

**Begleitbericht**  
**zum Vorentwurf**  
**für eine Schweizerischen Strafprozessordnung**



## 1 Einleitung

### 11 Ausgangslage

Das Strafverfahren lag in der Schweiz bisher von Verfassungen wegen grundsätzlich in der Zuständigkeit der Kantone<sup>1</sup>. Dies hatte zur Folge, dass heute 29 Strafprozessgesetze nebeneinander bestehen: 26 kantonale - eines für jeden Kanton - und drei des Bundes<sup>2</sup>.

### 111 Wissenschaftliche Diskussion

Seit dem Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuches im Jahre 1942 wurde vor allem in wissenschaftlichen Kreisen immer wieder diskutiert, ob nicht auch das formelle Strafrecht - das Strafprozessrecht - zu vereinheitlichen sei. Bereits der Schweizerische Juristentag von 1946 machte diese Frage zum Gegenstand seiner Beratungen. Die beiden Berichterstatter verneinten die Frage<sup>3</sup>; in der Diskussion wurde ihnen nur vereinzelt widersprochen<sup>4</sup>. Auch einige Jahre später hielt man den Zeitpunkt für eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts für noch nicht gekommen „*ganz abgesehen von politischen Bedenken*“<sup>5</sup>. Diese Bedenken bezogen sich in erster Linie auf die lange Zeit als unbestreitbar gegeben erachteten Widerstände der Kantone gegen eine mit der Vereinheitlichung des Prozessrechts einhergehende Einschränkung ihrer organisatorischen Hoheit<sup>6</sup>.

In der jüngeren Vergangenheit hat sich das Bild freilich gewandelt: Die Doktrin spricht sich nunmehr praktisch einhellig, wenn auch mit teilweise unterschiedlichen Begründungen, für eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts aus<sup>7</sup>.

### 112 Politische Entwicklung

#### 112.1 Neue Typen der Kriminalität

Von der Mitte der Achtzigerjahre an traten neue Formen der Kriminalität - namentlich Geldwäscherei, organisiertes Verbrechen und komplexe Wirtschaftskriminalität - stärker in Erscheinung und wurden vermehrt auch politisch wahrgenommen<sup>8</sup>. Vor allem der ausgesprochen *grenzüberschreitende Charakter* dieser neuen Verbrechenstypen machte in den für die Strafverfolgung primär zuständigen Kantonen rasch deutlich, dass die Vielfalt unserer kleinräumig geltenden Strafprozessgesetze den wirkungsvollen Kampf gegen Verbrecher erheblich hemmen kann.

<sup>1</sup> So noch aArt. 123 Abs. 3 BV vom 18. Dezember 1998.

<sup>2</sup> Bundesstrafrechtspflege (BStP, SR 312.0); Militärstrafprozess (MStP, SR 322.1) und Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0).

<sup>3</sup> Pierre Cavin und Frédéric-Henri Comtesse, Das Verhältnis des Bundesstrafrechts zum kantonalen Strafprozessrecht, ZSR 65 (1946) 1a ff. bzw. 61a ff.

<sup>4</sup> Eine Lanze für ein vereinheitlichtes Strafprozessrecht brach namentlich der Zürcher Professor Hans Felix Pfenninger, vgl. ZSR 65 (1946) 385a ff.

<sup>5</sup> Max Waiblinger, Zur Frage der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts, Z 67 (1952) 217 ff.

<sup>6</sup> Peter Ullrich, „Es wäre an der Zeit...“, Gesetzgebung heute 1998/1, 130, spricht vom „*Axiom der föderalistischen Bedenken*“.

<sup>7</sup> Vgl. u.a. Aeschlimann 1992 365; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 2; Oberholzer 1994 10; Schmid 1997 N 22; Hans Schultz, 50 Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, Z 110 (1992) 31.

<sup>8</sup> Vgl. zu diesen neuen Phänomenen die Hinweise in der Botschaft zur Effizienzvorlage, BBl 1998 1529.

### 112.2 Schritte zu interkantonaler Harmonisierung

Das wachsende Bedürfnis nach einer Erleichterung des strafprozessualen Verkehrs über ihre Grenzen hinweg veranlasste die Kantone unter Federführung der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD), das *Konkordat über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen*<sup>9</sup> zu schaffen. Diese Vereinbarung trat 1993 in Kraft; sämtliche Kantone sind ihr beigetreten. Das Konkordat ermöglicht den Strafverfolgungsbehörden, ihre Tätigkeit wenn nötig auch in anderen Kantonen auszuüben und dabei ihr eigenes Prozessrecht anzuwenden. Diese praktische Vereinfachung führt allerdings dazu, dass in der ganzen Schweiz sämtliche 26 kantonalen Strafprozessordnungen zur Anwendung kommen können. Mit dieser Situation wächst aber wiederum das Bedürfnis nach mehr Einheitlichkeit auf dem Gebiet des Strafprozessrechts.

### 112.3 Parlamentarische Vorstösse und Standesinitiativen

Auf dem Hintergrund dieser neuen Dimensionen der Kriminalität und der ihre Bekämpfung erschwerenden heutigen Rechtslage wurden in den Jahren 1993 und 1994 mehrere *parlamentarische Vorstösse* eingereicht. Diese postulieren entweder eine Harmonisierung<sup>10</sup> oder gar die Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts<sup>11</sup>. Alle diese Vorstösse wurden vom Parlament überwiesen.

Den entschlossenen Willen jedenfalls eines Teils der Kantone, die heute stark zersplitterte strafprozessuale Landschaft zu vereinheitlichen, dokumentieren eindrücklich die *Standesinitiativen von sieben Kantonen*<sup>12</sup>, mit denen diese die Schaffung einer Schweizerischen Strafprozessordnung verlangen. Die Eidgenössischen Räte haben auch diesen Vorstössen Folge gegeben.

### 112.4 Verfassungsgrundlage für die Vereinheitlichung

Am 12. März 2000 nahmen Volk und Stände die *Justizreform* an. Diese verleiht in Art. 123 BV dem Bund die Kompetenz, neben dem materiellen Strafrecht auch das Strafprozessrecht zu regeln. Die deutliche Gutheissung der Vorlage lässt erkennen, dass die Grundidee, das Strafverfahrensrecht auf Bundesebene zu vereinheitlichen, die Gerichtsorganisation im Wesentlichen aber bei den Kantonen zu belassen, auf weit verbreitete Zustimmung stösst.

## 113 Vielfältige Gründe für die Vereinheitlichung

Neben den neuen Verbrechensformen und den daraus folgenden besonderen Anforderungen an die Strafverfolgung zumal der Kantone (vgl. Ziff. 112.1) als dem unmittelbaren Anlass zur Vereinheitlichung lassen weitere Gründe eine Unifikation des Strafprozessrechts in der Schweiz als notwendig oder zumindest wünschenswert erscheinen:

<sup>9</sup> SR 351.71 (im Folgenden zitiert: Konkordat).

<sup>10</sup> Postulat der CVP-Fraktion vom 18.6.1993 (AB 1993 N 2533 f.).

<sup>11</sup> Motionen Rhinow vom 17.6.1994 (AB S 1995 329 ff.) und Schweingruber vom 31.5.1994 (AB 1995 N, 2194 ff.).

<sup>12</sup> BS, SO, SG, BL, AG, TG (AB 1996 S, 244 ff.; N, 2374 ff.) sowie GL (AB 1997 S, 590), dazu SJZ 92 (1996) 465.

- Das Bundesgericht und der Strassburger Menschenrechtsorgane (Kommission und Gerichtshof) haben in den letzten Jahrzehnten durch ihre jeweilige Rechtsprechung eine beträchtliche *Annäherung* zwischen den verschiedenen Strafprozessordnungen bewirkt, so beispielsweise in der wesentlichen Frage der Trennung von untersuchendem und urteilendem Richter<sup>13</sup>. Auch die Bundesgesetzgebung, etwa das Opferhilfegesetz im Abschnitt über Schutz und Rechte des Opfers im Strafverfahren<sup>14</sup>, hat eine *Harmonisierung* der strafprozessualen Bestimmungen gefördert. Die formelle Vereinheitlichung der Strafverfahrensgesetze würde mithin den bereits fortgeschrittenen Prozess der Annäherung lediglich vollenden.
- Eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechts bringt ferner zusätzliche *Rechtssicherheit* und *Rechtsgleichheit*. Denn die herrschende Unterschiedlichkeit der Strafprozessgesetze führt zu zahlreichen Unsicherheiten, welche die Rechtsposition des Einzelnen gelegentlich erheblich beeinträchtigen können. Gerade Rechtsanwälte, die in verschiedenen Kantonen tätig sind, sehen sich durch die Diversität der gesetzlichen Regelungen mit zusätzlichen Schwierigkeiten konfrontiert, was die wirkungsvolle Vertretung ihrer Mandanten schmälern kann. Namentlich bei Haftfällen, in denen die örtliche Zuständigkeit und ebenso das anzuwendende Prozessrecht zunächst ungeklärt sind, kann die heutige Rechtslage für die Betroffenen zu einer empfindlichen Beeinträchtigung ihrer Rechte führen<sup>15</sup>.
- Der enge Zusammenhang zwischen materiellen Strafnormen und verfahrensrechtlicher Regelung lässt erkennen, dass die beiden Bereiche so gut wie möglich aufeinander abgestimmt sein müssen. Wohl kann nicht behauptet werden, die Durchsetzung des materiellen Bundesstrafrechts werde durch die heutige Zersplitterung der Verfahrensgesetze schwer beeinträchtigt. Doch wäre die erwünschte *einheitliche Anwendung des Bundesstrafrechts* bei Vereinheitlichung auch der Prozessgesetze fraglos noch besser zu verwirklichen<sup>16</sup>.
- Bisher wurde die *wissenschaftliche Bearbeitung des Strafprozessrechts* in der Schweiz erschwert durch die Verschiedenheit der Strafverfahrensgesetze. Die Vielfalt der Regelungen hindert auch den guten Kenner der verschiedenen Prozessordnungen an einer vollständigen Durchdringung des gesamten schweizerischen Strafprozessrechts. So orientieren sich denn bezeichnenderweise die meisten grösseren Abhandlungen zum Strafprozessrecht stark oder ausschliesslich nach dem Verfahrensgesetz eines bestimmten Kantons. Dies macht es demgemäss in der universitären Ausbildung schwer, den Studierenden ein Gesamtbild der in unserem Lande geltenden Strafprozessrechtsordnung zu vermitteln.
- Die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts ist schliesslich auch geeignet, den *interkantonalen Personaleinsatz zu erleichtern*. Wer heute in der Strafjustiz wirkt, ist weitgehend an denjenigen Kanton gebunden, mit dessen Prozessgesetz er auch praktisch näher vertraut ist. Eine Tätigkeit in einem anderen Kanton, unter dem Regime eines anderen Verfahrensrechts, ist zwar keineswegs ausgeschlossen, wird jedoch durch die heutige Rechtslage erschwert. Die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts würde die Durchlässigkeit der Kantonsgrenzen für Justizpraktiker fördern, ihnen bessere Karriere-

---

<sup>13</sup> Vgl. Anhang zum Zwischenbericht der Expertenkommission vom 19.1.1995, siehe Ziff.121.2.

<sup>14</sup> SR 312.5, Art. 5-10.

<sup>15</sup> Siehe Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 26.9.1997 i.S. R.M.D. gegen die Schweiz (81/1996/700/892).

<sup>16</sup> Vgl. Botschaft zur neuen Bundesverfassung, BBl 1997 I 525.

möglichkeiten und den Kantonen eine grössere Auswahl an gut ausgebildeten und erfahrenen Kräften bieten.

## **12 Entstehungsgeschichte**

### **121 Expertenkommission**

#### **121.1 Einsetzung und Auftrag**

Die geschilderte politische Entwicklung (vgl. Ziff. 112) veranlasste den Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) die seit den Vierzigerjahren immer wieder erörterte Frage einer Vereinheitlichung des Strafprozessrechts aufzugreifen. Am 31.5.1994 setzte er eine Expertenkommission ein<sup>17</sup>. Gemäss der Einsetzungsverfügung sollte die Expertenkommission prüfen, *"ob im Interesse einer wirksamen Strafverfolgung, insbesondere in den Bereichen der Wirtschaftskriminalität und des organisierten Verbrechens, eine vollständige oder teilweise Vereinheitlichung des Strafprozessrechts oder andere zweckdienliche Massnahmen angezeigt seien."*

Im Einzelnen erhielt die Kommission den *Auftrag*, die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns zu ermitteln und verschiedene Lösungswege zu entwickeln. Insbesondere sollte sie ein oder mehrere Regelungskonzepte ausarbeiten, *"die den Interessen der effizienten Strafverfolgung, der Wahrung der Beschuldigtenrechte sowie der zuverlässigen Entscheidungsfindung optimal Rechnung tragen."*

#### **121.2 Zwischenbericht**

Anfang 1995 erstattete die Expertenkommission dem Vorsteher des EJPD auftragsgemäss einen Zwischenbericht<sup>18</sup> über ihre Arbeiten. Darin stellte sie die von ihr erhobenen Lücken und Defizite in der Strafverfolgung zusammen und machte verschiedene Vorschläge für die Verbesserung der Effizienz in der Strafverfolgung. Sie stellte zudem den Einfluss der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf das Strafverfahrensrecht der Kantone dar.

#### **121.3 Konzeptbericht "Aus 29 mach 1"**

Im Dezember 1997 unterbreitete die Expertenkommission dem Vorsteher des EJPD in Erfüllung ihres Auftrages das Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung. Unter dem Titel "Aus 29 mach 1" wurde dieser Konzeptbericht Anfang 1998 veröffentlicht<sup>19</sup>. In ihrem Bericht versuchte die Expertenkommission zu zeigen, wie eine einheitliche schweizerische Strafprozessordnung aussehen könnte. Damit stellte sie zugleich klar, dass sie eine *umfassende strafprozessuale Legiferierung* vorschlägt und nicht nur ein Rahmengesetz.

Die Kommission machte ferner deutlich, dass nach ihrer Auffassung die künftige eidgenössische Strafprozessordnung so wenig als möglich in die Organisationshoheit der Kantone

---

<sup>17</sup> Die Expertenkommission stand unter der Leitung von Dr. Peter Müller, Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz; ihre Mitglieder waren: Prof. Franz Riklin, Freiburg; Prof. Gérard Piquerez, Porrentruy; Jean-Marc Schwenter, Procureur général, Lausanne; Dr. Felix Bänziger, Staatsanwalt, Trogen AR (nach seiner Wahl zum Substituten der Bundesanwältin nahm er ab Mitte 1996 den Kommissionssitz von Bundesanwältin Del Ponte ein, die auf den gleichen Zeitpunkt aus der Kommission ausschied); Regierungsrat Paul Huber, Luzern; Bundesanwältin Carla Del Ponte (bis Mitte 1996); Fürsprecher Rudolf Wyss, Vizedirektor des Bundesamtes für Polizei; Dr. Martin Keller, Vizedirektor im Generalsekretariat EJPD.

<sup>18</sup> Commission d'experts "Unification de la procédure pénale": Rapport d'activités intermédiaire, Bern, Januar 1995.

<sup>19</sup> Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung; Bericht der Expertenkommission "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts", EJPD, Bern 1997 (im Folgenden zitiert: Aus 29 mach 1).

eingreifen sollte. Allerdings mache die Vereinheitlichung des Verfahrensrechts eine *Einigung über das Strafverfolgungsmodell* notwendig. Die Kommission betonte, an sich vermöge jedes der heute in der Schweiz praktizierten Modelle eine rechtsstaatliche und effiziente Strafverfolgung zu gewährleisten. Selber gab sie aber mehrheitlich einem Modell den Vorzug, bei dem der *Untersuchungsrichter* im Zentrum des Vorverfahrens steht und die Staatsanwaltschaft ausschliesslich als Partei auftritt<sup>20</sup>.

Die Experten haben auch die Frage *neuer strafprozessualer Instrumente* geprüft und sie differenziert beantwortet. Während sie sich für die Einführung eines gemässigten Opportunitätsprinzips aussprachen, lehnten sie Instrumente wie das plea bargaining oder eine Kronzeugenregelung ab<sup>21</sup>. Beides sei rechtsstaatlich nicht unproblematisch und jedenfalls in der heutigen Situation durchaus verzichtbar.

## 122 Anhörungen zum Konzeptbericht

Um die Reaktionen vorab der direkt betroffenen Kreise auf den Konzeptbericht zu erforschen, führte das Bundesamt für Justiz im Frühjahr 1998 mit Vertretern der wichtigsten interessierten Institutionen einlässliche Anhörungen durch<sup>22</sup>. Aus diesen Hearings<sup>23</sup> ergab sich *ein einhelliges Ja zur Vereinheitlichung* des Strafprozessrechts und zwar im Sinne einer integralen Unifizierung, also nicht eines blossen Rahmengesetzes. Die erwogenen Eingriffe ins kantonale Organisationsrecht beurteilten die angehörten Institutionen differenziert. Sie anerkannten, dass mit der Vereinheitlichung des Prozessrechts in gewissem Masse Eingriffe in die Gerichtsorganisation nicht zu umgehen sind. Das Ausmass der notwendigen bzw. akzeptablen Eingriffe wurde dagegen je nach Standpunkt verschieden bewertet.

Bei der Wahl des Strafverfolgungsmodells zeigte sich, eher unerwartet, eine recht deutliche Tendenz zu Gunsten des *Staatsanwaltschaftsmodells* etwa im Sinne der heute in Basel-Stadt geltenden Lösung. Als Hauptgründe dafür wurden die höhere Effizienz dieses Modells vorgebracht und zudem die Notwendigkeit einer klareren Rollenverteilung hervorgehoben, als dies beim Untersuchungsrichtermodell der Fall sei. Eher unscharf blieb in dieser zentralen Frage die *Position der Kantone*, deren Auffassungen noch stark auseinander streben. Es schälten sich dabei insbesondere Unterschiede zwischen grossen und kleinen Kantonen heraus, welche letztere eher einer Lösung mit Untersuchungsrichtern zuneigen<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Aus 29 mach 1 S. 35 ff.; vgl. zu den verschiedenen Strafverfolgungsmodellen Ziff. 141.

<sup>21</sup> Vgl. dazu Ziff. 152, 162.

<sup>22</sup> Bei diesen Anhörungen nahmen Vertreter folgender Institutionen teil: Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD); Konferenz der Kantonspolizeikommandanten der Schweiz (KKPKS); Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS); Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG); Schweizerischer Anwaltsverband (SAV); Demokratische Juristen der Schweiz (DJS); Universitäten Zürich, Bern, Basel, Lausanne, Genf.

<sup>23</sup> Siehe Hearings zum Bericht der Expertenkommission "Vereinheitlichung des Strafprozessrechts"; Protokolle und schriftliche Stellungnahmen, Bundesamt für Justiz, Bern 1998 (im Folgenden zitiert: Hearings).

<sup>24</sup> Zu den Positionen in den Hearings: Beschränkte Unterstützung der Expertenwahl, Hearings 5, 7, 69, 117, 168. Eher positiv bis sehr positiv hingegen die Vertreter der Universitäten Lausanne und Genf, Hearings 39, 42 und 151. Kritisch zum Expertenmodell, Hearings 5, 19, 44 f., 49, 62, 91 f., 133. Insbesondere der Vertreter der Konferenz der Justiz- und Polizeidirektoren brachte vor, dass „eine Mehrheit der Kantone das gewählte Untersuchungsrichter-Modell I nicht für das bestmögliche Modell halte“, Hearings 29. Im Ergebnis gleich die Vertreterin der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, Hearings 34. Andere Stimmen sprachen sich für das Untersuchungsrichtersystem II, Hearings 5, 36, 49, das eingliedrige Staatsanwaltschaftsmodell, Hearings 19 oder das zweigliedrige Staatsanwaltschaftsmodell, Hearings 34, 62 aus. Grundsätzliche Einwände gegen eine Wahl eines Strafverfolgungsmodell, Hearings 13, 31, 99, 118.

Relativ deutlich sprachen sich die an der Anhörung vertretenen Institutionen dafür aus, auch das *Jugendstrafverfahrensrecht* im gleichen Zuge zu vereinheitlichen. Die Expertenkommission hatte in dieser Frage noch eine abwartende Haltung eingenommen<sup>25</sup>.

Die Anhörungsteilnehmer sprachen sich, wie die Expertenkommission, für das Opportunitätsprinzip und gegen eine Kronzeugenregelung aus. Hingegen votierten die angehört Institutionen in Bezug auf das von der Expertenkommission noch abgelehnte *plea bargaining* differenzierter. Manche wiesen auf gewisse Vorteile dieses Instruments hin, die es vielleicht für den Prozess nutzbar zu machen gelte.

Der von der Expertenkommission vorgeschlagene moderate *Ausbau der Verteidigungsrechte* wurde in den Hearings nicht grundsätzlich bestritten. Von Seiten der Strafverteidigung wurden freilich da und dort Verstärkungen postuliert.

### 123 Vorbereitung des Vorentwurfs

Im März 1999 beauftragte das EJPD *Niklaus Schmid*, Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich<sup>26</sup>, bis Ende März 2001 einen Vorentwurf für eine eidgenössische Strafprozessordnung sowie einen entsprechenden Begleitbericht zu erstellen und sich dabei an die Vorgaben im Konzeptbericht der Expertenkommission ("Aus 29 mach 1") und in angemessener Weise an die Ergebnisse der Anhörungen von 1998 zu halten.

Im Besonderen wurde im Auftrag festgestellt, dass der Vorentwurf sich hinsichtlich des Strafverfolgungsmodells primär<sup>27</sup> auf das *Staatsanwaltschaftsmodell II* (wie es u.a. die Kantone Basel-Stadt und Tessin kennen) stützen solle. Das *Jugendstrafverfahren* sei in geeigneter Weise in die Vereinheitlichungsbemühungen einzubeziehen; dafür sei zusätzlich eine weitere Fachperson beizuziehen. Schliesslich sei, allenfalls als Variante, eine Regelung für ein massvolles, mit den geltenden schweizerischen Grundsätzen vereinbares *plea bargaining* vorzusehen.

### 124 Vorentwurf zum Jugendstrafverfahrensrecht

Im Sinne des Auftrags an Professor Niklaus Schmid (vgl. oben Ziff. 123) beauftragte das Bundesamt für Justiz Anfang 2000 *Jean Zermatten*, Präsident des Jugendgerichts des Kantons Wallis, Sitten, die sich bei einer Vereinheitlichung des Jugendstrafverfahrensrechts stellenden Probleme zusammenzustellen und mögliche Lösungen vorzuschlagen.

