchungsrichters verzichtet (Staatsanwaltschaftsmodell II, unten Ziff. 1.5.2).

#### **1.4.2 Ausarbeitung der Vorentwürfe (1999–2001)**

Im März 1999 beauftragte das EJPD Herrn Niklaus Schmid, emeritierter Professor der Universität Zürich, mit der Ausarbeitung eines *Vorentwurfs für eine eidgenössische Strafprozessordnung (VE StPO)* sowie eines entsprechenden Begleitberichts. Das Jugendstrafverfahren war gemäss diesem Auftrag in geeigneter Weise in die Vereinheitlichungsbemühungen einzubeziehen, unter Beizug einer weiteren Fachperson. Anfang 2000 beauftragte das Bundesamt für Justiz Herrn Jean Zermatten, damals Präsident des Jugendgerichts Wallis, die sich bei der Vereinheitlichung des Jugendstrafverfahrens stellenden Probleme zusammenzustellen und mögliche Lösungen aufzuzeigen. Der entsprechende Bericht lag im April 2000 vor; er bildete ebenfalls Gegenstand einer einlässlichen Anhörung. In der Folge wurde Herr Zermatten mit der Ausarbeitung eines *Vorentwurfs für Bestimmungen zum Jugendstrafverfahrensrecht (VE JStPO)* sowie des entsprechenden Begleitberichts beauftragt.

Die beiden Experten lieferten ihre Arbeiten Ende 2000/Anfang 2001 ab; die Texte wurden in leicht überarbeiteter Fassung im Juni 2001 in den drei Amtssprachen als Vernehmlassungsentwürfe veröffentlicht<sup>30</sup>.

#### **1.4.3 Vernehmlassungsverfahren (2001–2003)**

Im Juni 2001 beauftragte der Bundesrat das EJPD, über die beiden Vorentwürfe ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen. Mit in die Konsultation einbezogen wurde auch ein Zwischenbericht einer Expertenkommission, welche sich mit der Totalrevision des Opferhilfegesetzes vom 4. Oktober 1991<sup>31</sup> befasste. Der Zwi-

<sup>29</sup> Aus 29 mach 1 – Hearings zum Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Bundesamt für Justiz, Bern Juli 1998.

<sup>30</sup> Vorentwurf und Begleitbericht zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, jeweils EJPD/Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001. Die vier Dokumente sind unter <http://www.ofj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html> publiziert.

<sup>31</sup> OHG, SR 312.5

schenbericht enthielt Alternativvorschläge zu opferrechtlichen Bestimmungen des VE StPO<sup>32</sup>.

Insgesamt gingen bis März 2002 110 Vernehmlassungen in einem Gesamtumfang von ca. 2000 Seiten ein. Stellung genommen haben alle Kantone, das Bundesgericht, 7 politische Parteien sowie 76 interessierte Organisationen. Die Stellungnahmen sind in einem ausführlichen Bericht vom Februar 2003 zusammengefasst und ausgewertet<sup>33</sup>.

Als Ergebnis ist in grundsätzlicher Hinsicht festzuhalten, dass die Idee der Vereinheitlichung praktisch einhellig begrüsst wurde. Das Vorhaben wird als wichtig, notwendig und prioritär angesehen und sein Nutzen für Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und Rechtsstaatlichkeit hervorgehoben. Die vorgeschlagene getrennte Regelung von Erwachsenen- und Jugendstrafverfahren in zwei Gesetzen wurde ganz überwiegend befürwortet: Das Gesetz über das Jugendstrafverfahren soll als *Lex specialis* nur und alle Regeln enthalten, die vom Strafverfahren gegen Erwachsene abweichen. Auf breites Interesse stiess erwartungsgemäss die Wahl des Strafverfolgungsmodells. Die Mehrheit der Vernehmlasser, darunter die Mehrheit der Kantone, befürwortete die in den jeweiligen Vorentwürfen vorgeschlagenen Systeme: Im Erwachsenenstrafverfahren soll ein Staatsanwaltschaftsmodell zum Zuge kommen, das auf die Funktion des Untersuchungsrichters verzichtet (sog. Staatsanwaltschaftsmodell II), im Jugendstrafverfahren das sog. Jugendrichtermodell, welches dem Jugendrichter oder der Jugendrichterin als spezialisierter Behörde weit reichende Kompetenzen in Untersuchung, Beurteilung und Vollzug anvertraut<sup>34</sup>.

Auch abgesehen von dieser Grundsatzfrage wurden die beiden Vorentwürfe, ungeachtet zahlreicher und vielfältiger Kritik im Detail, als seriöse Grundlagen für die weiteren Arbeiten angesehen.

#### 1.4.4 Überarbeitung der Vorentwürfe (2003–2005)

Mit Entscheid vom 2. Juli 2003 nahm der Bundesrat von den Ergebnissen des Vernehmlassungsverfahrens Kenntnis und beauftragte das EJPD, die Vorentwürfe zu überarbeiten und eine Botschaft zur Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts vorzulegen. Die durch das Bundesamt für Justiz überarbeiteten Gesetzesentwürfe wurden mit den beiden Autoren der Vorentwürfe diskutiert. Auch die Abstimmung der besonderen Bestimmungen über das Jugendstrafverfahren mit denjenigen des Strafverfahrens gegen Erwachsene bildete Gegenstand der gemeinsamen Prüfung.

Im August 2005 fand unter der Leitung des Vorstehers des Justiz- und Polizeidepartements eine Aussprache mit Vertreterinnen und Vertretern aus Strafverfolgung,

<sup>32</sup> Zwischenbericht der Expertenkommission für die Revision des Bundesgesetzes über die Hilfe für Opfer von Straftaten – Stellungnahme und Vorschläge zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Strafprozessordnung, Februar 2001 (<http://www.ofj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html>).

<sup>33</sup> Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, EJPD/Bundesamt für Justiz, Bern Februar 2003 (<http://www.ofj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html>).

<sup>34</sup> Zu Einzelheiten der verschiedenen Strafverfolgungsmodelle und den Ergebnissen des Vernehmlassungsverfahrens vgl. unten Ziff. 1.5.2 und 1.6.5.

Strafrechtswissenschaft und Verwaltung über einige ausgewählte Fragen<sup>35</sup> statt. Die Entwürfe wurden in der Folge punktuell überarbeitet.

## **1.5 Grundzüge des Entwurfs für eine schweizerische Strafprozessordnung (E-StPO)**

### **1.5.1 Allgemeine Leitlinien**

#### **1.5.1.1 Anknüpfen an Bestehendes**

Der Entwurf versucht nicht, ein für die Schweiz völlig neuartiges Strafprozessrecht zu entwickeln. Er schliesst vielmehr an die bisher gebräuchlichen Verfahren und Institute an, soweit sich diese bewährt haben. Soweit erforderlich und sinnvoll, werden diese bisherigen Institutionen weiterentwickelt, teilweise auch mit Blick auf das übergeordnete Recht wie die Bundesverfassung sowie die EMRK und den IPBPR, um so ein zukunftstaugliches gesamtschweizerisches Strafprozessrecht zu schaffen.

#### **1.5.1.2 Umfassende Kodifikation**

Die neue Kodifikation soll nicht nur einen möglichst grossen Teil des bisher in zahlreichen kantonalen und eidgenössischen Erlassen zersplitterten Verfahrensrechts umfassen (oben Ziff. 1.2), sondern sie soll diese Materie auch möglichst umfassend regeln. Das erklärt, dass der Entwurf mit rund 460, z.T. detaillierten, Artikeln relativ umfangreich ist. Auch wenn gegenüber dem Vorentwurf von 2001 systematisch gestrafft und sprachlich vereinfacht, weist der Entwurf damit nach wie vor eine hohe Regelungsdichte auf. Sie wurde gewählt, um den Vereinheitlichungseffekt zu verstärken: Die neuen Regeln sollen möglichst rasch in der ganzen Schweiz gleichmässig und ohne grosse Auslegungsprobleme zur Anwendung kommen können. Ausserdem scheint es angezeigt, dass das Strafprozessrecht, welches zu einem beachtlichen Teil Rechte und Pflichten der Beteiligten begründet, in einem einzigen Erlass auf Gesetzesstufe zu finden ist. Der Regelung auf Verordnungsstufe bleiben demnach lediglich Randbereiche vorbehalten, welche eher technische Fragen betreffen, wie Einzelheiten betreffend die Berechnung der Verfahrenskosten (Art. 431), amtliche Bekanntmachungen (Art. 452) u.a.m. Das Prinzip, dass das Strafverfahrensrecht grundsätzlich gesamthaft in einem Gesetz und nur in Randbereichen in Verordnungen zu regeln ist, entspricht im Übrigen der schweizerischen Tradition<sup>36</sup> und der unserer Nachbarländer<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Rolle der Polizei im Vorverfahren; Zulässigkeit von Absprachen zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person; «Anwalt der ersten Stunde»; Beweisantragsrecht; Zulässigkeit der Berufung gegen Urteile des Bundesstrafgerichts; Spezialisierung und Spezifizierung der in der Jugendstrafrechtspflege tätigen Behörden.

<sup>36</sup> Ausnahmen bilden etwa der Kanton Graubünden, der relativ viele einschlägige Verordnungen besitzt, und auf Bundesebene die Verordnung zum MStP (SR 322.2).

<sup>37</sup> Die vielfach revidierte StPO Deutschlands enthält über 500 Artikel, die kürzlich verabschiedete neue österreichische StPO 517. Mindestens ebenso umfangreich sind die Gesetze unserer romanischen Nachbarn, auch wenn man verschiedene Regelungsbereiche, die bei uns ausserhalb der StPO geregelt sind, abzieht (Frankreich gesamthaft 802 Artikel, Italien 748).

### 1.5.1.3 **Beschränkte Eingriffe in die Gerichtsorganisation**

Ein vereinheitlichtes Verfahrensrecht bedeutet nicht notwendigerweise auch eine Vereinheitlichung der in Bund und Kantonen tätigen Strafbehörden. Weil die historisch gewachsene Behördenstruktur in den verschiedenen Kantonen nicht zuletzt mit Blick auf ihre Grösse ausserordentlich variiert, wäre es verfehlt, den Kantonen detailliert vorzuschreiben, über welche Behörden sie verfügen müssen. Artikel 123 Absatz 2 BV überlässt denn auch die Organisation der Gerichte unter Vorbehalt abweichender gesetzlicher Regeln nach wie vor den Kantonen.

Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, dass ohne ein Mindestmass an Übereinstimmung auch in der Behördenorganisation eine Vereinheitlichung nicht erreicht werden kann, weil ein bestimmtes Verfahrensrecht eine bestimmte Behördenorganisation bis zu einem gewissen Grad voraussetzt. Wie im Expertenbericht «Aus 29 mach 1»<sup>38</sup> und in den Hearings<sup>39</sup> vorgeschlagen, beschränkt sich auch der vorliegende Entwurf auf Eingriffe, die zur Sicherstellung der Vereinheitlichung des Verfahrensrechts notwendig scheinen. Damit wird ein Mittelweg zwischen einer lückenlosen Regelung der Behördenorganisation und einem Konzept gewählt, welches Bund und Kantonen darin völlig freie Hand liesse. In diesem Sinne wird Bund und Kantonen in eher rudimentärer Form vorgeschrieben, welche Behörden sie zu schaffen haben, also z.B. eine Polizei, eine Staatsanwaltschaft, erstinstanzliche Gerichte sowie gewisse Rechtsmittelinstanzen. Wie diese Behörden aber im Einzelnen zusammengesetzt sind, wie sie bezeichnet oder welche sachlichen Zuständigkeiten ihnen zugewiesen werden, bleibt weitgehend Bund und Kantonen überlassen (vgl. unten Ziff. 2.2.1.1 zu Art. 14).

### 1.5.1.4 **Bemühen um ausgewogene Regelungen**

Der Entwurf versucht, zwischen den im Strafverfahren involvierten diametral divergierenden Interessen des Staates, dem das Strafmonopol zukommt, der beschuldigten Person, aber auch des Opfers, einen gerechten Ausgleich zu schaffen. Er verzichtet auf die Verwirklichung extremer Postulate, die zwar aus der Sicht einer jeweils einseitigen Interessenvertretung nachvollziehbar sind, das dem Strafprozess inhärente Spannungsfeld zwischen Kollektiv- und Individualinteressen aber ausser Acht lassen. Solche Postulate wurden auch im Vernehmlassungsverfahren erhoben, etwa zur Rolle der Polizei im Vorverfahren, zu den Verteidigungsrechten der beschuldigten Person oder zur Stellung des Opfers im Strafverfahren. Entsprechend den dem Strafprozess eigenen Antinomien stehen sich hier die Positionen häufig unversöhnlich gegenüber. Darauf ist bei der Erläuterung der einzelnen Bestimmungen zurückzukommen.

<sup>38</sup> S. 34.

<sup>39</sup> S. 69, 79/80. In den Hearings waren jedoch auch Stimmen zu hören, die eine Vereinheitlichung der Behördenorganisation verlangten, vgl. etwa S. 132.

### **1.5.1.5 Harmonisierung mit anderen Verfahrensgesetzen des Bundes**

Der Entwurf für eine vereinheitlichte Strafprozessordnung ist nicht das einzige Verfahrensgesetz, das auf Bundesebene zurzeit in Arbeit ist. Parallel dazu laufen die Arbeiten an einer vereinheitlichten schweizerischen Zivilprozessordnung<sup>40</sup>; bereits verabschiedet sind das neue Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005<sup>41</sup> (BGG), das voraussichtlich am 1. Januar 2007 in Kraft treten wird, und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005<sup>42</sup>.

So wie mit der Vereinheitlichung der verschiedenen Prozessordnungen die heutige, teilweise verwirrende Begriffsvielfalt durch eine weitgehend einheitliche Terminologie abgelöst werden soll, so gibt das Vorhaben auch Gelegenheit, unter den verschiedenen Verfahrensrechten des Bundes gewisse Angleichungen vorzunehmen. Verschiedene prozessrechtliche Materien gehören zum Standard jedes Prozessgesetzes. Die Regelungen weichen aber in Form und Inhalt vielfach voneinander ab, ohne dass sich dafür sachliche Gründe anführen liessen.

Das soeben verabschiedete Bundesgerichtsgesetz und die laufenden Arbeiten an der Vereinheitlichung von Zivil- und Strafprozessrecht gaben Gelegenheit für eine Bestandesaufnahme gemeinsamer prozessrechtlicher Regelungsbereiche und für eine möglichst weitgehende Harmonisierung der entsprechenden Gesetzesbestimmungen. Einander angeglichen wurden insbesondere Bestimmungen über:

- den Ausstand;
- das Zeugnisverweigerungsrecht;
- die unentgeltliche Verbeiständung der Privatklägerschaft;
- die Zustellung;
- Fristen, Säumnis und Wiederherstellung;
- Erläuterung, Berichtigung und Revision.

In den genannten Bereichen werden zum Teil identische, zum Teil ähnliche Regelungen vorgeschlagen; zum Teil müssen auch gewisse Abweichungen innerhalb einer im Übrigen einheitlich geregelten Materie bestehen bleiben. Die Harmonisierung findet eine zweifache Grenze: erstens dort, wo sich aus Struktur und Systematik des jeweiligen Gesetzestextes Abweichungen in der Form aufdrängen; zweitens dort, wo die unterschiedliche Natur des Prozessgegenstands und unterschiedliche Prozessmaximen eigenständige Regeln notwendig machen.

### **1.5.2 Einheitliches Strafverfolgungsmodell**

Das Strafverfolgungsmodell charakterisiert das Vorverfahren, d.h. die Verfahrensstadien vor dem eigentlichen Gerichtsverfahren. Zum Vorverfahren gehören somit die polizeilichen Ermittlungen und die eigentliche Strafuntersuchung, welche mit dem Entscheid über eine Einstellung oder eine Anklageerhebung ihren Abschluss findet. Nach dem gewählten Strafverfolgungsmodell entscheidet sich in erster Linie,

<sup>40</sup> Die Botschaft dazu ist für Mitte 2006 geplant.

<sup>41</sup> BBl 2005 4045; künftige SR-Nummer 173.110.

<sup>42</sup> BBl 2005 4093; künftige SR-Nummer 173.61.

wie die später für das Sachurteil wesentlichen Fakten und Beweise zusammengetragen und dem Gericht zum Entscheid unterbreitet werden. Bei den verschiedenen Modellen ergeben sich vor allem Unterschiede im gegenseitigen Verhältnis der im Vorverfahren tätigen Behörden (Polizei, Untersuchungsrichter, Staatsanwaltschaft) und hinsichtlich ihrer Rolle in diesem Verfahren.

Die in der Schweiz heute praktizierten Untersuchungsmodelle variieren von Kanton zu Kanton; sie lassen sich – mit den damit notwendigerweise verbundenen Vereinfachungen – in vier Grundmodelle einteilen, für die sich die Bezeichnungen Untersuchungsrichtermodell I und II und Staatsanwaltschaftsmodell I und II eingebürgert haben<sup>43</sup>.

### 1.5.2.1 Die vier Grundmodelle

Im *Untersuchungsrichtermodell I* wird die Untersuchung durch eine unabhängige Untersuchungsrichterin oder einen unabhängigen Untersuchungsrichter geführt. Ihr oder ihm ist auch die gerichtliche Polizei unterstellt, so dass die Aufteilung in Ermittlung und Untersuchung entfällt. Das Verfahren ist in diesem Sinn eingliedrig; die Untersuchungsrichterin oder der Untersuchungsrichter eröffnet das Verfahren von sich aus, und die Kriminalpolizei ist von ihren Weisungen abhängig. Die Staatsanwaltschaft hat den Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern keine Weisungen zu erteilen; sie erscheint im Vorverfahren lediglich als Partei. Sie hat nach dessen Abschluss die Anklage zu formulieren und vor den Gerichten zu vertreten. Insgesamt 5 kantonale Verfahrensrechte lassen sich heute noch diesem System zuordnen<sup>44</sup>.

Dem *Untersuchungsrichtermodell II* werden heute 10 Kantone zugerechnet<sup>45</sup>. Im Vorverfahren sind Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter sowie die Staatsanwaltschaft tätig. Die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter sind jedoch im Unterschied zum Untersuchungsrichter-Modell I von der Staatsanwaltschaft nicht unabhängig, sondern dieser gegenüber weisungsgebunden. Das Mass dieser Weisungsgebundenheit ist in Gesetz und Praxis der einzelnen Kantone unterschiedlich. Verschieden ist auch die Ausgestaltung der Zusammenarbeit: Während in einzelnen Kantonen die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter Kompetenzen zur Einstellung und Anklageerhebung vor Gerichten besitzen, stehen ihnen in anderen Kantonen nur Untersuchungsbefugnisse und allenfalls die Kompetenz zur Verfahrenseinstellung zu. In der Mehrheit der Kantone erfolgen die Anklageerhebung und die Anklagevertretung vor Gericht allein durch die Staatsanwaltschaft.

Für das aus dem französischen Recht stammende *Staatsanwaltschaftsmodell I* ist die Intervention eines unabhängigen *Juge d'instruction* sowie die Zweigliedrigkeit

<sup>43</sup> Aus 29 mach I, S. 29 ff. und, daran anschliessend, Begleitbericht VE-StPO, S. 15 ff. Die Bezeichnung Staatsanwaltschaftsmodell I ist insofern etwas missverständlich, als auch hier Untersuchungsrichter am Verfahren beteiligt sind. Man könnte von daher auch von 3 Untersuchungsrichtermodellen und 1 Staatsanwaltschaftsmodell sprechen.

<sup>44</sup> GL, ZG, FR, VD und VS. Bis vor kurzem zählte auch SO dazu; dieser Kanton hat inzwischen zum Staatsanwaltschaftsmodell II gewechselt (neue StPO seit 1.8.2005 in Kraft).

<sup>45</sup> BE, LU, SZ, OW, NW, BL (teilweise), SH, AR, GR, TG. Drei Kantone, die bis vor kurzem ebenfalls mehr oder weniger eindeutig diesem Modell zuzuordnen waren, haben mittlerweile zum Staatsanwaltschaftsmodell II gewechselt: AI, SG, ZH.

des Verfahrens typisch; in letzterem unterscheidet es sich vom Untersuchungsrichtermodell I: Vor Einschaltung des Untersuchungsrichteramtes führt die Kriminalpolizei unter Führung der Staatsanwaltschaft die Ermittlungen durch. Danach erteilt die Staatsanwaltschaft den unabhängigen Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern einen Auftrag zur Durchführung der Untersuchung. Wie im Untersuchungsrichtermodell I hat die Staatsanwaltschaft während dieser Untersuchung lediglich die Rechte einer Partei, ist aber nicht weisungsbefugt. Nach Abschluss der Untersuchung überweist die Untersuchungsrichterin oder der Untersuchungsrichter die Akten wieder der Staatsanwaltschaft, die über Anklageerhebung oder Einstellung entscheidet. Dieses System ist heute vor allem dem Bundesstrafprozess<sup>46</sup>, aber auch 5 Kantonen<sup>47</sup> bekannt.

Charakteristisch für das *Staatsanwaltschaftsmodell II* ist das Fehlen einer Untersuchungsrichterin oder eines Untersuchungsrichters. Die Staatsanwaltschaft ist Leiterin des – naturgemäss eingliedrigten – Vorverfahrens, steht also dem polizeilichen Ermittlungsverfahren vor, führt die Untersuchung, erhebt die Anklage und vertritt diese vor den Gerichten. Üblicherweise leitet sie auch die Kriminalpolizei oder ist dieser gegenüber weisungsberechtigt. Durch die Einheitlichkeit von Ermittlung, Untersuchung und Anklageerhebung soll ein hoher Grad an Effizienz in der Strafverfolgung erreicht werden. Als Gegengewichte wirken Massnahmen, die einen Ausgleich zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft schaffen sollen, namentlich ein Zwangsmassnahmengericht und ausgebaute Verteidigungsrechte. Nachdem in den letzten Jahren 4 Kantone zu diesem System gewechselt haben, wird es heute in 6 Kantonen praktiziert<sup>48</sup>. Der Bundesrat schlägt es auch für die neue Schweizerische Strafprozessordnung vor.

### 1.5.2.2 Die Modellfrage im Vernehmlassungsverfahren

Entsprechend ihrer Bedeutung und den Konsequenzen für die Struktur der Strafbehörden in Bund und Kantonen ist die Modellfrage im Vernehmlassungsverfahren auf breites Interesse gestossen: Etwa drei Viertel der Vernehmlasser haben sich dazu geäußert. Das vorgeschlagene Staatsanwaltschaftsmodell II fand bei gut 60 % Zustimmung, knapp 40 % lehnten es ab. Bei den Kantonen sprachen sich 15 dafür, 11 dagegen aus<sup>49</sup>. Dabei waren die Motive der Befürworter unterschiedlich: Eine Mehrheit stimmte der Modellwahl zu, weil sie das Staatsanwaltschaftsmodell II in der Sache für die beste Lösung hält, eine Minderheit befürwortete die Wahl, weil eine neue Modelldiskussion angesichts der fortgeschrittenen Arbeiten heute nicht mehr sinnvoll wäre<sup>50</sup>. Verschiedene Vernehmlasser wiesen auch auf die relative Bedeutung der Modellwahl hin und betonten demgegenüber die Notwendigkeit einer angemessenen Ausstattung des Strafverfolgungsapparates in personeller und sach-

<sup>46</sup> Art. 108 BStP.

<sup>47</sup> UR, AG, NE, GE und JU.

<sup>48</sup> BS, TI, SG, AI, SO, ZH. BL sieht es für die Verfolgung von Straftaten aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität vor.

<sup>49</sup> *Zustimmung*: AR, AI, BL, BS, BE, GE, GR, SH, SZ, SO, SG, TI, UR, ZG, ZH, CSP, CVP, FDP, LPS, SP, economiesuisse, SwissBanking, SKG, SAV, StA GE, KSBS, StA AG, Neustart, Stapo BE, Stapo ZH, Uni SG, BAP, ÉKF, HEV, SUISA, STS. *Ablehnung*: AG, FR, GL, JU, LU, NE, NW, OW, TG, VD, VS, GPS, SVP, CP, FRSP, CVAM, AJP, Avocats GE, IKS, KKPKS, Police VD, Police Lausanne, Stapo SG, SSV, Uni Lausanne.

<sup>50</sup> Minderheit: BE, GE, LPS, StA GE, StA AG.

licher Hinsicht<sup>51</sup> oder einer ausreichenden rechtsstaatlichen Abstützung des Verfahrens<sup>52</sup>.

Zur Frage, welches Modell gegenüber dem Staatsanwaltschaftsmodell II den Vorzug verdienen würde, äusserten sich 12 Vernehmlasser (davon 5 Kantone) zu Gunsten des Untersuchungsrichtermodells I<sup>53</sup>, 13 (7) zu Gunsten des Untersuchungsrichtermodells II<sup>54</sup> und 4 (0) zu Gunsten des Staatsanwaltschaftsmodells I<sup>55</sup>.

### 1.5.2.3 **Gründe für das Festhalten am Staatsanwaltschaftsmodell II**

Ausgangspunkt bildet die Gewissheit, dass in einer vereinheitlichten Verfahrensordnung die Frage, welche Strafbehörden mit welchen Kompetenzen die Verantwortung für das Vorverfahren innehaben sollen, nicht offen bleiben kann. Zu viele – auch grundlegende – verfahrensrechtliche Einzelregelungen hängen von dieser Weichenstellung ab. Die Frage nicht zu entscheiden hiesse, den angestrebten Vereinheitlichungseffekt empfindlich zu schwächen. Das ist nicht nur die Überzeugung der Expertinnen und Experten und der ganz überwiegenden Mehrheit der Vernehmlasser<sup>56</sup>; auch die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats hat sich anlässlich einer Aussprache über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens<sup>57</sup> klar dafür ausgesprochen, dass die Wahl des Strafverfolgungsmodells als zentraler Baustein des Vorverfahrens einheitlich entschieden werden muss.

Auf der anderen Seite darf aus der Modellfrage auch kein Dogma gemacht und die Tragweite der Entscheidung nicht überbewertet werden. Ein hinreichend effizientes und rechtsstaatliches Strafverfahren könnte letztlich auf der Grundlage aller heute in der Schweiz praktizierten Strafverfolgungsmodelle geführt werden. Vieles hängt auch hier davon ab, wie die einzelnen Modelle im Alltag der Strafverfolgung gehandhabt werden, wie die jeweiligen Strafverfolgungsbehörden ihre Aufgabe interpretieren und welche Ressourcen ihnen zur Verfügung stehen.

Wenn der Bundesrat für das Strafverfahren gegen Erwachsene dem Staatsanwaltschaftsmodell II den Vorzug gegenüber anderen Modellen gibt, so geschieht dies in der Überzeugung, mit diesem Entscheid zur verfahrensmässigen Bewältigung der Kriminalität für die Gegenwart und die Zukunft die beste Lösung getroffen zu haben. Folgende Überlegungen waren dabei ausschlaggebend:

- Im Vordergrund steht das Bemühen, die Effizienz der Strafverfolgung unter Wahrung der berechtigten Interessen der privaten Verfahrensbeteiligten zu verbessern. Dass insbesondere die Effizienz der Strafverfolgung mit diesem Modell am besten erreicht wird, scheint denn auch soweit unbestritten zu sein<sup>58</sup>.

<sup>51</sup> GL, OW, LPS, CAPP.

<sup>52</sup> DJS, SAV, SPV.

<sup>53</sup> AG, GL, JU, VD, VS, GPS, CP, CVAM, AJP, Police VD, Uni Lausanne.

<sup>54</sup> BE, FR, LU, NE, NW, OW, TG, SVP, IKS, KKPKS, Stapo SG, VSPB.

<sup>55</sup> LPS, FRSP (auch Untersuchungsrichtermodell I wäre machbar), Avocats GE, SAV (falls Staatsanwaltschaftsmodell II scheitern würde).

<sup>56</sup> Aus 29 mach 1, S. 34 f. bzw. Vernehmlassungsbericht, S. 16, 19 ff.

<sup>57</sup> Die Aussprache war von der damaligen Vorsteherin des EJPD angeregt worden; sie fand am 18. November 2002 statt.

<sup>58</sup> So auch Aus 29 mach 1, S. 33 für die Verfahren ohne Untersuchungsrichter.

- Effizienz der Strafverfolgung meint nicht Übermacht des staatlichen Verfolgungsapparates, Ziel ist es nicht, mit der beschuldigten Person möglichst «kurzen Prozess» zu machen. Es geht vielmehr darum, die Verfahrensabläufe im Vorverfahren zu optimieren: Die Durchführung der Strafuntersuchung durch die Staatsanwaltschaft, von Beginn an bis hin zur Anklageerhebung, vermeidet Doppelspurigkeiten, wie sie durch die Notwendigkeit des (je nach Modell mehrfachen) Handwechsels zwischen Untersuchungsrichteramt und Staatsanwaltschaft bedingt sind. Aus diesem Handwechsel resultiert unter Umständen ein beachtlicher Mehraufwand<sup>59</sup>.
- Diesen Vorteilen steht als Nachteil eine grosse Machtkonzentration und damit eine gesteigerte Verantwortung bei der Staatsanwaltschaft gegenüber. Damit verbunden ist der Verlust des sprichwörtlichen «Vieraugenprinzips», unter Umständen auch das Risiko einer Frontenbildung zwischen Staatsanwalt oder Staatsanwältin und der beschuldigten Person, gerade in umfangreichen Straffällen. Diese Nachteile können aber durch geeignete Gegengewichte kompensiert werden: verstärkte, frühzeitig einsetzende Verteidigungsrechte, Anordnung und Kontrolle von Zwangsmassnahmen durch eine gerichtliche Instanz; Beschwerderecht gegen Verfügungen und Amtshandlungen der Staatsanwaltschaft (und der ihr unterstellten Polizei) bei einer gerichtlichen Instanz, Ausstandspflicht auch der Staatsanwaltschaft, Ausbau der Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung, wirksame Aufsicht über die Staatsanwaltschaft. Was insbesondere das «Vieraugenprinzip» betrifft, so muss dieses auch im vorgeschlagenen Staatsanwaltschaftsmodell nicht gänzlich verloren gehen; beispielsweise kann durch die fallweise Bildung von Teams in umfangreichen Straffällen eine gewisse Gegenprüfung sichergestellt werden.
- Wie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sind auch Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter in erster Linie Organe der Strafverfolgung. Die Erwartungen an die richterliche Unabhängigkeit sind daher regelmässig nicht zu erfüllen, und es ist fraglich, ob der richterliche Status die Situation der beschuldigten Person nicht nur formal, sondern auch faktisch verbessert. Zweifelhaft ist namentlich, inwieweit Untersuchungsrichterinnen und -richter im Vorverfahren tatsächlich noch richterliche Funktionen im Bereich der Anordnung und Kontrolle von Zwangsmassnahmen wahrnehmen und damit die Einrichtung eines Zwangsmassnahmengerichts entbehrlich machen können<sup>60</sup>. So hat sich die Hoffnung, die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter könnten dank ihres Status auch die Funktion des Haftrichters übernehmen, als trügerisch erwiesen. Mangels ausreichender Unparteilichkeit hat die Strassburger Rechtsprechung diese Fähigkeit den wei-

<sup>59</sup> Bezeichnenderweise sehen verschiedene Kantone vor, dass in Fällen der kleineren und mittleren Kriminalität der Untersuchungsrichter nach der Untersuchung auch für die Anklageerhebung zuständig ist, so in LU, SZ und (vor dem Wechsel zum Staatsanwaltschaftsmodell II) ZH. Damit ist im Grunde ein dem Staatsanwaltschaftsmodell II sehr nahe kommendes System verwirklicht.

<sup>60</sup> Vgl. Begleitbericht VE-StPO, S. 16 mit Hinweisen auf die Hearings.

sungsabhängigen, in gewissen Konstellationen auch den unabhängigen Untersuchungsrichterinnen und -richtern abgesprochen<sup>61</sup>.

- Als gewichtiger Nachteil der beiden Modelle mit unabhängigen Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern (Untersuchungsrichtermode I und Staatsanwaltschaftsmodell I) erweisen sich die Schwierigkeiten, in grösseren Kantonen arbeitsteilig und effizient wirkende, von erfahrenen Spezialisten geleitete und damit hierarchisch strukturierte Sonderabteilungen für schwer wiegende Kriminalitätsformen aufzubauen. Unabhängige Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter können definitionsgemäss nicht in eine Hierarchie eingebunden werden. Eine solche Hierarchie ist jedoch insbesondere bei der Bildung von Spezialabteilungen zur Bekämpfung bestimmter Kriminalitätsformen dringend angezeigt.
- Das vorgeschlagene Staatsanwaltschaftsmodell II lässt sich in der Praxis flexibel ausgestalten und handhaben. Es versteht sich, dass die Staatsanwaltschaft in einem kleineren Kanton anders als jene in einem bevölkerungsreichen, von bestimmten schweren Deliktformen besonders betroffenen Kanton strukturiert sein muss. Insbesondere mit der Möglichkeit der Einsetzung einer Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft wird es Bund und Kantonen frei gestellt, einen ihren Bedürfnissen angemessenen Aufbau ihrer Strafverfolgungsbehörden zu wählen. Sie können so hierarchisch gegliederte und weisungsgebundene Untersuchungs- und Anklagebehörden bilden und damit deren Effizienz sowie Leitung und Beaufsichtigung optimieren.
- Auch wenn zuverlässige Berechnungen fehlen, so ist doch zu prognostizieren, dass der Übergang zum Staatsanwaltschaftsmodell verglichen mit andern Modellen, vor allem dem von der Expertenkommission bevorzugten Untersuchungsrichtermode I, nicht zu höherem, sondern eher zu geringerem personellen und finanziellen Aufwand führen wird. Durch den Wegfall von Doppelspurigkeiten werden Einsparungen möglich sein; umgekehrt bedingt die Einrichtung eines Zwangsmassnahengerichts (dessen Funktionen zumindest teilweise bereits heute von richterlichen Instanzen wahrgenommen werden) keinen Mehraufwand, der früher oder später nicht auch in den anderen Strafverfolgungsmodellen anfallen würde<sup>62</sup>.
- Der Entscheid zu Gunsten des Staatsanwaltschaftsmodells II wurde auch durch die Feststellung beeinflusst, dass sich Kantone oder Staaten, die in diesem Punkt Änderungen ihrer Prozessordnungen vorgenommen haben oder planen, für dieses Modell entschieden haben. Der Trend geht eindeutig in diese Richtung. In der Schweiz haben vor einigen Jahren der Kanton Tessin, in der jüngeren Vergangenheit die Kantone St. Gallen und Appenzell-

<sup>61</sup> Urteile i.S. Jutta Huber c/CH vom 23.10.1990, Série A vol. 188 (Bezirksanwalt ZH); H.B. c/CH vom 5.4.2001 (Untersuchungsrichter SO). Vgl. auch Urteil I.O. c/CH vom 8.3.2001 (Untersuchungsrichter BE) (gütliche Einigung). Alle Urteile auf [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). – Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht kürzlich auch eine Haftanordnung durch den Amtstatthalter Luzern als konventionswidrig qualifiziert: BGE 131 I 36. Die Tendenz der Rechtsprechung scheint also dahin zu gehen, dass nicht nur für die richterliche Haftüberprüfung (nach Art. 5 Abs. 4 EMRK), sondern bereits für die Haftanordnung (nach Art. 5 Abs. 3 EMRK) nur Magistratspersonen in Frage kommen, die nicht in die eigentliche Strafuntersuchung involviert sind.

<sup>62</sup> Einzelheiten zu den Auswirkungen der Modellwahl auf Bund und Kantone unten Ziff. 4.1 und 4.2.

Innerrhoden und zuletzt die Kantone Solothurn und Zürich gewechselt<sup>63</sup>. Von unseren Nachbarländern haben schon vor längerer Zeit Deutschland, in der jüngeren Vergangenheit Italien und jüngstens Österreich auf die Funktion des Untersuchungsrichters verzichtet. Auf dem Staatsanwaltschaftsmodell II beruht schliesslich auch das Römer Statut des ständigen Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998<sup>64</sup>, welchem die Schweiz beigetreten ist.

- Entscheidendes Gewicht in dieser schwierigen Frage hatte schliesslich das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens: Neben den 6 Kantonen, die das System ohnehin bereits praktizieren, haben sich 9 weitere, die heute noch anders organisiert sind, dafür ausgesprochen<sup>65</sup>. Dasselbe gilt für verschiedene, gesamtschweizerisch tätige Fachgremien<sup>66</sup>. Der Entscheid wurde umgekehrt dadurch erleichtert, dass betreffend die zu wählende Alternative keine klaren Mehrheiten bestehen<sup>67</sup>.

### 1.5.3 Neue strafprozessuale Instrumente und Verfahrensformen

Wie einleitend in Ziffer 1.5.1.1 erwähnt, folgt der Entwurf weitgehend den behördlichen Institutionen und Verfahrensformen, wie sie schon bisher in den eidgenössischen und kantonalen Verfahrensordnungen bekannt waren. Er kann sich also darauf beschränken, punktuell Verbesserungen und Anpassungen an höchstrichterliche Vorgaben oder gewandelte Auffassungen einzubringen. Es werden verschiedene Regelungen präsentiert, die bislang nicht oder nur in einzelnen Verfahrensordnungen bekannt waren. Diese Neuerungen haben einerseits zum Ziel, die Verfahrensrechte der Parteien und damit zusammenhängend den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung angemessen auszubauen. Andererseits sollen sie dazu beitragen, die Effizienz der Strafverfolgung zu steigern.

Folgende wesentliche Neuerungen sind an dieser Stelle zu erwähnen:

- Der Vorentwurf folgt konsequent dem eingliedrigen Vorverfahrensmodell, d.h. dem Staatsanwaltschaftsmodell II.
- Das bereits im revidierten Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches vorgesehene Opportunitätsprinzip wird ausgebaut (unten Ziff. 2.1.2.2).
- Die Verteidigungsrechte werden durch verschiedene Massnahmen verstärkt, wie Zulassung des «Anwalts der ersten Stunde», Recht auf Beizug der Verteidigung in jedem Verfahrensstadium, Recht zu schweigen, Belehrungspflicht auch im polizeilichen Ermittlungsverfahren (unten Ziff. 2.3.2.2; 2.3.4.2; 2.4.1.2; 2.4.1.3; 2.4.2.2).

<sup>63</sup> Eine Ausnahme bildet der Kanton Jura, der 1990 vom Untersuchungsrichtermodell I zum Staatsanwaltschaftsmodell I übergegangen ist.

<sup>64</sup> Art. 53 ff. des Statuts (SR **0.312.1**), vgl. Botschaft des Bundesrates in BBl **2001** 429 549 ff.

<sup>65</sup> AR, BL, BE, GE, GR, SH, SZ, UR und ZG.

<sup>66</sup> Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, Schweizerischer Anwaltsverband, Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz.

<sup>67</sup> Oben Ziff. 1.5.2.2 am Ende.

- Die prozessuale Stellung des Opfers wird umfassend geregelt und im Vergleich zur heutigen Regelung im Opferhilfegesetz teilweise verstärkt (unten Ziff. 2.3.3.2).
- Der Entwurf entspricht dem Postulat des Zeugenschutzes, dehnt die entsprechenden Bestimmungen jedoch über die Zeuginnen und Zeugen hinaus auf alle im Strafverfahren einzuvernehmenden Personen mit Ausnahme der Beschuldigten aus (unten Ziff. 2.4.1.4).
- Für die Genehmigung von Zwangsmassnahmen und – bei einschneidenden Massnahmen wie der Untersuchungshaft – für deren Anordnung ist im Bund und in den Kantonen ein Zwangsmassnahmengericht vorzusehen (unten Ziff. 2.2.1.3). Neueren Postulaten folgend wird die Liste der traditionellen Zwangsmassnahmen um die polizeiliche Observation im Strafverfahren (unten Ziff. 2.5.8.3) sowie die Überwachung von Bankbeziehungen (unten Ziff. 2.5.8.4) erweitert.
- Dem Beispiel einzelner kantonaler Regelungen folgend sollen in der Schweizerischen Strafprozessordnung in gewissen Grenzen Absprachen zwischen Staatsanwaltschaft und beschuldigter Person möglich sein (sog. «Abgekürztes Verfahren», unten Ziff. 2.8.3).
- Der Entwurf sieht Möglichkeiten der alternativen Streitbeilegung vor: Die Staatsanwaltschaft kann bei Antragsdelikten mit den Parteien Vergleichsgespräche führen; falls eine Strafbefreiung nach erfolgter Wiedergutmachung durch den Täter in Frage kommt (Art. 53 nStGB<sup>68</sup>), ist sie dazu verpflichtet. Ausserdem kann sie jederzeit eine Mediatorin oder einen Mediator einschalten, die oder der auf eine zwischen den Beteiligten frei verhandelte Lösung hinarbeiten soll (unten Ziff. 2.6.3.3).
- In der Hauptverhandlung kommt der Grundsatz der Unmittelbarkeit verstärkt zum Tragen. Beantragt die Staatsanwaltschaft eine unbedingte Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme, so können die Parteien beantragen, dass im Vorverfahren erhobene Beweise in der Hauptverhandlung nochmals abgenommen werden. Das Gericht kann davon nur unter eingeschränkten Bedingungen absehen. In Straffällen von geringerer Schwere kann unter gewissen Voraussetzungen eine vereinfachte Beweisabnahme, d.h. ein grundsätzlich schriftliches Verfahren stattfinden (unten Ziff. 2.7.2.3).
- Die Hauptverhandlung kann in zwei Teile aufgeteilt werden, wobei im ersten entweder die Tatfrage allein (sog. Tatinterlokut) oder die Tat- und die Schuldfrage (sog. Schuldinterlokut) und im zweiten die Folgen eines Schuld- oder Freispruchs behandelt werden (unten Ziff. 2.7.2.3).
- Das Rechtsmittelsystem auf kantonaler Ebene wird vereinfacht; neben dem besonderen Rechtsmittel der Revision sind nur noch die Beschwerde und die Berufung, hingegen nicht die in einigen Kantonen bekannte Nichtigkeits- oder Kassationsbeschwerde vorgesehen. Revision, Beschwerde und Beru-

<sup>68</sup> In dieser Botschaft werden die Artikel des StGB in der Fassung vom 13. Dezember 2002 (Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes]), BBl 2002 8240 mit «nStGB» zitiert. Bestimmungen des heute geltenden StGB mit «StGB». Die Änderung tritt voraussichtlich am 1. Januar 2007 in Kraft.

fung sind hinreichende, aber auch notwendige Rechtsmittel in der vereinheitlichten Prozessordnung. Dementsprechend sollte auch auf Bundesebene eine Möglichkeit geschaffen werden, gegen Urteile des Bundesstrafgerichts zu appellieren (unten Ziff. 4.1.2.2).

- Wird vor der ersten Instanz vermehrt das Unmittelbarkeitsprinzip verwirklicht, kann bei den Rechtsmitteln, namentlich bei der Berufung, häufiger das schriftliche Verfahren angewendet und die Abnahme neuer bzw. die erneute Abnahme bereits vorinstanzlich erhobener Beweise beschränkt werden (unten Ziff. 2.9.3.2).

## **1.5.4 Nicht vorgesehene strafprozessuale Instrumente**

Bereits der Vorentwurf von 2001 hatte auf verschiedene strafprozessuale Instrumente verzichtet, die heute in einzelnen kantonalen Prozessordnungen bekannt sind oder aber im Vorfeld der Schaffung einer vereinheitlichten Strafprozessordnung diskutiert wurden. Auf andere Regelungen, die im Vorentwurf noch enthalten waren, soll mit Rücksicht auf die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens verzichtet werden.

### **1.5.4.1 Privatstrafklageverfahren**

Bisher kannten viele Kantone für Ehrverletzungs- oder andere Antragsdelikte das so genannte Privatstrafklageverfahren. Der Staat tritt hier gewissermassen die Strafverfolgung an die geschädigte Person ab. Es ist ihre Sache, die Anklage zu erheben, die Beweise zu produzieren, die Kosten zu tragen etc. Die geschädigte Person muss m.a.W. das Strafverfahren selbst und auf eigenes Kostenrisiko betreiben. In einzelnen Kantonen werden zwar solche Antragsdelikte im Officialverfahren verfolgt, doch geht diesem ein Vermittlungsverfahren beim Friedensrichter voraus; andere Kantone sehen vor, dass das Privatstrafklageverfahren in den Formen des Zivilprozesses abgewickelt wird. Wiederum anderen Kantonen, vorab jenen der Romandie, ist die Institution der Privatstrafklage nicht bekannt.

Zur Vereinfachung des Strafverfahrens verzichtet der Entwurf auf das Privatstrafklageverfahren. Im 8. Titel erscheinen nur die besonderen Verfahren, die entweder sachlich erforderlich sind (z.B. das selbständige Massnahmeverfahren, unten Ziff. 2.8.4) oder von denen zu erwarten ist, dass sie erheblich zur Entlastung des ordentlichen Strafverfahrens beitragen können (z.B. das Strafbefehlsverfahren, unten Ziff. 2.8.1.1). Letzteres ist beim Privatstrafklageverfahren bei einer gesamthaften Würdigung der Belastung der Strafbehörden (also Staatsanwaltschaft *und* Gerichte) kaum der Fall. Im Übrigen macht das Privatstrafklageverfahren je nach kantonaler Ausgestaltung mehr oder weniger starke Anleihen beim Zivilprozess, vor allem dort, wo nach zivilprozessuellem Muster der Strafuntersuchung ein Vermittlungsversuch vor einem Friedensrichter voranzugehen hat. Diese Vermischung von zivil- und strafprozessualen Elementen ist fragwürdig, nicht zuletzt dort, wo zusätzliche Behörden (Friedensrichter, Vermittler) tätig werden müssen, die sonst im Strafverfahren keine Funktionen haben.

Allerdings sollen gewisse positive Elemente des Privatstrafklageverfahrens (auf welche im Vernehmlassungsverfahren vereinzelt hingewiesen worden ist<sup>69</sup>), übernommen und gleichzeitig auf alle Antragsdelikte ausgedehnt werden: So ist vorgesehen, dass Staatsanwaltschaft und Gerichte bei Antragsdelikten die Parteien zu einem Vergleichsversuch vorladen können (unten Ziff. 2.6.3.3). Misslingt der Versuch, können von den Parteien in begründeten Fällen Vorschüsse für die Kosten und Entschädigungen verlangt werden.

#### **1.5.4.2 Kronzeugenregelung**

Der Kronzeuge ist eine aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammende Beweisfigur. Als Kronzeugen kommen Personen in Frage, die zwar grundsätzlich als für die Straftat mitverantwortlich erscheinen, jedoch unter Zusicherung der Straffreiheit oder anderer prozessualer Vorteile dafür gewonnen werden können, gegen Mitbeschuldigte als Zeugen auszusagen<sup>70</sup>. Italien setzt diese Einrichtung als offenbar unentbehrliches Werkzeug im Kampf gegen schwere Formen der Kriminalität, vor allem gegen die organisierte Kriminalität ein. Deutschland kannte die Kronzeugenregelung bis Ende 1999.

Zwar kann der Einsatz von Kronzeugen namentlich beim Aufbrechen von Verbrechensorganisationen von grosser, wenn nicht sogar ausschlaggebender Bedeutung sein<sup>71</sup>. Demgegenüber bestehen aber aus rechtsstaatlicher Sicht erhebliche Bedenken. Zunächst sind nach kontinental-europäischer und vor allem schweizerischer Rechtstradition die Rolle des Beschuldigten und jene des Zeugen unvereinbar: Die beschuldigte oder verdächtige Person kann nicht Zeugin oder Zeuge in eigener Sache sein. Im Weiteren widerspricht die Kronzeugenregelung dem Gleichheitsgrundsatz von Artikel 8 Absatz 1 BV sowie dem daraus abzuleitenden Legalitätsprinzip, weil einzelnen Beschuldigten zu Lasten anderer Tatbeteiligter prozessuale Vorteile eingeräumt werden. Es bestehen auch Bedenken hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der auf solche Weise erkaufte belastenden Aussagen sowie der Einhaltung des Anspruchs auf ein faires Gerichtsverfahren im Sinn von Artikel 6 Absatz 1 EMRK<sup>72</sup>.

Offensichtlich haben sich die in Deutschland in diese Regelung gesetzten Erwartungen nicht erfüllt, was sich daran zeigt, dass sie nur sehr selten angewendet und mittlerweile wieder aufgehoben wurde. Angesichts der schwer wiegenden Bedenken<sup>73</sup> sowie der Tatsache, dass in der schweizerischen Praxis bisher kein konkretes Bedürfnis nach einer Kronzeugenregelung nachgewiesen wurde, wird auf dieses Institut verzichtet. Dieser Verzicht wäre nur zu überdenken, wenn die Kriminalitätsentwicklung in der Schweiz zu einem eigentlichen Ermittlungsnotstand führen sollte<sup>74</sup>. Die von den Experten als prüfungswert bezeichnete vermehrte Berücksichtigung der Aufklärungshilfe, also vor allem die strafmildernde Berücksichtigung der

<sup>69</sup> SG, TG. Verzicht auf Privatstrafklageverfahren ausdrücklich begründet: JU.

<sup>70</sup> Vgl. Aus 29 mach 1, S. 54 ff.

<sup>71</sup> Zu diesem Vorteilen: Aus 29 mach 1, S. 57/58.

<sup>72</sup> Zu letzterem Aspekt vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 21.10.1993 i.S. Alvaro Baragiola c/CH, VPB 58.106.

<sup>73</sup> Vgl. dazu auch Aus 29 mach 1, S. 53 ff. und Hearings S. 9, 14, 32, 37, 40, 43, 50, 63 f., 71, 81, 101, 137, 151, 159 sowie Ziff. 131.2 a.E., 122.

<sup>74</sup> Vgl. auch Aus 29 mach 1, S. 53 oben.

Kooperations- und Geständniswilligkeit der Beschuldigten<sup>75</sup>, ist primär eine Frage der Strafzumessung, also des materiellen Strafrechts<sup>76</sup>.

Wie das Privatstrafklageverfahren war auch die Kronzeugenregelung bereits im Vorentwurf von 2001 nicht enthalten. Entsprechend selten waren Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren. Wer sich jedoch zur Frage geäußert hat, befürwortete den Verzicht<sup>77</sup>.

### 1.5.4.3 Besonderer Tieranwalt

Im Vorentwurf 2001 ebenfalls nicht vorgesehen war die Einrichtung eines sog. Tieranwalts. Dieser «Rechtsanwalt für Tierschutz in Strafsachen», wie er heute im Kanton Zürich bekannt ist, nimmt im Verfahren die Stellung eines Geschädigten ein. Im Vernehmlassungsverfahren wurde von zwei Fachorganisationen<sup>78</sup> gefordert, ein solcher Tieranwalt sei auch in der gesamtschweizerischen Strafprozessordnung einzuführen.

Die Einführung «geeigneter Anwälte» zur Vertretung der Rechte der Tiere war auch eines der Anliegen der Volksinitiative «Tiere sind keine Sachen!». In seiner Botschaft hatte sich der Bundesrat zu dieser Frage ablehnend geäußert. Ein solches Instrument sei auf der Ebene der Verfassung nicht stufengerecht verankert; ausserdem stelle die vorgeschlagene Regelung einen nicht ohne weiteres gerechtfertigten Eingriff in die kantonale Vollzugs- und Organisationsautonomie dar<sup>79</sup>. Die Initiative wurde in der Folge zurückgezogen<sup>80</sup>, nachdem ihrem Hauptanliegen – Tiere sind keine Sachen – durch die Umsetzung einer parlamentarischen Initiative entsprochen worden war<sup>81</sup>. Konkret wurde die Rechtsstellung des Tieres durch eine Reihe von Änderungen des materiellen Rechts verbessert (insbesondere Bestimmungen im ZGB und im OR); die Idee eines besonderen Tieranwalts wurde dagegen nicht aufgegriffen<sup>82</sup>.

Die erwähnte Vollzugs- und Organisationsautonomie der Kantone bleibt auch in einer vereinheitlichten Strafprozessordnung grundsätzlich erhalten. Eine wirksame Wahrnehmung der Rechte der Tiere im Prozess kann auf verschiedene Weise verwirklicht werden. Neben der Einrichtung eines Tieranwalts nach Zürcher Muster ist an die Möglichkeit zu denken, bei den Strafverfolgungsbehörden eine entsprechende Spezialisierung vorzusehen. Denkbar ist weiter, bestimmten kantonalen Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, im Strafverfahren die Rechte einer

<sup>75</sup> Aus 29 mach 1, S. 59 f.; teilweise positiv aufgenommen in den Hearings, vgl. etwa S. 50 unten, S. 101.

<sup>76</sup> Vgl. allgemein Art. 47 ff. nStGB. Ein besonderer Fall der Strafmilderung ist bereits heute in Art. 260<sup>ter</sup> Ziff. 2 StGB (Kriminelle Organisation) vorgesehen, dazu Aus 29 mach 1, S. 54.

<sup>77</sup> JU, *economiesuisse*, FRSP.

<sup>78</sup> STS, Tier im Recht. Der Kanton Zürich als direkt betroffener Kanton hat sich zur Frage nicht geäußert.

<sup>79</sup> BBl 2001 2539

<sup>80</sup> BBl 2002 7125

<sup>81</sup> Parlamentarische Initiative (Marty Dick) vom 22. Dezember 1999: Die Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung (99.467).

<sup>82</sup> Vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 25. Januar 2002, BBl 2002 4164 ff., und die Stellungnahme des Bundesrates vom 27. Februar 2002 zu diesem Bericht, BBl 2002 5806 ff.

Partei einzuräumen<sup>83</sup>. Der vorliegende Entwurf für eine vereinheitlichte Strafprozessordnung lässt für beides Raum: Nach Artikel 14 regeln die Kantone die Zusammensetzung, Organisation und Befugnisse ihrer Strafbehörden; Artikel 102 Absatz 2 lässt den Kantonen die Möglichkeit, auch anderen Behörden als der Staatsanwaltschaft zur Wahrung öffentlicher Interessen Parteistellung zu verleihen. Unter diesen Umständen scheint es nicht angezeigt, gesamtschweizerisch die Einführung eines Tieranwalts im Sinne der Zürcher Regelung vorzuschreiben.

Abgesehen davon bestehen auch gewisse Bedenken hinsichtlich der Einführung einer Sonderregelung für eine bestimmte Delikts- bzw. Opferkategorie. Mit dem gleichen Recht könnten auch andere Gruppen eine auf ihre Interessen zugeschnittene besondere Untersuchungs-, Anklage- oder Gerichtsbehörde fordern, z.B. zur Verfolgung und Beurteilung von Straftaten gegen Kinder oder gegen die Umwelt. Was insbesondere die Staatsanwaltschaft betrifft, so ist diese auch nach dem vorliegenden Entwurf «für die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs verantwortlich» (Art. 16 Abs. 1). Diese Verantwortung bedeutet Recht, aber auch Pflicht zur Strafverfolgung, soweit nicht klar umschriebene Opportunitätsgründe einen Verfolgungsverzicht nahe legen.

#### **1.5.4.4 Kreuzverhör in der Hauptverhandlung**

Der Vorentwurf von 2001 hatte für die unmittelbare Hauptverhandlung die Möglichkeit des Kreuzverhörs vorgesehen (Art. 378 VE-StPO). Dabei werden die von den Parteien angerufenen Zeuginnen und Zeugen nicht wie in dem heute in der Schweiz verbreiteten Präsidialverhör durch das Gericht, sondern direkt durch die Parteien befragt. Diese Art der Befragung betont den Charakter des Strafprozesses als Zweiparteienverfahren. Sie kann der Gefahrentgegenwirken, dass das Gericht durch die Befragung in die Rolle des Anklägers verfällt; auch kann sie die Würdigung von Beweis- und Wahrheitswert der Aussagen durch das Gericht erleichtern.

Der Vorschlag wurde im Vernehmlassungsverfahren deutlich und teilweise nachdrücklich abgelehnt<sup>84</sup>. Zur Begründung wurde ausgeführt, das Kreuzverhör sei unserer Rechtstradition fremd, es führe zu einer Aufblähung und Entsachlichung des Prozessstoffes und sei der Wahrheitsfindung abträglich. Es bestehe die Gefahr, dass der Strafprozess zu einer Show verkomme, in der dem Publikum auf Kosten der beschuldigten Person und der Zeuginnen und Zeugen in einer menschenunwürdigen Weise Unterhaltung geboten werde.

Angesichts des klaren Ergebnisses soll auf die Einführung des Kreuzverhörs verzichtet werden.

<sup>83</sup> Der Kanton SG hat mit der Revision der Strafprozessordnung (in Kraft seit 1.7.2000) beide Möglichkeiten verwirklicht: es wurde die Stelle eines für den ganzen Kanton zuständigen Untersuchungsbeamten für Delikte gegen Tiere und die Umwelt geschaffen; gleichzeitig erhielt das kantonale Volkswirtschaftsdepartement die Kompetenz, bei Widerhandlungen gegen das Tierschutzgesetz die Rechte eines Klägers auszuüben (Art. 50 StPO/SG).

<sup>84</sup> Vgl. im Einzelnen Vernehmlassungsbericht, S. 72 f.

#### 1.5.4.5

### Verzicht auf besondere Verfahren zur Überprüfung oder Zulassung der Anklage

Wie bereits im Vorentwurf von 2001 vorgeschlagen, soll der Entscheid der Staatsanwaltschaft, Anklage zu erheben, nicht Gegenstand einer gesonderten Prüfung durch eine vom erkennenden Gericht unabhängige gerichtliche Instanz sein können. Die Prüfung der Anklage obliegt vielmehr dem erkennenden Gericht selbst (Art. 330). Dieses System ist mit Varianten in vielen schweizerischen Prozessordnungen anzutreffen<sup>85</sup>. Es hat sich grundsätzlich bewährt und wird deshalb auch dem Entwurf zu Grunde gelegt. Es unterscheidet sich von den Verfahrensordnungen, in denen die Staatsanwaltschaft nur Antrag auf Erhebung der Anklage stellen kann<sup>86</sup>, ein separates Anklagezulassungsverfahren stattfindet<sup>87</sup> oder eine Beschwerde gegen die Anklage möglich ist<sup>88</sup>. Durch die Konzentration der Befugnisse bei der Staatsanwaltschaft und der Prüfung der Anklage durch das urteilende Gericht selbst ist, der Zielsetzung des Staatsanwaltschaftsmodells folgend, eine Vereinfachung des Instanzenwegs, eine Straffung der vor dem Gerichtsverfahren liegenden Prozessphasen und eine Steigerung der Effizienz der Strafverfolgungsbehörden zu erwarten.

Diese Vereinfachung wurde im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich begrüsst, insbesondere von der grossen Mehrheit der Kantone<sup>89</sup>.

#### 1.5.5

### Ablauf eines ordentlichen Strafverfahrens nach dem E-StPO

Im Folgenden wird der Ablauf eines ordentlichen Strafverfahrens skizziert, wie er im Entwurf vorgesehen ist.

Gestützt auf eine private oder behördliche Anzeige (Art. 300 und 301) nimmt üblicherweise die Polizei die ersten *Ermittlungen* vor, die Staatsanwaltschaft kann das *Vorverfahren* jedoch auch ohne solche polizeilichen Ermittlungen einleiten und durchführen (Art. 308 Abs. 1 Bst. a). Die Polizei sichert die Tatspuren (Art. 305 Abs. 2) und nimmt gegebenenfalls vorläufige Festnahmen vor (Art. 216). Die Ergebnisse dieser Ermittlungen werden sofort der Staatsanwaltschaft übermittelt (Art. 306), die darüber zu entscheiden hat, ob eine *Untersuchung* zu eröffnen ist (Art. 308). Nach Eröffnung führt die Staatsanwaltschaft diese Untersuchung (Art. 311 ff.), verhört die beschuldigte Person und weitere Beweispersonen (Art. 154 ff.), nimmt die erforderlichen weiteren *Beweise* ab (Art. 189 ff.) und ordnet, soweit dafür nicht das Zwangsmassnahmengericht zuständig ist (Art. 18), gegebenenfalls Zwangsmassnahmen an (z.B. Art. 268, 279, 283, 285). Die gesamte Tätigkeit von Polizei und Staatsanwaltschaft (sowie von allfälligen Übertretungsstrafbehörden) unterliegt der Beschwerde an die Beschwerdeinstanz (Art. 401 Abs. 1 Bst. a); diese beurteilt auch Beschwerden gegen Zwangsmassnahmen, welche vom Zwangsmassnahmengericht genehmigt worden sind (Art. 401 Abs. 1 Bst. c).

<sup>85</sup> Anklageerhebung und Einstellung durch die Untersuchungsbehörden ohne Zwischenschaltung anderer Instanzen etwa in AI, AG, AR, BL, BS, FR, LU, OW, SH, TG, ZH.  
<sup>86</sup> So GE, GL, NE, SO, VD.

<sup>87</sup> So im Bund, ZH (für Fälle vor Geschworenengericht und Obergericht).  
<sup>88</sup> So FR, TI.

<sup>89</sup> Von 22 Kantonen. Dagegen FR, GE (für Anklagezulassungsverfahren) und VD, TI (für Beschwerdemöglichkeit).

Nach Abschluss der Untersuchung entscheidet die Staatsanwaltschaft, ob Anklage erhoben (Art. 325 ff.) oder aber das Verfahren eingestellt (Art. 320 ff.) wird. Gegen die Einstellung, nicht aber die Anklageerhebung ist die Beschwerde zulässig (Art. 323 Abs. 2, Art. 325 Abs. 2).

Die Anklage wird ohne Umweg über ein separates Anklagezulassungsverfahren dem erstinstanzlichen Gericht eingereicht. Je nach Schwere des zu beurteilenden Falles kann dies auch ein Einzelgericht sein. Das Gericht prüft die Ordnungsmässigkeit der Anklage und der Akten (Art. 330) und setzt die *Hauptverhandlung* an (Art. 332). Die konkrete Ausgestaltung der Hauptverhandlung hängt wesentlich von der in der Anklage beantragten Sanktion ab: Beantragt die Staatsanwaltschaft eine unbedingte Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme, so findet grundsätzlich ein unmittelbares Beweisverfahren statt. In Straffällen von geringerer Schwere kann bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen eine vereinfachte Beweisabnahme stattfinden, d.h. die Beweisabnahme kann sich auf die Einvernahme der beschuldigten Person beschränken (Art. 345).

Gegen das erstinstanzliche Urteil ist die *Berufung* an das Berufungsgericht zulässig (Art. 406 ff.). Gegen andere verfahrenserledigende Entscheide wie Nichtanhandnahme oder Einstellung ist die *Beschwerde* zulässig (Art. 401 ff.). Das Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich schriftlich (Art. 405). Auch bei der Berufung können unter gewissen Voraussetzungen schriftliche Verfahren durchgeführt werden (Art. 413). Im Rechtsmittelverfahren sind mit Einschränkungen die im Vorverfahren sowie dem erstinstanzlichen Verfahren erhobenen Beweise massgebend (Art. 397). Als drittes Rechtsmittel ist die *Revision* vorgesehen, die beim Auftauchen neuer Beweise gegen rechtskräftige Urteile möglich ist (Art. 417 ff.). Der Weiterzug der im Rahmen der Strafprozessordnung ergangenen Rechtsmittelentscheide an das Bundesgericht richtet sich nach den Artikeln 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005<sup>90</sup>.

## **1.6 Grundzüge des Entwurfs für eine schweizerische Jugendstrafprozessordnung (E-JStPO)**

### **1.6.1 Separates Gesetz**

Wie das Recht der Sanktionen, das für die Jugendlichen heute nicht mehr im Strafgesetzbuch, sondern in einem besonderen Gesetz geregelt ist<sup>91</sup>, soll auch das Verfahrensrecht nicht Teil der gewöhnlichen Strafprozessordnung, sondern Gegenstand eines besonderen Gesetzes sein. Hier wie dort sind es die Besonderheiten des Jugendstrafrechts, welche sachlich abweichende und auch in der Form getrennte Regelungen nahe legen. Jugendstrafrecht ist in erster Linie Täter-, nicht Tatstrafrecht, im Vordergrund steht die Person des Jugendlichen, nicht die strafbare Handlung, die es abzuklären gilt.

<sup>90</sup> BBl 2005 4045; künftige SR-Nummer 173.110.

<sup>91</sup> Bundesgesetz vom 20.6.2003 über das Jugendstrafrecht (Jugendstrafgesetz, JStG), vgl. BBl 2003 4445. Das Gesetz wird voraussichtlich am 1. Januar 2007 in Kraft treten; künftige SR-Nummer 311.1.

Nach dem vorliegenden Konzept ist die Jugendstrafprozessordnung als *Lex specialis* zur Strafprozessordnung ausgestaltet. Sie enthält also nur und alle Regeln, die von dieser abweichen (Art. 3 E-JStPO, unten Ziff. 3.1). Gesetzestechnisch wären auch andere Lösungen denkbar gewesen. So hätte man eine umfassende Normierung auch des Jugendstrafverfahrens in einem separaten Gesetz oder, wie noch im Vorentwurf von 2001 vorgeschlagen, einen besonderen Titel innerhalb der Strafprozessordnung vorsehen können. Die Vernehmlassung ergab jedoch eine deutliche Mehrheit zu Gunsten eines separaten Gesetzes und auch eine Mehrheit zu Gunsten des Konzepts einer *Lex specialis*<sup>92</sup>. Dieses Konzept, das bereits heute zumindest teilweise in gut der Hälfte der Kantone verwirklicht ist<sup>93</sup>, soll deshalb auch dem vereinheitlichten Prozessrecht zu Grunde gelegt werden.

Wie früher der Allgemeine Teil des StGB enthält auch das neue Jugendstrafgesetz gewisse strafprozessuale Grundsätze, die für die einheitliche Umsetzung des materiellen Jugendstrafrechts wichtig sind. Diese Verfahrensbestimmungen sind in die neue Jugendstrafprozessordnung zu überführen.

## 1.6.2 Heutige Situation

Bis zum Inkrafttreten des neuen Artikels 123 der Bundesverfassung am 1. April 2003<sup>94</sup> lag auch das Jugendstrafverfahren (d.h. das Strafverfahren, das auf Personen Anwendung findet, welche vor ihrem 18. Altersjahr straffällig werden<sup>95</sup>) in der ausschliesslichen Kompetenz der Kantone. Auf dieser Grundlage haben die Kantone<sup>96</sup> entsprechende gesetzliche Regelungen erlassen, die zwar untereinander grosse Unterschiede aufweisen, sich aber gleichwohl auf zwei Grundmodelle zurückführen lassen:

- *Modell Jugendrichter*: Dieses Modell, das im Wesentlichen in der Romandie verwirklicht ist<sup>97</sup>, ist gekennzeichnet durch die Personalunion von untersuchendem, urteilendem und den Urteilsvollzug überwachendem Richter. Das System verfolgt in erster Linie den Zweck, die Befassung mit jugendlichen Straftätern zu personalisieren: Der Straffall wird von derjenigen Magistratsperson entschieden, die den Jugendlichen am besten kennt, also von der RichterIn oder dem Richter, die oder der auch die Untersuchung geführt hat. Im Rahmen dieser Untersuchung stellt die JugendrichterIn oder der Jugendrichter den Sachverhalt fest und trifft Abklärungen über die Persönlichkeit des Jugendlichen. Im Urteilsstadium ist sie oder er als EinzelrichterIn oder -richter tätig, sofern es um weniger schwere Fälle geht, oder als Mitglied des Jugendgerichts in den schweren Fällen. Im Stadium des Urteilsvollzugs schliesslich wacht sie oder er über die korrekte Umsetzung des Urteils und trifft die Entscheidungen, die im Verlauf des Vollzugs anfallen können.

<sup>92</sup> Einzelheiten: Vernehmlassungsbericht, S. 16 f.

<sup>93</sup> Zusammenstellung der kantonalen Erlasse im Begleitbericht zum VE-JStPO, S. 11 f.

<sup>94</sup> SR **101**; AS **2002** 3147

<sup>95</sup> Diese Definition ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 JStG (BBl **2003** 4445).

<sup>96</sup> Der Bund kennt kein besonderes Gesetz über das Jugendstrafverfahren; Strafverfahren gegen Jugendliche werden seit jeher in aller Regel durch die Kantone geführt.

<sup>97</sup> FR, GE, JU, VD, VS, daneben auch BE und TG.

- *Modell Jugendanwalt*: In diesem v.a. in der Deutschschweiz verbreiteten Modell<sup>98</sup> sind die Funktionen zumindest teilweise stärker getrennt als im Jugendrichtermodell. Die Strafuntersuchung obliegt der Jugendanwältin oder dem Jugendanwalt, die oder der den Sachverhalt feststellt und die Persönlichkeit des betroffenen Jugendlichen abklärt. Im Urteilsstadium fungiert die Jugendanwältin oder der Jugendanwalt in den weniger schweren Fällen als urteilende Instanz; in den schweren, vom Jugendgericht zu beurteilenden Fällen vertritt sie oder er die Sache vor Gericht. Der Vollzug der Urteile obliegt, insofern wiederum analog zum Jugendrichtermodell, der Jugendanwältin oder dem Jugendanwalt, gleichgültig ob es sich um den Vollzug der eigenen Urteile oder der des Jugendgerichts handelt.

### **1.6.3 Der Vorentwurf von 2001**

Zwischen den beiden beschriebenen Systemen hatte der Vorentwurf von 2001 für das Jugendrichtermodell optiert. Um den – v.a. rechtsstaatlich motivierten – Bedenken gegenüber der Doppelrolle als untersuchendem und urteilendem Richter im Jugendgericht Rechnung zu tragen, war u.a. ein voraussetzungsloses Ablehnungsrecht der beschuldigten Person vorgesehen.

### **1.6.4 Die Modellfrage im Vernehmlassungsverfahren**

Anders als beim VE-StPO stand die Modellfrage als solche (Jugendrichter oder Jugendanwalt) nicht im Zentrum des Interesses. Kontrovers beurteilt wurde vielmehr die ausgeprägte Kumulation von Funktionen bei einer einzigen Magistratsperson, die im Normalfall in allen Verfahrensstadien interveniert. Für die einen ist diese Personalunion mit Blick auf das Erfordernis eines unabhängigen Richters nicht akzeptabel, für die anderen ist sie mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Jugendstrafrechts und im Interesse der Personalisierung der Strafe von vorrangiger Bedeutung. Was die im Vorentwurf vorgesehenen Sicherungen betrifft, insbesondere die Möglichkeit, den Jugendrichter oder die Jugendrichterin als Mitglied des Jugendgerichts ohne Weiteres abzulehnen, wurden diese von den meisten Kritikern als ungenügend angesehen<sup>99</sup>.

### **1.6.5 Grundsätzliches Festhalten am Jugendrichtermodell**

Bei allen Unterschieden zwischen den beiden oben beschriebenen Modellen und den 26 kantonalen Rechtsordnungen überhaupt darf nicht verkannt werden, dass die Strafverfolgung gegen Jugendliche überall von derselben Idee getragen ist: nämlich von der Idee einer menschlichen Justiz, die unter Berücksichtigung der persönlichen und familiären ebenso wie der schulischen oder beruflichen Lage der jugendlichen Person Entscheide trifft, die ihr dazu verhelfen sollen, wieder aus der Situation herauszukommen, aus der heraus sie straffällig geworden ist. Der gleiche Grundge-

<sup>98</sup> AG, AR, BL, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, UR, ZG, ZH.

<sup>99</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 91 ff.

danke liegt natürlich auch dem vorliegenden Entwurf für ein einheitliches Jugendstrafverfahren zu Grunde.

Ausgehend von der Feststellung, dass die grosse Mehrheit der Vernehmlasser das im Vorentwurf vorgeschlagene Jugendrichtermodell als taugliches Modell ansieht, mit dem die besonderen Ziele des Jugendstrafverfahrens erreicht werden können, schlägt der Bundesrat vor, daran im Grundsatz festzuhalten. Der Konflikt darüber, ob eine so umfassende Personalunion, wie sie diesem Modell eigen ist, wünschbar ist, soll nicht im Sinne der einen oder anderen Lösung entschieden werden. Vielmehr sollen die Kantone frei bleiben zu bestimmen, ob der Jugendrichter oder die Jugendrichterin, der oder die die Untersuchung geführt hat, in einer späteren Hauptverhandlung Mitglied des Jugendgerichts sein kann oder nicht.

Für diese Lösung sprechen im Wesentlichen drei Gründe. Erstens sind unter dem Gesichtspunkt der Akzeptanz seitens der Rechtsunterworfenen in der Praxis keine Unterschiede zwischen den beiden Systemen auszumachen. Zweitens ist nach heutiger Rechtslage auch das System, das eine Personalunion zwischen untersuchendem und urteilendem Richter vorsieht, mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht unvereinbar<sup>100</sup>. Entscheidend ist schliesslich drittens, dass die Untersuchung im Jugendstrafverfahren bereits heute, unabhängig von der Modellwahl und im Gegensatz zum Strafverfahren gegen Erwachsene, von einer einzigen Magistratsperson geführt wird (Jugendanwalt oder Jugendrichter; eingliedriges Vorverfahren), welche in der grossen Mehrheit der Fälle (über 90 %) den Jugendlichen anschliessend zudem selbst beurteilt. Es geht von vornherein also nur um die wenigen, schweren Fälle, die dem Jugendgericht zu unterbreiten sind. Für die Beurteilung dieser Fälle soll den Kantonen die Beteiligung des Jugendrichters oder der Jugendrichterin, der oder die die Untersuchung geführt hat, weder vorgeschrieben noch verboten werden.

## 1.6.6 Weitere Grundzüge des Entwurfs

An dieser Stelle sind stichwortartig weitere Grundzüge des E-JStPO zu nennen. Sie erklären sich aus den Besonderheiten des Jugendstrafrechts und hängen teilweise mit der Frage des Modells zusammen:

- Wie die heutigen kantonalen Regelungen unterscheidet auch der Entwurf bis zum erstinstanzlichen Urteil *vier Funktionen*, die im Jugendstrafverfahren von staatlichen Behörden wahrgenommen werden: *Strafuntersuchung, Anklageerhebung, gerichtliche Beurteilung und Überwachung des Vollzugs*. Der Entwurf sieht diese vier Funktionen zwingend vor, ohne jedoch die Wahrnehmung verschiedener Funktionen durch die gleiche Person vorzuschreiben oder auszuschliessen. Nur eine Ausnahme besteht in dieser Hin-

<sup>100</sup> Vgl. im Einzelnen den Begleitbericht zum Vorentwurf 2001, S. 49 ff. – Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes hat in seinen Schlussbemerkungen vom 13. Juni 2002 zum Staatenbericht der Schweiz zur Kinderkonvention (SR **0.107**) zum entsprechenden Vorbehalt der Schweiz empfohlen, diesen Vorbehalt noch einmal zu überdenken. Nach Auffassung des Ausschusses «bedeutet das Erfordernis einer unabhängigen und unparteiischen Behörde oder Gerichtsinstanz [Art. 40(2)(b)(iii)] nicht notwendigerweise und unter allen Umständen, dass untersuchender und urteilender Richter nicht ein und dieselbe Person sein können» (Ziff. 7e der Schlussbemerkungen, UN-Dokument CRC/C/15/add 182., hier in der nicht offiziellen Übersetzung des EDA).

sicht: Wer vor dem Jugendgericht die Anklage vertritt, kann nicht auch Mitglied dieses Gerichts sein (Art. 6 und 7, unten Ziff. 3.2).

- Der vorstehend genannte Grundentscheid wird es den Kantonen möglich machen, ihre heutigen Organisationssysteme mit gewissen Einschränkungen beizubehalten: Die Anhänger des *Jugendrichtermodells* werden ihr System der Personalunion beibehalten können, mit der Neuerung, dass sie die Möglichkeit der Intervention der Jugendstaatsanwaltschaft vorsehen müssen (Art. 6 Abs. 2 und Art. 22, unten Ziff. 3.2 und 3.4.1). Die Kantone, die das *Modell Jugendanwalt* praktizieren, können weiterhin ein Jugendgericht vorsehen, in dem der Jugendanwalt nicht als Mitglied des Gerichts mitwirkt, sondern vor dem er als Jugendstaatsanwalt die Anklage vertritt.
- Der vorliegende Entwurf nennt als Strafverfolgungsbehörden die Polizei, die Jugendrichterin oder den Jugendrichter und die Jugendstaatsanwaltschaft (Art. 6 Abs. 1). Nicht vorgesehen sind die heute noch in einigen Kantonen (insbes. in Verfahren gegen Kinder) anzutreffenden Verwaltungsbehörden und – dies im Gegensatz zum Vorentwurf von 2001 – die Übertretungsstrafbehörden. Auch im Übertretungsbereich obliegt die Strafverfolgung damit ausschliesslich den in Artikel 6 genannten Behörden (unten Ziff. 3.2).
- Bereits aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass auch im Jugendstrafverfahren eine Staatsanwaltschaft auftritt. Ihr kommt jedoch hier nur eine beschränkte, mit derjenigen im Erwachsenenstrafrecht nicht vergleichbare Rolle zu. Insbesondere ist sie nicht mit der Strafuntersuchung befasst (Art. 19 Bst. c, 22 und 27, unten Ziff. 3.4.1).
- Ebenfalls im Unterschied zum E-StPO ist dem Jugendstrafverfahren die Institution des Zwangsmassnahmengerichts fremd. Dessen Funktion wird wie bereits heute in den meisten kantonalen Regelungen von der untersuchenden Magistratsperson wahrgenommen, gemäss vorliegendem Entwurf also der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter (Art. 27 Abs. 3 Bst. a, unten Ziff. 3.5.1).
- Der Entwurf enthält weitere, den Eigenheiten des Jugendstrafverfahrens angepasste Bestimmungen, die von der Regelung im E-StPO abweichen. Dazu gehören erweiterte Möglichkeiten im Bereich von Vergleich und Mediation (Art. 17 und 18, unten Ziff. 3.3) oder der Grundsatz, dass Strafverfahren gegen Jugendliche nicht öffentlich sind (Art. 15, unten Ziff. 3.3). Besonders geregelt sind auch die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung (Art. 24, unten Ziff. 3.4.2), von Anordnung und Vollzug der Untersuchungs- und der Sicherheitshaft (Art. 30 und 31, unten Ziff. 3.5.1) oder des Abwesenheitsverfahrens (Art. 35, unten Ziff. 3.5.2).

## **1.7                      Rechtsvergleich**

### **1.7.1                    Einleitung**

Mit ihrem System eines zwar einheitlichen materiellen, aber gliedstaatlich geregelten formellen Strafrechts bildet die Schweiz im Vergleich mit anderen Staaten die grosse Ausnahme. In Europa ist sie das einzige Land, in dem heute das Strafverfahrensrecht nicht einheitlich geregelt ist. Die Tendenz auf europäischer Ebene geht im

Gegenteil in Richtung einer verstärkten *supranationalen* Harmonisierung gewisser strafprozessualer Fragen<sup>101</sup>. Das gilt für das Recht der EU (vgl. Ziff. 1.7.3) und – besonders ausgeprägt – für die Europäische Menschenrechtskonvention (unten Ziff. 6.2).

### 1.7.2 Römer Statut

Nach verschiedenen historischen Vorläufern liegt mit dem *Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs* (Statut) heute eine Strafverfahrensordnung vor, die auf universeller Ebene ausgearbeitet und vom ganz überwiegenden Teil der Staatengemeinschaft verabschiedet wurde.<sup>102</sup> Das Statut bildet Grundlage eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, der für die Beurteilung von besonders schweren Verbrechen zuständig ist, welche die Staatengemeinschaft als Ganzes betreffen, darunter Völkermord, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit. In seiner Botschaft vom 15. November 2000<sup>103</sup> hat der Bundesrat die verabschiedete Regelung des Strafverfahrens als Ergebnis des erfolgreichen Versuchs bezeichnet, «das Beste aus den verschiedenen Rechtssystemen, insbesondere den Räumen des *common law* und des *civil law*, miteinander zu einem funktionsfähigen Ganzen zu verschmelzen»<sup>104</sup>. Angesichts des besonderen Kontexts, der Stellung des Strafgerichtshofs als gegenüber den nationalen Strafbehörden subsidiärem Organ und der Art der zu verfolgenden Delikte lassen sich die Verfahrensbestimmungen des Statuts naturgemäss nur bedingt mit nationalen Verfahrensordnungen vergleichen. Soweit jedoch Vergleiche möglich sind, kann man weitgehende Übereinstimmungen in zentralen Punkten feststellen. Das betrifft in erster Linie die Stellung und die Rechte der beschuldigten Person und des Opfers (Art. 55 f., 67 bzw. Art. 68 Statut), das Haftverfahren (Art. 58 Statut), die Einrichtung einer «Vorverfahrenskammer» in einem Vorverfahren, das auf Untersuchungsrichter verzichtet (Art. 53 f., 57 Statut) u.a.m. Ein grundsätzlicher Unterschied besteht darin, dass das Statut ein besonderes Verfahren zur Zulassung der Anklage vorsieht: Die Anklage muss vor der Beurteilung durch die Hauptverfahrenskammer durch die Vorverfahrenskammer bestätigt werden (Art. 61 Statut). Der vorliegende Entwurf verzichtet dagegen auf diese Art des Zwischenverfahrens (oben Ziff. 1.5.4.6). Ein anderer Unterschied besteht darin, dass das Statut Absprachen zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem nicht zulässt (Art. 61 Abs. 4, 65 Abs. 5 Statut).

### 1.7.3 Recht der EU

Seit dem Vertrag von Amsterdam besteht eines der Kardinalziele der EU in der Schaffung eines «Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts». Der sich vor diesem Hintergrund dynamisch ausbildende Rechtsbestand zielt u.a. auf eine wesentliche Ausweitung der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Straf-

<sup>101</sup> Vgl. dazu *Jean-Marc Verniory*, Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal, Diss. GE, Bern 2005, S. 60 ff. («*Bientôt une procédure pénale européenne?*»); *Robert Esser*, Rahmenbedingungen der Europäischen Union für das Strafverfahrensrecht in Europa, Zeitschrift für europäische Studien, 2004, S. 289 ff.

<sup>102</sup> Von der Schweiz am 12.10.2001 ratifiziert; SR **0.312.1**

<sup>103</sup> BBl **2001** 391

<sup>104</sup> BBl **2001** 429

sachen ab; entsprechend sind die der EU eingeräumten Handlungsbefugnisse recht weit gefasst. Sie gehen namentlich über das Feld der internationalen Rechtshilfe und Auslieferung hinaus und erstrecken sich sowohl auf das materielle Strafrecht (Mindestharmonisierung im Bereich der organisierten Kriminalität, des Terrorismus und des Drogenhandels) als auch auf das Strafverfahrensrecht und damit zusammenhängende Aspekte (Art. 31 EUV<sup>105</sup>). In den beiden letztgenannten Bereichen baut das EU-Recht insbesondere auf dem «Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen» auf<sup>106</sup>, welcher im Europäischen Haftbefehl<sup>107</sup> einen ersten wichtigen Anwendungsfall gefunden hat. Diesem Grundsatz soll künftig im Hinblick auf die Erleichterung der justiziellen Zusammenarbeit eine Schlüsselfunktion zukommen<sup>108</sup>.

Im heutigen Zeitpunkt können die Einwirkungen des EU-Rechts auf das Strafverfahrensrecht der Mitgliedstaaten noch als punktuell bezeichnet werden; eine weitergehende (Mindest-)Harmonisierung des nationalen Straf(prozess)rechts ist allerdings geplant, um das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten in die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen zu stärken. Für die Schweiz ist die dargestellte Entwicklung nicht unmittelbar bedeutsam, da diese sich institutionell ausserhalb des Rahmens der Schengener Zusammenarbeit vollzieht.

Die für das Strafprozessrecht relevanten Rechtsakte der EU betreffen unterschiedliche Verfahrensaspkte. Sie sind als Mindestnormen ausgestaltet, wobei ihnen eine unterschiedliche rechtliche Tragweite zukommt. Hinzuweisen ist etwa auf die folgenden Entwicklungslinien:

### 1.7.3.1                    **Verfahrensrechte**

In der Europäischen Charta der Grundrechte<sup>109</sup>, die als Titel II in die künftige EU-Verfassung<sup>110</sup> aufgenommen wurde, sind das Recht auf ein faires und öffentliches Verfahren innert angemessener Frist, das Recht auf Beratung, Verteidigung und Vertretung, das Recht auf Prozesskostenhilfe sowie das Recht auf Achtung der Verteidigungsrechte verankert. Entsprechende Vorschriften gelten für die Schweiz auf Grund der EMRK<sup>111</sup> und der Bundesverfassung<sup>112</sup>, welche bei der Ausarbeitung des Entwurfs berücksichtigt wurden<sup>113</sup>.

Zur Verbesserung der Rechte der Verdächtigen und der Angeklagten hat die Kommission einen Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte

<sup>105</sup> Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung; ABl. C 325 vom 24.12.2002, S. 5).

<sup>106</sup> Massnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen (ABl. C 12 vom 15.1.2001, S. 10).

<sup>107</sup> Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. L 190 vom 18.7.2002, S. 1).

<sup>108</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 19.5.2005 zur gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen und zur Stärkung des Vertrauens der Mitgliedstaaten untereinander (KOM [2005] 195 endg.).

<sup>109</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 364 vom 18.12.2000, S. 1).

<sup>110</sup> Art. 61–114 des Vertrags für eine Verfassung Europas (ABl. C 310 vom 16.12.2004, S. 1).

<sup>111</sup> SR **0.101**

<sup>112</sup> SR **101**

<sup>113</sup> Vgl. unten Ziff. 6.1 und 6.2.

Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union ausgearbeitet<sup>114</sup>. Nach Konsultation des Europäischen Parlaments liegt der Vorschlag dem Rat zur Stellungnahme vor. Geregelt werden das Recht auf Rechtsbeistand, das Recht auf unentgeltlichen Beizug eines Dolmetschers und auf unentgeltliche Übersetzung, das Recht auf besondere Aufmerksamkeit, das Recht auf Kommunikation sowie die schriftliche Information einer verdächtigten Person über ihre Rechte. Die Ausgestaltung dieser Rechte wird durch die verstärkte Mobilität innerhalb der Union geprägt. Deshalb sind die Rechte im Einzelnen teilweise stärker ausgebaut als im Entwurf, namentlich was den Umfang der Übersetzung und die Aufzeichnung des Verfahrens bei Beizug eines Dolmetschers betrifft. Entsprechende Garantien sind jedoch auch im Entwurf enthalten.

### **1.7.3.2 Stellung des Opfers im Strafverfahren**

Die Stellung des Opfers im Strafverfahren wird im Rahmenbeschluss 2001/220/JI<sup>115</sup> des Rates ausführlich geregelt. Dieser enthält namentlich Vorschriften über die Vernehmung und Beweiserbringung, die Information des Opfers, Kommunikationsgarantien, eine spezifische Unterstützung sowie das Recht auf Schutz. Weitere Bestimmungen betreffen die Stellung von Opfern mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat und die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten. Der Rahmenbeschluss bestimmt Mindestanforderungen, die durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen. Der vorliegende Entwurf erfüllt diese Anforderungen, auch wenn einzelne Punkte nicht ausdrücklich geregelt werden. Im Rahmenbeschluss wird z.B. bestimmt, dass die Opfer nur in dem für das Strafverfahren erforderlichen Mass befragt werden. Der Entwurf kennt, abgesehen von der konkreten Sonderregelung für die Befragung von Kindern (Art. 151) keine entsprechende, allgemeine Bestimmung. Zum gleichen Ergebnis führt jedoch die Pflicht, die Persönlichkeitsrechte des Opfers zu wahren (Art. 149 Abs. 1) sowie das allgemeine Gebot der Achtung der Menschenwürde und das Fairnessgebot (Art. 3). Ebenso wenig wird ausdrücklich geregelt, dass bei der Ausgestaltung der Räumlichkeiten, insbesondere der Gerichtsräumlichkeiten, die Bedürfnisse der Opfer zu berücksichtigen sind, wie es der Rahmenbeschluss verlangt. Artikel 149 sieht aber vor, dass die Persönlichkeitsrechte des Opfers gewahrt werden müssen und auf sein Verlangen eine Begegnung mit der beschuldigten Person verhindert wird (Art. 149 Abs. 3), was eine entsprechende Ausstattung der Räumlichkeiten erfordert. Bestimmungen, die dem Rahmenbeschluss zuwiderlaufen, sind im Entwurf keine enthalten.

### **1.7.3.3 Zeugenschutz und Kronzeugenregelungen**

In einer Entschliessung vom 23. November 1995<sup>116</sup> hat der Rat die Mitgliedstaaten ersucht, einen angemessenen Zeugenschutz sicherzustellen, und diesbezüglich verschiedene Leitlinien definiert. Die Zeugen sowie ihnen nahe stehende Personen

<sup>114</sup> KOM (2004) 328 endg.

<sup>115</sup> Rahmenbeschluss 2001/220/JI des Rates vom 15. März 2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (ABl. L 82 vom 22.3.2001, S. 1).

<sup>116</sup> Entschliessung des Rates vom 23.11.1995 über den Schutz von Zeugen im Rahmen der Bekämpfung der internationalen organisierten Kriminalität (ABl. C 327 vom 07.12.1995, S. 5).

sollten vor, während und nach dem Prozess von jeder direkten oder indirekten Form von Bedrohung, Druck oder Einschüchterung geschützt werden. Im Falle einer äusserst schwer wiegenden Bedrohung sollte den genannten Personen gestattet werden, eine andere Identität anzunehmen. Zu den Schutzmassnahmen zählt ebenfalls die Möglichkeit, dass die Aussage an einem anderen Ort erfolgt als dem, an welchem sich die verfolgte Person befindet, falls erforderlich mittels audiovisueller Verfahren. Der Entwurf sieht in Artikel 146 allgemeine Schutzmassnahmen bei Verfahrenshandlungen vor, namentlich die Zusicherung der Anonymität (Art. 147), den Ausschluss der Parteien oder der Öffentlichkeit, die Veränderung der Stimme oder des Aussehens sowie die Abschirmung der zu schützenden Person. Er lässt in Artikel 153 auch Raum für Massnahmen nach Abschluss eines Verfahrens. Die vorgesehenen Massnahmen entsprechen im Wesentlichen den in der Entschliessung definierten Leitlinien. Da sie in Artikel 146 nicht abschliessend aufgezählt sind, besteht zudem die Möglichkeit, weitere Massnahmen zu ergreifen.

Am 20. Dezember 1996<sup>117</sup> hat der Rat die Mitgliedstaaten ersucht, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um an der organisierten Kriminalität beteiligte Personen zur Zusammenarbeit mit den Justizbehörden zu ermutigen, und zu prüfen, ob diesen Personen unter bestimmten Umständen Vergünstigungen eingeräumt werden können. Eine spezifische Regelung für die Zusammenarbeit von Personen, die an kriminellen Tätigkeiten beteiligt sind, mit den Justizbehörden wird im Entwurf nicht vorgesehen; insbesondere ist auf eine eigentliche Kronzeugenregelung zu verzichten<sup>118</sup>. Vergünstigungen im Sinne der genannten Entschliessung sind im Bereich der organisierten Kriminalität dagegen im materiellen Recht vorgesehen (Art. 260<sup>ter</sup> Ziff. 2 StGB).

### 1.7.3.4 Überwachung des Fernmeldeverkehrs

Am 17. Januar 1995 hat der Rat eine Entschliessung über die rechtmässige Überwachung des Fernmeldeverkehrs<sup>119</sup> erlassen. Er hat damit die Mitgliedstaaten ersucht, die Anwendung bestimmter, im Anhang aufgeführter Anforderungen zu unterstützen. Diese stellen eine Zusammenfassung der Anwenderbedürfnisse der zuständigen Behörden für die technische Realisierung der Überwachungsmassnahmen dar. Die Bestimmungen über den Vollzug der Überwachung werden auch nach Inkrafttreten der StPO im Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)<sup>120</sup> geregelt sein; es sind diesbezüglich mit dem vorliegenden Entwurf keine Änderungen vorgesehen.

Die gemeinsame Massnahme des Rates vom 24. Februar 1997<sup>121</sup> betreffend die Bekämpfung des Menschenhandels und der sexuellen Ausbeutung von Kindern verpflichtet die Mitgliedstaaten sodann sicherzustellen, dass – abgesehen von den üblichen Zwangsmassnahmen wie Durchsuchung und Beschlagnahme – angemessene Untersuchungskompetenzen und -techniken bestehen, damit wirksame Ermitt-

<sup>117</sup> Entschliessung des Rates vom 20. Dezember 1996 über Personen, die im Rahmen der Bekämpfung der internationalen organisierten Kriminalität mit den Justizbehörden zusammenarbeiten (ABl. C 10 vom 11.1.1997, S. 1).

<sup>118</sup> Zu den Gründen oben Ziff. 1.5.4.2.

<sup>119</sup> ABl. C 329 vom 4.11.1996, S. 1.

<sup>120</sup> SR 780.1

<sup>121</sup> ABl. L 63 vom 4.3.1997, S. 2.

lungen und eine wirksame Strafverfolgung in Bezug auf die genannten Straftaten möglich sind. Der E-StPO sieht vor, dass die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten und die verdeckte Ermittlung nur zur Verfolgung von bestimmten, abschliessend aufgezählten Delikten zulässig sind (Art. 268, 280 und 285). Die in der gemeinsamen Massnahme genannten Delikte werden von diesen Aufzählungen erfasst. Damit erfüllt der Entwurf auch in diesem Punkt die genannten Anforderungen.

## **1.8 Umsetzung**

### **1.8.1 Im Allgemeinen**

Mit den Entwürfen für eine Straf- und eine Jugendstrafprozessordnung soll das schweizerische Strafprozessrecht umfassend und ausführlich geregelt werden (oben Ziff. 1.5.1.2). Die Freiheiten im Bereich der Gerichtsorganisation sowie ein in gewissen Bereichen über die gesetzliche Normierung hinausgehender Regelungsbedarf machen jedoch Ausführungsgesetze von Bund und Kantonen notwendig oder lassen dafür zumindest Raum. Vor allem der E-StPO enthält zahlreiche Verweise auf eine obligatorische oder fakultative Ausführungsgesetzgebung von Bund oder Kantonen. Das Inkrafttreten der vereinheitlichten Prozessordnung bedingt die vorgängige Verabschiedung entsprechender Einführungsgesetze in Bund und Kantonen sowie – auf Bundesebene – verschiedener Verordnungen. Bund und Kantone werden dafür zu sorgen haben, dass ihre Ausführungsbestimmungen gleichzeitig mit der Schweizerischen Strafprozessordnung bzw. der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung in Kraft gesetzt werden können.

Die Vereinheitlichung wird für den Bund und – mehr oder weniger ausgeprägt – für alle Kantone die Aufgabe vertrauter und die Übernahme neuartiger Regeln zur Folge haben. Besonderes Augenmerk gilt dabei den Anpassungen, die im Bereich der Gerichtsorganisation vorzunehmen sein werden. Dazu gehören durch die Wahl des Staatsanwaltschaftsmodells bedingte Umstellungen in der Organisation der Strafverfolgungsbehörden<sup>122</sup> sowie die Bezeichnung eines besonderen Zwangsmassnahmengerichts. Handlungsbedarf besteht auch dort, wo noch die Berufung gegen erstinstanzliche Urteile (unten Ziff. 1.8.2) einzurichten ist.

Auch wenn es hier um bedeutsame organisatorische Fragen geht, dürfen Ausmass und Tragweite der notwendigen Anpassungen gleichwohl nicht überschätzt werden. Vielfach werden sich solche Anpassungen in Anlehnung an bestehende Verhältnisse und Strukturen realisieren lassen. Wo das nicht der Fall ist, lässt das klare Bekenntnis zur Idee der Vereinheitlichung auf die Bereitschaft hoffen, das Notwendige vorzukehren, um dem Vorhaben zum Durchbruch zu verhelfen. Zahlreiche Reaktionen im Vernehmlassungsverfahren haben diese Bereitschaft ausdrücklich manifestiert.

Für Einzelheiten zu Ausführungsgesetzgebung und organisatorischem Anpassungsbedarf wird auf die Kommentierung der einschlägigen Artikel verwiesen. Weitere Hinweise finden sich im 4. Kapitel dieser Botschaft.

<sup>122</sup> Zu Erfahrungen und finanziellen Implikationen in Kantonen, die in letzter Zeit diese Umstellung bereits vollzogen haben, unten Ziff. 4.2.

Wie ausgeführt, soll die Berufung neben der Beschwerde und der Revision eines der drei hinreichenden, aber auch notwendigen Rechtsmittel in der vereinheitlichten Verfahrensordnung sein. Die neue Kodifikation wird nicht nur die kantonalen Prozessordnungen, sondern auch den Bundesstrafprozess ersetzen. Es wäre deshalb sachlich nicht zu rechtfertigen, den Kantonen die Schaffung einer Berufungsinstanz vorzuschreiben, für den Bund aber eine Ausnahme vorzusehen. Der Rechtsschutz darf für die schweren und komplexen Straffälle nicht weniger weit gehen als für die weniger schweren, einfacheren<sup>123</sup>. Das Bundesgericht hat sich in seiner Vernehmlassung denn auch mit Formulierungen wie «rechtsstaatliche Notwendigkeit» oder «unumgänglich» klar für die Schaffung eines Bundesberufungsgerichts ausgesprochen. Der Bundesrat teilt diese Auffassung.

Wie eine solche Berufungsinstanz auf Bundesebene konkret auszugestalten sein wird, hängt in erster Linie davon ab, ob man in Strafverfahren des Bundes lediglich die Möglichkeit der Berufung oder aber ein identisches Rechtsmittelsystem wie in den kantonalen Strafverfahren vorsehen will.

Eine Gleichbehandlung kantonaler und eidgenössischer Strafverfahren würde bedingen, dass Urteile des Bundesstrafgerichts an eine neu zu schaffende Berufungsinstanz weiter gezogen werden könnten, deren Urteile dann Gegenstand der Beschwerde in Strafsachen an den Kassationshof des Bundesgerichts bilden könnten. In diesem Fall bestünden analog zu den der kantonalen Gerichtsbarkeit unterliegenden Straffällen drei Instanzen, zwei mit voller, eine mit auf die Prüfung von Rechtsfragen beschränkter Kognition<sup>124</sup>. In organisatorischer Hinsicht wäre neben einer separaten, räumlich getrennten Berufungsinstanz grundsätzlich auch die Einrichtung einer besonderen Berufungskammer innerhalb des bestehenden Bundesstrafgerichts denkbar.

Eine andere Lösung (nur zwei Instanzen) bestünde darin, dass der Kassationshof des Bundesgerichts künftig neben Rechts- auch Tatfragen überprüfen würde. Die heutige Beschwerde in Strafsachen würde also, soweit sie gegen Urteile des Bundesstrafgerichts gerichtet ist, gewissermassen in eine Berufung umfunktioniert.

Welche der beiden (oder allenfalls weiterer) Varianten den Vorzug verdient, braucht im Rahmen dieser Vorlage noch nicht entschieden zu werden. Die Ausarbeitung des Einführungsgesetzes des Bundes zur neuen Strafprozessordnung wird Gelegenheit geben, auf diese Frage zurückzukommen und die notwendigen Gesetzesanpassungen vorzunehmen. Bis zu diesem Zeitpunkt werden auch verlässlichere Erfahrungen über die Zahl der erstinstanzlich behandelten Fälle vorliegen und Prognosen über die voraussichtliche Zahl der Berufungen möglich sein.

<sup>123</sup> Vgl. auch Botschaft zur Totalrevision der Bundesstrafrechtspflege, BBl 2001 4316.

<sup>124</sup> Art. 191a Abs. 3 BV enthält für die Schaffung zusätzlicher Strafgerichte des Bundes die verfassungsrechtliche Grundlage.

## 1.9 Abschreibung parlamentarischer Vorstösse

Die beiden einzigen Vorstösse, die heute im Zusammenhang mit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts noch hängig sind<sup>125</sup>, sind bei der Kommentierung der jeweils betroffenen Bestimmung des E-StPO zu behandeln. Einer dieser Vorstösse (Postulat Mugny 01.3288) wird zur Abschreibung beantragt.

## 2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln des E-StPO

### 2.1 1. Titel: Geltungsbereich und Grundsätze

#### 2.1.1 1. Kapitel: Geltungsbereich und Ausübung der Strafrechtspflege (Art. 1 und 2)

##### *Art. 1* Geltungsbereich

Gemäss Artikel 1 *Absatz 1* soll die künftige Schweizerische Strafprozessordnung grundsätzlich alle Strafverfahren von der polizeilichen Ermittlung über die Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft bis hin zur Verhandlung vor den erstinstanzlichen Gerichten und den Rechtsmittelinstanzen normieren. Das Verfahrensrecht gemäss diesem Gesetz ordnet die Verfahren vor den kantonalen Strafbehörden und jenen des Bundes, also auch die Verfahren, die bisher dem Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (BStP)<sup>126</sup> unterstellt waren.

*Absatz 2* stellt gleichzeitig klar, dass es Ausnahmen gibt. Dazu gehören neben den bereits unter Ziffer 1.2 erwähnten Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)<sup>127</sup> und dem Militärstrafprozess (MStP)<sup>128</sup> die besonderen Bestimmungen der Jugendstrafprozessordnung (oben Ziff. 1.6.1), das im Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970<sup>129</sup> (OBG) vorgesehene Ordnungsbussenverfahren sowie die Tätigkeit des Bundesgerichts als Rechtsmittelinstanz im Rahmen des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005<sup>130</sup>. Ebenfalls ausgenommen ist das Verfahren bei Widerhandlungen gegen das kantonale Strafrecht, das Artikel 335 nStGB<sup>131</sup> den Kantonen vorbehält, namentlich das Verfahren bei Steuerdelikten. Es bleibt Aufgabe des kantonalen Rechts, dieses Verfahren zu bestimmen; dabei ist es wünschenswert, dass die Kantone in ihren Einführungserlassen die Schweizerische Strafprozessordnung ganz oder mindestens teilweise auch auf die Verfolgung und Beurteilung der kantonalen Straftatbestände für anwendbar erklären<sup>132</sup>.

<sup>125</sup> Vgl. Ziff. 2.4.3.2 (bei Art. 168) zu P 00.3344 (Hollenstein: Berufsgeheimnis. Anpassung); Ziff. 2.3.1.1 (bei Art. 102) zu P 01.3288: (Mugny: Völkermord. Überlebende als Privatkläger)

<sup>126</sup> SR **312.0**

<sup>127</sup> SR **313.0**

<sup>128</sup> SR **322.1**

<sup>129</sup> SR **741.03**

<sup>130</sup> BBl **2005** 4045; künftige SR-Nummer **173.110**.

<sup>131</sup> BBl **2002** 8240

<sup>132</sup> In diese Richtung auch Aus 29 mach I, S. 71.

## Art. 2            Ausübung der Strafrechtspflege

Artikel 2 statuiert das Strafjustizmonopol des Staates. Die Strafjustiz ist allein Angelegenheit des Staates. Sie kann nicht durch Vereinbarung an Private delegiert werden. Strafverfahren unterliegen dem Grundsatz der Formstrenge. Sie dürfen deshalb nicht informell, beispielsweise durch Abschreibung mittels Aktenvermerk, erledigt werden. Es stehen nur die dafür im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten zur Verfügung, namentlich die Sistierung oder Einstellung (Art. 314 und 320ff.), die Anklageerhebung (Art. 325ff.) oder der Strafbefehl (Art. 355ff.)

### 2.1.2                            2. Kapitel: Grundsätze des Strafverfahrensrechts (Art. 3–11)

Das Strafverfahrensrecht wird von einer Reihe von Grundsätzen beherrscht. Diese auferlegen einerseits den Strafbehörden gewisse fundamentale Pflichten, andererseits sichern sie den privaten Verfahrensbeteiligten, vor allem der beschuldigten Person, massgebliche Rechte zu. Diese Prinzipien des Strafverfahrensrechts finden sich zu einem wesentlichen Teil im übergeordneten Recht, insbesondere in den Artikeln 7–9 und 29–32 der Bundesverfassung<sup>133</sup>, in den Artikeln 5 und 6 der Europäischen Konvention vom 4. November 1950<sup>134</sup> zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) sowie in den Artikeln 9, 11 und 14 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966<sup>135</sup> über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR). In modernen Strafprozessordnungen werden sie regelmässig programmatisch an den Anfang gesetzt. Die in den Artikeln 3–11 aufgeführten Grundsätze des Strafprozessrechts entsprechen ohne inhaltliche Abweichungen diesen Prinzipien. Sie werden durch zahlreiche Normen des Entwurfs konkretisiert.

## Art. 3            Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot

Diese Bestimmung nimmt eine Grundidee des modernen Staatsverständnisses auf: Im Zentrum des Staats und seiner Rechtsordnung stehen nicht der Staat und seine Ziele als Selbstzweck, sondern das Wohlergehen und der Schutz des einzelnen Menschen. Die staatliche Gemeinschaft und ihre Wertordnung basieren auf der *Achtung der Würde des Menschen* als Individuum<sup>136</sup>. Dieser Achtung kommt im Strafrecht und seiner verfahrensmässigen Durchsetzung besonderer Stellenwert zu, weil hier die staatliche Gemeinschaft die einschneidendsten Zwangsmittel zur Durchsetzung ihrer Zwecke anwenden kann. Die Menschenwürde ist bei allen privaten Verfahrensbeteiligten zu beachten, namentlich bei den Beschuldigten und bei den Geschädigten.

*Absatz 2* enthält verschiedene Konkretisierungen: Mit dem *Grundsatz von Treu und Glauben* und dem *Verbot des Rechtsmissbrauchs* (*Bst. a* und *b*) werden die in Artikel 2 ZGB für das Zivilrecht statuierten Maximen ausdrücklich auf das Strafprozessrecht ausgedehnt; *Buchstabe c* enthält den ebenso fundamentalen *Grundsatz des fairen Verfahrens*, der sich bereits in Artikel 29 Absatz 1 BV<sup>137</sup>, in Artikel 6

<sup>133</sup> SR 101

<sup>134</sup> SR 0.101

<sup>135</sup> SR 0.103.2

<sup>136</sup> Art. 7 BV.

<sup>137</sup> «... Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung ...».

Absatz 1 EMRK und in Artikel 14 Absatz 1 IPBPR findet. Aus diesem *Fairnessgebot*, das sich nicht abstrakt umschreiben lässt, wird allgemein abgeleitet, dass die Behörden die Verfahrensbeneficiären korrekt und unter Beachtung der Menschenwürde zu behandeln haben. Namentlich die beschuldigte Person ist den Strafverfolgungsbehörden in besonderer Weise unterworfen und bedarf deshalb des Schutzes. Eng mit dem Fairnessgebot verknüpft ist der Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf *rechtliches Gehör* (Bst. c). Auch dieser Anspruch wird für die jeweiligen Verfahrensstadien durch zahlreiche Bestimmungen des Entwurfs weiter konkretisiert. *Buchstabe d* schliesslich stellt klar, dass es unzulässig ist, *Beweise unter Verletzung der Menschenwürde zu erheben*. Es versteht sich, dass Folter und folterähnliche Methoden (wie z.B. der Entzug von Mahlzeiten oder Schlaf) absolut unzulässig sind<sup>138</sup>. Verboten sind jedoch generell auch andere Methoden, die, auch wenn sie die hohe Schwelle des Folterverbots nicht erreichen sollten, geeignet sind, die Willensfreiheit der Verfahrensbeteiligten herabzusetzen oder auszuschalten. Das gilt etwa für den Einsatz der Narcoanalyse oder von Lügendetektoren, und zwar selbst dann, wenn die Betroffenen damit einverstanden sein sollten (vgl. Art. 138).

#### Art. 4 Unabhängigkeit

Auch der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit ist im höherrangigen Recht verankert<sup>139</sup>. Er garantiert den Verfahrensbeteiligten, von einem *unabhängigen und unparteiischen Gericht beurteilt zu werden*. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sind gewährleistet, wenn sich die Tätigkeit der Strafbehörde nur nach Recht und Gerechtigkeit orientiert und keinen sachfremden Einflüssen und keinen Weisungen anderer staatlicher Behörden unterliegt. Der Gefahr der Parteilichkeit wird zusätzlich dadurch begegnet, dass unzulässige Vorbefassungen des Gerichts durch klare Trennung der Funktionen ausgeschlossen sind.

*Absatz 1* postuliert Unabhängigkeit für alle Strafbehörden des Gesetzes, also auch für die in Artikel 12 genannten Strafverfolgungsbehörden, insbesondere die Staatsanwaltschaft. Die Bestimmung stellt klar, dass es um die Unabhängigkeit in der *Rechtsanwendung* geht. Damit sind Eingriffe politischer Behörden in die konkrete Strafverfolgungstätigkeit der Staatsanwaltschaft unbedingt ausgeschlossen.

Die Unabhängigkeit der Strafverfolgungsbehörden schliesst Weisungsbefugnisse nicht aus. Solche Weisungen können dazu dienen, die *administrative Aufsicht* zu konkretisieren und, speziell für die Staatsanwaltschaft, deren Primat im Vorverfahren sicherzustellen. Die Weisungsbefugnisse sind gesetzlich festzulegen (*Abs. 2*). Weisungen, welche die Leitung des Vorverfahrens durch die Staatsanwaltschaft betreffen, finden sich in diesem Gesetz<sup>140</sup>; solche, die die Aufsicht über die Strafverfolgungsbehörden betreffen, sind gestützt auf Artikel 14 Absatz 5 von Bund und Kantonen in separaten Erlassen zu regeln.

<sup>138</sup> Art. 10 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 4 BV; Art. 3 i.V.m. Art. 15 Abs. 2 EMRK; Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 IPBPR.

<sup>139</sup> Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 IPBPR.

<sup>140</sup> Z.B. Art. 15 Abs. 2, Art. 306 Abs. 2 oder Art. 312 Abs. 1.

## Art. 5 Beschleunigungsgebot

Dem Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung<sup>141</sup> kommt im Strafverfahren besondere Bedeutung zu. Die beschuldigte Person hat Anspruch darauf, die Geschädigten und weitere Verfahrensbeteiligte zumindest ein Interesse daran, dass die erhobenen Deliktswürfe ohne Verzug geklärt und allenfalls zur gerichtlichen Beurteilung gebracht werden. Dem Beispiel neuerer kantonaler Prozessordnungen folgend, unterstreicht *Absatz 2*, dass insbesondere Haftfälle vordringlich zu behandeln sind.

## Art. 6 Untersuchungsgrundsatz

Die Strafbehörden haben sämtliche für die Beurteilung von Tat und beschuldigter Person erforderlichen Beweise von Amtes wegen zu sammeln (*Abs. 1*). Ziel des Strafverfahrens ist die Erforschung der *materiellen* (historischen) *Wahrheit*; die Strafbehörden dürfen sich folglich nicht mit den Erklärungen der Parteien zufrieden geben oder Beweise nur auf deren Antrag abnehmen. Vor allem für die Strafverfolgungsbehörden folgt aus diesem Grundsatz die besondere Aufgabe, nicht nur die belastenden Beweise zu sammeln, sondern auch den entlastenden Momenten nachzugehen, und zwar mit gleicher Sorgfalt (*Abs. 2*). Diese Verpflichtung in der künftigen Schweizerischen Strafprozessordnung ausdrücklich festzuhalten, drängt sich auch und gerade in einem System auf, das die Verantwortung für das Vorverfahren in die Hand derselben Behörde legt, die nach Abschluss der Untersuchung auch für die Erhebung der Anklage zuständig ist (oben Ziff. 1.5.2).

Gewisse Einschränkungen des Untersuchungsgrundsatzes (wie auch des in Art. 7 statuierten Legalitätsprinzips) können sich beim abgekürzten Verfahren nach den Artikeln 365 ff. (unten Ziff. 2.8.3) ergeben.

## Art. 7 Verfolgungszwang

Die Schweizerische Strafprozessordnung soll, wie grundsätzlich alle zurzeit geltenden schweizerischen Strafprozessgesetze, dem *Offizialprinzip* verpflichtet sein: Die Strafverfolgung ist Sache des Staates, und die Strafbehörden müssen den staatlichen Strafanspruch von Amtes wegen, unabhängig von Strafklagen der privaten Betroffenen, durchzusetzen. Artikel 7 *Absatz 1* statuiert das mit diesem Prinzip eng verknüpfte *strafprozessuale Legalitätsprinzip*. Dieses verpflichtet die Strafverfolgungsbehörden, bei genügendem Tatverdacht für alle ihnen zur Kenntnis gelangenden Straftaten ein Verfahren zu eröffnen, dieses durchzuführen und bei bestätigtem Verdacht mit einer Anklage zur gerichtlichen Beurteilung zu bringen.

*Absatz 2* übernimmt im Wesentlichen Artikel 347 *Absatz 2* nStGB<sup>142</sup>. In einem weiteren Sinn geht es sowohl bei *Buchstabe a* (Einschränkung oder Aufhebung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Äusserungen im kantonalen Parlament) wie auch bei *Buchstabe b* (Strafverfolgung der obersten Gerichts- und Vollziehungsbehörden nur nach Ermächtigung durch eine nicht richterliche Behörde) um Hindernisse der Strafverfolgung. Diese Gemeinsamkeit rechtfertigt es, wie bisher beide

<sup>141</sup> Als Grundrecht der beschuldigten Person verankert u.a. in Art. 29 Abs. 1, 31 Abs. 2 und 3 BV, Art. 5 Absätze 3 und 4 und Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 9 Abs. 3 und 14 Abs. 3 Bst. c IPBPR.

<sup>142</sup> BBl 2002 8240

Konstellationen in einem Gesetz zu regeln<sup>143</sup>. In der Sache weicht die vorgeschlagene Regelung in *Buchstabe a* nur in einem Punkt von der Bestimmung des StGB ab: Neben den gesetzgebenden Behörden sollen auch die Regierung und die richterlichen Behörden einbezogen werden. Die Änderung trägt dem Umstand Rechnung, dass auch diese Behörden aufgerufen sein können, Aussagen im Parlament zu machen. Im Übrigen umfasst die Bestimmung wie bisher neben Äusserungen im Parlament auch solche in parlamentarischen Kommissionen. In *Buchstabe b* wird verglichen mit der heutigen Regelung darauf verzichtet, den Kantonen auch die Möglichkeit zu geben, nach Erteilung der Ermächtigung zur Strafverfolgung die Beurteilung einer besonderen Behörde zu übertragen. Die Ermächtigung bietet einen ausreichenden Schutz vor ungerechtfertigter oder inopportuner Strafverfolgung, während die Beurteilung durch Sonderbehörden unter verschiedenen Gesichtspunkten problematisch erscheint.

#### Art. 8 Verzicht auf Strafverfolgung

Die chronische Überlastung der Strafbehörden wie auch eine Rückbesinnung auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz haben in jüngerer Vergangenheit dazu geführt, den *Verfolgungs- und Anklagezwang einzuschränken*. An die Stelle des Legalitätsprinzips tritt mehr und mehr das Opportunitätsprinzip. Der Entwurf folgt dieser Entwicklung. Er übernimmt zwar kein unbeschränktes Opportunitätsprinzip, wie es heute in einzelnen kantonalen Prozessordnungen enthalten ist und welches den Strafbehörden allgemein erlauben würde, nach ihrem Gutdünken auf eine Strafverfolgung zu verzichten. In Übereinstimmung mit der Expertenkommission<sup>144</sup> wird vielmehr ein *gemässigttes Opportunitätsprinzip* vorgeschlagen, wie es bereits in der Mehrzahl der Kantone in der einen oder anderen Form bekannt ist.

*Absatz 1* verweist zunächst auf Opportunitätsgründe, die bereits heute im materiellen Bundesrecht enthalten sind, und nennt als wichtigste Anwendungsfälle die Artikel 52–54 nStGB<sup>145</sup>. *Absatz 2* lässt einen Verzicht auf das Legalitätsprinzip in vier weiteren Konstellationen zu. Diese finden sich mit Varianten bereits in einzelnen kantonalen Strafprozessrechten sowie in den Vorschlägen der Experten<sup>146</sup>. Es sind zusammengefasst Fälle, in denen eine beschuldigte Person bereits in Strafuntersuchung steht oder stand und es als überflüssig erscheint, sie wegen anderer oder der gleichen Straftat zusätzlich zu verfolgen. Anders als bei den Gründen nach Absatz 1 ist in diesen Fällen ein Verzicht nur zulässig, wenn nicht überwiegende Interessen der Privatklägerschaft entgegenstehen. Als Interesse der Privatklägerschaft ist etwa jenes an der Behandlung ihrer Zivilansprüche oder in besonders gewichtigen Fällen ihres Strafanspruchs zu betrachten (bspw. wenn Verstösse gegen das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986<sup>147</sup> gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG] auf Grund eines Strafantrags des Bundes [Art. 23 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 Bst. c UWG] Gegenstand des Verfahrens bilden). Der Regelung in den Absätzen 1 und 2 ist gemeinsam, dass der Verzicht auf Strafverfolgung zwingender Natur ist, wenn die jeweiligen

<sup>143</sup> Mit der einheitlichen Regelung in der neuen Strafprozessordnung kann Art. 347 nStGB als Ganzes aufgehoben werden (Abs. 1 dieser Bestimmung ist in anderen Bundesgesetzen geregelt).

<sup>144</sup> Aus 29 mach 1, S. 46 ff.

<sup>145</sup> BBl 2002 8240

<sup>146</sup> Aus 29 mach 1, S. 47 f.

<sup>147</sup> SR 241

Voraussetzungen erfüllt sind<sup>148</sup>, und dass entsprechende Entscheide der Staatsanwaltschaft und den Gerichten vorbehalten sind.

*Absatz 3* stellt klar, dass auch in solchen Fällen Artikel 2 Absatz 2 gilt, ein Verzicht auf Verfolgung somit nur in Form einer beschwerdefähigen Nichtanhandnahme- oder Einstellungsverfügung erfolgen kann.

#### *Art. 9* Anklagegrundsatz

Der moderne Strafprozess ist ein Anklageprozess. Er kann, abgesehen vom Strafbehelfs- und Übertretungsstrafverfahren (Art. 355 ff., 361 ff.), nur durchgeführt werden, wenn eine vom urteilenden Gericht getrennte Behörde zunächst im Rahmen eines Vorverfahrens die relevanten Fakten und Beweise zusammengetragen und anschliessend die Deliktswürfe in einer Anklageschrift dem Gericht zur Beurteilung unterbreitet hat (*Anklage- oder Akkusationsprinzip*). Dieses kann nur über die in der Anklageschrift enthaltenen Vorwürfe urteilen; die Anklage kann im Gerichtsverfahren grundsätzlich nicht mehr geändert werden (*Immutabilitätsgrundsatz*); Ausnahmen sind in Artikel 334 vorgesehen.

#### *Art. 10* Unschuldsvermutung und Beweiswürdigung

Zu den in diesem Titel zusammengestellten Grundsätzen des Strafprozessrechts gehört auch die in *Absatz 1* statuierte *Unschuldsvermutung* «*in dubio pro reo*». Als fundamentale Maxime eines rechtsstaatlichen Verfahrens ist sie bereits auf Verfassungsstufe (Art. 32 Abs. 1 BV) und in verschiedenen internationalen Menschenrechtsinstrumenten (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 2 IPBPR, Art. 40 Abs. 2 Bst. b) i) UN-Kinderkonvention) sowie im Römer Statut (Art. 66 und Art. 67 Abs. 1 Bst. i) verankert, ebenso in neueren kantonalen Strafprozessordnungen.

Aus der Unschuldsvermutung folgen in erster Linie Regeln für die Beweisführung: Als *Beweislastregel* bedeutet der Grundsatz, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld nachzuweisen, und nicht Sache der beschuldigten Person, ihre Unschuld zu beweisen. Gelingt der Anklagebehörde dieser Nachweis nicht, so hat der Staat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Als *Beweiswürdigungsregel* besagt die Maxime, dass ein Freispruch auch zu ergehen hat, wenn bei der Abwägung der Beweise erhebliche und unüberwindliche Zweifel an der Schuld bleiben; in diesem Fall haben die Gerichte von dem für die beschuldigte Person günstigeren Sachverhalt auszugehen<sup>149</sup>. Weitere Konkretisierungen der Garantie sind etwa das Verbot von Äusserungen, die auf eine Vorverurteilung hinauslaufen oder die Zweifel an der Unschuld einer freigesprochenen Person aufkommen lassen, sowie einschränkende Voraussetzungen der Kostenaufgabe bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens (vgl. Art. 72 Abs. 3; Art. 433 Abs. 2).

Die in Absatz 1 enthaltene Beweiswürdigungsregel wird in *Absatz 3* noch einmal aufgenommen und konkretisiert: Gegenstand des Zweifels können nur und alle tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat sein. Dazu gehören die objektiven und subjektiven Merkmale der angeklagten Tatbestände sowie die prozessualen Voraussetzungen der Strafverfolgung wie der Strafantrag oder die Verjährung. Allfällige Zweifel über die rechtliche Würdigung des Sachverhalts fallen dagegen

<sup>148</sup> Botschaft Revision AT-StGB, BBl 1999 2064 2066.

<sup>149</sup> BGE 127 I 38, 40 f. Ausdrückliche Trennung von Beweislast- und Beweiswürdigungsregel in Art. 66 Abs. 2 und 3 des Römer Statuts.

ausser Betracht, das Gericht muss seinem Urteil also nicht die für die beschuldigte Person günstigere Rechtsauslegung zu Grunde legen.

Mit der Beweiswürdigungsregel verwandt ist das in *Absatz 2* statuierte Gebot der *freien richterlichen Beweiswürdigung*. Die Regelung übernimmt der Sache nach den bisherigen Artikel 249 BStP. Sie ist Ausdruck und Fortsetzung des Grundsatzes der materiellen Wahrheit (Art. 6) und besagt, dass das Gericht die Beweise nicht nach vorgegebenen, festen Beweisregeln (etwa nach Anzahl oder «Hierarchie» der Beweismittel) zu würdigen hat, sondern nach der Überzeugung, die es gestützt auf die abgenommenen Beweise persönlich zum Fall gewonnen hat. Die Bestimmung hält ausdrücklich fest, dass dabei nicht nur die anlässlich der Hauptverhandlung abgenommenen Beweise, sondern auch jene zu berücksichtigen sind, die bereits von der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren erhoben worden sind. Inwieweit die Unmittelbarkeit oder die Mittelbarkeit zu beachten sind, ist in den Artikeln 344 f. geregelt (unten Ziff. 2.7.2.3). Die Freiheit der Beweiswürdigung findet eine Grenze in den Beweisverwertungsverboten, nach denen gewisse Beweismittel im Interesse der Wahrung schutzwürdiger öffentlicher oder privater Interessen nicht oder nur beschränkt zugelassen sind (Art. 139, unten Ziff. 2.4.1.1).

#### *Art. 11*            Verbot der doppelten Strafverfolgung

In der Schweiz rechtskräftig verurteilte oder freigesprochene Personen dürfen hier wegen des gleichen Delikts nicht nochmals in ein Strafverfahren verwickelt werden (Sperrwirkung der abgeurteilten Sache; *ne bis in idem*). Auch hier geht es um einen fundamentalen Strafrechtsgrundsatz, der bereits im übergeordneten Recht verankert ist (Art. 8 BV<sup>150</sup>, Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK, Art. 14 Abs. 7 IPBPR; vgl. auch Art. 20 des Römer Statuts). Ein neues Verfahren ist ausgeschlossen, wenn Identität von Täter und Tat gegeben ist. Der genaue Umfang der Tatidentität ist auf dem Wege der Rechtsfindung weiter zu präzisieren<sup>151</sup>.

Bereits der Wortlaut von *Absatz 1* stellt klar, dass das Verbot nur bei in der Schweiz abgeschlossenen Verfahren zur Anwendung kommt. Strafverfolgung und Beurteilung durch eine ausländische Strafbehörde stehen also einer Neubeurteilung in der Schweiz grundsätzlich nicht entgegen<sup>152</sup>; zu beachten sind hier die Einschränkungen der Artikel 3–7 nStGB<sup>153</sup>.

*Absatz 2* verweist auf die *Ausnahmen* vom Verbot der doppelten Strafverfolgung. Die hier in Frage stehenden Fälle beziehen sich auf Konstellationen, bei denen ein rechtskräftig abgeschlossenes Strafverfahren wieder aufzunehmen ist (Art. 324 und Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 324; Art. 417 ff.). Diese Ausnahmen stehen im Einklang mit dem übergeordneten Recht.

<sup>150</sup> BGE 128 II 355, 367

<sup>151</sup> Zum Umfang der Tatidentität vgl. *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafrechtsrecht, 6. A., Basel 2005, § 84 N 21 ff; Urteile des EGMR zu Art. 4 des Siebten Zusatzprotokolls (u.a. Fischer c/A vom 29.5.2001; Oliveira c/CH vom 30.7.1998, Rec. 1998-V 1990; Gradinger c/A vom 23.10.1995, série A vol. 328-C).

