

## **Erläuternder Bericht**

**zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der  
Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Stände-  
rates, Anpassung der Strafprozessordnung)**

---

Dezember 2017

---

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Grundzüge der Vorlage</b>	<b>6</b>
1.1	Ausgangslage	6
1.1.1	Die Schweizerische Strafprozessordnung	6
1.1.2	Motion Kommission für Rechtsfragen des Ständerates «Anpassung der Strafprozessordnung»	7
1.2	Die Ermittlung der Praxistauglichkeit der StPO	8
1.3	Die beantragte Neuregelung	9
1.3.1	Einleitung	9
1.3.2	Keine Ausnahmen vom Grundsatz der «doppelten Instanz»	9
1.3.3	Ausweitung der Aufzeichnung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln	10
1.3.4	Vorverschiebung des Zeitpunktes zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage	11
1.3.5	Bestellung der amtlichen Verteidigung	11
1.3.6	Teilnahmerechte	12
1.3.7	Präzisierung der Voraussetzungen für den Haftgrund der Wiederholungsgefahr	13
1.3.8	Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts	13
1.3.9	Strafbefehlsverfahren	14
1.3.10	Sicherheitshaft im Zusammenhang mit dem Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden	15
1.4	Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung	15
<b>2</b>	<b>Erläuterungen zu einzelnen Artikeln</b>	<b>16</b>
2.1	Strafprozessordnung	16
2.1.1	Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe b	16
2.1.2	Artikel 40 Absatz 1	16
2.1.3	Artikel 55 (Sachüberschrift) und Artikel 55a	17
2.1.4	Artikel 59 Absatz 1 Einleitungssatz	17
2.1.5	Artikel 78 und 78a	17
2.1.6	Artikel 80 Absatz 1 zweiter Satz [betrifft nur den deutschen Text]	18
2.1.7	Artikel 82 Absatz 1 Buchstabe b	18
2.1.8	Artikel 88 Absatz 4	19
2.1.9	Artikel 117 Absatz 1 Buchstabe g (neu)	19
2.1.10	Artikel 123	20
2.1.11	Artikel 125 Absatz 2 erster Satz	20
2.1.12	Artikel 126 Absatz 2	20
2.1.13	Artikel 130 Buchstabe d	21
2.1.14	Artikel 131 Absatz 2 und 3	21
2.1.15	Artikel 133	22

2.1.16	Artikel 135 Absätze 1, 3 und 4	23
2.1.17	Artikel 136 Absatz 1 <sup>bis</sup>	25
2.1.18	Artikel 141 Absatz 4	25
2.1.19	Artikel 144 Absatz 2	25
2.1.20	Artikel 147 Absätze 3 und 3 <sup>bis</sup>	25
2.1.21	Artikel 147 <i>a</i>	26
2.1.22	Artikel 150 Absatz 2 zweiter Satz	27
2.1.23	Artikel 154 Absatz 4 Buchstabe d	27
2.1.24	Artikel 170	27
2.1.25	Artikel 186 Absatz 2 zweiter Satz und Absatz 3	28
2.1.26	Artikel 210 Absatz 2	28
2.1.27	Artikel 221 Absatz 1 Buchstabe c	28
2.1.28	Artikel 222 Absatz 2	29
2.1.29	Artikel 225 Absätze 3 und 5	30
2.1.30	Artikel 228 <i>a</i> (neu)	31
2.1.31	Artikel 230 Absätze 3–4	33
2.1.32	Artikel 231 Absatz 2	34
2.1.33	Artikel 232 Absätze 1–2	35
2.1.34	Artikel 233	35
2.1.35	Artikel 236 Absatz 1	35
2.1.36	Artikel 248	35
2.1.37	Artikel 251 <i>a</i>	36
2.1.38	Artikel 266 Absatz 3	37
2.1.39	Artikel 268	37
2.1.40	Artikel 269 Absatz 2 Buchstabe a	38
2.1.41	Artikel 273 Absatz 1	38
2.1.42	Artikel 286	38
2.1.43	Artikel 301 Absatz 1 <sup>bis</sup>	39
2.1.44	Artikel 303 <i>a</i>	39
2.1.45	Artikel 316 Absatz 1 (betrifft nur den französischen Text)	39
2.1.46	Artikel 318 Abs. 1 <sup>bis</sup> und 3	39
2.1.47	Artikel 342 Absatz 1, 1 <sup>bis</sup> , 1 <sup>ter</sup> und 2	40
2.1.48	Artikel 352 Absatz 1, 1 <sup>bis</sup> und 3	41
2.1.49	Artikel 352 <i>a</i>	42
2.1.50	Artikel 353 Absatz 2	43
2.1.51	Artikel 354 Absatz 1–1 <sup>ter</sup>	44
2.1.52	Artikel 355 Absatz 2	45
2.1.53	Artikel 356 Absatz 4	46
2.1.54	Artikel 364 Absatz 5	46
2.1.55	Artikel 364 <i>a</i> (neu)	46
2.1.56	Artikel 364 <i>b</i> (neu)	48
2.1.57	Artikel 365 Absatz 3	49
2.1.58	Artikel 366 Absätze 1–3	49
2.1.59	Artikel 377 Absatz 4	50
2.1.60	Artikel 388 Absatz 2 Buchstabe a–c	50
2.1.61	Artikel 391 Absatz 2	51
2.1.62	Artikel 393 Absatz 1 Buchstabe c	52
2.1.63	Artikel 395 Buchstabe b	52

2.1.64	Artikel 398 Absatz 1	53
2.1.65	Artikel 410	53
2.1.66	Artikel 431 Sachüberschrift sowie Absätze 1–2	53
2.1.67	Artikel 440 Absätze 1–4	53
2.1.68	Artikel 442 Absatz 4	54
2.2	Jugendstrafgesetz	55
2.3	Jugendstrafprozessordnung	57
2.4	Bundesgerichtsgesetz	59
2.5	Strafbehördenorganisationsgesetz	59
2.6	Opferhilfegesetz	59
2.7	Rechtshilfegesetz	60
<b>3</b>	<b>Auswirkungen</b>	<b>61</b>
3.1	Auswirkungen auf den Bund	61
3.2	Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden	61
<b>4</b>	<b>Verhältnis zur Legislaturplanung</b>	<b>62</b>
<b>5</b>	<b>Rechtliche Aspekte</b>	<b>62</b>
5.1	Verfassungsmässigkeit	62
5.1.1	Gesetzgebungskompetenz	62
5.1.2	Grundrechtskonformität	62
5.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	63
	<b>Verwendete Literatur</b>	<b>64</b>
	<b>Materialien</b>	<b>66</b>
	<b>Titel Rechtstext (Entwurf)</b>	<b>99</b>

# 1 Grundzüge der Vorlage

## 1.1 Ausgangslage

### 1.1.1 Die Schweizerische Strafprozessordnung

Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007<sup>1</sup> (StPO) ist seit dem 1. Januar 2011 in Kraft. Sie ersetzt die 26 kantonalen Strafprozessordnungen und den Bundesstrafprozess.

Bereits kurz nach Inkrafttreten der StPO wurden im Zuge der Anwendung der neuen Bestimmungen kritische Stimmen in der Praxis laut, die auf problematische Aspekte der neuen StPO hinwiesen. Dementsprechend wurden in den Räten schon früh parlamentarische Vorstösse eingereicht und überwiesen, die – mitunter aufgrund von einzelnen Gerichtsentscheidungen – punktuelle Änderungen der StPO verlangten. Seither folgten zahlreiche weitere Vorstösse.

Zwischen 2011–2016 wurden folgende Vorstösse im Zusammenhang mit der StPO eingereicht:

11.3911 Mo. Amherd, Gefährliche Straftäter bleiben in Untersuchungshaft (angenommen); 11.3596 Mo. Geissbühler, Strafprozessrecht, Polizeigewahrsam auf 72 Stunden ausdehnen (erledigt); 11.3945 Mo. Tschümperlin, Opfer von Straftaten. Beschwerdemöglichkeit gegen Haftrichterentscheide (erledigt); 11.3873 Ip. Bugnon, Kosten infolge der neuen Strafprozessordnung (erledigt); 12.3355 Ip. Poggia, Pour une procédure pénale soucieuse des droits des lésés (erledigt); 12.3424 Mo. Feri Yvonne, Anpassung der Strafprozessordnung Art. 352 und 354 StPO (erledigt); 12.4068 Mo. Regazzi, Obblighi di denuncia e di testimonianza in caso di abusi sui bambini (erledigt); 12.4076 Po. Groupe Libéral-Radical, Introduction d'un processus judiciaire adapté à la lutte contre la petite délinquance (erledigt); 12.4077 Mo. Groupe Libéral-Radical, Définition de la détention provisoire. Abandon de l'exigence de la récidive effectivement réalisée (angenommen); 12.4086 Ip. Janiak, Technische Überwachungsmassnahmen und moderne Kommunikationsmittel (erledigt); 12.4087 Ip. Janiak, Probleme bei der Regelung der Zufallsfunde (erledigt); 12.4096 Mo. Janiak, Gegenstand der Überwachung erweitern (erledigt); 12.4117 Ip. Sommaruga Carlo, Pour une procédure pénale plus performante notamment en cas de flagrant délit (erledigt); 12.440 Pa.Iv. Amaudruz, Übernahme der Verfahrenskosten und Beteiligung an den Haftkosten durch Personen, die in der Schweiz keine Steuern zahlen (erledigt); 12.463 Pa.Iv. Poggia, Privatklägerschaft im Strafprozess, Schliessung einer Gesetzeslücke (Folge gegeben); 12.465 Pa.Iv. Poggia, Strafverfahren, Entlastung des Zwangsmassnahmengerichtes (erledigt); 12.492 Pa.Iv. Poggia, Zulassung zum Bundesgericht, Beseitigung der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Opfern (Folge gegeben); 12.494 Pa.Iv. Jositsch, Stärkung unmittelbarer Beweisabnahme im Strafprozess (erledigt); 12.495 Pa.Iv. Jositsch, Untersuchungshaft bei qualifizierter Wiederholungsgefahr (Folge gegeben); 12.497 Pa.Iv. Jositsch, Beschwerdeberechtigung bei Haftentscheiden (Folge gegeben); 12.498 Pa.Iv. Sommaruga Carlo, Strafuntersuchungen gegen Personen, die selbst Mitglied einer Strafverfolgungsbehörde sind, Gewährleistung der Unabhängigkeit (erledigt); 13.3037

<sup>1</sup> SR 312.0

Mo. Ribaux, Procédure pénale des enquêtes plus pertinentes et une poursuite plus efficace (erledigt); 13.3210 Mo. Joder, Untersuchungs- und Sicherheitshaft auch bei Drohungen (erledigt); 13.3295 Ip. Fluri, Lückenhafter Art. 269 Abs. 2 StPO (erledigt); 13.3428 Po. Chopard-Acklin Max, Internetfandung, Schweizweit Rechtssicherheit für die Polizei und die Bürger schaffen (erledigt); 13.3447 Mo. Ribaux, Pas de SMS ni de tweets depuis les salles d'audiences des tribunaux (erledigt); 13.3587 Mo. Glanzmann, Internetfahndung vereinfachen (erledigt); 13.3671 Mo. Geissbühler, Schweizerisches Strafprozessrecht, Polizeigewahrsam auf 72 Stunden ausdehnen (erledigt); 13.3897 Mo. Glanzmann, 72 Stunden Polizeigewahrsam (erledigt); 13.427 Pa.Iv. Schneider Schüttel, StPO, Vereinfachung des Abwesenheitsverfahrens (erledigt); 13.4296 Mo. Amherd, Vereinheitlichung des Verfahrensrechtes bei der Vollstreckung der Strafurteile (erledigt); 13.466 Pa.Iv. RK-N, Verrechnung der Gerichtskosten mit den Genugtuungsansprüchen aufgrund rechtswidriger Zwangsmassnahmen (behandelt vom Nationalrat); 14.3383 Mo. RK-S, Anpassung der Strafprozessordnung (angenommen); 14.4218 Ip. Fraktion BDP, Kantonale Unterschiede bei Strafverfahren wegen Kinderpornographie (erledigt); 14.462 Pa.Iv. Reimann Lukas, StPO, Teilnahmerechte, Aufklärung und Wahrheitsfindung nicht behindern (erledigt); 15.3039 Po. Portmann Hans-Peter, Schutz bei Falschanschuldigungen (erledigt); 15.3055 Mo. Kuprecht, Dringender Handlungsbedarf der Teilnahmerechte bei Strafprozessen (erledigt); 15.324 Kt.Iv. BL, Dringliche Nachbesserungen der Schweizerischen StPO (behandelt vom Ständerat); 15.3447 Po. Groupe Libéral-Radical, Welche Massnahmen zur Beschleunigung der Strafverfahren wurden umgesetzt? (angenommen); 15.3502 Po. RK-N, Recht auf Teilnahme am Beweisverfahren, Überprüfung bei der Anpassung der Strafprozessordnung (angenommen); 15.3933 Mo. Geissbühler, Zwingende Probenahme und DNA-Analyse bei schweren Delikten (erledigt); 15.4000 Mo. Amherd, Eine Sistierung des Verfahrens wegen häuslicher Gewalt darf nur bei Ersttätern möglich sein (erledigt); 16.3447 Ip. Addor, Une procédure de comparution immédiate en Suisse (erledigt); 16.3735 Mo. Janiak, Einführung einer Kronzeugenregelung (erledigt); 16.3747 Mo. Geissbühler, Wechsel der amtlichen Verteidigung einschränken (im Rat noch nicht behandelt); 16.4080 Mo. Schwaab, Faciliter l'accès des autorités de poursuite pénale aux données des réseaux sociaux (im Rat noch nicht behandelt); 16.4082 Mo. Levrat, Faciliter l'accès des autorités de poursuite pénale aux données des réseaux sociaux (im Rat noch nicht behandelt).

### **1.1.2 Motion Kommission für Rechtsfragen des Ständerates «Anpassung der Strafprozessordnung»**

Um zu verhindern, dass ständig neue Vorstösse zu einzelnen Punkten eingereicht werden, und um stattdessen eine Gesamtüberprüfung und Gesamtrevision der StPO zu ermöglichen, haben sich die eidgenössischen Räte mit Überweisung der Motion 14.3383 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (Anpassung der Strafprozessordnung) am 22. September 2014 und am 11. März 2015 dafür entschieden, die allfälligen Revisionen der StPO nicht einzeln, sondern im Rahmen einer Gesamtschau anzugehen. Der Bundesrat wurde damit beauftragt, nach einer Prüfung der Praxistauglichkeit, dem Parlament bis Ende 2018 eine entsprechende Vorlage mit den erforderlichen Gesetzesanpassungen zu unterbreiten.

## 1.2 Die Ermittlung der Praxistauglichkeit der StPO

Die Motion verlangt keine wissenschaftliche Evaluation der geltenden Regelungen, sondern die Prüfung, inwieweit sich die StPO in der Praxis bewährt. Zur Klärung dieser Frage hat das Bundesamt für Justiz (BJ) eine Arbeitsgruppe mit rund 30 Personen gebildet.<sup>2</sup> Neben Vertreterinnen und Vertretern aus der Praxis (Polizei, Staatsanwaltschaft, Anwaltschaft, Gerichte aller Instanzen, Zwangsmassnahmengerrichte, Vollzug und Jugendanwaltschaft) waren auch Personen aus der Wissenschaft Mitglieder der Arbeitsgruppe. Die Mitglieder wurden aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit in die Arbeitsgruppe eingeladen, und nicht aufgrund der Tatsache, dass sie (auch) einer fachlichen oder politischen Organisation oder einer bestimmten Institution angehören.

Das BJ wollte im Rahmen einer Diskussion mit der Arbeitsgruppe in erster Linie Erkenntnisse darüber erlangen, welche Regelungen der StPO in der Praxis Schwierigkeiten bereiten oder als untauglich oder nicht sinnvoll erachtet werden. Anlässlich von vier ganztägigen Sitzungen der Arbeitsgruppe liess sich diese Frage klären. Darüber hinaus boten die Sitzungen auch Gelegenheit, in der Arbeitsgruppe mögliche Lösungen für festgestellte Unzulänglichkeiten zu besprechen und zu skizzieren.

In einem Bereich erfolgte hingegen eine wissenschaftliche Evaluation. Die vom BJ in Auftrag gegebene Evaluation des Opferhilfegesetzes vom 23. März 2007<sup>3</sup> (OHG) untersucht in einem Modul, inwieweit sich die Einführung der StPO auf die Situation der Opfer auswirkt. Im Rahmen dieser Evaluation wurden verschiedene Gruppen Interessierter (Polizei, Staatsanwaltschaft, Strafgerichte, Opferberatungsstellen, Opferanwältinnen und -anwälte, Strafverteidigerinnen und -verteidiger) schriftlich und in Interviews befragt. Der Schlussbericht der Universität Bern, Institut für Strafrecht und Kriminologie (ISK)<sup>4</sup>, enthält sechs Empfehlungen zu Gesetzesänderungen, durch welche die Position von Opfern in Strafverfahren verbessert werden könnte. Der Bundesrat hat am 23. November 2016 entsprechende Aufträge erteilt.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Beeler Ruedi, Präsident des Zwangsmassnahmengerrichts des Kt. SZ; Cottier Eric, Generalstaatsanwalt des Kt. VD; Fingerhuth Thomas, Rechtsanwalt, Zürich; Forster Marc, wissenschaftlicher Berater am Bundesgericht, Professor Universität St. Gallen; Gafner Julien, Rechtsanwalt Lausanne; Garré Roy, Bundesstrafrichter, Bellinzona; Gless Sabine, Professorin Universität Basel; Godenzi Gunhild, Rechtsanwältin, Privatdozentin Universität Zürich; Guidon Patrick, Kantonsrichter, St. Gallen; Gut Beat, Oberrichter, Zürich; Hansjakob Thomas, Erster Staatsanwalt des Kt. SG; Jeanneret Yvan, Rechtsanwalt, Genf und Professor Universitäten Genf und Neuenburg; Jeker Konrad, Rechtsanwalt, Solothurn; Keel Joe, Leiter des Amtes für Justizvollzug des Kt. SG; Kerner Roland, Staatsanwalt, Bern; Maeder Walter, Staatsanwalt des Bundes, Bundesanwaltschaft; Mazzuchelli Goran, Rechtsanwalt, Lugano und Lehrbeauftragter Universität Como; Medici Reto, Jugendrichter Kt. TI; Melliger Hans, Leitender Staatsanwalt, Jugendanwaltschaft Kt. AG; Meuli Peter, Präsident Zwangsmassnahmengerricht Luzern; Montanari Ruedi, stv. Bundesanwalt, Bundesanwaltschaft; Moreillon Laurent, Rechtsanwalt, Lausanne und Professor Universität Lausanne; Oberholzer Niklaus, Bundesrichter, Lausanne; Perler Thomas, Staatsanwalt, Bern; Perugini Antonio, stv. Generalstaatsanwalt Kt. TI; Rohner Christoph, Chef Abteilung Recht und Datenschutz, fedpol; Ruckstuhl Niklaus, Rechtsanwalt, Allschwil und Professor Universität Basel; Schaer Christine, Gerichtspräsidentin Regionalgericht Bern-Mittelland; Schläppi Sarah, Rechtsanwältin, Bern; Sträuli Bernhard, Professor Universität Genf; Thormann Olivier, Leitender Staatsanwalt, Bundesanwaltschaft; Zuber Thomas, Kommandant Kantonspolizei Solothurn.

<sup>3</sup> SR 312.5

<sup>4</sup> Schlussbericht 2015.

<sup>5</sup> Medienmitteilung 2016.

## 1.3 Die beantragte Neuregelung

### 1.3.1 Einleitung

Aus den Sitzungen der Arbeitsgruppe, Eingaben weiterer interessierter Kreise und eigenen Erkenntnissen des BJ aus Literatur, Rechtsprechung und direkten Kontakten ergab sich eine Liste von rund 130 Punkten, bei denen die Notwendigkeit von Änderungen zu prüfen war.

Die Revisionsanliegen waren von unterschiedlichster Bedeutung: Das Spektrum reicht von bloss redaktionellen Anpassungen bis hin zu Änderungen, die zu Gewichtverschiebungen im System des Strafverfahrens führen können (z. B. die Regelung der Teilnahmerechte der Parteien, Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts).

Neben Änderungen in der StPO hat sich aus den Sitzungen der Arbeitsgruppe auch ein gewisser Revisionsbedarf bei der Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009<sup>6</sup> (JStPO) sowie im Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003<sup>7</sup> (JStG) ergeben.

Entsprechend dem Anliegen der Motion der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, die Praxistauglichkeit der StPO zu prüfen und zu verbessern, wird nicht allen der rund 130 vorgebrachten Revisionspunkten Rechnung getragen. Vielmehr soll die StPO nur in denjenigen Bereichen revidiert werden, wo sich in der Praxis tatsächlich Schwierigkeiten zeigen.

Nachfolgend werden die wichtigsten Änderungen kurz dargestellt. Detaillierte Ausführungen zu allen Änderungsvorschlägen finden sich in den Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln unter Ziffer 2.

### 1.3.2 Keine Ausnahmen vom Grundsatz der «doppelten Instanz»

Das Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005<sup>8</sup> (BGG) bestimmt als Regel, dass nur Urteile kantonaler oberer Instanzen an das Bundesgericht weitergezogen werden können (Art. 80 Abs. 1 BGG). Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen (vgl. z. B. Art. 75 Abs. 2 Bst. b BGG). Mit Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011 sind weitere Ausnahmen dazu gekommen (Art. 80 Abs. 2 dritter Satz BGG). Dies betrifft beispielsweise Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts oder des urteilenden Gerichts über die Entsigelung, die stationäre Begutachtung oder die Zusicherung der Anonymität einer geschützten Person.

Diese in der StPO vorgesehenen Ausnahmen belasten das Bundesgericht zusätzlich und übertragen diesem Aufgaben einer ersten Rechtsmittelinstanz. Dies widerspricht der primären Aufgabe des Bundesgerichts als höchstes Gericht, letztinstanzlich Rechtsfragen zu beantworten und die einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten.<sup>9</sup>

Aus diesem Grund soll die StPO keine Ausnahmen von diesem Grundsatz mehr enthalten. Um dieses Anliegen umzusetzen sind Anpassungen in den Artikeln 40 Absatz 1, 59 Absatz 1, 150 Absatz 2 zweiter Satz, 186 Absatz 2 zweiter Satz und

<sup>6</sup> SR 312.1

<sup>7</sup> SR 311.1

<sup>8</sup> SR 173.110

<sup>9</sup> Erläuternder Bericht 2015, Ziff. 2.4.

Absatz 3, 222 Absatz 2, 248, 393 Absatz 1 Buchstabe c und 440 Absatz 3 StPO nötig.

### **1.3.3 Ausweitung der Aufzeichnung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln**

Das geltende Recht beruht auf dem Grundsatz, dass Einvernahmen sinngemäss protokolliert und das Protokoll während der Einvernahme laufend erstellt wird. Eine im Jahre 2013 in Kraft getretene Änderung von Artikel 78 erlaubt es zwar im Falle einer Aufzeichnung der Einvernahme, darauf zu verzichten, der einvernommenen Person das Protokoll vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und von ihr unterschreiben zu lassen. Allerdings beschränkt sich diese Möglichkeit auf das Hauptverfahren und entbindet nicht von der laufenden Protokollierung während der Einvernahme.

Diese heutige Regelung erscheint zum einen aufgrund der technischen Möglichkeiten zu restriktiv (so gibt es Programme, welche das gesprochene Wort gleichzeitig aufzeichnen und in Schriftform überführen); zum andern verhindert sie, die optimale Nutzung der Vorteile einer Aufzeichnung von Einvernahmen, u.a. indem sie sich auf die Hauptverhandlung beschränkt.

Deshalb wird vorgeschlagen, die Verpflichtung zur laufenden Protokollierung während der aufgezeichneten Einvernahme aufzuheben: Wird eine Einvernahme aufgezeichnet, so kann ein Protokoll auch nachträglich erstellt werden. Dieses hat bloss sinngemäss zu sein; eine wörtliche Transkription der Aufzeichnung ist also nicht gefordert. Diese Regelung soll neu auch im Vorverfahren gelten. Es wäre denkbar, diese neue Regelung zumindest in zweierlei Hinsicht auszuweiten: Zum einen liesse sich nicht nur die bloss Möglichkeit der Aufzeichnung, sondern ein Obligatorium festlegen. Zum andern liesse sich auf eine nachträgliche Überführung des Aufgezeichneten in Schriftform ganz verzichten, so dass ausschliesslich die Aufzeichnungen Teil der Akten bildeten.

Für die Statuierung eines Obligatoriums (wie es in anderen Ländern gilt) würde sprechen, dass damit schweizweit eine einheitliche Praxis der Aufzeichnung von Einvernahmen herrschen würde. Allerdings hätte eine derartige Verpflichtung für die Kantone Kostenfolgen, müssten sie doch für die Beschaffung der für die Aufzeichnungen nötigen Infrastruktur sorgen. Zudem könnte ein ausnahmsloses Obligatorium insofern über das Ziel hinausschiessen, als sich in einfachen, kleinen Fällen die heutige Regelung mit der laufenden, sinngemässen Protokollierung ohne Aufzeichnung durchaus als angemessen erweisen kann.

Auf den ersten Blick zu einer Kostenminderung für die Kantone würde es dagegen führen, wenn auf eine schriftliche Fassung der Einvernahme ganz verzichtet und einzig die Aufzeichnungen zu den Akten genommen würden. Der Wegfall der Pflicht zur Überführung in Schriftform dürfte allerdings nur scheinbar weniger Aufwand (und damit Kosten) verursachen. Denn statt des Studiums der Akten müssten die Mitglieder des urteilenden Gerichts, das Zwangsmassnahmengericht, die Verteidigung und die Vertreter der andern Parteien mit grossem Zeitaufwand Aufzeichnungen abhören und sich dazu persönliche Notizen machen. Insgesamt könnten diese Aufwendungen durchaus zu höheren Kosten führen als sie sich durch den Verzicht auf Verschriftlichung der Aufzeichnungen einsparen lassen.

### **1.3.4 Vorverschiebung des Zeitpunktes zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage**

Aus den Diskussionen in der Arbeitsgruppe hat sich eine Problematik ergeben, mit der sich vor allem die erstinstanzlichen Gerichte und die Verteidigung häufig konfrontiert sehen: Die heutige Regelung erlaubt es der Privatklägerschaft, ihre Zivilansprüche erst in einem späten Stadium des Verfahrens zu beziffern und zu begründen, nämlich im Parteivortrag in der Hauptverhandlung (Art. 123 Abs. 2). Dies führt dazu, dass sich das Gericht und die Verteidigung erst in der Hauptverhandlung mit u.U. umfangreichen Dokumenten konfrontiert sehen, welche die geltend gemachten Zivilansprüche belegen sollen. Namentlich für die Verteidigung ist es in solchen Situationen oftmals unmöglich, sich mit den Ansprüchen und den Belegen mit der erforderlichen Sorgfalt auseinanderzusetzen und sie zu prüfen. Als einziges bleibt die pauschale Bestreitung der geltend gemachten Ansprüche. Das urteilende Gericht befindet sich in der gleichen Situation und kann die Zivilklage höchstens dem Grundsatz nach beurteilen und muss sie im Übrigen auf den Zivilweg verweisen. Ein solches Vorgehen liegt weder im Interesse der Parteien, welche sich erneut einem Gerichtsverfahren zu stellen haben, noch in jenem der Prozessökonomie.