Der Experte lieferte im April 2000 einen entsprechenden einlässlichen *Bericht* ab.

Im Rahmen einer *Anhörung* konnten Vertreter der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) und der Schweizerischen Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege im Juni 2000 zu den Überlegungen und Vorschlägen von Jean Zermatten Stellung nehmen. Das Echo auf den Bericht Zermatten war weithin positiv.

Jean Zermatten wurde daraufhin beauftragt, im Sinne seines Berichts und in Berücksichtigung der wichtigsten Ergebnisse des Hearings einen ausformulierten *Vorentwurf* für Bestimmungen zum Jugendstrafverfahrensrecht sowie einen entsprechenden Begleitbericht auszuarbeiten. Diese werden im Rahmen des vorliegenden Vernehmlassungsverfahrens als separate Vorlagen unterbreitet.

<sup>25</sup> Aus 29 mach 1 S. 70.

<sup>26</sup> Prof. Schmid ist seit Mitte Oktober 1999 emeritiert.

<sup>27</sup> Zu möglichen Alternativen vgl. Ziff. 143.



## 13 Grundzüge der schweizerischen Strafprozessordnung gemäss Vorentwurf

### 131 Grundsätzliches zum Vorentwurf

Der Vorentwurf versucht nicht, für die Schweiz völlig neue Strafverfahrensmodelle zu entwickeln. Er schliesst sich vielmehr an die bisher in der Schweiz gebräuchlichen Verfahren und deren Institute an, soweit sich diese bewährt haben. Sofern erforderlich und sinnvoll werden diese bisherigen Institutionen mit Blick auf das übergeordnete Recht wie die BV sowie die EMRK und den IPBPR weiterentwickelt, um ein zukunftstaugliches gesamtschweizerisches Strafprozessrecht zu schaffen. Am Ausgang der Arbeiten zu diesem Vorentwurf standen dabei *verschiedene Leitlinien*, die für das künftige schweizerische Strafverfahrensrecht massgebend sein sollten:

- Die schweizerische *Strafprozessordnung soll einen möglichst grossen Teil des bisher in zahlreichen kantonalen und eidgenössischen Erlassen zersplitterten Verfahrensrechts vereinheitlichen*. Dementsprechend werden die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des StGB, aber auch diejenigen weiterer Bundesgesetze<sup>28</sup> sowie etwa des Konkordats über die Rechtshilfe und interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen<sup>29</sup> in die eidgenössische Strafprozessordnung überführt.
- Im Weiteren sollen auch die *besonderen Verfahrensarten* wie Abwesenheits- oder Strafbefehlsverfahren geregelt werden. Ob das Jugendstrafverfahren im gegebenen Zeitpunkt den eidgenössischen Räten dem Vorentwurf Zermatten folgend<sup>30</sup> als separates Bundesgesetz vorgelegt wird oder ob die entsprechenden Vorschriften als 7. Kapitels des Neunten Teils (Art. 427-449 VE) in die schweizerische Strafprozessordnung integriert werden, ist nach dem Vernehmlassungsverfahren definitiv zu entscheiden. Dementsprechend finden sich in diesem Vorentwurf an diversen Stellen Vorbehalte und Lücken, in die die besonderen Regeln des Jugendstrafverfahrens Aufnahme finden könnten.
- Ausgeklammert werden bestehende *spezialgesetzliche Strafverfahrensordnungen*, vor allem der Militärstrafprozess und, wenigstens vorläufig, das Verwaltungsstrafverfahren (SR 313.0)<sup>31</sup>.
- *Gewisse Regelungsbereiche, die nicht eigentlich strafprozessualer Natur sind*, beispielsweise die Begnadigung, der Strafvollzug oder das Strafregisterrecht, bleiben ebenfalls ganz oder teilweise ausgeklammert.
- Eine möglichst umfassenden Vereinheitlichung bedeutet schliesslich, dass für das eigentliche Verfahrensrecht Bund und Kantone in ihren Einführungserlassen nur noch die *Regelungskompetenz in Randgebieten* verbleibt<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> So die BStP, das OHG, das BG betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BüFP) vom 6.10.2000 (Ablauf der Referendumsfrist am 25.1.2001, vgl. BBl 2000 5128) sowie das zur Zeit in der parlamentarischen Beratung stehende Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (vgl. Geschäfts-Nr. 98.037, Botschaft vom 1.7.1998; BBl 1998 4241). Ferner die in Vorbereitung stehenden BG über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung vermisster Personen (Entwurf und Botschaft vom 8.11.2000 finden sich in BBl 2001 29), das BG über das Bundesstrafgericht (Strafgerichtsgesetz, SGG) sowie das BG über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) gemäss Botschaft des Bundesrates vom 28.2.2001.

<sup>29</sup> Vom 5.11.1992, SR 351.71.

<sup>30</sup> Ziff. 124.

<sup>31</sup> Dazu näher Kommentar zu Art. 1 VE.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 151 Abs. 2 und 3 VE, wonach Bund und Kantone Hilfspersonen der Strafbehörden oder die Polizei ermächtigen können, Einvernahmen durchzuführen.

- Ein vereinheitlichtes Verfahrensrecht bedeutet *nicht notwendigerweise auch eine Vereinheitlichung der in Bund und Kantonen tätigen Strafverfolgungsbehörden*. Weil die historisch gewachsenen behördlichen Strukturen in den verschiedenen Kantonen nicht zuletzt mit Blick auf ihre Grösse ausserordentlich variieren und die diesbezüglichen Ansprüche auch in Zukunft verschieden sein werden, wäre es verfehlt, detailliert vorzuschreiben, über welche Behörden sie verfügen müssen. Zu beachten ist hier vorab nArt. 123 Abs. 2 und 191b Abs. 1 BV<sup>33</sup>, der u.a. die Organisation der Gerichte unter Vorbehalt abweichender gesetzlicher Regeln nach wie vor den Kantonen überlässt. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass ohne ein Mindestmass an Übereinstimmung auch in der Behördenorganisation eine Vereinheitlichung nicht erreicht werden kann, weil das Verfahrensrecht sich mindestens teilweise an den vorgegebenen Behörden orientieren muss. Wie nicht nur im Expertenbericht „Aus 29 mach 1“<sup>34</sup>, sondern auch in den Hearings<sup>35</sup> vorgeschlagen wurde, wird indessen nur insoweit in die Gerichtsorganisation der Kantone eingegriffen, als dies zur Sicherstellung der Vereinheitlichung des Verfahrensrechts notwendig scheint. Es wird im Vorentwurf damit ein Mittelweg zwischen einer lückenlosen Regelung der Behörden und ihrer Organisation und einem Konzept gewählt, welches Bund und Kantonen darin völlig freie Hand lässt. In diesem Sinne wird im vorliegenden Vorentwurf in eher rudimentärer Form Bund und Kantonen vorgeschrieben, welche Behörden sie zu schaffen haben, also z.B. eine Polizei, eine Staatsanwaltschaft, erstinstanzliche Gerichte sowie gewisse Rechtsmittelinstanzen. Wie diese Behörden aber im Einzelnen bezeichnet, wie sie zusammengesetzt sind oder welche sachlichen Zuständigkeit ihnen zugewiesen werden, bleibt weitgehend Bund und Kantonen überlassen. Hinsichtlich der Frage, welches *Untersuchungsmodell* zu wählen sei, wird hier jedoch mit Überzeugung die Ansicht vertreten, dass die Wahl nicht den Kantonen überlassen werden darf, da sonst die angestrebten Vorteile eines vereinheitlichten Strafverfahrensrechts weitgehend illusorisch würden (nachfolgend Ziff. 142).
- Der Vorentwurf versucht, *zwischen den im Strafverfahren involvierten, diametral divergierenden Interessen des die Delikte verfolgenden Staates, der Beschuldigten, aber auch der Geschädigten, einen gerechten Ausgleich zu schaffen*. Er verzichtet auf die Verwirklichung extremer Postulate. Einem Ausbau der Verteidigungsrechte<sup>36</sup> steht eine gewisse Verstärkung der Rechte der Geschädigten<sup>37</sup>, Beschränkungen der Rechtsmittelmöglichkeiten<sup>38</sup> sowie Bestimmungen gegenüber, die den Strafverfolgungsbehörden in Form der polizeilichen Observation<sup>39</sup> oder der Überwachung von Bankbeziehungen<sup>40</sup> neue Untersuchungsmöglichkeiten eröffnen.
- Auf den ersten Blick mag auffallen, dass dieser *Vorentwurf über 500 Artikel aufweist* und die einzelnen Bestimmungen teilweise relativ detailliert sind. Die hohe Regelungsdichte wurde bewusst gewählt: Zum Einen dient sie dazu, den Vereinheitlichungseffekt zu verstärken; es soll erreicht werden, dass die vorgesehen Regeln möglichst rasch in der

<sup>33</sup> Gemäss dem Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Justizreform, vom Volk angenommen in der Abstimmung vom 12. März 2000.

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

<sup>35</sup> S. 69, 79/80. In den Hearings waren jedoch auch Stimmen zu hören, die eine Vereinheitlichung der Behördenorganisation verlangten, vgl. etwa S. 132.

<sup>36</sup> Zur Ausgestaltung der Verteidigungsrechte vgl. nachfolgend Ziff. 142.1, 231.1, 241.4, 242.1, 253.4, 261.32.

<sup>37</sup> Nachfolgend Ziff. 233; Rechtsmittellegitimation in Art. 451 VE.

<sup>38</sup> Z.B. der Berufung, Art. 467 ff. VE.

<sup>39</sup> Siehe Art. 297 f. VE.

<sup>40</sup> Art. 318 f. VE.

ganzen Schweiz gleichmässig und ohne allzu grosse Auslegungsprobleme einheitlich angewandt werden. Zum Andern soll durch relativ präzise Verfahrensregeln die mit diesem Vorentwurf angestrebte Einfachheit des Verfahrens abgesichert werden. Der vorliegende Entwurf basiert im Übrigen auf der Überzeugung, dass das Verfahrensrecht grundsätzlich in diesem Bundesgesetz zu regeln ist. Der Variante, im Bundesgesetz nur die Grundzüge, die Details hingegen in einer Verordnung zu regeln, wird deshalb – mit Ausnahme gewisser eher technischer Bereiche - eine Absage erteilt. Zwar könnte ein solches Vorgehen den Gang der Gesetzgebung entlasten. Es ist jedoch wünschenswert, dass die Bestimmungen, die das Strafverfahren regeln und die zu einem beachtlichen Teil den Betroffenen Pflichten auferlegen und ihre Rechte einschränken, in einem einzigen Erlass auf Gesetzesstufe zu finden sind. Die Aufteilung der prozessualen Vorschriften in verschiedene Erlasse würde zudem die Benützung erschweren und zusätzliche Auslegungsprobleme verursachen, etwa bezüglich der Gesetzmässigkeit der in der Verordnung zu findenden Regeln. Das Prinzip, dass das Strafverfahrensrecht grundsätzlich gesamthaft in einem Gesetz und höchstens in Randbereichen in Verordnungen zu regeln ist, entspricht schweizerischer Tradition<sup>41</sup> und den in unseren Nachbarländern zu findenden Anschauungen<sup>42</sup>.

Zur Zeit sind in der Schweiz *verschiedene Gesetzgebungsvorhaben* in Vorbereitung, die ein künftiges vereinheitlichtes Strafprozessrecht tangieren. So ist vor allem auf die zur Zeit in der parlamentarischen Beratung stehende *Totalrevision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs* (AT StGB) zu verweisen. Dieser Vorentwurf berücksichtigt teilweise die hängigen Gesetzgebungsvorhaben, vor allem was den AT StGB betrifft. So wird bereits das in der Botschaft vorgeschlagene neue Sanktionensystem berücksichtigt; der Vorentwurf geht mit dem neuen AT StGB davon aus, dass die Unterteilung der Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen beibehalten wird<sup>43</sup>. *Im Übrigen beruht dieser Vorentwurf auf dem am 31.12.2000 geltenden Recht*. Bei der Ausarbeitung des definitiven StPO-Entwurfes wird allerdings eine Anpassung an den in jenem Zeitpunkt wohl definitiv verabschiedeten AT StGB erforderlich sein. Gleiches gilt für das bereits verabschiedete BG betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6.10.2000<sup>44</sup> sowie für jene Erlasse, die zur Zeit ebenfalls bereits im Stadium der parlamentarischen Beratung stehen wie die BG über die verdeckte Ermittlung<sup>45</sup>, das Opferhilfegesetzes<sup>46</sup>, das Strassenverkehrsgesetz<sup>47</sup> oder das BG über die Verwendung

<sup>41</sup> Relativ viele Verordnungen in diesem Bereich besitzt z.B. der Kanton Graubünden; vgl. aber auch die Verordnung zur MStP.

<sup>42</sup> Die Regelungsdichte in diesem StPO-Entwurf entspricht jener der Strafprozessordnungen unserer Nachbarländer: In *Deutschland*, dessen StPO von 1877 stammt, seither aber vielfach revidiert wurde, reichen die Bestimmungen von § 1 – 476; dabei sind aber bei verschiedenen Normen unter § a, b, c etc. zusätzliche Bestimmungen angefügt (vgl. vor allem § 111, dem die Bestimmungen § 111a – 111p angefügt sind); gesamthaft zählt dieses Gesetz also deutlich über 500 Bestimmungen. In *Österreich* umfasst die StPO von 1975 in der Fassung des Strafprozessänderungsgesetzes von 1993 503 Paragraphen. Weit umfassender sind die Prozessgesetze unserer romanischen Nachbarstaaten: Die *französische* StPO von 1957 enthält gar 802 Artikel. Jene von *Italien* des Jahres 1988 zählt 748 Artikel. In diesen Gesetzen finden sich allerdings Regelungsbereiche, die in der Schweiz üblicherweise ausserhalb der StPO angesiedelt sind, also beispielsweise die Rechtshilfe oder der Strafvollzug.

<sup>43</sup> Botschaft AT 22 f., 167 zu nArt. 10 und 103 StGB.

<sup>44</sup> Referendumsvorlage in BBl 2000 5128.

<sup>45</sup> Hierzu näher Ziff. 258.1 und 258.4.

<sup>46</sup> Siehe Entwurf für die Änderung des Opferhilfegesetzes; Verbesserung des Schutzes von Opfern unter sechzehn Jahren; Bericht vom 23.8.1999 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats; Stellungnahme des Bundesrates vom 20.3.2000.

<sup>47</sup> Siehe Botschaft des Bundesrates vom 31.3.1999 zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes, BBl 1999 4462 ff.

von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem und vermissten Personen<sup>48</sup>. Umfangreiche Anpassungsarbeiten werden im gegebenen Zeitpunkt vor allem für das vom Bundesrat mit Botschaft vom 28.2.2001 dem Parlament unterbreiteten Reformpaket zur Totalrevision der Bundesrechtspflege mit den dazu gehörenden BG über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) und dem BG über das Bundesstrafgericht (Strafgerichtsgesetz, SGG)<sup>49</sup> erforderlich sein.

Zur Zeit ist neben der vorstehend erwähnten, beim Parlament hängigen Teilrevision eine *Totalrevision des Opferhilfegesetzes* hängig. Die dafür von der Vorsteherin des EJPD eingesetzte Expertenkommission nahm ihre Arbeit im Herbst 2000 auf. Der Kommission wurde der Vorentwurf für die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung (Stand Juli 2000) unterbreitet, soweit die Regelungen die prozessuale Stellung des Opfers behandeln. Die Expertenkommission begann im November 2000 ihre Arbeit mit der Bearbeitung der Bereiche des OHG, die die strafprozessuale Stellung der Opfer betreffen. Sie entwickelte in einem Zwischenbericht vom 5.2.2001 Gegenvorschläge zum vorliegenden Vorentwurf, welche zusammen mit diesem in die Vernehmlassung gegeben werden.

### 132 Vorentwurf im Überblick

Der Vorentwurf gliedert das künftige schweizerische Strafverfahrensrecht in 13 Teile. Die Systematik entspricht mit gewissen Abweichungen derjenigen der neueren kantonalen Strafprozessordnungen<sup>50</sup> und der Literatur bei der gesamthaften Darstellung des Strafprozessrechtes<sup>51</sup>. Dementsprechend werden im *Ersten Teil* einerseits der Anwendungsbereich dieser schweizerischen StPO (Art. 1 und Art. 2 VE), andererseits deren wesentliche Grundsätze (Art. 3-12 VE, nachfolgend Ziff. 21) präsentiert. Im *Zweiten Teil* finden sich umfangreichere Bestimmungen zu den von Bund und Kantone näher zu regelnden Strafbehörden (Art. 13-27 VE), den Gerichtsstand, also die örtliche Zuständigkeit dieser Behörden (Art. 38-48 VE), zur Abgrenzung der Zuständigkeit der kantonalen und eidgenössischen Strafbehörden (Art. 28-37 VE), zur nationalen und internationalen Rechtshilfe (Art. 50-61 VE), zum Ausstand von Angehörigen der Strafbehörden (Art. 62-66 VE), zur Verfahrensleitung und Sitzungspolizei (Art. 67-70 VE) sowie einlässliche Normen zu den behördlichen Verfahrenshandlungen (Art. 71-113, vgl. nachfolgend Ziff. 22). Der *Dritte Teil* befasst sich mit den (privaten) Parteien des Strafverfahrens und ihren Rechten, also vor allem mit dem Beschuldigten (Art. 121-123 VE), dem Geschädigten bzw. der Privatklägerschaft (Art. 124-132 VE) sowie deren Verteidigung, den Rechtsbeiständen sowie den Vertreterinnen und Vertreter (Art. 133-143 VE; nachfolgend Ziff. 23). Daran schliessen sich im *Vierten Teil* die Vorschriften für die Beweismittel und ihre Erhebung an (Art. 145-206 VE, nachfolgend Ziff. 24). Der *Fünfte Teil* befasst sich mit der Regelung der Zwangsmassnahmen, namentlich dem Freiheitsentzug in Form der Anhaltung, vorläufiger Festnahme sowie der Untersuchungs- und Sicherheitshaft, aber auch weiterer Eingriffe in die verfassungsmässigen Rechte wie Beschlagnahmen, Hausdurchsuchungen u.ä. (Art. 207-325 VE, nachfolgend Ziff. 25). Ab dem *Sechsten Teil* wird das Verfahren im engeren Sinne geregelt; zunächst finden sich in diesem Teil die Vorschriften über das Vorverfahren, d.h. das polizeiliche Ermittlungsverfahren (Art. 333-337 VE) sowie die Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft (Art. 338-349 VE; nachfolgend Ziff. 261). Der

<sup>48</sup> Siehe Botschaft des Bundesrates vom 8.11.2000 in BBl 2001 29.

<sup>49</sup> Vgl. die zukünftige Botschaft des Bundesrates.

<sup>50</sup> Vgl. z.B. jene von Bern vom 15.3.1995, Freiburg vom 14.11.1996 oder Basel-Stadt vom 8.1.1997.

<sup>51</sup> Siehe etwa die Werke von Aeschlimann 1997, Hauser/Schweri 1999, Maurer 1999, Oberholzer 1994, Piquerez 2000 und Schmid 1997.

*Siebte Teil* ist dem Zwischenverfahren gewidmet, d.h. dem Verfahrensteil zwischen Vorverfahren und gerichtlichem Erkenntnisverfahren, in dem über die Einstellung (Art. 350-356 VE) oder aber die Anklageerhebung (Art. 357-360 VE, nachstehend Ziff. 262) entschieden wird. Im *Achten Teil* finden sich die Regeln über das erstinstanzliche Haupt- oder Gerichtsverfahren (Art. 361-384 VE; nachfolgend Ziff. 263). Im *Neunten Teil* werden verschiedene besondere Verfahrensarten geregelt; das abgekürzte Verfahren (Art. 385-389 VE), die nachträglichen richterlichen Entscheide (Art. 390-393 VE), das Abwesenheitsverfahren (Art. 394-400 VE), das selbstständige Massnahmeverfahren (Art. 401-411 VE), das Strafbefehlsverfahren (Art. 412-417 VE), das Übertretungsstrafverfahren (Art. 418-426 VE) sowie allenfalls das Jugendstrafverfahren (vgl. die reservierte Lücke in Art. 427-449 VE; zu allen diesen Verfahren nachstehend Ziff. 264). Die Rechtsmittel werden im *Zehnten Teil* (Art. 450-485 VE; nachstehend Ziff. 27) normiert, während sich der *Elfte Teil* mit den Kosten- und Entschädigungsfolgen des Strafverfahrens befasst (Art. 486-505 VE; nachstehend Ziff. 28). Der *Zwölfte Teil* enthält einige Grundsätze zur Rechtskraft und Vollstreckung von Straferkenntnissen (Art. 506-514 VE, nachfolgend Ziff. 29). Das Gesetz schliesst im *Dreizehnten Teil* mit den Ergänzungs-, Schluss- und Übergangsbestimmungen (Art. 515 ff. VE), die allerdings – da sie weitgehend technischer Natur sind – mit diesem Vorentwurf noch nicht detailliert präsentiert werden.

### **133 Ablauf eines ordentlichen Strafverfahrens nach dem vorliegenden Konzept**

Zur Einführung wird *kurz der Ablauf eines ordentlichen Strafverfahrens*<sup>52</sup> geschildert, wie es sich aus diesem VE ergibt:

Gestützt auf eine private oder behördliche Anzeige (Art. 329 und 330 VE) nimmt üblicherweise die Polizei die ersten *Ermittlungen* vor, doch kann die Staatsanwaltschaft<sup>53</sup> ein *Vorverfahren* auch ohne solche polizeilichen Ermittlungen einleiten und durchführen (Art. 339 Abs. 3 VE). Die Polizei sichert die Tatspuren (Art. 333 Abs. 2 VE) und nimmt vorläufige Festnahmen vor (Art. 229 VE). Die Ergebnisse dieser Ermittlungen werden sofort der Staatsanwaltschaft übermittelt (Art. 336 VE), die darüber zu entscheiden hat, ob eine *Untersuchung* zu eröffnen ist (Art. 339 VE). Die Staatsanwaltschaft führt nach Eröffnung diese Untersuchung (Art. 342 VE), sie verhört die Beschuldigten und weitere Beweispersonen (Art. 166 - 199 VE), nimmt die erforderlichen weiteren *Beweise* ab (Art. 200 - 206 VE) und ordnet, soweit dafür nicht das Zwangsmassnahmengericht (Art. 22 VE) zuständig ist – wie z.B. bei der Anordnung der Untersuchungshaft (Art. 233 - 241 VE) –, die Zwangsmassnahmen an. Soweit Zwangsmassnahmen nicht vom Zwangsmassnahmengericht angeordnet werden, ist dagegen (wie auch gegen Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft allgemein, siehe Art. 462 Abs. 1 Ziff. 2 VE) Beschwerde (Art. 461 - 466 VE) an die Beschwerdeinstanz (Art. 26 VE) zulässig.