<sup>152</sup> Eine Ausnahme bildet die Verurteilung durch den Internationalen Strafgerichtshof, Art. 20 Abs. 2 des Römer Statuts.

<sup>153</sup> BBl 2002 8240

## 2.2

## 2. Titel: Strafbehörden

Gegenstand dieses Titels sind die verschiedenen Strafbehörden von Bund und Kantonen, ihre Zuständigkeit, ihre Aufgaben, die Ausstandsgründe sowie ihre Verfahrenshandlungen. Die Regelungen beziehen sich nur auf die Behörden dieser Schweizerischen Strafprozessordnung. Nicht geregelt ist die Tätigkeit des Bundesgerichts als Rechtsmittelinstanz in Strafsachen; diese ist Gegenstand des Bundesgerichtsgesetzes. Die Tätigkeit des Bundesstrafgerichts ist ihrerseits nur insoweit erfasst, als es Rechtsmittel gemäss diesem Gesetz zu behandeln hat, so als Beschwerdeinstanz gegen Entscheide der Staatsanwaltschaft des Bundes.

### 2.2.1

### 1. Kapitel: Befugnisse

#### 2.2.1.1

#### 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 12–14)

«Strafbehörde» steht als *Oberbegriff* für die im Bereich der Strafverfolgung tätigen eidgenössischen und kantonalen Behörden. Darunter fallen einerseits die Strafverfolgungsbehörden nach Artikel 12, nämlich die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Übertretungsstraftbehörden, andererseits die Gerichte nach Artikel 13, wobei als gerichtliche Instanzen Zwangsmassnahmengerichte, erstinstanzliche Gerichte, Beschwerdeinstanzen sowie Berufungsgerichte vorgesehen sind.

Der Entwurf beschränkt sich auf ein Grobraster, die nähere Regelung bleibt Bund und Kantonen überlassen<sup>154</sup>. Diese Gestaltungsfreiheit im Bereich der Gerichtsorganisation konkretisiert sich im Wesentlichen in folgenden Bestimmungen:

- *Artikel 14 Absatz 1* überlässt es Bund und Kantonen, welche Behörden die *Funktionen der in Artikel 12 und 13 aufgelisteten Strafbehörden* zu übernehmen haben und welche Bezeichnungen sie tragen sollen. Bund und Kantone können beispielsweise den Kreis der Beamtinnen und Beamten festlegen, die in der Strafverfolgung tätig werden; sie können die Funktionen der Staatsanwaltschaft einem Untersuchungsrichter- oder Verhöramt, jene der Übertretungsstraftbehörde einem Statthalteramt oder einer Präfektur, jene des erstinstanzlichen Gerichts einem Amts-, Kreis- oder Bezirksgericht zuweisen. Gestützt auf diese Bestimmung können sie ferner etwa das Berufungsgericht als Kantons-, Ober- oder Appellationsgericht bezeichnen. Wie auch im Vernehmlassungsverfahren deutlich geworden, erschiene es immerhin wünschenswert, wenn auch hinsichtlich der Bezeichnungen eine möglichst umfassende gesamtschweizerische Einheitlichkeit erreicht werden könnte<sup>155</sup>.
- Mit Ausnahme der Beschwerdeinstanz und des Berufungsgerichts können Bund und Kantone *mehrere gleichartige Behörden* einsetzen. In diesem Fall bezeichnen sie im Rahmen der Gerichtsstandsbestimmungen dieses Gesetzes deren sachliche und örtliche Zuständigkeit (*Art. 14 Abs. 4*). Bei Kollegialgerichten bestimmen sie auch die *Grösse der Spruchkörper* (*Art. 14 Abs. 2*).
- Der zentrale Artikel 14 *Absatz 2* sieht vor, dass Bund und Kantone auch Vorschriften zu *Wahl, Zusammensetzung, Organisation und Befugnissen der Strafbehörden* erlassen, soweit dafür Raum bleibt. So können etwa die erst-

<sup>154</sup> Vgl. Ziff. 1.5.1.3.

<sup>155</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 22.

instanzlichen Gerichte dezentral organisiert werden, und es können ihnen spezialisierte Aufgabenbereiche zugewiesen werden. Analoges gilt für die Organisation der Staatsanwaltschaft. Hier hält Artikel 14 *Absatz 3* ausdrücklich fest, dass Bund und Kantone Ober- oder Generalstaatsanwaltschaften vorsehen können<sup>156</sup>. Dadurch wird auch ein dreistufiger Aufbau möglich, in dem Sinn, dass z.B. die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte einer bestimmten Region einer Oberstaatsanwältin oder einem Oberstaatsanwalt, diese wiederum der kantonalen Generalstaatsanwaltschaft unterstellt sind. Die Freiheiten in der Regelung von Organisation und Befugnissen der Strafbehörden würde auf Stufe Staatsanwaltschaft an sich auch die Möglichkeit eröffnen, zwischen nur ermittelnden und nur anklagenden Mitgliedern zu unterscheiden<sup>157</sup>. Es liegt jedoch auf der Hand, dass eine solche Funktionstrennung, zumindest wenn sie systematisch verwirklicht würde, nicht dem Grundkonzept des Staatsanwaltschaftsmodells, wie es künftig in der Schweiz gelten soll, entspräche. Wesentliche Vorteile dieses Modells gingen auf diese Weise verloren<sup>158</sup>.

- In Ergänzung zu Artikel 14 Absatz 2 überlässt es *Absatz 5* Bund und Kantonen, auf welche Weise sie, unter Beachtung des Grundsatzes der Unabhängigkeit (Art. 4) – die *Aufsicht* über ihre Strafbehörden regeln wollen.
- Bund und Kantonen wird bei gewissen Strafbehörden die Wahl gelassen, ob sie solche überhaupt schaffen oder aber deren Aufgaben einer andern Behörde zuweisen wollen. In diesem Sinne ist etwa nach Artikel 17 Absatz 1 die Schaffung einer (oder mehrerer) Übertretungsstraßenbehörden *fakultativ*.
- Es steht den Kantonen auch frei, *gemeinsame richterliche Behörden einzusetzen*; diese Möglichkeit wird künftig in Artikel 191b Absatz 2 BV ausdrücklich vorgesehen sein<sup>159</sup>. Verschiedene kleinere Kantone könnten z.B. gemeinsame Wirtschaftsstrafgerichte oder gemeinsame Jugendgerichte vorsehen.

Das vorgeschlagene Behördenmodell weist somit die nötige Flexibilität auf, um je nach Grösse der Kantone sowie mit Rücksicht auf die historisch gewachsenen Strukturen geeignete Behördenorganisationen zu schaffen. Das Hauptziel des Projekts, nämlich die Sicherstellung einer möglichst weit gehenden Vereinheitlichung des eigentlichen Verfahrensrechts, wird durch diese den Kantonen überlassene Freiheit in der Gestaltung ihrer Behördenorganisation nicht wesentlich gefährdet sein. Sie macht es vielmehr möglich, dass die Einführung der schweizerischen Strafprozess-

<sup>156</sup> Werden solche Ober- oder Generalstaatsanwaltschaften vorgesehen, ergibt sich eine gewisse Annäherung an das Untersuchungsrichtermodell II, oben Ziff. 1.5.2.1. Anders als in diesem Modell haben Einstellung und Anklageerhebung jedoch stets durch die Staatsanwaltschaft (in der bisherigen Terminologie: Untersuchungsrichterinnen oder Untersuchungsrichter; Verhörrichter u.ä.), also nicht durch die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft (nach der Terminologie des Entwurfs) zu erfolgen.

<sup>157</sup> In diesem Sinn *André Kuhn*, *L'avant-projet de Code de procédure pénale unifiée balait-il véritablement les diversités socioculturelles?*, in: *Unification de la procédure pénale, fédéralisme et organisation judiciaire – Actes du Colloque organisé le 4 avril 2003 à Neuchâtel*, Publication de l'Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse, Etudes et colloques, volume 23, Basel, Genf, München 2003, S. 31, 44. Deutsche Übersetzung in: *Schweizerische Anwaltsrevue*, 8/2004, S. 272 ff.

<sup>158</sup> Oben Ziff. 1.5.2.3. Vgl. auch Begleitbericht, S. 22 f.

<sup>159</sup> *BBl* 1999 8633; Inkrafttreten voraussichtlich am 1. Januar 2007.

ordnung auf einer den kantonalen Besonderheiten angepassten Behördenorganisation aufbaut und damit erleichtert wird.

## 2.2.1.2 2. Abschnitt: Strafverfolgungsbehörden (Art. 15–17)

### Art. 15 Polizei

*Absatz 1* stellt klar, dass die neue Strafprozessordnung nur und für alle Tätigkeiten der Polizei verbindlich ist, die den Charakter von Ermittlungen von Straftaten hat («im Rahmen der Strafverfolgung»). Die übrigen Aktivitäten, etwa im Bereich der Sicherheitspolizei, unterstehen nicht diesem Gesetz.

*Absatz 2* umschreibt summarisch die Hauptaufgaben der Polizei. Sie hat vor allem die Straftaten zu ermitteln, also im Rahmen des «ersten Zugriffs» die *Tatspuren und den Täter zu sichern*. Die Einzelheiten ergeben sich primär aus den Artikeln 305 und 306 sowie den Bestimmungen, die die Rolle der Polizei bei den Zwangsmassnahmen umschreiben (z.B. Art. 195, 205 ff., 214 ff.).

Die dem Staatsanwaltschaftsmodell eigene Verantwortung der Staatsanwaltschaft für Untersuchung und Ermittlung impliziert, dass die Polizei *der Aufsicht und den Weisungen der Staatsanwaltschaft unterstellt* ist (*Abs. 2 zweiter Satz*). Diese fachliche Unterstellung bedingt aber nicht auch eine administrative Integrierung oder Angliederung der Kriminalpolizei in bzw. an die Staatsanwaltschaft, etwa nach dem Muster des Kantons Basel-Stadt. Eine solche Organisation ist möglich, wird aber, dem Grundkonzept von Artikel 14 folgend, nicht vorgeschrieben<sup>160</sup>.

Nach der Anklageerhebung geht die Verfahrensherrschaft an das zuständige *Gericht* über (Art. 329). Ist nach diesem Zeitpunkt noch eine Tätigkeit der Polizei erforderlich, so kann das zuständige Gericht der Polizei entsprechende Weisungen erteilen (*Abs. 3*).

### Art. 16 Staatsanwaltschaft

Die Rolle der Staatsanwaltschaft wurde schon einleitend bei der Begründung des gewählten Strafverfolgungsmodells beschrieben<sup>161</sup>. Ihr allgemeiner Auftrag besteht darin, in Befolgung des Offizial- und Legalitätsprinzips (Art. 7 Abs. 1) für eine *gleichmässige Verfolgung der Straftaten* zu sorgen (*Abs. 1*). *Absatz 2* nennt die drei Funktionen, in deren Rahmen sie diesen Auftrag erfüllt: Leitung des Vorverfahrens, Untersuchungsführung und Anklageerhebung.

### Art. 17 Übertretungsstrafbehörden

Welche Behörde für die Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen zuständig sein soll, ist als Frage der Gerichtsorganisation von Bund und Kantonen zu entscheiden. Sie können diese Aufgabe *Verwaltungsbehörden* wie Präfekten, Regierungsstatthaltern, Polizeirichtern oder anderen dazu berufenen Verwaltungsstellen<sup>162</sup> übertragen oder aber der Staatsanwaltschaft und den ordentlichen Gerichten zuwei-

<sup>160</sup> Im Vernehmlassungsverfahren wurde eine administrative Unterstellung mehrheitlich abgelehnt, vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 20.

<sup>161</sup> Oben Ziff. 1.5.2.

<sup>162</sup> So im Bundesverwaltungsstrafrecht, Art. 20 ff. VStrR.

sen. Diese Wahl ist bereits nach geltendem Recht den Kantonen überlassen<sup>163</sup>. Artikel 17 lässt auch *Mischsysteme* zu. So können die Kantone z.B. für die Verfolgung der Übertretungen primär Verwaltungsbehörden einsetzen, diese aber unter die Leitung einer zentralen Übertretungsstaatsanwaltschaft stellen, oder das gesamte Übertretungsstrafwesen in die Hände einer Übertretungsstaatsanwaltschaft legen.

Wie die Staatsanwaltschaft sind auch die Übertretungsstrafbehörden in ihrer rechtsanwendenden Tätigkeit unabhängig (Art. 4 Abs. 1).

Das Verfahren vor Übertretungsstrafbehörden richtet sich grundsätzlich nach den Bestimmungen über den Strafbefehl (Art. 361 Abs. 2, unten Ziff. 2.8.1.2).

### 2.2.1.3                    3. Abschnitt: Gerichte (Art. 18–21)

#### *Art. 18*                    Zwangsmassnahmengericht

Das Zwangsmassnahmengericht bildet in der neuen Prozessordnung ein nötiges Gegengewicht zu Polizei und Staatsanwaltschaft. Vorläufer bildet in gewisser Weise die Institution des Haftrichters, wie er heute in den meisten kantonalen Prozessordnungen bekannt ist. Die Funktion des Zwangsmassnahmengerichts beschränkt sich jedoch nicht auf die Anordnung und Kontrolle von Untersuchungs- und Sicherheitshaft, sondern erstreckt sich auch auf andere im Gesetz vorgesehene Zwangsmassnahmen. Im Einzelnen kommen ihm in diesem Bereich<sup>164</sup> folgende Aufgaben zu:

- Anordnung und Kontrolle von Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 225 und 228);
- Genehmigung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 271), des Einsatzes verdeckter Ermittlerinnen und Ermittler (Art. 288), des Einsatzes technischer Überwachungsgeräte (Art. 280 Abs. 3 i.V.m. Art. 271), der Anordnung von Massenuntersuchungen mittels DNA-Analyse (Art. 255) sowie der Überwachung von Bankbeziehungen (Art. 283).

Der Vorentwurf von 2001 hatte noch eine umfassende Kontrollfunktion des Zwangsmassnahmengerichts vorgesehen. Danach wäre dieses (von wenigen Ausnahmen abgesehen) für die Behandlung von Beschwerden gegen die gesamte Tätigkeit von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden zuständig gewesen. Auf diese Lösung ist angesichts der klaren Voten im Vernehmlassungsverfahren zu verzichten<sup>165</sup>; die genannten Beschwerden fallen vielmehr in die Zuständigkeit der zentralen Beschwerdeinstanz (Art. 20, 401 ff.).

Die Freiheit in der Organisation der Strafbehörden (Art. 14) bietet auch in diesem Bereich grossen Gestaltungsspielraum. Es steht Bund und Kantonen weitgehend frei, welchem Gericht sie die Funktionen des Zwangsmassnahmengerichts zuweisen wollen. Weil in bestimmten Fällen eine Beschwerde gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts zulässig ist (vgl. Art. 221 Abs. 2; Art. 278 Abs. 3, Art. 280 Abs. 3 i.V.m. Art. 278 Abs. 3, Art. 297 Abs. 3), ist eine dezentrale Organisation mit

<sup>163</sup> Art. 339 nStGB, der Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ersetzt (vgl. BBl 1999 2161). Im geltenden Recht finden sich in den Kantonen beide Modelle.

<sup>164</sup> Eine weitere Kompetenz des Zwangsmassnahmengerichts ist die Genehmigung der Anonymitätszusicherung, Art. 147 Abs. 2.

<sup>165</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 24.

Ansiedlung auf der Stufe der erstinstanzlichen Gerichte naheliegend, aber nicht zwingend. Vorab in kleinen Kantonen ist auch eine zentrale Organisation denkbar. In diesem Fall ist sicherzustellen, dass die gesetzlich vorgesehenen Beschwerdemöglichkeiten zur Verfügung stehen. Entscheiden sich Bund oder Kantone für die Ansiedlung auf Stufe der erstinstanzlichen Gerichte, bleibt es ihnen überlassen, ob sie ein von den übrigen erstinstanzlichen Gerichten getrenntes Zwangsmassnahmengericht, eine Kammer des erstinstanzlichen Gerichts, die Verfahrensleitung oder aber ein Einzelgericht (Art. 19 Abs. 2) mit dieser Aufgabe betrauen wollen. Auch die Organisation innerhalb des Zwangsmassnahmengerichts bleibt selbstverständlich Sache von Bund und Kantonen. So ist es möglich, bei Kollegialgerichten gewisse Entscheide dem Gesamtgericht vorzubehalten, während für andere, z.B. die erstmalige Anordnung der Untersuchungshaft, ein Mitglied des Zwangsmassnahmengerichts für zuständig erklärt werden kann.

Um Zweifel betreffend die Unbefangenheit von vornherein auszüräumen<sup>166</sup>, sieht *Absatz 2* vor, Mitglieder des Zwangsmassnahmengerichts von der Beurteilung der Sache selbst auszuschliessen. Der Entwurf sieht also in personeller Hinsicht eine *Trennung der Funktionen von Zwangsmassnahmen- und erstinstanzlichem Gericht*<sup>167</sup> vor. Selbstverständlich und daher im Gesetz nicht gesondert erwähnt ist, dass ein Mitglied des Zwangsmassnahmengerichts anschliessend nicht auch Mitglied der Beschwerdeinstanz sein kann, soweit diese Beschwerden gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichtes zu beurteilen hat.

#### *Art. 19*            Erstinstanzliches Gericht

Bund und Kantone setzen erstinstanzliche Gerichte ein, die für alle Strafsachen zuständig sind, für die nicht andere Instanzen vorgesehen sind (*Abs. 1*), und bestimmen deren sachliche und – im Rahmen der Artikel 29 ff. – örtliche Zuständigkeit (Art. 14). Sie können verschiedene Regional-, Bezirks- oder Amtsgerichte, daneben aber für bestimmte Kriminalitätsformen für das Gebiet der ganzen Schweiz bzw. des ganzen Kantons ein einziges Gericht, beispielsweise ein Kriminal- oder Wirtschaftsstrafgericht, als erste Instanz einsetzen.

Mit der offenen Umschreibung der Gerichtsinstanzen in den Artikeln 13 und 14 wären an sich auch Schwur- oder Geschworenengerichte nicht ausgeschlossen. Sie sind aber faktisch nicht mehr einsetzbar, da in den als abschliessend zu betrachtenden Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahren in den Artikeln 336 ff. die für ein Schwur- oder Geschworenengericht unabdingbaren besonderen Verfahrensvorschriften fehlen.

<sup>166</sup> Nach der Praxis des Bundesgerichts und des Strassburger Gerichtshofs ist zwar der Haftrichter nicht generell von der Beurteilung der Sache selbst ausgeschlossen. Eine Befangenheit des Sachrichters ist aber anzunehmen, wenn er z.B. ein Haftentlassungsgesuch mit schuldbestätigenden Wertungen abgelehnt oder die Haft mit Hinweis auf einen besonders schweren Tatverdacht verfügt hat. Die Tatsache, dass die Unbefangenheit des Sachrichters bei einer Doppelfunktion Haft-/Sachrichter immer wieder strittig ist, ist Anlass genug, dem Beispiel verschiedener kantonaler Prozessordnungen folgend eine klare Funktionstrennung vorzusehen.

<sup>167</sup> Beim Berufungsgericht wird indessen auf diese Trennung verzichtet, siehe Art. 231 und nachfolgend Ziff. 2.5.3.6.

Die Gestaltungsmöglichkeiten werden in *Absatz 2* dadurch erweitert, dass Bund und Kantone zur Entlastung ihrer Kollegialgerichte auch Einzelgerichte als erstinstanzliche Gerichte einsetzen können. Bereits heute sehen die meisten Kantone solche Einzelgerichte vor. Der Vorschlag wurde im Vernehmlassungsverfahren denn auch im Grundsatz einhellig begrüsst. In Bezug auf die konkreten Sanktionsmöglichkeiten des Einzelgerichts trägt Absatz 2 der Kritik Rechnung, die am Vorentwurf von 2001 (Art. 24) geäussert worden ist<sup>168</sup>. Nach der nun vorgeschlagenen Fassung ist das Einzelgericht zuständig für die Beurteilung von Übertretungen, Freiheitsstrafen bis zu 2 (statt 3) Jahren und gewissen freiheitsentziehenden Massnahmen (statt die Anordnung freiheitsentziehender Massnahmen generell den Kollegialgerichten vorzubehalten). Die Grenze von 2 Jahren Freiheitsstrafe wurde in Anlehnung an Artikel 42 Absatz 1 nStGB<sup>169</sup> festgesetzt, der die Möglichkeit des bedingten Strafvollzugs ebenfalls bis zu dieser Grenze vorsieht<sup>170</sup>. Bei den freiheitsentziehenden Massnahmen bleibt neben der Verwahrung auch die (mit dieser am ehesten vergleichbare) Behandlung in einer geschlossenen Einrichtung (Art. 59 Abs. 3 nStGB) den Kollegialgerichten vorbehalten.

Machen Bund oder Kantone von der Möglichkeit Gebrauch, Einzelgerichte einzurichten, gilt die in Absatz 2 festgelegte Zuständigkeitsordnung. Eine einheitliche Regelung drängt sich auch deshalb auf, weil nach den Vorschriften zur Hauptverhandlung hinsichtlich des Unmittelbarkeits- bzw. Mittelbarkeitsgrundsatzes bei den einzelrichterlichen Fällen und jenen, die vom Kollegialgericht beurteilt werden, unterschiedliche Massstäbe (näher Art. 344 und 345) und auch bei der Berufung unterschiedliche Wege (Art. 413 Abs. 2 Bst. b) vorgesehen sind.

#### *Art. 20*            Beschwerdeinstanz

Neben dem besonderen, für jede Strafprozessordnung unabdingbaren Rechtsmittel der Revision (Art. 417 ff.) sind nur zwei Rechtsmittel vorgesehen: Die Berufung, die sich vereinfacht gesagt nur gegen Schuld- oder Freisprüche der erstinstanzlichen Gerichte richten kann (Art. 406), und die Beschwerde, zulässig gegen *alle übrigen Entscheide der erstinstanzlichen Gerichte, gegen Verfahrenshandlungen und Entscheide der Polizei, der Staatsanwaltschaft und der Übertretungsstrafbehörden sowie gegen bestimmte Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts (Abs. 1)*. Die Beschwerdeinstanz übernimmt damit Kompetenzen, die heute entweder von einer Rekurskammer des Ober- oder Kantonsgerichts, vom Berufungs- oder Appellationsgericht bzw., auf Bundesebene, von der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts wahrgenommen werden.

Die Entscheidung, welche obere Instanz die Funktion der Beschwerdeinstanz wahrnimmt, bleibt wiederum den Kantonen überlassen. Neben der Schaffung einer separaten Instanz besteht die Möglichkeit, die Befugnisse dem Berufungsgericht, d.h. in den Kantonen dem Kantons- oder Obergericht, zuzuweisen (*Abs. 2*). Nach Artikel 21 Absatz 3 ist in diesem Fall, analog zu Artikel 18 Absatz 2, auf eine Trennung der Funktionen im konkreten Fall zu achten.

<sup>168</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 25 f.

<sup>169</sup> BBl 2002 8240

<sup>170</sup> Auch die Grenze von 3 Jahren hatte sich übrigens an der Revisionsvorlage des Allgemeiner Teils orientiert, die damals noch 3 Jahre betrug, vgl. Begleitbericht, S. 44.

Die vereinheitlichte Strafprozessordnung sieht grundsätzlich eine *zweistufige Gerichtsbarkeit* vor. Das bedeutet, dass mit gewissen Einschränkungen erstinstanzliche Urteile mit Berufung bei einer oberen Instanz (im Entwurf als Berufungsgericht bezeichnet) angefochten werden können. Zur Vereinheitlichung des Verfahrens auch im Bereich der Rechtsmittel muss dies ebenfalls für die der Bundesgerichtsbarkeit unterliegenden Fälle gelten (oben Ziff. 1.8.2).

Das Berufungsgericht hat nicht nur über Berufungen zu entscheiden, sondern wird nach *Absatz 1 Buchstabe b* auch als *Revisionsinstanz* eingesetzt. Zudem können ihm die Kompetenzen der Beschwerdeinstanz übertragen werden (Art. 20 Abs. 2). Nach der Praxis zu Artikel 6 Absatz 1 EMRK und Artikel 30 Absatz 1 BV wird der Grundsatz der Unabhängigkeit zwar nicht verletzt, wenn die gleiche Richterin oder der gleiche Richter, die oder der zunächst als Sachrichter amtierte, nachher über ein Revisionsbegehren, welches das gleiche Urteil betrifft, entscheidet. Gleiches dürfte gelten, wenn eine Rechtsmittelrichterin oder ein Rechtsmittelrichter zunächst über Beschwerden gegen Verfahrensentscheide zu befinden und anschliessend über eine Berufung in der gleichen Sache zu urteilen hat. Im Sinne einer sauberen Trennung der Funktionen erscheint es jedoch angezeigt, Bund und Kantone zu verpflichten, die Funktionen von Berufungs-, Beschwerde- und Revisionsgericht auf geeignete Weise – wenn auch nur gerichtsintern – zu trennen (*Abs. 2 und 3*)<sup>171</sup>. Dies dürfte auch in kleineren Kantonen durch die Schaffung einer von der Berufsabteilung personell getrennten Beschwerde- und Revisionskammer zu bewerkstelligen sein.

## 2.2.2 2. Kapitel: Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Kantonen (Art. 22–28)

Diese Bestimmungen übernehmen zum grössten Teil die bisherige, zuletzt im Rahmen der Effizienzvorlage<sup>172</sup> geänderte Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen sowie die bestehenden, mit dem Strafgerichtsgesetz<sup>173</sup> modifizierten Regeln bei Übertragung der Gerichtsbarkeit:

- *Artikel 22* ersetzt Artikel 338 nStGB<sup>174</sup>.
- *Artikel 23* ersetzt Artikel 336 nStGB<sup>175</sup>.
- *Artikel 24* ersetzt Artikel 337 nStGB. Der neu eingefügte *Absatz 3* soll bisherige Unklarheiten beseitigen und die Effizienz des Verfahrens wahren.
- *Artikel 25 Absatz 1* ersetzt Artikel 18 Absätze 1 und 3 BStP.
- *Artikel 25 Absatz 2* ersetzt Artikel 18<sup>bis</sup> BStP, mit einer materiellen Änderung: Der Bundesrat schlägt vor, auf die Möglichkeit der Delegation einfa-

<sup>171</sup> Eine solche gerichtsinterne Trennung sieht auch Art. 17 Abs. 3 des Strafgerichtsgesetzes (SR 173.71) vor (Ausschluss der Mitwirkung in Beschwerde- und Strafkammer im gleichen Fall).

<sup>172</sup> BBl 2000 76

<sup>173</sup> SR 173.71

<sup>174</sup> BBl 2002 8240

<sup>175</sup> Unter Eingliederung von Art. 336 Abs. 2 nStGB (Völkermord) in den Katalog von Abs. 1, neu Art. 24 Abs. 1 Bst. g.

cher Fälle von Völkermord zu verzichten. Angesichts der Tatbestandsbeschreibung von Artikel 264 StGB sind einfache Fälle des Völkermords nicht vorstellbar.

- *Artikel 26 Absatz 1* ersetzt Artikel 254 Absatz 2 BStP. Zur Vereinfachung wird abweichend von Artikel 254 Absatz 2 nur die Staatsanwaltschaft des Bundes zur Delegation ermächtigt.
- *Artikel 26 Absatz 2* ersetzt Artikel 18 Absatz 2 BStP.
- *Artikel 26 Absatz 3* übernimmt in etwas erweiterter Form Artikel 107 BStP.
- *Artikel 28* ersetzt Artikel 18 Absatz 4, Artikel 18<sup>bis</sup> Absatz 2 sowie Artikel 260 BStP.

Neu ist *Artikel 27*, der unter dem Titel «Zuständigkeit für erste Ermittlungen» zwei Konstellationen regelt: *Absatz 1* ermächtigt die Kantone, auch in Fällen von Bundesgerichtsbarkeit dringende Ermittlungs- und Untersuchungshandlungen vorzunehmen, solange die Strafbehörden des Bundes noch nicht tätig geworden sind. *Absatz 2* gibt umgekehrt dem Bund die Kompetenz für erste Ermittlungen. Letztere Bestimmung knüpft in gewisser Hinsicht an Artikel 259 BStP an. Im Unterschied zu diesem begründet jedoch nicht ein Obergerichtsrecht des Bundes dessen Möglichkeit zur Intervention, sondern der Umstand, dass insbesondere bei Straftaten mit grenzüberschreitenden Bezügen zunächst unklar sein kann, ob der Bund oder aber ein Kanton zuständig ist. Die jüngere Vergangenheit hat gezeigt, dass in solchen Fällen ein Bedürfnis nach sofortigem, koordiniertem Einschreiten einer zentralen Behörde bestehen kann<sup>176</sup>. Dieses Bedürfnis hängt nicht davon ab, ob dem Bund im entsprechenden Bereich ein Obergerichtsrecht zusteht oder nicht.

Im Unterschied zu *Artikel 24 Absatz 3* begründet ein so motiviertes Einschreiten des Bundes keine Bundesgerichtsbarkeit. Die Beschränkung auf *erste* Ermittlungen stellt im Übrigen klar, dass die Intervention der Bundesstrafbehörden endet, sobald der Fall einem Kanton zugewiesen werden kann.

## 2.2.3

### 3. Kapitel: Gerichtsstand

Die Vorschriften über die *örtliche Zuständigkeit* der Strafbehörden werden abweichend von der Sprachregelung in den Artikeln 340 ff. nStGB<sup>177</sup> als Gerichtsstandsvorschriften bezeichnet. Der Begriff Gerichtsstand entspricht den Bezeichnungen in den romanischen Sprachen (französisch *for*; italienisch *foro*). Die geltenden Regeln werden in den Grundzügen sachlich unverändert aus den Artikeln 340 ff. nStGB übernommen; nur in gewissen Randbereichen werden Änderungen vorgeschlagen.

#### 2.2.3.1

#### 1. Abschnitt: Grundsätze (Art. 29–30)

*Artikel 29 Absätze 1 und 2* übernimmt unter der neuen Sachüberschrift *Gerichtsstand des Tatortes* den Artikel 340 nStGB<sup>178</sup>. Unter den redaktionellen Änderungen ist hervorzuheben, dass in *Absatz 2* der zu enge Begriff der Untersuchung durch den

<sup>176</sup> So im Bereich der Netzwerkkriminalität.

<sup>177</sup> BBl 2002 8240

<sup>178</sup> BBl 2002 8240

Begriff der Verfolgungshandlungen ersetzt wird. Die gleiche Formulierung wird auch in anderen Bestimmungen dieses Kapitels verwendet (Art. 31 Abs. 2, Art. 32 Abs. 1, Art. 33 Abs. 2 und 3). Dem Beispiel verschiedener kantonaler Regelungen folgend, sieht *Absatz 4* ausdrücklich die Möglichkeit vor, Strafverfahren aus triftigen Gründen zu trennen oder an sich getrennt zu führende Verfahren zu vereinen. Einen triftigen Grund für eine Trennung bildet z.B. die bevorstehende Verjährung einzelner Straftaten; für eine Vereinigung spricht v.a. der enge Sachzusammenhang verschiedener Straftaten<sup>179</sup>.

*Artikel 30* entspricht unter einer erweiterten Sachüberschrift (*Gerichtsstand bei Straftaten im Ausland oder ungewissem Tatort*) in der Sache Artikel 342 nStGB. Der bisherigen Praxis entsprechend nennt die Bestimmung neben dem Wohnort nun ausdrücklich auch den gewöhnlichen Aufenthaltsort als Anknüpfungspunkt.

### 2.2.3.2                    2. Abschnitt: Besondere Gerichtsstände (Art. 31–36)

#### *Art. 31–32*

Auch diese Bestimmungen knüpfen, sprachlich überarbeitet, an die bisherige Regelung im Strafgesetzbuch an: *Artikel 31 (Gerichtsstand im Falle mehrerer Beteiligter)* entspricht materiell Artikel 343 nStGB<sup>180</sup>, *Artikel 32 (Gerichtsstand bei mehreren an verschiedenen Orten verübten Straftaten)* entspricht mit seinen *Absätzen 1 und 3* Artikel 344 nStGB.

Neu ist *Absatz 2* von Artikel 32. Diese Bestimmung (und die parallelen Normen von Art. 38 Abs. 2 und Art. 40 Abs. 3) gibt eine Antwort auf die im geltenden Recht nicht klar geregelte und praktisch bedeutsame Frage, bis wann eine Vereinigung solcher Verfahren vorgenommen und auch verlangt werden kann. Verglichen mit der bisherigen Praxis zu Artikel 350 StGB soll dieser Zeitpunkt vorverlegt werden: Eine Vereinigung soll nicht bis zum erstinstanzlichen Urteil<sup>181</sup>, sondern nur so lange möglich sein, als im Verfahren, mit dem eine Vereinigung angestrebt wird, noch keine Anklage erhoben worden ist. Für diese Lösung spricht, dass ein Straffall bereits mit der Anklageerhebung von den Strafverfolgungsbehörden an das Gericht übergeht. Eine Übernahmepflicht noch während des erstinstanzlichen Verfahrens könnte dessen Abschluss übermässig verzögern.

#### *Art. 33–35*

Die Bestimmungen regeln drei weitere besondere Gerichtsstände.

*Artikel 33 (Gerichtsstand bei Straftaten durch Medien)* übernimmt mit kleinen formellen Änderungen die *Absätze 1 und 2* des Artikels 341 nStGB<sup>182</sup>.

Auf die Übernahme von Artikel 341 Absatz 3 nStGB kann dagegen verzichtet werden. Die Bestimmung steht im Zusammenhang mit Artikel 356 Absätze 2 und 3 nStGB, welche vorsehen, dass die Zuführung einer beschuldigten oder verurteilten Person bei politischen Delikten und bei Mediendelikten verweigert werden kann.

<sup>179</sup> Vgl. zu letzterem Anwendungsfall auch Art. 20 Abs. 3 VStrR.

<sup>180</sup> BBl 2002 8240

<sup>181</sup> Vgl. BGE 127 IV 135, m. H.

<sup>182</sup> BBl 2002 8240

Für diesen Fall statuiert Artikel 341 Absatz 3 nStGB als subsidiären Gerichtsstand den Wohnort des Täters. Die Regelung ist ohne praktische Bedeutung geblieben; überdies verpflichtet das Konkordat über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen<sup>183</sup> seit 1993 die Kantone zu gegenseitiger Rechtshilfe, so dass auch aus rechtlicher Sicht kein Bedürfnis mehr besteht<sup>184</sup>. Im gleichen Zug sind auch die Artikel 356 Absätze 2 und 3 nStGB ersatzlos zu streichen<sup>185</sup>.

Neu ist die Gerichtsstandsregel von *Artikel 34* bei *Betriebs- und Konkursdelikten* sowie bei *Strafverfahren gegen Unternehmen*. Die Lösung in *Absatz 1* entspricht der gegenwärtigen Praxis: Betriebs- und Konkursdelikte sollen gleichsam an ihrem Ursprungsort, nämlich am Wohnort der Schuldnerin oder des Schuldners, d.h. heute in der Regel am Sitz der betreffenden Unternehmung, verfolgt werden. An diesem Ort können die Beweise am besten gesammelt werden. *Absatz 2* weitet diesen Grundsatz allgemein auf Straftaten aus, die im Rahmen von Aktivitäten von Unternehmen begangen worden sind.

*Artikel 35 Absatz 1* schreibt die bisherige Praxis fest, wonach *selbständige Einziehungen* nach den Artikeln 58–60 StGB (69–72 nStGB) an dem Ort durchzuführen sind, an dem sich die einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte befinden. *Absatz 2* übernimmt sachlich unverändert Artikel 350<sup>bis</sup> StGB.

#### *Art. 36* Bestimmung eines abweichenden Gerichtsstands

Diese Bestimmung schliesst an Artikel 262 Absatz 3 bzw. 263 Absatz 3 BStP sowie an die bisherige Praxis zu den Artikeln 340 ff. und zu Artikel 345 StGB bzw. zu Artikel 264 BStP an. Diese Praxis gesteht den Strafbehörden die Freiheit zu, aus triftigen Gründen von den Gerichtsstandsvorschriften abzuweichen und durch Vereinbarung einen an sich nicht zuständigen Kanton zur Führung des Verfahrens zu bestimmen.

Diese Möglichkeit soll insbesondere auch für die Gerichte bestehen. Vor allem in kleineren Verhältnissen soll es z.B. möglich sein, ein örtlich nicht zuständiges erstinstanzliches Gericht mit der Behandlung einer Anklage zu betrauen, wenn das örtlich zuständige Gericht wegen der Persönlichkeit der beschuldigten Person als nicht ganz unbefangenen erscheint. Die Beschwerdeinstanz kann eine solche Überweisung auf Antrag einer Partei oder aber von Amtes wegen vornehmen.

### **2.2.3.3 3. Abschnitt: Gerichtsstandsverfahren (Art. 37–40)**

Bisher war das Vorgehen bei einem zwischen den Kantonen streitigen Gerichtsstand nur sehr summarisch in Artikel 345 nStGB<sup>186</sup> und Artikel 264 BStP geregelt. Diese Regeln sollen in der vereinheitlichten Prozessordnung zusammengeführt und mit Blick auf die Erfordernisse der Praxis im Lichte der bisherigen Rechtsprechung präzisiert werden.

<sup>183</sup> AS 1993 2876. Die Bestimmungen dieses Konkordats werden in der vereinheitlichten Strafprozessordnung im Wesentlichen durch das Kapitel über die nationale Rechtshilfe (unten Ziff. 2.2.4) ersetzt.

<sup>184</sup> Vgl. BBl 1999 2163

<sup>185</sup> So bereits die Botschaft über eine neue Bundesverfassung (Verzicht auf aArt. 67 BV), BBl 1997 340.

<sup>186</sup> BBl 2002 8240

Die Vorschriften zur nationalen Rechtshilfe fassen in leicht veränderter Form die bisher in verschiedenen Erlassen verstreuten Regeln über die gegenseitige Unterstützung schweizerischer Strafbehörden zusammen. Diese Regeln sind enthalten in den Artikeln 356–362 nStGB<sup>187</sup>, den Artikeln 252 und 253 BStP sowie im Konkordat vom 5. November 1992<sup>188</sup> über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen (im Folgenden: Konkordat). Die Überführung in die gesamt-schweizerische Strafprozessordnung bietet Gelegenheit, die Materie systematisch zu ordnen. Bestimmungen, die nicht eigentlich die Rechtshilfe betreffen, sind an anderer Stelle zu platzieren<sup>189</sup>, andere sind mangels weiterer Relevanz ersatzlos zu streichen<sup>190</sup>.

Dagegen wird davon abgesehen, auch die Vorschriften der Artikel 349–354 nStGB über die *Amtshilfe* im Bereich der Polizei und jene des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1994<sup>191</sup> über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes zu übernehmen. Die künftige Schweizerische Strafprozessordnung soll keine Vorschriften enthalten, die nicht eigentlich verfahrensrechtlicher, sondern polizeilich-technischer Natur sind. Das geeignete Gefäss zur Regelung dieses Bereichs ist das Polizeigesetz des Bundes, das gegenwärtig in Vorbereitung ist.

## 2.2.4.1

## 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 41–46)

*Artikel 41* umschreibt den *Geltungsbereich* (Abs. 1–3) und definiert den *Begriff* (Abs. 4) der nationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Praktisch im Vordergrund steht die Rechtshilfe, die sich Staatsanwaltschaften, Übertretungsstrafbehörden und Gerichte gegenseitig leisten; dazu gehören auch Verfahrenshandlungen der Polizei, soweit sie auf Weisung der vorgenannten Behörden erfolgen. Rechtshilfe umfasst aber auch Leistungen anderer Behörden des Bundes oder der Kantone (darunter fallen auch Behörden der Gemeinden) zu Gunsten der genannten Strafbehörden, wie sie Artikel 27 Absatz 1 BStP den Behörden von Kantonen und Gemeinden zur Pflicht macht. Die rein polizeiliche Rechtshilfe ist nach Absatz 3 ebenfalls zulässig, soweit sie nicht Zwangsmassnahmen betrifft. Sind solche erforderlich, haben Staatsanwaltschaft oder Gerichte die entsprechenden Rechtshilfemassnahmen zu veranlassen.

*Artikel 42* übernimmt den in Artikel 356 Absatz 1 nStGB<sup>192</sup> zu findenden allgemeinen Grundsatz, dass sich Bund und Kantone gegenseitig und die Kantone unter sich bei der Verfolgung von Straftaten des Bundesrechts Rechtshilfe zu leisten haben. Derselbe Grundsatz ist in Artikel 2 Ziffer 1 Konkordat enthalten. Artikel 1 Konkor-

<sup>187</sup> BBl 2002 8240

<sup>188</sup> AS 1993 2876

<sup>189</sup> So wird z.B. die Nacheile (Art. 360 nStGB) neu bei den Vorschriften über die polizeiliche Anhaltung geregelt: Art. 215.

<sup>190</sup> Z.B. Art. 362 nStGB (Mitteilungspflichten der Untersuchungsbehörden bei der Feststellung pornographischer Gegenstände).

<sup>191</sup> SR 360

<sup>192</sup> BBl 2002 8240

dat hält dazu in programmatischer Art fest, dass durch diese Verpflichtung eine effizientere Bekämpfung der Kriminalität ermöglicht werden soll<sup>193</sup>.

Hingegen wird darauf verzichtet, auch Artikel 2 Ziffer 2 Konkordat in die vereinheitlichte Strafprozessordnung zu überführen. Nach dieser Bestimmung haben die Kantone die Möglichkeit, die Verpflichtung zur gegenseitigen Rechtshilfe auf die Verfolgung von Straftaten des *kantonalen* Rechts auszudehnen. Der Grund für den Verzicht ist formeller, nicht inhaltlicher Natur: Die vereinheitlichte Strafprozessordnung regelt ausschliesslich die Verfolgung und Beurteilung der Straftaten *nach Bundesrecht* (Art. 1 Abs. 1); die genannte – in der Sache durchaus sinnvolle – Erweiterung der Rechtshilfeverpflichtung ist daher in den kantonalen Einführungsgesetzen zu statuieren.

*Artikel 43*, der die Kantone zur *Unterstützung* des Bundes verpflichtet, wenn es darum geht, Amtslokalitäten und Plätze in den Untersuchungsgefängnissen sowie zur Sicherung der Amtstätigkeit (z.B. zur polizeilichen Absicherung von Gerichtsverhandlungen) zur Verfügung zu stellen, entspricht den geltenden Artikeln 28 und 29 BStP.

*Artikel 44 (Direkter Geschäftsverkehr)* übernimmt in den *Absätzen 1 und 2* die Regelungen der Artikel 357 Absatz 1 nStGB<sup>194</sup> und 15 Ziffer 1 Konkordat. Für den Fall, dass unklar ist, welches innerkantonal die zuständige Behörde ist, bezeichnet *Absatz 3* die oberste Staatsanwaltschaft des ersuchten Kantons als Ansprechbehörde.

*Artikel 45* regelt die *Kostentragung* der nationalen Rechtshilfe. Die Bestimmung knüpft an die Regeln in Artikel 358 nStGB<sup>195</sup> sowie in den Artikeln 14 und 23 Konkordat an, versucht diese jedoch so weit als möglich zu vereinfachen. Zunächst ist auf den bisherigen Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Rechtshilfe zu verweisen, der ins neue Recht zu übernehmen ist (*Abs. 1*). Bisher galt im Übrigen, dass dem ersuchten Kanton gewisse Barauslagen zu erstatten waren (Art. 358 Abs. 1 nStGB; Art. 23 Ziff. 1 Konkordat)<sup>196</sup>. Diese Kostenverrechnung wird in der Praxis häufig als unnötiger Verwaltungsaufwand empfunden; es ist deshalb in *Absatz 2* vorgesehen, dass die Kosten vom ersuchten Bund oder Kanton zu tragen und dem ersuchenden Bund oder Kanton lediglich zu melden sind, damit sie allenfalls den kostenpflichtigen Parteien auferlegt werden können. *Absatz 3* schliesslich regelt die Entschädigungspflicht bei Zwangsmassnahmen, die ein Kanton auf Rechtshilfesuch des Bundes oder eines andern Kantons vornimmt. Im Anschluss an die Praxis<sup>197</sup> ist diese vom ersuchenden Bund bzw. Kanton zu tragen.

<sup>193</sup> Im gleichen Zusammenhang sind auch die Pflichten von andern inner- und ausserkantonalen Behörden zu erwähnen, Akten für ein Strafverfahren zur Verfügung zu stellen (Art. 191 Abs. 2, unten Ziff. 2.4.6).

<sup>194</sup> BBl 2002 8240

<sup>195</sup> BBl 2002 8240

<sup>196</sup> Betroffen sind vor allem die in den Art. 47–49 geregelten Amtshandlungen auf Begehren des verfahrensführenden Bundes oder Kantons in einem anderen Kanton durch dessen Behörden.

<sup>197</sup> Siehe BGE 108 Ia 17; 118 Ia 336; 119 IV 90.

#### 2.2.4.2

### 2. Abschnitt: Verfahrenshandlungen auf Verlangen des Bundes oder eines anderen Kantons (Art. 47–49)

Diese Bestimmungen regeln den Fall, dass die Strafbehörden von Bund und Kantonen, statt selbst Verfahrenshandlungen vorzunehmen, mit einem Rechtshilfesuch die Behörden des Bundes oder eines andern Kantons ersuchen, diese Handlungen durchzuführen. Dieser Bereich war ursprünglich sehr rudimentär in Artikel 352 StGB, ist heute aber für interkantonale Rechtshilfesuche eingehender in den Artikeln 15–23 Konkordat geregelt. Die genannten Bestimmungen sind, redaktionell überarbeitet, in die vereinheitlichte Prozessordnung zu überführen.

*Artikel 47 Absatz 1* stellt klar, dass der ersuchte Bund oder Kanton zur Vornahme der Verfahrenshandlung *verpflichtet* ist, sich also nicht auf den Standpunkt stellen kann, die ersuchende Strafbehörde könne die Verfahrenshandlung in Anwendung von Artikel 50 auch direkt selbst vornehmen. Satz 2 betont – insoweit Artikel 19 Ziffer 2 Konkordat übernehmend –, dass die verlangten Untersuchungshandlungen unter Verantwortung des ersuchenden Bundes oder Kantons durchgeführt werden. Formell ordnungsgemäss verlangte Rechtshilfemassnahmen sind vom ersuchten Bund bzw. Kanton nicht auf ihre Notwendigkeit, Korrektheit etc. hin zu überprüfen, was übrigens im Regelfall gar nicht möglich wäre. Dementsprechend trägt der ersuchende Kanton auch das Entschädungsrisiko (Art. 45 Abs. 3). *Absatz 2* übernimmt die Regelung von Artikel 19 Ziffer 2 Konkordat.

*Artikel 48* betrifft die rechtshilfeweise Anordnung von *Zwangsmassnahmen* und übernimmt teilweise Artikel 357 nStGB<sup>198</sup> sowie die Artikel 20 und 21 Konkordat.

*Artikel 49 Absatz 1* übernimmt seinerseits die Regel von Artikel 17 Ziffer 1 Konkordat. Die Parteien und ihre Rechtsbeistände, aber auch die ersuchende Behörde können an den Verfahrenshandlungen im ersuchten Kanton teilnehmen, falls eine solche Teilnahme nach Massgabe dieses Gesetzes (vgl. Art. 144 f.) möglich ist. Um dieses Teilnahmerecht auszuüben, haben die Berechtigten wie schon bisher nach Artikel 17 Ziffer 2 Konkordat Anspruch auf eine entsprechende Orientierung (*Abs. 2*).

#### 2.2.4.3

### 3. Abschnitt: Verfahrenshandlungen in einem anderen Kanton (Art. 50–51)

Diese beiden Bestimmungen übernehmen vereinfacht den Kerngehalt der Artikel 3–14 Konkordat. Dieses lässt es seit einigen Jahren zu, dass die Strafbehörden eines Kantons ohne die nach Artikel 359 nStGB<sup>199</sup> erforderliche Bewilligung eines andern Kantons in diesen Verfahrenshandlungen vornehmen. Verschiedene Bereiche, die in diesem Teil des Konkordats geregelt sind, brauchen dank der Vereinheitlichung des gesamten Verfahrensrechts nicht gesondert in die Rechtshilfeb Bestimmungen integriert zu werden. Dies gilt etwa für die Amtssprache (Art. 5 und 13 Konkordat, neu Art. 44 Abs. 2, Art. 65), die Zustellung von Gerichtsurkunden (Art. 7 Konkordat, neu Art. 83), Vorladungen (Art. 8 Konkordat, neu Art. 199 ff.),

<sup>198</sup> BBl 2002 8240

<sup>199</sup> BBl 2002 8240

Durchsuchungen und Beschlagnahme (Art. 10 Konkordat, neu Art. 240 ff., Art. 262 ff.) sowie die Anzeigepflicht nach Art. 11 Konkordat (neu Art. 301 Abs. 1).

*Artikel 50* übernimmt in *Absatz 1* die *Grundsätze* der Artikel 3 und 9 Konkordat. Die Behörden des Kantons, in dem diese Verfahrenshandlungen durchgeführt werden, sind wie schon bisher zu orientieren (*Abs. 2*); anders als im Konkordat soll jedoch auf die Pflicht zur Benachrichtigung verzichtet werden können, wenn lediglich die Einholung von Auskünften oder die Edition von Akten (z.B. bei Banken ein häufiger Vorgang) verlangt wird.

Die Kosten- und Entschädigungsregelung von *Absatz 3* entspricht Artikel 14 Konkordat; diese Bestimmung ist insoweit kongruent mit den Artikeln 45 Absatz 3 und 47 Absatz 1 zweiter Satz, die die Verantwortung für Rechtshilfemassnahmen dem ersuchenden (und hier: ausführenden) Kanton zuweisen.

*Artikel 51 (Inanspruchnahme der Polizei)* schliesslich entspricht Artikel 6 Konkordat; an die Stelle der «zuständigen Untersuchungs- oder Gerichtsbehörde» tritt als Ansprechbehörde einheitlich die Staatsanwaltschaft des ersuchten Kantons.

## 2.2.5 5. Kapitel: Internationale Rechtshilfe (Art. 52–53)

Die internationale Rechtshilfe ist bereits heute relativ umfassend im Bundesrecht geregelt. Zu verweisen ist einerseits auf das Bundesgesetz vom 20. März 1981<sup>200</sup> über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG) und die entsprechende Verordnung vom 24. Februar 1982<sup>201</sup>, andererseits auf zahlreiche Staatsverträge und gewisse parallel dazu erlassene Bundesgesetze wie z.B. das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1975<sup>202</sup> zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen. Gemäss *Artikel 52* gehen diese Normen der schweizerischen Strafprozessordnung vor; deren Bestimmungen kommen demzufolge nur subsidiär zur Anwendung.

*Artikel 53* enthält verschiedene Zuständigkeitsregeln:

Zunächst bestimmt *Absatz 1*, dass auf kantonaler Ebene die Staatsanwaltschaft, allenfalls die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft, als zuständige kantonale Behörde bei der Auslieferung nach den Artikeln 32 ff. IRSG, bei der anderen Rechtshilfe gemäss den Artikeln 63 ff. IRSG, bei der stellvertretenden Strafverfolgung nach den Artikeln 85 ff. IRSG und bei der Übernahme der Vollstreckung von Strafurteilen durch die Schweiz oder die Übertragung ans Ausland nach den Artikeln 94 ff. IRSG mitwirkt. Vorbehalten bleiben einerseits die Befugnisse der Strafvollzugsbehörden, selbst dem Bundesamt für Justiz den Antrag um Auslieferung eines Verurteilten zu stellen. Der weitere Vorbehalt betrifft die Gerichte; ihnen muss es beispielsweise freistehen, während eines hängigen Verfahrens über das Bundesamt für Justiz die rechtshilfeweise Befragung eines Zeugen im Ausland zu verlangen; hier wird allerdings häufig auch ein direkter Verkehr mit der ersuchten Behörde möglich sein (*Abs. 2 und 3*).

Im Weiteren beschränkt sich der Entwurf darauf, in *Absatz 4* für den Fall, dass das IRSG die Mitwirkung einer richterlichen Behörde verlangt, hierfür die Beschwerde-

200 SR 351.1

201 SR 351.11

202 SR 351.93

instanz als einzige kantonale oder eidgenössische Instanz vorzusehen. Kantonale und eidgenössische Rechtshilfeentscheide gemäss IRSG werden nach dem Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005<sup>203</sup> künftig direkt bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts anfechtbar sein<sup>204</sup> und können in besonders bedeutenden Fällen an das Bundesgericht weitergezogen werden<sup>205</sup>. Demnach erübrigt es sich, dem früheren Artikel 23 IRSG entsprechend auf kantonaler Stufe ein Rechtsmittel vorzusehen.

Der gegenwärtigen Lehre und Praxis zum Konkordat folgend präzisiert *Absatz 5*, dass die Bestimmungen über die nationale Rechtshilfe (Art. 41 ff.) anwendbar sind, wenn eine kantonale Strafbehörde bei der Ausführung eines internationalen Rechtshilfesuchs Verfahrenshandlungen in einem andern Kanton vorzunehmen hat.

## 2.2.6 6. Kapitel: Ausstand (Art. 54–58)

Der Ausstand von Strafbehörden wird heute zumeist in den Strafprozessordnungen, teilweise auch im Gerichtsverfassungsrecht gemeinsam für den Zivil- und Strafprozess und allenfalls für weitere Bereiche des Prozessrechts geregelt. Im Interesse einer möglichst umfassenden Vereinheitlichung sollen in der Schweizerischen Strafprozessordnung einheitliche Ausstandsregeln aufgestellt werden. Mit Blick auf die Schaffung einer Schweizerischen Zivilprozessordnung ist ausserdem eine möglichst weitgehende Annäherung dieser Regelungsbereiche anzustreben. Die vorgeschlagenen Bestimmungen orientieren sich im Übrigen an denjenigen des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005<sup>206</sup> (BGG).

In vielen geltenden Prozessgesetzen und in der strafprozessualen Literatur wird vom Ausstand als Oberbegriff gesprochen. Es wird dabei oft zwischen Ausschluss- und Ablehnungsgründen unterschieden. Unter Ausschluss werden jene Gründe genannt, die eine in einer Strafbehörde tätige Person von der Ausübung ihrer Funktionen generell ausschliessen (sog. *iudex incapax* oder *inhabilis*). Dies ist etwa bei naher Verwandtschaft der Fall. Daneben nennen die Gesetze *Ablehnungsgründe*: Justizpersonen können abgelehnt werden, wenn sie zwar nicht von den strengeren Ausschlussbestimmungen erfasst werden, aber doch andere Gründe vorhanden sind, die sie als befangen erscheinen lassen (sog. *iudex suspectus*). Im Unterschied zum Ausschluss wird bei der Ablehnung die in der Strafbehörde tätige Person nur dann von ihrer Amtstätigkeit entbunden, wenn sie erfolgreich abgelehnt wurde.

### *Art. 54* Ausstandsgründe

Der Regelung von Artikel 34 Absatz 1 BGG folgend, fasst *Artikel 54* die beiden vorstehend beschriebenen Varianten unter dem Oberbegriff des Ausstandsgrundes zusammen und zählt in den *Buchstaben a–d* die wichtigsten Fälle auf. Dieser Katalog wird durch eine Generalklausel in *Buchstabe e* ergänzt, welcher in allgemeiner Weise den Ausstand bei Befangenheit zur Folge hat.

<sup>203</sup> BBl 2005 4093

<sup>204</sup> Vgl. neu Art. 25 Abs. 1 IRSG.

<sup>205</sup> Art. 84 Bundesgerichtsgesetz, BBl 2005 4045.

<sup>206</sup> BBl 2005 4045; künftige SR-Nummer 173.110, Art. 34–38.

*Buchstabe b* regelt den Ausstandsgrund der Vorbefassung. Eine Richterin oder ein Richter, die oder der bereits früher in der gleichen Strafsache tätig war, muss grundsätzlich in den Ausstand treten. Damit wird das der vereinheitlichten Prozessordnung zu Grunde gelegte Konzept verstärkt, wonach für verschiedenartige Funktionen im Verfahren auch verschiedene Behörden zuständig sein sollen (vorne 2.2.1.3 zu den Art. 18 und 19). Die Regel kann allerdings nicht ohne Ausnahmen verwirklicht werden. So kann das Berufungsgericht selbst über die Sicherheitshaft befinden (Art. 231), und Richterinnen und Richter sind nicht ausgeschlossen, wenn ihr Entscheid durch eine obere Instanz aufgehoben und zu neuer Entscheidung an sie zurückgewiesen wurde (Art. 405 Abs. 2, 416 Abs. 1 und 421 Abs. 2). Diese Ausnahmen sind aus Gründen der Verfahrensökonomie und mit Rücksicht auf die Stellung der einzelnen Gerichte in der Gerichtshierarchie geboten<sup>207</sup>; sie sind mit der Rechtsprechung zu den Artikeln 30 BV und 6 EMRK (Anspruch auf ein unabhängiges, unparteiisches Gericht) vereinbar<sup>208</sup>.

#### Art. 56 Ausstandsgesuch einer Partei

*Artikel 56* bezieht sich auf Ausstandsbegehren einer Partei. Die Regelung entspricht im Wesentlichen auch hier derjenigen des Bundesgerichtsgesetzes (Art. 36 BGG). Solche Gesuche sind zu begründen, und sie unterliegen gewissen Einschränkungen in zeitlicher Hinsicht (*Abs. 1*). *Absatz 2* verpflichtet die vom Gesuch betroffene Person zur Stellungnahme.

#### Art. 57 Entscheid

Die in *Absatz 1* vorgeschlagene Lösung stellt einen Mittelweg dar zwischen einem System, in welchem unbestrittene Ausstandsgesuche ohne Weiteres den Ausstand der betroffenen Person nach sich ziehen<sup>209</sup>, und einem System, in dem auch über unbestrittene Gesuche eine der in den Buchstaben a–d genannten Behörden entscheiden muss.

Die letztgenannte Lösung will der Gefahr begegnen, dass eine in einer Strafbehörde tätige Person vorschnell und ohne triftige Gründe ihren Ausstand beantragt oder sich dem Gesuch einer Partei nicht widersetzt, um sich auf diese Weise unliebsamer Verfahren zu entledigen. Dieses Risiko besteht jedoch im Grunde nur bei den offen formulierten Gründen von Artikel 54 Buchstaben a und e. Nur für diese Fälle sieht deshalb Absatz 1 eine obligatorische Prüfung vor. Sie findet unabhängig davon statt, ob das Gesuch von der betroffenen Person selbst oder aber von einer Partei gestellt wird, und im zweiten Fall auch dann, wenn sich die betroffene Person dem Gesuch nicht widersetzt.

Eine Prüfung durch die in *Absatz 1* genannten Behörden findet ausserdem in den Fällen statt, in denen sich die betroffene Person einem Ausstandsgesuch einer Partei widersetzt, das sich auf Artikel 54 Buchstaben b–d stützt.

<sup>207</sup> So soll beispielsweise über die Anordnung von Sicherheitshaft während des Berufungsverfahrens nicht das für Haftordnungen an sich zuständige Zwangsmassnahmengericht, sondern das Berufungsgericht selbst entscheiden können.

<sup>208</sup> Zur Personalunion von Sach- und Haftrichter vgl. z.B. Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) i.S. Hauschildt gegen Dänemark, GH 154, Ziff. 48; zur Neubeurteilung im ordentlichen Verfahren im Anschluss an ein Abwesenheitsurteil vgl. z.B. Thomann gegen die Schweiz, Rec. 1996, 806 Ziff. 32 ff.

<sup>209</sup> So noch Art. 65 des VE-StPO.

*Absatz 3* stellt klar, dass die betroffene Person ihr Amt bis zum Entscheid weiter ausüben kann und muss. Diese Regelung soll insbesondere verhindern, dass durch ein unmittelbar vor dem Hauptverfahren gestelltes, offensichtlich haltloses Ausstandsbegehren das Verfahren blockiert wird.

*Art. 58* Folgen der Verletzung von Ausstandsvorschriften

Diese Bestimmung entspricht weitgehend der Regelung im BGG (Art. 38). Tritt eine in einer Strafbehörde tätige Person in den Ausstand oder wird über den Ausstand nach Artikel 57 entschieden, werden Amthandlungen nur auf entsprechenden Antrag einer Partei wiederholt (*Abs. 1*). Der Antrag ist innert 5 Tagen zu stellen, seit die Partei Kenntnis erhalten hat, dass die bei einer Strafbehörde tätige Person in den Ausstand tritt oder treten muss.

### 2.2.7 7. Kapitel: Verfahrensleitung (Art. 59–63)

Der Entwurf verwendet den Begriff der Verfahrensleitung in einem doppelten Sinn: Der Begriff bezeichnet einerseits die *Personen*, die im jeweiligen Verfahrensabschnitt dafür verantwortlich sind, das Strafverfahren zu führen (*Art. 59*). Die Bezeichnung dieser Personen als Verfahrensleitung dient nicht zuletzt der sprachlichen Vereinfachung. In seiner zweiten Bedeutung umschreibt der Begriff die *geschäftsführende Tätigkeit* dieser Personen, wie sie in den Artikeln 60–62 sowie in zahlreichen weiteren Bestimmungen geregelt ist.

Die sitzungspolizeilichen Kompetenzen (*Art. 61*) sollen es der Verfahrensleitung ermöglichen, die nötigen Massnahmen zu treffen, um Sicherheit, Ruhe und Ordnung während der fraglichen Verhandlung, namentlich während der Verhandlungen, zu gewährleisten. Die Regelung entspricht zusammen mit den in *Artikel 62* der Verfahrensleitung eingeräumten Disziplinarbefugnissen dem allgemeinen Stand der schweizerischen Gesetzgebung. Als Sanktion wird allerdings nur eine Ordnungsbusse vorgesehen und nicht, wie dies einzelne Prozessordnungen kennen und es von den Experten angeregt wurde<sup>210</sup>, auch Haftstrafen. Freiheitsentziehende Sanktionen sind nach dem Konzept des neuen AT StGB selbst für Übertretungen nicht mehr möglich (*Art. 103 nStGB*<sup>211</sup>); sie erscheinen bei blossen Ordnungsverstössen erst recht als nicht mehr vertretbar. Im Zusammenhang mit Artikel 61 Absatz 4 (Ausschluss einer Partei von der Verhandlung) ist Artikel 106 Absatz 5 (Gewährung des rechtlichen Gehörs) zu beachten.

Verfahrensleitende Anordnungen der Staatsanwaltschaft und der Übertretungsstrafbehörden unterliegen nach den allgemeinen Regeln (*Art. 401 Abs. 1 Bst. a*) der Beschwerde. Für die Verfahrensleitung der Gerichte gilt *Artikel 63*: deren Anordnungen können grundsätzlich erst mit dem Endentscheid angefochten werden (*Abs. 2*); bei Kollegialgerichten haben die Parteien allerdings die Möglichkeit, durch entsprechende Anträge in der Hauptverhandlung zu erreichen, dass die vorgängig von der Verfahrensleitung getroffenen verfahrensleitenden Anordnungen aufgehoben oder geändert werden (*Abs. 1*).

<sup>210</sup> Aus 29 mach 1, S. 98 oben.

<sup>211</sup> BBl 2002 8240

## 2.2.8

# 8. Kapitel: Allgemeine Verfahrensregeln

### 2.2.8.1

## 1. Abschnitt: Mündlichkeit; Sprache (Art. 64–66)

*Artikel 65 (Amtssprache)* enthält Bestimmungen über die Sprache, die im – grundsätzlich mündlichen (vgl. *Art. 64*) – Strafverfahren zu gebrauchen ist.

*Absatz 1* verweist zunächst auf die Regelungen von Bund und Kantonen. Diese werden gegebenenfalls in ihren jeweiligen Einführungsgesetzen die Sprache bestimmen. So können die Kantone für sprachlich gemischte Regionen und Gerichtsbezirke besondere Regeln vorsehen, wie sie heute bereits etwa in den Kantonen Bern, Freiburg oder Wallis bestehen. Für die Verfahren vor den Strafbehörden des Bundes liegt es nahe, an die Regelungen im Bundesstrafprozess (*Art. 97 Abs. 1 BStP*) und im Bundesgerichtsgesetz (*Art. 54 Abs. 1 BGG*<sup>212</sup>) anzuknüpfen.

Nach dem Vorbild der meisten schweizerischen Prozessgesetze ordnet *Artikel 66 Absatz 1* an, dass bei Verhandlungen mit Verfahrensbeteiligten, welche der Verfahrenssprache nicht mächtig sind, eine Übersetzerin oder ein Übersetzer<sup>213</sup> beigezogen werden muss. Nach dem zweiten Satz kann in *einfachen Fällen* (z.B. soll in einem Übertretungsstrafverfahren ein fremdsprachiger Zeuge einvernommen werden) und in dringenden Fällen auf den Beizug einer Dolmetscherin oder eines Dolmetschers verzichtet werden, wenn die Verfahrensleitung und die protokollführende Person die betreffende Sprache ausreichend beherrscht. Von dieser Ausnahmeregelung sollte nur mit Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden.

*Absatz 2* verweist auf die besonderen Ansprüche der beschuldigten Personen, die sich im Wesentlichen aus *Artikel 32 Absatz 2 BV*, *Artikel 6 Absatz 3 Buchstaben a und e EMRK* sowie aus *Artikel 14 Absatz 3 Buchstaben a und f IPBPR* und der darauf basierenden Praxis ergeben<sup>214</sup>. Sie haben zunächst Anspruch darauf, dass ihnen unverzüglich und detailliert in einer ihnen verständlichen Sprache die gegen sie erhobenen Deliktswürfe vorgehalten werden. Im Weiteren haben sie Anspruch auf Übersetzung jener Verfahrensvorgänge, auf deren Verständnis sie angewiesen sind, um ihnen ein faires Verfahren zu gewährleisten. Dazu gehören grundsätzliche Informationen wie die Orientierung über den wesentlichen Inhalt von Zeugenaussagen, Gutachten und anderen erheblichen Beweismitteln, der Anklage, der Parteivorträge mit den Hauptanträgen sowie des Wortlauts des Dispositivs und allenfalls wesentlicher Teile des gefällten Entscheids. Die Bestimmung gibt aber im zweiten Satz auch ausdrücklich die Gerichtspraxis wieder, wonach kein Anspruch besteht, dass die Gesamtheit der behördlichen und privaten Verfahrenshandlungen oder, bei der anwaltlich vertretenen beschuldigten Person, das gesamte Urteil übersetzt werde.

*Absatz 4* erweitert die Regelung des heutigen *Artikel 6 Absatz 3* des Opferhilfegesetzes vom 4. Oktober 1991 (OHG)<sup>215</sup>. Das Opfer einer Straftat gegen die sexuelle Integrität kann nicht nur in Bezug auf die einvernehmende Person, sondern grundsätzlich auch in Bezug auf die für die Übersetzung beigezogene Person verlangen, dass diese gleichen Geschlechts ist wie das Opfer.

<sup>212</sup> BBl 2005 4045

<sup>213</sup> Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung verzichtet der Entwurf auf eine Unterscheidung zwischen Dolmetscher (mündlich) und Übersetzer (schriftlich) und spricht generell von Übersetzern und vom Übersetzen.

<sup>214</sup> Hierzu Aus 29 mach I, S. 96 f.

<sup>215</sup> SR 312.5. Art. 6 Abs. 3 wird seinerseits in Art. 152 Abs. 1 E-StPO überführt.

*Absatz 5* schliesslich verweist für die Übersetzerinnen und Übersetzer auf die Vorschriften über die Sachverständigen. Namentlich gelten für sie Geheimhaltungspflichten (Art. 71, 181 Abs. 2 Bst.e), sie haben grundsätzlich die Stellung von Verfahrensbeteiligten (Art. 103), für sie gelten die Ausstandsvorschriften von Artikel 54 (Art. 180 Abs. 3), und die vorsätzlich falsche Übersetzung ist mit Strafe bedroht (Art. 181 Abs. 2 Bst. f).

## 2.2.8.2                    2. Abschnitt: Öffentlichkeit (Art. 67–70)

### *Art. 67*                    Grundsätze

Diese Bestimmung verankert in *Absatz 1* die in den Artikeln 30 Absatz 3 BV, 6 Absatz 1 EMRK und 14 Absatz 1 IPBPR enthaltene Garantie der *Publikumsöffentlichkeit* in der vereinheitlichten Strafprozessordnung. Nicht nur die in ein Strafverfahren involvierten Verfahrensbeteiligten, sondern auch das an sich unbeteiligte Publikum kann grundsätzlich an den Gerichtsverhandlungen teilnehmen. Der Begriff «Verhandlungen» impliziert im Übrigen ein mündliches Verfahren; ein solches ist nach diesem Entwurf für das erstinstanzliche Gericht ausnahmslos (Art. 336 ff.), für die Berufungsinstanz dagegen mit gewissen Einschränkungen vorgesehen (Art. 412 und 413).

*Absatz 2* zählt die Fälle auf, in denen das Strafverfahren nicht publikumsöffentlich ist. Die separate Nennung des Verfahrens vor dem Zwangsmassnahmengericht in *Buchstabe b* soll klarstellen, dass diese Verfahren auch dann nicht öffentlich sind, wenn eine mündliche Verhandlung stattfindet (vgl. Art. 224 Abs. 1, Art. 226 Abs. 6). Die Regelung ist mit den Vorgaben des eingangs erwähnten höherrangigen Rechts vereinbar, da das Zwangsmassnahmengericht im Gegensatz zum erst- oder zweitinstanzlichen Strafgericht nicht über eine strafrechtliche Anklage (etwa im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK) entscheidet. Dasselbe gilt für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz (*Bst. c*). Im Berufungsverfahren kann es dagegen je nach den Umständen angezeigt sein, publikumsöffentlich zu verhandeln; Buchstabe c zweiter Teilsatz ist deshalb offen formuliert («soweit es schriftlich durchgeführt wird»; vgl. Art. 413). *Buchstabe d* schliesslich erklärt das Strafbefehlsverfahren für nicht öffentlich. Zwar geht es hier durchaus um die Beurteilung einer strafrechtlichen Anklage; den Anforderungen des höherrangigen Rechts ist jedoch Genüge getan, wenn die betroffene Person die Möglichkeit hat, den im Strafbefehlsverfahren ergangenen Entscheid an ein Gericht weiterzuziehen<sup>216</sup>.

*Absatz 4* versucht bei nicht öffentlichen Verfahren den berechtigten Informationsansprüchen Dritter dadurch entgegenzukommen, dass die in einem schriftlichen oder jedenfalls nicht öffentlichen Verfahren gefällte Entscheide eingesehen werden können. Diese Regelung setzt die Rechtsprechung um, wonach bei Verzicht auf eine öffentliche Urteilsverkündung dem Publikum das Urteil auf andere Weise zur Kenntnis zu bringen ist, beispielsweise durch Auflage in der Gerichtskanzlei<sup>217</sup>. Ein eigentlicher Interessennachweis ist für die Einsichtnahme nicht erforderlich.

<sup>216</sup> BGE 124 IV 238

<sup>217</sup> Siehe auch dazu BGE 124 IV 239 f.



Erfasst sind in *Absatz 1* neben den Mitgliedern der Strafbehörden und ihren Hilfspersonen auch von den Strafbehörden eingesetzte Sachverständige (nicht aber die von den Parteien als Privatgutachter angerufenen). Die Geheimhaltungspflicht gilt auch für Übersetzerinnen und Übersetzer, weil diese den gleichen Bestimmungen wie die Sachverständigen unterstehen (vgl. Art. 66 Abs. 5). *Absatz 2* ist trotz der Bestimmung von Art. 293 StGB, der die Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen und Untersuchungen unter Strafe stellt, erforderlich. Denn Art. 293 StGB setzt voraus, dass Geheimnisse «an die Öffentlichkeit» gebracht werden, mithin einem grösseren Personenkreis bekannt gemacht werden, erfasst die Weitergabe geheimer Tatsachen unter einzelnen Personen jedoch nicht. *Absatz 2* schliesst diese Lücke und ermöglicht es, auch andere Verfahrensbeteiligte (Art. 103) und deren Rechtsbeistände im Interesse der Strafverfolgung oder zum Schutze privater Interessen zur Geheimhaltung zu verpflichten. Für Zeuginnen und Zeugen wird diese Möglichkeit der Verpflichtung zur Geheimhaltung in Artikel 162 wiederholt. Allerdings ist dort nicht die Verfahrensleitung, sondern die einvernehmende Behörde zuständig, so dass auch die Polizei – sofern die Voraussetzungen nach Artikel 140 Absatz 2 erfüllt sind – die Verpflichtung zur Geheimhaltung anordnen kann. Im Rahmen einer Überwachung von Bankbeziehungen (Art. 283) besteht insofern eine Sonderregelung, als das Zwangsmassnahmengericht – und nicht die Verfahrensleitung – die Geheimhaltungspflicht gegenüber Banken und bankähnlichen Instituten anzuordnen hat (Art. 284 Abs. 1 Bst. b). Medien dagegen können nicht nach Absatz 2 zur Geheimhaltung verpflichtet werden. Für sie ergibt sich das Verbot der Veröffentlichung von Tatsachen aus nicht öffentlichen Verfahren (vgl. Art. 67 Abs. 2) aus Art. 293 StGB.

#### *Art. 72*            Orientierung der Öffentlichkeit

*Absatz 1* regelt die *Ausnahmen von der Geheimhaltungspflicht*. Sie entsprechen im Grossen und Ganzen den Regelungen, die in den geltenden schweizerischen Prozessgesetzen üblich sind. Zuständig für die Orientierung sind die Staatsanwaltschaft und die Gerichte, mit deren Einverständnis auch die Polizei. Letztere kann überdies von sich aus Routinemeldungen über Unglücksfälle und Straftaten veröffentlichen (*Abs. 2*).

*Absatz 3* stellt gewisse Richtlinien hinsichtlich Art und Inhalt der Orientierung auf. Die Strafbehörden haben insbesondere die Unschuldsvermutung zu beachten, d.h. sie haben sich vorverurteilender Schuldzuweisungen zu enthalten. Aus dem Gebot der Achtung der Persönlichkeitsrechte der Beteiligten folgt unter anderem, dass nur jene Informationen publik zu machen sind, die notwendig sind, um das mit der Orientierung anvisierte Ziel gemäss Absatz 1 zu erreichen.

*Absatz 4* übernimmt Artikel 5 Absatz 2 OHG, mit zwei inhaltlichen Änderungen: zunächst wird die Veröffentlichung der Identität des Opfers ausdrücklich erweitert um die Veröffentlichung von Informationen, die auf seine Identifizierung schliessen lassen; die Zustimmung des Opfers zur Veröffentlichung wird ergänzt durch die Zustimmung seiner hinterbliebenen Angehörigen<sup>219</sup>.

<sup>219</sup> Beide Änderungen gehen zurück auf Vorschläge der Expertenkommission Revision OHG; sie wurden im Vernehmlassungsverfahren positiv aufgenommen (vgl. Vernehmlassungsbericht S. 29).

#### Art. 73 Mitteilung an andere Behörden

Die Geheimhaltungspflicht nach Artikel 71 schliesst nicht nur Mitteilungen an Private, sondern grundsätzlich auch an andere Behörden aus. *Artikel 73* sieht jedoch verschiedene Ausnahmen vor, in denen, falls sachlich begründet, andere Behörden über hängige Strafverfahren zu orientieren sind. Die Regelung ist nicht abschliessend; weitere Rechte und Pflichten zur Orientierung von Behörden finden sich in der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung, so beispielsweise in Artikel 351 oder 368 nStGB<sup>220</sup> oder im kantonalen Recht in Form von Mitteilungen der Strafbehörden an die zuständige Aufsichtsbehörde, etwa bei Straftaten von Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälten, Ärztinnen oder Ärzten, Beamtinnen oder Beamten, Studierenden usw. (*Absatz 4*).

*Absatz 2* verpflichtet die Strafbehörden, die sozial- und vormundschaftlichen Behörden zu informieren, wenn dies zum Schutz von beschuldigten oder geschädigten Personen erforderlich ist.

*Absatz 3* übernimmt die Regelung von Artikel 363 nStGB, mit der Präzisierung, dass die Informationspflicht generell bei Straftaten besteht, an denen Unmündige *beteiligt* sind.

### 2.2.8.4 4. Abschnitt: Protokolle (Art. 74–77)

Im Strafverfahren gilt die *Dokumentationspflicht*: Alle nicht schriftlichen Verfahrenshandlungen der Strafbehörden und der Parteien sind zu protokollieren. Dieser Dokumentationspflicht, verbunden mit der Pflicht zur Anlage geordneter Aktendossiers (Art. 98), kommt grosse Bedeutung zu. Sie hat einerseits Gedächtnis- oder Perpetuierungsfunktion, d.h. die prozessualen Vorgänge werden für spätere Verfahrensstufen, namentlich die Urteilsfällung sowie das Rechtsmittelverfahren, festgehalten. Sie hat andererseits aber auch Garantiewirkung, indem später festgestellt werden kann, ob die prozessualen Regeln und Formen eingehalten worden sind.

Die in den Artikeln 74–77 vorgeschlagene Regelung beruht auf der Überzeugung, dass zu einer wirksamen Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts auch einheitliche Protokollierungsvorschriften gehören. In den geltenden kantonalen Vorschriften und mehr noch in der Art und Weise, wie diese in der Praxis gehandhabt werden, bestehen grosse Unterschiede. Der Entwurf präsentiert daher eine relativ detaillierte Regelung. Um der im Vernehmlassungsverfahren geäusserten Kritik Rechnung zu tragen<sup>221</sup>, wurden die Bestimmungen allerdings möglichst gestrafft und systematisch vereinfacht.

#### Art. 74 Allgemeine Bestimmungen

*Absatz 1* dieser Bestimmung stellt den Grundsatz der Dokumentations- oder *Protokollierungspflicht* auf. Die Pflicht gilt auf allen Verfahrensstufen, also auch im polizeilichen Ermittlungsverfahren.

<sup>220</sup> BBl 2002 8240

<sup>221</sup> Vgl. Vernehmlassungsbericht S. 29.

Die *Absätze 2 und 3* legen die Verantwortlichkeiten der Protokollführung fest.

*Absatz 4* lässt allgemein zu, dass Verfahrenshandlungen (und damit auch die in Artikel 76 geregelten Einvernahmen) mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden. Diese sollen die schriftlichen Protokollierungen aber nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Am Grundsatz, dass die Verfahrensakte im Prinzip schriftlich sind, soll also festgehalten werden.

#### *Art. 76* Einvernahmeprotokolle

Die Protokollierung erfolgt nach *Absatz 2* grundsätzlich in der Verfahrenssprache, das heisst in der Amtssprache. Als generelle Ausnahme ist zunächst an Artikel 65 Absatz 2 zweiter Teilsatz zu erinnern. Ausserdem kann die Verfahrensleitung anordnen, dass zentrale Aussagen, bei denen die Originalaussage wesentlich ist, nicht nur in der übersetzten Fassung, sondern auch im Original protokolliert werden. Dieses Vorgehen dürfte allerdings nur bei geläufigeren Fremdsprachen wie Französisch, Italienisch, Englisch oder Spanisch praktikabel sein. Es ist zudem jederzeit möglich (und erwünscht), dass Aussagen im Dialekt in wesentlichen Passagen in der Dialektversion protokolliert werden.

*Absatz 3* knüpft an die in den meisten schweizerischen Prozessordnungen übliche Praxis an, wonach – anders als in anderen Rechtsordnungen wie z.B. der anglo-amerikanischen – Fragen und Antworten grundsätzlich nicht wortwörtlich, sondern auch unter Weglassung der Frage nur die Antwort oder zusammenfassend mehrere Antworten protokolliert werden. Diese Praxis, die mit der Übersichtlichkeit der Protokolle begründet werden kann, ist zwar nicht unproblematisch, da sie die Aussagen verfälschen kann; die vorgeschlagene Regelung beschränkt sich aber darauf, die Strafbehörden zu verpflichten, bei entscheidenden Punkten Fragen und Antworten wörtlich zu protokollieren. Die nähere Ausgestaltung dieser Verpflichtung muss weiterhin der Praxis überlassen bleiben.

### **2.2.8.5** 5. Abschnitt: Entscheide (Art. 78–81)

Jede Strafprozessordnung muss Vorschriften darüber enthalten, in welchen Formen Strafverfahren abzuschliessen sind. Diese Regeln finden sich in den Artikeln 78–81.

#### *Art. 78* Form

Der in den deutschsprachigen Kantonen üblichen Terminologie folgend wird «*Entscheidung*» als Oberbegriff für alle behördlichen Entscheidungen verwendet, deren Gegenstand eine materiell-rechtliche oder eine formell-rechtliche Frage ist (französisch: *prononcé*; italienisch *decisione*). Wird über eine materiell-rechtliche Frage, also insbesondere die Prozesssache selbst, entschieden, so spricht man von einem *Urteil* (*jugement/sentenza*). Alle übrigen Entscheide (End- und Zwischenentscheide) ergehen in Form eines *Beschlusses* (*décision/ordinanza*), wenn sie von einer Kollektivbehörde, in Form einer *Verfügung* (*ordonnance/decreto*), wenn sie von einer einzigen Person gefällt werden.

*Absätze 2 und 3* enthalten einige Prinzipien, die bei Entscheiden generell zu beachten sind. Die Formvorschriften von Absatz 2 werden in Absatz 3 gelockert. Wird z.B. während der Hauptverhandlung die Einvernahme eines weiteren Zeugen abge-

lehnt, kann dieser Entscheid summarisch begründet und mündlich eröffnet werden. Vereinfachte Formen sind in solchen Fällen vertretbar, zumal die im verfahrensleitenden Entscheid behandelte Frage regelmässig mit dem gegen den Endentscheid zulässigen Rechtsmittel überprüft werden kann.

#### *Art. 79*            Inhalt der Endentscheide

Artikel 79 will einen einheitlichen Inhalt von Endentscheiden erreichen und listet relativ detailliert die Bestandteile auf, die dieser aufzuweisen hat.

#### *Art. 80*            Einschränkungen der Begründungspflicht

Das grundrechtlich verankerte Recht auf Begründung von Urteilen gilt in dem Sinn nicht absolut, als die Verfahrensbeteiligten unter Umständen darauf verzichten können. Verschiedene eidgenössische und kantonale Prozessordnungen haben denn auch aus verfahrensökonomischen Gründen die Möglichkeit geschaffen, in einfacheren Fällen auf die Begründung von Urteilen zu verzichten, wenn die Parteien nicht ausdrücklich eine solche verlangen. Artikel 80 knüpft an diese bewährten Regelungen an: Ein Verzicht soll unter den in *Absatz 1* aufgezählten, kumulativ geltenden Voraussetzungen möglich sein. Eine zusätzliche Einschränkung enthält *Absatz 2*: Den kantonalen Mustern folgend ist nachträglich ein begründetes Urteil zuzustellen, wenn dies innert Frist von einer Partei verlangt oder wenn ein Rechtsmittel eingelegt wird. Da die Berufungsfrist mit der Aushändigung des Dispositivs zu laufen beginnt (Art. 392 Bst. a), wird im Hauptfall der Berufung mit der Zustellung des begründeten Urteils keine neue Frist ausgelöst. In Fällen von Bundesgerichtsbarkeit, bei denen die Staatsanwaltschaft des Bundes Rechtsmittel einlegen kann (Art. 389 Abs. 4), ist ihr als Partei ebenfalls ein (die Berufungsfrist auslösendes) Dispositiv zuzustellen; sie kann somit auch ein vollständig begründetes Urteil verlangen. Damit wird Artikel 267 Absätze 2 und 3 BStP hinfällig.

Auch *Absatz 4* dient der Prozessökonomie und erlaubt den Rechtsmittelinstanzen, auf die Begründung der Vorinstanz zu verweisen, wenn sie dieser beipflichten.

#### *Art. 81*            Erläuterung und Berichtigung von Entscheiden

Entscheide können unklar, unvollständig oder widersprüchlich sein. Um solche Mängel auf relativ einfache Art und Weise ausserhalb von Rechtsmittelverfahren zu beseitigen, sehen die Prozessordnungen i.d.R. den Rechtsbehelf der Erläuterung und Berichtigung vor. Artikel 81 übernimmt diese bewährte Einrichtung.

### **2.2.8.6            6. Abschnitt: Eröffnung der Entscheide und Zustellung (Art. 82–86)**

Die vorgeschlagenen Bestimmungen entsprechen im Grosse und Ganzen den Regelungen in den bisherigen schweizerischen Verfahrensrechten.

*Artikel 82 Absatz 4* stellt eine Konkretisierung des Beschleunigungsgebotes (Art. 5) dar: Begründete Urteile sind normalerweise innert 60 Tagen, ausnahmsweise innert 90 Tagen zuzustellen. Die Ausnahme rechtfertigt sich nur in Straffällen von ausserordentlicher Komplexität. Da Absatz 4 nur von Urteilen spricht, erübrigt sich ein

Vorbehalt zu Gunsten kürzerer Fristen, wie sie insbesondere für Haftentscheide gelten (vgl. Art. 225 Abs. 1, 226 Abs. 5, 227 Abs. 4).

*Artikel 84* sieht die Möglichkeit der Zustellung mittels elektronischer Post vor. Die Regelung entspricht Artikel 60 Absatz 3 BGG. Erforderlich ist das vorgängige Einverständnis der von der Zustellung betroffenen Person. Diese Zustimmung beschränkt sich grundsätzlich auf das hängige Verfahren, sie kann aber auch in genereller Weise erfolgen, so zum Beispiel bei Anwältinnen und Anwälten, welche regelmässig mit den Strafbehörden verkehren. Die Regelung der Einzelheiten betreffend die elektronische Zustellung obliegt dem Bundesrat (Art. 463). Es wird, wie für die Eingaben nach Artikel 108 Absatz 2, namentlich darum gehen, das Format des zuzustellenden elektronischen Dokuments zu bestimmen.

Bei *Artikel 85* ist *Absatz 2* hervorzuheben: Verfahrensbeteiligte Personen, die im Ausland wohnen, müssen in der Schweiz ein Zustellungsdomizil bezeichnen, an das rechtsgültig Zustellungen erfolgen können. Diese Vorschrift, die vielen Kantonen bisher nicht bekannt war, soll den Schwierigkeiten begegnen, Personen im Ausland mit Zustellungen zu bedienen. Demselben Zweck dient im Übrigen auch *Absatz 4*.

Zu *Artikel 86 Absatz 4* ist zu bemerken, dass Einstellungsverfügungen und Strafbefehle auch ohne Veröffentlichung als zugestellt gelten, sobald eine der in Absatz 1 Buchstabe a bis c genannten Voraussetzungen feststeht.

## **2.2.8.7                    7. Abschnitt: Fristen und Termine (Art. 87–92)**

In diesen Bestimmungen geht es um Fristen und Verhandlungstermine, die Berechnung der Fristen sowie deren Einhaltung und Erstreckung. Ferner werden Säumnis und Säumnisfolgen sowie die Wiederherstellung versäumter Fristen und verpasster Verhandlungen geregelt. Die vorgeschlagenen Regeln entsprechen auch hier im Wesentlichen den geltenden Prozessordnungen und bedürfen deshalb keiner eingehenden Erläuterung. *Artikel 89 Absatz 3* (Frist bei elektronischer Übermittlung) entspricht Artikel 48 Absatz 2 BGG. Die Voraussetzungen für die elektronische Übermittlung werden in Artikel 108 Absatz 2 geregelt.

Bei der *Wiederherstellung nach Artikel 92* (auch «Reinigung», «Restitution», «Wiedereinsetzung in den vorigen Stand» genannt) ist zu entscheiden, ob sie nur bei gänzlich unverschuldeter Säumnis oder auch bei leichter Fahrlässigkeit zu gewähren ist. Der Entwurf schlägt vor, die Wiederherstellung bei gesetzlichen und richterlichen Fristen derjenigen Partei zu gewähren, die glaubhaft macht, dass sie und ihren Rechtsvertreter kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (*Abs. 1*). Zuständig zur Behandlung von Wiederherstellungsgesuchen ist jene Behörde, die im Falle der Beachtung der Frist für die Behandlung der Sache zuständig gewesen wäre. Bei Rechtsmittelfristen sind dies die Rechtsmittelbehörden; bei der Einsprache im Strafbefehlsverfahren sind es die Staatsanwaltschaft bzw. Übertretungsstrafbehörden, weil sie sich nach erfolgter Einsprache wieder mit dem Straffall zu befassen haben.

Gemäss Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz; DSG)<sup>222</sup> findet das Datenschutzgesetz keine Anwendung auf hängige Verfahren; Gleiches gilt auf der Stufe der Kantone. Dennoch enthalten die meisten kantonalen Strafprozessordnungen keine allgemeinen Grundsätze zur Datenbearbeitung; Datenbearbeitung und -schutz werden vielmehr durch Einzelbestimmungen geregelt, etwa betreffend die Mitteilungspflichten im Anschluss an geheime Zwangsmassnahmen, das Akteneinsichtsrecht oder den Grundsatz des geheimen Vorverfahrens. Dadurch werden aber in erster Linie die Interessen der beschuldigten Person angemessen gewahrt. Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass eine moderne Strafverfolgung vor allem in der Fahndungsphase nicht ohne die Bearbeitung von Informationen über Personen auskommt, welche auch später nicht als Parteien im Verfahren erscheinen.

Aus diesem Grund sind in der Schweizerischen Strafprozessordnung gewisse grundlegende Prinzipien festzuhalten, ohne dass indessen eine eingehende Regelung erlassen werden soll, wie sie beispielsweise das deutsche Recht in §§ 98a ff. dtStPO kennt.

Die vorgeschlagene Regelung entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Artikel 29<sup>bis</sup> des Bundesstrafprozesses (BStP).

*Art. 93* Beschaffung von Personendaten

*Absatz 1* entspricht Artikel 29<sup>bis</sup> Absatz 2 BStP; *Absatz 2* dessen Absatz 3.

*Art. 94* Bekanntgabe und Verwendung bei hängigem Strafverfahren

*Absatz 1* statuiert ein blosses Recht zur Bekannt- und Weitergabe von Daten und entspricht Artikel 29<sup>bis</sup> Absatz 4 BStP. *Absatz 2* regelt die von der Bundesanwaltschaft einerseits und dem Bundesamt für Polizei andererseits kontrovers beurteilte Frage, in welchem Verhältnis die Auskunftspflicht gemäss der Bundesgesetzgebung über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und die Auskunftsberechtigung gemäss Bundesstrafprozess zueinander stehen. Nunmehr ist klargestellt, dass die Auskunftspflichten auch für die Strafbehörden gelten.

*Art. 95* Auskunftsrechte bei hängigem Verfahren

Diese Bestimmung legt fest, unter welchen Voraussetzungen eine Strafbehörde jemandem bei hängigem Verfahren auf Anfrage Auskunft darüber geben muss, ob ihn oder sie betreffende Personendaten bearbeitet worden sind. Gegenüber der bisherigen Regelung von Artikel 102<sup>bis</sup> BStP in Verfahren der Bundesgerichtsbarkeit wird das Auskunftsrecht im Interesse einer wirksamen Strafverfolgung eingeschränkt: Es können nicht mehr alle Personen Auskunft verlangen, sondern nur noch die Parteien und die anderen Verfahrensbeteiligten im Sinne von Artikel 103. Wie weit die Strafbehörden jemanden von sich aus über die Bearbeitung von Personendaten informieren müssen, ergibt sich aus Artikel 93 Absatz 2 und aus den Bestimmungen über Mitteilungspflichten bei einzelnen (geheimen) Zwangsmassnahmen.

Die Begriffe «Personendaten» und «bearbeiten» sind entsprechend der Definition in Artikel 3 Buchstabe a bzw. e DSG zu verstehen.

Die Auskunft umfasst Angaben, welche Personendaten wie und von wem bearbeitet worden sind. Sie kann entweder durch Gewährung der Einsicht in die entsprechenden Akten oder durch eine Beantwortung ohne Vorlage von Akten erfolgen. Entscheidend ist, dass durch die Auskunftserteilung die Schranken des Akteneinsichtsrechts nicht umgangen werden.

#### *Art. 96* Berichtigung von Daten

Grundlage dieser Bestimmung bildet das in Artikel 5 DSG statuierte Prinzip, dass für die Richtigkeit von Personendaten zu sorgen hat, wer solche bearbeitet, und dass jede betroffene Person die Berichtigung unrichtiger Daten verlangen kann. Als Besonderheit in einem Strafverfahren ist allerdings zu beachten, dass sich hier mitunter nicht zweifelsfrei über Richtigkeit oder Unrichtigkeit von Daten wird entscheiden lassen. Vielmehr kann es gerade (auch) Aufgabe und Zweck des Verfahrens sein, diese Frage zu klären. *Absatz 1* ist deshalb so zu verstehen, dass nur Personendaten berichtigt werden, deren Unrichtigkeit ohne Zweifel feststeht.

Aus dem soeben dargelegten Umstand, dass sich im Strafverfahren manchmal der Streit gerade um die Richtigkeit von Daten dreht, und angesichts der Tatsache, dass das Strafverfahren anders als etwa Artikel 25 Absätze 2–4 DSG kein separates Verfahren vorsieht, in welchem die Richtigkeit von Daten festgestellt werden kann, sieht *Absatz 2* von einer Benachrichtigungspflicht im Falle der Bestreitung der Richtigkeit von Daten ab. Hätten die Strafbehörden die Pflicht, die Bestreitung der Richtigkeit von Daten stets unverzüglich andern Behörden mitzuteilen, könnten sich daraus erhebliche praktische Schwierigkeiten ergeben.

Soweit nach Abschluss des Verfahrens sich die Daten als unrichtig erweisen oder die betroffene Person die Richtigkeit von Daten bestreitet, richten sich das Verfahren und die sich daraus ergebenden Ansprüche nach dem anwendbaren Datenschutzrecht von Bund und Kantonen (vgl. Art. 97).

#### *Art. 97* Bearbeitung und Aufbewahrung von Personendaten nach Abschluss des Verfahrens

*Absatz 1* bildet gewissermassen das Gegenstück zur Regel in den Datenschutzerlassen, wonach diese auf hängige Strafverfahren keine Anwendung finden. Es finden nicht nur die Regeln über die Auskunftsrechte, sondern alle Datenschutzbestimmungen der Datenschutzerlasse von Bund und Kantonen Anwendung, namentlich jene über die Datenbearbeitung und über das Verfahren und den Rechtsschutz.

*Absatz 2*: In einem Strafverfahren erhobene Daten müssen stets Eingang in die Akten finden, denn die Anlegung von «Schattendossiers» ist unzulässig. Ausnahmen bestehen nur für erkennungsdienstliche Unterlagen und DNA-Profile. Diese können ausserhalb des Aktendossiers aufbewahrt werden (vgl. Art. 260 bzw. Art. 258 i.V.m. Art. 10–13 des DNA-Profil-Gesetzes vom 20. Juni 2003<sup>223</sup>), und für sie gelten besondere Lösungsfristen (vgl. Art. 260 bzw. Art. 258 i.V.m. Art. 16 und 17 DNA-Profil-Gesetz). Für andere Daten ergibt sich die Aufbewahrungsdauer der erhobenen Daten aus jener für die gesamten Akten.

Mit dem Vorbehalt zu Gunsten des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1994<sup>224</sup> über kriminalpolizeiliche Zentralstellen des Bundes (ZentG) in *Absatz 3* wird die unter geltendem Recht strittige Frage beantwortet, ob die Vorschriften betreffend Bearbeitung, Aufbewahrung und Information des ZentG oder die Vorschriften des Verfahrensrechts (insbes. Art. 29<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes vom 15. Juni 1934<sup>225</sup> über die Bundesstrafrechtspflege) vorgehen.

### 2.2.8.9

### 9. Abschnitt: Aktenführung, Akteneinsicht und Aktenaufbewahrung (Art. 98–101)

#### Art. 98 Aktenführung

In allen Strafverfahren ist ein Aktendossier zu erstellen. Dieses muss neben den Verfahrens- und Einvernahmeprotokollen alle Schriftstücke und weiteren Sachbeweise enthalten, welche zu den Akten genommen werden. Das Dossier muss systematisch geordnet sein, wozu nicht unbedingt eine chronologische Einordnung notwendig ist. Namentlich in umfangreicheren Straffällen, vor allem solchen mit mehreren Straftaten, kann eine andere Systematik sinnvoller sein.

*Absatz 2:* Zu einer geordneten Anlage eines Aktendossiers gehört ein Verzeichnis, welches einen raschen Überblick über den Inhalt des Dossiers ermöglicht und zur Kontrolle der vorhandenen Dokumente unerlässlich ist, insbesondere wenn die Akten zur Einsichtnahme ausgehändigt werden. Von der Erstellung eines derartigen Verzeichnisses soll nur in einfachen Fällen mit wenigen Aktenstücken abgesehen werden. Hier genügt die chronologische Einordnung der einzelnen Akten.

#### Art. 99 Akteneinsicht bei hängigem Verfahren

Das Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten in einem hängigen Verfahren ist Bestandteil des von Artikel 29 Absatz 2 BV gewährten Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die in älteren Strafprozessordnungen zu findende Regelung, wonach ein Anspruch auf Akteneinsicht grundsätzlich erst nach Abschluss der Untersuchung besteht<sup>226</sup>, steht nicht mehr im Einklang mit zeitgemässen Auffassungen über die Verfahrensrechte der Parteien. Neuere Strafprozessordnungen lassen die Akteneinsicht denn auch zu, wenn der Untersuchungszweck dadurch nicht gefährdet wird.

*Absatz 1* umschreibt den Zeitpunkt des Akteneinsichtsrechts etwas genauer. Konkret bedeutet dies beispielsweise in einem Fall von Vergewaltigung, dass die Akteneinsicht zu gewähren ist, wenn der Beschuldigte und das Opfer von der Staatsanwaltschaft einvernommen worden sind. Weil beschuldigte Personen und ihre Verteidigung bei Zeugeneinvernahmen anwesend sein und Ergänzungsfragen stellen können, kann es sich in Fällen wie dem erwähnten allerdings empfehlen, der Verteidigung schon vor der Einvernahme des Opfers Akteneinsicht zu gewähren. Ohne Aktenkenntnis kann das Recht auf Ergänzungsfragen oft nur schwer ausgeübt werden. Folge fehlender Akteneinsicht kann deshalb nicht selten die Notwendigkeit einer weiteren Zeugeneinvernahme sein, was weder der Prozessökonomie noch dem

<sup>224</sup> SR 360

<sup>225</sup> SR 312.0

<sup>226</sup> So etwa Art. 119 Abs. 2 BStP.

Opferschutz dient. Zu beachten ist sodann, dass im Haftverfahren die uneingeschränkte Einsicht in die dem Zwangsmassnahmengericht vorliegenden Akten besteht (Art. 224 Abs. 2).

Die Einsichtnahme anderer Behörden (*Abs. 2*) oder Dritter (*Abs. 3*) setzt eine Interessenabwägung voraus. Zu gewichten sind insbesondere das öffentliche Interesse an einer raschen und ungestörten Durchführung des Strafverfahrens.

#### *Art. 100* Vorgehen bei Begehren um Akteneinsicht

Wie sich aus der Zuständigkeit der Verfahrensleitung und aus der systematischen Stellung ergibt, gilt diese Bestimmung nur für die Akteneinsicht bei hängigem Verfahren.

*Absatz 1:* Je nach Situation sind verschiedene Vorkehrungen denkbar, um Missbräuche oder Verzögerungen zu verhindern und Geheimhaltungsinteressen zu schützen. So kann die Akteneinsicht etwa nur unter Aufsicht gewährt werden, um die Zerstörung von Aktenstücken zu verhindern, oder die Einsicht kann gegenüber Dritten oder andern Behörden zur Wahrung von Geheimhaltungsinteressen auf bestimmte Aktenstücke beschränkt werden.

*Absatz 2* übernimmt die weit verbreitete Regel, dass die Einsichtnahme üblicherweise am Sitz der Strafbehörde erfolgt und nur die Rechtsbeistände der Parteien und andere Behörden Anspruch auf Zustellung der Akten haben. Es hindert allerdings die Strafbehörde nichts daran, die Akten auch andern Personen (etwa den Parteien selber oder Rechtsbeiständen anderer Verfahrensbeteiligter) zukommen zu lassen. Andererseits kann auch vom Grundsatz der Zustellung an andere Behörden oder die Rechtsbeistände abgewichen werden, etwa in Fällen mit sehr umfangreichen Akten oder weil die Strafverfolgungsbehörde oder das Gericht die Akten gleichzeitig dringend benötigt (etwa in Haftfällen).

## **2.3 Titel: Parteien und andere Verfahrensbeteiligte**

### **2.3.1 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen**

#### **2.3.1.1 1. Abschnitt: Begriff und Stellung (Art. 102–106)**

#### *Art. 102* Parteien

Dem Vorschlag der Expertenkommission folgend, behält Artikel 102 den Begriff der Partei zunächst den privaten Hauptbeteiligten im Strafverfahren vor, also der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft (*Abs. 1 Bst. a und b*); im Haupt- und Rechtsmittelverfahren kommt die Parteistellung auch der Staatsanwaltschaft zu (*Bst. c*).

Der Begriff «Partei» umschreibt zwar die tatsächliche Stellung der am Strafverfahren beteiligten Akteure nur in unzureichender Weise; insbesondere sind die privaten Verfahrensbeteiligten nicht mit den Parteien in einem Zivilprozess vergleichbar, da ihnen die Parteiherrschaft fehlt. Wenn der Entwurf für die genannten Personen trotzdem durchgehend den Begriff der Partei verwendet, so geschieht dies vor allem

aus Gründen der begrifflichen und sprachlichen Vereinfachung<sup>227</sup>. Die Begriffswahl entspricht dem romanischen Sprachgebrauch, wo der Begriff der Partei, nicht aber jener der Verfahrensbeteiligten gebräuchlich ist.

*Absatz 2* knüpft an die bereits in einzelnen Kantonen vorhandenen Regelungen an, wonach beispielsweise die Fürsorge-, die Sozial- oder die Umweltschutzbehörden bei Delikten in den jeweiligen Bereichen Rechtsmittel einlegen können.

Im Zusammenhang mit Absatz 2 ist die Frage zu entscheiden, ob neben den Behörden auch Vereinigungen, die sich dem Schutz allgemeiner Interessen verpflichtet haben, Verfahrensrechte oder sogar Parteistellung zugestehen ist. Es sind dies beispielsweise Umwelt- oder Tierschutzverbände oder Organisationen, die sich dem Kampf gegen den Rassismus widmen. Die Frage war auch Gegenstand zweier parlamentarischer Vorstösse: In der Motion Schwaab vom 13. Juni 2000 war der Bundesrat eingeladen worden zu prüfen, ob antirassistischen Vereinigungen in Strafverfahren wegen Verletzung von Artikel 261<sup>bis</sup> StGB (Rassendiskriminierung) die Beschwerdelegitimation einzuräumen sei<sup>228</sup>; in die gleiche Richtung ging die Motion Mugny, mit der der Bundesrat u.a. beauftragt worden war, antirassistischen Vereinigungen und solchen, welche Opfer von Völkermord bzw. deren Verwandte vertreten, in Strafverfahren wegen Verletzung von Artikel 261<sup>bis</sup> Absatz 4 StGB (Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermord) die Stellung einer Privatklägerschaft zuzuerkennen<sup>229</sup>. – Der vorliegende Entwurf verzichtet darauf, Verbänden Parteistellung einzuräumen und damit Rechtsmittelmöglichkeiten zu gewähren. Wie der Bundesrat in seiner Stellungnahme zu den beiden Motionen ausgeführt hat, ist im Straf- und Strafprozessrecht, anders als in Rechtsgebieten, die eine Verbandslegitimation kennen (etwa im Bereich des unlauteren Wettbewerbs, Art. 10 UWG<sup>230</sup>) mit der Staatsanwaltschaft eine Behörde tätig, die allgemeine, überindividuelle Rechte zu wahren und den Strafanspruch von Amtes wegen durchzusetzen hat (vgl. Art. 7 und 16, oben Ziff. 2.1.2 und 2.2.1.2). Falls die Strafverfolgungsbehörden nicht aus eigenem Antrieb ein Verfahren eröffnen, kann jede Person und jede Personenvereinigung, die solche Delikte feststellt, Strafanzeige erstatten und damit eine Strafuntersuchung auslösen (Art. 300). Die Einführung von Verfahrensrechten für solche Verbände würde im Übrigen den im schweizerischen Strafverfahrensrecht herrschenden Grundsatz durchbrechen, dass als Parteien im Prinzip nur die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft und der verfolgende Staat zugelassen sind (Abs. 1). Die Zulassung weiterer Parteien hätte eine wesentliche Erschwerung des Verfahrens zur Folge, die mit den dadurch erzielten Vorteilen in einem Missverhältnis stünde.

#### *Art. 103*      Andere Verfahrensbeteiligte

Ausgehend von dem auf die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft beschränkten Parteibegriff listet Artikel 103 *Absatz 1* die übrigen privaten Personen auf, die im Strafprozess eine Rolle spielen können. An erster Stelle wird die geschädigte Person und damit auch das Opfer genannt (vgl. unten bei Art. 116). Im Ein-

<sup>227</sup> Vgl. dazu den Expertenbericht Aus 29 mach 1, S. 84: «Der in den heutigen Strafprozessgesetzen herrschende Wirrwarr von Parteibezeichnungen soll durch ein einheitliches Begriffssystem ersetzt werden».

<sup>228</sup> 00.3268

<sup>229</sup> 01.3288

<sup>230</sup> Zur Rechtsmittellegitimation solcher Berufsverbände und Interessenorganisationen als Strafantragsteller vgl. BGE 120 IV 154.

klung mit der heutigen Rechtslage spricht *Absatz 2* diesen Personen Parteirechte in dem Umfang zu, wie sie durch behördliche Verfahrenshandlungen betroffen sind und dies zur Wahrung ihrer Interessen notwendig ist.

Die Vorstellung der einzelnen Verfahrensbeteiligten sowie die Umschreibung ihrer jeweiligen Rechte und Pflichten bilden Gegenstand ausführlicher Regelung in verschiedenen Titeln des Gesetzes.

#### *Art. 105*            Anspruch auf rechtliches Gehör

*Artikel 105 Absatz 1* zählt die hauptsächlichen Bestandteile des rechtlichen Gehörs auf, wie sie der Sache nach heute in allen Prozessgesetzen enthalten sind. *Absatz 2* statuiert ausdrücklich die Pflicht der Strafbehörden, die rechtsunkundige, also in der Regel die nicht anwaltlich vertretene Partei auf ihre Rechte nach *Absatz 1* aufmerksam zu machen. Da allgemein von Strafbehörden die Rede ist, ist klargestellt, dass die Belehrung auch im polizeilichen Ermittlungsverfahren und im Rahmen eines Übertretungsstrafverfahrens erfolgen muss.

#### *Art. 106*            Einschränkung des rechtlichen Gehörs

*Artikel 106* regelt in *Absatz 1* die Voraussetzungen, unter denen eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs zulässig ist. In beiden Fällen umfasst die Einschränkung auch den Ausschluss einer am Verfahren beteiligten Person, die nicht Partei ist (vgl. *Art. 103 Abs. 2*).

Der erste Fall (*Bst. a*) ist der Rechtsmissbrauch. Die so motivierte Einschränkung ist zulässig, wenn ein begründeter Verdacht des Missbrauchs durch eine Partei oder ihren Rechtsbeistand vorliegt. Das in vielen geltenden Verfahrensgesetzen erwähnte, wenig fassbare «gefährdete Verfahrensinteresse» genügt somit allein nicht mehr, um das rechtliche Gehör vor allem in der Anfangsphase des Vorverfahrens einzuschränken. Der zweite Fall (*Bst. b*) betrifft die Sicherheit von Personen und die Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen. Es handelt sich hier um allgemeine Ausschlussgründe; besondere Schutzmassnahmen sind an anderer Stelle etwa im Zusammenhang mit der Öffentlichkeit der Verhandlungen in *Artikel 68* und der Durchführung von Einvernahmen von Zeuginnen und Zeugen usw. in den *Artikeln 146 ff.* vorgesehen und gehen dieser allgemeinen Schutzbestimmung nach *Buchstabe b* vor.

Die Ausnahmen von *Absatz 1* sind zurückhaltend und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes anzuwenden. *Absatz 3* verlangt daher, dass solche Beschränkungen nur für eine bestimmte Zeit, für einzelne Verfahrenshandlungen oder bezüglich einzelner Aktenstücke erlaubt werden. Häufig betrifft der Grund, der zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs führt, die Partei, nicht aber deren Rechtsbeistand. Enthält etwa ein psychiatrisches Gutachten vertrauliche Informationen über Drittpersonen, die nicht zur Kenntnis der untersuchten Person, also z.B. der beschuldigten Person, gelangen sollten, so ist es zwar sinnvoll, ihr die Einsichtnahme vorzuenthalten; es besteht jedoch kein Anlass, auch der Verteidigung die Einsichtnahme zu verweigern<sup>231</sup>. Einschränkungen gegenüber Rechtsbeiständen sind

<sup>231</sup> Zumal ihr nach *Art. 100 Abs. 1* die Weisung erteilt werden kann, der beschuldigten Person keinen Einblick in das Gutachten zu geben.

mit anderen Worten nur zulässig, wenn sich der Grund für die Beschränkung auch oder ausschliesslich auf sie persönlich bezieht (*Abs. 2*).

Musste das rechtliche Gehör eingeschränkt werden, so besteht Anspruch darauf, es nach Wegfall des Grundes in geeigneter Form nachzuholen, also im Regelfall die fraglichen Aktenstücke nachträglich einsehen zu können. Es ist auch denkbar, dass z.B. aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes gewisse Akten (z.B. ein Gutachten) während des gesamten Verfahrens nicht zur Verfügung gestellt werden können. In diesen Fällen darf auf das Beweismittel nur abgestellt werden, wenn es der Partei mindestens auszugsweise oder in den Schlussfolgerungen eröffnet wurde (*Abs. 4 und 5*).

### 2.3.1.2

## 2. Abschnitt: Verfahrenshandlungen der Parteien (Art. 107 und 108)

*Artikel 107 und 108* bilden das Gegenstück zu den Artikeln 64–101, welche die Verfahrenshandlungen der Strafbehörden regeln. Allerdings können die allgemeinen Regelungen kurz gehalten werden, da wesentliche Aspekte der Rolle der privaten Parteien und anderer am Strafverfahren beteiligter Personen an anderer Stelle normiert sind.

*Artikel 107* gewährt als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör den Parteien das Recht, mit Eingaben gestaltend auf das Strafverfahren einzuwirken.

*Artikel 108* hält fest, dass ohne abweichende gesetzliche Bestimmungen (etwa bzgl. der Einlegung von Rechtsmitteln, vgl. Art. 393 oder Art. 398 *Abs. 1*) für private Verfahrenshandlungen keine Formvorschriften bestehen. Eingaben können somit schriftlich (auch fernschriftlich) eingereicht oder mündlich zu Protokoll erklärt werden. Eine Verfahrensordnung, die grundsätzlich keinen Anwaltszwang<sup>232</sup> kennt, braucht diese Formfreiheit, damit auch rechtsunerfahrene Personen ihre Verfahrensrechte wahrnehmen können.

*Absatz 2* erlaubt sodann die elektronische Übermittlung von Eingaben. Dabei handelt es sich um eine Befugnis der Strafbehörden, nicht aber um eine Verpflichtung. Die Strafbehörden sind somit nicht gehalten, die entsprechende Infrastruktur für eine elektronische Kommunikation einzurichten. Für den Fall, dass sie es aber tun, legt *Absatz 2* die Voraussetzungen fest. Dabei folgt die Bestimmung der in *Artikel 42 Absatz 4 BGG* vorgesehenen Lösung. Die elektronisch übermittelten Eingaben müssen mit einer anerkannten elektronischen Signatur versehen sein. Ihre Vollständigkeit und Echtheit sind dadurch gewährleistet. Ebenfalls müssen sie in einem für die Strafbehörde lesbaren Format übermittelt werden. Da die Bestimmung des Formats der Übermittlung eine technische Frage ist, wird deren Regelung dem Bundesrat überlassen. Das Format wird so für alle Kantone identisch sein und mit demjenigen koordiniert werden können, welches das Bundesgericht wählen wird.

<sup>232</sup> Unten Ziff. 2.3.4.1.

## Art. 109 Begriff

Der Entwurf übernimmt den Vorschlag der Experten und verwendet zur sprachlichen Vereinfachung für die Person, gegen die sich das Strafverfahren richtet, während des gesamten Verfahrens bis zum Urteil durchwegs den Begriff der beschuldigten Person (französisch *prévenu*/italienisch *imputato*)<sup>233</sup>. Damit entfallen die in manchen Prozessordnungen anzutreffenden Differenzierungen, die je nach Stadium des Verfahrens eine unterschiedliche Terminologie verwenden: Wer in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt ist, gilt nach der hier vorgeschlagenen einheitlichen Terminologie als beschuldigte Person. Das Gesetz bezeichnet als beschuldigte Personen überdies grundsätzlich auch verurteilte Personen, solange ihre Verurteilung noch nicht rechtskräftig ist. Bei gewissen Bestimmungen ist jedoch zur Vermeidung von Missverständnissen von «verurteilten» und nicht von «beschuldigter Person» die Rede, auch wenn die Verurteilung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist<sup>234</sup>.

*Absatz 2* stellt klar, dass die Stellung der Beschuldigten auch jenen Personen zukommt, deren Strafverfahren zwar abgeschlossen ist, jedoch nach Artikel 324 (Wiederaufnahme der Voruntersuchung nach erfolgter Einstellung) sowie nach den Artikeln 417 ff. (Revision eines rechtskräftigen Urteils) erneut an die Hand genommen werden soll. Gegen diese Personen richtet sich bei Einleitung dieses Wiederaufnahme- bzw. Revisionsverfahrens kein Strafverfahren nach Absatz 1 mehr, so dass sie besonders zu erwähnen sind.

## Art. 110 Strafverfahren gegen Unternehmen

Strafrecht und Strafprozessrecht waren ursprünglich allein auf die Verantwortlichkeit der Einzelperson zugeschnitten. Juristische Personen waren gemäss dem Grundsatz *societas delinquere non potest* nicht strafbar und konnten demgemäss im Strafverfahren nicht als Beschuldigte auftreten.

Dieses Prinzip ist in jüngerer Vergangenheit auch im schweizerischen Strafrecht aufgegeben worden. Mit Artikel 102 nStGB<sup>235</sup> wurde unter dem Marginale «Verantwortlichkeit des Unternehmens» eine Strafbarkeit des Unternehmens für gewisses Fehlverhalten eingeführt. Dabei hatte sich der Bundesrat seinerzeit darauf beschränkt, eine Norm vorzuschlagen, die die Bedingungen umreisst, unter denen die Straftat eines Unternehmensangehörigen dem Unternehmen selbst zuzurechnen ist<sup>236</sup>. Die bundesrätlichen Vorschläge enthielten hingegen keine Bestimmungen, die den Besonderheiten des Verfahrens gegen Unternehmen Rechnung getragen hätten. Eine prozessuale Norm wurde dann aber im Rahmen der parlamentarischen Beratungen geschaffen (Art. 102a nStGB). Sie beschränkt sich allerdings im Sinne eines

<sup>233</sup> Aus 29 mach 1, S. 86.

<sup>234</sup> So soll in Art. 230 Abs. 1 die Verwendung des Begriffs «verurteilte Person» klarstellen, dass das erstinstanzliche Gericht Sicherheitshaft im Hinblick auf das Berufungsverfahren nur dann anordnen darf, wenn es die beschuldigte Person schuldig gesprochen hat.

<sup>235</sup> Referendumsvorlage in BBl 2002 8240. Zur Entstehung und Bedeutung der prozessualen Bestimmung von Art. 102 nStGB näher statt Vieler *Alain Macaluso*, *Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise*, ZStrR 123 (2005) 79 ff.; *Niklaus Schmid*, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 21 (2003) 203 ff.

<sup>236</sup> Botschaft des Bundesrats vom 21. September 1998, BBl 1999 1979.

Minimalprogramms auf die Regelung der Vertretung des Unternehmens im Strafverfahren. Abgesehen von einer kleinen Ergänzung in Artikel 102 nStGB änderte auch die Neufassung dieser Normen im Rahmen des Bundesgesetzes vom 21. März 2003<sup>237</sup> über die Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Finanzierung des Terrorismus) und deren Ummummerierung in Artikel 100<sup>quater</sup> und 100<sup>quinquies</sup> nichts<sup>238</sup>.

Das mit Artikel 100<sup>quinquies</sup> StGB geschaffene prozessuale Minimalprogramm kann einerseits nicht befriedigen, denn Strafverfahren gegen Unternehmen weichen in mancherlei Hinsicht von jenen gegen Einzelpersonen ab. Andererseits ist der Bundesrat aber auch der Auffassung, dass es zu weit führen würde, sämtliche Probleme, die sich in Strafverfahren gegen Unternehmen ergeben könnten, gesetzlich lösen zu wollen. So soll beispielsweise nicht ausdrücklich geregelt werden, wie vorzugehen ist, wenn ein Unternehmen, das in ein Strafverfahren verwickelt ist, in Konkurs fällt oder mit einer andern Firma fusioniert. Die Beschränkung auf relativ wenige Regelungen dürfte gerechtfertigt sein, zumal zu erwarten ist, dass Strafverfahren gegen Unternehmen relativ selten bleiben werden<sup>239</sup>. Wie die Beispiele des Konkurses oder der Fusion zeigen, dürfte es sich bei den offen bleibenden Fragen übrigens teilweise um solche materiell-strafrechtlicher Art handeln, die eher in das Strafgesetzbuch als in eine Strafprozessordnung gehören.

Soweit der vorliegende Entwurf keine Sonderregeln für Strafverfahren gegen Unternehmen enthält, ist davon auszugehen, dass auf solche Verfahren die allgemeinen, für natürliche Personen als Beschuldigte aufgestellten prozessualen Vorschriften gelten oder diese sinngemäss umgesetzt werden können. Der Bundesrat schlägt in diesem Sinne vor, über den geltenden Artikel 100<sup>quinquies</sup> StGB hinaus (der in den Art. 110 dieses Gesetzes zu überführen ist) nur in zwei weiteren Bestimmungen auf die Besonderheiten dieses Verfahrens einzugehen: Einerseits wird in Artikel 34 Absatz 2 der Gerichtsstand für Verfahren gegen Unternehmen besonders geregelt; andererseits bestimmt Artikel 175 Buchstabe h, welche Unternehmensangehörigen als Auskunftspersonen einzuvernehmen sind.

Was zunächst den bisherigen Artikel 100<sup>quinquies</sup> StGB betrifft, so soll dieser mit dem vorgeschlagenen *Artikel 110* so weit als möglich unverändert in die Strafprozessordnung übertragen werden. Dies gilt zunächst für *Absatz 1*, dessen Sinn dahin geht, dass das Unternehmen primär selbst seine Vertreterin oder seinen Vertreter im Strafverfahren zu bestimmen hat. Diese oder dieser ist aus dem Kreis jener Personen auszuwählen, «die uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt» sind. Bei der im Vordergrund stehenden Aktiengesellschaft kommen dafür primär Direktoren, Verwaltungsräte, Delegierte des Verwaltungsrats usw. in Frage. Nur wenn das Unternehmen nicht selbst innert angesetzter Frist die Vertreterin oder den Vertreter bestellt, wird die Vertretung von der jeweils zuständigen Verfahrensleitung aus dem Kreis der genannten vertretungsberechtigten Personen bestimmt (*Abs. 2*). *Absatz 3* entspricht dem bisherigen Artikel 100<sup>quinquies</sup> Absatz 3 StGB; die Bestimmung besagt, dass zur Vermeidung von Interessenkonflikten als Vertreterin oder Vertreter ausgeschlossen ist, wer wegen

<sup>237</sup> In Kraft seit dem 1. Oktober 2003, AS **2003** 3043.

<sup>238</sup> Nach Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs werden diese zwei Bestimmungen wiederum unter Art. 102 und 102a eingereiht sein.

<sup>239</sup> In den bisher fast zwei Jahren der Geltung von StGB Art. 100<sup>quater</sup> ist erst ein solches Verfahren bekannt geworden.

des gleichen oder eines damit zusammenhängenden Sachverhalts, der dem Unternehmen vorgeworfen wird, selbst in Strafuntersuchung steht.

Neu ist *Absatz 4*. Wird wegen des gleichen Sachverhalts ein Strafverfahren sowohl gegen eine natürliche Person wie auch gegen das Unternehmen durchgeführt, ist es mitunter erwünscht, dass diese Verfahren zusammengelegt werden. Die Zusammenlegung ist nicht zwingend; getrennte Verfahren bleiben zulässig, wenn sich dies aus verfahrensökonomischen Gründen aufdrängt.

Absatz 2 des geltenden Artikel 100<sup>quinquies</sup> StGB soll in seiner heutigen Form nicht in die neue Strafprozessordnung überführt werden. Die Bestimmung weist dem Unternehmensvertreter die gleichen Rechte und Pflichten zu wie einer beschuldigten Person (erster Satz). Ausserdem räumt er den Personen, die nach Absatz 1 zum Kreis der an sich als Vertreter in Frage kommenden Unternehmensangehörigen gehören, ein Aussageverweigerungsrecht ein. Die Frage der Aussagepflichten der Unternehmensangehörigen ergibt sich nunmehr aus Artikel 175 Buchstabe h. Nach dieser Bestimmung hat der Unternehmensvertreter nach Artikel 110 Absätze 1–3 die Stellung einer Auskunftsperson, ebenso seine direkten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (s. Kommentierung von Art. 175 Bst. h, unten Ziff. 2.4.4). Diese Personen können nach Artikel 177 Absatz 3 die Aussagen verweigern. Sie haben auch sonst keine Mitwirkungspflichten.

Der vorliegende Entwurf sieht auch davon ab, irgendwelche Verfahrens- oder Mitwirkungspflichten des Unternehmens selbst zu statuieren, wie sie z.B. im Kanton Bern auf Verordnungsstufe erlassen worden sind<sup>240</sup>. Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Unternehmen in ihrer Rolle als beschuldigte Gebilde die gleichen Verfahrensrechte wie natürliche Personen als Beschuldigte beanspruchen können, also beispielsweise das Recht, eine aktive Mitwirkung im Verfahren zu verweigern. Es kann indessen darauf verzichtet werden, diesen Grundsatz in der Schweizerischen Strafprozessordnung festzuschreiben: Da solche Mitwirkungspflichten eine gesetzliche Grundlage voraussetzen würden, genügt es, dass auf die ausdrückliche Statuierung entsprechender Pflichten verzichtet wird. Im Übrigen versteht sich von selbst, dass sich das Unternehmen als im Strafverfahren beschuldigtes Gebilde auf die üblichen Verfahrensgrundsätze wie den Anspruch auf rechtliches Gehör, den Anklagegrundsatz oder die Unschuldsvermutung berufen kann.

#### *Art. 111*      Stellung

Bis zur rechtskräftigen Verurteilung gilt die Unschuldsvermutung nach Artikel 10 Absatz 1. Konkret folgt daraus u.a., dass die Strafbehörden den belastenden wie den entlastenden Umständen mit gleicher Sorgfalt nachgehen müssen (vgl. Art. 6 Abs. 2), dass sie die Beschuldigten ebenso korrekt wie andere Parteien zu behandeln haben und dass von jeder voreiligen Schuldzuweisung abzusehen ist. Die Unschuldsvermutung schliesst indessen nicht aus, dass ein *Tatverdacht* für die Einleitung eines Strafverfahrens durch Polizei und Staatsanwaltschaft, ja selbst für den Einsatz von Zwangsmassnahmen genügt.

<sup>240</sup> Einführungsverordnung vom 25. Juni 2003 zur Änderung vom 21. März 2003 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (Verantwortlichkeit des Unternehmens) (BSG 311.11). Zur Problematik dieser Bestimmung *Niklaus Schmid*, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 21 (2003) 206 ff. unter Hinweis auf abweichende Meinungen in der Literatur.

Die beschuldigte Person muss zwar die Einleitung eines Strafverfahrens und entsprechende Verfahrenshandlungen unter Einschluss von Zwangsmassnahmen dulden, sie ist hingegen nicht verpflichtet, das Strafverfahren durch aktives Verhalten zu fördern und sich damit selbst zu belasten. Sie ist insbesondere nicht zur Aussage oder sonstigen Mitwirkung (etwa der Herausgabe von Gegenständen) verpflichtet. Dieses Recht wird in *Absatz 1* ausdrücklich verankert. *Absatz 2* hält fest, dass das Strafverfahren ungeachtet der fehlenden Mitwirkung der beschuldigten Person weiterzuführen ist. Dies ist Ausfluss des Beschleunigungsgebots nach Artikel 5 Absatz 1.