Deshalb wird vorgeschlagen, dass die Privatklägerschaft ihre Zivilforderung spätestens mit Abschluss der Untersuchung zu beziffern und zu begründen hat. Dies ermöglicht es dem urteilenden Gericht auch, die in der Hauptverhandlung für die Behandlung der Zivilklage erforderliche Beweissmassnahmen rechtzeitig anzuordnen.

### **1.3.5 Bestellung der amtlichen Verteidigung**

Nach dem geltenden Recht (Art. 133) bestimmt die Verfahrensleitung, welche Anwältin oder welcher Anwalt als amtliche Verteidigung eingesetzt wird. Dabei hat die Verfahrensleitung nach Möglichkeit auf die Wünsche der beschuldigten Person Rücksicht zu nehmen. Eine amtliche Verteidigung wird in der Mehrzahl der Fälle im Stadium des Vorverfahrens, also von der verfahrensleitenden Staatsanwaltschaft, eingesetzt. Da sich die Staatsanwaltschaft und die beschuldigte Person im späteren Hauptverfahren als Parteien gegenüberstehen (vgl. Art. 104 Abs. 1), erhebt sich gegenüber der geltenden Regelung die Kritik, sie ermögliche es der Staatsanwaltschaft die anwaltliche Vertretung ihrer Gegenpartei selber zu bestimmen. Einzelne Kantone haben Vorschriften erlassen, die dieser Kritik entgegenzutreten sollen. Bekannt sind anonymisierte Listen mit Pikett-Verteidigerinnen und -Verteidigern oder die Zuweisung der Aufgabe, die amtliche Verteidigung zu bestimmen, an eine von der verfahrensführenden Staatsanwaltschaft unabhängigen Stelle der Staatsanwaltschaft. Bei den Kantonen besteht also durchaus eine Sensibilität für die Thematik, allerdings hat die heutige Situation den Nachteil, dass nicht in allen Kantonen die gleichen Garantien bestehen und dass fraglich ist, inwieweit gewisse dieser Lösungen im Einklang stehen mit der StPO.

Deshalb schlägt der Bundesrat eine Änderung des geltenden Rechts vor, so dass nicht mehr die Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung auswählt, sondern eine von ihr unabhängige Stelle. Diese kann eine Behörde sein oder auch eine «private» Stelle, wie z.B. ein Anwaltsverband. Genauer gesagt trifft diese Stelle die Auswahl der Verteidigung, wobei sie die Wünsche der beschuldigten Person nach Möglich-

keit berücksichtigt, aber auch allfällige Besonderheiten im Verfahren (z.B. Sprache der beschuldigten Person, Verfahrensgegenstand) in ihre Entscheidung einbezieht. Die eigentliche Einsetzung der so ausgewählten Verteidigung erfolgt wie heute durch die Verfahrensleitung.

### 1.3.6 Teilnahmerechte

Die Regelung der Teilnahmerechte ist der wohl am häufigsten kritisierte Punkt des geltenden Rechts. Denn dieses gibt den Parteien das Recht, an allen Beweiserhebungen teilzunehmen, insbesondere auch an Einvernahmen von Zeugen und im gleichen Verfahren mitbeschuldigten Personen (Art. 147). Gerade die Teilnahme an deren Einvernahmen führt in der Praxis zu Problemen, indem die an der Einvernahme teilnehmende mitbeschuldigte Person von Aussagen der anderen, einvernommenen mitbeschuldigten Person Kenntnis erhält, u.U. bevor sie selber zum fraglichen Sachverhalt befragt wurde. Dadurch kann die teilnehmende Person ihre späteren Aussagen auf jene der bereits einvernommenen abstimmen. Ausserdem privilegiert das Teilnahmerecht jene beschuldigte Person, die zuerst einvernommen wird. Denn nur sie kann ein spontanes Geständnis ablegen und bei der Strafzumessung vom sogenannten Geständnisrabatt profitieren. Dagegen wird sich die später einvernommene Person dem Einwand ausgesetzt sehen, sie habe ihr Geständnis bloss deshalb abgelegt, weil sie durch die Teilnahme an der Einvernahme vom Geständnis der früher einvernommenen Person Kenntnis erhalten habe.

Die Praxis behilft sich teilweise damit, dass sie ein Verfahren gegen mehrere Mitbeschuldigte auftrennt und damit den mitbeschuldigten Personen die Parteistellung und damit das Teilnahmerecht an Beweiserhebungen im Verfahren gegen die andere mitbeschuldigten Personen entzieht. Ein solches Vorgehen erscheint vor dem Grundsatz der Verfahrenseinheit bei Mittäterschaft oder Teilnahme (Art. 29) allerdings problematisch. Auch die andere, mitunter praktizierte Vorgehensweise, die Reihenfolge der Einvernahmen nach den mutmasslichen Kenntnissen der einzuvernehmenden Personen zum fraglichen Sachverhalt festzulegen, bietet keine befriedigende Lösung. Denn vor der Einvernahme ist logischerweise nicht bekannt, was die einzuvernehmende Person weiss und sagen wird.

Deshalb bedarf es der gesetzlichen Einschränkung des Teilnahmerechts, die jedoch massvoll sein soll. Der mitunter erhobenen Forderung, das Teilnahmerecht auf das von der EMRK verlangte Minimum zu beschränken, wird somit eine Absage erteilt. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ist dem Anspruch der beschuldigten Person, Belastungszeugen (worunter auch Mitbeschuldigte gehören) zu konfrontieren (Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK) Genüge getan, wenn die beschuldigte Person *oder* ihre Verteidigung im Laufe des Verfahrens einmal eine angemessene und geeignete Gelegenheit erhalten hat, von ihrem Konfrontationsrecht Gebrauch zu machen.

Eine Beschränkung auf das EMRK-Minimum würde der aufgrund der Struktur der StPO besonderen Bedeutung der Teilnahmerechte nicht gerecht: Wie auch das Bundesgericht festgehalten hat, bilden die gegenüber der früheren Rechtslage gestärkten Partei- und Teilnahmerechte einen «vom Gesetzgeber angestrebten Ausgleich zu der in der neuen StPO (ebenfalls bewusst) ausgebauten starken Stellung

der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren»<sup>10</sup>. Dieses durch den Gesetzgeber angestrebte Gleichgewicht zwischen den Parteien ist zu wahren. Überdies tragen ausgebaute Teilnahmerechte dem Umstand Rechnung, dass im Hauptverfahren bloss eingeschränkte Unmittelbarkeit herrscht (vgl. Art. 343 Abs. 3), die nochmalige Erhebung von im Vorverfahren bereits erhobener Beweise also eingeschränkt ist. Gerade auch deshalb ist auf eine übermässige Beschränkung der Teilnahmerechte – etwa auf das von der EMRK geforderte Minimum – zu verzichten. Eine solche wäre mit dem Grundkonzept, das hinter der StPO steht, nicht vereinbar.

Nach der vorgeschlagenen neuen Regelung können die Teilnahmerechte deshalb eingeschränkt werden, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen der einvernommenen Person (insbesondere eine mitbeschuldigte Person, aber auch ein Zeuge oder eine Zeugin) anpassen würde. Diese Befürchtung besteht insbesondere, solange sie selber zum fraglichen Sachverhalt noch nicht befragt wurde. Somit sind die Anforderungen an den Nachweis, dass die noch nicht einvernommene Person ihre Aussagen an jene der einzuvernehmenden anpasst, nicht zu streng.

### **1.3.7 Präzisierung der Voraussetzungen für den Haftgrund der Wiederholungsgefahr**

Nach dem geltenden Recht setzen Untersuchungs- und Sicherheitshaft wegen Wiederholungsgefahr neben einer erheblichen Gefährdung der Sicherheit anderer durch schwere Verbrechen oder Vergehen voraus, dass die beschuldigte Person früher bereits «gleichartige Straftaten» verübt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes muss das Erfordernis der früheren Begehung von Straftaten dagegen nicht immer erfüllt sein.

Die vorgeschlagene Änderung will den Wortlaut der Bestimmung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtes annähern, jedoch ohne auf das Erfordernis der Begehung einer Vortat ganz zu verzichten. Vielmehr soll nicht mehr die frühere Begehung mehrerer gleichartiger Straftaten vorausgesetzt werden, sondern es soll die frühere Begehung einer einzigen und zudem nicht unbedingt gleichartigen Tat genügen. Das geht in die Richtung des früheren zürcherischen Rechts und der Forderung der parlamentarischen Initiative Jositsch<sup>11</sup>. Damit lockern sich die Voraussetzungen für die Haft wegen Wiederholungsgefahr, diese wird dennoch nicht zu einer rein sicherheitspolizeilichen oder präventiven Haft.

### **1.3.8 Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts**

Da es – wie oben in Ziffer 1.3.2 erwähnt – keine Ausnahmen mehr vom *Grundsatz der doppelten Instanz* mehr geben soll, sollen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts nicht nur von der beschuldigten Person, sondern auch von der Staatsanwaltschaft angefochten werden können.

<sup>10</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.3.

<sup>11</sup> Parlamentarische Initiative 12.495 (Jositsch, Untersuchungshaft bei qualifizierter Wiederholungsgefahr).

Damit wird auch die *Rechtsprechung des Bundesgerichts* in die StPO überführt. Dieses hatte bereits kurz nach Inkrafttreten der StPO in einem Grundsatzentscheid festgehalten, dass das Recht, Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts über die Untersuchungs- und Sicherheitshaft mit Beschwerde anzufechten, nicht nur der beschuldigten Person, sondern auch der Staatsanwaltschaft zustehe; dies entgegen dem Wortlaut der StPO.<sup>12</sup>

Für die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts soll jedoch nicht das ordentliche, sondern ein beschleunigtes Beschwerdeverfahren gelten. Dies um insbesondere den Fristvorgaben des übergeordneten Rechts sowie dem Beschleunigungsgebot (Art. 5 Abs. 2 StPO) Rechnung zu tragen (vgl. nachfolgend Ziff. 2.1.29 ff.).

### 1.3.9 Strafbefehlsverfahren

Im Bereich des Strafbefehlsverfahrens werden diverse Änderungen vorgeschlagen. Diese ergeben sich zum einen aufgrund der *Evaluation des Opferhilfegesetzes* (vgl. oben Ziff. 1.2). Im Bericht über die Evaluation des Opferhilfegesetzes wird festgestellt, dass im Strafbefehlsverfahren zur Verbesserung der Stellung des Opfers Handlungsbedarf besteht.<sup>13</sup> Gestützt auf den Bericht schlägt der Bundesrat deshalb folgende Anpassungen vor:

Da es Opfern von Straftaten für die persönliche Verarbeitung des Geschehenen oft ein Anliegen ist, dass die Straftaten von einem Gericht in einem ordentlichen Verfahren und nicht im Strafbefehlsverfahren beurteilt werden, soll der *Anwendungsbereich* des Strafbefehlsverfahrens eingeschränkt werden, wenn sich ein Opfer am Strafverfahren beteiligt und eine Strafe von einer bestimmten Höhe in Betracht kommt (vgl. nachfolgend Ziff. 2.1.48).

Des Weiteren soll es der Staatsanwaltschaft künftig möglich sein, gewisse *Zivilforderungen im Strafbefehl beurteilen* zu können, so wie dies im Jugendstrafprozess bereits der Fall ist (vgl. nachfolgend Ziff. 2.1.50).

Folgende Änderungen ergeben sich zum anderen aufgrund von *Kritik* aus der *Praxis und Lehre* oder der *Rechtsprechung des Bundesgerichts*:

Aus rechtsstaatlichen Gründen soll die Staatsanwaltschaft ab einer gewissen Strafgenze verpflichtet werden, die beschuldigte Person vor Erlass eines Strafbefehls *zwingend einzuvernehmen* (vgl. nachfolgend Ziff. 2.1.49).

Die *Rückzugsfiktion* bei Nichterscheinen der einsprechenden Person zur Einvernahme respektive zur Hauptverhandlung soll gestrichen werden; dies um die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im Vergleich zu einer beschuldigten Person zu vermeiden, die in einem ordentlichen Verfahren fernbleibt und Anspruch hat auf eine gerichtliche Beurteilung; gegebenenfalls in einem Abwesenheitsverfahren (vgl. nachfolgend Ziff. 2.1.52 f.).

Schliesslich soll die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur *Einsprachelegitimation der Privatklägerschaft* ins Gesetz überführt werden. Das Bundesgericht räumt der Privatklägerschaft die Einsprachelegitimation ein, wenn sie in einer analogen Situa-

<sup>12</sup> BGE 137 IV 22

<sup>13</sup> Schlussbericht 2015, S. 47.

tion gemäss Artikel 382 Absatz 1 StPO legitimiert wäre, ein Rechtsmittel zu ergreifen (Art. 354 Abs. 1 Bst. b<sup>bis</sup> und Abs. 1<sup>ter</sup> VE-StPO, vgl. nachfolgend Ziff. 2.1.51).

### **1.3.10 Sicherheitshaft im Zusammenhang mit dem Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden**

In der geltenden StPO ist die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft im Zusammenhang mit einem Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden nicht explizit geregelt. Nach der *Rechtsprechung des Bundesgerichts* ist diese zulässig; dies in analoger Anwendung der Bestimmungen zur Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 229–233 i.V.m. 221 und 220 Abs. 2 StPO).<sup>14</sup>

Aus rechtstaatlichen Gründen soll jedoch eine explizite Regelung – ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichts – in der StPO geschaffen werden (Art. 365b VE-StPO, vgl. nachfolgend Ziff. 2.1.56).

Im Jahre 2010 wurde die Motion 09.3443 (Sommaruga Carlo, Rückversetzung von verurteilten Personen) an den Bundesrat überwiesen. Er wurde im Wesentlichen damit beauftragt zu prüfen, ob im Hinblick auf die Rückversetzung von verurteilten Personen in den Straf- und Massnahmenvollzug, die StPO dahingehend geändert werden soll, dass in dringenden Fällen – und insbesondere zum Schutz der Öffentlichkeit – die Administrativbehörden einen provisorischen Entscheid betreffend Rückversetzungsmassnahmen (Haft) fällen können.

Der Bundesrat schlägt in Umsetzung dieser Motion eine Regelung vor, wonach die für die Einleitung des Verfahrens auf Erlass eines nachträglichen gerichtlichen Entscheides zuständige Behörde – unter den weitestgehend gleichen Voraussetzungen wie das für den Entscheid zuständige Gericht – vollzugsrechtliche Sicherheitshaft anordnen können soll (vgl. nachfolgend Ziff. 2.1.55).

## **1.4 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung**

Die vorgeschlagenen Änderungen beschränken sich auf jene Bereiche, bei denen das geltende Recht in der Anwendung zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen führt. Hingegen wird darauf verzichtet, Regelungen oder Institute zu ändern oder abzuschaffen, die zwar in der Kritik stehen (beispielsweise das abgekürzte Verfahren), sich in der täglichen Strafrechtspraxis jedoch bewähren. Somit wird auch die Grundstruktur der StPO beibehalten und bewusst getroffene frühere Entscheide des Gesetzgebers werden nicht zur Disposition gestellt.

<sup>14</sup> BGE 137 IV 333 E. 2; Urteile des Bundesgerichts vom 27. Jan. 2012 1B\_6/2012; 3. Mai 2013 1B\_146/2013; 11. Nov. 2016 1B\_371/2016.

## **2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln**

### **2.1 Strafprozessordnung**

#### **2.1.1 Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe b**

Das geltende Recht schliesst eine Beurteilung durch ein Einzelgericht aus, sobald die Staatsanwaltschaft eine Behandlung nach Artikel 59 Absatz 3 StGB, also eine stationäre therapeutische Massnahme in einer geschlossenen Einrichtung, beantragt.

Diese Regelung lässt unberücksichtigt, dass die Staatsanwaltschaft in der Praxis nicht eine Behandlung nach Absatz 3 von Artikel 59 StGB beantragt, sondern generell eine stationäre Behandlung nach Artikel 59 StGB. Gibt das Gericht diesem Antrag statt, so obliegt es später der Vollzugsbehörde festzulegen, ob die Behandlung nach Artikel 59 Absatz 2 StGB in einer psychiatrischen Einrichtung oder einer Massnahmenvollzugseinrichtung oder nach Absatz 3 in einer geschlossenen Einrichtung zu erfolgen hat.

Damit erweist sich das Kriterium der Behandlung nach Artikel 59 Absatz 3 StGB für die Festlegung der Kompetenz eines Einzelgerichts als nicht tauglich. Deshalb ist die einzelrichterliche Kompetenz immer dann auszuschliessen, wenn eine Behandlung nach Artikel 59 StGB beantragt wird. Einer solchen Massnahme wohnt die Möglichkeit inne, dass sie in einer geschlossenen Einrichtung vollzogen wird, so dass angesichts der Eingriffsschwere die Anordnung durch ein Kollegialgericht sachlich richtig ist.

Die gleiche Problematik ergibt sich bei Artikel 82 Absatz 1 Buchstabe b: Der Verzicht auf eine schriftliche Begründung des erstinstanzlichen Urteils ist dann auszuschliessen, wenn eine Behandlung nach Artikel 59 StGB angeordnet wird.

#### **2.1.2 Artikel 40 Absatz 1**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>15</sup> können selbstständig eröffnete Zwischenentscheide der Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft über die innerkantonale Zuständigkeit direkt beim Bundesgericht angefochten werden.

Diese Möglichkeit steht im Widerspruch zum Grundsatz der doppelten Instanz («double instance»), wie ihn das Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005<sup>16</sup> (BGG) für das Strafrecht in Artikel 80 Absatz 2 festlegt. Ausnahmen von diesem Grundsatz belasten das Bundesgericht zusätzlich und übertragen diesem Aufgaben einer ersten Rechtsmittelinstanz. Dies widerspricht der primären Aufgabe des Bundesgerichts als höchstes Gericht, letztinstanzlich Rechtsfragen zu beantworten und die einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten<sup>17</sup>.

Indem die Entscheide der Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft in Artikel 40 Absatz 1 nicht mehr als «endgültig» bezeichnet werden, unterliegen sie der Beschwerde nach Artikel 393 StPO.

<sup>15</sup> BGE 138 IV 214.

<sup>16</sup> SR 173.110.

<sup>17</sup> Erläuternder Bericht 2015, Ziff. 2.4.

### **2.1.3 Artikel 55 (Sachüberschrift) und Artikel 55a**

In der Praxis der internationalen Rechtshilfe ergeben sich bei den folgenden zwei Konstellationen nicht selten Schwierigkeiten:

- Ersucht die Schweiz einen ausländischen Staat um die rechtshilfeweise Durchführung einer Massnahme, die nach schweizerischem Recht der Anordnung oder Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts bedarf, erklären sich einzelne Zwangsmassnahmengerichte für unzuständig. Dies mit der Begründung, die Massnahme sei im Ausland zu vollziehen, der Wirkungsbereich des Zwangsmassnahmengerichts sei dagegen auf die Schweiz begrenzt.
- Nicht wenige Staaten, vor allem solche aus dem Bereich des Common Law, verlangen für den rechtshilfeweisen Vollzug von Zwangsmassnahmen, die nach ihrem Recht von einer richterlichen Behörde angeordnet werden muss, den Entscheid eines schweizerischen Gerichts, obschon nach schweizerischem Recht die Staatsanwaltschaft alleine für die Anordnung zuständig ist. Der häufigste Fall ist die Beschlagnahme von Vermögenswerten.

Die neue Bestimmung von Artikel 55a legt fest, dass das Zwangsmassnahmengericht auch in diesen beiden Fällen zuständig ist, wobei sich die örtliche Zuständigkeit nach den allgemeinen Regeln bestimmt.

Im Zusammenhang mit Buchstabe b ist die in Artikel 30 IRSG vorgeschlagene Änderung zu beachten: Das BJ stellt zunächst das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung aufgrund der innerstaatlichen Rechtsordnung des ersuchten Staates fest. Dabei bedarf es keines entsprechenden Begehrens des ersuchten Staates im konkreten Fall, vielmehr genügt es, wenn das BJ Kenntnis davon hat, dass der ersuchte Staat eine gerichtliche Anordnung aufgrund seiner innerstaatlichen Rechtsordnung verlangt. Danach ersucht das BJ die schweizerische Strafverfolgungsbehörde, eine Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts einzuholen. Erledigt die Staatsanwaltschaft ein Ersuchen dagegen im direkten Verkehr, so muss sie die Notwendigkeit einer entsprechenden Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht selbst erkennen; das BJ kann sie höchstens im Rahmen der allgemeinen Informationspflichten darauf aufmerksam machen.

### **2.1.4 Artikel 59 Absatz 1 Einleitungssatz**

Das geltende Recht bezeichnet den Entscheid über ein Ausstundsgesuch als «endgültig». Nach Artikel 380 bedeutet dies, dass gegen den Entscheid kein Rechtsmittel der StPO zulässig ist. Als endgültig bezeichnete Entscheide unterliegen somit direkt der Beschwerde an das Bundesgericht, was nicht der Rolle des höchsten Gerichts entspricht. Zudem widerspricht dies dem Grundsatz der doppelten Instanz («double instance»), wie ihn Artikel 80 Absatz 2 BGG festlegt.

### **2.1.5 Artikel 78 und 78a**

Wird eine Einvernahme mit technischen Hilfsmitteln (Video und Ton oder Ton allein) aufgezeichnet, so ist nach geltendem Recht zwar auch dann ein sinngemäßes Protokoll zu erstellen, dieses braucht der einvernommenen Person allerdings nicht vorgelesen und zur Unterschrift oder Kenntnisnahme vorgelegt zu werden (Art. 78

Abs. 5<sup>bis</sup>). Diese Erleichterung gilt nach dem Wortlaut der Bestimmung nur für das Hauptverfahren.

Die geltende Regelung erweist sich als zu eng und zu wenig klar: Zu eng ist sie insofern, als sie die Möglichkeit auf das Hauptverfahren beschränkt. Die wesentlichen Einvernahmen finden jedoch regelmässig im Stadium der Untersuchung statt. Einer der Vorteile einer mit audiovisueller Aufzeichnung unterstützten Einvernahme besteht darin, dass der Fluss einer Einvernahme nicht durch Nachführung des Protokolls ständig unterbrochen wird. Überdies lassen sich mit audiovisuellen Aufzeichnungen auch Vorgänge nonverbaler Kommunikation erfassen, die ein reines Schriftprotokoll nur schwer darstellen kann. Deshalb soll die Möglichkeit der technischen Aufzeichnung unter gleichzeitiger Befreiung von der Pflicht fortlaufender Protokollierung nicht mehr auf das Hauptverfahren beschränkt werden, sondern für alle Verfahrensstadien gelten. Zu beachten ist jedoch, dass damit keine Pflicht zur technischen Aufzeichnung eingeführt wird<sup>18</sup>. Ein Obligatorium dürfte zum einen vor allem bei den Kantonen zu Mehraufwand führen; zum andern sind auch Fälle denkbar, in denen eine Aufzeichnung unnötig erscheint.

Zu wenig klar ist die heutige Regelung, weil nach dem Wortlaut die Pflicht zur laufenden Protokollierung (Art. 78 Abs. 1) auch dann besteht, wenn eine Einvernahme aufgezeichnet wird. Dies trägt dem Umstand zu wenig Rechnung, dass sich eine sinn gemässes Protokoll auch nach der Einvernahme gestützt auf die Aufzeichnungen erstellen lässt, ja dass sich dadurch – wie erwähnt – die Einvernahmen flüssiger gestalten lassen. Inwieweit die Praxis bereits heute in diesem Sinne vorgeht, ist nicht bekannt; jedenfalls soll sie der Wortlaut des Gesetzes daran inskünftig nicht mehr hindern.

An Stelle einer Erweiterung von Artikel 78 regelt der neue Artikel 78a die Besonderheiten der Protokollierung bei aufgezeichneten Einvernahmen. *Buchstabe a* legt nunmehr klar fest, dass die Protokollierung nicht laufend während der Einvernahme erfolgen muss, sondern nach deren Abschluss gestützt auf die Aufzeichnungen erfolgen kann. Dabei muss auch ein solches nachträglich erstelltes Protokoll kein Wortprotokoll sein; vielmehr soll es die Einvernahme sinn gemäss wiedergeben. *Buchstabe b* entspricht dem heutigen Absatz 5<sup>bis</sup> von Artikel 78, welcher aufgehoben wird.

### **2.1.6 Artikel 80 Absatz 1 zweiter Satz [betrifft nur den deutschen Text]**

Der unzutreffende Begriff der «Kollektivbehörde» wird durch jenen der «Kollegialbehörde» ersetzt, wie er sich im französischen («autorité collégiale») und im italienischen Gesetzestext («autorità collegiale») findet.

### **2.1.7 Artikel 82 Absatz 1 Buchstabe b**

Wie oben zu Artikel 19 Absatz 2 Buchstabe b dargelegt, ordnet das Gericht nicht eine stationäre Massnahme nach Artikel 59 Absatz 3 StGB an, sondern bloss eine solche nach Artikel 59. Ob die Behandlung danach nach Absatz 3 in einer geschlos-

<sup>18</sup> Eine solche postuliert hingegen: *Melunovic*, AJP 2016, S. 596 ff.

senen Einrichtung erfolgt oder nach Absatz 2 in einer psychiatrischen Einrichtung oder in einer Massnahmenvollzugseinrichtung legt die Vollzugsbehörde fest.

Somit gibt es bloss Urteile, in denen eine Behandlung nach Artikel 59 StGB ausgesprochen wird. Solche sollen immer schriftlich zu begründen sein.

### **2.1.8 Artikel 88 Absatz 4**

Kann ein Entscheid aus bestimmten Gründen nicht zugestellt werden, so ist er im Amtsblatt zu veröffentlichen und gilt mit der Veröffentlichung als zugestellt. Diese Pflicht zur Publikation gilt jedoch nicht für Strafbefehle, vielmehr gelten diese bereits ohne Veröffentlichung als zugestellt.

Die Lehre steht dieser Regelung sehr kritisch gegenüber.<sup>19</sup> In der Tat ist die Regelung aufgrund der Höhe der Strafe, die im im Strafbefehlsverfahren ausgesprochen werden kann, problematisch. So ist es beispielsweise möglich, dass die beschuldigte Person den Vollzug einer im Strafbefehl ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten antreten muss, ohne dass sie den Strafbefehl je gesehen hat oder nicht einmal hätte zur Kenntnis nehmen können.

Aufgrund dessen sollen für Strafbefehle, die nicht zugestellt werden können, die gleichen Regeln der Veröffentlichung gelten wie für Urteile oder andere Entscheide. Bezüglich der Einstellungsverfügungen soll dagegen keine Änderung gegenüber heute erfolgen.