Ist die Untersuchung beendet, so entscheidet die Staatsanwaltschaft im sogenannten *Zwischenverfahren* (Art. 350 - 360 VE) selber darüber, ob Anklage erhoben (Art. 357 - 360 VE) oder aber das Verfahren eingestellt (Art. 350 - 356 VE) wird. Gegen die Einstellung, nicht aber die Anklageerhebung ist die Beschwerde zulässig (Art. 355, Art. 360 Abs. 3 VE) .

<sup>52</sup> Die besonderen Verfahrensformen wie z.B. die Abwesenheits-, Strafbefehls- oder Übertretungsstrafverfahren des Neunten Teils (Art. 385–449 VE) werden hier nicht berücksichtigt.

<sup>53</sup> Es ist dies die Untersuchungs- und Anklagebehörde, deren nähere Bezeichnung sich aus den Einführungserlassen von Bund und Kantonen ergibt, siehe Art. 15 VE.

Die Anklage wird ohne Umweg über ein eigentliches Anklagezulassungsverfahren dem erstinstanzlichen Gericht zur Prüfung der Ordnungsmässigkeit der Anklage (Art. 362 VE) und Ansetzung der *Hauptverhandlung* (Art. 364-366 VE) eingereicht. Bund und Kantone werden hinsichtlich der Bestimmung dieser *ersten Instanz* gewisse Freiheiten eingeräumt: Sie können für ihr Gebiet z.B. regional gegliederte Gerichte (für Bezirke etc.) und für gewisse Kriminalitätsformen daneben z.B. auch für das Gebiet des ganzen Kantons zur Beurteilung schwerer Straftaten ein Kriminal- oder Wirtschaftsstrafgericht einsetzen (Art. 15 und 23 VE). Zur Beurteilung leichterer bis mittelschwerer Kriminalfälle – nach Art. 24 VE bei Anträgen der Staatsanwaltschaft bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe (in einer Variante: einem Jahr Freiheitsstrafe) oder freiheitsentziehenden Massnahmen – können Bund und Kantone *Einzelgerichte* einsetzen. Die Unterscheidung zwischen diesen einzelgerichtlichen Fällen und anderen erstinstanzlichen Fällen wirkt sich unabhängig davon, ob solche Einzelgerichte eingeführt werden, auf das erstinstanzliche Verfahren aus: Bei einzelgerichtlichen Fällen wird ein *vereinfachtes*, bei den übrigen erstinstanzlichen Fällen ein *qualifiziertes Beweisverfahren* durchgeführt (Art. 374 – 375 und Art. 376 - 378 VE). Bei Letzterem wird die Unmittelbarkeit betont, d.h. es besteht ein Anspruch darauf, dass wichtige Beweise vor den Schranken des Gerichts abgenommen werden (Art. 377 VE).

Gegen das erstinstanzliche Urteil ist grundsätzlich die *Berufung an das Berufungsgericht*<sup>54</sup> zulässig, wobei sich die anfechtende Partei darüber aussprechen muss, ob sie das Urteil ganz oder nur zum Teil überprüft haben will (Art. 468 VE). Gegen andere verfahrenserledigende Entscheide wie Einstellungen ist nur die *Beschwerde* zulässig (Art. 462 VE). Die *Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich schriftlich* (Art. 466 VE). Auch bei der Berufung können unter gewissen Voraussetzungen schriftliche Verfahren durchgeführt werden (Art. 472-473 VE). Im Rechtsmittelverfahren sind mit Einschränkungen die im Vorverfahren sowie dem erstinstanzlichen Verfahren erhobenen Beweise massgebend (Art. 457 VE). Ausser der *Revision*, die beim Auftauchen neuer Beweise gegen rechtskräftige Urteile möglich ist, sind somit keine weiteren Rechtsmittel vorgesehen. Möglich ist nach gegenwärtigem Rechtszustand allein die Nichtigkeitsbeschwerde oder die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht, künftig wohl allein noch die strafrechtliche Beschwerde nach Art. 73 ff. des BG über das Bundesgericht<sup>55</sup>.

## 14 Einheitliches Strafverfolgungsmodell

Das Strafverfolgungsmodell beschreibt das Vorverfahren, d.h. die Verfahrensstadien vor dem eigentlichen Gerichtsverfahren, in dem anschliessend über die Schuld und Unschuld der Beschuldigten sowie die Folgen eines Schuld- oder Freispruchs entschieden wird. Zum Vorverfahren gehören somit die polizeilichen Ermittlungen, die eigentliche Strafuntersuchung sowie das Zwischenverfahren, in dem über die Einstellung oder Anklageerhebung befunden wird. Nach dem gewählten Strafverfolgungsmodell entscheidet sich in erster Linie, wie die später für das Sachurteil wesentlichen Fakten und Beweise zusammengetragen und dem Gericht zum Entscheid unterbreitet werden. Bei den verschiedenen Modellen ergeben sich vor allem Unterschiede im gegenseitigen Verhältnis der im Vorverfahren tätigen Behörden (Polizei, Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter, Staatsanwaltschaft) und hinsichtlich ihrer Rolle im Verfahren. Die in der Schweiz zu findenden Untersuchungs-

<sup>54</sup> Auch hier bezeichnen Bund und Kantone die Instanz näher, die die Funktion des Berufungsgerichts übernimmt, Art. 15 VE. Ob gegen die Urteil des erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts dereinst eine Berufung möglich sein wird, bleibe offen, dazu Ziff. 221.9 und 273.1.

<sup>55</sup> Nach dem Entwurf vom 28.2.2001.

modelle variieren von Kanton zu Kanton; es ist deshalb übersichtlicher, die zahlreichen Varianten auf wenige Grundtypen zu reduzieren. Die Expertenkommission entwickelte in ihrem Konzept *vier Grundmodelle*<sup>56</sup>, an die in diesem Bericht ebenfalls angeknüpft wird.

Ohne Zweifel kommt bei der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts der Frage des zu wählenden Strafverfolgungsmodells entscheidende Bedeutung zu, bringt doch die Wahl des Modells für eine grössere oder kleiner Anzahl von Kantonen einschneidende Änderungen in der Struktur ihrer Strafbehörden. Ohne die Schaffung eines einheitlichen Strafverfolgungsmodells hätte aber die eidgenössische Strafverfahrensordnung nur den Charakter eines Rahmengesetzes und die angestrebte Vereinheitlichung bliebe damit Stückwerk<sup>57</sup>. Es ist deshalb unabdingbar, dass mit diesem *Gesetzeswerk ein für die ganze Schweiz verbindliches Strafverfolgungsmodell gewählt wird*<sup>58</sup>.

## 141 Vier Grundtypen des Vorverfahrens: Untersuchungsrichtermodelle I und II sowie die Staatsanwaltschaftsmodelle I und II

Führt man die Unterschiede der vier Strafverfolgungsmodelle auf die jeweils zentralen Wesenselemente und Unterschiede zu den anderen Modellen zurück, so weisen sie folgende Eigenheiten<sup>59</sup>, aber auch die zusammengefasst wiedergegebenen Vor- und Nachteile<sup>60</sup> auf:

### 141.1 Untersuchungsrichter-Modell I

Im Untersuchungsrichter-Modell I wird die Untersuchung durch eine *unabhängige Untersuchungsrichterin oder einen unabhängigen Untersuchungsrichter geführt*. Ihr oder ihm ist auch die gerichtliche Polizei unterstellt, so dass die Aufteilung in Ermittlung und Untersuchung entfällt. In diesem Zusammenhang wird auch der Begriff des *eingliedrigen Untersuchungsverfahrens* verwendet; damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Untersuchungsrichterin oder der Untersuchungsrichter von sich aus die Untersuchungen eröffnen und die Tätigkeit der Kriminalpolizei von ihren Weisungen abhängig ist<sup>61</sup>. Die Staatsanwaltschaft, die den Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern keine Weisungen zu erteilen hat, erscheint im Vorverfahren lediglich als Partei. Sie hat nach dessen Abschluss die Anklage zu formulieren und vor den Gerichten zu vertreten. Gemäss der Expertenkommission basieren sechs kantonale Verfahrensrechte auf diesem Modell<sup>62</sup>.

Die *Vorteile* eines Modells mit unabhängigen Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern liegen zunächst in einer besseren Beachtung der rechtsstaatlichen Garantien: Die Untersuchungsrichterin, der Untersuchungsrichter, sind von anderen Strafbehörden, insbesondere der Staatsanwaltschaft völlig unabhängig und letztlich nur dem Recht

<sup>56</sup> Aus 29 mach 1 S. 29 ff.

<sup>57</sup> In dieser Richtung auch die meisten Voten in den Hearings, vgl. etwa 7, 12, 15, 32, 34 f., 36, 44, 48 f., 61, 69, 98, 131, 157. Vgl. auch Ziff. 121.3, 122.

<sup>58</sup> So auch klar Aus 29 mach 1 S. 29; anders vereinzelte Stimmen in den Hearings, die diese Frage den Kantonen überlassen wollten, Hearings 114, 131/132.

<sup>59</sup> Näher die Darlegungen in Aus 29 mach 1 S. 29 ff.

<sup>60</sup> Eingehender dazu Aus 29 mach 1 S. 31 ff.

<sup>61</sup> Zur Eingliedrigkeit vgl. Hauser/Schweri 1999 § 75 N 7 ff.; Schmid 1997 N 15, 780.

<sup>62</sup> Aus 29 mach 1 S. 30; die Kantone GL (StPO 5a, 12 ff., 16 f., 40 ff.), ZG (StPO 9, 12 ff.), FR (StPO 10, 11, 12, 152 ff.), SO (StPO 13, 83 ff., 134 ff. Dem Vernehmen nach bestehen z.Zt. in SO Bestrebungen, zum Staatsanwaltschaftsmodell II zu wechseln.), VD (StPO 4 ff., 49 ff.) und VS (StPO 11<sup>bis</sup>, 51 ff.). - Diese Zuweisungen werden im Folgenden übernommen, obwohl sie teilweise - insbesondere beim Untersuchungsrichter-Modell II - diskutabel sind.

verpflichtet. Sie treffen den Beschuldigten später im Hauptverfahren vor Gericht nicht als Gegenpartei. Soweit die Staatsanwaltschaft im Untersuchungsverfahren auftritt, steht sie den Beschuldigten als gleichberechtigte Partei gegenüber. Die Aufteilung der Funktionen zwischen der von den Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern geführten Untersuchung und den hernach von der Staatsanwaltschaft zu führenden Anklage- und Gerichtsverfahren verspricht somit eine grössere Objektivität und eine bessere Verwirklichung des Wahrheitsgrundsatzes, werden doch vier Augen den Straffall kritischer würdigen als nur zwei. Ein weiterer Vorteil des Vorverfahrens mit unabhängigen Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern wird darin erblickt, dass diese selbst Zwangsmassnahmen anordnen können, während bei andern Untersuchungsmodellen hierfür gerichtliche Behörden eingesetzt werden müssen.

Einige der geschilderten Vorteile sind allerdings auch mit *Nachteilen* verknüpft: Zum Einen ist fraglich, ob der richterliche Status des oder der die Untersuchung führenden Beamtin oder Beamten die Situation der Beschuldigten nicht nur formal, sondern auch faktisch verbessert. Das Argument, dass beim Untersuchungsrichtermodell I, nicht aber beim Staatsanwaltschaftsmodell II<sup>63</sup> für anzuordnende Zwangsmassnahmen, vor allem bei Untersuchungshaft, auf eine gerichtliche Anordnung oder Überprüfung verzichtet werden könne, dürfte demgemäss längerfristig seine Überzeugungskraft verlieren<sup>64</sup>. Zum anderen kann das erwähnte Vier-Augen-Prinzip in umfangreichen Fällen etwa im Bereich der Wirtschaftskriminalität zu verzögernden Doppelspurigkeiten führen, indem sich nach einer umfangreichen Untersuchung auch noch die Staatsanwaltschaft in die u.U. zahllosen Aktenstücke einarbeiten muss. Als gewichtiger Nachteil entpuppt sich die Unabhängigkeit auch insofern, als es rechtlich nur mit Schwierigkeiten möglich sein dürfte, etwa in grösseren Kantonen arbeitsteilig und effizient wirkende, von erfahrenen Spezialisten geleitete und damit hierarchisch strukturierte Sonderabteilungen für schwerwiegende Kriminalitätsformen wie Wirtschafts- oder Drogenkriminalität oder organisiertes Verbrechen aufzubauen. Unabhängige Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter können definitionsgemäss nicht in eine Hierarchie eingebunden werden, wie dies z.B. bei der Bildung von Spezialabteilungen zur Bekämpfung bestimmter Kriminalitätsformen erforderlich ist<sup>65</sup>. Dieses Modell dürfte demgemäss schon von seinem Konzept her auf kleinere Kantone mit überschaubaren Verhältnissen zugeschnitten sein<sup>66</sup>.

## 141.2 Untersuchungsrichter-Modell II

Diesem Modell werden von der Expertenkommission 13 Kantone zugerechnet<sup>67</sup>. Im Vorverfahren sind Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter sowie die Staatsanwaltschaft tätig. Die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichterinnen sind

<sup>63</sup> Zu diesem nachfolgend Ziff. 141.4.

<sup>64</sup> Die Erwartungen an die richterliche Unabhängigkeit bei den Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern, denen ja die Aufgabe der Strafverfolgung zugewiesen ist, sind wohl regelmässig nicht zu erfüllen; auch die Vorteile des Vieraugenprinzips sind wohl realistischerweise zu relativieren, vgl. Hearings 19 f., 35, 118, 134 f. Teilweise ist die den Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern nach diesem Modell zugeschriebene Unabhängigkeit sogar als lebensfremd bezeichnet worden, Hearings 134.

<sup>65</sup> Inwieweit das in gewissen Kantonen (vgl. etwa FR Reglement vom 5. Februar 1999 über die Organisation und die Arbeitsweise des Untersuchungsrichteramts, Art. 4) geschaffene Amt eines Präsidenten der Untersuchungsrichter (dazu auch Hearings 118) mit der Unabhängigkeit vereinbar ist und die hier angesprochenen Probleme lösen kann, bleibe offen.

<sup>66</sup> So auch eine Stimme in den Hearings, vgl. 91.

<sup>67</sup> Mittlerweile haben AI und SG zum Staatsanwaltschaftsmodell II gewechselt. Im Übrigen ist die Zurechnung bei einzelnen Kantonen problematisch, vgl. Fn. 62.



jedoch im Unterschied zum Untersuchungsrichter-Modell I *von der Staatsanwaltschaft nicht unabhängig, sondern dieser gegenüber in freilich sehr unterschiedlichem Mass weisungsgebunden*. Verschieden ist auch die Ausgestaltung der Zusammenarbeit von Untersuchungsrichteramt und Staatsanwaltschaft: Während in einzelnen Kantonen die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter Kompetenzen zur Einstellung und Anklageerhebung vor Gerichten besitzen<sup>68</sup>, stehen den Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern in anderen Kantonen nur Untersuchungsbefugnisse und allenfalls die Kompetenz zur Verfahrenseinstellung zu. In der Mehrheit der Kantone erfolgt die Anklageerhebung und die Anklagevertretung vor Gericht allein durch die Staatsanwaltschaft<sup>69</sup>.

Dieses Modell übernimmt gewisse Vorteile (Vieraugenprinzip) und Nachteile (Doppelspurigkeiten) des Untersuchungsrichtermodells I. Es sind zwar Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter vorhanden. Da diese indessen der Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft unterworfen sind, werden einzelne Nachteile des Untersuchungsrichtermodells I wie z.B. die fehlende Möglichkeit der Einbindung in eine hierarchisch aufgebaute, effizient funktionierende Strafverfolgungsbehörde beseitigt. Die nicht vorhandene Unabhängigkeit bedeutet aber auch den Verlust von Vorteilen jenes Systems. Denkbar sind auch wie schon angetönt Mischformen, also z.B. ein Vorverfahrenstypus, bei dem die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter der Staatsanwaltschaft gegenüber zwar weisungsgebunden sind, aber z.B. die Anklageerhebung und –vertretung vor Gericht selbst zu übernehmen haben. In einem solchen System ergeben sich Annäherungen an das Staatsanwaltschaftsmodell II mit der für diesen typischen erhöhten Effizienz, aber auch unter Einbezug der diesem Modell innewohnenden Nachteilen.

### 141.3 Staatsanwaltschaft-Modell I

Für dieses aus dem französischen Recht stammende Modell ist dessen *Zweigliedrigkeit* typisch<sup>70</sup>: Vor Einschaltung der Untersuchungsrichterin oder des Untersuchungsrichters führt die Kriminalpolizei unter Führung der Staatsanwaltschaft die Ermittlungen durch. Danach erteilt die Staatsanwaltschaft den (unabhängigen) Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern einen Auftrag zur Durchführung der Untersuchung. Dieses System ist vor allem dem Bundesstrafprozess<sup>71</sup>, aber auch fünf Kantonen<sup>72</sup> bekannt. Ist die Untersuchung abgeschlossen, überweist die Untersuchungsrichterin oder der Untersuchungsrichter die Akten der Staatsanwaltschaft, die über die Anklageerhebung oder die Einstellung entscheidet.

Dieses Modell bringt insofern eine gewisse Steigerung der Effizienz und Schlagkraft der Strafverfolgung, als die Polizei unter der einheitlichen Führung durch die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen tätigt. Die Untersuchung durch Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter gemäss staatsanwaltschaftlichem Auftrag und die anschliessend der Staatsanwaltschaft übertragene Anklageerhebung bringt die dem Untersuchungsmodell I zugeschriebenen Vorteile. Allerdings wirken diese Zweigliedrigkeit und die damit verbundenen Doppelspurigkeiten schwerfällig und z.B. bei komplexen Straffällen wenig effizient.

<sup>68</sup> So etwa ZH StPO 39, 161 i.V.m. GVG 72 Ziff. 1; LU StPO 125 f., 130; SZ StPO 70, 73 i.V.m. GOG 37; SG StPO 181.

<sup>69</sup> Vgl. etwa BE StrV 250 ff.; OW StPO 93, 102, 105; NW StPO 110, 114 f., 125; BL StPO 130, 143; AR StPO 158 ff.; AI StPO 83 ff.; SH StPO 234; GR StPO 82, 98; TG StPO 133, 142.

<sup>70</sup> Zur Ein- und Zweigliedrigkeit Hauser/Schweri 1999 § 75 N 5 ff.; Schmid 1997 N 15, 780.

<sup>71</sup> Art. 108 BStP.

<sup>72</sup> Nach Aus 29 mach 1 S. 31 die Kantone UR, AG, NE, GE und JU.

#### 141.4 Staatsanwaltschafts-Modell II

Das Staatsanwaltschaftsmodell II ist zur Zeit in vier Kantonen bekannt<sup>73</sup> und im Ausland in ähnlicher Form etwa in Italien, Deutschland sowie den angelsächsischen Ländern gebräuchlich<sup>74</sup>. Charakteristisch ist das *Fehlen einer Untersuchungsrichterin oder eines Untersuchungsrichters*. Die Staatsanwaltschaft führt die Untersuchung, erhebt die Anklage und vertritt diese vor den Gerichten. Üblicherweise leitet sie auch die Kriminalpolizei oder ist dieser gegenüber weisungsberechtigt.

Stellt man beim Staatsanwaltschaftsmodell ein Vorverfahren ohne unabhängige Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter in den Vordergrund<sup>75</sup>, so ergeben sich die Vor- und Nachteile grösstenteils spiegelbildlich aus den bereits in der vorstehenden Ziff. 141.1 geschilderten Vor- und Nachteilen eines Vorverfahrens mit unabhängigen Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern: Wird das gesamte Strafverfahren ab der polizeilichen Ermittlung über die eigentliche Untersuchung hin bis zur Anklageerhebung und Vertretung vor Gericht durch die gleiche Behörde geführt oder geleitet, ergeben sich einerseits klare Vorteile bezüglich der Effizienz des Verfahrens, andererseits Bedenken hinsichtlich der Objektivität der Strafverfolgung und der Einhaltung der rechtsstaatlichen Garantien. Wie bereits dargelegt, dürfte im Übrigen der Unterschied zum Untersuchungsrichter-Modell II dann gering sein, wenn die Untersuchungsrichterin oder der Untersuchungsrichter (allenfalls nur teilweise) selbst die Anklage erheben und vertreten.

### 142 Staatsanwaltschaftsmodell des Vorentwurfs

#### 142.1 Grundzüge des Konzepts

Dem Auftrag des EJPD folgend basiert der Vorentwurf des Experten in den Grundzügen auf dem Staatsanwaltschaftsmodell II<sup>76</sup>. *Das Vorverfahren wird somit von der Staatsanwaltschaft geführt*. Diese ist berechtigt, in dem der eigentlichen Untersuchung vorgelagerten Stadium der Ermittlungen der Polizei jederzeit Weisungen zu erteilen (Art. 17 Abs. 3, Art. 335 Abs. 2 VE; nachstehend Ziff. 221.2. und 261.21). Die Staatsanwaltschaft hat sodann nach Abschluss der Untersuchung über die Einstellung des Verfahrens und die Anklageerhebung zu befinden und vor Gericht diese Anklage zu vertreten. Durch die Einheitlichkeit von Ermittlung, Untersuchung und Anklageerhebung soll ein hoher Grad von Effizienz bei der Verfolgung von Straftaten gewährleistet werden. Als Gegengewichte sind verschiedene Massnahmen vorgesehen, die verhindern sollen, dass die Parteien von übermächtigen Strafverfolgungsbehörden in der Ausübung ihrer Rechte über Gebühr beeinträchtigt werden könnten. So ist ein Zwangsmassnahmengericht vorgesehen, das über die Anordnung der einschneidendsten Zwangsmassnahmen wie Untersuchungshaft entscheidet (Art. 22, Art. 233-241 VE; nachfolgend Ziff. 221.5). Bei andern Zwangsmassnahmen sowie Verfahrenshandlungen im Vorverfahren allgemein kann dieses Zwangsmassnahmengericht oder die Beschwerdeinstanz

<sup>73</sup> Aus 29 mach 1 S. 1 erwähnt nur die Kantone TI und BS (dazu und zur neueren Entwicklung in BS Dubs 2000 45 ff.), doch sind mittlerweile AI (Landsgemeindebeschluss betreffend Revision des Gesetzes über die Strafprozessordnung vom 30. April 2000) und SG (neue StPO vom 1.7.1999) dazu gestossen; in SO sind offenbar z.Zt. Bestrebungen in dieser Richtung vorhanden.