#### *Art. 112* Verhandlungsfähigkeit

Abgesehen von den Massnahmen gegenüber urteilsunfähigen Personen ist ein Strafverfahren grundsätzlich nur gegen Beschuldigte möglich, die verhandlungs- und vernehmungsfähig sind. Die Strafbarkeit ist von der Schuld des Täters oder der Täterin abhängig, also ausgeschlossen, wenn er oder sie wegen Zurechnungsunfähigkeit nicht schuldfähig ist (Art. 19 nStGB<sup>241</sup>).

Eine Verurteilung setzt voraus, dass sich die Täterschaft zu ihrer Tat und der zu erwartenden Sanktion selbst frei äussern kann. Ein Strafverfahren gegen Personen, die aus psychischen oder physischen Gründen nicht einvernommen werden können, ist deshalb nicht möglich (*Abs. 1*). Ist die beschuldigte Person z.B. unfall- oder krankheitsbedingt nicht verhandlungsfähig, ertragen aber gewisse Verfahrenshandlungen keinen Aufschub, genügt die Anwesenheit der Verteidigung (*Abs. 2*; vgl. auch Art. 144).

Die Folgen andauernder Verhandlungsunfähigkeit sind nach *Absatz 3* unterschiedlich: Kann damit gerechnet werden, dass die beschuldigte Person später wieder verhandlungsfähig sein wird, ist das Verfahren nach Artikel 314 zu sistieren; andernfalls ist es einzustellen (Art. 320 ff.). Der *zweite Satz* von Absatz 3 behält das Verfahren gegen nicht zurechnungsfähige beschuldigte Personen vor (Art. 382 f.; unten Ziff. 2.8.6.2).

### **2.3.3 3. Kapitel: Geschädigte Person, Opfer und Privatklägerschaft**

In diesem dritten Kapitel werden drei verwandte, aber nicht zwingend identische Kategorien von privaten Verfahrensbeteiligten vorgestellt.

#### **2.3.3.1 1. Abschnitt: Geschädigte Person (Art. 113)**

Die vereinheitlichte Strafprozessordnung übernimmt für den Begriff der geschädigten Person (gelegentlich auch verletzte Person genannt; französisch *le lésé*; italienisch *il danneggiato*) die bewährte Umschreibung in den geltenden Strafprozessgesetzen und der herrschenden Lehre: Anknüpfungspunkt ist die *unmittelbare Verletzung der rechtlich geschützten Interessen* der betreffenden Person (*Abs. 1*). Bei den Straftatbeständen, die individuelle Rechtsgüter wie Leib und Leben, Ver-

<sup>241</sup> BBl 2002 8240

mögen, Ehre etc. schützen, sind dies die so genannten tatbeständlich Verletzten. *Absatz 2* hält präzisierend fest, dass die Verletzten, die nach Artikel 30 Absatz 1 nStGB<sup>242</sup> zum Strafantrag berechtigt, also Träger des angegriffenen Rechtsguts sind, stets als Geschädigte zu betrachten sind.

Im Übrigen verzichtet die Bestimmung darauf, Zweifelsfragen in Bezug auf den Begriff der geschädigten Person zu entscheiden. Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Definition der Geschädigteneigenschaft in Randbereichen wie bis anhin Rechtsprechung und Lehre zu überlassen ist. Das gilt auch für den Tatbestand der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB), insbesondere für dessen Absatz 4, der u.a. die Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermord oder anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Strafe stellt. In der Motion Mugny<sup>243</sup> war der Bundesrat eingeladen worden, eine Gesetzesänderung vorzulegen, die es Überlebenden eines Völkermords und deren Nachkommen ermöglichen würde, in solchen Strafverfahren als Privatkläger aufzutreten. Eine entsprechende Regelung hat der Kanton Genf 2001 in seine Strafprozessordnung eingeführt<sup>244</sup>. Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist der fragliche Straftatbestand von Artikel 261<sup>bis</sup> Absatz 4 zweiter Teilsatz jedoch ein Delikt gegen den öffentlichen Frieden. Individuelle Rechtsgüter werden dagegen nur mittelbar, nicht aber, wie für den Begriff der geschädigten Person notwendig, unmittelbar geschützt<sup>245</sup>. Anders wäre zu entscheiden, wenn man mit einem Teil der Lehre und entgegen der Systematik des Strafgesetzbuches nicht den öffentlichen Frieden, sondern die Menschenwürde als *unmittelbar* geschütztes Rechtsgut der fraglichen Tatbestandsvariante ansehen würde. In diesem Fall wären freilich nicht nur, wie in der Motion in Anlehnung an die Genfer Regelung gefordert, die Überlebenden und deren Nachkommen, sondern sämtliche Angehörige von Opfern des Genozid als unmittelbar verletzt anzusehen und als Privatkläger im Strafprozess zuzulassen.

### 2.3.3.2 2. Abschnitt: Opfer (Art. 114 und 115)

Seit der Schaffung des Opferhilfegesetzes vom 4. Oktober 1991<sup>246</sup> (OHG) nimmt das *Opfer* eine besondere Stellung im schweizerischen Strafverfahrensrecht ein. Nach *Artikel 114 Absatz 1*, der insofern Artikel 2 Absatz 1 OHG übernimmt, gilt als Opfer die geschädigte Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist. Der Begriff des Opfers ist somit enger als jener der geschädigten Person: jedes Opfer ist auch geschädigte Person, aber nicht jede geschädigte Person ist auch Opfer.

Aus dem Gesagten folgt, dass das Opfer zunächst alle der geschädigten Person zustehenden Rechte geltend machen kann. Wenn dieser Entwurf von Rechten der geschädigten Person spricht, ist damit also auch das Opfer gemeint. Das Opfer wird nur und immer dann besonders erwähnt, wenn ausschliesslich ihm zustehende,

<sup>242</sup> BBl 2002 8240

<sup>243</sup> Motion 01.3288 vom 7.1.2001: Völkermord. Überlebende als Privatkläger. Der Nationalrat hat die Motion am 5.10.2001 in Form eines Postulats überwiesen. – Zu diesem Vorstoss auch oben Ziff. 2.3.1.1.

<sup>244</sup> Art. 25 Abs. 2 StPO GE.

<sup>245</sup> BGE 129 IV 95, 105 in Bestätigung der früheren Rechtsprechung und mit Hinweis auf die «wohl herrschende» Lehre. Vgl. auch Botschaft des Bundesrates zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB, BBl 1992 III 309 f.

<sup>246</sup> SR 312.5

besondere Verfahrensrechte angesprochen werden. Diese besonderen Rechte sind im Sinne einer – nicht abschliessenden – Übersicht bereits an dieser Stelle zusammengestellt (*Art. 115*). Sie knüpfen an die bestehende Regelung im OHG an, präzisieren und erweitern diese jedoch in verschiedener Hinsicht. Dabei wurde in grossem Umfang den Vorschlägen der Expertenkommission OHG Rechnung getragen. Auf verschiedene dieser Einzelregelungen ist bei der Kommentierung der jeweiligen Materie zurückzukommen.

### 2.3.3.3

### 3. Abschnitt: Privatklägerschaft (Art. 116–119)

Die Geschädigteneigenschaft kommt einer verletzten Person von Gesetzes wegen zu. Die Frage, ob diese automatisch erworbene Rechtsstellung genügt, um die damit verbundenen Verfahrensrechte ausüben zu können, wird in den kantonalen Prozessordnungen unterschiedlich beantwortet. Verschiedene Gesetze bejahen die Frage, mit der Folge, dass sich die geschädigte Person in irgendeinem Stadium des Verfahrens, u.U. erst im Zusammenhang mit der Ergreifung von Rechtsmitteln, auf ihre Stellung berufen kann, auch wenn sie sich in früheren Verfahrensstadien nicht am Verfahren beteiligt hat. Andere Verfahrensordnungen gewähren die Parteirechte nur, wenn die geschädigte Person ausdrücklich erklärt hat, die Rechte ausüben zu wollen. Dieser zweite Lösungsansatz verwendet regelmässig den Begriff der Privatklägerschaft; damit wird deutlich, dass hier die geschädigte Person gleichsam mit einer Klage ausdrücklich erklären muss, sich am Verfahren beteiligen und ihre Rechte wahrnehmen zu wollen.

Der Entwurf folgt mit der Regelung in *Artikel 116* grundsätzlich diesem zweiten Modell. Dieses hat für die Strafbehörden und die beschuldigte Person den Vorteil, dass in einem relativ frühen Stadium, nämlich spätestens bis zum Abschluss des Vorverfahrens (vgl. *Abs. 3*) geklärt werden kann, ob sich die geschädigte Person aktiv am Prozess beteiligen will oder nicht. Eine Beteiligung ist – kumulativ oder alternativ – möglich als Straf- oder als Zivilklägerin (*Art. 117 Abs. 2*).

Weil nur solche geschädigten Person Verfahrensrechte haben, die sich ausdrücklich als Privatklägerschaft konstituieren (*Art. 116 Abs. 1*), sind relativ detaillierte Vorschriften über Inhalt, Form und Frist dieser Erklärung erforderlich. Sie finden sich in den Artikeln 116–119 und bedürfen über den Gesetzestext hinaus kaum näherer Erläuterung. Was die Form der Erklärung betrifft (*Art. 117*), ist zu erwarten, dass besondere Formulare geschaffen werden, die den Geschädigten automatisch bereits bei der Eröffnung des Strafverfahrens abgegeben werden; mit einem solchen Formular kann auch die Information des Opfers über seine Rechte nach Artikel 304 verbunden werden.

Zum Verhältnis zwischen Strafantrag und Privatklägerschaft ist zu bemerken, dass die Stellung des Strafantrags der Konstituierung als Privatklägerschaft gleichgestellt ist (*Art. 116 Abs. 2*). In Ergänzung der Artikel 30 Absatz 5 und 33 nStGB<sup>247</sup> bestimmt *Artikel 118 Absatz 3*, dass der Verzicht auf die Strafklage (*Art. 117 Abs. 2 Bst. a*) auch als Verzicht auf bzw. Rückzug des Strafantrags gilt; verzichtet also die strafantragstellende Person später auf ihre Privatklage, gilt der Strafantrag als zurückgezogen, es sei denn, sie beschränke den Rückzug bzw. Verzicht ausdrücklich auf die Zivilklage. Daraus ergibt sich, dass die Stellung des Strafantrags zu einer

<sup>247</sup> BBl 2002 8240

Konstituierung sowohl als Straf- als auch als Zivilkläger bzw. -klägerin führt. Wer auf den Strafantrag verzichtet bzw. diesen zurückzieht, verliert naturgemäss auch die Stellung der Privatklägerschaft, da kein Strafverfahren wegen des fraglichen Delikts durchgeführt wird. Der Verzicht bzw. Rückzug der Straf- oder Zivilklage ist endgültig (Art. 118 Abs. 1 zweiter Satz), wobei die Zivilklage unter der Einschränkung von Artikel 120 Absatz 4 wieder eingebracht werden kann.

Die Nachfolge in die Rechte der geschädigten Person ist Gegenstand der Regelung von *Artikel 119*. Hat die geschädigte Person zu ihren Lebzeiten im Sinne von Artikel 118 Absatz 1 darauf verzichtet, sich als Privatklägerin zu konstituieren, so ist dieser Verzicht definitiv, d.h. die Angehörigen können auch während an sich noch laufender Frist nicht darauf zurückkommen. Hat die geschädigte Person dagegen diese Erklärung noch nicht abgegeben oder aber positiv erklärt, sich als Privatklägerin konstituieren zu wollen, so gehen die entsprechenden Rechte an die Angehörigen im Sinne von Artikel 110 Absatz 1 nStGB<sup>248</sup> in der Reihenfolge ihrer Erbberechtigung über (*Abs. 1*). *Absatz 2* regelt die Folgen der Subrogation, also des Übergangs gewisser Ansprüche von Gesetzes wegen an Personen, die nicht selbst Geschädigte sind. So gehen nach Artikel 14 Absatz 2 OHG die Ansprüche des Opfers gegen die Täterin oder den Täter in dem Umfang an den Kanton über, in dem die Behörden nach den Artikeln 11 ff. OHG dem Opfer Entschädigungen oder Genugtuungen zugesprochen haben. Weiter zu nennen sind Fälle der versicherungsrechtlichen Subrogation, wie sie etwa nach Artikel 72 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag<sup>249</sup> (VVG), nach Artikel 41 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung<sup>250</sup> (UVG) oder in gewissen Kantonen für die Leistungen der Gebäudeversicherungen bei Brandfällen besteht. In diesen Fällen können die Berechtigten im Strafprozess Zivilansprüche anmelden und durchsetzen. Sie haben jedoch nur jene Verfahrensrechte, die zur Durchsetzung der Zivilansprüche erforderlich sind. Konkret bedeutet dies etwa, dass nur jene Akten eingesehen werden können, die zur Begründung der Zivilklage notwendig sind.

#### 2.3.3.4 4. Abschnitt: Zivilklage (Art. 120–124)

Die zivilrechtlichen Ansprüche dürften regelmässig im Zentrum des Interesses der geschädigten Person stehen. Vor diesem Hintergrund ist die Zivilklage gesondert und ausführlich zu regeln.

*Artikel 120* fasst unter dem Titel *Allgemeine Bestimmungen* bekannte Regeln aus bestehenden Prozessgesetzen zusammen. *Absatz 1* bestätigt das im schweizerischen Strafprozessrecht übliche Prinzip, wonach die geschädigte Person ihre aus der Straftat hergeleiteten zivilrechtlichen Ansprüche nicht nur in einem gewöhnlichen Zivilprozess, sondern auch *adhäsionsweise im Strafverfahren* geltend machen kann.

*Absatz 2* übernimmt der Sache nach die Regelung von Artikel 2 Absatz 2 OHG: auch die dem Opfer nahe stehenden Personen (vgl. Art. 114 Abs. 2) können ihre gegen den Täter bestehenden Zivilansprüche grundsätzlich im Strafverfahren geltend machen.

<sup>248</sup> BBI 2002 8240

<sup>249</sup> SR 221.229.1

<sup>250</sup> SR 832.20

*Absatz 3* entspricht der Regelung im Zivilprozess, wonach die Rechtshängigkeit eintritt, sobald eine Partei ein Gericht in bestimmter Form um Rechtsschutz ersucht. Von der Frage der Rechtshängigkeit zu unterscheiden ist der Zeitpunkt, in welchem die Ansprüche zu beziffern und zu begründen sind. Grosszügiger als gewisse zivilprozessuale Bestimmungen ist dagegen *Absatz 4*: Im Zivilprozessrecht ist der Klagerückzug in gewissen Verfahrensordnungen nur beschränkt und teilweise nur mit Zustimmung der beklagten Person zulässig<sup>251</sup>. Angesichts der besonderen Rolle des Adhäsionsprozesses rechtfertigt es sich, auf diese strengen Folgen zu verzichten. Der Privatklägerschaft, die ihre Zivilklage vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zurückzieht, soll die Möglichkeit bleiben, die Klage auf dem Zivilweg erneut einzubringen. Diese Möglichkeit dürfte eine gewisse Entlastung des Strafverfahrens von Zivilklagen mit sich bringen, die der Zivilkläger andernfalls im Strafverfahren zum Abschluss bringen müsste, will er einen Rechtsverlust abwenden.

*Artikel 121* statuiert die Obliegenheit, die Zivilklage möglichst frühzeitig zu beziffern und zu begründen, sowie die diesbezüglichen Beweismittel zu nennen. Kommt die Privatklägerschaft dieser Obliegenheit nicht nach, muss sie allerdings nur beschränkt mit negativen Folgen rechnen: Sind Begründung und Bezifferung bis zum Verfahrensabschluss nicht hinreichend, so wird die Zivilklage gemäss Artikel 124 Absatz 2 Buchstabe b auf den Zivilweg verwiesen, die einschneidende Folge einer Abweisung tritt somit nicht ein. Zu beachten ist sodann, dass die Privatklägerschaft – wie die andern Parteien – im Hauptverfahren Beweisanträge stellen (vgl. Art. 332 Abs. 2 und 3) und somit auch zur Begründung der Zivilansprüche notwendige Beweismittel ins Verfahren einbringen kann. Bezifferung und Begründung können im Übrigen auch noch im Parteivortrag erfolgen (*Abs. 2*). Dabei sind neue Beweise allerdings nicht zulässig (vgl. Art. 347«vor Abschluss des Beweisverfahrens ...»).

*Artikel 122* regelt Zuständigkeits- und Verfahrensfragen. Die Zuständigkeit richtet sich allein nach der sachlichen Zuständigkeit des Strafgerichts. Ist ein Einzelgericht für die Beurteilung der Anklage zuständig, so beurteilt dieses auch Zivilklagen gleich welcher Höhe, selbst wenn im Zivilprozess für eine entsprechende Klage eine andere Instanz, insbesondere ein Kollegialgericht zuständig wäre (*Abs. 1*).

Es versteht sich, dass die beschuldigte Person Gelegenheit haben muss, sich in geeigneter Form zur Zivilklage zu äussern. *Absatz 2* hält dazu lediglich fest, dass das rechtliche Gehör spätestens im erstinstanzlichen Hauptverfahren zu gewähren ist. Da die Privatklägerschaft ihre Ansprüche häufig erst anlässlich der Hauptverhandlung beziffern und begründen wird, und zwar vor der Verteidigung (vgl. Art. 348), wird die Beantwortung der Zivilklage regelmässig Teil des Plädoyers der Verteidigung bilden. Den nicht verteidigten Beschuldigten hat die Verfahrensleitung im Rahmen der persönlichen Befragung Gelegenheit zu geben, sich zu den Zivilansprüchen zu äussern.

*Artikel 123*: Die Möglichkeit der adhäsionsweisen Geltendmachung von Zivilansprüchen in einem Strafprozess bietet der Privatklägerschaft Vorteile, welche sie nicht hätte, müsste sie ihre Ansprüche in einem Zivilprozess verfolgen. Namentlich entfällt die im Zivilprozess übliche Pflicht zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses; im Strafprozess wird der strafrechtliche Sachverhalt, der Grundlage für die

<sup>251</sup> So auch die vorgeschlagene Regelung in der vereinheitlichten Zivilprozessordnung (Fortführungslast).

Zivilforderung bildet, von Amtes wegen und (vorerst) auf Kosten des Staates abgeklärt. Allerdings sollen der Privatklägerschaft verglichen mit einem Zivilverfahren nicht so grosse Vorteile eingeräumt werden, dass dadurch die beschuldigte Person im Vergleich zu ihrer Stellung als Beklagte in einem Zivilprozess benachteiligt würde. Aus diesem Grund übernimmt Artikel 123 das im Zivilprozess bekannte Institut der Prozesskostensicherheit, welche die Klägerschaft unter gewissen Voraussetzungen und auf Antrag der beschuldigten Person zu leisten hat. Analog zur zivilprozessualen Regelung kann die beschuldigte Person die Leistung einer Prozesskostensicherheit verlangen, wenn Gründe vorliegen, welche es als möglich erscheinen lassen, dass die Privatklägerschaft ihren Entschädigungspflichten gegenüber der beschuldigten Person im Fall des Unterliegens (vgl. Art. 434) nicht nachkommen wird. Wie sich aus *Absatz 2* ergibt («... Verfahrensleitung des Gerichts ...»), kann der Antrag auf Prozesskostensicherheit erst gestellt werden, wenn das Verfahren beim Gericht hängig ist. Damit steht auch die Folge der Nichtleistung der festgesetzten Prozesskostensicherheit im Einklang: Nach Artikel 124 Absatz 2 Buchstabe c verweist das Gericht in einem solchen Fall die Zivilklage auf den Zivilweg.

*Artikel 124* regelt in vier Absätzen die Voraussetzungen, unter denen das Strafgericht die Zivilforderungen beurteilen kann, darf oder muss.

Die adhäsionsweise Beurteilung ist in zwei Fällen grundsätzlich *zwingend*: erstens, wenn die beschuldigte Person schuldig gesprochen wird (vorbehalten Strafbefehlsverfahren) und die Zivilklage hinreichend begründet und beziffert ist, und zweitens, wenn die beschuldigte Person freigesprochen wird und der Sachverhalt spruchreif ist, d.h. über den Zivilanspruch ohne Weiterungen auf Grund der im bisherigen Verfahren gesammelten Beweise entschieden werden kann (*Abs. 1 Bst. a* und *b* i.V.m. *Abs. 2 Bst. b*). Wird im Falle eines Freispruchs die Zivilklage beurteilt, kann dies dazu führen, dass eine Zivilklage nicht von einem Gericht am Wohnsitz der beklagten Person behandelt wird. Damit wird vom Grundsatz des Wohnsitzgerichtsstandes nach Artikel 30 Absatz 2 erster Satz BV abgewichen, was jedoch nach dem zweiten Satz der genannten Verfassungsbestimmung zulässig ist. *Absatz 2* umschreibt die Fälle, in denen die adhäsionsweise Beurteilung *ausgeschlossen*, die Zivilklage also auf den Zivilweg zu verweisen ist:

- Das Strafverfahren wird eingestellt oder aber im Strafbefehlsverfahren erledigt (*Bst. a*); eine allfällige Anerkennung der Zivilforderungen ist nach Artikel 122 Absatz 3 im verfahrenserledigenden Entscheid festzuhalten.
- Die Klage ist nicht ausreichend begründet oder beziffert (*Bst. b*); in diesem Fall wäre es an sich auch denkbar, die Klage mit der Konsequenz des Rechtsverlustes abzuweisen. Mit Rücksicht auf den besonderen Charakter des Adhäsionsverfahrens, das sich nicht in jeder Beziehung mit einem Zivilprozess vergleichen lässt, erscheint es in Übereinstimmung mit der Regelung des Verzichts auf die Zivilklage nach Artikel 118 sowie deren Rückzug nach Artikel 120 Absatz 4 jedoch als angebracht, relativ milde Folgen an diese Pflichtverletzung zu knüpfen.
- Die beschuldigte Person wird freigesprochen, ohne dass der Sachverhalt liquid wäre (*Bst. d*). Diese Konstellation ist in den geltenden Strafprozessordnungen unterschiedlich oder überhaupt nicht geregelt. Teilweise wird auf die Zivilklage nicht eingetreten, teilweise wird eine Beurteilung der Zivilansprüche trotz Freispruchs zumindest nicht ausgeschlossen.

In den *Absätzen 3 und 4* werden Konstellationen geregelt, bei denen das urteilende Strafgericht in Bezug auf die Beurteilung der Zivilforderungen einen gewissen Handlungsspielraum hat. *Absatz 3* stellt eine allgemeine Einschränkung gegenüber Absatz 1 auf. Sie ist von Artikel 9 Absatz 3 OHG übernommen. Die Möglichkeit der Beurteilung der Zivilklage nur dem Grundsatz nach besteht nunmehr aber unabhängig davon, ob die Zivilkläger Opfer i.S. des Opferhilfegesetzes sind oder nicht. Der unverhältnismässige Aufwand, bei dessen Vorliegen die Zivilforderung nur dem Grundsatz nach beurteilt werden darf, muss sich auf die Beweiserhebung beziehen, nicht aber auf die rechtliche Beurteilung. Er liegt somit etwa dann vor, wenn bei Körperschäden zur Feststellung der Schadenshöhe lang dauernde Begutachtungen notwendig sind oder wenn der Heilungsvorgang noch nicht abgeschlossen ist oder allfällige Spätfolgen abzuwarten sind. In einem solchen Fall kann das Strafgericht die Beurteilung der Zivilklage auf die Frage beschränken, ob und aus welchem Rechtsgrund der Privatklägerschaft Zivilforderungen zustehen<sup>252</sup>; die Bestimmung der Höhe der Ansprüche ist hingegen Sache des Zivilgerichts.

*Absatz 4* knüpft an die bestehende Regelung von Artikel 9 Absatz 2 OHG an, indem er eine Zweiteilung des Hauptverfahrens vorsieht. Im Verhältnis zu Absatz 3 handelt es sich um eine Spezialnorm, welche ermöglicht, dass das Strafgericht Zivilansprüche auch dann vollständig beurteilt, wenn dadurch ein grosser Aufwand entsteht, bei dem die Beurteilung der Höhe der Ansprüche sonst nach Absatz 3 auf den Zivilweg verweisen würde. Absatz 4 gilt nur für Zivilklagen eines Opfers, privilegiert dieses demnach gegenüber der «gewöhnlichen» Privatklägerschaft. Diese Bevorzugung gründet in der Überlegung, dass die Pflicht zur Anrufung eines Zivilgerichts zur Bestimmung der Höhe der Zivilforderung für ein Opfer zu einer grossen Belastung führen kann, indem es erneut mit einem Teil des Geschehens konfrontiert wird, welches es unter Umständen mühevoll zu verarbeiten versucht. Die Möglichkeit der Zweiteilung, aber der Beurteilung der gesamten Zivilklage im Strafverfahren will dieser Gefahr entgegenwirken, welche vom Gericht bei der Beurteilung, ob das Verfahren aufgeteilt werden soll, gebührend zu berücksichtigen ist. Als Vereinfachung gegenüber dem geltenden Recht wird vorgeschlagen, dass auch in Verfahren vor Kollegialgerichten in der zweiten Phase die Verfahrensleitung als Einzelgericht über die Zivilansprüche entscheidet. Damit sollen der Abschluss des Verfahrens – nicht zuletzt im Interesse des Opfers – beschleunigt werden, weil sich die Terminfestsetzung für eine neue Parteiverhandlung bei einem Kollegialgericht in aller Regel schwieriger gestalten wird als bei einem Einzelgericht. Die Zuweisung an ein Einzelgericht soll aber die Anwendung von Absatz 4 generell erleichtern: Es ist anzunehmen, dass Kollegialgerichte von der Möglichkeit einer Zweiteilung der Verhandlung eher Gebrauch machen werden, wenn sie die Beurteilung der Zivilklage der Verfahrensleitung als Einzelgericht überlassen können als wenn sie darüber gesamthaft zu entscheiden hätten.

<sup>252</sup> Gemäss BGE 125 IV 157 ff. (m.w.H.) hat das Gericht im Urteilsdispositiv klar anzugeben, was bereits beurteilt ist und was dem Zivilgericht noch zur Entscheidung unterbreitet werden kann. Dazu gehört etwa auch das Verschulden eines Haftpflichtigen nicht bloss aus strafrechtlicher, sondern auch aus haftpflichtrechtlicher Sicht.

Die (privaten) Verfahrensbeteiligten können im Strafverfahren grundsätzlich allein auftreten; zu ihrer Unterstützung und teilweise zu ihrer Vertretung können sie aber auch andere Personen beziehen, vor allem Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Dabei sind verschiedene Formen zu unterscheiden: Die *Verteidigung* steht der beschuldigen Person bei der Wahrung ihrer Interessen zur Seite, kann sie aber abgesehen vom Zivilpunkt nicht vertreten. Zieht eine nicht beschuldigte Person zu ihrer Unterstützung in straf- und zivilrechtlicher Hinsicht eine Drittperson bei, spricht man von *Rechtsbeistand i.e.S.* Wie bei der Verteidigung ist dessen Rolle insoweit beschränkt, als er die Partei nur im Zivil-, nicht aber im Strafpunkt vertreten kann. Beschränkt sich indessen die Rolle des Dritten auf die Unterstützung der Privatklägerschaft bei der Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche, ist wie im Zivilprozess eine eigentliche *Vertretung* möglich.

Ausgehend von diesen Unterscheidungsmerkmalen hatte der Vorentwurf von 2001 noch die drei Kategorien Verteidigung, Rechtsbeistand und Vertretung verwendet<sup>253</sup>. Der vorliegende Entwurf verzichtet auf diese Differenzierung und schlägt stattdessen als einheitlichen Begriff den des *Rechtsbeistandes* vor (französisch *conseil juridique*; italienisch: *patrocinio*). Er bietet sich am ehesten als Oberbegriff an, indem er ohne weiteres auch die Verteidigung und, in einem weiteren Sinn, auch die Vertretung umfasst. Ausschlaggebend für diese Vereinfachung waren das Bemühen, die Lesbarkeit insbesondere des deutschen Gesetzestextes nicht über Gebühr zu strapazieren, sowie die Schwierigkeiten, die drei Begriffe in allen Sprachfassungen zutreffend und kongruent zu umschreiben.

*Absatz 1* stellt zunächst den Grundsatz auf, dass die Verfahrensbeteiligten einen Rechtsbeistand bestellen können. Die Formulierung als Kann-Vorschrift stellt klar, dass ein solcher Beistand nicht zwingend ist; vorbehalten ist nur der Fall der notwendigen Verteidigung der beschuldigten Person (Art. 128).

*Absatz 2* lässt den privaten Parteien, also der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft, die Möglichkeit offen, auch mehrere Rechtsbeistände zu bestellen. Vorab in komplexen Fällen kann ein legitimes Interesse daran bestehen, mehrere Anwältinnen oder Anwälte mit unterschiedlichen Spezialisierungen beizuziehen. Um dem Risiko der Verfahrenverschleppung zu begegnen, steht die Möglichkeit unter dem Vorbehalt, dass keine ungebührlichen Verzögerungen eintreten. Aus ähnlichen Gründen hat die betreffende Partei eine oder einen dieser Anwältinnen oder Anwälte als Hauptvertreterin oder Hauptvertreter zu bestimmen, mit der Folge, dass nur diese oder dieser mit den Vorladungen und weiteren Zustellungen bedient werden muss.

*Absatz 4* lässt wie bis anhin grundsätzlich auch die Verbeiständung mehrerer am gleichen Verfahren Beteiligter durch den gleichen Rechtsbeistand zu. Vorbehalten bleiben die Schranken des Anwaltsrechts im weiteren Sinn, darunter selbstverständlich die Bedingung, dass in Bezug auf die einzelnen Verfahrensbeteiligten keine

<sup>253</sup> Art. 133 ff. VE-StPO.

Interessenkollision oder auch nur der Anschein einer solchen Kollision bestehen darf. Ob dies der Fall ist, kann jeweils nur von Fall zu Fall beurteilt werden.

Bereits auf Stufe des Gesetzes ist die Frage zu entscheiden, inwieweit die Verbeiständung den zugelassenen Anwältinnen und Anwälten vorbehalten bleiben soll. Dem schweizerischen Strafprozessrecht ist ein Anwaltszwang bis heute weitgehend fremd, und zwar auch in dem Sinn, dass für die Verbeiständung nicht überall zwingend Anwältinnen oder Anwälte eingesetzt werden müssen. Vielmehr soll im Prinzip jede handlungsfähige, gut beleumundete und vertrauenswürdige Person mit dieser Funktion betraut werden können. Diesen Grundsatz übernimmt *Absatz 4*. Mit dem Vorbehalt zu Gunsten abweichender Bestimmungen des Anwaltsrechts bleiben aber auch bisher geltende Beschränkungen möglich, so insbesondere betreffend die *berufsmässige* Verbeiständung durch Anwältinnen und Anwälte.

Was die *Verteidigung* der beschuldigten Person betrifft, schlägt der Entwurf angesichts der Wichtigkeit dieser Funktion gewissermassen die umgekehrte Lösung vor: Grundsätzlich soll diese Aufgabe nach *Absatz 5 Satz 1* den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten vorbehalten sein, die nach Anwaltsrecht in der Schweiz bzw. im betreffenden Kanton praktizieren dürfen. Das sind primär die Anwältinnen und Anwälte, die nach dem Bundesgesetz vom 23. Juni 2000<sup>254</sup> über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) berechtigt sind, Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten, d.h. die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen inländischen Anwältinnen und Anwälte und, unter den Voraussetzungen der Artikel 21 ff. BGFA, Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU und der EFTA. Ferner ist daran zu denken, dass den Kantonen die Möglichkeit bleibt, für nur im betreffenden Kanton tätige Anwältinnen und Anwälte künftig ein kantonales Anwaltspatent zu schaffen, das ebenfalls zur Verteidigung vor den Strafbehörden des betreffenden Kantons berechtigen muss (vgl. Art. 3 Abs. 2 BGFA). *Absatz 5* zweiter Teilsatz sieht als Ausnahme von diesem Grundsatz einen Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts im Bereich des Übertretungsstrafrechts vor. Allenfalls ziehen es die Kantone vor, in diesem Bereich auch Nichtanwälte zuzulassen.

### 2.3.4.2                      2. Abschnitt: Verteidigung (Art. 126–133)

In diesem Abschnitt werden die – in den heutigen Prozessgesetzen nicht einheitlich umschriebenen – Arten der Verteidigung definiert und die notwendigen Einzelheiten betreffend Voraussetzungen und Modalitäten der Ausübung geregelt.

#### *Art. 126*                      Stellung

Am Anfang steht die für alle Arten gültige Umschreibung der wesentlichen Aufgaben der Verteidigung, wie sie dem heutigen Rollenbild entsprechen. Die Verteidigung ist zwar Teil der Rechtspflege und Dienerin des Rechts; im Unterschied zu den Strafbehörden (vgl. Art. 6 Abs. 2) ist sie jedoch einseitig für die beschuldigte Person tätig. Die Bestimmung macht es dementsprechend der Verteidigung zur Pflicht, sich in den Schranken des Rechts und der Standesregeln allein für deren Interessen einzusetzen.

254 SR 935.61

## Art. 127 Wahlverteidigung

*Absatz 1* präzisiert zunächst den allgemeinen Grundsatz von Artikel 125 Absatz 1: die beschuldigte Person hat grundsätzlich das Recht, sich in jedem Strafprozess und auf jeder Verfahrensstufe selbst zu verteidigen oder aber mit der Verteidigung Anwältinnen oder Anwälte i.S. von Artikel 125 Absatz 5 zu betrauen. Das Recht, sich selbst zu verteidigen, steht unter dem Vorbehalt der Fälle, in denen die beschuldigte Person zwingend verteidigt sein muss (sog. notwendige Verteidigung, Art. 128).

Artikel 127 schreibt damit einen fundamentalen Grundsatz des rechtsstaatlichen Strafverfahrens fest, der vom übergeordneten Recht in Artikel 32 Absatz 2 BV, Artikel 6 Absatz 3 EMRK sowie Artikel 14 Absatz 3 Buchstabe b IPBPR garantiert wird. Bestellt die beschuldigte Person selbst eine Verteidigung, spricht man von *Wahlverteidigung oder frei gewählter Verteidigung* (im Gegensatz zur behördlich bestellten, *amtlichen Verteidigung*, Art. 130 ff.). Für die Wahlverteidigung typisch ist die Freiheit der beschuldigten Person in der Auswahl und im Wechsel der Person der Verteidigerin oder des Verteidigers sowie umgekehrt die Pflicht, die Kosten der Wahlverteidigung selbst zu tragen.

## Art. 128–129

Die vorgeschlagene Regelung der notwendigen Verteidigung (auch Pflichtverteidigung genannt) findet sich im Grundsatz auch in den geltenden schweizerischen Strafprozessrechten: Die Motive, eine Verteidigung zwingend vorzusehen (und damit u.U. auch gegen den Willen der beschuldigten Person anzuordnen) liegen entweder in der Schwere des Deliktvorwurfs (*Art. 128 Bst. b*), in der Person des oder der Beschuldigten (*Bst. c und d*) oder in der prozessualen Lage, in der er oder sie sich befindet (*Bst. a, e und f*). Im Einzelnen weisen die kantonalen Regelungen allerdings grosse Unterschiede auf, und eine einheitliche Umschreibung der Voraussetzungen ist unumgänglich.

*Buchstabe a* stellt einen Kompromiss zwischen den bestehenden Lösungen dar, welche im Fall der Untersuchungshaft die Verteidigung teilweise sofort, in der Regel aber erst nach Ablauf einer gewissen Zeit (bis zu einem Monat) für obligatorisch erklären. Die hier vorgeschlagene zehntägige Dauer entspricht der Lösung, wie sie im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich befürwortet worden ist<sup>255</sup>. Angesichts der besonderen Situation, in der sich verhaftete Beschuldigte vor allem zu Beginn der Untersuchungshaft befinden, fragt sich indessen, ob nicht bereits früher eine notwendige Verteidigung erforderlich ist. Dies könnte auch dazu beitragen, dass diese Zwangsmassnahme in der Praxis zurückhaltender angewandt wird. Der Entwurf trägt diesen Zweifeln insofern Rechnung, als bei einer Untersuchungshaft, die länger als drei Tage gedauert hat, für mittellose beschuldigte Personen immerhin die amtliche Verteidigung angeordnet werden kann (vgl. Art. 130 Abs. 2 Bst. a).

*Buchstabe b* sieht – wiederum im Sinn einer Mittellösung zwischen den bestehenden Regelungen – vor, dass in Fällen, in denen eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme beantragt oder zu erwarten ist, eine Verteidigung zwingend sind. Ein Fall notwendiger Verteidigung kann demnach auch in Straffällen gegeben sein, die in die Kompetenz des Einzelgerichts fallen (vgl.

<sup>255</sup> Gegenüber den im VE-StPO (Art. 136 Bst. a) als Hauptvariante vorgeschlagenen 5 Tagen, vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 38.

Art. 19 Abs. 2), so wenn eine Freiheitsstrafe zwischen einem und zwei Jahren zu erwarten ist oder wenn freiheitsentziehende Massnahmen in Frage kommen, deren Anordnung nicht dem Kollegialgericht vorbehalten ist. Auch bezüglich der Schwere der Sanktion ist auf die ergänzende Möglichkeit hinzuweisen, bei einer mittellosen beschuldigten Person eine amtliche Verteidigung anzuordnen, wenn es sich bei der Strafsache nicht mehr um einen Bagatellfall handelt (vgl. Art. 130 Abs. 2 Bst. b).

Auch die in den *Buchstaben c und d* erfassten Fälle entsprechen bekannten Regelungen in den bestehenden Prozessgesetzen. Bei Buchstabe d besteht insofern eine Überschneidung mit Buchstabe b, als die Voraussetzungen, unter denen die Staatsanwaltschaft die Anklage persönlich zu vertreten hat (vgl. Art. 338 Abs. 3 und 4), identisch sind mit den Voraussetzungen gemäss Buchstabe b, die Verteidigung also ohnehin obligatorisch ist. Buchstabe d dürfte demgemäss nur aktuell werden, wenn die Staatsanwaltschaft in Anwendung von Artikel 338 Absatz 1 einen Fall persönlich vor Gericht vertreten möchte, obwohl sie dazu nicht verpflichtet ist, oder die Verfahrensleitung sie nach Artikel 338 Absatz 4 zum persönlichen Erscheinen auffordert.

Die notwendige Verteidigung im Falle eines abgekürzten Verfahrens (Art. 365 ff.) gemäss *Buchstabe f* will verhindern, dass die beschuldigte Person bei den Verhandlungen und Absprachen mit der Staatsanwaltschaft übervorteilt wird.

Entsprechend der Bedeutung der Fälle, die eine notwendige Verteidigung rechtfertigen, müssen auch Regeln aufgestellt werden, welche die rechtzeitige Bestellung der Verteidigung im konkreten Fall sicherstellen. Diesem Zweck dient *Artikel 129. Absatz 3* klärt die praktisch wichtige, bisher nur selten ausdrücklich geregelte Frage, ob Beweisabnahmen gültig sind, die in Fällen der notwendigen Verteidigung erfolgten, bevor diese bestellt worden ist. Nach der vorgeschlagenen Lösung ist zu unterscheiden, ob zum Zeitpunkt der fraglichen Beweisabnahme die Verteidigung erkennbar notwendig war oder nicht. Im ersten Fall sind die Beweise unverwertbar und die Abnahme muss in Anwesenheit der Verteidigung wiederholt werden, es sei denn, die beschuldigte Person würde auf die Wiederholung verzichten. Im zweiten Fall, etwa wenn zu Beginn des Vorverfahrens die Tragweite des Straffalles, soweit für den Entscheid über die notwendige Verteidigung relevant, noch nicht erkennbar war, behalten die erfolgten Beweisabnahmen dagegen ihre Gültigkeit.

#### *Art. 130–133*

*Artikel 130* regelt die Voraussetzungen, unter denen einer beschuldigten Person eine vom Staat bestellte Verteidigung (*amtliche Verteidigung*, auch *Offizialverteidigung*), beigegeben werden kann.

Das ist zunächst dann der Fall, wenn eine beschuldigte Person, die notwendig verteidigt sein muss, von sich aus keine Verteidigerin und keinen Verteidiger wählt (*Abs. 1 Bst. a Ziff. 1*) oder wenn das Mandat einer solchen Wahlverteidigung aus irgendeinem Grund erlischt, ohne dass die beschuldigte Person selbst eine neue Verteidigung beizieht (*Abs. 1 Bst. a Ziff. 2*).

*Absatz 1 Buchstabe b* sieht eine amtliche Verteidigung (auf Antrag der beschuldigten Person oder von Amtes wegen) ferner dann vor, wenn die beschuldigte Person nicht über die notwendigen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist. Die Bestimmung setzt die Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Artikel 29 Absatz 3 BV (aArt. 4 BV) und zu Artikel 6 Absatz 3

Buchstabe c EMRK um. Als Hauptbeispiele («namentlich») nennt *Absatz 2* den Fall einer länger als 3 Tage dauernden Untersuchungshaft (*Bst. a*) sowie Straffälle, die nicht mehr als Bagatellfälle zu qualifizieren sind und – kumulativ – bei denen sich tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten stellen, denen die beschuldigte Person nicht gewachsen ist (*Bst. b*). *Absatz 3* gibt Anhaltspunkte zur Auslegung des Begriffs des Bagatellfalls. Sie orientieren sich einerseits an der bisherigen Praxis, welche die kritische Grenze bei der Freiheitsstrafen von drei- bis fünfmonatiger Dauer ansiedelt, und andererseits am neuen Sanktionensystem des Allgemeinen Teils des StGB, wonach 1 Tag Freiheitsstrafe 4 Stunden gemeinnütziger Arbeit oder 1 Tagesatz Geldstrafe entsprechen (Art. 39 Abs. 2 nStGB<sup>256</sup>).

*Artikel 131* regelt die Einzelheiten der Bestellung der amtlichen Verteidigung. Zuständig ist die jeweilige Verfahrensleitung, also im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft, im Hauptverfahren das mit der Sache befasste Gericht (*Abs. 1*). Allfälligen Bedenken, die Verfahrensleitung, insbesondere die Staatsanwaltschaft, könnte versucht sein, eine ihr genehme Verteidigung zu bestellen, kann durch eine sachgerechte Auslegung von *Absatz 2* begegnet werden. Nach dieser Bestimmung ist bei der Bestellung auf die Wünsche der beschuldigten Person nach Möglichkeit Rücksicht zu nehmen. Vor dem Hintergrund einer vereinheitlichten Prozessordnung und der durch das Anwaltsgesetz garantierten Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte dürfte künftig vermehrt auch dem Wunsch nach Bestellung einer ausserkantonalen Verteidigung entsprochen werden können.

*Artikel 132 Absatz 1* hält fest, dass die jeweils zuständige Verfahrensleitung das Mandat für beendet erklärt, sobald der Grund, der Anlass zur Bestellung der amtlichen Verteidigung gab, weggefallen ist. Daraus ergibt sich umgekehrt, dass die amtliche Verteidigung so lange zu gewähren ist, wie die Voraussetzungen für ihre Anordnung weiter bestehen, eine Verteidigung also insbesondere im Interesse der Rechtspflege geboten scheint<sup>257</sup>. *Absatz 2* regelt das praktisch bedeutsame, in der bisherigen Gesetzgebung aber kaum ausdrücklich normierte Problem des Wechsels in der Person der amtlichen Verteidigerin oder des amtlichen Verteidigers. Der Wechsel ist zuzulassen, wenn das Vertrauensverhältnis mit der beschuldigten Person erheblich gestört oder eine wirkungsvolle Verteidigung aus andern Gründen nicht mehr gewährleistet ist. Die Regelung geht damit in gewisser Hinsicht über die bisherige Praxis hinaus<sup>258</sup>; sie trägt dem Umstand Rechnung, dass eine engagierte und effiziente Verteidigung nicht nur bei objektiver Pflichtverletzung der Verteidigung, sondern bereits bei erheblich gestörtem Vertrauensverhältnis beeinträchtigt sein kann, also in Fällen, in denen auch eine privat verteidigte beschuldigte Person einen Wechsel der Verteidigung vornehmen würde.

*Artikel 133* schliesslich enthält einige Grundsätze zur Entschädigung der amtlichen Verteidigung. Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung bestimmt sich nach dem für das Verfahren massgebenden Anwaltstarif. Je nach Kanton erhält die amtliche Verteidigung somit das gleiche Honorar wie eine frei bestellte Verteidigung oder aber ein reduziertes, amtliches Honorar.

Die amtliche Verteidigung wird in allen Fällen vom Staat entschädigt, also auch dann, wenn der beschuldigten Person aus andern Gründen als wegen Mittellosigkeit (Art. 130 Abs. 1 *Bst. b*) eine amtliche Verteidigung bestellt wurde. *Absatz 4* will

<sup>256</sup> BBI 2002 8240

<sup>257</sup> Vgl. BGE 129 I 129 (Rechtsmittelverfahren).

<sup>258</sup> Wechsel muss aus objektiven Gründen angezeigt sein, vgl. BGE 116 Ia 105, 114 Ia 101.

sicherstellen, dass eine beschuldigte Person mit amtlicher Verteidigung finanziell nicht besser gestellt wird als eine solche, welche ihre Verteidigung im Rahmen eines normalen Mandats bestellt hat. Dabei sind zwei Situationen zu unterscheiden: Einmal gibt es den Fall, dass der beschuldigten Person wegen Mittellosigkeit eine amtliche Verteidigung bestellt wurde (Art. 130 Abs. 1 Bst. b). In einem solchen Fall muss die beschuldigte Person dem Staat die geleistete Entschädigung zurückerstaten, sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. Unter der gleichen Voraussetzung kann die Verteidigung von der beschuldigten Person die Differenz zwischen amtlichem und normalem Verteidigerhonorar einfordern. Der zweite Fall ist jener von Artikel 130 Absatz 1 Buchstabe a: Es liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, die beschuldigte Person bestimmt jedoch keine Wahlverteidigung. Hier steht die beschuldigte Person von Anfang an in wirtschaftlich günstigen Verhältnissen, weshalb sie am Ende des Verfahrens (im Entscheid oder Urteil) zur Rückerstattung der Kosten für die amtliche Verleidung zu verurteilen ist.

### 2.3.4.3

### 3. Abschnitt: Unentgeltliche Rechtspflege für die Privatklägerschaft (Art. 134–136)

Artikel 29 Absatz 3 BV gewährt der mittellosen Partei einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. *Artikel 134* umschreibt Voraussetzungen und Umfang dieses Anspruchs im Einklang mit der bisherigen Praxis<sup>259</sup> in Bezug auf die Privatklägerschaft. Der Hinweis auf die Zivilklage macht deutlich, dass grundsätzlich nur dann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt wird, wenn die Privatklägerschaft im Strafverfahren Zivilansprüche geltend macht. Das schliesst nicht aus, dass der Rechtsbeistand (in grösserem Umfang als eine blosse Vertretung es tun könnte) auch im Strafpunkt tätig wird. Einzig für den Fall, dass sich die Privatklägerschaft ausschliesslich im Strafpunkt beteiligen will (vgl. Art. 117 Abs. 2 Bst. a), ist die unentgeltliche Rechtspflege ausgeschlossen; der Ausschluss ist mit Blick darauf gerechtfertigt, dass der Strafantrag grundsätzlich dem Staat, vertreten durch die Staatsanwaltschaft, zusteht<sup>260</sup>.

*Artikel 136 Absatz 1* stellt klar, dass die Kostentragung des Staates bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht definitiv ist. Wie zumeist schon im geltendem Verfahrensrecht wird über diese Kosten grundsätzlich im Endentscheid befunden (vgl. Art. 428). Die Kosten können je nachdem der beschuldigten Person oder aber der Privatklägerschaft auferlegt werden.

*Absatz 2* bezieht sich auf den Fall, dass der Privatklägerschaft nach Artikel 441 eine Prozessentschädigung zu Lasten der beschuldigten Person zugesprochen wird. Diese Entschädigung gilt dem Bund oder Kanton in dem Umfang abgetreten, wie diese die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege getragen haben.

<sup>259</sup> Z.B. BGE 123 I 145

<sup>260</sup> Zum Verzicht auf ein eigentliches Privatstrafklageverfahren vgl. oben Ziff. 1.5.4.1.

Beweismittel lassen sich in zwei Kategorien unterteilen: In den so genannten Personalbeweis, der mündliche Aussagen und schriftliche Ausführungen von Personen (beispielsweise Gutachten) umfasst, sowie den Sachbeweis. Unter diesen fallen alle Sachen, Örtlichkeiten, Zustände oder Vorgänge, die auf Grund ihrer sinnlichen Erkennbarkeit beweisbildend sind. Im Anschluss an allgemeine Bestimmungen (1. Kapitel) folgen – wie in den schweizerischen Strafprozessgesetzen üblich – zuerst Normen über den Personalbeweis (2. bis 5. Kapitel). Das 6. Kapitel regelt den Sachbeweis.

### 2.4.1 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

#### 2.4.1.1 1. Abschnitt: Erhebung und Verwertbarkeit (Art. 137–139)

##### Art. 137 Grundsätze

*Absatz 1* bringt die Folge der Grundsätze der freien Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2) und der materiellen Wahrheit (Art. 6 Abs. 1) zum Ausdruck: Es gibt *keinen Numerus clausus der Beweismittel*. Somit sind zur Erforschung der Wahrheit in den Schranken des Rechts alle denkbaren Beweismittel einsetzbar, auch wenn sie im Prozessgesetz nicht oder noch nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Damit können auch Beweismittel eingesetzt werden, die von der Wissenschaft neu entwickelt werden, ohne dass es der Ergänzung des Gesetzes bedürfte; vorbehalten bleibt allerdings das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage zur Begründung von Grundrechtseingriffen.

Die *Absätze 2 und 3* entbinden die Strafbehörden von der Beweiserhebung über bestimmte Tatsachen und vom Einsatz gewisser Beweismittel. Ob die Voraussetzung für einen Verzicht auf Beweiserhebung bzw. auf den Einsatz eines Beweismittels vorliegen, namentlich ob eine Tatsache unerheblich oder bereits rechtsgenügend erwiesen ist, ist im Rahmen so genannter antizipierter Beweiswürdigung zu beurteilen, welche nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zwar zulässig<sup>261</sup>, bei welcher aber Zurückhaltung am Platz ist<sup>262</sup>.

##### Art. 138 Verbotene Beweiserhebungsmethoden

Aus dem Umstand, dass kein Numerus clausus der Beweismittel besteht, darf nicht geschlossen werden, dass jegliche Beweiserhebungsmethode zulässig wäre. Vielmehr erscheinen gewisse Methoden als mit dem Grundsatz der Achtung der Menschenwürde (vgl. Art. 3) unvereinbar. Bei der Erhebung von Beweisen ist mit Ausnahme der gesetzlich erlaubten Zwangsmassnahmen namentlich jeder Einsatz psychischer oder physischer Gewalt untersagt. Verboten sind zudem Methoden, welche die Denkfähigkeit und Willensfreiheit der betroffenen Person beeinträchti-

<sup>261</sup> BGE 124 I 284 ff.

<sup>262</sup> *Jürg Aeschlimann*, Einführung in das Strafprozessrecht, Bern etc. 1997, N 829; *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, N 291.

gen, also etwa das Versetzen in einen Alkohol- oder Drogenrausch<sup>263</sup>, die Narkoanalyse oder die Verwendung von Lügendetektoren<sup>264</sup>.

Liesse man die in Absatz 1 genannten Methoden mit Einwilligung der betroffenen Person zu, würde dies zu einem indirekten Zwang gegenüber der beschuldigten Person führen. Es bestünde die Gefahr, dass deren Ablehnung der fraglichen Methode als Verdachtsmoment interpretiert würde. Deshalb statuiert *Absatz 2* ein vom Willen der betroffenen Person unabhängiges Verbot.

#### *Art. 139* Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise

Die Folgen von Verletzungen der Beweiserhebungsvorschriften werden in den bisherigen Strafprozessordnungen kaum oder überhaupt nicht geregelt. Der Entwurf legt deshalb Grundsätze fest, welche der Praxis jedoch den notwendigen Raum zur Regelung von Einzelheiten lassen<sup>265</sup>. Artikel 139 regelt die Problematik der Beweisverwertungsverbote allerdings nicht umfassend, sondern nur für jene Fälle, in denen bereits die Erhebung des Beweises an einem Mangel litt. Die Frage eines Beweisverwertungsverbotes kann sich aber auch dann stellen, wenn die Beweiserhebung zwar rechtens war, jedoch Erkenntnisse zu Tage fördert, die nicht im Zusammenhang stehen mit der abzuklärenden Straftat oder der beschuldigten Person. Diese Problematik wird gemeinhin unter dem Stichwort «Zufallsfunde» erörtert.

*Absatz 1* verbietet die Verwertung von Beweisen, die mittels verbotener Methoden erlangt worden sind, generell, also insbesondere auch zu Gunsten der beschuldigten Person.

Haben Strafbehörden Beweise unter Verletzung weniger grundlegender Vorschriften erhoben, ist gemäss *Absatz 2* die Verwertung nicht absolut ausgeschlossen, sondern unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Dies gilt einmal für Beweise, welche die Strafbehörden in strafbarer Weise erhoben haben. Soweit das strafbare Verhalten zugleich eine nach Artikel 138 Absatz 1 unzulässige Methode darstellt, ist die Verwertbarkeit selbstverständlich gestützt auf Absatz 1 ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist die Verwertbarkeit auch dann, wenn das Gesetz selber bestimmte Beweisergebnisse als «nicht verwertbar» bezeichnet (z.B. Art. 147 Abs. 3, Art. 155 Abs. 2). Absatz 2 findet jedoch Anwendung auf Fälle, in denen «nur» eine Strafnorm verletzt worden ist, ohne dass zugleich eine verbotene Methode der Beweiserhebung angewandt worden wäre, beispielsweise bei einer Hausdurchsuchung ohne gültigen Befehl. Eine Verwertung kommt auch dann in Betracht, wenn die Beweise unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben worden sind. Solche Gültigkeitsvorschriften sind abzugrenzen von blossen Ordnungsvorschriften, bei deren Verletzung die Beweise in jedem Fall verwertet werden dürfen (*Abs. 3*). Soweit das Gesetz eine Bestimmung nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet, hat die Praxis die Unterscheidung vorzunehmen, wobei primär auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist: Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt

<sup>263</sup> So schon BGE 90 I 29 ff.

<sup>264</sup> Zur Unzulässigkeit von Narkoanalysen und Lügendetektoren s. BGE 109 Ia 289.

<sup>265</sup> In der Vernehmlassung wurde die Regelung im Grundsatz überwiegend befürwortet, Vernehmlassungsbericht, S. 41.

eine Gültigkeitsvorschrift vor<sup>266</sup>. Eine Verwertung setzt sodann voraus, dass die Beweise für die Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich sind. Dabei können nicht nur Beweise unerlässlich sein, welche die beschuldigte Person belasten, sondern auch solche, die zur Entlastung beitragen.

*Absatz 4* regelt die in der bisherigen Gesetzgebung kaum behandelte Frage der Fernwirkung von Beweisverboten. Während im anglo-amerikanischen Strafverfahrensrecht der Grundsatz der Unverwertbarkeit weiterer gestützt auf unverwertbare Beweise erlangter Erkenntnisse gilt, sind im kontinental-europäischen Recht die Folgen dieser indirekten Beweisregelverletzungen kontrovers: Für eine Fernwirkung spricht, dass andernfalls die Regeln über die Beweiserhebung unterhöhlt werden können. Dagegen spricht jedoch, dass indirekte Beweisverbote der Ermittlung der materiellen Wahrheit hinderlich sein und zu stossenden Freisprüchen offenkundig Schuldiger führen könnten<sup>267</sup>. Nach *Absatz 4* ist der zweite Beweis nur dann unverwertbar, wenn er ohne den ersten nicht hätte erhoben werden können, dieser also *conditio sine qua non* des zweiten ist. Verwertbar wäre somit beispielsweise die Aussage eines Zeugen, der gestützt auf eine – wegen fehlender Belehrung unverwertbaren – Aussage der beschuldigten Person gefunden werden konnte. Dies weil der Zeuge auch ohne die unverwertbare Aussage der beschuldigten Person hätte ausfindig gemacht werden können. Unverwertbar wäre dagegen ein Gutachten, das auf unverwertbaren Aussagen der beschuldigten Person beruht.

*Absatz 5* statuiert eine Mittellösung für das Problem, was mit Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise zu geschehen hat, d.h. solchen, die in Verletzung von Artikel 138 oder von Artikel 139 Absatz 2 erhoben worden sind. Die beiden Extrempositionen einer Pflicht zur sofortigen Vernichtung einerseits und der Belassung in den Akten verbunden mit der Pflicht der Nichtbeachtung andererseits erscheinen ungeeignet: Eine unverzügliche Vernichtung entzöge die Grundlagen für eine Überprüfung der Frage der Unverwertbarkeit durch eine obere Instanz. Zudem können die Akten als Beweismittel von Bedeutung sein in einem Disziplinar- oder Strafverfahren gegen die Strafbehörde, welche Beweise durch verbotene Methoden, in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben hat. Wenn die Aufzeichnungen dagegen in den Akten belassen, aber nicht beachtet werden dürften, bestünde die Gefahr, dass die unverwertbaren Beweise die Entscheidungsfindung dennoch beeinflussen könnten. Aus diesen Gründen wird festgelegt, dass die Akten unter separatem Verschluss, also je nach Umfang etwa in einem versiegelten Umschlag oder Schrank, aufzubewahren sind, und zwar bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens, und dass sie anschliessend zu vernichten sind.

<sup>266</sup> Zur Unterscheidung *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 44 N 51; *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, N 608 f.  
<sup>267</sup> Dazu *Jürg Aeschlimann*, Einführung in das Strafprozessrecht, Bern etc. 1997, N 196; *Niklaus Oberholzer*, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 1994, S. 248 ff.; *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 60 N 16 ff.; *Niklaus Schmid*, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, N 610; *Gérard Piquerez*, Procédure pénale Suisse, Zürich 2000, N 1994 ff.

*Art. 140* Einvernehmende Strafbehörde

Aus Rücksicht auf die Gegebenheiten in den Kantonen gestattet *Absatz 1 zweiter Satz* eine Abweichung vom Grundsatz, dass Einvernahmen von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten, den Übertretungsstrafbehörden und den Gerichten durchzuführen sind. Mittels ausdrücklicher Regelung können der Bund und die Kantone auch Hilfspersonen, etwa Gerichtsschreiberinnen und -schreiber oder Gerichtssekretärinnen oder -sekretäre mit Einvernahmebefugnissen ausstatten.

Die Polizei ist grundsätzlich auf die Einvernahme von beschuldigten Personen und Auskunftspersonen beschränkt, kann also keine Einvernahmen unter strafbewehrter Wahrheits- und Aussagepflicht durchführen. Beschuldigte Personen und Auskunftspersonen haben keine Aussagepflicht. Für die beschuldigten Personen ergibt sich dies aus Artikel 155 Absatz 1 Buchstabe b, für die Auskunftspersonen aus Artikel 177; nach dessen Absatz 2 ist die als Auskunftsperson einzuvernehmende Privatklägerschaft (vgl. Art. 175 Bst. a) nur vor der Staatsanwaltschaft und den Gerichten, nicht aber vor der Polizei zur Aussage verpflichtet, während die in Artikel 177 Absatz 1 genannten Auskunftspersonen vor keiner Strafbehörde einer Aussagepflicht unterstehen. Auf Grund von Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe c hat die Polizei alle einzuvernehmenden Personen über ihre Rechte und Pflichten zu belehren, also auch Auskunftspersonen. Diese Pflicht wird sodann in Artikel 178 Absatz 1 wiederholt.

Weil es der Tradition verschiedener Kantone entspricht, dass gewisse Angehörige der Polizei auch Zeugeneinvernahmen durchführen können (etwa Angehörige der *police judiciaire* in der Romandie), macht *Absatz 2* einen Vorbehalt zu Gunsten entsprechender Regelungen. Besteht eine derartige Regelung, kann die Polizei im Rahmen sog. delegierter Einvernahmen, welche sie gestützt auf einen Auftrag der Staatsanwaltschaft gemäss Artikel 312 Absatz 2 durchführt, Zeuginnen und Zeugen unter Aussage- und Wahrheitspflicht einvernehmen. Wegen ihrer Nähe zur Figur der Zeugin oder des Zeugen ist auch die als Auskunftsperson einzuvernehmende Privatklägerschaft bei delegierten Einvernahmen der Polizei zur Aussage verpflichtet (Art. 177 Abs. 2).

*Art. 141* Durchführung der Einvernahme

Die in dieser Bestimmung festgehaltenen Grundregeln sind nicht nur bei der ersten, sondern bei jeder Einvernahme zu beachten. Die Befragung, Information und Belehrung nach *Absatz 1* hat – wie die gesamte Einvernahme – in einer der einzuvernehmenden Person verständlichen Sprache zu erfolgen.

Obschon die Strafbehörde nach Artikel 259 Absatz 2 die erkennungsdienstliche Erfassung einer Person zwecks Identitätsfeststellung anordnen darf, bedarf es des *Absatzes 3*. Damit besteht eine gesetzliche Grundlage für weitere Massnahmen der Strafbehörden zur Identitätsabklärung, wie etwa das Einholen von Auskünften bei anderen Behörden.

*Absatz 6*: Wie sich aus Artikel 189 Absatz 2 ergibt, können von den Originalen Kopien angefertigt und zu den Akten genommen werden.

#### Art. 142 Schriftliche Berichte

Einvernahmen erfolgen grundsätzlich mündlich und werden durch Protokollierung in die Akten überführt. Vor allem bei Massendelikten kann das Einholen schriftlicher Berichte zur Zeitersparnis beitragen. Gestützt auf Artikel 142 kann beispielsweise bei Massendelikten mit vielleicht Hunderten von geschädigten Personen ein Fragebogen versandt werden. Ein Interesse an schriftlichen Berichten kann aber auch dort bestehen, wo es um technische Auskünfte geht, die sich schriftlich besser erteilen lassen als mündlich. Weil die Redaktion derartiger Berichte unter Umständen jedoch zeitaufwändiger sein kann als eine Einvernahme, soll die Strafbehörde die einzuvernehmende Person nicht zur Erstellung von Berichten verpflichten, sondern sie dazu bloss einladen können. Obschon allen einzuvernehmenden Personen die Möglichkeit der Abgabe eines schriftlichen Berichts eingeräumt werden kann, also auch der beschuldigten Person, ist bei dieser und bei andern Personen, bei denen der persönliche Eindruck eine Rolle spielt, grosse Zurückhaltung angezeigt.

Die Entgegennahme schriftlicher Berichte darf nicht zur Einschränkung der Parteirechte führen; wenn die beschuldigte Person es verlangt, sind Zeuginnen oder Zeugen, die schriftliche Berichte eingereicht haben, auch mündlich einzuvernehmen. Die Strafbehörde darf sich aber auch ihrer Pflicht zur Wahrheitsfindung nach Artikel 137 Absatz 1 und zur Klärung von Widersprüchen nach Artikel 141 Absatz 5 nicht entledigen: Bestehen Zweifel an der Richtigkeit eines Berichts oder will sich die Strafbehörde ein eigenes Bild von der einzuvernehmenden Person verschaffen, hat sie zumindest eine ergänzende Einvernahme durchzuführen. Schliesslich darf die Einladung zur Abgabe eines schriftlichen Berichts nicht zur Aushöhlung der Aussageverweigerungsrechte führen. Die betroffenen Personen sind deshalb auf diese Rechte aufmerksam zu machen.

#### Art. 143 Einvernahme mehrerer Personen und Gegenüberstellungen

*Absatz 2* bildet eine Ausnahme vom Grundsatz der getrennten Einvernahmen nach Absatz 1. Mehrere einzuvernehmende Personen können einander gegenübergestellt werden und haben sich somit in Gegenwart der anderen zu äussern; auf diese Weise lässt sich die Glaubwürdigkeit der Personen häufig besser beurteilen als bei getrennten Einvernahmen. Selbstverständlich können sich zur Aussageverweigerung berechtigte Personen auch bei gemeinsamen Einvernahmen auf dieses Recht berufen; gleich wie bei einer getrennten Einvernahme entbindet ein Aussageverweigerungsrecht jedoch nicht vom Erscheinen. Im Weiteren ist Absatz 2 die Grundlage für Gegenüberstellungen, die das Erkennen oder den Ausschluss gewisser Personen als angebliche Täterschaft zum Ziel haben.

Eine Situation, in welcher eine Interessenkollision nach *Absatz 4 Buchstabe a* besteht, könnte beispielsweise dann vorliegen, wenn sich eine unmündige Person bei der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft von einem Elternteil begleiten lässt. Stellt nun die Staatsanwältin oder der Staatsanwalt Fragen zum Klima innerhalb der Familie oder zum Verhältnis des Kindes zu seinen Eltern, besteht die Möglichkeit, dass die einvernommene Person aus Rücksicht auf den anwesenden Elternteil nicht wahrheitsgemäss oder vollständig aussagt. In einem solchen Fall muss die Staatsanwältin oder der Staatsanwalt die Möglichkeit haben, die Einvernahme ohne Gegenwart des Elternteils durchzuführen. Gleiches gilt für Fälle, in denen ein Opfer wegen der Anwesenheit einer Vertrauensperson (vgl. Art. 149 Abs. 2) in einen Interessenkonflikt zwischen wahrheitsgemässer und vollständiger Aussage einerseits und

Rücksichtnahme auf die Begleitperson andererseits zu geraten droht. Der Ausschluss nach *Absatz 4 Buchstabe b* will Beeinflussung oder Kollusion unter den genannten Personen verhindern.

#### 2.4.1.3

### 3. Abschnitt: Teilnahmerechte bei Beweisabnahmen (Art. 144 und 145)

*Art. 144* Im Allgemeinen

Diese Bestimmung regelt die Teilnahmerechte der Parteien bei Beweisabnahmen, welche von der Staatsanwaltschaft oder den Gerichten durchgeführt werden. Auf Grund von Artikel 312 Absatz 2 sind diese Teilnahmerechte auch von der Polizei zu beachten, wenn diese nach der Eröffnung der Untersuchung gestützt auf einen Auftrag der Staatsanwaltschaft Beweise erhebt. Handelt die Polizei dagegen im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens nach den Artikeln 305 und 306, steht den Parteien grundsätzlich kein Recht auf Teilnahme zu. Dieser Grundsatz wird jedoch durch Artikel 156 relativiert: Nach dessen Absatz 1 hat die Verteidigung der beschuldigten Person das Recht auf Teilnahme an deren Einvernahme. Das Teilnahmerecht ist nicht auf Einvernahmen beschränkt, sondern gilt für alle Beweisabnahmen, etwa auch für einen Augenschein oder eine Tatrekonstruktion. Es steht sodann allen Parteien im Sinne von Artikel 102 zu. Dabei ist vorausgesetzt, dass der betreffenden Person im jeweiligen Verfahren Parteistellung zukommt. Dies ist insbesondere nicht der Fall bei der Privatklägerschaft im Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht.

Dass neben der Partei auch ihr Rechtsbeistand an einer Beweisabnahme teilnehmen kann, ergibt sich an sich bereits aus Artikel 125 Absatz 1. Streng gesehen lässt sich daraus jedoch kein Recht des Rechtsbeistandes auf Teilnahme an einer Einvernahme der eigenen Klientschaft ableiten. Die ausdrückliche Statuierung des Teilnahmerechts auch für Rechtsbeistände in *Absatz 1* beseitigt mögliche Zweifel. Einschränkungen der Teilnahmerechte sind möglich: Zum einen unter den Voraussetzungen von Artikel 106 und zum andern durch die Anordnung von Schutzmassnahmen nach den Artikeln 146 ff. Das Teilnahmerecht umfasst das Recht auf Anwesenheit und das Recht, einer einvernommenen Person Fragen zu stellen. Das Fragerecht besteht jedoch nicht schrankenlos; vielmehr steht es der jeweiligen Verfahrensleitung auf Grund ihrer Aufgabe, eine gesetzmässige und geordnete Durchführung des Verfahrens zu gewährleisten (Art. 60 Abs. 1), zu, bestimmte Fragen nicht zuzulassen, etwa solche, die ungebührlich sind oder nicht den Verfahrensgegenstand betreffen.

*Absatz 2* macht deutlich, dass lediglich ein Recht auf Teilnahme besteht, nicht aber eine Pflicht der Staatsanwaltschaft oder der Gerichte, Beweisabnahmen nur in Anwesenheit der Parteien durchzuführen.

Eine Einschränkung des soeben dargelegten Grundsatzes ergibt sich aus *Absatz 3*: Eine Beweisabnahme ist grundsätzlich zu wiederholen, wenn weder die Partei noch ihr Rechtsbeistand entgegen ihrem Willen und aus zwingenden Gründen daran haben teilnehmen können. Als zwingende Gründe sind etwa zu betrachten: Krankheit, Auslandabwesenheit, aber auch Einschränkungen der Teilnahmerechte gestützt auf Artikel 106 oder die Artikel 146 ff. Von der Wiederholung kann nur abgesehen werden, wenn sie unmöglich ist (etwa weil ein einvernommener Zeuge inzwischen verstorben oder nicht mehr auffindbar ist) oder nur mit unverhältnismässigem Auf-

wand möglich wäre (etwa wenn eine Zeugin oder ein Zeuge von weither anreisen müsste). Im letzten Fall ist ein Verzicht jedoch nur zulässig, wenn dem Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör auf andere Weise Genüge getan werden kann, etwa indem eine Zeugin oder ein Zeuge Ergänzungsfragen auf dem Weg der Rechtshilfe beantwortet. Ist auch dies nicht möglich, darf ein in Abwesenheit der Partei erhobener Beweis nach *Absatz 4* nicht zu deren Lasten verwertet werden.

#### *Art. 145* Im Rechtshilfeverfahren

Diese Bestimmung regelt die Teilnahmerechte bei rechtshilfevoller Beweiserhebung im Ausland. Hier hat die Partei zunächst das Recht, der Verfahrensleitung zu Händen der ersuchten Behörde Fragen zu formulieren. Zudem kann sie nach Einsicht in das Protokoll der rechtshilfevoll vorgenommenen Beweisabnahme Ergänzungsfragen stellen. Soweit die Verfahrensleitung diese zulässt, werden sie wiederum auf dem Rechtshilfegeweg beantwortet.

Soweit sich Behörden im Inland Rechtshilfe leisten (etwa durch rogatorische Einvernahmen), gelten die Teilnahmerechte nach Artikel 144 Absätze 1–3. Die Parteien haben in diesem Fall ein Teilnahmerecht, jedoch keinen Anspruch auf Verschiebung. Hingegen umfasst das Recht auf persönliche Teilnahme auch jenes auf schriftliche Eingaben. Eine Partei kann beispielsweise der Verfahrensleitung schriftliche Fragen einreichen, welche bei der rogatorischen Einvernahme gestellt werden sollen. Allerdings wird in aller Regel das Recht auf Ergänzungsfragen entfallen, weil dessen Ausübung eine erneute Einvernahme bedingen würde.

### **2.4.1.4 4. Abschnitt: Schutzmassnahmen (Art. 146–153)**

Die Notwendigkeit von Massnahmen zum Schutz gewisser am Verfahren beteiligter Personen lässt sich mehrfach begründen: Zum einen regt eine Empfehlung des Europarates vom 10. September 1997<sup>268</sup> Massnahmen zum Schutz von Zeuginnen und Zeugen an, zum andern haben in der Schweiz durchgeführte Verfahren gegen ausländische Kriegsverbrecher das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung von Zeugenschutzmassnahmen erkennen lassen und zur Revision des Militärstrafprozesses geführt<sup>269</sup>. Die Notwendigkeit von Schutzmassnahmen beschränkt sich aber weder auf Militärstrafprozesse noch auf Zeuginnen und Zeugen. Der vorliegende Entwurf sieht deshalb ebenfalls Massnahmen vor, welche sich an jene des Militärstrafprozesses anlehnen, aber insbesondere nicht nur zu Gunsten von Personen ergriffen werden können, die im Verfahren als Zeuginnen oder Zeugen auftreten. Verzichtet wird jedoch auf die Regelung so genannter ausserprozessualer Schutzmassnahmen oder -programme; nach Artikel 153 können Bund und Kantone derartige Massnahmen aber vorsehen.

Weil Schutzmassnahmen die Parteirechte, insbesondere die Verteidigungsrechte, beschränken können, bedürfen sie einer gesetzlichen Grundlage.

<sup>268</sup> Recommandation R(97)13 sur la protection des témoins contre toute manoeuvre d'intimidation et les droits de la défense.

<sup>269</sup> Änderung des Militärstrafprozesses (Zeugenschutz) vom 19. Dez. 2003, in Kraft seit 1. Juni 2004 (AS **2004** 2691 2694; BBl **2003** 767).

Art. 146 Im Allgemeinen

*Absatz 1:* Voraussetzung für die Anordnung von Schutzmassnahmen ist die Annahme, dass die direkt betroffene Person oder Personen nach Artikel 165 Absätze 1–3 einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem andern schweren Nachteil ausgesetzt sind. Damit kann auch eine Gefährdung des Vermögens Schutzmassnahmen begründen, sofern die Gefährdung als «schwerer Nachteil» zu betrachten ist. Dies wäre etwa der Fall, wenn dem Zeugen Gefahr droht, dass sein Ferienhaus in die Luft gesprengt wird.

Zuständig für die Anordnung von Schutzmassnahmen ist «die Verfahrensleitung», d.h. die Verfahrensleitung des urteilenden Gerichts oder des Zwangsmassnahmengerichts oder aber die Staatsanwaltschaft. Keine Kompetenz kommt dagegen der Polizei zu; erachtet diese im polizeilichen Ermittlungsverfahren Schutzmassnahmen als notwendig, hat sie die Staatsanwaltschaft um Anordnung zu ersuchen. Sichert die Staatsanwaltschaft einer Person Anonymität zu, bedarf dies der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 147).

*Absatz 2* nennt in nicht abschliessender Weise mögliche Schutzmassnahmen, welche einzeln oder kombiniert angeordnet werden können. Weil die Massnahmen eine Einschränkung der Verfahrensrechte zur Folge haben, sind die Strafbehörden nach *Absatz 5* verpflichtet, auf andere Weise für die Wahrung des rechtlichen Gehörs, insbesondere der Verteidigungsrechte, zu sorgen. So muss der beschuldigten Person etwa trotz Schutzmassnahmen Gelegenheit zu Ergänzungsfragen an einen Belastungszeugen eingeräumt werden. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz erfordert sodann, dass unter Umständen nur das rechtliche Gehör der beschuldigten Person selber, nicht aber auch ihrer Verteidigung einzuschränken ist.

Art. 147 Zusicherung der Anonymität

Wird einer Person die Anonymität zugesichert, bedeutet dies, dass ihre Personalien im Verfahren nicht bekannt gegeben werden und ihre wahre Identität auch nicht in den Verfahrensakten erscheint. Typischerweise erscheint in den Akten nur eine Decknummer oder der Deckname der geschützten Person. Die Umsetzung der Anonymitätszusicherung im Verfahren wird häufig Massnahmen nach Artikel 146 Absatz 2 erforderlich machen. Anders als die «gewöhnliche» Anordnung dieser Schutzmassnahmen ist eine abgegebene bzw. genehmigte Zusicherung der Anonymität gemäss *Absatz 4* für alle mit dem Fall betrauten Strafbehörden beachtlich.

*Absatz 2:* Wegen dieser langen Bindungswirkung soll die Anonymität nur durch eine richterliche Behörde endgültig erteilt werden können. Sichert die Staatsanwaltschaft die Anonymität zu, bedarf es deshalb der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht. Dessen Entscheid ist zwar endgültig; dies schliesst allerdings nicht aus, dass die Verfahrensleitung eines urteilenden Gerichts später die Anonymität zusichert, obschon das Zwangsmassnahmengericht die Zusicherung der Staatsanwaltschaft nicht genehmigt hatte. Dies ergibt sich aus *Absatz 4*, wonach nur eine genehmigte – nicht aber eine verweigerte – Zusicherung für sämtliche Strafbehörden bindend ist.

*Absatz 3:* Selbstverständlich sind die Beweise auch unverwertbar, wenn die Staatsanwaltschaft überhaupt nicht um eine Genehmigung ersucht hat. Nur jene Beweise dürfen nicht verwertet werden, die von der Person stammen, der Anonymität zugesichert worden ist. Verweigert das Zwangsmassnahmengericht beispielsweise die

einem Übersetzer von der Staatsanwaltschaft zugesicherte Anonymität, führt dies nicht zur Unverwertbarkeit aller Einvernahmen, bei denen der Übersetzer mitgewirkt hat. Die Behandlung von Aufzeichnungen über Beweise, die wegen der fehlenden Genehmigung unverwertbar werden, sind in Artikel 139 Absatz 5 geregelt: Die Aufzeichnungen sind aus den Akten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.

Mit «Strafbehörden» nach *Absatz 4* sind die in den Artikeln 12 und 13 genannten Behörden gemeint. Ausgeschlossen ist somit das Bundesgericht. Vorbehalten bleibt auch der Widerruf nach *Absatz 6*.

Die Anonymität entfällt bloss in zwei Fällen: Bei Verzicht durch die zu schützende Person (*Abs. 5*) oder bei offensichtlichem Wegfall des Schutzbedürfnisses (*Abs. 6*). Dass die Aufhebung der Anonymität auch aus dem letztgenannten Grund möglich sein muss, ergibt sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>270</sup>.

#### *Art. 148* Massnahmen zum Schutz verdeckter Ermittlerinnen und Ermittler

Diese Bestimmung nimmt Bezug auf die Regeln über die verdeckte Ermittlung in den Artikeln 285–297 und legt näher fest, welche Ansprüche verdeckten Ermittlerinnen und Ermittlern auf Grund einer Zusicherung der Anonymität zustehen (*Abs. 1*). *Absatz 2* verweist auf die in Artikel 146 Absatz 2 genannten Massnahmen.

#### *Art. 149–151*

Die Massnahmen zum Schutz von Opfern im Allgemeinen (*Art. 149*) sowie die besonderen Massnahmen zum Schutz von Opfern von Straftaten gegen die sexuelle Integrität (*Art. 150*) entsprechen der geltenden Regelung des Opferhilfegesetzes vom 4. Oktober 1991<sup>271</sup> (OHG). Das Erfordernis der Einvernahme durch eine «Person gleichen Geschlechts» in Artikel 150 *Absatz 1* gilt für alle Strafbehörden.

Auch die besonderen Massnahmen zum Schutz von Kindern (*Art. 151*) entsprechen im Wesentlichen dem geltenden OHG. Das geltende Recht wurde auf Grund der Erfahrungen und Schwierigkeiten der Strafbehörden bei der Anwendung der Artikel 10a–10c OHG in folgenden Punkten nicht übernommen:

- Ob einem Opfer die besonderen Schutzmassnahmen für Kinder zuteil werden, bestimmt sich nicht mehr nach dem Alter zum Zeitpunkt der Eröffnung des Strafverfahrens (so Art. 10a OHG), sondern zum Zeitpunkt der Einvernahme oder Gegenüberstellung (*Art. 151 Abs. 1*). Würde auf den Zeitpunkt der Eröffnung abgestellt, kann dies zur Folge haben, dass für Kinder entwickelte Schutzmassnahmen auf Personen angewendet werden müssen, welche längstens volljährig sind und des besonderen Schutzes offensichtlich nicht mehr bedürfen.
- Nach geltendem Recht müssen bei Kindern als Opfern die besonderen Massnahmen bei Einvernahmen nach Artikel 10c Absatz 2 OHG (namentlich Befragung unter Beizug einer Spezialistin oder eines Spezialisten; Aufzeichnung auf Video; gesonderter Bericht über besondere Beobachtungen)

<sup>270</sup> Urteil i.S. *Visser gegen Niederlande* vom 14. Februar 2002 (Beschwerde Nr. 26668/95).  
<sup>271</sup> SR 312.5.

zwingend angeordnet und durchgeführt werden. Somit fällt auch bei relativ geringfügigen Delikten (etwa bei Übertretungen, Strassenverkehrs- oder Fahrlässigkeitsdelikten) oder in Fällen, in denen derartige Massnahmen weder zum Schutz des Opfers noch zur Beweissicherung nötig sind, ein grosser Aufwand an. *Artikel 151 Absatz 4* knüpft die besonderen Massnahmen deshalb neu an die Voraussetzung, dass erkennbar ist, «dass die Einvernahme oder Gegenüberstellung für das Kind zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte.» Im Vordergrund stehen hier selbstverständlich Straftaten gegen die sexuelle Integrität; die besonderen Schutzmassnahmen können jedoch auch in anderen Fällen zur Anwendung kommen. Die Formulierung («... erkennbar, dass (...) führen *könnte*») will im Übrigen zum Ausdruck bringen, dass an die Erkennbarkeit keine hohen Anforderungen gestellt werden; im Zweifelsfall sind Schutzmassnahmen zu treffen.

- Angesichts der soeben dargelegten Strenge der geltenden Regelung und des daraus folgenden hohen Aufwandes sind einige Kantone dazu übergegangen, beim Vorliegen einer Verzichtserklärung des Kindes oder der gesetzlichen Vertretung auf eine Video-Aufzeichnung zu verzichten. Diese Praxis erscheint mit Blick auf den Schutzzweck der Pflicht zur Video-Aufzeichnung problematisch: Die Aufzeichnung dient nämlich nicht primär dem Schutz des Kindes, sondern der Wahrung der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person. Diese werden durch das Verbot der Konfrontation und die Beschränkung auf höchstens zwei Einvernahmen des Kindes während des ganzen Verfahrens eingeschränkt. Vor diesem Hintergrund erschiene ein Absehen von der Video-Aufzeichnung nur dann gerechtfertigt, wenn (zumindest auch) *die beschuldigte Person* darauf verzichten würde.
- *Artikel 151 Absatz 4 Buchstabe d* schlägt jedoch einen andern Weg vor: Findet keine Gegenüberstellung des Opfers mit der beschuldigten Person statt, ist die Einvernahme zwingend in Bild und Ton aufzuzeichnen. Die Aufzeichnung dient aber nicht bloss der Wahrung der Verteidigungsrechte, sondern kann auch so zur Wahrheitsfindung beitragen, dass sie eine optimale Beweiswürdigung ermöglicht. Deshalb kann eine Aufzeichnung auch angeordnet werden, wenn eine Gegenüberstellung stattfindet, dies gestützt auf *Artikel 74 Absatz 4*.

*Art. 152*            Massnahmen zum Schutz von Personen  
                          mit einer psychischen Störung

Die in *Absatz 2* festgelegte Möglichkeit, spezialisierte Personen mit der Einvernahme von Personen mit einer psychischen Störung zu beauftragen, findet sich in verschiedenen kantonalen Strafprozessgesetzen. Auch bei solchen Einvernahmen ist ein Einvernahmeprotokoll zu erstellen. Unter Umständen wird es erforderlich sein, die mit der Einvernahme beauftragten oder weitere bei der Einvernahme anwesende Personen zusätzlich als Zeuginnen oder Zeugen einzuvernehmen.

Als Vertrauenspersonen oder Sachverständige, welche die Verfahrensleitung zur Einvernahme beiziehen kann, kommen etwa die Vormundin oder der Vormund, Pflegepersonal oder eine Psychiaterin oder ein Psychiater in Betracht.

### Art. 154 Grundsatz

*Absatz 2* räumt einer beschuldigten Person das Recht ein, ihren Standpunkt umfassend in das Verfahren einzubringen; eine Pflicht zur Aussage oder Mitwirkung besteht aber nicht.

### Art. 155 Hinweise bei der ersten Einvernahme

Bereits auf Grund höherrangigen Rechts haben beschuldigte Personen Anspruch darauf, über die gegen sie erhobenen Vorwürfe und ihre Rechte unterrichtet zu werden: Allerdings differenzieren die Bundesverfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention diese Ansprüche danach, ob sich die betroffene Person in Freiheit befindet, oder ob ihr die Freiheit entzogen wurde: Nach Artikel 32 Absatz 2 BV hat «[j]ede angeklagte Person [...] Anspruch darauf, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden». Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, sind gemäss Artikel 31 Absatz 2 BV und Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe a EMRK zudem über den Grund des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte zu orientieren.

*Absatz 1* konkretisiert diese Vorgaben und geht teilweise über sie hinaus: So besteht die Pflicht zur Orientierung über die zustehenden Rechte nicht nur gegenüber Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, sondern gegenüber jeder beschuldigten Person. Dies entspricht – jedenfalls hinsichtlich der Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht – geltendem kantonalen Recht und wurde auch von der Expertenkommission postuliert<sup>272</sup>. Hinsichtlich des Zeitpunkts ergibt sich, dass bereits die Polizei die Orientierungspflicht zu beachten hat. Dabei geht es nicht nur um Einvernahmen, welche die Polizei gemäss Artikel 312 Absatz 2 im Auftrag der Staatsanwaltschaft nach der Eröffnung der Untersuchung durchführt; aus dem Wortlaut von Absatz 1 *Buchstabe a* («... ein Vorverfahren eingeleitet ...») ergibt sich vielmehr, dass die Hinweise bereits in der ersten Einvernahme im Rahmen der *selbständigen* Ermittlungstätigkeit der Polizei zu machen sind. Allerdings gilt die Orientierungspflicht nur für Einvernahmen, d.h. für protokollarisch vorzunehmende Befragungen; nicht einbezogen sind damit Fälle, in denen sich die Polizei etwa bei Verkehrsunfällen durch erste Fragen ein Bild von der Situation zu verschaffen sucht. In solchen Situationen ist die prozessuale Stellung der betreffenden Personen oftmals noch gar nicht geklärt. Zudem beschränkt sich die Orientierungspflicht auf die erste Einvernahme; eine durch die Polizei vorgenommene Orientierung braucht somit später von der Staatsanwaltschaft nicht wiederholt zu werden.

Die Buchstaben a–d legen den Inhalt der Orientierung näher fest: Aus der Orientierung nach *Buchstabe a* soll der einzuvernehmenden Person zum einen bewusst werden, dass sich ein strafrechtlicher Vorwurf gegen sie richtet; zum andern sind ihr die Vorwürfe möglichst umfassend darzulegen. Demnach würde etwa der pauschale Vorwurf des Handels mit Betäubungsmitteln oder gar allgemein des Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz nicht genügen; vielmehr wären der beschuldigten Person nach Ort und Zeit bestimmte Handlungen vorzuhalten, welche einen derartigen Verstoss bedeuten. Vorzuhalten sind also ein möglichst präziser einzelner

<sup>272</sup> Aus 29 mach 1, S. 110.

Lebenssachverhalt und der daran geknüpfte Deliktivorwurf, nicht aber bereits die präzise rechtliche Würdigung. *Buchstabe b* nimmt Bezug auf Artikel 111 Absatz 1, welcher die beschuldigte Person vor dem Zwang schützt, sich selber zu belasten und am Verfahren gegen sie mitzuwirken. *Buchstabe c* bezieht sich auf die Artikel 127–130, *Buchstabe d* auf Artikel 66.

Nach *Absatz 2* hat das Unterlassen der Orientierung die Unverwertbarkeit der Einvernahmeergebnisse zur Folge. Damit wird klargestellt, dass es sich bei der Orientierung nicht um eine bloss Gültigkeitsvorschrift handelt, bei deren Verletzung eine Verwertung nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern nach Massgabe von Artikel 139 Absatz 2 möglich bliebe. Vielmehr ist die Verwertbarkeit in jedem Falle ausgeschlossen. Angesichts dieser Folge ist die Orientierung zu protokollieren; es dürfte sich empfehlen, beschuldigten Personen entsprechende Formulare in einer ihnen verständlichen Sprache auszuhändigen und den Empfang aktenkundig zu machen.

#### *Art. 156*      Polizeiliche Einvernahmen im Ermittlungsverfahren

Auf Grund der Artikel 140 Absatz 2 und 156 kann auch die Polizei beschuldigte Personen einvernehmen, und zwar auch im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens. Dabei fragt sich allerdings, welche Verteidigungsrechte einer beschuldigten Person in dieser frühen Phase des Verfahrens einzuräumen sind, konkret, ab welchem Zeitpunkt die Verteidigung einer beschuldigten Person an Beweisabnahmen teilnehmen darf und ab wann der freie Kontakt mit einer beschuldigten Person, der die Freiheit entzogen worden ist, zugelassen ist. Beide Fragen werden gemeinhin unter dem Schlagwort «Anwalt der ersten Stunde» behandelt.

Nur wenige kantonale Strafprozessordnungen gestatten der Verteidigung, schon bei polizeilichen Einvernahmen einer beschuldigten Person im Ermittlungsverfahren anwesend zu sein<sup>273</sup>. Grosse Zurückhaltung besteht auch hinsichtlich des Zeitpunkts des freien Kontakts zwischen Verteidigung und beschuldigter Person: Soweit eine Gewährung überhaupt vor der ersten einlässlichen Einvernahme vorgesehen ist, wird u.a. auf den Zeitpunkt, in welchem die Anordnung der Untersuchungshaft beantragt wird, oder jenen der Eröffnung des Haftentscheides abgestellt. Das Bundesgericht lehnte es bislang ab, einen Anspruch auf sofortigen freien Kontakt einer festgenommenen beschuldigten Person mit ihrer Verteidigung direkt aus der Bundesverfassung oder aus Artikel 6 Absatz 3 EMRK abzuleiten<sup>274</sup>. Demgegenüber empfehlen sowohl der UN-Menschenrechtsausschuss, der UN-Ausschuss gegen Folter (CAT) als auch der Ausschuss des Europarates zur Verhinderung von Folter (CPT) der Schweiz seit längerem, festgenommenen beschuldigten Personen den sofortigen Kontakt mit der Verteidigung zu erlauben<sup>275</sup>. In ihren Stellungnahmen hat die Schweiz den internationalen Ausschüssen in Aussicht gestellt, die Frage des Kontaktes mit der Verteidi-

<sup>273</sup> Art. 7 Abs. 2 StPO/SO; und in der Praxis des Kantons Aargau gestützt auf Art. 57 i.V.m. Art. 123 Abs. 1 und Art. 126 StPO/AG.

<sup>274</sup> BGE 126 I 153

<sup>275</sup> Berichte des UN-Menschenrechtsausschusses vom 8.11.1996 (CCPR/C/79 Add.70) Ziff. 13 und 24 und vom 12.11.2001 (CCPR/CO/73/CH) Ziff. 12; Bericht des UN-Ausschusses gegen Folter (CAT) vom 27.11.1997 (A/53/44) Ziff. 91 und 96; Berichte des Ausschusses des Europarates zur Verhinderung von Folter (CPT) vom 5.3.1992 Ziff. 121, vom 30.11.1996 Ziff. 45; und vom 9.8.2001 Ziff. 29 und 30. Vgl. auch unten Ziff. 6.2.

gung im Rahmen der Erarbeitung der Schweizerischen Strafprozessordnung zu prüfen bzw. zu regeln<sup>276</sup>.

Der Vorentwurf hatte ein unbedingtes Teilnahmerecht der Verteidigung nur bei polizeilichen Einvernahmen vorläufig festgenommener beschuldigter Personen vorgesehen. Bei andern polizeilichen Einvernahmen hätte dagegen die Polizei über die Teilnahme der Verteidigung entscheiden können. Im Falle der Verweigerung einer Teilnahme der Verteidigung hätten die Aussagen der beschuldigten Person jedoch nur verwertet werden dürfen, wenn diese die Aussagen später in Anwesenheit ihrer Verteidigung bestätigt hätte (Art. 168 VE-StPO).

Diese Regelung war in der Vernehmlassung von einer knappen Mehrheit der Kantone, allen Parteien und einer Minderheit der Organisationen im Grundsatz befürwortet worden<sup>277</sup>.

Bei näherem Hinsehen erweist sich die Regelung allerdings als etwas umständlich. Dies namentlich deshalb, weil die Polizei so zwar das Recht hat, der Verteidigung die Teilnahme an Einvernahmen nicht festgenommener beschuldigter Personen zu verweigern, die Verwertbarkeit der Aussagen jedoch in der Schwebe bleibt, bis die beschuldigte Person vor der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in Anwesenheit ihrer Verteidigung allenfalls die Richtigkeit bestätigt. Diese Kautel ist aus zwei Gründen problematisch: Zum einen beschränkt sie faktisch die Freiheit der Polizei, über die Zulassung der Verteidigung zu entscheiden. Zum andern können sich Schwierigkeiten ergeben, wenn die beschuldigte Person später ihre Aussagen nicht bestätigt. Es fragt sich, was mit Beweisergebnissen geschieht, welche gestützt auf die (nunmehr nicht verwertbaren) Aussagen gewonnen werden konnten. Zudem erscheint es nicht konsequent, dass sich die Aussagen der beschuldigten Person zwar in den Akten befinden und von der Staatsanwaltschaft und dem Gericht zwar zur Kenntnis genommen werden können, diesen Behörden aber untersagt wird, diese Kenntnisse zu berücksichtigen.

Aus diesen Gründen differenziert die jetzige Regelung nicht mehr zwischen der Teilnahme an polizeilichen Einvernahmen festgenommener und in Freiheit befindlicher beschuldigter Personen. Vielmehr steht der Verteidigung bei allen polizeilichen Einvernahmen das Recht zu, teilzunehmen und Fragen zu stellen. In der Sache dürfte dies kaum zu einer Änderung gegenüber der im Vorentwurf vorgeschlagenen Regelung führen, denn auch nach dieser hätte die Polizei dem Gesuch um Teilnahme wohl in aller Regel entsprochen, um die Gefahr der Unverwertbarkeit der Aussagen zu vermeiden.

*Absatz 1:* Auch wenn die Verteidigung ein Recht auf Teilnahme hat, muss sie dieses geltend machen. Die Polizei ist nicht verpflichtet, von sich aus tätig zu werden und eine Anwältin oder einen Anwalt aufzubieten oder einzuladen, selbst wenn sie Kenntnis hat, wer die beschuldigte Person üblicherweise verteidigt. Sodann ist das Teilnahmerecht der Verteidigung auf Einvernahmen ihrer Mandantin oder ihres Mandanten beschränkt; an andern Einvernahmen, wie etwa von Auskunftspersonen oder Mitbeschuldigten, kann sie nicht teilnehmen.

Gerade auch mit Blick darauf, dass eine vorläufige Festnahme höchstens 24 Stunden dauern darf (Art. 218 Abs. 4), die polizeiliche Einvernahme einer vorläufig festge-

<sup>276</sup> Stellungnahmen des Bundesrates zu den Berichten des Ausschusses des Europarates zur Verhinderung von Folter (CPT) vom 2.6.1997, S. 15, und 27.2.2002, Ziff. 39.

<sup>277</sup> Vernehmlassungsbericht S. 44.

nommenen Person somit rasch erfolgen muss, legt *Absatz 2* fest, dass die Verteidigung keinen Anspruch auf Verschiebung einer Teilnahme hat. Andernfalls könnte sie durch Verschiebungsgesuche bewirken, dass die Höchstdauer der vorläufigen Festnahme verstreicht, ohne dass eine Einvernahme hätte durchgeführt werden können. Auch bei Einvernahmen nicht festgenommener Personen besteht kein Anspruch auf Verschiebung. Dennoch ist auf die Abkömlichkeit der Verteidigung nach Möglichkeit Rücksicht zu nehmen. *Absatz 2* darf nicht dazu führen, dass das Teilnahmerecht seines Inhalts entleert wird. Ist die um Teilnahme ersuchende Verteidigung etwa innert nützlicher Frist abkömmlich, soll mit der Einvernahme bis dahin zugewartet werden.

Das Recht auf freien Verkehr nach *Absatz 3* ist eng mit der Einvernahme verknüpft: Wenn zur Verstärkung der Verteidigungsrechte die Verteidigung bereits bei der ersten polizeilichen Einvernahme zugelassen wird, so muss sie die Möglichkeit haben, sich vor der Einvernahme oder während einer Unterbrechung derselben kurz mit der beschuldigten Person zu besprechen. Andernfalls würde die Wirksamkeit der Verteidigung erheblich eingeschränkt. Auch weil es um Einvernahmen während einer vorläufigen Festnahme geht, deren Höchstdauer 24 Stunden beträgt, kann es sich allerdings nur um kurze Besprechungen handeln. Andernfalls hätten es die Verteidigung und die beschuldigte Person in der Hand, durch Gesuche um Besprechungen die Frist einer vorläufigen Festnahme verstreichen zu lassen, ohne dass eine Einvernahme hätte stattfinden können.

*Art. 157* Einvernahme einer geständigen beschuldigten Person  
durch Staatsanwaltschaft und Gericht

Gegenstand eines Geständnisses kann nur ein Sachverhalt sein, nicht aber eine rechtliche Qualifikation.

Diese Bestimmung stellt klar, dass der Sachverhalt auch dann weiter abzuklären ist, wenn die beschuldigte Person die gegen sie erhobenen Vorwürfe zugegeben hat. Durch die weitere Befragung der beschuldigten Person und andere Beweiserhebungen, mit denen sich die Richtigkeit des abgelegten Geständnisses überprüfen lässt, ist zum einen die Beweislage auch für den Fall eines Widerrufs des Geständnisses zu sichern; zum andern soll dadurch falschen Geständnissen vorgebeugt werden.

Je nach Glaubwürdigkeit des Geständnisses und der weiteren Beweislage werden die Staatsanwaltschaft und das Gericht die beschuldigte Person auch bloss summarisch einvernehmen können. Insbesondere ist es denkbar, dass sich das Gericht auf die Abklärung der für die Strafzumessung wesentlichen Elemente konzentriert.

*Art. 158* Abklärung der persönlichen Verhältnisse im Vorverfahren

Dieser Bestimmung liegt der Gedanke zu Grunde, dass Fragen über die persönlichen Verhältnisse die Privatsphäre der beschuldigten Person berühren. Solange noch offen ist, ob die Untersuchung in eine Anklage oder einen Strafbefehl münden wird, soll die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person deshalb grundsätzlich nicht über die persönlichen Verhältnisse einvernehmen. Ausnahmen sind allerdings möglich; so kann die Kenntnis der persönlichen Verhältnisse etwa nötig sein zur Klärung, inwieweit weiteren einzuvernehmenden Personen tatsächlich Zeugnisverweigerungsrechte zustehen.

Im Stadium des Hauptverfahrens gelten die Beschränkungen von Artikel 158 nicht mehr; der Schutz der Privatsphäre der beschuldigten Person vor unnötigen Abklärungen der persönlichen Verhältnisse wird hier durch eine Zweiteilung der Hauptverhandlung nach Artikel 343 ermöglicht.

Aus der ausdrücklichen Nennung der Staatsanwaltschaft ergibt sich, dass Einvernahmen der Polizei über die persönlichen Verhältnisse nur im Rahmen von Aufträgen der Staatsanwaltschaft nach Artikel 312 zulässig sind.

### 2.4.3 3. Kapitel: Zeuginnen und Zeugen

#### 2.4.3.1 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 159–164)

##### *Art. 160* Zeugnisfähigkeit und Zeugnispflicht

Wer eine der in *Absatz 1* genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, ist als Auskunftsperson einzuvernehmen (Art. 175 Bst. b und c). Ob jemand urteilsfähig ist, bestimmt sich nach den Kriterien von Artikel 16 ZGB<sup>278</sup>; die Urteilsfähigkeit ist also auch im Strafverfahren ein relativer Begriff. Zur Abklärung der Urteilsfähigkeit kann nach Artikel 161 Absatz 2 eine Begutachtung durch eine sachverständige Person angeordnet werden.

*Absatz 2*: Die Zeugnispflicht enthält zwei Elemente: die Pflicht zur Aussage an sich und die Pflicht zur *wahrheitsgemässen* Aussage.

##### *Art. 161* Abklärungen über die Zeugin oder den Zeugen

*Absatz 1* dient dem Schutz der Persönlichkeit von Zeuginnen und Zeugen. Die bei der Abklärung der persönlichen Verhältnisse der beschuldigten Person zu beachtende Zurückhaltung (vgl. Art. 158) muss zumindest ebenso gelten für Zeuginnen und Zeugen, gegen die ja kein Tatverdacht besteht.

*Absatz 2* schafft die erforderliche<sup>279</sup> gesetzliche Grundlage für die Einholung von Gutachten über Zeuginnen und Zeugen. Eine Begutachtung zur Abklärung der Urteilsfähigkeit ist, genau besehen, natürlich nicht auf Zeuginnen und Zeugen im strengen Sinn beschränkt: Die Begutachtung bezweckt ja gerade abzuklären, ob eine der Voraussetzungen für die Zeugeneigenschaft, nämlich die Urteilsfähigkeit, vorliegt. Eine Begutachtung kommt somit auch in Frage gegenüber Personen, bei denen zunächst anzunehmen ist, sie seien mangels Urteilsfähigkeit als Auskunftspersonen zu befragen (vgl. Art. 175 Bst. c).

Eine Begutachtung ist zudem möglich zur Prüfung, ob bei der Zeugin oder dem Zeugen psychische Störungen vorliegen. Letzteres kann von Bedeutung sein zur Feststellung einer durch die Straftat verursachten psychischen Schädigung und insbesondere für die Frage der Glaubwürdigkeit der Zeugin oder des Zeugen. Zu beachten ist jedoch, dass die Prüfung der Glaubwürdigkeit von Zeuginnen und Zeugen die ureigenste Aufgabe von Gerichten im Rahmen der Beweiswürdigung ist.

<sup>278</sup> SR 210

<sup>279</sup> Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage schon *Robert Hauser*, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 121 f.

Glaubwürdigkeitsgutachten sind nur angezeigt, wenn das Gericht spezifisches Fachwissen benötigt, um überhaupt über die zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit erforderlichen Elemente zu verfügen.

Die Anordnung von Gutachten über Zeuginnen und Zeugen berührt deren Persönlichkeitsrechte und hat deshalb den Grundsatz der Verhältnismässigkeit strikte zu beachten. Darauf nimmt die Bestimmung mehrfach Bezug: Zum einen darf eine Begutachtung nur erfolgen, wenn die Bedeutung des Strafverfahrens sie rechtfertigt; vorausgesetzt ist somit die Verfolgung von einigermaßen schweren Delikten, ausgeschlossen ist eine Begutachtung bei blossen Bagatelldelikten. Sodann muss das erwartete Zeugnis für die Wahrheitsfindung bedeutsam erscheinen. Schliesslich ist nur eine ambulante Begutachtung zulässig; eine stationäre dürfte nur mit Einwilligung der betroffenen Person vorgenommen werden.

#### *Art. 162*      Schweigegebot für die Zeugin oder den Zeugen

Werden mehrere Personen zum gleichen Sachverhalt einvernommen, besteht im Interesse der Wahrheitsfindung oft das Bedürfnis, die Zeuginnen und Zeugen über die erfolgte Einvernahme oder nur schon über die Tatsache der Vorladung zu einer solchen zu Stillschweigen zu verpflichten. Nach den meisten kantonalen Strafprozessordnungen ist es den Behörden bloss möglich, Zeuginnen und Zeugen um Stillschweigen zu ersuchen, ohne dies mit einer eigentlichen Verpflichtung zu verbinden.

Eine Schweigepflicht darf einer Zeugin oder einem Zeugen nur dann auferlegt werden, wenn tatsächlich die Gefahr einer Beeinflussung besteht, welche die Wahrheitsfindung beeinträchtigen könnte. Die Strafandrohung darf demnach nicht zum üblichen Bestandteil einer Zeugenvorladung werden.

#### *Art. 163*      Einvernahme der geschädigten Person

Eine durch die Straftat geschädigte Person fällt unter die Begriffsbestimmung der Zeugin oder des Zeugen nach Artikel 159 und ist deshalb grundsätzlich als Zeugin oder Zeuge einzuvernehmen (*Abs. 1*).

*Absatz 2*: Konstituiert sich die geschädigte Person im Verfahren aber als Privatklägerin, hat sie die Stellung einer Partei (*Art. 102 Abs. 1 Bst. b*). Weil dieser ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Verfahrens eigen ist, erscheint es fragwürdig, eine Partei unter strafbewehrter Wahrheitspflicht einzuvernehmen. Ein derartiges Interesse wird besonders dann bestehen, wenn sich die Privatklägerschaft auch im Zivilpunkt konstituiert. In diesem Fall stehen regelmässig die Zivilansprüche im Vordergrund, und die Stellung der Privatklägerschaft ist vergleichbar mit jener einer Partei im Zivilprozess, in welchem die Einvernahme einer Partei als Zeugin gerade nicht in Frage kommt<sup>280</sup>. Aus diesem Grund ist die Privatklägerschaft im Strafprozess als Auskunftsperson einzuvernehmen. Zudem lassen sich damit Konfliktsituationen der Privatklägerschaft vermeiden, in welche diese geraten könnte, wenn sie sich zwischen der Wahrung der eigenen Interessen und der durch Strafandrohung gesicherten Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage entscheiden müsste. Gegen eine Einvernahme als Auskunftsperson liesse sich zwar einwenden, damit würden oft die

<sup>280</sup> Vgl. Art. 160 des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung vom Juni 2003.

einigen Zeuginnen oder Zeugen verloren gehen, die unter Aussage- und Wahrheitspflicht Wesentliches oder gar Entscheidendes zur Aufklärung der Straftat beitragen könnten. Dem ist entgegenzuhalten, dass Aussagen von Auskunftspersonen nicht von vornherein weniger Wert zukommt als solchen von Zeugen. Vielmehr sind beide vom Gericht sorgfältig zu würdigen. Sodann ist zu beachten, dass die Privatklägerschaft auch als Auskunftsperson nach Artikel 177 Absatz 2 zur Aussage verpflichtet ist. Zwar ist diese Aussagepflicht anders als bei Zeuginnen und Zeugen nicht strafbewehrt, verweigert die Privatklägerschaft indes die Aussage, ohne dass sie sich auf ein Zeugnisverweigerungsrechte berufen könnte, kann dieses Verhalten zu ihren Ungunsten gewürdigt werden. Schliesslich wird auch die Auskunftsperson auf mögliche Folgen falscher Aussagen hingewiesen (Art. 178 Abs. 2).

### 2.4.3.2                    2. Abschnitt: Zeugnisverweigerungsrechte (Art. 165–173)

Die Zeugnispflicht nach Artikel 160 Absatz 2 entfällt, wenn eines der in diesem Abschnitt genannten Zeugnisverweigerungsrechte gegeben ist. Die Aufzählung ist abschliessend.

Die Regelung übernimmt im Wesentlichen die Zeugnisverweigerungsrechte, wie sie in den kantonalen Strafprozessordnungen zu finden sind. Allerdings erfolgt, verglichen mit den Regelungen der meisten bestehenden Strafprozessordnungen, zu Gunsten der Wahrheitsfindung eine Einschränkung, indem die Zeugnisverweigerungsrechte auf Grund persönlicher Beziehung (Art. 165) und zum Schutz nahe stehender Personen (Art. 166 Abs. 2) bei der Verfolgung schwerer Delikte entfallen kann (Art. 165 Abs. 4 und Art. 166 Abs. 2 zweiter Teilsatz).

#### *Art. 165*                    Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund persönlicher Beziehung

Dieses Zeugnisverweigerungsrecht will Personen, die in enger Beziehung zur beschuldigten Person stehen, den Konflikt ersparen, sich zwischen der aktiven Mitwirkung etwa an der Überführung einer nahe stehenden Person einerseits und einer falschen Zeugenaussage (Art. 307 StGB) andererseits entscheiden zu müssen<sup>281</sup>.

Die *Absätze 1–3* enthalten eine abschliessende Aufzählung der Personen, welche auf Grund ihrer Nähe zur beschuldigten Person ihre Aussage verweigern dürfen. Der Kreis der genannten Personen entspricht im Wesentlichen dem in den schweizerischen Strafprozessordnungen genannten. Wie im Expertenbericht vorgeschlagen<sup>282</sup>, wird auf das Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund eines Verlöbnisses verzichtet. Hingegen sind Personen, welche mit der beschuldigten Person eine faktische Lebensgemeinschaft führen, nach *Absatz 1 Buchstabe a* zur Zeugnisverweigerung berechtigt. Der Begriff der faktischen Lebensgemeinschaft ist durch das Partnerschaftsgesetz vom 18. Juni 2004<sup>283</sup> in verschiedene prozessuale Erlasse eingeführt worden. Damit ist eine eheähnliche Gemeinschaft zweier Personen gleichen oder verschiedenen Geschlechts gemeint, welche sich weder für eine Ehe noch für eine eingetragene Partnerschaft entscheiden. Allerdings entfaltet eine faktische Lebens-

<sup>281</sup> Vgl. BGE 118 IV 180.

<sup>282</sup> Aus 29 mach 1, S. 101.

<sup>283</sup> BBl 2004 3137; künftige SR-Nummer 211.231.

gemeinschaft bezüglich der Zeugnisverweigerungsrechte nicht die gleiche Wirkung wie die Ehe oder die eingetragene Partnerschaft: So steht das Zeugnisverweigerungsrecht mangels Erwähnung der faktischen Lebensgemeinschaft in Absatz 2 allein dem mit der beschuldigten Person in faktischer Lebensgemeinschaft lebenden Partner zu, nicht aber beispielsweise dessen Geschwistern oder Eltern. Zudem besteht das Zeugnisverweigerungsrecht der mit der beschuldigten Person in faktischer Lebensgemeinschaft lebenden Partnerin nach Auflösung der Gemeinschaft nicht mehr. Für die Ehe und die eingetragene Partnerschaft besteht das Zeugnisverweigerungsrecht über die Dauer der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft hinaus (*Abs. 3*). Der wesentliche Grund für diese Differenz besteht in möglichen Beweisschwierigkeiten: Während sich die Dauer einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft auf Grund der Einträge im Zivilstandsregister zweifelsfrei nachweisen lässt, können diesbezüglich bei einer faktischen Lebensgemeinschaft erhebliche Schwierigkeiten auftreten.

*Absatz 1 Buchstabe b* räumt Personen ein Zeugnisverweigerung ein, mit denen die beschuldigte Person gemeinsame Kinder hat. Dabei ist nicht erforderlich, dass diese Person und die beschuldigte Person eine faktische Lebensgemeinschaft führen; hingegen genügt die blosser *Behauptung* der als Zeugin oder Zeuge einzuzurechnenden Person nicht, sie habe mit der beschuldigten Person gemeinsame Kinder; vorausgesetzt ist das Bestehen eines Kindesverhältnisses nach den Regeln des ZGB.

*Absatz 1 Buchstabe c*: Der Verwandtschaft ist auf Grund von Artikel 267 ZGB die Adoptivverwandtschaft gleichgestellt. Was die Stiefverwandtschaft betrifft, so stellt das Verhältnis eines Stiefkindes zu seinem Stiefelternteil (bspw. der Sohn zum zweiten Ehemann der Mutter) eine Schwägerschaft nach Artikel 21 Absatz 1 ZGB dar. Besonderer Nennung bedarf jedoch das Verhältnis von Stiefkindern untereinander (vgl. *Abs. 1 Bst. d und e*).

*Absatz 4* enthält eine Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts, welche nur wenigen kantonalen Strafprozessordnungen bekannt ist und die von der Expertenkommission angeregt wurde<sup>284</sup>. Die Regelung beruht auf der Überlegung, dass das Zeugnisverweigerungsrecht bei gewissen schweren Straftaten, die sich im Familienkreis abgespielt haben, gegenüber den staatlichen Strafverfolgungsinteressen zurückzutreten hat. Zunächst gilt die Einschränkung nur für Strafverfahren wegen der in Buchstabe a abschliessend genannten Taten. Vorausgesetzt ist sodann, dass die Zeugin oder der Zeuge in jenem Verfahren einvernommen werden soll, das zur Abklärung der Straftat gemäss Buchstabe a dient, also beispielsweise wenn die Tochter im Verfahren gegen ihren Vater einvernommen wird, dem die Tötung der Ehefrau und Mutter der Zeugin vorgeworfen wird.

Die Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts gilt jedoch auch beim Vorliegen der Voraussetzungen nach den Buchstaben a und b nicht für das Opfer, soweit die Fragen seine Intimsphäre betreffen. Aus Artikel 166 Absatz 4 ergibt sich, dass das Zeugnisverweigerungsrecht des Opfers vorgeht («... in jedem Fall ...»).

*Art. 166* Zeugnisverweigerungsrecht zum eigenen Schutz oder zum Schutz nahe stehender Personen

Dem Zeugnisverweigerungsrecht nach den *Absätzen 1 und 2* liegt der gleiche Gedanke zugrunde wie dem Aussageverweigerungsrecht der beschuldigten Person:

<sup>284</sup> Aus 29 mach 1, S. 101.

Niemand soll gehalten sein, sich durch eigene Aussagen selber zu belasten. Die Absätze 1 und 2 gehen aber noch weiter: Zum einen genügt für das Zeugnisverweigerungsrecht die Gefahr, dass auf Grund der Aussage der Zeugin oder des Zeugen ihr nahe stehende Personen im Sinne von Artikel 165 verantwortlich gemacht werden könnten; zum andern reicht die Gefahr einer bloss zivilrechtlichen Verantwortlichkeit, also von vermögensrechtlichen Nachteilen. Dagegen genügt die Gefahr nicht, dass die Aussage ausschliesslich die Ehre der Zeugin oder des Zeugen beeinträchtigen könnte. Die Gewährung des Zeugnisverweigerungsrechts wegen der Gefahr einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit setzt allerdings voraus, dass den geltend gemachten Vermögensinteressen Vorrang gegenüber den Strafverfolgungsinteressen zukommt. Darüber haben – je nach dem Verfahrensstadium – die einvernehmende Behörde oder das Gericht zu entscheiden (Art. 171 Abs. 1).

Bei der Gefahr der Belastung einer nahe stehenden Person behält *Absatz 2* überdies Artikel 165 Absatz 4 vor. Damit wird verhindert, dass sich Zeuginnen oder Zeugen, welche nach Artikel 165 Absatz 4 in einem Verfahren gegen eine ihnen nahe stehende Person aussagen müssen, auf das Zeugnisverweigerungsrecht zum eigenen Schutz berufen können. Allerdings hat Artikel 165 Absatz 4 insbesondere nur dann Vorrang gegenüber dem Zeugnisverweigerungsrecht nach Artikel 166, wenn es um eine Einvernahme im Verfahren gegen die der Zeugin oder dem Zeugen nahe stehende Person wegen einer in Artikel 165 Absatz 4 Buchstabe a genannten Tat geht<sup>285</sup>.

Das Zeugnisverweigerungsrecht nach *Absatz 3* zum Schutz vor einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem andern Nachteil kommt nur in Ausnahmesituationen zum Tragen, in denen die aussagepflichtigen Personen nicht auf andere Weise, insbesondere mittels Schutzmassnahmen nach den Artikeln 146–150, geschützt werden können. Personen, zu deren Schutz solche Massnahmen angeordnet worden sind, können sich nicht auf dieses Zeugnisverweigerungsrecht berufen.

Der Wortlaut von *Absatz 4* («... in jedem Fall ...») stellt klar, dass das Aussageverweigerungsrecht des Opfers sowohl einer Aussagepflicht nach Absatz 2 wie auch einer solchen nach Artikel 165 Absatz 4 vorgeht.

#### *Art. 167* Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund eines Amtsgeheimnisses

Nach Artikel 320 StGB sowie dem anwendbaren Verwaltungsrecht unterstehen Beamtinnen und Beamte sowie Mitglieder von Behörden dem Amtsgeheimnis. Daraus folgt das Verbot, über die Tatsachen als Zeuginnen oder Zeugen auszusagen, die ihnen in ihrer amtlichen Stellung bekannt wurden.

Nach *Absatz 2* besteht das Zeugnisverweigerungsrecht aber nicht in jedem Fall. Es entfällt bei einer Anzeigepflicht, welche sich aus diesem Gesetz (vgl. Art. 301) oder aus andern Gesetzen ergeben kann. Die in Artikel 301 statuierte Anzeigepflicht hat

<sup>285</sup> Beispiel: Im Verfahren gegen X. wegen Diebstahls wird eine Kollegin von X. als Zeugin einvernommen. Diese sagt aus, sie erinnere sich noch ganz genau, dass X. an einem bestimmten Abend nicht bei ihr gewesen sei. Ihre Erinnerung sei deshalb so gut, weil ihr Vater an jenem Abend ihre Mutter in einem Streit zu töten versucht habe. Die ganze Familie habe bisher über den Vorfall Stillschweigen gewahrt. Die Zeugin kann sich bei ihrer Einvernahme im Verfahren gegen X. auf die Frage der Staatsanwaltschaft, weshalb sie sich noch genau an das Datum des fraglichen Abends erinnern könne, auf das Zeugnisverweigerungsrecht zum eigenen Schutz berufen und muss ihren Vater nicht belasten, da sie nicht im Verfahren gegen ihn einvernommen wird.

zur Folge, dass die Angehörigen der Strafverfolgungsbehörden über ihre Feststellungen in Strafverfahren aussagen müssen, also etwa Polizistinnen und Polizisten über die am Tatort gemachten Feststellungen. Damit entfällt die in zahlreichen Kantonen notwendige Entbindung vom Amtsgeheimnis durch die vorgesetzte Behörde. Eine solche ist jedoch erforderlich für Aussagen über Tatsachen, die ausserhalb der Anzeigepflicht liegen, oder für Personen, welche keiner Anzeigepflicht unterliegen.

Bisheriger Lehre und Rechtsprechung folgend, verpflichtet *Absatz 3* die vorgesetzte Behörde zur Erteilung der Ermächtigung, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung das Geheimhaltungsinteresse überwiegt.

#### *Art. 168* Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund eines Berufsgeheimnisses

Dieses Zeugnisverweigerungsrecht erfasst in *Absatz 1* alle in Artikel 321 StGB genannten Personen, mit Ausnahme der nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichteten Revisoren. Diese Ausnahme entspricht der herrschenden Lehre und Praxis und setzt sich nicht in Widerspruch zu anderem Bundesrecht, denn Artikel 321 Ziffer 3 StGB behält die eidgenössischen Bestimmungen über die Zeugnispflicht ausdrücklich vor.

Daneben steht Personen, welche von Artikel 321 StGB nicht erfasst sind, kein Zeugnisverweigerungsrecht nach dieser Bestimmung zu. Zwar ist durchaus davon auszugehen, dass auch Berufspersonen, welche nicht dem strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnis unterliegen, schutzwürdige Geheimnisse anvertraut werden. Zu denken ist etwa an nichtärztliche Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten oder Psychologinnen und Psychologen. In einer Motion vom 22. Juni 2000<sup>286</sup> verlangt Nationalrätin Pia Hollenstein denn auch eine Änderung von Artikel 321 StGB in dem Sinn, dass alle Angehörigen eines Gesundheitsberufs dem Berufsgeheimnis unterstellt werden sollen. Damit verbunden ist die Forderung, dass den dem Berufsgeheimnis des Artikel 321 StGB unterstehenden Personen des Gesundheitswesens auch ein Zeugnisverweigerungsrecht zustehen soll. Im Rahmen der Änderung der Allgemeinen Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches hat der Bundesrat mit Bezug auf derartige Begehren in Aussicht gestellt, die Erweiterung von Artikel 321 StGB werde im Zusammenhang mit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts geprüft werden<sup>287</sup>.

Nunmehr wird aus folgenden Gründen darauf verzichtet, weitere Berufspersonen in Artikel 321 StGB aufzunehmen und ihnen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach Artikel 168 einzuräumen: Im Unterschied zu den in Artikel 321 StGB aufgeführten und nach Artikel 168 zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen unterstehen Berufspersonen der genannten Art nicht in jedem Fall einer Aufsichtsbehörde im Sinne von Artikel 321 Ziffer 2 StGB, welche die Entbindung vom Berufsgeheimnis verfügen kann. Mangels Gesetzgebungskompetenz ist es dem Bund auch nicht möglich, für alle Berufspersonen, welche in Artikel 321 StGB aufgenommen werden könnten, eine Aufsichtsbehörde vorzusehen. Würde diesen Personen aber ein gleiches Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt wie den in Artikel 168 genannten

<sup>286</sup> 2000 P. 00.3344

<sup>287</sup> Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 2148 ff.).

Personen, wären die keiner Aufsichtsbehörde unterstehenden Berufspersonen nur im Falle der Entbindung durch die Geheimnisherrin oder den Geheimnisherrn zur Aussage verpflichtet. Folglich wäre die Position beispielsweise eines Patienten einer Psychologin stärker als jene des Patienten einer Ärztin: Dieser könnte allein über die Entbindung vom Berufsgeheimnis und damit über die Aussagepflicht der Psychologin befinden, während die Ärztin auch gegen den Willen ihres Patienten aussagen müsste, sofern eine Entbindung durch die Aufsichtsbehörde erfolgt ist. Für einen derartigen Unterschied besteht keine sachliche Rechtfertigung.

Im Weiteren kann dem Anliegen anderer als in Artikel 321 StGB genannter Berufspersonen auf Zeugnisverweigerung und damit jenem ihrer Klientschaft auf Schutz vertraulicher Informationen auch auf andere Weise als durch die Aufnahme weiterer Berufsgruppen in Artikel 321 StGB und die Einräumung eines Zeugnisverweigerungsrechts auf Grund eines Berufsgeheimnisses angemessen Rechnung getragen werden.

Ausgangspunkt ist dabei die Tatsache, dass auch Berufspersonen, welche nicht von Artikel 321 StGB erfasst sind, unter Strafandrohung zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Wohl die wichtigste Bestimmung in diesem Zusammenhang ist Artikel 35 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992<sup>288</sup> über den Datenschutz (DSG). Diese Bestimmung erfasst unbestrittenermassen auch Psychologinnen und Psychologen, Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten, Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter, das Pflegefachpersonal, Ernährungsberater und -beraterinnen oder Erzieherinnen und Erzieher<sup>289</sup>.

Diese Gründe würden es an sich nahe legen, die Motion Hollenstein (2000 P. 00.3344 abzulehnen. Wenn der Bundesrat dennoch davon absieht, so mit Rücksicht auf die laufenden Arbeiten an einem Bundesgesetz über die Psychologieberufe. Der entsprechende Vorentwurf vom Mai 2005 sieht vor, Psychologinnen und Psychologen dem Berufsgeheimnis nach Artikel 321 StGB zu unterstellen. Die Ergebnisse der Beratungen zu diesem Gesetz werden zeigen, ob die oben genannten Einwände (insbes. fehlende Aufsichtsbehörde) so weit dahinfallen, dass eine Gleichstellung der Psychologinnen und Psychologen mit den andern zur Zeugnisverweigerung nach Artikel 168 berechtigten Personen gerechtfertigt erscheint. In diesem Fall wäre Artikel 168 entsprechend anzupassen.

Hingegen ist zu beachten, dass den genannten Berufsgruppen bereits nach dem vorliegenden Entwurf der Strafprozessordnung ein – wenn auch schwächeres – Zeugnisverweigerungsrecht zusteht: Berufspersonen, die der Schweigepflicht nach Artikel 35 DSG unterstehen, haben nach Artikel 170 ein Recht auf Zeugnisverweigerung. Zwar sehen bereits gewisse kantonale Strafprozessordnungen Zeugnisverweigerungsrechte für Berufspersonen vor, welche nicht von Artikel 321 StGB erfasst sind; allerdings führt die Verschiedenheit der kantonalen Regelungen dazu, dass etwa nach Artikel 35 DSG zur Verschwiegenheit verpflichtete Personen nicht in der ganzen Schweiz ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt. Mit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts wird diese sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgehoben.

*Absatz 2* beschränkt das Zeugnisverweigerungsrecht: Personen mit einer Anzeigepflicht müssen als Zeuginnen oder Zeugen im Bereich dieser Anzeigepflicht aus-

<sup>288</sup> SR 235.1

<sup>289</sup> BBl 1999 2151 f.

sagen. Dies gilt etwa für Ärztinnen und Ärzte, soweit sie aussergewöhnliche Todesfälle zu melden haben. Eine Aussagepflicht besteht sodann, vorbehaltlich Absatz 3, auch bei Entbindung von der Geheimhaltungspflicht durch die Aufsichtsbehörde oder die Geheimnisherrin oder den Geheimnisherrn.