### **2.1.9 Artikel 117 Absatz 1 Buchstabe g (neu)**

Bis zum Inkrafttreten der StPO konnten Opfer verlangen, dass ihnen Entscheide und Urteile unentgeltlich mitgeteilt werden (Art. 37 Abs. 2 aOHG). Die StPO übernahm dieses Recht nicht vollständig: Beteiligen sich Opfer als Privatkläger am Verfahren, so werden ihnen Urteile und Entscheide aufgrund ihrer Parteistellung eröffnet (Art. 84 Abs. 2 und 4). Hat ein Opfer eine Straftat angezeigt, so kann es verlangen, über die Erledigung des Verfahrens informiert zu werden (Art. 301 Abs. 2). Kein Anspruch auf Informationen über die Beendigung eines Verfahrens steht dagegen einem Opfer zu, das sich weder als Privatkläger am Verfahren beteiligt noch die Straftat zur Anzeige gebracht hat.

Der Schlussbericht zur Evaluation des OHG empfiehlt<sup>20</sup>, die Einführung einer Bestimmung, wonach dem Opfer – auch wenn es im Verfahren keine Parteistellung hat – das Urteilsdispositiv sowie jene Teile der Urteilsbegründung zugestellt werden, in denen die zu seinem Nachteil begangenen Straftaten behandelt werden.

Anders als in der Empfehlung vorgeschlagen, wird dieses Anliegen jedoch nicht in Artikel 84 umgesetzt. Dies weil Artikel 84 die Eröffnung von Urteilen regelt, es sich bei der Kenntnisgabe des Urteils und dessen Begründung gegenüber dem Opfer um eine bloss Mitteilung handelt. Deshalb ist dieses Recht in Artikel 117 zu verankern.

<sup>19</sup> *Brüschweiler* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 88 N 8; BSK StPO-*Arquint*, Art. 88 N 11; *Riklin*, StPO-Kommentar, Art. 88 N 3; *Bernasconi/Galliani/Marcellini*, CPP Commentario, Art. 88 N 6; *Moreillon/Parein-Reymond*, CPP, Art. 88 N 16, 18f.; *Daphinoff*, Strafbefehlsverfahren, S. 542.

<sup>20</sup> Schlussbericht 2015, S. 108.

### 2.1.10 Artikel 123

Nach geltendem Recht kann eine Zivilklage auch erst im Parteivortrag begründet und beziffert werden. Im Gerichtsalltag ergibt sich deshalb nicht selten die Situation, dass eine Zivilklage erst unmittelbar vor oder gar während der Hauptverhandlung beziffert und mit zahlreichen Belegen und umfangreichen Unterlagen begründet wird. Das kann sowohl die beklagte Partei als auch das urteilende Gericht vor Schwierigkeiten stellen, weil sie sich mit einer grossen Zahl von Belegen und komplexen zivilrechtlichen Fragen konfrontiert sehen, deren Prüfung einer gewissen Zeit bedarf.

Die geltende Regelung will die Geltendmachung von Zivilforderungen möglichst einfach gestalten und damit die Stellung der durch die Straftat geschädigten Person verbessern. Diese Grundidee erscheint an sich richtig, allerdings erweist es sich als problematisch, wenn der beklagten Partei, also der beschuldigten Person, kaum die Möglichkeit bleibt, auf die Zivilforderung zu reagieren, weil diese erst zu einem späten Zeitpunkt des Verfahrens substantiiert und belegt wird.

Diese Schwierigkeiten liessen sich auf zwei Arten beheben: Entweder durch Ausweitung der Gründe, aus denen eine Zivilklage auf den Zivilweg verwiesen werden darf (vgl. Art. 126), oder durch Festlegung, dass die Zivilansprüche früher als heute beziffert und begründet werden müssen.

Die erste Möglichkeit vermag nicht zu überzeugen, weil sie die Stellung der geschädigten Person schwächen würde. Die Vorverlegung der Begründung und Bezifferung der Zivilklage auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Untersuchung dagegen vermag den berechtigten Interessen der Gerichte und der Verteidigung (als beklagter Partei) gerecht zu werden, ohne der Privatklägerschaft unerfüllbare Pflichten zu auferlegen.

### 2.1.11 Artikel 125 Absatz 2 erster Satz

Es geht hier um die gleiche Problematik wie bei Artikel 59 Absatz 1: Der Entscheid der Verfahrensleitung über die Leistung einer Sicherheit soll nicht mehr als «endgültig» bezeichnet werden, so dass sich das Bundesgericht nicht als erste Instanz mit einer allfälligen Beschwerde befassen muss.

### 2.1.12 Artikel 126 Absatz 2

Gemäss geltendem Recht kann im Erwachsenenstrafprozess – anders als im Jugendstrafprozess<sup>21</sup> – im Strafbefehlsverfahren nicht über Zivilforderungen entschieden werden (Art. 353 Abs. 2). Deshalb werden diese auf den Zivilweg verwiesen.

Der Bundesrat schlägt vor, dass im Strafbefehlsverfahren unter gewissen Voraussetzungen neu über Zivilforderungen entschieden werden können soll (vgl. nachfolgend Ziff. 2.1.50). Aus diesem Grund wird *Absatz 2* dahingehend angepasst, dass die Zivilklage nur noch auf den Zivilweg verwiesen wird, wenn darüber nicht im Strafbefehlsverfahren entschieden werden kann (*Bst. a<sup>bis</sup>*).

<sup>21</sup> Vgl. Art. 32 Abs. 3 JStPO.

### 2.1.13 Artikel 130 Buchstabe d

Der Auftritt der Staatsanwaltschaft vor Gericht führt nach geltendem Recht nur dann zu einer notwendigen Verteidigung der beschuldigten Person, wenn die Verhandlung vor dem erstinstanzlichen Gericht oder dem Berufungsgericht stattfindet. Dagegen braucht die beschuldigte Person nicht verteidigt zu sein, wenn die Staatsanwaltschaft persönlich an der Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengengericht teilnimmt.

In der Lehre wird dagegen die Ansicht vertreten, bei drohenden schweren Eingriffen in Freiheitsrechte sei der beschuldigten Person von Amtes wegen eine Verteidigung beizugeben<sup>22</sup>. Das Bundesgericht hat in einem Fall die Notwendigkeit einer Verteidigung im Haftverfahren vor dem Zwangsmassnahmengengericht mit der Begründung bejaht, für die beschuldigte Person stehe wegen der Einschränkung der Freiheit so viel auf dem Spiel, dass sie sich wirksam müsse verteidigen können. Dies gelte umso mehr, wenn die Staatsanwaltschaft persönlich vor dem Zwangsmassnahmengengericht auftrete. Deshalb wies es eine Beschwerde ab, die sich gegen die Einsetzung einer amtlichen Verteidigung durch das Zwangsmassnahmengengericht gestützt auf Artikel 132 Absatz 2 richtete.<sup>23</sup>

Auch wenn es das geltende Recht in besonderen Konstellationen ermöglicht, der beschuldigten Person für das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengengericht eine amtliche Verteidigung beizuordnen, erscheint es sachgerecht, das persönliche Auftreten der Staatsanwaltschaft vor dem Zwangsmassnahmengengericht explizit als Fall einer notwendigen Verteidigung zu nennen. Denn für die betroffene Person ist die Wirkung der Freiheitsbeschränkung die gleiche, ungeachtet davon, ob sie vom Zwangsmassnahmengengericht oder von einem erstinstanzlichen Gericht angeordnet wird. Bei diesem ist nach geltendem Recht eine Verteidigung stets notwendig, wenn die Staatsanwaltschaft vor Gericht auftritt.

### 2.1.14 Artikel 131 Absatz 2 und 3

Der geltende Wortlaut von *Absatz 2* ist widersprüchlich: Er verlangt die Sicherstellung einer notwendigen Verteidigung «nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung». Eine Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft erfolgt aber immer erst nach Eröffnung der Untersuchung.

Der heutige Wortlaut dürfte daher rühren, dass der Entwurf zur StPO<sup>24</sup> noch ein Vorabklärungsverfahren kannte, das informelle Einvernahmen der Staatsanwaltschaft zuliess (Art. 309 E-StPO). Es hätte somit einen Sinn ergeben, die notwendige Verteidigung erst nach bzw. spätestens nach der ersten solchen informellen Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft sicherzustellen, aber immer vor der Eröffnung der Untersuchung. Nachdem das Vorabklärungsverfahren in den parlamentarischen Beratungen gestrichen worden war, wurde der Wortlaut des jetzigen Artikels 131 Absatz 2 nicht angepasst, was zum heutigen Widerspruch führt.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> BSK StPO-*Ruckstuhl*, Art. 130 N 13.

<sup>23</sup> Urteil 1B\_195/2011 vom 28. Juni 2011, E. 3.3.

<sup>24</sup> BBl 2006 1085.

<sup>25</sup> Näher *Bommer*, notwendige Verteidigung, S. 93, 105 ff.

Bei *Absatz 3* besteht eine Diskrepanz zwischen den deutschen und italienischen Gesetzestexten einerseits und dem französischen Gesetzestext andererseits: Gemäss jenen sind Beweiserhebungen, die vor der Einsetzung einer erkennbar notwendigen Verteidigung erfolgt sind, nur «gültig» beziehungsweise «valide», wenn die beschuldigte Person auf die Wiederholung der Beweiserhebung verzichtet. Nach dem französischen Text sind die Beweiserhebungen nur unter dieser Bedingung «exploitables», was andernorts als «verwertbar» beziehungsweise «le prove possono essere utilizzate» übersetzt wird (vgl. Art. 141).

Nach dem deutschen und dem italienischen Gesetzestext ist die rechtszeitige Einsetzung einer notwendigen Verteidigung somit eine blosser Gültigkeitsvorschrift, bei deren Verletzung erhobene Beweise dennoch verwertet werden dürfen, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich sind (Art. 141 Abs. 2). Stellt man dagegen allein auf den französischen Wortlaut ab, so dürfen die erhobenen Beweise nur dann verwertet werden, wenn die beschuldigte Person auf eine Wiederholung der Erhebung verzichtet.

Die Lehre versteht die Bestimmung mehrheitlich im Sinne des französischen Textes<sup>26</sup>, was in der Sache zutreffend ist. In der Lesart der deutschen und italienischen Fassung würde das Erfordernis des Verzichts der beschuldigten Person auf die Wiederholung der Beweiserhebung nämlich keinen Sinn ergeben: Bei schweren Straftaten könnten die vor der Beordnung einer Verteidigung erhobenen Beweise sogar dann verwertet werden, wenn die beschuldigte Person ausdrücklich eine Wiederholung der Beweiserhebung verlangen würde. Auch wäre es widersprüchlich, wenn das Gesetz gerade in bestimmten Fällen von schweren Tatvorwürfen die Verteidigung als notwendig erklärt, es aber gleichzeitig zuliesse, dass Beweise für die Aufklärung solcher Straftaten selbst dann verwertet werden dürfen, wenn die Verteidigung trotz erkennbarer Notwendigkeit nicht eingesetzt wird.

Deshalb sind der deutsche und der italienische Wortlaut an den französischen anzupassen.

### 2.1.15 Artikel 133

Nach geltendem Recht wählt die Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung aus und setzt sie ein. Gerade im Vorverfahren kann dies zum Eindruck führen, die Staatsanwaltschaft setze eine ihr möglichst genehme Verteidigung ein. Einzelne Kantone kennen Vorschriften, mit denen dieser Gefahr begegnet werden soll.

So trifft etwa im Kanton *Zürich* das bei der Oberstaatsanwaltschaft angegliederte Büro für amtliche Mandate die Auswahl der amtlichen Verteidigung. In der Regel erfolgt dies in der Reihenfolge einer alphabetisch geordneten Liste von Verteidigerinnen und Verteidigern; in dringenden Fällen greift das Büro auf die Pikett-Verteidigung zurück. In den Kantonen *Basel-Stadt* und *Basel-Landschaft* organisiert der Verein Anwaltspikett einen Pikettendienst. Der Verein führt auf einer Internet-Seite die am jeweiligen Tag eingeteilten Pikett-Verteidigerinnen und -Verteidiger auf. Dabei enthält die Liste keine Namen, sondern nur die Nummer des Mobil-

<sup>26</sup> *Lieber*; ZH-Kommentar StPO, N 8 zu Art. 131; *Riklin*, StPO-Kommentar, Art. 131 N 3; BSK StPO-Ruckstuhl, Art. 131 N 6b («Im Sinne von Art. 131 Abs. 3 unverwertbare Beweise»).

Telefons. Ähnlich verhält es sich im Kanton *St. Gallen*, allerdings mit dem Unterschied, dass die Liste nicht anonymisiert ist.

Diese Regelungen zeigen, dass in den Kantonen durchaus eine Sensibilität für das Problem besteht. Unter dem Aspekt der Vereinheitlichung des Prozessrechts erscheint es jedoch nicht befriedigend, wenn zwar einzelne Kantone Mechanismen einführen, damit die Auswahl der amtlichen Verteidigung nicht allein vom Willen der Verfahrensleitung abhängt, in anderen Kantonen dagegen schon. Abgesehen davon erscheint fraglich, wie weit die von den Kantonen geschaffenen Lösungen den Vorgaben der geltenden StPO entsprechen.

Deshalb soll das geltende Recht so geändert werden, dass nicht mehr die Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung auswählt. An sich wäre es denkbar, diese Aufgabe dem Zwangsmassnahmengericht zu übertragen. Allerdings würde dies das Verfahren um Einsetzung einer amtlichen Verteidigung verlängern, was in Haftfällen wegen der gesetzlichen Fristen zu Schwierigkeiten führen dürfte.

Der Bundesrat schlägt deshalb vor, die Auswahl und die Einsetzung der amtlichen Verteidigung zu trennen: Die Auswahl erfolgt durch eine von der Verfahrensleitung unabhängige Stelle (*Abs. 1*), und die Verfahrensleitung setzt diese ausgewählte Person dann mittels Verfügung ein (*Abs. 3*). Der Antrag um Zuordnung einer amtlichen Verteidigung geht nach wie vor bei der zuständigen Verfahrensleitung ein; diese wählt jedoch nicht selbst aus, sondern wendet sich an die für die Auswahl zuständige Stelle. Somit müssen die Kantone und der Bund eine unabhängige Stelle (Behörde oder „private“ Stelle wie z.B. ein Anwaltsverband) gemäss diesen Vorgaben schaffen, sofern sie dies nicht bereits getan haben. Das Bundesrecht muss die Möglichkeit ausdrücklich vorsehen, diese Aufgabe an Dritte zu übertragen (*Abs. 1 zweiter Satz*). Wer diese Aufgabe konkret wahrnehmen soll, ist dagegen in den entsprechenden kantonalen Organisationsgesetzen zu regeln, zumal der Bund nicht in die Organisationsautonomie der Kantone eingreifen darf. Ebenso hat der Bundesgesetzgeber die besagte «private» Stelle auf Bundesebene zu bestimmen.

Bereits der Begriff der «Auswahl» in Absatz 1 schliesst aus, dass die Verteidigung allein nach dem Zufall bestimmt wird. Eine solche Bestimmung wäre in der Tat problematisch, denn gewisse Mandate zu denken ist an solche in Wirtschaftsstrafsachen lassen sich kaum von einer Verteidigung führen, die auf dem fraglichen Gebiet nicht besondere Kenntnisse aufweist. Aber auch die Zuweisung amtlicher Mandate allein nach einer Reihenfolge könnte dazu führen, dass die beschuldigte Person nicht hinreichend verteidigt wird, weil der Verteidigung notwendige besondere Fachkenntnisse fehlen. Deshalb verpflichtet Absatz 2 alle mit der Auswahl der Verteidigung befassten Behörden oder Stellen dazu, eine für den bestimmten Fall geeignete Verteidigung auszuwählen.

#### **2.1.16 Artikel 135 Absätze 1, 3 und 4**

In den meisten Kantonen erhält eine amtliche Verteidigung sowohl im Falle des Schuldspruchs der beschuldigten Person als auch bei deren Freispruch oder bei der Einstellung des Verfahrens ein tieferes Honorar als eine private Verteidigung. Im Fall eines Schuldspruchs ist dies dadurch begründet, dass die amtliche Verteidigung - anders als die private - kein Risiko trägt, dass das Honorar uneinbringlich ist, denn Schuldner ist der Staat. Im Fall eines Freispruchs oder der Einstellung des Verfahrens hingegen greift diese Begründung nicht, denn hier trägt auch die private Vertei-

digung kein Inkassorisiko, denn die Entschädigung wird vom Staat bezahlt. Die heutige Regelung führt somit dazu, dass die amtliche Verteidigung im Falle eines Freispruchs oder der Verfahrenseinstellung schlechter gestellt ist als die private, sofern der jeweilige Kanton keine volle Entschädigung vorsieht. Um diese kantonalen Unterschiede und die Ungleichbehandlung einer amtlichen Verteidigung gegenüber einer privaten zu beseitigen, schreibt *Absatz 1* neu vor, dass die amtliche Verteidigung im Falle eines Freispruchs oder der Einstellung des Verfahrens Anspruch auf ein Honorar hat, das der Entschädigung nach Artikel 429 Absatz 1 Buchstabe a entspricht.

*Absatz 3*: Die geltende Regelung der Rechtsmittel gegen den Entscheid über die Entschädigung für die amtliche Verteidigung ist in verschiedener Hinsicht unbefriedigend: Die Regelung von *Buchstabe a* führt zu einem uneinheitlichen Rechtsmittelweg. Nach der Praxis des Bundesgerichts kann auch die Staatsanwaltschaft das Honorar der amtlichen Verteidigung anfechten, und zwar mit Berufung<sup>27</sup>. Ficht die amtliche Verteidigung das Honorar ebenfalls an, so kommt es zu einer Teilung des Rechtsmittelwegs, was zu Schwierigkeiten führen kann. Deshalb ist nunmehr vorgesehen, dass das amtliche Honorar mit dem für die Hauptsache zulässigen Rechtsmittel anzufechten ist.

Zudem kann heute gegen den Entscheid der Beschwerdeinstanz oder des Berufungsgerichts eine Kantons über die Entschädigung der amtlichen Verteidigung beim Bundesstrafgericht Beschwerde geführt werden (Bst. b). Dieser Rechtsmittelweg von einem kantonalen Strafgericht zum Bundesstrafgericht ausserhalb der Kompetenz- und Rechtshilfekonflikte ist atypisch und führt zu einem unangemessen langen Instanzenzug, soweit der Entscheid des Bundesstrafgerichts noch beim Bundesgericht angefochten werden kann. Deshalb soll für die Anfechtung von Entschädigungsentscheiden der kantonalen Beschwerde- und Berufungsinstanzen das BGG gelten. Buchstabe b ist deshalb zu streichen.

Nach dem geltenden *Absatz 4 Buchstabe b* ist die beschuldigte Person verpflichtet, der amtlichen Verteidigung die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu bezahlen, wenn sie zu den Verfahrenskosten verurteilt wird und sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

Diese Regelung basiert auf der Vorstellung, dass das Honorar der amtlichen Verteidigung immer als Bruchteil jenes Honorars festgelegt wird, das einer privaten Verteidigung im Falle eines Freispruchs zugesprochen würde. Das trifft jedoch nicht in allen Kantonen zu. Da die Statuierung des Anwaltstarifs den Kantonen obliegt (vgl. Abs. 1), können diese auch festlegen, dass die amtliche Verteidigung beispielsweise nach einem festen Stundenansatz oder unabhängig vom Verfahrensausgang entschädigt wird. In diesen Fällen lässt sich die Differenz zum vollen Honorar kaum bestimmen und Absatz 4 Buchstabe b erweist sich als nicht anwendbar. Zudem erscheint die Tatsache, dass die amtliche Verteidigung bei der beschuldigten Person unter bestimmten Voraussetzungen einen Anteil des Honorars einfordern kann, auch aus einem anderen Grund als ungereimt: Die amtliche Verteidigung begründet ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Verteidigung und Staat, der sie einsetzt. Deshalb soll Buchstabe b von Absatz 4 aufgehoben werden.

<sup>27</sup> BGE 139 IV 199 E. 5.5.

### **2.1.17 Artikel 136 Absatz 1<sup>bis</sup>**

Der Wortlaut des geltenden Rechts gewährt der Privatklägerschaft die unentgeltliche Rechtspflege ausschliesslich zur Durchsetzung ihrer Zivilansprüche. Das Bundesgericht<sup>28</sup> dagegen hat einem Opfer die unentgeltliche Rechtspflege auch zur Durchsetzung allein der Strafklage gewährt. Dem Urteil des Bundesgerichts lag der Sachverhalt zugrunde, dass eine geschädigte Person gegen drei Polizeibeamte Strafanzeige u.a. wegen Körperverletzung erstattete und sich als Privatklägerin im Strafpunkt konstituierte. Die Geltendmachung von Zivilansprüchen, und damit eine Konstituierung im Zivilpunkt, war dagegen nicht möglich, weil die geschädigte Person hinsichtlich ihres Haftungsanspruchs auf das kantonale öffentliche Recht verwiesen war. Das Bundesgericht befand, die unentgeltliche Rechtspflege sei einer geschädigten Person, die nicht adhäsionsweise zivilrechtliche Ansprüche geltend machen könne oder wolle, ausnahmsweise unmittelbar gestützt auf Artikel 29 Absatz 3 der Bundesverfassung<sup>29</sup> (Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege) zu gewähren. Andernfalls würde ihr der unmittelbar von der Verfassung garantierte Zugang zum Gerichtsverfahren bzw. die effektive Wahrung ihrer Rechte verweigert.<sup>30</sup>

Diese Rechtsprechung ist der Klarheit halber in das Gesetz zu überführen. Deshalb soll einem Opfer, das sich als Privatkläger im Strafpunkt konstituiert, bei Bedürftigkeit die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden, sofern es andernfalls seinen Strafanspruch nicht geltend machen könnte.

### **2.1.18 Artikel 141 Absatz 4**

Absatz 4 verankert nur die Fernwirkung für Beweisverwertungsverbote nach Artikel 141 Absatz 2 ausdrücklich. Nach herrschender Ansicht in der Lehre<sup>31</sup> gilt die Fernwirkung umso mehr auch für das absolute Beweisverwertungsverbot nach Absatz 1.

Um der Klarheit willen ist Absatz 4 entsprechend zu ergänzen.

### **2.1.19 Artikel 144 Absatz 2**

Die französische Fassung erfährt eine rein redaktionelle Änderung, indem der Begriff "support préservant le son et l'image" durch "support audiovisuel" ersetzt wird.

### **2.1.20 Artikel 147 Absätze 3 und 3<sup>bis</sup>**

Die Praxis führt Verfahren gegen Mittäterinnen und Mittäter sowie gegen Teilnehmer und Teilnehmerinnen mitunter getrennt, um so die als zu restriktiv und als die Wahrheitsfindung behindernd erachteten Teilnahmerechte nicht gewähren zu müssen<sup>32</sup>. Solches Vorgehen gerät in Konflikt mit der Regel, wonach Straftaten beim Vorliegen von Mittäterschaft oder Teilnahme grundsätzlich gemeinsam verfolgt und beurteilt werden (Art. 29 Abs. 1 Bst. b). Wie sich aus dem erwähnten Urteil des

<sup>28</sup> Urteil 1B\_355/2012 vom 12. Okt. 2012.

<sup>29</sup> BV; SR **101**

<sup>30</sup> Urteil 1B\_355/2012 vom 12. Okt. 2012 E. 5.1 und 5.2.

<sup>31</sup> BSK StPO-*Gless*, Art. 141 N 89 f. m.w.H.

<sup>32</sup> So etwa im Urteil 1B\_124/2016 vom 12. Aug. 2016.

Bundesgerichts ergibt, wird die mit einer Verfahrenstrennung erwirkte Verletzung der Teilnahmerechte mitunter selbst dann nicht geheilt, wenn im Nachhinein festgestellt wird, dass die Trennung der Verfahren zu Unrecht erfolgt ist<sup>33</sup>.

Weil nun im neuen Artikel 147a explizite Ausnahmen vom Teilnahmerecht statuiert werden, ist gleichzeitig sicherzustellen, dass das Teilnahmerecht in der Praxis nicht wie bis anhin auf andere Weise vereitelt wird. Andernfalls liefe die neue Ausnahmeregelung letztlich ins Leere.

Deshalb statuiert *Absatz 3* von Artikel 147 das Recht, die Wiederholung von Beweiserhebungen zu verlangen, wenn ein an sich bestehendes Teilnahmerecht mittels unzulässiger Verfahrenstrennung umgangen wurde.

*Absatz 3<sup>bis</sup>* übernimmt die Regelung des geltenden Absatzes 3 zweiter Satz. Um der unzulässigen Trennung von Verfahren zwecks Umgehung der Teilnahmerechte Einhalt zu gebieten, beschränkt sich die Möglichkeit des Verzichts auf die Wiederholung von Beweisabnahmen auf die Fälle von Absatz 3 Buchstabe a.

### 2.1.21 Artikel 147a

Artikel 147 gibt den Parteien das Recht, an Beweiserhebungen teilzunehmen. Da die Bestimmung selbst keine Einschränkung dieses Rechts vorsieht, hat sich in der Praxis die Frage gestellt, ob und inwieweit das Teilnahmerecht dennoch beschränkt werden kann. Dabei hat sich die Diskussion vor allem an der Konstellation entzündet, dass eine beschuldigte Person an der Einvernahme einer mitbeschuldigten Person teilnehmen darf. Hier besteht nämlich die Gefahr, dass die beschuldigte Person – vor allem wenn sie zum fraglichen Sachverhalt noch nicht einvernommen wurde – ihre Aussagen an diejenigen der mitbeschuldigten Person anpasst.

Die kantonale Praxis versuchte zunächst, sich auf unterschiedliche Weise zu helfen: Etwa durch die Trennung der Verfahren mehrerer beschuldigter Personen. Dadurch entfällt die Parteistellung einer beschuldigten Person im Verfahren gegen eine andere beschuldigte Person und der Anspruch auf Teilnahme an den Beweiserhebungen, insbesondere der Einvernahme entfällt<sup>34</sup>. Das Bundesgericht erklärt jedoch die Trennung von Verfahren bei Mittätern und Teilnehmer als äusserst problematisch<sup>35</sup>.

Dem Versuch, einen Ausschluss von der Einvernahme einer mitbeschuldigten Person auf Artikel 146 abzustützen, erteilte das Bundesgericht eine Absage.<sup>36</sup>

Hingegen sieht das Bundesgericht darin, dass nach Artikel 147 StPO die Teilnahmerechte nicht eingeschränkt werden können, eine Gesetzeslücke, die es in seiner Rechtsprechung geschlossen hat. Danach kann die Staatsanwaltschaft im Einzelfall prüfen, ob sachliche Gründe für eine vorläufige Beschränkung der Parteiöffentlichkeit bestehen. Solche Gründe liegen insbesondere vor, «wenn im Hinblick auf noch nicht erfolgte Vorhalte eine konkrete Kollisionsgefahr gegeben ist». Aus Sicht des Bundesgerichts entsprach dies in den meisten Kantonen «auch schon (vor Inkrafttreten von Art. 147 StPO) der grundsätzlichen Rechtslage nach altem Recht»<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Zu dieser Problematik: *Godenzi*, forumpoenale 2017, S. 141 ff.

<sup>34</sup> BGE 140 IV 172 E. 1.2.3.

<sup>35</sup> Urteil 1B\_124/2016 vom 12. Aug. 2016 E. 4.5

<sup>36</sup> BGE 139 IV 25 E. 4.1; 140 IV 220 E. 4.3.1.