<sup>74</sup> Zu diesen Verfahrensordnungen Piquerez 2000 N 214 ff., 229 ff., 224 ff.; zum anglo-amerikanischen Verfahren Schmid 1993 39 ff.

<sup>75</sup> Auf dieses Modell bezieht sich offensichtlich der Bericht Aus 29 mach 1, wenn er in Ziff. 3.123 auf S. 33 die Gründe für ein „Vorverfahren ohne Untersuchungsrichter“ beschreibt.

<sup>76</sup> Vgl. Ziff. 123. Wenn in der Folge nur noch von Staatsanwaltschaftsmodell gesprochen wird, so deshalb, weil das Modell dieses VE nicht in jeder Beziehung mit demjenigen der Expertenkommission identisch ist.

auf dem Beschwerdeweg angegangen werden (Art. 26, 212 und 461–467 VE; nachstehend Ziff. 221.8, 272.1). Im Weiteren ist vorgesehen, die Verteidigungsrechte im Vorverfahren (Art. 117-118, 158-159, 168, 236, 342 Abs. 1; dazu vor allem nachstehend Ziff. 231.1, 241.4, 242.1, 253.4, 261.32) sowie die Unmittelbarkeit der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (Art. 367-379, Ziff. 263.2) zu verstärken.

Steht bei der Wahl des Strafverfolgungsmodells die Effizienz der Strafuntersuchung im Vordergrund, *so müssen Bund und Kantone in der Ausgestaltung dieses Modells gewisse Freiheiten eingeräumt werden*. Es versteht sich von selbst, dass die Staatsanwaltschaft in einem kleineren, vielleicht vorwiegend ländlichen Kanton anders als jene in einem bevölkerungsreichen, von bestimmten schweren Deliktsformen wie Wirtschafts- oder Drogenkriminalität besonders heimgesuchten Kanton strukturiert sein muss. Der Vorentwurf überlässt es demgemäss Bund und Kantonen, Ober- oder Generalstaatsanwaltschaften mit Weisungsbefugnisse den Staatsanwaltschaften gegenüber einzusetzen (Art. 15 VE, nachstehend Ziff. 221.1, 221.3). Abgesehen von kleinen Kantonen wird in allen Kantonen eine solche Oberbehörde erforderlich sein. Wählt ein Kanton das Organisationsmodell mit einer Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft, ergibt sich eine gewisse Annäherung an das bisher in verschiedenen Kantonen anzutreffende - in der Terminologie der Expertenkommission - Untersuchungsrichtermodell II<sup>77</sup>, bei dem die Untersuchungsrichterin oder der Untersuchungsrichter das Vorverfahren durchführt, dabei aber den Weisungen der Staatsanwaltschaft unterliegt. Entgegen der Ausgestaltung dieses Untersuchungsrichtermodells II in gewissen Kantonen haben Einstellung und Anklageerhebung jedoch stets durch die Staatsanwaltschaft (in der bisherigen Terminologie: Untersuchungsrichterinnen oder Untersuchungsrichter; Verhörrichter u.ä.), also nicht durch die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft (nach der Terminologie des Vorentwurfs) zu erfolgen. Wem in solchen hierarchisch gegliederten Staatsanwaltschaftsmodellen die Rechtmittelbefugnis zukommt, müssen Bund oder Kantone in ihren Einföhrungserlassen festlegen (Art. 452 Abs. 1 VE).

## 142.2 Gründe für die Wahl des Staatsanwaltschafts-Modells

Zunächst ist darauf zu verweisen, dass die Wahl dieses Modells von der Überzeugung getragen ist, damit zur verfahrensmässigen Bewältigung der Kriminalität für die Gegenwart und auch die Zukunft eine optimale Lösung getroffen zu haben. Im Vordergrund stand dabei das Bemühen, die *Effizienz der Strafverfolgung unter angemessener Wahrung der berechtigten Interessen der privaten Verfahrensbeteiligten zu verbessern*. Dass insbesondere die Effizienz der Strafverfolgung mit diesem Staatsanwaltschaftsmodell am besten erreicht wird, scheint denn auch soweit unbestritten zu sein<sup>78</sup>.

- Ein wichtiger Vorteil ist die Durchführung der Strafuntersuchung von Anbeginn an bis hin zur Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft, womit *Doppelspurigkeiten vermieden* werden, die für die bisher verbreiteten Untersuchungsrichtermodelle typisch waren. Das durch diese Konzentration allenfalls befürchtete Übergewicht der Staatsanwaltschaft ist durch Verstärkung der Verfahrensrechte der Parteien angemessen auszugleichen.
- Überlässt man Bund und Kantonen die nähere Organisation der Staatsanwaltschaft, vor allem die Möglichkeit der Einsetzung einer Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft, so steht es ihnen frei, einen ihren *Bedürfnissen angemessenen Aufbau ihrer Untersuchungs- und Anklagebehörden zu wählen*. Die Kantone können so hierarchisch gegliederte und

<sup>77</sup> Aus 29 mach 1 S. 30.

<sup>78</sup> So auch Aus 29 mach 1 S. 33 für die Verfahren ohne Untersuchungsrichter.

weisungsgebundene Untersuchungs- und Anklagebehörden bilden und damit deren Schlagkraft, aber auch die Leitung und Beaufsichtigung optimieren. Dieses Bedürfnis besteht vorab bei jenen Kantonen, bei denen wegen ihrer Grösse eine gewisse Spezialisierung dieser Behörden erforderlich ist. Dass in einem grösseren oder gar sehr grossen Kanton mit einer entsprechenden Anzahl solcher Beamten - der Kanton Zürich beispielsweise zählte im Jahre 1999 136 Bezirksanwälte<sup>79</sup>, d.h. Untersuchungsrichter, - ein Modell mit einem unabhängigen Untersuchungsrichter<sup>80</sup> praktikabel sein und effizient arbeiten könnte, ist wenig wahrscheinlich<sup>81</sup>.

- Auch wenn zuverlässige Berechnungen fehlen, so ist doch zu prognostizieren, dass der Übergang zu dem im Vorentwurf vorgeschlagenen Staatsanwaltschaftsmodell verglichen mit andern Modellen vor allem dem von der Expertenkommission bevorzugten Untersuchungsrichtermodell I nicht höheren, sondern *eher einen geringeren personellen und damit auch finanziellen Aufwand* erfordert<sup>82</sup>.
- Die mindestens teilweise angeführten Nachteile des Staatsanwaltschaftsmodells dieses Vorentwurfes, so vor allem der Verzicht auf das Vieraugenprinzip und das Moment einer gewissen richterlichen Unabhängigkeit - kann durch verbesserte Parteirechte im Vorverfahren sowie entsprechende Beschwerderechte angemessen ausgeglichen werden. Dem Argument, dass dieses Modell gewisse Institutionen wie den *Haftrichter* notwendig mache, die beim Modell mit einem unabhängigen Untersuchungsrichter nicht erforderlich seien, ist entgegenzuhalten, dass das letztgenannte Modell wenn auch nach gegenwärtiger Rechtsprechung und Lehre zum massgebenden Art. 5 Ziff. 3 EMRK<sup>83</sup> nicht unmittelbar bei der Haftanordnung, so doch in einem späteren Zeitpunkt z.B. bei Haftentlassungsgesuchen ebenfalls eine separate gerichtliche Instanz erfordert<sup>84</sup>. Zudem würde es nicht überraschen, wenn auch Verfahrensordnungen mit einem an sich unabhängigen Untersuchungsrichter früher oder später eine richterliche Haftanordnung ab Beginn des Freiheitsentzugs einführen müssten<sup>85</sup>. Eine richterliche Instanz ist bei jedem Modell sodann für die Anordnung gewisser Zwangsmassnahmen wie Telefonkontrolle, die verdeckte Ermittlung u.ä. erforderlich. Auch die weiteren Verstärkungen der Verfahrensrechte der Parteien wie jene der Verteidigung ab Beginn des Verfahrens (z.B. Art. 117-118, 168, 236 VE), die Beschwerdemöglichkeiten gegen Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft (Art. 212, 462 VE) sowie eine vermehrte Verwirklichung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der erstinstanzliche Hauptverhandlung (vor allem Art. 377 VE)<sup>86</sup> dürften, soweit sie den schweizerischen Strafprozessordnungen nicht schon bekannt sind, unabhängig vom gewählten Untersuchungsmodell in Zukunft kaum zu umgehen sein.

<sup>79</sup> Geschäftsbericht des Regierungsrates für das Jahr 1999 50.

<sup>80</sup> Eine Unabhängigkeit des Untersuchungsrichters ist nur gegeben, wenn er völlig weisungsungebunden ist, vgl. vorn Ziff. 141.1.

<sup>81</sup> So auch Stimmen in den Hearings, vgl. etwa 91.

<sup>82</sup> Nach Tessiner Schätzungen erforderte der Übergang zu diesem Untersuchungsrichtermodell im Kanton Tessin (der wie erwähnt in etwa das in diesem Vorentwurf anvisierte Staatsanwaltschaftsmodell II kennt) eine Aufstockung der bisher 15 Staatsanwälte und Zwangsmassnahmenrichter auf 30 Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter, so der damalige Regierungsrat Pedrazzini in Hearings 31.

<sup>83</sup> M.w.H. Hauser/Schweri 1999 § 68 N 28 ff.; Piquerez 2000 N 2363 ff., 2370 ff.; Riklin 1987 77.

<sup>84</sup> Vgl. z.B. UR StPO 117; ZG StPO 18; FR StPO 113; SZ StPO 28; AR StPO 108; GR StPO 85; TG StPO 113; VD StPO 60; siehe auch Hearings 92 f.

<sup>85</sup> In dieser Richtung etwa Hearings 99, 135; gewisse Zweifel über die Entwicklung der Rechtsprechung der Strassburger Organe auch in Aus 29 mach 1 S. 112.

<sup>86</sup> Der in Aus 29 mach 1 S. 38 Mitte, vgl. auch ein Experte in den Hearings 31 oben, vertretenen Ansicht, das Untersuchungsrichtermodell I erlaube eine Lockerung des Unmittelbarkeitsprinzips im Hauptverfahren, kann nicht gefolgt werden, vgl. auch Hearings 158 Mitte.

- Im Unterschied zur Expertenkommission<sup>87</sup> war bei der Wahl des Untersuchungsmodells des Vorentwurfs die *Frage der politischen Akzeptanz* bzw. nach dem *bisher am meisten verbreiteten Modell* nicht von primärer Bedeutung. Tatsächlich ist das hier präsentierte Staatsanwaltschaftsmodell bisher nur in den Kantonen Basel-Stadt und Tessin sowie seit Kurzem die Kantone Appenzell-Innerrhoden und St. Gallen bekannt. Das mit diesem Vorentwurf präsentierte Konzept wird viele Kantone zu grösseren oder kleineren Anpassungen ihrer Behördenorganisation zwingen. Dies ist nebenbei bemerkt bei der Wahl jedes Untersuchungsmodells der Fall. Namentlich eine Entscheidung für das von der Expertenkommission bevorzugte Untersuchungsrichtermodell I, das bisher auch nur in sechs Kantonen bekannt war<sup>88</sup>, macht umfangreichere Anpassungen in vielen Kantonen erforderlich. Das mit dem Vorentwurf präsentierte Modell überzeugt indessen mit den damit erreichten Verbesserungen in der Effizienz wie auch in der Wahrung der Verfahrensrechte der Parteien und wird voraussichtlich *gesamtschweizerisch eine Akzeptanz bewirken*, die dieses Modell auch in jenen Kantonen politisch tragbar macht, deren Strafprozessrecht das gewählte Staatsanwaltschaftsmodell bisher fremd war.
- Als Argument für die Einführung eines Staatsanwaltschaftsmodells könnte schliesslich angeführt werden, dass einerseits ein gewisser Trend weg vom Untersuchungsrichtermodell I und eine grössere Bereitschaft für Modelle festzustellen ist, die in den Grundsätzen dem Staatsanwaltschaftsmodell gemäss Vorentwurf entsprechen. In der Schweiz sind vor einigen Jahren der Tessin und in der jüngsten Vergangenheit die Kantone St.Gallen<sup>89</sup> und Appenzell-Innerrhoden zum letztgenannten Modell übergegangen, und in Solothurn sind offenbar entsprechende Pläne vorhanden. Soweit ersichtlich hat in jüngerer Zeit nur der Kanton Jura 1990 vom Untersuchungsrichtermodell I zum Staatsanwaltschaftsmodell I gewechselt<sup>90</sup>. Auch international geht der Trend in Richtung Staatsanwaltschaftsmodell: So sind schon vor längerer Zeit Deutschland und in der jüngeren Vergangenheit Italien<sup>91</sup> zu diesem Modell übergegangen. Auf dem Staatsanwaltschaftsmodell beruhen ferner die internationalen ad-hoc-Strafgerichte für die Verfolgung von schwerwiegenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts in Ex-Jugoslawien und Ruanda sowie das Römer Statut eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998, welchem die Schweiz beizutreten beabsichtigt<sup>92</sup>. Auch die Strafjustiz der Europäischen Union soll auf diesem Modell aufgebaut werden.

---

<sup>87</sup> So nach Aus 29 mach 1 S. 30. Nicht ganz einleuchtend alsdann die Bemerkung aaO S. 35, wo für die Wahl des Untersuchungsrichtermodells I die beste Akzeptanz dieses Modells in den Kantonen angeführt wurde, indem 18 Kantone solche Untersuchungsrichtermodelle hätten und diese mit bescheidenem Aufwand in Untersuchungsrichtermodelle I transferiert werden könnten: Tatsächlich dürften verschiedene unter dem Untersuchungsrichtermodell II eingereihte Kantone näher beim Staatsanwaltschaftsmodell II liegen.

<sup>88</sup> Inwieweit die Kantone, die das Untersuchungsrichtermodell II kennen, beim Entscheid für das Untersuchungsrichtermodell I oder aber für das hier vorgeschlagene Staatsanwaltschaftsmodell grössere Anpassungen vorzunehmen haben, wäre von Fall zu Fall zu untersuchen. Die vereinfachende Annahme der Expertenkommission, diese Kantone lägen näher beim Untersuchungsrichtermodell I (Aus 29 mach 1 S. 37) ist in dieser Form allerdings problematisch. Vor allem in Kantonen wie Zürich, in denen den Untersuchungsrichtern schon bisher weitreichende Einstellungs- und Anklagebefugnisse zustanden, ist dies eindeutig nicht der Fall; diese bisherigen Modelle liegen dem Staatsanwaltschaftsmodells dieses Vorentwurfs eindeutig näher, ja lassen sich wohl ohne grössere Änderungen an dieses anpassen.

<sup>89</sup> Hierzu Joe Kehl, Neues Strafprozessgesetz im Kanton St. Gallen, SJZ 96 (2000) 434 ff.

<sup>90</sup> Zu diesen Tendenzen Hauser/Schweri 1999 § 75 N 10. Zur Entwicklung im Kanton JU vgl. Piquerez 1993 19 ff.

<sup>91</sup> Nach der neuen Strafprozessordnung von 1988; vgl. dazu auch Piquerez 2000 N 231, 238 ff.

<sup>92</sup> Die Schweiz hat dieses Statut am 18.7.1998 unterzeichnet; im Sommer 2000 wurde ein Vernehmlassungsverfahren zu den Entwürfen zu einem Bundesgesetz über die durch einen Beitritt notwendigen Änderungen des StGB, zu einem Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem

### 142.3      **Auswirkungen des Staatsanwaltschaftsmodells auf die Organisation der kantonalen Untersuchungs- und Anklagebehörden**

Wählt man das Staatsanwaltschaftsmodell, wie es mit diesem Vorentwurf vorgeschlagen wird, so haben wie erwähnt Bund sowie die meisten Kantone in ihren Einföhrungserlassen grössere oder kleinere Anpassungen der Strafbehörden vorzunehmen.

Es versteht sich von selbst, dass die wenigen Kantone, die schon bisher das *Staatsanwaltschaftsmodell II* kannten, keine oder relativ unbedeutende Anpassungen vornehmen müssen. Bei den übrigen Kantonen sind mehr oder weniger ausgeprägte Kompetenzverschiebungen von der (bisherigen) Staatsanwaltschaft zu den (bisherigen) Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern unabdingbar. Gering halten sich diese Gewichtsverschiebungen bei jenen Kantonen mit dem *Untersuchungsrichtermodell II*, bei denen die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter schon bisher gewisse Einstellungs- und Anklagebefugnisse besaßen<sup>93</sup>; hier übernehmen die nun Staatsanwältinnen und Staatsanwälte genannten Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter<sup>94</sup> allenfalls unter Oberaufsicht der Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft die volle Verantwortung für Ermittlung, Untersuchung und Anklageerhebung. Je nach der Ausgestaltung des bisherigen Modells wird sich bei den übrigen Kantonen eine mehr oder weniger ausgeprägte Verschiebung hinsichtlich der Weisungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft ergeben; neu wird auch hier eine Zuweisung der Anklagebefugnisse an die nun zu Staatsanwältinnen und Staatsanwälten mutierenden Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter sein.

Die Eingriffe sind beim *Untersuchungsrichtermodell I* sowie beim *Staatsanwaltschaftsmodell I* am ausgeprägtesten, vor allem was das bisherige traditionelle Verständnis der Rolle der Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter als unabhängige Strafverfolgungsbehörde einerseits und der Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde andererseits betrifft. Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter übernehmen auch hier die volle Verantwortung für das Vorverfahren, einschliesslich der Anklageerhebung und der Anklagevertretung vor Gericht. Keine Änderungen ergeben sich hingegen bezüglich der Weisungsgebundenheit der Polizei.

### 142.4      **Auswirkungen des Staatsanwaltschaftsmodells auf die Organisation der Gerichtsbehörden**

Das *Staatsanwaltschaftsmodell* erfordert ein *Zwangsmassnahmengericht*, das über die Untersuchungs- und teilweise über die Sicherheitshaft (Art. 237 f. VE) sowie weitere Zwangsmassnahmen (z.B. Art. 268 Abs. 4 VE) entscheidet, wobei offen bleibe, ob eine solche Instanz in einer zukunftsgerichteten schweizerischen Strafprozessordnung nicht auch im Falle der Wahl eines andern Untersuchungsmodells zu schaffen wäre<sup>95</sup>. Eine zusätzliche Belastung der Gerichtsbehörden ist nicht wahrscheinlich. Die im Bericht der Experten dem Untersuchungsrichtermodell I zugeschriebenen besonderen Vorteile, die sich in einer Entlastung der Gerichte auswirken sollten<sup>96</sup>, sind etwa bezüglich der möglichen

---

internationalen Strafgerichtshof sowie zu einem Bundesbeschluss über die Genehmigung des Römer Statuts eröffnet.

<sup>93</sup> Vgl. vorne Ziff. 141.2.

<sup>94</sup> Soweit Bund und Kantone diese Bezeichnung wählen, was ihnen freisteht, nachstehend Ziff. 221.

<sup>95</sup> Eine solche Instanz wäre jedenfalls bei Haftentlassungsgesuchen (weiter etwa bei Telefon- und anderen technischen Überwachungen und der verdeckten Ermittlung) erforderlich, vgl. dazu Ziff. 142.2.

<sup>96</sup> Aus 29 mach I S. 38.

Einschränkung der Unmittelbarkeit<sup>97</sup> wie auch des Wegfalls einer Anklageprüfung durch das Gericht fragwürdig. Andere, die Gerichte entlastende prozessuale Instrumente wie die Anwendung eines erweiterten Opportunitätsprinzips (Art. 8 VE) oder die Befugnis zum Erlass von Strafbefehlen (Art. 412 ff. VE) werden auch im vorliegenden Modell der Staatsanwaltschaft zugewiesen.

#### **142.5 Auswirkungen des Staatsanwaltschaftsmodells auf die Kosten der Rechtspflege**

Es ist schwierig, Prognosen über die finanziellen Auswirkungen der gesamtschweizerischen Einführung eines Staatsanwaltschaftsmodells gemäss Konzept des Vorentwurfs zu machen. Einerseits fehlen entsprechende Berechnungen, andererseits hängen die Kosten nicht nur vom gewählten Untersuchungsmodell, sondern von der Gestaltung des Strafverfahrens ganz allgemein ab. Hier fallen insbesondere die im Vorentwurf vorgeschlagenen besonderen Verfahrensarten (abgekürztes Verfahren, Art. 385 ff. VE; Strafbefehlsverfahren, Art. 412 ff. VE; Möglichkeit, Übertretungsverfahren Verwaltungsbehörden zuzuweisen, Art. 21 VE, Art. 418 ff. VE) ins Gewicht, die die Strafbehörden und vor allem die Staatsanwaltschaft als Untersuchungs- und Anklagebehörde entlasten und insgesamt zu einer Reduktion der Kosten der Strafrechtspflege beitragen dürften.

Geht man davon aus, dass mit einem Staatsanwaltschaftsmodell Doppelspurigkeiten unterschiedlichen Umfangs der andern Modelle wegfallen, dürften gesamthaft betrachtet die Kosten *tendenziell eher geringer als bei anderen Modellen sein*<sup>98</sup>. Ob das Argument, nur dieses Staatsanwaltschaftsmodell erfordere Zwangsmassnahmen- oder Haftgerichte mit entsprechenden Kostenfolgen zutreffend ist, wurde bereits vorstehend in Ziff. 142.2 erörtert.

#### **143 Alternativen eines Untersuchungsrichtermodells**

Dem Experten wurde im März 1999 auch der Auftrag erteilt, neben dem Staatsanwaltschaftsmodell Alternativen in Richtung des Untersuchungsrichtermodells zu entwickeln. Auf diese soll zurückgegriffen werden können, falls sich gestützt auf das Vernehmlassungsverfahren ergeben sollte, dass das dem Vorentwurf zu Grunde liegende Staatsanwaltschaftsmodell nicht weiter verfolgt werden kann. Es liegt dabei nahe, diese Alternativmodelle einem der drei andern von der Expertenkommission entwickelten Modelle anzunähern.