Bezogen auf Anwältinnen und Anwälte steht diese Regelung im Widerspruch zur heutigen Fassung von Artikel 13 Absatz 1 des Anwaltsgesetzes vom 23. Juni 2000<sup>290</sup> (BGFA), wonach auch eine Entbindung von der Geheimhaltungspflicht die Anwältinnen und Anwälte nicht zur Preisgabe von Anvertrautem verpflichtet. Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Einräumung eines derartigen Aussageverweigerungsrechts, das sogar dem ausdrücklichen Willen der Klientschaft vorgeht, sachlich nicht gerechtfertigt ist. Aus diesem Grund ist Artikel 13 Absatz 1 BGFA im Rahmen des Erlasses der Schweizerischen Strafprozessordnung zu ändern. Im Einzelnen führen folgende Überlegungen dazu, Anwältinnen und Anwälte gleich wie die andern Berufsgeheimnisträger im Falle einer Entbindung einer Zeugnisspflicht zu unterstellen: Vorweg ist daran zu erinnern, dass die heute geltende Regelung von Artikel 13 Absatz 1 BGFA erst in den parlamentarischen Beratungen durch den Nationalrat eingefügt worden ist. Der Ständerat hat die Norm erst im Rahmen der Differenzbereinigung angenommen, wobei die Zustimmung keineswegs aus Überzeugung erfolgte, sondern allein mit dem Ziel, ein Scheitern der ganzen Vorlage zu vermeiden. Die Kommission des Ständerates lud das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ausdrücklich ein, «à étudier à fond le problème du secret professionnel et du refus de témoigner dans le cadre de l'unification des procédures civiles et pénales et, si nécessaire, à ne pas hésiter à modifier la norme que nous adoptons aujourd'hui à contrecœur»<sup>291</sup>.

Gegen die Einräumung eines absoluten Geheimhaltungsrechts für Anwältinnen und Anwälte spricht einmal, dass nicht ersichtlich ist, weshalb ausschliesslich diese, nicht aber alle andern in Artikel 321 StGB genannten Berufsgeheimnisträger privilegiert werden sollen. Das im Parlament für Artikel 13 Absatz 1 BGFA vorgebrachte Argument, Anwältinnen und Anwälte müssten auch im Falle einer Entbindung durch ihre Klientschaft die alleinige Herrschaft über das Berufsgeheimnis haben, weil nur sie die Tragweite einer Preisgabe von Informationen abschätzen könnten<sup>292</sup>, liesse sich auch für alle andern Berufsgeheimnisträger anführen. Dennoch wäre es falsch, allen Berufsgeheimnisträgern freizustellen, ob sie trotz Entbindung vom Berufsgeheimnis die Aussage verweigern wollen. Dieser Entscheid muss – wie bei allen andern Zeugnisverweigerungsrechten – den Strafbehörden und gegebenenfalls der Beschwerdeinstanz (vgl. Art. 171 Abs. 2) vorbehalten sein. Andernfalls würde die Abwägung zwischen den Interessen an Geheimhaltung einerseits und an der Wahrheitsfindung andererseits allein einer Privatperson überlassen. Das Argument der Unkenntnis über die Folgen der Entbindung berücksichtigt zudem nicht, dass gerade Anwältinnen und Anwälte die Pflicht obliegt, die Klientschaft über die möglichen Folgen der Entbindung vom Berufsgeheimnis aufzuklären. Für den Fall, dass die Geheimnisherrin oder der Geheimnisherr sich der Folgen der Entbindung des Berufsgeheimnisträgers trotzdem nicht bewusst sein sollte und ihm eine Aussage des Berufsgeheimnisträgers zum Nachteil gereichen könnte, sieht Absatz 3 die Möglichkeit eines Abweichens von der Zeugnisspflicht vor.

<sup>290</sup> SR 935.61

<sup>291</sup> Votum Ständerat Dick Marty, AB 2000 S. 398.

<sup>292</sup> Votum Ständerat Samuel Schmid, AB 2000 S. 240.

Alle diese Überlegungen führen dazu, auch Anwältinnen und Anwälte im Falle einer Entbindung von der Geheimhaltungspflicht grundsätzlich zum Zeugnis zu verpflichten.

*Absatz 3* schränkt diese Aussagepflicht nach erfolgter Entbindung wieder ein. Zu denken ist etwa an den Fall, dass ein Patient seinen Arzt von der Geheimhaltungspflicht entbunden hat, bei einer Preisgabe der vollen Diagnose zum Zeitpunkt der Einvernahme des Arztes jedoch eine Verschlechterung des Krankheitsverlaufs zu befürchten wäre. Zwar kann Absatz 3 auch zum Tragen kommen, wenn die Aufsichtsbehörde von der Geheimhaltungspflicht entbunden hat, allerdings dürfte die praktische Bedeutung in solchen Fällen geringer sein. Es ist davon auszugehen, dass die Aufsichtsbehörde allfällige gegen eine Entbindung sprechende Gründe bereits in ihrem Entscheid berücksichtigt. Macht der Arzt eine solche Gefährdung glaubhaft, kann er das Zeugnis verweigern. Dabei sind an die Glaubhaftmachung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, weil andernfalls die Gefahr bestünde, dass dadurch auch das zu wahrnde Geheimnis preisgegeben würde. Der Entscheid obliegt nach Artikel 171 je nach dem Verfahrensstadium der einvernehmenden Behörde oder dem Gericht.

#### *Art. 169* Quellenschutz der Medienschaffenden

Diese Bestimmung entspricht materiell vollumfänglich der Regelung von Artikel 28a nStGB<sup>293</sup>.

#### *Art. 170* Zeugnisverweigerungsrecht bei weiteren Geheimhaltungspflichten

Artikel 168 beschränkt das Zeugnisverweigerungsrecht von Berufsgeheimnisträgerinnen und -trägern auf die in Artikel 321 StGB genannten Personen. In jüngerer Zeit wurden jedoch weitere, zumeist strafrechtlich geschützte Berufsgeheimnisse geschaffen, welche im Strafgesetzbuch selber (z.B. Art. 321<sup>bis</sup> und Art. 321<sup>ter</sup> StGB) oder in andern Gesetzen (insbesondere in Art. 35 Datenschutzgesetz) geregelt sind. Artikel 170 trägt diesem Umstand mit einer differenzierten Lösung Rechnung:

Den in *Absatz 1* abschliessend genannten Personen wird eine starke Stellung eingeräumt, indem sie das Zeugnis grundsätzlich verweigern können. Sie haben nur dann eine Zeugnispflicht, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung jenes an der Geheimhaltung überwiegt, was die Verfahrensleitung darzulegen hat. Allerdings wird damit das Zeugnisverweigerungsrecht im Unterschied zur heutigen Regelung etwa auch für die in der Opfer- oder Schwangerschaftsberatung tätigen Berufspersonen von einer Interessenabwägung abhängig gemacht. Damit findet zum einen der Umstand Berücksichtigung, dass jede Ausdehnung von Zeugnisverweigerungsrechten die Wahrheitsfindung erschwert<sup>294</sup>. Dies erscheint aber auch mit Blick auf die Zeugnisverweigerungsrechte anderer Personen gerechtfertigt: So haben beispielsweise unter Umständen auch nahe Angehörige der beschuldigten Person (vgl. Art. 165 Abs. 4) oder andere Berufspersonen gegen ihren Willen und jenen der Geheimnishaftin oder des Geheimnisherrn (vgl. Art. 167 Abs. 2 und 3) auszusagen.

*Absatz 2* weitet beruflich begründete Zeugnisverweigerungsrechte sodann auf alle Personen aus, die nach dem Recht des Bundes oder der Kantone als Trägerinnen

<sup>293</sup> BBl 2002 8240

<sup>294</sup> Skeptisch zur Ausdehnung denn auch die Expertenkommission Aus 29 mach 1, S. 101.

oder Träger von Geheimnissen geschützt sind, namentlich auf Grund von Artikel 35 DSG oder nach Artikel 321<sup>ter</sup> StGB. Während die in Absatz 1 genannten Personen grundsätzlich zur Zeugnisverweigerung berechtigt sind, haben die Berufspersonen nach Absatz 2 grundsätzlich auszusagen. Von der Zeugnispflicht sind sie erst durch eine ausdrückliche Anordnung befreit. Soweit erforderlich, kann die nach Artikel 171 zum Entscheid über die Zulässigkeit der Zeugnisverweigerung zuständige Behörde von der Berufsperson verlangen, dass sie darlegt, inwiefern das Interesse an der Geheimhaltung jenes an der Wahrheitsfindung überwiegt. Die Zuerkennung eines Zeugnisverweigerungsrechts hängt somit wie bei Absatz 1 von einer Interessenabwägung ab. Dadurch soll jedoch nicht von jener Lehre und Praxis abgewichen werden, welche bei vorwiegend wirtschaftlich orientierten Geheimnispflichten ein Zeugnisverweigerungsrecht beinahe einhellig ablehnt<sup>295</sup>: So sollen das Bankgeheimnis nach Artikel 47 des Bankengesetzes<sup>296</sup>, das Revisionsgeheimnis (Art. 730 OR<sup>297</sup>, Art. 321 StGB<sup>298</sup>, Art. 54 des Anlagefondsgesetzes<sup>299</sup>), das Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis nach Artikel 162 StGB oder das Berufsgeheimnis nach Artikel 43 des Börsengesetzes<sup>300</sup> auch inskünftig grundsätzlich kein Zeugnisverweigerungsrecht zur Folge haben.

Kein Zeugnisverweigerungsrecht schliesslich steht Personen zu, welche ausschliesslich vertragliche Geheimhaltungspflichten haben.

#### *Art. 171*      Entscheid über die Zulässigkeit der Zeugnisverweigerung

*Absatz 1:* Im Vorverfahren können Zeugeneinvernahmen nur nach Eröffnung der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft, nicht aber im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens der Polizei erfolgen. Grundsätzlich werden diese Zeugeneinvernahmen durch die Staatsanwaltschaft durchgeführt. In diesen Fällen entscheidet die Staatsanwaltschaft über die Zulässigkeit des Zeugnisverweigerungsrechts. Möglich ist allerdings auch eine Delegation der Einvernahmen an die Polizei, falls die Kantone oder der Bund Polizeiangehörige bestimmt haben, welche Zeugeneinvernahmen durchführen können (Art. 140 Abs. 2). In einem solchen Fall entscheidet die Polizei über die Zulässigkeit des Zeugnisverweigerungsrechts. Angesichts der Möglichkeit der Beurteilung durch die Beschwerdeinstanz (*Abs. 2*) und der mit dem Weiterzug verbundenen Wirkung nach *Absatz 3* erscheint diese Lösung durchaus vertretbar.

Im Hauptverfahren führt die Verfahrensleitung die Einvernahmen durch (Art. 342 Abs. 1), die andern Mitglieder des Gerichts haben das Recht auf Ergänzungsfragen (Art. 342 Abs. 2). Der Entscheid über die Zulässigkeit der Zeugnisverweigerung lässt sich hinsichtlich seiner Wirkung vergleichen mit jenem über Beweisanträge. Es erscheint deshalb sachgerecht, hier wie dort (vgl. Art. 344 Abs. 2 und 3) das Gericht und nicht allein die Verfahrensleitung zum Entscheid zuständig zu erklären.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass weder der Staatsanwaltschaft und der Polizei noch dem Gericht in den Fällen der Artikel 167 Absatz 2 und 168 Absatz 2 Ent-

<sup>295</sup> BGE 123 IV 166; 119 IV 175; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, N 645; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 62 N 28; Gérard Piquerez, Procédure pénale Suisse, Zürich 2000, N 2163 ff.

<sup>296</sup> SR 952.0

<sup>297</sup> SR 220

<sup>298</sup> SR 311.0

<sup>299</sup> SR 951.31

<sup>300</sup> SR 954.1

scheidbefugnis zusteht: Sind dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterliegende Zeuginnen oder Zeugen von der vorgesetzten Behörde, der Geheimnisherrin oder dem Geheimnisherrn oder von der Aufsichtsbehörde von der Geheimnispflicht entbunden, sind sie von Gesetzes wegen zur Aussage verpflichtet.

Die in *Absatz 2* vorgesehene Möglichkeit der Überprüfung des Entscheids über die Zulässigkeit der Zeugnisverweigerung dürfte bei gewissen Konstellationen durch Artikel 13 EMRK gefordert sein: Soweit die Verweigerung des Zeugnisverweigerungsrechte beeinträchtigt, welche die EMRK garantiert (zu denken ist namentlich an den Schutz des Familienlebens und der Privatsphäre nach Art. 8 EMRK), verlangt Artikel 13 EMRK die Möglichkeit einer wirksamen Beschwerde.

Nur die Zeugin oder der Zeuge kann die Überprüfung des Entscheids verlangen. Der Staatsanwaltschaft und den andern Parteien steht dieses Recht dagegen nicht zu. Anfechtbar sind somit nur Entscheide, welche ein geltend gemachtes Zeugnisverweigerungsrecht ablehnen, weil Zeuginnen und Zeugen nur in diesem Fall beschwert sind. Obschon die Beurteilung durch die Beschwerdebehörde erfolgt, handelt es sich beim entsprechenden Begehren nicht um eine Beschwerde im eigentlichen Sinn, denn eine solche wäre gegen verfahrensleitende Entscheide der ersten Instanz ausgeschlossen (vgl. Art. 401 Abs. 1 Bst. b). Dennoch wird sich das Verfahren im Wesentlichen nach den Regeln über das Beschwerdeverfahren richten, allerdings unter Berücksichtigung des Umstandes, dass ein Entscheid rasch zu erfolgen hat, kann doch die Anfechtung der Nicht-Gewährung des Zeugnisverweigerungsrechts ein Verfahren unter Umständen blockieren.

*Absatz 3* stellt sicher, dass die Zeugnisverweigerungsrechte nicht dadurch ihres Sinnes entleert werden, dass Zeuginnen und Zeugen auch dann aussagen müssen, wenn zwischen ihnen und der Verfahrensleitung Uneinigkeit darüber besteht, ob ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht. Dass der einzuvernehmenden Person bis zum Entscheid der Beschwerdebehörde ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, kann dazu führen, dass eine Zeugeneinvernahme abgebrochen werden muss.

#### *Art. 172*      Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts

Obschon *Absatz 1* dies nicht ausdrücklich sagt, können Zeuginnen oder Zeugen auch jederzeit auf ein einmal geltend gemachtes Zeugnisverweigerungsrecht verzichten.

*Absatz 2*: Aussagen, welche Zeuginnen oder Zeugen gemacht haben, nachdem sie über die Zeugnisverweigerungsrechte belehrt worden sind, bleiben verwertbar, auch wenn sie sich später auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Das Zeugnisverweigerungsrecht wirkt somit nur für die Zukunft, macht aber einmal gemachte Aussagen nicht unverwertbar. Ist dagegen eine Belehrung über Zeugnisverweigerungsrechte unterblieben, so bestimmt sich die Verwertbarkeit der Aussagen nach Artikel 174 Absatz 1: Die Einvernahme ist ungültig und die Aussagen können nur nach Massgabe von Artikel 139 Absatz 2 verwertet werden, also nur dann, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sind.

#### *Art. 173*      Unberechtigte Zeugnisverweigerung

Auf die Möglichkeit von Beugehaft als Sanktion bei unberechtigter Zeugnisverweigerung wird verzichtet. Damit wird den Bedenken des Bundesgerichts gegenüber dieser Sanktion Rechnung getragen, insbesondere dem Umstand, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zumindest eine längere Beugehaft in einem

öffentlichen Verfahren nach Artikel 6 Absatz 1 EMRK anzuordnen ist<sup>301</sup>. Im Vorverfahren ist dies kaum durchführbar<sup>302</sup>. Das Instrumentarium zur Ahndung unberechtigter Zeugnisverweigerung beschränkt sich deshalb auf die Verhängung von Ordnungsbusse und für den Wiederholungsfall auf eine Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen nach Artikel 292 StGB.

*Absatz 1:* Bei der Aufforderung, der Zeugnispflicht nachzukommen, handelt es sich um eine verfahrensleitende Anordnung im Sinne von Artikel 62 Absatz 1. Die Höhe der Ordnungsbusse beträgt somit bis zu 1000 Franken. Die wiederholte Verweigerung des Zeugnisses wird durch *Absatz 2* geregelt.

Unter «Kosten» (*Abs. 1*) fallen etwa solche für Übersetzerinnen oder Übersetzer, welche im Hinblick auf die Einvernahme aufgeboden worden sind; bei den Entschädigungen stehen die Aufwendungen der Parteien im Vordergrund, insbesondere deren Kosten für die Rechtsbeistände oder die Verteidigung, welche vergeblich zur Einvernahme erschienen sind.

### 2.4.3.3 3. Abschnitt: Zeugeneinvernahme (Art. 174)

Diese Bestimmung regelt insbesondere die für Zeuginnen und Zeugen wichtigen Belehrungspflichten der einvernehmenden Behörden. Im Weiteren werden die Folgen festgelegt für den Fall, dass die Belehrung unterbleibt.

Nach *Absatz 1* hat die einvernehmende Behörde, also die Staatsanwaltschaft, die Gerichte oder – sofern die Voraussetzungen nach Artikel 140 Absatz 2 erfüllt sind – die Polizei, die einzuvernehmende Person über ihre Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage und die Straffolgen falschen Zeugnisses zu belehren. Unterbleibt eine Belehrung über einen dieser Punkte, so sind die Aussagen ungültig. Sie sind gemäss Artikel 139 Absatz 2 somit nur verwertbar, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sind. Werden sie verwertet, wird bei der Beweismwürdigung dem Umstand Rechnung zu tragen sein, dass die einvernommene Person ihre Aussagen eben ohne Belehrung über die Wahrheitspflicht und die Folgen falscher Aussage gemacht hat.

*Absatz 2* legt fest, worüber Zeuginnen und Zeugen zu Beginn der ersten Einvernahme zu befragen sind. Selbstverständlich kann die Einvernahme nur erfolgen, wenn die einzuvernehmende Person keine Zeugnisverweigerungsrechte geltend macht. Die Befragung über die Beziehung zu den Parteien hat deshalb zu Beginn der ersten Einvernahme zu erfolgen, weil sich daraus Gründe für Zeugnisverweigerungsrechte ergeben können.

*Absatz 3:* Die Belehrung zu Beginn jeder Einvernahme umfasst immer auch den Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht zum eigenen Schutz nach Artikel 166. Über die andern Zeugnisverweigerungsrechte ist die einzuvernehmende Person dagegen nur, aber immer dann zu belehren, wenn die einvernehmende Behörde auf Grund der Akten oder im Verlauf der Einvernahme, insbesondere nach der Befragung über die Beziehung zu den Parteien, annehmen muss, dass die einzuvernehmende Person solche Zeugnisverweigerungsrechte geltend machen könnte.

<sup>301</sup> BGE 117 Ia 491

<sup>302</sup> Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, N 650.

Unterbleibt eine Belehrung über die Zeugnisverweigerungsrechte und beruft sich die einvernommene Person nachträglich auf diese, so ist die Rechtsfolge strenger als jene bei unterbliebener Belehrung über die Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage: Die Aussagen dürfen nicht verwertet werden. Sie sind gemäss Artikel 139 Absatz 5 zu behandeln. Würde die unterbliebene Belehrung über die Zeugnisverweigerungsrechte nur zur Ungültigkeit der Aussage führen, hätte dies zur Folge, dass solche Aussagen auf Grund von Artikel 139 Absatz 2 bei schweren Straftaten verwertet werden könnten, mithin gerade dann, wenn die Zeuginnen und Zeugen ein besonderes Interesse an der Verweigerung des Zeugnisses haben werden<sup>303</sup>.

#### 2.4.4 4. Kapitel: Auskunftsperson (Art. 175–178)

In welcher Eigenschaft eine Person in einem Strafverfahren einvernommen wird, bestimmt sich primär nach dem gegen sie bestehenden Tatverdacht: Besteht ein Verdacht, ist die Person als beschuldigte Person zu behandeln und einzuvernehmen; steht sie ausserhalb jeden Verdachts, so ist sie als Zeugin zu befragen. In gewissen Fällen erweist sich diese Beschränkung auf bloss zwei mögliche prozessuale Stellungen wegen der damit verbundenen Rechte und Pflichten als zu eng. So kann sich etwa die Situation ergeben, dass gegen eine einzuvernehmende Person zwar kein hinreichender Tatverdacht besteht, um sie als beschuldigte Person erscheinen zu lassen, aber gleichzeitig eine Tatbeteiligung nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Würde diese Person als Zeugin einvernommen, könnte sie wegen der Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage in einen Konflikt zwischen Selbstbelastung einerseits und Verstoß gegen die Wahrheits- oder Aussagepflicht andererseits geraten. Im Weiteren erschiene es nicht sachgerecht, eine urteilsunfähige Person als Zeugin, also unter Wahrheitspflicht einzuvernehmen, denn die Urteilsunfähigkeit würde eine Bestrafung wegen falschen Zeugnisses ausschliessen.

Aus diesen Gründen erweist es sich als notwendig, im Strafprozess mit der Auskunftsperson eine Figur zu schaffen, welche zwischen der beschuldigten Person und der Zeugin oder dem Zeugen steht. Dabei bestimmen sich die Pflichten dieser Auskunftsperson danach, ob sie auf Grund der jeweiligen Situation näher bei einer beschuldigten Person oder bei einer Zeugin oder einem Zeugen steht.

##### *Art. 175* Begriff

Die Aufzählung dieser Bestimmung ist abschliessend.

*Buchstabe a* nimmt die Regelung von Artikel 163 Absatz 2 auf. Auf Grund ihrer Stellung als Partei hat die Privatklägerschaft ein unmittelbares Interesse am Verfahrensausgang. Wegen des möglichen Konfliktes zwischen der Verfolgung eigener Interessen und der wahrheitsgemässen Aussage soll sie deshalb nicht der Wahrheitspflicht einer Zeugin oder eines Zeugen unterstehen.

*Buchstabe b*: Personen mit beschränkter Urteilsfähigkeit sollen nicht als Zeugen unter Wahrheitspflicht einvernommen werden. Damit sich die Anzahl diesbezüglicher Abklärungen im Einzelfall möglichst beschränkt, wird eine feste Altersgrenze

<sup>303</sup> Beispiel: Das Interesse der Ehefrau des Beschuldigten, ihren Gatten nicht durch Zeugenaussagen belasten zu müssen, wird bei einem Tötungsdelikt regelmässig grösser sein als beim Vorwurf der Gewässerverschmutzung.

für die Zeugeneigenschaft festgelegt. Kinder unter 15 Jahren sind ungeachtet ihrer geistigen Reife nicht als Zeuginnen oder Zeugen, sondern als Auskunftspersonen zu befragen. Die Bestimmung korrespondiert mit jener von Artikel 160 Absatz 1, wonach Personen unter 15 Jahren nicht zeugnisfähig sind.

Nach Artikel 160 Absatz 1 sind Personen nicht zeugnisfähig, die hinsichtlich des Gegenstandes der Einvernahme die Urteilsfähigkeit fehlt. *Buchstabe c* legt fest, dass sie als Auskunftspersonen einzuvernehmen sind. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an die Möglichkeit, die Urteilsfähigkeit von Zeuginnen oder Zeugen durch ein Gutachten abzuklären (Art. 161 Abs. 2).

*Buchstabe d:* Namentlich zu Beginn eines Verfahrens kann bei unbekannter Täterschaft eine Mehrzahl von Personen als Täterinnen, Täter, Teilnehmerinnen oder Teilnehmer in Frage kommen, ohne dass gegen die einzuvernehmende Person ein genügender Tatverdacht vorliegt, welche sie zur beschuldigten Person werden liesse. In derartigen Situationen soll niemand gezwungen werden, sich selber zu belasten oder falsches Zeugnis abzulegen, weshalb die genannten Personen als Auskunftspersonen einzuvernehmen sind.

*Buchstabe e* liegt die Situation zugrunde, dass eine zusammen mit andern beschuldigte Person in ihrem Verfahren über Straftaten der mitbeschuldigten Personen aussagen soll, an denen sie nicht beteiligt war, so wenn in einem Verfahren gegen eine Diebesbande eines der Mitglieder Angaben einen bestimmten Diebstahl betreffend machen soll, an dem es nicht teilgenommen hat.

*Buchstabe f* erfasst Mittäterinnen, Mittäter, Teilnehmerinnen oder Teilnehmer der abzuklärenden Tat, welche jedoch in einem andern Verfahren beurteilt werden. Diese Personen können nicht als beschuldigte Personen einvernommen werden, weil ihnen diese Eigenschaft im Verfahren, in welchem sie befragt werden, nicht zukommt. Eine Einvernahme als Zeugin und Zeuge fällt ausser Betracht, weil ihre Aussage- und Wahrheitspflicht in Konflikt geraten könnte mit den Interessen, welche sie im eigenen Verfahren verfolgen. Das Gleiche gilt auch, wenn in den beiden Verfahren zwar nicht die gleiche, aber konnexe Straftaten verfolgt werden. Das ist etwa der Fall bei Hehlerei oder Geldwäscherei, aber auch dann, wenn die als Zeugin einzuvernehmende oder bereits einvernommene Person beschuldigt wird, die beschuldigte Person falsch angeschuldigt oder ein falsches Zeugnis abgelegt zu haben (*Bst. g*).

*Buchstabe h:* Artikel 102a Absatz 2 erster Satz nStGB<sup>304</sup> weist der Unternehmensvertreterin oder dem Unternehmensvertreter in dem gegen das Unternehmen gerichteten Strafverfahren die gleichen Rechte und Pflichten zu, die im gewöhnlichen Verfahren der beschuldigten Person zukommen. Ausgangspunkt dieser Regelung ist die Tatsache, dass das Unternehmen in der Beschuldigtenrolle erscheint und dass die Rechte und Pflichten der Vertreterin oder des Vertreters dieser Stellung anzugleichen ist. Vor allem sollte die Vertreterin oder der Vertreter nicht verpflichtet sein, die Strafverfolgungsbehörden aktiv zu unterstützen, sei es durch Aussagen, sei es z.B. durch das Vorlegen von belastenden Akten (vgl. vorne Ziff. 2.3.2 zu Art. 110). Artikel 102a Absatz 2 nStGB äussert sich jedoch nicht zur Frage, in welcher Rolle der Unternehmensvertreter von den Strafverfolgungsbehörden einvernommen werden soll. Einerseits kann er nicht als beschuldigte Person befragt werden, da wie erwähnt nicht er, sondern das Unternehmen beschuldigt wird. Hält man an der

304 BBl 2002 8240

Auffassung des geltenden Rechts fest, dass die Vertreterin oder der Vertreter das Verfahren gegen das Unternehmen nicht durch aktives Verhalten unterstützen und nicht gegen dieses aussagen muss, kommt auch eine Einvernahme als Zeugin oder Zeuge nicht in Frage. Hingegen liegt es nahe, dem Unternehmensvertreter die Rolle einer Auskunftsperson zuzuweisen, zumal er im Strafverfahren wie andere Kategorien der Auskunftsperson eine Zwitterstellung einnimmt<sup>305</sup>. Betrachtet man die Vertreterin oder den Vertreter als Auskunftspersonen, wird das Ziel von Artikel 102a Absatz 2 nStGB, sie vor der Pflicht zu aktiver Mitwirkung im Strafprozess und vor allem vor Aussagepflichten zu bewahren (Art. 177 Abs. 1), vollumfänglich erreicht.

Im Zusammenhang mit der Schaffung des geltenden Unternehmensstrafrechts war die Frage, ob über die Vertreterinnen und Vertreter hinaus noch weiteren Unternehmensangehörigen ein Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht zugestanden werden soll, Gegenstand einiger Diskussion. Das Parlament beschränkte sich schliesslich darauf, ein solches Verweigerungsrecht über die tatsächlich bestellten Vertreterinnen und Vertreter hinaus nur jenen Personen zuzugestehen, die an sich als Vertreterinnen und Vertreter bestellt werden könnten, also Personen, die zur *selbständigen* Vertretung des Unternehmens berechtigt sind. Weitergehende Begehren wurden verworfen<sup>306</sup>. Eine nochmalige Überprüfung der Frage veranlasst den Bundesrat, den Kreis der Aussageverweigerungsberechtigten verglichen mit dem geltenden Recht etwas zu erweitern. Zwar würde es zu weit gehen, allen Unternehmensangehörigen ein Aussageverweigerungsrecht zuzugestehen, wie dies noch im Vorentwurf von 2001 vorgeschlagen worden war<sup>307</sup>. Eine solche Regelung würde die Möglichkeiten der Strafverfolgungsorgane, die Verantwortlichkeit der Unternehmen abzuklären, über Gebühr einschränken. Es erscheint jedoch als richtig, in Übereinstimmung mit den Berufsgeheimnistägern nach Artikel 321 Ziffer 1 StGB ein Aussageverweigerungsrecht den direkten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der bestellten und der potenziellen Vertreterinnen und Vertreter einzuräumen. Damit sind die Hilfspersonen im Sinne von Artikel 321 Ziffer 1 gemeint, doch soll dieser veraltete Ausdruck durch die zeitgemässere Bezeichnung Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ersetzt werden. Ohne eine Erweiterung auf diese Personen müssten die Aussageverweigerungsrechte der Vertreterinnen und Vertreter weitgehend wirkungslos bleiben, da an ihrer Stelle deren persönliche Mitarbeiter, die im Regelfalle über die inkriminierten Vorgänge gleichermaßen orientiert sind, einvernommen werden könnten. Bezogen auf die besondere Thematik des Unternehmensstrafrechts fallen als solche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vorab Sekretärinnen und Sekretäre sowie Assistentinnen und Assistenten der Geschäftsleitung oder der Direktion, ferner etwa Protokollführerinnen und Protokollführer des Verwaltungsrats in Betracht. Wie diese Beispiele zeigen, setzt die Eigenschaft einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters im Sinne dieser Bestimmung im Regelfalle ein direktes und persönliches Zusammenwirken mit den als Vertreterinnen oder Vertreter in Frage kommenden Leitungspersonen nach Artikel 110 Absatz 1 voraus. Ohne diesen

<sup>305</sup> Schon nach bisherigem Recht wurden in der Lehre den Unternehmensvertretern die Rolle von Auskunftspersonen zugewiesen, *Niklaus Schmid*, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 21 (2003), S. 217, 218.

<sup>306</sup> Siehe die Diskussionen im Nationalrat in AB 2001 N 600 f.

<sup>307</sup> VE-StPO, Art. 186 Abs. 1 Bst. f. Neuerdings wiederum postuliert von *Alain Macaluso*, Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise, ZStrR 123 (2005), S. 87 unter Hinweis auf die engen Bande zwischen Unternehmen und Angestellten.

Charakter einer engeren und zumeist wohl auch längeren Zusammenarbeit sind die Unternehmensangehörigen aussagepflichtig. Dies gilt beispielsweise für Angehörige von Dienststellen, die die Unternehmensleitung beraten, also z.B. jene von Rechts- oder Compliance-Abteilungen.

#### *Art. 177*      Stellung

Nach den kantonalen Prozessordnungen sind Auskunftspersonen nicht zur Aussage verpflichtet. *Absatz 1* übernimmt diese Regel und befreit die Mehrzahl der Auskunftspersonen von der Aussage- und Wahrheitspflicht. *Absatz 2* schafft jedoch für die Privatklägerschaft eine Ausnahme, indem diese aussagepflichtig ist, wenn sie von der Staatsanwaltschaft, den Gerichten oder von der Polizei im Rahmen einer delegierten Einvernahme nach Artikel 312 Absatz 2 einvernommen wird. Damit wird die Stellung der Privatklägerschaft im Strafprozess jener einer Partei im Zivilverfahren angeglichen; diese ist in der Regel zur Aussage verpflichtet, mit der Folge, dass eine unberechtigte Aussageverweigerung im Rahmen der Beweiswürdigung zu ihren Ungunsten berücksichtigt werden darf. Die Aussagepflicht trägt gleichzeitig dem Umstand Rechnung, dass die Privatklägerschaft regelmässig die Eigenschaft einer Zeugin oder eines Zeugen aufweist, als Partei im Verfahren aber nicht als solche oder solcher befragt werden kann.

Die Verwandtschaft von Privatklägerschaft und Zeuginnen oder Zeugen rechtfertigt auch die sinngemässe Anwendbarkeit der entsprechenden Bestimmungen. Die Privatklägerschaft kann namentlich die Aussage verweigern, wenn ihr ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt. Anders als Zeuginnen oder Zeugen hat die Privatklägerschaft im Falle einer Aussageverweigerung aber keine Sanktionen nach Artikel 173 zu befürchten und sie unterliegt auch nicht der Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage.

### **2.4.5                      5. Kapitel: Sachverständige (Art. 179–188)**

#### *Art. 179*      Voraussetzungen für den Beizug einer sachverständigen Person

Der Beizug von Sachverständigen ist der Staatsanwaltschaft und den Gerichten vorbehalten. Der Polizei steht diese Kompetenz grundsätzlich nicht zu. Eine Ausnahme stellt allerdings ihre Befugnis dar, die Erstellung eines DNA-Profiles von Spuren anzuordnen (Art. 254 Abs. 2 Bst. b).

Beim Fehlen der Kenntnisse oder Fähigkeiten zur Abklärung des Sachverhalts sind Staatsanwaltschaft und Gerichte zum Beizug von Sachverständigen verpflichtet.

#### *Art. 180*      Anforderungen an die sachverständige Person

Nach *Absatz 1* kann jede natürliche Person als Sachverständige ernannt werden, sofern sie die erforderlichen Kenntnisse hat. Die Ernennung juristischer Personen ist dagegen ausgeschlossen. Werden Angestellte einer juristischen Person als Sachverständige eingesetzt, so bleiben sie gleichwohl Träger der Sachverständigenpflichten; diese kommen nicht etwa ihrer Arbeitgeberin zu (vgl. Art. 182 Abs. 1). Eine gerichtliche Anerkennung, Zulassung oder besondere Diplome sind nicht erforderlich.

*Absatz 2* übernimmt die in verschiedenen Kantonen bekannte Regelung, dass für bestimmte Bereiche dauernd bestellte Sachverständige vorhanden sind, so etwa die Bezirksärzte in Fällen medizinischer Begutachtung bei aussergewöhnlichen Todesfällen.

#### *Art. 181* Ernennung und Auftrag

Die von *Absatz 2* verlangte Schriftlichkeit des Auftrags ist nicht als Gültigkeits-, sondern als Ordnungsvorschrift zu verstehen, von der ausnahmsweise abgewichen werden kann. Wird ein mündlicher Auftrag erteilt, ist dieser gemäss Artikel 75 in den Verfahrensakten zu protokollieren.

Erfolgt ein Widerruf nach *Absatz 5*, so hat die sachverständige Person Anspruch auf Entschädigung für ihre bisherigen Bemühungen. Dieser entfällt jedoch, wenn der Widerruf wegen Pflichtversäumnis nach Artikel 188 erfolgt.

*Absatz 7* hat insbesondere Bedeutung, wenn die Privatklägerschaft ein Gutachten beantragt, das vor allem im Interesse der Verfolgung der Zivilansprüche liegt.

#### *Art. 182* Ausarbeitung des Gutachtens

Die persönliche Verantwortlichkeit nach *Absatz 1* gilt auch dann, wenn die sachverständige Person mit Einwilligung der Verfahrensleitung weitere Personen einsetzt (Art. 181 Abs. 2 Bst. b) oder wenn sie das Gutachten als Angestellte einer juristischen Person erstellt.

Grundsätzlich darf die sachverständige Person selbst keine Untersuchungshandlungen vornehmen, sondern hat sich für ihr Gutachten auf die ihr zur Verfügung gestellten Akten und Gegenstände (vgl. Art. 181 Abs. 4) zu stützen. Dieser Grundsatz wird für die folgenden zwei Fälle relativiert: Einmal hat die sachverständige Person das Recht, der Verfahrensleitung «Ergänzungen der Akten» zu beantragen (*Abs. 3*). Dabei geht es nicht nur darum, die Verfahrensakten durch bereits vorhandene, aber noch nicht in das Dossier aufgenommene Unterlagen zu ergänzen; die sachverständige Person kann vielmehr die Durchführung weiterer Beweissmassnahmen beantragen. Zum anderen kann die sachverständige Person der einzuvernehmenden Personen mit Ermächtigung der Verfahrensleitung direkt Fragen stellen (*Abs. 2*).

*Absatz 4* erlaubt es sogar, dass die sachverständige Person selber Erhebungen durchführt. Dafür besteht vor allem bei der Erstellung psychiatrischer Gutachten ein praktisches Bedürfnis. Die Verfahrensleitung wäre in fachlicher Hinsicht bald einmal überfordert, wenn sie Befragungen von zu untersuchenden Personen selber durchführen müsste. Aber auch aus zeitlichen Gründen erschiene es kaum praktikabel, wenn die Verfahrensleitung derartige Befragungen vornehmen würde, die wegen des erforderlichen Fachwissens nach Massgabe von Absatz 2 ohnehin tatsächlich durch die sachverständige Person selber durchgeführt würden. Deshalb soll die sachverständige Person selber Erhebungen durchführen können, allerdings in engen Grenzen: Zum einen dürfen sachverständige Personen nur fachspezifische Erhebungen vornehmen, die für die Erfüllung des Gutachterauftrags notwendig sind («mit dem Auftrag in engem Zusammenhang stehen»). Es ist den sachverständigen Personen also verwehrt, den Sachverhalt umfassend abzuklären. Im Weiteren braucht die sachverständige Person die Ermächtigung der Verfahrensleitung zur selbständigen Vornahme weiterer Erhebungen. Die Ermächtigung kann mit dem Auftrag selber erteilt werden, insbesondere wenn – wie bei psychiatrischen Gutach-

ten – absehbar ist, dass die sachverständige Person fachspezifische Abklärungen vornehmen müssen; sie kann aber auch im Lauf der Erarbeitung des Gutachtens erteilt werden, wenn die sachverständige Person darum ersucht.

Die Ermächtigung zur Vornahme eigener Erhebungen enthält auch die Befugnis der sachverständigen Person, die Personen aufzubieten, welche sie zur Vornahme derartiger Abklärungen benötigt. Wird dem Aufgebot nicht Folge geleistet, kann die sachverständige Person der Verfahrensleitung beantragen, die betreffende Person vorzuladen, worauf sie nötigenfalls auch vorgeführt werden kann.

#### *Art. 183* Stationäre Begutachtung

Eine stationäre Begutachtung kann nur gegenüber einer beschuldigten Person angeordnet werden. Gegenüber nicht beschuldigten Personen kommt nur eine ambulante Begutachtung nach Artikel 161 Absatz 2 in Betracht.

Soweit sich die beschuldigte Person in Freiheit befindet, richtet sich die Einweisung nach den Vorschriften, welche für die Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft gelten (*Abs. 5*). Somit muss die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig sein. An Stelle eines besonderen Haftgrundes bedarf es der Notwendigkeit der stationären Begutachtung zur Erstellung eines ärztlichen Gutachtens (*Abs. 1*). Soweit sich die beschuldigte Person bereits in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft befindet, kann die jeweilige Verfahrensleitung die stationäre Begutachtung anordnen. Im Vorverfahren ist also die Staatsanwaltschaft zuständig, ohne dass es eines Entscheides des Zwangsmassnahmengerichts bedürfte. Befindet sich die beschuldigte Person dagegen in Freiheit, hat im Vorverfahren das Zwangsmassnahmengericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu entscheiden (*Abs. 2*). Im Haupt- und im Rechtmittelverfahren bedarf es des Entscheides des Zwangsmassnahmengerichts nicht; zuständig ist immer das mit der Sache befasste Gericht. Dieser Unterschied in der Kompetenz zur Anordnung von Sicherheitshaft, welche beim erstinstanzlichen Verfahren durch das Zwangsmassnahmengericht erfolgt (vgl. Art. 228), liegt darin begründet, dass die Einweisung in ein Spital einen weniger schweren Eingriff bedeutet als die Anordnung von Sicherheitshaft.

#### *Art. 184* Form des Gutachtens

*Absatz 2*: Die im Falle einer mündlichen Erstattung, Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens zu beachtenden Vorschriften über die Einvernahme von Zeugen umfassen namentlich die Ermahnung zur wahrheitsgemässen Aussage unter Hinweis auf die Straffolgen falschen Gutachtens (Art. 307 StGB), die Befragung über die Beziehung zu den Parteien (Art. 174 Abs. 2) und die Belehrung über Zeugnisverweigerungsrechte, insbesondere jenes zum eigenen Schutz nach Artikel 166.

## **2.4.6 6. Kapitel: Sachliche Beweismittel (Art. 189–192)**

#### *Art. 189* Beweisgegenstände

Unter Beweisgegenständen im Sinne von *Absatz 1* sind alle Sachen zu verstehen, die auf Grund ihrer sinnlichen Erkennbarkeit urteilsrelevante Aufschlüsse zu vermitteln vermögen und den Strafbehörden unmittelbar zur Verfügung stehen. Bei den

«Urkunden» nach *Absatz 2* ist nicht vom materiellrechtlichen Urkundenbegriff nach Artikel 110 Absatz 4 StGB auszugehen, sondern vom prozessrechtlichen Begriff, der jedes Schriftstück mit einem entsprechenden Informationsgehalt erfasst<sup>308</sup>. «Weitere Aufzeichnungen» umfassen etwa Tonband- oder Videoaufzeichnungen ebenso wie Röntgenbilder oder elektronische Datenaufzeichnungen.

#### *Art. 190* Augenschein

Gewisse Gegenstände lassen sich wegen ihrer Beschaffenheit ebenso wenig zu den Akten nehmen wie Örtlichkeiten oder Vorgänge. Ist deren unmittelbare sinnliche Wahrnehmung für die Feststellung des Sachverhaltes von Bedeutung, so ist ein Augenschein durchzuführen. Trotz seiner Bezeichnung ist dieser keineswegs auf die visuelle Wahrnehmung beschränkt. Augenscheine werden grundsätzlich von der Staatsanwaltschaft und den Gerichten angeordnet. Die Polizei kann im Rahmen ihrer selbständigen Ermittlungstätigkeit ebenfalls Augenscheine durchführen, ist dabei jedoch auf einfache Fälle beschränkt. Es wird Aufgabe der Staatsanwaltschaften sein festzulegen, welche Fälle als «einfache» zu gelten haben. Daneben kann die Staatsanwaltschaft nach Massgabe von Artikel 312 die Polizei mit der Durchführung von Augenscheinen beauftragen.

Für die Teilnahmerechte der Parteien gilt Artikel 144.

*Absatz 5*: Ein Augenschein kann etwa mit Zeugeneinvernahmen oder Einvernahmen sachverständiger Personen verbunden werden (*Bst. a*). Soweit der Augenschein mit einer Tatrekonstruktion oder einer Gegenüberstellung (vgl. Art. 143) verbunden wird (*Bst. b*), sind auch Personen mit Aussage-, Mitwirkungs- und Zeugnisverweigerungsrechten zur Teilnahme verpflichtet. Hingegen sind sie nicht verpflichtet, mitzuwirken oder auszusagen.

#### *Art. 191* Beizug von Akten

Da Akten aus andern Verfahren für die Abklärung von Straftaten eine erhebliche Bedeutung zukommen kann, sind bestimmte Behörden nach *Absatz 1* zum Beizug solcher Akten verpflichtet. Dabei ist der Begriff «anderer Verfahren» weit zu verstehen: Erfasst sind nicht bloss Akten aus Gerichtsverfahren, sondern auch Akten von Verwaltungsbehörden (etwa der Fürsorgebehörden). Der Beizug derartiger Verfahrensakten ist der Staatsanwaltschaft und den Gerichten vorbehalten. Der Polizei ist es somit verwehrt, beispielsweise die Gerichtsakten eines Scheidungsverfahrens anzufordern.

*Absatz 2* bildet das Gegenstück zu Absatz 1 und verpflichtet die ersuchten Behörden zur Herausgabe der Akten. Die Verweigerung der Herausgabe wegen überwiegender privater oder öffentlicher Geheimhaltungsinteressen ist als *Ultimo Ratio* zu verstehen. Es ist in jedem Fall zu prüfen, ob diesen Interessen nicht durch mildere Massnahmen Rechnung getragen werden kann, indem etwa gewisse Aktenstücke zurückbehalten oder bestimmte Passagen oder Namen überdeckt werden.

<sup>308</sup> Niklaus Schmid, *Strafprozessrecht*, 4. A., Zürich 2004, N 681; Hauser/Schweri/Hartmann, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. A., Basel 2005, § 66 N 1; Gérard Piquerez, *Procédure pénale Suisse*, Zürich 2000, N 2262.

## *Art. 192* Einholen von Berichten und Auskünften

Während die Akten nach Artikel 191 im Zeitpunkt der Anfrage um Herausgabe bereits bestehen, sind Berichte und Auskünfte nach dieser Bestimmung erst noch zu erstellen. Nach *Absatz 1* können alle Strafbehörden, also auch die Polizei, amtliche Berichte und Arztzeugnisse einholen. Zu beachten ist allerdings, dass das Ersuchen einer Strafbehörde um Erstellung eines Berichts oder Arztzeugnisses nicht von Geheimhaltungspflichten entbindet.

Soweit die Abklärung der persönlichen Verhältnisse Gegenstand von Berichten und Auskünften ist, bleibt die Einholung der Staatsanwaltschaft und den Gerichten vorbehalten (*Abs. 2*).

## **2.5 5. Titel: Zwangsmassnahmen**

Im Zentrum des Strafverfahrens steht die Ermittlung der materiellen Wahrheit (Art. 6) mit Hilfe der im 4. Titel geregelten Beweismittel. Es besteht allerdings die Gefahr, dass diese Beweiserhebung durch das Verhalten insbesondere der beschuldigten Person, aber auch Dritter beeinträchtigt oder vereitelt wird. Die Strafverfolgungsbehörden benötigen deshalb Mittel, um die Erhebung von Beweisen zu sichern und auch gegen den Willen der betroffenen Person zu ermöglichen. Des Weiteren ist sicherzustellen, dass ein Endentscheid auch vollstreckt werden kann. Diesen Zwecken dienen Zwangsmassnahmen.

### **2.5.1 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen (Art. 193–198)**

#### *Art. 193* Begriff

Eine strafprozessuale Zwangsmassnahme ist dadurch definiert, dass sie in Grundrechte der Betroffenen eingreift und einen der drei in den *Buchstaben a–c* genannten Zwecke verfolgt. Zwangsmassnahmen setzen somit nicht notwendigerweise voraus, dass ein gegen die Massnahme gerichteter Widerstand zu brechen ist; entscheidend ist die Qualität der Massnahme als Eingriff in verfassungsmässige Rechte. Dies zeigt sich etwa bei den geheimen Überwachungsmaßnahmen (z.B. Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs nach den Art. 268 ff. oder verdeckte Ermittlung nach den Art. 285 ff.). Keine strafprozessualen Zwangsmassnahmen sind dagegen Handlungen, die allein der Gefahrenabwehr oder der Verhinderung von Straftaten dienen, denn hier wird keiner der in den Buchstaben a – c genannten Zwecke verfolgt. Zwangsmassnahmen müssen zumindest einem der genannten Zwecke dienen; es ist aber möglich, dass eine Massnahme gleichzeitig mehrere dieser Ziele verfolgt. So kann etwa die Untersuchungshaft sowohl der Beweissicherung als auch der Anwesenheit der beschuldigten Person im Verfahren dienen.

Zwangsmassnahmen können in verschiedene Grundrechte und -freiheiten eingreifen: beim Freiheitsentzug oder bei der Entnahme von Blutproben in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV; Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 9 IPBPR); bei der Beschlagnahme in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV); bei Hausdurchsuchungen oder der Überwachung des Post- oder Fernmeldeverkehrs in das Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK; Art. 17 IPBPR).

## Art. 194 Grundsätze

Weil sie Grundrechte eingreifen, sind Zwangsmassnahmen bereits von Verfassungs wegen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Gemäss Artikel 36 BV müssen Grundrechtseingriffe auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein, und sie dürfen den Kerngehalt der Grundrechte nicht tangieren.

Artikel 194 ruft diese verfassungsrechtlichen Schranken in Erinnerung und nimmt insbesondere Bezug auf die für die Verhältnismässigkeit einer strafprozessualen Massnahme relevanten Kriterien, also die Schwere des Delikts und den Grad des Tatverdachts. *Absatz 1 Buchstabe b* stellt klar, dass jede Zwangsmassnahme das Vorliegen eines Tatverdachts verlangt und sich der notwendige Verdachtsgrad nach der Eingriffsschwere der jeweiligen Massnahme bemisst. Bei den beiden besonders schwer wiegenden Massnahmen der Untersuchungshaft und der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs ist stets ein dringender Tatverdacht verlangt (vgl. Art. 220 bzw. Art. 268). *Absatz 2* ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich Zwangsmassnahmen primär gegen die tatverdächtige Person zu richten haben, weil gerade sie durch den Tatverdacht die Rechtsordnung stört. Soweit sich Zwangsmassnahmen gegen nichtbeschuldigte Personen richten, fehlt diesen gegenüber der Tatverdacht als die Zwangsmassnahme legitimierendes und begrenzendes Kriterium. Deshalb ist hier besondere Zurückhaltung erforderlich. Natürlich gilt diese Einschränkung nur dann, wenn erkennbar ist, dass Rechte nicht beschuldigter Personen tangiert werden. Bei der Beschlagnahme von Gegenständen im Besitze der beschuldigten Person etwa wird sich häufig erst im Nachhinein ergeben, dass es sich dabei um Sachen im Eigentum Dritter handelt.

## Art. 195 Zuständigkeit

Die in *Absatz 1* festgelegte Zuständigkeitsordnung ist als allgemeine Regel zu verstehen, von der bei einzelnen Zwangsmassnahmen abgewichen wird, so etwa bei der Untersuchungshaft, die anzuordnen dem Zwangsmassnahmengericht obliegt (Art. 225).

Soweit das Gesetz der Polizei Befugnisse zu Zwangsmassnahmen erteilt, sind dafür grundsätzlich alle Angehörigen der Polizei im Sinne des Artikels 15 befugt. *Absatz 2* nimmt Rücksicht auf die bestehenden Regelungen einzelner Kantone und ermöglicht diesen und dem Bund, die Kompetenz zur Anordnung und Durchführung von Zwangsmassnahmen bestimmten Angehörigen der Polizei vorzubehalten, etwa solchen im Offiziersrang oder den Dienst-, Orts- oder Bezirkschefinnen und -chefs.

## Art. 197 Gewaltanwendung

Im Verwaltungsrecht ist umstritten, ob es zur Herbeiführung des gesetzmässigen Zustands mittels exekutorischer Massnahmen einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf<sup>309</sup>. Für die Durchsetzung strafprozessualer Zwangsmassnahmen bildet Artikel 197 die gesetzliche Grundlage, wobei es angesichts der Vielzahl von Situationen unmöglich ist, die einzelnen Zwangsmittel und ihren Einsatz im Einzelfall zu

<sup>309</sup> Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002, N 1144 m.w.H.



geltend gemacht werden können. Nach Massgabe dieser Zwecke bestimmt sich der Kreis der zu nennenden Personen. Ergibt sich nach Erlass der Vorladung, dass (auch) andere Personen die Verfahrenshandlung vornehmen werden (etwa bei einer Änderung der Zusammensetzung eines Kollegialgerichts), ist keine neue Vorladung zu erlassen, vielmehr ist dies den Parteien in geeigneter Form – allenfalls auch erst zu Beginn der Hauptverhandlung – zu eröffnen.

Die Pflicht gemäss *Buchstabe b*, die Eigenschaft zu bezeichnen, in der die vorgeladene Person teilzunehmen hat, soll der vorgeladenen Person ermöglichen, sich auf die Verfahrenshandlung vorzubereiten, etwa durch Abklärung, ob Zeugnisverweigerungsrechte bestehen. Stellt sich nach Erlass der Vorladung heraus, dass eine Person in einer anderen als der aufgeführten Eigenschaft zu behandeln ist, bedarf es keiner erneuten Vorladung. Vielmehr kann sich die Eigenschaft der vorgeladenen Person sogar während der Verfahrenshandlung ändern, etwa indem sich eine als Zeugin einvernommene Person durch ihre Aussagen so verdächtig macht, dass sie als Auskunftsperson einzuvernehmen ist. Lässt sich zum Zeitpunkt des Erlasses der Vorladung die Eigenschaft der vorzuladenden Person nicht zweifelsfrei bestimmen, können mehrere Möglichkeiten angeführt werden (z.B. «X. Y. wird vorgeladen als Zeuge, evtl. als Auskunftsperson»).

«Grund der Vorladung» in *Buchstabe c* meint zum einen nähere Angaben zum Strafverfahren, in dem die vorgeladene Person teilzunehmen hat (z.B. «Strafuntersuchung gegen A. wegen gewerbmässigen Betrugs»); zum andern die Verfahrenshandlung, zu der vorgeladen wird (z.B. «Einvernahme in der Hauptverhandlung»).

*Buchstabe f*: Die Konsequenzen unentschuldigter verspäteter Erscheinens oder Fernbleibens sind in Artikel 203 näher geregelt. Es dürfte zweckmässig sein, diese Bestimmung auf der Vorladung wiederzugeben.

#### *Art. 200*      Frist

*Absatz 1* übernimmt die in den meisten Kantonen bekannte Vorbereitungs- oder Deliberationsfrist.

*Absatz 2* ergänzt die Bestimmung von Artikel 86 über öffentliche Bekanntmachung um die zu beachtende Frist.

#### *Art. 201*      Ausnahmen

Nach Absatz 1 Buchstabe a kann von der regulären Form oder Frist der Vorladung in dringenden Fällen abgewichen werden. Dabei ist etwa an Haftfälle zu denken, bei denen die Staatsanwaltschaft unverzüglich das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts und Bestehen von Haftgründen abklären muss (Art. 223 Abs. 1). Hier wäre es also zulässig, eine Zeugin oder einen Zeugen telefonisch aufzufordern, umgehend zur Einvernahme zu erscheinen.

#### *Art. 202*      Freies Geleit

Die Möglichkeit, Personen aus dem Ausland in der Schweiz einzuvernehmen, gewinnt an Bedeutung. Häufig sind diese Personen allerdings nur dann bereit, vor einer schweizerischen Strafbehörde zu erscheinen, wenn ihnen zugesichert wird, dass sie in der Schweiz weder verhaftet noch andern vergleichbaren freiheitsbeschränkenden Massnahmen (etwa Ersatzmassnahmen für Haft nach den Art. 236 f.)

ausgesetzt werden. Entsprechend der Regelung in Artikel 12 des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens vom 20. April 1959<sup>310</sup> ist eine Verhaftung ausgeschlossen in Bezug auf Handlungen oder Verurteilungen, die vor der Abreise der betreffenden Person stattgefunden haben.

Ein solches freies Geleit kann an Bedingungen geknüpft werden, die jedoch prozessualen Rechten nicht widersprechen dürfen. So wäre es etwa unzulässig, das freie Geleit einer als Zeugin vorgeladenen Person an die Bedingung zu knüpfen, dass sie keine Zeugnisverweigerungsrechte geltend macht. Zulässig sind dagegen Bedingungen hinsichtlich Ort und Dauer des Aufenthaltes im Landesinnern.

Zuständig für die Zusicherung des freien Geleits ist die jeweilige Verfahrensleitung, im Vorverfahren also die Staatsanwaltschaft.

#### *Art. 203*      Erscheinungspflicht, Verhinderung und Säumnis

Die Pflicht, auf eine Vorladung hin zu erscheinen, besteht unabhängig davon, ob die vorgeladene Person an der betreffenden Verfahrenshandlung mitzuwirken hat. Somit hat, wer als beschuldigte Person, Zeugin, Zeuge oder Auskunftsperson vorgeladen wird, zu erscheinen, insbesondere auch ungeachtet allfälliger Aussageverweigerungsrechte.

Als wichtige Gründe nach *Absatz 3* kommen etwa Krankheit oder Militärdienstpflicht in Betracht.

*Absatz 4*: Neben einer Ordnungsbusse nach Artikel 62 und der polizeilichen Vorführung (Art. 205 ff.) kommt als Sanktion auch die Auferlegung der durch die Säumnis entstandenen Verfahrenskosten und Entschädigungen (Art. 424) in Betracht.

Die polizeiliche Vorführung ist bereits bei Nichterscheinen auf die erste Vorladung hin möglich, setzt also weder Dringlichkeit noch den Erlass einer zweiten Vorladung voraus.

*Absatz 5* verweist auf das Verfahren nach den Artikeln 373 und 374.

#### *Art. 204*      Polizeiliche Vorladungen

Die Polizei kann in zwei Fällen Vorladungen erlassen: Im Rahmen eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens und im Zusammenhang mit Abklärungen, die sie gestützt auf einen Auftrag der Staatsanwaltschaft gemäss Artikel 312 durchführt. Der nach *Absatz 1* zulässige Verzicht auf besondere Formen und Fristen gilt nur für Vorladungen zu Befragungen, Identitätsfeststellung oder erkennungsdienstlicher Behandlung im polizeilichen Ermittlungsverfahren. Er rechtfertigt sich hier insbesondere dadurch, dass den betroffenen Personen keine Aussage- und Wahrheitspflicht obliegt. Soweit die Polizei dagegen im Rahmen eines Auftrags der Staatsanwaltschaft Einvernahmen durchführt, muss eine Vorladung grundsätzlich den Erfordernissen von Artikel 199 genügen. Andernfalls könnte die Staatsanwaltschaft die zu beachtenden Formerfordernisse auf einfache Weise umgehen, indem sie die Polizei mit der Durchführung einer Massnahme beauftragen würde. Ausserdem kann die Polizei unter den Voraussetzungen von Artikel 140 Absatz 2 im Auftrag der Staatsanwaltschaft Zeuginnen und Zeugen einvernehmen. Diese sind auch vor der Polizei zu wahrheitsgemässer Aussage verpflichtet, was die Beachtung der Form-

<sup>310</sup> SR 0.351.1

vorschriften nach Artikel 199 notwendig erscheinen lässt. Allerdings kann auch die Polizei von den Vorschriften über Form und Frist in den Fällen von Artikel 201 abweichen.

*Absatz 2* nimmt die Zuständigkeitsregel von Artikel 205 Absatz 2 zur Verdeutlichung vorweg und regelt die Folgen, wenn einer von der Polizei erlassenen Vorladung nicht Folge geleistet wird, und zwar sowohl im polizeilichen Ermittlungsverfahren als auch bei Massnahmen gestützt auf einen staatsanwaltlichen Auftrag. Im letzten Fall wird das Erfordernis der schriftlichen Androhung der Vorführung natürlich regelmässig erfüllt sein. Hier ist auch denkbar, dass die Staatsanwaltschaft die Polizei bereits zusammen mit dem Auftrag ermächtigt, die betroffene Person im Falle ihres Nichterscheinens vorzuführen.

### 2.5.2.2                    2. Abschnitt: Polizeiliche Vorführung (Art. 205–207)

Eine polizeiliche Vorführung hat für die betroffene Person einen Freiheitsentzug zur Folge. Deshalb liesse sich die Massnahme an sich auch unter dem Kapitel «Freiheitsentzug» regeln. Wegen des sehr engen Zusammenhangs mit der Vorladung finden sich die Bestimmungen zur polizeilichen Vorführung jedoch im gleichen Kapitel wie jene zur Vorladung.

#### *Art. 205*                    Voraussetzungen und Zuständigkeit

*Absatz 1:* Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, von der in *Buchstabe b* eingeräumten Möglichkeit, unter Verzicht auf eine Vorladung direkt vorzuführen, nur sehr zurückhaltend Gebrauch zu machen. Anlass dazu besteht etwa, wenn die betreffende Person vorgängig erklärt hat, sie werde einer Vorladung ohnehin nicht Folge leisten, oder wenn sie in diesem oder einem früheren Verfahren Vorladungen regelmässig missachtet hat.

*Buchstabe c* betrifft Fälle, in denen Beschuldigte, aber auch Auskunftspersonen und ausnahmsweise Zeuginnen und Zeugen etwa zur Vermeidung einer Kollusionsgefahr umgehend einzuvernehmen sind. Auch von dieser Möglichkeit ist zurückhaltend Gebrauch zu machen.

*Buchstabe d* wird häufig als Vorstufe zur Einleitung eines Verfahrens auf Anordnung der Untersuchungshaft zur Anwendung kommen. Dies betrifft vorab Fälle, in denen keine polizeiliche Festnahme erfolgte, sondern der dringende Tatverdacht und die vermuteten Haftgründe etwa auf einer bei der Staatsanwaltschaft direkt eingegangenen Anzeige basieren.

*Absatz 2:* Es können ausschliesslich die Staatsanwaltschaft, die Übertretungsstrafbehörden und die Verfahrensleitung das urteilenden Gerichts oder des Zwangsmassnahmenggerichts eine Vorführung anordnen. Der Polizei kommt also die Kompetenz zur Anordnung einer Vorführung auch im Ermittlungsverfahren nicht zu. Zwar kann sie dort die Vorführung androhen, zum Vollzug bedarf es aber eines Befehls der Staatsanwaltschaft.

#### *Art. 206*                    Form der Anordnung

*Absatz 2:* Selbstverständlich muss der Vorführungsbefehl keinen Hinweis auf die Folgen einer Nichtbefolgung einer Vorladung (Art. 199 Abs. 2 Bst. f) enthalten.

## Art. 207 Vorgehen

Der Begriff der «betroffenen Personen» in *Absatz 1* umfasst nicht nur die vorzuführende Person. Rücksicht zu nehmen ist beispielsweise auch auf deren Familienangehörige, namentlich kleinere Kinder.

Die Pflicht zur sofortigen Vorführung an die Behörde nach *Absatz 2* steht unter dem Vorbehalt anders lautender Anordnungen dieser Behörde. So kann die Staatsanwaltschaft in ihrer Funktion als Leiterin des Vorverfahrens anordnen, dass eine vorzuführende Person zunächst der Polizei für erste Ermittlungen zuzuweisen ist. Ohne eine solche Anordnung hat indes eine unverzügliche Überstellung an die Staatsanwaltschaft zu erfolgen.

Bei der in *Absatz 3* erwähnten Verfahrenshandlung wird es sich zumeist um eine Einvernahme handeln. Denkbar sind jedoch auch alle anderen Handlungen, für deren Durchführung eine Vorladung ausgestellt oder eine Vorführung angeordnet werden kann, etwa die Gegenüberstellung einer beschuldigten Person mit einem Zeugen.

### 2.5.2.3 3. Abschnitt: Fahndung (Art. 208 und 209)

#### Art. 208 Grundsätze

Die Bestimmung unterscheidet zwei Zwecke der Fahndung: Ermittlung des Aufenthaltsortes (*Abs. 1*) oder Verhaftung und Zuführung (*Abs. 2*).

*Absatz 1* lässt die Fahndung gegenüber allen Personen zu, deren Aufenthalt unbekannt und deren Anwesenheit im Verfahren notwendig ist. Es können demnach auch Zeuginnen und Zeugen zur Ermittlung ihres Aufenthaltsortes ausgeschrieben werden, etwa um ihnen eine Vorladung zustellen zu können.

Die Ausschreibung zur Verhaftung und Zuführung ist nach *Absatz 2* dagegen nur gegenüber beschuldigten Personen zulässig, wobei neben dem dringenden Tatverdacht Haftgründe, also beispielsweise Fluchtgefahr, zu vermuten sein müssen. Die Zuständigkeit zum Erlass einer solchen Ausschreibung zur Verhaftung und Zuführung ist die gleiche wie für die Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung nach *Absatz 1*. Um die Anwesenheit einer nicht beschuldigten Person unbekanntes Aufenthaltes im Verfahren sicherzustellen, ist somit zunächst durch eine Ausschreibung nach *Absatz 1* der Aufenthaltsort zu ermitteln, um die gesuchte Person danach vorzuladen oder unter den Voraussetzungen von Artikel 205 vorzuführen.

Das Gesetz legt lediglich die Voraussetzungen für die Fahndung fest, nennt jedoch die einzelnen Fahndungsinstrumente nicht. Diese finden sich vielmehr im Polizeirecht und Verwaltungsrecht. *Absatz 3* beachtet diesen Grundsatz, indem er spezifische Anweisungen der Staatsanwaltschaft, der Übertretungsstraßenbehörden und der Gerichte zu einer Ausschreibung zur Ausnahme erklärt. In der Regel hat die Polizei die Mittel und Massnahmen zur Fahndung selber festzulegen.

### 2.5.3

## 3. Kapitel: Freiheitsentzug, Untersuchungs- und Sicherheitshaft

Zwar regelt dieses Gesetz freiheitsentziehende Massnahmen auch an andern Orten, etwa die polizeiliche Vorführung (Art. 205 ff.), dieses Kapitel enthält jedoch Bestimmungen für die bedeutendsten dieser Zwangsmassnahmen. Es unterteilt diese je nach dem Stand des Strafverfahrens und je nach dem Grad des gegen die betroffene Person bestehenden Tatverdachts in polizeiliche Anhaltung, vorläufige Festnahme, Untersuchungshaft und Sicherheitshaft. Die Abschnitte zu den einzelnen Massnahmen werden ergänzt um allgemeine Bestimmungen, Vorschriften über den Haftvollzug und über Ersatzmassnahmen.

### 2.5.3.1

#### 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 210–213)

##### *Art. 210* Grundsätze

Diese Bestimmung ruft zwei bereits andernorts festgeschriebene Regeln in Erinnerung: Zum einen den in Artikel 9 Ziffer 3 Satz 2 IPBR ausdrücklich statuierten Grundsatz, wonach beschuldigte Personen während eines Strafverfahrens auf freiem Fuss zu belassen sind; zum andern die gemäss Artikel 194 Absatz 1 Buchstabe a geltende Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage. *Absatz 2 Buchstabe c* und *Absatz 3* erinnern an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

##### *Art. 211* Fesselung

Eine Fesselung ist nur gegenüber der beschuldigten Person und nur aus den abschliessend genannten Gründen erlaubt. Selbstverständlich können im Einzelfall mehrere Gründe gleichzeitig gegeben sein. So lässt etwa der Umstand, dass sich jemand einer freiheitsentziehenden Massnahme widersetzt (*Bst. a*), häufig auf eine Fluchtgefahr (*Bst. b*) schliessen. Begründete Fluchtgefahr und eine unmittelbare Selbst- oder Drittgefährdung (*Bst. c*) wird wohl auch häufig beim Transport mehrerer Personen zu bejahen sein.

Die Grenzen und der Umfang einer Fesselung bestimmen sich im Einzelfall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 210 Abs. 2 Bst. c gilt auch hier) sowie unter Berücksichtigung des Verbots erniedrigender Behandlung nach Artikel 7 BV und Artikel 3 EMRK. Dieses erlangt besondere Bedeutung, wenn sich die gefesselte Person in der Öffentlichkeit aufhält.

##### *Art. 212* Betreten von Räumlichkeiten

*Absatz 1* verweist auf die Bestimmungen der Artikel 243 und 244. Weil anzuhalten- oder festzunehmende Personen immer «gesuchte Personen» im Sinne von Artikel 243 Absatz 2 Buchstabe a sind, dürfen die Räumlichkeiten zur Anhaltung oder Festnahme nicht bloss aufgrund einer Einwilligung der berechtigten Person, sondern auch gestützt auf einen Hausdurchsuchungsbefehl betreten werden. Soweit Räumlichkeiten zwecks Vorführung einer Person zu betreten sind, finden sich die Voraussetzungen in den Artikeln 206 und 207 Absatz 4.

*Absatz 2* geht weiter und gestattet das Betreten von Räumlichkeiten zwecks Anhaltung oder Festnahme auch ohne Hausdurchsuchungsbefehl bei Gefahr im Verzug.

#### Art. 213 Benachrichtigung

Gemäss Artikel 31 Absatz 2 dritter Satz BV hat jede Person, der die Freiheit entzogen wird, das Recht, ihre nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen. *Absatz 1* geht über dieses verfassungsmässige Recht der betroffenen Person hinaus, indem er die Strafbehörden zur Benachrichtigung der Angehörigen *verpflichtet*, unter Vorbehalt ausdrücklichen Verzichts oder der Gefährdung der Untersuchung nach *Absatz 2*. Es ist jedoch einzuräumen, dass sich bei der praktischen Umsetzung wohl kein grosser Unterschied ergeben wird gegenüber einer Regelung, welche der betroffenen Person das Recht auf Benachrichtigung Angehöriger einräumt: Wegen des Widerspruchsrechts nach Absatz 2 ist die betroffene Person auch bei einer Pflicht zur Benachrichtigung über das beabsichtigte Vorgehen der Behörden zu orientieren.

Der Anspruch bzw. das Recht auf Benachrichtigung besteht bei Untersuchungs- oder Sicherheitshaft, aber auch schon im Falle einer vorläufigen Festnahme nach den Artikeln 216 ff. und ist demnach auch von der Polizei zu beachten.

*Absatz 2* nennt die Gründe, warum auf eine Benachrichtigung zu verzichten ist: den entgegenstehenden Willen der betroffenen Person oder eine Gefährdung des Untersuchungszwecks. Die betroffene Person muss eine Benachrichtigung ausdrücklich ablehnen, und es dürfte sich empfehlen, diese Willensäusserung zu protokollieren. Der Untersuchungszweck verbietet eine Benachrichtigung, wenn dadurch eine Verdunkelungsgefahr entstehen könnte; dagegen genügt blosser Fluchtgefahr nicht, denn dieser kann auf andere Weise begegnet werden. Obschon das Gesetz keine Höchstdauer für den Aufschub der Benachrichtigung wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks festlegt, sind die Strafbehörden gehalten, möglichst rasch die Gründe für den Aufschub zu beseitigen.

Die Pflicht zur Benachrichtigung der Sozialbehörden gemäss *Absatz 3* wird anders als die Benachrichtigungspflicht nach Absatz 1 bewusst nicht davon abhängig gemacht, dass die beschuldigte Person nicht opponiert oder der Untersuchungszweck entgegensteht. Das Interesse der von der beschuldigten Person abhängigen Personen an Existenzsicherung überwiegt sowohl das Vetorecht der beschuldigten Person als auch das Interesse an einer Einschränkung der Benachrichtigungspflicht zur Vermeidung einer Verdunkelungsgefahr. Der Konflikt zwischen dieser und der Benachrichtigungspflicht wird ohnehin dadurch entschärft, dass die Benachrichtigung nach Absatz 3 nicht umgehend zu erfolgen hat, sondern erst, wenn eine von der beschuldigten Person abhängige Person in Schwierigkeiten gerät. Dies wird in der Regel, ausgenommen etwa im Fall einer allein erziehenden beschuldigten Person, erst einige Zeit nach einer Festnahme oder Versetzung in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft eintreten, sodass den Strafverfolgungsbehörden Zeit für Abklärungen bleibt. Die Pflicht zur Benachrichtigung der Sozialbehörden besteht bereits dann, wenn auf Grund der Umstände angenommen werden muss, dass von der beschuldigten Person abhängige Personen in Schwierigkeiten geraten könnten. Es ist indes nicht Aufgabe der Strafbehörden, diesbezüglich einlässliche Abklärungen vorzunehmen.

*Absatz 4* berücksichtigt zum einen die Interessen von Opfern im Sinne von Artikel 114, indem diesen mitzuteilen ist, wenn sich die beschuldigte Person nicht mehr oder wieder auf freiem Fuss befindet. Unerheblich ist dabei, ob sich das Opfer als

Privatklägerschaft konstituiert hat oder nicht. Die Orientierung hat von der Behörde zu erfolgen, welche die Untersuchungs- oder die Sicherheitshaft anordnet (also vom Zwangsmassnahmengericht) oder aufhebt (also je nach Konstellation von der Staatsanwaltschaft, dem Zwangsmassnahmengericht oder dem urteilenden Gericht). Im Falle der Flucht hat die Orientierung durch die Verfahrensleitung derjenigen Behörde zu erfolgen, bei der das Verfahren zum Zeitpunkt der Flucht hängig ist.

Absatz 4 berücksichtigt zum andern mit seinem zweiten Satz auch die Interessen der beschuldigten Person, indem von einer Orientierung des Opfers etwa dann abzusehen ist, wenn der beschuldigten Person seitens des Opfers oder aus dessen Umfeld mit ernsthaften Nachteilen gedroht wurde.

### **2.5.3.2                    2. Abschnitt: Polizeiliche Anhaltung; Nacheile** (Art. 214 und 215)

#### *Art. 214                    Polizeiliche Anhaltung*

Bei einer Anhaltung (gelegentlich auch Identitätskontrolle, Passantenkontrolle oder Sistierung genannt) schränkt die Polizei in Ausübung ihrer Ermittlungsbefugnisse die Bewegungsfreiheit von Personen kurzfristig ein. Aus diesem Grund erscheint es angebracht, dafür eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, wie dies verschiedene neuere kantonale Strafprozessordnungen getan haben. Die Anhaltung wird vorab an öffentlich zugänglichen Orten vorgenommen; aus Artikel 212 ergibt sich jedoch, dass sie unter Beachtung der Vorschriften über die Hausdurchsuchung auch an nicht allgemein zugänglichen Örtlichkeiten zulässig ist. Durch die Anhaltung soll die Identität einer Person festgestellt und geklärt werden, ob sie eine Straftat begangen hat oder sonst damit in Zusammenhang zu bringen ist, sei es dass sie eine solche beobachtet hat oder im Besitz gesuchter Gegenstände ist.

Die Anwendung umfasst auch die Befugnis, Personen zu den in Absatz 1 genannten Zwecken nötigenfalls auf den Polizeiposten zu bringen. Damit gelangt die Anhaltung in ihrer Wirkung in die Nähe einer polizeilichen Festnahme nach Artikel 216, so dass sich die Frage nach der Abgrenzung zu dieser stellt. Im Unterschied zur Anhaltung richtet sich die Festnahme ausschliesslich gegen Personen, gegen die ein konkreter Tatverdacht besteht. Der Anhaltung liegt dagegen die Situation zugrunde, dass erst geklärt werden muss, wer eines Deliktes verdächtig ist. Wird somit eine Person auf den Polizeiposten mitgenommen, die eines Deliktes verdächtig ist, bestimmt sich das weitere Vorgehen nach den Regeln über die Festnahme. Eine Festhaltung unter dem Titel der Anhaltung wäre dagegen unzulässig. Nach diesen Überlegungen beurteilt sich auch die Frage nach der zulässigen Dauer einer Anhaltung, bei welcher die betroffene Person auf den Polizeiposten gebracht wird: Ergibt sich nach einer kurzen Befragung (wobei nicht nur die Befragung, sondern die gesamte Dauer des Aufenthaltes auf dem Posten kurz sein muss) kein konkreter Tatverdacht, ist die Person sofort zu entlassen, andernfalls ist eine Festnahme anzuordnen. Hinsichtlich der Dauer ist zu beachten, dass eine Festnahme beim Verdacht auf eine Übertretung der Anordnung durch einen höheren Polizeiangehörigen bedarf, wenn sie länger als drei Stunden dauert (Art. 218 Abs. 5). Daraus ergibt sich, dass eine Anhaltung mit Verbringung auf den Polizeiposten – weil sie sich eben gegen eine Person richtet, gegen welche kein konkreter Verdacht besteht – insgesamt deutlich weniger als drei Stunden dauern darf.

*Absatz 2* schafft eine klare gesetzliche Grundlage für die Pflichten angehaltener Personen und für Eingriffe in ihre Grundrechte. Diese Pflichten gelten für alle angehaltenen Personen, ungeachtet dessen, ob gegen sie ein Tatverdacht besteht. Beschuldigte Personen brauchen sich somit zwar hinsichtlich der gegen sie erhobenen Beschuldigungen nicht zu äussern, haben hingegen ihre Personalien anzugeben. Die Pflicht zur Vorlage von Ausweispapieren und Gegenständen sowie zum Öffnen von Behältnissen und Fahrzeugen wird durch Artikel 240 Absatz 3 i.V.m. Artikel 249 Absatz 1 verstärkt, wonach die Polizei Kleider, mitgeführte Gegenstände oder Fahrzeuge angehaltener Personen durchsuchen kann.

Die Möglichkeit der Polizei, Privatpersonen zur Unterstützung aufzufordern (*Abs. 3*), begründet für diese keine Pflicht, der Polizei beizustehen. Anders als nach gewissen kantonalen Strafprozessordnungen soll Privatpersonen nicht zugemutet werden, sich gegen ihren Willen den einer Anhaltung innewohnenden Gefahren auszusetzen. Wirken Privatpersonen dagegen mit und erleiden sie dabei Schäden, stehen ihnen nach Artikel 442 Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche zu.

Die in *Absatz 4* geregelte Massnahme wird auch etwa als *Razzia* bezeichnet. Ihre Besonderheit besteht darin, dass sie auch dann angeordnet werden darf, wenn davon auszugehen ist, dass eine Grosszahl der von ihr betroffenen Personen keinerlei Bezug zur abzuklärenden Straftat hat. Die Bestimmung will klarstellen, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip einer solchen Massnahme nicht a priori entgegensteht. Selbstverständlich ist diesem Prinzip und dem Erfordernis eines genügenden öffentlichen Interesses jedoch besondere Beachtung zu schenken. So erschiene es etwa zulässig, eine Parkanlage abzusperren, nachdem es dort zu einer schweren Körperverletzung gekommen ist; die Absperrung eines Flughafens nach dem Diebstahl eines Portemonnaies dagegen in der Regel nicht. Absatz 4 erlaubt bloss die Absperrung eines Ortes und die Anhaltung von Personen; soweit nicht allgemein zugängliche Räumlichkeiten betreten werden müssen, ist Artikel 212 zu beachten.

#### *Art. 215* Nacheile

Unter Nacheile ist das Recht der Polizei zu verstehen, bei der Verfolgung beschuldigter Personen den eigenen örtlichen Zuständigkeitsbereich zu überschreiten und im Hoheitsgebiet eines andern Polizeikorps tätig zu werden. Bisher wurde dieses Institut in Artikel 356 StGB (Art. 360 nStGB<sup>311</sup>) normiert; diese Bestimmung ist jedoch – da sie prozeduraler Natur ist – in die Strafprozessordnung zu überführen.

Die Bestimmung übernimmt im Wesentlichen Artikel 356 StGB. *Absatz 1* weitet die Möglichkeit der Nacheile auf das Ausland aus, nach Massgabe völkerrechtlicher Verträge wie z.B. dem Schengen-Assoziierungsbereinkommen vom 26. Oktober 2004<sup>312</sup>, dem Schweizerisch-deutschen Polizeivertrag vom 27. April 1999<sup>313</sup> oder dem Abkommen vom 11. Mai 1998<sup>314</sup> zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Französischen Republik über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Justiz-, Polizei- und Zollsachen.

<sup>311</sup> BBl 2002 8240

<sup>312</sup> BBl 2004 7149

<sup>313</sup> SR 0.360.136.1

<sup>314</sup> SR 0.360.349.1

Die Nachteile der Autobahnpolizei ist in Artikel 57a Absatz 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958<sup>315</sup> geregelt.

### 2.5.3.3

### 3. Abschnitt: Vorläufige Festnahme (Art. 216–218)

Bei der vorläufigen Festnahme handelt es sich um einen Freiheitsentzug, der im Regelfall auf Grund der Initiative der Polizei, seltener von Privatpersonen (Art. 217) erfolgt. Im Unterschied zur Untersuchungs- oder Sicherheitshaft basiert sie nicht auf einer Anordnung des Zwangsmassnahmengerichts.

In einem engeren Sinn liesse sich als vorläufige Festnahme jene Phase des Freiheitsentzuges betrachten, in der vorab die Polizei in Anwendung der Artikel 216 und 218 Personen festgenommen hat und sie nach der Durchführung erster Ermittlungen entweder wieder freilässt oder der Staatsanwaltschaft zuführt. Das Gesetz geht jedoch von einem weiteren Begriff der vorläufigen Festnahme aus: Weil der Freiheitsentzug während des Haftverfahrens der Staatsanwaltschaft nicht besonders geregelt und bezeichnet ist, fällt auch der Freiheitsentzug für die Zeit zwischen der Zustellung an die Staatsanwaltschaft und dem Haftentscheid des Zwangsmassnahmengerichts unter den Begriff der vorläufigen Festnahme.

#### *Art. 216* Durch die Polizei

Eine Festnahme kann von allen Angehörigen der Polizei im Sinne von Artikel 15 vorgenommen werden; weder bedarf es dazu eines besondern Grades noch einer besonderen Ermächtigung. Allerdings ist die Festnahme durch einen höheren, dazu von Bund oder Kantonen bevollmächtigten Polizeiangehörigen anzuordnen, wenn sie beim Verdacht auf eine Übertretung erfolgt und länger als drei Stunden dauert (Art. 218 Abs. 5).

Nimmt die Polizei die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens selber wahr oder trifft sie die beschuldigte Person unmittelbar nach der Begehung an oder erkennt sie eine zur Verhaftung ausgeschriebene Person, ist sie nach *Absatz 1* zur Festnahme verpflichtet. Polizeiangehörige sind allerdings dann von dieser Pflicht befreit, wenn sie sich durch die Festnahme selber in unmittelbare Gefahr begeben würden. Dies ist etwa denkbar bei deutlicher zahlenmässiger Unterlegenheit der Polizei gegenüber delinquierenden Personen oder beim Polizeiangehörigen, der Verbrechen oder Vergehen im Umfeld feststellt, in das er als verdeckter Ermittler eingedrungen ist. Ergeben sich die Verdachtsmomente nicht auf Grund eigener, unmittelbarer Wahrnehmung der Polizei, steht ihr nach *Absatz 2* ein blosses Recht zur Festnahme zu. In beiden Fällen bezweckt die Festnahme, die Identität der festgenommenen Person festzustellen, den bestehenden Tatverdacht näher abzuklären und zu prüfen, ob Haftgründe vorliegen (Art. 218).

Nimmt die Polizei die Begehung einer blossen Übertretung wahr, ist eine Festnahme angesichts des Verhältnismässigkeitsprinzips nur in engen Grenzen zulässig. *Absatz 3* zählt deshalb die zulässigen Fälle abschliessend auf. *Buchstabe a* dient der Sachverhaltsermittlung, *Buchstabe b* bezweckt die Sicherstellung der Vollstreckung und *Buchstabe c* begegnet der Wiederholungsgefahr. Weil eine vorläufig festgenommene Person spätestens innert 24 Stunden nach der Anhaltung oder Festnahme

<sup>315</sup> SR 741.01

der Staatsanwaltschaft zwecks allfälliger Anordnung von Untersuchungshaft zuzuführen ist (Art. 218 Abs. 4), bei einer Übertretung die Anordnung von Untersuchungshaft indes ausgeschlossen ist (vgl. Art. 220 Abs. 1), kann eine Festnahme beim Verdacht auf eine Übertretung höchstens 24 Stunden dauern.

#### *Art. 217* Durch Privatpersonen

Wie die meisten Prozessgesetze erlaubt *Absatz 1* Privatpersonen die Festnahme anderer Personen. Das Festnahmerecht Privater ist allerdings enger als die Befugnisse der Polizei: Zunächst besteht es bloss subsidiär zu jenem der Polizei und darf nur ausgeübt werden, wenn polizeiliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann. Im Weiteren ist die Festnahme durch Private beschränkt auf Fälle, in denen eine Person in flagranti ertappt oder unmittelbar nach der Tatbegehung angetroffen wird. Schliesslich ist die Festnahme durch Private ausgeschlossen beim Verdacht auf eine blosser Übertretung. Bei geringfügigen Vermögensdelikten<sup>316</sup>, beispielsweise einem Diebstahl von Sachen mit einem Wert unter 300 Franken, besteht somit kein Festnahmerecht Privater. Sofern die Privatperson um die Geringfügigkeit weiss, stehen ihr ausschliesslich die zivilrechtlichen Instrumente des Besitzschutzes (Art. 926 ZGB) und der Selbsthilfe (Art. 52 Abs. 3 OR) zu. Bestehen dagegen Anhaltspunkte, der Wert oder der Schaden seien nicht bloss geringfügig, kann sie sich auf das Festnahmerecht berufen.

Anders als im Falle, in welchem die Polizei Privatpersonen zur Hilfeleistung bei einer Anhaltung auffordert (Art. 214 Abs. 3), handeln Private bei einer Festnahme nach dieser Bestimmung nicht als «Hilfspersonen» der Polizei, sondern in eigener Verantwortung und auf eigenes Risiko. Erleiden sie dabei einen Schaden, stehen ihnen deshalb keine Ansprüche nach Artikel 442 zu.

#### *Art. 218* Vorgehen der Polizei

Weil die Polizei nach *Absatz 1* verpflichtet ist, die Identität der festgenommenen Person «unverzüglich» festzustellen, hat sie in erster Linie Massnahmen zu ergreifen, die zu einer raschen Abklärung der Personalien führen, also etwa eine Befragung oder die Suche nach Identitätspapieren. Zum einen ist indes die (zweifelsfreie) Feststellung der Identität nicht Voraussetzung für die weiteren nach dieser Bestimmung vorzunehmenden Schritte. Zum andern hindert die Pflicht zur unverzüglichen Identitätsfeststellung die Polizei nicht daran, andere, mehr Zeit beanspruchende Massnahmen zur Identifizierung anzuordnen, beispielsweise die Erstellung eines DNA-Profiles.

*Absatz 2* nimmt Bezug auf Artikel 156, wonach die Verteidigung einer beschuldigten Person an deren Einvernahme teilnehmen darf. Es handelt sich dabei um ein blosses Recht auf Teilnahme, nicht aber um ein Verbot von Einvernahmen ohne Anwesenheit der Verteidigung. Eine Verhinderung der Verteidigung schliesst also die Durchführung einer Einvernahme nicht aus. Eine andere Lösung erwiese sich angesichts der Höchstdauer der Festnahme als nicht praktikabel.

<sup>316</sup> Nach Art. 172<sup>ter</sup> StGB werden Vermögensdelikte zu blossen Übertretungen, wenn sie sich auf einen geringen Vermögenswert oder einen geringen Schaden richten. Das Bundesgericht hat die Geringfügigkeit auf 300 Franken festgelegt (BGE 121 IV 261; 123 IV 113).

Die Höchstdauer beträgt gemäss *Absatz 4* 24 Stunden seit der Anhaltung oder Festnahme. Mit der Regelung, dass auch die Dauer einer Anhaltung an die Höchstdauer anzurechnen ist, lässt sich vermeiden, dass die nicht immer leichte Abgrenzung von Anhaltung (insbesondere im Falle eines Verbringens auf den Polizeiposten) und einer vorläufigen Festnahme zu Unklarheiten bei der Fristberechnung führt und dass der Freiheitsentzug faktisch um Stunden verlängert werden könnte. Vor diesem Hintergrund ergibt sich auch, dass es für die Bestimmung der Höchstdauer unerheblich ist, ob die Festnahme durch die Polizei oder gemäss Artikel 217 durch Private erfolgte, weil diese in gleicher Weise zu einer Einschränkung der Bewegungsfreiheit führt. Im Falle einer Zuführung an die Staatsanwaltschaft muss sich die betroffene Person innerhalb der Frist bei der Staatsanwaltschaft befinden. Es genügt also nicht, eine beispielsweise im Bergell festgenommene Person innert 24 Stunden der für einen Transport an die zuständige Staatsanwaltschaft in Genf zuständigen Stelle zu übergeben.

*Absatz 5* stellt für die Festnahme im Zusammenhang mit einer Übertretung strengere Regeln auf.

#### **2.5.3.4                    4. Abschnitt: Untersuchungs- und Sicherheitshaft: Allgemeine Bestimmungen (Art. 219–222)**

##### *Art. 219*                    Begriffe

Mit der Unterscheidung in Untersuchungs- und Sicherheitshaft macht das Gesetz deutlich, in welchem Stadium des Verfahrens die jeweilige Haft angeordnet oder vollzogen wird: Bis zum Abschluss der Untersuchung handelt es sich um Untersuchungshaft, ab der Hängigkeit der Sache beim erstinstanzlichen Gericht (vgl. Art. 329 Abs. 1) um Sicherheitshaft. Während die Untersuchungshaft primär die Ziele des Vorverfahrens sichert, bezweckt die Sicherheitshaft, die Verfügbarkeit der beschuldigten Person während des erstinstanzlichen Verfahrens und im Rechtsmittelverfahren sowie allenfalls den anschliessenden Vollzug freiheitsentziehender Sanktionen zu gewährleisten.

Die Untersuchungshaft darf ausschliesslich während einer Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft (Art. 307 ff.), nicht aber während eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens nach Art. 305 f. angeordnet werden. Eine Entlassung kann auf Gesuch hin (Art. 227) oder von Amtes wegen nach dem Wegfall der Haftvoraussetzungen erfolgen. Beim «Antritt der freiheitsentziehenden Sanktion» handelt es sich mangels eines rechtskräftigen Urteils stets um einen vorzeitigen Antritt nach Artikel 235.

##### *Art. 220*                    Voraussetzungen

*Absatz 1* erlaubt Untersuchungs- und Sicherheitshaft nur bei der Verfolgung von Verbrechen oder Vergehen, enthält die stets notwendige Voraussetzung des dringenden Tatverdachts und nennt in den Buchstaben a–c die besonderen Haftgründe, von denen zumindest einer kumulativ zum dringenden Tatverdacht vorliegen muss.

*Buchstaben a und b* nennen die «klassischen» Haftgründe der Flucht- und Kollusions- oder Verdunkelungsgefahr, welche in allen schweizerischen Strafprozessordnungen enthalten sind.

Nicht in allen, aber doch in zahlreichen Strafprozessordnungen findet sich der Haftgrund der Wiederholungsgefahr, wenn auch in unterschiedlicher Ausgestaltung. Ihm können zwei Zwecke zugrunde liegen: Zum einen soll er dazu beitragen, dass ein hängiges Verfahren abgeschlossen werden kann, indem der beschuldigte Person verunmöglicht wird, durch stetige Delinquenz den Verfahrensabschluss hinauszuzögern oder sogar zu verunmöglichen<sup>317</sup>. Zum andern kann er ausschliesslich der Gefahrenabwehr dienen; in diesem Sinn handelt es sich somit eigentlich um eine sichernde, polizeiliche Zwangsmassnahme. Weil *Absatz 1 Buchstabe c* nicht verlangt, dass die beschuldigte Person während der Hängigkeit des Verfahrens ein Delikt begangen hat, ist der Haftgrund der Wiederholungsgefahr hier in diesem zweiten Sinn zu verstehen. Um auszuschliessen, dass Personen auf Grund nicht näher begründeter Annahmen in Untersuchungshaft genommen werden, sieht das Gesetz verschiedene Schranken vor: Zunächst bedarf es des Grunderfordernisses eines dringenden Tatverdachts hinsichtlich eines begangenen Verbrechens oder Vergehens. Sodann muss die beschuldigte Person bereits früher Straftaten (also mindestens zwei) begangen haben, die gleicher Art sind wie jene, deren Begehung «ernsthaft zu befürchten» ist. Gleichartigkeit muss somit nur bestehen zwischen den bereits früher verübten und den befürchteten Delikten, nicht aber zwischen dem Delikt, auf das sich der dringende Tatverdacht bezieht, und den früher verübten oder den befürchteten. In der Regel wird die Befürchtung um weitere gleichartige Delikte aber wohl auf der Tat basieren, derer die beschuldigte Person dringend verdächtig ist. Gleichartigkeit erfordert nicht, dass es sich um den genau gleichen Tatbestand handelt, zumal sich dieser in diesem Stadium ohnehin noch nicht genau bestimmen lässt.

Der in *Absatz 2* geregelte Haftgrund der Ausführungsgefahr ist in einzelnen Strafprozessordnungen bekannt und ausdrücklich auch in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c EMRK vorgesehen. Auch das Bundesgericht hat eine wegen Ausführungsgefahr angeordnete, auf § 58 Absatz 2 der Strafprozessordnung des Kantons Zürich gestützte Haft für zulässig erklärt<sup>318</sup>. In der Vernehmlassung wurde die Möglichkeit einer Haftanordnung bei Ausführungsgefahr zwar ausführlich kommentiert, es erwuchs ihr aber nur vereinzelt grundsätzliche Opposition<sup>319</sup>. Der Haft wegen Ausführungsgefahr liegt die Konstellation zugrunde, dass die Begehung eines schweren Verbrechens erst in Aussicht gestellt wird, der Bezug zu einer bereits begangenen Straftat indes fehlt, weshalb hier kein dringender Tatverdacht vorausgesetzt werden kann. Verlangt ist deshalb vielmehr eine konkrete Gefahr der Tatbegehung («ernsthaft zu befürchten»). Mangels Anknüpfung an eine mutmasslich begangene Straftat ist auch weder von «beschuldigter Person» noch von «Untersuchungshaft» die Rede. Dennoch sind die Vorschriften über die Untersuchungshaft (namentlich hinsichtlich Anordnung, Entlassung, Verlängerung und Vollzug) für die Haft wegen Ausführungsgefahr sinngemäss anzuwenden.

<sup>317</sup> Dieser Zweck liegt etwa der bernischen Regelung zugrunde; vgl. *Jürg Aeschlimann*, Einführung in das Strafprozessrecht, Bern etc. 1997, N 1113; *Thomas Maurer*, Das bernische Strafverfahren, Bern 2003, S. 296.

<sup>318</sup> BGE 125 I 361

<sup>319</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 51 f.

*Art. 222*      Verkehr mit der Verteidigung

Weil Artikel 218 Absatz 2 i.V.m. Artikel 156 die Teilnahme der Verteidigung an der Einvernahme der beschuldigten Person bereits im Rahmen der vorläufigen Festnahme erlaubt, ist ein Teilnahmerecht im Haftverfahren folgerichtig. Die Akteneinsicht im Haftverfahren ist durch Artikel 224 Absatz 2 geregelt.

*Absatz 2* bezieht sich nur auf Fälle, in denen noch keine Untersuchungs- oder Sicherheitshaft angeordnet worden ist, sondern das entsprechende Verfahren noch im Gange ist. In diesen Fällen besteht ein absolutes Recht auf Verkehr mit der Verteidigung. Während der Haft und im Verfahren um Verlängerung bestimmt sich das Recht auf Verkehr mit der Verteidigung nach Artikel 234 Absatz 4.

**2.5.3.5**                      **5. Abschnitt: Untersuchungshaft (Art. 223–227)**

*Art. 223*      Haftverfahren vor der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft hat das in *Absatz 1* vorgeschriebene Verfahren durchzuführen, wenn ihr die zu verhaftende Person von der Polizei zugeführt wird, aber auch dann, wenn sie eine Person, die sie vorgeladen hat oder die aus eigenem Antrieb die Staatsanwaltschaft aufsucht, in Untersuchungshaft setzen will.

*Absatz 2* verpflichtet die Staatsanwaltschaft nur, die für den Antrag wesentlichen Akten beizulegen, verbietet ihr aber nicht, gewisse Akten zurückzubehalten. Dies kann insbesondere angezeigt sein, um zu verhindern, dass die beschuldigte Person über das Einsichtsrecht von Artikel 224 Absatz 2 Einzelheiten der Untersuchung erfährt, welche ihr aus taktischen Gründen noch nicht bekannt sein sollten.

*Absatz 3*: Für die Anordnung von Ersatzmassnahmen nach den Artikeln 236 ff. ist ebenfalls das Zwangsmassnahmengericht zuständig (Art. 236 Abs. 4). Lässt die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person frei, bedeutet dies zwar, dass dieser die Freiheit nicht weiter unter dem Titel der Untersuchungshaft eingeschränkt ist, hat aber nicht zwingend die Wiedererlangung der vollen Bewegungsfreiheit zur Folge: Denkbar ist nämlich, dass die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person einer andern Behörde übergibt, die ihrerseits zu einer Beschränkung der Bewegungsfreiheit der beschuldigten Person berechtigt ist, etwa zwecks Ausschaffung aus der Schweiz oder Vollzugs einer Strafe oder Massnahme.

*Art. 224*      Haftverfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht

Artikel 5 Absatz 3 EMRK und Artikel 31 Absatz 3 BV bestimmen, dass jede Person, die in Untersuchungshaft genommen wird, unverzüglich einer richterlichen Behörde vorgeführt wird, welche über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs zu entscheiden hat. Die Regelungen des Haftprüfungsverfahrens vor dem Zwangsmassnahmengericht setzen diese verfassungs- und konventionsrechtlichen Vorgaben auf Gesetzesstufe um und gehen in gewisser Hinsicht darüber hinaus.

*Absatz 1*: Die Verhandlung ist mit der beschuldigten Person, ihrer Verteidigung und der Staatsanwaltschaft anzusetzen. Während die beschuldigte Person in jedem Fall gestützt auf Artikel 203 Absatz 1 verpflichtet ist zu erscheinen, hat die Verteidigung auf Grund der Artikel 144 Absatz 1 und 222 Absatz 1 ein Teilnahmerecht. Ebenfalls

ein Recht auf Teilnahme steht der Staatsanwaltschaft zu, es sei denn, sie sei vom Zwangsmassnahmengericht ausdrücklich zur Teilnahme verpflichtet worden.

Das Akteneinsichtsrecht nach *Absatz 2* ist uneingeschränkt, bezieht sich indes nur auf die mit dem Haftantrag eingereichten Akten, nicht aber auf alle Verfahrensakten der Staatsanwaltschaft.

*Absatz 3*: Der Verhandlung berechtigterweise fern bleiben können die Verteidigung und die Staatsanwaltschaft, sofern sie das Zwangsmassnahmengericht nicht zum Erscheinen verpflichtet hat, und Personen, die von der Pflicht zum Erscheinen dispensiert werden. Die Behandlung von Dispensationsgesuchen darf allerdings nicht zu einer Überschreitung der Entscheidungsfrist von 48 Stunden nach Artikel 225 Absatz 1 führen.

Gewisse Strafprozessordnungen schreiben die Beweiserhebung im Haftverfahren vor, andere schliessen sie dagegen aus. Die Praxis des Bundesgerichts führt zu einer Lockerung dieses Ausschlusses<sup>320</sup> und gibt Anlass, in *Absatz 4* ein Beweisverfahren in beschränktem Masse zuzulassen. Es geht vor allem darum, einen von der beschuldigten Person geltend gemachten, sofort verfügbaren Alibibeweis abzunehmen.

Nach den eingangs erwähnten Bestimmungen der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention ist die betroffene Person der richterlichen Behörde obligatorisch vorzuführen, also ohne dass es eines entsprechenden Begehrens bedürfte. Ein Verzicht auf eine Vorführung kann deshalb nur gültig sein, wenn er ausdrücklich erfolgt, wie dies *Absatz 5* vorsieht.

#### *Art. 225*      Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts

Hier werden Einzelheiten betreffend den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts über die erstmalige Anordnung der Untersuchungshaft geregelt, die auf Grund des Verweises in Artikel 227 Absatz 4 teilweise auch beim Entscheid über ein Gesuch um Entlassung aus der Untersuchungshaft sinngemäss Anwendung finden. Zwischen der Anhaltung oder Festnahme und dem Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts können insgesamt höchstens 96 Stunden liegen, nämlich je 24 Stunden zwischen Anhaltung oder Festnahme und Zuführung an die Staatsanwaltschaft (Art. 218 Abs. 4) und zwischen der Zuführung und dem Antrag der Staatsanwaltschaft an das Zwangsmassnahmengericht (Art. 223 Abs. 2), sowie maximal 48 Stunden zwischen dem Eingang des Antrags und dem Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts gemäss *Absatz 1*. Diese maximal zulässige Dauer von 96 Stunden ist relativ lang. Sie lässt sich rechtfertigen aus dem Umstand, dass Artikel 224 Absatz 1 bereits für das Verfahren der *Haftanordnung* (und nicht erst für das der gerichtlichen *Haftüberprüfung*, Art. 226 und 227) ein Verfahren vorsieht, an dem neben der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person auch die Verteidigung teilnehmen kann, was eine entsprechende Vorbereitung bedingt (vgl. Art. 224 Abs. 2). Kürzere Fristen wären nur zu realisieren, wenn das Verfahren auf die Zuführung und Anhörung der beschuldigten Person und eine summarische Prüfung ohne Beweisverfahren beschränkt würde.

*Absatz 2*: Die Pflicht zur unverzüglichen Eröffnung des Entscheides ergibt sich aus Artikel 31 Absatz 3 BV und Artikel 5 Absatz 3 EMRK. In der Regel hat das

<sup>320</sup> BGE 124 I 210 f.; BGE vom 12.9.1996 in: plädoyer 1/1997 S. 56.

Zwangsmassnahmengericht seinen Entscheid unmittelbar im Anschluss an die Verhandlung mündlich zu eröffnen. Schriftlich ist zu eröffnen, wenn auf Grund eines Verzichts der beschuldigten Person nach Artikel 224 Absatz 5 keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, und gegenüber Beteiligten, welche an einer mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen haben. Ist die beschuldigte Person verteidigt, sind Entscheid sowie Begründung sowohl ihr als auch der Verteidigung zuzustellen.

Der Hinweis gemäss *Absatz 3* erfolgt zusammen mit der mündlichen oder schriftlichen Eröffnung der Haftanordnung.

*Absatz 4:* Aus der Vorschrift von Artikel 226 Absatz 1, wonach die Staatsanwaltschaft bei unbegrenzter Haftdauer nach drei Monaten ein Haftverlängerungsgesuch zu stellen hat, ergibt sich die Höchstdauer, auf welche das Zwangsmassnahmengericht die Untersuchungshaft nach *Buchstabe a* festlegen kann; sie beträgt drei Monate. Neben der zeitlichen Beschränkung kann das Zwangsmassnahmengericht die Staatsanwaltschaft anweisen, bestimmte Untersuchungshandlungen vorzunehmen (*Bst. b*). Diese Möglichkeit verstösst nicht gegen den Grundsatz der Funktions-trennung von Untersuchungs- und Anklagebehörde einerseits und Gerichten andererseits. Durch eine solche Anweisung bringt das Zwangsmassnahmengericht zum Ausdruck, welche Elemente seiner Ansicht nach für eine allfällige Verlängerung der Haft von Bedeutung sind. Das Zwangsmassnahmengericht kann seine Weisung nicht unmittelbar durchsetzen, hingegen kann es eine Haftverlängerung verweigern, wenn die Staatsanwaltschaft ihr nicht nachkommt.

Das Zwangsmassnahmengericht hat nach *Buchstabe c* die Möglichkeit, auch ohne Antrag der Staatsanwaltschaft Ersatzmassnahmen anzuordnen. Hingegen ist es ihm verwehrt, die Untersuchungshaft anzuordnen, wenn die Staatsanwaltschaft lediglich Ersatzmassnahmen beantragt hat.

*Absatz 5:* Die Freilassung hat unverzüglich im Anschluss an die Fällung des Entscheides zu erfolgen. Es ist also nicht zuerst die Ausfertigung der Begründung abzuwarten.

#### *Art. 226*            Haftverlängerungsgesuch

*Absatz 1* beschränkt in *Satz 2* die Dauer erstmalig angeordneter Untersuchungshaft auf drei Monate.

*Absatz 2:* Bei der Festlegung des Zeitpunktes, in welchem das Verlängerungsgesuch spätestens einzureichen ist, sind zwei Interessen zu berücksichtigen: Zum einen muss sichergestellt sein, dass das Zwangsmassnahmengericht vor Ablauf der Haftdauer eine provisorische Fortdauer der Untersuchungshaft soll anordnen können (vgl. Abs. 4), weil ohne diese Anordnung die beschuldigte Person nach Ablauf der Haftdauer, aber unter Umständen noch vor dem Verlängerungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichts mangels gültigem Hafttitel aus der Haft zu entlassen wäre. Zum andern darf der Zeitpunkt nicht zu weit nach vorne verlegt werden, weil dadurch das Zwangsmassnahmengericht seinen Verlängerungsentscheid auf der Basis von nicht mehr genügend aktuellen Tatsachen fällen müsste. Die Frist von vier Tagen vor Ablauf der Haftdauer nimmt auf beide Interessen hinreichend Rücksicht. Zwar bleibt es der Staatsanwaltschaft an sich unbenommen, bereits viel früher (im Extremfall Wochen vor Ablauf der Haftdauer) um Verlängerung nachzusuchen, sie läuft aber Gefahr, dass ihr Gesuch abgewiesen wird, weil sie nicht hinreichend

nachzuweisen vermag, dass im Zeitpunkt des Ablaufs der Haftdauer hinreichende Gründe für eine Verlängerung vorliegen.

*Absatz 4:* Angesichts des Rechts der beschuldigten Person auf Stellungnahme innert dreier Tage und der Entscheidungsfrist des Zwangsmassnahmengerichts von fünf Tagen wird der Verlängerungsentscheid in aller Regel erst nach Ablauf der Haftdauer erfolgen. Mit dem Ablauf der Haftdauer fällt jedoch der Titel für den Freiheitsentzug dahin. Um zu verhindern, dass beschuldigte Personen aus der Haft entlassen werden müssen, noch bevor über eine Verlängerung entschieden ist, hat das Zwangsmassnahmengericht die Möglichkeit, als vorsorgliche Massnahme die provisorische Fortdauer der Untersuchungshaft anzuordnen. Diese kann allein gestützt auf das Verlängerungsgesuch der Staatsanwaltschaft erfolgen und dauert bis zum Verlängerungsentscheid.

*Absatz 7:* Ein Ausnahmefall, welcher eine Verlängerung der Untersuchungshaft um sechs Monate rechtfertigt, wird dann vorliegen, wenn von vornherein ersichtlich ist, dass der Haftgrund auch nach mehr als drei Monaten noch gegeben ist, etwa bei Kollisionsgefahr in einem Verfahren, in dem eine grosse Menge beschlagnahmter Dokumente auszuwerten oder zahlreiche Zeugen zu befragen sind. Die Staatsanwaltschaft kann nicht bloss einmal ein Verlängerungsgesuch stellen, sondern beliebig oft, wobei sie dies mindestens vier Tage vor Ablauf der (verlängerten) Haftdauer einzureichen hat.

#### *Art. 227* Haftentlassungsgesuch

*Absatz 4:* Soweit Artikel 227 nichts anderes vorschreibt, entspricht das Verfahren jenem der Haftanordnung. Das Zwangsmassnahmengericht kann demnach die Haftdauer in Abänderung seines Haftanordnungs- oder Verlängerungsentscheides beschränken und der Staatsanwaltschaft Weisungen zur Vornahme bestimmter Untersuchungshandlungen erteilen.

*Absatz 5:* Einzig bei der Abweisung eines Gesuchs um Haftentlassung, nicht aber bei der Anordnung oder Verlängerung der Haft, kann das Zwangsmassnahmengericht der beschuldigten Person eine Sperrfrist zur Einreichung weiterer Haftentlassungsgesuche auferlegen. Das Bundesgericht hat diese Massnahme, deren Zweck die Verhinderung rechtsmissbräuchlicher Haftentlassungsgesuche ist, nicht generell für unzulässig erklärt<sup>321</sup>. Die Beschränkung darf jedoch nur mit grösster Zurückhaltung auferlegt werden, denn dem Zwangsmassnahmengericht ist es ohnehin möglich, auf rechtsmissbräuchliche oder trölerische Gesuche nicht einzutreten und offensichtlich aussichtslose Gesuche mit einer bloss summarischen Begründung abzuweisen. Die Sperrfrist erweist sich aber dennoch als notwendig, verpflichtet doch jedes Haftentlassungsgesuch die Staatsanwaltschaft zu einer Stellungnahme (vgl. *Abs. 2*), verursacht demnach einen gewissen Aufwand. Der ständige Eingang von Haftentlassungsgesuchen könnte demnach dazu führen, dass sich die Staatsanwaltschaft kaum mehr ihren Hauptaufgaben widmen könnte.

<sup>321</sup> BGE 123 I 231; 126 I 26

*Art. 228*      Entscheidung über die Anordnung der Sicherheitshaft

Mit der Anklageerhebung geht die Herrschaft über das Verfahren von der Staatsanwaltschaft auf das erstinstanzliche Gericht bzw. dessen Verfahrensleitung über. Deshalb sind die Zuständigkeit und das Verfahren zur Anordnung von Sicherheitshaft gesondert zu regeln. Dabei kommen drei Lösungen in Betracht: Die Kompetenz kann (1) dem erstinstanzlichen Gericht bzw. dessen Verfahrensleitung, (2) einer besonderen Anklagezulassungsbehörde oder (3) dem Zwangsmassnahmengericht zugewiesen werden. Der Entwurf folgt der letztgenannten Möglichkeit. Dadurch lässt sich vermeiden, dass sich das erstinstanzliche Gericht mit seinem Haftentscheid dem Vorwurf aussetzt, es habe sich bezüglich der im Sachentscheid zu beurteilenden Schuldfrage bereits eine Meinung gebildet und sei damit befangen. Im Weiteren erscheint diese Regelung auch mit Blick auf die Zuständigkeit im Vorverfahren konsequent: In beiden Stadien obliegt es der jeweiligen Verfahrensleitung, dem Zwangsmassnahmengericht die Haft zu beantragen.

*Absatz 1* bezieht sich nur auf die Anordnung von Sicherheitshaft beim Übergang vom Vorverfahren zum erstinstanzlichen Hauptverfahren, nicht jedoch von diesem zum Berufungsverfahren. Ist die Staatsanwaltschaft im Zeitpunkt der Anklageerhebung der Auffassung, es bestünden nach nunmehr abgeschlossenem Vorverfahren nach wie vor Haftgründe, so hat sie gleichzeitig mit der Anklageerhebung dem Zwangsmassnahmengericht ein entsprechendes Gesuch zu stellen. Nach Artikel 328 Absatz 2 hat sie dem Gesuch auch eine Ausfertigung der Anklageschrift beizulegen. Weil die Untersuchungshaft per definitionem mit dem Eingang der Anklage beim erstinstanzlichen Gericht endet (Art. 219 Abs. 1), hat die Staatsanwaltschaft auch dann ein Gesuch um Sicherheitshaft zu stellen, wenn die früher im Vorverfahren bewilligte Dauer der Untersuchungshaft noch nicht abgelaufen ist.

*Art. 229*      Entlassung aus der Sicherheitshaft während des erstinstanzlichen Verfahrens

Eine Entlassung aus der Sicherheitshaft kann dann ohne Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts erfolgen, wenn sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Verfahrensleitung der Entlassung zustimmen. In allen andern Fällen obliegt der Entscheid dem Zwangsmassnahmengericht.

*Art. 230*      Sicherheitshaft nach dem erstinstanzlichen Urteil

*Absatz 1:* Wenn mit dem Urteil auch über die Sicherheitshaft zu befinden ist, bedarf es des Zwangsmassnahmengerichts nicht, denn in diesem Zeitpunkt besteht die Gefahr nicht mehr, der Entscheid über die Sicherheitshaft könnte den Anschein von Befangenheit erwecken. «Verurteilte Person» ist in einem weiten Sinn zu verstehen: Zunächst ist keine rechtskräftige Verurteilung erforderlich. Sodann ist nicht entscheidend, ob ein Schuldspruch ergeht, sondern vielmehr, ob eine freiheitsentziehende Sanktion angeordnet wird. Sicherheitshaft ist somit auch möglich gegenüber einer wegen Schuldunfähigkeit freigesprochenen Person, über die wegen ihrer Gefährlichkeit die Verwahrung angeordnet wird.

Die Anordnung der Sicherheitshaft muss unterbleiben, wenn ihr Zweck auf andere Weise erreicht werden kann, sei es mit Ersatzmassnahmen oder durch vorzeitigen Antritt der Strafe oder Massnahme nach Artikel 235.

*Absatz 2* ermöglicht es der Staatsanwaltschaft, sich einer ihrer Ansicht nach zu Unrecht erfolgten Freilassung einer freigesprochenen Person zu widersetzen. Zu denken ist an die Konstellation, in welcher ein Freispruch erfolgt, den die Staatsanwaltschaft bei der Berufungsinstanz anzufechten beabsichtigt. Weil sich die freigesprochene Person bis zum erstinstanzlichen Urteil in Sicherheitshaft befinden haben muss («*Fortsetzung* der Sicherheitshaft»), genügt der blosser Antrag der Staatsanwaltschaft dafür, dass die freigesprochene Person im Sinne einer Sofortmassnahme in Sicherheitshaft bleibt. Dieses Antragsrecht der Staatsanwaltschaft ist auf erstinstanzliche Verfahren beschränkt.

*Art. 231*            Sicherheitshaft während eines Verfahrens vor dem Berufungsgericht

Im Berufungsverfahren hat die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts in drei Fällen zu entscheiden: (1) gemäss Artikel 230 Absatz 2 über eine als vorsorgliche Massnahme beantragte Fortsetzung der Sicherheitshaft gegenüber einer freigesprochenen Person; (2) über Haftentlassungsgesuche, wobei die Haft von einem erstinstanzlichen Gericht nach Artikel 230 Absatz 1 als Fortsetzung der Sicherheitshaft oder vom Berufungsgericht nach Artikel 231 Absatz 2 angeordnet wurde. (3) Daneben gilt die Bestimmung auch für die Anordnung von Sicherheitshaft in einem Revisionsverfahren (vgl. Art. 420 Abs. 4). Anders als ein erstinstanzliches Gericht kann die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts die Sicherheitshaft während eines Berufungs- oder Revisionsverfahrens in eigener Kompetenz anordnen. Mit Blick auf die Stellung der Gerichte erschiene es unzutreffend, das in der Hierarchie untere Zwangsmassnahmengericht über einen Antrag des höher stehenden Berufungsgerichts entscheiden zu lassen.

## 2.5.3.7

### 7. Abschnitt: Vollzug der Untersuchungs- und der Sicherheitshaft (Art. 233–235)

*Art. 234*            Vollzug der Haft

*Absatz 2:* Der Bewilligung bedürfen namentlich persönliche und mündliche Kontakte, also Besuche oder Telefonate, nicht aber der Postverkehr. Dieser wird – mit Ausnahmen – überwacht (*Abs. 3*).

*Absatz 4:* Der Ausschluss inhaltlicher Kontrolle verbietet die Überwachung von Gesprächen, der Korrespondenz und allenfalls von Telefonaten, verbietet aber nicht, dass unter Beachtung der Verhältnismässigkeit im Besuchsraum eine Trennscheibe eingesetzt oder von der Verteidigung mitgeführte Taschen kontrolliert werden dürfen. Eine Beschränkung des freien Verkehrs mit der Verteidigung ist mit Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe b EMRK nicht grundsätzlich unvereinbar, bedeutet aber einen erheblichen Eingriff in die Verteidigungsrechte, weshalb an den Nachweis einer konkreten Missbrauchsgefahr hohe Anforderungen zu stellen sind. Überdies bedarf die Beschränkung der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht und darf nur befristet angeordnet werden.

## Art. 235 Vorzeitiger Straf- und Massnahmenvollzug

*Absatz 1:* Der vorzeitige Antritt einer Strafe oder Massnahme setzt ein entsprechendes Gesuch der beschuldigten Person und die Bewilligung der Verfahrensleitung voraus. Im Vorverfahren kommt diese Massnahme nur in Betracht, wenn die beschuldigte Person nicht mehr für das Verfahren benötigt wird, also wenn die Untersuchung grösstenteils abgeschlossen ist. Ein Geständnis der beschuldigten Person ist hingegen nicht vorausgesetzt. Immerhin ist beim Entscheid zu berücksichtigen, dass der Kollusionsgefahr im Vollzugsregime weniger gut begegnet werden kann als in der Untersuchungshaft.

*Absatz 2:* Weil der vorzeitige Antritt einer Massnahme die Gefahr birgt, die Frage der Sanktion zu präjudizieren, ist der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen; darin kann die Staatsanwaltschaft die Verfahrensleitung des Gerichts darüber informieren, welche Sanktion sie in der Hauptverhandlung zu beantragen gedenkt.

### 2.5.3.8 8. Abschnitt: Ersatzmassnahmen (Art. 236–239)

#### Art. 236 Allgemeine Bestimmungen

*Absatz 1:* Die Voraussetzungen für Ersatzmassnahmen sind die gleichen wie für die Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft. Verlangt ist also insbesondere auch das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts.

Die beispielhafte Aufzählung in *Absatz 2* entspricht im Wesentlichen dem in den kantonalen Prozessgesetzen bekannten Katalog. Gestützt auf zahlreiche Begehren in der Vernehmlassung wurde *Buchstabe c* eingefügt, welchem insbesondere bei Delikten im Rahmen sog. häuslicher Gewalt Bedeutung zukommt.

*Absatz 3* schafft die gesetzliche Grundlage für das «electronic monitoring» zu strafprozessualen Zwecken.

Unter «neue Umstände» im Sinne von *Absatz 5*, welche zur Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft führen können, ist etwa der Wegfall einer Sicherheitsleistung zu zählen, etwa bei Fristablauf einer befristeten Bankgarantie.

### 2.5.4 4. Kapitel: Durchsuchungen und Untersuchungen

Durchsuchungen und Untersuchungen bezwecken das Auffinden oder Sicherstellen von Beweismitteln, Vermögenswerten oder Personen. Objekt einer *Untersuchung* ist immer eine (lebende oder tote) Person, während unter dem Titel der *Durchsuchung* Räumlichkeiten, bewegliche Sachen, Aufzeichnungen und Personen durchsucht werden können. Soweit sich eine Durchsuchung gegen Personen richtet, unterscheidet sie sich von der Untersuchung durch ihre geringere Eingriffsintensität: Durchsucht werden dürfen bloss die Körperoberfläche und die einsehbaren Körperöffnungen und Körperhöhlen (bspw. die Mundhöhle), während eine Untersuchung insbesondere auch die Kontrolle der nicht einsehbaren Körperöffnungen und Körperhöhlen umfasst.

### 2.5.4.1

## 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 240–242)

### Art. 240 Anordnung

Die Kompetenz zur Anordnung bestimmt sich nach Artikel 195 in den allgemeinen Bestimmungen zu den Zwangsmassnahmen. Demnach können die Staatsanwaltschaft, die Gerichte, in dringenden Fällen deren Verfahrensleitung, und in den gesetzlich vorgesehenen Fällen die Polizei Durchsuchungen und Untersuchungen anordnen.

*Absatz 3:* Bei Gefahr im Verzug darf die Polizei Untersuchungen der nicht einsehbaren Körperhöhlen und Körperöffnungen zwar selbständig anordnen, die Durchführung ist jedoch auf die in Artikel 251 genannten Personen beschränkt. Die weniger einschneidenden Durchsuchungen darf die Polizei bei Gefahr im Verzug selber vornehmen. Zu denken ist hier namentlich an eine dringliche Hausdurchsuchung.

*Absatz 4* regelt einen Sonderfall der Gefahr im Verzug. Anders als beim allgemeinen Fall von Gefahr im Verzug, der von *Absatz 2* erfasst wird, braucht die Polizei die Strafbehörde über eine bei angehaltenen oder festgenommenen Personen durchgeführte Durchsuchung oder Untersuchung nicht zu informieren.

### Art. 241 Durchführung

Neben dieser Bestimmung sind die besonderen Durchführungsvorschriften im Zusammenhang mit den verschiedenen Massnahmen zu beachten, etwa für die Hausdurchsuchung (Art. 244) oder die Durchsuchung von Personen (Art. 249).

### Art. 242 Zufallsfunde

Eine Untersuchung oder eine Durchsuchung wird auf Grund des Verdachts hinsichtlich eines bestimmten Deliktes durchgeführt. Die Ergebnisse der Massnahme brauchen jedoch nicht zwingend einen Bezug zu dieser Straftat zu haben, sondern können sich auch auf ein anderes Delikt der beschuldigten Person oder von Dritten beziehen, welches womöglich bereits verfolgt wird oder noch unbekannt ist. Nur wenige kantonale Strafprozessordnungen regeln, wie derartige Zufallsfunde zu behandeln sind und ob sie in einem andern Strafverfahren verwendet werden dürfen. Der Entwurf erlaubt die Verwertung von Zufallsfunden ausdrücklich, ändert aber nichts am Verbot der Beweisausforschung (der sog. «fishing expedition»), d.h. einer ohne vorbestehenden Tatverdacht veranlassten Durchsuchung oder Untersuchung, die den Verdacht erst begründen soll.

*Absatz 2:* Der Bericht ist der Leitung jenes Verfahrens zu übermitteln, in dessen Zusammenhang die Durchsuchung oder Untersuchung erfolgt ist. Je nach Situation hat die Verfahrensleitung ein neues Verfahren einzuleiten oder einleiten zu lassen oder die Strafbehörde zu benachrichtigen, bei der das Verfahren hängig ist, in welchem die Zufallsfunde Bedeutung haben.

## 2.5.4.2                    **2. Abschnitt: Hausdurchsuchung** (Art. 243 und 244)

Die Bestimmungen über die Hausdurchsuchung entsprechen weitgehend dem im Bund und in den meisten Kantonen geltenden Recht. Die Kompetenz zur Anordnung und Durchführung ergibt sich aus Artikel 195 i.V.m. Artikel 240.

### *Art. 243*                    Grundsatz

Mit den gesuchten Personen nach *Absatz 2 Buchstabe a* sind nicht nur beschuldigte Personen gemeint; grundsätzlich ist eine Hausdurchsuchung etwa auch dann zulässig, wenn eine als Zeugin vorgeladene Person vorgeführt werden muss.

### *Art. 244*                    Durchführung

*Absatz 4* erlaubt es, eine Hausdurchsuchung nötigenfalls auch ohne Präsenz der Inhaberinnen und Inhaber der Räumlichkeiten oder anderer Personen durchzuführen.

## 2.5.4.3                    **3. Abschnitt: Durchsuchung von Aufzeichnungen** (Art. 245–247)

Die besonderen Regeln dieses Abschnittes sind auch dann zu beachten, wenn im Rahmen einer Hausdurchsuchung oder der Durchsuchung einer Person Aufzeichnungen zu durchsuchen sind, weil hier in besonderer Weise schützenswerte Geheimnisse von Inhabern oder Dritten betroffen werden können.

### *Art. 245*                    Grundsatz

Aufzeichnungen sind alle Informationen, die auf Papier, auf Bild- oder Tonträgern oder anderen Datenträgern gespeichert sind, insbesondere auch jene, die sich elektronisch gesichert in Datenverarbeitungs- oder Speicheranlagen befinden. Die Kompetenz zur Anordnung und Vornahme einer Durchsuchung von Aufzeichnungen bestimmt sich wiederum nach Artikel 195 i.V.m. Artikel 240.

### *Art. 246*                    Durchführung

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss *Absatz 1* steht aus praktischen Gründen nur den Inhaberinnen oder Inhabern zu, also Personen, welche den tatsächlichen Gewahrsam über die Aufzeichnungen innehaben. Den Inhaberinnen und Inhabern steht nicht nur das Recht auf Äusserung zum Inhalt zu; sie können auch die Siegelung der Aufzeichnungen verlangen.

*Absatz 2*: Gleich wie im Verfahren der Siegelung sind die verfahrensrelevanten von den verfahrensirrelevanten und die schützenswerten von den nicht zu schützenden Aufzeichnungen auszuscheiden. Zu diesem Zweck kann eine sachverständige Person beigezogen werden. Der Umfang ihres Auftrags kann von der blossen Unterstützung der Strafverfolgungsbehörde bis zur selbständigen Vornahme der Ausscheidung mit anschliessender Berichterstattung reichen.

*Absatz 3*: Die Inhaberinnen und Inhaber können – allenfalls unter Hinweis auf Artikel 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) – zur Erstellung von Kopien von Aufzeichnungen oder Ausdrucken gespeicherter Informationen ver-

pflichtet werden. Die Herstellung von Kopien ist nicht auf Aufzeichnungen auf Papier beschränkt; da der Begriff der Aufzeichnungen auch die auf Datenträgern oder in Datenverarbeitungsanlagen gesicherten Informationen umfasst, können die Strafbehörden auch die Erstellung von Kopien auf Datenträger anordnen.

#### *Art. 247* Siegelung

Die Siegelung ist eine Sofortmassnahme, mit welcher der Inhaber oder die Inhaberin die Kenntnisnahme und Verwendung von Aufzeichnungen einstweilen verhindern kann. Die Person, in deren Händen sich die Aufzeichnungen oder Gegenstände tatsächlich befinden (bspw. die Bank) oder die rechtlich berechtigt ist (bspw. der Inhaber des Bankkontos), hat einzig vorzubringen, eine Durchsuchung oder Beschlagnahme sei wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechtes (vgl. Art. 263 Abs. 3) oder aus anderen Gründen (beispielsweise die betreffenden Gegenstände enthielten Geheimnisse ohne Relevanz für das Verfahren) unzulässig. Angesichts des provisorischen Charakters der Siegelung genügt die Glaubhaftmachung solcher Gründe. Um zu verhindern, dass die Strafverfolgungsbehörde trotz der Siegelung Kenntnis vom Inhalt der Aufzeichnungen erhält, obliegt die Beurteilung des Entsiegelungsgesuchs im Vorverfahren dem Zwangsmassnahmengericht. Die Monatsfrist nach *Absatz 3*, innerhalb welcher das Entsiegelungsgesuch zu beurteilen ist, ist eine blossе Ordnungsfrist, von der etwa dann abgewichen werden kann, wenn umfangreiches Material zu sichten ist oder das Entsiegelungsverfahren den Beizug von sachverständigen Personen erfordert. Die Nennung einer Frist im Gesetz selber soll aber bewusst machen, dass Verfahren nicht durch die Behandlung eines Entsiegelungsgesuchs blockiert werden dürfen, sondern vielmehr alle Anstrengungen zu unternehmen sind, dass innert eines Monats über die Entsiegelung entschieden ist.