<sup>37</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.5.4.1.

Die neue Regelung trägt diesen Überlegungen Rechnung. Dabei sollen die Anforderungen an den Nachweis, dass die noch nicht einvernommene Person ihre Aussagen an jene der einzuvernehmenden anpasst, nicht zu streng sein. Ist zu befürchten, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen der einvernommenen Person anpassen würde, so darf die beschuldigte Person von der Teilnahme an der Einvernahme ausgeschlossen werden. Die Gefahr, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an jene anderer Personen anpasst, besteht insbesondere, solange sie selber zum fraglichen Sachverhalt noch nicht befragt wurde.

Wie auch das Bundesgericht festgehalten hat, bilden die gegenüber der früheren Rechtslage gestärkten Partei- und Teilnahmerechte einen «vom Gesetzgeber angestrebten Ausgleich zu der in der neuen StPO (ebenfalls bewusst) ausgebauten starken Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren»<sup>38</sup>. Dieses durch den Gesetzgeber angestrebte Gleichgewicht zwischen den Parteien ist zu wahren. Überdies tragen ausgebauter Teilnahmerechte dem Umstand Rechnung, dass im Hauptverfahren bloss eingeschränkte Unmittelbarkeit herrscht (vgl. Art. 343 Abs. 3), die nochmalige Erhebung von im Vorverfahren bereits erhobener Beweise also eingeschränkt ist. Gerade auch deshalb ist auf eine übermässige Beschränkung der Teilnahmerechte – etwa auf das von der EMRK geforderte Minimum – zu verzichten. Eine solche wäre mit dem Grundkonzept, das hinter der StPO steht, nicht vereinbar.

Das Interesse an der Teilnahme an einer Einvernahme liegt häufig nicht primär darin, vom Inhalt der Aussagen unmittelbare Kenntnis zu erlangen, sondern zu wissen, auf welche Art und Weise die Aussagen zustande gekommen sind. Also etwa, ob der befragten Person Vorhalte oder Versprechungen gemacht wurden, die aus dem Einvernahmeprotokoll nicht ersichtlich sind. Als Kompensation für den Ausschluss von der Einvernahme soll diese deshalb in Bild und Ton aufgezeichnet werden müssen, sofern die ausgeschlossene Person nicht darauf verzichtet.

### **2.1.22 Artikel 150 Absatz 2 zweiter Satz**

Das geltende Recht bezeichnet den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts über die Zusicherung der Anonymität als «endgültig». Da es in der StPO keine Ausnahmen vom Grundsatz der doppelten Instanz mehr geben soll, wird dieser Satz gestrichen.

### **2.1.23 Artikel 154 Absatz 4 Buchstabe d**

Die französische Fassung erfährt eine rein redaktionelle Änderung, indem der Begriff "support préservant le son et l'image" durch "support audiovisuel" ersetzt wird.

### **2.1.24 Artikel 170**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts benötigen Amtsgeheimnisträgerinnen und -träger keiner Ermächtigung ihrer vorgesetzten Behörde, wenn sie einer Anzeigepflicht unterliegen.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> BGE 139 IV 25 E. 5.3.

<sup>39</sup> BGE 140 IV 177.

Diese Rechtsprechung soll im Normtext abgebildet und es soll eine Parallele zu Artikel 171 Absatz 2 Buchstabe a geschaffen werden.

### **2.1.25 Artikel 186 Absatz 2 zweiter Satz und Absatz 3**

Das geltende Recht bezeichnet den Entscheid über eine stationäre Begutachtung als «endgültig». Dies widerspricht dem Grundsatz der doppelten Instanz («double instance»). Aus diesem Grund wird die Wendung «endgültig» in *Absatz 2 zweiter Satz* und *Absatz 3* gestrichen.

### **2.1.26 Artikel 210 Absatz 2**

Im Bereich der internationalen Rechtshilfe führt es immer wieder zu Problemen, dass die StPO den Begriff «Haftbefehl» nicht verwendet, obschon Absatz 2 mit der Ausschreibung zwecks Verhaftung genau das meint.

Deshalb soll die Bestimmung um den Begriff «Haftbefehl» ergänzt werden.

### **2.1.27 Artikel 221 Absatz 1 Buchstabe c**

Nach dem Wortlaut des geltenden Rechts setzen Untersuchungs- und Sicherheitshaft wegen Wiederholungsgefahr neben einer erheblichen Gefährdung der Sicherheit anderer durch schwere Verbrechen oder Vergehen voraus, dass die beschuldigte Person früher bereits «gleichartige Straftaten» verübt hat.

Das Bundesgericht dagegen lässt Haft wegen Wiederholungsgefahr ausnahmsweise auch ohne frühere gleichartige Straftaten zu mit der Begründung, nur so lasse sich der ernsthaften und konkreten Gefahr eines schweren Verbrechens begegnen<sup>40</sup>. Während ein Teil der Lehre diese Rechtsprechung als unzulässige Abweichung vom Gesetzeswortlaut scharf kritisiert<sup>41</sup>, wird sie von anderen als «sachlich und kriminalpolitisch dringend geboten» beurteilt<sup>42</sup>.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts führte zu zwei parlamentarischen Vorstösse: Die Motion 12.4077 (FDP-Liberale Fraktion, Definition der Untersuchungshaft, Aufhebung der Voraussetzung eines effektiv erfolgten Rückfalls) verlangt, auf das Erfordernis früher begangener Straftaten gänzlich zu verzichten und stattdessen Haft bereits beim Bestehen des blossen Risikos der Begehung einer weiteren Straftat zuzulassen<sup>43</sup>. Die parlamentarische Initiative 12.495 (Jositsch, Untersuchungshaft bei qualifizierter Wiederholungsgefahr)<sup>44</sup> dagegen will Artikel 221 Absatz 1 Buchstabe c so ändern, dass Untersuchungshaft bei sogenannter qualifizierter Wiederholungsgefahr angeordnet werden kann. Dieser Haftgrund war etwa der zürcherischen Strafprozessordnung bekannt und setzte dort die ernsthafte Befürchtung voraus, die

<sup>40</sup> BGE 137 IV 13.

<sup>41</sup> *Bommer/Kaufmann*, ZBJV 2015, 909 f. m.w.H.

<sup>42</sup> BSK StPO-Forster, Art. 221 N 15.

<sup>43</sup> Beide Räte haben die Motion angenommen.

<sup>44</sup> Die Kommissionen für Rechtsfragen beider Räte haben der parlamentarischen Initiative zugestimmt.

beschuldigte Person werde, nachdem sie bereits zahlreiche Verbrechen oder erhebliche Vergehen verübt hat, erneut solche Straftaten begehen.<sup>45</sup>

Vorgeschlagen wird eine Änderung, welche den Haftgrund der Wiederholungsgefahr im Sinne der früheren zürcherischen Regelung statuiert. Für die Anordnung der Untersuchungshaft bedarf es neben des dringenden Tatverdachts die Annahme, die beschuldigte Person könnte die Sicherheit anderer durch Verbrechen oder schwere Vergehen gefährden. Diese Annahme muss sich aus dem Umstand ergeben, dass die beschuldigte Person bereits früher ein Verbrechen oder schweres Vergehen begangen und dadurch die Sicherheit anderer gefährdet hat.

Im Unterschied zur heutigen Regelung ist somit nicht mehr verlangt, dass die beschuldigte Person früher mehrere und zudem gleichartige Straftaten begangen hat. Die Möglichkeit von Haft wegen Wiederholungsgefahr wird dadurch zwar erweitert, gleichzeitig aber nicht zu einer rein sicherheitspolizeilichen oder präventiven Haft umgewandelt. Solches ist auch nicht nötig, steht doch mit dem Haftgrund der Ausführungsgefahr nach Absatz 2 ein Instrument zur Verfügung, um eine Person aufgrund ihrer Äusserungen oder ihres Verhaltens<sup>46</sup> zu inhaftieren, wenn eine Gefährdung der Sicherheit anderer zu befürchten ist.

Sodann enthalten der deutsche und der italienische Normtext einen Fehler, indem sie von «schwere[n] Verbrechen oder Vergehen» beziehungsweise «gravi crimini o delitti» sprechen, sich «schwer» beziehungsweise «gravi» mithin auf Verbrechen beziehungsweise crimini bezieht. Gemäss dem Bundesgericht<sup>47</sup> hingegen der französische Wortlaut richtig («des crimes ou des délits graves»), so dass es richtig heissen sollte «durch Verbrechen oder schwere Vergehen» beziehungsweise «crimini o delitti gravi».

Die Lockerung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr kann für ein kantonales Bedrohungsmanagement von Bedeutung sein.<sup>48</sup>

### 2.1.28 Artikel 222 Absatz 2

Nach dem Wortlaut des geltenden Rechts kann einzig die verhaftete Person gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts über die Untersuchungs- und Sicherheitshaft Beschwerde führen (Art. 222 i.V.m. Art. 393 Abs. 1 Bst. c).

Das Bundesgericht hat indessen in einem Grundsatzentscheid<sup>49</sup> festgehalten, dass das Recht, Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts über die Untersuchungs- und Sicherheitshaft mit Beschwerde anzufechten, nicht nur der beschuldigten Person, sondern auch der Staatsanwaltschaft zustehe. Zur Begründung der Beschwerdelegitimation brachte das Bundesgericht vor, dass das Schweigen des Gesetzes bezüglich des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft auf einem Versehen des Gesetzgebers beruhe. Die Einräumung der Beschwerdelegitimation sei zudem aufgrund der allge-

<sup>45</sup> § 58 Ziff. 3 StPO-ZH.

<sup>46</sup> Gemäss BGE 137 IV 339 f. kann eine Tötungsdrohung in einer versuchten Tötung begründet sein.

<sup>47</sup> BGE 137 IV 84.

<sup>48</sup> S. dazu den Bericht Bedrohungsmanagement, insbesondere bei häuslicher Gewalt; in Erfüllung des Postulates 13.3441 Feri vom 13.06.2013.

<sup>49</sup> BGE 137 IV 22.

meinen Garantie des doppelten Instanzenzuges geboten und schliesslich aufgrund der im öffentlichen Interesse einer funktionierenden Strafjustiz erforderlich.

In diversen, dem Grundsatzentscheid nachfolgenden Entscheidungen gab das Bundesgericht Anleitungen für das konkrete Vorgehen, insbesondere um dem Problem der in Artikel 226 Absatz 5 StPO vorgesehenen unverzüglichen Haftentlassung zu begegnen.<sup>50</sup>

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist als gefestigt anzusehen.<sup>51</sup>

Ein Teil der Lehre kritisiert die vom Bundesgericht eingeräumte Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft,<sup>52</sup> währendem ein anderer Teil diese begrüsst.<sup>53</sup> Diese Rechtsprechung ins Gesetz zu überführen verlangt denn auch die parlamentarische Initiative 12.497 (Jositsch, Beschwerdeberechtigung bei Haftentscheiden), der Folge gegeben wurde.

Insbesondere weil der Bundesrat die vollständige Berücksichtigung des Grundsatzes des doppelten Instanzenzuges in der StPO vorschlägt, räumt *Absatz 2* der Staatsanwalt deshalb explizit ein Beschwerderecht gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts ein (zum Verfahren vgl. nachfolgend Ziff. 2.1.30).

### 2.1.29 Artikel 225 Absätze 3 und 5

In *Absatz 3* erfolgt im italienischen Text eine rein redaktionelle Anpassung.

Das geltende Recht sieht vor, dass das Zwangsmassnahmengericht in der Regel eine mündliche Haftverhandlung durchführt (Art. 225 Abs. 1). Dies weil die beschuldigte Person einen grundrechtlichen Anspruch auf persönliche Anhörung durch das haftanordnende Gericht hat (Art. 31 Abs. 3 BV). Verzichtet die beschuldigte Person explizit auf eine mündliche Verhandlung, so führt das Zwangsmassnahmengericht hingegen ein schriftliches Verfahren durch (Art. 225 Abs. 5).

Neu soll es gemäss *Absatz 5* im Ermessen des Zwangsmassnahmengerichts liegen, ob es auch in solchen Fällen anstelle einer schriftlichen, eine mündliche Verhandlung durchführen will. Diese Änderung erfolgt mit Blick auf den Ablauf des weiteren Verfahrens, wenn die Staatsanwaltschaft Beschwerde gegen den Haftentscheid des Zwangsmassnahmengerichts erheben will (vgl. Art. 228a VE-StPO, Ziff. 2.1.30).

### 2.1.30 Artikel 228a (neu)

Wie oben unter Ziffer 2.1.28 dargelegt, soll die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts gesetzlich

<sup>50</sup> BGE 137 IV 230, BGE 137 IV 237, Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Jan. 2012 1B\_442/2011.

<sup>51</sup> Vgl. z. B. BGE 137 IV 78, BGE 137 IV, BGE 137 IV 237, 139 IV 314; Entscheide des Bundesgerichts vom 22. Feb. 2011 1B\_65/2011, vom 4. Jan. 2012 1B\_442/2011, vom 7. Juni 2016 1B\_31/2016, 28. Juli 2016 1B\_253/2016; BSK StPO-Forster, Art. 222 N. 6.

<sup>52</sup> Zu den Gründen im Detail vgl. Oberholzer, *forum*poenale 2012, S. 156 ff.; Goldschmid/Thommen, *forum*poenale 2011, S. 142 ff.; Donatsch/Hiestand, ZStrR 2014, S. 1 ff.; Fricke/Büttiker, Jusletter 2012; Schmid, Handbuch, N 1041.

<sup>53</sup> BSK StPO-Forster, Art. 222 N 6; Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 222 N 8.

verankert werden. Die Legitimation gilt nicht nur für Entscheide bezüglich die erstmalige Haftüberprüfung (Art. 225 f.), sondern auch für Entscheide im Zusammenhang mit Haftverlängerungen (Art. 227) und Haftentlassungen (Art. 228).

Nach Artikel 5 Absatz 3 EMRK (Art. 31 Abs. 3 BV) muss die von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffene Person unverzüglich einem Richter vorgeführt werden, der die Rechtmässigkeit der Haftgründe zu prüfen hat. Zweck dieser Bestimmung ist die prompte, automatische, justizförmige Kontrolle der angeordneten Haft.<sup>54</sup>

Was unverzüglich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Es handelt sich jedoch um eine kürzere Frist, als die in Artikel 5 Absatz 4 EMRK (Art. 31 Abs. 4 BV) vorgesehene Prüfung innert kurzer Zeit.<sup>55</sup> Gemäss Rechtsprechung des EGMR muss die festgenommene Person grundsätzlich spätestens innert vier Tagen dem Haftrichter vorgeführt werden. Dabei handelt es sich um eine maximale Frist.<sup>56</sup>

Artikel 224 Absatz 2 sieht in Anlehnung an die Vorgaben der EMRK und BV deshalb vor, dass die Staatsanwaltschaft spätestens innert 48 Stunden seit der Festnahme der beschuldigten Person dem Zwangsmassnahmengericht die Untersuchungshaft zu beantragen hat. Das Zwangsmassnahmengericht fällt seinen Entscheid wiederum innert 48 Stunden seit Eingang des Antrages (Art. 226 Abs. 1).

Räumt man der Staatsanwaltschaft eine Beschwerdelegitimation gegen den erstmaligen Haftprüfungsentscheid ein, so stellt sich die Frage, ob die Fristvorgabe der EMRK bereits mit der Vorführung der betroffenen Person als eingehalten gelten kann oder erst mit dem Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts beziehungsweise der Beschwerdeinstanz.

Weder aus der Lehre noch aus der Rechtsprechung ergibt sich eine eindeutige Antwort auf diese Frage. Ausdrücklich thematisiert wird lediglich die Frist bis zur Vorführung. Ob hiermit die Dauer bis zum endgültigen Entscheid eingeschlossen ist, wird nicht präzisiert.<sup>57</sup> Im Fall *McKay gegen Vereinigtes Königreich* vergingen zwischen der Festnahme und dem Entscheid des High Courts nur drei Tage; die maximale Frist von vier Tagen war also noch unterschritten.<sup>58</sup> Das Urteil ist daher nur beschränkt aussagekräftig. Nach dem Gesagten kann die Bestimmung so verstanden werden, dass für die Wahrung der Fristvorgabe der EMRK die physische Vorführung der beschuldigten Person vor den Richter oder die Richterin entscheidend ist.

Aufgrund der im Völker- und Verfassungsrecht enthaltenen zeitlichen Vorgaben, schlägt der Vorentwurf in einem neuen Artikel 228a ein beschleunigtes Beschwerdeverfahren vor, das jedoch nur bei Beschwerden der Staatsanwaltschaft zur Anwendung kommen soll. Der Verfahrensablauf ist nicht gänzlich neu, sondern wird von der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>59</sup> bereits in ähnlicher Form vorgegeben und von den Kantonen praktiziert.

Zwar unterstehen Entscheide der Beschwerdeinstanz bezüglich Haftverlängerung oder Haftentlassung aufgrund eines Gesuches nicht derselben Dringlichkeit wie der

<sup>54</sup> *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 5 N 101.

<sup>55</sup> *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König* in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK Art. 5 N 75.

<sup>56</sup> EGMR, Rs 1209/84, Ziff. 59, 62 (*Brogan/UK*).

<sup>57</sup> *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 5 N 72; *Trechsel*, Human Rights, S. 512.

<sup>58</sup> EGMR, Rs 543/03, Ziff. 48–51 (*McKay/UK*).

<sup>59</sup> BGE 137 IV 230 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 4. Jan. 2012 1B\_422/2011

Entscheid bei erstmaliger Haftüberprüfung. Allerdings müssen sie gemäss den Vorgaben von Artikel 5 Absatz 4 EMRK (Art. 31 Abs. 4 BV) innerhalb kurzer Frist ergehen. Diese Fristvorgabe gilt auch für ein allfälliges Rechtsmittel.<sup>60</sup>

Es ist daher mit Blick auf das Beschleunigungsgebot (Art. 5 Abs. 2) und der Tatsache, dass bereits ein Gericht eine Nichtverlängerung beziehungsweise Freilassung der beschuldigten Person verfügt hat und diese während des Beschwerdeverfahrens ohne gültigen Hafttitel inhaftiert bleibt, angezeigt, dass auch in solchen Fällen ein rascher Entscheid gefällt werden soll. Der Vorentwurf schlägt deshalb ein einheitliches Beschwerdeverfahren vor.

Die Staatsanwaltschaft hat die Beschwerde gemäss *Absatz 1* unverzüglich nach der Eröffnung des Entscheides schriftlich oder mündlich zu Protokoll dem Zwangsmassnahmengericht anzumelden. In diesem Fall bleibt die beschuldigte Person bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens in Haft. Dabei dürfte es – mit Blick auf die Fristvorgabe in Absatz 2 – sinnvoll sein, dass das Zwangsmassnahmengericht in den Fällen, in denen es eine Haftentlassung entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft in Erwägung zieht, eine mündliche Verhandlung ansetzt und die Staatsanwaltschaft zur Teilnahme verpflichtet; dies selbst dann wenn die beschuldigte Person explizit auf eine mündliche Verhandlung verzichtet. In einem solchen Fall kann die Staatsanwaltschaft die Beschwerde im Anschluss an die Eröffnung sogleich mündlich zu Protokoll geben. Findet keine mündliche Verhandlung statt oder nimmt die Staatsanwaltschaft nicht teil, so ist sicherzustellen, dass der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts der Staatsanwaltschaft raschmöglichst eröffnet wird (z. B. per Vorab-Fax), so dass diese die Beschwerde ebenfalls unverzüglich beim Zwangsmassnahmengericht anmelden kann.

Indem eine allfällige Beschwerde der Staatsanwaltschaft es dem Zwangsmassnahmengericht verunmöglicht, die beschuldigte Person aus der Haft zu entlassen, stellt sich die Frage, ob dies konform ist mit der Vorgabe von Artikel 5 Absatz 3 EMRK (Art. 31 Abs. 3 BV), der unter anderem verlangt, dass das Haftgericht die Kompetenz haben muss, die betroffene Person freizulassen, sollte es feststellen, dass die Haftgründe nicht oder nicht mehr erfüllt sind.<sup>61</sup> Allerdings lässt sich diese Frage nicht abschliessend beurteilen, denn bislang gibt es hierzu keine klaren Präjudizien des EGMR.<sup>62</sup>

*Absatz 2* sieht vor, dass die Staatsanwaltschaft innert drei Stunden seit der Eröffnung des Entscheides, eine schriftlich begründete Beschwerde beim Zwangsmassnahmengericht zuhanden der Beschwerdeinstanz einzureichen hat.

Das Zwangsmassnahmengericht übermittelt gemäss *Absatz 3* die Beschwerde sowie die Begründung des Entscheides (Art. 226 Abs. 2 zweiter Satz) zusammen mit den Akten unverzüglich der Beschwerdeinstanz.

<sup>60</sup> BSK BV-Schürmann, Art. 31 N 44 ff.; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 5 N 102 ff.

<sup>61</sup> Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 5 N 78.

<sup>62</sup> Im Fall *McKay gegen Vereinigtes Königreich* hat der EGMR nicht beanstandet, dass der *magistrate* (Haftrichter) im konkreten Fall keine Kompetenz hatte, die beschuldigte Person aus der Haft zu entlassen; darüber konnte nur der *High Court* entscheiden. Allerdings waren in diesem Fall bis zum Entscheid des High Courts nur 3 Tage seit der Festnahme vergangen; die 4-Tages-Frist war also noch unterschritten. Dieses Urteil ist daher nur beschränkt aussagekräftig.

Das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz richtet sich gemäss *Absatz 4* sinngemäss nach den Artikeln 225 und 226 Absätze 1–5 VE-StPO. Die Beschwerdeinstanz hat innert 48 Stunden seit Eingang der Beschwerde zu entscheiden.

### 2.1.31 Artikel 230 Absätze 3–4

Die beschuldigte Person kann nach geltendem Recht grundsätzlich jederzeit ein Haftentlassungsgesuch stellen (Art. 228 Abs. 1 i.V.m. Art. 230 Abs. 1).

Nach Anklageerhebung ist dieses Gesuch an die Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts zu richten (Art. 230 Abs. 2). Ein Gesuch um Haftentlassung kann aber auch von der Staatsanwaltschaft eingereicht werden (Art. 230 Abs. 1).

Entspricht die Verfahrensleitung dem Haftentlassungsgesuch, so entlässt sie die beschuldigte Person unverzüglich aus der Haft (Art. 230 Abs. 3).

Da die Verfahrensleitung sich von Amtes wegen laufend über die Rechtmässigkeit der Sicherheitshaft zu vergewissern hat, kann sie die Haftentlassung auch aus eigener Initiative anordnen; dies bedarf jedoch der Zustimmung der Staatsanwaltschaft (Art. 230 Abs. 4).

Will die Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts dem Gesuch nicht entsprechen (Art. 230 Abs. 3 zweiter Satz) oder stimmt die Staatsanwaltschaft der Haftentlassung, welche die Verfahrensleitung von sich aus anordnen will, nicht zu, so entscheidet hingegen das Zwangsmassnahmengericht über die Entlassung (Art. 230 Abs. 4 zweiter Satz).

Entscheidet die Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts (Art. 61 Bst. d), die beschuldigte Person (auf Gesuch hin oder aus eigener Initiative) aus der Sicherheitshaft zu entlassen, so stellt sich die Frage, ob dieser Richter oder diese Richterin nicht befangen ist, wenn er oder sie später in derselben Sache urteilt. Dies weil im Rahmen der Prüfung der Haftentlassung unter anderem der dringende Tatverdacht beurteilt werden muss (Art. 221 Abs. 1), der anschliessend im Rahmen der Hauptverhandlung wiederum Gegenstand des Verfahrens ist.

Nach Artikel 30 Absatz 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, insbesondere Anspruch auf ein unparteiisches Gericht. Dieser Anspruch ist dann verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Umstände vorliegen, die den Anschein der Parteilichkeit begründen.<sup>63</sup> Für die Frage, ob eine Vor- oder Mehrfachbefassung das Gebot der Unparteilichkeit verletzt, ist darauf abzustellen, ob sich das betreffende Mitglied des Spruchkörpers durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, das dazu führt, dass das Verfahren als nicht mehr offen erscheint. Diese Frage lässt sich nicht allgemein beantworten, sondern muss in jedem Einzelfall geprüft werden.<sup>64</sup>

Das Bundesgericht hat zwar die Personalunion von Haftrichter und Sachrichter nie beanstandet<sup>65</sup>, und es kann argumentiert werden, dass es sich in denjenigen Konstellationen, bei denen die Verfahrensleitung die beschuldigte Person vor der Hauptverhandlung aus der Haft entlassen will, um eine Befangenheit zugunsten der beschul-

<sup>63</sup> BSK BV-*Reich*, Art. 30 N 24.

<sup>64</sup> BSK BV-*Reich*, Art. 30 N 25 (m. Hinw. auf die Rspr. des Bundesgerichts).

<sup>65</sup> BGE 117 Ia 182, 138 I 425; *Bommer*, ZBJV 2016, S. 278 ff.

digten Person handelt. Allerdings berücksichtigt diese Argumentation zu wenig, dass sich die Frage der Unparteilichkeit nicht nur aus Sicht der beschuldigten Person, sondern auch aus jener der Privatklägerschaft oder des Opfers stellt. Auch diese haben Anspruch darauf, dass die Strafsache und ihre allfälligen Zivilforderungen von einem verfassungsmässigen Gericht beurteilt werden. Entlässt beispielsweise das in der Sache urteilende Gericht die beschuldigte Person vor der Hauptverhandlung aus der Untersuchungshaft mit der Begründung, der dringende Tatverdacht liege nicht mehr vor, so dürfte dies für die Privatklägerschaft und/oder Opfer den Anschein erwecken, dass das verurteilende Erkenntnis bereits präjudiziert ist.

Schliesslich verlangt das geltende Recht, dass Mitglieder des Zwangsmassnahmengerichts nicht im gleichen Fall als Sachrichterinnen und Sachrichter tätig sein sollen. Aus diesen Überlegungen schlägt der Bundesrat eine Änderung der *Absätze 3 und 4* dahingehend vor, dass in jedem Fall das Zwangsmassnahmengericht über eine allfällige Haftentlassung entscheiden muss.

### **2.1.32 Artikel 231 Absatz 2**

Aus den genannten Gründen soll auch die Verfahrensleitung der Berufungsinstanz nicht mehr eigenständig über eine allfällige Haftentlassung entscheiden können.

Der Entscheid soll gemäss *Absatz 2* der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz übertragen werden. Eine Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts einzuführen erscheint deshalb problematisch, weil dieses regelmässig hierarchisch unter dem Berufungsgericht angesiedelt ist.