Die nachfolgenden Darlegungen skizzieren zwei im Vordergrund stehende Alternativmodelle. Auf die Ausarbeitung eigentlicher Alternativentwürfe wird indessen verzichtet. Dies würde nämlich bedingen, dass praktisch *zwei zusätzliche, separate Gesetzesentwürfe präsentiert werden müssten*, hängen doch nicht nur die Behördenorganisation, sondern zahlreiche Bereiche des eigentlichen Verfahrensrechts vom gewählten Untersuchungsmodell ab. Das Vorlegen von ausformulierten Alternativentwürfen hätte in jedem Falle eine stoffmässige Aufblähung des Vernehmlassungsverfahrens zur Folge. Dieses würde damit leicht an die Grenzen der Durchführbarkeit gelangen.

<sup>97</sup> Siehe vorne Fn. 86.- Zu beachten ist, dass der Vorentwurf das Unmittelbarkeitsprinzip differenziert ausgestaltet (Art. 374 ff. VE), was den entsprechenden Mehraufwand ohnehin in Grenzen hält.

<sup>98</sup> Siehe die (freilich nicht näher belegte) Meinungsäusserung des Tessiner Justizdirektors vorne in Fn. 82, wonach das Untersuchungsrichtermodell I im Kanton Tessin einen doppelt so hohen Personalaufwand erfordere.

Nachfolgend werden als denkbare Varianten die Untersuchungsrichtermodelle I und II aufgeführt. Auf die Vor- und Nachteile dieser beiden Untersuchungsmodelle sowie auf die Frage der Akzeptanz dieser Modelle wird nur noch beschränkt eingegangen<sup>99</sup>.

### **143.1 Alternative des Untersuchungsrichter-Modells II**

An erster Stelle wird auf diese Alternative hingewiesen: Einerseits ist dieses Modell nach der Zurechnung der Experten in 13 Kantonen verwirklicht (vgl. vorne Ziff. 141.2), ist also das in der Schweiz am meisten verbreitete Modell und könnte demgemäss wohl mit einer beträchtlichen Akzeptanz rechnen. Andererseits ist zu vermerken, dass eine Wahl dieses Untersuchungsrichtermodells II – wie nachstehend zu zeigen sein wird – auf der Basis des mit dem Vorentwurf präsentierten Staatsanwaltschaftsmodells am leichtesten zu verwirklichen wäre, d.h. der Vorentwurf bedürfte bei einem Wechsel zum Untersuchungsrichtermodell II verglichen mit dem Wechsel zu den beiden andern noch in Frage kommenden Untersuchungsmodellen am wenigsten Änderungen.

Das Untersuchungsrichtermodell II zeichnet sich dadurch aus, dass zwar Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter vorhanden sind, diese aber von der Staatsanwaltschaft nicht unabhängig sind, sondern deren Weisungen unterliegen. Zumeist sind die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter nicht befugt, die Verfahren selbst durch Einstellung oder Anklageerhebung abzuschliessen, sondern müssen die Akten zu diesem Zweck der Staatsanwaltschaft überweisen. Können in einzelnen Kantonen die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter selbst Fälle durch Einstellung oder Anklageerhebung abschliessen und beschränken sich damit die Befugnisse der Staatsanwaltschaft auf die Beaufsichtigung, die Vertretung der Anklage vor oberen Instanzen etc., werden die Unterschiede zum Staatsanwaltschaftsmodell des Vorentwurfs mit der darin geschaffenen Möglichkeit der Schaffung einer Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft (Art. 20 Abs. 2 VE) minim.

Eine echte Alternative zum Staatsanwaltschaftsmodell des Vorentwurfs wäre demgemäss nur so zu verwirklichen, dass Untersuchungsrichterämter und eine Staatsanwaltschaft vorgesehen werden, wobei die ersteren allein zur Untersuchungsführung, letztere zur Einstellung der Verfahren<sup>100</sup>, Anklageerhebung und Vertretung der Anklage vor allen Gerichtsinstanzen zuständig wären. Mit Blick auf den Vorentwurf würde ein Umschwenken zum Untersuchungsrichtermodell II praktisch bedeuten, dass im Vorentwurf überall dort, wo der Staatsanwaltschaft Befugnisse als Untersuchungsbehörde eingeräumt sind, diese den Untersuchungsrichterämtern zugewiesen werden. Betroffen wären vor allem der Zweite, Vierte bis Sechste und Neunte Teil. Im Siebten und Achten Teile hätte einzufließen, dass die Befugnisse zur Einstellung und Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft zugewiesen wird. Weitgehend unverändert bliebe der Zehnte Teil, wobei allerdings in gewissen Fällen die Staatsanwaltschaft als Beschwerdebehörde gegen Entscheide etc. der Untersuchungsrichterämter eingesetzt werden könnte. Die Elften und Zwölften Teile könnten wiederum weitgehend unverändert übernommen werden.

Es ist denkbar, dass ein solchermassen ausgestaltetes Untersuchungsrichtermodell II als Mittellösung zwischen dem mit dem Vorentwurf präsentierten, stark auf Einheitlichkeit des Verfahrens und Effizienz ausgerichteten Staatsanwaltschaftsmodell und dem vor allem in den

<sup>99</sup> Dieses Thema wurde bereits in Ziff. 141.2, 141.1 und 142.2 näher behandelt.

<sup>100</sup> Ob Einstellungen in die Kompetenz der Untersuchungsrichterämter oder der Staatsanwaltschaft zu verweisen sind, erscheint als ein hier nicht sehr relevantes Detail.



grossen Kantonen der Deutschschweiz kaum beliebt zu machenden Untersuchungsrichtermodell I Zustimmung finden könnte, falls das Modell des Vorentwurfs nicht zu realisieren ist.

### **143.2 Alternative des Untersuchungsrichtermodells I**

Dieses Modell wird hier als zweite Variante präsentiert, nicht zuletzt deshalb, weil es zur Zeit in sechs Kantonen bekannt ist, also das zweithäufigste Modell<sup>101</sup> ist und weil es dank der ihm zugeschriebenen Vorteile von den Experten favorisiert wurde<sup>102</sup>.

Charakteristisch für dieses Modell ist die Institution der unabhängigen Untersuchungsrichterin und des unabhängigen Untersuchungsrichter und damit die strenge Trennung der Funktionen dieser Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter einerseits und der Staatsanwaltschaft andererseits.

Es versteht sich von selbst, dass die Wahl des Untersuchungsrichtermodells I gegenüber dem hier vorgelegten Vorentwurf relativ tiefgreifende Änderungen bedingte. Zunächst wären die umfangreichen Befugnisse der Staatsanwaltschaft als Untersuchungsbehörde gemäss Vorentwurf den Untersuchungsrichterämtern zu übertragen. Um dieses Untersuchungsrichtermodell für grössere Kantone mit ihren unabdingbaren, hierarchisch zu strukturierenden Spezialabteilungen z.B. für Wirtschaftskriminalität praktikabel zu machen, müsste – obwohl eigentlich systemwidrig<sup>103</sup> - dringend die Schaffung von Leitenden Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern mit Weisungsbefugnissen ins Auge gefasst werden. Die Funktionstrennung der erwähnten Behörden führte sodann zu zahlreichen Änderungen, wovon vor allem der Zweite, Vierte bis Sechste und Neunte Teil des Vorentwurfs betroffen wären. Im Siebten und Achten Teil müsste berücksichtigt werden, dass die Befugnis zur Anklagerhebung und allenfalls zur Einstellung der Staatsanwaltschaft zusteht. Umfangreichere Anpassungen müssten die Rechtsmittel, Zehnter Teil, erfahren. Hier könnte einfließen, dass Untersuchungshandlungen der unabhängigen Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter als weniger rechtsmittelbedürftig betrachtet werden, wobei auch bei diesem Modell nicht auf ein Zwangsmassnahmengericht o.ä. verzichtet werden könnte<sup>104</sup>. Die Elften und Zwölften Teile könnten weitgehend unverändert übernommen werden.

## **15 Neue strafprozessuale Instrumente und Verfahrensformen**

### **151 Allgemeines**

Wie einleitend in Ziff. 131 erwähnt, folgt der vorliegende Vorentwurf weitgehend den behördlichen Institutionen und Verfahrensformen, wie sie schon bisher in den eidgenössischen und kantonalen Verfahrensordnungen bekannt waren. Dieser StPO-Vorentwurf kann sich demgemäss darauf beschränken, punktuell Verbesserungen und Anpassungen an gewandelte Auffassungen einzubringen. Es werden in verschiedenen Richtungen auch Vorschläge präsentiert, die den bestehenden schweizerischen Verfahrensordnungen bislang nicht oder nur vereinzelt bekannt waren. Anlass zu diesen Neuerungen gibt einerseits die Überzeugung, dass – in freilich gemässiger Form - die Verfahrensrechte der Parteien und damit zusammenhängend der Grundsatz der

<sup>101</sup> Rechnet man den Bund mit, ergibt sich freilich, dass gleich viele Prozessordnungen, nämlich 6, das Untersuchungsrichtermodell I und das Staatsanwaltschaftsmodell II kennen, vgl. Aus 29 mach 1 S. 30 f.

<sup>102</sup> Siehe vorne Ziff. 121.3, 141.1.

<sup>103</sup> Vorne Ziff. 141.1 a.E.

<sup>104</sup> Siehe vorstehend Ziff. 142.2.

Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung auszubauen sind. Andererseits versucht der Vorentwurf die Effizienz der Strafverfolgung zu steigern. Diese Anliegen können hinsichtlich ihrer Auswirkungen als konträr bezeichnet werden; es ist indessen ein vordringliches Anliegen der hiermit präsentierten Vorschläge, zwischen diesen Postulaten einen sachgerechten Ausgleich herzustellen.

## 152 Hervorstechendste Neuerungen des Vorentwurfs im Besonderen

Nachfolgend werden die hauptsächlichsten Neuerungen gegenüber den meisten schweizerischen Strafprozessordnungen kurz aufgelistet:

- Der Vorentwurf folgt konsequent dem *eingliedrigen Vorverfahrensmodell*, d.h. dem *Staatsanwaltschaftsmodell*<sup>105</sup>.
- Das bereits in dem zur Zeit in der parlamentarischen Beratung stehenden Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches vorgesehene *Opportunitätsprinzip* soll erweitert werden (Art. 8 VE, einlässlich nachfolgend Ziff. 212).
- Die *Verteidigungsrechte des Beschuldigten* sollen dahingehend verstärkt werden, dass die Beschuldigten am Anfang des Verfahrens auf ihre Rechte aufmerksam zu machen (Art. 153, 167 VE) und sie sofort berechtigt sind, einen Verteidiger beizuziehen (Art. 167 Abs. 1 Bst. 3, 236 VE; eingehend Ziff. 242.1, 253.4).
- Der Vorentwurf übernimmt das Postulat des *Zeugenschutzes*, dehnt die entsprechenden Bestimmungen indessen über die Zeuginnen und Zeugen hinaus auf alle im Strafverfahren einzuvernehmenden Personen mit Ausnahme der Beschuldigten aus (Art. 160 - 165 VE; nachstehend Ziff. 241).
- Bei den *Zwangsmassnahmen* ist vorerst zu wiederholen, dass für deren Kontrolle auf dem Beschwerdeweg bzw. bei der Anordnung einschneidender Massnahmen wie die Untersuchungshaft Bund und Kantone die Einführung eines *Zwangsmassnahmengerichts* vorgeschrieben wird (Art. 22 VE; nachstehend Ziff. 221.5). Neueren Postulaten folgend wird die Liste der Zwangsmassnahmen um die *polizeiliche Observation* (Art. 297-298 VE; nachstehend Ziff. 256.3) sowie die *Überwachung von Bankbeziehungen* (Art. 318-319 VE; nachstehend Ziff. 256.5) erweitert.
- Bei Antragsdelikten sowie im Falle, dass im Sinne des künftigen Art. 53 StGB eine Strafbefreiung nach erfolgter Wiedergutmachung durch den Täter in Frage kommt, wird die Staatsanwaltschaft verpflichtet, mit den Parteien Vergleichsgespräche zu führen oder damit allenfalls aussenstehende Personen zu betrauen. Damit wird ein erster, nicht unwesentlicher Schritt in Richtung *Mediation im Strafprozess* getan (Art. 346-347a VE, nachstehend Ziff. 261.33).
- Die Bestimmungen über die Hauptverhandlung verstärken in gemässiger Form den *Grundsatz der Unmittelbarkeit*. Zwar soll das Urteil in Fällen geringerer und mittlerer Bedeutung wie bisher in der Schweiz weitverbreitet grundsätzlich gestützt auf die im Vorverfahren gesammelten Beweisen gefällt werden (Art. 374-375 VE, nachfolgend Ziff. 263.23). Nach dem im vorliegenden Vorentwurf gewählten Konzept findet aber in schwerwiegenderen Straffällen, bei denen die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren (in einer Variante: einem Jahr) stellt, ein *qualifiziertes Beweisverfahren* statt. Dies bedeutet, dass in diesen Fällen einerseits ein sogenanntes Schuldinterlokut verlangt werden kann, d.h. eine Teilung der

<sup>105</sup> Näher vorstehen Ziff. 142.

Hauptverhandlung in einen ersten Teil, der sich nur mit der Schuld befasst, und hernach einen zweiten Teil, der die Folgen des Schuld- oder Freispruchs zum Gegenstand hat (Art. 376 VE). Andererseits haben die Parteien Anspruch darauf, dass in diesen qualifizierten Fällen die Beweise bezüglich bestrittener Umstände, deren Kenntnis für die Urteilsfällung wesentlich sind, vor den Schranken des Gerichts nochmals abgenommen werden (Art. 377-378 VE; nachstehend Ziff. 263.24).

- Zur Wahrung der Unabhängigkeit des Gerichts sollen Einvernahmen in diesen Fällen auch vermehrt in der Form des *Kreuzverhörs* durchgeführt werden. Die von den Parteien angerufenen Zeuginnen und Zeugen werden demgemäss nicht wie in dem bisher in der Schweiz verbreiteten Präsidialverhör von der Verfahrensleitung, sondern von den Parteien befragt (Art. 378 Abs. 2 VE; nachfolgend Ziff. 263.24).
- Die aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis her bekannte Einrichtung des *plea bargaining*, also die Möglichkeit, dass zwischen den Beschuldigten und den Strafverfolgungsbehörden zur Abkürzung des Verfahrens hinsichtlich Schuldspruch und Strafe gewisse Absprachen getroffen werden können, wird unter dem Titel *Abgekürztes Verfahren* in abgewandelter Form zur Einführung in der Schweiz vorgeschlagen (Art. 385-389 VE; näher Ziff. 264.1).
- Das *Rechtsmittelsystem* auf kantonaler Ebene wird vereinfacht; es gibt neben dem besonderen Rechtsmittel der Revision nur noch die Beschwerde und die Berufung hingegen nicht die in verschiedenen Kantonen bekannte Nichtigkeits- oder Kassationsbeschwerde (Art. 450 ff. VE; hierzu einlässlich Ziff. 27).
- Weil dem Unmittelbarkeitsgrundsatz vor der ersten Instanz vermehrt Rechnung getragen wird, darf bei *Rechtsmitteln häufiger das schriftliche Verfahren*, so namentlich bei der Berufung, angewendet (Art. 458, 472-473 VE, Ziff. 273.3) und im Rechtsmittelverfahren die *Abnahme neuer bzw. die erneute Abnahme von bereits vorinstanzlich erhobener Beweise beschränkt werden* (Art. 457 VE, nachfolgend Ziff. 271.2).

## 16 Nicht vorgesehene strafprozessuale Instrumente

Der Vorentwurf verzichtet auf einige strafprozessuale Instrumente, die entweder in den kantonalen Verfahrensrechten bis anhin in grösserem oder kleinerem Umfang bekannt waren oder aber im Vorfeld der Schaffung einer gesamtschweizerischen StPO diskutiert wurden:

### 161 Privatstrafklageverfahren

Bisher kannten viele Kantone für Ehrverletzungen<sup>106</sup> oder andere Antragsdelikte<sup>107</sup> das sogenannte Privatstrafklageverfahren<sup>108</sup>. Der Staat, d.h. Untersuchungsrichterinnen und

<sup>106</sup> So z.B. ZH StPO 286 ff.; ZG StPO 65; SH StPO 286. Einzelne Kantone verweisen wiederum die Amtsehrverletzungen ins Offizialverfahren, z.B. SG StPO 296; GR StPO 169, AG StPO 181 Abs. 2, TG StPO 177. Wieder andere Kantone sehen für Pressehrverletzungen oder unbekannte Täterschaft besondere Verfahren vor, so ZH StPO 294 ff.; AI StPO 117; SG StPO 297; GR StPO 163 Abs. 3; AG StPO 183; TG StPO 172.

<sup>107</sup> So z.B. Kreditschädigung (die allerdings mittlerweile aus dem StGB eliminiert wurde!) in UR ZPO 1 Abs. 1 Bst.c, AG StPO 181 Ziff. 2; unlauterer Wettbewerb nach BS StPO 143 Bst.e; GR StPO 162; AG StPO 181 Ziff. 6 oder Tötlichkeit, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch in BS StPO 143.

<sup>108</sup> Besprochen wird hier nur das *sogenannte prinzipale (exklusive) Privatstrafklageverfahren*, in der Straftaten allein von den Privaten verfolgt werden können. Daneben ist noch – in der Schweiz allerdings nur noch im Kanton Luzern (StPO 137 Abs. 2) – das *subsidiäre Privatstrafklageverfahren* bekannt; darunter versteht

Untersuchungsrichter wie auch die Staatsanwaltschaft bemühen sich vereinfacht ausgedrückt nicht um die Verfolgung dieser Delikte, sondern überlassen dies den geschädigten Privatklägern. Diese müssen die Anklage erheben, die Beweise produzieren, die Kosten tragen etc. Der Geschädigte muss m.a.W. das Strafverfahren selbst und auf eigenes Kostenrisiko betreiben<sup>109</sup>. In einzelnen Kantonen werden zwar solche Antragsdelikte im Offizialverfahren verfolgt, doch geht diesem ein Vermittlungsverfahren beim Friedensrichter voraus<sup>110</sup>. Wiederum andere Kantone sehen vor, dass das Privatstrafklageverfahren in den Formen des Zivilprozesses abgewickelt wird<sup>111</sup>. Manchen Kantonen hingegen, vorab jenen der Romandie, ist die Institution der Privatstrafklage nicht bekannt.

*Der Vorentwurf verzichtet zur Vereinfachung des Strafverfahrens auf das Privatstrafklageverfahren.* Im Neunten Teil erscheinen nur die besonderen Verfahren, die entweder sachlich erforderlich sind (z.B. das selbstständige Massnahmeverfahren, Art. 401-411 VE, nachstehend Ziff. 264.4) oder von denen zu erwarten ist, dass sie erheblich zur Entlastung des ordentlichen, von der Staatsanwaltschaft und den Gerichten zu führenden Strafverfahrens beitragen können. Letzteres ist beim Privatstrafklageverfahren bei einer gesamthaften Würdigung der Belastung der Strafbehörden (also Staatsanwaltschaft *und* Gerichte) wohl kaum der Fall. Im Übrigen enthält das Privatstrafklageverfahren je nach kantonaler Ausgestaltung mehr oder weniger viele Anleihen an den Zivilprozess, vor allem dort, wo nach zivilprozessualen Muster der Strafuntersuchung ein Vermittlungsversuch vor einem Sühnbeamten wie einem Friedensrichter voranzugehen hat. Diese Vermischung von zivil- und strafprozessualen Elementen ist fragwürdig, nicht zuletzt dort, wo zusätzliche Behörden (Friedensrichter, Vermittler) tätig werden müssen, die sonst im Strafverfahren keine Funktionen haben.

Gewisse positive Elemente des Privatstrafklageverfahrens wurden allerdings, ausgedehnt auf alle Antragsdelikte, übernommen: So ist vorgesehen, dass Staatsanwaltschaft und Gerichte bei Antragsdelikten die Parteien zu einem *Vergleichsversuch* vorladen (Art. 365 Abs. 2, Art. 346 VE). Bei Misslingen dieses Versuchs können den Parteien Vorschüsse für die Kosten und Entschädigungen auferlegt werden (Art. 347 VE). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Antragsdelikten werden den Parteien nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens auferlegt (Art. 496 VE).

## 162 Kronzeugenregelung

Der Kronzeuge ist eine aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammende Beweisfigur. Als Kronzeugen kommen Personen in Frage, die zwar grundsätzlich als mitverantwortlich für die in Frage stehende Straftat erscheinen, die jedoch unter Zusicherung der Straffreiheit oder anderer prozessualer Vorteile dafür gewonnen werden können, gegen Mitbeschuldigte als Zeuge auszusagen<sup>112</sup>. Diese Einrichtung, die bisher in der Schweiz nicht bekannt war<sup>113</sup>,

---

man die Möglichkeit des Geschädigten, nach rechtskräftiger Einstellung des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft die Strafsache durch eine Privatanklage selbst weiterzubetreiben, vgl. dazu Hauser/Schweri 1999 § 89 N 1 f. In Zürich wurden die entsprechenden StPO 46 ff. im Jahre 1995 abgeschafft, vgl. Schmid 1997 N 873.

<sup>109</sup> Hierzu näher Hauser/Schweri 1999 § 88 N 1 ff.; Oberholzer 1994 469 ff.; Piquerez 2000 N 3186 f.; Schmid 1997 N 871 ff.

<sup>110</sup> So LU StPO 142 ff.; SZ StPO 103 f.; OW StPO 105c ff.; AR StPO 185 ff.; AI StPO 114 ff.; vgl. auch FR StPO 149, TI StPO 180; dazu Hauser/Schweri 1999 § 88 N 2, 7. Besonderes „Privatstrafklageverfahren bei andern Antragsdelikten“ gemäss SH StPO 295 ff., hierzu Hauser/Schweri 1999 § 88 N 4 ff.

<sup>111</sup> Vgl. UR StPO 1 Abs. 2, ZPO 1 Abs.1 Bst.c; GL StPO 201; teilweise TG StPO 171 ff.

<sup>112</sup> Vgl. Aus 29 mach 1 S. 54 ff.; Schmid 1993 72, 129.

wurde von gewissen Nachbarstaaten wie Italien<sup>114</sup> sowie bis 31. Dezember 1999 Deutschland<sup>115</sup> als offenbar wesentliches und unentbehrliches Werkzeug im Kampf gegen schwere Formen der Kriminalität, vor allem die organisierte Kriminalität eingesetzt<sup>116</sup>.