### **2.5.4.4 4. Abschnitt: Durchsuchung von Personen und von Gegenständen (Art. 248 und 249)**

#### *Art. 248* Grundsatz

Der Begriff der Durchsuchung von Personen wird durch Artikel 249 Absatz 1 definiert. Die Durchsuchung von Gegenständen lässt sich dagegen negativ umschreiben: Es geht um bewegliche Sachen, die weder als Räumlichkeiten nach den Vorschriften über die Hausdurchsuchung zu durchsuchen sind (bspw. ein Wohnwagen) noch von einer Person mitgeführt werden. Zu denken ist etwa an die Durchsuchung einer auf einem Trockenplatz stationierten Segeljolle.

Eine der alternativen Voraussetzungen für eine Durchsuchung ist die Vermutung, dass zu beschlagnahmende Gegenstände gefunden werden können. Dies verbietet eine Durchsuchung, wenn anzunehmen ist, dass eine Durchsuchung nur Gegenstände zutage fördern wird, die nach Artikel 263 nicht beschlagnahmt werden dürfen. Über Artikel 263 Absatz 1 Buchstabe c können gewisse Zeugnisverweigerungsrechte somit die Zulässigkeit einer Durchsuchung einschränken.

#### 2.5.4.5

### 5. Abschnitt: Untersuchungen des Körpers (Art. 250 und 251)

#### Art. 250 Grundsatz

Untersuchungen des Körpers unterscheiden sich von der Durchsuchung einer Person dadurch, dass sie entweder in weiter gehender Weise in die körperliche Integrität der betroffenen Person eingreifen (etwa indem auch die nicht einsehbaren Körperhöhlen oder -öffnungen kontrolliert werden können) oder dass sie nicht das Feststellen von Tatspuren oder das Auffinden von Gegenständen bezwecken, sondern in der Untersuchung des Körpers oder des geistigen Zustandes der Person selbst bestehen.

Zuständig zur Anordnung von Untersuchungen des Körpers sind die Staatsanwaltschaft und die Gerichte oder in dringenden Fällen deren Verfahrensleitung (vgl. Art. 195).

Wegen der höheren Intensität des Eingriffs gelten für Untersuchungen des Körpers, verglichen mit der Durchsuchung von Personen, strengere Voraussetzungen. Hinsichtlich der beschuldigten Person ergibt sich dies aus *Absatz 3*, welcher der beschuldigten Person einen Eingriff in die körperliche Integrität zu dulden nur dann zumutet, wenn der Eingriff weder besondere Schmerzen noch eine Gesundheitsgefährdung bewirkt. Die beschuldigte Person kann für die erforderlichen Abklärungen nach Artikel 183 in ein Spital eingewiesen werden.

Für nicht beschuldigte Personen gelten nach *Absatz 4* noch strengere Voraussetzungen. Zwar können auch sie einer Untersuchung des Körpers, verstanden als Untersuchung ihres körperlichen oder geistigen Zustandes, unterzogen werden. Verlangt ist aber, dass dies zur Aufklärung bestimmter Delikte unerlässlich ist und dass die dazu notwendigen Massnahmen weder besondere Schmerzen bereiten noch die Gesundheit gefährden.

#### Art. 251 Durchführung

Ein Sonderfall der Durchführung ist die stationäre Untersuchung; diese richtet sich nach Artikel 183.

#### 2.5.4.6

### 6. Abschnitt: Untersuchungen an Leichen (Art. 252 und 253)

#### Art. 252 Aussergewöhnliche Todesfälle

Der Meldung eines aussergewöhnlichen Todesfalls durch eine Medizinalperson geht eine sog. Leichenschau voraus, d.h. eine erste Untersuchung zur Feststellung des Todes. Die Statuierung einer Mitteilungspflicht durch kantonales Recht hat zur Folge, dass sich Medizinalpersonen keiner Verletzung des Berufsgeheimnisses strafbar machen (vgl. Art. 321 Ziff. 3 StGB). Als aussergewöhnlich sind jene Todesfälle zu verstehen, bei denen es Anzeichen für eine Straftat gibt. Demnach sind beispielsweise auch Todesfälle zu melden, welche auf Behandlungsfehler oder das Unterlassen der erforderlichen Behandlung zurückzuführen sind, obschon hier der Tod auf den ersten Blick durchaus als natürlicher Tod erscheinen kann.

Gemäss *Absatz 1* hat die Staatsanwaltschaft auch bei unbekannter Identität des Leichnams eine Legalinspektion anzuordnen (d.h. die äussere Untersuchung des Leichnams durch eine auf dem Gebiet der Rechtsmedizin ausgebildete ärztliche Person), weil sich bei fehlender Kenntnis über die Lebensumstände der toten Person eine Fremdeinwirkung sehr oft nicht ausschliessen lässt. Deshalb ist die Kenntnis der Identität auch in *Absatz 2* eine Voraussetzung für die Freigabe des Leichnams.

Im Fall einer Obduktion (*Abs. 3*) hat die Staatsanwaltschaft die Leiche zur Bestattung freizugeben, sobald der Sachverhalt hinreichend geklärt ist.

### 2.5.5 5. Kapitel: DNA-Analysen (Art. 254–258)

In diesem Kapitel werden die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2003<sup>322</sup> über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz), soweit die Verwendung von DNA-Profilen zu strafprozessualen Zwecken erfolgt, inhaltlich in die Schweizerische Strafprozessordnung überführt. Gewisse Änderungen sind allerdings notwendig, weil das DNA-Profil-Gesetz als Spezialgesetz zu den kantonalen und eidgenössischen Strafprozessordnungen konzipiert war und deshalb auf die Vielfalt der Regelungen und Modelle Rücksicht nehmen musste. Nunmehr müssen sich die Bestimmungen über die DNA-Analyse in eine einzige Strafprozessordnung einfügen und im Verhältnis zu den übrigen Vorschriften stimmig sein. Dies führt zu einer präziseren Regelung der DNA-Analyse.

Das DNA-Profil-Gesetz hat weiterhin Gültigkeit. Es findet Anwendung auf Strafverfahren, die von der Schweizerischen Strafprozessordnung nicht geregelt werden, und auf die Verwendung von DNA-Profilen ausserhalb eines Strafverfahrens. Schliesslich regelt es weiterhin das DNA-Profil-Informationssystem.

#### *Art. 254* Voraussetzungen im Allgemeinen

*Absatz 1*: Die Kompetenz zur Anordnung bestimmt sich nach Artikel 195; zuständig sind somit die Staatsanwaltschaft, die Gerichte oder in dringenden Fällen deren Verfahrensleitung. Die Regelung rechtfertigt sich wegen der grossen Nähe zu Untersuchungen des Körpers, deren Anordnung ebenfalls diesen Behörden vorbehalten ist. Eine Sonderregelung ist aber bei der nicht invasiven Probenahme, also insbesondere durch einen Wangenschleimhautabstrich, gerechtfertigt. Angesichts der geringen Eingriffsintensität einer solchen Massnahme soll diese von der Polizei selber angeordnet oder durchgeführt werden können (*Abs. 2 Bst. a*). Die Anordnung der Analyse obliegt dagegen der Staatsanwaltschaft. Es könnte sich im Weiteren die Frage stellen, ob die Polizei auch die Entnahme und Analyse von Proben toter Personen in eigener Kompetenz soll durchführen oder anordnen können. Eine solche Anordnungskompetenz der Polizei bei toten Personen erweist sich aber als unnötig: Soweit es um eine DNA-Analyse bei aussergewöhnlichen Todesfällen geht (etwa zwecks Identitätsfeststellung), ist für deren Behandlung ohnehin die Staatsanwaltschaft zuständig (vgl. Art. 252 Abs. 1); soweit ein Zusammenhang zwischen der toten Person und einer Straftat anzunehmen ist, wird es sich stets um eine schwere

Straftat handeln, bei der die Polizei die Staatsanwaltschaft zu informieren hat, welche daraufhin die Ermittlungen führt (vgl. Art. 308 Abs. 1 Bst. c).

Die Polizei hat gemäss *Absatz 2 Buchstabe b* jedoch auch die Kompetenz, die Erstellung eines DNA-Profiles von Spuren anzuordnen. Dies steht im Einklang mit Artikel 305 Absatz 2 Buchstabe a, wonach die Polizei im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeit Spuren nicht nur sicherzustellen, sondern auch auszuwerten hat. Eine DNA-Analyse hat sie durch ein spezialisiertes Laboratorium erstellen zu lassen, weshalb die Kompetenz der Polizei zur Anordnung einer DNA-Analyse gleichzeitig eine Spezialnorm zur Befugnis zum Beizug sachverständiger Personen (Art. 179) darstellt; dieser Beizug ist grundsätzlich der Staatsanwaltschaft und den Gerichten vorbehalten<sup>323</sup>.

#### *Art. 255*      Massenuntersuchungen

Eine Massenuntersuchung kommt dann in Frage, wenn zwar ein tatbezogener, jedoch kein personenbezogener Verdacht besteht. Es liegen gewisse Anhaltspunkte für die mutmassliche Täterschaft vor, die jedoch zu unbestimmt sind, als dass sie einen hinreichenden Tatverdacht gegen eine oder mehrere bestimmte Personen zu begründen vermöchten. Hingegen besteht die starke Vermutung, dass die Täterschaft bestimmte Merkmale aufweist, die aber bei einer Gruppe von Personen vorkommt. Die Merkmale müssen einen Bezug zur Tatbegehung haben, was etwa das blosses Abstellen auf die Hautfarbe ausschliesst. Sodann ergibt die Anordnung einer Massenuntersuchung nur dann einen Sinn, wenn sich die dadurch erstellten DNA-Profile mit solchen von Spuren vergleichen lassen.

Weil eine Massenuntersuchung Personen in die Untersuchung einbezieht, gegen welche kein Tatverdacht besteht, ist sie auf die Verfolgung von Verbrechen beschränkt und vom Zwangsmassnahmengericht anzuordnen.

#### *Art. 256*      Bei verurteilten Personen

Die Anordnung durch das urteilende Gericht beschränkt sich nicht auf Personen, die schuldig gesprochen wurden. Gleich wie in Artikel 230 Absatz 1 ist der Begriff der «verurteilten Person» in einem weiten Sinn zu verstehen und umfasst auch Personen, welche wegen Schuldunfähigkeit freigesprochen werden, denen gegenüber jedoch eine therapeutische Massnahme oder die Verwahrung angeordnet wird. Anders als die Sicherheitshaft nach dem erstinstanzlichen Urteil darf die im Urteil angeordnete DNA-Analyse jedoch erst nach Rechtskraft des Urteils durchgeführt werden.

#### *Art. 257*      Durchführung der Probenahme

Es ist zu unterscheiden zwischen der nicht-invasiven Probenahme (insbesondere Wangenschleimhautabstrich) und der invasiven Probenahme (namentlich Blutentnahme). Die invasive Probenahme ist medizinischem Fachpersonal vorbehalten, die nicht-invasive kann auch von der Polizei durchgeführt werden. Soweit es um die Analyse von Spuren geht (Art. 254 Abs. 1 Bst. d), ist keine vorgängige Probenahme erforderlich; vielmehr können die sichergestellten Spuren (etwa Haare) direkt analysiert werden.

<sup>323</sup> Dazu *Felix Bommer*, DNA-Analyse zu Identifizierungszwecken im Strafverfahren, ZBJV 118 (2000) 131, 146 ff.

Art. 258 Anwendbarkeit des DNA-Profil-Gesetzes

Dieses Gesetz hat ausschliesslich strafprozessuale Bestimmungen betreffend DNA-Profile zu enthalten. Bestimmungen ohne unmittelbaren strafprozessualen Charakter verbleiben deshalb im DNA-Profil-Gesetz. Dies betrifft insbesondere Vorschriften darüber, welche DNA-Profile in das DNA-Profil-Informationssystem aufgenommen werden und unter welchen Voraussetzungen sie gelöscht werden müssen.

**2.5.6 6. Kapitel:  
Erkennungsdienstliche Erfassung, Schrift- und  
Sprachproben (Art. 259–261)**

Art. 259 Erkennungsdienstliche Erfassung

*Absatz 1:* Die erkennungsdienstliche Erfassung beschränkt sich auf die Feststellung oder Festhaltung (z.B. mittels Fotografie) äusserlich wahrnehmbarer Tatsachen, etwa Grösse, Aussehen, Gewicht, Abdrücken von Fingern, Handballen, Ohren, Füssen, Zähnen und andern relevanten Körperteilen. Müssen zur Sachverhaltsabklärung dagegen Blut, Urin, Mageninhalt, Haare oder Ähnliches entnommen werden, sind die Vorschriften über die Untersuchung des Körpers oder über die DNA-Analyse anwendbar. Die Erhebung körperfremder oder vom Körper getrennter Gegenstände (etwa Textilfasern, Fingernagelschmutz, lose Haare oder Ähnliches) unterliegt dagegen den Bestimmungen über die Durchsuchung von Personen.

*Absatz 2:* Die erkennungsdienstliche Erfassung als solche<sup>324</sup> greift bloss geringfügig in die Rechte der betroffenen Personen ein. Deshalb steht die Befugnis auch der Polizei zu. Es gehört denn auch zum bereits heute üblichen Vorgehen der Polizei, vorläufig Festgenommene erkennungsdienstlich zu erfassen, wenn sich der Tatverdacht bestätigt. Die Geringfügigkeit des Eingriffs erlaubt es aber auch, die Erfassung nicht auf beschuldigte Personen zu beschränken. Dies ist etwa notwendig, um festgestellte Spuren tatortberechtigten, nicht beschuldigten Personen zuordnen zu können. Allerdings ist bei der Erfassung nicht beschuldigter Personen aus Gründen der Verhältnismässigkeit Zurückhaltung geboten, weil ihnen gegenüber der die Massnahme legitimierende Tatverdacht fehlt. Von besonderer Bedeutung sind daher die Schwere des aufzuklärenden Deliktes sowie die Frage, wie sehr die Sachverhaltsabklärung ohne die Massnahme erschwert würde. Zweck einer erkennungsdienstlichen Erfassung ist die Abklärung des Sachverhaltes, worunter insbesondere die Feststellung der Identität einer Person fällt.

*Absatz 4* bezieht sich nur auf Fälle, in denen die Polizei die erkennungsdienstliche Erfassung im Rahmen eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens selbständig angeordnet hat. Keines erneuten Entscheides der Staatsanwaltschaft bedarf es dagegen, wenn die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft (Art. 312) gehandelt hat. Bestätigt die Staatsanwaltschaft die Anordnung der Polizei, erlässt sie eine Vorladung oder einen Vorführungsbefehl, sofern die Voraussetzungen nach Artikel 205 erfüllt sind. Ordnet die Staatsanwaltschaft die erkennungsdienstliche Massnahme an, nachdem sich die betroffene Person geweigert hat, kann diese Anordnung nach Artikel 198 mit Beschwerde angehalten werden. Der gleiche Rechtsweg steht

<sup>324</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der Eingriffsschwere durch die Verwendung und Aufbewahrung der Ergebnisse.

offen, wenn die Staatsanwaltschaft die erkennungsdienstliche Massnahme direkt angeordnet hat.

*Art. 260* Aufbewahrung und Verwendung erkennungsdienstlicher Unterlagen

Während der eigentliche Vorgang der erkennungsdienstlichen Erfassung einen bloss geringen Eingriff in die Rechte der Betroffenen bedeutet, kann die Verwendung der erhobenen Erkenntnisse wesentlich schwerer wiegen, insbesondere wenn sie lange nach der Erfassung und in einem andern Zusammenhang erfolgt. Einem damit begründeten Interesse der betroffenen Person auf sofortige Vernichtung der erkennungsdienstlichen Unterlagen steht das Interesse des Staates gegenüber, zum Zwecke der Fahndung und raschen Aufklärung zukünftiger Delikte über möglichst umfangreiche Registraturen zu verfügen. Der Entwurf versucht zwischen diesen Interessen – auch unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>325</sup> – einen Ausgleich zu finden. Um Missbrauch und vor allem eine flächendeckende Anwendung der Ausnahmeregelung nach *Absatz 2* zu verhindern, setzt die Aufbewahrung über die ordentliche Dauer die Zustimmung der Verfahrensleitung der Behörde voraus, welche zuletzt mit dem Verfahren befasst war.

Die Bestimmung bezieht sich nur auf erkennungsdienstliche Unterlagen ausserhalb des Aktendossiers nach Artikel 98. Soweit sich Ergebnisse aus erkennungsdienstlicher Erfassung im Aktendossier befinden, folgt die Verwendung und Vernichtung den Regeln über die Aktenführung (Art. 98–101).

*Art. 261* Schrift- und Sprachproben

Für diese in der Kriminalistik bedeutsamen Mittel zur Sachverhaltsaufklärung bedarf es einer besonderen gesetzlichen Grundlage, weil sie sich weder andern Zwangsmassnahmen und vor allem nicht der erkennungsdienstlichen Erfassung zurechnen lassen. Im Unterschied zu dieser verlangt die Erhebung einer Sprach- oder Schriftprobe eine Mitwirkung der betroffenen Person. So gesehen hat sie am ehesten Ähnlichkeit mit einer der körperlichen Untersuchung zuzurechnenden Abklärung des psychischen Zustandes einer Person. Von der körperlichen Untersuchung unterscheidet sich die Erhebung von Schrift- und Sprachproben indes dadurch, dass es hier nicht um medizinische Abklärungen geht.

Nach *Absatz 1* können Beschuldigte, Zeuginnen und Zeugen sowie Auskunftspersonen zu Sprach- oder Schriftproben angehalten werden. Es würde jedoch dem Sinn gewisser Aussageverweigerungsrechte widersprechen, diese Pflicht mit Strafe zu bewehren. Dies gilt insbesondere für die beschuldigte Person, der nicht zuzumuten ist, an ihrer eigenen Überführung aktiv mitzuwirken, was sich insbesondere in dem ihr voraussetzungslos zustehenden Aussageverweigerungsrecht ausdrückt. Auch das Schweigerecht von Auskunftspersonen beruht auf dieser Überlegung. Zu differenzieren ist dagegen bei den Zeuginnen und Zeugen: Die Zeugnisverweigerungsrechte auf Grund persönlicher Beziehung (Art. 165) sowie zum eigenen Schutz (Art. 166) beruhen auf der Unzumutbarkeit aktiven Mitwirkens. Die andern Zeugnisverweigerungsrechte dienen dem Schutz einer besonderen Vertrauenssphäre, in welche der Staat nicht oder nur unter gewissen Bedingungen soll eindringen dürfen<sup>326</sup>. Für

<sup>325</sup> BGE 109 Ia 157; 120 Ia 151

<sup>326</sup> Zur Schutzrichtung von Zeugnisverweigerungsrechten *Peter Goldschmid*, Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess, Diss. Bern 2001, S. 134 ff.

Schrift- und Sprachproben bedeutet dies, dass gemäss *Absatz 2* nur jene Personen bestraft werden dürfen, deren Aussageverweigerungsrecht nicht auf dem Gedanken der Unzumutbarkeit beruht. So kann etwa ein Arzt die Abgabe einer Schriftprobe nicht mit dem Argument verweigern, er habe als Arzt der beschuldigten Person ein Zeugnisverweigerungsrecht. Dieses gilt ja nur insoweit, als es um Tatsachen geht, von denen der Arzt bei seiner beruflichen Tätigkeit Kenntnis erhalten hat; die Schriftprobe dagegen hat keinerlei Bezug zur beruflichen Tätigkeit des Arztes, weshalb er unter Androhung von Ordnungsbusse zu deren Abgabe verpflichtet ist.

## 2.5.7 7. Kapitel: Beschlagnahme (Art. 262–267)

### Art. 262 Grundsatz

*Absatz 1:* Die Beschlagnahme lässt sich umschreiben als vorläufiger Entzug der Verfügungsgewalt und als vorläufige Sicherstellung. Die Beschlagnahme zur Kostendeckung nach *Buchstabe b* ist in Artikel 267 näher geregelt. *Buchstabe c* schafft die Grundlage für die sog. Restitutionsbeschlagnahme. Die Rückerstattung ist materiell-rechtlich in Artikel 70 Absatz 1 nStGB<sup>327</sup> zweiter Satzteil geregelt (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 letzter Satzteil StGB). Nach der Praxis<sup>328</sup> und der Lehre<sup>329</sup> ist die Beschlagnahme auf jene Vermögenswerte beschränkt, welche der geschädigten Person direkt durch die Straftat entzogen worden sind. Darunter fallen zum einen Gegenstände, die der berechtigten Person durch eine Straftat (z.B. durch Diebstahl, Veruntreuung oder Betrug) abgenommen wurden, zum andern aber auch Konten, soweit sie durch die Straftat gepfändet wurden.

*Absatz 2:* Die Beschlagnahme ist grundsätzlich in einem schriftlichen Befehl anzuordnen. Dieser braucht jedoch nicht ein separater zu sein; zulässig ist etwa die Anordnung der Beschlagnahme in einem Hausdurchsuchungsbefehl.

Zuständig sind auf Grund von Artikel 195 grundsätzlich die Staatsanwaltschaft und die Gerichte. Bei Gefahr im Verzug können nach *Absatz 3* auch die Polizei, etwa anlässlich einer Durchsuchung, oder Private, beispielsweise bei einer Festnahme nach Artikel 217, Gegenstände und Vermögenswerte sicherstellen. Diese sind der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht zu übergeben, welche die Beschlagnahme verfügen können.

### Art. 263 Einschränkungen

*Absatz 1:* Eine Beschlagnahme gegenüber der beschuldigten Person gerät nicht mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs in Konflikt, weil die Beschlagnahme bloss ein Dulden, jedoch keine aktive Mitwirkung erfordert. Die gleiche Überlegung gilt auch für Personen, denen zum eigenen Schutz oder dem Schutz ihr nahe stehender Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Zum Schutz der Privatsphäre der beschuldigten Person oder besonderer Vertrauensverhältnisse (beispielsweise jenem zwischen Arzt und Patient) sind Einschränkungen der Beschlagnahme erforderlich. Zu beachten ist, dass die in den *Buchstaben a–c* genannten Gegenstände und Ver-

<sup>327</sup> BBl 2002 8240

<sup>328</sup> BGE 116 IV 204; 117 Ia 424

<sup>329</sup> Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 69 N 22; Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, N 753.

mögenswerte nicht beschlagnahmt werden dürfen, ungeachtet des Ortes, an dem sie sich befinden.

#### *Art. 264* Herausgabepflicht

*Absatz 1:* Anders als die Beschlagnahme verlangt die Herausgabe ein Mitwirken, also aktives Tun. Deshalb sind Personen, welche nicht zur Aussage verpflichtet sind, auch zu keiner Herausgabe verpflichtet. Allerdings kann die Befreiung von der Herausgabepflicht nicht weiter gehen als das jeweilige Aussageverweigerungsrecht, sodass beispielsweise Medienschaffende zur Herausgabe von Gegenständen verpflichtet sind, wenn diese zur Aufklärung eines in Artikel 169 Absatz 2 Buchstabe b genannten Deliktes notwendig sind.

Die *Absätze 2 und 3* legen die Stufenfolge der Massnahmen zwecks Beschlagnahme fest und konkretisieren damit das Verhältnismässigkeitsprinzip. Grundsätzlich sind Inhaberinnen und Inhaber zunächst unter Fristansetzung zur Herausgabe aufzufordern; erst wenn die Herausgabe verweigert wird, dürfen Zwangsmassnahmen (etwa eine Hausdurchsuchung) durchgeführt werden.

#### *Art. 265* Durchführung

Die in *Absatz 6* vorbehaltene Regelung des Bundesrates wird die «Richtlinien der Arbeitsgruppe Wirtschaftskriminalität der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) über die Verwaltung beschlagnahmter Vermögenswerte» vom 24. März 1999 und das «Rundschreiben Nr. 1429 D der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 26.3.1999» in verbindliche Form überführen; diese Regelungen werden zurzeit von den Strafbehörden und den Banken zwar beachtet, sind aber nicht rechtsverbindlich.

#### *Art. 266* Entscheid über die beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte

Es ist nicht nur über Gegenstände und Vermögenswerte zu befinden, die den Berechtigten durch Zwang entzogen wurden, sondern auch über solche, welche auf Grund einer Aufforderung zur Herausgabe ohne Anwendung von Zwang ausgehändigt worden sind.

Zuständig für die Aufhebung nach *Absatz 1* ist die Strafbehörde, bei welcher das Verfahren hängig ist. Die Rückgabe nach Absatz 1 setzt voraus, dass die berechtigte Person eruiert werden kann und dass nicht mehrere Personen Anspruch erheben. Im Regelfall werden die Gegenstände und Vermögenswerte – ausgehend von der Vermutung nach Artikel 930 ZGB – jener Person zugesprochen, die ursprünglich daran Besitz hatte.

*Absatz 2* regelt die Beendigung einer zwecks Rückgabe an die Geschädigten (Art. 262 Abs. 1 Bst. c) erfolgten Beschlagnahme. Dieser Fall bedarf einer Sonderbestimmung, weil hier der Zweck der Beschlagnahme in der Rückgabe selber besteht, somit nicht im Sinne von Absatz 1 wegfallen kann. Die Rückgabe soll möglichst früh erfolgen, sofern der Anspruch weder von der beschuldigten Person noch von Dritten bestritten und sofern der Gegenstand nicht zu Beweiszwecken gebraucht wird. Bei bestrittenem Anspruch oder wenn mehrere Personen Anspruch erheben, ist nach den Vorschriften der Absätze 3–5 vorzugehen.

Als Endentscheid gemäss *Absatz 3* gelten Urteile oder andere verfahrenserledigende Entscheide (Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügung).

Die *Absätze 4 und 5* bestimmen die Vorgehensweise, wenn mehrere Personen Anspruch auf einen Gegenstand oder Vermögenswert erheben. Grundsätzlich sollen die Strafbehörden nicht verpflichtet sein, über zivilrechtliche Ansprüche an beschlagnahmten Gegenständen oder Vermögenswerten zu urteilen. Allerdings erlaubt Absatz 4 den Entscheid über strittige Ansprüche, behält diesen aber dem Gericht vor, weil unter Umständen über zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 EMRK zu entscheiden ist. Mit der Kann-Formulierung ist das Gericht indes nicht zu einer endgültigen Zuweisung verpflichtet. Eine solche wird vor allem bei klarer Rechtslage in Betracht kommen. Vermag das Gericht nicht endgültig zu entscheiden, hat es nach Absatz 5 vorzugehen. Es hat den Gegenstand oder Vermögenswert einer Person zuzuweisen und den andern Ansprecherinnen und Ansprechern Frist zur Erhebung einer Zivilklage anzusetzen. Erst nach unbenutztem Ablauf der Frist darf es den Gegenstand oder Vermögenswert der im Entscheid genannten Person aushändigen. Anders als das Gericht kann die Staatsanwaltschaft bei mehreren Ansprecherinnen und Ansprechern ausschliesslich nach Absatz 5 vorgehen.

#### *Art. 267* Beschlagnahme zur Kostendeckung

Die Möglichkeit, zur Vollstreckung des Urteils bei der beschuldigten Person eine Vermögensbeschlagnahme vorzunehmen, ist den meisten kantonalen Strafprozessordnungen bekannt. Sie darf nur zur Sicherung der voraussichtlichen Verfahrenskosten, der Geldstrafen und Bussen sowie der an die Privatklägerschaft nach Artikel 440 zu leistenden Entschädigungen angeordnet werden. Zur Sicherung der Zivilansprüche kann dagegen keine Beschlagnahme angeordnet werden.

Wie bei jeder Zwangsmassnahme ist auch bei der Beschlagnahme zur Kostendeckung das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Dieses setzt einmal Grenzen beim Entscheid, *ob* überhaupt eine Beschlagnahme zur Kostendeckung anzuordnen sei. Hier müssen Anzeichen für die Notwendigkeit der Massnahme bestehen, etwa dass die beschuldigte Person Vermögensverschiebungen zwecks Vereitelung eines späteren Zugriffs darauf vornimmt, oder dass sie sich dem Verfahren durch Flucht zu entziehen sucht, ohne dass eine Sicherheit geleistet worden wäre. Zudem ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Bestimmung der Höhe des zu beschlagnahmenden Vermögens Rechnung zu tragen. Auf diesen Aspekt beziehen sich die Absätze 2 und 3: Während sich bei Beachtung von *Absatz 3* nur der Höchstwert des zu beschlagnahmenden Vermögens ergibt, verpflichtet *Absatz 2* die Strafbehörden zu unter Umständen weiter gehender Berücksichtigung der Verhältnisse.

## 2.5.8 8. Kapitel: Geheime Überwachungsmaßnahmen

### 2.5.8.1 1. Abschnitt: Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 268–278)

Grundlage für die Bestimmungen in diesem Abschnitt bilden die strafprozessualen Normen des seit dem 1. Januar 2002 in Kraft stehenden Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000<sup>330</sup> betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF). Das BÜPF wird auch nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung Geltung haben, denn die Bestimmungen über den eigentlichen Vollzug der Überwachung, namentlich die Aufgaben der Anbieterinnen und Anbietern von Post- und Fernmeldediensten sowie des vom Bund betriebenen Dienstes für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs werden nicht in die Strafprozessordnung übernommen.

Die strafprozessualen Bestimmungen des BÜPF werden dagegen im Wesentlichen in dieses Gesetz überführt. Änderungen werden nur vorgeschlagen, wo sie zur Integrierung notwendig waren, namentlich bei der Bezeichnung der Behörden und der Verfahrensabschnitte. Sodann wurde der Harmonisierung mit der Regelung anderer Zwangsmassnahmen, insbesondere der verdeckten Ermittlung, Beachtung geschenkt. Schliesslich sollen Unklarheiten im BÜPF und von der Lehre kritisierte Unzulänglichkeiten behoben werden, soweit sich die Kritik als berechtigt erweist.

#### *Art. 268* Voraussetzungen

Zuständig zur Anordnung ist einzig die Staatsanwaltschaft, mithin die untersuchende Behörde, wie dies für den Bund in Artikel 6 Buchstabe a BÜPF gilt. *Absatz 1 Buchstabe a* setzt «nur» noch den Verdacht voraus, ein Delikt sei begangen worden, während in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a BÜPF auch die Beteiligung an einer Straftat genannt wird. In der Sache ergibt sich indes keine Änderung; gleich wie bei der Untersuchungshaft, bei welcher die Beteiligung an einer Straftat ebenfalls nicht ausdrücklich genannt ist (vgl. Art. 220 Abs. 1), ist auch eine Überwachung gegen Täter und Teilnehmer möglich.

Der Katalog der Straftaten in *Absatz 2* wurde leicht geändert. Zum einen wurde er mit jenem für die verdeckte Ermittlung abgestimmt. Nunmehr ist bei allen Delikten, zu deren Aufklärung die verdeckte Ermittlung angeordnet werden kann, auch die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs möglich. Sodann finden sich auch Tatbestände im Katalog, deren Fehlen die Lehre<sup>331</sup> zu Recht bemängelt (etwa Rasendiskriminierung gemäss Art. 261<sup>bis</sup> StGB; Völkermord nach Art. 264).

*Absatz 3* nimmt Bezug auf die Regelung von Artikel 221 des Militärstrafgesetzes<sup>332</sup>: Wenn jemand mehrerer strafbarer Handlungen beschuldigt ist, welche teils der zivilen, teils der militärischen Gerichtsbarkeit unterstehen, so kann der Bundesrat deren ausschliessliche Beurteilung dem militärischen oder dem zivilen Gericht übertragen. Es ist somit denkbar, dass eine Staatsanwältin oder ein Staatsanwalt die

<sup>330</sup> SR 780.1

<sup>331</sup> *Thomas Hansjakob*, BÜPF/ VÜPF. Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, St. Gallen 2002, Art. 3 N 40 ff.

<sup>332</sup> SR 321.0

Überwachung des Post- oder Fernmeldeverkehrs zur Verfolgung einer Straftat des militärischen Strafrechts anordnen muss.

#### *Art. 269*      Gegenstand der Überwachung

Bei der Frage nach dem Gegenstand der Überwachung folgt dieses Gesetz der Regelung des BÜPF<sup>333</sup>. Während sich bei diesem der Gegenstand aus Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a und Artikel 4 BÜPF ergibt, wird er hier in einer einzigen Bestimmung geregelt. Auf die ausdrückliche Nennung von öffentlichen Fernmeldestellen und Anschlüssen, welche keiner bekannten Person zugeordnet werden können (Art. 4 Abs. 2 BÜPF) wird verzichtet, weil diese Anschlüsse vom Begriff des Fernmeldeanschlusses einer Drittperson (*Bst. b Ziff. 1*) erfasst sind.

Eine Benutzung von Postadressen oder Fernmeldeanschlüssen von Dritten durch die beschuldigte Person gemäss *Buchstabe b Ziffer 1* liegt nur dann vor, wenn diese die Adressen oder die Anschlüsse wie ihre eigenen gebraucht. Ausgeschlossen ist somit etwa die Überwachung des Drittanschlusses auf Grund der Annahme, die beschuldigte Person werde darauf anrufen. Eine derartige Überwachung käme der Umgehung der in Buchstabe b Ziffer 2 statuierten Voraussetzungen gleich, unter welchen Drittpersonen überwacht werden dürfen.

#### *Art. 270*      Schutz von Berufsgeheimnissen

*Absatz 1*: Berufsgeheimnisträgerinnen und -träger können überwacht werden, wenn sie selber beschuldigt sind, oder als Drittpersonen, und hier in zwei Fällen: einmal wenn sie für die beschuldigte Person bestimmte Mitteilungen entgegennehmen oder von dieser stammende Mitteilungen an weitere Personen weiterleiten; sodann wenn die beschuldigte Person ihre Postadresse oder ihren Fernmeldeanschluss benutzt. Damit wird die Regelung von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b BÜPF um die Möglichkeit der Überwachung von Nachrichtemittlern erweitert, um der beschuldigten Person möglichst alle Umgehungsmöglichkeiten zu entziehen.

Bei jeder Überwachung von Berufsgeheimnisträgerinnen und -trägern hat eine richterliche Behörde eine Triage der gewonnenen Informationen vorzunehmen. Es obliegt den Kantonen bzw. für Bundesverfahren dem Bund, die zuständige richterliche Behörde zu bestimmen, wobei dies auch das Zwangsmassnahmengericht sein kann. Die richterliche Behörde muss die Aussonderung nicht selber vornehmen, sondern sie bloss leiten.

Aus dem Erfordernis, dass Informationen auszusondern sind, welche mit dem Grund, aus dem die Berufsperson überwacht wird, nicht in Zusammenhang stehen, ergibt sich, dass unter Umständen auch verfahrensrelevante Erkenntnisse ausgesondert werden müssen, beispielsweise wenn der Anschluss eines Arztes überwacht wird, weil angenommen werden muss, dass die beschuldigte Person ihn benutzt. Das vom Arzt mit einer Drittperson geführte, die beschuldigte Person betreffende Gespräch, dessen Inhalt für das Verfahren relevant ist, muss ausgesondert werden, weil der Grund der Überwachung des Anschlusses des Arztes die Annahme einer Benutzung durch die beschuldigte Person war.

<sup>333</sup> Näher zu den verschiedenen Möglichkeiten der Bestimmung des Gegenstandes, *Thomas Hansjakob*, BÜPF/ VÜPF. Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, St. Gallen 2002, Vorbemerkungen zum BÜPF N 1 ff.

Selbstverständlich darf nicht bloss die Staatsanwaltschaft keine Kenntnis von Berufsgeheimnissen haben, sondern auch die Polizei, welche in die Ermittlungen einbezogen ist.

*Absatz 2:* Bei einer Direktschaltung entfällt die Möglichkeit einer Aussonderung von Informationen, weshalb Direktschaltungen nur zulässig sind, wenn die Berufsperson als beschuldigte überwacht wird und besondere Gründe (etwa die Notwendigkeit sofortiger Kenntnisnahme) eine Direktschaltung erfordern.

*Absatz 3* ist eine Folge des den Zeugnisverweigerungsrechten gemäss den Artikeln 167–170 zugrunde liegenden Gedankens: Es geht um den Schutz eines besonderen Vertrauensverhältnisses, das der Kenntnisnahme durch die Strafbehörden grundsätzlich entzogen ist. Durch diese Bestimmung wird etwa das Telefongespräch zwischen der beschuldigten Person und ihrem Anwalt geschützt.

#### *Art. 271*      Genehmigungspflicht und Rahmenbewilligung

Die *Absätze 2 und 3* entsprechen im Wesentlichen Artikel 4 Absatz 4 BÜPF. Auf die ausdrückliche Erwähnung der Pflicht der Staatsanwaltschaft, jeden Wechsel dem Dienst durch eine Überwachungsanordnung mitzuteilen, wird dagegen verzichtet, weil ohne Mitteilung ohnehin kein Wechsel vorgenommen wird.

#### *Art. 272*      Verkehrs- und Rechnungsdaten, Teilnehmeridentifikation

Diese Bestimmung ist nur anwendbar, soweit sich die Daten ausschliesslich über die Anbieter von Post- oder von Fernmeldediensten erheben lassen. Sind die Angaben dagegen beispielsweise auf einem Mobiltelefon gespeichert, sind die Vorschriften über die Durchsuchung und Siegelung massgebend.

*Absatz 1:* Auch die Auskunft über die sog. Randdaten stellt einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis dar. Verglichen mit der Kenntnisnahme und der Aufzeichnung der über Fernmeldeinrichtungen geführten Kommunikation (also insbesondere des Inhalts von Telefongesprächen) ist der Grundrechtseingriff indes weniger schwer. Deshalb soll die Auskunft über Randdaten unter weniger strengen Voraussetzungen zulässig sein: Sie ist nicht nur bei einem dringenden Verdacht auf eine Tat nach Artikel 268 Absatz 2 (Katalogtat) möglich, sondern allgemein bei Verdacht auf ein Verbrechen oder Vergehen. Dies bedeutet eine Änderung der bisherigen Regelung: Nach Artikel 5 Absatz 1 BÜPF sind Auskünfte über Randdaten nur beim dringendem Verdacht auf eine Katalogtat zulässig. Begründet wurde dies in der Botschaft des Bundesrates zum BÜPF seinerzeit wie folgt: «Vor allem die rückwirkende Teilnehmeridentifikation ist ein nicht unerheblicher Eingriff in die persönliche Geheimnisse, währenddem die mit einer Überwachung fortlaufende Teilnehmeridentifikation die Eingriffsintensität nicht erhöht. Es ist deshalb an der Anordnung unter den Voraussetzungen des Artikels 3 festzuhalten»<sup>334</sup>. An dieser Auffassung kann nicht mehr festgehalten werden, denn sie trägt den dargelegten Unterschieden in der Eingriffsintensität nicht genügend Rechnung. Es erscheint zudem widersprüchlich, die Randdatenerhebung dann als ebenso schweren Eingriff zu taxieren wie die Kommunikationsüberwachung, wenn sie allein erfolgt, aber gleichzeitig eine Erhöhung der Eingriffsschwere der Kommunikationsüberwachung zu verneinen, wenn zu dieser die Randdatenerhebung hinzutritt.

<sup>334</sup> BBl 1998 4268

Dennoch handelt es sich bei der Erhebung von Randdaten nicht um einen vernachlässigbaren Grundrechtseingriff. Diesem Umstand wird mit dem Erfordernis der Genehmigung der Massnahme durch das Zwangsmassnahmengericht nach *Absatz 2* Rechnung getragen.

*Absatz 3* behält die bisherige Regelung von Artikel 5 *Absatz 2* BÜPF bei, wonach die Auskünfte bis sechs Monate rückwirkend verlangt werden können. Diese Dauer wird unter Umständen zu erhöhen sein, je nach dem Ergebnis der Behandlung des Postulates 05.3006 der Sicherheitspolitischen Kommission des Ständerates vom 21. Februar 2005 («Effizientere Bekämpfung von Terrorismus und organisiertem Verbrechen»). Dieses verlangt die Prüfung, ob die Aufbewahrungsdauer von sechs Monaten für Telefongesprächsdaten verlängert werden könnte.

#### *Art. 277* Zufallsfunde

Die Regelung für die Verwendung so genannter Zufallsfunde ist restriktiver als jene in Artikel 9 BÜPF. Sie geht vom Grundsatz aus, dass nur jene Erkenntnisse verwendet werden dürfen, welche auch dann hätten gewonnen werden können, wenn der Verdacht gegen eine andere Person oder wegen eines andern Deliktes schon zum Zeitpunkt der Überwachungsanordnung bestanden hätte. Damit ist die nach Artikel 9 *Absatz 1* Buchstabe a BÜPF zulässige Verwendung von Erkenntnissen über andere als Katalogtaten ausgeschlossen, auch wenn diese zusätzlich zur Katalogtat begangen worden sind. Für eine solche Regelung sind in der Tat keine Gründe ersichtlich, denn sie stellt die Person, der das ursprünglich vermutete Delikt nachgewiesen werden kann, schlechter gegenüber jener, gegen die allein der Verdacht auf eine Nicht-Katalogtat besteht und die demnach nicht überwacht werden darf.

#### *Art. 278* Mitteilung

Die Regelung entspricht in der Sache jener von Artikel 10 *Absätze 2–6* BÜPF.

### 2.5.8.2

## **2. Abschnitt: Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten (Art. 279 und 280)**

#### *Art. 279* Zweck des Einsatzes

Bisher beschränkten sich die Strafprozessordnungen darauf, den Einsatz technischer Überwachungsgeräte für zulässig zu erklären, ohne den Verwendungszweck näher zu umschreiben. Dies vermag angesichts der Weite des Begriffs «technische Überwachungsgeräte» einerseits und der durch den Einsatz mitunter verbundenen Schwere von Grundrechtseingriffen andererseits dem Erfordernis der Bestimmtheit grundrechtseinschränkender Normen kaum zu genügen. Artikel 297 will diesen Mangel beheben.

Während die Vorgänge nach den *Buchstaben a und b* nicht ohne weiteres wahrnehmbar sind, lassen sich die Standorte von Personen oder Sachen häufig auch feststellen, ohne dass in den Geheim- oder Privatbereich eingedrungen werden muss. Aus grundrechtlicher Sicht ist es jedoch heikel, wenn der Standort einer Person oder einer Sache (etwa der Tasche oder des Fahrzeugs der beschuldigten Person) jederzeit auf technischem Weg festgestellt und auf diese Weise ein Bewe-

gungsprofil erstellt werden kann. Deshalb bedürfen derartige Massnahmen einer gesetzlichen Grundlage.

#### *Art. 280*      Voraussetzung und Durchführung

Die Voraussetzungen und das Anordnungs- und Genehmigungsverfahren sind die gleichen wie für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (*Abs. 3*). Anders als bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, bei welcher auch Drittpersonen überwacht werden können (vgl. Art. 269 Bst. b Ziff. 2), ist jedoch immer die beschuldigte Person die Zielperson des Einsatzes.

Nach *Absatz 2* ist in zwei Fällen aber selbst der Einsatz gegen die beschuldigte Person unzulässig: Auf Grund von *Buchstabe a* wäre es unzulässig, die Vorgänge in der Zelle einer Person in Untersuchungshaft zu beobachten und aufzuzeichnen, um die Ergebnisse zu Beweiszwecken zu verwenden. Eine derartige Massnahme gerät in Konflikt mit dem Kerngehalt der Grundrechte auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV)<sup>335</sup>. Nicht ausgeschlossen wird dadurch die Beobachtung zum Zwecke der Sicherheit (etwa bei suizidgefährdeten Personen). Die Beschränkung nach Buchstabe b gründet in der Vermutung, dass sich bei Anwesenheit der beschuldigten Person in diesen Räumlichkeiten oder Fahrzeugen Vorgänge abspielen, die von den Zeugnisverweigerungsrechten der Berufsperson erfasst sind. Der Zweck dieser Zeugnisverweigerungsrechte würde durch eine Überwachung unterlaufen.

### **2.5.8.3**                      **3. Abschnitt: Observation (Art. 281 und 282)**

Unter Observation lässt sich die Ermittlungstätigkeit verstehen, bei welcher Vorgänge und Personen in der Öffentlichkeit systematisch und während einer gewissen Dauer beobachtet und registriert werden, um die Ergebnisse für die Strafverfolgung auszuwerten<sup>336</sup>. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte lässt bis anhin offen, ob eine Observation einen Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Personen darstellt. Die neuere Lehre in der Schweiz bejaht indes den Eingriffscharakter – jedenfalls wenn die Observation längere Zeit dauert<sup>337</sup>. Weil auch die Expertenkommission die Regelung der Observation in der Strafprozessordnung postuliert hat<sup>338</sup>, soll eine gesetzliche Grundlage für die Observation geschaffen werden.

#### *Art. 281*      Voraussetzungen

Eine Observation kann gestützt auf die Anordnung durch die Polizei bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren durchgeführt werden. Sie ist aber auch nach der Eröffnung der Untersuchung möglich, wobei dann die Staatsanwaltschaft zur

<sup>335</sup> *Peter Goldschmid*, Der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Strafprozess, Diss. Bern 2001, S. 37 ff.

<sup>336</sup> Zu den verschiedenen Ansätzen einer Definition *Roberto Zalunardo-Walser*, Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, Diss. Zürich 1999, S. 47 ff.

<sup>337</sup> *Roberto Zalunardo-Walser*, Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, Diss. Zürich 1999, S. 50 ff. m.w.H.

<sup>338</sup> Aus 29 mach 1, S. 127.

Anordnung zuständig ist. Ausgeschlossen ist sie jedoch im Vorabklärungsverfahren, weil die Staatsanwaltschaft hier keine Zwangsmassnahmen anordnen darf (vgl. Art. 309 Abs. 1 zweiter Satz).

*Absatz 1:* Auch wenn eine Observation bereits im Stadium des polizeilichen Ermittlungsverfahrens angeordnet werden darf, mithin zu einem Zeitpunkt, in welchem noch kein für die Eröffnung einer Untersuchung hinreichender Tatverdacht vorzuliegen braucht, darf die Observation nicht dazu dienen, einen Tatverdacht erst zu begründen. Denn *Buchstabe a* verlangt, dass in jedem Fall auf Grund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, ein Verbrechen oder Vergehen sei begangen worden. Zwar ist gemäss Artikel 194 Absatz 1 Buchstabe b das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts für jede Zwangsmassnahme vorausgesetzt; hier soll noch einmal an diese allgemeine Voraussetzung erinnert werden. Buchstabe a macht sodann klar, dass die Observation ausschliesslich zum Zweck der Aufklärung begangener Straftaten, nicht aber zu präventiven Zwecken angeordnet werden darf. Observationen zur Gefahrenabwehr sind durch das Polizeirecht zu regeln.

Zur Unterstützung der Beobachtung dürfen Ton- oder Bildaufzeichnungen gemacht werden. Allerdings ist die Erfassung nicht öffentlicher Vorgänge nur nach den Bestimmungen über den Einsatz technischer Überwachungsgeräte (Art. 279) zulässig.

*Absatz 2:* Weil Observationen Grundrechte in relativ geringfügiger Weise tangieren, sollen sie angeordnet werden können, ohne dass es einer Genehmigung bedarf. Von dieser Regel wird jedoch abgewichen, wenn die Observation von der Polizei angeordnet worden ist und sie länger als zwei Wochen gedauert hat. Dabei ist für den Beginn des Fristenlaufes nicht der Zeitpunkt der Anordnung, sondern der Aufnahme der Observationstätigkeit massgebend. Für die Berechnung der Zwei-Wochen-Frist sind allfällige Unterbrüche bei der Observation ohne Belang. Die Kompetenz zur Genehmigung kommt der Staatsanwaltschaft zu, weil dieser im polizeilichen Ermittlungsverfahren die Aufsicht über die Polizei zusteht (vgl. Art. 15 Abs. 2 zweiter Satz).

#### *Art. 282* Mitteilung

*Absatz 1:* Mitzuteilen ist eine durchgeführte Observation den «direkt betroffenen Personen». Damit sind die Zielpersonen der Massnahme gemeint, also insbesondere die beschuldigte Person. Zu informieren sind aber auch gezielt observierte Drittpersonen, etwa ein nicht beschuldigter enger Freund der beschuldigten Person, dessen Observation zur Aufklärung des Deliktes führen soll. Nicht mitzuteilen ist die Massnahme dagegen Personen, die notwendigerweise miterfasst wurden, beispielsweise allen Bewohnern eines observierten Hauses.

*Absatz 2:* Die Voraussetzung für den Aufschub oder den Verzicht auf eine Mitteilung sind mit jenen bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs identisch (vgl. Art. 278 Abs. 2). Allerdings kann die Staatsanwaltschaft den Aufschub oder Verzicht beschliessen, ohne dass sie der Zustimmung des Zwangsmassnahmengerichts bedürfte. Das ergibt sich daraus, dass sie auch die Observation in eigener Kompetenz anordnen darf.

Bis anhin fehlt eine gesetzliche Grundlage für die Überwachung *künftiger* Bankbeziehungen; es bestehen lediglich Richtlinien ohne Verbindlichkeit<sup>339</sup>. Die auch für Banken geltende Herausgabepflicht nach Artikel 264 und die Möglichkeit der Beschlagnahme beziehen sich bloss auf bereits bestehende Dokumente. An sich wäre es zwar möglich, eine Bank in kurzen Abständen (z. B. alle zwei Tage) zur Herausgabe von Dokumenten über die Beziehung der beschuldigten Person zu ihr (z. B. Kontoauszüge) aufzufordern. Dieses sehr aufwändige Vorgehen soll durch die Möglichkeit der Anordnung einer Überwachung von Bankbeziehungen vereinfacht werden. Bei dieser Anordnung handelt es sich in der Sache um die Aufforderung an eine Bank, noch nicht bestehende, aber erwartete Informationen und Dokumente herauszugeben. Um die Banken zur Mitwirkung verpflichtet zu können, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage; eine solche ist aber auch erforderlich, weil die Überwachung in die Privatsphäre von Bankkunden eingreift. Die Möglichkeit solcher Überwachungen wird auch in Artikel 4 Ziffer 2 des von der Schweiz ratifizierten Übereinkommens des Europarates vom 8. November 1990<sup>340</sup> über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten empfohlen.

### Art. 283 Grundsatz

Gegenstand der Überwachung sind die «Beziehungen zwischen einer beschuldigten Person und einer Bank oder einem bankähnlichen Institut». Genau besehen geht es um die Herausgabe von Aufzeichnungen oder Dokumenten, in denen sich diese Beziehung zwischen beschuldigter Person und Bank manifestiert. Dies sind insbesondere Auszüge über Konten oder Depots, es können aber auch andere Unterlagen sein, wie Verträge oder Korrespondenz. Für den Begriff der Bank ist auf das Bankengesetz vom 8. November 1934<sup>341</sup>, die Bankenverordnungen vom 17. Mai 1972<sup>342</sup> und die Auslandbankenverordnung vom 21. Oktober 1996<sup>343</sup> zu verweisen.

Anders als die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, bei der die Staatsanwaltschaft die Massnahme anordnet, sie aber vom Zwangsmassnahmengericht genehmigen lassen muss, liegt bei der Überwachung von Bankbeziehungen die Anordnungscompetenz beim Zwangsmassnahmengericht. Der Grund für diese unterschiedliche Regelung liegt darin, dass es bei der Überwachung von Bankbeziehungen in aller Regel an der Dringlichkeit fehlt, weil sich die Dokumente und Informationen auch später mit einer Editions-aufforderung oder Beschlagnahme erlangen lassen.

<sup>339</sup> «Empfehlungen der Kommission Wirtschaftskriminalität der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren an die kantonalen Strafverfolgungsbehörden betr. Kontosperrungen und Schweigepflicht der Bank» vom 7. April 1997 und «Rundschreiben der Schweizer Bankiervereinigung Nr. 1286» vom 8. April 1997.

<sup>340</sup> SR **0.311.53**

<sup>341</sup> SR **952.0**

<sup>342</sup> SR **952.02**

<sup>343</sup> SR **952.111**

Das Zwangsmassnahmengericht hat die Massnahme nicht bloss anzuordnen, sondern muss auch die Modalitäten ihrer Durchführung festlegen<sup>344</sup>. Dabei wird es primär auf die Ausführungen der Staatsanwaltschaft in ihrem Antrag abstellen müssen, kann jedoch auch restriktivere Bedingungen festlegen, etwa durch Beschränkung der Dauer. Von Bedeutung sind sodann Anweisungen an die Bank über die Massnahmen und ihr Verhalten, damit die Überwachung der beschuldigten Person nicht bekannt wird. Dies ist unter den «Geheimhaltungsmassnahmen» zu verstehen.

Aus dem Verweis in *Absatz 2* auf Artikel 278 ergibt sich, dass die Staatsanwaltschaft die Orientierung vorzunehmen hat. Die Banken sind damit der für sie nicht sonderlich angenehmen Aufgabe enthoben, ihre Kunden über die durchgeführten Überwachungsmassnahmen zu informieren.

### 2.5.8.5 5. Abschnitt: Verdeckte Ermittlung (Art. 285–297)

Die Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung entsprechen im Wesentlichen den strafprozessualen Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003<sup>345</sup> über die verdeckte Ermittlung (BVE). Sie sollen, wie jene betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, gewisse Änderungen erfahren, insbesondere zum Zweck der optimalen Einpassung in das Gefüge der vereinheitlichten Strafprozessordnung. Im Folgenden werden nur Ausführungen zu einzelnen Bestimmungen gemacht, sofern diese von der Regelung des BVE abweichen. Im Unterschied zum BVE unterscheidet die Strafprozessordnung nicht zwischen zwei Phasen der verdeckten Ermittlung: jener im Strafverfahren (Art. 14 ff. BVE) und jenem in der Phase, in welcher die Verfahrensleitung noch nicht bei den Strafverfolgungsbehörden liegt. Die Regelung im BVE erscheint denn auch etwas widersprüchlich zu sein: So setzt der Einsatz von verdeckten Ermittlerinnen und Ermittlern *vor* einem Strafverfahren voraus, dass eine Katalogtat abzuklären ist (Art. 4 BVE). Dies setzt jedoch einen Verdacht auf eine Katalogtat voraus, was gleichzeitig Voraussetzung für die Eröffnung eines Strafverfahrens ist. Anders ausgedrückt: Sind die Voraussetzungen für eine verdeckte Ermittlung vor einem Strafverfahren erfüllt, so sind auch die Voraussetzungen erfüllt, dass ein Strafverfahren zu eröffnen ist. Für die Phase der verdeckten Ermittlung vor einem Strafverfahren, wie sie das BVE vorsieht, bleibt somit genau besehen kein Platz. Aus diesem Grund sieht die Strafprozessordnung eine verdeckte Ermittlung vor einem Strafverfahren nicht mehr vor. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass eine verdeckte Ermittlung bereits dann eingesetzt wird, wenn noch kein personenbezogener Tatverdacht besteht, sondern erst ein tatbezogener, der zur Eröffnung einer Strafuntersuchung gegen Unbekannt führt. Wollte man dagegen die verdeckte Ermittlung bereits dann zulassen, wenn ein für die Eröffnung eines Strafverfahrens genügender Tatverdacht noch nicht vorliegt, erschiene dies rechtsstaatlich als problematisch, denn damit würde die eigentliche Verdachtsausforschung zugelassen.

<sup>344</sup> Zur Durchführung von Kontoüberwachungen *Christiane Lentjes Meili*, Zur Stellung der Banken in der Zürcher Strafuntersuchung, Diss. Zürich 1996, 277 ff.

<sup>345</sup> SR 312.8

Art. 285 Voraussetzungen

*Absatz 1:* Die Struktur der Voraussetzungen entspricht jener für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Unterschiede ergeben sich in folgenden Punkten:

Während für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs ein dringender Tatverdacht verlangt ist, genügt für die Anordnung der verdeckten Ermittlung ein «gewöhnlicher» Verdacht, der aber ein hinreichender sein muss (vgl. Art. 194 Abs. 1 Bst. b). Damit wird die verdeckte Ermittlung in einem früheren Stadium möglich als die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Zwar kann dies dazu führen, dass eine verdeckte Ermittlung ohne gleichzeitige Fernmeldeüberwachung durchgeführt werden muss; angesichts der unterschiedlichen Eingriffsintensität der beiden Massnahmen ist eine Differenzierung nach dem erforderlichen Grad des Tatverdachts jedoch angezeigt. Sodann decken sich die Kataloge der Straftaten für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sowie für die verdeckte Ermittlung nicht vollständig. Sämtliche Delikte des Katalogs für die verdeckte Ermittlung sind auch in jenem für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs enthalten, was ermöglicht, die verdeckte Ermittlung mit einer Fernmeldeüberwachung zu «begleiten», sofern der Tatverdacht dringend ist. Der Katalog für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs ist jedoch aus zwei Gründen weiter als jener für die verdeckte Ermittlung. Zum einen ist bei gewissen Delikten die Eignung verdeckter Ermittlung zur Aufklärung kaum ersichtlich (etwa beim Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung der Frau nach Art. 118 Abs. 2 StGB). Zum andern beschränkt sich die Zulässigkeit verdeckter Ermittlung auf schwere oder qualifizierte Straftaten sowie auf Officialdelikte, wodurch der Umstand gewissermassen kompensiert wird, dass – anders als für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs – kein *dringender* Tatverdacht verlangt ist. Verdeckte Ermittlung soll zwar in einem relativ frühen Stadium des Verfahrens möglich sein, jedoch nur bei schweren Straftaten.

*Absatz 3* nimmt Bezug auf die Regelung von Artikel 221 des Militärstrafgesetzes<sup>346</sup>: Wenn jemand mehrerer strafbarerere Handlungen beschuldigt ist, welche teils der zivilen, teils der militärischen Gerichtsbarkeit unterstehen, kann der Bundesrat deren ausschliessliche Beurteilung dem militärischen oder dem zivilen Gericht übertragen. Es ist somit denkbar, dass eine Staatsanwältin oder ein Staatsanwalt die Überwachung des Post- oder Fernmeldeverkehrs zur Verfolgung einer Straftat des militärischen Strafrechts anordnen muss.

Art. 287 Legende und Zusicherung der Anonymität

Die Schutzmassnahmen verdeckter Ermittlerinnen und Ermittler bei Einvernahmen sind in Artikel 148 näher geregelt.

Art. 288 Genehmigungsverfahren

Das Genehmigungsverfahren entspricht jenem für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Die Dauer der Verlängerung ist nunmehr auf sechs Monate beschränkt (*Abs. 5*); jedoch kann beliebig oft um eine Verlängerung nachgesucht werden.

<sup>346</sup> SR 321.0

#### *Art. 289* Instruktion vor dem Einsatz

Nach Artikel 11 Absatz 1 BVE ist es der Verfahrensleitung nicht möglich, direkt mit den eingesetzten verdeckten Ermittlerinnen und Ermittlern in Kontakt zu treten; somit sind auch die Instruktionen der Verfahrensleitung vor dem eigentlichen Einsatz unter Zwischenschaltung der Führungsperson zu erteilen. Dies erscheint nicht sachgerecht, trägt doch die Staatsanwaltschaft als Verfahrensleitung die Verantwortung für den mitunter delikatsten Einsatz. Dieser muss es deshalb möglich sein, verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler direkt zu instruieren und sich auch ein Bild von den eingesetzten Personen zu machen. Besondere Notwendigkeit an einer direkten Instruktion besteht beim Einsatz ausländischer Ermittler, welche gemäss Artikel 286 Absatz 3 in der Regel von ihrer bisherigen Führungsperson geführt werden. Der Verfahrensleitung muss es hier möglich sein, sowohl die Führungsperson als auch die verdeckten Ermittler direkt insbesondere über einzelne Punkte der schweizerischen Rechtsordnung zu instruieren. Eine Instruktion bloss der Führungsperson oder die Abgabe schriftlicher Weisungen zu Händen der verdeckten Ermittlerin oder des verdeckten Ermittlers vermöchten die direkte Instruktion, welche insbesondere auch Rückfragen ermöglicht, nicht zu ersetzen.

#### *Art. 295* Zufallsfunde

Die Verwertbarkeit von Erkenntnissen über andere Delikte als jene, zu deren Aufklärung die verdeckte Ermittlung angeordnet worden ist, setzt voraus, dass die verdeckte Ermittlung auch hätte angeordnet werden dürfen, wenn der Verdacht auf diese neu entdeckten Straftaten zum Zeitpunkt der Anordnung bestanden hätte. In ihrer Struktur entspricht die Regelung jener für Zufallsfunde aus der Überwachung des Post- oder Fernmeldeverkehrs (Art. 277). Verglichen mit dieser ist die Situation bei der verdeckten Ermittlung indes insofern einfacher, als diese Massnahme gegen jedwelche Personen angeordnet werden kann. Deshalb muss auch keine neue Genehmigung eingeholt werden, wenn für die gleiche Straftat andere Personen verdächtigt werden.

#### *Art. 297* Mitteilung

Diese Bestimmung ist nahezu identisch mit der Bestimmung von Artikel 278, die bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gilt. *Absatz 2 Buchstabe b* fasst unter dem Begriff «Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen» die in Artikel 22 Absatz 2 BVE<sup>347</sup> aufgezählten Gründe für einen Aufschub oder ein Absehen von einer Mitteilung zusammen.

## **2.6** **6. Titel: Vorverfahren**

Sieht man von den besonderen Verfahren des 8. Titels ab, beginnt das Strafverfahren mit dem Vorverfahren. Dieses besteht aus dem polizeilichen Ermittlungsverfahren und der durch die Staatsanwaltschaft geführten Untersuchung. Typisch für das mit diesem Entwurf gewählte Strafverfolgungsmodell ist dessen Eingliedrigkeit; die polizeilichen Ermittlungen und die staatsanwaltschaftliche Untersuchung werden als

<sup>347</sup> SR 312.8

Einheit betrachtet<sup>348</sup>. Weil der Entwurf die Verantwortung für die Ermittlung, die Untersuchung sowie den anschliessenden Entscheid über Verfahrenseinstellung oder Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft zuweist, muss dieser in dieser ersten Phase zwangsläufig eine starke Stellung eingeräumt werden. Diese starke Stellung ist durch geeignete Gegengewichte zu kompensieren<sup>349</sup>, und das polizeiliche Ermittlungsverfahren und dessen Abgrenzung von der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung sind, wie von den Experten<sup>350</sup> und in den Hearings<sup>351</sup> postuliert, näher zu regeln.

## 2.6.1 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen (Art. 298–304)

### *Art. 298* Begriff und Zweck

Diese einleitende Bestimmung umschreibt den Charakter des Vorverfahrens, seine Bestandteile und die dabei im Zentrum stehenden Aufgaben der Strafverfolgungsbehörden. Ausgehend von einem Tatverdacht gegen eine bekannte oder unbekannt Täterschaft sind durch die Staatsanwaltschaft oder unter ihrer Leitung (vgl. Art. 15 Abs. 2) die notwendigen Erhebungen anzustellen und die Beweise zu sammeln, damit das Verfahren raschmöglichst durch den Erlass eines Strafbefehls, eine Anklageerhebung oder eine Einstellung abgeschlossen werden kann.

### *Art. 299* Einleitung

Die Bestimmung stellt klar, dass das Vorverfahren nicht erst durch die formelle Verfügung der Staatsanwaltschaft (*Abs. 1 Bst. b*, vgl. Art. 308 Abs. 3), sondern bereits durch Ermittlungshandlungen der Polizei, welche sie gestützt auf Artikel 305 vornimmt, eröffnet wird (*Bst. a*). Mit der Vornahme solcher Ermittlungshandlungen untersteht das Verfahren folglich den Vorschriften dieses Gesetzes; insbesondere kommen die Rechte und Pflichten der Verfahrensbeteiligten, wie sie sich aus den besonderen Bestimmungen ergeben, zum Tragen. Eine praktische Auswirkung dieser Regelung ist weiter, dass die Staatsanwaltschaft als Leiterin des Vorverfahrens der Polizei nach Artikel 306 Absatz 2 jederzeit Weisungen erteilen oder das Verfahren an sich ziehen kann.

*Absatz 2* regelt die Frage der Anfechtung. Im Interesse der Verfahrensbeschleunigung lässt der Entwurf eine Beschwerde gegen die – konkludente oder formelle – Eröffnung grundsätzlich nicht zu<sup>352</sup>. In diesem Stadium des Verfahrens kann es bei der Beschwerde regelmässig nur um die Frage gehen, ob ein genügender Tatverdacht vorliegt, eine Frage, die zu klären ja gerade Aufgabe des Vorverfahrens ist. Von diesem Grundsatz gibt es eine Ausnahme: Der Einwand, die Einleitung des Verfahrens verstosse gegen das Verbot der doppelten Strafverfolgung (*ne bis in idem*, Art. 11), muss sofort zu Beginn des Strafverfahrens, allenfalls auf dem Rechtsmittelweg, geprüft werden. Das gilt ungeachtet dessen, dass ein paralleles

<sup>348</sup> Hierzu näher oben Ziff. 1.5.2.1.

<sup>349</sup> Oben Ziff. 1.5.2.2.

<sup>350</sup> Siehe Aus 29 mach 1, S. 121 ff.

<sup>351</sup> So z.B. Hearings, S. 55 f., 76 f., 87, 146.

<sup>352</sup> So auch postuliert von Aus 29 mach 1, S. 132 unten.

Strafverfahren im Ausland der Einleitung eines schweizerischen Verfahrens nicht zwingend im Weg steht (vgl. die Art. 3 ff. StGB).

#### *Art. 300–301*

Im Einklang mit dem geltenden Strafprozessrecht statuiert *Artikel 300 Absatz 1* ein *allgemeines Anzeigerecht*. Nach den meisten Strafprozessordnungen ergeben sich aus dieser Anzeige, falls die Anzeige erstattende Person nicht Geschädigte oder Privatklägerin ist, keine weiteren Ansprüche, insbesondere keine eigentlichen Verfahrensrechte. Diese Regel wird in *Absatz 3* übernommen. *Absatz 2* statuiert immerhin die Pflicht der Strafbehörden, der Anzeige erstattenden Person auf ihre Anfrage hin mitzuteilen, ob die Anzeige an die Hand genommen und wie sie erledigt wurde. Damit geht der Entwurf über die heute verbreitete Rechtslage und Praxis hinaus. Mitzuteilen ist, ob ein Verfahren eingeleitet und ob es durch Strafbefehl, Anklageerhebung oder Einstellung abgeschlossen wurde; Einzelheiten oder Begründungen brauchen nicht angegeben zu werden.

Die *Anzeigepflicht* der Beamtinnen, Beamten und Behördenmitglieder ist in den geltenden Strafprozessordnungen in unterschiedlichem Umfang geregelt. Der Entwurf beschränkt sich darauf, in *Artikel 301 Absatz 1* eine solche Pflicht für die Strafbehörden im Sinne der Artikel 12–21 vorzusehen: Als Ausfluss des Verfolgungs- und Anklagezwanges (Art. 7) sind diese verpflichtet, festgestellte Straftaten entweder selbst zu verfolgen oder diese den zuständigen Behörden anzuzeigen. Wenn z.B. ein Gericht Straftaten entdeckt, sind diese der Staatsanwaltschaft zu melden. Die Anzeigepflicht betrifft auch Delikte, die in einem andern Kanton begangen wurden. Insofern übernimmt Absatz 1 die in Artikel 11 des Rechtshilfe-konkordates vorgesehene interkantonale Mitteilungspflicht. Was die Anzeigepflichten der übrigen Behördenmitglieder betrifft, überlässt es *Absatz 2* Bund und Kantone, solche zu schaffen, zumal es sich hier um Regelungen eher verwaltungsrechtlicher denn strafprozessualer Natur handelt. *Absatz 3* stellt klar, dass solche Anzeigepflichten dort ihre Schranken finden, wo die Anzeigepflichtigen ein *Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht* hätten. Diese Einschränkung gilt auch für die von Bund und Kantonen in Anwendung von Absatz 2 statuierten Anzeigepflichten.

Von den Anzeigepflichten zu unterscheiden sind Auskunfts- oder Meldepflichten, die für gewisse Berufspersonen gelten. Derartige Pflichten sind auch nach Erlass der Schweizerischen Strafprozessordnung von den Kantonen zu erlassen, soweit ihnen die Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich der jeweiligen Berufspersonen zusteht. So werden die Kantone etwa nach wie vor zu regeln haben, welche Gesundheitsfachpersonen den Strafverfolgungsbehörden aussergewöhnliche Todesfälle zu melden haben.

#### *Art. 303*      Form des Strafantrags

Der Strafantrag ist grundsätzlich in den Artikeln 30–33 nStGB<sup>353</sup>, also im Bundesrecht, geregelt. Die Frage, in welcher Form und bei welcher Behörde Strafantrag zu stellen sei, wird dagegen im kantonalen Verfahrensrecht beantwortet. Für die vereinheitlichte Prozessordnung ist vorgesehen, dass der Strafantrag bei Polizei, Staats-

353 BBl 2002 8240

anwaltschaft oder Übertretungsstrafbehörde schriftlich oder mündlich zu Protokoll zu erklären ist (*Abs. 1*). Gleiches gilt für den Verzicht und den Rückzug (*Abs. 2*).

#### *Art. 304* Information des Opfers über seine Rechte

*Absatz 1* knüpft an Artikel 8 Absatz 2 OHG an (Orientierung über Verfahrensrechte) und betrifft die Information des Opfers im Vorverfahren; die Bestimmung wird ergänzt durch Artikel 331 Absatz 3 zur Informationspflicht im Hauptverfahren. Gegenüber dem geltenden Recht wird die Informationspflicht dahingehend erweitert, dass das Opfer von Polizei und Staatsanwaltschaft bei der jeweils ersten Einvernahme *umfassend* über seine Rechte und Pflichten aufzuklären ist, wie dies allgemein schon in Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe c vorgesehen ist. Wird das Opfer sowohl von der Polizei als auch von der Staatsanwaltschaft einvernommen, informieren beide Behörden das Opfer.

*Absatz 2* knüpft an Artikel 6 Absatz 1 OHG an (Orientierung über Beratungsstellen). Im Unterschied zu Absatz 1 obliegt die Informationspflicht hier nicht der Strafverfolgungsbehörde, sondern der Polizei *oder* der Staatsanwaltschaft; damit kommt zum Ausdruck, dass die einmalige Orientierung genügt. Sie erfolgt durch die Staatsanwaltschaft für den Fall, dass das Opfer erstmals direkt durch sie einvernommen wird. Ein weiterer Unterschied zu Absatz 1 liegt darin, dass die Information über die Beratungsstellen (*Bst. a*) und die nach dem OHG auszurichtenden finanziellen Leistungen (*Bst. b*) keine umfassende zu sein braucht. Diese umfassende Information ist den Beratungsstellen vorbehalten.

*Absatz 3* übernimmt materiell unverändert den geltenden Artikel 6 Absatz 2 OHG. Dass das Opfer darauf hinzuweisen ist, dass es die Übermittlung ablehnen kann (so die geltende OHG-Bestimmung), braucht neben der Orientierungspflicht nach Absatz 1 nicht gesondert gesagt zu werden.

*Absatz 4* schliesslich stellt gegenüber dem geltenden OHG eine Erweiterung dar; die Pflicht zur Protokollierung soll allfällige Zweifel darüber ausräumen, ob die Bestimmungen der Absätze 1–3 eingehalten worden sind.

## **2.6.2 2. Kapitel: Polizeiliches Ermittlungsverfahren** (Art. 305 und 306)

#### *Art. 305* Aufgaben der Polizei

Die *Absätze 1 und 2* umschreiben die Aufgaben der Polizei im polizeilichen Ermittlungsverfahren, wie sie schon bisher in den Prozessgesetzen festgehalten und in der einschlägigen Literatur dargestellt werden. Anlass zu solchen Ermittlungen geben entweder private Anzeigen oder Strafanträge, entsprechende Anweisungen der Staatsanwaltschaft oder eigene Feststellungen der Polizei. Diese *selbständigen polizeilichen Ermittlungen* werden im Gegensatz zur Strafuntersuchung nicht durch eine formelle Verfügung eröffnet<sup>354</sup>.

Nach *Absatz 2 Buchstabe b* kommt der Polizei insbesondere die Aufgabe zu, tatverdächtige und geschädigte Personen zu befragen. Der Ausdruck «befragen» wird hier

<sup>354</sup> Dazu Aus 29 mach 1, S. 123.

als Oberbegriff verwendet; er umfasst neben der informellen Befragung auch die formelle polizeiliche Einvernahme, wie sie in Artikel 140 Absatz 2 vorgesehen und in den Artikeln 141 ff., 154 ff. und 163 näher geregelt wird.

*Absatz 3* verpflichtet die Polizei, unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen dieses Gesetzes bei der in den Absätzen 1 und 2 umschriebenen gerichtspolizeilichen Tätigkeit die Vorschriften einzuhalten, welche die staatsanwaltschaftliche Untersuchung, die Beweismittel sowie die Zwangsmassnahmen regeln. Ein Bedürfnis, von diesen Vorschriften abzuweichen, kann sich aus der Natur des polizeilichen Ermittlungsverfahrens ergeben. Die Polizei kann in ihrer Tätigkeit an engere Voraussetzungen gebunden sein als Staatsanwaltschaft und Gerichte (z. B. bezüglich Anordnung von Zwangsmassnahmen, Art. 195, Einvernahme von Zeuginnen und Zeugen, Art. 140 Abs. 2), oder aber unter erleichterten Bedingungen agieren (so bei Vorladungen, Art. 204, oder beim Betreten von Räumlichkeiten bei Gefahr im Verzug, Art. 212 Abs. 2).

Mit der hier vorgeschlagenen, traditionellen Umschreibung der eigenen polizeilichen Kompetenzen im Ermittlungsverfahren anerkennt der Entwurf, dass die Intervention der Polizei in diesem Stadium im Interesse einer effizienten Strafverfolgung liegt und praktischen Bedürfnissen entspricht. Die Polizei muss dank ihres Fachwissens und ihrer Nähe zum Geschehen erste Ermittlungen durchführen können, auch ohne Veranlassung durch die Staatsanwaltschaft. Angesichts der Bedeutung dieser polizeilichen Ermittlungstätigkeit erscheint es auf der anderen Seite konsequent, diese Tätigkeit, gleich wie die Untersuchungstätigkeit der Staatsanwaltschaft, einer umfassenden, nicht nur aufsichtsrechtlichen Kontrolle zu unterstellen. Diese Kontrolle ist durch die Möglichkeit sichergestellt, gegen die Verfügungen und die Verfahrenshandlungen der Polizei Beschwerde zu erheben (vgl. Art. 401 Abs. 1 Bst. a).

Im Übrigen sieht der Entwurf verschiedene Massnahmen vor, um dem Risiko einer zu starken, unkontrollierten Ausdehnung der polizeilichen Ermittlungstätigkeit auf Kosten der Untersuchung zu begegnen. Im Vordergrund stehen die Regeln über die *Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft*, wie sie in Artikel 306 festgelegt sind (dazu nachstehend). Daneben ist an die grundsätzliche Bindung der Polizei an die für die Untersuchung geltenden Vorschriften zu erinnern (*Abs. 3*); diese Bindung soll verhindern, dass Regeln, die zum Schutz der Parteien, insbesondere der beschuldigten Person, aufgestellt worden sind, durch eine Ausdehnung des Ermittlungsverfahrens unterlaufen werden können. Von Bedeutung ist schliesslich Artikel 312 Absatz 1: Aufträge der Staatsanwaltschaft an die Polizei während der Untersuchung sind auf einzelne, konkret umschriebene Abklärungen zu beschränken.

#### *Art. 306* Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft

In einem eingliedrigem Vorverfahren, wie es dem hier vorgeschlagenen Staatsanwaltschaftsmodell eigen ist, ist sicherzustellen, dass die Staatsanwaltschaft ihre Leitungsfunktion wirksam wahrnehmen kann. Zu diesem Zweck sind entsprechende Instrumente zu schaffen. Sie stellen gleichzeitig eine Beschränkung der Selbständigkeit der Polizei in ihrer Ermittlungstätigkeit dar.

*Absatz 1* sieht vor, dass die Polizei die Staatsanwaltschaft über schwere Straftaten (Verbrechen und schwere Vergehen) unverzüglich *orientiert*. Eine sofortige (im Regelfall telefonische) Information hat auch bei anderen schwer wiegenden Ereignissen, wie schweren Unfällen, Bränden u.ä. zu erfolgen, bei denen nicht sofort ersichtlich ist, ob ein strafbares Verhalten zugrunde liegt. Die Orientierungspflicht

stellt sicher, dass die Staatsanwaltschaft sofort am Tatort erscheinen und die Leitung des Vorverfahrens übernehmen kann. Dieses Vorgehen entspricht dem in vielen Kantonen bekannten *Pikett- oder Brandtoursystem*. Um den unterschiedlichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, sollen Bund und Kantone diese Informationspflicht selber näher regeln können.

Die Leitungsfunktion der Staatsanwaltschaft kommt am stärksten darin zum Ausdruck, dass sie – in den genannten schweren Fällen wie in jedem anderen Straffall – der Polizei in jeder Verfahrensstufe *verbindliche Weisungen* über das Vorgehen erteilen oder das *Verfahren jederzeit an sich ziehen* kann (*Abs. 2 erster Satz*). Macht sie von der zweitgenannten Möglichkeit Gebrauch, führt dies faktisch zu einem sofortigen Übergang vom Ermittlungs- zum Untersuchungsstadium<sup>355</sup>. *Absatz 2 zweiter Satz* macht es der Staatsanwaltschaft zur Pflicht, bei schweren Straftaten i.S. von Absatz 1, bei denen sie sofort orientiert wird und regelmässig am Tatort erscheint, die *ersten wesentlichen Einvernahmen der Beteiligten selbst durchzuführen*. Insbesondere bei Kapitalverbrechen sind diese ersten Einvernahmen von grosser Bedeutung; sie sollen von der Behörde, die für das Vorverfahren verantwortlich ist, selbst durchgeführt werden. Natürlich kann diese Regel nicht immer eingehalten werden, insbesondere wenn eine grössere Zahl von Personen einzuvernehmen ist.

Die polizeiliche Ermittlungstätigkeit wird traditionell in *Polizeirapporten* festgehalten (*Abs. 3*). Die Rapportierung entspricht der in diesem Entwurf in Artikel 74 statuierten allgemeinen Dokumentationspflicht. Die Polizeirapporte sind zusammen mit allen dazugehörigen Akten wie Einvernahmeprotokollen, beschlagnahmten Gegenständen, Vermögenswerten etc. der Staatsanwaltschaft zu übermitteln. Diese Aktenübermittlung muss sofort nach den ersten Ermittlungen erfolgen, damit die Staatsanwaltschaft unverzüglich die Leitung des Verfahrens übernehmen kann<sup>356</sup>.

Die einzige Ausnahme von der Rapportierungs- und Übermittlungspflicht ist in *Absatz 4* geregelt. Die Pflicht entfällt, wenn unter den gegebenen Umständen offensichtlich keine Notwendigkeit für Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft besteht (*Bst. a*). Gedacht ist an die zahlreichen Fälle, in denen die Täterschaft unbekannt ist oder eine bekannte Täterschaft trotz eingeleiteter Fahndung nicht eruiert werden konnte. Diese Fälle automatisch der Staatsanwaltschaft weiterzugeben, würde meist nur administrativen Aufwand verursachen. Vielfach ist es zweckmässiger, die Akten bei der Polizei zu archivieren und nur dann weiterzugeben, wenn die Täterschaft ermittelt oder die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Die Zulässigkeit des Verzichts steht unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass keine Zwangsmassnahmen oder andere formalisierte Ermittlungshandlungen durchgeführt worden sind (*Bst. b*). Mit Letzteren sind Fälle gemeint, in denen z.B. eine verdächtige Person zunächst polizeilich festgenommen wurde, sich dann aber herausstellt, dass sie als Täterin ausgeschlossen werden kann und die Fahndung gegen unbekannte Täterschaft fortzusetzen ist. Diese festgenommene Person hat Anspruch auf eine formelle Erledigung der gegen sie erhobenen Vorwürfe. Dies gilt auch für von der Polizei protokollarisch als Beschuldigte einvernommene Personen, nicht aber z.B. für am Tatort informell befragte Anwesende.

<sup>355</sup> Siehe Aus 29 mach 1, S. 129.

<sup>356</sup> So auch postuliert von Aus 29 mach 1, S. 123, 128.

## 2.6.3

### 3. Kapitel: Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft

#### 2.6.3.1

#### 1. Abschnitt: Aufgaben der Staatsanwaltschaft (Art. 307–310)

##### Art. 307 Begriff und Zweck der Untersuchung

Die Untersuchung ist jener Teil des Vorverfahrens, in dem aufbauend auf den Ermittlungsergebnissen der Polizei der Deliktsvorwurf in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch Erhebung der entsprechenden Beweise so weit abgeklärt wird, dass anschliessend (Art. 319) entschieden werden kann, ob das Vorverfahren durch Strafbefehl, Anklageerhebung oder aber Einstellung abzuschliessen ist.

Soll im Rahmen eines Gerichts- oder Strafbefehlsverfahrens über die Strafe entschieden werden, müssen auch die persönlichen Verhältnisse der beschuldigten Person in angemessener Weise abgeklärt werden (*Abs. 2*). Die Staatsanwaltschaft hat deshalb auch die so genannten Akten zur Person (Erhebungen zum Lebenslauf, Vorstrafen- und Leumundsberichte etc.) zu beachten. Diese Erhebungen müssen im Verhältnis zur Bedeutung des Straffalles stehen; im Fall eines zu erwartenden Strafbefehls sind sie entsprechend zu beschränken.

*Absatz 3*: Vor allem mit Rücksicht auf die Möglichkeit, in der Hauptverhandlung eine vereinfachte Beweisabnahme durchzuführen (Art. 345, unten Ziff. 2.7.2.3), müssen die Akten auf einen Stand gebracht werden, der es dem Gericht erlaubt, sein Urteil im Schuld- wie im Strafpunkt ohne zusätzliche Beweiserhebungen zu fällen. Die Vorschrift bringt damit zum Ausdruck, dass die in diesem Entwurf vorgesehene Möglichkeit der Beschränkung der Unmittelbarkeit des Gerichtsverfahrens (Art. 344 Abs. 2, Art. 345 Abs. 1) voraussetzt, dass die Akten den Gerichten entscheidungsreif übermittelt werden.

##### Art. 308 Eröffnung

*Absatz 1* definiert die Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung zu eröffnen hat. Hauptfall bildet *Buchstabe a*, also das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts.

Erscheint dieser Verdacht bei Eingang der polizeilichen Akten bzw. der Strafanzeige nicht ausreichend, kann die Staatsanwaltschaft die Akten zur Vornahme ergänzender Ermittlungen der Polizei überweisen bzw. zurückweisen (*Abs. 2*). Von dieser Möglichkeit sollte allerdings nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden. Im Zweifel ist die Untersuchung zu eröffnen, zumal auch nach der Eröffnung die Möglichkeit ergänzender Ermittlungsaufträge bleibt (Art. 312). Ergibt sich aus den vorliegenden Akten hingegen, dass auch zusätzliche Erhebungen nicht geeignet wären, den für eine Eröffnung notwendigen Verdacht zu erhärten, dass Prozesshindernisse bestehen oder dass aus Opportunitätsgründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist, ergeht nach Artikel 310 eine *Nichtanhandnahmeverfügung*. Als dritte Möglichkeit neben der Rückweisung an die Polizei und der Nichtanhandnahme bleibt die Durchführung eines sog. *Vorabklärungsverfahrens*, das in Artikel 309 geregelt ist.

Die Untersuchung ist auch dann zu eröffnen, wenn die Staatsanwaltschaft *Zwangsmassnahmen* wie Untersuchungshaft, Durchsuchungen oder Untersuchungen, Hausdurchsuchungen, Telefonüberwachungen o.ä. anordnen will (*Bst. b*), sowie in den

Fällen, in denen sie nach Artikel 306 Absatz 1 (Pikett- oder Brandtourfälle) orientiert worden ist (*Bst. c*).

Liegt eine der in Absatz 1 vorgesehenen Konstellationen vor, erlässt die Staatsanwaltschaft eine *formelle Eröffnungsverfügung* (*Abs. 3*). Diese amtsinterne Verfügung dient der Klarstellung in den Akten und hält fest, gegen wen die Untersuchung eröffnet wird und welche Straftatbestände betroffen sind. Die beschuldigte Person erfährt durch die Vornahme von Untersuchungshandlungen (Vorladungen usw.) von der Untersuchungseröffnung, so dass auf eine Mitteilung verzichtet werden kann (*Abs. 3*)<sup>357</sup>. Da eine Untersuchung nur bei genügendem Tatverdacht eröffnet werden darf, erübrigt sich eine Begründung.

#### *Art. 309* Vorabklärungen

Das Institut des Vorabklärungsverfahrens hat erst in jüngerer Vergangenheit Eingang in die schweizerische Strafprozessrechtspraxis gefunden. In den Gesetzen ist es nur sehr vereinzelt anzutreffen, andere Kantone haben es in der Praxis entwickelt<sup>358</sup>. Das Vorabklärungsverfahren ermöglicht es der Staatsanwaltschaft, bei komplexen, aber vorerst unklaren Deliktsworwürfen vor der formellen Eröffnung einer Untersuchung einen zunächst nur ungenügenden Tatverdacht abzuklären (*Abs. 1*). Es bietet sich vor allem für so genannte opferlose Delikte aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität an sowie für Insider- oder Geldwäschereidelikte, bei denen keine Strafanzeigen von Geschädigten vorliegen. Wurden solche Anzeigen erstattet, ist das Vorabklärungsverfahren nicht möglich, da in diesem Falle das Verfahren mindestens mit einer Nichtanhandnahme- oder Einstellungsverfügung formell zu erledigen ist.

Damit die Grenze zur Untersuchung klar gezogen wird, ist nach Absatz 1 *zweiter Satz* bei Vorabklärungsverfahren nur eine informelle Informationsbeschaffung zulässig. Es können formlos schriftliche oder mündliche Auskünfte eingeholt werden; Einvernahmen im Sinne der Artikel 140 ff. sind folglich nicht möglich, auch von Auskunftspersonen. Ebenso wenig sind Zwangsmassnahmen zulässig. Niemand ist verpflichtet, an solchen Erhebungen teilzunehmen, worauf die zu befragenden Personen oder Behörden aufmerksam zu machen sind (*Abs. 2*).

Das Wesen dieses Vorabklärungsverfahrens fordert keinen formellen Abschluss. Fördern die Vorabklärungen einen genügenden Tatverdacht zu Tage, eröffnet die Staatsanwaltschaft nach Artikel 308 eine Untersuchung. Die bisher zusammengetragenen Akten werden in die Untersuchungsakten integriert (*Abs. 3*). Kommt die Staatsanwaltschaft dagegen zum Schluss, dass auch die Vorabklärungen nicht zu einem genügenden Tatverdacht geführt haben, kann das Verfahren formlos und ohne Mitteilung an allenfalls betroffene Personen beendet werden. Die Staatsanwaltschaft ist hingegen frei, etwa in Fällen, in denen Personen befragt wurden oder die eine gewisse Publizität erlangt haben, eine Nichtanhandnahmeverfügung nach Artikel 310 zu erlassen. Diese ist allerdings, abweichend von Artikel 310 Absatz 2 i.V.m. Artikel 323 Absatz 2, nicht anfechtbar. Das Akteneinsichtsrecht ist beschränkt auf die Informationen, die eine Person direkt selbst betreffen.

<sup>357</sup> Gegen die Mitteilung der Eröffnung auch Aus 29 mach 1, S. 132.

<sup>358</sup> *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 75 N 1 ff.

*Art. 310* Nichtanhandnahmeverfügung

Die Staatsanwaltschaft erlässt sofort bei Eingang der Akten eine Nichtanhandnahmeverfügung, wenn die fraglichen Straftatbestände oder Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt sind oder Verfahrenshindernisse bestehen (*Abs. 1 Bst. a und b*) oder wenn aus Opportunitätsgründen auf ein Strafverfahren zu verzichten ist (*Bst. c*). Die Nichtanhandnahmeverfügung ergeht ohne eigene Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft; sind solche erfolgt, ist eine Einstellungsverfügung zu erlassen. Eine Nichtanhandnahme wegen fehlendem Straftatbestand darf nur ergehen, wenn zum vornherein feststeht, dass kein Straftatbestand erfüllt ist. Diese Erledigung ist somit nicht zulässig, wenn nur zweifelhaft ist, ob ein Tatbestand vorliegt oder dessen Nachweis gelingen wird.

**2.6.3.2** **2. Abschnitt: Durchführung der Untersuchung**  
(Art. 311–315)

*Art. 311* Beweiserhebung und Ausdehnung der Untersuchung

Nach *Absatz 1 erster Satz* führen die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte die notwendigen Beweiserhebungen grundsätzlich selbst durch. *Satz 2* enthält eine erste Ausnahme: In einigen Kantonen ist es bewährte Praxis, dass zur Entlastung der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte gewisse Untersuchungshandlungen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Staatsanwaltschaft vorgenommen werden können, also von Untersuchungsbeamtinnen und -beamten, Sekretärinnen, Sekretären, Praktikantinnen, Praktikanten oder anderen Funktionärinnen oder Funktionären der Staatsanwaltschaften. Es geht hier um einfachere Einvernahmen von Verfahrensbeteiligten, insbesondere mit Blick auf einen nachfolgend zu erlassenden Strafbefehl. Bund und Kantone sollen diese Entlastungsmöglichkeiten nach wie vor zur Verfügung stehen, wobei darauf zu achten ist, dass wesentliche Untersuchungshandlungen (z.B. Haftanträge an das Zwangsmassnahmengericht; Anklagen) nach wie vor nur durch die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte selbst erfolgen.

*Art. 312* Aufträge der Staatsanwaltschaft an die Polizei

Es entspricht bewährter Übung, dass die Staatsanwaltschaft auch nach eröffneter Untersuchung die Polizei mit ergänzenden Erhebungen beauftragen kann (*Abs. 1*) – dies die zweite Ausnahme vom Grundsatz nach Artikel 311 Absatz 1. Die Kriminalpolizei mit ihren gut ausgebildeten und ausgerüsteten Spezialeinheiten ist in der Tat oft besser für die Detailabklärungen geeignet als die Staatsanwaltschaft. Der Gefahr, dass die Phase der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung damit praktisch ausgehöhlt und zu einer Art Ermittlung in der Untersuchung mutieren könnte, begegnet der Entwurf durch zwei spezifische Leitlinien: Zum einen sind *generelle* Ermittlungsaufträge nach Eröffnung der Untersuchung nicht mehr zulässig<sup>359</sup>. Damit wird die gelegentlich anzutreffende Übung angesprochen, die Akten an die Polizei zu überweisen, mit einer pauschalen Anordnung, die noch erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen. Nach Absatz 1 *zweiter Satz* können demgegenüber nur noch genau umschriebene, im Regelfall schriftliche Ermittlungsaufträge erteilt werden. Zum

<sup>359</sup> Postuliert auch von Aus 29 mach 1, S. 129 f. sowie teilweise in den Hearings, vgl. Hearings S. 146.

anderen sichert *Absatz 2* den Verfahrensbeteiligten bei delegierten Einvernahmen dieselben Verfahrensrechte zu wie bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft<sup>360</sup>.

#### *Art. 313* Beweiserhebungen im Zusammenhang mit Zivilklagen

Das Strafverfahren dient primär der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Allerdings geben das Strafverfahrensrecht und auch dieser Entwurf der geschädigten Person die Möglichkeit, sich als Privatklägerschaft zu konstituieren und adhäsionsweise Zivilklagen geltend zu machen (Art. 120 ff.). Es ist von daher konsequent, dass die Staatsanwaltschaft bei den Beweiserhebungen, die sie mit Blick auf den Strafpunkt durchführt, auch auf allfällige Beweisbedürfnisse bezüglich des Zivilpunktes Rücksicht nimmt und diesbezüglichen Beweisanträgen nach Möglichkeit entspricht. Eine Grenze finden diese Beweiserhebungen dort, wo sie den Gang des Strafverfahrens über Gebühr verzögern oder erschweren würden (*Abs. 1*).

*Absatz 2* gibt der Staatsanwaltschaft zudem die Möglichkeit, bei Beweiserhebungen, die ausschliesslich oder in erster Linie der Abklärung des Zivilpunktes dienen, von der Privatklägerschaft einen Kostenvorschuss zu verlangen. Bei Opfern als Privatklägern dürfte hier eine gewisse Zurückhaltung am Platze sein.

#### *Art. 314* Sistierung

Stellt die Staatsanwaltschaft fest, dass das Strafverfahren z.B. wegen unbekanntem Aufenthalts oder andauernder schwerer Erkrankung der beschuldigten Person oder aus anderen Gründen zurzeit nicht weitergeführt werden kann, sistiert sie das Verfahren mit einer Verfügung. Der Begriff der Sistierung wird hier also (nur) für diese Form der Einstellung verwendet; sie wird in einigen Prozessordnungen als einstweilige oder vorläufige Einstellung bezeichnet. Die in *Absatz 1* genannten Anwendungsfälle entsprechen dem geltenden Recht.

*Absatz 2* regelt den Spezialfall einer Sistierung mit Blick auf ein hängiges Vergleichs- oder Mediationsverfahren. In diesen Fällen scheint eine Befristung der Sistierung angebracht. Auf diese Weise kann einerseits ein erfolgreicher Abschluss des Vergleichs oder der Mediation begünstigt, andererseits, sollte die Verständigung scheitern, eine ungebührliche Verzögerung des Verfahrens verhindert werden. Zu beachten ist auch, dass Vergleich und Mediation grundsätzlich auch im gerichtlichen Verfahren wieder möglich sind (vgl. Art. 333 Abs. 2).

*Absatz 3* übernimmt die ebenfalls wohl überall geltende Regel, dass Beweise, deren Verlust zu befürchten ist, sofort abzunehmen sind.

#### *Art. 315* Wiederanhandnahme

Mit der Wiederanhandnahme (im geltenden Recht teilweise als *Wiedereröffnung* bezeichnet) nimmt die Staatsanwaltschaft die Untersuchung formlos wieder an die Hand (*Abs. 1*). Gegen diesen Entscheid ist kein Rechtsmittel gegeben (*Abs. 2*); ein schützenswertes Interesse dürfte in den fraglichen Konstellationen kaum je gegeben sein.

<sup>360</sup> Vgl. Art. 141. – Dieselbe Regel kommt selbstverständlich bei Einvernahmen nach Art. 311 Abs. 1 zweiter Satz zur Anwendung.

### 2.6.3.3

## 3. Abschnitt: Vergleich und Mediation (Art. 316 und 317)

Vergleich und Mediation sind Verhandlungsprozesse zwischen der geschädigten und der beschuldigten Person, die zum Ziel haben, eine für beide Parteien befriedigende Verständigungsgrundlage zu finden. Bis heute geht unsere Justiz, insbesondere unsere Strafjustiz, von sich entgegen stehenden Individualinteressen aus; Konflikte entstehen, wenn die Interessen der einen sich zu sehr denjenigen der anderen annähern (oder diese sogar beeinträchtigen). Die Justiz hat über diesen Konflikt zu entscheiden und das Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Interessen wiederherzustellen.

Eine andere Konzeption der Justiz – welche zahlreichen nicht westlichen Rechtssystemen zugrunde liegt – geht davon aus, dass die verschiedenen Individualinteressen ineinander übergreifen und Teile ein- und desselben Sozialgefüges bilden. Im Konfliktfall lösen sich dann gewisse Individualinteressen heraus und es kommt zu einem Riss in diesem Sozialgefüge. Die Justiz muss nach dieser Konzeption die durch die Krise auseinander gebrachten Interessen einander wieder annähern<sup>361</sup>.

Die Strafjustiz diktiert sowohl der beschuldigten als auch der geschädigten Person ihre Lösung, welche in der Regel in einer Sanktion besteht. Trotzdem besteht für den Staat nicht immer ein Interesse an der Strafverfolgung; es gibt Fälle, in denen die Parteien eine Lösung des Konflikts finden könnten, die ihnen besser entspricht als eine strafrechtliche Sanktion. Es kommt sogar vor, dass eine strafrechtliche Verurteilung nicht nur bei der verurteilten, sondern auch bei der geschädigten Person Unzufriedenheit hervorruft. Mit einem Begriff aus dem Management könnte man in solchen Fällen von einem «loose-loose»-Ergebnis sprechen. Das Gegenstück bildet der Idealfall einer «win-win»-Lösung, bei der beide Parteien aus der getroffenen Vereinbarung Nutzen ziehen können. Wege, um dieses Ziel zu erreichen, können der Vergleich und die Mediation sein, wie sie in den Artikeln 316 und 317 fakultativ auch für das Strafverfahren gegen Erwachsene<sup>362</sup> vorgeschlagen werden. Bereits der Vorentwurf von 2001 hatte beide Möglichkeiten vorgesehen, die Mediation allerdings in einer verglichen mit Artikel 317 eingeschränkteren Form (nur Fälle der Wiedergutmachung nach Art. 53 nStGB<sup>363</sup>). Die positive Aufnahme dieser Vorschläge im Vernehmlassungsverfahren<sup>364</sup> veranlasst den Bundesrat, auch im vorliegenden Entwurf daran festzuhalten und, was die Mediation betrifft, deren möglichen Anwendungsbereich auszudehnen.

Für den Vergleich wie für die Mediation ist hervorzuheben, dass mit Verhandlungen in keinem Fall Diskussionen über die Schuld des Täters gemeint sind. Im Gegensatz zum «plea-bargaining» der angelsächsischen Rechtssysteme setzen weder der Vergleich noch die Mediation voraus, dass die beschuldigte Person eine Schuld im strafrechtlichen Sinn anerkennt. Gegenstand der Verhandlungen ist einzig der bestmögliche Ausweg aus dem konkreten Konflikt.

<sup>361</sup> *André Kuhn*, La médiation pénale, in: Journal des Tribunaux 2002 I 99–109 und die dort zitierte Literatur.

<sup>362</sup> Für das Jugendstrafverfahren vgl. die Art. 17 und 18 E-JStPO.

<sup>363</sup> BBl 2002 8240

<sup>364</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 64 f.

Zahlreiche kantonale Gesetzgebungen sehen für Antragsdelikte bereits heute ein Vergleichsverfahren vor. Dabei versucht die Verfahrensleitung, eine Einigung zwischen der antragstellenden und der beschuldigten Person herbeizuführen, welche es jener erlaubt, den Antrag zurückzuziehen und damit auf die Strafverfolgung zu verzichten. *Absatz 1* schlägt dieses Vergleichsverfahren auch für die vereinheitlichte Prozessordnung vor. Dabei besteht die Meinung, dass die Staatsanwaltschaft von dieser Möglichkeit grundsätzlich Gebrauch zu machen hat<sup>365</sup>; vorbehalten bleiben klare Fälle, in denen eine Aussöhnung von vornherein ausser Betracht fällt.

In der Praxis erfordert der Vergleich regelmässig eine Gegenüberstellung der geschädigten und der beschuldigten Person. Vorher kann die Staatsanwaltschaft jedoch – wenn erforderlich auch mehrmals – beide Parteien getrennt anhören, um eine Einigung herbeizuführen. Wenn der Vergleich scheitert oder die beschuldigte Person bei der Vergleichsverhandlung unentschuldig ausbleibt (was als fehlender Einigungswille gilt), wird das Verfahren weitergeführt (*Abs. 4*). Wird hingegen eine einvernehmliche Regelung gefunden, oder bleibt die antragstellende Person unentschuldig aus (was einem Rückzug des Antrags gleichgestellt wird), wird das Verfahren eingestellt (*Abs. 1 und 3*), was eine spürbare Entlastung der Justiz ermöglicht. Um zu verhindern, dass der Antrag zu früh definitiv zurückgezogen wird (Art. 33 Abs. 2 nStGB<sup>366</sup>), kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren auch in Anwendung von Artikel 314 Absatz 1 Buchstabe c sistieren, bis zum Beispiel die beschuldigte Person ihren Verpflichtungen nachgekommen ist.

Gegenstand von *Absatz 2* ist der Vergleich im Rahmen einer Wiedergutmachung: Artikel 53 nStGB sieht vor, dass von der Strafverfolgung abzusehen ist, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind und der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen. Diese Bestimmung des materiellen Rechts setzt voraus, dass die Staatsanwaltschaft in allen Fällen, bei denen ein so begründeter Verzicht auf Strafverfolgung in Betracht kommt, versuchen muss, im Laufe des Verfahrens einen Vergleich herbeizuführen. Wenn eine der beiden Parteien bei der Vergleichsverhandlung unentschuldig ausbleibt, wird davon ausgegangen, dass sie dadurch ihren Willen ausdrückt, keine Verständigungsgrundlage bezüglich der Wiedergutmachung zu suchen; die Untersuchung wird in diesem Fall sogleich weitergeführt. Im Gegensatz zum Vergleich bei Antragsdelikten wird das Ausbleiben der geschädigten Person somit nicht einem Rückzug des Strafantrags gleichgestellt. Kommt eine Einigung zustande, hält die Staatsanwaltschaft diese im Protokoll fest und schreibt das Verfahren ab oder sistiert es so lange, wie es für die Wiedergutmachung erforderlich ist.

In bestimmten, seltenen Fällen kann die Staatsanwaltschaft die antragstellende Person verpflichten, für die Kosten und Entschädigungen einen Vorschuss zu leisten. Hier ist vor allem an Fälle gedacht, in denen der Vergleich offensichtlich wegen Mutwillens oder unverhältnismässigen Ansprüchen der antragstellenden Person scheitert und ihr Verhalten im Verfahren hohe Prozesskosten verursacht. Diese ausserordentliche Massnahme muss von der Staatsanwaltschaft begründet werden.

<sup>365</sup> Der VE-StPO hatte in Art. 346 den Vergleichsversuch noch zwingend vorgesehen. Die Regelung stiess im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich auf Widerstand, vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 64.

<sup>366</sup> BBl 2002 8240

Für den Fall, dass wegen des offensichtlichen Mutwillens der beschuldigten Person kein Vergleich zustande kommt, erübrigt sich eine besondere Regelung (enthalten in Art. 424).

#### Art. 317 Mediation

Ziel des Vergleichs ist in erster Linie die Prozessökonomie. Die Mediation verfolgt dagegen einen anderen Zweck. Der Unterschied liegt darin, dass der Vergleich ein interner Verfahrensakt des Strafverfahrens ist, der von einer Strafbehörde geführt wird; die Mediation stellt dagegen ein besonderes Verfahren dar, das ausserhalb des Strafverfahrens, manchmal parallel zu diesem, manchmal auch während einer Sistierung des Strafverfahrens durchgeführt werden kann. Die Mediation liegt somit immer in der Verantwortung einer Person (der Mediatorin oder des Mediators), die ausserhalb des eigentlichen Strafverfahrens steht.

Die Mediatorin oder der Mediator nimmt gegenüber den Parteien eine neutrale Stellung ein. Im Gegensatz zum Vergleich, wo die Beziehung zwischen der Person, die ihn herbeizuführen versucht, und den Parteien hierarchisch geprägt ist, soll zwischen der Mediatorin oder der Mediator und den Parteien ein horizontales Verhältnis begründet werden. Sie oder er muss von beiden Parteien frei akzeptiert werden, und diese müssen auch beide gewillt sein, eine Mediation zu versuchen. Die Rolle der aussenstehenden Mediatorin oder des aussenstehenden Mediators muss sich darauf beschränken, eine unter den beiden Parteien frei verhandelte Lösung zu fördern, welche sich im Verlauf des Mediationsverfahrens abzeichnet. Sie oder er wird deshalb durch die Gesprächsleitung eine Kommunikation herstellen und aufrechterhalten müssen; dies setzt voraus, dass ein Vertrauensklima und ein Raum des Dialogs und des gegenseitigen Zuhörens geschaffen wird<sup>367</sup>.

Mediation ist mit anderen Worten eine Form «milder» Justiz, deren Vorgehen auf Konsens, statt wie im Strafrecht üblich, auf Konflikt beruht. Für den Täter oder die Täterin führt sie ausserdem dazu, dass er oder sie sich der geschädigten Person und ihrer Rechte besser bewusst und sein oder ihr Verantwortungsbewusstsein sensibilisiert wird, beides unentbehrliche Voraussetzungen einer erfolgreichen Prävention. Das Opfer wird mit der strafrechtlichen Mediation aktiv einbezogen. Durch das Zusammentreffen mit dem Täter und eine allfällige, symbolische oder finanzielle Wiedergutmachung (Entschuldigung, Entschädigung) wird ihm die Verarbeitung der Straftat erleichtert.

Die strafrechtliche Mediation hat nicht den Anspruch, die traditionelle Justiz ersetzen zu wollen. In vielen Fällen könnte sie diese jedoch auf nützliche Art ergänzen. Sie fügt sich somit in die Notwendigkeit ein, die sozialen Antworten auf die Kriminalität vielseitiger zu gestalten.

Nach *Absatz 1* kann die Staatsanwaltschaft mit dem Einverständnis der Parteien jederzeit eine Mediatorin oder einen Mediator beiziehen; die Möglichkeit besteht unabhängig von der Schwere der vorgeworfenen Straftat, solange die Mediation ihrer Ansicht nach für die beschuldigte und die geschädigte Person sowie für die

<sup>367</sup> Für eine Unterscheidung zwischen Vergleich und Mediation, vgl. zum Beispiel *F. Denat*, *La médiation pénale*, in *La médiation, un mode alternatif de résolution des conflits?*, Zürich 1992, sowie *J. Knoepfler*, *Quelles sont les possibilités actuelles de médiation dans la justice pénale en Suisse? Quelles sont les évolutions envisageables?* in *Médiation: Une voie à suivre dans la justice pénale* (F. Riklin Hrsg.), S. 103.

Gesellschaft nützlich sein könnte. Das strafrechtliche Verfahren bleibt weiterhin in ihrer Verantwortung (*Abs. 2*); sie kann es insbesondere parallel zur Mediation weiterführen. Artikel 314 Absatz 1 Buchstabe c gibt ihr auch die Möglichkeit, das Verfahren während der Mediation zu sistieren.

Die Mediatorin oder der Mediator wird dafür sorgen, dass die Mediation tatsächlich eine Suche nach einer frei zwischen den Parteien ausgehandelten Lösung und nicht eine Verhandlung zwischen deren Vertretern ist. Zudem wird die vollständige Vertraulichkeit der Verhandlungen gewährleistet, auch gegenüber der Staatsanwaltschaft. Der Mediator oder die Mediatorin darf nicht zur Hilfskraft der Staatsanwaltschaft werden (*Abs. 3*).

Nach Beendigung der Mediation teilt die Mediatorin oder der Mediator der Staatsanwaltschaft das Ergebnis mit. War die Mediation erfolgreich, enthält die Mitteilung den Wortlaut der getroffenen Vereinbarung und den Nachweis, dass sie umgesetzt worden ist. Scheitert sie, wird der Staatsanwaltschaft nur die entsprechende Feststellung, ohne jegliche ergänzende Präzisierung mitgeteilt (*Abs. 4*). Somit kann sich keine Partei vor der Staatsanwaltschaft auf Äusserungen der anderen im Mediationsverfahren berufen, und der strafrechtliche Mediator ist zu strikter Verschwiegenheit verpflichtet (*Abs. 6*).

*Absatz 5* sieht vor, dass die Strafbehörden dem Ergebnis einer erfolgreichen Mediation angemessen Rechnung tragen. Die Mediation kann also in bestimmten Fällen beispielsweise einen Strafmilderungsgrund darstellen oder die Einstellung des Verfahrens oder dessen Sistierung für die Dauer der Umsetzung der Verpflichtungen aus der Mediationsvereinbarung ermöglichen.

Bei den Kosten des Mediationsverfahren ist zu unterscheiden: Gelingt die Mediation, wird das Verfahren eingestellt und die beschuldigte Person hat unter Vorbehalt von Artikel 433 Absatz 2 keine Kosten zu tragen. Scheitert sie, trägt der Staat die Kosten, unter dem Vorbehalt von Artikel 433 Absatz 4.

#### **2.6.3.4                      4. Abschnitt: Abschluss der Untersuchung** (Art. 318 und 319)

##### *Art. 318*                      Schlusseinvernahme

Verschiedenen kantonalen Prozessordnungen folgend sieht Artikel 318 die Möglichkeit einer *Schlusseinvernahme* der beschuldigten Person vor. Sie dient einerseits dazu, in konzentrierter, übersichtlicher Form die Deliktswürfe und die Haltung der beschuldigten Person dazu festzuhalten; die im weiteren Verfahrensverlauf mit den Akten befasste Strafbehörde kann sich anhand dieser Schlusseinvernahme sofort ein Bild über den Fall machen. Die Schlusseinvernahme veranlasst andererseits auch die Staatsanwaltschaft, im Sinne einer Kontrolle festzustellen, ob die Deliktswürfe genügend abgeklärt sind.

##### *Art. 319*                      Abschluss

In gewissen Kantonen erfolgt der Abschluss formlos, d.h. die zuständige Behörde erlässt ohne weitere Formalitäten und Ankündigungen die Einstellung, den Strafbefehl oder die Anklage. Andere Verfahrensordnungen sehen vor, dass die Beendigung der Untersuchung den Parteien durch eine *Schlussverfügung* angekündigt wird,

wobei ihnen zumeist die Gelegenheit eingeräumt wird, ergänzende Beweisanträge zu stellen. Artikel 319 sieht für die Erledigung des Straffalles eine solche Schlussverfügung vor (*Abs. 1*)<sup>368</sup>. Sie wird den Parteien mit bekanntem Wohnsitz zugestellt und enthält den Hinweis, ob das Verfahren voraussichtlich durch Anklage, Strafbefehl oder Einstellung erledigt wird; dieser Hinweis ist für den schliesslich zu treffenden Entscheid nicht verbindlich. Anders als noch im Vorentwurf (Art. 349 Abs. 2 VE-StPO) legt Absatz 1 keine Frist zur Stellung von Beweisanträgen fest. Somit handelt es sich bei der von der Staatsanwaltschaft anzusetzenden Frist nicht um eine gesetzliche Frist; vielmehr kann die Frist auf Gesuch verlängert werden (Art. 87 Abs. 1 *e contrario*). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass namentlich in umfangreichen Fällen die Verteidigungs- und Mitwirkungsrechte durch eine nicht verlängerbare Frist von zehn Tagen kaum wirksam ausgeübt werden könnten<sup>369</sup>.

Für das Hauptverfahren kommt dem Anklagesachverhalt und seiner beweiswürdigen Untermauerung grosse Bedeutung zu. Aus der Anklageschrift und den Akten bildet sich das urteilende Gericht den ersten Eindruck der Sache, der bekanntlich prägend sein kann. Deshalb soll den Parteien, namentlich der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung, die Möglichkeit offen stehen, dieses Bild durch Anträge auf weitere Beweiserhebungen mitzugestalten. Damit den Parteien eine möglichst weite Mitgestaltungsmöglichkeit zukommt, sind die Gründe, aus denen die Staatsanwaltschaft Beweisanträge abweisen kann, beschränkt. Sie entsprechen jenen, aus denen die Staatsanwaltschaft allgemein auf eine Beweiserhebung verzichten kann (Art. 137 Abs. 2). Der Entscheid der Staatsanwaltschaft über Beweisanträge ist zu begründen, wobei im Falle einer Gutheissung auf die Begründung des Antrags verwiesen werden kann. Das Erfordernis der Begründung will sicherstellen, dass das urteilende Gericht Kenntnis über die Gründe hat und diese berücksichtigen und würdigen kann, wenn die Partei ihren abgelehnten Beweis Antrag im Hauptverfahren wiederholt (*Abs. 2*). Trotz der Bedeutung von Beweisanträgen vor Abschluss der Untersuchung ist ein ablehnender Entscheid der Staatsanwaltschaft nicht anfechtbar (*Abs. 3*). Zum einen könnte die Zulassung von Beschwerden in dieser Phase des Verfahrens zu unabsehbaren Verfahrensverzögerungen führen. Der Verzicht ist aber auch vertretbar, weil die Anträge, wie erwähnt, im Hauptverfahren wiederholt werden können. Gegen eine Anfechtbarkeit spricht schliesslich auch die Tatsache, dass sich eine mit der Sache bislang nicht vertraute Behörde innert nützlicher Frist kaum ein hinreichendes Bild verschaffen kann, um die von der Staatsanwaltschaft vorgenommene antizipierte Beweiswürdigung auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Es liesse sich deshalb prognostizieren, dass eine Beschwerdeinstanz ablehnende Entscheide der Staatsanwaltschaft in den allermeisten Fällen stützen würde, so dass für die Partei ausser einer Verfahrensverzögerung nichts gewonnen wäre.

<sup>368</sup> So auch empfohlen von den Experten in Aus 29 nach 1, S. 136.

<sup>369</sup> Kritisch zur Regelung des Vorentwurfs *Niklaus Ruckstuhl*, 514 Gesetzesartikel als Mogelpackung, plädoyer 5/2001, S. 23; *ders.*, Das Strafverfahren nach dem Vorentwurf zu einer eidgenössischen Strafprozessordnung vom Juni 2001, *Anwaltsrevue/revue de l'avocat*, 5/2002, S. 10, 15.

## 2.6.4

### 4. Kapitel: Einstellung des Verfahrens und Anklageerhebung

Gegenstand dieses Kapitels ist die letzte Phase des Vorverfahrens<sup>370</sup>, in der darüber entschieden wird, ob und in welcher Weise das Strafverfahren weiterzuführen ist. Konkret geht es darum, dass sich die zuständige Behörde darüber ausspricht, ob das Verfahren einzustellen oder aber durch Strafbefehl oder Anklageerhebung zu erledigen ist.

Dieser Entscheid wird in die Hände der *Staatsanwaltschaft* gelegt. Damit haben abgesehen von den Beschwerdemöglichkeiten gegen die Einstellungsverfügung (Art. 323) und der Prüfung der Anklage durch das angerufene Gericht (Art. 330) keine anderen Behörden über Einstellung und Anklageerhebung zu befinden. Diese Ordnung wurde gelegentlich schon als das «*schweizerische System*» bezeichnet<sup>371</sup> und ist mit Varianten in vielen schweizerischen Prozessordnungen anzutreffen. Sie hat sich grundsätzlich bewährt und wurde auch im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich befürwortet<sup>372</sup>. Sie soll deshalb auch in der vereinheitlichten Prozessordnung Anwendung finden. Das System unterscheidet sich von andern Verfahrensordnungen: etwa denjenigen nach französischem Vorbild, in denen die Staatsanwaltschaft z.B. der Anklagekammer nur Antrag auf Erhebung der Anklage stellen kann, denjenigen nach anglo-amerikanischem System, die ein eigentliches Anklagezulassungsverfahren vorsehen, oder denjenigen nach österreichischem Vorbild, die einen Einspruch oder eine Beschwerde gegen die Anklage zulassen, welche dann von einer vom erkennenden Gericht unabhängigen Instanz entschieden wird. Durch die Konzentration der Befugnisse bei der Staatsanwaltschaft ist eine Vereinfachung des Instanzenwegs, eine Straffung der vor dem Gerichtsverfahren liegenden Prozessphasen und damit eine Steigerung der Effizienz der Strafverfolgung zu erwarten.

### 2.6.4.1

#### 1. Abschnitt: Einstellung des Verfahrens (Art. 320–324)

Die Einstellung führt zum *definitiven Ende des Strafverfahrens*. Die Zuständigkeit wird, wie in den Vorbemerkungen dargelegt, der Staatsanwaltschaft und nicht einer gerichtlichen Instanz wie einer Überweisungsbehörde oder Anklagekammer zugewiesen, entsprechend der bereits heute in vielen Strafverfahrensordnungen geltenden Regel. Das Gegengewicht zur umfassenden Einstellungszuständigkeit der Staatsanwaltschaft bildet die Beschwerde nach Artikel 323.

#### Art. 320 Gründe

Die in *Absatz 1* aufgezählten Einstellungsgründe entsprechen, soweit die Einstellungsgründe überhaupt näher geregelt sind, den heute geltenden Strafprozessordnungen oder der Lehre. Es geht allgemein ausgedrückt um Gründe, die mit Sicherheit oder doch grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch oder einer in den

<sup>370</sup> In einzelnen Prozessordnungen als separate Verfahrensstufe geregelt («Zwischenverfahren»).

<sup>371</sup> *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 79 N 12.

<sup>372</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 67.

Wirkungen gleichen Erledigung vor Gericht führen müssten. Die näheren Erläuterungen können sich auf einige Hinweise zu Buchstaben a und e beschränken:

Der Einstellungsgrund von *Buchstabe a* kommt in Frage, wenn die Untersuchung keinen Tatverdacht erbrachte, der eine Verurteilung erwarten lässt. Widersprechen sich die Beweise, so ist es nicht Sache der Staatsanwaltschaft, eine Beweiswürdigung vorzunehmen, insbesondere kommt bei dieser Entscheidung der Grundsatz *in dubio pro reo* (Art. 10 Abs. 3) nicht zur Anwendung; es gilt hier im Gegenteil das Prinzip *in dubio pro duriore*, mit der Folge, dass solche Fälle mit Anklage dem zuständigen Gericht zu unterbreiten sind.

*Buchstabe e* sieht die Einstellung in Fällen vor, in denen nach den Vorschriften des materiellen Strafrechts oder des Verfahrensrechts auf Strafverfolgung oder Bestrafung zu verzichten ist. Eine Einstellung ist also z.B. im Falle von Taten von Ausländern oder im Ausland nach Artikel 3 Absatz 3 nStGB<sup>373</sup> (... *wird in der Schweiz ... nicht mehr verfolgt ...*), beim Versuch nach Artikel 22 Absatz 2 nStGB (... *so bleibt er straflos*), bei den Strafbefreiungsgründen nach den Artikeln 52–54 nStGB (... *sieht von einer Strafverfolgung ... ab.*), bei verschiedenen Tatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs (etwa mit dem Wortlaut *von der Bestrafung absehen* oder *von einer Bestrafung Umgangnehmen*)<sup>374</sup> sowie bei Anwendung des Opportunitätsprinzips nach Artikel 8 möglich.

Die Liste der Einstellungsgründe wird in *Absatz 2* durch die – im Unterschied zu Absatz 1 fakultative – Einstellung nach erfolgreicher Mediation ergänzt. Die so begründete vollständige oder teilweise Einstellung stellt eine der in Artikel 317 Absatz 5 vorgesehenen Möglichkeiten dar, dem erfolgreichen Abschluss einer Mediation Rechnung zu tragen.

*Absatz 3* übernimmt die Regelung des bisherigen, mit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung aufzuhebenden Artikel 10d Absatz 1 des Opferhilfegesetzes vom 4. Oktober 1991<sup>375</sup>.

#### *Art. 321*      Einstellungsverfügung

Dem Beispiel einzelner Kantone folgend kann die Staatsanwaltschaft nach *Absatz 2 zweiter Satz* im Rahmen der Einstellung die Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten (Art. 69–72 nStGB<sup>376</sup>) anordnen, unter Einschluss der Verwendung für die Geschädigten (Art. 73 nStGB). Damit erübrigt sich in solchen Fällen ein selbständiges Einziehungsverfahren nach den Artikeln 384 ff. Den durch die Einziehung betroffenen Personen steht die Beschwerde nach Artikel 401 offen, so dass dem gesetzlichen Anspruch auf einen richterlichen Entscheid Rechnung getragen ist.

Wird ein Strafverfahren eingestellt, entfällt die Grundlage für die Beurteilung allfälliger adhäsionsweise eingereichter Zivilklagen. *Absatz 3* stellt klar, dass die Privatklägerschaft den Zivilanspruch nach Rechtskraft der Einstellungsverfügung noch auf dem Zivilweg geltend machen kann, selbst wenn nach Massgabe von Artikel 120

<sup>373</sup> BBl 2002 8240

<sup>374</sup> Z.B. Art. 171 Abs. 2, 192 Abs. 2, 193 Abs. 2, 305 Abs. 3 StGB; vgl. auch etwa Art. 100 Ziff. 1 Satz 2 SVG.

<sup>375</sup> SR 312.5

<sup>376</sup> BBl 2002 8240

Absatz 3 die Rechtshängigkeit der Zivilklage im Strafverfahren bereits eingetreten sein sollte.

*Absatz 4* verweist darauf, dass Einstellungsverfügungen, die nicht oder ohne Erfolg angefochten wurden, ähnlich wie ein Freispruch formell und materiell rechtskräftig werden. Da diese Verfügungen nicht von einer Gerichtsbehörde erlassen werden und oft auf einer eher dürftigen Aktenlage beruhen, ist die materielle Rechtskraft allerdings in dem Sinn beschränkt, als eine Wiederaufnahme verglichen mit einem Freispruch unter erleichterten Bedingungen möglich ist (Art. 324).

#### *Art. 322* Mitteilung

Die Einstellungsverfügung ist den Parteien, also der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft, dem Opfer sowie jenen Verfahrensbeteiligten mitzuteilen, die durch die Verfügung betroffen werden, also Personen, um deren Gegenstände oder Vermögenswerte es geht, oder denen nach Artikel 433 Kosten auferlegt oder die zur Leistung von Entschädigungen verpflichtet werden (*Abs. 1 Bst. a–c*). *Buchstabe d* steht im Zusammenhang mit Artikel 323, welcher Ober- oder Generalstaatsanwaltschaften (vgl. Art. 14 Abs. 3) die Legitimation gibt, die Einstellungsverfügung anzufechten. Über diese in Absatz 1 aufgezählten Fälle hinaus ist an die allgemeine Bestimmung von Artikel 82 Absatz 6 zu erinnern, welcher eine Mitteilung auch an jene Behörden vorsieht, die nach eidgenössischem oder kantonalem Recht Anspruch auf Eröffnung von Entscheiden haben.

Für die Formalien der Mitteilung verweist *Absatz 3* auf die Regeln der Artikel 82–86. Der Verweis stellt u.a. klar, dass bei fehlender Zustellungsmöglichkeit Einstellungsbeschlüsse nicht veröffentlicht zu werden brauchen (vgl. 86 Abs. 4).

#### *Art. 323* Genehmigung und Rechtsmittel

Die Einlegung eines Rechtsmittels durch die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft nach *Absatz 2 zweiter Satz* setzt voraus, dass überhaupt eine Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft besteht; selbst dann kann die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft jedoch kein Rechtsmittel einlegen, wenn die Einstellungsverfügung der Genehmigungspflicht nach *Absatz 1* untersteht. Bund und Kantone können somit alternativ die Möglichkeit der Überprüfung der Einstellungsverfügung über eine Genehmigung oder über ein Rechtsmittel vorsehen.

#### *Art. 324* Wiederaufnahme

Nach *Absatz 1* können eingestellte Verfahren wieder aufgenommen werden, wenn neue Beweismittel oder Tatsachen vorliegen. In diesem Falle ergeht eine *Wiederaufnahme* (z.T. auch *Wiedereröffnung* genannt). Die neuen Beweismittel oder Tatsachen können die Frage, ob überhaupt eine Straftat vorlag, sowie die Verdachtsgründe betreffen, die für die Täterschaft der damals beschuldigten Person sprechen.

Bei der Frage, welche Tatsachen und Beweismittel als neu zu betrachten sind, stellt der Entwurf darauf ab, ob diese seinerzeit bekannt oder unbekannt waren, d.h. ob bereits entsprechende Hinweise in den Akten vorhanden waren oder nicht (*Abs. 1 Bst. b*). Beweismittel, die zwar im eingestellten Verfahren genannt oder sogar abgenommen, aber nicht bezüglich des ganzen Beweisthemas ausgeschöpft worden sind,

sind demnach nicht als neu zu betrachten<sup>377</sup>. Umgekehrt kann nicht verlangt werden, eine Tatsache oder ein Beweismittel nur dann als neu anzusehen, wenn sie oder es der Staatsanwaltschaft im ersten Verfahren auch bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt nicht hätten bekannt sein können. Diese Betrachtungsweise wäre zu streng, da angesichts der Masse der zu erledigenden Strafverfahren seitens der Untersuchungsbehörden naturgemäss eine Neigung zur Einstellung besteht und an die Sorgfaltspflicht keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.