Gepprüft und verworfen wurde auch die Möglichkeit, einen ausdrücklichen Ausstandsgrund zu schaffen, für den Fall, dass die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts die Sicherheitshaft anordnet oder über eine Haftentlassung entscheidet (Art. 233). Der allgemeine Ausstandsgrund von Artikel 56 Buchstabe b greift nämlich nicht, weil die Regelung von Artikel 232 den Ausstandsregeln als *lex specialis* vorgeht. Es müsste eine Regelung analog Artikel 18 Absatz 2 geschaffen werden («Mitglieder des Zwangsmassnahmengerichts können im gleichen Fall nicht als Sachrichterinnen oder Sachrichter tätig sein.»). Das führte allerdings zu verschiedenen Schwierigkeiten: Zum einen müsste mit der Verfahrensleitung im Falle einer Haftanordnung oder des Entscheids über ein Haftentlassungsgesuch gerade jene Person ersetzt werden, die den Fall oftmals am besten kennt. Würde man auch für die Beurteilung eines Haftentlassungsgesuchs (Art. 233) einen zwingenden Ausstandsgrund einführen, so hätte es die beschuldigte Person faktisch in der Hand, das Verfahren zu verzögern oder gar zu blockieren. Dies indem sie stets aufs Neue Haftentlassungsgesuche stellen und damit die jeweilige Verfahrensleitung in den Ausstand zwingen würde. Dies hätte zur Folge, dass die beschuldigte Person damit auch ihr nicht genehme Mitglieder des Gerichts ausschalten könnte.

### **2.1.33 Artikel 232 Absätze 1–2**

Aufgrund des Gesagten werden die *Absätze 1–2* dahingehend angepasst, dass die Sicherheitshaft während dem Verfahren vor der Berufungsinstanz von der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz zu beurteilen ist.

### 2.1.34 Artikel 233

Neu soll die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz auch über Haftentlassungsge-  
suche der beschuldigten Person entscheiden, die während des Verfahrens vor der  
Berufungsinstanz gestellt werden.

### 2.1.35 Artikel 236 Absatz 1

Die Änderung von *Absatz 1* soll klarstellen, dass der vorzeitige Straf- oder Mass-  
nahmenvollzug nur bewilligt werden kann, wenn er auch im Vollzugsregime vollzo-  
gen werden kann. Denn die Vollzugseinrichtungen können nicht verschiedene  
Vollzugsregimes nebeneinander führen.

### 2.1.36 Artikel 248

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts können nicht nur der Inhaber oder  
die Inhaberin von Unterlagen ein Siegelungsbegehren stellen, sondern vielmehr alle  
Personen, die unabhängig von den Besitzverhältnissen ein rechtlich geschütztes  
Interesse an der Geheimhaltung des Inhalts von Unterlagen haben.<sup>66</sup> Diese Recht-  
sprechung soll im Text von *Absatz 1* Niederschlag finden; die Legitimation zur  
Siegelung ist deshalb – gleich wie bei Artikel 264 Absatz 3 – auf die «berechtigte  
Person» auszuweiten.

Im Gesetzestext ist sodann klarzustellen, dass ein Gesuch um Siegelung rasch ge-  
stellt werden muss. Das entspricht der in der Lehre unter Hinweis auf die bundesge-  
richtliche Rechtsprechung vertretenen Ansicht, der Antrag müsse «in unmittelbarem  
zeitlichen Zusammenhang» mit der Sicherstellung erfolgen<sup>67</sup>. Deshalb wird Ab-  
satz 1 um das Wort «unverzüglich» ergänzt.

*Absatz 3*: Die Siegelung soll verhindern, dass die mit der Strafsache befasste Behör-  
de von Geheimnissen erfährt, von denen sie keine Kenntnis haben dürfte. Deshalb  
erscheint die heutige Regelung unbefriedigend, weil das mit der Strafsache selbst  
befasste Gericht auch über die Entsiegelung entscheidet<sup>68</sup>.

Deshalb wird vorgeschlagen, dass das Zwangsmassnahmengericht nicht nur wie  
heute im Vorverfahren über die Entsiegelung entscheidet, sondern auch im erstin-  
stanzlichen Verfahren (Bst. a). Im Rechtsmittelverfahren dagegen soll die Kompe-  
tenz der Verfahrensleitung des Gerichts zukommen, bei dem der Fall hängig ist.  
Zwar entscheidet damit ein Mitglied des später in der Sache urteilenden Gerichts  
über die Entsiegelung, diese Unstimmigkeit gründet aber darin, dass sich das  
Zwangsmassnahmengericht hier nicht als Entsiegelungsbehörde vorsehen lässt, weil  
es hierarchisch regelmässig unterhalb der Rechtsmittelinstanz angesiedelt ist. Über-  
dies ist auch zu bedenken, dass Entsiegelungsverfahren vor der Rechtsmittelinstanz  
eher selten vorkommen dürften und mit der Verfahrensleitung zudem nur ein einzi-  
ges Mitglied des Gerichts in das Entsiegelungsverfahren involviert ist.

Das geltende Recht legt eine Frist von einem Monat fest, innerhalb welcher über die  
Entsiegelung zu entscheiden ist. Die Praxis zeigt, dass die Einhaltung dieser Frist in

<sup>66</sup> BGE 140 IV 28 E. 4.3.4.

<sup>67</sup> BSK StPO-Thormann/Brechbühl, Art. 248 N 11.

<sup>68</sup> Kritisch auch BSK StPO-Thormann/Brechbühl, Art. 248 N 30.

aller Regel nicht möglich ist, weil in Entsiegelungsverfahren umfangreiche Akten oder Datenmengen zu sichten und zu prüfen sind. Es erscheint deshalb ehrlicher, wenn das Gesetz auf diese Ordnungsfrist ganz verzichtet.

Zu ändern ist schliesslich auch der Rechtsmittelweg gegen Entsiegelungsentscheide des Zwangsmassnahmengerichts: Heute sind dessen Entscheide «endgültig» (Abs. 3 Einleitungssatz) mit der Folge, dass das Bundesgericht als einzige Rechtsmittelinstanz über Entsiegelungen entscheidet. Zum einen entspricht dies nicht der Aufgabe und Rolle des höchsten Gerichts, zum andern stellen Entsiegelungsverfahren – namentlich wenn es um Datenträger geht – das Bundesgericht auch vor grosse praktische Herausforderungen. Deshalb behält sich das Bundesgericht vor, «in ausserordentlich umfangreichen bzw. komplexen Fällen die Beschwerde nicht gleich selbst zu behandeln, sondern an die Beschwerdeinstanz gemäss Art. 20 und 393 ff. StPO zu überweisen und darauf (vorerst) nicht einzutreten»<sup>69</sup>. Ob diese Praxis mit dem Gesetz vereinbar ist, kann offenbleiben, jedenfalls manifestiert sie das Bedürfnis nach einer Regelung, welche dem Prinzip der «double instance» Rechnung trägt. Deshalb soll der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts nicht mehr als endgültig bezeichnet werden, was – verbunden mit der vorgeschlagenen Änderung von Artikel 393 Absatz 1 Buchstabe c – dazu führt, dass Entsiegelungsentscheide des Zwangsmassnahmengerichts mit Beschwerde gemäss StPO angefochten werden können.

### **2.1.37 Artikel 251a**

Das Bundesrecht schreibt in Artikel 12 Absatz 1 der Strassenverkehrskontrollverordnung vom 28. März 2007<sup>70</sup> (SKV) vor, in welchen Fällen zur Kontrolle der Fahrfähigkeit zwingend eine Blutuntersuchung anzuordnen ist. Nach geltendem Recht kann die Polizei auch in diesen Fällen die Blutuntersuchung jedoch nicht selbstständig anordnen, sondern muss die Staatsanwaltschaft um die Durchführung ersuchen. Das ergibt offenkundig keinen Sinn, denn der Staatsanwaltschaft steht aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben kein Ermessen zu. Deshalb soll die Kompetenz zur Anordnung in diesen Fällen der Polizei zukommen. Gleiches gilt für die Sicherstellung von Urin zur späteren Untersuchung der Fahrfähigkeit. Zwar bestehen hier keine bundesrechtlichen Vorgaben, es handelt sich jedoch nicht um eine eingreifende Massnahme.

Anders liegen die Dinge bei Blutuntersuchungen, für deren Anordnung ein Ermessensspielraum besteht: Weil es sich hier um Entscheide über eine relativ eingreifende Massnahme geht, soll weiterhin die Staatsanwaltschaft zur Anordnung zuständig sein.

### **2.1.38 Artikel 266 Absatz 3**

Hier wird der Begriff «Liegenschaften» durch «Grundstücke» ersetzt, denn es können alle Grundstücke im Sinne von Artikel 655 Absatz 2 Zivilgesetzbuch<sup>71</sup> beschlagnahmt werden, also auch ins Grundbuch aufgenommene selbstständige und dauernde Rechte, Bergwerke oder Miteigentumsanteile an Grundstücken.

<sup>69</sup> Urteil 1B\_595/2011 vom 21. März 2012 E. 5.3.

<sup>70</sup> SR 741.013.

<sup>71</sup> ZGB; SR 210.

### 2.1.39 Artikel 268

In der geltenden StPO findet sich keine Regelung zur Ersatzforderungsbeschlagnahme. Diese ist in Artikel 71 Absatz 3 StGB geregelt, welche Bestimmung nicht in die StPO überführt wurde<sup>72</sup>. Der Rechtsanwendung stellt sich deshalb die Frage, ob die Bestimmungen über die Deckungsbeschlagnahme von Artikel 268 StPO, insbesondere dessen Absatz 2, auf die Ersatzforderungsbeschlagnahme analog anwendbar sind<sup>73</sup>. Deshalb soll zur Klarstellung Artikel 71 Absatz 3 StGB in die StPO transferiert und in einem neuen Buchstaben c von Artikel 268 Absatz 1 untergebracht und im Strafgesetzbuch aufgehoben werden.

Gemäss Artikel 71 Absatz 3 zweiter Satz StGB begründet die Ersatzforderungsbeschlagnahme bei der Zwangsvollstreckung kein Vorzugsrecht zu Gunsten des Staates. Inwieweit dies auch bei den anderen Arten der Beschlagnahme zur Kostendeckung gilt, ist gesetzlich nicht geregelt: Das Bundesgericht gewährt der Beschlagnahme zur Kostendeckung gegenüber dem Beschlag nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht einen Vorrang, so dass der Staat als Gläubiger gegenüber privaten Gläubigern der beschuldigten Person privilegiert ist<sup>74</sup>.

Diese Rechtsprechung erfährt in der Lehre Kritik<sup>75</sup>: So steht die Privilegierung finanzieller staatlicher Ansprüche gegenüber solcher Privater dem Prinzip entgegen, dass staatlicher Ansprüche gegenüber privaten Forderungen grundsätzlich keinen Vorrang genössen, wie das gemäss dem Bundesgericht bei Steuerforderungen gelte<sup>76</sup>. Auch gebe es keinen Grund, private Gläubiger gegenüber anderen zu privilegieren, nur weil ihre Forderung aus einer Straftat herrühre<sup>77</sup>.

Diese Kritik ist berechtigt, zumal auch Artikel 44 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889<sup>78</sup> (SchKG) nicht festschreibt, dass die Beschlagnahme zu einem Vorrang der dadurch gesicherten privaten oder staatlichen Forderungen gegenüber anderen Forderungen führt. Die genannte Bestimmung statuiert bloss einen Vorbehalt zugunsten besonderer Bestimmungen.

Deshalb soll ein neuer *Absatz 4* ausdrücklich festlegen, dass die Beschlagnahme nach Artikel 268 bei der Zwangsvollstreckung nicht zu einem Vorzugsrecht des Staates oder privater Gläubiger führt.

### 2.1.40 Artikel 269 Absatz 2 Buchstabe a

Weil die Änderung des Kernenergiegesetzes vom 21. März 2003<sup>79</sup> (KEG) und die Erarbeitung der StPO praktisch parallel liefen, fanden die beiden Tatbestände von Artikel 226<sup>bis</sup> StGB (Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen) sowie Artikel 226<sup>ter</sup> StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen) versehentlich keine Aufnahme in die Deliktskataloge für die Überwachung des Post- und

<sup>72</sup> *Heimgartner* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 263 N 2.

<sup>73</sup> Bejahend *Obergericht Bern*, forumpoenale 2012, S. 290 ff.

<sup>74</sup> Nachweise bei: BSK StPO-Bommer/Goldschmid, Art. 268 N 17.

<sup>75</sup> *Heimgartner* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 268 N 2; BSK StPO-Bommer/Goldschmid, Art. 263 N 54 ff. je m.w.H.

<sup>76</sup> *Heimgartner* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 268 N 2.

<sup>77</sup> BSK StPO-Bommer/Goldschmid, Art. 263 N 58 f.

<sup>78</sup> SR 281.1.

<sup>79</sup> SR 732.1.

Fernmeldeverkehrs (Art. 269 Abs. 2) und für die verdeckte Ermittlung (Art. 286 Abs. 2). Dies wird nunmehr geändert.

### **2.1.41 Artikel 273 Absatz 1**

Nach dem Wortlaut von Artikel 273 Absatz 1 dürfen unter bestimmten Voraussetzungen die sog. Randdaten der «überwachte[n] Person» erhoben werden.

Diese Regelung lässt sich nur schwer anwenden, wenn Randdaten von Drittpersonen erhoben werden sollen. Denn eine Drittperson darf gemäss Artikel 270 Buchstabe b nur überwacht werden, wenn sie entweder als sog. Anschlussüberlasserin (Bst b Ziff. 1) oder Nachrichtenmittlerin (Bst. b Ziff. 2) fungiert. Sollen jedoch beispielsweise die Randdaten eines Opfers (etwa die Standortdaten) erhoben werden, lässt sich dieses weder als Anschlussüberlasser noch als Nachrichtenmittler betrachten, so dass die Randdatenerhebung – jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes<sup>80</sup> – nicht möglich ist.

Deshalb soll die neue Regelung die Möglichkeit der Erhebung von Randdaten Dritter ausdrücklich vorsehen. Entgegen dem Vorschlag von *Forster*<sup>81</sup> wird auf das Vorliegen einer untersuchungsrelevanten Kommunikationsverbindung zu Personen oder Drittanschlüssen verzichtet, weil dies die Erhebung blosser Standortdaten ausschliessen würde. Solche Standortdaten können jedoch für die Aufklärung einer Straftat wichtig sein.

### **2.1.42 Artikel 286**

Siehe dazu bei Artikel 269 Absatz 2 Buchstabe a (Ziff. 2.1.40).

### **2.1.43 Artikel 301 Absatz 1<sup>bis</sup>**

Gemäss der "Schweizerischen Verbindungsstellen-Konferenz Opferhilfegesetz" (SVK-OHG) entspricht es einem Anliegen von Opfern, auf Wunsch eine Kopie einer mündlich eingereichten Strafanzeige zu erhalten. Deshalb wird diesem Anliegen in einem neuen Absatz 1<sup>bis</sup> Rechnung getragen.

### **2.1.44 Artikel 303a**

Gewisse kantonale Strafprozessordnungen kannten die Möglichkeit, die Durchführung eines Verfahrens von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig zu machen, wenn Antragsdelikte (insbesondere Ehrverletzungsdelikte und Tötlichkeiten) Gegenstand des Verfahrens bildeten.<sup>82</sup>

Der Bundesrat schlägt vor, für Ehrverletzungsdelikte die Möglichkeit einzuführen, von der antragstellenden Person eine Sicherheitsleistung für Kosten und Entschädi-

<sup>80</sup> Das Bundesgericht lässt die Randdatenerhebung jedoch über den strengen Wortlaut hinaus zu. Dazu: *Foster* in: FS-Donatsch, S. 362.

<sup>81</sup> *Forster* in: FS-Donatsch, S. 366 f.

<sup>82</sup> Z.B. Art. 226 StrV-BE: Möglichkeit bei Ehrverletzungsdelikten sowie Tötlichkeiten und «wenn besondere Umstände es rechtfertigen» auch bei anderen Antragsdelikten.

gung zu verlangen. Dies vor der Überlegung, dass bei solchen Delikten der Antrieb für eine Anzeige oftmals eher im Wunsch nach persönlicher Vergeltung liegt als in der Tatsache einer Rechtsgutverletzung. Stehen solche Motive für eine Anzeige im Vordergrund, so rechtfertigt es sich, von der antragstellenden Person einen Vorschuss zu verlangen, bevor der Strafverfolgungsapparat in Gang gesetzt wird.

Die Bestimmung statuiert keine Pflicht zur Einforderung einer Sicherheit. Vielmehr hat die Staatsanwaltschaft sowohl bei der Frage, ob eine Sicherheit verlangt wird, als auch bei der Festsetzung der Höhe ein Ermessen. Dabei hat sie u.a. die Bedeutung der Sache als auch die finanzielle Situation der antragstellenden Person zu berücksichtigen.

### **2.1.45 Artikel 316 Absatz 1 (betrifft nur den französischen Text)**

Gemäss dem französischen Normtext sind Vergleichsverhandlungen nur möglich, wenn ausschliesslich Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens bilden. Demgegenüber ist nach dem deutschen und dem italienischen Gesetztext ein Vergleich auch möglich, wenn neben Antragsdelikten auch Offizialdelikte Verfahrensgegenstand bilden. In der Sache erscheint dies richtig, weshalb der französische Wortlaut anzupassen ist.

### **2.1.46 Artikel 318 Abs. 1<sup>bis</sup> und 3**

Da die Mehrzahl der Verfahren mit dem Erlass eines Strafbefehls beendet wird, besteht die Gefahr, dass sich Opfer nicht rechtzeitig als Privatkläger konstituieren können. Deshalb soll die Staatsanwaltschaft verpflichtet werden, Opfern den bevorstehenden Abschluss des Verfahrens mitzuteilen und ihnen unter Ansetzung einer Frist die Möglichkeit zu geben, sich als Privatkläger zu konstituieren. Allerdings hat die Staatsanwaltschaft nur dann eine Mitteilungspflicht, wenn das Opfer nicht schon früher im Verfahren ausdrücklich auf die Beteiligung als Privatkläger verzichtet hat.

Macht ein Opfer dagegen von der Möglichkeit der Konstituierung Gebrauch, so lässt sich die Untersuchung nicht sogleich abschliessen. Vielmehr ist dem neu als Privatkläger beteiligten Opfer Gelegenheit zu geben, Beweisanträge zu stellen, insbesondere betreffend einer allfälligen Zivilforderung.

### **2.1.47 Artikel 342 Absatz 1, 1<sup>bis</sup>, 1<sup>ter</sup> und 2**

Nach geltendem Recht kann das Gericht auf Antrag der beschuldigten Person oder der Staatsanwaltschaft oder von Amtes wegen die Verhandlung in zwei Abschnitte mit Zwischenurteil teilen (Art. 342 Abs. 1).

Da der Entscheid über die Zweiteilung des Verfahrens beim Gericht und nicht bei der Verfahrensleitung liegt, kann erst im Rahmen der Hauptverhandlung darüber befunden werden. Dieser (späte) Zeitpunkt des Entscheids wird in der Lehre kritisiert. Es wird vorgebracht, dass es ineffizient und unpraktikabel sei, wenn sich die Zweiteilung bereits während der Vorbereitung der Hauptverhandlung aufdränge und entsprechende organisatorische Anordnungen für die Hauptverhandlung erforderlich

sind.<sup>83</sup> Der Zeitpunkt des Entscheides birgt unter Umständen auch die Gefahr, dass Anträge auf Zweiteilung mit der Begründung abgelehnt werden, dass organisatorisch bereits alles vorgekehrt wurde oder der Antrag zu kurzfristig erfolgt.

Zwar ist es möglich, dass die Verfahrensleitung die Hauptverhandlung in Form einer Zweiteilung plant und das Gericht zu Beginn der Hauptverhandlung darüber als Vorfrage formell entscheidet. Es wird ausserdem als zulässig erachtet, die mit einer Zweiteilung verbundenen organisatorischen Fragen bereits in einer Vorverhandlung (Art. 332) aufzuwerfen.<sup>84</sup>

Im Sinne einer effizienten Verfahrenserledigung schlägt der Bundesrat eine differenzierte Zuständigkeit in Bezug auf den Zeitpunkt des Entscheids der Zweiteilung vor.

Wird der Antrag über die Zweiteilung in der Zeit zwischen der Rechtshängigkeit der Anklage und der Eröffnung der Hauptverhandlung gestellt, so ist gemäss *Absatz 1<sup>bis</sup> Buchstabe a* die Verfahrensleitung für den Entscheid zuständig. Dies gilt auch dann, wenn sich ein solcher Entscheid von Amtes wegen bereits während der Vorbereitung der Hauptverhandlung aufdrängt. Wird der Antrag erst nach der Eröffnung der Hauptverhandlung gestellt, so ist – wie bereits nach geltendem Recht – das Gericht für den Entscheid zuständig (*Abs. 1<sup>bis</sup> Bst. b*).

Lehnt die Verfahrensleitung einen Antrag auf Zweiteilung ab, so kann dieser gemäss *Absatz 1<sup>ter</sup>* im Rahmen der Hauptverhandlung erneut vorgebracht werden.

*Absatz 2* wird dahingehend ergänzt, dass nicht nur die Entscheide des Gerichts, sondern auch diejenigen der Verfahrensleitung bezüglich die Zweiteilung der Hauptverhandlung nicht angefochten werden können.

## **2.1.48 Artikel 352 Absatz 1, 1<sup>bis</sup> und 3**

Im Rahmen der Evaluation des Opferhilfegesetzes wurden unter anderem auch die Auswirkungen des Strafbefehlsverfahrens auf Opfer untersucht.<sup>85</sup>

Diesbezüglich wird im Schlussbericht über die Evaluation des Opferhilfegesetzes festgestellt, dass Handlungsbedarf in Bezug auf die Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafbefehlsverfahren besteht.<sup>86</sup>

Es wird empfohlen zu prüfen, den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens einzuschränken, um die Situation von Opfern zu verbessern.<sup>87</sup> Offenbar ist es Opfern von Straftaten für die persönliche Verarbeitung des Geschehenen ein Anliegen, dass die Straftaten von einem Gericht in einem ordentlichen Verfahren und nicht im Strafbefehlsverfahren beurteilt werden. Für das Opfer sei es wichtig, dass es das Strafverfahren nicht als summarische Erledigung einer – nach seinem Empfinden – sehr wichtigen Angelegenheit wahrnehme.<sup>88</sup>

Der Bundesrat kann dieses Anliegen der Opfer durchaus nachvollziehen. Wird doch in einem (grundsätzlich) öffentlichen Gerichtsverfahren von einer (von der Staats-

<sup>83</sup> BSK StPO-*Hauri/Venetz*, Art. 342 N 10.

<sup>84</sup> BSK StPO-*Hauri/Venetz*, Art. 342 N 10; *Schmid*, Handbuch, N 1291.

<sup>85</sup> Schlussbericht 2015, S. 44 ff.

<sup>86</sup> Schlussbericht 2015, S. 47.

<sup>87</sup> Schlussbericht 2015, S. 48 und 121.

<sup>88</sup> Schlussbericht 2015, S. 45 f.

anwaltschaft) unabhängigen Behörde festgestellt, dass dem Opfer Unrecht widerfahren und es in seiner persönlichen Integrität verletzt worden ist.

Nach geltendem Recht kann die Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren mit einem Strafbefehl erledigen, wenn die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden oder dieser anderweitig ausreichend geklärt ist und sie – unter Einrechnung einer allfälligen zu widerrufenden bedingten Strafe oder Entlassung, eine Busse, eine Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen, eine Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden für ausreichend hält (Art. 352 Abs. 1).

Der Bundesrat schlägt zur Umsetzung des Anliegens vor, den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens einzuschränken, sofern Opfer betroffen sind; allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen:

Im Bereich der leichte(re)n Kriminalität soll keine Einschränkung stattfinden, sondern erst bei Straftaten einer gewissen Schwere. Dahingehend lautet auch die Empfehlung im Bericht zur Evaluation des OHG.<sup>89</sup> *Absatz 1<sup>bis</sup>* sieht deshalb vor, dass die Erledigung des Strafverfahrens mittels Strafbefehl erst dann ausgeschlossen ist, wenn eine Strafe von mehr als 120 Tagessätzen Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten in Betracht kommt. Diese Grenze entspricht jener von Artikel 132 Absatz 3 für die Beurteilung, ob ein Bagatellfall vorliegt.

Zudem macht eine Einschränkung des Strafbefehlsverfahrens nur Sinn, wenn sich das Opfer am Verfahren überhaupt beteiligt. Es wird deshalb vorausgesetzt, dass sich das Opfer als Privatklägerin konstituiert hat, damit die Erledigung des Strafverfahrens mittels Strafbefehl, bei Überschreitung der oben genannten Strafgrenze, ausgeschlossen wird. Nur dann ist es gerechtfertigt, von den geltenden Zuständigkeitsregeln abzuweichen.

Überdies wurde geprüft, ob das ordentliche Verfahren nur auf Wunsch des Opfers zum Zuge kommen beziehungsweise dem Opfer ein Verzichtsrecht auf ein solches eingeräumt werden soll. Denn es gibt Opfer, die kein Interesse an einer öffentlichen Verhandlung oder erneute Einvernahmen haben.

Diese Möglichkeiten wurde jedoch aus folgendem Grund verworfen: Die Zuständigkeit von Strafbehörden sollte nicht vom Verhalten einer Partei abhängig gemacht werden, weil dies zu Missbrauch verleiten könnte; selbst wenn solche Fälle selten vorkommen dürften. So könnte das Opfer beispielsweise versucht sein, nur darum ein ordentliches Verfahren zu wünschen, um damit die beschuldigte Person um die Vorteile des Strafverfahrens zu bringen oder sich den Verzicht auf ein ordentliches Verfahren entgelten zu lassen.

Die Anpassungen der *Absätze 1 und 3* sind durch die neue Regelung in Absatz 1<sup>bis</sup> bedingt.

## **2.1.49 Artikel 352a**

Anders als noch im Entwurf des Bundesrates vorgesehen,<sup>90</sup> findet sich in der geltenden StPO keine Regelung mehr, welche die Staatsanwaltschaft explizit verpflichten würde, die beschuldigte Person vor Erlass eines Strafbefehls einzuvernehmen. Die

<sup>89</sup> Schlussbericht 2015, S. 121.

<sup>90</sup> Vgl. Art. 356 E-StPO.

im Entwurf vorgesehene Einvernahmepflicht wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen gestrichen; dies um die Effizienz des Strafbefehlsverfahrens nicht zu gefährden.<sup>91</sup>

Die Staatsanwaltschaft ist allerdings dann gehalten, eine Einvernahme durchzuführen, wenn dies zur Klärung des Sachverhalts oder für einen verurteilenden Entscheid unumgänglich ist (Grundsätze der materiellen Wahrheit und der richterlichen Überzeugung).<sup>92</sup> Darüber hinaus liegt die Durchführung einer Einvernahme in ihrem Ermessen. Das Fehlen einer expliziten Einvernahmepflicht wird in der Praxis und Lehre jedoch kritisiert.<sup>93</sup>

Zwar kann der fehlenden Einvernahmepflicht insbesondere dadurch begegnet werden, dass die beschuldigte Person gegen den Strafbefehl Einsprache erheben kann, wenn sie damit nicht einverstanden ist. Auf erfolgte Einsprache hin hat die Staatsanwaltschaft weitere Beweise abzunehmen, insbesondere den Beschuldigten einzuvernehmen.<sup>94</sup> Die Praxis zeigt jedoch, dass gegen Strafbefehle selten Einsprache erhoben wird (vgl. auch nachfolgend Ziff. 2.1.51).