Zweifellos kann der Einsatz von Kronzeugen namentlich bei der Aufbrechung von Verbrechensorganisationen von grosser, wenn nicht sogar ausschlaggebender Bedeutung sein<sup>117</sup>. Demgegenüber bestehen aber aus rechtsstaatlicher Sicht nicht unerhebliche Bedenken gegen diese Einrichtung. Zunächst ist nach kontinental-europäischer und vor allem schweizerischer Rechtstradition die Rolle des Beschuldigten und jener des Zeugen unvereinbar: Der Beschuldigte oder Verdächtige kann nicht Zeuge in eigener Sache sein<sup>118</sup>. Im Weiteren widerspricht die Kronzeugenregelung dem Gleichheitsgrundsatz von Art. 8 Abs. 1 BV sowie dem daraus abzuleitenden Legalitätsprinzip, weil einzelnen Beschuldigten zulasten anderer Tatbeteiligter prozessuale Vorteile eingeräumt werden. Es bestehen auch Bedenken hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der dermassen erkaufte belastenden Aussagen. Offensichtlich haben sich die z.B. in Deutschland in diese Regelung gesetzten Erwartungen nicht erfüllt, was sich darin äussert, dass sie nur sehr selten angewandt und mittlerweile wieder aufgehoben wurde<sup>119</sup>. Angesichts der schwerwiegenden Bedenken<sup>120</sup> sowie vor allem der Tatsache, dass in der schweizerischen Praxis bisher kein konkretes Bedürfnis nach einer Kronzeugenregelung festgestellt wurde, wird auf dieses Institut verzichtet. Auf diesen Verzicht wäre indessen zurückzukommen, wenn die Kriminalitätsentwicklung in der Schweiz zu einem eigentlichen Ermittlungsnotstand führen sollte<sup>121</sup>. Die von den Experten als prüfenswert bezeichnete vermehrte Berücksichtigung der *Aufklärungshilfe*, also vor allem die strafmindernde Berücksichtigung der Kooperations- und Geständniswilligkeit der Beschuldigten<sup>122</sup> ist zwar primär eine Frage der Strafzumessung, also des materiellen Strafrechts. Sie fliesst im vorliegenden Gesetzesentwurf jedoch auch im bereits erwähnten Institut des abgekürzten Verfahrens (Art. 385-389 VE; vorne Ziff. 152, nachfolgend Ziff. 264.1) ein.

<sup>113</sup> Siehe etwa Hauser/Schweri 1999 § 54 N 5; Maurer 1999 328; Schmid 1997 N 113. Zu den Ansätzen in StGB Art. 260<sup>ter</sup> Ziff. 2 vgl. Aus 29 mach 1 S. 54; Arzt in: Schmid (Hrsg.) 1998 StGB 260<sup>ter</sup> N 204 ff.

<sup>114</sup> Siehe Hinweise Aus 29 mach 1 S. 56.

<sup>115</sup> Im Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9. Juni 1989 (KronZG, BGBl 1989 I 1059), welches in der Folge mehrfach verlängert und verändert wurde (letztmals 1996, BGBl 1996 I 58), aber per Ende 1999 auslief; der Deutsche Bundestag lehnte am 3.12.1999 eine Verlängerung ab.

<sup>116</sup> Vgl. Hinweise in Aus 29 mach 1 S. 56 f.

<sup>117</sup> Zu diesen Vorteilen Aus 29 mach 1 S. 57/58.

<sup>118</sup> Vgl. dazu Piquerez 2000 N 1173 ff.; Schmid 1997 N 459 ff.

<sup>119</sup> Vgl. Kleinknecht/Meyer-Gossner 1999 Vorbemerkungen KronZG N 9 S. 1654.

<sup>120</sup> Vgl. dazu auch Aus 29 mach 1 S. 53 ff. und Hearings S. 9, 14, 32, 37, 40, 43, 50, 63 f., 71, 81, 101, 137, 151, 159 sowie Ziff. 131.2 a.E., 122.

<sup>121</sup> Es scheint, dass dies auch die Meinung der Experten in Aus 29 mach 1 S. 53 oben ist.

<sup>122</sup> Aus 29 mach 1 S. 59 f.; teilweise positiv aufgenommen in den Hearings, vgl. etwa 50 unten, 101.

<b>2</b>	<b>Besonderer Teil</b>
<b>21</b>	<b>Einleitung</b>
<b>211</b>	<b>Anwendung dieses Gesetzes im Allgemeinen (1. Kapitel; Art. 1-2 VE)</b>

*Geltungsbereich im Allgemeinen (Art. 1 VE)*

Gemäss Art. 1 Abs. 1 VE soll die künftige schweizerische Strafprozessordnung grundsätzlich *alle Strafverfahren* von den polizeilichen Ermittlungen hin über die Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft bis zur Verhandlung vor den erstinstanzlichen Gerichten wie auch den Rechtsmittelinstanzen normieren. Das Verfahrensrecht gemäss diesem Gesetz ordnet die Verfahren vor den kantonalen Strafbehörden und jenen des Bundes, also auch die Verfahren, die bisher vor allem dem Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (BStP<sup>1</sup>) unterlagen. Die kantonalen Strafprozessordnungen sowie der BStP werden somit aufzuheben sein. Bund und Kantone regeln in ihren Einführungserlassen lediglich jene Bereiche, die dieses Gesetz ihnen zuweist, also beispielsweise die Befugnis zum Einsetzen oder zur Bezeichnung von Strafbehörden (Art. 13–15 VE) oder andere Fragen (etwa Art. 331 Abs. 2, Art. 414 Abs. 2, Art. 415 Abs. 2, Art. 452 Abs. 1 VE).

Dieses Gesetz *umfasst aber nicht alle von schweizerischen Behörden geführten Strafverfahren* (Abs. 2). Gewisse Verfahren bleiben bewusst ausgeklammert, so das im Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP<sup>2</sup>) geordnete Verfahren vor den Organen der Militärjustiz oder das im Bundesgesetz über Ordnungsbussen im Strassenverkehr vom 24. Juni 1970 (OBG<sup>3</sup>) vorgesehene Ordnungsbussenverfahren<sup>4</sup>. Ebenfalls ausgeschlossen ist die Tätigkeit des Bundesgerichts als oberste Rechtsmittelinstanz im Rahmen des künftigen Bundesgesetz über das Bundesgericht bei Behandlung der vorgesehenen Strafrechtsbeschwerden. Für das im Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR<sup>5</sup>) geregelte Verfahren wird in einem weiteren Schritt zu prüfen sein, inwieweit seine Bestimmungen durch jene dieser schweizerischen Strafprozessordnung abgelöst sind; es wird zur Zeit geprüft, ob dies bereits in der parlamentarischen Vorlage dieses Gesetzes oder erst in einer späteren Phase (z.B. im Rahmen der Gesamtrevision des Verwaltungsstrafrechts) geschehen soll.

*Das Verfahren bei Widerhandlungen gegen das kantonale Strafrecht*, das Art. 335 StGB den Kantonen vorbehält, namentlich das Verfahren bei Steuerdelikten nach Art. 335 Ziff. 2 StGB, *regelt der Vorentwurf nicht*. Es bleibt Aufgabe des kantonalen Rechts, dieses Verfahren zu bestimmen; dabei ist es wünschenswert, dass die Kantone in ihren Einführungserlassen die schweizerische Strafprozessordnung ganz oder mindestens teilweise auch auf die Verfolgung und Beurteilung der kantonalen Straftatbestände für anwendbar erklären<sup>6</sup>.

*Ausübung der Strafrechtspflege (Art. 2 VE)*

Art. 2 statuiert das *Strafjustizmonopol des Staates*<sup>7</sup>. Die prozessuale Handhabung des Strafrechts, die Strafjustiz, ist allein Angelegenheit des Staates und kann nicht durch Vereinbarung unter den Beteiligten Privaten übertragen werden. Wie der zweite Satzteil der Bestimmung betont, gilt im Strafverfahrensrecht in besonderem Mass der Grundsatz der

<sup>1</sup> SR 312.0.

<sup>2</sup> SR 322.1.

<sup>3</sup> SR 741.03.

<sup>4</sup> Gegen sofortigen Einbezug dieser Bereiche und ein schrittweises Vorgehen Aus 29 mach 1 S. 69 f.

<sup>5</sup> SR 313.0.

<sup>6</sup> In dieser Richtung auch Aus 29 mach 1 S. 71.

<sup>7</sup> Dazu und zum Folgenden statt vieler Clerc 1975 N 79; Schmid 1997 N 74 ff.

Gesetzmassigkeit. Die Strafjustiz kann allein in der in diesem Gesetz vorgesehenen Weise und vor allem nur in diesen gesetzlichen Verfahrensformen ausgeübt werden. Von ihnen kann nicht abgewichen werden; es gilt insoweit der Grundsatz der Formstrenge.

## 212 Grundsätze des Strafverfahrensrechts (2. Kapitel; Art. 3-12 VE)

Das Strafverfahrensrecht wird von einer Reihe von Grundsätzen beherrscht. Diese auferlegen einerseits den Strafbehörden gewisse Pflichten, die bei der Ausübung der Strafjustiz als fundamental betrachtet werden. Andererseits sichern sie den privaten Verfahrensbeteiligten, vor allem den Beschuldigten, massgebliche Rechte zu. Diese *fundamentalen Prinzipien des Strafverfahrensrechts finden sich zu einem wesentlichen Teil im übergeordneten Recht*, d.h. in den Art. 7 und 29 - 32 der Bundesverfassung vom 18. April 1999<sup>8</sup>, in den Art. 5 und 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK<sup>9</sup>) sowie in Art. 9, 11 und 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (IPBPR<sup>10</sup>). In modernen Strafprozessordnungen werden sie regelmässig gleichsam programmatisch an den Anfang gesetzt. Die in Art. 3-12 VE zu findenden Grundsätze des Strafprozessrechts entsprechen ohne inhaltliche Abweichungen diesen Prinzipien. Die Aufzählung ist selbstredend nicht vollzählig oder gar abschliessend. Gewisse weitere Grundsätze, die ebenfalls an den Anfang der schweizerischen Strafprozessordnung gestellt werden könnten, finden sich an anderer Stelle des Vorentwurfs. Als Beispiel kann der Öffentlichkeitsgrundsatz (Art. 76 VE) genannt werden, der, weil er durch weitere Normen konkretisiert und eingeschränkt werden muss (vgl. Art. 77-78 VE), an anderer Stelle plazierte wurde.

### *Achtung der Menschenwürde (Art. 3 VE)*

Diese Bestimmung nimmt eine Grundidee des modernen Staatsverständnisses auf: Im Zentrum des Staats und seiner Rechtsordnung stehen nicht der Staat und seine Ziele als Selbstzweck, sondern das *Wohlergehen und der Schutz des einzelnen Menschen*. Die staatliche Gemeinschaft und ihre Wertordnung basieren mit anderen Worten auf der Achtung des Menschen und seiner Würde als Individuum<sup>11</sup>. Diese Achtung der Menschenwürde gilt vor allem im Bereich des Strafrechts und seiner verfahrensmässigen Durchsetzung, weil hier die staatliche Gemeinschaft die einschneidendsten Zwangsmittel zur Durchsetzung ihrer Zwecke anwendet. Die Menschenwürde ist bei allen privaten Verfahrensbeteiligten zu beachten, namentlich bei den Beschuldigten und Geschädigten (Abs. 1).

Abs. 2 enthält den *Grundsatz des fairen Verfahrens*, der sich bereits in Art. 29 Abs. 1 BV<sup>12</sup>, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 IPBPR findet<sup>13</sup>. Aus dem Fairnessgebot, dass sich nicht abstrakt umschreiben lässt, wird allgemein abgeleitet, dass die Behörden die Verfahrensbetroffenen korrekt und unter Beachtung der Menschenwürde behandeln. Namentlich die Beschuldigten sind den Strafverfolgungsbehörden in besonderer Weise unterworfen und bedürfen deshalb des Schutzes. Aus der Maxime werden noch weitere Ansprüche der privaten Beteiligten abgeleitet, so z.B. der Anspruch auf rechtliches Gehör.

<sup>8</sup> SR 101.

<sup>9</sup> SR 0.101.

<sup>10</sup> SR 0.103.2.

<sup>11</sup> Art. 7 BV; Hierzu allgemein Haefelin/Haller 1998 N 1551 ff.; dies. 2000 6/7; Schmid 1997 N 233 ff.

<sup>12</sup> „...Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung...“.

<sup>13</sup> Zu diesem Grundsatz näher Aeschlimann 1997 N 185 ff.; Haefliger/Schürmann 1999 131 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 56 N 1 ff.; Maurer 1999 23 f.; Oberholzer 1994 162 f.; Piller/Pochon 1998 Art. 4.1 ff.; Piquerez 2000 N 800 ff. ("procès équitable"); Schmid 1997 N 127 ff.; Villiger 1999 N 470 ff.

Weitere Rechte, die üblicherweise aus dem Fairnessgebot hergeleitet werden, finden sich in diesem Vorentwurf an anderer Stelle, so beispielsweise die Pflicht in Art. 117 Abs. 4 VE, den rechtsungewohnten Verfahrensbeteiligten auf seine Rechte und Pflichten aufmerksam zu machen. Zum Anspruch auf ein faires Verfahren wird auch das Gebot der Waffengleichheit gezählt, das im Vorentwurf nicht ausdrücklich erwähnt wird<sup>14</sup>.

Abs. 3 stellt klar, dass es unzulässig ist, *Beweise unter Verletzung der Menschenwürde zu erheben*. Es versteht sich von selbst, dass Folter und folterähnliche Methoden (wie z.B. der Entzug von Mahlzeiten oder Schlaf) absolut unzulässig sind. Verboten sind jedoch generell auch andere Methoden, die geeignet sind, die Willensfreiheit und das Bewusstsein der Verfahrensbeteiligten in irgendeiner Weise herabzusetzen oder gar auszuschalten. Dieses Verbot bezieht sich etwa auf den Einsatz der Narkoanalyse oder von Lügendetektoren und zwar selbst dann, wenn die Betroffenen damit einverstanden sind<sup>15</sup>.

Die Strafbehörden und die privaten Verfahrensbeteiligten haben bei der Ausübung ihrer Tätigkeit und bei der Wahrung ihrer Rechte *Treu und Glauben zu beachten* und Rechtsmissbräuche zu unterlassen. Damit wird die in Art. 2 ZGB für das Zivilrecht statuierte *Maxime* ausdrücklich auf das dem öffentlichen Recht zuzurechnende Strafprozessrecht ausgedehnt. Vor allem die privaten Verfahrensbeteiligten müssen sich auf behördliche Auskünfte und Zusicherungen verlassen können. So darf sich der juristisch unerfahrene Bürger auf die ihm von den Behörden genannten Fristen verlassen, auch wenn diese nicht mit dem Gesetz übereinstimmen<sup>16</sup>.

#### *Unabhängigkeit (Art. 4 VE)*

Die richterliche Unabhängigkeit, die sich bereits aus Art. 30 Abs. 1, 191c BV, Art. 6 Ziff. 1 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 IPBPR ergibt, räumt den Verfahrensbeteiligten das Recht ein, von einem *unabhängigen und unparteiischen Gericht beurteilt zu werden*<sup>17</sup>. Diese Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ist gewährleistet, wenn sich die Tätigkeit der Strafbehörde nur nach dem Recht und der Gerechtigkeit orientiert und keinen sachfremden Einflüssen und auch keinen Weisungen anderer staatlicher Behörden unterliegt.

Art. 4 Abs. 1 VE *dehnt die richterliche Unabhängigkeit auf alle Strafbehörden des Gesetzes aus*, also auch auf die Strafverfolgungsbehörden, unter die der Vorentwurf in Art. 13 VE die Polizei, die Staatsanwaltschaft sowie die Übertretungsstraßenbehörden einreicht. Um diesen Behörden hierarchisch aufgebaute Organisationen zu ermöglichen und im Vorverfahren das Primat der Staatsanwaltschaft sicherzustellen, sind im Rahmen des Gesetzes Weisungsbefugnisse zulässig. Solche finden sich etwa in Art. 17 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2, Art. 335 Abs. 2 oder Art. 343 Abs. 2 VE.

#### *Beschleunigungsgebot (Art. 5 VE)*

Dem Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung, der schon in Art. 31 Abs. 2 BV, Art. 5 Ziff. 3 und 6 Ziff. 1 sowie Art. 14 Abs. 3 Bst. c IPBPR verankert ist, kommt im Strafverfahren

<sup>14</sup> Der Grundsatz wird nicht ausdrücklich erwähnt, weil er zwar im Gerichts-, nicht aber im Vorverfahren zu verwirklichen ist, vgl. statt vieler Hauser/Schweri 1999 § 56 N 18; Schmid 1997 N 236.

<sup>15</sup> Näher ausgeführt in Art. 147 VE. Allgemein dazu Hauser/Schweri 1999 § 39 N 22, § 72 N 24; Schmid 1997 N 625 f.

<sup>16</sup> Zu diesen Grundsätzen im Strafverfahren näher Aeschlimann 1997 N 186; Hauser/Schweri 1999 § 57 N 1 ff.; Maurer 1999 23; Oberholzer 1994 163; Piquerez 2000 N 841 ff.; Schmid 1997 N 247 ff.

<sup>17</sup> Zu diesem Grundsatz näher Aeschlimann 1997 N 184; Clerc 1975 N 69 ff.; Haefliger/Schürmann 1999 166 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 27 N 3 ff.; Alfred Kölz in BV-Kommentar 1986 Art. 58 N 16 ff.; Oberholzer 1994 77 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 3 N 3.1. ff.; Piquerez 2000 N 895 ff.; Schmid 1997 N 126 ff.; Villiger 1999 N 415 ff.



besondere Bedeutung zu. Die Beschuldigten, aber auch die Geschädigten und weitere am Verfahren Interessierte, haben Anspruch darauf, dass die erhobenen Deliktswürfe *ohne Verzug* geklärt und allenfalls zur gerichtlichen Beurteilung gebracht werden<sup>18</sup>. Abs. 2 unterstreicht, dass insbesondere Haftfälle vordringlich zu behandeln sind.

#### *Grundsatz der materiellen Wahrheit (Art. 6 VE)*

Das Strafverfahren wird vom Grundsatz der materiellen Wahrheit beherrscht. *Alle Strafbehörden haben die für die Beurteilung von Tat und Täter erforderlichen Beweise von Amtes wegen zu sammeln*. Ziel des Strafverfahrens ist somit, die materielle oder historische Wahrheit zu ergründen<sup>19</sup>; die Strafbehörden dürfen sich nicht mit den Erklärungen der Parteien zufrieden geben oder Beweise nur auf deren Antrag abnehmen. Vor allem für die Strafverfolgungsbehörden, also die Polizei, die Staatsanwaltschaft sowie die Übertretungsstrafbehörden folgt aus diesem Grundsatz die besondere Aufgabe, nicht nur die die Beschuldigten belastenden Beweise zu sammeln, sondern ihr Augenmerk ebenso den entlastenden Momenten zu schenken (Abs. 2). Dieses Prinzip in der künftigen schweizerischen Strafprozessordnung festzuschreiben, ist umso wichtiger, als der Vorentwurf dem Staatsanwaltschaftsmodell folgt, und kein unabhängiger Untersuchungsrichter tätig ist (hierzu vorne Ziff. 133).

#### *Verfolgungs- und Anklagezwang (Art. 7 VE)*

Der Vorentwurf ist wie grundsätzlich alle zur Zeit geltenden schweizerischen Strafprozessordnungen dem *Offizialprinzip* verpflichtet: Die Strafbehörden müssen den staatlichen Strafanspruch von Amtes wegen und damit unabhängig von Strafklagen der privaten Betroffenen durchzusetzen<sup>20</sup>. Art. 7 Abs. 1 VE formuliert zwar nicht dieses Offizialprinzip, aber das damit eng verknüpfte und das Offizialprinzip teilweise überschneidende *strafprozessuale Legalitätsprinzip*<sup>21</sup>: Dieses verpflichtet die Strafbehörden, bei genügendem Tatverdacht für alle ihnen zur Kenntnis gelangenden Straftaten ein Verfahren zu eröffnen, dieses durchzuführen und bei bestätigtem Verdacht mit einer Anklage zur gerichtlichen Beurteilung zu bringen.

Abs. 2 übernimmt im wesentlichen den bisherigen Art. 366 Abs. 2 StGB und *erlaubt es den Kantonen, für die Mitglieder ihrer Parlamente sowie der obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden eine Immunität zu statuieren*, also die Verfolgung von einer Ermächtigung z.B. des Kantonsparlaments abhängig zu machen. Eine solche Immunität ist möglich für Äusserungen in den Parlamenten sowie bei behaupteten Delikten von Magistratspersonen, also der Mitglieder der Kantonsregierungen sowie der obersten Gerichte. Die weiteren Ausnahmen in Art. 366 StGB werden für die Magistratspersonen des Bundes bereits in Art. 14 des BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz<sup>22</sup>) und für die Bundesbeamten in Art. 1-7 des BG über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der

<sup>18</sup> Hierzu näher Aeschlimann 1997 N 205 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 22 N 1 ff.; Clerc 1975 N 121 ff.; Haefliger/Schürmann 1999 199 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 58 N 1 ff.; Maurer 1999 39 ff.; Oberholzer 1994 159 ff.; Piquerez 2000 N 745 ff.; Schmid 1997 N 216 ff.; Villiger 1999 N 452 ff.

<sup>19</sup> Zu diesem Grundsatz näher Aeschlimann 1997 N 165; Hauser/Schweri 1999 § 53 N 1 ff.; Maurer 1999 37; Oberholzer 1994 237 ff.; Piquerez 2000 N 1948 ff.; Schmid 1997 N 269 ff.

<sup>20</sup> Näher Aeschlimann 1997 N 159 f.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 19 N 1 ff.; Clerc 1975 N 80 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 47 N 1 ff.; Maurer 1999 37 f.; Oberholzer 1994 207 ff.; Piquerez 2000 N 635 ff.; Schmid 1997 N 81 ff.

<sup>21</sup> Hierzu Clerc 1975 N 82ff.; Hauser/Schweri 1999 § 48 N 1 ff.; Schmid 1997 N 95 ff.

<sup>22</sup> SR 170.32.

Eidgenossenschaft vom 26. März 1934 (Garantiegesetz<sup>23</sup>) festgelegt. Art. 366 StGB kann daher gänzlich aufgehoben werden.

### *Opportunitätsprinzip (Art. 8 VE)*

Die chronische Überlastung der Strafbehörden wie auch eine Zurückbesinnung auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz haben in jüngerer Vergangenheit dazu geführt, den *Verfolgungs- und Anklagezwang einzuschränken*<sup>24</sup>. An die Stelle des Legalitätsprinzips tritt das Opportunitätsprinzip<sup>25</sup>. Allerdings übernimmt der Vorentwurf kein unbeschränktes Opportunitätsprinzip nach dem Vorbild einzelner Kantone<sup>26</sup>, welches den Strafbehörden allgemein erlauben würde, nach ihrem Gutdünken auf eine Strafverfolgung zu verzichten, wenn dies aus Gründen der Zweckmässigkeit als angebracht erscheint. Er beschränkt sich in Übereinstimmung mit der Expertenkommission<sup>27</sup> vielmehr auf ein *gemässigt*es *Opportunitätsprinzip*, wie es bereits in der Mehrzahl der Kantone<sup>28</sup> in der einen oder anderen Form bekannt ist.