Es ist denkbar, dass die Staatsanwaltschaft oder eine Partei (v.a. die Privatklägerschaft) im ersten Verfahren zwar Kenntnis von einem Beweismittel oder einer erheblichen Tatsache hatte, diese aber aus irgendwelchen Gründen bewusst nicht ins Verfahren eingebracht hat. Hier dürfte im Regelfall der Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das Verbot des Rechtsmissbrauchs einer Wiederaufnahme zum Nachteil der beschuldigten Person im Wege stehen.

## 2.6.4.2                    2. Abschnitt: Anklageerhebung (Art. 325–328)

### *Art. 325*                    Grundsätze

Wurde ein Vorverfahren durch Einstellung oder Strafbefehl abgeschlossen, so hat eine Anklageerhebung beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht zu erfolgen. Die *Anklage*, gelegentlich auch *Überweisungsverfügung* genannt, muss erfolgen, wenn sich auf Grund des Vorverfahrens hinreichende Verdachtsgründe ergeben, die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wahrscheinlich machen.

Die Frage, ob gegen die Anklageerhebung eine *Beschwerde* zulässig sein soll, wurde bereits in der Einleitung zu diesem Kapitel angesprochen. In einzelnen Rechtsordnungen ist die Anklageerhebung anfechtbar, während anderswo kein Rechtsmittel gegeben ist. Die Experten wollten gegen die Anklageerhebung eine Beschwerde zulassen<sup>378</sup>. Wenn in *Absatz 2* darauf verzichtet wird, so v.a. im Interesse der *Verfahrensbeschleunigung*. Der Verzicht ist gerechtfertigt, weil die Verfahrensleitung des angerufenen Gerichts nach Artikel 330 sofort nach Eingang der Anklage diese und die damit übermittelten Akten einer vorläufigen Prüfung unterziehen und feststellen muss, ob Anklage und Akten ordnungsgemäss erstellt sind. Im Übrigen ist es die ureigene Aufgabe des urteilenden Gerichts, darüber zu entscheiden, ob die Anklagevorwürfe zu Recht erhoben wurden.

### *Art. 326*                    Inhalt der Anklageschrift

Die Anklage erfolgt schriftlich in Form einer Anklageschrift. *Absatz 1 Buchstaben a–e* regeln gewisse Formalien, die Klarheit über die Parteien sowie die beteiligten Strafbehörden schaffen.

Die *Buchstaben f und g* normieren den Kern der Anklageschrift, die gegen die beschuldigte Person erhobenen Deliktivorwürfe. Bisher war dieser Inhalt der

<sup>377</sup> Steht beispielsweise im Unfallrapport der Polizei, X.Y. habe den Unfall beobachtet, und wird X.Y. nicht als Zeuge einvernommen, so kann eine Wiederaufnahme nicht damit begründet werden, es habe sich nachträglich herausgestellt, diese Person könne Wesentliches zum Unfallhergang aussagen.

<sup>378</sup> Aus 29 mach I, S. 138; ebenso eine Minderheit im Vernehmlassungsverfahren, Vernehmlassungsbericht, S. 67.

Anklageschriften oder Überweisungsverfügungen in Bund und Kantonen höchst unterschiedlich geregelt. Es gibt Verfahrensordnungen, die die Anklageschrift als einen relativ umfassenden Schlussbericht ausgestaltet haben, der nicht nur die vorgeworfenen Sachverhalte umschreibt, sondern auch die Untersuchungsergebnisse zusammenfasst und zudem begründet, weshalb ein Schuldspruch ergehen sollte und welche Sanktionen zu verhängen seien. Andere Strafprozessordnungen sehen hingegen eine konzise, auf das Wesentliche beschränkte Darstellung des Sachverhalts vor, ohne Hinweise auf das Vorverfahren, die Beweislage oder Begründungen des Schuld- oder Strafpunktes.

Der Entwurf folgt dem zweitgenannten Vorbild. Eine prägnante Darstellung der erhobenen Vorwürfe dient nicht nur den Parteien, sondern ermöglicht es auch dem Gericht, sofort und eindeutig zu erkennen, welche Straftaten Gegenstand des Vorwurfs bilden. Prägnanz in der Formulierung des Anklagesachverhalts ist auch deshalb zu fordern, weil nach dem Anklagegrundsatz (Art. 9) dem Gerichtsverfahren sowie dem abschliessenden Urteil nur jene Sachverhalte zu Grunde gelegt werden dürfen, die in der Anklage aufgeführt werden. Zu diesem Zweck gilt Folgendes:

- Die Anklage muss nach *Buchstabe f* «möglichst kurz, aber genau» die Tatvorwürfe umschreiben. Behauptungen oder Beschreibungen, die nicht zur Untermauerung des eingeklagten Tatbestandes erforderlich sind, sind wegzulassen. Zur notwendigen Umschreibung gehören möglichst präzise Angaben über Ort, Datum und Zeit. Wesentlich ist ausserdem die Darstellung des Tathergangs, die alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände umfassen muss. Werden besondere Formen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wie Versuch, Mittäterschaft oder Teilnahme angeklagt, ist darzustellen, durch welche Verhaltensweisen welche Beschuldigten diese erfüllt haben sollen.
- Nach *Buchstabe g* muss der Hinweis erfolgen, *welche Straftatbestände der Sachverhalt erfüllt*. Die Staatsanwaltschaft hat somit die ihres Erachtens mit dem dargestellten Sachverhalt erfüllten gesetzlichen Straftatbestände genau zu bezeichnen. Ist sie sich bezüglich der Qualifikation nicht sicher, kann sie Eventualanträge stellen und für den Fall der Verwerfung der Hauptanklage einen andern, üblicherweise weniger gravierenden Deliktsworwurf anklagen.

Mit der Beschränkung der Anklageschrift auf die in Absatz 1 genannten Punkte folgt die vereinheitlichte Strafprozessordnung dem oben angesprochenen Konzept einer auf das Wesentliche beschränkten Anklageschrift. Es ist nicht Aufgabe der Anklage, die (insbes. nach Bst. f und g) vorgebrachten Behauptungen in irgendeiner Weise zu belegen oder zu beweisen. Ob diese Behauptungen zutreffen, ist im Rahmen der Hauptverhandlung auf Grund der dort präsentierten Beweise, der Akten der Voruntersuchung und der Parteivorträge zu entscheiden (Art. 10, 341 ff.). In die Anklage gehören deshalb keine Hinweise auf Beweise oder Ausführungen, die die Anklagebehauptungen in sachverhaltmässiger Hinsicht oder bezüglich der Schuld- oder Rechtsfragen stützen. Als Ausnahme ist einzig Artikel 327 Absatz 2 zu vermerken, der es der Staatsanwaltschaft, welche nicht persönlich vor Gericht auftritt, ermöglicht, ihrer Anklage einen Schlussbericht beizulegen.

*Absatz 2* lässt, wie bereits in einzelnen Prozessgesetzen vorgesehen und von der Strafprozesslehre gefordert, *Alternativanklagen* zu, gelegentlich auch *Anklage auf Wahlfeststellung* genannt. Sie kann in verschiedenen Varianten auftreten. Typisch



Das erstinstanzliche Hauptverfahren beginnt mit dem Eingang der Anklage beim Gericht und endet mit der Urteileröffnung. Es ist zwischen den Begriffen «Hauptverfahren» und «Hauptverhandlung» zu unterscheiden, denn letztere stellt lediglich einen Abschnitt des gesamten Hauptverfahrens dar.

## 2.7.1

### **1. Kapitel: Rechtshängigkeit, Vorbereitung der Hauptverhandlung, allgemeine Bestimmungen zur Hauptverhandlung (Art. 329–335)**

#### *Art. 329*      Rechtshängigkeit

*Absatz 2* ist in einem negativen Sinne so zu verstehen, dass die Staatsanwaltschaft mit Rechtshängigkeit keine verfahrensleitenden Befugnisse mehr hat. Dagegen besagt die Bestimmung nicht, dass die Verfahrensleitung bei Kollegialgerichten nunmehr dem Gesamtgericht obliege; es gilt vielmehr Artikel 59 Buchstabe c, wonach bei Kollegialgerichten deren Präsidentin oder Präsident das Verfahren leitet.

#### *Art. 330*      Prüfung der Anklage; Sistierung und Einstellung des Verfahrens

Weil die Anklageerhebung allein der Staatsanwaltschaft obliegt (Art. 325 Abs. 1) und dagegen kein Rechtsmittel besteht (Art. 325 Abs. 2), ist es wesentlich, dass die Verfahrensleitung des Gerichts die Anklage nach deren Eingang prüft. Dabei ist einmal zu prüfen, ob die Anklageschrift die Anforderungen nach Artikel 326 erfüllt (*Abs. 1 Bst. a*). Unter dem Titel «Prozessvoraussetzungen» nach *Absatz 1 Buchstabe b* ist namentlich zu prüfen, ob das angeklagte Verhalten überhaupt strafbar ist und ob ein genügender, die Anklage rechtfertigender Tatverdacht vorliegt. Die Prüfung dieser Punkte erfolgt allerdings nur summarisch; der Entscheid, ob die vorgebrachten Beweise für einen Schuldspruch ausreichen, bleibt selbstverständlich dem urteilenden Gericht vorbehalten. Als «Verfahrenshindernisse» nach *Absatz 1 Buchstabe c* sind die negativen Prozessvoraussetzungen, auch Prozesshindernisse genannt, gemeint: etwa der Eintritt der Verjährung, der Tod der beschuldigten Person oder deren Verhandlungsunfähigkeit. Die Prüfung erfolgt nicht in einem formalisierten Verfahren, das mit einem Zulassungs- oder Nichtzulassungsentscheid zu enden hätte. Deshalb ist den Parteien zwar nicht ausdrücklich Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, es ist ihnen jedoch unbenommen, sich mittels Eingaben zu den von der Verfahrensleitung zu prüfenden Punkten zu äussern. Diese Regelung des Prüfungsverfahrens ist unproblematisch, weil das Unterlassen von Einwendungen, welche die in Absatz 1 zu prüfenden Punkte betreffen, keine Rechtsnachteile zur Folge hat. Das Fehlen oder Vorliegen von Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernissen kann durch Aufwerfen einer Vor- oder Zwischenfrage auch in den späteren Phasen des Hauptverfahrens zum Thema gemacht werden (vgl. Art. 339 Abs. 2–5).

Die Absätze 2–4 regeln das Vorgehen, wenn die Prüfung nach Absatz 1 ergibt, dass die Anklage mangelhaft ist, dass es an Prozessvoraussetzungen fehlt oder dass Verfahrenshindernisse bestehen. In jedem Fall hat das Gericht, also nicht die Verfahrensleitung, welche die Prüfung vorgenommen hat, über das weitere Vorgehen zu beschliessen. Bei Kollegialgerichten hat die Verfahrensleitung die andern Mitglieder des Gerichts über ihre Erkenntnisse zu orientieren und ihnen Antrag über das

weitere Vorgehen zu stellen. Das Gesetz verlangt nicht, dass dieser Entscheid in einer öffentlichen oder parteiöffentlichen Verhandlung ergeht; zulässig ist somit auch eine Beschlussfassung im Zirkularverfahren.

Nach *Absatz 2* ist das Verfahren zu sistieren, wenn ein Sachurteil zurzeit nicht ergehen kann. Dies ist einmal der Fall, wenn die Anklage korrigierbare Mängel aufweist oder wenn es bloss vorübergehend an Prozessvoraussetzungen fehlt oder Verfahrenshindernisse bestehen; eine Sistierung kommt jedoch auch in Frage, wenn im Hauptverfahren Gründe vorliegen, aus denen ein Vorverfahren gemäss Artikel 314 Absatz 1 zu sistieren wäre. Gründe für eine Sistierung können auf Grund der Prüfung gemäss Absatz 1 erkennbar werden oder zu einem späteren Zeitpunkt des Hauptverfahrens auftreten. Die Sistierung des Verfahrens ist ein verfahrensleitender Beschluss und somit den Parteien zu eröffnen (vgl. Art. 78 Abs. 3).

*Absatz 3*: Im geltenden kantonalen Recht ist zum Teil nicht geregelt, ob im Falle einer Sistierung mit einer Rückweisung der Anklage an die Staatsanwaltschaft das Verfahren beim angerufenen Gericht hängig bleibt. Davon hängt ab, wer in dieser Zwischenphase für Zwangsmassnahmen (bspw. für eine Haftentlassung) zuständig ist. Die Pflicht des Gerichts zur ausdrücklichen Festlegung soll Klarheit schaffen. Dabei wird ein Verbleib der Hängigkeit beim Gericht etwa dann sinnvoll sein, wenn die Staatsanwaltschaft nur eine mit wenig Aufwand verbundene Ergänzung oder Berichtigung der Anklage vorzunehmen hat. Ist dagegen absehbar, dass dies längere Zeit in Anspruch nehmen wird, kann es angezeigt sein, die Rechtshängigkeit an die Staatsanwaltschaft zu übertragen.

*Absatz 4*: Bestehen unüberwindbare Verfahrenshindernisse oder fehlen Prozessvoraussetzungen dauernd, so ist das Verfahren einzustellen. Anders als bei der Sistierung nach Absatz 2 haben die von der Einstellung betroffenen Personen Anspruch auf rechtliches Gehör. Dies betrifft die Parteien sowie andere durch die Einstellung beschwerte Personen, insbesondere jene, die durch die Einziehung von Vermögenswerten oder Gegenständen betroffen sind. Nach Absatz 4 ist auch vorzugehen, wenn die Gründe für eine Einstellung erst im Laufe der Hauptverhandlung auftreten.

*Absatz 5* erlaubt es aus Gründen der Prozessökonomie, die Einstellung erst zusammen mit dem Urteil in den andern Anklagepunkten zu verfügen. Die Prozessökonomie kann es in diesem Fall jedoch ebenfalls sinnvoll erscheinen lassen, dass das Gericht seine Absicht, das Verfahren in einzelnen Punkten einzustellen, möglichst rasch bekannt gibt, damit sich insbesondere Ausführungen in den Parteivorträgen zu diesen Punkten minimieren lassen.

#### *Art. 331–332*

Die Vorbereitung der Hauptverhandlung liegt im Wesentlichen in der Hand der Verfahrensleitung: Sie setzt den Termin fest, lässt die Akten zirkulieren und bestimmt, welche Personen an der Hauptverhandlung einvernommen und welche andern Beweise an der Hauptverhandlung abgenommen werden sollen. Damit die Parteien in Kenntnis dieser Absicht die Abnahme weiterer Beweise beantragen können, hat die Verfahrensleitung den Parteien eine entsprechende Mitteilung zu machen (*Art. 332 Abs. 1*) und Frist zur Stellung von Beweisanträgen anzusetzen (*Art. 332 Abs. 2*). Die Pflicht zur frühzeitigen Mitteilung der Zusammensetzung des Gerichts (*Art. 332 Abs. 1*) bezweckt, dass die Parteien allfällige Ausstandsgründe möglichst früh geltend machen müssen und sich dadurch eine Verschiebung der

Hauptverhandlung verhindern lässt. Ausstandsgesuche werden im Verfahren gemäss den Artikeln 54 ff. beurteilt.

Wenn die Verfahrensleitung über allfällige weitere Beweisanträge der Parteien nach *Artikel 332 Absatz 3* entschieden hat, setzt sie den Termin der Hauptverhandlung fest und lädt die Parteien und weitere Personen vor (*Art. 332 Abs. 4*). Bei der Vorladung der Parteien muss die Verfahrensleitung auch entscheiden, ob die Staatsanwaltschaft zur persönlichen Vertretung der Anklage vor Gericht verpflichtet werden soll (*Art. 338 Abs. 4*).

#### *Art. 333* Vorverhandlungen

Dem Beispiel einzelner kantonalen Strafprozessordnungen und der Meinung der Expertenkommission<sup>379</sup> folgend, wird die Möglichkeit vorgesehen, vor der Eröffnung der Hauptverhandlung eine Vorverhandlung durchzuführen. Diese Verhandlung ist nur parteiöffentlich und dient der Regelung organisatorischer Fragen (*Abs. 1*), etwa dem Ablauf der Hauptverhandlung, der Ermittlung des Zeitbedarfs, der Notwendigkeit des Beizugs von Übersetzerinnen und Übersetzern.

*Absatz 2* ermöglicht es der Verfahrensleitung – unter den Voraussetzungen der Artikel 316 und 317 – Vergleichsverhandlungen durchzuführen oder eine Mediatorin oder einen Mediator einzusetzen. Führen diese Massnahmen bei Antragsdelikten zu einem Rückzug des Strafantrags, hat das Gesamtgericht nach Artikel 330 Absatz 4 das Verfahren insoweit einzustellen.

*Absatz 3*: Die Möglichkeit von Beweisabnahmen vor der Eröffnung der Hauptverhandlung hat vor allem bei gefährdeten Beweisen Bedeutung, beispielsweise im Falle eines schwer kranken Zeugen oder wenn eine Auskunftsperson vor der Auswanderung nach Übersee steht. Von der Möglichkeit einer Delegation der Beweisabnahme an die Staatsanwaltschaft ist nur äusserst zurückhaltend Gebrauch zu machen, weil dieser im Hauptverfahren Parteistellung zukommt und eine Beweisabnahme durch eine Partei eine absolute Ausnahme bleiben muss.

#### *Art. 334* Änderung und Erweiterung der Anklage

*Absatz 1*: Die Darlegung des Sachverhaltes und die rechtliche Beurteilung in der Anklageschrift stehen in einer Wechselwirkung zueinander: Die Staatsanwaltschaft wird zu jenen Sachverhaltselementen Ausführungen machen, durch welche die Tatbestandselemente der verletzten Norm erfüllt werden. Weil die Abgrenzung verschiedener Tatbestände mitunter sehr schwierig ist, kann es vorkommen, dass eine Anklageschrift den Sachverhalt bloss bezogen auf einen Tatbestand darlegt, eine Darstellung jener Elemente jedoch fehlt, mit denen sich der an sich gleiche Sachverhalt unter einen andern Tatbestand subsumieren liesse. Beispiel<sup>380</sup>: Die beschuldigte Person ist wegen qualifizierter Veruntreuung angeklagt. Nach Auffassung des Gerichts liesse sich das Verhalten auch unter dem Aspekt des Betruges rechtlich würdigen. Es versteht sich, dass die Anklageschrift beispielsweise nicht umschreibt, durch welches Verhalten sich die beschuldigte Person arglistig verhalten haben soll. Damit fehlt ein Sachverhaltselement, welches für die rechtliche Beurteilung des Verhaltens als Betrug notwendig ist. Absatz 1 gestattet es in dieser Situa-

<sup>379</sup> Aus 29 mach 1, S. 140.

<sup>380</sup> Nach *Georges Greiner*, Akkusationsprinzip und Wirtschaftsstrafsachen, ZStrR 123 (2005) 120.

tion dem Gericht, die Staatsanwaltschaft zur Änderung der Anklageschrift einzuladen. Dabei ist der Staatsanwaltschaft eine Frist anzusetzen. Die Staatsanwaltschaft ist zur Änderung der Anklage allerdings nicht verpflichtet.

*Absatz 2* lässt ein Abweichen vom strengen Immutabilitätsgrundsatz (Art. 9 Abs. 1) zu und erlaubt eine Ergänzung der Anklage. Vorausgesetzt ist, dass neue Straftaten der beschuldigten Person während des Hauptverfahrens bekannt werden. Durch die Ergänzung der Anklage lässt sich ein neues Vor- und Gerichtsverfahren vermeiden, was insbesondere in Fällen von Serieldelinquenz prozessökonomisch ist. Das Gericht hat bei seiner Entscheidung, ob es eine Ergänzung der Anklage gestatten will, insbesondere *Absatz 3* zu berücksichtigen. Demnach ist eine Ergänzung der Anklage nicht möglich, wenn die neu entdeckten Straftaten der beschuldigten Person weitere, umfangreiche Beweismassnahmen erforderlich machen, oder bei so genannter objektiver Konnexität, wenn der Verdacht einer Mittäterschaft oder Teilnahme Dritter besteht. In diesen Fällen hat die Staatsanwaltschaft ein Vorverfahren einzuleiten.

#### *Art. 335* Überweisung

Im Regelfall dürfte eine Überweisung durch das angerufene Einzelgericht erfolgen, wenn dieses zur Auffassung gelangt, es komme eine seine Spruchkompetenz übersteigende Sanktion oder Massnahme in Betracht. Denkbar ist jedoch auch, dass ein Kollegialgericht mit beschränkter Spruchkompetenz die Sache an ein anderes Kollegialgericht überweist.

Keine Rückweisung erfolgt, wenn ein direkt angerufenes oder durch eine Überweisung nach dieser Bestimmung mit der Anklage befasstes Gericht eine Strafe oder Massnahme aussprechen will, die in die Zuständigkeit eines Gerichts mit geringerer Spruchkompetenz fällt.

## **2.7.2 2. Kapitel: Durchführung der Hauptverhandlung**

### **2.7.2.1 1. Abschnitt: Gericht und Verfahrensbeteiligte (Art. 336–338)**

#### *Art. 336* Zusammensetzung des Gerichts

Die Möglichkeit der Verfahrensleitung, nach *Absatz 3* zusätzliche Mitglieder für die Hauptverhandlung aufzubieten, entspricht einem Vorschlag der Expertenkommission<sup>381</sup> und dürfte vor allem bei komplexen, lange dauernden Hauptverhandlungen angewendet werden. Um nötigenfalls für ein anderes Mitglied des Gerichts einspringen zu können, muss das Ersatzmitglied des Gerichts nicht bloss an der Hauptverhandlung teilnehmen, vielmehr ist es auch in die Aktenzirkulation nach Artikel 331 Absatz 2 einzubeziehen.

#### *Art. 337* Beschuldigte Person und amtliche Verteidigung

Bei unentschuldigtem Fernbleiben der beschuldigten Person sind nach *Absatz 4* die Vorschriften über das Abwesenheitsverfahren anwendbar. Bevor ein Abwesenheits-

<sup>381</sup> Aus 29 mach 1, S. 140.

verfahren durchgeführt wird, kann die Verfahrensleitung die polizeiliche Vorführung der beschuldigten Person anordnen (Art. 205–207).

*Art. 338* Staatsanwaltschaft

Nach *Absatz 1* muss die Staatsanwaltschaft in jedem Fall entweder schriftliche Anträge stellen oder an der Hauptverhandlung teilnehmen. Allerdings wird diese Wahlmöglichkeit durch *Absatz 3* beschränkt, welcher die Fälle zwingender persönlicher Teilnahme festlegt. Diese Verpflichtung zur persönlichen Teilnahme geht recht weit. Dahinter steht die Überlegung, dass der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren eine relativ starke Stellung eingeräumt wird, welche mit grosser Verantwortung verbunden ist. Diese Verantwortung soll sie bis zuletzt durch persönliche Teilnahme an der Hauptverhandlung wahrnehmen.

**2.7.2.2 2. Abschnitt: Beginn der Hauptverhandlung**  
(Art. 339 und 340)

*Art. 339* Eröffnung, Vor- und Zwischenfragen

Wenn *Absatz 1* der Verfahrensleitung vorschreibt, die Anwesenheit der vorgeladenen Personen festzustellen, so betrifft dies natürlich ausschliesslich die auf den Beginn der Hauptverhandlung vorgeladenen Personen, nicht aber solche, die zu einem späteren Zeitpunkt zu erscheinen haben (etwa einzuvernehmende Zeuginnen oder Sachverständige).

*Absatz 2* nennt einige Themen, welche zu einer Vorfrage gemacht werden können. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Ob eine Frage als Vor- bzw. Zwischenfrage zu behandeln ist, bestimmt sich danach, ob das Gericht zum Entscheid darüber befugt ist (vgl. *Abs. 3*). So sind etwa Ausstandsbegehren gemäss Artikel 56 Absatz 1 zwar unverzüglich nach Kenntnis eines Ausstandsgrundes zu stellen, also möglicherweise unmittelbar im Anschluss an die Bekanntgabe der Gerichtszusammensetzung, sie sind aber nicht als Vorfrage zu behandeln, weil der Entscheid darüber der Beschwerdeinstanz obliegt (Art. 57 Abs. 1 Bst. b). *Buchstabe a* bezieht sich auf die in den Artikeln 326 und 327 aufgestellten Anforderungen an eine Anklageschrift. Unter dem Titel «Prozessvoraussetzungen» (*Bst. b*) kann namentlich die Zuständigkeit des Gerichts zum Gegenstand einer Vorfrage gemacht werden, während als Verfahrenshindernis (*Bst. c*) etwa die Verjährung thematisiert werden kann.

Der weitere Verlauf des Verfahrens nach der Behandlung einer Vor- oder Zwischenfrage hängt von der Beurteilung der aufgeworfenen Frage ab: Wird etwa das Fehlen von Prozessvoraussetzungen oder das Bestehen von Verfahrenshindernissen festgestellt, hat das Gericht nach Artikel 330 Absatz 2 oder 4 das Verfahren zu sistieren oder einzustellen.

*Art. 340* Fortgang der Verhandlung; Verlesen der Anklageschrift

*Absatz 1* nennt einige Folgen, welche nach der Behandlung allfälliger Vorfragen eintreten. Von Bedeutung ist insbesondere *Buchstabe b*, wonach ein Rückzug der Anklage und grundsätzlich deren Änderung untersagt ist. Das Verbot bezieht sich

ausschliesslich auf die Staatsanwaltschaft. Daraus ergibt sich auch, dass eine beschuldigte Person nach Anklageerhebung grundsätzlich nur noch freigesprochen oder schuldig erklärt werden kann. Vorbehalten bleiben jedoch die Konstellationen, welche zu einer Einstellung des Verfahrens führen. Dazu gehört etwa der Rückzug eines Strafantrags während der Hauptverhandlung, der, weil nicht von der Staatsanwaltschaft vorgenommen, möglich ist und zum Wegfall einer Prozessvoraussetzung führt, auf Grund dessen das Verfahren nach Artikel 330 Absatz 4 einzustellen ist.

*Absatz 2:* Es sind nur die in der Hauptverhandlung anwesenden Parteien zur Verzichtserklärung berechtigt. Wenn wegen Verzichts die Anklageschrift nicht zu verlesen ist, erscheint es mit Blick auf das Öffentlichkeitsprinzip geboten, dass die Verfahrensleitung die Anklageschrift zur Orientierung des im Gerichtssaal anwesenden Publikums kurz zusammenfasst.

### 2.7.2.3                    3. Abschnitt: Beweisverfahren (Art. 341–347)

Zu den zentralen Punkten einer Strafprozessordnung gehört die Frage, ob sich das urteilende Gericht seine Überzeugung auf Grund eigener Anschauung in der Hauptverhandlung zu bilden hat (Unmittelbarkeitsprinzip), oder ob es sich auf die im Vorverfahren erhobenen Beweise abstützen darf (Mittelbarkeitsprinzip).

Im übergeordneten Recht verlangen weder die BV, die EMRK noch der IPBPR ein unmittelbares Verfahren vor dem urteilenden Gericht. Zwar haben beschuldigte Personen etwa nach Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe d EMRK das Recht, «Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen», daraus folgt jedoch weder nach der Praxis des Bundesgerichts<sup>382</sup> noch nach jener des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>383</sup> die Pflicht zur Unmittelbarkeit im Hauptverfahren. Vielmehr ist es zulässig, Urteile auf Beweise zu stützen, die im Vorverfahren erhoben worden sind.

Im Bund und in gewissen Kantonen ist das Hauptverfahren unmittelbar ausgestaltet, andere kantonale Strafprozessordnungen gestatten den urteilenden Gerichten, auf die in der Hauptverhandlung und im Vorverfahren abgenommenen Beweise abzustellen. Je nach der Ausgestaltung in der Praxis lässt sich hier von einem Vorherrschen der Mittelbarkeit oder von einer beschränkten Unmittelbarkeit reden. Es fällt auf, dass sich die schweizerischen Strafprozessordnungen weg von der reinen Unmittelbarkeit hin zu differenzierten Regelungen im Sinne einer beschränkten Unmittelbarkeit entwickeln. Dabei stellt das urteilende Gericht grundsätzlich auf die in der Voruntersuchung erhobenen Beweise ab, kann aber selber nochmals jene Beweise erheben, welche für den Schuld- oder Strafpunkt erheblich sind oder bei denen es auf den persönlichen Eindruck des Gerichts ankommt.

Entsprechend den Empfehlungen der Expertenkommission<sup>384</sup> folgt die Vorlage dem Grundsatz der beschränkten Unmittelbarkeit, differenziert das Beweisverfahren in der Hauptverhandlung jedoch nach der Schwere des zu beurteilenden Falles: In der Regel beherrscht die Unmittelbarkeit das Hauptverfahren (Art. 344); beantragt die Staatsanwaltschaft weder eine unbedingte Freiheitsstrafe noch eine freiheitsentzie-

<sup>382</sup> BGE 113 Ia 422; 116 Ia 289

<sup>383</sup> Hinweise bei *Haefliger/Schürmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1999, S. 239 ff.

<sup>384</sup> Aus 29 mach 1, S. 143.

hende Massnahme, so kann das Gericht jedoch grundsätzlich auf die im Vorverfahren erhobenen Beweise abstellen (Art. 345).

#### *Art. 342* Einvernahmen

Die Durchführung der Einvernahmen liegt in den Händen der Verfahrensleitung. Dies gilt auch für Ergänzungsfragen der Parteien oder der andern Mitglieder des Gerichts (*Abs. 2*): Selbst wenn diese die Fragen direkt stellen dürfen, entscheidet die Verfahrensleitung endgültig über die Zulässigkeit einzelner Fragen und kann etwa Suggestivfragen, rhetorische Fragen oder solche ohne Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Sachverhalt untersagen. Allerdings darf eine Frage nicht ausschliesslich deshalb unterbunden werden, weil sie nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit bereits behandelten Fragethemen steht. Der Begriff der «Ergänzungsfragen» ist nämlich weit zu verstehen, also mehr im Sinne von «weiteren Fragen» als von «Anschlussfragen». Das Recht der Parteien, Ergänzungsfragen nach Absatz 2 zu stellen, besteht selbstverständlich auch im Verfahren vor einem Einzelgericht. Seitens des Gerichts steht das Fragerecht nur den regulären Mitgliedern zu, dagegen nicht einem nach Artikel 336 Absatz 3 vorsorglich teilnehmenden Ersatzmitglied.

Die Bestimmung von *Absatz 3*, wonach die beschuldigte Person zu Beginn des Beweisverfahrens eingehend zu ihrer Person einvernommen wird, steht unter dem Vorbehalt einer Aufteilung der Hauptverhandlung nach Artikel 343. Wird eine solche Zweiteilung angeordnet, sind die persönlichen Verhältnisse der beschuldigten Person, welche unter anderem durch eine einlässliche Einvernahme zur Person abgeklärt werden, nur im Falle eines Schuldspruchs Gegenstand der Hauptverhandlung (Art. 343 Abs. 3).

#### *Art. 343* Zweiteilung der Hauptverhandlung

Die Möglichkeit einer Zweiteilung der Hauptverhandlung fand in jüngerer Zeit vermehrt Eingang in die kantonalen Strafprozessordnungen. Die Zweiteilung dient zum einen dem Persönlichkeitsschutz der beschuldigten Person, indem die für die Bestimmung der Strafe oder Massnahme notwendigen, die Persönlichkeit berührenden Abklärungen nur im Falle eines Schuldspruchs öffentlich erörtert werden. Sodann erspart eine Zweiteilung der Verteidigung, in einer Eventualposition Anträge zur Strafzumessung zu stellen, nachdem sie in einem Hauptantrag auf Freispruch plädiert hat (sog. Verteidigerdilemma). Drittens schliesslich hat die Zweiteilung verfahrensökonomische Vorteile, indem nicht über die Folgen eines Schuldspruchs verhandelt werden muss, der noch gar nicht feststeht.

*Absatz 1*: Wird eine Zweiteilung beantragt, so wird darüber im Rahmen einer Vorfrage entschieden (vgl. Art. 339 Abs. 2 Bst. f). Kein Antragsrecht steht der Privatklägerschaft zu. Sodann besteht für das Gericht keine Pflicht zur Aufteilung, vielmehr hat es bei seiner Entscheidung namentlich die oben umschriebenen Vorteile den möglichen Nachteilen (etwa einer Verzögerung des Verfahrens) gegenüberzustellen. Das Gericht kann die Hauptverhandlung auf zwei Arten aufteilen. Nach *Buchstabe a* durch ein so genanntes Schuldinterlokut: Dabei werden im ersten Teil die Fragen behandelt, ob ein strafbares Verhalten vorliegt und ob die Täterschaft der beschuldigten Person als erwiesen zu betrachten ist (sog. Tatfrage) sowie ob die Schuldfähigkeit (sog. Schuldfrage) gegeben ist. Im zweiten Teil werden die Folgen eines Schuld- oder Freispruchs behandelt. *Buchstabe b* lässt das so genannte Tatinterlokut zu, bei welchem im ersten Teil ausschliesslich die Tatfrage behandelt wird,

während Gegenstand des zweiten Teils sowohl die Schuldfähigkeit als auch die Folgen eines Schuld- oder Freispruchs sind.

Gemäss *Absatz 4* schliesst der erste Teil des Verfahrens mit den auf die Tat- und Schulfrage oder die Tatfrage allein beschränkten Parteivorträgen und einer geheimen Beratung mit anschliessender Eröffnung des Entscheides. Daraufhin wird die Hauptverhandlung wieder aufgenommen und zum zweiten Verfahrensteil weitergeführt.

#### *Art. 344*      Ordentliche Beweisabnahme

Diese Bestimmung kommt in jenen Fällen zur Anwendung, in denen die Staatsanwaltschaft eine unbedingte Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme beantragt; beantragt die Staatsanwaltschaft dagegen weder eine unbedingte Freiheitsstrafe noch eine freiheitsentziehende Massnahme, gelten die Vorschriften der «vereinfachten Beweisabnahme» gemäss Artikel 345. *Absatz 2* regelt, unter welchen Voraussetzungen auf eine Wiederholung einer Beweisabnahme verzichtet werden kann. Mit einem bereits früher eingesetzten Beweismittel soll über an sich bereits bekannte Tatsachen noch einmal Beweis geführt werden. Dies kann sich etwa dann als notwendig erweisen, wenn zur Beweiswürdigung der unmittelbare Eindruck erforderlich ist. Die Voraussetzungen der Buchstaben a–c, unter denen von einer Wiederholung abgesehen werden darf, müssen kumulativ erfüllt sein.

*Absatz 3* regelt die Abnahme neuer Beweise, also den Einsatz neuer Beweismittel (etwa die Einvernahme eines neuen Zeugen), sowie die Beweisergänzung, den erneuten Einsatz eines bereits eingesetzten Beweismittels zur Feststellung neuer Tatsachen. Für den Verzicht auf die Abnahme neuer Beweise und die Beweisergänzung gelten die gleichen Voraussetzungen, unter denen nach Artikel 137 Absatz 2 nicht Beweis geführt wird.

Anzumerken ist, dass die beschuldigte Person gestützt auf Artikel 342 Absatz 3 in jedem Fall in der Hauptverhandlung einvernommen wird, also unabhängig davon, ob die nochmalige Einvernahme der beschuldigten Person oder deren Einvernahme zur Beweisergänzung beantragt worden ist.

Ergibt sich während der Hauptverhandlung, dass eine vorgesehene Beweiserhebung nicht mehr erforderlich ist (etwa weil ein bis anhin bestehender Widerspruch, dessen Klärung eine weitere Beweiserhebung notwendig gemacht hätte, zweifelsfrei hat beseitigt werden können), so kann darauf mit dem Einverständnis der anwesenden Parteien verzichtet werden (*Abs. 4*).

#### *Art. 345*      Vereinfachte Beweisabnahme

Während Artikel 344 vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung ausgeht und in Absatz 2 Einschränkungen statuiert, gilt in Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft weder eine unbedingte Freiheitsstrafe noch eine freiheitsentziehende Massnahme beantragt, der Grundsatz der Mittelbarkeit der Hauptverhandlung. Allerdings gilt auch hier, dass die beschuldigte Person in jedem Fall – gestützt auf Artikel 342 Absatz 3 – in der Hauptverhandlung einzuvernehmen ist.

Anders als bei Artikel 344 ist hier ein Recht der Parteien, die Beweisabnahme zu beantragen, nicht ausdrücklich erwähnt. Die Parteien können aber auch in Fällen von *Artikel 345* den Antrag auf Wiederholung bestimmter Beweisabnahmen stellen. Zur Begründung haben sie darzulegen, dass die Voraussetzungen nach *Absatz 1 Buch-*

*staben a oder b* für ein Abstellen auf die im Vorverfahren erhobenen Beweise nicht gegeben sind.

*Absatz 2* nennt die Voraussetzungen, unter denen das Gericht in der Hauptverhandlung die Abnahme von Beweisen vornehmen kann, welche im Vorverfahren noch nicht erhoben worden sind.

#### *Art. 346* Abweichende rechtliche Würdigung

Genau besehen ist auf die bloße *Möglichkeit* einer andern rechtlichen Würdigung durch das Gericht hinzuweisen. Die entsprechende Mitteilung hat spätestens vor den Parteivorträgen, nach Möglichkeit aber schon früher zu erfolgen. Der Hinweis ist unabhängig davon zu machen, ob die andere rechtliche Würdigung eine schärfere Bestrafung zur Folge haben könnte<sup>385</sup> oder ob sie Einfluss auf die übrigen Teile des Urteils hat.

#### *Art. 347* Abschluss des Beweisverfahrens

Nach Abschluss des Beweisverfahrens ist die Aufnahme von Beweisen nur noch nach Artikel 351 («Ergänzung von Beweisen») möglich. Deshalb hat die Verfahrensleitung den Parteien unmittelbar vor Abschluss des Beweisverfahrens Gelegenheit zu geben, weitere Beweismassnahmen zu beantragen. Die gleiche Möglichkeit ist bei Kollegialgerichten auch den andern Mitgliedern des Gerichts einzuräumen. Bei der Beurteilung der Anträge wendet das Gericht die Regeln über die ordentliche oder die vereinfachte Beweisabnahme (Art. 344 oder 345) an. Erst wenn keine Beweisanträge vorgebracht oder gestellte Anträge abgelehnt werden, kann das Beweisverfahren für abgeschlossen erklärt werden.

### **2.7.2.4** **4. Abschnitt:** **Parteivorträge und Abschluss** **der Parteiverhandlungen (Art. 348 und 349)**

#### *Art. 348* Parteivorträge

Nach Abschluss des Beweisverfahrens folgen die Parteivorträge («Plädoyers»), in welchen die Parteien sowie durch eine Einziehung betroffene Dritte ihre Anträge stellen und begründen können. Dabei können sich die in *Absatz 1* genannten Personen nur insoweit äussern, als sie auch zur Stellung von Anträgen berechtigt sind. Dies hat zur Folge, dass sich die Privatklägerschaft nicht zur Strafzumessung zu äussern hat und dass Dritte nach Buchstaben c nur insoweit Ausführungen zu machen berechtigt sind, als sich diese auf die Frage der Einziehung beziehen.

Insoweit Gegenstand des Entscheides oder Urteils nur der angeklagte (allenfalls im Laufe der Hauptverhandlung erweiterte) Sachverhalt sein kann, ist die Staatsanwaltschaft an den angeklagten Sachverhalt gebunden. Es ist ihr jedoch unbenommen, in einzelnen oder in allen Anklagepunkten Freisprüche zu beantragen, obschon sie deswegen Anklage erhoben hat. Ein solches Vorgehen ist namentlich dann angezeigt, wenn auf Grund des Beweisverfahrens im Hauptverfahren kein für einen

<sup>385</sup> BGE 126 I 23

Schuldspruch genügender Tatverdacht nachgewiesen werden kann. Konsequenterweise ist die Staatsanwaltschaft auch nicht an ihre in der Anklageschrift gestellten Anträge zu den Sanktionen gebunden. Schliesslich kann sie den Sachverhalt, wie er sich nach Abschluss des Beweisverfahrens in ihren Augen darstellt, auch in rechtlicher Hinsicht anders würdigen als in der Anklageschrift. Allerdings setzt eine andere rechtliche Würdigung voraus, dass das Gericht diese nach Artikel 346 vorbehalten hat.

## 2.7.2.5 5. Abschnitt: Urteil (Art. 350–353)

### *Art. 350* Urteilsberatung

*Absatz 1* bestimmt im Einklang mit den meisten kantonalen Strafprozessordnungen, aber anders als in der Regel im Zivilprozess, dass die Beratungen des Gerichts geheim, also unter Ausschluss der Parteien und der Öffentlichkeit, stattfinden. Weil die von einem Strafgericht ausgesprochenen Folgen wesentlich stärker in die Grundrechte der betroffenen Personen eingreifen können als die von einem Zivilgericht festgelegten, ist im Strafverfahren die Gefahr von Repressalien gegenüber Mitgliedern des Gerichts höher einzuschätzen als in einem Zivilprozess. Müssten Strafgerichte öffentlich beraten, so könnte dies zur Folge haben, dass sich kaum mehr Laien für das Amt eines Gerichtsmitglieds zur Verfügung stellen würden.

*Absatz 2* übernimmt einen Vorschlag der Expertenkommission<sup>386</sup>. Gleich wie die Gerichtschreiberin oder der Gerichtsschreiber nehmen die nach Artikel 336 Absatz 3 bestellten Ersatzmitglieder des Gerichts zwar an der Urteilsberatung teil, haben aber – anders als die Gerichtschreiberin oder der Gerichtsschreiber – keine beratende Stimme.

### *Art. 351* Ergänzung von Beweisen

Die hier vorgesehene Möglichkeit einer Ergänzung der Beweisaufnahme im Stadium der Urteilsberatung entspricht einem Vorschlag der Expertenkommission<sup>387</sup> und ist in einzelnen kantonalen Strafprozessordnungen bekannt. Die Beweisergänzung wird durch einen Beschluss des Gerichts angeordnet. Sie ist in einem neuen Beweisverfahren durchzuführen, weshalb die Parteiverhandlungen wieder zu eröffnen sind. Es findet allerdings keine umfassende neue Parteiverhandlung statt, vielmehr ist diese beschränkt auf die Beweisergänzung. Im Anschluss an die Beweisaufnahme können die Parteien zu den Beweisergänzungen im Rahmen von neuen Parteivorträgen Stellung nehmen.

### *Art. 352* Bindung an die Anklage; Grundlage des Urteils

Gegenstand des Urteils bildet der Sachverhalt, wie er sich aus der dem Gericht eingereichten Anklageschrift und allfälligen während des Hauptverfahrens nach Artikel 334 vorgenommenen Änderungen und Erweiterungen ergibt. Dagegen besteht keine Bindung des Gerichts hinsichtlich der rechtlichen Würdigung. Will das

<sup>386</sup> Aus 29 mach 1, S. 145.

<sup>387</sup> Aus 29 mach 1, S. 145.

Gericht den Sachverhalt indessen rechtlich anders würdigen als die Anklage, so hat es dies nach Artikel 346 anzukündigen.

#### *Art. 353* Urteilsfällung und Urteilseröffnung

*Absatz 1:* Der Begriff des «Urteils» ist hier in einem weiten Sinne zu verstehen; er umfasst nicht nur das Sachurteil, also die materiellen Straf- und Zivilfragen (so die Umschreibung des «Urteils» in Art. 78 Abs. 1), sondern auch ein Prozessurteil, mit welchem das Verfahren eingestellt wird (vgl. Art. 330 Abs. 4).

Ist der Fall entscheidungsreif, so ergeht ein Sachurteil, das auf Schuld- oder Freispruch lautet. Im Falle eines Schuldspruchs ist über die Sanktionen zu befinden. Sowohl bei einem Schuld- wie auch im Falle eines Freispruchs hat das Gericht auch die weiteren Folgen des Urteils festzulegen, also etwa die Entscheide über Kosten- und Entschädigungsfolgen und die Zivilklage.

Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung für ein Sachurteil oder ist ein Verfahrenshindernis eingetreten (beispielsweise der Rückzug des Strafantrags oder der Eintritt der Verjährung), so stellt das Gericht das Verfahren nach Artikel 330 Absätze 4 und 5 ein.

Es obliegt der Verfahrensleitung, die Reihenfolge der zu beratenden Punkte und der Stimmabgabe festzulegen. Die Pflicht zur Stimmabgabe verbunden mit dem Fehlen einer Bestimmung, was bei Stimmgleichheit zu geschehen habe (*Abs. 2*), impliziert, dass Kollegialgerichte eine ungerade Anzahl Mitglieder aufweisen müssen.

### **2.7.3** **3. Kapitel: Widerrufsverhandlung (Art. 354)**

Eine Widerrufsverhandlung ist nur durchzuführen, wenn die beschuldigte Person in der vorangehenden Hauptverhandlung schuldig gesprochen worden ist. Es ist in der Folge zu prüfen, ob eine früher unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs ausgesprochene Strafe zu widerrufen sei. Die Widerrufsverhandlung wird unmittelbar im Anschluss an die Urteilseröffnung durchgeführt. Die Parteien haben Gelegenheit, ihre Anträge zur Frage des Widerrufs zu stellen und zu begründen. Danach berät das Gericht in geheimer Sitzung und fällt den Widerrufsentscheid, welcher anschliessend eröffnet und begründet wird.

*Absatz 2:* Die Durchführung einer Widerrufsverhandlung hängt davon ab, ob die Hauptverhandlung mit einem Schuldspruch endet. Diese Bedingtheit der Widerrufsverhandlung kann in der Vorladung kenntlich gemacht werden, indem «zur eventuellen Widerrufsverhandlung» vorgeladen wird.

### **2.8** **8. Titel: Besondere Verfahren**

Es entspricht der Tradition des schweizerischen Strafverfahrensrechts, neben dem üblichen Ablauf des Verfahrens, der über das Vorverfahren der Staatsanwaltschaft zum erstinstanzlichen Hauptverfahren führt, noch besondere Prozessarten vorzusehen. Diese berücksichtigen entweder Besonderheiten hinsichtlich der Straftäterin oder des Straftäters (z.B. das Alter oder die Abwesenheit der beschuldigten Person), der Straftaten (etwa der Bagatell- oder Übertretungscharakter beim Strafbefehlsver-

fahren) oder der Sanktionen (beim selbständigen Massnahmenverfahren). Diese besonderen Verfahrensarten gehören zweifellos auch zur Regelungsmaterie einer vereinheitlichten schweizerischen Strafprozessordnung<sup>388</sup>. Allerdings ist diskutabel, welche dieser besonderen Verfahrensarten in diesem Gesetz Aufnahme finden sollen. Nach den klaren Ergebnissen im Vernehmlassungsverfahren soll das Jugendstrafverfahren in einem separaten Gesetz geregelt werden, analog der Trennung im materiellen Recht<sup>389</sup>. Auf das Privatstrafklageverfahren, das heute vereinzelt in kantonalen Prozessordnungen anzutreffen ist, soll ganz verzichtet werden<sup>390</sup>. Hingegen findet sich in diesem Gesetz mit dem abgekürzten Verfahren eine Verfahrensart, welche erst in drei Kantonen geregelt ist. Damit sieht dieses Gesetz drei Möglichkeiten der Abkürzung eines gewöhnlichen Strafverfahrens vor: das Strafbefehls- und das Übertretungsstrafverfahren sowie das abgekürzte Verfahren.

Die in diesem Gesetz enthaltenen besonderen Verfahrensarten sind als *Ausnahmen nur in den gesetzlich dafür vorgesehenen Fällen anwendbar*. Soweit in diesem 8. Titel keine besonderen Regeln vorgesehen sind, bleiben die allgemeinen Vorschriften auf diese besonderen Verfahren anwendbar.

## 2.8.1 1. Kapitel: Strafbefehlsverfahren (Art. 355–360)

Im Strafbefehlsverfahren (auch *Strafmandat*, *Strafverfügung* oder *Strafbescheid* genannt) wird der Straffall zumeist nicht durch eine Richterin oder einen Richter, sondern durch die Untersuchungs- und Anklagebehörde selbst durch ein Erkenntnis abgeschlossen, das die Parteien annehmen oder mit einer Einsprache zur gerichtlichen Beurteilung bringen können. Die Kantone haben von dieser Möglichkeit in jüngerer Vergangenheit in zunehmendem Mass Gebrauch gemacht. Zweifellos gehört diese Verfahrensart vor allem mit Blick auf die dadurch erzielte Verfahrensbeschleunigung in Fällen leichter Kriminalität in die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung<sup>391</sup>.

### Art. 355 Voraussetzungen

Hier ist zunächst die Frage zu entscheiden, ob die beschuldigte Person den Sachverhalt, der ihr zur Last gelegt wird, in einer Einvernahme zugegeben haben muss. Ein solches (allenfalls auch die rechtliche Qualifikation umfassendes) Geständnis verlangen nur relativ wenige Kantone; die Mehrzahl lässt es genügen, dass sich die Schuld klar aus den Akten ergibt, wobei teilweise alternativ an das Geständnis der beschuldigten Person angeknüpft wird. *Absatz 1* folgt im Wesentlichen diesem letztgenannten Modell: Die Staatsanwaltschaft kann einen Strafbefehl auch dann erlassen, wenn sich aus den bisherigen Verfahrensakten klar ergibt, dass die beschuldigte Person die fragliche Straftat begangen hat, auch wenn kein Geständnis vorliegt. Zu denken ist etwa an Fälle von Fahren in angetrunkenem Zustand, bei denen im Zeitpunkt der polizeilichen Befragung das Resultat der Blutalkoholanalyse noch nicht vorliegt, dieses Resultat und die übrigen Akten aber die Tatschuld ohne

<sup>388</sup> So auch die Experten in Aus 29 mach 1, S. 150.

<sup>389</sup> Oben Ziff. 1.6.1.

<sup>390</sup> Oben Ziff. 1.5.4.1.

<sup>391</sup> So auch Aus 29 mach 1, S. 153.

Zweifel begründen. Hier kann ein Strafbefehl ohne zusätzliche Einvernahme ergehen, unter dem Vorbehalt von Artikel 356.

Eine andere Frage ist, bis zu welcher *Strafhöhe* ein Strafbefehl zulässig sein soll. In der jüngeren Strafprozessrechtsentwicklung ist die Tendenz erkennbar, die maximal mögliche Sanktion sukzessive heraufzusetzen. Waren früher nur sehr kurze Freiheitsstrafen zulässig, kann heute in einigen Kantonen eine Gefängnisstrafe von bis zu 6 Monaten ausgesprochen werden. Dem Vorschlag der Experten und der Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer folgend<sup>392</sup>, trägt der Entwurf dieser Entwicklung Rechnung, indem er ein Maximum von sechs Monaten Freiheitsstrafe (*Bst. d*) bzw. eine dieser Strafhöhe entsprechende Geldstrafe von 180 Tagessätzen (*Bst. b*) oder gemeinnützige Arbeit von 720 Stunden (*Bst. c*) vorsieht<sup>393</sup>. Bei der Berechnung der maximalen Strafhöhe ist in den Fällen der Buchstaben b–d eine allfällig zu widerrufende bedingte Sanktion oder bedingte Entlassung mitzuzählen<sup>394</sup>. Damit wird ein Mittelweg vorgeschlagen zwischen der Lösung, die bei zu widerrufenden Sanktionen den Erlass eines Strafbefehls ausschliesst, und derjenigen, die für diese Fälle eine Gesamtstrafe zulässt, die über die für den Strafbefehl vorgesehene maximale Strafhöhe hinausgeht. Die mittlere Lösung erlaubt es, in einfachen Fällen ein Strafbefehlsverfahren durchzuführen, auch wenn ein Widerruf zur Diskussion steht.

#### *Art. 356* Einvernahme

Der Natur des Verfahrens entsprechend sind Beweisabnahmen vor Erlass des Strafbefehls an sich nicht erforderlich. Hat die Staatsanwaltschaft trotz des Geständnisses Zweifel an der Täterschaft oder der Schuld, kann ein Strafbefehl allerdings nur ergehen, wenn sie diese Zweifel durch weitere Beweisabnahmen ausräumen kann. Konkret bedeutet dies, dass sie z.B. die beschuldigte Person einvernimmt, wenn das vor der Polizei abgelegte Geständnis als widersprüchlich erscheint und keine anderen, die Tatschuld belegende Beweise vorhanden sind. Eine Einvernahme ist sodann zwingend, wenn mit dem Strafbefehl eine zu verbüssende Freiheitsstrafe oder eine zu leistende gemeinnützige Arbeit ausgesprochen werden soll. Diese Einvernahme ist nicht öffentlich.

#### *Art. 357* Inhalt und Eröffnung des Strafbefehls

Der Inhalt des Strafbefehls (*Abs. 1*) entspricht im Wesentlichen jenem eines Urteils (*Art. 79*). Im Unterschied zum Urteil beschränkt sich die Begründung (*Bst. e und f*) auf die zu verhängenden Sanktionen und allfällige Widerrufe. Diese Begründungen können sehr kurz sein.

Zivilklagen werden im Strafbefehlsverfahren nur insoweit berücksichtigt, als eine Anerkennung der Forderung im Strafbefehl vorgemerkt wird. In der Sache handelt es sich bei dieser Vormerkung um eine Feststellung der Staatsanwaltschaft. Wird gegen den Strafbefehl keine Einsprache erhoben, erwächst diese Feststellung in Rechtskraft. Sofern die Zivilansprüche nicht nur dem Grundsatz nach, sondern auch hinsichtlich ihrer Höhe anerkannt worden sind, bildet der Strafbefehl einen definiti-

<sup>392</sup> Aus 29 mach 1, S. 153; Vernehmlassungsbericht, S. 79.

<sup>393</sup> Umrechnung nach Art. 36 Abs. 1 und Art. 39 Abs. 2 nStGB (180 Tagessätze Geldstrafe = 720 Stunden gemeinnützige Arbeit = 6 Monate Freiheitsstrafe).

<sup>394</sup> Wird mit dem Strafbefehl eine Busse verhängt (*Bst. a*), stellt sich das Problem der Kumulation des Sanktionen bei Widerruf nicht, da Übertretungen nicht den Widerruf bedingt ausgesprochener Sanktionen bewirken können (*Art. 46 nStGB*).

ven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Artikel 80 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889<sup>395</sup> über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG). Bestreitet die beschuldigte Person die Forderung, wird diese auf den Zivilweg gewiesen (*Abs. 2*). Dies gilt auch für Opferansprüche, die schon bisher im Strafbefehlsverfahren nicht notwendigerweise zu behandeln waren (Art. 9 Abs. 4 OHG).

Ausstellung und Zustellung des Strafbefehls richten sich abgesehen von der summarischen Regelung in *Absatz 3* nach den allgemeinen Regeln der Artikel 82–86.

#### *Art. 358* Einsprache

Der Strafbefehl stellt im Grunde einen Vorschlag zur aussergerichtlichen Erledigung des Straffalles dar. Einzig möglicher Rechtsbehelf ist die Einsprache. Sie ist kein Rechtsmittel, sondern löst das gerichtliche Verfahren aus, in dem über die Berechtigung der im Strafbefehl enthaltenen Deliktswürfe entschieden wird.

Zur Einsprache sind nach *Absatz 1* die privaten Parteien, gegebenenfalls die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft sowie Drittpersonen legitimiert, letztere, soweit sie durch den Strafbefehl in ihren Interessen tangiert sind (z. B. Personen, bei denen Gegenstände und Vermögenswerte beschlagnahmt und mit dem Strafbefehl eingezogen werden sollen).

Einsprachen sind schriftlich zu erklären und zu begründen. Von der Begründungspflicht ausgenommen ist nur die beschuldigte Person (*Abs. 2*); vor allem wenn diese nicht anwaltlich vertreten ist, soll ihr die Einsprachemöglichkeit nicht erschwert werden.

Wird von keiner Seite gültig Einsprache erhoben, wird der Strafbefehl, der heutigen Rechtslage entsprechend, ohne weiteres zum rechtskräftigen und vollstreckbaren Urteil (*Abs. 3*).

#### *Art. 359* Verfahren bei Einsprache

Wird Einsprache erhoben, liegt der Fall zunächst wieder bei der Staatsanwaltschaft. Diese führt nun ein eigentliches Vorverfahren durch, in dessen Rahmen die nötigen Beweise zu erheben sind (*Abs. 1*). Nach Abnahme dieser Beweise (bzw. wenn keine weiteren Beweise zu erheben sind) stehen der Staatsanwaltschaft die in *Absatz 3* aufgezählten Möglichkeiten offen. Sie muss sich also entscheiden, ob sie am ursprünglichen Strafbefehl festhalten oder aber den Fall durch Anklage, Einstellung oder Erlass eines neuen Strafbefehls erledigen will. Daraus folgt, dass sie hinsichtlich verfolgter Straftatbestände wie auch der auszusprechenden Sanktionen nicht an ihren ursprünglichen Strafbefehl gebunden ist.

#### *Art. 360* Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht

Hält die Staatsanwaltschaft nach dem Beweisverfahren am Strafbefehl fest (Art. 359 Abs. 3 Bst. a) und wird die Einsprache nicht zurückgezogen, so wird der Fall dem erstinstanzlichen Gericht überwiesen. Der Strafbefehl übernimmt in diesem Fall die Funktion der Anklageschrift (*Abs. 1*).

Nach *Absatz 2* muss das Gericht zunächst prüfen, ob der Strafbefehl und die Einsprache gültig sind. Wurde z.B. ein Strafbefehl mit Sanktionen erlassen, die den

<sup>395</sup> SR 281.1

Rahmen von Artikel 355 sprengen, fehlt die Basis für ein gerichtliches Verfahren und damit für ein Urteil. Der Fall wird an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen, die eine neue Voruntersuchung durchzuführen hat (*Abs. 5*).

Ist die Einsprache z.B. wegen Verspätung ungültig oder bleiben die privaten Einsprecher<sup>396</sup> der Hauptverhandlung unentschuldigt fern, wird auf die Einsprache nicht eingetreten (*Abs. 4*). Es findet also kein Abwesenheitsverfahren statt, sondern es bleibt beim Strafbefehl. Im Unterschied zu Artikel 359 Absatz 2 kann sich die betreffende Partei (auch die beschuldigte Person, falls die Verfahrensleitung nicht die Anwesenheit verlangt) vertreten lassen.

Das Einspracheverfahren ist grundsätzlich schriftlich, wenn sich die Einsprache auf Nebenpunkte wie Kosten, Entschädigungen, Einziehungen usw. beschränkt. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Einsprache erhebende Person ausdrücklich ein mündliches Verfahren verlangt. Auf diese Weise ist in Fällen, in denen Artikel 6 Absatz 1 EMRK anwendbar ist, ein EMRK-konformes Verfahren sichergestellt. Da in diesem beschränkten Einspracheverfahren nicht über den Schuldpunkt zu befinden ist, ergeht der Entscheid in Form eines Beschlusses oder einer Verfügung. Dementsprechend ist dagegen nicht die Berufung, sondern allein die Beschwerde zulässig (Art. 401 Abs. 1 Bst. b).

## **2.8.2                    2. Kapitel: Übertretungsstrafverfahren** (Art. 361–364)

Als eine Frage der Gerichtsorganisation ist den Kantonen der Entscheid darüber zu belassen, ob sie die Verfolgung von Übertretungen der Staatsanwaltschaft oder aber, wie schon bisher in Artikel 345 Ziffer 1 Absatz 2 StGB vorgesehen, einer Verwaltungsbehörde («Übertretungsstrafbehörde», vgl. Art. 17) übertragen wollen<sup>397</sup>. Dieselbe Möglichkeit steht auch dem Bund zu, doch ist sie praktisch von weit geringerer Bedeutung<sup>398</sup>. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, kommen die besonderen Bestimmungen dieses Kapitels zur Anwendung; andernfalls, das heisst bei einer Verfolgung auch der Übertretungen durch die Staatsanwaltschaften, gelten die gewöhnlichen Bestimmungen dieses Gesetzes.

### *Art. 361*                    Allgemeine Bestimmungen

Hier wird klargestellt, dass Verwaltungsbehörden, wenn sie als Übertretungsstrafbehörden tätig sind, die Befugnisse der Staatsanwaltschaft haben (*Abs. 1*), und dass sich das Verfahren vor diesen Behörden grundsätzlich nach den Vorschriften über das Strafbefehlsverfahren richtet (*Abs. 2*).

Abweichungen ergeben sich aus den folgenden Artikeln dieses Kapitels sowie aus anderen Bestimmungen dieses Gesetzes, soweit sie für Verfahren wegen Übertretungen Besonderheiten vorsehen (z.B. Art. 125 Abs. 5 betreffend Verteidigung; Art. 216 Abs. 3 betreffend vorläufige Festnahme; Art. 389 Abs. 3, Art. 403 Bst. a, Art. 406 Abs. 4, Art. 413 Abs. 1 Bst. c betreffend Rechtsmittelverfahren).

<sup>396</sup> Behörden als Einsprecher (z.B. die Oberstaatsanwaltschaft nach Art. 358 Abs. 1 Bst. d) haben nicht vor Gericht zu erscheinen; sie stellen ihre Anträge schriftlich.

<sup>397</sup> Auch wenn nicht mehr ausdrücklich erwähnt, besteht diese Möglichkeit auch nach neuem Recht (Art. 339 nStGB) weiter, vgl. BBl 1999 2161.

<sup>398</sup> Bundeskompetenz gemäss Art. 23 Abs. 1.

#### Art. 362 Einleitung

Übertretungsstrafverfahren werden durch polizeiliche Verzeigung oder durch Anzeige von privater Seite oder von Behörden eingeleitet. Adressat der Anzeigen ist üblicherweise die Polizei (*Abs. 1*). Damit wird der in vielen Kantonen geläufigen Praxis Rechnung getragen, wonach solche Anzeigen, wenn sie bei der Übertretungsstrafbehörde eingehen, routinemässig der Polizei zur Vornahme der erforderlichen Ermittlungen überwiesen werden.

*Absatz 2* stellt eine Kurzfassung der Artikel 305 und 306 dar. Die Polizei hat die Aufgabe, den Übertretungssachverhalt, die dafür verantwortlichen Personen, allfällige Zeugen und Zeuginnen etc. festzustellen und darüber der zuständigen Behörde zu rapportieren.

Bevor die Übertretungsstrafbehörde einen Strafbefehl erlässt, ist der verzeigten Person das rechtliche Gehör zu gewähren. Wie dies zu geschehen hat, lässt *Absatz 3* offen: Im Regelfall wird das rechtliche Gehör von der Polizei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gewährt werden, ausnahmsweise bereits von der verzeigenden Behörde (vor Erstattung der Anzeige), und spätestens durch die Übertretungsstrafbehörde selbst, wenn der Fall zu ihr gelangt ist. Auch was die Form der Stellungnahme betrifft, sind die Strafbehörden frei (Einvernahme; mündliche Konfrontation mit den Vorwürfen mit Protokollierung der Stellungnahme; Zustellung der Strafanzeige mit Einladung zur schriftlichen Stellungnahme). Macht die verzeigte Person von ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör keinen Gebrauch, hindert dies den Erlass eines Strafbefehls nicht (*Abs. 4*).

#### Art. 363 Entscheid

Hält die Übertretungsstrafbehörde die fraglichen Tatbestände für erfüllt, erlässt sie einen Strafbefehl. Dieser kann definitionsgemäss (vgl. Art. 103 nStGB<sup>399</sup>) nur auf Busse lauten; vorbehalten bleibt die gemeinnützige Arbeit als Ersatzsanktion gemäss Artikel 107 nStGB. Der Strafbefehl wird in aller Regel ohne eigentliche Untersuchung ergehen, auch wenn es der Übertretungsstrafbehörde frei steht, eine solche durchzuführen. Für den Inhalt des Strafbefehls ist Artikel 357 Absatz 1 sinngemäss anwendbar, mit dem Unterschied, dass eine Begründung auch hinsichtlich der Busse nicht erforderlich ist (*Abs. 1*). Auch hier gilt, dass die Übertretungsstrafbehörde eine Begründung beifügen kann, wenn sie dies im konkreten Fall für notwendig erachtet.

Ist der Straftatbestand nicht erfüllt, erlässt die Übertretungsstrafbehörde in sinngemässer Anwendung von Artikel 321 eine *Einstellungsverfügung*. Diese ist summarisch zu begründen, wozu in aller Regel zwei oder drei Sätze genügen (*Abs. 2*). Die Mitteilung erfolgt analog der Regelung im Strafbefehlsverfahren (Art. 357 Abs. 3).

Die in *Absatz 3* vorgesehene Überweisung an die Staatsanwaltschaft hat auch dann zu erfolgen, wenn neben der Übertretung auch Verbrechen oder Vergehen zu beurteilen sind (vgl. Art. 17 Abs. 2).

<sup>399</sup> BBl 2002 8240

*Art. 364* Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht

Hat die Übertretungsstrafbehörde einen Strafbefehl erlassen, richtet sich das weitere Verfahren nach den Bestimmungen über das Strafbefehlsverfahren, d.h. es kommen die Artikel 358 und 359 sinngemäss zur Anwendung.

Auch das Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht entspricht grundsätzlich jenem nach Artikel 360. Daraus folgt u.a., dass das gerichtliche Verfahren nach Artikel 360 Absatz 6 ohne andere Parteianträge schriftlich ist, wenn sich die Einsprache nur auf die finanziellen Nebenfolgen bezieht.

Eine Besonderheit gegenüber dem gewöhnlichen, durch die Staatsanwaltschaft geführten Strafbefehlsverfahren stellt *Absatz 1* dar: Abweichend von Artikel 360 Absatz 1 zweiter Satz übernimmt ein von einer Übertretungsstrafbehörde erlassener Strafbefehl nicht die Funktion der Anklageschrift für das gerichtliche Verfahren. Somit gilt der Anklagegrundsatz hier nicht. Diese Lösung drängt sich nicht zuletzt deshalb auf, weil die Übertretungsstrafbehörde ihre Strafbefehle häufig sehr summarisch abfassen wird, diese also kaum den Inhalt einer Anklageschrift nach Artikel 326 aufweisen. Das Gericht kann die beschuldigten Personen vielmehr wegen aller Übertretungen schuldig sprechen, die sich aus den vorliegenden Akten sowie der Gerichtsverhandlung ergeben. Selbstverständlich ist den Betroffenen vorgängig in angemessener Weise das rechtliche Gehör zu gewähren (*Abs. 2*).

### 2.8.3 **3. Kapitel: Abgekürztes Verfahren** (Art. 365–369)

Nach den allgemeinen Vorschriften kann ein Strafurteil nur dann ergehen, wenn nach einem umfassenden Vorverfahren – vor allem den entsprechenden Beweiserhebungen – die Staatsanwaltschaft Anklage erhebt und diese vom Gericht im Hauptverfahren umfassend geprüft wird. Anders im Zivilprozess in seiner reinen Form: Hier herrschen die Grundsätze der *formellen* Wahrheit und der Dispositionsmaxime. Die Parteien können sich demnach in einer für das Gericht bindenden Weise über den Sachverhalt einigen und über ihre Ansprüche frei verfügen, den Prozess also jederzeit durch Vergleich, durch Abstand oder Unterwerfung beenden.

Im Strafprozess rühren Absprachen zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person darüber, welcher Sachverhalt dem Gericht zur Beurteilung unterbreitet werden soll und welche Sanktionen dem Gericht beantragt werden sollen, an Grundsätze des Strafverfahrensrechts, auf denen auch dieses Gesetz fusst. Betroffen sind insbesondere der Untersuchungsgrundsatz (Art. 6), nach welchem die Strafbehörden alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abzuklären haben, sowie der Grundsatz des Verfolgungszwangs (Art. 7), wonach bei hinreichendem Tatverdacht ein Verfahren eingeleitet und durchgeführt werden muss.

Die Expertenkommission hatte sich vor dem Hintergrund dieser rechtsstaatlichen Problematik und unter Verweis auf andere Möglichkeiten der Verfahrensvereinfachung (Ausbau des Opportunitätsprinzips sowie des Strafbefehlsverfahrens) gegen die Einführung der Möglichkeit von Absprachen zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person ausgesprochen<sup>400</sup>.

<sup>400</sup> Aus 29 mach 1, S. 50 ff.

Trotz dieser sehr gewichtigen Bedenken schlägt der Bundesrat ein Verfahren vor, welches es den Parteien erlaubt, bei einer Einigung über Schuldpunkt, Strafe und Zivilansprüche den Fall unter Auslassung gewisser Stadien vor allem des Vorverfahrens direkt zur Aburteilung an das erkennende Gericht zu bringen. Folgende Gründe sprechen für die Einführung des abgekürzten Verfahrens:

Mittlerweile kennen drei Kantone (Tessin, Basel-Landschaft und Zug) die Möglichkeit von Absprachen in der Art, wie sie hier vorgeschlagen wird. Ausser bei der Regelung des Kantons Tessin scheinen die Erfahrungen eher positiv zu sein. Es ist allerdings davon auszugehen, dass auch in andern Kantonen ohne entsprechende Regelung informelle Absprachen zwischen den Untersuchungsbehörden und der beschuldigten Person vorkommen. Namentlich im Bereich der Wirtschaftskriminalität mit komplizierten Sachverhalten, umfangreichem Beweismaterial und mitunter unklarer Rechtslage dürfte die Überlastung der Strafverfolgungsbehörden zunehmen. Dies dürfte dazu führen, dass die Neigung und Bereitschaft zu Absprachen zwecks Verfahrensvereinfachung auch ohne gesetzliche Regelung steigen wird. Nach Auffassung des Bundesrates ist es ehrlicher, für derartige Absprachen gesetzliche Regelungen zu schaffen und damit den bisherigen Grau- oder besser: Schwarzbereich zu beseitigen, anstatt ein solches Vorgehen zwar gesetzlich nicht vorzusehen, es aber in der Rechtswirklichkeit zu tolerieren. Die vorgeschlagene Regelung wurde von der grossen Mehrheit der Vernehmlasser (insbesondere fast allen Kantonen) denn auch zumindest grundsätzlich befürwortet<sup>401</sup>.

#### *Art. 365* Grundsätze

Die Initiative für die Durchführung eines abgekürzten Verfahrens muss von der beschuldigten Person ausgehen; hingegen ist es der Staatsanwaltschaft nicht erlaubt, die beschuldigte Person mit Versprechungen unter Druck zu setzen, um ein abgekürztes Verfahren einleiten zu können. Voraussetzung für die Durchführung sind ein Geständnis über den wesentlichen Sachverhalt sowie eine Anerkennung allfälliger Zivilansprüche entweder bloss dem Grundsatz nach oder auch hinsichtlich der Höhe. Die Anerkennung kann durch Erklärung zu Protokoll oder durch einen Vergleich mit der Privatklägerschaft erfolgen.

Die vorgesehene Obergrenze von fünf Jahren Freiheitsstrafe (*Abs. 2*) macht deutlich, dass das abgekürzte Verfahren durchaus auch für mittelschwere Straffälle in Betracht kommt und weit über den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens hinausgeht.

Es ist davon auszugehen, dass ein Antrag um Durchführung des abgekürzten Verfahrens nicht bereits zu Beginn des polizeilichen Ermittlungsverfahrens gestellt wird, sondern erst zu einem Zeitpunkt, in dem die Konturen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der beschuldigten Person einigermaßen klar ersichtlich sind. Ein Gesuch dürfte häufig erst gestellt werden, wenn sich die Parteien (namentlich die Staatsanwaltschaft und die beschuldigte Person) hinsichtlich der wichtigsten Anklagepunkte, vor allem des Anklagesachverhalts und der Strafe, geeinigt haben. Dies bedingt vorgängige informelle Verhandlungen, die hier selbst nicht zu regeln sind.

<sup>401</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 75: Grosse Vorbehalte äusserten FR, SG und VD; JU sowie sieben weitere Vernehmlasser lehnten die Regelung grundsätzlich ab.

*Art. 366* Einleitung

*Absatz 1* macht die Einleitung des abgekürzten Verfahrens von der Einwilligung der Staatsanwaltschaft abhängig. Diese kann ihre Zustimmung ohne Begründung verweigern; ihr Entscheid kann nicht angefochten werden. Stimmt die Staatsanwaltschaft der Durchführung eines abgekürzten Verfahrens zu, muss die beschuldigte Person nach Artikel 128 Buchstabe e verteidigt werden.

*Absatz 2:* Die Anmeldung der Zivilansprüche und Entschädigungsforderungen bildet die Grundlage für die Regelung nach Artikel 367 Absatz 1 Buchstaben f und g. Meldet die Privatklägerschaft ihre Ansprüche nicht innert Frist an, so kann sie diese nicht mehr im abgekürzten Verfahren, sondern nur noch auf dem Zivilweg geltend machen.

*Art. 367* Anklageschrift

Mit der Unwiderruflichkeit der Zustimmung nach *Absatz 2* soll sichergestellt werden, dass die beschuldigte Person das abgekürzte Verfahren nicht zur Verfahrensverzögerung missbrauchen kann, indem sie zunächst eine Absprache erzielt, diese aber in letzter Minute ablehnt und so mit Verzögerung die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens bewirkt.

*Absatz 3:* Ein ordentliches Verfahren ist im Falle einer Ablehnung der Anklageschrift durch eine Partei durchzuführen, aber auch dann, wenn von einer Partei keine Erklärung erhältlich ist. Lehnt die beschuldigte Person die Anklageschrift ab, so schliesst dies nicht aus, dass sie später, nach Erhebung weiterer Beweise, erneut einen Antrag auf Durchführung eines abgekürzten Verfahrens stellt.

*Art. 368* Hauptverhandlung

Haben die Parteien der Anklageschrift zugestimmt, so führt das Gericht eine grundsätzlich öffentliche Hauptverhandlung durch. Damit soll die Zulässigkeit dieses besonderen Verfahrens vom Gericht unter den Augen der Öffentlichkeit überprüft werden.

*Art. 369* Urteil oder ablehnender Entscheid

Der Charakter des abgekürzten Verfahrens beschränkt die Prüfungsbefugnisse des Gerichts, da die Anklageschrift regelmässig nur auf summarisch geführten Ermittlungen und Untersuchungen beruht. Das Gericht prüft deshalb lediglich Folgendes:

- Hat die Staatsanwaltschaft das Verfahren korrekt eingeleitet und durchgeführt und sind den Parteien dabei die ihnen zustehenden Rechte gewährt worden (*Abs. 1 Bst. a*)?
- Stimmt die Anklage formell und materiell mit den (eher rudimentären) Akten überein? Das Gericht muss prüfen, ob sich für die in der Anklageschrift genannten Straftaten eine genügende Basis in den Akten findet. Zu prüfen sind sodann auch die übrigen Bestandteile der Anklageschrift, also etwa, ob die Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche den zwischen der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft getroffenen Abmachungen entspricht (*Abs. 1 Bst. b*).
- Sind die beantragten Sanktionen dem Verschulden angemessen (*Abs. 1 Bst. c*)?

*Absatz 2:* Übernimmt das Gericht die Anklageschrift, wird diese zum Urteil. Angesichts der beschränkten Überprüfungsbefugnisse des Gerichts beschränkt sich die Urteilsbegründung darauf darzulegen, dass die Voraussetzungen des abgekürzten Verfahrens erfüllt sind.

*Absatz 3:* Erachtet das Gericht die Voraussetzungen für ein Urteil im abgekürzten Verfahren als nicht erfüllt, so lehnt es in einer Verfügung oder in einem Beschluss die Genehmigung ab und weist die Sache an die Staatsanwaltschaft zurück. Die Gründe für eine Verweigerung der Genehmigung können im Formellen (etwa Mangelhaftigkeit einer Erklärung nach Art. 367 Abs. 2) oder im Materiellen liegen (z.B. für das Gericht ungenügender Konnex zwischen den Straftaten, die in den vorhandenen Untersuchungsakten erscheinen, und jenen, die in der Anklage erscheinen). Das Gericht muss auch eine Ablehnung beschliessen, wenn es das Strafmass nach Artikel 367 Absatz 1 Buchstabe b für unangemessen hält. Allerdings spricht nichts dagegen, von den beantragten Sanktionen abzuweichen, wenn sich die Parteien vor Gericht damit einverstanden erklären. Es ist auch möglich, im Einverständnis mit den Parteien die Anklage sowie die rechtliche Würdigung der angeklagten Sachverhalte zu ändern. Ein ablehnender Entscheid ist nicht anfechtbar.

Die Zugeständnisse der Parteien, die im Zusammenhang mit dem abgekürzten Verfahren abgegeben worden sind (Geständnisse der beschuldigten Person; von der Staatsanwaltschaft abgegebene Erklärungen hinsichtlich der anzuklagenden Sachverhalte bzw. Verzicht auf die Weiterverfolgung bestimmter Straftaten sowie bezüglich der Sanktionen; Vergleiche mit der Privatklägerschaft, falls im Konnex mit dem abgekürzten Verfahren eingegangen) werden mit der Nicht-Genehmigung infällig, binden die Parteien also nicht mehr und dürfen nicht weiter verwertet werden. *Absatz 4* beschränkt die Rechtmittelmöglichkeit gegen ein Urteil. Diese Beschränkung hängt mit dem summarischen Charakter des abgekürzten Verfahrens zusammen. Da die Parteien im Wissen um die Folgen, insbesondere den Schuldspruch und die Sanktionen, der Anklage zustimmen, ist die Beschränkung der Berufungsgründe rechtsstaatlich akzeptabel. Mit der Berufung kann nur gerügt werden, es fehle an der Zustimmung zur Anklageschrift oder das Urteil decke sich nicht mit dieser. Verwehrt ist aber etwa die Rüge der beschuldigten Person, sie habe der Erledigung im abgekürzten Verfahren zwar zugestimmt, sei aber in Wirklichkeit nicht geständig, oder der Sachverhalt sei nicht bewiesen oder der Tatbestand nicht erfüllt. Weil die Parteien mit der Zustimmung nach Artikel 367 Absatz 1 Buchstabe h grundsätzlich auf Rechtsmittel verzichten, ist eine spätere Revision ausgeschlossen; die beschuldigte Person kann also nicht nachträglich ein Beweismittel vorbringen, das sie angeblich entlastet.

## 2.8.4

### 4. Kapitel: Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts (Art. 370–372)

Das Strafrecht sieht vor allem im Zusammenhang mit dem Strafvollzug vor, dass das Gericht sein Urteil nachträglich ergänzen muss oder abändern kann. Solche *nachträglichen richterlichen Entscheide* (gelegentlich auch *nachträgliche Entscheidungen* oder *Widerrufsverfahren* genannt) sind nach heutiger Rechtslage Entscheide über:

- die Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 36 nStGB<sup>402</sup>);
- die Umwandlung einer gemeinnützigen Arbeit in eine Geld- oder Freiheitsstrafe (Art. 39 nStGB);
- die Verlängerung einer stationären therapeutischen Massnahme (Art. 59 Abs. 4 nStGB);
- die Verlängerung einer Suchtbehandlung (Art. 60 Abs. 4 nStGB);
- die Verlängerung der Probezeit bei bedingter Entlassung (Art. 62 Abs. 4 nStGB);
- die Anordnung einer anderen Massnahme an Stelle des Strafvollzugs bei Aufhebung der Massnahme (Art. 62c Abs. 3 nStGB);
- die Anordnung der Verwahrung (Art. 62c Abs. 4 nStGB);
- die Verlängerung der ambulanten Behandlung (Art. 63 nStGB);
- die Anrechnung eines mit einer ambulanten Behandlung verbundenen Freiheitsentzugs auf die Strafe (Art. 63b Abs. 4 nStGB);
- die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme an Stelle des Strafvollzugs (Art. 63b Abs. 5 nStGB);
- die Verlängerung der Probezeit bei Entlassung aus der Verwahrung (Art. 64a Abs. 2 nStGB);
- die Anordnung der Rückversetzung in die Verwahrung (Art. 64a Abs. 3 nStGB);
- die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme i.S. von Artikel 65 nStGB;
- die Anordnung von Massnahmen i.S. von Artikel 95 Absätze 4 und 5 nStGB.

#### Art. 370      Zuständigkeit

Die vorstehend zusammengestellten Entscheide können nicht im Rahmen eines Urteils ergehen, da – mit Ausnahme des Widerrufs ausgesetzt oder bedingter Sanktionen sowie der Entlassungen nach Begehung neuer Straftaten – kein neues Sachurteil ansteht. Das bedeutet, dass solche Entscheide in einem gesonderten, *selbständigen* Verfahren ergehen müssen. Dieser nachträgliche Entscheid wird vom Gericht gefällt, das das ursprüngliche Urteil ausgesprochen hat (*Abs. 1*). Soweit eine der genannten Ausnahmen zutrifft, sind hingegen die Bestimmungen dieses Kapitels nicht anwendbar; die Staatsanwaltschaft wird vielmehr zusammen mit der Anklage die entsprechenden Anträge stellen (Art. 327 Abs. 1 Bst. g), über die anschliessend im Hauptverfahren und im Rahmen der Urteilsfällung (Art. 79 Abs. 4 Bst. d) entschieden wird.

Fallen nachträgliche Entscheide im Nachgang zu einem Strafbefehl an, sind nach *Absatz 2* die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörden zuständig. Das gilt etwa für den Widerruf eines bedingten Strafvollzugs oder für den Entscheid bezüglich Umwandlung von Bussen nach Artikel 106 Absatz 2 nStGB<sup>403</sup>. Der

<sup>402</sup> BBl 2002 8240

<sup>403</sup> BBl 2002 8240

nachträgliche Entscheid ergeht wiederum in Form eines Strafbefehls, gegen den die Einsprache möglich ist.

*Absatz 3* stellt klar, dass in diesem Kapitel nur die nachträglichen *richterlichen* Entscheide geregelt sind. Spricht das Strafgesetzbuch von «zuständiger Behörde» (vgl. etwa Art. 62d, 63 Abs. 3, 63a Abs. 1 nStGB), stehen also die entsprechenden Entscheide, vor allem Strafvollzugsentscheide, einer *administrativen Vollzugsbehörde* zu, so ist das Strafvollzugsrecht des Bundes (vgl. Art. 372–381 nStGB) oder des betreffenden Kantons anwendbar (Art. 447 Abs. 1).

#### Art. 371–372

Die in Artikel 371 enthaltenen Verfahrensbestimmungen entsprechen im Wesentlichen den bereits heute geltenden Regeln in Gesetz oder Praxis. Das Verfahren wird im Regelfall von den Behörden von Amtes wegen eingeleitet und ist üblicherweise schriftlich, wobei eine mündliche Verhandlung angeordnet werden kann. Ergeht der nachträgliche Entscheid zusammen mit einem neuen Sachurteil, wird darüber im gleichen Verfahren, also in einer mündlichen und öffentlichen Hauptverhandlung entschieden und der Entscheid wird zusammen mit dem Urteil mündlich eröffnet.

Entsprechend sind auch die *Rechtsmittelmöglichkeiten*: Gegen einen selbständig gefällten nachträglichen Entscheid, der als Verfügung oder Beschluss und regelmässig in einem schriftlichen Verfahren ergeht (Art. 372 Abs. 2), ist die Beschwerde zulässig. Wird der nachträgliche Entscheid dagegen zusammen mit einem neuen Sachentscheid gefällt und wird letzterer angefochten, gelten ohne andere Erklärung der anfechtenden Partei die mit dem Sachentscheid gefällten Verfügungen und Beschlüsse als mitangefochten (vgl. Art. 407 Abs. 4 Bst. g).

## 2.8.5 5. Kapitel: Verfahren bei Abwesenheit der beschuldigten Person

### 2.8.5.1 1. Abschnitt: Voraussetzungen und Durchführung (Art. 373 und 374)

#### Art. 373 Voraussetzungen

Mit der Umschreibung der Voraussetzungen des Abwesenheitsverfahrens (auch *Kontumazialverfahren* genannt) knüpft die Bestimmung an die heute in den neueren Strafprozessgesetzen anzutreffenden Regelungen an und berücksichtigt zugleich die in der strafprozessualen Literatur vor allem mit Blick auf die EMRK geforderten Einschränkungen dieser Verfahrensart.

*Absatz 1* verlangt als erste Voraussetzung, dass die beschuldigte Person, die trotz ordnungsgemässer Vorladung (dazu Art. 199 ff., 332 Abs. 4) nicht erscheint, ein zweites Mal vorgeladen oder vorgeführt wird<sup>404</sup>. Die Regelung trägt der Bedeutung Rechnung, die die Rechtsprechung der Anwesenheit der beschuldigten Person an der Hauptverhandlung beimisst<sup>405</sup>. Daraus folgt, dass das Gericht alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen muss, um der beschuldigten Person habhaft zu werden.

<sup>404</sup> Erscheint zwar die beschuldigte Person, bleibt aber die Verteidigung aus, ist die Verhandlung ohne Rechtsnachteile für die beschuldigte Person neu anzusetzen.

<sup>405</sup> BGE 126 I 36, mit Hinweisen auf die Strassburger Rechtsprechung.

Scheitert auch der zweite Vorladungs- oder Vorführungsversuch, kann ein Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden. Das Gericht kann den Fall aber auch bis zur Ergreifung der beschuldigten Person sistieren. Es bleibt ihm damit ein gewisses Ermessen (*Abs. 2*). Ein Abwesenheitsverfahren wird in der Regel dann durchzuführen sein, wenn ein öffentliches Interesse (Gefahr der Verjährung; Fall, der in der Öffentlichkeit Aufsehen erregte) an einem sofortigen Abschluss des Strafalles vorhanden ist.

*Absatz 3* regelt den Sonderfall, dass sich die beschuldigte Person absichtlich in den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit versetzt hat oder sich weigert, aus der Haft zur Hauptverhandlung vorgeführt zu werden. In diesen Fällen kann sofort zum Abwesenheitsverfahren geschritten werden.

*Absatz 4* enthält die zentralen materiellen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens mit den Erfordernissen eines fairen Prozesses vereinbar ist: Ein Abwesenheitsverfahren ist ausgeschlossen, wenn die beschuldigte Person im Vorverfahren nicht ausreichend einvernommen werden konnte, etwa weil sie schon bei dessen Eröffnung verschwunden war oder weil sie ihre Verteidigungsrechte nicht wirksam wahrnehmen können (*Bst. a*). In solchen Fällen ist das Vorverfahren nach Sicherung der wesentlichsten Beweise, gegebenenfalls nach Anordnung der erforderlichen Fahndungsmassnahmen, in Anwendung von Artikel 314 zu sistieren. Ein Abwesenheitsverfahren ist weiter ausgeschlossen, wenn die beschuldigte Person im Vorverfahren zwar ausreichende Gelegenheit hatte, zu den erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen, die Beweislage ein Urteil ohne ihre persönliche Anwesenheit aber nicht zulässt (*Bst. b*). Der Fall muss also mit andern Worten auch ohne Anwesenheit der beschuldigten Person, allein gestützt auf die Akten und gegebenenfalls die Vorbringen der Verteidigung (Art. 374 Abs. 1), spruchreif sein.

#### *Art. 374* Durchführung und Entscheid

Wesentlich ist, dass abgesehen von der Abwesenheit der beschuldigten Person eine den üblichen Vorschriften entsprechende Hauptverhandlung durchgeführt wird. Eine Schlechterstellung der abwesenden Beschuldigten würde nicht mehr den heutigen Vorstellungen entsprechen. Dementsprechend sind die anwesenden Parteien und ihre Rechtsbeistände, namentlich die Verteidigung, zum Parteivortrag zuzulassen (*Abs. 1*)<sup>406</sup>. Ist die Verteidigung notwendig (Art. 128), ist deren Anwesenheit sogar zwingend; bleibt sie aus, ist die Verhandlung demnach zu vertagen<sup>407</sup>. Mit dieser Regelung der Anwesenheits- und Verteidigungsrechte löst sich der Entwurf – wiederum im Einklang mit der jüngeren Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre – von der früher weit verbreiteten Praxis oder sogar gesetzlichen Regelung, dass die Verteidigung im Abwesenheitsverfahren nicht zum Vortrag zuzulassen sei.

Grundlage des Abwesenheitsverfahrens und des Abwesenheitsurteils sind die Akten des Vorverfahrens sowie die Ergebnisse der Hauptverhandlung (*Abs. 2*). Üblicherweise werden keine zusätzlichen Beweise abgenommen, doch steht es dem Gericht in Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über das Hauptverfahren (die *Abs. 4* im Übrigen für anwendbar erklärt) frei, eigene Beweiserhebungen durchzuführen.

<sup>406</sup> BGE 126 I 36, 39, mit Hinweisen auf die Strassburger Rechtsprechung.

<sup>407</sup> BGE 113 Ia 222

Nach Durchführung des Hauptverfahrens fällt das Gericht ein *Urteil*, wie es in den Artikeln 350 ff. für das ordentliche Verfahren vorgesehen ist. Das Gericht kann indessen (z.B. weil sich bei der Urteilsberatung zeigt, dass die Angelegenheit doch nicht spruchreif ist) das Verfahren auch in diesem Stadium noch gemäss Artikel 314 sistieren (*Abs. 3*).

Der Verweis in *Absatz 4* stellt u.a. klar, dass es sich bei diesem Urteil um einen üblichen Endentscheid handelt, der nach Massgabe der allgemeinen Vorschriften (Art. 82 ff.) zugestellt wird.

## **2.8.5.2                    2. Abschnitt: Neue Beurteilung (Art. 375–378)**

### *Art. 375                    Gesuch um neue Beurteilung*

Wird der Aufenthaltsort der beschuldigten Person ermittelt oder wird sie sonst wie gestellt, wird ihr das Dispositiv des Abwesenheitsurteils ausgehändigt. Will sie das Urteil nicht annehmen, kann sie innert 10 Tagen seit der Zustellung eine *neue Beurteilung* (auch Wiederaufnahme, Wiedereinsetzung, Wiederherstellung, Reinigung, Restitution oder Erhebung genannt)<sup>408</sup> verlangen (*Abs. 1*). Damit ein solches Gesuch beurteilt werden kann, muss es kurz – mündlich oder schriftlich – *begründet* werden (*Abs. 2*). Fehlt diese Begründung, ist eine Nachfrist zu setzen.

*Absatz 3* regelt die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Gesuch zu entsprechen ist. Diese Voraussetzungen sind in den heutigen Gesetzen unterschiedlich geregelt. Es gibt Prozessordnungen, welche von der beschuldigten Person den Nachweis verlangen, dass zwingende Gründe sie am Erscheinen an der ersten Hauptverhandlung gehindert haben. Andere lassen die neue Beurteilung ohne besondere Voraussetzung zu, verlangen also insbesondere kein schuldloses Versäumen der ersten Hauptverhandlung<sup>409</sup>. Der zweite Lösungsansatz ist aus rechtsstaatlicher Sicht sicher unbedenklich; auf der anderen Seite ist zu beachten, dass die voraussetzungslose Zulassung von Gesuchen zu Missbräuchen einlädt, weil die beschuldigte Person durch ihr Fernbleiben an der Hauptverhandlung eine Wiederholung und damit u.U. eine empfindliche Verzögerung herbeiführen kann, ohne irgendwelche Nachteile befürchten zu müssen<sup>410</sup>.

*Absatz 3* lässt deshalb eine neue Beurteilung nicht zu, wenn die beschuldigte Person ordnungsgemäss vorgeladen worden, der Verhandlung aber erwiesenermassen schuldhaft ferngeblieben ist. Diese Lösung fand auch im Vernehmlassungsverfahren ganz überwiegend Zuspruch<sup>411</sup>. Im Vordergrund stehen Fälle, in denen sich inhaftierte Beschuldigte weigern, zur Hauptverhandlung vorgeführt zu werden, oder in denen aus Äusserungen der beschuldigten Person bekannt ist, dass sie nicht gedenkt, der Vorladung Folge zu leisten. Die Beweislast für dieses Verschulden liegt aller-

<sup>408</sup> Mit dem Begriff «*neue Beurteilung*» soll klar gestellt werden, dass es bei diesem Rechtsbehelf um etwas anderes geht als bei der Wiederherstellung von Fristen nach Art. 92 sowie der Wiederanhandnahme nach Art. 315.

<sup>409</sup> Diese Lösung wurde auch von den Experten befürwortet, Aus 29 mach 1, S. 152.

<sup>410</sup> Solche krassen Fälle – vor allem der bekannte Bestechungsfall Raphael Huber – führten in Zürich 1995 zur ersatzlosen Streichung der entsprechenden Bestimmung (ZH 197).

<sup>411</sup> Vernehmlassungsbericht, S. 77.

dings beim Staat<sup>412</sup>. Dem Gesuch um Neubeurteilung ist also schon dann zu entsprechen, wenn nicht eindeutig erwiesen ist, dass die beschuldigte Person der Hauptverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist. Mit diesen Einschränkungen kann auch nach der Praxis der Strassburger Organe eine Wiederholung der Hauptverhandlung verweigert werden<sup>413</sup>. Im Ergebnis dürfte diese Regelung dem Rechtszustand jener Kantone nahe kommen, die in grosszügiger Weise die neue Beurteilung voraussetzungslos gewähren, wobei jedoch die klaren Missbrauchsfälle ausgeschlossen sind.

Lehnt das Gericht das Gesuch ab, fällt es gemäss Artikel 78 Absatz 1 einen formellen Beschluss (Kollegialgericht) oder eine Verfügung (Einzelgericht). Gegen diesen Entscheid ist nach den allgemeinen Bestimmungen die Beschwerde zulässig (Art. 401 Abs. 1 Bst. b).

#### Art. 376 Verfahren

Diese Bestimmung regelt die Einzelheiten des Verfahrens, soweit sie sich nicht aus anderen Bestimmungen dieses Gesetzes ergeben.

Die Prüfung des Gesuchs erfolgt ohne eigenes formelles Verfahren. Will das Gericht dem Gesuch entsprechen, setzt die Verfahrensleitung ohne weiteres eine neue Hauptverhandlung an. Die Zusammensetzung des Gerichts kann dieselbe sein wie im ersten Verfahren; der Abschlussgrund der Vorbefassung ist nach herrschender Auffassung hier nicht gegeben<sup>414</sup>. Die Gutheissung des Gesuchs führt noch nicht zur Aufhebung des Abwesenheitsurteils. Diese erfolgt erst, wenn die neue Beurteilung abgeschlossen und das neue Urteil rechtskräftig geworden ist (Art. 377 Abs. 2). Auf diese Weise wird verhindert, dass das Abwesenheitsurteil aufgehoben wird, aus irgendeinem Grund (z.B. wegen erneutem Ausbleiben, vgl. Abs. 4) aber kein neues Urteil ergehen kann.

Die Verfahrensleitung trifft die erforderlichen Anordnungen hinsichtlich aufschiebender Wirkung sowie Sicherheitshaft (Abs. 3). Die Ausnahmeregel (Haftanordnung durch das urteilende Gericht selbst) im Gegensatz zur allgemeinen Regel von Artikel 228 (Anordnung der Sicherheitshaft durch das Zwangsmassnahmengericht) scheint gerechtfertigt, weil dem Verfahren auf neue Beurteilung (entgegen dem üblichen Fall der Anordnung der Sicherheitshaft bei Anklageerhebung) bereits ein verurteilendes Erkenntnis vorausgegangen ist.

*Absatz 4* stellt klar, dass ein neues Urteil nur ergeht, wenn die beschuldigte Person nicht wiederum unentschuldigt ausbleibt. Ein zweites Abwesenheitsverfahren findet nicht statt; auf das Begehren um neue Beurteilung wird nachträglich nicht eingetreten. Es bleibt beim Abwesenheitsurteil sowie allenfalls von andern Parteien dagegen erwirkten Rechtsmittelentscheiden. Auf diese Folge ist in den Vorladungen hinzuweisen (vgl. Art. 199 Abs. 2 Bst. f). Sind Rechtsmittelverfahren nach Absatz 2 sistiert worden, werden diese wieder an die Hand genommen.

<sup>412</sup> Nach der Praxis der Strassburger Organe widerspricht es der EMRK, den Beweis für die Schuldlosigkeit den Beschuldigten aufzuerlegen, vgl. Urteil Colozza gegen Italien, série A vol. 89.

<sup>413</sup> Siehe dazu das vorerwähnte Urteil Colozza sowie Urteil Medenica gegen die Schweiz, CEDH 2001-VI, S. 95, Ziff. 57; ferner BGE 106 Ib 400, 127 I 215 f.

<sup>414</sup> BGE 116 Ia 32; 121 IV 344; Urteil Thomann gegen die Schweiz, Rec. 1996, 806; Aus 29 mach I, S. 153.

Nach *Absatz 5* ist der Rückzug bis zum Schluss der Parteiverhandlungen möglich. Allerdings hat die beschuldigte Person in einem solchen Fall alle Aufwendungen zu tragen; es gilt die gleiche Regelung wie beim Rückzug eines eingelegten Rechtsmittels (vgl. Art. 435 Abs. 1).

#### *Art. 377* Neues Urteil

Die neue Hauptverhandlung endet mit einem Urteil, das das ursprüngliche Abwesenheitsurteil ersetzt, sobald es rechtskräftig wird. Mit dem Abwesenheitsurteil fallen auch allfällige andere von andern Parteien erwirkte Rechtsmittelentscheide dahin. Konkret bedeutet dies, dass die anderen Parteien das neue Urteil anzufechten haben, wenn sie damit nicht einverstanden sind.

#### *Art. 378* Verhältnis zur Berufung

Will eine in Abwesenheit verurteilte Person das Urteil nicht annehmen, kann sie, soweit die dafür vorgesehene 10-tägige Frist noch läuft, neben oder anstelle des Gesuchs um neue Beurteilung auch Berufung einlegen (*Abs. 1*). Wählt sie ausschliesslich die Berufung, geht ihr eine Instanz verloren; wählt sie ausschliesslich die neue Beurteilung, läuft sie Gefahr, dass auf das Gesuch nicht eingetreten wird, weil die Voraussetzungen nach Artikel 373 Absatz 4 nicht erfüllt sind; in diesem Fall bleibt ihr damit überhaupt kein Rechtsbehelf.

Aus *Absatz 2* ergibt sich, dass bei kumulativem Gebrauch beider Rechtsbehelfe das Begehren um neue Beurteilung vorrangig zu behandeln ist. Die Berufung wird nur behandelt, wenn auf das Begehren um neue Beurteilung nicht eingetreten wird. Diese Subsidiarität schlägt auch hinsichtlich allfälliger Rechtsmittel anderer Parteien durch (Art. 376 Abs. 2 und 377 Abs. 2).

## **2.8.6 6. Kapitel: Selbständige Massnahmeverfahren**

Massnahmen als Sanktionen des Strafrechts werden üblicherweise zusammen mit einem Strafurteil und damit anknüpfend an einen Schuldspruch wegen bestimmter Straftatbestände ausgefällt. In diesem Fall kommen die allgemeinen Verfahrensvorschriften des 6. und 7. Titels dieses Gesetzes zur Anwendung. Werden Massnahmen dagegen losgelöst von einem Strafverfahren verhängt – etwa weil die Täterschaft nicht bekannt, unbekanntem Aufenthalts oder im Ausland verurteilt worden ist –, ist ein *selbständiges Massnahmeverfahren* durchzuführen. Dieses weist je nach Art der Massnahme gegenüber einem ordentlichen Strafverfahren Besonderheiten auf, welche in diesem 6. Kapitel geregelt werden.

### **2.8.6.1 1. Abschnitt: Anordnung der Friedensbürgschaft (Art. 379–381)**

Die Friedensbürgschaft hat sich in der Praxis zwar als wenig wirksam erwiesen und wohl deshalb bisher auch keine grosse Bedeutung erlangt. Trotzdem wurde sie im neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs in Artikel 66 nStGB<sup>415</sup> übernom-

<sup>415</sup> BBl 2002 8240

men<sup>416</sup>. In der vereinheitlichten Strafprozessordnung sind dazu gewisse, im kantonalen Verfahrensrecht heute nur vereinzelt vorhandene Regeln aufzustellen.

Artikel 66 nStGB sieht die Friedensbürgschaft in zwei Fällen vor: wenn jemand damit gedroht hat, ein Verbrechen oder Vergehen auszuführen, oder wenn jemand, der bereits wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilt worden ist, die Absicht an den Tag legt, die Tat zu wiederholen. Beide Konstellationen sind auch mögliche Haftgründe im Sinne von Artikel 220 (Wiederholungsgefahr: Art. 220 Abs. 1 Bst. c; Ausführungsgefahr: Art. 220 Abs. 2). *Artikel 379 Absatz 2* regelt das *Verhältnis* der Friedensbürgschaft zu einer solchen wegen Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr verhängten *Untersuchungs- oder Sicherheitshaft*. Ist letztere bereits angeordnet worden, kommt eine Friedensbürgschaft nicht in Frage. Die Vorschrift ist allerdings nicht so zu verstehen, dass eine Friedensbürgschaft nicht angeordnet werden soll, wenn auch die Voraussetzungen für die Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft erfüllt wären. Die Friedensbürgschaft kann in solchen Fällen vielmehr als gegenüber dem Freiheitsentzug mildere Ersatzmassnahme in Frage kommen (vgl. Art. 236 Abs. 2, der einen nicht abschliessenden Katalog von Ersatzmassnahmen enthält).

Das Verfahren zur Anordnung der Friedensbürgschaft führt über die Staatsanwaltschaft (*Art. 380*) zum Zwangsmassnahmengericht (*Art. 381*). Diesem ist es vorbehalten, der Person das Versprechen abzunehmen, die Tat nicht auszuführen, eine angemessene Sicherheit für die Einhaltung dieses Versprechens festzulegen und gegebenenfalls Haft anzuordnen.

Zuständig sind wie bisher die Behörden des Ortes, an dem die Drohung ausgesprochen oder die Wiederholungsabsicht geäussert wurde (*Art. 379 Abs. 3*).

## **2.8.6.2                    2. Abschnitt: Verfahren bei einer schuldunfähigen beschuldigten Person (Art. 382 und 383)**

### *Art. 382*                    Voraussetzungen und Verfahren

*Absatz 1* umschreibt die Voraussetzungen des selbständigen Massnahmeverfahrens bei einer beschuldigten Person, die im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 nStGB<sup>417</sup> schuldunfähig ist und demgemäss auch nicht bestraft werden kann. Dieses Verfahren ist nicht anwendbar, wenn die Person nach Artikel 19 Absatz 4 nStGB (*actio libera in causa*) oder nach Artikel 263 StGB (Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit) zu bestrafen ist, ebenso wenig – da es sich um ein *selbständiges* Massnahmeverfahren handelt –, wenn die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person für schuldfähig hält und Anklage erhebt, das Gericht aber zum gegenteiligen Schluss kommt. In diesem Fall findet ein ordentliches Verfahren nach Massgabe des 6. und 7. Titels statt, das entweder mit einem Freispruch oder aber mit der Feststellung der Schuldlosigkeit sowie der Anordnung notwendiger Massnahmen (vgl. Art. 19 Abs. 3 nStGB) endet.

<sup>416</sup> Vgl. BB1 1999 2102

<sup>417</sup> BB1 2002 8240

Zuständig für die Anordnung einer selbständigen Massnahme ist das *erstinstanzliche Gericht*, dies im Gegensatz zu früheren kantonalen Regelungen, welche den Entscheid der Strafverfolgungsbehörde überliessen<sup>418</sup>. In welchen Fällen das Gericht als Einzelgericht entscheiden kann, ergibt sich aus der Zuständigkeitsordnung in Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe b.

Im Interesse eines möglichst einfachen Verfahrens wird auf eine vorausgehende Einstellung wegen Schuldunfähigkeit verzichtet. Die Staatsanwaltschaft erstattet dem erstinstanzlichen Gericht vielmehr direkt Bericht und stellt Antrag auf Anordnung von Massnahmen. Zwar liesse sich auch die Meinung vertreten, dass die Parteien Anspruch darauf hätten, dass zuerst die Frage der Schuldfähigkeit in einer beschwerdefähigen Einstellungsverfügung festgestellt werde. Da das Gericht diese Frage im anschliessenden Massnahmeverfahren aber ohnehin zu prüfen hat (Art. 383 Abs. 1), ergäbe sich eine wenig sinnvolle Doppelspurigkeit.

Die *Absätze 2 und 3* regeln rudimentär das *gerichtliche Verfahren*, das sich im Übrigen nach den Vorschriften des 7. Titels (Art. 329 ff.) richtet (*Abs. 4*). Abweichungen ergeben sich insbesondere in Bezug auf die Anwesenheitspflicht der beschuldigten Person sowie den Öffentlichkeitsgrundsatz. Sie sind mit den Besonderheiten dieses Verfahrens zu begründen.

#### Art. 383      Entscheid

Hält das Gericht die Täterschaft und die Schuldunfähigkeit für erwiesen, so hält es in seinem Urteil<sup>419</sup> die Schuldlosigkeit fest und ordnet die erforderlichen Massnahmen an (*Abs. 1*). Werden Massnahmen angeordnet, entscheidet das Gericht nach Massgabe der Artikel 120 ff. auch über die geltend gemachten Zivilklagen (*Abs. 2*).

Kommt das Gericht zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die Anordnung einer selbständigen Massnahme nicht erfüllt sind, weil die beschuldigte Person entweder (wenn auch nur vermindert) schuldfähig oder aber nach Artikel 19 nStGB<sup>420</sup> oder Artikel 263 StGB strafbar ist, weist es das Gesuch der Staatsanwaltschaft ohne Behandlung der Zivilklagen ab (*Abs. 3*)<sup>421</sup>. Die Staatsanwaltschaft hat in der Folge das Vorverfahren wieder aufzunehmen und dieses entweder mit Einstellung oder mit Anklage abzuschliessen. Ein erneutes Verfahren nach den Artikeln 382 f. ist ausgeschlossen. Wird Anklage erhoben, ist das Gericht allerdings an seine vorgängigen Entscheide im selbständigen Massnahmeverfahren nicht gebunden; es könnte somit abweichend von seiner früheren Beurteilung die Schuldunfähigkeit bejahen und Massnahmen anordnen.

<sup>418</sup> Diese Praxis widerspricht nicht nur den Art. 43 und 44 StGB (Art. 56 ff. nStGB), welche die Anordnung solcher Massnahmen in die Kompetenz von Gerichten weisen; sie ist auch mit der EMRK (Art. 5 Abs. 1 und 4 sowie Art. 6 Abs. 1) nicht vereinbar.

<sup>419</sup> Die Form des Urteils (das mit Berufung anfechtbar ist) rechtfertigt sich mit Blick auf die Tragweite der möglichen Sanktionen.

<sup>420</sup> BB1 2002 8240

<sup>421</sup> Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt werden, müssen die weiteren Fälle, in denen das Gesuch abzuweisen ist, so wenn das Gericht die beschuldigte Person zwar für schuldunfähig hält, aber unüberwindliche Zweifel an ihrer Täterschaft bestehen, oder wenn zwar die Schuldunfähigkeit bejaht, eine Massnahmenbedürftigkeit jedoch verneint wird.

### 2.8.6.3

## 3. Abschnitt: Selbständiges Einziehungsverfahren (Art. 384–386)

#### Art. 384 Voraussetzungen

Kann die Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten nach den Artikeln 69–73 nStGB<sup>422</sup> nicht im Rahmen eines Strafverfahrens als Nebenpunkt, also akzessorisch, behandelt werden (Einziehungsverfahren *in personam*, auch *akzessorisches Einziehungsverfahren* genannt)<sup>423</sup>, muss sie in einem selbständigen Einziehungsverfahren (auch *objektives Verfahren* oder *Verfahren in rem* genannt) erfolgen.

#### Art. 385 Verfahren

Die Staatsanwaltschaft prüft die Voraussetzungen der Einziehung; voraussichtlich einzuziehende Gegenstände und Vermögenswerte sind zu beschlagnahmen (*Abs. 1*). Scheinen die Voraussetzungen erfüllt, gewährt sie der betroffenen Person das rechtliche Gehör (vgl. die Art. 105 und 107); andernfalls erlässt sie eine Einstellungsverfügung (*Abs. 3*).

Das Verfahren richtet sich grundsätzlich nach den Regeln über das Strafbefehlsverfahren, mit dem Unterschied, dass im Fall einer Einsprache gegen den Einziehungsbefehl das Gericht seinen Entscheid nicht in Form eines Urteils, sondern in Form eines Beschlusses bzw. einer Verfügung fällt.

#### Art. 386 Verwendung zu Gunsten der geschädigten Person

Nach Artikel 73 Absatz 1 Buchstabe b nStGB<sup>424</sup> können eingezogene Gegenstände und Vermögenswerte auf Gesuch der geschädigten Person zu deren Gunsten verwendet werden. Über solche Anträge ist ebenfalls im Rahmen des selbständigen Einziehungsverfahrens zu entscheiden, sei es durch die Staatsanwaltschaft im Einziehungsbefehl, sei es durch das Gericht im Einziehungsbeschluss bzw. in der Einziehungsverfügung.

## 2.9

### 9. Titel: Rechtsmittel

Die Rechtsmittel wurden vom Gesetzgeber vorgesehen, um Justizirrtümer zu verhindern und Ungerechtigkeiten zu beseitigen. Rechtsmittelverfahren erlauben es den unterlegenen Parteien, gegen sie ergangene Urteile anzufechten und das Urteil im Hinblick auf eine vollständige oder teilweise Änderung oder auf eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids überprüfen zu lassen.

Der vorliegende Entwurf weist ein relativ einfaches Rechtsmittelsystem auf. Zusätzlich zur Revision, welcher auf Bundesebene bereits eine gewisse Einheitlichkeit zukommt, da sie in Artikel 397 StGB geregelt ist, schlägt der Bundesrat nur die Beschwerde und die Berufung vor. Unter der Überschrift Beschwerde fasst der Entwurf verschiedene Rechtsmittel zusammen, die in verschiedenen kantonalen

<sup>422</sup> BBl 2002 8240

<sup>423</sup> Eine akzessorische Behandlung kann auch bei Einstellung des Verfahrens stattfinden, Art. 321 Abs. 2.

<sup>424</sup> BBl 2002 8240

Prozessordnungen heute getrennt behandelt werden. Obwohl der Entwurf auf die Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet, ergeben sich aus der Ausgestaltung der Berufung gewisse Annäherungen an dieses Rechtsmittel.

Der Entwurf regelt die Rechtsmittel an die oberen kantonalen Instanzen sowie die Beschwerde an eine eidgenössische Instanz für Fälle, die der Kompetenz des Bundes unterstehen.

## 2.9.1 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen (Art. 387–400)

### *Art. 387* Anwendbare Vorschriften

Das Rechtsmittelverfahren ist nicht in allen Einzelheiten geregelt. Auf die Rechtsmittel sind deshalb grundsätzlich die allgemeinen Verfahrensvorschriften anwendbar.

### *Art. 388* Endgültige oder nicht anfechtbare Entscheide

Diese Bestimmung verweist auf die im vorliegenden Entwurf als endgültig oder nicht anfechtbar bezeichneten Entscheide (z.B. Art. 319 Abs. 3; Art. 325 Abs. 2). Da das ausserordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde nicht vorgesehen ist und jeweils nur ein Rechtsmittel derselben Art ergriffen werden kann (Art. 402 Bst. c), sind gegen solche Entscheide keine Rechtsmittel nach diesem Gesetz möglich. Künftig wird dagegen die Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005<sup>425</sup> (BGG) zur Verfügung stehen, die an die Stelle der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 220 ff. und 268 BStP) und der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 ff. OG) treten wird.

### *Art. 389* Legitimation der Staatsanwaltschaft

*Absatz 1* übernimmt den allgemein anerkannten Grundsatz, wonach die Staatsanwaltschaft ein Rechtsmittel zu Gunsten oder zu Ungunsten der verurteilten Person ergreifen kann (Art. 6 Abs. 2). Sobald sie der Ansicht ist, dass der ergangene Entscheid abgeändert werden muss, zum Vorteil oder zum Nachteil der beschuldigten Person, ist sie zur Beschwerde legitimiert.

Die *Absätze 2 und 3* hängen damit zusammen, dass der Entwurf die wichtigsten Strafbehörden, die vom Bund und den Kantonen bereitgestellt werden müssen, nur in allgemeiner Form bestimmt. Da der Bund und die Kantone eine hierarchische Struktur wählen können (oben Ziff. 2.2.1.1), ist es an ihnen zu bestimmen, welcher Staatsanwaltschaft die Beschwerdelegitimation zukommt.

*Absatz 4* regelt die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft des Bundes gegen kantonale Entscheide. Die Bestimmung entspricht materiell dem geltenden Recht (Art. 266 Bst. a und c, 267 und 270 Bst. d Ziff. 1 und 3 BStP)<sup>426</sup>.

<sup>425</sup> BBl 2005 4045; künftige SR-Nummer 173.110

<sup>426</sup> Die zusätzliche, in Art. 266 Bst. b BStP vorgesehene Möglichkeit ist mit Inkrafttreten des Strafgerichtsgesetzes vom 4. Oktober 2002 (SR 173.71) weggefallen (Änderung von Art. 18 Abs. 3 Satz 2 BStP, wonach die Bundesanwaltschaft die Anklage vor dem kantonalen Gericht führen konnte).

### Art. 390 Legitimation der übrigen Parteien

Diese Bestimmung enthält eine allgemeine Definition der Beschwerdelegitimation, die im Grossen und Ganzen derjenigen der aktuellen Prozessordnungen entspricht.

*Absatz 1* enthält keine abschliessende Liste der zur Beschwerde legitimierten Parteien. Der Parteibegriff ist im Sinn der Artikel 102 und 103 zu verstehen. Demnach wird nebst der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft auch den anderen am Verfahren beteiligten Personen die Beschwerdelegitimation zuerkannt, sofern sie sich am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt haben und ein rechtlich geschütztes Interesse geltend machen können. Wie bereits im Zusammenhang mit Artikel 103 erwähnt, verzichtet der Vorentwurf darauf, Verbänden Parteirechte und vor allem eine Rechtsmittellegitimation einzuräumen.

Die Privatklägerschaft kann das Urteil nach der allgemeinen Regel von *Absatz 2* sowohl im Schuld- als auch im Zivilpunkt anfechten<sup>427</sup>. Entgegen manchen Prozessgesetzen ist sie also nicht auf den Zivilpunkt beschränkt. Mit dieser relativ grosszügigen Regelung entfällt die nicht befriedigende Unterscheidung zwischen der Rechtsmittellegitimation der «gewöhnlichen» Privatklägerschaft einerseits und derjenigen der Opfer (vgl. Art. 8 Abs. 1 OHG) andererseits. Der Entwurf verzichtet dagegen darauf, der Privatklägerschaft (und damit auch dem Opfer) die Rechtsmittellegitimation auch im Strafpunkt zuzugestehen, weil diese in aller Regel keinen Einfluss auf die Beurteilung der Ansprüche im Zivilpunkt hat. Somit ist einzig die Staatsanwaltschaft legitimiert, bezüglich der ausgesprochenen Strafe ein Rechtsmittel einzulegen.

*Absatz 3* regelt die Legitimation der Angehörigen verstorbener Beschuldigter oder Privatkläger, Rechtsmittel einzulegen oder bereits eingelegte Rechtsmittel weiter zu betreiben. Angehörige nach Artikel 110 Absatz 1 nStGB<sup>428</sup> sind generell zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert. Damit wird der allgemeine Grundsatz der Rechtsnachfolge nach Artikel 119 Absatz 1 weitergeführt. Diese Regelung geht allerdings weiter als viele der geltenden Strafprozessordnungen, auch weiter als Artikel 270 Buchstabe b BStP, der ausdrücklich nur die Angehörigen der Beschuligten zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde zulässt.

### Art. 391 Sicherheitsleistung

Der Privatklägerschaft werden sehr weit gehende Rechtsmittelbefugnisse eingeräumt. Das Gegenstück bilden die Artikel 434, 435 und 440, wonach sie kosten- und entschädigungspflichtig werden kann. Damit die daraus abzuleitenden Ansprüche bei Rechtskraft der Endentscheide auch wirklich vollstreckt werden können, sieht *Absatz 1* vor, dass die Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz von der Privatklägerschaft entsprechende Sicherheiten verlangen kann. Damit das in Artikel 6 Absatz 1 EMRK gewährleistete Recht auf Zugang zu einem Gericht gewahrt wird, ist diese Regelung jedoch von den Gerichten mit Zurückhaltung anzuwenden. In Analogie zu Artikel 134 soll die prekäre wirtschaftliche Lage der Privatklägerschaft sie nicht an der Ergreifung eines Rechtsmittels hindern. Von der beschuldigten Person werden, auch bei Antragsdelikten, keine Sicherheitsleistungen verlangt,

<sup>427</sup> Die geschädigte Person, die sich noch nicht im Sinne der Art. 116 ff. als Privatklägerin konstituieren konnte (z.B. wegen einer Nichtanhandnahmeverfügung), kann selbstverständlich auch ein Rechtsmittel einlegen.

<sup>428</sup> BBl 2002 8240

um ihre Verteidigungsrechte nicht in einer nicht zu rechtfertigenden Weise einzuschränken.

#### *Art. 393* Begründung und Form

Bezüglich ihres Inhalts unterliegt die Rechtsmittelerklärung grundsätzlich keinen Formvorschriften. Es genügt, dass daraus erkennbar ist, dass die Partei den Entscheid nicht akzeptiert. Wenn jedoch im Entwurf verlangt wird, dass das Rechtsmittel begründet wird, so müssen die Anforderungen von *Absatz 1 Buchstaben a–c* eingehalten werden. Obwohl die Rechtsmittelbehörde nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist, kann von diesen im Interesse einer wirksamen Justiz erwartet werden, dass sie ihre Anträge genügend begründen.

Die *Absätze 2 und 3* bringen den Grundsatz zum Ausdruck, der teilweise im Gesetz selber (z.B. Art. 273 Abs. 2 BStP) oder in der Rechtsprechung formuliert wird, wonach es überspitzt formalistisch wäre, wenn die Behörde eine Verfahrenshandlung als fehlerhaft bezeichnet, obwohl die Unregelmässigkeit sofort erkennbar war und durch einen entsprechenden Hinweis der Partei Gelegenheit zur Verbesserung hätte erteilt werden können (Abs. 2). Ebenso entsteht aus der unrichtigen Bezeichnung eines Rechtsmittels kein Nachteil für die betreffende Partei (Abs. 3).

#### *Art. 394* Verzicht und Rückzug

*Absatz 1* übernimmt eine im schweizerischen Prozessrecht weit verbreitete Regelung, wonach jede Person, die zur Ergreifung eines Rechtsmittels legitimiert ist, nach der Mitteilung des anfechtbaren Entscheides auf das Rechtsmittel verzichten kann. Vor der Mitteilung des Entscheides bleibt der Verzicht wirkungslos, weil der Betroffene nicht verbindlich auf ein Recht verzichten kann, dessen Tragweite er nicht mit der erforderlichen Genauigkeit erkennen kann. Der Verzicht ist nur dann wirksam, wenn der Wille, das Recht auf Ergreifung eines Rechtsmittels aufzugeben, darin klar zum Ausdruck kommt. Er muss ausdrücklich erfolgen, durch eine schriftliche oder mündliche Erklärung, welche im Protokoll festgehalten wird.

*Absatz 2* schreibt vor, dass jedes Rechtsmittel zurückgezogen werden kann. Die Rückzugserklärung kann schriftlich oder, in Analogie zu Absatz 1, mündlich erfolgen.

Verzicht und Rückzug sind endgültig (*Abs. 3*), ausser wenn sie durch einen Willensmangel beeinflusst wurden. Im Fall einer unrichtigen Information durch eine Behörde darf die Partei nicht in der Lage gewesen sein, die Unrichtigkeit der Information sofort zu erkennen.

#### *Art. 395* Aufschiebende Wirkung

Nach Absatz 1 haben Rechtsmittel grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Das angefochtene Urteil kann demnach während des ganzen Rechtsmittelverfahrens vollstreckt werden, auch wenn die obere Behörde nicht entschieden hat oder das Rechtsmittel nicht zurückgezogen wurde. Als Ausnahme ist einzig bei der Berufung die aufschiebende Wirkung vorgesehen (Art. 409). Die Verfahrensleitung kann auch einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen.

#### Art. 396      Verfahrensleitende und vorsorgliche Massnahmen

Diese Bestimmung nennt die Fälle, in denen die Verfahrensleitung verfahrensleitende und vorsorgliche Massnahmen trifft. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Die Massnahmen müssen unaufschiebbar sein. Die vorsorglichen Massnahmen – sie dienen der Sicherstellung von Beweismitteln oder der beschuldigten Person – gelten nur für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens. Bei dessen Abschluss sind sie aufzuheben oder können in ordentliche Massnahmen umgewandelt werden. Die Haft (*Bst. b*) kann auch gegenüber einer freigesprochenen Person angeordnet werden, namentlich wenn die Staatsanwaltschaft gegen das Urteil Berufung eingelegt hat und Flucht- oder Kollusionsgefahr besteht oder wenn das Urteil im Rahmen eines Revisionsverfahrens aufgehoben werden muss, weil neue Tatsachen eine Verurteilung der freigesprochenen Person als sehr wahrscheinlich erscheinen lassen und diese somit ein Interesse haben könnte, die Flucht zu ergreifen.

#### Art. 397      Beweisergänzungen

Die Beweise wurden bereits im Vorverfahren und durch das erstinstanzliche Gericht abgenommen. Nach dem Grundsatz der Beschleunigung und der Wirksamkeit wird die Abnahme dieser Beweise in der Regel durch die Rechtsmittelbehörde nicht wiederholt (*Abs. 1*).

*Absatz 2* zählt alternativ die Fälle auf, in denen die Beweisabnahme wiederholt werden muss.

Da der Grundsatz der materiellen Wahrheit im Strafverfahren anwendbar ist, kommt den Strafbehörden bei der Beweisführung eine aktive Rolle zu (*Abs. 3*). Beweise sind notwendig, wenn sie den Ausgang des Verfahrens beeinflussen könnten.

#### Art. 398      Schriftliches Verfahren

Der Entwurf sieht nicht nur bei der Beschwerde (Art. 401 ff.), sondern auch bei der Berufung (Art. 406 ff.) und der Revision (Art. 417 ff.) ganz oder teilweise ein schriftliches Verfahren vor. Artikel 398 enthält für dieses schriftliche Verfahren einige allgemeine Regeln.

Die *Absätze 2 und 3* stellen eine Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Artikel 29 BV und Artikel 6 Absatz 1 EMRK dar. Nach der Strassburger Rechtsprechung ist mit dem Begriff des fairen Verfahrens grundsätzlich auch das Recht der Parteien verbunden, von den gesamten Akten und Vorbringen Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern<sup>429</sup>.

*Absatz 5* ermöglicht es, trotz vorgesehenem schriftlichen Verfahren von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei eine mündliche Verhandlung anzusetzen. Auf Grund dieser Vorschrift kann die Verfahrensleitung beispielsweise anstelle des schriftlichen Verfahrens bei Übertretungen (Art. 361 Abs. 2 i.V.m. Art. 357) in Anwendung von Artikel 6 EMRK eine mündliche Verhandlung ansetzen, wenn sie der Ansicht ist, dass ein wichtiges öffentliches Interesse es erfordert, oder wenn eine Partei es beantragt.

<sup>429</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 18. Februar 1997 i.S. Nideröst-Huber gegen die Schweiz, Rec. 1997-I, 110, Ziff. 24.

*Absatz 1* konkretisiert den Grundsatz der materiellen Wahrheit und das Legalitätsprinzip, welche den Strafprozess beherrschen (Art. 6 und 7). Diese Grundsätze gelten auch im Rechtsmittelverfahren: Die Rechtsmittelinstanz hat ihr Urteil unabhängig von den Anträgen und Begründungen der Parteien zu fällen. Dieser Grundsatz wird allerdings, ausser was das Verfahren im Zivilpunkt anbelangt (vgl. *Abs. 1 Bst. b*), zweifach eingeschränkt: Einerseits hat bei der Berufung das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte des erstinstanzlichen Urteils zu überprüfen (Art. 411 Abs. 1), andererseits wird die volle Kognition der Rechtsmittelbehörde durch das Verbot der *reformatio in peius* eingeschränkt (*Abs. 2*). Diesem Grundsatz kommt nicht Verfassungsrang zu, er wird aber bereits von den meisten schweizerischen Strafprozessordnungen gewährleistet. Er garantiert der beschuldigten oder verurteilten Person das Recht, ein Rechtsmittel zu ergreifen, ohne das Risiko einzugehen, dass das Urteil im Straf- oder im Zivilpunkt zu seinem Nachteil abgeändert wird. Der Sinn der Bestimmung schützt die verurteilte Person nicht nur gegen eine strengere Verurteilung, also gegen eine Verschärfung der im Urteilsdispositiv verhängten Sanktion und die Wahl einer anderen, strengeren Sanktionsart, sondern auch gegen eine Abänderung der ursprünglichen juristischen Qualifikation der Tatsachen in eine strengere Qualifikation. Das Verbot der *reformatio in peius* wird durch den zweiten Satz von Absatz 2 eingeschränkt. Es wäre in der Tat stossend, wenn Tatsachen, Akten oder Beweismittel, von denen erst nach dem Urteil des erstinstanzlichen Urteils Kenntnis erlangt wurde, nicht – auch zum Nachteil der beschuldigten Person – verwendet werden könnten.