In der Lehre wird zurecht geltend gemacht, dass damit der Rechtsbehelf der Einsprache zweckentfremdet werde. Dieser diene nicht dazu, nachträglich Verfahrensgrundrechte wie zum Beispiel das rechtliche Gehör einzufordern, sondern sich gegen einen im Schuld- oder Bestrafungspunkt unangebrachten Strafbefehl zu wehren. Ausserdem setze sich der Beschuldigte mit Anhebung des Einspracheverfahrens zusätzlichen Kostenrisiken und sogar der Gefahr der schwereren Bestrafung aus.<sup>95</sup>

Mit Blick auf den allgemeinen Grundsatz des fairen Verfahrens sei eine Einvernahme schliesslich unabdingbar, wenn eine Sanktion von einer gewissen Schwere zu erwarten ist. Im Rahmen dieser Einvernahme könne auch sichergestellt werden, dass sich der Beschuldigte über die Konsequenzen des Strafbefehls im Klaren sei (vgl. auch nachfolgend Ziff. 2.1.51).<sup>96</sup>

In gewissen Kantonen finden sich zwar Weisungen, welche die Staatsanwaltschaften unter bestimmten Voraussetzungen verpflichten, die beschuldigte Person vor Erlass des Strafbefehls einzuvernehmen.<sup>97</sup> Angesichts der überzeugenden Kritik erscheint es dem Bundesrat allerdings sinnvoller, eine schweizweit einheitlich geltende Regelung einzuführen. Er schlägt deshalb in einem neuen Artikel 352a eine Einvernahmepflicht vor.

Diese Einvernahmepflicht soll jedoch nicht generell gelten, denn dies würde zu einer enormen Mehrbelastung der Staatsanwaltschaften führen. Vielmehr soll die Einvernahmepflicht erst ab einer gewissen Schwere der Straftat gelten. In Anlehnung an

<sup>91</sup> AB S 2006, 984 und 1050; AB N 2007, 1024.

<sup>92</sup> *Daphinoff*, Strafbefehlsverfahren, S. 343 f.

<sup>93</sup> *Thommen*, Prozess, S. 78 ff.; *Daphinoff*, Strafbefehlsverfahren, S. 343 f.; BSK StPO-Franz Riklin, Art. 352 N 2; *Saluz*, Anwaltsrevue 2012, S. 229; *Thommen/Grädel*, plädoyer 2016, S. 10; *Schwarzenegger*, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 352 N 5.

<sup>94</sup> *Daphinoff*, Strafbefehlsverfahren, S. 343 f.; *Thommen*, Prozess, S. 80 f.

<sup>95</sup> *Thommen*, Prozess, S. 79 f.

<sup>96</sup> *Christian Schwarzenegger* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 352 N. 5.

<sup>97</sup> Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft über das Vorverfahren (WOSTA) des Kantons Zürich, Ziff. 14.1.2, abrufbar unter: [www.staatsanwaltschaften.zh.ch](http://www.staatsanwaltschaften.zh.ch) > Strafverfahren > Erlasse; Weisung 4.4 Strafbefehl der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Schwyz, Ziff. 2.2, abrufbar unter: [www.sz.ch](http://www.sz.ch) > Behörden > Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Schwyz.

die in einigen Kantonen geltenden Weisungen und denjenigen kantonalen Strafprozessordnungen, welche vor dem Inkrafttreten der StPO ebenfalls obligatorische Einvernahmen vorsahen<sup>98</sup>, sowie an Artikel 132 Absatz 4, schlägt der Bundesrat Folgendes vor:

Die beschuldigte Person ist zwingend einzuvernehmen, wenn sich eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten (Bst. a), eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen (Bst. b) oder der Widerruf eines bedingt gewährten Vollzugs einer Freiheitsstrafe (Bst. c) abzeichnet.

Die Einvernahmepflicht soll selbst dann gelten, wenn eine bedingte Strafe in Aussicht steht. Zwar hat der Strafbefehl in solchen Fällen – abgesehen vom Eintrag ins Strafregister – noch keine unmittelbar spürbare Wirkung. Die Pflicht zur Einvernahme rechtfertigt sich jedoch auch in diesen Fällen aufgrund von Artikel 44 Absatz 3 StGB, wonach das Gericht dem Verurteilten die Bedeutung und die Folgen der bedingten (teilbedingten) Strafe erklärt.

Unterhalb dieser Grenze soll es im Ermessen der Staatsanwaltschaften sein, ob sie die beschuldigte Person vor Erlass des Strafbefehls einvernehmen. Den Kantonen bleibt es überdies unbenommen, Weisungen betreffend weitergehende Einvernahmepflichten vorzusehen.

## **2.1.50 Artikel 353 Absatz 2**

Gemäss geltendem Recht kann im Erwachsenenstrafprozess – anders als im Jugendstrafprozess (vgl. Art. 32 Abs. 3 JStPO) – im Strafbefehl nicht über Zivilforderungen entschieden werden. Soweit die beschuldigte Person die Zivilforderung anerkennt, wird dies im Strafbefehl vermerkt. Nicht anerkannte Forderungen werden auf den Zivilweg verwiesen (Art. 352 Abs. 2). Diese Regelung wird in der Lehre als geschädigten- und opferunfreundlich sowie bei Gesamtbetrachtung der Rechtspflege als ineffizient kritisiert.<sup>99</sup>

Der Bundesrat schlägt daher eine Angleichung an den Jugendstrafprozess vor. Es ist in der Tat nicht sinnvoll, wenn die Staatsanwaltschaft eine an sich liquide, aber von der beschuldigten Person bestrittene Forderung auf den Zivilweg verweisen muss.

Im Strafbefehlsverfahren soll jedoch nicht über Forderungen in unbegrenzter Höhe entschieden werden können. Die Grenze soll auch nicht zu tief angesetzt werden; dies wäre nicht im Interesse der Geschädigten. Der Bundesrat schlägt daher vor, die Grenze bei 30 000 Franken anzusetzen. So liegt beispielsweise der Mindeststreitwert für Beschwerden in Zivilsachen vor dem Bundesgericht grundsätzlich bei 30 000 Franken (Art. 74 Abs. 1 BGG). Soweit Kantone im Zivilverfahren die einzelrichterliche Beurteilung von Forderungen beschränken, so liegt die Grenze ebenfalls bei 30 000 Franken.

Daher soll die Staatsanwaltschaft gemäss *Absatz 2* künftig Zivilforderungen im Strafbefehl beurteilen können, sofern folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

<sup>98</sup> Vgl. dazu die Übersicht in *Gilliéron*, Fehlrteilen, S. 114 f.

<sup>99</sup> BSK StPO-Riklin, Art. 353 N 6; *Thommen*, Prozess, S. 91 f.; *Saluz*, Anwaltsrevue 2012, S. 229; Schlussbericht 2015, S. 49.

Zum einen muss gemäss *Buchstabe a* die Zivilforderung auf tatsächlich ausreichend geklärten Verhältnissen basieren, das heisst, deren Beurteilung muss ohne besondere Umstände möglich sein.<sup>100</sup> Zum anderen darf der strittige Betrag gemäss *Buchstabe b* nicht höher als 30 000 Franken sein.

### 2.1.51 Artikel 354 Absatz 1–1<sup>ter</sup>

Die Privatklägerschaft ist nach geltendem Recht nicht explizit zur Einsprache legitimiert.

Gemäss Lehre kann die Einsprachelegitimation der Privatklägerschaft jedoch in gewissen Fällen unter die Generalklausel von *Absatz 1* Buchstabe b subsumiert werden; dies wenn sie ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Strafbefehls hat.<sup>101</sup> Einigkeit herrscht in der Literatur darüber, dass die Privatklägerschaft mangels Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der ausgesprochenen Strafe nicht zur Einsprache berechtigt ist, da die Bestrafung allein dem Staat zusteht.<sup>102</sup>

Das Bundesgericht räumt der Privatklägerschaft die Einsprachelegitimation ein, wenn sie in einer analogen Situation gemäss Artikel 382 Absatz 1 legitimiert wäre, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Würde man anders entscheiden, wäre diejenige Privatklägerschaft, die Geschädigte eines Delikts ist, das im Strafbefehlsverfahren beurteilt werden kann, benachteiligt gegenüber einem Straf- und/oder Zivilkläger, der an einem ordentlichen Verfahren beteiligt ist. Während Erstere sich mit dem Strafbefehl abfinden müsste, könnte Letzterer zumindest an die zweite kantonale Instanz und allenfalls sogar an das Bundesgericht gelangen.<sup>103</sup>

Um diese nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zu beseitigen, sieht *Buchstabe a<sup>bis</sup>* von Absatz 1 vor, dass die Privatklägerschaft explizit zur Einsprache legitimiert ist. Dies muss umso mehr gelten, weil der Bundesrat vorschlägt, dass im Strafbefehlsverfahren über gewisse Zivilforderungen soll entschieden werden können (vgl. oben Ziff. 2.1.50).

Gemäss *Absatz 1<sup>bis</sup>* ist die Einsprache der Privatklägerschaft – analog Artikel 382 Absatz 2 – hinsichtlich der ausgesprochenen Strafe jedoch ausgeschlossen.

Des Weiteren schlägt der Bundesrat in *Absatz 1<sup>er</sup>* eine differenzierte Einsprachefrist vor. Die 10-tägige Frist gemäss geltendem Recht wird in der Praxis und der Lehre als zu kurz respektive als grenzwertig kritisiert.<sup>104</sup>

Gegen Strafbefehle wird in der Praxis relativ selten Einsprache erhoben.<sup>105</sup> Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, dass die verurteilte Person diesen akzeptiert. Es kann sein, dass sie nur deshalb keine Einsprache erhebt, weil zum Beispiel die Zeit nicht reicht für vertiefte Abklärungen der Sachlage und der Prozesschancen oder weil der Inhalt und die Tragweite des Strafbefehls aus Sprachunkundigkeit, Leseschwierigkeiten oder intellektuellen Defiziten schlicht nicht verstanden wird

<sup>100</sup> BSK JStPO-Hebeisen, Art. 32 N 12.

<sup>101</sup> BSK StPO-Riklin, Art. 354 N 9 ff.; Thommen, Prozess, S. 110 ff.

<sup>102</sup> BGE 141 IV 231 E. 2.3 f. (m.w.H.).

<sup>103</sup> BGE 141 IV 231 E. 2.6.

<sup>104</sup> Daphinoff, Strafbefehlsverfahren, S. 608; Thommen/Grädel, plädoyer 2016, S. 12.

<sup>105</sup> BSK StPO-Riklin, Art. 354 N 3; Thommen/Grädel, plädoyer 2016, S. 11.

etc.<sup>106</sup> Angesichts der Masse der Strafverfahren, die mittels Strafbefehl erledigt werden, der beträchtlichen Strafkompetenz der Staatsanwaltschaft und weiteren Konsequenzen, die ein Strafbefehl zeitigen kann (z. B. Strafregistereintrag) sowie der Tatsache, dass ein Strafbefehl – unter Vorbehalt von Artikel 352a VE-StPO – auch ohne vorgängige Anhörung der betroffenen Person erlassen werden kann, erscheint eine Verlängerung der Einsprachefrist in gewissen Fällen durchaus als gerechtfertigt.

Der Bundesrat schlägt deshalb vor, dass bei Strafbefehlen, die der betroffenen Person persönlich von der Staatsanwaltschaft ausgehändigt werden, die Einsprachefrist bei 10 Tagen belassen wird. In diesen Fällen kann die Staatsanwaltschaft der betroffenen Person den Inhalt des Strafbefehls und seine Konsequenzen – sofern nötig – erklären. Eine Verlängerung der Frist erscheint daher nicht angezeigt.

In allen anderen Fällen, in denen der Strafbefehl zum Beispiel per Post oder öffentliche Bekanntmachung zugestellt wird, beträgt die Einsprachefrist neu 20 Tage. Damit soll die oben dargestellte Problematik bis zu einem gewissen Grad entschärft werden.

### 2.1.52 Artikel 355 Absatz 2

Nach geltendem Recht gilt die Einsprache auf einen Strafbefehl als zurückgezogen, wenn die Einsprache erhebende Person trotz Vorladung unentschuldig der Einvernahme fern bleibt (Art. 355 Abs. 2).

Diese Rückzugsfiktion wird in der Lehre kritisiert. Es wird die Ansicht vertreten, sie lasse sich nicht mit dem Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Artikel 6 Ziffer 1 EMRK vereinbaren. Zudem führe die Rückzugsfiktion im Strafbefehlsverfahren zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung. Eine beschuldigte Person, die einem ordentlichen Verfahren unentschuldig fernbleibt, habe einen Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung; allenfalls in einem Abwesenheitsverfahren.<sup>107</sup>

Das Bundesgericht hat unter Berücksichtigung der geäusserten Kritik die Rückzugsfiktion dahingehend relativiert, als dass ein konkludenter Rückzug der Einsprache auf einen Strafbefehl nur dann angenommen werden darf, «wenn sich aus dem gesamten Verhalten des Betroffenen der Schluss aufdrängt, er verzichte mit seinem Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bewusst auf den ihm zustehenden Rechtsschutz. Der vom Gesetz an das unentschuldigte Fernbleiben geknüpfte (fingierte) Rückzug der Einsprache setzt deshalb voraus, dass sich der Beschuldigte der Konsequenzen seiner Unterlassung bewusst ist und er in Kenntnis der massgebenden Rechtslage auf die ihm zustehenden Rechte verzichtet.»<sup>108</sup>

Der Bundesrat schlägt deshalb vor, auf die kritisierte Ungleichbehandlung zu verzichten und *Absatz 2* aufzuheben.

<sup>106</sup> *Daphinoff*, Strafbefehlsverfahren, S. 608; BSK StPO-*Riklin*, Art. 354 N 3; *Albrecht*, plädoyer 2014, S. 21; *Thommen/Grädel*, plädoyer 2016, S. 10; *Saluz*, Anwaltsrevue 2012, S. 229.

<sup>107</sup> BSK StPO-*Riklin*, Art. 355 N 2, m.w.H..

<sup>108</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 27. Mai 2013, 6B\_152/2013 E. 4.5.1.

### 2.1.53 Artikel 356 Absatz 4

Aus den oben unter Ziffer 2.1.52 dargelegten Gründen soll auch im Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht darauf verzichtet werden, dass ein unentschuldigtes Fernbleiben der Einsprache erhebenden Person von der Hauptverhandlung den Rückzug ihrer Einsprache fingiert. *Absatz 4* ist deshalb aufzuheben.

### 2.1.54 Artikel 364 Absatz 5

Das Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden ist im geltenden Recht nur sehr rudimentär geregelt. So ist beispielsweise unklar, ob bei Abwesenheit der betroffenen Person die Regeln des Abwesenheitsverfahrens (Art. 366 ff.) gelten.

Aus diesem Grund schlägt der Bundesrat in *Absatz 5* vor, dass die Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahrens sinngemäss anwendbar sein sollen, soweit den Artikeln 364 ff. keine besonderen Vorschriften zu entnehmen sind.

### 2.1.55 Artikel 364a (neu)

Im Jahre 2010 wurde die Motion 09.3443 (Sommaruga Carlo, Rückversetzung von verurteilten Personen) an den Bundesrat überwiesen. Er wurde im Wesentlichen damit beauftragt zu prüfen, ob im Hinblick auf die Rückversetzung von verurteilten Personen in den Straf- und Massnahmenvollzug, die StPO dahingehend geändert werden soll, dass in dringenden Fällen – und insbesondere zum Schutz der Öffentlichkeit – die Administrativbehörden einen provisorischen Entscheid betreffend Rückversetzungsmassnahmen (Haft) fällen können.

Nach geltendem Recht sind die Gerichte auf Antrag der Vollzugsbehörden für Entscheide namentlich betreffend die Rückversetzung von verurteilten Personen in den Straf- oder Massnahmenvollzug zuständig (vgl. Art. 62a Abs. 3, 64a Abs. 3, Art. 95 Abs. 5 StGB).

Der tragische Fall von Lucie Trezzini hat gezeigt, dass ein Erfordernis nach einer Regelung besteht, um der Gefahr für die Öffentlichkeit, die von einer verurteilten Person ausgehen kann, möglichst rasch begegnen zu können. In etlichen Kantonen gibt es denn auch bereits solche Bestimmungen, welche es den Vollzugsbehörden in gewissen Fällen erlauben, im Hinblick auf die Einleitung eines Verfahrens auf Erlass eines nachträglichen richterlichen Entscheides, die betroffene Person in Haft zu nehmen beziehungsweise sie darin zu belassen.<sup>109</sup>

Der Bundesrat ist jedoch der Auffassung, dass in diesem Bereich – wie von der Motion gefordert – eine schweizweit einheitliche Regelung angezeigt ist. Diese soll basierend auf den bestehenden kantonalen Regelungen in einem neuen Artikel 364a VE-StPO verankert werden.

*Absatz 1* sieht vor, dass die für die Einleitung eines Verfahrens auf Erlass eines nachträglichen richterlichen Entscheides zuständigen Behörde (Art. 364 Abs. 1 StPO; i.d.R. die Vollzugsbehörde, subsidiär die Staatsanwaltschaft) im Hinblick auf ein

<sup>109</sup> Z. B. § 44 EG-StPO Kt. AG, Art. 89 JG Kt. AR, Art. 38a SMVG Kt. BE, Art. 20 JVG Kt. GR, Art. 6a EG-StPO Kt. UR, § 25 JVG Kt. LU, Art. 50 EG-StPO Kt. SG, Art. 95<sup>bis</sup> JG Kt. SH, § 22 StJVG Kt. ZH, Art. 19 LEPM Kt. JU.

solches Nachverfahren die verurteilte Person festnehmen lassen kann wenn gewisse Voraussetzungen vorliegen.

Alternativ wurde geprüft, ob die für die Einleitung eines Nachverfahrens zuständige Behörde die Festnahme der verurteilten Person der Staatsanwaltschaft beantragen muss, die ihrerseits das Haftverfahren in die Wege leitet (vgl. § 44 EG-StPO Kt. AG). Diese Variante wurde jedoch verworfen, weil in einigen Kantonen spezielle Vollzugsgerichte zuständig sind. Hier ist eine Antragstellung an die Staatsanwaltschaft aus hierarchischen Gründen nicht angezeigt. Zudem kann das Dazwischenschalten einer zusätzlichen Behörde zu unerwünschten Zeitverzögerungen führen. Schliesslich sieht auch Artikel 440 Absatz 1 StPO die Zuständigkeit der Vollzugsbehörde vor.

Damit die zuständige Behörde die verurteilte Person festnehmen lassen kann, muss gemäss *Absatz 1* zeitliche Dringlichkeit für eine solche Massnahme bestehen (vgl. auch Art. 440 Abs. 1 StPO). Ansonsten ist das Verfahren auf Erlass eines nachträglichen richterlichen Entscheides einzuleiten und ein entsprechender Antrag dem hierfür zuständigen Gericht zu stellen (vgl. Art. 364b VE-StPO).

Des Weiteren verlangt Absatz 1, dass ernsthaft zu erwarten ist, dass zum einen gegen die verurteilte Person eine freiheitsentziehende Sanktion (z. B. der unbedingte Vollzug der Restfreiheitsstrafe oder der Vollzug einer stationären therapeutischen anstelle einer ambulanten Massnahme) angeordnet wird<sup>110</sup> und zum anderen von der verurteilten Person gemäss *Buchstabe a* entweder Fluchtgefahr ausgeht (analog Art. 221 Abs. 1 Bst. a StPO) oder sie gemäss *Buchstabe b* erneut eine schwere Straftat begehen könnte (analog Art. 221 Abs. 1 Bst. c StPO). In Bezug auf letzteres Kriterium, so reicht die bloss hypothetische Möglichkeit eines Rückfalls nicht aus; dies gilt ebenso wenig für die Befürchtung, dass die betroffene Person geringfügige Straftaten begehen könnte.<sup>111</sup>

Die zuständige Behörde führt gemäss *Absatz 2* ein Haftverfahren analog Artikel 224 StPO durch, insbesondere hat sie die verurteilte Person zu befragen und ihr die Möglichkeit zu geben, sich zu äussern. Zudem hat die Behörde jene Beweise zu erheben, die zur Erhärtung oder Entkräftung der Haftgründe geeignet und ohne weiteres verfügbar sind (Art. 224 Abs. 1 StPO). Dem Zwangsmassnahmengericht ist innert 48 Stunden seit der Festnahme die Anordnung der Sicherheitshaft zu beantragen (Art. 224 Abs. 2 StPO). Das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht richtet sich sinngemäss nach den Bestimmungen von Artikel 225 und 226 StPO.

Damit werden auch die völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben (Art. 5 Abs. 3 EMRK, Art. 31 Abs. 3 BV) eingehalten (vgl. oben Ziff. 2.1.29 ff.).

Aufgrund des Beschleunigungsgebotes (Art. 5 Abs. 2 StPO) bestimmt *Absatz 3*, dass die zuständige Behörde dem für das Nachverfahren zuständigen Gericht so rasch als möglich die entsprechenden Akten sowie ihren Antrag einzureichen hat.

<sup>110</sup> Vgl. z. B. Urteil des Bundesgerichts vom 11. Nov. 2016 1B\_371/2016 E. 6.3.

<sup>111</sup> BSK StPO-Heer, Art. 364 N 9; BGE 137 IV 333 E. 2.3.1.

### 2.1.56 Artikel 364b (neu)

In der geltenden StPO ist die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft im Zusammenhang mit einem Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheidungen (Art. 363 ff. StPO; sog. Nachverfahren) nicht explizit geregelt.

Nach der (gefestigten) Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diese während der Dauer des Nachverfahrens, d. h. ab dessen Einleitung bis zur Rechtskraft des neuen Urteils zulässig; dies in analoger Anwendung der Bestimmungen zur Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 229–233 i.V.m. 221 und 220 Abs. 2 StPO). Aus der Rechtsprechung ergibt sich auch die Frage der Zuständigkeit.<sup>112</sup>

Angesichts der Eingriffsschwere dieser Zwangsmassnahme ist eine fehlende explizite Regelung der Sicherheitshaft während der Dauer eines Nachverfahrens rechtsstaatlich bedenklich. Der Bundesrat sieht deshalb vor, die Sicherheitshaft während eines solchen Verfahrens basierend auf der Rechtsprechung des Bundesgerichts gesetzlich in der StPO zu verankern.

*Absatz 1* sieht vor, dass die Verfahrensleitung des für den nachträglichen Entscheid zuständigen Gerichts (analog Art. 229 Abs. 2 StPO), die verurteilte Person festnehmen lassen kann. Aus Gründen der Kohärenz sind hierfür die gleichen Gründe vorausgesetzt wie bei der Sicherheitshaft vor Einleitung des Nachverfahrens (vgl. oben Art. 364a VE-StPO).

Die Verfahrensleitung des Gerichts führt nach *Absatz 2* in sinngemässer Anwendung von Artikel 224 StPO ein Haftverfahren durch. Da Bund und Kantone gemäss Artikel 363 Absatz 1 StPO Abweichungen von Zuständigkeit des Gerichts, welches das erstinstanzliche Urteil gefällt hat, vorsehen können (z. B. ein kantonales letztinstanzliches Gericht), ist die Sicherheitshaft entweder beim Zwangsmassnahmengericht (analog Art. 229 Abs. 2 StPO) oder bei der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz zu beantragen (analog Art. 232 VE-StPO).

Bei vorbestehender Sicherheitshaft (vgl. Art. 364a VE-StPO) richtet sich das Verfahren bezüglich einer allfälligen Haftverlängerung sinngemäss nach Artikel 227 StPO (*Abs. 3*).

Im Übrigen sollen gemäss *Absatz 4* die Artikel 230–233 StPO anwendbar sein.

### 2.1.57 Artikel 365 Absatz 3

Die Frage, welches Rechtsmittel gegen selbständige nachträgliche Entscheide des Gerichts zulässig ist, ist umstritten. Dies weil Artikel 365 nicht ausdrücklich regelt, in welcher Rechtsform (Urteil oder Beschluss resp. Verfügung; vgl. Art. 80 Abs. 1) der Entscheid zu ergehen hat.

Der überwiegende Teil der Lehre spricht sich für die Beschwerde aus, denn der selbständige nachträgliche Entscheid des Gerichts ergehe – insbesondere wegen des engen Urteilsbegriffs respektive mangels Vorliegen eines neuen Sachurteils – in Form einer Verfügung beziehungsweise eines Beschlusses.<sup>113</sup> Gemäss Rechtspre-

<sup>112</sup> BGE 137 IV 333 E. 2; Urteile des Bundesgerichts vom 27. Jan. 2012 1B\_6/2012; 3. Mai 2013 1B\_146/2013; 11. Nov. 2016 1B\_371/2016.

<sup>113</sup> BGE 141 IV 396 E. 3.6 f. (m.w.H.); BBI 2006 1085, 1298.

chung des Bundesgerichts ist gegen selbständige nachträgliche Entscheide die Beschwerde möglich, nicht aber die Berufung.<sup>114</sup> Die kantonale Praxis ist geteilt.<sup>115</sup>

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wird von der Lehre kritisiert. Als Begründung wird insbesondere vorgebracht, dass nicht einzusehen sei, weshalb gegen eine erstinstanzliche Massnahme – wie zum Beispiel die Verwahrung – eine Berufung möglich, hingegen, wenn die gleiche Massnahme im Rahmen eines selbständigen nachträglichen Entscheids angeordnet werde, nur die Beschwerde zulässig sei. Ausserdem werde die Beschwerde der inhaltlichen Tragweite eines grossen Teils der nachträglichen Entscheide nicht gerecht und schränke die Verfahrensrechte der betroffenen Person in unerwünschter Weise ein.<sup>116</sup>

Um diesen (überzeugenden) Bedenken Rechnung zu tragen, wird in einem neuen *Absatz 3* explizit festgehalten, dass gegen nachträgliche Entscheide (ungeachtet ihrer Rechtsform) die Berufung eingelegt werden kann.

### 2.1.58 Artikel 366 Absätze 1–3

Die Voraussetzungen für das Abwesenheitsverfahren sollen vereinfacht werden.

Das Gericht darf nach geltendem Recht ein Abwesenheitsurteil bei Ausbleiben der beschuldigten Person in der Regel nicht bereits in der ersten, sondern erst anlässlich einer neu angesetzten, zweiten Hauptverhandlung ausfallen (zur Ausnahme vgl. Art. 366 Abs. 3 StPO). Diese Regelung wird in der Praxis und Lehre aus Gründen der Prozessökonomie kritisiert.<sup>117</sup>

Aus diesem Grund soll nach *Absatz 1* das Gericht bei Ausbleiben der ordnungsgemäss vorgeladenen beschuldigten Person bereits anlässlich der ersten Hauptverhandlung ein Abwesenheitsverfahren durchführen können, sofern sie im bisherigen Verfahren ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu den ihr vorgeworfenen Straftaten zu äussern, und die Beweislage ein Urteil ohne ihre Anwesenheit zulässt. Dies gilt auch für den Sonderfall, dass sich die beschuldigte Person selbst in den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit versetzt (z. B. komplett betrunken zur Verhandlung erscheint). Dieser Fall besteht bereits nach geltendem Recht (Abs. 3) und wird in Absatz 1 integriert. Der Fall, bei dem sich die inhaftierte beschuldigte Person weigert, vorgeführt zu werden, lässt sich unter Absatz 1 subsumieren; eine explizite Nennung erscheint deshalb obsolet.