Art. 8 Abs. 1 VE übernimmt zunächst den Opportunitätsgrundsatz von nArt. 52 StGB. Zwar könnte den in der Botschaft AT vertretenen Ansichten folgend<sup>29</sup> der *Verzicht auf Strafverfolgung bei geringem Verschulden und geringen Tatfolgen* als eine eher materiellrechtliche Bestimmung betrachten werden, die damit im StGB bleiben sollte. Wird der Opportunitätsgrundsatz mit eher formellrechtlich ausgerichteten Verzichtgründen erweitert, wie dies der Vorentwurf in Art. 8 Abs. 2 vorschlägt, erscheint es aus mehr praktischen Gründen indessen angebracht, die Bestimmungen zusammenzufassen und in der schweizerischen Strafprozessordnung unterzubringen<sup>30</sup>. Folgt man dieser Ansicht und sollte nArt. 52 StGB Gesetz werden, müsste diese StGB-Bestimmung allerdings wieder aufgehoben werden. Dies gilt ebenso für die soweit ähnliche Bagatellklausel in Art. 322<sup>octies</sup> Abs. 1 StGB<sup>31</sup>.

Der Vorentwurf will einen Verzicht auf das strenge Legalitätsprinzip in Abs. 2 neben der Bagatellklausel von Abs. 1 *in vier weiteren Konstellationen zulassen*. Diese finden sich mit Varianten bereits in einzelnen kantonalen Strafprozessrechten<sup>32</sup> sowie in den Vorschlägen der Experten<sup>33</sup>. Es sind zusammengefasst Fälle, in denen Beschuldigte bereits in Strafuntersuchung stehen oder standen und es als überflüssig erscheint, sie wegen anderen oder der gleichen Straftat zusätzlich zu verfolgen:

- Abs. 2 Bst. a statuiert einen Verzicht, wenn letztlich nicht ins Gewicht fallende Nebendelikte zu verfolgen wären, also z.B. neben einer vorsätzlichen Tötung der bei Ausführung dieses Delikts begangene Hausfriedensbruch.

<sup>23</sup> SR 170.21.

<sup>24</sup> Hierzu Aus 29 mach 1 S. 46 f.; Hauser/Schweri 1999 § 48 N 2 ff.

<sup>25</sup> Zu diesem näher Aeschlimann 1997 N 160; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 20 N 1 ff.; Clerc 1975 N 81; Maurer 1999 20 ff.; Oberholzer 1994 211 ff.; Piquerez 2000 N 652 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 48 N 2 ff.; Schmid 1997 N 99 ff.

<sup>26</sup> Siehe z.B. VD StPO 53; NE StPO 8; GE StPO 116, 198 und JU StPO 97.

<sup>27</sup> Aus 29 mach 1 S. 46 ff.

<sup>28</sup> Hinweise bei Hauser/Schweri 1999 § 48 N 10 f.

<sup>29</sup> S. 85.

<sup>30</sup> Damit wäre auch die in Botschaft AT 87 Mitte gestellte Frage des Verhältnisses von materiellrechtlichem und prozessrechtlichem Opportunitätsprinzip beantwortet.

<sup>31</sup> Eingefügt mit der Revision des Korruptionsstrafrechts vom 22.12.1999. Offen bleibe im gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung, ob weitere Bagatellklauseln wie z.B. Art.100 Ziff. 1 zweiter Satz SVG ebenfalls zu streichen sind.

<sup>32</sup> Siehe etwa ZH StPO 39a; BE StrV 4; AR StPO 20.

<sup>33</sup> Aus 29 mach 1 S. 47 f.

- Abs. 2 Bst. b knüpft an die Zusatzstrafe bei sogenannter retrospektiver Konkurrenz an, die gemäss Art. 68 Ziff. 2 StGB/nArt. 49 Abs. 2 StGB bei nachträglicher Entdeckung zusätzlicher Straftaten die Strafbehörden zur Durchführung eines weiteren Strafverfahrens sowie zum Aussprechen einer Zusatzstrafe zwingt. Darauf soll verzichtet werden, wenn nur eine geringe Zusatzstrafe zu erwarten ist. Ist ein Serientäter wegen 100 gleichartigen Delikten verurteilt worden, ist kaum zu erwarten, dass das Entdecken von zwei weiteren solchen Straftaten zu einer höheren Gesamtstrafe führte.
- Abs. 2 Bst. c bezieht sich auf den Täter, der wegen einer auch der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterworfenen Straftat bereits im Ausland verurteilt wurde und gegen den dem sogenannten Anrechnungsprinzip<sup>34</sup> von Art. 3 Ziff. 1 Abs. 2 StGB/nArt. 3 Abs. 2 StGB folgend in der Schweiz zwar ein neues Strafverfahren durchzuführen, bei der auszusprechenden Strafe indessen die im Ausland vollzogene Strafe anzurechnen ist. Es soll auf den Leerlauf eines neuen Verfahrens verzichtet werden, wenn ersichtlich ist, dass kaum eine höhere Strafe als die im Ausland ausgesprochene verhängt wird.
- Ähnlich ist der Fall von Abs. 2 Bst. d: Nicht selten werden Personen im Ausland verfolgt, obwohl die Straftat z.B. wegen Begehung in der Schweiz nach Art./nArt. 3 StGB dem Schweizer Strafrecht unterworfen ist und auch hier zu verfolgen wäre. Oder die ausländische Behörde wird sogar ersucht, die Verfolgung zu übernehmen. Es ist wenig sinnvoll, in diesen Fällen ein schweizerisches Verfahren durchzuführen, müsste doch auch hier eine ausländische Strafe z.B. nach Art. 3 Ziff. 1 Abs. 2 StGB/Art. 3 Abs. 2 nStGB angerechnet werden.

Ein Verzicht nach Abs. 2 ist entgegen der allgemeinen Bagatellklausel von Abs. 1 nur zulässig, wenn diesem Vorgehen nicht legitime Interessen der Privatklägerschaft (z.B. auf Behandlung ihrer Zivilansprüche) entgegenstehen.

Abs. 3 hält einerseits wie Abs. 1 fest, dass *die Anwendung des Opportunitätsgrundsatzes nur Staatsanwaltschaft und Gerichten*, nicht aber der Polizei, zusteht<sup>35</sup>. Andererseits stellt diese Bestimmung klar, dass auch in solchen Fällen der Erledigungsgrundsatz nach Art. 10 VE anwendbar ist, ein Verzicht auf Verfolgung somit nur in Form einer Nichtanhandnahme- oder Einstellungsverfügung gemäss Art. 341 und Art. 350 ff. VE erfolgen kann, gegen die die Beschwerde nach Art. 355 VE möglich ist<sup>36</sup>.

#### *Anklagegrundsatz (Art. 9 VE)*

Der Strafprozess ist nach heutigem Verständnis ein Anklageprozess. Er kann nur durchgeführt werden, wenn eine von den urteilenden Gerichten getrennte Behörde zunächst im Rahmen eines Vorverfahrens die relevanten Fakten und Beweise zusammengetragen und hernach die Deliktswürfe in einer Anklageschrift dem Gericht zur Beurteilung unterbreitet hat. Aus diesem Anklage- oder Akkusationsprinzip folgt, dass das *Gericht nur über die in der Anklageschrift enthaltene Vorwürfe urteilen kann* und dass diese Anklage im Gerichtsverfahren mit gewissen Ausnahmen (Art. 383 VE) auch nicht mehr geändert werden kann (*Immutabilitätsgrundsatz*<sup>37</sup>).

<sup>34</sup> Allgemein Rehberg 1996 33 f.

<sup>35</sup> Vgl. auch Hauser/Schweri § 48 N 15; BGE 109 VI 50.

<sup>36</sup> So auch verlangt von Aus 29 mach 1 S. 49 f. und sinngemäss Botschaft AT 87 oben. Im Regelfall also eine endgültige und nicht vorläufige Einstellung (im VE Sistierung genannt, Art. 345 VE), wie dies Aus 29 mach 1 S. 49 unten anregt: Für eine Sistierung braucht es keine Opportunitätsgründe, sondern einen Grund nach Art. 345 VE.

<sup>37</sup> Näher Aeschlimann 1997 N 164; Clerc 1975 N 54; Hauser/Schweri 1999 § 50 N 1 ff.; Maurer 1999 31 f.; Oberholzer 1994 219 ff.; Piquerez 2000 N 731 ff., 743 f.; Schmid 1997 N 145 ff., 811 ff.

Der in Abs. 1 statuierte Grundsatz erfährt in Abs. 2 *gewisse Einschränkungen*. Im Strafbefehls- und Übertretungsstrafverfahren schliessen die Staatsanwaltschaft bzw. die Verwaltungsbehörde Verfahren ohne Anklageerhebung durch einen von ihnen selbst erlassenen Strafbefehl (Art. 412 - 414 VE) bzw. eine Bussenverfügung (Art. 422 VE) ab. Wird gegen diese Einsprache erhoben, übernimmt der Strafbefehl die Funktion einer Anklage (Art. 416 VE). Ähnliches gilt im Übertretungsstrafverfahren, wobei die Bussenverfügung nach erfolgter Einsprache allerdings nur sehr beschränkt zur Anklage wird und das Gericht nicht notwendigerweise daran gebunden ist (näher Art. 423 VE).

#### *Erledigungsgrundsatz (Art. 10 VE)*

Strafverfahren unterliegen, vor allem was ihre Erledigung betrifft, dem Grundsatz der Formstrenge. Sie dürfen deshalb *nicht informell*, also beispielsweise durch Abschreibung mittels Aktenvermerk, erledigt werden. Es stehen nur die dafür im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten zur Verfügung, namentlich die Sistierung oder Einstellung, die Anklageerhebung oder der Strafbefehl<sup>38</sup>.

#### *Beweiswürdigung und Unschuldsvermutung (Art. 11 VE)*

Das schweizerische Prozessrecht ist vom *Grundsatz der freien Beweiswürdigung* geprägt. Für die Beurteilung der Straftaten nach Bundesgesetzen galt er schon bisher nach Art. 169 Abs. 3 und 249 BStP sowie Art. 77 Abs. 3 VStrR. Er findet sich auch in den meisten kantonalen Verfahrensordnungen. Der Richter würdigt die Beweise nicht nach irgendwelchen vorgegebenen, festen Beweisregeln (etwa einen Vorrang von Aussagen von Zeugen gegenüber solchen der Beschuldigten), sondern nach der Überzeugung, die er gestützt auf die abgenommenen Beweise persönlich zum Fall gewonnen hat<sup>39</sup>. Dieser Grundsatz wird in Art. 11 Abs. 1 VE für alle nach diesem Gesetz geführten Strafverfahren festgehalten. Die entsprechenden Bestimmungen in der BStP<sup>40</sup> können aufgehoben werden. Abs. 1 verweist im Übrigen darauf, dass bei der Urteilsfindung nicht nur die anlässlich der Hauptverhandlung abgenommenen Beweise, sondern auch jene zu berücksichtigen sind, die bereits von der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren erhoben wurden. Inwieweit die Unmittelbarkeit oder die Mittelbarkeit zu beachten sind, regeln die Art. 374-378 VE (nachfolgend Ziff. 263.23 f.).

Zu den Beweisgrundsätzen im weiteren Sinne gehört die in Abs. 2 enthaltene *Unschuldsvermutung*<sup>41</sup>, welche als fundamentale Maxime eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens bereits in Art. 28 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK sowie in Art. 14 Abs. 2 IPBPR festgeschrieben ist<sup>42</sup>. Dieser Grundsatz stammt aus dem anglo-amerikanischen Verfahrensrecht<sup>43</sup> und ist die Folge des Anklageprozesses, bei dem der Staat als Ankläger die Schuld der Angeklagten beweisen muss. Bis dieser Beweis geleistet und die Beschuldigten gestützt darauf verurteilt werden, haben diese als unschuldig zu gelten. Die Unschuldsvermutung schliesst indessen nicht aus, dass gegen Beschuldigte Verfahrenshandlungen, namentlich Zwangsmassnahmen, durchgeführt werden, die im Grunde genommen auf einer Schuldhypothese beruhen.

<sup>38</sup> Zu diesem Prinzip Oberholzer 1994 414 f.; Schmid 1997 N 791.

<sup>39</sup> Hierzu und zum Folgenden einlässlich Aeschlimann 1997 N 197 f.; Clerc 1975 N 129 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 54 N 1 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 73.1 ff.; Schmid 1997 N 286 ff.

<sup>40</sup> Allenfalls auch in Art. 77 Ab. 3 VStrR, falls die prozessualen Bestimmungen dieses Gesetzes durch jene der vereinheitlichten StPO ersetzt werden sollten.

<sup>41</sup> Vgl. hierzu etwa Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 411 N 8.4.; Clerc 1975 N 137 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 56 N 20 ff.; Schmid 1997 N 277 ff.

<sup>42</sup> Näher Haefliger/Schürmann 1999 208 ff.; Villiger 1999 N 493 ff.

<sup>43</sup> Dazu Schmid 1993 22 ff., 153.

Trotzdem müssen sich die Strafbehörden in ihrem Wirken ständig diese Unschuldsvermutung vor Augen halten.

Abs. 3 übernimmt den sich aus der Unschuldsvermutung ergebende Grundsatz, dass „*im Zweifel für den Angeklagten*“ (*in dubio pro reo*) zu entscheiden ist. Einerseits folgt daraus, dass bei gänzlichem Misslingen des Schuldbeweises die Beschuldigten freizusprechen sind (*sog. Beweislastregel*), andererseits, dass ein Freispruch auch zu ergehen hat, wenn bei der Abwägung der Beweise erhebliche und unüberwindliche Zweifel an der Schuld bleiben; in diesem Fall haben die Gerichte von dem für die Beschuldigten günstigeren Sachverhalt auszugehen (*sog. Beweiswürdigungsregel*<sup>44</sup>). Der herrschenden Lehre folgend hält Abs. 3 fest, dass der Grundsatz nur auf die tatsächlichen Voraussetzungen einer Verurteilung anwendbar ist, für die der Staat beweispflichtig ist. Es sind dies vorab die objektiven und subjektiven Merkmale der angeklagten Straftatbestände. Nicht anwendbar ist die Regel für die Rechtsanwendung.

#### *Verbot der doppelten Strafverfolgung (Art. 12 VE)*

In der Schweiz rechtskräftig Verurteilte oder Freigesprochene dürfen hier wegen des gleichen Delikts nicht nochmals in ein Strafverfahren verwickelt werden (Sperrwirkung der abgeurteilten Sache; *ne bis in idem*)<sup>45</sup>. Dies zählt zu den fundamentalen Strafverfahrensgrundsätzen und findet sich bereits in Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK vom 22. November 1984<sup>46</sup> sowie in Art. 14 Abs. 7 IPBPR<sup>47</sup>. Ein neues Verfahren ist ausgeschlossen, wenn Identität von Täter und Tat gegeben ist. Art. 12 Abs. 1 VE lässt die in Lehre und Praxis viel diskutierte Frage offen, ob dabei auf den Gegenstand des ersten Verfahrens bildenden Lebensvorgang allgemein (z.B.: A hat den Tod des X verursacht) oder auf den konkreten Gegenstand des ersten Verfahrens (A hat den Tod des X auf die und die Weise fahrlässig verursacht) abzustellen ist.

Abs. 2 verweist auf die *Ausnahmen* zum Verbot der doppelten Strafverfolgung. Die hier in Frage stehenden Fälle beziehen sich auf Konstellationen, bei denen ein rechtskräftig abgeschlossenes Strafverfahren wieder aufzunehmen ist. Diese Ausnahmen stehen im Einklang mit dem vorstehend erwähnten übergeordneten Recht<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Zu *in dubio pro reo* m.w.H. näher Aeschlimann 1997 N 199 ff.; Clerc 1975 N 133; Hauser/Schweri 1999 § 54 N 12 ff.; Maurer 1999 25 ff.; Oberholzer 1994 243 f.; Piller/Pochon 1998 Art. 4.10 ff.; Piquerez 2000 N 1918 f.; Schmid 1997 N 294 ff.

<sup>45</sup> Nicht ausgeschlossen ist nach StGB 3 Ziff. 1/nStGB 3 Abs. 2, dass eine in der Schweiz begangene Straftat, die zu einem ausländischen Urteil führte, zu einem (neuen) schweizerischen Verfahren und Urteil gelangt, vgl. BGE 111 IV 3; Trechsel 1997 Art. 3 N 5.

<sup>46</sup> SR 0.101.07.

<sup>47</sup> Zu diesem Grundsatz näher Aeschlimann 1997 N 223 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 29 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 84 N 16 f.; Maurer 1999 453; Oberholzer 1994 416 f.; Piquerez 2000 N 2740 ff., 3948 ff.; Schmid 1997 N 588 ff.

<sup>48</sup> Siehe Haefliger/Schürmann 1999 356; Villiger 1999 N 695 f.

## 22 Strafbehörden (Zweiter Titel)

Im Zweiten Titel des Vorentwurfs werden die verschiedenen Strafbehörden von Bund und Kantonen, ihre Zuständigkeit, Aufgaben, die Ausstandsgründe sowie ihre Verfahrenshandlungen geregelt. Die Regelungen beziehen sich auf die Behörden dieser schweizerischen Strafprozessordnung. Nicht geregelt ist das Bundesgericht und seine Tätigkeit, soweit es Strafrechtsbeschwerden<sup>1</sup> gegen letztinstanzliche Urteile der Kantone sowie gegen Entscheide des erstinstanzlichen Bundesgerichts fällt. Das Bundesgericht ist nur insoweit betroffen, als es Rechtsmittel gemäss diesem Gesetz, so als Beschwerdeinstanz gegen Entscheide usw. der Staatsanwaltschaft des Bundes (Bundesanwaltschaft) zu behandeln hat.

### 221 Befugnisse (1. Kapitel; Art. 13-27 VE)

#### 221.1 Im Allgemeinen (1. Abschnitt, Art. 13-15 VE)

##### *Strafbehörden und ihre Bezeichnung (Art. 13-15 VE)*

Der Vorentwurf verwendet für die im Bereich der Strafverfolgung tätigen eidgenössischen und kantonalen Behörden den *Oberbegriff der Strafbehörde*. Darunter fallen die Strafverfolgungsbehörden nach Art. 13 VE, nämlich die Polizei, die Staatsanwaltschaft, die Übertretungsstraßenbehörden sowie die Gerichte nach Art. 14 VE, wobei als gerichtliche Instanzen Zwangsmassnahmengerrichte, erstinstanzliche Gerichte, Jugendgerichte, Beschwerdeinstanzen sowie Berufungsgerrichte vorgesehen sind.

Der Vorentwurf beschränkt sich bei der Regelung der Strafbehörden von Bund und Kantonen darauf, einen Grobraster der hauptsächlich einzusetzenden Instanzen vorzusehen. *Die nähere Regelung bleibt innerhalb dieses Rasters Bund und Kantonen überlassen*. Damit wird nur soweit notwendig in die Behördenorganisation von Bund und Kantonen eingegriffen<sup>2</sup>. - Die nachfolgenden Bestimmungen lassen dem Bund und den Kantonen bei der Bestimmung dieser Strafbehörden *gewisse Freiheiten in vier Hauptrichtungen* zu:

- Zunächst überlässt es Art. 15 Abs. 1 VE Bund und Kantonen, welche Behörden die *Funktionen der in Art. 13 und 14 VE aufgelisteten Strafbehörden* zu übernehmen haben und welche Bezeichnungen sie tragen sollen. Die Kantone können somit beispielsweise die Funktionen der Staatsanwaltschaft einem Untersuchungsrichter- oder Verhöramt, jene der Übertretungsstraßenbehörde einem (Amts-)Statthalteramt oder einer Präfektur sowie jene des erstinstanzlichen Gerichts einem Amts-, Kreis- oder Bezirksgericht zuweisen. Sie können ferner etwa das Berufungsgerricht als Kantons-, Ober- oder Appellationsgerricht bezeichnen. Allerdings ist es wünschenswert, wenn ebenfalls hinsichtlich der Bezeichnungen eine möglichst umfassende gesamtschweizerische Einheitlichkeit erreicht werden könnte.
- Mit Ausnahme der Beschwerdeinstanz und des Berufungsgerrichts können Bund und Kantone *mehrere gleichartige Behörden* einsetzen. Sie bezeichnen in den Schranken dieses Gesetzes in ihren Einführungserlassen deren sachliche und örtliche Zuständigkeit. Sie können also z.B. festlegen, für welche Gemeinden die erstinstanzlichen Gerichte A, B und C zuständig

<sup>1</sup> So ist das Einheitsrechtsmittel nach dem entsprechenden Entwurf von 1997, Art. 73 ff., benannt.

<sup>2</sup> Allgemein vorne Ziff. 131.

sind, dürfen dabei aber nicht von den Gerichtsstandsbestimmungen von Art. 39-46 VE abweichen. Bei Kollegialgerichten bestimmen sie auch die *Grösse der Spruchkörper*. Es ist also möglich, auch bei Rechtsmittelgerichten Spruchkörper einzusetzen, die aus drei Richterinnen oder Richter bestehen. Dieser Hinweis ist wesentlich, weil der Vorentwurf auch die kleineren Kantone verpflichtet, auf der Stufe Beschwerde-, Berufungs- und Revisionsinstanz mindestens zwei Kammern zu bilden (nachfolgend Ziff. 221.8 und 221.9).

- Art. 15 Abs. 2 und 4 VE sehen vor, dass Bund und Kantone bei Fehlen entsprechender Regelungen in diesem Vorentwurf auch Vorschriften zur *Wahl, Zusammensetzung, Organisation, Befugnisse sowie die Beaufsichtigung der Strafbehörden* erlassen.
- Bund und Kantone wird bei verschiedenen Strafbehörden die Wahl gelassen, ob sie solche überhaupt schaffen oder aber deren Aufgaben einer andern Behörden zuweisen wollen. In diesem Sinne ist etwa nach Art. 21 Abs. 1 VE die Schaffung einer (oder mehrerer) Übertretungsstrafbehörden *fakultativ*.
- Es steht den Kantonen auch frei, *gemeinsame Strafbehörden einzusetzen*, welche Möglichkeit neuerdings nArt. 191b Abs. 2 BV festhält. Verschiedene kleinere Kantone können z.B. gemeinsame Wirtschaftsstrafgerichte vorsehen.