Da sie in diesem Fall an die Anträge gebunden ist (*Abs. 1*), darf die Rechtsmittelinstanz, wenn einzig die Privatklägerschaft ein Rechtsmittel ergriffen hat, das Urteil nur in deren Interesse abändern (*Abs. 3*). Sie kann die Anträge der Privatklägerschaft nur gutheissen, abweisen oder das angefochtene Urteil bestätigen.

#### Art. 400      Ausdehnung gutheissender Rechtsmittelentscheide

Diese Bestimmung sieht vor, dass der Anwendungsbereich der Urteile, in denen das Rechtsmittel einer beschuldigten oder verurteilten Person gutgeheissen wird, auf die anderen beschuldigten oder verurteilten Personen ausgedehnt wird, welche kein Rechtsmittel ergriffen haben. Damit wird bezweckt, nachträgliche Revisionsgesuche zu vermeiden. Die Bestimmung findet nur dann Anwendung, wenn die Behörde den Sachverhalt anders beurteilt und die Abänderung oder Aufhebung des angefochtenen Entscheids auch die anderen beschuldigten oder verurteilten Personen betrifft, welche kein Rechtsmittel ergriffen haben.

## 2.9.2                      2. Kapitel: Beschwerde (Art. 401–405)

#### Art. 401      Zulässigkeit und Beschwerdegründe

*Absatz 1* umschreibt den Beschwerdegegenstand.

Die *Buchstaben a–c* zählen die Handlungen und Entscheide auf, die mit Beschwerde angefochten werden können:

Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei gemäss *Buchstabe a* sind namentlich die vorläufige Festnahme, die Beschlagnahme, die Hausdurchsuchung

usw. Bei den Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Staatsanwaltschaft und Übertretungsstraßbehörden steht die Anordnung von Zwangsmassnahmen im Vordergrund. Gemäss *Buchstabe a* kann jede Verfahrenshandlung mit Beschwerde angefochten werden, auch jede Unterlassung. Dazu zählt namentlich die Rechtsverweigerung. Die Nichtanhandnahme- (Art. 310) und die Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft und der Übertretungsstraßbehörden sind ebenfalls mit Beschwerde anfechtbar (Art. 323).

*Buchstabe b* sieht vor, dass Beschlüsse und Verfügungen der erstinstanzlichen Gerichte, welche nicht ein Urteil darstellen (Art. 78), mit Beschwerde anzufechten sind. Es sind dies beispielsweise Zwangsmassnahmen oder Endentscheide im selbständigen Massnahmeverfahren (Art. 379 ff.). Die Einschränkung in *Buchstabe b zweiter Teilsatz* soll verhindern, dass die Verhandlung durch die separate Anfechtung verfahrensleitender Entscheide unterbrochen werden müsste. Diese Bestimmung schliesst deshalb in solchen Fällen die sofortige Beschwerde aus. Die Fehlerhaftigkeit dieser Zwischenentscheide kann jedoch mit der Anfechtung des Endentscheids geltend gemacht werden, soweit sie sich darauf ausgewirkt haben.

Die Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts sind grundsätzlich endgültig. Eine Ausnahme bilden Beschwerden gegen Entscheide betreffend die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft, wenn diese mindestens drei Monate gedauert hat (Art. 221 Abs. 2), Beschwerden nach der Mitteilung der Gründe und der Dauer einer Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 278 Abs. 3) sowie Beschwerden gegen den Einsatz von technischen Überwachungsgeräten (Art. 280 Abs. 3) und gegen eine verdeckte Ermittlung (Art. 297 Abs. 3).

Gemäss *Absatz 2* stellt die Beschwerde ein umfassendes Rechtsmittel dar, das auch die Verhaltensweisen einschliesst, für die einzelne kantonale Rechte einen besonderen Behelf vorsehen. Sie kann ohne Einschränkung erhoben werden. Die Rechtsmittelinstanz verfügt über eine volle Kognition. Die Beschwerde wird sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht geprüft.

#### *Art. 402*      Ausschluss der Beschwerde

*Absatz 1 Buchstabe a* wiederholt den subsidiären Charakter der Beschwerde im Verhältnis zur Berufung (Art. 20 Abs. 1). Um das Beschwerdeverfahren nicht zu verzögern, schliesst der Entwurf in Abweichung von der allgemeinen Regel in Artikel 401 Absatz 1 Buchstabe a die Beschwerde gegen die Ablehnung von Beweisanträgen durch die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstraßbehörde aus, wenn der Antrag vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholt werden kann (*Bst. b*, vgl. Art. 332 Abs. 3).

*Buchstabe c* hält fest, dass Beschwerdeentscheide endgültig sind. Diese Bestimmung stellt einen Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes von Artikel 388 dar.

#### *Art. 403*      Kollegialgericht als Beschwerdeinstanz

Diese Bestimmung soll der Verfahrensvereinfachung dienen. In Beschwerdeverfahren von geringfügiger Bedeutung soll der Fall nicht vom Plenum, sondern von der Verfahrensleitung behandelt werden, welche als Einzelgericht entscheidet, wenn die Beschwerde Übertretungen (*Bst. a*) oder Kosten, Entschädigungen, Einziehungen etc. als wirtschaftliche Nebenfolgen eines Entscheides bei einem strittigen Betrag von nicht mehr als 5000 Franken (*Bst. b*) betrifft.

#### *Art. 404* Form und Frist

Für die Beschwerde ist die schriftliche Form vorgeschrieben. Die Anforderungen an Schriftform und Begründung sind in den Artikeln 393 und 398 geregelt. Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage, ausser für die Beschwerde wegen materieller oder formeller Rechtsverweigerung, welche an keine Frist gebunden ist.

#### *Art. 405* Verfahren und Entscheid

Gemäss *Absatz 1* ist das Verfahren schriftlich. Ausnahmsweise kann die Beschwerdeinstanz eine Verhandlung anordnen (Art. 398 Abs. 5).

*Absatz 2* sieht vor, dass die Beschwerde reformatorisch oder kassatorisch wirken kann. Im letzteren Fall weist die Beschwerdebehörde die Sache an die Vorinstanz zurück. Dies wird namentlich dann der Fall sein, wenn der vorinstanzliche Entscheid auf einer unvollständigen Sachverhaltsfeststellung beruht, ungenügend begründet ist oder Widersprüche enthält, die nicht durch Auslegung beseitigt werden können.

*Absatz 3* regelt den Sonderfall, dass die Beschwerdeinstanz eine Beschwerde gegen eine Einstellungsverfügung gutheisst. Die Gründe für die Gutheissung können in der Auffassung der Beschwerdeinstanz liegen, dass entweder Anklage oder noch weitere Beweise zu erheben sind. Grundsätzlich richtet sich die Tätigkeit der Strafbehörden nur nach dem Recht und unterliegt keinen Weisungen seitens anderer Behörden (Art. 4). *Absatz 3* stellt eine Ausnahme von diesem Grundsatz dar, da die Beschwerdeinstanz im Interesse der Verfahrenseffizienz der Staatsanwaltschaft und der Übertretungsstrafbehörde in Bezug auf die Fortsetzung des Verfahrens Weisungen erteilen kann. Diese der Beschwerdeinstanz gewährte Befugnis ist auch dann gerechtfertigt, wenn eine formelle Rechtsverweigerung festgestellt wird, namentlich um zu verhindern, dass die Anklage gegen die beschuldigte Person aufrechterhalten wird und damit der Zustand der Unsicherheit fortdauert.

### **2.9.3**

## **3. Kapitel: Berufung**

#### **2.9.3.1**

### **1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (Art. 406–409)**

#### *Art. 406* Zulässigkeit und Berufungsgründe

*Absatz 1* umschreibt den Anwendungsbereich der Berufung. Diese stellt das primäre Rechtsmittel gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte dar. Sie ist nur gegen Urteile einer gerichtlichen Behörde zulässig. Anfechtbar sind alle Urteile, mit denen Fragen des materiellen Rechts erstinstanzlich abschliessend entschieden worden sind. In der Regel sind dies Urteile, die auf Verurteilung oder Freispruch lauten. Die Berufung ist jedoch nicht auf diesen Anwendungsfall beschränkt. Anfechtbar sind darüber hinaus auch Entscheide, mit denen das Strafgericht einen Zivilanspruch im Grundsatz gutgeheissen hat.

Fälle schwerer Kriminalität, die gemäss den Artikeln 23 und 24 der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen, sollen mit Berufung angefochten werden können (vgl. o. Ziff. 1.8.2).

In Verfahren betreffend Verbrechen oder Vergehen stellt die Berufung ein vollkommenes Rechtsmittel dar, mit welchem sowohl rechtliche als auch tatsächliche

Beschwerdegründe geltend gemacht werden können (*Abs. 2 und 3*). Sie ermöglicht eine materielle Überprüfung der Sache durch die obere Gerichtsbarkeit.

Im geltenden Recht ist die Berufung für Fälle leichter Kriminalität regelmässig ausgeschlossen. Der vorliegende Entwurf lässt sie unter bestimmten Voraussetzungen auch in Übertretungsfällen zu (*Abs. 4*). Die Überprüfung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht ist dabei jedoch beschränkt. Die Berufung nähert sich damit in diesem Bereich der bisherigen Nichtigkeitsbeschwerde an, welche das Bundesrecht und einige Kantone kannten. Die Qualifikation als Übertretung hängt nicht vom Ergebnis des angefochtenen Urteils, sondern vom Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens ab. Lautete die Anklage der Staatsanwaltschaft auf ein Vergehen, sprach das Gericht aber die Beschuldigten nur einer Übertretung schuldig, ist die Einschränkung von Absatz 4 demnach nicht anwendbar.

Damit die im Strafverfahren adhäsionsweise geltend gemachten Zivilansprüche bezüglich der Rechtsmittel gegenüber dem Zivilprozess nicht besser gestellt werden, ist die Berufung nach *Absatz 5* auch beschränkt, wenn sie sich nur auf den Zivilpunkt bezieht: Sie ist nur dann zulässig, wenn sie nach dem am Ort des erstinstanzlichen Gerichts anwendbaren Zivilprozessrechts möglich wäre. Das erstinstanzliche Gericht muss ausserdem materiell, zumindest dem Grundsatz nach, über die Zivilansprüche entschieden haben (Art. 124). Wurden diese auf den Zivilweg verwiesen, ist eine Berufung nicht zulässig. Diese Beschränkungen gelten nicht, wenn das Urteil auch im Schuld- oder im Strafpunkt angefochten wurde.

#### *Art. 407*      Anmeldung der Berufung und Berufungserklärung

Das Berufungsverfahren läuft in zwei Teile ab:

Gemäss *Absatz 1* muss eine Partei, wenn sie Berufung einlegen will, diese anmelden. Die Möglichkeit der mündlichen Anmeldung stellt eine Abweichung von der allgemeinen Regel des Artikels 393 dar. Sie knüpft an den praktisch bedeutsamen Fall an, dass die Partei, welche Berufung einlegen will, im Anschluss an die mündliche Urteilsöffnung sofort eine entsprechende Erklärung abgibt. Die Erklärung wird im Protokoll festgehalten. Liegt das begründete Urteil vor, wird es den Parteien und zusammen mit der Berufungsanmeldung dem Berufungsgericht zugestellt.

Nach der Zustellung des begründeten Urteils verfügt die Partei, die die Berufung angemeldet hat, über eine Frist von zwanzig Tagen, um dem Berufungsgericht eine schriftliche Berufungserklärung zukommen zu lassen. Die *Absätze 3 (Bst. a) und 4* knüpfen an den in bestimmten kantonalen Prozessordnungen vorgesehenen Grundsatz an, wonach eine Beschränkung der Berufung zulässig ist. Der vorliegende Entwurf übernimmt diesen Grundsatz aus prozessökonomischen Gründen, aber auch aus der Überlegung heraus, dass eine Partei, wenn sie ganz auf die Ergreifung eines Rechtsmittels verzichten kann, auch teilweise darauf verzichten können muss. In der Berufung ist anzugeben, welche Teile des Urteils angefochten werden und welche zusätzlichen Beweisanträge gestellt werden. *Absatz 4* zählt abschliessend auf, welche Teile eines Urteils getrennt angefochten werden können, und legt den Gegenstand der Berufung definitiv fest. Die Tragweite der Berufung kann später durch einen teilweisen Rückzug der Berufung eingeschränkt, nicht aber erweitert werden.

#### *Art. 408* Vorprüfung und Anschlussberufung

Diese Bestimmung übernimmt die Regel von Artikel 393 Absatz 2. Nach Empfang der Berufungserklärung prüft das Berufungsgericht, ob diese die Voraussetzungen von Artikel 408 erfüllt. Wenn dies nicht der Fall ist, gewährt es der Partei eine Nachfrist zur Verdeutlichung der Berufungserklärung.

Die *Absätze 2 und 3* gewährleisten den anderen Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör: Ihnen wird eine Kopie der den Anforderungen von Artikel 407 genügenden Berufungserklärung zugestellt (*Abs. 2*), und sie können innert einer Frist von zwanzig Tagen einen begründeten Antrag auf Nichteintreten (*Abs. 3 Bst. a*) stellen oder die Anschlussberufung erklären (*Abs. 3 Bst. b*).

Die Parteien, welche eine Anschlussberufung erklären, müssen ebenfalls angeben, welche Teile des Urteils sie anfechten (*Abs. 4*). Ficht die Privatklägerschaft den Entscheid mit Anschlussberufung an, sind die Beschränkungen von Artikel 391 Absatz 2 sinngemäss anwendbar. Im geltenden Recht kennen einige Kantone keine Anschlussberufung, andere sehen vor, dass diese unabhängig von den in der Hauptberufung angefochtenen Punkten oder aber nur auf diese bezogen erklärt werden kann. Obwohl auch der Entwurf vom akzessorischen Charakter der Anschlussberufung ausgeht (*Abs. 6*), wird diese nicht auf den Gegenstand der Hauptberufung beschränkt, ausser wenn diese von der beschuldigten Person oder der Privatklägerschaft erklärt wurde und sich nur auf den im erstinstanzlichen Urteil behandelten Zivilpunkt bezieht. In einem solchen Fall wird die Anschlussberufung auf diesen Punkt beschränkt.

#### *Art. 409* Wirkung der Berufung

Im Gegensatz zur Beschwerde und zur Revision hat die Berufung aufschiebende Wirkung. Nur die in der Berufungserklärung nicht angefochtenen Urteilspunkte werden rechtskräftig und vollstreckbar. Die Verfahrensleitung wird die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des Urteils bezüglich dieser Punkte feststellen, namentlich der Hauptpunkte, wenn sich die Berufung auf den Zivilpunkt oder Nebenpunkte beschränkt.

### **2.9.3.2**                      **2. Abschnitt: Verfahren (Art. 410–414)**

#### *Art. 410* Eintreten

Analog zu Artikel 330 regelt *Absatz 1* die üblichen Abklärungen bezüglich der Zulässigkeit (*Bst. a–c*), welche das Berufungsgericht bei Empfang der Berufungserklärung auf Antrag der Verfahrensleitung oder einer Partei durchführen muss. Es prüft namentlich, ob die Berufung in der vorgeschriebenen Frist angemeldet und erklärt wurde, ob sie begründet ist und ob die Verjährung eingetreten ist. Eintretensentscheide ergehen in einem schriftlichen Verfahren; das Berufungsgericht gibt den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme, um den Anspruch auf rechtliches Gehör zu wahren (*Abs. 2*).

Wenn das Berufungsgericht auf die Berufung nicht eintritt, eröffnet es den Parteien schriftlich den begründeten Entscheid (*Abs. 3*). Die Anforderung der Schriftform ist gerechtfertigt, damit die Parteien gegebenenfalls gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Bundesgericht erheben können. Ist die Eintretensfrage nicht

umstritten oder tritt das Berufungsgericht trotz gegenteiliger Anträge der Verfahrensleitung oder der Parteien ein, wird den Parteien kein formeller Entscheid eröffnet. Diese Lösung, die der Prozessökonomie dient, rechtfertigt sich dadurch, dass gegen Eintretensentscheide kein Rechtsmittel zulässig ist.

Liegt kein Nichteintretensgrund vor, trifft die Behörde im Hinblick auf die Durchführung des schriftlichen oder mündlichen Verfahrens die notwendigen Anordnungen (*Abs. 4*). Die Artikel 336 ff. sind sinngemäss anwendbar. Würde im Rahmen der Prüfung nach Absatz 1 kein Nichteintretensentscheid gefällt, hindert dies nicht daran, die Eintretensfrage später wieder aufzugreifen und zu entscheiden.

#### *Art. 411*      Umfang der Überprüfung

Grundsätzlich ist das Berufungsgericht nach *Absatz 1* an die Anträge der Parteien gebunden und kann nicht darüber hinausgehen.

Diese Bestimmung wird jedoch dadurch eingeschränkt, dass das Berufungsgericht zu Gunsten der beschuldigten Person über die Anträge der Parteien hinausgehen kann (*Abs. 2*).

#### *Art. 412*      Mündliches Verfahren

Grundsätzlich ist das Berufungsverfahren mündlich. Die Berufsungsverhandlung richtet sich nach den Bestimmungen über die erstinstanzliche Hauptverhandlung (*Abs. 1*).

Die *Absätze 2–4* regeln die Teilnahme der Parteien an der Berufsungsverhandlung. Um den kontradiktorischen Charakter des Strafverfahrens zu wahren, erstreckt sich das Recht der Parteien auf Teilnahme am Prozess auch auf das Berufungsverfahren. Die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft können auf Antrag von der Teilnahme dispensiert werden. Dies wird dann möglich sein, wenn die Teilnahme der beschuldigten Person oder der Privatklägerschaft nicht unerlässlich ist.

Gemäss *Absatz 3 Buchstabe a* muss die Staatsanwaltschaft in den Fällen von Artikel 338 *Absätze 3* und *4*, also wenn sie eine unbedingte Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme beantragt oder wenn sie durch die Verfahrensleitung dazu verpflichtet wird, an der Berufsungsverhandlung teilnehmen (*Bst. a*). Eine Teilnahmepflicht besteht auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft Berufung oder Anschlussberufung erklärt hat (*Bst. b*); dadurch sollen die in der Praxis nicht seltenen Fälle eingeschränkt werden, in denen die Anschlussberufung vor allem erhoben wird, um die beschuldigte Person zum Rückzug der Berufung zu bewegen.

Ist die Staatsanwaltschaft nicht zur persönlichen Teilnahme verpflichtet, kann sie schriftliche Anträge einreichen oder darauf verzichten. Hat sie weder Berufung noch Anschlussberufung eingelegt, so hat sie ein gewisses Desinteresse dem Fall gegenüber gezeigt und kann anders als im erstinstanzlichen Hauptverfahren (vgl. Art. 338 *Abs. 1*) an der Berufsungsverhandlung nicht teilnehmen.

#### *Art. 413*      Schriftliches Verfahren

Der Entwurf sieht in bestimmten Fällen im Interesse der Entlastung der Gerichte ein ausschliesslich schriftliches Berufungsverfahren vor. Es unterliegt jedoch strikten Voraussetzungen, denn es könnte sonst dem Recht auf ein öffentliches Verfahren nach Artikel 6 Absatz 1 EMRK und Artikel 14 Absatz 1 IPBPR zuwiderlaufen.

Die Anwendungsfälle werden in den *Buchstaben a–e* aufgezählt.

Der Begriff Rechtsfragen in *Buchstabe a* bezeichnet zum Beispiel die Frage der Verjährung der betreffenden Handlungen oder die Qualifikation der deliktischen Handlung, im Gegensatz zu den Umständen des Sachverhalts.

Die Buchstaben *d und e* lassen die Berufung in Bezug auf die Nebenfolgen eines Urteils sowie auf die Massnahmen im Sinn der Artikel 66–73 nStGB<sup>430</sup> zu. Im geltenden Recht sind diese Fälle mit Beschwerde oder Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar, welche bereits in einem schriftlichen Verfahren behandelt werden.

*Absatz 2* sieht unter der Bedingung, dass die Parteien zustimmen, noch in zwei weiteren Fällen ein schriftliches Verfahren als Möglichkeit vor (*Bst. a und b*): Die Verfahrensleitung kann ein schriftliches Verfahren anordnen, wenn die Anwesenheit der beschuldigten Person nicht notwendig ist, namentlich wenn diese nicht persönlich befragt werden muss. Der Parteivortrag kann hier durch einen Austausch von Rechtsschriften ersetzt werden. Zudem kann der Verzicht auf ein mündliches Verfahren gerechtfertigt sein, wenn nicht ein Kollegialgericht, sondern ein Einzelgericht entschieden hat und die Sache entsprechend von relativ geringer Bedeutung ist.

Gemäss *Absatz 3* sind die Parteien im schriftlichen Verfahren zur Einreichung einer schriftlichen Eingabe verpflichtet (Art. 398). Wenn eine Partei die Anschlussberufung erklären will, muss diese in der Antwort auf die Hauptberufung begründet werden. Das weitere Verfahren richtet sich nach Artikel 398 Absätze 2–4.

#### *Art. 414* Säumnis der Parteien

Dieser Artikel bestimmt die Konsequenzen der Säumnis einer Partei. Diese sind nicht dieselben wie in den Artikeln 373 ff. über das Abwesenheitsverfahren.

Gemäss Absatz 1 gilt die Berufung oder die Anschlussberufung als zurückgezogen, wenn die Partei, die sie erklärt hat, eine Voraussetzung nach den Buchstaben a–c erfüllt. Nach *Buchstabe a* wird eine abwesende Partei, die sich rechtmässig vertreten lässt, nicht als säumig betrachtet. *Buchstabe b* erwähnt den Fall, dass eine private Partei (beschuldigte Person oder Privatklägerschaft), die von der Teilnahme an der Verhandlung befreit wurde, keine schriftlichen Anträge einreicht (Art. 412 Abs. 2 und 413 Abs. 3). Die Bestimmung ist nicht auf die Staatsanwaltschaft anwendbar, welche im Gegensatz zu den Privatparteien nicht zur Einreichung einer Rechtsschrift verpflichtet ist (Art. 412 Abs. 4). Der Säumnis gleichgestellt ist der Fall, dass die betreffende Partei nicht vorgeladen werden konnte, weil sie es in Verletzung von Artikel 85 unterliess, ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen (*Bst. c*).

Die *Absätze 2 und 3* regeln das Verfahren bei Säumnis der beschuldigten Person. Wenn diese in einem Fall, in dem die Berufung von der Staatsanwaltschaft oder von der Privatklägerschaft erklärt wurde, an der Berufungsverhandlung nicht erscheint, wird ein Abwesenheitsverfahren gemäss den Artikeln 373 ff. eingeleitet. Ist einzig die Verteidigung säumig, muss die Verhandlung vertagt werden. Dasselbe gilt im Übrigen, wenn die Staatsanwaltschaft bei notwendiger Anwesenheit ausbleibt.

Wird die Berufung auf den Zivilpunkt beschränkt, so kann gemäss Absatz 3 auf Grund der Akten entschieden werden.

### 2.9.3.3

## 3. Abschnitt: Berufungsentscheid (Art. 415 und 416)

### Art. 415 Neues Urteil

Diese Bestimmung, wonach das Berufungsgericht im Eintretensfall ein neues Urteil fällt, betont den reformatorischen Charakter der Berufung. Angesichts der Möglichkeit, die Berufungserklärung auf bestimmte Punkte des Urteils zu beschränken, bezieht sich die reformatorische Wirkung nur auf die im Berufungsverfahren angefochtenen Punkte.

### Art. 416 Aufhebung und Rückweisung

Ausnahmsweise hat die Berufung kassatorische Wirkung: Das Berufungsgericht erlässt nicht ein neues Urteil, sondern hebt den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache zur Neubeurteilung an das erstinstanzliche Gericht zurück. In Übereinstimmung mit einigen geltenden Prozessordnungen erfolgt diese Aufhebung bei erheblichen Verfahrensmängeln, die zur Folge hatten, dass den Parteien in erster Instanz kein ordnungsgemässes Verfahren gewährleistet war und eine materielle Behandlung der Berufung zur Folge hätte, dass die betroffene Partei faktisch eine Instanz verlieren würde. Es sind dies vorab Fälle, in denen den Parteien das rechtliche Gehör nicht gewährt wurde. Der Fall wird auch dann an die Vorinstanz zurückgewiesen, wenn diese nicht ordnungsgemäss alle Anklagepunkte oder auch den Zivilpunkt behandelt hat (*Abs. 1*).

Wenn das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil aufhebt, erteilt es der Vorinstanz verbindliche Weisungen darüber, welche Verfahrenshandlungen zu ergänzen oder zu wiederholen sind (*Abs. 2*).

Das erstinstanzliche Gericht ist an die Erwägungen des Berufungsgerichts gebunden (*Abs. 3*).

### 2.9.4

## 4. Kapitel: Revision (Art. 417–422)

Unabhängig von den vom Gesetzgeber aufgestellten Garantien, wie dem doppelten Instanzenzug und der Möglichkeit der Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht, kann bei einem Gerichtsurteil die Gefahr eines Tatsachenirrtums nie ausgeschlossen werden. Manchmal kann ein rechtskräftiges Urteil, gegen welches kein Rechtsmittel mehr offen steht, einen Justizirrtum darstellen. Da die Urteile der Gerichtsbehörden namentlich für die zu einer Strafe oder Massnahme verurteilte Person mit gewichtigen Auswirkungen verbunden sind, kennen alle geltenden schweizerischen Strafprozessordnungen die Revision (vgl. Art. 385 nStGB<sup>431</sup>).

### Art. 417 Zulässigkeit und Revisionsgründe

Gemäss *Absatz 1* steht die Revision gegen rechtskräftige Urteile von Gerichten aller Instanzen offen. Ebenfalls anfechtbar sind Urteile, die in einem vereinfachten Verfahren ergangen sind, wie das Strafbefehls- (Art. 355 ff.) oder das Übertretungsstrafverfahren (Art. 361 ff.), denn gerade in diesen Fällen können erhebliche Tatsa-

<sup>431</sup> BBl 2002 8240

chen oder Beweismittel ausser Acht gelassen worden sein. Ein Revisionsverfahren kann zudem gegen einen nachträglichen richterlichen Entscheid eingeleitet werden, wie den Entscheid über den Vollzug einer bedingten Strafe. Die Revision kann sich auch auf die Schuldfrage und den Zivilpunkt beziehen, nicht jedoch auf die Kosten oder Entschädigungen.

Die Revision ist ein subsidiäres Rechtsmittel: Sie ist nicht zulässig gegen Entscheide, welche mit einem anderen Rechtsmittel noch abgeändert werden können, weil sie nicht dazu dienen soll, ein verpasstes Rechtsmittel nachzuholen. Obwohl eine rechtskräftige Einstellungsverfügung einem Freispruch gleichgesetzt ist, kann sie demnach nicht mit Revision angefochten werden, weil das mit einer Einstellungsverfügung abgeschlossene Vorverfahren wieder aufgenommen werden kann, wenn der Staatsanwaltschaft neue Tatsachen oder neue Beweismittel bekannt werden (Art. 324).

Die Personen, die zur Revision legitimiert sind, werden in den Artikeln 389 und 390 aufgezählt. Die Staatsanwaltschaft kann demnach ebenfalls ein Revisionsgesuch stellen. Die Revision kann grundsätzlich nicht nur zu Gunsten, sondern unter denselben Voraussetzungen auch zu Ungunsten der beschuldigten Person erfolgen. Die in einigen Prozessordnungen vorgesehene Beschränkung auf Revisionsfälle zu Gunsten der beschuldigten Person und die in anderen Gesetzen vorgenommene Unterscheidung zwischen einer Revision zu Gunsten und einer Revision zu Ungunsten der beschuldigten Person werden demnach nicht mehr beibehalten.

Die Revisionsgründe werden in den *Buchstaben a–c* sowie in Absatz 2 abschliessend aufgezählt. Sie entsprechen den Gründen für die Aufhebung eines Urteils, wie sie vielen Strafprozessordnungen bekannt sind und auch von den Experten vorgeschlagen worden sind<sup>432</sup>.

Der Anfang von *Buchstabe a* übernimmt Artikel 385 nStGB<sup>433</sup>. Diese Bestimmung stellt für die Revision eine doppelte Anforderung auf, die den Gründen für die Aufhebung eines Urteils entsprechen, wie sie in zahlreichen Strafprozessordnungen vorkommen: Die Tatsachen oder Beweismittel dürfen der Behörde nicht bekannt gewesen und sie müssen erheblich sein. Unter Tatsache ist jeder Umstand zu verstehen, der im Sachverhalt des Urteils berücksichtigt werden kann. Neue Tatsachen sind namentlich Indizien, die Echtheit einer Urkunde, eine falsche Zeugenaussage oder nach dem Urteil gemachte Äusserungen. Die Beweismittel werden im 4. Titel dieses Gesetzes genannt. Diese Tatsachen oder Beweismittel gelten als unbekannt, wenn sie der Vorinstanz nicht in irgendeiner Form unterbreitet wurden, nicht jedoch, wenn sie vom Richter geprüft wurden, dieser daraus aber nicht die richtigen Schlüsse gezogen hat oder sich nicht bewusst war, was die Tatsache oder das Beweismittel aufzeigen sollte. Ebenfalls nicht als unbekannt gelten Tatsachen, die nach dem Urteil eingetreten sind, dessen Revision verlangt wird. Die Tatsachen oder Beweismittel müssen erheblich sein, das heisst geeignet, eine bedeutende Änderung der rechtlichen Qualifikation oder des Strafmasses herbeizuführen.

Buchstabe a geht weiter als Artikel 385 nStGB, weil er ein Revisionsgesuch sowohl zu Gunsten als auch zu Ungunsten der verurteilten Person zulässt. Wenn die beschuldigte Person im erstinstanzlichen Verfahren schuldig gesprochen und ihr Sanktionen auferlegt wurden, wird die Revision nur dann zum Zuge kommen, wenn

<sup>432</sup> Aus 29 mach 1, S. 160 f.

<sup>433</sup> BBl 2002 8240

die neuen Tatsachen oder Beweismittel eine bedeutend schwerere Strafe voraussetzen lassen<sup>434</sup>.

Der Revisionsgrund nach *Buchstabe b* ist zum Beispiel dann gegeben, wenn zwei oder mehrere Personen für dieselbe Straftat in zwei Strafurteilen verurteilt wurden, welche sich in dem Sinn widersprechen, dass nach demselben Sachverhalt eine verurteilte Person bei Schuld der anderen nur als unschuldig betrachtet werden kann. Der Widerspruch kann sich nur auf ein tatsächliches Element beziehen. Ein Widerspruch in der Rechtsanwendung oder eine nachträgliche Änderung der Rechtsprechung sind nicht ausreichend.

Damit die Voraussetzungen von *Buchstabe c* erfüllt sind, muss die strafbare Handlung, die auf das Ergebnis des Verfahrens eingewirkt hat, nicht notwendigerweise durch ein Urteil festgestellt worden sein (z.B. verjährte Straftat, Tod oder Urteilsunfähigkeit der beschuldigten Person); es genügt, wenn das Gericht die Überzeugung erlangt, dass die Straftat begangen wurde. Aus der Tatsache, dass der Entwurf die Konstellationen nach Buchstabe c und Buchstabe a separat regelt, wird ersichtlich, dass nicht notwendigerweise ein Kausalzusammenhang zwischen der strafbaren Handlung und dem angefochtenen Urteil vorliegen muss. Eine Straftat nach Buchstabe c kann namentlich dann vorliegen, wenn ein Richter korrupt ist, denn er hat in einem solchen Fall unabhängig vom Ergebnis des Entscheids seine moralische Autorität verloren.

Der Revisionsgrund in *Absatz 2* findet sich in neueren oder kürzlich überarbeiteten Prozessordnungen. Die vorgeschlagene Bestimmung übernimmt die Voraussetzungen, die von der Rechtsprechung<sup>435</sup> verdeutlicht und in Artikel 122 BGG<sup>436</sup> festgehalten wurden. Ein Urteil soll revidiert werden, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf Grund einer Verletzung der EMRK eine Individualbeschwerde gegen die Schweiz gutgeheissen hat. In einem solchen Fall wird die Revision jedoch nur dann erfolgen, wenn die Auswirkungen der Verletzung nicht mit einer Entschädigung wieder gutgemacht werden können und wenn die Revision für die konkrete Umsetzung des supranationalen Entscheides notwendig ist.

Gemäss *Absatz 3* kann die Revision zu Gunsten der beschuldigten Person selbst dann verlangt werden, wenn die betreffende Straftat verjährt ist oder die Strafe nicht mehr vollstreckbar ist oder bereits vollstreckt wurde. Diese Bestimmung hat das übergeordnete Interesse der Justiz zum Ziel. *E contrario* kann die Revision zu Ungunsten der beschuldigten Person nur dann verlangt werden, wenn diese lebt und die Verfolgungsverjährung noch nicht eingetreten ist.

*Absatz 4* übernimmt die bereits in Artikel 406 Absatz 5 erwähnte Regelung, wonach die Revision eines Strafurteils im Zivilpunkt nach dem Zivilprozessrecht des Ortes der Instanz, die den zu revidierenden Entscheid erlassen hat, beurteilt werden muss.

<sup>434</sup> Selbstverständlich kann der (absolute) Revisionsgrund von Abs. 1 Bst. a (z.B. falsche Zeugenaussage) auch dann zu einer Revision führen, wenn die ausgesprochene Strafe zu leicht war, wobei in diesem Fall die Voraussetzung, wonach die mit der Revision erwartete Strafe wesentlich erschwert werden muss, nicht erfüllt zu sein braucht.

<sup>435</sup> BGE 125 III 185

<sup>436</sup> BBl 2005 4045

#### Art. 418 Form und Frist

*Absatz 1* setzt als Revisionsbehörde das Berufungsgericht ein. Der Entwurf übernimmt das bereits in den meisten Kantonen geltende System, denn die Zuständigkeit, ein der Revision unterliegendes Urteil zu überprüfen, liegt nicht mehr bei dem Gericht, das den angefochtenen Entscheid erlassen hat. Für die Urteile des Bundesstrafgerichts bedeutet dies, dass das Bundesgericht Revisionsinstanz sein wird, und dieses wird demnach das Bundesgerichtsgesetz (BGG) anwenden. Bildet ein Berufungsentscheid Gegenstand eines Revisionsgesuchs, so müssen die Kantone die notwendigen Massnahmen treffen, damit die Mitglieder des Berufungsgerichts nicht in derselben Sache über das Revisionsgesuch entscheiden (Art. 21 Abs. 2). Die Anforderungen an den Inhalt der Schriftform richten sich nach Artikel 398, der sinngemäss anwendbar ist.

Nach *Absatz 2* ist das Revisionsgesuch grundsätzlich nicht an eine Frist gebunden. Die Zeitspanne zwischen dem Revisionsgrund und dem Revisionsgesuch ist irrelevant. Jedes gemäss Artikel 417 Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 417 Absatz 2 eingereichte Revisionsgesuch unterliegt jedoch in Übereinstimmung mit der Lösung des Bundesgerichtsgesetzes (Art. 124 Abs. 1 Bst. c und d BGG) einer Frist von 90 Tagen.

#### Art. 419 Vorprüfung und Eintreten

Die Revision eines Urteils ist nur dann möglich, wenn bestimmte formelle und materielle Voraussetzungen erfüllt sind. Das Vorprüfungsverfahren wird durch ein schriftliches Gesuch eingeleitet (*Abs. 1*). Diese Prüfung dient vor allem der Feststellung, ob die geltend gemachten Revisionsgründe wahrscheinlich sind. In der Revision müssen – als Eintretensvoraussetzungen – Anträge formuliert sowie die Revisionsgründe und alle Tatsachen und Beweismittel genannt werden, auf welche sie gestützt wird. Sind diese Voraussetzungen erfüllt und ist einer der in Artikel 417 Absatz 1 abschliessend aufgezählten Revisionsgründe gegeben, so muss das Berufungsgericht eine provisorische Prüfung des Revisionsgesuchs vornehmen.

Ein Revisionsgrund, der in einem ersten Revisionsverfahren abgelehnt wurde, kann grundsätzlich nicht in einem zweiten Verfahren geltend gemacht werden (*Abs. 2*). Er kann jedoch kumulativ, im Hinblick auf eine Gesamtbeurteilung mit anderen Tatsachen oder Beweismitteln vorgebracht werden.

Wenn die Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind (*Abs. 3*), wird das Revisionsgesuch an die anderen betroffenen Parteien adressiert, welche zur schriftlichen Stellungnahme eingeladen werden. Im Gegensatz zu verschiedenen kantonalen Regelungen sieht der Entwurf im Revisionsverfahren keine Verhandlung vor. Die Revisionsinstanz kann jedoch in Anwendung von Artikel 398 Absatz 5 eine Verhandlung anordnen.

Nach *Absatz 4* beschliesst das Berufungsgericht nur die nicht dringenden vorsorglichen Massnahmen und die Beweisergänzungen, weil die Verfahrensleitung gemäss Artikel 396 für die unverzüglich zu ergreifenden vorsorglichen Massnahmen, wie Inhaftierungsbeschlüsse, die Beschlagnahme von Beweismitteln, die polizeiliche Überwachung usw. zuständig ist. Werden Beweisergänzungen eingereicht, muss die Behörde vor dem Entscheid das rechtliche Gehör der Parteien wahren.

## Art. 420      Entscheid

Tritt das Berufungsgericht auf ein Revisionsgesuch ein, muss es dessen Begründetheit prüfen. Wenn sich die Revisionsgründe bei dieser Prüfung als unbegründet herausstellen (*Abs. 1*), erlässt das Berufungsgericht einen Ablehnungsentscheid. Dieser ist definitiv; er kann nicht mehr nach den Bestimmungen dieses Gesetzes angefochten werden<sup>437</sup>. Das angefochtene Urteil bleibt gültig und allfällige vorsorgliche Massnahmen werden aufgehoben.

Ist ein Revisionsgesuch begründet (*Abs. 2*), so ergeht über das Urteil ein vollständiger oder teilweiser Aufhebungsentscheid. Es kann vorkommen, dass die Aktenlage es dem Berufungsgericht erlaubt, sogleich einen neuen Entscheid zu fällen (*Bst. b*). In diesem Fall rechtfertigt sich die reformatorische Wirkung im Interesse der Beschleunigung und Wirksamkeit der Justiz, namentlich wenn die Revision zu Gunsten der verurteilten Person erfolgt.

Ist das Revisionsgesuch begründet, aber erlaubt es die Aktenlage dem Berufungsgericht nicht, sogleich einen neuen Entscheid zu fällen (*Bst. a*), wird dieses in Anwendung der *Absätze 3 und 4* vorgehen. Es verfügt über ein relativ breites Ermessen, um darüber zu befinden, welche Punkte des angefochtenen Urteils von der Revision betroffen sind. Es muss ebenfalls entscheiden, welche Strafbehörde die Sache in welchem Verfahrensstadium wieder aufnehmen muss. Wenn das Revisionsverfahren Beweisergänzungen in einem gewissen Umfang erfordert, welche sich auf die Anklage auswirken, so wird die Sache an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen. Beeinflussen die Beweisergänzungen die Anklage nicht oder wenig, kann die Sache an das erstinstanzliche Gericht zurückgewiesen werden. Es findet eine neue mündliche und kontradiktorische Verhandlung statt und die bezeichnete Behörde wird neu entscheiden.

Gemäss *Absatz 4* entscheidet die Berufsbehörde, die beschuldigte Person in Sicherheitshaft zu setzen oder darin zu belassen. Die vom Berufungsgericht angeordnete Haft wird beibehalten, bis die Staatsanwaltschaft (z.B. bei Rückweisung ins Stadium der Voruntersuchung) geprüft hat, ob eine neue Untersuchungshaft auf Grund der Artikel 223 ff. angebracht ist, und gegebenenfalls dem Zwangsmassnahmengericht ein entsprechendes Gesuch gestellt hat.

## Art. 421      Neues Verfahren

Diese Bestimmung verweist implizit auf Bestimmungen des ordentlichen Strafverfahrens (Art. 319 Abs. 1, 320 ff. und 341 ff.). Die Behörde muss sich auf das im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils geltende Strafrecht stützen.

## Art. 422      Folgen des neuen Entscheids

*Absatz 1* ist nur in Fällen anwendbar, in welchen die Revision von der Privatklägerschaft oder der Staatsanwaltschaft verlangt wurde, weil die beschuldigte Person nach dem Grundsatz des Verbots der *Reformatio in peius* nicht zu einer schwereren Strafe verurteilt werden kann, wenn das Revisionsgesuch ausschliesslich zu ihren Gunsten eingereicht wurde (Art. 399 Abs. 2). Die mit der Vollstreckung des ersten Urteils verbüsste Strafe wird an die Strafe angerechnet, die das Gericht ausgesprochen hat,

<sup>437</sup> Vorbehalten bleibt jedoch die Beschwerde an das Bundesgericht gemäss den Art. 78 ff. Bundesgerichtsgesetz (BBl 2005 4045).

an welches die Sache zurückgewiesen wird. Wenn die Strafe noch nicht verbüsst wurde und die neue ausgesprochene Strafe im Zeitpunkt des Urteils verjährt ist, wird sie nicht mehr verbüsst werden können. Dies ist vom Gericht festzustellen.

*Absatz 2* ist bei Revisionen zu Gunsten der verurteilten Person anwendbar und regelt die Frage der Entschädigungen, wenn das Revisionsverfahren mit einem Freispruch, einer Einstellung des Verfahrens oder einer weniger schweren Verurteilung der beschuldigten Person endet. In solchen Fällen hat der Staat der beschuldigten Person die zu viel bezahlten Bussen und Geldstrafen mit Zinsen zurückzuerstatten. Bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens wird die betreffende Person entsprechend der Garantie der EMRK (Art. 3 Zusatzprotokoll Nr. 7 zur EMRK) und des IPBPR (Art. 14 Abs. 6) in alle ihre Rechte wieder eingesetzt. Wenn die im neuen Urteil ausgesprochene Strafe milder ist als die ursprüngliche, kann die verurteilte Person nach den Bestimmungen von Artikel 444 Absatz 4 entschädigt werden.

## **2.10 10. Titel: Verfahrenskosten, Entschädigung und Genugtuung**

Das Strafverfahren verursacht sowohl dem Staat als auch den Parteien Kosten. Das Verfahrensrecht muss festlegen, wer diese Kosten zu tragen hat. Im Vordergrund steht die Frage, in welchem Umfang sie den einzelnen Personen auferlegt werden können, die als Parteien am Verfahren teilnehmen. Weiter ist zu bestimmen, ob und wie weit die Parteien die Rückerstattung ihrer Verfahrenskosten, also eine Entschädigung durch den Staat oder die Gegenpartei für die erlittene Vermögenseinbusse, beanspruchen können.

Die geltenden schweizerischen Strafprozessordnungen enthalten durchwegs Bestimmungen über Verfahrenskosten und Entschädigungen. Diese Bestimmungen sind jedoch vor allem in älteren Erlassen oft lückenhaft, was in einzelnen Kantonen zu Schwierigkeiten geführt hat: Nach heutiger Auffassung ist allgemein eine gesetzliche Grundlage erforderlich, damit einer Partei die Verfahrenskosten auferlegt werden können.

### **2.10.1 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen (Art. 423–428)**

#### *Art. 423* Geltungsbereich

Dieser Artikel legt den Geltungsbereich der Bestimmungen des vorliegenden Titels fest. Der Geltungsbereich schliesst die besonderen Verfahrensarten des 8. Titels ein. Was die Rechtsmittel an das Bundesgericht angeht, die künftig im Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005<sup>438</sup> (BGG) vorgesehen sind, ist auf dessen besondere Bestimmungen abzustellen.

#### *Art. 424* Kostenpflicht bei fehlerhaften Verfahrenshandlungen

Diese Bestimmung bringt den Grundsatz zum Ausdruck, wonach die Kosten und Entschädigungen, die sich aus Säumnis oder anderen fehlerhaften Verfahrenshand-

<sup>438</sup> BBl 2005 4045; künftige SR-Nummer 173.110.

lungen ergeben (z.B. aus der Abwesenheit einer vorgeladenen Person, was die Verschiebung einer Gerichtsverhandlung zur Folge hat), jener Person (Partei, Zeuge, usw.) auferlegt werden können, die sie verursacht hat. Dabei ist nicht auf den Ausgang des Verfahrens für die betreffende Person abzustellen. Dieselbe Regel findet auf andere Kosten Anwendung, die sich aus der Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift ergeben, zum Beispiel aus der verspäteten Vorlage von Beweisen (vgl. Art. 332 Abs. 2).

#### *Art. 425* Beteiligung mehrerer Personen und Haftung Dritter

Sind mehrere Personen zum Beispiel als Beschuldigte an einem Verfahren beteiligt, so müssen die Verfahrenskosten in erster Linie von den Personen getragen werden, die Anlass dazu gegeben haben. So versteht es sich zum Beispiel von selbst, dass die Kosten der amtlichen Verteidigung von der beschuldigten Person getragen werden müssen, für die ein amtlicher Verteidiger bestellt wurde. Die Kosten, die nicht von einer, sondern von mehreren am Verfahren beteiligten Personen verursacht wurden, müssen anteilmässig unter ihnen aufgeteilt werden (*Abs. 1*). Wenn also im Rahmen eines von drei Tätern verübten Delikts ein Zeuge angehört oder ein Gutachten erstellt werden muss, wird jeder Täter einen Drittel der verursachten Kosten tragen. Diese Aufteilung muss die Regel darstellen. Sie schliesst nicht aus, dass gegebenenfalls die Schwere der jedem Täter zur Last gelegten Straftat berücksichtigt wird.

*Absatz 2* erlaubt es der Strafbehörde, eine solidarische Haftung der kostenpflichtigen Personen – in der Regel wird es sich um die Beschuldigten handeln – für die Kosten anzuordnen, die sie gemeinsam verursacht haben. Solche Regelungen bestehen bereits im geltenden Recht. Die Bestimmung betrifft hauptsächlich die Fälle von Teilnahme oder Mittäterschaft, in denen es – analog der Regel von Artikel 50 OR<sup>439</sup> – Billigkeitsgründe nahe legen, dass die Betroffenen solidarisch haftbar werden. Wenn zum Beispiel ein wohlhabender Anstifter eine mittellose Person dazu veranlasst hat, ein Delikt zu begehen, soll er unter solidarischer Haftung auch zur Tragung der der mittellosen Person anzulastenden Kosten angehalten werden können.

*Absatz 3*, wonach die Behörde eine solidarische Haftung Dritter anordnen kann, findet insbesondere Anwendung, wenn die beschuldigte Person eine Straftat zum Vorteil oder auf Anweisung eines Dritten (der selbst nicht in das Strafverfahren einbezogen ist), allenfalls einer juristischen Person, begangen hat. Die Artikel 55 oder 333 ZGB<sup>440</sup> sowie 50 oder 55 OR finden in analoger Weise Anwendung. Diese Möglichkeit ist bereits heute in mehreren Prozessordnungen vorgesehen.

#### *Art. 426* Kostenpflicht von Schuldunfähigen

In Analogie zu Artikel 54 Absatz 1 OR können urteilsunfähige Personen dazu verpflichtet werden, die Verfahrenskosten und die Entschädigungen zu tragen. Eine solche Bestimmung findet sich ebenfalls bereits in mehreren kantonalen Prozessordnungen. Ihre Anwendung setzt eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen voraus und kommt nur bei wirtschaftlich günstigen Verhältnissen der betreffenden Person in Frage.

<sup>439</sup> SR 220

<sup>440</sup> SR 210

#### Art. 427 Rückgriff

Diese Bestimmung gibt dem Bund oder dem Kanton die Möglichkeit, auf jene Personen Rückgriff zu nehmen, welche eine Kosten- oder Entschädigungspflicht des Staates vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt haben. Soweit es um Entschädigungs- oder Genugtuungsforderungen der beschuldigten Person geht, verwirklicht die Regelung den Grundsatz der Ausschliesslichkeit der staatlichen Ersatzpflicht: Nur der Bund oder der Kanton, der das Verfahren geführt hat, ist dazu verpflichtet, die von der beschuldigten Person verlangten Entschädigungen oder Genugtuung zu zahlen. Die beschuldigte Person kann also zum Beispiel einen Zeugen, der sich einer falschen Zeugenaussage schuldig gemacht hat, nicht persönlich belangen.

Vorbehalten bleibt der Rückgriff des Gemeinwesens auf die Beamtinnen oder Beamten, die im Namen und zu Lasten einer Behörde gehandelt haben. Entsprechende Regeln sind jedoch nicht in der vereinheitlichten Strafprozessordnung vorzusehen, sondern finden sich im Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen.

#### Art. 428 Kostenentscheid

*Absatz 1* verpflichtet die Strafbehörden, im Endentscheid vom Amtes wegen über die Kosten sowie allfällige Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche zu entscheiden. Vor diesem Entscheid muss die Behörde die erforderlichen Unterlagen beschaffen und die Parteien, denen Entschädigungsansprüche zustehen dürften, auffordern, diese anzumelden. Dies gilt auch, wenn Artikel 441 Absatz 2 anwendbar ist, welcher vorsieht, dass die Privatklägerschaft ihren Anspruch beantragen, beziffern und belegen muss.

Bei Zwischenentscheiden, Entscheiden über die teilweise Einstellung des Verfahrens und Entscheiden über Rechtsmittel gegen solche Entscheide werden die Kosten zur Hauptsache geschlagen, d.h. wird der Kosten- und Entschädigungsentscheid in den Hauptentscheid verschoben. Dies entspricht verschiedenen Prozessordnungen und der Praxis einzelner kantonaler Behörden. *Absatz 2* sieht jedoch die Möglichkeit vor, in den genannten Entscheiden bereits über die darauf anfallenden Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. Dies wird zum Beispiel dann der Fall sein, wenn sich die Privatklägerschaft nur in Bezug auf einzelne Delikte konstituiert hat und das Verfahren eingestellt wird, soweit es diese Delikte betrifft.

## 2.10.2 2. Kapitel: Verfahrenskosten (Art. 429–436)

#### Art. 429 Begriff

*Absatz 1* knüpft an die in der Schweiz übliche Unterscheidung zwischen den allgemeinen Kosten der Rechtsprechung und den mit einer bestimmten Strafsache verbundenen Kosten an. Grundsätzlich übernimmt der Staat die allgemeinen Kosten. Er erhebt indessen Gebühren bei der rechtsuchenden Person, welche die Gerichte in Anspruch nimmt; diese Gebühren dürfen nach den Grundsätzen der Kostendeckung und der Äquivalenz nicht höher sein als die Kosten, die der Staat zur Erbringung der entsprechenden Leistung aufgewendet hat. Die Gebühren müssen mit dem objektiven Wert der Leistung vereinbar sein und sich in einem vernünftigen Rahmen halten.

*Absatz 2* nennt beispielhaft einige Fälle von Auslagen, die keiner näheren Erläuterung bedürfen. *Buchstabe e* erlaubt, die Kosten von Untersuchungen, die von gewissen staatlichen Institutionen wie den wissenschaftlichen Diensten der Polizei oder rechtsmedizinischen Instituten vorgenommen wurden, zu den Untersuchungskosten hinzuzurechnen.

*Art. 430* Grundsätze

Die Regelung von *Absatz 1*, wonach der Bund oder der Kanton, der das Verfahren geführt hat, die Verfahrenskosten trägt, hat zur Folge, dass insbesondere die privaten Parteien nur unter den gesetzlichen Bedingungen mit Kosten- und Entschädigungspflichten belastet werden können. In der Mehrzahl der Kantone gilt schon jetzt, dass die Verfahrenskosten zum Beispiel im Falle eines Freispruchs nicht der Staatsanwaltschaft auferlegt werden. Das Gericht belastet sie der Staatskasse und führt Rechnung darüber. Es erhebt auch keine Gerichtsgebühren. Obsiegt der von der Staatsanwaltschaft vertretene Staat, hat er keinen Anspruch auf Entschädigungen.

*Absatz 2* nimmt auf den Fall Bezug, in dem der Bund ein in seiner Zuständigkeit stehendes Verfahren an einen Kanton delegiert hat (Art. 25). Nach geltendem Recht kann der Bund den Kantonen ausserordentliche Kosten erstatten (Art. 257 BStP). Auf Grund seiner allgemeinen Vollzugskompetenz (Art. 463) wird der Bundesrat die Einzelheiten regeln, insbesondere die Berechnung der ausserordentlichen Kosten.

*Absatz 3* übernimmt die Regel von Artikel 106 Absatz 2 BStP, der die zwingende Erstattung der ausserordentlichen Verfahrenskosten an die Kantone vorsieht, falls ein vom Bund geführtes Verfahren eingestellt wird.

*Art. 432* Stundung und Erlass

Im Rahmen der vom Bundesrat erlassenen Verordnung kann die zuständige Behörde die Gebühren nach ihrem Ermessen festsetzen, wobei sie den Kosten, die dem Staat erwachsen sind, Rechnung trägt. Für Gebühren wie für Auslagen gilt, dass die Behörde die finanzielle Lage der kostenpflichtigen Person berücksichtigen kann.

*Art. 433* Kostentragungspflicht der beschuldigten Person  
und anderer Verfahrensbeteiligter

Die Regelung, wonach die beschuldigte Person bei ihrer Verurteilung die Verfahrenskosten zu tragen hat (*Abs. 1*), ist allen schweizerischen Strafprozessordnungen gemeinsam. Für die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche gemäss Artikel 430 Absatz 2 Buchstabe a zu den Verfahrenskosten zu zählen sind, gilt die Sondervorschrift von Artikel 133.

*Absatz 2* regelt die Tragung der Kosten im Falle der Einstellung oder des Freispruchs und stellt dabei auf den in Artikel 430 Absatz 1 genannten Grundsatz ab, wonach die Verfahrenskosten mangels abweichender Vorschrift vom Bund oder vom Kanton getragen werden, der das Verfahren geführt hat. Nach der Rechtsprechung der EMRK-Organe und des Bundesgerichts, sowie nach den neuen, in manche schweizerische Prozessordnungen eingeführten Regeln und der Rechtsprechung können die Verfahrenskosten in den erwähnten Fällen der beschuldigten Person nur dann auferlegt werden, wenn sie die Einleitung des Strafverfahrens in widerrechtlicher und schuldhafter Weise veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat. Die Schweizerische Strafprozessordnung übernimmt diesen Grundsatz.

Die Bestimmung, wonach die Übersetzungskosten der beschuldigten Person nicht auferlegt werden können (*Abs. 3 Bst. b*), ist in mehreren kantonalen Prozessordnungen vorhanden. Sie übernimmt die von Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe e EMRK aufgestellten Anforderungen. Im Anschluss an den Rückzug der Vorbehalte und auslegenden Erklärungen der Schweiz in Bezug auf Artikel 6 EMRK<sup>441</sup> gilt diese Bestimmung heute ohne Vorbehalt, so dass die Unentgeltlichkeit des Übersetzers die begünstigte Person definitiv von den daraus entstehenden Kosten befreit. Wie die EMRK verlangt auch Artikel 433 Absatz 3 Buchstabe b die Unentgeltlichkeit nur für die beschuldigte Person. Sind andere am Verfahren beteiligte Personen kostenpflichtig, können ihnen die Übersetzungskosten auferlegt werden.

Die Pflicht der beschuldigten Person zur Tragung der Kosten der amtlichen Verteidigung ist in Artikel 133 Absatz 4 geregelt.

*Absatz 5* erweitert den Geltungsbereich von Artikel 433 auf die anderen Verfahrens-beteiligten. Die Kosten können somit insbesondere Personen auferlegt werden, gegen die ein selbständiges Massnahmenverfahren, zum Beispiel ein selbständiges Einziehungsverfahren im Sinne der Artikel 384 ff., geführt wurde oder gegen die nachträglich eine gerichtliche Anordnung ergeht.

#### *Art. 434* Kostentragungspflicht der Privatklägerschaft

Dieser Artikel folgt einer Grundtendenz dieses Entwurfs, die einerseits darin besteht, die Verfahrensrechte der Privatklägerschaft auszudehnen, ihr aber andererseits vermehrt Kostenpflichten aufzuerlegen. Es stellt sich die Frage, ob die Privatklägerschaft alle Kosten zu tragen hat, die mit ihren Anträgen im Falle der Einstellung, des Freispruchs oder der Abweisung der Anträge zum Zivilpunkt verbunden sind. Eine solche Lösung käme durchaus in Frage. Dabei ist indessen zu beachten, dass die Anträge der Privatklägerschaft mit ihrer Annahme und ihrer Umsetzung im Verfahren in behördliche Verfahrenshandlungen umgewandelt werden. Nun ist aber grundsätzlich der Staat für solche Handlungen verantwortlich; er ist es somit, der in den genannten Fällen die Verfahrenskosten tragen wird, unabhängig davon, woher der Anstoss zu den fraglichen Verfahrenshandlungen gekommen ist. Aus diesem Grunde verzichtet der Entwurf auf eine allgemeine Kostentragungspflicht der Privatklägerschaft. Er beschränkt diese Pflicht auf die Verfahrenskosten, die mit den Anträgen zum Zivilpunkt verbunden sind (*Abs. 1*), sowie auf die Verfahren zu Antragsdelikten (*Abs. 2*). Diese Regel ist dispositiver Natur, das Gericht kann somit von ihr abweichen, wenn die Sachlage dies rechtfertigt. Zurückhaltung kann gegenüber den Opfern angezeigt sein.

*Absatz 4* regelt die Fälle, in denen ein Strafantrag im Rahmen eines Vergleichs oder einer Mediation (*Abs. 3*) zurückgezogen wird. Eine solche Vereinbarung schliesst in der Regel die mit der Einstellung verbundenen Verfahrenskosten und Entschädigungen mit ein. Es kommt oft vor, dass die beschuldigte Person die Verfahrenskosten übernimmt, die im Falle des Rückzugs der Klage grundsätzlich nach Absatz 2 von der Privatklägerschaft getragen werden sollten. Um zu verunmöglichen, dass solche Vereinbarungen abgeschlossen werden, um die Kosten einer Partei anzulasten, die nicht in der Lage ist, für sie einzustehen, womit der Staat um die Rückerstattung gebracht wird, auf die er Anspruch hat, schlägt der Entwurf vor, diese Vereinba-

441 AS 2002 1143

rungen der Genehmigung der Behörde zu unterstellen, welche die Einstellung angeordnet hat.

#### *Art. 435* Kostentragung im Rechtsmittelverfahren

Die Regel von *Absatz 1*, wonach die Parteien die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe ihres Unterliegens tragen, hat sich vor allem in den jüngeren Prozessordnungen durchgesetzt. Erhebt eine Einzelperson ein Rechtsmittel und obsiegt sie damit, werden die Verfahrenskosten von der Staatskasse übernommen.

Die derzeit geltenden Prozessordnungen und die Rechtsprechung sehen vor, dass die zuständige Behörde unter gewissen Umständen von der allgemeinen Regel von *Absatz 1* abweichen kann. *Absatz 2* übernimmt diese Ausnahmen zum Teil. Die Anwendung dieser Bestimmung ist fakultativ, damit das Gericht gegebenenfalls nach Ermessen entscheiden kann. Buchstabe a erwähnt die Fälle, in denen die Bedingungen, die einer Partei das Obsiegen erlaubten, erst im Rechtsmittelverfahren geschaffen wurden. Hat die beschuldigte Person zum Beispiel einen Beweis zurückbehalten, um ihn dann erst in der Berufung geltend zu machen, oder hat sie die Bedingungen für das in Artikel 53 nStGB<sup>442</sup> vorgesehene Absehen von Strafe (Wiedergutmachung) erst kurz vor der Berufungsverhandlung erfüllt, wäre es stossend, wenn der Staat die Kosten tragen würde.

*Absatz 4* bezieht sich auf den Fall, dass die Rechtsmittelinstanz einen Entscheid aufhebt und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückweist. Wird ein erstinstanzlicher Entscheid aufgehoben, wurden im Allgemeinen von der Behörde, die den Entscheid gefällt hat, Irrtümer begangen. Deshalb sieht der Entwurf vor, dass der Staat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens trägt. Was die Kosten der unteren Instanz angeht, übernimmt der Staat insbesondere die Kosten, die mit fehlerhaften Verfahrenshandlungen verbunden sind. Hingegen wäre es nicht angebracht, dem Staat die Kosten zu überbinden, die sich zum Beispiel aus einer an sich korrekten Beweisabnahme (Zeugeneinvernahme, Gutachten) ergaben; denn diese Beweise können dann nach der Rückweisung an die untere Instanz verwertet werden und ermöglichen die finanzielle Entlastung des Verfahrens. Aus diesem Grund sieht der Entwurf vor, dass die Rechtsmittelinstanz nach billigem Ermessen und den Umständen des Falles entsprechend über die Erledigung der Kosten der Vorinstanz entscheidet.

Wird ein Revisionsgesuch gutgeheissen und die Sache zur neuen Beurteilung zurückgewiesen, werden die Kosten des Revisionsverfahrens zunächst in Anwendung von *Absatz 1* von der Staatskasse übernommen. Der definitive Entscheid über die Kostenaufteilung steht der Behörde zu, die nach der Gutheissung des Revisionsgesuchs die Prüfung der Sache übernimmt und ein neues materielles Urteil fällt. Die Aufteilung der Kosten muss nach Billigkeitserwägungen erfolgen (*Abs. 5*).

#### *Art. 436* Anfechtung

Die in diesem Artikel vorgesehene Anfechtung des Entscheids über die Verfahrenskosten lässt es auch zu, den Betrag der Honorare der amtlichen Verteidigung anzufechten.

<sup>442</sup> BBl 2002 8240

## 2.10.3

## 3. Kapitel: Entschädigung und Genugtuung

### 2.10.3.1

### 1. Abschnitt: Beschuldigte Person (Art. 437–440)

#### *Art. 437*      Ansprüche

Diese Bestimmung regelt die Ansprüche der beschuldigten Person auf Entschädigung und auf Genugtuung im Fall von Einstellung oder Freispruch. Es geht um die den Parteien erwachsenen Aufwendungen und Schäden. Im Falle der Verurteilung trägt in der Regel die beschuldigte Person die Verfahrenskosten (vgl. Art. 433). Die Entschädigungen oder die Genugtuung kommen hier nur dann in Frage, wenn die Bedingungen von Artikel 439 erfüllt sind.

Die gesetzliche Grundlage für den Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung wurde im Sinne einer Kausalhaftung ausgestaltet. Die in *Buchstaben a und b* genannten Gründe entsprechen dem geltenden Verfahrensrecht. Der Staat muss den gesamten Schaden wieder gutmachen, der mit dem Strafverfahren in einem Kausalzusammenhang im Sinne des Haftpflichtrechtes steht. Die zu erstattenden Aufwendungen im Sinne von Buchstabe a bestehen hauptsächlich aus den Kosten der frei gewählten Verteidigung. Diese Bestimmung setzt die Rechtsprechung um, wonach der Staat diese Kosten nur übernimmt, wenn der Beistand angesichts der tatsächlichen oder der rechtlichen Komplexität notwendig war und wenn der Arbeitsaufwand und somit das Honorar des Anwalts gerechtfertigt waren. Nach Buchstabe b muss die beschuldigte Person für die wirtschaftlichen Einbussen, die sich aus dem Verfahren ergeben, entschädigt werden. Es geht vor allem um die Lohn- oder Erwerbseinbussen, die wegen der vorläufigen Verhaftung oder der Beteiligung an den Verhandlungen erlitten wurde, sowie um die Reisekosten.

Hat die beschuldigte Person wegen des Verfahrens eine besonders schwere Verletzung ihrer persönlichen Verhältnisse im Sinne von Artikel 28 Absatz 3 ZGB oder 49 OR erlitten, hat sie Anspruch auf Genugtuung (*Bst. c*). Diese wird regelmässig gewährt, wenn sich die beschuldigte Person in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft befand.

Die beschuldigte Person hat ferner Anspruch auf eine Entschädigung und eine Genugtuung, falls sie nur teilweise freigesprochen wird oder falls das Verfahren nur zum Teil eingestellt wird (vgl. *Abs. 1*). In diesem Falle können die Kosten nicht einfach anteilmässig aufgeteilt werden. Es gilt vielmehr zu prüfen, ob die beschuldigte Person eine Entschädigung oder Genugtuung beanspruchen kann für die Straftaten, die mit einer Einstellung oder einem Freispruch endeten. Im Falle eines Teilfreispruchs können die Kosten zu Lasten der beschuldigten Person mit den zugesprochenen Entschädigungen und Genugtuungen verrechnet werden (Art. 450 Abs. 4).

#### *Art. 438*      Herabsetzung oder Verweigerung der Entschädigung oder Genugtuung

In der Regel schliessen sich die Pflicht zur Tragung der Kosten (Art. 433 ff.) und die Zusprechung einer Entschädigung gegenseitig aus. Wer durch sein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten die Einleitung eines Strafverfahrens verursacht oder dieses erschwert hat und wem daher die Verfahrenskosten auferlegt wurden, kann

weder eine Entschädigung noch eine Genugtuung beanspruchen; dabei muss der Sonderfall der Teileinstellung oder des Teilfreispruchs vorbehalten werden.

*Absatz 1* sieht die Verweigerung oder Herabsetzung der Entschädigungen oder Genugtuungen in drei Fällen vor. *Buchstabe a* nimmt auf den Fall Bezug, in dem die beschuldigte Person die Einleitung des Verfahrens widerrechtlich und schuldhaft verursacht oder dessen Durchführung erschwert hat. Ein solches Verhalten schliesst im Allgemeinen jegliche Pflicht des Staates zur Gewährung einer Entschädigung oder Genugtuung aus. Liegt indessen bloss ein leichtes Verschulden vor, kann eine herabgesetzte Entschädigung oder Genugtuung in Betracht kommen.

*Buchstabe b* verweist auf Artikel 440, wonach die Privatküglerschaft dazu verpflichtet werden kann, der beschuldigten Person unter gewissen Bedingungen eine Entschädigung und eine Genugtuung zu bezahlen.

Der Entwurf nimmt in *Buchstabe c* einen im schweizerischen Strafprozessrecht weit verbreiteten Grundsatz auf, wonach nur Aufwendungen von einiger Bedeutung zu vergütet sind. Geringfügige Nachteile wie etwa die Pflicht, ein oder zwei Mal bei einer Gerichtsverhandlung erscheinen zu müssen, geben zu keiner Entschädigung Anlass.

*Absatz 2* präzisiert, dass die Entschädigung oder Genugtuung im Rechtsmittelverfahren ebenfalls herabgesetzt oder verweigert werden kann, wenn die Bedingungen gegeben sind, um die Verfahrenskosten einer Partei aufzuerlegen, die ein Rechtsmittel einlegt und einen günstigeren Entscheid bewirkt (vgl. Art. 435 Abs. 2).

#### *Art. 439*      Rechtswidrig angewandte Zwangsmassnahmen

*Absatz 2* regelt den Hauptfall der Überhaft. Die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft ist übermässig, wenn ihre Dauer die anschliessend ausgesprochene Strafe oder Freiheitsentziehung übersteigt. Diese Bestimmung schliesst in einem gewissen Masse die Fälle mit ein, in denen die beschuldigte Person nach einer verbüssteten Untersuchungs- oder Sicherheitshaft schliesslich nur zu einer Busse verurteilt wird. Solche Situationen könnten sich in Zukunft vermehrt einstellen, weil in den Artikeln 34 ff. nStGB<sup>443</sup> die Geldstrafe vorgesehen ist, welche die kurzen Freiheitsstrafen weitgehend ersetzen soll. Die Frage der Entschädigung und der Genugtuung im Anschluss an einen übermässigen Freiheitsentzug war bis anhin nur in wenigen Kantonen geregelt. Fehlt eine Regelung, ist die Frage umstritten.

Ein übermässiger Freiheitsentzug muss gegebenenfalls zuerst auf die Sanktionen angerechnet werden, die in Verbindung mit anderen Straftaten ausgesprochen werden, sei es im gleichen oder in einem anderen Verfahren. Die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft kann auch auf Geldstrafen (Art. 34 nStGB), gemeinnützige Arbeit (Art. 37 nStGB) oder Bussen Art. 103 nStGB) angerechnet werden, wobei die in den Artikeln 35, 36, 39 und 106 nStGB vorgesehenen Umwandlungssätze anzuwenden sind. Falls möglich, erfolgt die Anrechnung auch auf die freiheitsentziehenden Massnahmen. Aufgabe der Rechtsprechung wird es sein, von Fall zu Fall eine angemessene Anrechnung vorzunehmen.

Die Entschädigung und die Genugtuung werden vom Staat nach dem freien Ermessen der zuständigen Behörde gewährt. Diese kann auf jegliche Entschädigung oder Genugtuung verzichten, falls das Übermass der Haft unbedeutend ist (*Abs. 3 Bst. a*)

<sup>443</sup> BBl 2002 8240



## 2.10.3.3

### 3. Abschnitt: Besondere Bestimmungen (Art. 443 und 444)

#### Art. 443 Verjährung

Die Verjährung der Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche innert zehn Jahren, die in mehreren kantonalen Gesetzen vorgesehen ist, entspricht Artikel 60 OR. Sie kann beliebig oft unterbrochen werden. Die gleiche Regel gilt für die Verjährung der Forderungen im Zusammenhang mit den Verfahrenskosten.

#### Art. 444 Entschädigung und Genugtuung im Rechtsmittelverfahren

Im Rechtsmittelverfahren finden die Bestimmungen der Artikel 437 ff. Anwendung (*Abs. 1*). *Absatz 2* begründet einen Entschädigungsanspruch, der über die Fälle von Artikel 437 hinausgeht, für andere Situationen, in denen die beschuldigte Person obsiegt, insbesondere wenn sie zu einer mildereren Strafe verurteilt wird oder in einem Nebenpunkt Recht erhält.

Was insbesondere Artikel 438 angeht, so muss die beschuldigte Person, wenn zum Beispiel die Staatsanwaltschaft ein Rechtsmittel einlegt und dann unterliegt, in der Regel die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nicht übernehmen, und sie hat im Zusammenhang damit Anspruch auf eine Entschädigung, selbst wenn hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens die Bedingungen von Artikel 433 Absatz 2 erfüllt waren. Es muss mit anderen Worten für jede Prozessphase getrennt geprüft werden, ob sie durch ein widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten der beschuldigten Person herbeigerufen wurde.

Nach Artikel 3 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK sowie Artikel 14 Absatz 6 IPBPR muss der Staat eine Entschädigung für die verbüssten Strafen bezahlen, wenn die Verurteilung zu diesen Strafen später in einem Revisionsverfahren aufgehoben wird. Zahlreiche schweizerische Strafprozessordnungen kennen eine Regelung dieser Art. Gewisse Gesetze, denen Artikel 444 *Absatz 4* folgt, sehen auch einen Genugtuungsanspruch vor. Nach dem Grundsatz von Artikel 439 Absatz 2 müssen die zu Unrecht verbüssten freiheitsentziehenden Sanktionen primär auf die Sanktionen angerechnet werden, die wegen anderer Straftaten ausgesprochen wurden, und sie können nur dann zu einer Entschädigung Anlass geben, wenn diese Anrechnung nicht möglich ist. Es wird Sache der richterlichen Praxis sein festzulegen, inwieweit die neuen, im Strafgesetzbuch vorgesehenen Sanktionen wie gemeinnützige Arbeit oder Halbgefängenschaft (Arbeitsexternat) eine Entschädigung und Genugtuung nach sich ziehen können.

## 2.11

### 11. Titel: Rechtskraft und Vollstreckung der Strafentscheide

Ein Strafprozess wird mit der Rechtskraft des Entscheides abgeschlossen; deshalb hat die Strafprozessordnung Bestimmungen über den Eintritt und die Feststellung der Rechtskraft zu enthalten. Dagegen fällt die Regelung der Vollstreckung von Entscheiden in die Kompetenz der Kantone. Zwar kann der Bund gestützt auf Artikel 123 Absatz 2 der Bundesverfassung seine Zuständigkeit vorsehen; davon soll das vorliegende Gesetz jedoch nur sehr zurückhaltend Gebrauch machen. Die Voll-

streckung von Strafentscheiden ist in erster Linie durch die Kantone in ihren Einführungsgesetzen zu regeln, die Schweizerische Strafprozessordnung enthält bloss Bestimmungen, die für eine einheitliche Anwendung des Strafrechts unerlässlich sind.

## 2.11.1 1. Kapitel: Rechtskraft (Art. 445 und 446)

*Art. 445* Eintritt

*Absatz 1* übernimmt die in verschiedenen kantonalen Strafprozessordnungen zu findende Regelung der formellen Rechtskraft, d.h. der Unabänderbarkeit eines Endentscheides, der Beendigung des Verfahrenslaufes in der fraglichen Strafsache und damit auch der Vollstreckbarkeit. Die Erklärung des Verzichts auf Einlegung eines Rechtsmittels oder des Rückzugs eines Rechtsmittels (*Bst. b*) kann schriftlich oder mündlich zu Protokoll, etwa unmittelbar im Anschluss an die Eröffnung des Urteils, erfolgen (vgl. Art. 394). Ein erklärter Verzicht ist unwiderruflich<sup>444</sup>.

Die Regelung in *Absatz 2*, wonach die Rechtskraft auf den Tag der Ausfällung des Entscheides zurückbezogen wird, findet sich in mehreren kantonalen Strafprozessordnungen. Massgebend ist also nicht etwa das Datum der Eröffnung, weil dieses bei schriftlicher Eröffnung je nach Partei verschieden sein kann und damit einen eindeutigen Zeitpunkt der Rechtskraft verhindern könnte.

*Absatz 3* bezieht sich insbesondere auf Rechtsmittelentscheide. Die vom Bundesgericht zu behandelnden Rechtsmittel hemmen den Eintritt der Rechtskraft nicht. Dass Entscheide mit der Ausfällung rechtskräftig werden, entspricht namentlich der Regelung von Artikel 61 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)<sup>445</sup>.

*Art. 446* Feststellung

*Absatz 1*: Die Rechtskraft ist etwa dann auf dem Urteil selber zu vermerken, wenn alle zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimierten Parteien in der Hauptverhandlung und vor der Aushändigung des Urteilsdispositivs den Verzicht auf die Einlegung erklärt haben.

*Absatz 3*: Stellt eine Strafbehörde in Anwendung von Absatz 1 den Eintritt der Rechtskraft fest, so ist denkbar, dass der Eintritt der Rechtskraft überhaupt oder dessen Zeitpunkt bestritten wird.

## 2.11.2 2. Kapitel: Vollstreckung der Strafentscheide (Art. 447–452)

*Art. 449* Vollstreckungsverjährung

*Absatz 3* regelt das Verfahren, wenn sich die verurteilte Person auf die Vollstreckungsverjährung, deren Eintritt die Vollzugsbehörde verneint hat, beruft. Zuständig zur Beurteilung ist die Beschwerdeinstanz des Kantons, dessen Vollzugs-

<sup>444</sup> BGE 113 Ia 30 E. b.

<sup>445</sup> BBl 2005 4045; künftige SR-Nummer 173.110.

behörde den Vollzugsbefehl erlassen hat. Das Gesetz sieht keine vorsorglichen Massnahmen während des Verfahrens vor. Sicherheitshaft nach Artikel 448 ist ausgeschlossen, weil diese von der Vollzugsbehörde und nicht von der Beschwerdeinstanz anzuordnen ist. Allerdings sind Umstände, welche nach Artikel 447 Absatz 3 einen sofortigen Vollzug einer freiheitsentziehenden Strafe oder Massnahme oder die Anordnung von Sicherheitshaft nach Artikel 448 begründen würden, beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu berücksichtigen. Weitere Einzelheiten des Verfahrens haben die Kantone und der Bund zu regeln. Darunter fallen etwa die Form, in welcher die Einrede der Vollstreckungsverjährung vorzubringen ist, die Bezeichnung der Behörde, bei welcher die Einrede geltend gemacht werden muss, die Frage, welche Behörden vor dem Entscheid anzuhören sind, und die Form des Entscheidverfahrens.

Die Entschädigung und die Genugtuung nach *Absatz 4* ist der verurteilten Person von Amtes wegen zuzusprechen, setzt also kein Gesuch voraus.

*Art. 450*      Vollstreckung von Entscheiden über Verfahrenskosten  
und weitere finanzielle Leistungen

Die Verrechnung nach *Absatz 4* kommt etwa dann in Betracht, wenn die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen wird und ihr deshalb Anspruch auf Ersatz der privaten Verteidigungskosten zusteht, sie auf Grund ihres Verhaltens oder von Schuldsprüchen in andern Punkten aber gleichzeitig Verfahrenskosten zu tragen hat. Die Verrechnung betrifft nicht alle Geldleistungen nach Absatz 1. Vielmehr kann nur die Forderung des Gemeinwesens auf Ersatz der Verfahrenskosten mit Ansprüchen der Partei auf Entschädigung, nicht aber mit solchen auf Genugtuung, verrechnet werden. Dabei kann die Behörde, welche das Inkasso der Verfahrenskosten vornimmt und die nicht eine Strafbehörde im Sinne der Artikel 12 und 13 zu sein braucht, die Verrechnung erklären.

Bei der Deckung der Verfahrenskosten ist sodann zu berücksichtigen, dass nach Artikel 266 Absatz 3 im Endentscheid über die Verwendung beschlagnahmter Vermögenswerte zur Kostendeckung zu befinden ist. Damit besteht die Möglichkeit, auch beschlagnahmte Vermögenswerte und nicht bloss Entschädigungsforderungen zur Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden. Diese Möglichkeit steht allerdings nur der den Endentscheid fallenden Behörde zu, weil mit der Ausfällung des Endentscheides definitiv über das Schicksal beschlagnahmter Vermögenswerte entschieden werden soll.

## 2.12

## 12. Titel: Schlussbestimmungen

### 2.12.1

### 1. Kapitel: Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts

#### *Art. 453*

Der Anhang, auf den *Absatz 1* verweist, nennt unter Ziffer I als aufzuhebende Gesetze das Bundesgesetz vom 15. Juni 1934<sup>446</sup> über die Bundesstrafrechtspflege (BStP) und das Bundesgesetz vom 20. Juni 2003<sup>447</sup> über die verdeckte Ermittlung (BVE).

Die Strafprozessordnung tritt auf Stufe Bund an die Stelle des BStP. Soweit der BStP Vorschriften über die Organisation der Strafbehörden enthält, wird er durch ein noch zu schaffendes «Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung», «Behördenorganisationsgesetz» oder einen Erlass mit ähnlicher Bezeichnung zu ersetzen sein. Hinsichtlich der kantonalen Strafprozessordnungen ist Artikel 49 Absatz 1 BV zu beachten, wonach Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vorgeht. Bei der Bundeskompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts nach Artikel 123 Absatz 1 BV handelt es sich um eine so genannte konkurrierende Kompetenz, welche gegenüber dem kantonalen Recht nachträglich derogatorische Wirkung entfaltet. Die Schweizerische Strafprozessordnung kann somit in Kraft treten, ohne dass das kantonale Prozessrecht durch einen förmlichen Akt seitens der Kantone aufgehoben werden müsste.

Mit dem BVE hat der Bund einen Teil der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vorweggenommen. Weil die Bestimmungen des BVE nunmehr in die Strafprozessordnung überführt worden sind, wird das BVE soweit hinfällig, als es die verdeckte Ermittlung in zivilen Strafverfahren regelt. Sein Geltungsbereich liesse sich somit auf den Militärstrafprozess reduzieren, weil verdeckte Ermittlung auf Grund des Deliktskatalogs von Artikel 4 BVE für das Verwaltungsstrafrecht nicht angeordnet werden kann. Allerdings erscheint es nicht angebracht, die Regelung einer einzigen Zwangsmassnahme des Militärstrafprozesses in ein eigenes Gesetz «auszugliedern». Deshalb wird die Regelung der verdeckten Ermittlung mittels Änderung des Militärstrafprozesses auch in dieses Gesetz integriert. Damit ist das ganze BVE hinfällig und demnach aufzuheben.

*Absatz 2* ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich im Bundesrecht zahlreiche Verweise auf das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege finden, so dass eine gewisse Gefahr besteht, dass einzelne Gesetzesbestimmungen im Bundesrecht unberücksichtigt bleiben, obschon sie mit der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung nicht übereinstimmen. Gemeint sind Widersprüche, welche im Rahmen des Anhangs versehentlich nicht behoben worden sind. Für diese Fälle überträgt Absatz 2 der Bundesversammlung die Kompetenz, die betroffenen Gesetze auf dem Verordnungsweg anzupassen. Eine derartige Regelung findet sich auch im Strafrechtsgesetz vom 4. Oktober 2002<sup>448</sup>, dem Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005<sup>449</sup> und dem Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005<sup>450</sup>.

<sup>446</sup> BS 3 303; AS 1950 685, 1959 902, 1965 905, 1971 777, 1974 1857, 1979 1170, 1992 288 2465, 1993 1993, 1997 2465, 2000 505 2719 2725, 2001 118 3071 3096 3308, 2003 2133, 2004 1633

<sup>447</sup> SR 312.8

<sup>448</sup> SR 173.71

<sup>449</sup> BBl 2005 4093; künftige SR-Nummer 173.61.

<sup>450</sup> BBl 2005 4045; künftige SR-Nummer 173.110.

## 2.12.1.1

## Änderung bisherigen Rechts (Anh. Ziff. II)

### 1. Bundesgesetz vom 21. März 1997<sup>451</sup> über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit

*Art. 15 Abs. 4 erster Satz sowie Absatz 6 Einleitungssatz und Bst. b*

In *Absatz 4* werden die Ausdrücke «gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens» durch «Vorverfahrens gemäss der Strafprozessordnung vom ...» und «gerichtlichen Polizei» durch «Strafverfolgungsbehörden» ersetzt.

In *Absatz 6* wird der Ausdruck «gerichtspolizeilichen Verfahren» durch «Vorverfahren nach der Schweizerischen Strafprozessordnung vom ...» ersetzt.

Der bisherige Verweis auf Artikel 66 Absatz 1<sup>ter</sup> des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege ist bereits nach geltendem Recht unrichtig, weil diese Bestimmung durch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000<sup>452</sup> betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) aufgehoben worden ist. Weil nunmehr die Bestimmungen des zweiten Abschnitts des BÜPF aufgehoben werden, weil sie in die Strafprozessordnung integriert sind, ist in Buchstabe b zweiter Satz auf diese zu verweisen.

### 2. Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958<sup>453</sup>

*Art. 15 Abs. 6*

Der Verweis auf Artikel 105 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege wird hinfällig.

### 3. Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005<sup>454</sup>

*Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 4, 5 und 7 (neu) sowie Abs. 2*

Die StPO verzichtet auf das Privatstrafklageverfahren. Die bisherige *Ziffer 4* wird deshalb aufgehoben.

Neu eingefügt wird in *Ziffer 5* die Privatklägerschaft, welche auch das Opfer umfasst (vgl. die Art. 114 Abs. 1 und 116 Abs. 1 StPO). Die Privatklägerschaft ist zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt, wenn sie nach der StPO zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert ist. Nach Artikel 390 Absatz 2 StPO kann sie den Schuld- und Zivilpunkt eines Entscheides anfechten. Das Bundesgericht beurteilt allerdings Zivilansprüche nur, wenn diese zusammen mit der Strafsache zu behandeln sind (Art. 78 Abs. 2 Bst. a BGG).

<sup>451</sup> SR 120

<sup>452</sup> SR 780.1

<sup>453</sup> SR 170.32

<sup>454</sup> BBl 2005 4045; künftige SR-Nummer 173.110

*Ziffer 7:* In Verwaltungsstrafsachen nach dem Bundesgesetz vom 22. März 1974<sup>455</sup> über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) ist die Staatsanwaltschaft des Bundes und die beteiligte Verwaltung je selbständig zur Erhebung der Beschwerde in Strafsachen berechtigt. Dies entspricht der geltenden Regelung (vgl. die Kommentierung zur Aufhebung von Art. 83 VStrR).

*Absatz 2* wird der Bestimmung von Artikel 389 Absatz 4 StPO angepasst.

*Art. 123 Abs. 2 Bst. b*

Die Voraussetzungen für eine Revision in Strafsachen werden in Artikel 417 Absatz 1 Buchstaben a und b sowie Absatz 2 umschrieben. Die Änderung ersetzt den bisherigen Verweis auf Artikel 229 Ziffer 1 oder 2 des aufgehobenen Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege.

*Art. 128 Abs. 3*

Anstelle des bisherigen Artikels 237 des aufgehobenen Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege ist nun Artikel 422 StPO sinngemäss anwendbar.

#### **4. Straferichtsgesetz vom 4. Oktober 2002<sup>456</sup>**

Das Straferichtsgesetz (SGG) wird an dieser Stelle nur an die neuen verfahrensrechtlichen Bestimmungen der StPO angepasst. Weitere Änderungen des SGG, namentlich Artikel 28 (Zuständigkeiten der Beschwerdekammer), werden sich im Zusammenhang mit dem Einführungsgesetz des Bundes zur neuen Strafprozessordnung ergeben. Dieses Einführungsgesetz wird unter anderem die Organisation der Strafrechtspflege auf Bundesebene gemäss den Vorgaben der StPO regeln. Das Einführungsgesetz wird zusammen mit der StPO in Kraft treten. Im Zusammenhang mit dem neuen AT StGB wird auch Artikel 27 SGG (Besetzung der Strafkammer) noch angepasst werden müssen.

*Art. 26 Bst. a*

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung. Bisher definierte das Strafgesetzbuch, welche Strafsachen der Bundesstrafgerichtsbarkeit unterliegen. Die StPO regelt dies neu in den Artikeln 23 und 24.

*Art. 30*

Neu richtet sich das Verfahren vor dem Bundesstrafgericht nach der StPO. Das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege, welches das Verfahren bisher regelte, wird aufgehoben.

#### **5. Zivilgesetzbuch<sup>457</sup>**

*Art. 139 Abs. 3*

Das geltende Zivilgesetzbuch räumt Personen, welche bei einer Ehe- oder Familienberatung oder bei einer Stelle für Familienmediation für die Ehegatten tätig gewesen ist, ein absolutes Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht ein. Jedenfalls für einen Strafprozess ist dies nicht gerechtfertigt, denn absolute Zeugnisverweigerungs-

<sup>455</sup> SR 313.0

<sup>456</sup> SR 173.71

<sup>457</sup> SR 210

rechte können die Wahrheitsfindung und die Durchsetzung des Strafanspruchs auch bei schwersten Delikten verhindern oder zumindest erschweren. Artikel 170 Absatz 1 StPO räumt solchen Personen deshalb ein *relatives* Zeugnisverweigerungsrecht ein, welches eine Abwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen und der Wahrheitsfindung zulässt. Artikel 139 Absatz 3 des Zivilgesetzbuches ist somit anzupassen.

## **6. Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983<sup>458</sup> über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland**

*Art. 35 Abs. 3*

Diese Bestimmung verweist auf die Artikel 258 und 259 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege, welche nicht bzw. in abgewandelter Form in die StPO überführt werden. Artikel 258 hat in der Praxis keine Bedeutung erlangt und kann deshalb ersatzlos aufgehoben werden; Artikel 259 findet sich in abgewandelter Form in Artikel 27 Absatz 2 StPO.

## **7. Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986<sup>459</sup> über den unlauteren Wettbewerb**

*Art. 19 Abs. 4*

Der Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Strafverfahrensrechts wird hinfällig.

## **8. Strafgesetzbuch<sup>460</sup>**

*Art. 336–348*

Die Abgrenzung zwischen Bundesgerichtsbarkeit und kantonaler Gerichtsbarkeit, die sachliche und örtliche Zuständigkeit und das Verfahren werden nunmehr ausschliesslich durch die StPO geregelt. Die entsprechenden Bestimmungen im Strafgesetzbuch sind deshalb aufzuheben.

*Art. 356–363*

Das Gleiche gilt für die Rechtshilfe sowie die Mitteilungspflicht der Strafverfolgungsbehörden bei der Verfolgung von strafbaren Handlungen gegenüber Unmündigen.

## **9. Opferhilfegesetz vom 4. Oktober 1991<sup>461</sup>**

*Art. 1 Abs. 2 Bst. b*

Sämtliche Bestimmungen des Opferhilfegesetzes, welche Opfern Schutz und Rechte im Strafverfahren einräumen, werden in die StPO überführt. Der Gegenstand des verbleibenden Opferhilfegesetzes ist deshalb neu zu umschreiben.

<sup>458</sup> SR 211.412.41

<sup>459</sup> SR 241

<sup>460</sup> SR 311.0

<sup>461</sup> SR 312.5

*Art. 2 Abs. 2 Bst. b*

Die Artikel 8 und 9 des Opferhilfegesetzes werden – wie der ganze 3. Abschnitt – mit dem Inkrafttreten der StPO aufgehoben. Der Verweis in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b ist deshalb zu streichen.

*Art. 4 Abs. 1*

Artikel 4 Absatz 1 des Opferhilfegesetzes räumt Personen, welche für eine Opferberatungsstelle arbeiten, ein absolutes Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht ein. Jedenfalls für einen Strafprozess ist dies nicht gerechtfertigt, denn absolute Zeugnisverweigerungsrechte können die Wahrheitsfindung und die Durchsetzung des Strafanpruchs auch bei schwersten Delikten verhindern oder zumindest erschweren. Artikel 170 Absatz 1 StPO gewährt solchen Personen deshalb ein *relatives* Zeugnisverweigerungsrecht, welches eine Abwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen und dem Interesse an der Wahrheitsfindung zulässt. Artikel 4 Absatz 1 des Opferhilfegesetzes ist entsprechend anzupassen.

*3. und 3a. Abschnitt (Art. 5–10d)*

Diese Bestimmungen finden sich in ihrem Inhalt in der StPO, insbesondere in den Artikeln 66 Absatz 4, 68 Absätze 1 und 2, 72 Absatz 4, 149–151, 166 Absatz 4, 304, 322 Absatz 1 Buchstabe b, 331 Absatz 3 und 336 Absatz 4.

*Art. 11 Abs. 1*

*Zweiter Satz:* Artikel 346 StGB (Art. 340 nStGB<sup>462</sup>) wird aufgehoben; sein Inhalt findet sich in Artikel 29 StPO.

## **10. Bundesgesetz vom 22. März 1974<sup>463</sup> über das Verwaltungsstrafrecht**

*Art. 22 Abs. 1 erster Satz und Abs. 2 erster Satz*

*Absatz 1 erster Satz:* Neu enthält die Strafprozessordnung und nicht mehr das Strafgesetzbuch die Gerichtsstandsregeln.

*Absatz 2 erster Satz:* Die Zuständigkeit des Bundesstrafgerichts zum Entscheid von Gerichtsstandskonflikten zwischen den Kantonen ist nun in Artikel 38 Absatz 2 StPO geregelt.

*Art. 24*

Es handelt sich um eine terminologische Anpassung an die Strafprozessordnung.

*Art. 30 Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 3*

*Absatz 2 zweiter Satz:* Im Vergleich zu Artikel 77 des aufgehobenen Gesetzes über die Bundesstrafrechtspflege werden in den Artikeln 168–170 StPO noch weitere Berufsgeheimnisse erwähnt.

*Absatz 3:* Die Rechthilfe richtet sich nicht mehr nach dem Strafgesetzbuch, sondern nach den Artikeln 41–46 StPO.

*Art. 31 Abs. 2*

Die Fristen im gerichtlichen Verfahren richten sich nach der Strafprozessordnung.

<sup>462</sup> BBI 2002 8240

<sup>463</sup> SR 313.0

*Art. 41 Abs. 2*

Auf die Vernehmung von Zeugen und Zeuginnen finden neu die entsprechenden Bestimmungen der Strafprozessordnung sinngemäss Anwendung. Die Entschädigung der Zeugen und Zeuginnen richtet sich wie bisher sinngemäss nach Artikel 48 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess. Aus diesem Grund wird nicht auf Artikel 164 StPO verwiesen.

*Art. 43 Abs. 2 zweiter Satz*

Für die Ernennung der Sachverständigen sowie für ihre Rechte und Pflichten gelten sinngemäss die entsprechenden Bestimmungen der StPO. Nicht verwiesen wird auf Artikel 183 StPO (stationäre Begutachtung) und Artikel 185 StPO (Stellungnahme der Parteien), da es sich dabei nicht um die Arbeit und Stellung der Sachverständigen handelt. Für die Entschädigung gilt nach wie vor Artikel 61 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess und nicht Artikel 187 StPO.

*Art. 58 Abs. 3*

Die StPO enthält in den Artikeln 233–235 Grundsätze für den Vollzug von Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Nach Artikel 234 Absatz 5 StPO regeln die Kantone die Rechte und Pflichten der Inhaftierten, ihre Beschwerdemöglichkeiten, die Disziplinarmittel sowie die Aufsicht über die Haftanstalten.

*Art. 60 Abs. 2 erster Satz*

Die Freilassung gegen Sicherheitsleistung richtet sich nicht mehr nach den Artikeln 53–60 des aufgehobenen Gesetzes über die Bundesstrafrechtspflege, sondern sinngemäss nach den Artikeln 237–239 StPO.

*Art. 73 Abs. 3*

Die kantonalen Strafprozessordnungen werden durch die StPO abgelöst.

*Art. 74 Abs. 1, 75 Abs. 4 und 78 Abs. 1*

Es handelt sich um terminologische Anpassungen an die StPO.

*Art. 80*

*Absatz 1:* Die Rechtsmittel, die gegen Entscheide kantonalen Gerichte ergriffen werden können, sind nicht mehr im kantonalen Recht geregelt, sondern in der StPO vorgegeben.

*Absatz 2:* Im ersten Satz erfolgt eine terminologische Anpassung an die StPO. Der zweite Satz wird aufgehoben, da sich die Rechtsmittelfristen und die Formerfordernisse nach der Strafprozessordnung richten.

*Absatz 3:* Dieser Absatz wird aufgehoben. Neu regelt Artikel 80 Absatz 2 StPO die nachträgliche Zustellung eines begründeten Urteils an die Parteien in jenen Fällen, in denen das erstinstanzliche Gericht auf die Begründung eines Urteils vorerst verzichtet hat. Zu den Parteien im gerichtlichen Verfahren gehört gemäss Artikel 74 VStrR auch die beteiligte Verwaltung, die nach Artikel 80 Absatz 2 VStrR auch selbständig Rechtsmittel ergreifen kann.

*Art. 82*

Sowohl das Verfahren vor den kantonalen Gerichten als auch das Verfahren vor dem Bundesstrafgericht richtet sich nach der StPO, soweit das Verwaltungsstrafrechtsgesetz das gerichtliche Verfahren nicht selber regelt.

*Art. 83*

Die Zulässigkeit der Beschwerde gegen Entscheide kantonalen Gerichte und des Bundesstrafgerichts an das Bundesgericht richtet sich nach den Artikeln 78–81 des Bundesgerichtsgesetzes (Beschwerde in Strafsachen). Artikel 83 kann deshalb aufgehoben werden. Um sicherzustellen, dass die Staatsanwaltschaft des Bundes und die beteiligte Verwaltung wie bisher je selbständig zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert bleiben, wird Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe b des Bundesgerichtsgesetzes entsprechend angepasst.

*Art. 89*

*Absatz 1:* Die StPO kennt als Rechtsmittel gegen rechtskräftige Urteile der Gerichte einzig die Revision. Die in Artikel 324 StPO vorgesehene Wiederaufnahme bezieht sich auf Strafverfahren, die von der Staatsanwaltschaft eingestellt wurden. Im Verwaltungsstrafverfahren werden Einstellungsverfügungen indessen von der entsprechenden Verwaltungsbehörde erlassen. Die Wiederaufnahme eines eingestellten Verwaltungsstrafverfahrens richtet sich nach den Artikeln 84 ff. des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes.

*Absatz 2:* Dieser Absatz kann aufgehoben werden, da die kantonalen Prozessrechte durch die StPO abgelöst werden.

*Absatz 3:* Nach Artikel 74 Absatz 2 stehen der von der Einziehung betroffenen Person die gleichen Parteirechte und Rechtsmittel zu wie einer beschuldigten Person. Dieser Absatz kann deshalb aufgehoben werden.

*Art. 97 Abs. 1*

Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens und deren Verlegung richten sich grundsätzlich nach der StPO.

**11. Militärstrafprozess vom 23. März 1979<sup>464</sup>**

*Art. 15 Abs. 3*

Die Bestimmung wird ergänzt um die Kompetenzen zur Anordnung der Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten (Bst. c) und zur Anordnung einer verdeckten Ermittlung (Bst. d); der bisherige Buchstabe c wird neu zu Buchstabe e.

*Art. 48 Abs. 2 zweiter Satz*

Diese Bestimmung entspricht jener von Artikel 68 Absatz 1 Buchstabe a StPO. Sie ist erforderlich, weil die Rechte von Opfern im Verfahren nunmehr im Militärstrafprozess selber geregelt sind und nicht mehr umfassend auf das Opferhilfegesetz verwiesen wird.

<sup>464</sup> SR 322.1

*Art. 70–70k*

Der bisherige Artikel 70 verweist für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000<sup>465</sup> betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) und erklärt dessen Regeln für den Einsatz technischer Überwachungsgeräte als sinngemäss anwendbar.

Mit der Strafprozessordnung wird der 2. Abschnitt des BÜPF (Art. 3–10), in welchem die Voraussetzungen und das Verfahren geregelt sind, aufgehoben. Für zivile Strafverfahren werden die Voraussetzungen und das Verfahren der Anordnung der Post- und Fernmeldeüberwachung umfassend in der Strafprozessordnung geregelt. Weil diese Bestimmungen nur auf Delikte des bürgerlichen Strafrechts Bezug nehmen und auf die in der Strafprozessordnung vorgesehenen Behörden abgestimmt sind, genügt es nicht, im Militärstrafprozess die Regeln des zivilen Strafverfahrens für sinngemäss anwendbar zu erklären. Vielmehr ist eine eigenständige Regelung einzufügen, die sich jedoch so weit als möglich mit jener der Strafprozessordnung deckt. Die Artikel 70–70k entsprechen deshalb den Artikeln 268–278 StPO, bestimmen jedoch den Untersuchungsrichter (nach StPO: die Staatsanwaltschaft) als anordnende Behörde und den Präsidenten des Militärkassationsgerichts (nach StPO: das Zwangsmassnahmengericht) als Genehmigungsinstanz. Die Triage zum Schutz von Berufsgeheimnissen (*Art. 70b Abs. 1*) wird unter der Leitung des Präsidenten des Militärgerichts (nach E-StPO: einer richterlichen Behörde) vorgenommen. Anders als in der StPO ist auch der Katalog der Straftaten: *Artikel 70 Absatz 2* übernimmt den Katalog der Straftaten nach Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003<sup>466</sup> über die verdeckte Ermittlung. *Artikel 70 Absatz 3* nimmt Bezug auf die Regelung von Artikel 221 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927<sup>467</sup> (MStG): Wenn jemand mehrerer strafbarer Handlungen beschuldigt ist, welche teils der zivilen, teils der militärischen Gerichtsbarkeit unterstehen, so kann der Bundesrat deren ausschliessliche Beurteilung dem militärischen oder dem zivilen Gericht übertragen. Es ist somit denkbar, dass ein militärischer Untersuchungsrichter die Überwachung des Post- oder Fernmeldeverkehrs zur Verfolgung einer Straftat des bürgerlichen Strafrechts anordnen muss.

*Art. 71–71c*

Für die Regelung der Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten gilt das zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs Gesagte: Die Regelung entspricht im Wesentlichen jener der StPO, nimmt jedoch hinsichtlich Behörden und Katalogtaten Rücksicht auf die Besonderheiten des Militärstrafverfahrens.

*Art. 73a–73n*

Das Bundesgesetz vom 20. Juni 2003<sup>468</sup> über die verdeckte Ermittlung (BVE) regelt die verdeckte Ermittlung bei der Verfolgung von zivilen und militärischen Straftaten. Soweit Delikte des zivilen Strafrechts betroffen sind, wird die verdeckte Ermittlung in der StPO geregelt. Es ist nicht sinnvoll, allein für die verdeckte Ermittlung zur Verfolgung militärischer Straftaten ein eigenes Gesetz beizubehalten, wenn sich die Materie in den Militärstrafprozess integrieren lässt.

<sup>465</sup> SR 780.1

<sup>466</sup> SR 312.8

<sup>467</sup> SR 321.0

<sup>468</sup> SR 312.8

Auch hier bildet die Regelung in der StPO die Grundlage. Sie wird hinsichtlich der Anordnungs- und Genehmigungsbehörden an die Besonderheiten des Militärstrafverfahrens angepasst.

*Gliederungstitel vor Art. 74*

### **Elfter Abschnitt: Zeugen und Auskunftspersonen**

Bisher trug der elfte Abschnitt den Titel «Zeugen, Auskunftspersonen und Opfer». Weil die Rechte von Opfern in einem Abschnitt (Elfter *a* Abschnitt) geregelt werden, ist eine Anpassung des Titels notwendig.

*Gliederungstitel vor Art. 84a (neu)*

### **Elfter *a* Abschnitt: Opfer und ihre Angehörigen**

Der bisherige Artikel 84*a* erklärte bestimmte Bestimmungen des Opferhilfegesetzes vom 4. Oktober 1991<sup>469</sup> (OHG) auch für Militärstrafverfahren für anwendbar. Weil derartige Verweise auf andere Erlasse die Lesbarkeit eines Gesetzes erschweren, werden die Bestimmungen über Rechte von Opfern nunmehr in den Militärstrafprozess selber integriert. In der Sache entsprechen die Artikel 84*a*–84*i*, 104 Absatz 3 und 118 Absatz 2 im Wesentlichen der Regelung, wie sie die StPO vorsieht. Auch hier werden jedoch die Besonderheiten des Militärstrafverfahrens (namentlich in Bezug auf die Behördenorganisation) berücksichtigt.

## **12. Rechtshilfegesetz vom 20. März 1981<sup>470</sup>**

*Art. 5 Abs. 2*

Redaktionelle Änderung im zweiten Halbsatz: Statt auf die aufzuhebende Bestimmung des Bundesgesetzes vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege wird auf die entsprechende Norm der StPO verwiesen.

*Art. 9 zweiter Satz*

Redaktionelle Änderung: Statt auf die aufzuhebenden Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege wird auf die entsprechenden Normen der StPO verwiesen.

*Art. 15 Abs. 1*

Der Verweis auf die sinngemässe Geltung der eidgenössischen und kantonalen Bestimmung über Entschädigung für ungerechtfertigte Haft oder andere Nachteile ist durch den Verweis auf die einschlägigen Artikel der StPO zu ersetzen.

*Art. 16 Abs. 2*

Gemäss Artikel 54 Absatz 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung ist die Staatsanwaltschaft zuständig, wenn ein Kanton mit einem Fall von internationaler Rechtshilfe befasst ist. Artikel 16 Absatz 2 ist damit obsolet.

<sup>469</sup> SR 312.5

<sup>470</sup> SR 351.1

## *Art. 18a* Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs

Mit der Strafprozessordnung werden verschiedene Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000<sup>471</sup> betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) aufgehoben, was Anpassungen von Artikel 18a IRSG bedingt. Für die in *Absatz 2* genannten «anderen Rechtshilfefälle» können zum einen die Staatsanwaltschaften der Kantone und des Bundes zuständig sein; in einem solchen Fall ist die befassete Staatsanwaltschaft zur Anordnung der Überwachung des Post- oder Fernmeldeverkehrs zuständig (*Bst. a*). Artikel 79a i.V.m. Artikel 17 Absatz 5 IRSG sieht indes vor, dass das Bundesamt für Justiz in gewissen Fällen das Rechtshilfege- such selber ausführt; in einem solchen Fall ist die Überwachung des Post- oder Fernmeldeverkehrs vom Bundesamt für Justiz anzuordnen (*Bst. b*).

*Absatz 3* wiederholt zum einen die sich bereits aus der StPO ergebende Zuständig- keit zur Genehmigung; zum andern legt sie fest, dass Überwachungsanordnungen nach Absatz 1 vom Zwangsmassnahmengericht des Bundes zu genehmigen sind. Mit dem «Zwangsmassnahmengericht des Kantons» in *Buchstabe a* ist das auf Grund der kantonalen Behördenorganisation jeweils zuständige Zwangsmassnah- mengericht gemeint.

### *Art. 48 Abs. 2*

Statt auf die Beschwerde nach dem aufzuhebenden Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege wird auf die entsprechenden Bestimmungen der StPO verwiesen.

### *Art. 50 Abs. 4, 79 Abs. 1 zweiter Satz, 87 und 105*

Redaktionelle Anpassung der Verweise.

## **13. Bundesgesetz vom 22. Juni 2001<sup>472</sup> über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof**

### *Art. 15 Abs. 1*

Der Verweis auf die sinngemässe Geltung der eidgenössischen und kantonalen Bestimmung über Entschädigung für ungerechtfertigte Haft oder andere Nachteile ist durch den Verweis auf die einschlägigen Artikel der StPO zu ersetzen.

### *Art. 19 Abs. 4*

Statt auf die Beschwerde nach dem aufzuhebenden Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege wird auf die entsprechenden Bestimmungen der StPO verwiesen.

### *Art. 20 Abs. 2 vierter und fünfter Satz*

Statt auf die Beschwerde nach dem aufzuhebenden Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege wird auf die entsprechenden Bestimmungen der StPO verwiesen.

### *Art. 21 Abs. 4*

Redaktionelle Anpassung des Verweises.

<sup>471</sup> SR 780.1

<sup>472</sup> SR 351.6

## **14. Bundesgesetz vom 7. Oktober 2004<sup>473</sup> über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes**

*Art. 7 Abs. 2 und 3*

*Absatz 2:* Der Ausdruck «Bundesanwalt oder die Bundesanwältin ein Ermittlungsverfahren eröffnen kann (Art. 340<sup>bis</sup> des Strafgesetzbuches)» wird ersetzt durch «Staatsanwaltschaft des Bundes ein Vorverfahren eröffnen kann (Art. 24 der Strafprozessordnung vom ...<sup>474</sup>; StPO)».

*Absatz 3:* Der Ausdruck «nach den Bestimmungen des Bundesstrafrechtspflegegesetzes vom 15. Juni 1934» wird ersetzt durch «nach den Bestimmungen der StPO».

## **15. DNA-Profil-Gesetz vom 20. Juni 2003<sup>475</sup>**

*Art. 1 Abs. 1 und 3*

Die StPO legt die Voraussetzungen und Modalitäten fest, nach denen in den von ihr geregelten Strafverfahren DNA-Profile erstellt werden dürfen. Insoweit ist das DNA-Profil Gesetz obsolet. Es hat jedoch noch Bedeutung hinsichtlich der Voraussetzungen für die Erstellung von DNA-Profilen im Militärstrafprozess, im Verwaltungsstrafverfahren und ausserhalb von Strafverfahren, wenn mit DNA-Profilen vermisste, unbekannte oder tote Personen identifiziert werden sollen. Von der Schweizerischen Strafprozessordnung nicht geregelt sind sodann etwa die Organisation der DNA-Analyse, Einzelheiten betreffend das DNA-Profil-Informationssystem, kurz: die in den Abschnitten 3–8 des DNA-Profil-Gesetzes geregelten Themen.

Vor diesem Hintergrund ist Absatz 1 durch Streichung des Begriffs «Voraussetzungen» anzupassen. Der bisherige *Absatz 3* wird sodann in Absatz 1 Buchstabe c überführt.

*Art. 1<sup>bis</sup> Geltungsbereich*

Wie erwähnt, regeln die Artikel 254–258 StPO die Voraussetzungen und Modalitäten hinsichtlich der Verwendung von DNA-Profilen. Somit hat der 2. Abschnitt des DNA-Profil-Gesetzes für die nach der Schweizerischen Strafprozessordnung geführten Verfahren keine Bedeutung. Diesem Umstand ist mit einer Beschränkung des Geltungsbereichs des DNA-Profil-Gesetzes Rechnung zu tragen.

## **16. Tierschutzgesetz vom 9. März 1978<sup>476</sup>**

*Art. 32 Abs. 1 zweiter Satz*

Die StPO übernimmt Artikel 258 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege nicht<sup>477</sup>. Der Verweis ist deshalb ersatzlos zu streichen.

<sup>473</sup> SR **360**

<sup>474</sup> SR ...; AS ... (BBl **2006** 1389)

<sup>475</sup> SR **363**

<sup>476</sup> SR **455**

<sup>477</sup> S. vorstehend, Ziff. 6.

## **17. Landesversorgungsgesetz vom 8. Oktober 1982<sup>478</sup>**

*Art. 57 Abs. 2*

Der Ausdruck «Artikel 79 des Bundesstrafprozesses» wird ersetzt durch «Artikel 166 der Strafprozessordnung vom ...<sup>479</sup>».

## **18. Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990<sup>480</sup> über die direkte Bundessteuer**

*Art. 183 Abs. 2 zweiter Satz*

Die StPO übernimmt Artikel 258 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege nicht<sup>481</sup>. Der Verweis ist deshalb ersatzlos zu streichen.

*Art. 188 Abs. 2 und 4 zweiter Satz*

In *Absatz 2* wird der Ausdruck «Vorschriften des kantonalen Strafprozessrechts» ersetzt durch «Vorschriften der Strafprozessordnung vom ...<sup>482</sup> (StPO)».

*Absatz 4*: Die StPO übernimmt Artikel 258 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege nicht<sup>483</sup>. Der Verweis ist deshalb ersatzlos zu streichen.

*Art. 192 Abs. 3 zweiter Satz*

Statt auf die aufgehobenen Artikel des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege wird auf die entsprechenden Bestimmungen der Artikel 165, 166, 168 und 169 der StPO verwiesen.

*Art. 194 Abs. 3*

Die StPO übernimmt Artikel 258 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege nicht<sup>484</sup>. Der Verweis ist deshalb zu streichen.

## **19. Bundesgesetz vom 12. Juni 1959<sup>485</sup> über die Wehrpflichtersatzabgabe**

*Art. 44 Abs. 1*

Redaktionelle Anpassung im zweiten Halbsatz: Statt auf einzelne Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege wird auf die StPO verwiesen.

## **20. Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958<sup>486</sup>**

*Art. 55 Abs. 5*

Soweit die Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit auf Grund des Verdachts einer Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz oder anderer Gesetze durchzuführen sind, handelt es sich um Beweismassnahmen im Sinne der StPO. Diese regelt denn auch die Zuständigkeit für die Durchführung und Anordnung, weshalb Absatz 5 von Artikel 55 des Strassenverkehrsgesetzes keine Bedeutung mehr

<sup>478</sup> SR 531

<sup>479</sup> SR ...; AS ... (BBl 2006 1389)

<sup>480</sup> SR 642.11

<sup>481</sup> S. vorstehend, Ziff. 6.

<sup>482</sup> SR ...; AS ... (BBl 2006 1389)

<sup>483</sup> S. vorstehend, Ziff. 6.

<sup>484</sup> S. vorstehend, Ziff. 6.

<sup>485</sup> SR 661

<sup>486</sup> SR 741.01

hat. Wenn solche Massnahmen indes nicht zur Aufklärung einer strafbaren Handlung angeordnet werden sollen (was nach dem Wortlaut von Abs. 1 zulässig erscheint), so handelt es sich um Massnahmen des Polizeirechts. Dessen Regelung liegt ohnehin in der Kompetenz der Kantone, sodass sich Absatz 5 auch unter diesem Blickwinkel als überflüssig erweist.

## **21. Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957<sup>487</sup>**

*Art. 15 Abs. 3 zweiter Satz*

Statt auf das aufzuhebende Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege ist auf die StPO zu verweisen.

## **22. Bundesgesetz vom 18. Februar 1878<sup>488</sup> betreffend Handhabung der Bahnpolizei**

*Art. 11*

Statt auf die kantonalen Strafprozessordnungen ist auf die StPO zu verweisen.

## **23. Seeschiffahrtsgesetz vom 23. September 1953<sup>489</sup>**

*Art. 57 Abs. 1 und 2*

*Absatz 1:* Anpassungen an die Terminologie der StPO: Statt der «Befugnisse eines Untersuchungsrichters» hat der Kapitän die «Befugnisse der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung». Sodann führt der Kapitän nicht mehr die «Voruntersuchung», sondern die «Ermittlungen».

*Absatz 2:* Statt auf einzelne Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege ist auf die entsprechende Norm der StPO zu verweisen.

## **24. Luftfahrtgesetz vom 21. Dezember 1948<sup>490</sup>**

*Art. 26b Abs. 3*

Statt auf das aufzuhebende Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege ist auf die StPO zu verweisen.

## **25. Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000<sup>491</sup> betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs**

*2. Abschnitt (Art. 3–10)*

Der zweite Abschnitt des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs regelt die Voraussetzungen und das Verfahren der Überwachung. Weil diese beiden Bereiche nunmehr in den Artikeln 268–278 der StPO geregelt sind, sind die Artikel 3–10 BÜPF für das zivile Strafverfahren hinfällig. Nachdem die entsprechenden Bestimmungen auch in den Militärstrafprozess integ-

<sup>487</sup> SR 742.101

<sup>488</sup> SR 742.147.1

<sup>489</sup> SR 747.30

<sup>490</sup> SR 748.0

<sup>491</sup> SR 780.1

riert werden und auch das Rechtshilfegesetz ergänzt wird, verliert der gesamte zweite Abschnitt des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs seine Bedeutung; er ist deshalb aufzuheben.

*Art. 11 Abs. 1 Bst. a*

Nachdem sich die Voraussetzungen für die Überwachung im jeweiligen Verfahrensrecht (Strafprozessordnung oder Militärstrafprozess) befinden, bestimmt sich nach diesem, ob die Überwachung für die fragliche Straftat angeordnet werden durfte.

*Art. 13 Abs. 1 Bst. a und f*

Das zu Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe a Gesagte gilt auch für Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe a. Bei Buchstabe f ist der Verweis auf die aufgehobenen Artikel 4 und 7 anzupassen.

## **26. Betäubungsmittelgesetz vom 3. Oktober 1951<sup>492</sup>**

*Art. 15 Abs. 2 zweiter Satz*

Die Voraussetzungen, unter denen die in Absatz 2 genannten Personen das Zeugnis verweigern dürfen, sind nunmehr in Artikel 170 Absatz 1 der StPO geregelt.

*Art. 29 Abs. 2 und 4*

Statt auf das aufzuhebende Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege ist in Absatz 2 auf die StPO zu verweisen.

Artikel 259 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege wurde nicht in die StPO übernommen. Absatz 4 ist deshalb aufzuheben.

## **27. Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000<sup>493</sup> über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts**

*Art. 79 Abs. 1*

Wegen der Aufhebung von Artikel 258 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege<sup>494</sup> wird der entsprechende Verweis hinfällig.

## **28. Bundesgesetz vom 25. Juni 1982<sup>495</sup> über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge**

*Art. 78 zweiter Satz*

Wegen der Aufhebung von Artikel 258 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege<sup>496</sup> wird der entsprechende Verweis hinfällig.

<sup>492</sup> SR 812.121

<sup>493</sup> SR 830.1

<sup>494</sup> S. vorstehend, Ziff. 6.

<sup>495</sup> SR 831.40

<sup>496</sup> S. vorstehend, Ziff. 6.

## **29. Bundesgesetz vom 9. Oktober 1981<sup>497</sup> über die Schwangerschaftsberatungsstellen**

### *Art. 2 Abs. 1*

Artikel 2 Absatz 1 räumt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von Schwangerschaftsberatungsstellen ein absolutes Aussageverweigerungsrecht ein. Für das Strafverfahren erscheint dies nicht gerechtfertigt, kann doch dadurch die Wahrheitsfindung und die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unter Umständen auch bei schwersten Delikten stark beeinträchtigt oder gar verunmöglicht werden. Gleich wie Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von Opferberatungsstellen räumt Artikel 170 Absatz 1 Buchstabe d der StPO den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von Schwangerschaftsberatungsstellen ein relatives Zeugnisverweigerungsrecht ein, welches eine Güterabwägung im Einzelfall zulässt und erfordert. Bestehen bleibt jedoch ein absolutes Aussageverweigerungsrecht in andern Verfahren, namentlich im Zivilprozess, und gegenüber andern Behörden als den Strafbehörden. Das Bundesgesetz über die Schwangerschaftsberatungsstellen ist entsprechend zu ändern.

## **30. Bundesgesetz vom 8. Juni 1923<sup>498</sup> betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten**

### *Art. 52*

#### *VI. Mitteilung an die Staatsanwaltschaft des Bundes*

Diese Bestimmung ist in mehrfacher Hinsicht anpassungsbedürftig: So erklärt Absatz 2 das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement für berechtigt, beim Bundesgericht Beschwerde einzureichen. Entsprechend haben die Kantone ihre Entscheide und Urteile dem Departement mitzuteilen (Abs. 1). Bereits unter Geltung des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege (BStP) kam die Berechtigung zur Beschwerde jedoch der Bundesanwaltschaft zu (Art. 268 ff BStP). Die Mitteilungen der kantonalen Strafbehörden haben sich daher an die Staatsanwaltschaft des Bundes zu richten. Ausserdem ist im Sinne einer Präzisierung vorgesehen, dass dies unverzüglich und unentgeltlich zu geschehen hat.

Eine Verankerung der Beschwerdeberechtigung der Staatsanwaltschaft des Bundes ist nicht mehr notwendig. Artikel 81 Absatz 2 des Bundesgerichtsgesetzes erklärt nämlich die Bundesanwaltschaft für zur Beschwerde berechtigt ist, wenn das Bundesrecht vorsieht, dass ihr der Entscheid mitzuteilen ist. Ebenso wenig bedarf es einer Regelung über das Rechtsmittel an das Bundesgericht, folgt doch der Rechtsschutz gegen die Urteile und Entscheide der Kantone ab Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

## **31. Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000<sup>499</sup>**

### *Art. 13 Abs. 1 zweiter Satz*

Aus den bei der Erläuterung von Artikel 170 der Strafprozessordnung dargelegten Gründen ist es nicht sachgerecht, Anwältinnen und Anwälten auch bei einer Entbin-

<sup>497</sup> SR 857.5

<sup>498</sup> SR 935.51

<sup>499</sup> SR 935.61

dung von der Geheimhaltungspflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht einzuräumen. Das Anwaltsgesetz ist entsprechend zu ändern.

### **32. Edelmetallkontrollgesetz vom 20. Juni 1933<sup>500</sup>**

*Art. 54 Abs. 3 zweiter Satz*

Mit Inkrafttreten der StPO werden Strafverfahren nach den gleichen Regeln geführt werden, unabhängig davon, ob eine Behörde eines Kantons oder des Bundes das Verfahren leitet. Deshalb bedarf es der Sonderregel im zweiten Satz nicht mehr, wonach auf kantonale Verfahren gewisse Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege anwendbar sind.

### **33. Versicherungsaufsichtsgesetz vom 23. Juni 1978<sup>501</sup>**

*Art. 50 Ziff. 4 zweiter Satz*

Die StPO übernimmt Artikel 258 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege nicht<sup>502</sup>. Der Verweis ist deshalb ersatzlos zu streichen.

### **34. Sicherstellungsgesetz vom 25. Juni 1930<sup>503</sup>**

*Art. 32 Abs. 6 zweiter Satz*

Die StPO übernimmt Artikel 258 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege nicht<sup>504</sup>. Der Verweis ist deshalb ersatzlos zu streichen.

### **35. Schadenversicherungsgesetz vom 20. März 1992<sup>505</sup>**

*Art. 30 Abs. 6 zweiter Satz*

Die StPO übernimmt Artikel 258 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege nicht<sup>506</sup>. Der Verweis ist deshalb ersatzlos zu streichen.

## **2.12.2 2. Kapitel: Übergangsbestimmungen**

### **2.12.2.1 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen** (Art. 454 und 455)

Mit den Übergangsbestimmungen soll erreicht werden, dass die StPO die bisherigen kantonalen und eidgenössischen Strafprozessordnungen möglichst rasch ablöst. Grundsätzlich sind deshalb hängige Verfahren nach neuem Recht von den nach neuem Recht zuständigen Behörden weiterzuführen. Von diesem Grundsatz wird nur ausnahmsweise abgewichen, namentlich um einen Rechtsverlust betroffener Personen zu vermeiden.

<sup>500</sup> SR **941.31**

<sup>501</sup> SR **961.01**

<sup>502</sup> S. vorstehend, Ziff. 6.

<sup>503</sup> SR **961.03**

<sup>504</sup> S. vorstehend, Ziff. 6.

<sup>505</sup> SR **961.71**

<sup>506</sup> S. vorstehend, Ziff. 6.

#### *Art. 454* Anwendbares Recht

*Absatz 1* statuiert den soeben dargelegten Grundsatz der sofortigen Anwendbarkeit neuen Rechts auf hängige Verfahren.

*Absatz 2* beseitigt den möglichen Einwand, dass unter altem Recht vorgenommene Verfahrenshandlungen mit Inkrafttreten des neuen Rechts ihre Gültigkeit verlieren, wenn die Anforderungen zum Zeitpunkt ihrer Anordnung jenen der StPO nicht entsprechen. Damit darf etwa ein nach Massgabe des alten Rechts angeordnete Observation fortgeführt werden, auch wenn das Verfahren ihrer Anordnung dem neuen Recht nicht entspricht.

Es wird bewusst darauf verzichtet, in den Übergangsbestimmungen eine Instanz vorzusehen, welche bei Unklarheiten betreffend das anwendbare Recht entscheidet. Dies ist deshalb entbehrlich, weil es anders als bezüglich der zuständigen Behörde bei der Frage des anwendbaren Rechts keine mit einem negativen Kompetenzkonflikt vergleichbare Situation geben kann: Die rechtsanwendende Behörde kann gar nicht anders, als auf einen Sachverhalt Prozessrecht anzuwenden, sei es das alte oder das neue. Die Frage, ob im Einzelfall zu Recht das alte oder das neue Prozessrecht angewendet worden ist, ist gegebenenfalls auf dem Rechtsmittelweg überprüfen zu lassen.

#### *Art. 455* Zuständigkeit

*Absatz 1* statuiert das zweite Hauptziel der Übergangsbestimmungen: Die möglichst rasche Zuständigkeit der neuen Behörden.

Bund und Kantone werden Einzelheiten der Übergabe hängiger Verfahren von den alten an die neuen Strafbehörden zu regeln haben (vgl. Art. 463). Dabei wird etwa festzulegen sein, welcher Staatsanwältin oder welchem Staatsanwalt eine Untersuchungsrichterin oder ein Untersuchungsrichter seine Dossiers zu übergeben hat.

Erachtet sich weder die Behörde nach bisherigem Recht noch jene nach neuem Recht für die Weiterführung eines hängigen Verfahrens zuständig, besteht ein so genannter negativer Kompetenzkonflikt. Eine derartige Situation könnte für die Verfolgung von Straftaten äusserst negative Folgen haben und lässt sich nicht auf dem normalen Rechtsmittelweg klären, namentlich weil die zur Einlegung von Rechtsmitteln legitimierte beschuldigte Person womöglich gar kein Interesse an der Klärung hat. Deshalb bestimmt *Absatz 2* die Behörden, welche Meinungsverschiedenheiten über die Zuständigkeit entscheiden. Dieser Entscheid ist nicht selbständig anfechtbar, doch kann die Frage der Zuständigkeit der Behörde als Prozessvoraussetzung im späteren Verfahren vorgebracht werden.

### **2.12.2.2**

### **2. Abschnitt: Erstinstanzliches Hauptverfahren und besondere Verfahren (Art. 456–458)**

#### *Art. 456* Erstinstanzliches Hauptverfahren

Ob eine Hauptverhandlung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits eröffnet ist, beurteilt sich nach dem vor dem Inkrafttreten der StPO anwendbaren Verfahrensrecht.

*Art. 458* Abwesenheitsverfahren

*Absatz 1:* Gleich wie bei Artikel 456 beurteilt sich auch die Frage, ob ein Gesuch beim Inkrafttreten hängig ist, nach altem Recht.

*Absatz 2* regelt den Fall, dass das Abwesenheitsurteil nach altem Recht ergangen ist, jedoch beim Inkrafttreten noch kein Gesuch um neue Beurteilung hängig war, sondern ein solches erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts gestellt wird. In einem solchen Fall ist das Gesuch nach dem für die gesuchstellende Person günstigeren Recht zu beurteilen, was insbesondere für die formellen Punkte des Gesuchs (z.B. Form und Frist) von Bedeutung ist.