Dem Gericht bleibt es gemäss *Absatz 2* unbenommen, anstatt ein Abwesenheitsurteil auszufällen, das Verfahren zu sistieren oder eine zweite Hauptverhandlung anzusetzen. Diesfalls nimmt es diejenigen Beweise ab, die keinen Aufschub dulden.

*Absatz 3* enthält neu die im geltenden Recht in Absatz 4 geregelten Voraussetzungen.

Die in Abwesenheit verurteilte Person kann gemäss Artikel 368 StPO eine neue Beurteilung verlangen. Auch wenn ein Abwesenheitsurteil neu bereits anlässlich der ersten Hauptverhandlung ausgefällt werden können soll, so soll die Neubeurteilung

<sup>114</sup> BGE 141 IV 396 E. 3.8 und 4.7.

<sup>115</sup> BGE 141 IV 396 E. 3.6 f. (m.w.H.); BSK StPO-Heer, Art. 365 N 9 ff.

<sup>116</sup> BGE 141 IV 396 E. 3.9 f. (m.w.H.); BSK StPO-Heer, Art. 365 N 10.

<sup>117</sup> BSK StPO-Maurer, Art. 366 N 15; Pa. Iv. 13.427 Schneider-Schüttel, Strafprozessordnung. Vereinfachung des Abwesenheitsverfahrens.

aus Gründen der Missbrauchsgefahr nicht voraussetzungslos gewährt werden. Es soll nach wie vor verlangt werden, dass die verurteilte Person der Hauptverhandlung unentschuldig ferngeblieben ist (Art 368 Abs. 3 StPO). Allerdings liegt die Beweislast für das Verschulden beim Staat. Das Vorliegen verschuldeter Säumnis darf – gerade mit Blick auf die Vereinfachung des Abwesenheitsverfahrens – jedoch nicht leichthin angenommen werden.<sup>118</sup>

### 2.1.59 Artikel 377 Absatz 4

Gemäss geltendem Recht ergeht ein allfälliger Einspracheentscheid des Gerichts im Rahmen eines selbständigen Einziehungsverfahrens in Form eines Beschlusses oder einer Verfügung (Art. 377 Abs. 4 StPO). Deshalb kann dieser Entscheid nur mit Beschwerde angefochten werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. b StPO).

Da gegen selbständige nachträgliche Entscheide anstelle der Beschwerde neu die Berufung zulässig sein soll (vgl. oben Ziff. **Error! Reference source not found.**), wird in *Absatz 4* aus Kohärenzgründen ebenfalls die Berufung als zulässiges Rechtsmittel gegen einen Einspracheentscheid des Gerichts vorgeschlagen.

### 2.1.60 Artikel 388 Absatz 2 Buchstabe a–c

Der bisherige Wortlaut von Artikel 388 wird neu zu Absatz 1.

Der neue *Absatz 2* schlägt vor, die Zuständigkeit der Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz auf gewisse Nichteintretensentscheide (Bst. a–c) auszuweiten. Es handelt sich dabei um Fälle, bei denen das Rechtsmittelverfahren aus formellen Gründen nicht durchzuführen oder frühzeitig zu beenden ist. Eine materielle Auseinandersetzung mit der Sache findet nicht statt. Die Zuständigkeit bei einem (allfälligen) Kollegialgericht zu belassen, erscheint in diesen Fällen daher wenig verfahrensökonomisch.<sup>119</sup> Eine analoge Regelung findet sich in Artikel 108 BGG.

Die Verfahrensleitung soll gemäss *Buchstabe a* einen Nichteintretensentscheid fällen können, wenn das Rechtsmittel *offensichtlich unzulässig* ist (vgl. Art. 390 Abs. 2 StPO). Dies ist dann der Fall, wenn eine Prozessvoraussetzung offensichtlich fehlt, so zum Beispiel, wenn die Rechtsmittelfrist offensichtlich nicht eingehalten, der Kostenvorschuss nicht (fristgerecht) geleistet wird oder es an der Rechtsmittellegitimation fehlt. Offensichtlichkeit ist dann gegeben, wenn sehr deutlich ist beziehungsweise ohne Zweifel feststeht, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlt.

Gemäss *Buchstabe b* soll die Verfahrensleitung zudem für den Nichteintretensentscheid zuständig sein, wenn das Rechtsmittel *offensichtlich keine hinreichende Begründung* enthält (Art. 385 Abs. 2 StPO). Das ist etwa dann der Fall, wenn lediglich erklärt wird, ein Rechtsmittel ergreifen zu wollen, ohne in irgendeiner Form zu begründen, inwiefern der angefochtene Entscheid Bundesrecht verletzt (zu den Anforderungen an die Begründung vgl. Art. 385 Abs. 1 StPO).

Schliesslich soll die Verfahrensleitung nach *Buchstabe c* auch einen Nichteintretensentscheid bei *querulatorischen* oder *rechtsmissbräuchlichen Rechtsmitteln* fällen

<sup>118</sup> Summers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., Art. 368 N 8; Schmid, Handbuch, N 1411; BBI 2006 1085, 1301 f.

<sup>119</sup> BSK StPO-Guidon, Art. 396 N 8.

können. Darunter sind gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts Begehren zu verstehen, «die jede vernünftige Grundlage vermissen lassen».<sup>120</sup>

Als Querulant gilt eine Person, die immer wieder aus geringfügigem oder ohne Anlass an Behörden gelangt. Sie fällt dadurch auf, dass sie oft offensichtlich unbegründete Anträge stellt oder Beschwerden führt, sich durch Belehrungen kaum beeinflussen lässt und auch dann auf ihrem vermeintlichen Recht beharrt, wenn ihrem Anliegen wiederholt nicht stattgegeben wird.<sup>121</sup>

Rechtsmissbrauch liegt dann vor, wenn jemand bei der Ausübung von Rechten und Pflichten wider Treu und Glauben handelt. Als rechtsmissbräuchlich gelten zum Beispiel Rechtsmittel, die einzig den Zweck verfolgen, Zeit zu gewinnen, die Gegenpartei mit Verfahrenskosten zu belasten oder sich an ihr zu rächen.<sup>122</sup>

Querulatorisches oder rechtsmissbräuchliches Verhalten sollte jedoch nur in extremen oder eindeutigen Fällen bejaht werden.<sup>123</sup>

## 2.1.61 Artikel 391 Absatz 2

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts schützt das Verschlechterungsverbot («reformatio in peius») die angeklagte Person nicht nur vor einer *Verschärfung* der Sanktion, sondern *auch* vor einer solchen im *Schuldpunkt*. Das Bundesgericht lehnt es ab, das Verschlechterungsverbot nur in Bezug auf die Verschärfung des Strafmasses zu reduzieren.<sup>124</sup> Somit darf die Rechtsmittelinstanz eine Verurteilung nicht durch einen Tatbestand mit höherer Strafdrohung beziehungsweise eine härtere rechtliche Qualifikation im Sinne einer höheren Strafdrohung ersetzen, selbst wenn sie die Sanktion nicht verändert.

Um dies zu korrigieren, muss die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung einreichen, selbst wenn sie mit der ausgesprochenen Sanktion zufrieden ist. Dies ermöglicht der Rechtsmittelinstanz hingegen, auch eine höhere Strafe auszufällen, wovon das Verschlechterungsverbot ja eigentlich schützen will.

Diese Situation ist unbefriedigend und wird in der Lehre zurecht kritisiert.<sup>125</sup> Deshalb wird *Absatz 2* dahingehend *präzisiert*, dass das *Verschlechterungsverbot* auf die *ausgesprochene Sanktion beschränkt* sein soll. Die Rechtsmittelinstanz soll ein rechtlich unzutreffendes Urteil – unabhängig einer allfälligen Anschlussberufung durch die Staatsanwaltschaft – hinsichtlich des Schuldpunktes korrigieren können. Damit soll aber auch – mit Blick auf die Vertrauenswürdigkeit des Strafregisters – sichergestellt werden, dass auch materiell richtige Schuldsprüche eingetragen werden.<sup>126</sup>

<sup>120</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 13. Feb. 2004, 2A.77/2004 E. 2.

<sup>121</sup> BSK BGG-Belsler/Bacher, Art. 108 N 31.

<sup>122</sup> BSK BGG-Belsler/Bacher, Art. 108 N 30.

<sup>123</sup> BSK BGG-Belsler/Bacher, Art. 108 N 29.

<sup>124</sup> BGE 139 IV 282; Urteile des Bundesgerichts vom 6. Feb. 2014, 6B\_245/2013; 11. Juni 2014 6B\_772/2013.

<sup>125</sup> Wohlers, forumpoenale 2014, S. 338 f.; Oehen, forumpoenale 2014, S. 292.

<sup>126</sup> Vgl. dazu im Detail Wohlers, forumpoenale 2014, S. 338; Oehen, forumpoenale 2014, S. 291 f.

### **2.1.62 Artikel 393 Absatz 1 Buchstabe c**

Nach geltendem Recht kann ein Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts nur mit Beschwerde angefochten werden, wenn die StPO dies ausdrücklich vorsieht (vgl. z. B. Art. 222 StPO). Sofern kein ausdrückliches Beschwerderecht vorgesehen ist, bleibt einzig die (direkte) Beschwerde an das Bundesgericht möglich. Solche Fälle sind Ausnahmen vom Grundsatz der doppelten Instanz, wonach die Kantone grundsätzlich obere Gerichte als Rechtsmittelinstanzen vorsehen müssen (Art. 80 Abs. 2 BGG).

Im Rahmen der Revision des BGG ist vorgesehen, dass namentlich gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts künftig zuerst auf kantonaler Ebene Beschwerde geführt werden muss. Damit soll es im Bereich des Strafprozessrechts keine Ausnahmen vom Grundsatz der doppelten Instanz mehr geben (Art. 80 Abs. 2 VE-BGG).<sup>127</sup>

*Buchstabe c* von Absatz 1 wird dementsprechend angepasst.

### **2.1.63 Artikel 395 Buchstabe b**

Da gemäss Artikel 353 Absatz 2 *Buchstabe b* VE-StPO (vgl. oben Ziff. 2.1.62) neu im Strafbefehl über liquide Zivilforderungen soll entschieden werden können, wenn der strittige Betrag 30 000 Franken nicht übersteigt, schlägt der Bundesrat aus Kohärenzgründen auch eine Anpassung der Grenze in Artikel 395 Buchstabe b vor.

Zwar geht es in Buchstabe b nicht um Zivilforderungen im eigentlichen Sinn, aber – bei Genugtuung und Entschädigung – um vergleichbare Ansprüche.

### **2.1.64 Artikel 398 Absatz 1**

Da gegen selbständige nachträgliche Entscheide (Art. 365 Abs. 2 VE-StPO) sowie selbständige Einziehungsentscheide (Art. 377 Abs. 4 VE-StPO) neu die Berufung zulässig sein soll, wird *Absatz 1* dementsprechend ergänzt.

### **2.1.65 Artikel 410**

Die Anpassung betrifft nur den französischen Gesetzestext.

In *Buchstabe a* von Absatz 1 soll der Ausdruck «l'autorité inférieure» gestrichen werden; denn dieser ist weder im deutschen noch im italienischen Gesetzestext enthalten. Der Ausdruck ist zudem unklar, weil auch gegen ein Urteil einer Berufungsinstanz ein Revisionsgesuch gestellt werden kann.<sup>128</sup>

### **2.1.66 Artikel 431 Sachüberschrift sowie Absätze 1–2**

Die Sachüberschrift von Artikel 431 gemäss geltendem Recht ist unvollständig.

<sup>127</sup> Erläuternder Bericht 2015, Ziff. 2.4.

<sup>128</sup> Geschäftsbericht Bundesgericht 2013, S. 17.

In *Absatz 1* werden die Ansprüche geregelt, die entstehen, wenn die materiellen oder formellen Voraussetzungen einer Zwangsmassnahme im Zeitpunkt der Anordnung nicht gegeben waren, die Zwangsmassnahme somit rechtswidrig war.

Die Ansprüche, die sich aus überlanger Haft ergeben, sind in *Absatz 2* geregelt. In diesem Fall ist nicht die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft solche rechtswidrig, sondern nur deren Länge ungerechtfertigt.

Indem die Sachüberschrift gemäss geltendem Recht nur Bezug nimmt auf die rechtswidrigen Zwangsmassnahmen nach Absatz 1, greift sie zu kurz. Sie wird deshalb mit der überlangen Haft nach Absatz 2 ergänzt.

## 2.1.67 Artikel 440 Absätze 1–4

In Artikel 440 ist diejenige Sicherheitshaft geregelt, die nicht bereits im Strafurteil angeordnet worden ist, sondern erst nach dessen Ausfällung zur Sicherstellung von zu vollstreckenden freiheitsentziehenden Sanktionen bis zu deren Antritt angeordnet wird.<sup>129</sup> Zuständig für die Anordnung der Sicherheitshaft ist die Vollzugsbehörde (Abs. 1). Die Anordnung ist jedoch innert kurzer Frist dem Gericht zu unterbreiten (Abs. 2), das endgültig darüber entscheidet, ob die betroffene Person bis zum Antritt der Sanktion in Haft bleibt (Abs. 3).

*Absatz 1* enthält neu anstatt die Wendung «in dringenden Fällen» den Verweis auf Artikel 439 Absatz 3 Buchstabe a–c StPO. Eine materielle Änderung geht damit nicht einher, denn unter dringenden Fällen sind insbesondere diejenigen gemäss den vorgenannten Buchstaben zu verstehen.

Aus Gründen der Kohärenz enthält *Absatz 2* neu eine analoge Zuständigkeitsvorschrift bezüglich Anordnung der Sicherheitshaft wie dies anlässlich des Hauptverfahrens beziehungsweise anlässlich des Berufungsverfahrens vorgesehen ist (vgl. Art. 229 Abs. 1 StPO und Art. 231 Abs. 2 und 232 Abs. 1 VE-StPO; Ziff. 2.1.32).

*Buchstabe a* enthält neu die Zuständigkeitsvorschrift bei Strafbefehlen; diese ist im geltenden Recht in Buchstabe b geregelt. Die Änderung ist damit rein redaktioneller Natur. Hingegen soll nicht mehr das Gericht, das die Strafe oder Massnahme angeordnet hat, selbst für die Anordnung der Sicherheitshaft zuständig sein, sondern gemäss *Buchstabe b* (vormals Bst. a) zum einen das Zwangsmassnahmengericht am Ort des erstinstanzlichen Gerichts und gemäss *Buchstabe c* zum anderen die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz am Ort der Berufungsinstanz.

Weil es in der StPO keine Ausnahme vom Grundsatz der «double instance» mehr geben soll, wird in *Absatz 3* die Wendung «endgültig» gestrichen.

Das geltende Recht enthält keine Regelung, welche Behörde die Entlassung aus einer gestützt auf Artikel 440 StPO angeordneten Sicherheitshaft beurteilt. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Lehre ist dies jedoch in sinngemässer Anwendung von Absatz 2 (des geltenden Rechts) vom Gericht zu entscheiden, welches die Sanktion angeordnet hat.<sup>130</sup>

Aus Gründen der Kohärenz schlägt der Bundesrat in *Absatz 4* jedoch vor, dass sich die Zuständigkeit für die Entlassung aus der Sicherheitshaft analog der Bestimmung

<sup>129</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 18. Nov. 2015 6B\_1055/2015 E. 2.1.

<sup>130</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 18. Nov. 2015 6B\_1055/2015 E. 2.

in Absatz 2 richten soll (vgl. auch Art. 230 ff. VE-StPO). Dasjenige Gericht, das die Sicherheitshaft angeordnet hat, soll auch für deren Aufhebung zuständig sein.

Demnach wäre ein Haftentlassungsgesuch vom Zwangsmassnahmengericht zu beurteilen soweit ein erstinstanzliches Gericht die Sanktion angeordnet hat (analog Art. 229 und 230 VE-StPO). Handelt es sich hingegen um einen Entscheid der Berufungsinstanz, so soll die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz für den Haftentlassungsentscheid zuständig sein (analog Art. 231 ff. VE-StPO). Damit soll sichergestellt werden, dass nicht ein in der Sache vorbefasstes Gericht über die Haftentlassung entscheidet.

### 2.1.68 Artikel 442 Absatz 4

Das geltende Recht sieht vor, dass die Strafbehörden die Forderungen aus Verfahrenskosten mit Entschädigungsansprüchen der zahlungspflichtigen Person aus dem gleichen Strafverfahren sowie mit beschlagnahmten Vermögenswerten verrechnen können. Indem die Bestimmung explizit nur Bezug auf die Entschädigungsansprüche nimmt (Art. 429 Abs. 1 Bst. a und b StPO), ist eine *Verrechnung* mit *Genugtuungsansprüchen* (Art. 429 Abs. 1 Bst. c StPO) hingegen *ausgeschlossen*.<sup>131</sup> Grund für diesen Verrechnungsausschluss liegt im Zweck der Ausrichtung einer Genugtung. Mit dieser soll eine *Unbill*, welche die betroffene Person zum Beispiel durch ungerechtfertigte Untersuchungs- oder Sicherheitshaft erlitten hat, *ausgeglichen* werden.<sup>132</sup>

Die parlamentarische Initiative 13.466 (Verrechnung der Gerichtskosten mit den Genugtuungsansprüchen aufgrund rechtswidriger Zwangsmassnahmen) der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates verlangt, dass die Strafbehörden die Verfahrenskosten nicht nur mit den Entschädigungs-, sondern auch mit den Genugtuungsansprüchen der zahlungspflichtigen Person verrechnen können sollen. Begründet wird diese Forderung damit, dass dies zur *Prozessökonomie* beitrage. Es sei unbefriedigend, wenn der Staat einer verurteilten Person erst eine Entschädigung ausrichten und danach wieder Schritte einleiten müsse, um die eben dieser Person auferlegten Verfahrenskosten einzufordern. Können diese Kosten nicht mehr eingetrieben werden, so gehe dies letztlich zulasten der Steuerzahler.<sup>133</sup> Der Nationalrat hat der Initiative am 7. September 2015 Folge gegeben.

Aus diesem Grund wird *Absatz 4* dahingehend ergänzt, dass die Strafbehörden ihre Forderungen aus Verfahrenskosten nicht nur mit Entschädigungs-, sondern auch mit Genugtuungsansprüchen der zahlungspflichtigen Person verrechnen können sollen.

## 2.2 Jugendstrafgesetz

### Art. 3 Abs. 2 *Persönlicher Geltungsbereich*

Die Regelung des geltenden Rechts sieht bei Tätern, die vor und nach Vollendung ihres 18. Altersjahres Straftaten begangen haben (sog. Übergangstätern), die gleich-

<sup>131</sup> BBI 2006 1085, S. 1334; BGE 139 IV 243 E. 5.

<sup>132</sup> BSK StPO-Wehrenberg/Frank, Art. 429 N 26 ff.

<sup>133</sup> Bericht der Kommission für Rechtsfragen 2015; AB 2015 N 1347.

zeitig zu beurteilen sind, in Bezug auf das anwendbare *Sanktionenrecht* Folgendes vor: Sind keine Massnahmen des JStG oder des StGB erforderlich, so gelangen nur die Strafen nach StGB zur Anwendung. Dies gilt auch für die Zusatzstrafe, die für eine Tat auszusprechen ist, die vor Vollendung des 18. Altersjahres begangen wurde (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und 2). Bedarf der Täter einer Massnahme, so ist diejenige Massnahme nach dem StGB oder dem JStG anzuordnen, die nach den Umständen erforderlich ist (Art. 3 Abs. 2 Satz 3).

In Bezug auf das anwendbare *Verfahrensrecht* gilt, dass wenn ein Verfahren, das gegen einen Jugendlichen wegen Straftaten, die er vor der Vollendung des 18. Altersjahres begangen hat, eingeleitet wurde, auch dann ein jugendstrafrechtliches Verfahren bleibt, wenn später neue Straftaten, die er nach der Vollendung des 18. Altersjahres begangen hat, hinzukommen (Art. 3 Abs. 2 Satz 4). Andernfalls ist für alle Straftaten das Verfahren gegen Erwachsene anwendbar (Art. 3 Abs. 2 Satz 5).

In der Praxis und Lehre wird insbesondere die verfahrensrechtliche Regelung in Absatz 2 Satz 4 *kritisiert*.<sup>134</sup> Es wird geltend gemacht, dass den meisten Jugendstrafbehörden die Praxis im Erwachsenenstrafrecht fehle (z. B. bei der Strafzumessung) wenn sie zusätzlich Straftaten, die der Täter nach Vollendung des 18. Altersjahres begangen hat, beurteilen müssen. Zudem werde bei Anwendung des Jugendstrafverfahrens bei einem über 18-jährigen Täter die im Erwachsenenstrafrecht geltenden Verfahrensgrundsätze eingeschränkt (z. B. Ausschluss der Öffentlichkeit, Art. 14 JStPO; eingeschränkte Teilnahmerechte der Privatklägerschaft, Art. 20 JStPO).<sup>135</sup> Absatz 2 von Artikel 3 soll deshalb wie folgt geändert werden.

Straftaten von Übergangstätern sollen *formell getrennt* beurteilt und sanktioniert werden. Wird gegenüber einem Jugendlichen ein Strafverfahren wegen einer Straftat vor Vollendung des 18. Altersjahres eröffnet, so soll diese (grundsätzlich) im Jugendstrafverfahren beurteilt und gemäss JStG sanktioniert werden (zur Ausnahme vgl. nachfolgend). Begeht dieser Jugendliche während des hängigen Jugendstrafverfahrens, aber nachdem er das 18. Altersjahr vollendet hat, eine weitere Straftat, so soll diese Straftat neu in einem erwachsenenstrafrechtlichen Verfahren gesondert beurteilt und ausschliesslich gemäss StGB sanktioniert werden. Diese separate Verfahrensführung und Sanktionierung rechtfertigt sich, weil so jede Behörde nur die ihr vertrauten Regelungen anwenden müsste. Die StPO und JStPO sind ausserdem unterschiedlich ausgestaltet, das StGB und das JStG basieren auf sehr *unterschiedlichen Grundsätzen* und sehen unterschiedliche *Sanktionen* vor.<sup>136</sup>

Wie der Vollzug der separaten Urteile erfolgen wird, soll – wie dies auch beim Zusammentreffen verschiedener erwachsenenstrafrechtlicher Urteile der Fall ist – auf Verordnungsstufe geklärt werden (vgl. Verordnung zum Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz, V-StGB-MStG, SR 311.01). Hierfür ist eine entsprechende Delegationsnorm zu schaffen (vgl. nachfolgende Kommentierung zu Art. 38).

Einzig in folgendem Fall soll keine Trennung stattfinden: Wurde gegen einen jungen Erwachsenen ein Strafverfahren wegen einer Straftat, die er nach Vollendung des

<sup>134</sup> BGE 135 IV 206 E. 5.3; BSK StGB I-Gürber/Hug/Schläfli, Art. 3 N 12 ff.; Riedo, JStG/JStPO, N 515 ff. Vgl. dazu auch die Forderung der Motion Schwaller (09.4.198), «Änderung von Artikel 3 Absatz 2 des Jugendstrafgesetzes»; diese wurde jedoch zurückgezogen.

<sup>135</sup> BSK StGB I-Gürber/Hug/Schläfli, Art. 3 N 17 und 20 f.

<sup>136</sup> BSK StGB I-Gürber/Hug/Schläfli, Art. 3 N 20; Riedo, AJP 2010, S. 186.

18. Altersjahres begangen hat, eröffnet wurde und wird dann erst bekannt, das er schon vor Vollendung des 18. Altersjahres delinquent hat, so wird auch diese Straftat – wie im geltenden Recht – im erwachsenenstrafrechtlichen Verfahren beurteilt. In Bezug auf die Strafen und insbesondere die Massnahmen soll neu nur noch das StGB zur Anwendung kommen. Denn die Anordnung einer jugendstrafrechtlichen Massnahme gegenüber einem jungen Erwachsenen wäre systemfremd und ist deshalb nicht angezeigt.

#### *Art. 36 Abs. 1<sup>bis</sup> und 2 erster Satz Verfolgungsverjährung*

Anders als im Erwachsenenstrafrecht (Art. 97 Abs. 3 StGB) verhindert gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und herrschender Lehre ein erstinstanzliches Urteil den Eintritt der Verfolgungsverjährung im Jugendstrafrecht bislang nicht. Denn Artikel 36 JStG äussert sich nicht zur Frage, wann die in Absatz 1 vorgesehenen Fristen zu laufen aufhören und Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe j JStG enthält auch keinen Querverweis auf Artikel 97 Absatz 3 StGB.<sup>137</sup>

In der Praxis führt dies zum stossenden Ergebnis, dass sich jugendliche Straftäter – anders als Erwachsene – durch das Ergreifen von Rechtsmitteln oder das Verzögern eines Mediationsverfahrens durch Taktieren in die Verjährung retten können.<sup>138</sup>

Das Bundesgericht geht in seiner neusten Rechtsprechung mittlerweile von einer *echten Gesetzeslücke* aus und bejaht die Gültigkeit von Artikel 97 Absatz 3 StGB trotz fehlenden Querverweises in Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe j JStG.<sup>139</sup> Diese Rechtsprechung ist ins Gesetz zu überführen. Der Klarheit halber wird auf einen Querverweis verzichtet und stattdessen in Artikel 36 in einem neuen *Absatz 1<sup>bis</sup>* geregelt, dass – analog zum Erwachsenenstrafrecht – die Verjährung nicht mehr eintritt, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist.

Die Anpassungen im ersten Satz von *Absatz 2* sind rein redaktioneller Natur.

#### *Art. 38 Ergänzende Bestimmungen des Bundesrats*

Aufgrund der geänderten Regelung in Artikel 3 Absatz 2 JStG kann es dazu kommen, dass gegenüber einem Übergangstäter sowohl eine Jugendstrafbehörde als auch eine Erwachsenenstrafbehörde ein Urteil aussprechen. Der Vollzug dieser Urteile ist – wie im Erwachsenenstrafrecht – durch den Bundesrat auf Verordnungsstufe zu koordinieren. Damit der Bundesrat eine solche Verordnung erlassen kann, enthält Artikel 38 – analog zu Artikel 387 Absatz 1 StGB – die entsprechenden Delegationsbestimmungen.

<sup>137</sup> Riedo, JStG/JStPO, N 2611; BSK StGB-Zurbrügg, Art. 97 N 51; Urteil des Bundesgerichts vom 3. Jan. 2017 1B\_646/2016 E. 1.5.2, m.w.H.

<sup>138</sup> Riedo, JStG/JStPO, N 2611; Aebersold, Jugendstrafrecht, S. 210 f.

<sup>139</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 3. Jan. 2017 1B\_646/2016 E. 1.6.3.

## 2.3 Jugendstrafprozessordnung

### Art. 1                      Gegenstand

Aufgrund der in Artikel 3 Absatz 2 JStG vorgeschlagenen Änderung (s. oben, Ziff. 2.2) kann es vorkommen, dass Straftaten, die von Jugendlichen begangen wurden, von Behörden des Erwachsenenstrafrechts verfolgt und beurteilt werden. Der Geltungsbereich der JStPO wird deshalb mit dem entsprechenden Vorbehalt ergänzt.

### Art. 10 Abs. 3            Gerichtsstand

Gemäss Absatz 1 ist für die Strafverfolgung von Verbrechen und Vergehen die Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes des beschuldigten Jugendlichen zuständig (Wohnsitz-Prinzip). Nicht explizit geregelt ist, ob und welche Behörde am Tatort Verfahrenshandlungen vornehmen dürfen.

Absatz 1 von Artikel 11 des bundesrätlichen Entwurfs vom 21. Dezember 2005 zur JStPO enthielt in einem zweiten Satz noch folgende Formulierung: «Die Behörde des Ortes, an dem die Straftat begangen worden ist, nehmen nur die dringend notwendigen Ermittlungshandlungen vor.»<sup>140</sup> Dieser zweite Satz wurde jedoch aus dem überarbeiteten Entwurf des Bundesrates vom 22. August 2007 zur JStPO gestrichen.<sup>141</sup> Dies mit der Begründung, dass sich die Zuständigkeit der Behörden des Tatorts zu dringend notwendigen Ermittlungshandlungen bereits aus allgemeinen prozessualen Grundsätzen ergebe und nicht besonders erwähnt werden müsse.<sup>142</sup>

Allerdings hat sich gezeigt, dass Artikel 10 Absatz 1 JStPO in Bezug auf die Vornahme von Ermittlungshandlungen am Ort, an dem die Straftat begangen worden ist (Tatort), zu Unklarheiten und Kompetenzkonflikten führt.

Deshalb soll in einem neuen *Absatz 3* wieder vorgesehen werden, dass die Behörden am Tatort nur diejenigen Ermittlungshandlungen vornehmen, die dringend notwendig sind. Darunter dürften insbesondere solche Handlungen fallen, die so wichtig sind, dass deren Vornahme keinen Aufschub dulden, um die Untersuchung nicht zu gefährden (z. B. Sicherstellen von Spuren am Tatort, Anordnen von Zwangsmassnahmen, erste Einvernahme der beschuldigten Person oder von Zeugen etc.).

Gemäss geltendem Recht werden Übertretungen – anders als Verbrechen und Vergehen (vgl. oben) – aus Gründen der Verfahrensökonomie am *Ort ihrer Begehung* (Tatort) verfolgt, ausser es liegen Anhaltspunkte vor, dass eine Schutzmassnahme angeordnet werden muss. In einem solchen Fall kann die Untersuchung an die Behörden am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes (Aufenthaltsort) abgetreten werden. Diese Regelung wird in der Praxis *kritisiert*. Vorgezogen wird eine Anknüpfung am Aufenthaltsort, so wie dies bei Verbrechen und Vergehen der Fall ist. Dies weil die Behörde am Aufenthaltsort ein umfassenderes Bild über die Gefährdung eines Beschuldigten bekäme, wenn sie auch von Übertretungen, die andernorts begangen wurden, Kenntnis hätten. Übertretungen wie geringfügige Vermögensdelikte oder Betäubungsmittelkonsum können bei Jugendlichen Indizien für eine

<sup>140</sup> BBl 2006 1561, 1564

<sup>141</sup> BBl 2008 3121, 3160

<sup>142</sup> Zusatzbericht Jugendstrafprozessordnung, S. 3137.

Gefährdung sein.<sup>143</sup> Diese Regelung hat zudem zu einer unterschiedlichen Abtreungspraxis in den Kantonen geführt. Schliesslich hat die Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafpflege (SVJ) eine Empfehlung erlassen, in welchen Fällen die Strafverfolgung an die Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes abgetreten werden soll (so bei Betäubungsmittelkonsum, geringfügige Vermögensdelikte, Tätlichkeiten und sexuelle Belästigungen).<sup>144</sup>

Aus diesen Gründen soll Absatz 3 gestrichen beziehungsweise durch den eingangs erwähnten Wortlaut (betreffend Vornahme dringender Ermittlungshandlungen) ersetzt werden, so dass für *sämtliche Delikte die Behörden am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes* für die Strafverfolgung *zuständig* sind (Abs. 1).

*Art. 32 Abs. 5 und 5<sup>bis</sup>*

Die in Artikel 32 vorgeschlagenen Änderungen erfolgen analog Artikel 354 Absatz 1 VE-StPO. Die Einsprachelegitimation der Privatklägerschaft soll nicht nur für den Zivil-, Kosten- und Entschädigungspunkt gelten, sondern neu auch für den Schuldpunkt. Einzig was den Bestrafungspunkt angeht, so ist die Legitimation der Privatklägerschaft ausgeschlossen. Zu den Einzelheiten siehe oben unter Ziffer 2.1.51.

## **2.4 Bundesgerichtsgesetz**

*Art. 80 Abs. 2 dritter Satz*

Die Aufhebung des dritten Satzes von Artikel 80 Absatz 2 beseitigt systemwidrige Ausnahmen vom Grundsatz der «double instance» (siehe dazu die Ausführungen zu Art. 59 Abs. 1 VE-StPO; Ziff. 2.1.4).

## **2.5 Strafbehördenorganisationsgesetz**

*Art. 65 Abs. 2*

Nach geltendem Recht ist in Strafverfahren des Bundes das kantonale Zwangsmassnahmengericht zuständig am Sitz der Bundesanwaltschaft oder jener Zweigstellen, wo das Verfahren geführt wird. Diese Regelung bereitet zum einen dann Schwierigkeiten, wenn die Bundesanwaltschaft an ihrem Sitz in Bern ein Verfahren in italienischer Sprache führt. In diesem Fall ist das Zwangsmassnahmengericht Bern zuständig, dessen Amtssprachen Deutsch und Französisch sind. Es sieht sich aber mit einem italienischsprachigen Dossier konfrontiert. Zum andern ist die Regelung dann problematisch, wenn bereits Anklage beim Bundesstrafgericht in Bellinzona erhoben wurde und nachher die Anordnung von Sicherheitshaft verlangt wird (Art. 229 StPO). Hier ist das Zwangsmassnahmengericht im Tessin zuständig, muss aber u.U. in Verfahren entscheiden, die in Französisch oder Deutsch geführt werden.

<sup>143</sup> BSK JStPO-Hug/Schläfli, Art. 10 N 7 f.; Jositsch/Murer, ZStrR 2009, S. 309 f.

<sup>144</sup> Empfehlung der SVJ betreffend Zuständigkeit bei Übertretungstatbeständen, abrufbar unter: [www.julex.ch](http://www.julex.ch) > Jugendstrafrecht > Praxis.

Deshalb erklärt Absatz 2 für Verfahren, die von der Bundesanwaltschaft an ihrem Sitz in Bern in italienischer Sprache geführt werden, das Zwangsmassnahmengengericht des Kantons Tessin für zuständig (*Bst. b*). Der Einleitungssatz legt sodann fest, dass die Zuständigkeit, wie sie sich aufgrund des Vorverfahrens ergibt, auch nach der Anklageerhebung weiterbesteht.

## 2.6 Opferhilfegesetz

### *Art. 8a*

Die meisten Kantone verpflichten ihre Angestellten zur Anzeige von Officialdelikten, die im Rahmen der beruflichen Tätigkeit festgestellt werden. Dies führt - je nach der kantonalen Behördenorganisation - zu einer Anzeigepflicht von Mitgliedern jener Behörden, die über die Ausrichtung von Entschädigung oder Genugtuung nach Opferhilfegesetz befinden.

Das ist dann problematisch, wenn das Opfer diese Stelle bereits dann kontaktiert, wenn noch kein Strafverfahren eingeleitet ist. Dann kann es zur Situation kommen, dass das Opfer bewusst auf eine Strafanzeige verzichtet hat, das Strafverfahren aber dennoch in Gang gebracht wird, weil die Mitarbeitenden der für die Genugtuung und Entschädigung zuständigen Behörde über den Kontakt mit dem Opfer von der Straftat Kenntnis erhalten haben und zur Anzeige verpflichtet sind.

Deshalb soll das Opferhilfegesetz ergänzt werden und festlegen, dass Mitarbeitende der zuständigen kantonalen Behörden keiner Anzeigepflicht unterliegen.

## 2.7 Rechtshilfegesetz

### *Art. 9*

Im Unterschied zu einem schweizerischen Strafverfahren, für welches die Artikel 246–248 StPO konzipiert worden sind, erhält im Rechtshilfeverfahren die (ausländische) Strafverfolgungsbehörde normalerweise nicht direkt Kenntnis von den erhobenen Beweismitteln. Diese befinden sich zunächst ausschliesslich bei der schweizerischen Rechtshilfebehörde, welche sie im Regelfall erst nach Erlass der Schlussverfügung im Rechtshilfeverfahren an die ersuchende ausländische Strafverfolgungsbehörde herausgibt. Die entsprechende Verfügung wird der berechtigten Person zugestellt, welche dagegen Beschwerde erheben kann (Art. 80e ff. IRSG). Im Rechtshilfe- und Beschwerdeverfahren kann die berechtigte Person auch geltend machen, die beschlagnahmten Unterlagen oder Gegenstände dürften der ausländischen Strafverfolgungsbehörde aus Gründen des Schutzes von Geheimnissen nicht zugestellt werden.

Vor diesem Hintergrund erweist sich in diesen Konstellationen eine Siegelung im Rechtshilfeverfahren als unnötig: Zum Zeitpunkt der Durchsuchung oder Beschlagnahme besteht keine Gefahr, dass die ausländische Behörde von Tatsachen Kenntnis nimmt, von denen sie wegen Geheimhaltungsinteressen keine solche haben dürfte. Vielmehr ist allenfalls im Beschwerdeverfahren gegen die Schlussverfügung zu klären, was der ausländischen Strafverfolgungsbehörde zur Kenntnis gelangen darf.

Nur in besonderen Konstellationen bedarf es der Möglichkeit der Siegelung: Zum einen, wenn die ausländische Strafverfolgungsbehörde während des Vollzugs der

Rechtshilfehandlung (z.B. Hausdurchsuchungen oder Beschlagnahme von Beweismitteln) anwesend ist. Sodann hat die ausländische Behörde in gewissen Fällen die Möglichkeit, bereits vor der Schlussverfügung Kenntnis vom Ergebnis der Rechtshilfehandlung zu nehmen (Aktenausscheidung). Schliesslich bedarf es des Schutzes der Siegelung auch dann, wenn die schweizerische Rechtshilfebehörde gleichzeitig zum Rechtshilfeverfahren ein paralleles (schweizerisches) Strafverfahren im gleichen Sachzusammenhang führt. Nur in diesen Fällen besteht die Gefahr, dass der das Strafverfahren führenden Strafverfolgungsbehörde ohne Siegelung ein geschütztes Geheimnis zur Kenntnis gelangen könnte. Somit soll auch nur in diesen Fällen eine Siegelung im Rechtshilfeverfahren möglich sein.

#### *Art. 30 Abs. 2 und 5*

Weil nicht nur kantonale Behörden dem BJ Anträge um Auslieferung, Übernahme der Strafverfolgung oder Vollstreckung stellen, sondern auch die Bundesanwaltschaft, soll in *Absatz 2* der Begriff «kantonale Behörde» durch jenen der «ersuchenden schweizerischen Behörde» ersetzt werden.

*Absatz 5*: Nicht wenige ausländische Staaten - vor allem solche aus dem Bereich des Common Law - verlangen für die Anordnung bestimmter Zwangsmassnahmen (z. B. rechtshilfweise Beschlagnahme von Vermögenswerten, Anordnung von Auslieferungshaft) zwingend den Entscheid eines Gerichts. In der Schweiz dagegen ist für die Anordnung in der Phase der Untersuchung grundsätzlich die Staatsanwaltschaft zuständig. Im Rechtshilfeverfahren kann das Fehlen einer gerichtlichen Anordnung nun dazu führen, dass die ersuchte ausländische Behörde das schweizerische Rechtshilfeersuchen aus formellen Gründen abweist. Deshalb soll der neue Artikel 55a VE-StPO die Möglichkeit eröffnen, in solchen Fällen einen Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts herbeizuführen. Der neue Absatz 5 von Artikel 30 IRSG ist in diesem Zusammenhang zu lesen und verpflichtet das BJ, die schweizerische Strafverfolgungsbehörde zu informieren, wenn der ersuchte Staat für die beantragte Rechtshilfemassnahme einen richterlichen Entscheid verlangt. Diese Information ermöglicht es der Strafverfolgungsbehörde, das Verfahren nach Artikel 55a VE-StPO einzuleiten. Dies ist allerdings nur dann möglich, wenn das entsprechende Ersuchen via BJ gestellt wird. Erledigt die Staatsanwaltschaft ein Ersuchen dagegen im direkten Verkehr, so muss sie die Notwendigkeit einer entsprechenden Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht selbst erkennen; das BJ kann sie höchstens im Rahmen der allgemeinen Informationspflichten darauf aufmerksam machen.

## **3 Auswirkungen**

### **3.1 Auswirkungen auf den Bund**

Auf Stufe Bund könnten die Änderungen zu einer geringfügigen Entlastung führen. Dies weil nunmehr auch im Strafprozessrecht der Grundsatz der "double instance" konsequent eingehalten wird. Das könnte zu einer Entlastung des Bundesgerichts führen. Dies allerdings nur insoweit, als die neu von *kantonalen* Instanzen zu beurteilenden Fälle nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden.

### 3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden

Die unmittelbaren finanziellen und personellen Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden lassen sich nur schwer abschätzen und schon gar nicht betragsmässig bestimmen.

Einige der vorgeschlagenen Änderungen dürften für die Kantone zu Mehraufwand führen, andere dagegen zu Entlastungen. Da sich die beiden Seiten wegen zahlreicher Unbekannter nicht quantifizieren lassen, lässt sich vorgängig nicht sagen, ob die Änderungen letztlich zu einer Mehr- oder Minderbelastung führen oder im Ergebnis sogar keine Veränderung zu gewärtigen sein wird.

Zu Mehraufwand dürften folgende Änderungen führen:

- Die ausnahmslose Beachtung des Grundsatzes der «double instance» dürfte bei den kantonalen Rechtsmittelinstanzen zu zusätzlichen Fällen führen. Andererseits könnte diese Änderung bei den Staatsanwaltschaften zu Minderaufwand führen, sofern die Erhebung einer Beschwerde vor einer kantonalen Instanz weniger aufwendig ist als vor dem Bundesgericht.
- Für die Zwangsmassnahmengерichte könnte sich ein gewisser Mehraufwand ergeben, weil sie neu für die Anordnung von Sicherheitshaft im Zusammenhang mit Nachverfahren zuständig sind. Allerdings dürfte es sich hier wohl eher um seltene Fälle handeln. Zudem erhalten die Zwangsmassnahmengерichte neue Aufgaben im Bereich der internationalen Rechtshilfe.
- Bei der Staatsanwaltschaft dürften die Regelungen zur Einsetzung einer amtlichen Verteidigung sowie die Pflicht zur Einvernahme der beschuldigten Person in gewissen Fällen im Strafbefehlsverfahren zu Mehraufwand führen. Bezüglich Letzterem ist jedoch festzuhalten, dass die neue Regelung die Praxis einiger Kantone kodifiziert.

Auf der anderen Seite kann insbesondere aufgrund folgender Änderungen mit Minderaufwand gerechnet werden:

- Die Vereinfachung des Abwesenheitsverfahrens;
- die Möglichkeit der Aufzeichnung von Einvernahmen anstelle der laufenden Protokollierung.

## 4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist in der Botschaft vom 27. Januar 2016<sup>145</sup> zur Legislaturplanung 2015–2019 und im zugehörigen Bundesbeschluss vom 14. Juni 2016<sup>146</sup> über die Legislaturplanung 2015–2019 angekündigt.

<sup>145</sup> BBl 2016 1105, 1226

<sup>146</sup> BBl 2016 5183

## 5 Rechtliche Aspekte

### 5.1 Verfassungsmässigkeit

#### 5.1.1 Gesetzgebungskompetenz

Nach Artikel 123 BV ist der Bund zur Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts und des Strafprozessrechts befugt.

#### 5.1.2 Grundrechtskonformität

Die BV enthält in den Artikel 29–32 diverse Verfahrensgarantien, die als *Minimalgarantien* zu verstehen und daher *grundsätzlich eingriffsresistent* sind (z. B. Art. 30 Abs. 1 BV; Recht auf Beurteilung durch unabhängige Richterinnen und Richter). Gewisse Garantien können unter sinngemässer Anwendung der Voraussetzungen in den Artikeln 5 und 36 BV eingeschränkt werden (z. B. Art 29 Abs. 2 BV; Recht auf Akteneinsicht).<sup>147</sup> Für die vorliegende Revision stehen die Verfahrensgarantien bei Freiheitsentzug im Vordergrund. Die in Untersuchungshaft genommene Person hat gemäss Artikel 31 Absatz 3 BV das Recht, *unverzüglich* vor eine *Richterin oder einen Richter* vorgeführt zu werden; die Richterin oder der Richter *entscheidet*, ob die Person *weiterhin in Haft gehalten oder freigelassen* wird. Diese Vorgaben entsprechen im Wesentlichen Artikel 5 Absatz 3 EMRK.

Um diesen Erfordernissen Rechnung zu tragen sieht das geltende Recht vor, dass die Staatsanwaltschaft die Haft innert 48 Stunden seit der Festnahme der beschuldigten Person beim Zwangsmassnahmengerecht beantragen muss (Art. 224 Abs. 2). Dieses entscheidet wiederum innert 48 Stunden seit dem Eingang des Antrages (Art. 226 Abs. 1), d. h. innert 96 Stunden seit der Festnahme. Diese verfassungskonformen Fristen werden durch die vorliegende Revision nicht geändert. Da diese Fristvorgabe unverändert bleibt, können bei einer Beschwerde der Staatsanwaltschaft zwischen der Festnahme der beschuldigten Person und ihrer allfälligen Freilassung durch die Beschwerdeinstanz maximal 144 Stunden vergehen. Gerade weil eindeutige Präjudizien fehlen (s. Ziff. 2.1.30), erscheint diese Dauer nicht als EMRK-widrig.

Im Zusammenhang mit dem Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheidungen (Art. 363 ff. StPO) schlägt der Bundesrat vor, dass zum einen die für die Einleitung dieses Verfahrens zuständige Behörde die verurteilte Person unter gewissen Voraussetzungen festnehmen lassen und beim Zwangsmassnahmengerecht die Anordnung von Sicherheitshaft beantragen kann (Art. 364a VE-StPO). Zum anderen soll auch das für den selbständigen nachträglichen Entscheid zuständige Gericht diese Massnahme ergreifen können. Für die Anordnung der Sicherheitshaft ist entweder das Zwangsmassnahmengerecht oder die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz zuständig (Art. 364b VE-StPO). Da nach der Festnahme der betroffenen Person das Haftverfahren analog der bestehenden Bestimmungen zur Sicherheitshaft ablaufen soll – insbesondere innerhalb derselben Fristen – werden die Vorgaben von Artikel 31 Absatz 3 BV gewahrt.

<sup>147</sup> Kiener/Kälin, Grundrechte, S. 485 f.

## 5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Wie bereits in der Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2005<sup>148</sup> zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts festgehalten, befassen sich zahlreiche im Rahmen des Europarates und der UNO ausgearbeitete Instrumente mit Fragen strafprozessualer Natur. Im Vordergrund stehen der Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966<sup>149</sup> über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) und, auf europäischer Ebene, die Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950<sup>150</sup> (EMRK). 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.

Für die vorliegende Revision ist das Recht der festgenommenen Person unverzüglich vor einen Richter oder einen anderen zur Ausübung der richterlichen Funktion ermächtigten Beamten vorgeführt zu werden (Art. 5 Abs. 3 EMRK, Art. 9 Abs. 1 UNO-Pakt II) im Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts und der Anordnung von Sicherheitshaft im Rahmen des Verfahrens bei Erlass eines selbständigen nachträglichen Entscheides von Bedeutung. Die diesbezüglich vorgesehenen Änderungen sind jedoch mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar, soweit sie durch die Rechtsprechung mit hinreichender Klarheit vorgegeben sind.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> BBl 2006 1085, 1385.

<sup>149</sup> SR 0.103.2.

<sup>150</sup> SR 0.101.

<sup>151</sup> Vgl. die Ausführungen zu den einschlägigen Bestimmungen (Ziff. 2.1.30 und 5.1.2).

---

## Verwendete Literatur

Aebersold Peter, Schweizerisches Jugendstrafrecht, Bern, 2011 (zit. *Aebersold*, Jugendstrafrecht).

Albrecht Peter, La justice pénale est toujours plus sécuritaire, plädoyer 4/2014 (zit. *Albrecht*, plädoyer).

Bernasconi Paolo / Galliani Maria / Merellini Luca et al. (Hrsg.), Codice Svizzero di Procedura Penale (CPP), Zürich/St. Gallen, 2010 (zit. Bernasconi/Galliani/Merellini, Art. N).

Bommer Felix, Über notwendige Verteidigung, in: Felix Bommer/Stephen V. Berti (Hrsg.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich, 2011 (zit. *Bommer*, notwendige Verteidigung).

Bommer Felix / Kaufmann Ariane, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 151 2015 (zit. Bommer/Kaufmann, ZBJV 2015).

Bommer Felix, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, ZBJV 152 2016 (zit. *Bommer*, ZBJV 2016).

Daphinoff Michael, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich, 2012 (zit. *Daphinoff*, Strafbefehlsverfahren)

Donatsch Andreas / Hansjakob Thomas / Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich, 2014. (zit. Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO *Komm.*, Art. N)

Donatsch Andreas / Hiestand Eliane, Wortlaut des Gesetzes oder allgemeine Rechtsprinzipien bei der Auslegung von Normen der StPO, ZStrR 1/2014 (zit. *Donatsch/Hiestand*, ZStrR 2014).

Marc Forster, Antennensuchlauf und rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten. Bundesgerichtspraxis und gesetzliche Lücken betreffend Art. 273 und Art. 270 lit. b StPO, in: Festschrift für Andreas Donatsch, hrsg. von Daniel Jositsch / Christian Schwarzenegger / Wolfgang Wohlers, Zürich, 2017 (zit. FS-Donatsch).

Fricker Christoph / Büttiker Lukas, Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts über Untersuchungs- und Sicherheitshaft, Jusletter vom 04.01.2012 (zit. *Fricker/Büttiker*, Jusletter 2012).

Frowein Jochen / Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl, 2009 (zit. Frowein/Peukert, EMRK).

Gilliéron Gwladys, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, Zürich 2010 (zit. *Gilliéron*, Fehlurteile).

- Godenzi Gunhild, Urteilsbesprechung, *forumpoenale* 3/2017 (zit. *Godenzi*, *forumpoenale* 2017).
- Goldschmid Peter / Thommen Marc, Urteilsbesprechung, *forumpoenale* 3/2011 (zit. *Goldschmid/Thommen*, *forumpoenale* 2011).
- Jositsch Daniel / Murer Angelika, Die Schweizerische Jugendstrafprozessordnung – ein Balanceakt zwischen Rechtsstaat und Erziehungsgrundsatz, *ZStrR*, 3/2009 (zit. *Jositsch/Murer*, *ZStrR* 2009).
- Kiener Regina / Kälin Walter, *Grundrechte*, Bern, 2013 (zit. *Kiener/Kälin*, *Grundrechte*).
- Melunovic Kenad, Das Erfordernis von audiovisuellen Aufzeichnungen im Strafverfahren als Ausfluss des Gebots des bestmöglichen Beweismittels. Eine Betrachtung insbesondere aus der Perspektive des Richters, *AJP* 25(2016), Nr. 5 (zit. *Melusovic*, *AJP* 2016).
- Meyer-Ladewig Jens / Nettesheim Martin / von Raumer Stefan (Hrsg.), *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, Baden-Baden/Basel/Wien, 2017* (zit. *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, *EMRK*).
- Moreillon Laurent / Parein-Reymond Aude (Hrsg.), *CPP Code de procédure pénale*, Basel, 2016 (zit. *Moreillon/Parein-Reymond*, *CPP*, Art. N).
- Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar Strafrecht, Jugendstrafgesetz*, Basel, 2013 (zit. *BSK StGB-BearbeiterIn*, Art. N).
- Niggli Marcel Alexander / Heer Marianne / Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung – Jugendstrafprozessordnung*, Basel, 2014 (zit. *BSK StPO-BearbeiterIn*, Art. N).
- Niggli Marcel Alexander et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz*, Basel, 2011 (zit. *BSK BGG-BearbeiterIn*, Art. N).
- Obergericht Bern, Beschwerdekammer in Strafsachen, Beschluss vom 22. März 2012 i.S. A - BK 11 293, *forumpoenale* 5/2012 (zit. *Obergericht Bern*, *forumpoenale* 2012).
- Oberholzer Niklaus, Der lange Weg zur Haftentlassung – oder das neue Auslegungsprinzip der "Gewährleistung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft", *forumpoenale* 3/2012 (zit. *Oberholzer*, *forumpoenale* 2012).
- Oehen Moritz, Das Bundesgericht beschränkt die *reformatio in peius*, *forumpoenale* 5/2014 (zit. *Oehen*, *forumpoenale* 2014).
- Riedo Christof, *Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht*, Basel, 2013 (zit. *Riedo*, *JStG/JStPO*).
- Riedo Christof, Wenn aus Kälbern Rinder werden, *AJP* 02(2010) (zit. *Riedo*, *AJP* 2010).
- Riklin Franz, *StPO Kommentar*, Bern, 2014 (zit. *Riklin*, *StPO*).

Saluz Eva, Der Strafbefehl – Effizienz gegen Fairness, *Anwaltsrevue* 5/2012 (zit. *Saluz*, *Anwaltsrevue* 2012).

Schmid Niklaus, *Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich/St. Gallen, 2013 (zit. *Schmid*, *Handbuch*).

Thommen Marc, *Kurzer Prozess – fairer Prozess?*, Bern, 2012 (zit. *Thommen*, *Prozess*).

Thommen Marc / Grädel Rolf, Die Zahl der Fehlurteile ist unbekannt, *plädoyer* 6/2016 (zit. *Thommen/Grädel*, *plädoyer* 2016).

Trechsel Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005 (zit. *Trechsel*, *Human Rights*).

Waldmann Bernhard et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel, 2015 (zit. *BSK BV-BearbeiterIn*, Art. x N x).

Wohlens Wolfgang, Urteilsbesprechung Nr. 59, *forumpoenale* 6/2014 (zit. *Wohlens*, *forumpoenale* 2014).

## **Materialien**

Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (zit. *BBl 2006* 1085).

Medienmitteilung des Bundesrates «Opferhilfe: Stellung der Opfer bei Strafbefehlen verbessern» vom 23.11.2016; abrufbar unter: [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Dokumentation > Medienmitteilungen (zit. *Medienmitteilung*, 2016).

Schlussbericht «Evaluation des Opferhilfegesetzes» der Universität Bern, Institut für Strafrecht und Kriminologie [ISK], *Evaluation des Opferhilfegesetzes*, Bern, 21. Dezember 2015; abrufbar unter: [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Gesellschaft > Opferhilfe > Publikationen (zit. *Schlussbericht* 2015)

Erläuternder Bericht des Bundesrates vom 4. November 2015 zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes; abrufbar unter: [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Staat & Bürger > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Bundesgerichtsgesetz (zit. *Erläuternder Bericht* 2015).