*Absatz 3* entspricht dem Grundsatz der Anwendbarkeit neuen Rechts durch die nach neuem Recht zuständigen Behörden.

### **2.12.2.3**                    **3. Abschnitt: Rechtsmittelverfahren** (Art. 459 und 460)

*Art. 459*                    Vor Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällte Entscheide

Für die Anwendbarkeit des bisherigen Rechts und die Zuständigkeit der bisherigen Rechtsmittelinstanz nach *Absatz 1* ist allein das Datum der Ausfällung des Entscheides massgebend. Unerheblich ist hingegen, wann der Entscheid eröffnet oder ob das Rechtsmittel vor oder nach Inkrafttreten erklärt worden ist. Ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Eröffnung ist nicht möglich, ist doch dieser nicht für jede Partei gleich. Folglich wäre das Rechtsmittel der einen Partei von der nach bisherigem Recht zuständigen Behörde nach altem Recht zu beurteilen, während jenes einer andern Partei nach neuem Recht von der neurechtlichen Behörde beurteilt würde. Ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Erklärung des Rechtsmittels hätte die gleiche Folge; zudem hätte es eine Partei in der Hand, das anwendbare Recht und die zuständige Behörde zu bestimmen.

*Art. 460*                    Nach Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällte Entscheide

*Absatz 1* wiederholt zur Verdeutlichung den Grundsatz von Artikel 454.

*Absatz 2* setzt einmal voraus, dass ein beim Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnetes Hauptverfahren nach altem Recht weitergeführt wird, mithin Artikel 456 Anwendung findet. Weiter ist vorausgesetzt, dass eine höhere Gerichtsinstanz als erste Instanz tätig ist. In derartigen Fällen sehen die kantonalen Strafprozessordnungen zumeist eine besondere Rechtsmittelinstanz vor, weil andernfalls eine Rechtsmittelinstanz den Entscheid einer hierarchisch gleichrangigen ersten Instanz zu beurteilen hätte. Anwendung findet diese Bestimmung beispielsweise für Verfahren vor einem durch Mitglieder des Kantons- oder Obergerichts konstituierten Wirtschaftsstrafgericht.

## 2.12.2.4

### 4. Abschnitt: Einsprachen gegen Strafbefehle; Privatstrafklageverfahren (Art. 461 und 462)

#### Art. 462 Privatstrafklageverfahren

Die Bestimmung nimmt Bezug auf die vorne<sup>507</sup> dargestellten, in einigen Kantonen bekannten Privatstrafklageverfahren, welche nach diesem Entwurf nicht vorgesehen sind. Weil dieses Gesetz keinerlei Regeln für derartige Verfahren enthält, sollen sie nach bisherigem Recht von den bisher zuständigen Behörden zu Ende geführt werden.

## 3 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln des E-JStPO

### 3.1 1. Kapitel: Gegenstand und Grundsätze (Art. 1–5)

#### Art. 1 Gegenstand

*Artikel 1*<sup>508</sup> hält fest, dass das neue Gesetz die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten, die von Jugendlichen (also vor dem Alter von 18 Jahren<sup>509</sup>) begangen wurden, sowie den Vollzug der von den zuständigen Behörden getroffenen Entscheide auf Bundesebene regelt. Für die Verfolgung und Beurteilung bedarf dies keiner näheren Erläuterung; die Bestimmung bildet insofern das Gegenstück zu Artikel 1 E-StPO, der seinerseits auf alle Personen Anwendung findet, die mit über 18 Jahren eine Straftat begangen haben. Die Frage des Vollzugs der Urteile stellt dagegen eine Besonderheit des Jugendstrafverfahrens dar. Die Jugendgerichtsbarkeit muss in ihrer Gesamtheit und als einheitlicher Prozess betrachtet werden, der von der Eröffnung der Untersuchung bis zum Ende des Vollzugs läuft. Aus diesem Grund legt dieses Gesetz auch die Modalitäten des Vollzugs fest und bezeichnet die zuständigen Behörden.

#### Art. 2 Zuständigkeit

Dieser Artikel hält fest, dass die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten Jugendlicher stets in der Zuständigkeit der kantonalen Behörden liegt, dies im Gegensatz zu den Regeln über die Gerichtsbarkeit des Bundes (Art. 23 f. E-StPO; Art. 336 ff. nStGB<sup>510</sup>). Diese Regel drängt sich nicht nur aus Kostengründen auf – die Schaffung eidgenössischer Spezialbehörden würde wahrscheinlich übermässige Kosten nach sich ziehen –, sondern auch aus erzieherischen Gründen und wegen der Bedeutung der sozialen Eingliederung der Jugendlichen. Vor diesem Hintergrund sollte der oder die Jugendliche in der Nähe des Aufenthaltsortes von einem «einheimischen» Gericht beurteilt werden. Darauf ist bei der Behandlung des Gerichtsstandes (Art. 11) zurückzukommen.

<sup>507</sup> Oben Ziff. 1.5.4.1.

<sup>508</sup> In diesem 3. Teil der Botschaft sind Artikel ohne nähere Bezeichnung solche des vorliegenden Entwurfs einer Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung.

<sup>509</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. a des Jugendstrafgesetzes vom 20. Juni 2003 (JStG), BBl 2003 4445, künftige SR-Nummer 311.1.

<sup>510</sup> BBl 2002 8240

*Art. 3* Anwendbarkeit der Schweizerischen Strafprozessordnung

*Absatz 1* hebt den Umstand hervor, dass die Jugendstrafprozessordnung ein Spezialgesetz zur Strafprozessordnung darstellt. Die Bestimmungen der letzteren finden somit Anwendung, sofern die Jugendstrafprozessordnung keine abweichende Regel enthält.

Es erscheint zwar naheliegend, alle für die Erwachsenen bestimmten Regeln analog auch auf jugendliche Straftäterinnen und Straftäter anzuwenden, sofern diese Regeln mit den besonderen Zielen der Jugendstrafrechtspflege vereinbar sind. Ebenso naheliegend ist aber auch, von diesen Regeln abzuweichen, wenn sich für die strafrechtliche Behandlung Jugendlicher Spezialnormen aufdrängen. Deswegen finden sich in der Jugendstrafprozessordnung spezielle Bestimmungen und, darüber hinaus, die Regelung in *Absatz 2*, wo diejenigen Bestimmungen der Strafprozessordnung aufgezählt werden, die nicht auf die Jugendlichen Anwendung finden und für die in der Jugendstrafprozessordnung keine Spezialnorm vorgesehen ist.

Somit lautet der allgemeine Grundsatz, dass die Strafprozessordnung auch auf die Jugendlichen Anwendung findet, ausser:

- wenn die Jugendstrafprozessordnung einen Verfahrensbereich in besonderer Weise regelt, was die Unanwendbarkeit der Normen der Strafprozessordnung auf diesem Gebiet nach sich zieht (gilt z.B. auch für die Übergangsbestimmungen, Art. 46 ff.);
- wenn die Anwendung einer Bestimmung der Strafprozessordnung durch Artikel 3 Absatz 2 JStPO ausgeschlossen wird.

Dieser *Absatz 2* sieht die Unanwendbarkeit der Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung in sieben Bereichen vor:

- *Buchstabe a*: Die Sonderregeln für Übertretungen (Art. 361–364 E-StPO) sind nicht auf die Jugendlichen anwendbar (für Einzelheiten s. unten Ziff. 3.2).
- *Buchstabe b* ist die Konsequenz der in Artikel 2 vorgeschlagenen Regelung.
- *Buchstabe c*: Weil das Jugendstrafrecht hauptsächlich von der Individualisierung der Behandlung der beschuldigten Person geprägt ist, kann der Grundsatz der Verfahrenseinheit nicht strikte angewendet werden. Nach den Bestimmungen der Jugendstrafprozessordnung (v.a. Art. 11) soll jede und jeder Jugendliche durch eine ortsnahe Strafbehörde beurteilt werden können. Bei Straftaten, in die Jugendliche verschiedener Herkunft verwickelt sind, ist daher eine Trennung der Verfahren notwendig.
- *Buchstabe d*: Einer der Hauptgrundsätze des Jugendstrafverfahrens ist die Nichtöffentlichkeit der Hauptverhandlung (Art. 15). Dieser Grundsatz verbietet auch jegliche Veröffentlichung im Amtsblatt.
- *Buchstabe e*: Das sog. abgekürzte Verfahren (Absprachen zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft) soll im Jugendstrafverfahren nicht zur Anwendung kommen.
- *Buchstabe f*: Die Friedensbürgschaft, also eine «andere Massnahme» im Sinne der Artikel 66 ff. nStGB<sup>511</sup>, wurde ebenfalls nicht in den Entwurf auf-

<sup>511</sup> BBl 2002 8240

genommen; damit versteht sich von selbst, dass die Bestimmungen des E-StPO über ihre Umsetzung (Art. 379 ff.) nicht auf die Jugendlichen anwendbar sind.

- *Buchstabe g*: Nach Artikel 10 Absatz 1 JStG können nötigenfalls Schutzmassnahmen angeordnet werden, unabhängig davon, ob die oder der Jugendliche schuldhaft gehandelt hat oder nicht. Somit versteht sich von selbst, dass die Artikel 382 und 383 E-StPO im Bereich des Jugendstrafverfahrens keine Anwendung finden.

Findet nach dem allgemeinen Grundsatz die Strafprozessordnung für Erwachsene auf Jugendliche Anwendung, soweit die Jugendstrafprozessordnung nicht davon abweicht, so ist es gleichwohl wichtig, sich stets zu vergegenwärtigen, dass die Regeln der Strafprozessordnung immer nur in analoger Weise anwendbar sind, und immer darauf bedacht zu sein, im Sinn und Geist des Jugendstrafrechts zu handeln. Auch wenn man also die *lex generalis* anwendet, darf man nie aus den Augen verlieren, dass die Adressaten dieser Verfahrensbestimmungen keine Erwachsenen sind. Aus diesen Gründen verweist *Absatz 3* auf die Grundsätze von Artikel 4.

#### *Art. 4* Grundsätze

Dieser Artikel nimmt die spezifischen Ziele des Jugendstrafrechtes wieder auf. Die Sorge um die Wahrung dieser Ziele sollte das gesamte Strafverfahren gegen Jugendliche begleiten, ob die betreffende Behörde nun die Jugendstrafprozessordnung oder die ordentliche Strafprozessordnung anwendet.

Nach *Absatz 1* ist der Schutz des Jugendlichen massgebend. Die strafrechtliche Intervention bedingt oft den Einsatz von Zwangsmassnahmen, die negative Auswirkungen haben können. Es geht darum, diese Auswirkungen so weit wie möglich zu mindern. Derselbe Absatz erwähnt ferner die Erziehung. Im Gegensatz zum ordentlichen Strafrecht verfolgt das Jugendstrafrecht vor allem erzieherische Zwecke; es sucht nach den Ursachen des Verhaltens des Jugendlichen, um ihm im weiten Sinne Pflege und Erziehung angedeihen zu lassen und seine Eingliederung oder Wiedereingliederung in die Gemeinschaft zu fördern. Der zweite Satz dieses Absatzes schreibt vor, dass das Alter und der Entwicklungsstand der Jugendlichen Elemente darstellen, die sich zu ihren Gunsten auswirken und daher eine Würdigung und Auslegung der angewendeten Norm nach sich ziehen müssen, die für sie günstig ist.

*Absatz 2* ist nicht rein deklaratorischer Natur. Die Bestimmung, wonach sich der Jugendliche aktiv am Verfahren beteiligen soll, knüpft an die internationalen Standards<sup>512</sup> an, die empfehlen, den Jugendlichen aktiv in die ihn betreffenden Entscheidungen einzubinden und ihn so auf sein künftiges Leben in der Gemeinschaft vorzubereiten. Diese Beteiligung muss in allen Verfahrensstadien möglich sein, wobei das Interesse des Jugendlichen das Hauptkriterium darstellt.

*Absatz 3* hält einen weiteren Hauptgrundsatz fest, der im Jugendstrafrecht von besonderer Bedeutung ist, nämlich jenen der Beschränkung des strafrechtlichen Eingriffes auf das strikt Notwendige. Dieser Grundsatz muss in der *Lex specialis*

<sup>512</sup> Siehe hiezu den Begleitbericht über den Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren (Bundesamt für Justiz, Juni 2001; [www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html)), der sich eingehend mit allen internationalen Standards und den internationalen Verpflichtungen der Schweiz befasst.

enthalten sein, damit deutlich darauf hingewiesen wird, dass die gerichtliche Intervention nicht zu jedem Preis erfolgen soll und dass sie insbesondere den Einflussbereich der Eltern beachten muss. Das Jugendstrafrecht soll, beispielsweise durch die Anordnung von Erziehungsmaßnahmen, nur dann an die Stelle der Eltern treten, wenn Mängel offensichtlich sind und der Sorgebedarf nachgewiesen ist. Der Grundsatz dieses Absatzes kann im Verfahren dazu führen, dass Opfern in Jugendstrafverfahren nicht die genau gleichen Rechte eingeräumt werden wie im ordentlichen Verfahren.

*Absatz 4* sieht vor, dass die Strafbehörden die Eltern oder, bei deren Fehlen, die gesetzlichen Vertreter und Vertreterinnen des oder der Jugendlichen oder die Behörde des Zivilrechts einbeziehen, wenn dies angezeigt scheint und mit dem Gebot des Schutzes und der Erziehung des Jugendlichen vereinbar ist. Diese Personen haben etwa das Recht, über alle Verfahrensschritte informiert zu werden, die gegen Jugendliche durchgeführt werden, und das Recht auf Teilnahme, sofern dies nicht mit den Anforderungen des Einschreitens der Strafjustiz oder den Interessen des oder der Jugendlichen selbst in Konflikt gerät. Die Behörde des Zivilrechts muss insbesondere am Verfahren beteiligt werden, wenn die gesetzliche Vertretung fehlt oder wenn die Interessen des oder der beschuldigten Jugendlichen jenen der gesetzlichen Vertretung entgegenstehen. Dies wird zum Beispiel der Fall sein, wenn die von der oder dem Jugendlichen begangenen Straftaten als Notsignale im Anschluss an Misshandlungen durch die Eltern zu interpretieren sind. Die Information der Eltern wird in solchen Fällen nur summarisch sein und ihre Beteiligung, insbesondere an der Hauptverhandlung, kann eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden.

Erwähnt sei schliesslich, dass alle anderen Hauptgrundsätze des ordentlichen Strafverfahrens auch im Jugendstrafverfahren Anwendung finden, auch wenn sie nicht explizit in der Jugendstrafprozessordnung erwähnt werden.

#### *Art. 5* Verzicht auf Strafverfolgung

Da der Grundsatz der Opportunität der Strafverfolgung bereits in Artikel 8 E-StPO verankert ist, wird dessen Anwendung naheliegenderweise auch im Jugendstrafverfahren vorgesehen, jedoch mit einer Einschränkung für den Fall, dass gegenüber der oder dem Jugendlichen Schutzmassnahmen ergriffen werden müssen (*Abs. 1 Bst. a*). Es wäre nicht angebracht, wenn der Verzicht auf Strafverfolgung die Strafbehörde daran hindern würde, solche Massnahmen anzuordnen. *Buchstabe a* schreibt deshalb vor, dass auf jegliche Strafverfolgung zu verzichten ist, wenn die Voraussetzungen für eine Strafbefreiung nach Artikel 21 JStG<sup>513</sup> erfüllt sind, es sei denn, es müssten Schutzmassnahmen getroffen werden.

Mit der Formulierung «... sieht von einer Strafverfolgung ab ...» geht die Bestimmung über die Möglichkeit der Einstellung des Verfahrens nach Artikel 7 JStG hinaus, indem sie auch die Nichtanhandnahme der Strafverfolgung erlaubt; dieser Begriff ist in Artikel 310 E-StPO definiert.

Die besondere Regelung in *Absatz 2* ist nötig, weil sie von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe d E-StPO abweicht, nämlich insofern, als zusätzlich auf den gewöhnlichen Aufenthalt der oder des Jugendlichen abgestellt wird, das heisst auf den Ort, an dem sie oder er von einem «einheimischen» Richter beurteilt wird. Von den Rege-

<sup>513</sup> BBl 2003 4445; künftige SR-Nummer 311.1.

lungen in den Absätzen 1 und 2 abgesehen kommt jedoch Artikel 8 E-StPO zur Anwendung (*Abs. 3*).

## 3.2 **2. Kapitel: Jugendstrafbehörden (Art. 6–9)**

### *Art. 6* Strafverfolgungsbehörden

Dieser Artikel zählt in Absatz 1 die Behörden auf, die für die Verfolgung der Straftaten zuständig sind. Es sind dies die Polizei, die Jugendrichterin oder der Jugendrichter sowie die Jugendstaatsanwaltschaft. Die Jugendstaatsanwaltschaft ist diejenige Behörde, welche gegebenenfalls mit der Vertretung der Anklage beauftragt ist. Nach *Absatz 2* kann sie, muss aber nicht einschreiten, um vor der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter, dem Jugendgericht sowie der Beschwerdeinstanz oder der Berufungsinstanz in Jugendstrafsachen die Anklage zu vertreten.

Im Gegensatz zu Artikel 12 Buchstabe c E-StPO sollen allfällige Übertretungsstrafbehörden nicht befugt sein, auch gegenüber Jugendlichen einzuschreiten. Diese Lösung wird für die Kanzlei der Jugendrichterin oder des Jugendrichters Mehrarbeit mit sich bringen, die allerdings durch eine entsprechende Entlastung der Verwaltungsbehörden ausgeglichen wird. In der Sache sprechen folgende Gründe für diese Lösung<sup>514</sup>:

- Nicht alle von den Verwaltungsbehörden behandelten Geschäfte kommen der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter zur Kenntnis; sie oder er kann sich somit nur schwer ein vollständiges Bild von einer oder einem Jugendlichen machen, der oder dem sie oder er sich gegenüber sieht, wenn dann eine schwerer wiegende Straftat zu beurteilen ist.
- Wenn eine Verwaltungsbehörde mehrfach rückfälligen Jugendlichen gegenübersteht, wird sie sich darauf beschränken, die verhängte Busse von Mal zu Mal zu erhöhen. Die Jugendrichterin oder der Jugendrichter kann die Jugendlichen dagegen vorladen und allenfalls eher angemessene und persönlichkeitsbezogene Massnahmen treffen.
- Die für Übertretungen zuständige Strafbehörde hat einzig die Bestrafung der Übertretungen zum Ziel, während die Jugendrichterin oder der Jugendrichter erzieherisch einwirken kann.
- Die für Übertretungen zuständige Strafbehörde vermag dem Anliegen der Spezialisierung der in der Jugendstrafrechtspflege tätigen Behörden nicht zu genügen.

### *Art. 7* Erstinstanzliche Gerichte

*Absatz 1* führt die beiden urteilenden Behörden auf, nämlich die Jugendrichterin oder den Jugendrichter und das Jugendgericht. Ihre gerichtlichen Zuständigkeiten sind in den Artikeln 32 und 33 geregelt. Die Zusammensetzung des Jugendgerichtes ergibt sich aus *Absatz 2*; die Jugendrichterin oder der Jugendrichter wirkt als Einzelgericht.

<sup>514</sup> Sie wurde auch im Vernehmlassungsverfahren teilweise mit Nachdruck von verschiedener Seite gefordert, vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 94, Fussnote 887.

Hintergrund von *Absatz 3* ist der Entscheid für eine föderalistische Lösung der Modellfrage in der Jugendstrafrechtspflege (oben Ziff. 1.6.5): Die Jugendrichterin oder der Jugendrichter kann auch Mitglied des Jugendgerichts (Modell Jugendrichter) oder aber (im Modell Jugendanwalt) der Jugendstaatsanwaltschaft sein. Es versteht sich von selbst, dass das «oder» ausschliesslicher Natur ist; es kommt also nicht in Frage, eine Personalunion zwischen Jugendrichterin/Jugendrichter, Jugendstaatsanwalt und Mitglied des Jugendgerichts vorzusehen. Ebenso wenig wäre ein Modell möglich, in dem ein Mitglied des Jugendgerichts ebenfalls Jugendstaatsanwalt ist. Diese Einschränkung ergibt sich einerseits aus den Artikeln 54 ff. E-StPO, andererseits aus Artikel 10.

#### *Art. 8*           Rechtsmittelbehörden

Diese Bestimmung beschränkt sich in *Absatz 1* darauf, die Rechtsmittelbehörden aufzuzählen. Die Rechtsmittel selber werden weiter unten in den Artikeln 37 ff. geregelt. Bei der Aufzählung der verschiedenen Strafbehörden ist hervorzuheben, dass das Zwangsmassnahmengericht, wie es im ordentlichen Strafverfahren vorgeesehen ist, im Jugendstrafverfahren fehlt. Dessen Funktionen werden von den anderen gerichtlichen Instanzen wahrgenommen.

Nach *Absatz 2* können die Kantone vorsehen, dass die Befugnisse der Beschwerdeinstanz in Jugendstrafsachen der Berufungsinstanz in Jugendstrafsachen übertragen werden. Diese Regelung entspricht der Sache nach Artikel 20 Absatz 2 E-StPO.

#### *Art. 9*           Organisation

*Absatz 1* hält fest, dass die Gerichtsorganisation und die Arbeitsweise der Behörden vom kantonalen Recht geregelt werden. Angesichts des Umstandes, dass die Bezeichnung der Strafbehörden, die im Jugendstrafrecht tätig sind, klar im vorliegenden Gesetz geregelt ist, findet *e contrario* Artikel 14 Absatz 1 E-StPO (Freiheit der Kantone auch in der Bezeichnung ihrer Strafbehörden) keine Anwendung. Dieser Eingriff in die kantonale Gestaltungsfreiheit ist damit zu rechtfertigen, dass es den Kantonen freisteht, jenes Strafverfolgungsmodell zu wählen, das ihnen am ehesten zusagt (Jugendanwalt oder Jugendrichter); eine doppelte Wahlfreiheit für das Modell und die Bezeichnung der Behörden würde eine solche Verwirrung stiften, dass man nur noch schwerlich von einem vereinheitlichten Strafverfahren auf dem Gebiet der Jugendstrafverfolgung sprechen könnte.

Die Regelung in *Absatz 2* steht in Zusammenhang mit dem Anliegen, dass die in der Jugendstrafrechtspflege tätigen Behörden spezialisiert sein sollten<sup>515</sup>. Als Frage der Gerichtsorganisation soll eine solche Spezialisierung (die heute bereits in der Person des Jugendrichters bzw. des Jugendanwalts überall, auf Stufe der Gerichte teilweise verwirklicht ist) den Kantonen zwar nicht vorgeschrieben werden; mit Blick auf die Besonderheiten des Jugendstrafrechts, das primär nicht Tat-, sondern Täterstrafrecht sein soll, wäre sie aber generell auch auf der Ebene der Gerichte wünschbar. Dabei kann die Möglichkeit interkantonaler Behörden die Einrichtung solcher spezialisierter Gerichte erleichtern.

<sup>515</sup> Begleitbericht zum Vorentwurf von 2001, S. 27; vgl. Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 2221 f.

*Art. 10* Unvereinbarkeit

Die Personalunion zwischen der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter als Untersuchungsbehörde und als Mitglied des Jugendgerichts ermöglicht zwar die Individualisierung der Betreuung der Jugendlichen, lässt aber den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit ausser Acht. Dieser würde an sich eine Trennung von urteilender und untersuchender Behörde verlangen<sup>516</sup>. Um der mangelnden Unabhängigkeit des Gerichtes zu begegnen, sieht *Absatz 1* vor, dass die Jugendrichterin oder der Jugendrichter nicht als Mitglied des Jugendgerichts wirken kann, wenn sie oder er bereits die Untersuchungshaft, die Einweisung zur Beobachtung oder die vorsorgliche Unterbringung verfügt hat, wenn der Sachverhalt umstritten ist, insbesondere also wenn der oder die beschuldigte Jugendliche den Sachverhalt nicht anerkannt hat, oder wenn eine Beschwerde gegen Verfahrenshandlungen erhoben wurde, die die Jugendrichterin oder der Jugendrichter selbst im Laufe der Untersuchung oder des Vollzugs angeordnet hat. Diese drei Bedingungen sind alternativ und nicht kumulativ.

*Absatz 2* sieht indessen eine Ausnahme von dieser Regel vor, wenn die oder der beschuldigte Jugendliche damit einverstanden ist, dass die Jugendrichterin oder der Jugendrichter im Jugendgericht Einsitz nimmt. Die Zustimmung muss «ausdrücklich» erfolgen, was bedingt, dass sie entweder schriftlich formuliert oder mündlich zu Protokoll zu nehmen ist.

*Art. 11* Gerichtsstand

Diese Bestimmung übernimmt im Wesentlichen den Inhalt von Artikel 38 JStG. Sie macht den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der oder des beschuldigten Jugendlichen zum Hauptgerichtsstand und fügt den ergänzenden Gerichtsstand des Ortes der Begehung der Straftat hinzu, sofern dringende Untersuchungshandlungen vorgenommen werden müssen (*Abs. 1*) oder die oder der Jugendliche keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat (*Abs. 2 Bst. a*). Wurde die Straftat im Ausland begangen, ist der Gerichtsstand am Heimatort der oder des Jugendlichen oder bei einer oder einem Ausländer der Ort, an dem sie oder er zum ersten Mal wegen der betreffenden Straftat angetroffen worden ist (*Abs. 2 Bst. b*). Im Interesse einer möglichst persönlichen Betreuung ist stets darauf hinzuwirken, dass der Fall durch diejenige Behörde behandelt wird, die dem Aufenthaltsort der oder des Jugendlichen am nächsten liegt.

Der besondere Gerichtsstand für Übertretungen, wie er in Artikel 38 JStG vorgesehen ist, nämlich der Ort ihrer Begehung, wird im Entwurf nicht übernommen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Richter des Aufenthaltsortes volle Kenntnis über die deliktische Vergangenheit der oder des Jugendlichen erlangt, wenn diese oder dieser vor ihm erscheint.

Mangels eigener Regelung in der Jugendstrafprozessordnung sind Gerichtsstandskonflikte in sinngemässer Anwendung von Artikel 38 E-StPO zu entscheiden.

<sup>516</sup> Die Sorge um die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit wurde im Vernehmlassungsverfahren von zahlreichen Teilnehmern vorgebracht, vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 102, Fussnote 866.

## Art. 12 Trennung von Verfahren

Das Jugendstrafrecht ist in der Schweiz und überall, wo es existiert, ein «*Täterstrafrecht*», das heisst ein Recht, in dem die Strafbehörde sich für die Person der Täterin oder des Täters mindestens so sehr, wenn nicht mehr, interessiert wie für die begangene Tat. Daher ist jedes Verfahren individualisiert und geleitet vom Gebot, die Gründe aufzudecken, die zum deliktischen Verhalten geführt haben. Diese Individualisierung bringt es mit sich, dass jeder Fall für sich und ungeachtet anderer Kriterien behandelt wird. Dies ist von besonderer Bedeutung in Fällen, in denen bandenmässig Straftaten begangen wurden. In der Praxis der Kantone wird zu jeder Täterin, jedem Täter ein Dossier geführt, und jede Intervention wird abgestimmt auf die Ereignisse, die genau diese Person betreffen. Somit können Täterinnen und Täter, die ähnliche Taten begangen haben, unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, ob es notwendig erscheint, dass die einen eine erzieherische Pflege erhalten oder dass den anderen eine Sanktion auferlegt wird. Aus diesen Gründen sowie mit Blick auf die verbreitete Spezialisierung der Jugendstrafbehörden braucht es eine Bestimmung, wonach Verfahren gegen Erwachsene und Jugendliche, die gemeinsam gehandelt haben, getrennt behandelt werden. Die Ersteren unterstehen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, während die Letzteren in die Zuständigkeit der Jugendgerichtsbarkeit fallen. Demnach sieht *Absatz 1* die Trennung dieser Verfahren vor. Indessen kann im Interesse der Untersuchung ausnahmsweise auf diese Trennung verzichtet werden (*Abs. 2*). Diese Ausnahme gilt jedoch lediglich für die Untersuchung und nicht für die Beurteilung der Sache.

Im Falle von Kompetenzkonflikten findet Artikel 38 Absatz 1 E-StPO in analoger Weise Anwendung; der Entscheid obliegt also der Beschwerdeinstanz in Jugendstrafsachen. Ist der Bund beteiligt, bezeichnet Artikel 28 E-StPO das Bundesstrafgericht als Behörde für die Beilegung von Konflikten. Sind die Behörden auf mehrere Kantone verteilt (im Sinne von Art. 11 Abs. 1. zweiter Satz), werden die Kompetenzkonflikte im gegenseitigen Einvernehmen unter analoger Anwendung der Strafprozessordnung beigelegt.

## Art. 13 Mitwirkung der gesetzlichen Vertretung

Dieser Artikel bezieht sich auf die in Artikel 4 Absatz 4 vorgesehene Möglichkeit, die gesetzliche Vertretung der oder des beschuldigten Jugendlichen und allenfalls die Behörde des Zivilrechts mit einzubeziehen, und hält fest, dass diese Personen verpflichtet sind, am Verfahren mitzuwirken, wenn es die Behörde anordnet (*Abs. 1*).

Wenn sich die gesetzliche Vertretung nicht am Verfahren beteiligt, obwohl sie dazu angehalten wurde, sieht *Absatz 2* eine Verwarnung, eine Anzeige bei der Vormundschaftsbehörde oder eine Ordnungsbusse von höchstens 1000 Franken vor, gegen welche die verurteilte Person bei der Beschwerdeinstanz in Jugendstrafsachen Beschwerde einlegen kann.

## Art. 14 Vertrauensperson

Diese Bestimmung schreibt vor, dass die oder der beschuldigte Jugendliche in allen Stadien des Verfahrens eine Vertrauensperson beiziehen kann, ausser das Interesse der Untersuchung stünde dem entgegen. Diese Vertrauensperson kommt gegebenenfalls zur gesetzlichen Vertretung oder der Behörde des Zivilrechts hinzu.

## Art. 15      Ausschluss der Öffentlichkeit

Eines der bekanntesten Merkmale der Jugendgerichtsbarkeit ist der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit der Hauptverhandlung. Das im gewöhnlichen Strafverfahren geltende Öffentlichkeitsprinzip (Art. 67 ff. E-StPO) wird durch die Notwendigkeit durchbrochen, das Privatleben der oder des betroffenen Jugendlichen zu schützen. Das auf Jugendliche anwendbare Verfahrensrecht strebt also die Vertraulichkeit und den Schutz der Privatsphäre der Jugendlichen und ihrer Familien an und will hauptsächlich die Zukunft der Beschuldigten beschützen. In diesem Sinn hat auch das Bundesgericht angeführt, dass im Bereich der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung das Interesse der oder des Jugendlichen massgebend ist und dass die straffällig gewordene jugendliche Person der Neugier des Publikums entzogen werden müsse<sup>517</sup>. Es erscheint daher folgerichtig, den Grundsatz des Ausschlusses der Öffentlichkeit im Jugendstrafverfahren festzulegen (*Abs. 1*). Um Ausnahmen von diesem Grundsatz (*vgl. Abs. 2*) möglichst weitgehend auszuschliessen, ermöglicht es die Bestimmung dem Richter, am Ende des Verfahrens eine schriftliche Information zu veröffentlichen.

*Absatz 2* sieht die Möglichkeit vor, in zwei Fällen die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung anzuordnen: einerseits, wenn es die oder der Jugendliche oder seine gesetzliche Vertretung verlangen, und andererseits, wenn das öffentliche Interesse es gebietet (*Bst. a*). Die Jugendrichterin oder der Jugendrichter und das Jugendgericht müssen sich jedoch auch in diesen Fällen vergewissern, dass die Öffentlichkeit der Verhandlung den Interessen des beschuldigten Jugendlichen nicht schadet (*Bst. b*).

## Art. 16      Umfang der Akteneinsicht

Auf dem Gebiet der Akteneinsicht stellt Artikel 99 E-StPO, wonach die Parteien grundsätzlich die Akten einsehen können, die Grundregel dar. Nebst den Einschränkungen, die in der Strafprozessordnung selbst enthalten sind, sieht der vorliegende Artikel eine zusätzliche Ausnahme vor.

Nach *Absatz 1* kann das Recht auf Einsicht in die persönlichen Informationen für die jugendliche Person selbst, aber auch für ihre gesetzliche Vertretung (oder bei deren Fehlen, für die Behörde des Zivilrechts) und die Privatklägerschaft eingeschränkt werden, wenn es das Interesse der oder des Jugendlichen verlangt.

Diese zusätzliche Einschränkung rechtfertigt sich aus der Sorge um den Schutz der jugendlichen Person, umso mehr, als der Inhalt der Akten besonders sensibel sein kann. Diese enthalten nebst den Polizeiberichten, Gerichtsunterlagen und Protokollen häufig – jedenfalls in den Strafsachen, in denen eine Erziehungsmassnahme auf dem Spiel steht – zahlreiche Auskünfte von Psychiaterinnen, Psychologen, Sozialarbeiterinnen, Lehrern oder Arbeitgeberinnen usw. zur Person der Täterin oder des Täters und ihrem oder seinem familiären Umfeld sowie Ausführungen zu ihrem oder seinem Verhalten. Die vollständige Einsicht in solche Akten zu ermöglichen, wäre in zweifacher Hinsicht problematisch:

- Die Akten können Informationen enthalten, die für Kinder oder Heranwachsende (und ihre Eltern) schwer fassbar sein und damit nicht oder falsch verstanden werden können, sie können manchmal «Familiengeheimnisse»

<sup>517</sup> BGE 108 Ia 90

preisgeben oder wenig nuancierte Einschätzungen zur Person der Täterin oder des Täters enthalten und damit für die Person, die sie zur Kenntnis nimmt, schockierend sein.

- Die gerichtliche Behörde muss auf aussagekräftige und vollständige Auskünfte von Spezialisten oder Expertinnen zählen können. Diese wären möglicherweise nicht bereit, ihre Schlüsse preiszugeben, wenn sie damit rechnen müssen, dass diese in die Hände jener gelangen können, die sie untersucht haben oder über die sie eine Meinung äussern müssen.

Auch wenn die Parteien einen legitimen Anspruch haben, in eine Fassung der Akten Einsicht zu nehmen, die alle Sachverhaltselemente enthält, so dass es der oder dem Jugendlichen ermöglicht wird, die zur Last gelegten Taten zu kennen, und den anderen Parteien, sich ein objektives Bild von der Situation zu machen, so besteht auch ein legitimes Interesse daran, den Zugang zu Informationen persönlicher Natur einzuschränken.

*Absatz 2* sieht immerhin vor, dass die Verteidigung sowie die Jugendstaatsanwaltschaft stets die gesamten Akten einsehen können; sie sind jedoch nicht befugt, den Inhalt der Aktenstücke, in welche die Einsicht eingeschränkt wurde, bekannt zu geben.

Zu erwähnen ist schliesslich, dass diese Bestimmung nicht nur eine *Lex specialis* gegenüber Artikel 99 E-StPO darstellt, sondern auch gegenüber Artikel 185 E-StPO. In der Tat können gewisse Expertenberichte dem Jugendlichen oder anderen Parteien vorenthalten werden.

#### *Art. 17* Vergleich

Die Idee, Täterin oder Täter und Opfer einander gegenüberzustellen und eine gütliche Einigung anzustreben, kann erzieherisch wirken und entspricht in besonderer Weise Sinn und Geist des Jugendstrafrechts. Der Nebenzweck, Verfahren nicht fortzusetzen, wenn dies nicht angezeigt erscheint, entspricht zudem dem steten Bemühen um Entlastung der Strafjustiz. Angesichts dieser beiden Überlegungen sieht der Entwurf die jederzeitige Möglichkeit von Vergleichsverhandlungen zwischen der geschädigten Person und der oder dem beschuldigten Jugendlichen vor.

Die Regelung in *Absatz 1* weist gegenüber derjenigen des Erwachsenenstrafverfahrens (Art. 316 E-StPO) zwei Unterschiede auf: Vergleichsverhandlungen im Jugendstrafverfahren sind in jedem Fall fakultativ, umgekehrt aber in allen Fällen möglich<sup>518</sup>. Die beiden Abweichungen hängen zusammen: Sollen Vergleichsverhandlungen grundsätzlich in allen, auch schweren oder schwierigen Straffällen möglich sein, wäre ein Obligatorium nicht angebracht.

*Absatz 2* sieht die Einstellung des Verfahrens vor, wenn der Vergleich zustande kommt. Die Jugendrichterin oder der Jugendrichter bzw. das Jugendgericht wird diese Rechtsfolge in Rechnung stellen, wenn sie darüber entscheiden, ob ein Vergleich versucht werden soll. *Absatz 2* hält ausserdem fest, dass das unentschuldigte Fernbleiben der antragstellenden Person bei der Vergleichsverhandlung wie im

<sup>518</sup> Nach Artikel 316 E-StPO sind Vergleichsverhandlungen einzig in Fällen vorgesehen, die ausschliesslich Antragsdelikte betreffen oder in denen eine Strafbefreiung wegen Wiedergutmachung im Sinne von Artikel 53 nStGB in Frage kommt; im letzteren Fall ist der Vergleichsversuch obligatorisch.

ordentlichen Strafverfahren als Rückzug des Antrags gilt. Auch in diesem Fall wird das Verfahren folglich eingestellt. In allen anderen Fällen führt die Jugendrichterin oder der Jugendrichter bzw. das Jugendgericht das Verfahren weiter.

#### Art. 18 Mediation

Der Vergleich im Sinne von Artikel 17 wird stets von der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter bzw. vom Jugendgericht durchgeführt. Es kommt jedoch vor, dass besondere Fähigkeiten notwendig sind, um die Verhandlungen zwischen der geschädigten Person und der oder dem beschuldigten Jugendlichen zu einem guten Ende zu bringen. In solchen Fällen können die Jugendrichterin oder der Jugendrichter sowie das Jugendgericht eine Drittperson damit beauftragen, an ihrer Stelle tätig zu werden. Ein solches Mediationsverfahren entspricht den gleichen Grundpostulaten wie der Vergleich, nämlich dem Gedanken der Erziehung und der Beschränkung des strafrechtlichen Eingriffs auf das strikte Minimum. Die Mediation geht über den Vergleich hinaus, indem sie die Angelegenheit aus dem gerichtlichen Rahmen herausnimmt und sie einer Vermittlerin oder einem Vermittler ausserhalb des Gerichts anvertraut, die oder der eigene Methoden der Konfliktlösung anwendet. Während dieser aussergerichtlichen Phase sistieren die Jugendrichterin der Jugendrichter bzw. das Jugendgericht das Strafverfahren.

Die Mediatorin oder der Mediator muss eine «auf dem Gebiet der Mediation anerkannte Person» sein (*Abs. 1*). Die Auswahl ist hier grösser als bei den Erwachsenen, weil sie nicht auf Personen beschränkt ist, die den von Bund und Kantonen aufgestellten Kriterien entsprechen müssen (wie dies in Art. 317 Abs. 8 E-StPO vorgesehen ist). Die Wahl kann u.U. auch auf Kriterien ausgerichtet werden, die eher den Besonderheiten des Falles oder der oder des beschuldigten Jugendlichen Rechnung tragen.

Eine Mediation ist ausgeschlossen, wenn von der Behörde des Zivilrechts bereits Schutzmassnahmen angeordnet worden sind, wenn solche Massnahmen noch zu treffen sind oder wenn die Bedingungen der Strafbefreiung nach Artikel 21 Absatz 1 JStG nicht erfüllt sind (*Abs. 1*). Eine Mediation fällt in aller Regel auch dann ausser Betracht, wenn der Sachverhalt nicht wenigstens in seinen wesentlichen Zügen erstellt ist (so ausdrücklich die Regelung in Art. 8 Abs. 1 Bst. c JStG). In der Tat wird ein Verständigungsversuch kaum Sinn machen, wenn die oder der beschuldigte Jugendliche die Tatsachen kategorisch bestreitet. Die Möglichkeit der Mediation sollte jedoch auch hier nicht von vornherein und generell ausgeschlossen sein<sup>519</sup>.

Wie beim Vergleich ist das Verfahren weiterzuführen, wenn die Mediation scheitert, und einzustellen, wenn sie gelingt (*Abs. 2*). Die Verfahrenseinstellung ist im Unterschied zum Erwachsenenstrafverfahren eine zwingende, nicht nur eine mögliche Folge<sup>520</sup>; für die Jugendlichen gilt somit eine eigentliche Rechtskraft des Mediationsergebnisses («*force de chose médiée*»), wie dies bereits heute in Artikel 21 Absatz 3 JStG vorgesehen ist.

<sup>519</sup> Ebenso wenig wie in den beiden anderen Konstellationen, die in Art. 8 JStG noch aufgeführt sind (Mediation ausgeschlossen, wenn nicht alle Beteiligten zustimmen sowie bei einem Verbrechen, das voraussichtlich mit einem unbedingten Freiheitsentzug geahndet würde).

<sup>520</sup> Nach Art. 317 Abs. 5 E-StPO «tragen die Strafbehörden dem Ergebnis einer erfolgreichen Mediation angemessen Rechnung».

## 3.4 4. Kapitel: Parteien und Verteidigung

### 3.4.1 1. Abschnitt: Parteien (Art. 19–22)

#### *Art. 19* Begriff

Dieser Artikel zählt die verschiedenen Akteure des Strafprozesses vor der Jugendgerichtsbarkeit auf. Er ist das Gegenstück zu Artikel 102 Absatz 1 E-StPO. Wie dieser nennt er die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft und die Jugendstaatsanwaltschaft. Der Hauptunterschied liegt in der Beifügung der gesetzlichen Vertretung an der Seite der oder des beschuldigten Jugendlichen<sup>521</sup>.

Der Jugendstaatsanwaltschaft kommt nur dann Parteistellung zu, wenn sie vor dem Jugendgericht oder vor der Berufungsinstanz in Jugendstrafsachen die Anklage vertritt.

#### *Art. 20* Beschuldigte Jugendliche oder beschuldigter Jugendlicher

Die Jugendlichen sind die Hauptakteure im Verfahren. Obwohl gesetzlich vertreten, sind sie die Hauptverantwortlichen für ihre Handlungen und müssen dafür persönlich einstehen, auch wenn sie nicht handlungsfähig sind. Der zweite Satz von *Absatz 1* hält fest, dass sich die oder der Jugendliche trotz der Verbindung zu ihrer oder seiner gesetzlichen Vertretung (die im ersten Satz sowie in Art. 19 Bst. a zum Ausdruck kommt), selbständig äussern kann.

Hervorzuheben ist, dass sich die oder der beschuldigte Jugendliche und seine gesetzliche Vertretung von einem Rechtsbeistand im Sinne von Artikel 125 Absatz 1 E-StPO unterstützen lassen können.

*Absatz 2* sieht die Möglichkeit vor, den Anspruch der oder des Jugendlichen auf Teilnahme an der Verhandlung für bestimmte Verfahrenshandlungen einzuschränken. Eine solche Einschränkung wurde bereits im Zusammenhang mit der Akteneinsicht erwähnt (Art. 16); sie rechtfertigt sich mit Rücksicht auf das Alter und die Verletzlichkeit der betreffenden Person. Es versteht sich von selbst, dass diese Einschränkungen keinesfalls die Verteidigung betreffen.

#### *Art. 21* Privatklägerschaft

Im Verfahren gegen Jugendliche kann die geschädigte Person gleich wie im Erwachsenenstrafverfahren als Privatklägerin auftreten. Artikel 116 Absatz 1 E-StPO enthält eine Definition der Privatklägerschaft, die auch für die Jugendstrafprozessordnung gilt. Aus verschiedenen Gründen, zu denen das Wohl der Jugendlichen und auch die Anliegen der Opfer gehören<sup>522</sup>, erweist sich die Vorschrift als sinnvoll, dass die geschädigte Person am Strafverfahren und auch als Klägerin im Zivilpunkt teilnehmen kann. Ihre Verfahrensrechte sind im Vergleich zum ordentlichen Strafverfahren allerdings in weitem Umfang eingeschränkt. In der offensichtlichen Sorge um den Schutz der beschuldigten Jugendlichen kann die Privatklägerschaft nur dann an der Untersuchung teilnehmen, wenn dies den Interessen der oder des Jugendlichen nicht abträglich ist. Ihre Anwesenheit an der Haupt-

<sup>521</sup> Zur Teilnahme der gesetzlichen Vertretung am Verfahren s. Art. 13.

<sup>522</sup> Vgl. zu den Gründen ausführlich Begleitbericht zum Vorentwurf 2001, S. 87 ff. zu «Artikel 32».

verhandlung ist sogar ausgeschlossen, ausser es lägen besondere Umstände vor. Diese Einschränkungen stehen in Zusammenhang mit dem Ausschluss der Öffentlichkeit, wie er in Artikel 15 geregelt ist.

#### *Art. 22* Jugendstaatsanwaltschaft

Von der Jugendstaatsanwaltschaft war bereits bei Artikel 6 die Rede. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass es wünschbar wäre, dass die Jugendstaatsanwaltschaft auf Jugendstrafsachen spezialisiert ist und zudem nicht nebenbei auch in Erwachsenenstrafsachen intervenieren kann.

Wenn das Gericht ihre Anwesenheit nicht verlangt, steht es der Jugendstaatsanwaltschaft frei, der Hauptverhandlung beizuwohnen oder darauf zu verzichten, die Anklage vor Gericht zu vertreten. Verzichtet sie, ist sie nicht als Partei am Verfahren beteiligt (Art. 19 Bst. c). Die Regelung bildet also eine *Lex specialis* gegenüber Artikel 338 Absätze 3 und 4 E-StPO. Hervorzuheben ist, dass Artikel 338 Absätze 1, 2 und 5 E-StPO auch im Jugendstrafverfahren Anwendung findet.

Der Ausdruck «*Gericht*» (*Abs. 2*) umfasst die Jugendrichterin oder den Jugendrichter für den Fall, dass sie oder er als Einzelgericht tätig ist, das Jugendgericht, die Beschwerdeinstanz in Jugendstrafsachen sowie die Berufungsinstanz in Jugendstrafsachen.

### **3.4.2** 2. Abschnitt: Verteidigung (Art. 23–25)

Der Anspruch der beschuldigten Person, von einer Verteidigerin oder einem Verteidiger unterstützt zu werden, gehört zu den Grundprinzipien eines demokratischen Staates. Ist die beschuldigte Person ein Kind oder eine jugendliche Person, hat sie also im Allgemeinen keine Kenntnisse des Rechts und insbesondere des Strafverfahrens, so ist ihre Lage noch heikler und ihr Bedürfnis, beraten und unterstützt zu werden, umso grösser.

Der oder dem Jugendlichen und der gesetzlichen Vertretung ist somit das Recht zuzugestehen, eine Verteidigung ihrer Wahl zu bezeichnen (*Art. 23*). Ebenso scheint es erforderlich, der oder dem Jugendlichen in gewissen Situationen eine notwendige Verteidigung zu bestellen: im Fall der Verhaftung, wenn der Straffall besonders schwer wiegend und kompliziert ist oder wenn es offensichtlich ist, dass sie oder er sich nicht allein verteidigen kann (*Art. 24*). Der Anspruch auf unentgeltliche Verteidigung wird gewährt, wenn die Betroffenen mittellos sind und gewisse Voraussetzungen erfüllt sind (*Art. 25*).

Bei alledem muss man sich indessen auch bewusst sein, dass jede Steigerung der Anzahl Personen, die vor Gericht auftreten, den Strafprozess verlangsamt, die Stigmatisierung verstärkt und die direkte Verbindung zwischen der Richterin oder dem Richter und der oder dem Jugendlichen unterbricht. Daher gilt es, im Einzelfall ein Gleichgewicht zwischen dem Anspruch auf Verteidigung und der systematischen Intervention der Verteidigung zu finden.

#### *Art. 23* Wahlverteidigung

Dieser Artikel hält das Grundprinzip fest, wonach die oder der beschuldigte Jugendliche das Recht hat, seine Verteidigung frei zu wählen. Er bildet das Pen-

dant zu Artikel 127 E-StPO und übernimmt sinngemäss die Bestimmung von Artikel 40 JStG.

*Art. 24*            Notwendige Verteidigung

Dieser Artikel übernimmt im Wesentlichen Artikel 40 Absatz 2 JStG, wobei der Wortlaut etwas anders gefasst ist, um die verschiedenen Situationen, in denen eine Verteidigung notwendig ist, klarer auseinander zu halten.

Auch in den Fällen der notwendigen Verteidigung hat die oder der Jugendliche das Recht, die Verteidigung zu wählen. Macht sie oder er von diesem Recht keinen Gebrauch, wird von der zuständigen Behörde eine amtliche Verteidigung bestellt (vgl. Art. 131 E-StPO). Zuständig ist jeweils die Behörde, vor der die Strafsache im Zeitpunkt, in dem sich die Frage der notwendigen Verteidigung stellt, hängig ist.

*Art. 25*            Unentgeltliche amtliche Verteidigung

Sind die oder der Jugendliche und die Eltern nicht in der Lage, die mit der Verteidigung verbundenen Kosten selbst zu übernehmen, ist eine unentgeltliche amtliche Verteidigung möglich. Voraussetzung ist entweder, dass ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt (*Bst. a*), oder aber, dass besondere Schwierigkeiten des Falles dies rechtfertigen (*Bst. b*).

In diesen Situationen bezeichnet die zuständige Behörde eine amtliche Verteidigung; dabei ist den Wünschen der oder des beschuldigten Jugendlichen soweit möglich Rechnung zu tragen.

## **3.5                            5. Kapitel: Verfahren**

### **3.5.1                        1. Abschnitt: Untersuchung (Art. 26–32)**

*Art. 26*            Polizei

Trotz gewisser Vorbehalte, die im Vernehmlassungsverfahren angemeldet wurden, scheint es nahe liegend, die Polizei den Anweisungen der Untersuchungsbehörde zu unterstellen, im Jugendstrafrecht also der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter. Die Polizei bleibt also administrativ ihrer eigenen Hierarchie unterstellt; ermittelt sie jedoch bei Straftaten, die Jugendliche betreffen, nimmt sie ihre Anweisungen von der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter, gegebenenfalls vom Jugendgericht entgegen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass es sich um die gleiche Kriminalpolizei handeln kann wie jene, die für die Staatsanwaltschaft im Rahmen des ordentlichen Strafverfahrens tätig ist. Die Kantone sind also nicht verpflichtet, eine auf Jugendliche spezialisierte Polizei (Jugendbrigaden) zu bezeichnen, auch wenn dieses Modell in verschiedenen Kantonen bekannt ist.

*Art. 27*            Jugendrichterin oder Jugendrichter als Untersuchungsbehörde

Der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter obliegt die Untersuchung des Falles. Demzufolge übt sie oder er alle Kompetenzen aus, welche die Strafprozessordnung der Staatsanwaltschaft auf dem Gebiet des Erwachsenenstrafverfahrens zuweist. Zudem ordnet sie oder er selbst die gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen

an, einschliesslich der geheimen Überwachungsmassnahmen; letztere müssen also nicht noch von einer anderen Behörde bewilligt werden. Dasselbe gilt für die Schutzmassnahmen und die Beobachtung, die im Jugendstrafgesetz vorgesehen sind (Art. 12–15 JStG).

#### *Art. 28* Zusammenarbeit

Die Aufgaben, die Artikel 9 JStG der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter zuweist (Abklärung der persönlichen Verhältnisse, Beobachtung und Begutachtung), machen es notwendig, dass sie oder er interdisziplinär vorgeht und über zuverlässige Auskunftsstellen verfügt. *Artikel 28 Absatz 1* nennt in umfassender Weise alle offiziellen Stellen und alle öffentlichen oder privaten Institutionen, mit denen sie oder er zusammenarbeiten muss und von denen sie oder er die nötigen Auskünfte verlangen kann. Zu denken ist hier an die gerichtlichen Behörden, insbesondere an die Zivilgerichte, die etwa bereits wegen einer Scheidung tätig waren, an die Strafgerichte, welche die Situation eines Elternteils oder von volljährigen Mittägern kennen, an die Vormundschaftsbehörde, die sich um den Jugendlichen und seine Geschwister kümmert, an die Jugendämter, an die ärztlichen und pädagogischen Dienste, an alle kantonalen, regionalen und kommunalen Sozialdienste, an verschiedene Fachkreise und Vereinigungen, natürlich an die Schulorgane und nicht zuletzt an Privatpersonen, die oftmals über wertvolle Informationen verfügen (wie Ärzte, Berufsberaterinnen, Psychologen, Sporttrainerinnen usw.).

Damit diese Zusammenarbeit funktioniert, sind all diese Stellen und Personen verpflichtet, die verlangten Auskünfte zu erteilen, unter Vorbehalt des Amtsgeheimnisses und des Berufsgeheimnisses (*Abs. 2*).

#### *Art. 29* Vorsorgliche Anordnung von Schutzmassnahmen und Beobachtung

Die zuständige Behörde im Sinne der Artikel 5 und 9 JStG kann im Rahmen der Ermittlung über die persönlichen Verhältnisse des Jugendlichen vorsorgliche Schutzmassnahmen sowie eine Beobachtung anordnen. Die vorliegende Bestimmung hält fest, dass die Massnahmen und die Beobachtung mit einem schriftlichen, begründeten Entscheid angeordnet werden müssen (*Abs. 1*).

*Absatz 2* sieht vor, dass die stationäre Beobachtung gleich wie die Zeit der Untersuchungshaft vor dem Urteil auf die Freiheitsstrafe anzurechnen ist, zu welcher die oder der beschuldigte Jugendliche allenfalls verurteilt wird.

#### *Art. 30* Untersuchungs- und Sicherheitshaft

Diese Bestimmung ist in Verbindung mit den Artikeln 219 ff. E-StPO zu lesen. Da das Zwangsmassnahmengericht im Jugendstrafverfahren nicht existiert, ist die Jugendrichterin oder der Jugendrichter für die Anordnung der Untersuchungshaft zuständig. Die Sicherheitshaft fällt ihrerseits in die Zuständigkeit des Jugendgerichts, vor dem der Fall hängig ist. Der Entscheid muss stets schriftlich begründet werden.

Die erforderlichen Bedingungen für die Anordnung einer Untersuchungs- oder Sicherheitshaft werden hier nicht gesondert geregelt, entsprechen also jenen, die im ordentlichen Strafverfahren Anwendung finden (Art. 220 E-StPO). Untersuchungs- und Sicherheitshaft stellen, gegenüber Erwachsenen wie gegenüber Jugendlichen, eine aussergewöhnliche Massnahme dar; das bedeutet, dass die zuständige Behörde,

noch in höherem Masse bei Jugendlichen, alle möglichen Ersatzmassnahmen prüfen muss, bevor sie den Freiheitsentzug anordnet. Unter Ersatzmassnahmen sind nicht nur jene zu verstehen, die in der – nicht abschliessenden – Aufzählung von Artikel 236 E-StPO angeführt sind, sondern auch jede andere, selbst originelle Massnahme, die es erlaubt, einem Jugendlichen den Aufenthalt im Gefängnismilieu zu ersparen.

*Absatz 3* bestimmt, dass eine durch die Jugendrichterin oder den Jugendrichter angeordnete Untersuchungshaft nicht länger als sieben Tage dauern kann. Falls sich eine Verlängerung über diese sieben Tage hinaus aufdrängt, wird das Jugendgericht zuständig. Die Jugendrichterin oder der Jugendrichter stellt ein entsprechendes Gesuch, und das Jugendgericht muss innert der folgenden drei Tage entscheiden. Zur Vermeidung von überlangen Untersuchungschaftzeiten kann eine Verlängerung jeweils nur für einen Monat zugestanden werden, muss also periodisch überprüft werden. Bei Ablauf der Monatsfrist muss somit die Jugendrichterin oder der Jugendrichter jeweils ein neues Verlängerungsgesuch stellen.

Dieser dritte Absatz betrifft einzig die Untersuchungshaft und nicht die Sicherheitshaft, die in ihrer Dauer unbegrenzt ist. Es versteht sich jedoch von selbst, dass die inhaftierte Person jederzeit ein Entlassungsgesuch nach *Absatz 4* stellen kann.

Im Anschluss an ein Entlassungsgesuch muss die Behörde, die über die Untersuchungs- oder die Sicherheitshaft befunden hat, innert drei Tagen einen schriftlichen, begründeten Entscheid fällen. Dieser Entscheid kann danach, im Fall der Untersuchungshaft, Gegenstand einer Beschwerde an das Jugendgericht (*Abs. 5 Bst. a*) oder, im Fall der Sicherheitshaft, an die Beschwerdeinstanz in Jugendstrafsachen bilden (*Abs. 5 Bst. b*).

*Absatz 6* schreibt schliesslich vor, dass der Entscheid in der Folge einer solchen Beschwerde so rasch als möglich – also höchstens innert einiger Tage – im Anschluss an ein kontradiktorisches Verfahren getroffen werden muss, das heisst, nachdem die inhaftierte Person die Möglichkeit hatte, sich vor dem Jugendgericht bzw. der Beschwerdeinstanz zu äussern.

#### *Art. 31* Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft

*Absatz 1* übernimmt die Sache nach die Regelung von Artikel 6 Absatz 2 JStG. *Absatz 2* bietet der oder dem Jugendlichen die Möglichkeit, um eine Beschäftigung nachzusehen, mit dem Ziel, die nachteiligen Auswirkungen der Isolation und des Müsiggangs zu vermindern.

#### *Art. 32* Strafbefehlsverfahren

Der Strafbefehl ist in den Artikeln 355 ff. E-StPO geregelt. Ganz allgemein finden diese Bestimmungen auch auf Jugendliche Anwendung, unter Vorbehalt der in diesem Artikel vorgesehenen Ausnahmen. So kommt ein Strafbefehl gegen Jugendliche nur für Sanktionen in Frage, die die Jugendrichterin oder der Jugendrichter als Einzelgericht verhängen darf, also unter Ausschluss aller Sanktionen, die nach Artikel 33 Absatz 2 dem Jugendgericht vorbehalten sind.

Im Unterschied zur Strafprozessordnung ermöglicht es der vorliegende Artikel, auch Massnahmen auf dem Wege des Strafbefehls auszusprechen (*Abs. 1*).

Vor dem Erlass seines Strafbefehls wird die Jugendrichterin oder der Jugendrichter in der Regel eine Anhörung der oder des Jugendlichen vornehmen. Er kann indessen darauf verzichten, insbesondere im Bereich der Übertretungen.

Die Jugendrichterin oder der Jugendrichter kann auf dem Wege eines Strafbefehls auch über Zivilansprüche entscheiden, sofern diese unbestritten sind (*Abs. 3*). Diese Bestimmung bezweckt, dem Jugendlichen das Erscheinen vor einer anderen Justizbehörde in der gleichen Sache zu ersparen.

Wie im Erwachsenenstrafverfahren kann die oder der Jugendliche schriftlich gegen den Strafbefehl Einsprache erheben. Das für die Hauptverhandlung vorgesehene Verfahren ist anwendbar.

### 3.5.2 2. Abschnitt: Hauptverhandlung (Art. 33–36)

Auf die Hauptverhandlung finden grundsätzlich die Artikel 33 ff. und nicht die Regeln der Strafprozessordnung Anwendung. Soweit die Artikel 33 ff. keine besondere Regel enthalten (etwa zur Frage der Erhebung zusätzlicher Beweise durch das Gericht), sind nach der allgemeinen Regel von Artikel 3 die Bestimmungen der Strafprozessordnung sinngemäss anwendbar.

#### *Art. 33* Zuständigkeit

Diese Bestimmung regelt die Aufteilung der Kompetenzen zwischen der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter und dem Jugendgericht. Die allgemeine Regel von *Absatz 1* sieht vor, dass die Jugendrichterin oder der Jugendrichter stets in erster Instanz urteilt, mit Ausnahme von zwei Fällen: Wurde ein Strafbefehl erlassen, ohne dass dagegen Einsprache erhoben wurde, findet keine Hauptverhandlung statt, weder vor der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter noch vor dem Jugendgericht. Erhebt indessen die Adressatin oder der Adressat des Strafbefehls Einsprache, muss die Sache an ein erstinstanzliches Gericht (im Sinne von Art. 7) gewiesen werden. Der Entwurf sieht hier die Rückweisung an die Jugendrichterin oder den Jugendrichter vor, anstelle der Überweisung an das Jugendgericht. Der Hauptgrund für diese Lösung liegt darin, dass mangels einer zuständigen Strafbehörde im Bereich der Übertretungen (vgl. oben zu Art. 6) viele Fälle vom Jugendrichter auf dem Wege des Strafbefehls erledigt werden, womit unvermeidlicherweise eine gewisse Zahl von Einsprachen anfällt. Die Überweisung dieser Einsprachen an das Jugendgericht statt an die Jugendrichterin oder den Jugendrichter würde eine wesentlich grössere Arbeitslast darstellen (da das Jugendgericht aus drei Personen besteht). Die Parallele zum Erwachsenenrecht und der Umstand, dass der Verurteilte im Anschluss an die Verhängung der Sanktion immer noch Berufung einlegen kann, rechtfertigen es, die Jugendrichterin oder den Jugendrichter über die Einsprache entscheiden zu lassen (*Bst. b*). Diese Lösung ist auch mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar<sup>523</sup>. Die zweite Ausnahme (*Bst. c*) betrifft alle Fälle, die in die Zuständigkeit des Jugendgerichts fallen.

*Absatz 2* zählt abschliessend die Straftaten auf, für die das Jugendgericht in erster Instanz zuständig ist. Es handelt sich um jene, für die eine Unterbringung (Art. 15

<sup>523</sup> Zur Vereinbarkeit der Personalunion von untersuchendem und urteilendem Richter im Jugendstrafverfahren oben Ziff. 1.6.5.

JStG), eine Busse von mehr als 1000 Franken (Art. 24 JStG) oder eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten (Art. 25 JStG) vorzusehen ist<sup>524</sup>.

Nach *Absatz 3* kann das Jugendgericht, das mit einem Fall befasst ist, für den seine Zuständigkeit gegeben schien, für den jedoch, wie sich nachträglich herausstellt, die Jugendrichterin oder der Jugendrichter zuständig ist, entweder selbst in erster Instanz entscheiden oder die Sache an die Jugendrichterin oder den Jugendrichter überweisen.

*Absatz 4* hält fest, dass die Jugendrichterin oder der Jugendrichter oder, wenn der Fall bei ihm hängig ist, das Jugendgericht für den Entscheid über Zwangsmassnahmen zuständig ist.

Schliesslich erlaubt es *Absatz 5* dem Jugendgericht und der Jugendrichterin oder dem Jugendrichter, über unbestrittene Zivilansprüche zu urteilen, die keine besondere Untersuchungen nötig machen und spruchreif sind. Falls Zivilansprüche eine besondere Untersuchung erfordern, bestritten oder noch nicht spruchreif sind, wird die Sache an das Zivilgericht überwiesen, und die Jugendrichterin oder der Jugendrichter oder das Jugendgericht spricht sich einzig über die strafrechtlichen Aspekte des Falles aus.

#### *Art. 34*      Persönliches Erscheinen und Ausschluss

Ist eine Hauptverhandlung vorgesehen, drängt es sich auf, die oder den Jugendlichen (und die gesetzliche Vertretung) zur persönlichen Teilnahme zu verpflichten, dies in Anwendung von zwei Grundsätzen: Zunächst muss sich die oder der Jugendliche persönlich zu allen Fragen und in jedem Verfahren äussern können, welche sie oder ihn betreffen (Art. 12 der Kinderrechtskonvention<sup>525</sup>); ausserdem ist sie oder er persönlich für ihre oder seine Straftaten verantwortlich (Art. 20 Abs. 2 zweiter Satz). Was die gesetzlichen Vertretung angeht, ergibt sich ihre Pflicht zum Erscheinen aus den Überlegungen zu Artikel 13 (oben Ziff. 3.3).

Die urteilende Instanz kann indessen auf ausdrückliches Gesuch der oder des Jugendlichen oder der gesetzlichen Vertretung auf die Pflicht zum persönlichen Erscheinen verzichten (*Abs. 1*). Dieser Fall wird selten eintreten, er kann jedoch in Betracht gezogen werden für Jugendliche, der bereits mehrmals im Rahmen der Untersuchung angehört worden sind, für kranke oder im Ausland weilende Jugendliche, oder weil das Erscheinen ihren momentanen Interessen zuwiderlaufen würde.

Nebst diesem Fall der Befreiung lässt *Absatz 2* die Möglichkeit offen, dass das Gericht auch von sich aus anordnen kann, gewisse Personen von der Hauptverhandlung auszuschliessen. Das gilt für die oder den beschuldigten Jugendlichen, die gesetzliche Vertretung oder für Vertrauenspersonen. Ein solcher Ausschluss wird hauptsächlich im Interesse der oder des Jugendlichen erfolgen.

#### *Art. 35*      Abwesenheitsverfahren

Das Abwesenheitsverfahren, wie es im ordentlichen Prozess bekannt ist (Art. 373 ff. E-StPO) findet auf Jugendliche keine Anwendung. Von dieser Regel wird indessen

<sup>524</sup> Zu den Gründen für diese Wahl vgl. den Begleitbericht zum Vorentwurf 2001, S. 71 f., zu «Artikel 14».

<sup>525</sup> Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107.



einem Rechtsmittel, das vom beschuldigten oder verurteilten Jugendlichen ergriffen wurde.

Soweit die Staatsanwaltschaft vor dem erstinstanzlichen Gericht die Anklage vertreten hat, ist sie auch zur Einlegung der Berufung legitimiert.

#### *Art. 38*            Beschwerde

Die Beschwerdegründe sind in Artikel 401 E-StPO aufgezählt und gelten auch für das Jugendstrafverfahren, sofern die genannten Behörden vorhanden sind. So finden die Verweise auf die Übertretungsstrafbehörden und das Zwangsmassnahmengericht hier keine Anwendung. Hingegen kennt das Jugendstrafverfahren gewisse Besonderheiten, die eine Ergänzung der Liste aus dem ordentlichen Strafverfahren um gewisse Beschwerdegründe erfordern. So ist die Beschwerde auch gegen vorsorglich angeordnete Schutzmassnahmen (Art. 5 JStG), gegen die Anordnung einer Beobachtung (Art. 9 JStG) und gegen den Entscheid über die Einschränkung der Akteneinsicht (Art. 16) zulässig.

Die gegen einen Entscheid eingelegte Beschwerde bewirkt stets die Überweisung der Sache an die höhere Instanz. Als Beschwerdeinstanz tätig sind also die Jugendrichterin oder der Jugendrichter gegen die Handlungen der Polizei, das Jugendgericht gegen die Handlungen der Jugendrichterin oder des Jugendrichters, und die Beschwerdeinstanz in Jugendstrafsachen gegen die Handlungen des Jugendgerichts.

Ist eine Jugendrichterin oder ein Jugendrichter gleichzeitig Mitglied des Jugendgerichts (Art. 7 Abs. 3), kann sie oder er, falls eine Beschwerde gegen eine ihrer bzw. seiner Verfahrenshandlungen eingelegt wird, nicht im Jugendgericht Einsitz nehmen. Das ergibt sich aus Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe c. Dasselbe gilt für die Handlungen, die während des Vollzugs der Sanktion vorgenommen werden, und für die die Jugendrichterin oder der Jugendrichter nach Artikel 41 zuständig ist.

#### *Art. 39*            Berufung

Die Berufungsinstanz in Jugendstrafsachen entscheidet über Berufungen gegen erstinstanzliche Urteile der Jugendrichterin oder des Jugendrichters und des Jugendgerichts (*Abs. 1 Bst. a*). Dieselbe Instanz entscheidet auch über die aufschiebende Wirkung der eingelegten Berufung, wenn eine vorsorglichen Schutzmassnahme angeordnet worden ist (*Bst. b*). Wenn es sich manchmal in der Tat rechtfertigt, die Massnahme auszusetzen, kann es ebenso angezeigt erscheinen, ihren Vollzug trotz der Berufungserklärung weiterzuführen und die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels (vgl. Art. 409 E-StPO) aufzuheben.

*Absatz 2* sieht vor, dass die Berufungsinstanz in Jugendstrafsachen gleich wie die Jugendrichterin oder der Jugendrichter während der Untersuchung (Art. 27 Abs. 3 Bst. a) und das Jugendgericht während der Hängigkeit (Art. 33 Abs. 4) die gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen anordnet, wenn der Fall bei ihr hängig ist.

#### *Art. 40*            Revision

Die Artikel 417 ff. E-StPO über die Revision im ordentlichen Verfahren finden auch auf die Jugendlichen Anwendung. *Artikel 40* nennt daher einzig die dafür zuständige Behörde, nämlich das Jugendgericht.

### 3.7

## 7. Kapitel: Vollzug (Art. 41 und 42)

### Art. 41 Zuständigkeit

In den Artikeln 16, 17, 19, 23, 24, 28, 29, 31, 45 und 47 weist das Jugendstrafgesetz (JStG) der «Vollzugsbehörde» Kompetenzen zu. Diese Behörde ist im Zusammenhang mit den Vollzugsbestimmungen näher zu bezeichnen. Die Wahl fällt in erster Linie auf die Jugendrichterin oder den Jugendrichter (*Abs. 1 Bst. a*), ausser wenn das Jugendgericht die Sanktion ausgesprochen hat. In diesem Fall obliegt deren Vollzug dem Präsidenten oder der Präsidentin des Jugendgerichts (*Bst. b*). Artikel 447 E-StPO ist somit im Jugendstrafrecht nicht anwendbar.

*Absatz 2* trägt dem Umstand Rechnung, dass die Vollzugsbehörde nicht alles selbst erledigen kann; sie soll deshalb die Möglichkeit haben, sich bei Bedarf durch öffentliche und private Einrichtungen sowie durch Privatpersonen unterstützen zu lassen.

### Art. 42 Rechtsmittel

Es versteht sich von selbst, dass die mit dem Vollzug der Sanktion verbundenen Entscheide bedeutende Auswirkungen auf die persönlichen Verhältnisse der Jugendlichen haben, ja sogar ihre persönliche Freiheit in empfindlicher Weise einschränken können. Von daher ist es angezeigt, dass sie und ihre gesetzliche Vertretung gegen gewisse Vollzugsentscheide Rechtsmittel einlegen können. *Absatz 1* zählt diese Vollzugshandlungen auf.

### 3.8

## 8. Kapitel: Kosten (Art. 43 und 44)

In diesem Kapitel über die Kosten wird eine Unterscheidung zwischen den Verfahrenskosten und den Vollzugskosten getroffen; erstere werden vom Wohnsitzkanton der oder des Jugendlichen getragen, letztere zum Teil auf den Wohnsitzkanton, zum Teil auf den Urteilkanton verlegt.

### Art. 43 Verfahrenskosten

Die Bestimmung handelt von den Verfahrenskosten im eigentlichen Sinne (Ermittlung, Kosten der Polizei, Übersetzungen, Gutachten usw.). Diese werden dem Kanton auferlegt, in dem die oder der Jugendliche bei der Eröffnung des Verfahrens ihren bzw. seinen Wohnsitz hatte. Diese Kosten können ganz oder zum Teil zu Lasten der verurteilten Jugendlichen oder ihrer Eltern gehen, sofern diese in der Lage sind, sie zu bezahlen.

Nicht als Verfahrens-, sondern als Vollzugskosten gelten die Kosten einer Beobachtung und vorsorglichen Unterbringung (vgl. Art. 44 Abs. 1 Bst. b).

### Art. 44 Vollzugskosten

Diese Bestimmung übernimmt im Wesentlichen den Inhalt von Artikel 43 JStG. *Absatz 1 Buchstabe b* präzisiert, dass auch die Kosten einer Beobachtung sowie einer bereits im Verlauf des Verfahrens angeordneten vorsorglichen Unterbringung als Vollzugskosten zu behandeln sind. Solche Kosten können sehr hoch ausfallen;

sie erklären sich aus dem frühzeitigen Beginn der Schutzmassnahme sowie der Notwendigkeit, die individuellen erzieherischen Bedürfnisse der Jugendlichen abzuklären. Auch diese Kosten sind, wie die Kosten des Vollzugs der verhängten Sanktion, grundsätzlich vom Kanton zu tragen, in dem die oder der Jugendliche bei Eröffnung des Verfahrens Wohnsitz hatte (*Abs. 2*).

## **3.9** **9. Kapitel: Schlussbestimmungen**

### **3.9.1** **1. Abschnitt: Änderung bisherigen Rechts (Art. 45)**

Die einschlägigen Verfahrensbestimmungen des Strafgesetzbuches sowie des Jugendstrafgesetzes<sup>526</sup> müssen aufgehoben werden, soweit sie Wiederholungen von Bestimmungen des vorliegenden Gesetzes enthalten oder zu diesen im Widerspruch stehen (*Abs. 1*). *Absatz 2* verfolgt den gleichen Zweck wie Artikel 453 Absatz 2 E-StPO.

### **3.9.2** **2. Abschnitt: Übergangsbestimmungen (Art. 46–52)**

#### *Art. 46* Anwendbares Recht

Diese Bestimmung übernimmt den Grundgedanken von Artikel 454 E-StPO, wonach das neue Recht ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens unter Vorbehalt ausdrücklich statuerter Ausnahmen sofort anwendbar ist, gleichgültig in welchem Stadium sich das Verfahren befindet.

Gemäss der Jugendstrafprozessordnung wird das alte Recht in vier spezifischen Fällen weiterhin angewendet (Art. 46 Abs. 2, Art. 48 Abs. 2, Art. 49 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1).

#### *Art. 47* Zuständigkeit

Dieser Artikel sieht in Anlehnung an Artikel 455 E-StPO vor, dass die nach dem neuen Recht zuständigen Behörden mit Inkrafttreten der Jugendstrafprozessordnung unter Vorbehalt ausdrücklicher Ausnahmen sofort ihre Tätigkeit aufnehmen.

Der Entwurf sieht vor, dass die bisherigen Behörden nach dem Inkrafttreten der Jugendstrafprozessordnung in den Fällen nach Artikel 48 Absatz 2, Artikel 50 Absatz 1 und Artikel 52 Absatz 1 weiterhin ihre Aufgaben wahrnehmen.

*Absatz 2* dieser Bestimmung bezieht sich auf die Modalitäten der Übergabe von Verfahren von der bisherigen an die neue Behörde.

#### *Art. 48* Erstinstanzliches Hauptverfahren

Diese Bestimmung unterscheidet zwei Fälle: *Absatz 1* ist anwendbar, wenn das kantonale Recht bereits ein spezialisiertes Jugendstrafgericht kennt, *Absatz 2* wenn keine entsprechende Regelung besteht. Im ersten Fall erfüllen die alten Behörden weiterhin ihre Aufgaben, wobei sie das neue Recht anwenden (Art. 46). Dies gilt

<sup>526</sup> BBl 2003 4445

insbesondere für die Frage der Unvereinbarkeit der Funktion der Jugendrichterin oder des Jugendrichters (Art. 10), sofern das Verfahren im Sinn von Artikel 329 E-StPO bereits hängig ist (Eingang der Anklageschrift beim Gericht). Wenn sich das Verfahren noch im Untersuchungsstadium befindet, sind gemäss Artikel 47 die neuen Behörden zuständig. Sieht das kantonale Recht kein Jugendstrafgericht vor, so erfüllen die bisherigen Behörden, welche die Hauptverhandlung bereits nach Artikel 339 E-StPO eröffnet haben, weiterhin ihre Aufgaben. Dabei wenden sie, unter Vorbehalt der in Artikel 51 aufgezählten Verfahrensbestimmungen, die mit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung in jedem Fall anwendbar sind, das alte Recht an.

#### *Art. 49* Abwesenheitsverfahren

*Absatz 1* enthält eine Ausnahme zu den allgemeinen Bestimmungen der Artikel 46 und 47. Ergeht vor Inkrafttreten des neuen Rechts ein Abwesenheitsurteil, so ist nach dieser Bestimmung das alte Recht anwendbar und die bisherigen Behörden erfüllen weiterhin ihre Aufgaben. Das gilt sowohl in Bezug auf die Prüfung der Gültigkeit des Gesuchs um neue Beurteilung als auch in Bezug auf das Verfahren der neuen Beurteilung. Ziel dieser Ausnahme ist, den kantonalen Behörden die Aufgabe zu erleichtern und ihnen nicht vorzuschreiben, kurz vor dem Abschluss stehende Verfahren von Anfang an wieder aufzunehmen. In solchen Fällen müssen die in Artikel 51 genannten Verfahrensgrundsätze beachtet werden.

*Absatz 2* regelt den besonderen Fall der Kantone, die im Jugendstrafrecht kein Abwesenheitsverfahren kennen. Das neue Recht ist auch in den Kantonen anwendbar, die ein Abwesenheitsverfahren vorsehen, wenn das Abwesenheitsurteil nach Inkrafttreten der Jugendstrafprozessordnung ergangen ist.

#### *Art. 50* Rechtsmittel

*Absatz 1 erster Satz* übernimmt den Inhalt von Artikel 459 Absatz 1 E-StPO, wonach die bisherigen Behörden über die Rechtsmittel befinden, die vor Inkrafttreten des vorliegenden Gesetzes eingereicht worden sind. Dabei wenden sie, unter Vorbehalt der in Artikel 51 aufgezählten Grundsätze, das bisherige Recht an. Für Kantone, die keine Rechtsmittel vorsehen, wird in *Absatz 2* klargestellt, dass das neue Recht auf Entscheide anwendbar ist, die unter dem alten Recht ergangen sind. Diese Bestimmung richtet sich nicht an Kantone, die heute andere Rechtsmittel als die in der Jugendstrafprozessordnung vorgesehenen kennen (z.B. Nichtigkeitsbeschwerde anstelle der Berufung). Das neue Recht ist hingegen auf Rechtsmittel anwendbar, die nach Inkrafttreten der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung eingereicht worden sind, selbst wenn sie einen Entscheid betreffen, der nach altem Recht ergangen ist.

*Absatz 3* verweist auf die Bestimmung der Schweizerischen Strafprozessordnung, die für Rückweisungen an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung ausdrücklich die Anwendung des neuen Rechts und die Zuständigkeit der neuen Behörden vorsieht.

#### *Art. 51* Vorbehalt der Verfahrensgrundsätze nach neuem Recht

Durch diese Bestimmung wird die einheitliche Anwendung von gewissen Verfahrensgrundsätzen des neuen Rechts gewährleistet, wenn der vorliegende Entwurf die

Anwendung des bisherigen Rechts nach Inkrafttreten der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung vorsieht (oben zu Art. 46).

*Art. 52*            Vollzug

Diese Bestimmung hat zum Zweck, die Schwierigkeiten zu mildern, die durch den Wechsel der Vollzugsbehörde entstehen, insbesondere wenn der Vollzug einer Massnahme kurz vor seinem Abschluss steht. Der *zweite Satz von Absatz 1* stellt den Entscheid darüber, welche Fälle an die neuen Behörden zu übertragen sind, in das Ermessen der Behörden.

## **4                            Finanzielle und personelle Auswirkungen**

### **4.1                        Auswirkungen auf Bund und Kantone**

Wie im 1. Kapitel dieser Botschaft ausgeführt, soll die vereinheitlichte Strafprozessordnung die bestehenden kantonalen Verfahrensgesetze sowie den Bundesstrafprozess (BStP)<sup>527</sup> ablösen. Diese Ablösung wird Auswirkungen auf das jeweilige Gemeinwesen haben, sich aber auch auf dieses beschränken. Die Einführung der neuen Prozessordnung in den Kantonen bleibt mit anderen Worten für den Bund ohne Auswirkungen, insbesondere finanzieller Natur, so wie umgekehrt die auf Bundesebene vorzunehmenden Anpassungen die Kantone nicht berühren.

Wie gross die Auswirkungen sein werden, lässt sich nicht verlässlich voraussagen. Die Kosten der Strafrechtspflege hängen von einer Vielzahl von Faktoren ab. Die Gesetzgebung ist nur einer dieser Faktoren und nicht der wichtigste; daneben und v.a. spielen eine Rolle, ob der Strafgesetzgeber ein Verhalten überhaupt unter Strafe stellt oder nicht, die Art und die Zahl der zu verfolgenden und zu beurteilenden Delikte sowie die Frage, wie die Strafverfolgungsbehörden die Spielräume nutzen, die ihnen das Verfahrensrecht lässt. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass die Einführung eines neuen Prozessgesetzes *als solches*, also unter Auslassung externer Faktoren, zu erheblichem Mehr- oder Minderaufwand führen wird. Die Ablösung der 26 kantonalen Strafprozessordnungen und des Bundesstrafprozesses durch ein vereinheitlichtes Verfahrensrecht ist mit anderen Worten grundsätzlich eine *kostenneutrale Vorlage*. Das gilt zumindest in dem (grossen) Umfang, wie sich die vereinheitlichten Regeln an heute verbreitete Prozessabläufe und -institute anlehnen.

Immerhin lassen sich einzelne Vorschläge für gesetzliche Regelungen anführen, die im Bund und der Mehrheit der Kantone heute nicht bekannt und die grundsätzlich geeignet sind, Mehr- oder Minderausgaben zu verursachen.

Was zunächst die *Verfahrensregeln i.e.S.* betrifft, sind zu nennen:

- Einführung eines *gemässigten Opportunitätsprinzips* (Art. 8 E-StPO; Art. 5 E-JStPO): tendenziell Einsparungen durch erweiterte Möglichkeiten des Verzehrs auf Strafverfolgung.

<sup>527</sup> SR 312.0

- *Vergleich und Mediation* (Art. 316 und 317 E-StPO; Art. 17 und 18 E-JStPO): tendenziell Einsparungen. Das Sparpotenzial ist umso grösser, je früher die Verständigung gelingt und demzufolge das Strafverfahren eingestellt werden kann.
- Zulassung von *Absprachen zwischen Staatsanwaltschaft und beschuldigter Person* (Art. 365 ff. E-StPO): tendenziell Einsparungen durch wesentliche Vereinfachung des Verfahrens (Abkürzung oder Auslassung der Voruntersuchung und nur summarische Überprüfung durch das urteilende Gericht).
- *Erweiterter Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens* (Art. 355 ff. E-StPO; Art. 32 E-JStPO): tendenziell Einsparungen durch Zulassung des Strafbefehlsverfahrens bis zu einer Strafhöhe von 6 Monaten (E-StPO) bzw. 3 Monaten (E-JStPO) Freiheitsstrafe.
- *Ausbau der Parteirechte*, insbesondere der Verteidigungsrechte: Je nach der heutigen Ausgestaltung der Parteirechte in den einzelnen Prozessordnungen kann sich in diesem Bereich ein mehr oder weniger grosser Mehraufwand ergeben.
- Dasselbe gilt für den *Ausbau des Unmittelbarkeitsprinzips* in der Hauptverhandlung (Art. 344 E-StPO).
- *Erweiterte Möglichkeit der Erhebung sog. Randdaten bei Telefonüberwachung* (Art. 272 E-StPO): tendenziell Mehraufwand für den Bund (Dienst für Besondere Aufgaben, UVEK).

Auch in der vereinheitlichten Verfahrensordnung bleibt die *Gerichtsorganisation* grundsätzlich Sache des jeweils zuständigen Gemeinwesens (Art. 14). Diese Freiheit gilt allerdings nicht unbeschränkt. Ohne ein Mindestmass an Übereinstimmung auch in der Behördenorganisation kann eine Vereinheitlichung nicht erreicht werden<sup>528</sup>. Gewisse Eingriffe in die Gerichtsorganisation bedingen Anpassungen im Bereich der Strafbehörden: Unter dem Gesichtspunkt der Kostenrelevanz stehen im Vordergrund (Einzelheiten nachstehend Ziff. 4.1.1 und 4.1.2):

- Einführung des *Staatsanwaltschaftsmodells* (Art. 12 E-StPO): tendenziell Einsparungen durch den Verzicht auf Untersuchungsrichter und den Wechsel zur eingliedrigen Voruntersuchung, in welcher Ermittlung, Untersuchung und Anklageerhebung allein in der Verantwortung der Staatsanwaltschaft liegen.
- Einrichtung eines *Zwangsmassnahmengerichts* (Art. 13 Bst. a E-StPO): im Prinzip kostenneutral; eine Ausnahme besteht tendenziell in den Kantonen, die heute für die Anordnung von Untersuchungshaft noch keinen Haftrichter vorsehen.
- *Berufungsmöglichkeit auch in Bundesstrafsachen*: die vorgeschlagene Einführung einer Berufungsmöglichkeit gegen Urteile des Bundesstrafgerichts wird Mehrkosten verursachen. Wie hoch diese sein werden, lässt sich zurzeit nicht voraussagen. Dies hängt nicht nur davon ab, wie sich die Geschäftslast des Bundesstrafgerichts entwickeln wird und wie viele erstinstanzliche Urteile Gegenstand einer Appellation sein werden, sondern auch davon, ob das Berufungsverfahren im konkreten Fall mündlich oder schriftlich durch-

<sup>528</sup> Oben Ziff. 1.5.1.3.

geführt wird. Der E-StPO sieht in dieser Hinsicht differenzierte Regeln vor. Von Bedeutung wird auch sein, wie die Berufungsinstanz organisiert sein wird.

Wie gross der jeweilige Mehr- oder Minderaufwand sein wird, hängt weitgehend davon ab, in welchem Umfang die Praxis von den beschriebenen Verfahrensregeln und -instituten Gebrauch machen wird. Der Bundesrat will mit den beiden Entwürfen ein für die Zukunft taugliches Regelwerk vorschlagen, das den Strafbehörden die Mittel in die Hand gibt, unter Wahrung der Interessen der Allgemeinheit wie der Prozessbeteiligten und unter Respektierung der rechtsstaatlichen Vorgaben Verfahren abzukürzen, zu vereinfachen und zu beschleunigen. Solche Mittel werden vor dem Hintergrund der Kostensteigerung auch im Bereich der Strafrechtspflege mehr und mehr an Bedeutung gewinnen.

#### **4.1.1 Wechsel zum Staatsanwaltschaftsmodell**

In der vereinheitlichten Prozessordnung soll das Vorverfahren nach dem sog. *Staatsanwaltschaftsmodell II* ablaufen. Dieses Modell ist zusammen mit den drei anderen heute in der Schweiz praktizierten Strafverfolgungsmodellen im 1. Kapitel dieser Botschaft beschrieben<sup>529</sup>. Es zeichnet sich dadurch aus, dass die Verantwortung für Ermittlung, Untersuchung und Anklage in der Hand der Staatsanwaltschaft liegt; die Staatsanwaltschaft übernimmt damit im Wesentlichen auch die Funktion, die heute in anderen Modellen den Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern zukommt.

##### **4.1.1.1 Auswirkungen auf die Organisation der Untersuchungs- und Anklagebehörden**

Es versteht sich, dass diejenigen Kantone, die schon heute das Staatsanwaltschaftsmodell II kennen<sup>530</sup>, keine oder relativ unbedeutende Anpassungen werden vornehmen müssen. Bei den übrigen Kantonen sowie beim Bund sind mehr oder weniger bedeutende Kompetenzverschiebungen zwischen der (bisherigen) Staatsanwaltschaft und den (bisherigen) Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern unabdingbar.

Die Verschiebungen werden gering sein in den Kantonen, die heute das *Untersuchungsrichtermodell II* praktizieren<sup>531</sup>; hier werden künftig die nun als Staatsanwältinnen und Staatsanwälte tätigen Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter, allenfalls unter Aufsicht einer Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft, die volle Verantwortung für Ermittlung, Untersuchung und Anklageerhebung übernehmen.

<sup>529</sup> Oben Ziff. 1.5.2.1.

<sup>530</sup> BS, TI, SG, AI, SO, ZH; teilweise auch BL.

<sup>531</sup> LU, SZ, BE, OW, NW, BL (teilweise), AR, SH, GR und TG.

Die Eingriffe sind beim *Untersuchungsrichtermodell* <sup>532</sup> sowie beim *Staatsanwaltschaftsmodell* <sup>533</sup> am ausgeprägtesten, vor allem was das bisherige traditionelle Verständnis der Rolle der Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter als unabhängige Strafverfolgungsbehörde einerseits und der Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde andererseits betrifft. Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter übernehmen auch hier die volle Verantwortung für das Vorverfahren, einschliesslich der Anklageerhebung und der Anklagevertretung vor Gericht. Keine Änderungen ergeben sich hingegen bezüglich der Weisungsgebundenheit der Polizei.

#### 4.1.1.2 Auswirkungen auf die Kosten der Rechtspflege

Es ist naturgemäss schwierig, Prognosen über die finanziellen Auswirkungen der gesamtschweizerischen Einführung des Staatsanwaltschaftsmodells abzugeben. Entsprechende Berechnungen fehlen; sie dürften auch kaum realisierbar sein, denn die Kosten hängen nicht nur vom gewählten Untersuchungsmodell, sondern von einer Vielzahl anderer Faktoren ab, vor allem von der Gestaltung des Strafverfahrens ganz allgemein, der Entwicklung der Geschäftslast und der Art der zu verfolgenden Straftaten.

Diese Einschätzung wird bestätigt durch Antworten auf eine Umfrage, die das Bundesamt für Justiz im Jahr 2003 bei denjenigen Kantonen durchgeführt hat, die vor kurzem auf das Staatsanwaltschaftsmodell II umgestellt haben bzw. eine Umstellung planen<sup>534</sup>. Die Antworten lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- In allgemeiner Hinsicht wurde darauf hingewiesen, dass die finanziellen und die personellen Konsequenzen nicht isoliert von anderen, mit dem Modellwechsel selbst nicht zusammenhängenden Faktoren beurteilt werden können. Zu diesen Faktoren gehören insbesondere eine seit dem Wechsel weiter gestiegene Geschäftslast, die Notwendigkeit, Pendenzen aus der alten Organisation aufzuarbeiten, sowie Mehraufwand, der durch verstärkte Beschuldigten- und Opferrechte, durch die Art der Delikte<sup>535</sup> oder durch die Person der Tatverdächtigen<sup>536</sup> begründet ist. Solche externen Faktoren verunmöglichen eine genauere Berechnung oder Prognose.
- Mehrere Kantone führten aus, dass der Modellwechsel trotz unbestreitbarem Effizienzgewinn in gewissen Bereichen auch zu grösserem Aufwand führt oder führen könnte. Erwähnt werden die Einführung von Haftrichterinnen und -richtern<sup>537</sup> sowie eine Zunahme von Beschwerden gegen die Staatsanwaltschaft<sup>538</sup>.

<sup>532</sup> GL, ZG, FR, VD und VS.

<sup>533</sup> UR, AR, NE, GE, JU und der Bund.

<sup>534</sup> AI, BL, SG, SO, TI, ZH bzw. ZG. Bis auf SO haben alle Kantone geantwortet.

<sup>535</sup> Der Kanton TI wies in erster Linie auf die Zunahme komplexer Wirtschaftsstraffälle hin.

<sup>536</sup> Der Kanton SG erwähnte die Notwendigkeit, bei Einvernahmen vermehrt Übersetzer beizuziehen oder Einvernahmen aus Sicherheitsgründen im Untersuchungsgefängnis durchzuführen.

<sup>537</sup> Kantone SG und AI. Der Kanton BL gab zu bedenken, dass auch im Staatsanwaltschaftsmodell der Haftrichter das Dossier in seinen wesentlichen Zügen kennen müsse.

<sup>538</sup> Kanton AI.

- Mit einer Ausnahme<sup>539</sup> waren jedoch alle Kantone der Auffassung, dass (unter Auslassung externer Faktoren) zumindest längerfristig mit Kosteneinsparungen zu rechnen ist<sup>540</sup>. In der Regel gründet diese Erwartung darauf, dass Doppelspurigkeiten und Reibungsverluste, wie sie durch die Handwechsel zwischen Untersuchungsrichteramt und Staatsanwaltschaft bedingt sind, wegfallen<sup>541</sup>. Ein Kanton, in dem die Umstellung auf das Staatsanwaltschaftsmodell im Rahmen einer weitergehenden Neuorganisation der Strafverfolgungsbehörden erfolgte<sup>542</sup>, unterstrich zudem, dass grössere Untersuchungseinheiten einen besseren Lastenausgleich, einen rationelleren Einsatz des Personals, effizientere Abläufe, Schwergewichtsbildungen in Fachbereichen, einfachere Stellvertretungen und tragbare Pikettregelungen ermöglichen. Ähnliche Überlegungen dürften auch für andere Kantone zutreffen, die kleinere durch grössere Organisationseinheiten ersetzt haben oder dies planen.
- Ein anderer Kanton schliesslich<sup>543</sup> wies darauf hin, dass die Umstellung (die angesichts der früheren Stellung der Untersuchungsrichter in diesem Kanton ohnehin nicht gross war) in so kleinen Strukturen wie den seinen keine personellen Auswirkungen gehabt habe.

Auch für den Bundesstrafprozess geht der Bundesrat davon aus, dass dank des Wechsels zum Staatsanwaltschaftsmodell mit Kosteneinsparungen zu rechnen ist. Die Praxis der Strafverfolgungsbehörden des Bundes entspricht heute nicht mehr dem ursprünglichen Konzept des Bundesstrafprozesses; das Ermittlungsverfahren hat mehr und mehr den Platz der eigentlichen Strafuntersuchung eingenommen. Damit sind Überschneidungen in der Arbeit von Bundesanwaltschaft und Eidgenössischem Untersuchungsrichteramt vorprogrammiert. Diese werden mit der Aufhebung des Eidgenössischen Untersuchungsrichteramtes beseitigt. Auch wenn ein Teil der heute für die Untersuchung eingesetzten Ressourcen in die Staatsanwaltschaft des Bundes einzubringen sein wird, ist davon auszugehen, dass – im Umfang der heute bestehenden Doppelspurigkeiten – Einsparungen möglich sein werden. Das gilt sowohl hinsichtlich der personellen Ressourcen als auch hinsichtlich der Dauer der auf Bundesebene geführten Vorverfahren.

<sup>539</sup> Der Kanton Zug (der die Umstellung ebenfalls erwägt) unterstreicht zwar die unverkennbaren Vorteile des Staatsanwaltschaftsmodells II, prognostiziert aber per saldo Mehrkosten, bedingt durch die Einführung eines obligatorischen Haftprüfungssystems. Zur Notwendigkeit, ein solches System auch in anderen Strafverfolgungsmodellen einzuführen, vgl. oben Ziff. 1.5.2.3.

<sup>540</sup> Nach den vom damaligen Tessiner Regierungsrat Pedrazzini in den Hearings zum Expertenbericht geäusserten Schätzungen würde der Übergang zu dem von den Experten bevorzugten Untersuchungsrichtermodell I eine Aufstockung der bisher 15 Staatsanwälte und Zwangsmassnahmenrichter auf 30 Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter notwendig machen, vgl. Hearings, S. 31.

<sup>541</sup> Der Kanton ZH schätzt die möglichen Einsparungen je nach Ausgestaltung des Untersuchungsrichtermodells auf 10–20 %.

<sup>542</sup> SG: Hier wurden die früher zuständigen 14 Bezirksämter durch 4 regionale Untersuchungsämter und ein für das ganze Kantonsgebiet zuständiges Untersuchungsrichteramt mit besonderen Aufgaben (jeweils durch einen Staatsanwalt geleitet) ersetzt. – Zur Reform im Kanton SG ausführlich *Andreas J. Keller*, Wechsel zum Staatsanwaltschaftsmodell II im Kanton St. Gallen, AJP 2004, 70 ff.

<sup>543</sup> AI.

## 4.1.2 Bezeichnung oder Schaffung neuer Gerichtsinstanzen

### 4.1.2.1 Zwangsmassnahmengericht

Der Entwurf sieht die Einrichtung eines *Zwangsmassnahmengerichts* vor (Art. 18). Es ist zuständig für die Anordnung und Kontrolle der Untersuchungs- und teilweise der Sicherheitshaft sowie gewisser weiterer Zwangsmassnahmen<sup>544</sup>.

Verglichen mit der heutigen Situation übernimmt das Zwangsmassnahmengericht damit Funktionen, die in den geltenden Prozessordnungen teilweise von Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern (Anordnung von Untersuchungshaft)<sup>545</sup> oder besonderen Haftrichterinnen und Haftrichtern (ebenfalls Untersuchungshaft), teilweise von anderen gerichtlichen Instanzen wie Anklagekammern oder Beschwerdeinstanzen (z.B. Anordnung und Kontrolle von Telefonüberwachungen) wahrgenommen werden. Tatsächlich sind Entscheidungen im Bereich von Anordnung, Verlängerung und Genehmigung von Zwangsmassnahmen bereits nach heutiger Rechtslage weitgehend einer richterlichen Behörde vorbehalten<sup>546</sup>. Der Entwurf ändert daran nichts, sondern überträgt diese Tätigkeiten einheitlich den Zwangsmassnahmengerichten. Eine zusätzliche Belastung der Gerichtsbehörden ist von dieser Verschiebung und Konzentration der Zuständigkeiten nicht zu erwarten.

Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts sind, von einigen Ausnahmen abgesehen, nach diesem Gesetz endgültig<sup>547</sup>. Das gilt (mit dem Vorbehalt von Art. 221 Abs. 2) insbesondere für Entscheide über die Anordnung und Verlängerung der Untersuchungs- und der Sicherheitshaft. Soweit heute im kantonalen Recht solche Haftentscheide mit kantonalem Rechtsmittel angefochten werden können<sup>548</sup>, resultiert aus der vorgeschlagenen Regelung demnach eine Entlastung der jeweiligen oberen Gerichtsinstanzen.

Was die vom Bund geführten Strafverfahren betrifft, drängt es sich auf, die Funktionen des Zwangsmassnahmengerichts der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zu übertragen. Diese ist bereits nach geltendem Recht für Entscheide über Zwangsmassnahmen zuständig (Art. 28 Abs. 1 Bst. b des Strafgerichtsgesetzes vom 4. Oktober 2002 [SGG<sup>549</sup>]). Einzelheiten sind im Einführungsgesetz des Bundes zur neuen Strafprozessordnung zu regeln.

<sup>544</sup> Einzelheiten oben Ziff. 2.2.1.3.

<sup>545</sup> In welchen Fällen das überhaupt noch zulässig ist, ist nach der Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 3 EMRK und Art. 31 Abs. 3 BV allerdings sehr zweifelhaft, s.o. Ziff. 1.5.2.3.

<sup>546</sup> Das gilt jedenfalls für die Beurteilung von Haftentlassungsgesuchen, die Anordnung von Telefonüberwachungen oder des Einsatzes von verdeckten Ermittlern sowie die Beurteilung von Beschwerden gegen Zwangsmassnahmen.

<sup>547</sup> Vgl. Art. 221 Abs. 1 – Ausnahmen (d.h. Beschwerde nach der Strafprozessordnung möglich): Art. 221 Abs. 2, Art. 278 Abs. 3, Art. 280 Abs. 3, Art. 284 Abs. 3 und Art. 297 Abs. 3.

<sup>548</sup> Z.B. LU 83<sup>bis</sup> Abs. 2 und 83<sup>quater</sup> Abs. 3; FR 115; BL 85; VS 75 Abs. 3.

<sup>549</sup> SR 173.71

#### 4.1.2.2 Berufungsinstanz

Der Entwurf sieht neben der Beschwerde und der Revision die Berufung als ordentliches Rechtsmittel vor. Sie ist ausser bei Übertretungen als vollkommenes Rechtsmittel konzipiert, erlaubt also eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht<sup>550</sup>.

Die Auswirkungen dieser Regelung auf die Kantone hängt davon ab, unter welchen Voraussetzungen die Berufung nach den geltenden Prozessgesetzen zulässig ist. Hier zeigt sich ein höchst unterschiedliches Bild: Für Kantone, welche die Berufung in noch weiterem Umfang zulassen als in Artikel 406 vorgeschlagen<sup>551</sup>, werden die jeweiligen Berufungsinstanzen tendenziell entlastet; wo die Voraussetzungen dagegen enger sind<sup>552</sup>, ist eine Mehrbelastung der Berufungsinstanzen zu erwarten.

Die Auswirkungen dürften in den Kantonen Tessin und Neuenburg am ausgeprägtesten sein. Diese Kantone kennen das Rechtsmittel der Berufung überhaupt nicht, sondern sehen statt dessen eine Nichtigkeitsbeschwerde vor, welche bei Sachurteilen der ersten Instanz keine freie Überprüfung des Sachverhalts zulässt. Wie gross der Mehraufwand für die heutigen Kassationsgerichte sein wird, wenn diese künftig als Berufungsinstanz tätig sein werden, ist schwierig abzuschätzen. Die Antwort hängt nicht nur davon ab, wie viele erstinstanzliche Urteile Gegenstand einer Appellation sein werden<sup>553</sup>, sondern auch davon, wie das Berufungsverfahren ausgestaltet, insbesondere, ob dieses im konkreten Fall mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Der vorliegende Entwurf sieht in dieser Hinsicht differenzierte Regeln vor<sup>554</sup>.

Die Situation präsentiert sich in analoger Weise auf Bundesebene. Auch hier ist nach heutiger Rechtslage gegen Urteile des Bundesstrafgerichts keine Berufung möglich. Wie früher ausgeführt<sup>555</sup>, ist der Bundesrat jedoch der Auffassung, dass auch in den der Bundesgerichtsbarkeit unterstehenden Fällen die Möglichkeit einer Berufung gegeben sein muss. Wie gross die Belastung der Berufungsinstanz auf Bundesebene sein wird, lässt sich aus den oben genannten Gründen kaum voraussagen. Als zusätzlicher Unsicherheitsfaktor kommt hier hinzu, dass sich die Entwicklung der Geschäftslast des Bundesstrafgerichts zurzeit noch schwer abschätzen lässt. Diese Entwicklung wird auch für die Frage von Bedeutung sein, ob längerfristig ein besonderes Bundesberufungsgericht geschaffen werden soll<sup>556</sup>.

<sup>550</sup> Art. 406.

<sup>551</sup> Z.B. UR 219, NW 154, FR 211, BL 177, AR 212, AI 142, AG 217.

<sup>552</sup> Z.B. LU 233, ZG 70, SH 310; VD 410 ff., ZH 428, GE 339 Abs. 1c, JU 347.

<sup>553</sup> Rückfragen in verschiedenen Kantonen haben ergeben, dass es sich im Durchschnitt um 10–30 % der erstinstanzlichen Urteile handelt. – Während sich TI zu dieser Frage nicht geäußert hat, prognostiziert NE in seiner Vernehmlassung bedeutende Auswirkungen auf die Kosten der Rechtspflege und die Dauer der Verfahren. In die gleiche Richtung (wegen der konkreten Ausgestaltung der Berufung gemäss VE von 2001): VD.

<sup>554</sup> Art. 412 und 413.

<sup>555</sup> Oben Ziff. 1.8.2.

<sup>556</sup> Wie dies das Bundesgericht in seiner Vernehmlassung als einzig gangbaren Weg vorgeschlagen hat; die – auch nur vorübergehende – Beurteilung von Berufungen durch das Bundesgericht selbst schliesst es dagegen aus.

### 4.1.3 **Aufhebung bestehender Gerichtsinstanzen**

Beschwerde, Berufung und Revision sind notwendige, aber auch hinreichende Rechtsmittel in der vereinheitlichten Strafprozessordnung. Das bedeutet, dass die heute in zahlreichen Kantonen in verschiedensten Formen bekannte Nichtigkeitsbeschwerde als eigenständiges Rechtsmittel wegfallen wird. Ihre Funktion wird je nach kantonaler Ausgestaltung von der Beschwerde (Art. 401 ff.) oder der Berufung (Art. 406 ff.) oder beiden übernommen werden. Auswirkungen auf die Gerichtsorganisation ergeben sich in erster Linie dort, wo das vorgeschlagene Rechtsmittelsystem den Verzicht auf bestehende Rechtsmittelinstanzen ermöglicht.

Ein Verzicht auf bestehende Gerichtsinstanzen scheint auch in anderem Zusammenhang möglich, wenn nicht sogar angezeigt: Der Entwurf sieht keine besonderen Bestimmungen für Geschworenengerichte vor<sup>557</sup>. Er trägt damit einer Entwicklung Rechnung, die sich auch in jüngerer Zeit fortgesetzt hat und in deren Zug die Kompetenzen früherer Geschworenengerichte an die ständigen Gerichte (z.T. weiterhin mit der Möglichkeit der Laienbeteiligung) übertragen worden sind<sup>558</sup>.

## 4.2 **Auswirkungen auf die Volkswirtschaft**

Die Gewährleistung der Rechtspflege und die Durchsetzung des Rechts mit Hilfe der Justiz sind ureigene staatliche Aufgaben, die nicht delegiert werden können. Das Funktionieren des Rechtsstaates, der Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit hängen unmittelbar von einer unabhängigen, qualitativ hoch stehenden und effizienten Rechtspflege ab<sup>559</sup>. Dem Monopol des Staates zu strafen steht die Verpflichtung gegenüber, diesen Strafanspruch in einem rechtlich geordneten Verfahren durchzusetzen und auf diese Weise dazu beizutragen, den Rechtsfrieden wieder herzustellen.

Die vorliegenden Gesetzesentwürfe bewirken eine Optimierung des Strafverfolgungssystems von Bund und Kantonen. Sie dienen damit nicht nur der gesellschaftlichen Stabilität, dem Schutz der Bürgerinnen und Bürgern und letztlich der Erhaltung der Lebensqualität; das Vertrauen in ein funktionierendes Strafrechtssystem sichert zudem einen nicht zu unterschätzenden Standortvorteil der schweizerischen Wirtschaft.

## 4.3 **Andere Auswirkungen**

Andere Auswirkungen der Vereinheitlichung wurden bereits im 1. Kapitel dieser Botschaft beschrieben. Sie decken sich mit den Vorteilen, die von einer gesamtschweizerischen Strafprozessordnung etwa für die Anwaltschaft, den interkantonalen Personaleinsatz oder die wissenschaftliche Bearbeitung der Materie zu erwarten sind. Auf diese Ausführungen kann hier verwiesen werden<sup>560</sup>.

<sup>557</sup> Oben zu Art. 20; *Niklaus Schmid*, Bewährte Formen – mit Neuem verknüpft, in: Aus 29 mach 1; ... *unterwegs* ..., Informationen des Bundesamtes für Justiz über die künftige Schweiz. Strafprozessordnung und das Jugendstrafverfahren, Bern, März 2001, S. 3.

<sup>558</sup> Zu Einzelheiten *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 23 N 10. Geschworenengerichte existieren heute noch in den Kantonen ZH, TI, VD, NE und GE.

<sup>559</sup> Botschaft des Bundesrates zur Revision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4474.

<sup>560</sup> Oben Ziff. 1.3.

## **5 Verhältnis zur Legislaturplanung und zum Finanzplan**

Die Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts ist im Bericht vom 1. März 2000<sup>561</sup> über die Legislaturplanung 1999–2003 als Richtliniengeschäft angekündigt worden.

## **6 Rechtliche Aspekte**

### **6.1 Verfassungsmässigkeit**

Die Gesetzesentwürfe stützen sich auf Artikel 123 Absatz 1 der Bundesverfassung. Diese Bestimmung gibt dem Bund die Kompetenz, neben dem materiellen Strafrecht auch das Strafprozessrecht zu vereinheitlichen<sup>562</sup>.

Die Bundesverfassung enthält in den Artikeln 29–32 einen Katalog von Verfahrensgarantien, die teils allgemeiner Natur sind, teils auf das Strafverfahren zugeschnitten sind<sup>563</sup>. Zu den ersteren gehören der Anspruch der Parteien auf Verfahrenserledigung innert angemessener Frist (Art. 29 Abs. 1 BV), auf rechtliches Gehör (Abs. 2), auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (Abs. 3), auf Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV) und auf ein öffentliches Gerichtsverfahren (Abs. 3). Besondere Rechte für das Strafverfahren sind in Artikel 31 BV (Freiheitsentzug, insbesondere durch Untersuchungshaft) und in Artikel 32 BV enthalten, welcher u.a. den Grundsatz der Unschuldvermutung (Abs. 1) und den Anspruch der angeklagten Person auf umfassende Orientierung über die erhobenen Beschuldigungen verbrieft (Abs. 2).

Der vorliegende Entwurf baut auf diesen Verfassungsgarantien auf und konkretisiert sie in zahlreichen Bestimmungen, die in verschiedenen Titeln untergebracht sind. Was insbesondere den verfassungsmässigen Anspruch der beschuldigten Person betrifft, «ihre Rechte geltend zu machen» (Art. 31 Abs. 2 und 32 Abs. 2 BV), werden diese Rechte künftig für den Bund und alle Kantone einheitlich in der neuen gesamtschweizerischen Strafprozessordnung umschrieben sein (für die Rechte der beschuldigten Person im Allgemeinen vgl. etwa die Art. 99, 107, 111, 126 ff., 144 ff., 154 Abs. 2, 156, 318 f., 332, 333, 336 Abs. 4, 339; für die Rechte im Rahmen der Anordnung und Verlängerung der Untersuchungshaft vgl. die Art. 219 ff.). Voraussetzung dafür, dass die beschuldigte Person ihre Rechte überhaupt geltend machen kann, ist die vorgängige Belehrung über diese Rechte. Die Pflicht zur Belehrung ist für den Fall des Freiheitsentzugs (also insbes. Untersuchungshaft) auf Verfassungsstufe bereits in Artikel 31 Absatz 2 enthalten. Der Entwurf konkretisiert und verallgemeinert diese Pflicht in Artikel 155. Analoge Regeln sind für andere Verfahrensbeteiligte, insbesondere das Opfer, vorgesehen (Art. 105 Abs. 2, Art. 304).

<sup>561</sup> BBl 2000 2303 und 2339. Vgl. auch Bericht vom 25. Februar 2004 über die Legislaturplanung 2003–2007, BBl 2004 1154.

<sup>562</sup> Oben Ziff. 1.1.

<sup>563</sup> Vgl. Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 181 ff.

## 6.2

### Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Zahlreiche im Rahmen des Europarats und der UNO ausgearbeitete Instrumente befassen sich mit Fragen strafprozessualer Natur. Im Vordergrund stehen der Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966<sup>564</sup> über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR, UN-Pakt II) und, auf europäischer Ebene, die Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK)<sup>565</sup>. Sie enthalten eine Reihe weitgehend übereinstimmender Garantien, die im Strafverfahren zu beachten sind. Dabei hat bis heute die EMRK für die strafprozessuale Gesetzgebung und Praxis in Bund und Kantonen die grössere Bedeutung erlangt<sup>566</sup>.

Wie bereits im 1. Kapitel dieser Botschaft angedeutet (oben Ziff. 1.3.1), hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der EMRK-Kontrollorgane in Strassburg die verschiedenen Strafprozessordnungen in vielfältiger Weise beeinflusst und dadurch im Ergebnis eine beträchtliche Annäherung unter ihnen bewirkt. Aus schweizerischer Sicht stehen im Vordergrund:

- die Erweiterung des *Anwendungsbereichs* strafprozessualer Garantien auf sämtliche «strafrechtliche Anklagen» im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 EMRK und Artikel 14 Absatz 1 IPBPR;
- Fragen des *Haftrechts*: unverzügliche Vorführung der festgenommenen Person vor einen Richter oder einen anderen zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten (Art. 5 Abs. 3 EMRK; Art. 9 Abs. 1 IPBPR); Begrenzung der zulässigen Haftdauer (Art. 5 Abs. 3 EMRK; Art. 9 Abs. 1 IPBPR); Überprüfung der Rechtmässigkeit der Haft durch ein Gericht in einem kontradiktorischen, raschen Verfahren (Art. 5 Abs. 4 EMRK; Art. 9 Abs. 4 IPBPR);
- die Garantie der *Unabhängigkeit und Unparteilichkeit* des Strafgerichts, insbesondere das Verbot unzulässiger Vorbefassung (Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 14 Abs. 1 IPBPR);
- Einschränkungen der Möglichkeit, der beschuldigten Person bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens die *Verfahrenskosten* aufzuerlegen (Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 14 Abs. 2 IPBPR);
- die *Verteidigungsrechte* der beschuldigten Person, insbesondere das Recht, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen (Art. 6 Abs. 3 Bst. d EMRK; Art. 14 Abs. 3 Bst. e IPBPR);
- die Anforderungen an die *gesetzliche Grundlage bei Zwangsmassnahmen*, insbesondere bei geheimen Überwachungsmaßnahmen (Art. 8 EMRK).

Es versteht sich, dass der vorliegende Entwurf diese (und andere, für die Schweiz bisher weniger relevant gewordene) Anforderungen umzusetzen versucht, soweit sie durch die Rechtsprechung mit hinreichender Klarheit vorgegeben sind<sup>567</sup>. Teilweise

<sup>564</sup> SR **0.103.2**; für die Schweiz seit 18. September 1992 in Kraft.

<sup>565</sup> SR **0.101**; für die Schweiz seit 28. November 1974 in Kraft.

<sup>566</sup> *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, N 16 ff. und N 20 f.

<sup>567</sup> Vgl. die Ausführungen zu den einschlägigen Bestimmungen.

lässt die Rechtsprechung Spielraum für unterschiedliche Lösungen<sup>568</sup>, teilweise scheint die genaue Tragweite einer konventionsrechtlichen Verpflichtung auch nicht abschliessend geklärt. In solchen Fällen schlägt der Entwurf jeweils die Lösung vor, die von der Sache her angebracht erscheint. Dieser Ansatz führt einerseits dazu, dass in Zweifelsfällen nicht automatisch eine Lösung gewählt wird, die auch mit einer extensiven Auslegung der fraglichen Garantie und unter Berücksichtigung eines in Zukunft möglicherweise erweiterten Rechtsschutzes noch kompatibel erscheint<sup>569</sup>. Andererseits kann es vorkommen, dass der Entwurf in Einzelfragen über den heutigen Standard hinausgeht<sup>570</sup>. Entscheidend ist in beiden Fällen, welche unter mehreren völkerrechtskonformen Lösungen unter Abwägung aller relevanten Faktoren sachlich den Vorzug verdient<sup>571</sup>.

Einzelne Bestimmungen des Entwurfs sollen an dieser Stelle noch besonders hervorgehoben werden. Sie stehen im Zusammenhang mit Postulaten, welche von verschiedenen Menschenrechtsausschüssen seit langem und wiederholt erhoben werden, und zwar auf der Grundlage von Menschenrechtsübereinkommen, die für die Schweiz verbindlich sind<sup>572</sup>. Es geht um das Recht jeder festgenommenen Person auf den sog. «Anwalt der ersten Stunde», auf Benachrichtigung eines Angehörigen und auf Untersuchung durch einen unabhängigen Arzt. Diese Rechte gelten als die drei Pfeiler des Schutzes vor Misshandlungen gegenüber Personen, denen die Freiheit entzogen wird.

In seinem Bericht über den Besuch vom Februar 2001 in der Schweiz hat der Europäische Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) in dieser Hinsicht ausdrücklich auf den Vorentwurf von 2001 Bezug genommen<sup>573</sup> und festgehalten, dass dieser Entwurf Empfehlungen des CPT umgesetzt habe, die im fraglichen Bereich zu den wichtigsten überhaupt gehören; gleichzeitig hat er weitere Präzisierungen angeregt. In seiner Stellungnahme zu diesem Bericht hat der Bundesrat die Prüfung dieser Anregungen im Rahmen der Überarbeitung des Vorentwurfs und unter Berücksichtigung der Ergebnisse des (damals noch bevorstehenden) Vernehmlassungsverfahrens in Aussicht gestellt<sup>574</sup>.

<sup>568</sup> So schreibt weder die Bundesverfassung noch die EMRK oder der IPBPR ein bestimmtes Organisationsmodell im Vorverfahren (Untersuchungsrichtermodell oder Staatsanwaltschaftsmodell) oder ein besonderes Verfahren zur Zulassung der Anklage vor.

<sup>569</sup> So ist beispielsweise zweifelhaft, unter welchen Voraussetzungen die beschuldigte Person auf gewisse Verfahrensrechte verzichten kann. Die Art. 224 und 227 lassen in Haftfällen einen Verzicht auf eine mündliche Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht zu, wenn der Verzicht ausdrücklich erfolgt ist.

<sup>570</sup> Beispiel: Zumindest nach heutiger Praxis schiene es grundsätzlich zulässig, dass Mitglieder des Zwangsmassnahmengerichts im selben Fall auch als Mitglieder des urteilenden Strafgerichts tätig werden. Im Interesse einer klaren Funktionstrennung verzichtet der Entwurf auf diese Form der Personalunion (vgl. Art. 18 Abs. 2).

<sup>571</sup> Zum Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung der landesrechtlichen Norm BGE 125 II 417, 424 m.H.

<sup>572</sup> Pakt II; UN-Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105); Europäisches Übereinkommen vom 26. November 1987 zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (SR 0.106).

<sup>573</sup> Bericht des CPT und Stellungnahme des Bundesrates, herausgegeben vom EJPD, Bundesamt für Justiz, Bern März 2002 (auch unter [www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch)).

<sup>574</sup> Bericht des CPT und Stellungnahme des Bundesrates (wie vorstehende Anmerkung), S. 15 ff. bzw. S. 13 f.

Beim «Anwalt der ersten Stunde» regte der CPT an, dass der Zugang zu einem Verteidiger bereits unmittelbar nach dem Entzug der Freiheit, also bereits im Zeitpunkt der *polizeilichen Anhaltung* gewährt werden müsse. Soweit «Zugang zu einem Verteidiger» (nur) meint, die angehaltene Person müsse die Möglichkeit haben, mit einem Verteidiger *Kontakt* aufzunehmen<sup>575</sup>, stehen dem keine rechtlichen Hindernisse entgegen. Sollte jedoch der Anspruch so zu verstehen sein, dass die Polizei die kurze Befragung bei der Anhaltung (vgl. Art. 214 Abs. 1 Bst. b) nicht vornehmen kann, bevor die Verteidigung an Ort und Stelle eingetroffen ist, könnte der Forderung nicht entsprochen werden. Im Rahmen der Anhaltung, wie sie nach Artikel 214 konzipiert ist, muss die Polizei die Möglichkeit haben, die notwendigen, eng umgrenzten Abklärungen auch ohne Anwesenheit der Verteidigung vorzunehmen. In der Regel wird es um ganz kurzfristige Interventionen gehen, so dass das Postulat auch aus praktischen Gründen nicht erfüllbar ist<sup>576</sup>.

Zur *Benachrichtigung von Familienangehörigen* (Art. 213; Art. 225 des VE-StPO) hielt der CPT fest, die vorgesehene Regelung erfülle das entsprechende Postulat; auch die Möglichkeiten des Verzichts auf die Benachrichtigung (wenn die betroffene Person sie ausdrücklich ablehnt oder wenn der Untersuchungszweck sie verbietet) wurden ausdrücklich gutgeheissen. Immerhin wurde bei dem zuletzt genannten Verzicht Grund angeregt, das Gesetz solle diesen klarer umschreiben und geeignete Garantien vorsehen, z.B. das Festhalten des Verzichts im Verfahrensprotokoll<sup>577</sup>. In welchen Fällen der Untersuchungszweck eine Benachrichtigung verbietet, wird in dieser Botschaft zur betreffenden Bestimmung näher erläutert (oben Ziff. 2.5.3.1 zu Art. 213 Abs. 2); die Auslegung im Einzelfall muss der Rechtsprechung überlassen bleiben. Was die Protokollierung betrifft, ist auf die Pflicht der Strafbehörde hinzuweisen, den Ablauf des Verfahrens und die von ihr getroffenen Anordnungen zu protokollieren (Art. 75 Bst. f).

Das Recht der verhafteten Person auf *Zugang zu einem Arzt ihrer Wahl* ist weder im Vorentwurf von 2001 noch im vorliegenden Entwurf ausdrücklich enthalten. Es umfasst nach der Vorstellung sowohl des CPT wie auch des CAT und des UN-Menschenrechtsausschusses die Möglichkeit, nach jeder polizeilichen Einvernahme und vor der Vorführung vor den Haftrichter eine unabhängige ärztliche Untersuchung (CPT: Arzt oder Ärztin nach Wahl) zu verlangen. In seinem jüngsten Bericht zuhanden des CAT<sup>578</sup> hat der Bundesrat in diesem Zusammenhang festgehalten, auch wenn der Entwurf diese Frage, die nicht eigentlich strafprozessualer Natur sei, sondern die persönliche Freiheit betreffe, nicht ausdrücklich regle, habe die festgenommene Person Anspruch darauf, sich durch einen unabhängigen Arzt untersuchen zu lassen, und zwar vom Moment der Verhaftung an und jedes Mal, wenn sie es verlange. Soweit möglich, sei bei der Wahl den Wünschen der betroffenen Person

<sup>575</sup> Dieses Verständnis legen die entsprechenden Empfehlungen des UN-Menschenrechtsausschusses (zum IPBPR) und des UN-Antifolterausschusses (CAT) nahe; danach hat die festgenommene Person das Recht, mit der Verteidigung «[d']entrer en contact» oder «[de]se mettre en rapport», vgl. *Observations finales du Comité des droits de l'homme* vom 12.11.2001, Ziff. 12; vom 8.11.1996, Ziff. 24; *Observations du Comité contre la torture* vom 27.11.1997, Ziff. 5, 3. Absatz.

<sup>576</sup> Der Umstand, dass bis zum Eintreffen der Verteidigung immer eine gewisse Zeit verstreichen wird, entkräftet auch das Argument des CPT, die Zulassung der Verteidigung bereits bei der Anhaltung sei notwendig, weil die Gefahr von Übergriffen der Polizei erfahrungsgemäss zu Beginn der Intervention am grössten sei, Bericht CPT, a.a.O., S. 16.

<sup>577</sup> Bericht CPT, a.a.O. S. 15.

<sup>578</sup> Viertes Bericht des Bundesrates vom 18. Dezember 2002, Ziff. 123 (Bericht unter [www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch)).

Rechnung zu tragen; vorbehalten blieben Fälle der Unerreichbarkeit des gewünschten Arztes oder eine offensichtliches Risiko der Kollusion. Bei dieser Sachlage scheint es nicht notwendig, im vorliegenden Entwurf eine ausdrückliche Regelung vorzusehen<sup>579</sup>.

### 6.3 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt<sup>580</sup>, soll das vereinheitlichte schweizerische Strafprozessrecht möglichst vollständig auf Stufe des Gesetzes (Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung) geregelt werden. Dieses Ziel kann jedoch nicht ohne Einschränkung erreicht werden. Zum einen werden Bund und Kantone, wie an anderer Stelle ausgeführt, Einführungsgesetze zur neuen Strafprozessordnung verabschieden müssen<sup>581</sup>. Darin sind vorab Fragen der Organisation der Strafbehörden zu regeln. Zum anderen machen auch Komplexität und Technizität der Materie in verschiedenen Bereichen Ausführungsbestimmungen notwendig oder lassen für solche Bestimmungen zumindest Raum.

Gegenstand solcher Ausführungsbestimmungen können zum einen reine Vollzugsnormen sein. Insofern ergibt sich die Regelungskompetenz des Bundesrats unmittelbar aus seiner Vollzugskompetenz (Art. 182 Abs. 2 BV). Zu denken ist etwa an die Regelung der Modalitäten bei elektronischer Zustellung (vgl. Art. 84 und 108 Abs. 2), der Einzelheiten der Entschädigung von Zeugen und sachverständigen Personen (Art. 164 bzw. Art. 187) oder bei amtlichen Bekanntmachungen (vgl. Art. 452). Zum anderen kann es um eigentliche rechtsetzende Bestimmungen gehen. Diese erlässt der Bundesrat nach Artikel 182 Absatz 1 BV in Form der Verordnung, soweit er durch Verfassung oder Gesetz dazu ermächtigt ist. Die Ermächtigung zum Erlass solcher rechtsetzenden Bestimmungen findet sich in Artikel 265 Absatz 6 (Anlage beschlagnahmter Vermögenswerte) sowie in Artikel 431 (Berechnung der Verfahrenskosten und Festlegung der Gebühren). Diese Delegationsnormen erfüllen die rechtlichen Anforderungen nach Umschreibung von Gegenstand und Ziel der Rechtsetzungsbefugnisse.

<sup>579</sup> Eine ausdrückliche Regelung kennt seit 1998 der Kanton Genf. Art. 107A StPO/GE führt unter dem Titel «*Droits de la personne entendue par la police*» in Abs. 3 Bst b das Recht der einvernommenen Person auf, jederzeit während der Einvernahme und bevor die Person dem Haftrichter vorgeführt wird, eine medizinische Untersuchung zu verlangen. Das gleiche Recht steht auch der Polizei zu (die sich auf diese Weise vor falschen Anschuldigungen seitens der beschuldigten Person schützen kann).

<sup>580</sup> Oben Ziff. 1.5.1.2.

<sup>581</sup> Oben Ziff. 1.8.1.