Das Behördenmodell des Vorentwurfs weist somit jene *Flexibilität* auf, die erforderlich ist, um je nach Grösse der Kantone sowie mit Rücksicht auf die historisch gewachsenen Strukturen geeignete Behördenorganisationen zu schaffen. Das Hauptziel des Vorentwurfs, nämlich die Sicherstellung einer möglichst weitgehenden Vereinheitlichung des eigentlichen Verfahrensrechts, wird durch diese den Kantonen überlassene Freiheit in der Gestaltung ihrer Behördenorganisation nicht wesentlich gefährdet sein. Sie ermöglicht vielmehr, dass die Einführung der schweizerischen Strafprozessordnung auf eine den kantonalen Besonderheiten angepassten Behördenorganisation aufbauen kann und damit erleichtert sein sollte.

## **221.2 Polizei (2. Abschnitt, Art. 16-17 VE)**

### *Allgemeines (Art. 16 VE)*

Nach Art. 16 VE werden die Ermittlungen im Vorverfahren nach den Vorschriften des Vorentwurfs (Art. 326 ff. VE) von jenen Beamtinnen und Beamten der Polizei vorgenommen, denen die *Einführungserlasse von Bund oder Kantone entsprechende gerichts- oder kriminalpolizeiliche Befugnisse* zuweisen. Es bleibt somit beispielsweise den Kantonen überlassen, ob sie den Angehörigen von Gemeindepolizeikorps solche Kompetenzen zugestehen wollen. Da hier nicht die Bezeichnung entsprechender Dienststellen als polizeilich wesentlich ist, sondern vielmehr von einem funktionellen Polizeibegriff<sup>3</sup> auszugehen ist, können in den Einführungserlassen solche polizeilichen Ermittlungsbefugnisse auch Beamtinnen oder Beamten ausserhalb der eigentlichen Polizeikorps zugewiesen werden, also beispielsweise solchen, die in der Fischerei- oder Jagdaufsicht oder in der Verfolgung von Verwaltungsstraftaten tätig sind.

### *Aufgaben (Art. 17 VE)*

Art. 17 VE umschreibt summarisch die Hauptaufgaben der Polizei. Sie hat vor allem die Straftaten zu ermitteln, also im Rahmen des sogenannten „ersten Angriffs“ die *Tatspuren und den*

<sup>3</sup> Hierzu Schmid 1997 N 306.

*Täter zu sichern.* Die Einzelheiten ergeben sich primär aus Art. 333-337 VE sowie den entsprechenden Bestimmungen, die die Rolle der Polizei bei den Zwangsmassnahmen umschreiben (z.B. Art. 221 f., Art. 224, Art. 226 ff. VE). Abs. 2 betont, dass sich die Tätigkeit der Polizei, soweit sie den Charakter von Ermittlungen von Straftaten hat, nach dem vorgeschlagenen Gesetz richten muss. Die übrigen Aktivitäten der Polizei etwa im Bereich der Sicherheitspolizei unterliegen nicht diesem Gesetz.

Der Vorentwurf basiert auf einem Staatsanwaltschaftsmodell, bei dem das gesamte Vorverfahren (bestehend aus Ermittlung und Untersuchung) sowie das Zwischenverfahren von der Staatsanwaltschaft geführt wird (Ziff. 133). Daraus folgt zwangsläufig, dass die Polizei, soweit sie im Rahmen dieser Strafprozessordnung tätig ist, der *Aufsicht und dem Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft zu unterstellen* ist (Abs. 3)<sup>4</sup>. Damit ist auch klargestellt, dass der Vorentwurf zwar eine Integrierung oder Angliederung der Kriminalpolizei in bzw. an die Staatsanwaltschaft etwa nach dem Muster von Basel-Stadt ermöglicht, nicht aber erfordert.

Nach Anklageerhebung geht die *Verfahrensherrschaft an das zuständige Gericht über* (Art. 361 VE). Ist nach diesem Zeitpunkt noch eine Tätigkeit der Polizei erforderlich, ist hierfür das Gericht zuständig, das der Polizei entsprechende Weisungen erteilen kann (Abs. 4).

### **221.3 Staatsanwaltschaft (3. Abschnitt, Art. 18-20 VE)**

#### *Begriff (Art. 18 VE)*

Auf die Rolle der Staatsanwaltschaft und dem dem Vorentwurf zu Grunde liegenden Konzept wurde schon einleitend bei der Begründung des hier gewählten Untersuchungsmodells eingegangen (Ziff. 142). Bund und Kantone haben eine oder mehrere Staatsanwaltschaften einzurichten, denen allgemein die Aufgabe zukommt, in Befolgung des Offizial- und Legalitätsprinzips nach Art. 7 Abs. 1 VE für eine *gleichmässige Verfolgung der Straftaten* zu sorgen (Abs. 1). Da Bund und Kantone die nähere Bezeichnung der Behörden obliegt (Art. 15 Abs. 1 VE), liegt es nahe, dass der Bund die Funktionen der Staatsanwaltschaft der Bundesanwaltschaft zuweist. Die Bundesanwaltschaft wird im Vorentwurf im Folgenden nicht mehr gesondert erwähnt; soweit erforderlich wird von „Staatsanwaltschaft des Bundes“ (etwa in Art. 33 Abs. 1 VE) gesprochen.

#### *Zuständigkeit (Art. 19 VE)*

Auf die Funktionen der Staatsanwaltschaft zunächst im Vorverfahren, bestehend aus den beiden Phasen der *Ermittlung und Untersuchung*, sowie hernach bei der *Anklageerhebung und Anklagevertretung* vor Gericht, ist ebenfalls bereits einleitend bei der Beschreibung der Untersuchungsmodelle in Ziff. 14 eingegangen worden. Art. 19 Abs. 1 VE fasst diese Funktionen zusammen.

Abs. 2 betont mit Blick auf den *Erledigungsgrundsatz* nach Art. 10 VE, dass die Staatsanwaltschaft nach durchgeführtem Vorverfahren dieses entweder einstellt oder aber Anklage erhebt.

---

<sup>4</sup> So auch Aus 29 mach 1 S. 72.



### *Unabhängigkeit (Art. 20 VE)*

In einzelnen Kantonen waren die Staatsanwaltschaft oder die Untersuchungsrichter bisher dem Weisungsrecht politischer Behörden, etwa der Kantonsregierung, unterworfen<sup>5</sup>. Die Expertenkommission liess die Frage der Unabhängigkeit offen<sup>6</sup>; in den Hearings ist sie überwiegend gefordert worden<sup>7</sup>. Art. 20 Abs. 1 VE stellt nunmehr die *Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften in ihrer rechtsanwendenden Tätigkeit* nach Art. 4 Abs. 1 VE sicher. In administrativer Hinsicht können sie indessen in die Hierarchie einer kantonalen Verwaltung eingeordnet und z.B. der Exekutive unterstellt werden, wie dies nach geltendem Recht etwa Art. 14 Abs. 1 BStP für die Bundesanwaltschaft vorgesehen ist.

Abs. 2 erlaubt Bund und Kantone, falls sie *Ober- oder Generalstaatsanwaltschaften* schaffen, die Staatsanwaltschaften deren *Weisungsrecht* unterwerfen, was wie schon in Ziff. 142.1 dargelegt für die Bildung effizient arbeitender Strafverfolgungsbehörden unabdingbar ist. Die offene Formulierung dieser Bestimmung lässt auch zu, dass Bund und Kantone *dreistufige Staatsanwaltschaftsmodelle* wählen, also z.B. die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte einer bestimmten Region einer Oberstaatsanwältin oder einem Oberstaatsanwalt unterstellen, die bzw. der wiederum der kantonalen Generalstaatsanwaltschaft untersteht.

## **221.4 Übertretungsstrafbehörde (4. Abschnitt, Art. 21 VE)**

### *Allgemeines (Art. 21 VE)*

Bund und Kantone können die Verfolgung und Ahndung von Übertretungen *Verwaltungsbehörden* wie Präfekten, Regierungsstatthaltern, Polizeirichtern oder dazu berufenen andern Verwaltungsstellen<sup>8</sup> übertragen (Art. 21 Abs. 1 VE). Sie können diese Aufgabe aber auch der Staatsanwaltschaft und den ordentlichen Gerichten zuweisen, eine Wahl, die bereits nach geltendem Recht den Kantonen überlassen bleibt (Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB)<sup>9</sup>. Das offene Modell des VE erlaubt den Kantonen auch *Mischsysteme* zu wählen. So können sie z.B. für die Verfolgung der Übertretungen primär Verwaltungsbehörden einsetzen, diese aber unter die Leitung einer zentralen Übertretungsstaatsanwaltschaft stellen oder das gesamte Übertretungsstrafwesen in die Hände einer Übertretungsstaatsanwaltschaft legen.

Werden Verwaltungsbehörden als Übertretungsstrafbehörden eingesetzt, geniessen sie in dieser Tätigkeit *richterliche Unabhängigkeit* nach Art. 4 Abs. 1 VE (Abs. 2). Bussenverfügungen können aber stets mit Einsprache an das erstinstanzliche Gericht weitergezogen werden (näher Art. 423-426 VE).

<sup>5</sup> Siehe etwa ZH StPO 28. Zu diesem Weisungsrecht allgemein Hauser/Schweri 1999 § 26 N 13 f.

<sup>6</sup> Aus 29 mach 1 S. 73.

<sup>7</sup> Siehe Voten in den Hearings etwa S. 52, 103, 113 unten, 138 f., 160; als kantonale Materie betrachtet in S. 71, 82.

<sup>8</sup> Wie dies zur Zeit im Bundesverwaltungsstrafrecht der Fall ist, vgl. Art. 20 ff. VStrR.

<sup>9</sup> Im geltenden Recht finden sich in den Kantonen beide Modelle; zum Übertretungsstrafverfahren Oberholzer 1994 459 ff.; Piquerez 2000 N 3124 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 87 N 5 ff.

## 221.5 Zwangsmassnahmengericht (5. Abschnitt, Art. 22 VE)

### *Zuständigkeit (Art. 22 VE)*

Wählt man für die künftige schweizerische Strafprozessordnung ein Staatsanwaltschaftsmodell nach dem Konzept dieses Vorentwurfes, so ist wie in Ziff. 142.2 dargelegt für die Anordnung der Untersuchungshaft eine Haftrichterin oder ein Haftrichter einzusetzen. Der Vorentwurf erweitert die Befugnisse dieser Instanz und weist ihr – ähnlich dem Tessiner Instruktions- und Haftrichter (*Giudice dell'istruzione e dell'arresto*, kurz *GIAR*)<sup>10</sup> - erweiterte Befugnisse zu.

- Abs. 1 Bst. a sieht vor, dass diese als Zwangsmassnahmengericht bezeichnete Gerichtsbehörde über die *Anordnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft*<sup>11</sup> befindet und damit zusammenhängende Entscheide<sup>12</sup> fällt, daneben aber auch diejenigen *anderen Zwangsmassnahmen* anordnet, die der Vorentwurf dem Richter zuweist. Es handelt sich hier primär um Befugnisse z.B. im Bereich der polizeilichen Observation (Art. 297-298 VE); es ist damit zu rechnen, dass dem Zwangsmassnahmengericht auch Befugnisse bei der Telefonüberwachung, weiteren technischen Überwachungsmassnahmen und bei der verdeckten Ermittlung übertragen werden.
- Abs. 1 Bst. b überträgt dem Zwangsmassnahmengericht die Funktion der *Beschwerdeinstanz im Vorverfahren*: Gegen die Verfügungen und das Verfahren allgemein der Polizei, der Staatsanwaltschaft und der Übertretungsstrafbehörden ist die Beschwerde zulässig, deren Beurteilung dem Zwangsmassnahmengericht zugewiesen wird (näher Art. 461-466 VE). Nur in den im Gesetz besonders erwähnten Fällen ist die Beschwerde gegen Entscheide der Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden an die Beschwerdeinstanz nach Art. 26 VE zu richten (Art. 26 Abs. 1 Bst. c VE, näher Art. 464 Abs. 2 VE), beispielsweise bei der Anfechtung von Einstellungsverfügungen (Art. 355 VE).

Es steht Bund und Kantonen weitgehend *frei, welchem Gericht sie die Funktionen dieses Zwangsmassnahmengerichts zuweisen wollen* (Abs. 2). Weil in gewissen Fällen eine Beschwerde gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts zulässig ist (vgl. Art. 241 VE), ist das Zwangsmassnahmengericht indessen *auf der Stufe der erstinstanzlichen Gerichte* anzusiedeln. Ob Bund und Kantone ein von den übrigen erstinstanzlichen Gerichten getrenntes Zwangsmassnahmengericht, eine Kammer des erstinstanzlichen Gerichts, die Verfahrensleitung, d.h. die Präsidentin oder den Präsidenten des erstinstanzlichen Gerichts oder aber ein Einzelgericht (Art. 24 VE) mit dieser Aufgabe betrauen wollen, bleibt ihnen überlassen.

Um Probleme der Unbefangenheit der schliesslich über die Anklage urteilenden Richterinnen und Richter zu vermeiden<sup>13</sup>, sieht Abs. 3 vor, Mitglieder des Zwangsmassnahmengerichts von der

<sup>10</sup> Siehe TI GVG 60-60b sowie TI StPO z.B. 97 Bst.b, 167 Ziff. 1, 279, 280, dazu entsprechende Kommentierung von Salvioni 1999.

<sup>11</sup> Bei Sicherheitshaft beschränkt auf jene vor der ersten Instanz, siehe Art. 243-245 VE.

<sup>12</sup> So über Haftentlassungsgesuche, Art. 239 VE.

<sup>13</sup> Nach der Praxis des Bundesgerichts ist zwar der Haftrichter nicht generell von der Beurteilung der Sache selbst ausgeschlossen (BGE 117 Ia 182; vgl. auch Häfliger/Schürmann 1999 175; Schmid 1997 N 135a; Villiger 1999 N 426). Eine Befangenheit ist aber anzunehmen, wenn der Richter z.B. ein Haftentlassungsgesuch mit schuldbestätigenden Wertungen ablehnte (siehe BGE 115 Ia 180, 117 Ia 185). Analog ist die Praxis der Strassburger Organe, etwa im Falle Hauschildt, EuGRZ 20 (1993) 127. Die Tatsache, dass die Unbefangenheit des Sachrichters bei einer Doppelfunktion Haft/Sachrichter immer wieder strittig ist, dürfte Anlass genug dafür geben, eine klare Funktionstrennung herbeizuführen. Eine solche hat etwa Zürich 1991 in GVG § 95 Abs. 2 eingeführt.

Beurteilung der Sache selbst auszuschliessen. Der Vorentwurf sieht also mindestens in personeller Hinsicht eine *Trennung der Funktionen von Zwangsmassnahmen- und erstinstanzlichem Gericht*<sup>14</sup> vor.

## 221.6 Erinstanzliches Gericht (6. Abschnitt, Art. 23-24 VE)

### *Erinstanzliches Gericht (Art. 23 VE)*

Bund und Kantone setzen eine Instanz als erstinstanzliches Gericht ein, die für alle jene Strafsachen zuständig ist, für die nicht andere Instanzen vorgesehen sind. Wie sich aus Art. 15 VE ergibt, bestimmen Bund und Kantone die sachliche und örtliche<sup>15</sup> Zuständigkeit der einzusetzenden erstinstanzlichen Gerichte. Der Vorentwurf lässt zu, dass Bund und Kantone als erstinstanzliche Gerichte *verschiedene Regional-, Bezirks- oder Amtsgerichte*, daneben aber für bestimmte Kriminalitätsformen für das Gebiet der ganzen Schweiz bzw. des ganzen Kantons ein einziges Gericht, also beispielsweise ein *Kriminal- oder Wirtschaftsstrafgericht* als erste Instanz einsetzen. Der Vorentwurf schliesst mit seiner offenen Umschreibung der Gerichtsinstanzen in Art. 13 ff. VE Schwur- oder Geschworenengericht zwar nicht direkt aus. Sie sind aber faktisch nicht einsetzbar, da in den (als abschliessend zu betrachtenden) Bestimmungen zum erstinstanzlichen Hauptverfahren in Art. 361 ff. VE die für ein Schwur- oder Geschworenengericht unabdingbaren besonderen Verfahrensvorschriften fehlen.

### *Einzelgericht (Art. 24 VE)*

In Art. 24 Abs. 1 VE wird Bund und Kantonen die Möglichkeit eingeräumt, aber nicht die Pflicht auferlegt, als erstinstanzliches Gericht Einzelgerichte einzusetzen. Von der Gelegenheit, die *Kollegialgerichte von leichteren Straffällen zu entlasten*, machten schon bisher die meisten Kantone Gebrauch.

Die Einzelgerichte beurteilen nach Art. 24 Abs. 2 VE einerseits *Übertretungen* (Bst. a) sowie Fälle von Verbrechen oder Vergehen, für die die Staatsanwaltschaft – mit Blick auf das neue Sanktionensystem gemäss Entwurf für einen neuen AT StGB - nur Geldstrafe nach nArt. 34 ff., gemeinnützige Arbeit nach nArt. 37 ff. sowie Freiheitsstrafe nach nArt. 40 f. StGB von nicht mehr als drei Jahren beantragt (Bst. b). Sind im Rahmen des Urteils frühere, bedingt ausgesprochene Sanktionen zu widerrufen, so dürfen die Sanktionen zusammengerechnet nicht einem Freiheitsentzug von mehr als drei Jahren entsprechen<sup>16</sup>. Diese Sanktionsmöglichkeit des Einzelgerichts bis drei Jahre Freiheitsentzug wird vorgeschlagen, weil der neue Allgemeine Teil des StGB künftig einen bedingten Strafvollzug für Freiheitsstrafen von bis zu drei Jahren zulässt. Obwohl genauere Berechnungen oder Schätzungen kaum möglich sind, ist zu erwarten, dass ein erheblicher Teil der Straffälle künftig durch Einzelgerichte beurteilt werden könnten und auf

<sup>14</sup> Beim zweitinstanzlichen, also beim Berufungsgericht wird indessen auf diese Trennung verzichtet, siehe Art. 246 VE und nachfolgend Ziff. 253.5.

<sup>15</sup> Soweit diese nicht durch Art. 39 ff. VE bestimmt wird, also z.B. welche Gemeinden zu welchem Gerichtskreis gehören.

<sup>16</sup> Die Formulierung ist im Detail dem AT StGB nach dessen Verabschiedung durch das Parlament anzupassen, vor allem was die Sanktionen ausserhalb der Freiheitsstrafen betrifft, die einen freiheitsentziehenden Charakter wie die gemeinnützige Arbeit haben.

diese Weise eine wesentliche Entlastung der Gerichtsbehörden zu erzielen wäre<sup>17</sup>. Berücksichtigt man vorhandene ausländische Regelungen<sup>18</sup> sowie die stets vorhandenen, gut ausgebauten Rechtsmittelmöglichkeiten, kann beim Übergang zum Einzelrichtersystem im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität kein Abbau des Rechtsschutzes erblickt werden. Allerdings geht ein Ausbau der einzelrichterlichen Kompetenzen im Sinne dieses Entwurfes im Vergleich zu den gegenwärtigen Befugnissen der Einzelrichter in den meisten Kantonen recht weit. Jedenfalls ist zu postulieren, dass wenn Bund und Kantone Einzelgerichte vorsehen, deren Zuständigkeit einheitlich in dieser schweizerischen Strafprozessordnung geregelt und nicht Bund und Kantone überlassen wird<sup>19</sup>. Dies drängt sich auch deshalb auf, weil nach den Vorschriften zur Hauptverhandlung in diesem Vorentwurf hinsichtlich des Unmittelbarkeits- bzw. Mittelbarkeitsgrundsatzes bei den einzelrichterlichen Fällen und jenen, die vom erstinstanzlichen Kollegialgericht beurteilt werden, unterschiedliche Massstäbe (näher Art. 374-375 und Art. 376-378 VE) und auch bei der Berufung unterschiedliche Wege (siehe Art. 472 Abs. 2 Bst. b VE) vorgesehen sind.

### **221.7. Jugendstrafbehörden (7. Abschnitt, Art. 25)**

Wie vorne in Ziff. 124 und 131 dargelegt, wird im Rahmen dieses Vernehmlassungsverfahrens für die Regelung des Jugendstrafverfahrens ein gesondertes Gesetz vorgelegt. Für den Fall, dass dieses Verfahren schliesslich doch Teil der Schweizerischen Strafprozessordnung bilden sollte, wären in diesem Zweiten Teil die Jugendstrafbehörden zu regeln.

### **221.8 Beschwerdeinstanz (8. Abschnitt, Art. 26 VE)**

#### *Zuständigkeit (Art. 26 VE)*

Es wird vorgeschlagen – neben dem besonderen, für jede Strafprozessordnung unabdingbaren Rechtsmittel der Revision (Art. 479-485 VE) – nur zwei Rechtsmittel einzuführen: Zum einen ist eine Berufung mit je nach dem beschränkten oder unbeschränkten Überprüfungsöglichkeiten vorgesehen, die sich jedoch vereinfacht ausgedrückt nur gegen Schuld- oder Freisprüche der erstinstanzlichen Gerichte richten kann (Art. 467 ff. VE). Gegen *alle übrigen Entscheide dieser erstinstanzlichen Gerichte wie auch in einigen ausdrücklich vorgesehen Fällen gegen solche der Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden* ist hingegen die Beschwerde (Art. 461-466 VE) vorgesehen, die von der nach Art. 26 VE zu schaffenden Beschwerdeinstanz zu beurteilen ist. Diese Beschwerdeinstanz übernimmt damit teilweise Kompetenzen, die je nach der bisherigen Strafprozessordnung entweder von einer Rekurskammer des Ober- oder Kantonsgerichts oder vom Berufungs- und Appellationsgericht wahrgenommen wurden. Sie tritt auch an die Stelle der im Bund sowie in einzelnen Kantonen vorhandenen Anklagekammern<sup>20</sup>. Auf letzteren Begriff ist

<sup>17</sup> Nach der Reorganisation des Gerichtswesens im Kanton Bern mit soweit vergleichbarer Kompetenzordnung (Einzelgerichte Freiheitsstrafens bis ein Jahr, Kreisgerichte Freiheitsstrafen über einem Jahr) wurden im Jahre 1998 von den Einzelgerichten 3853, von den Kreisgerichten 309 Endurteile gefällt, siehe Maurer 1999 387.

<sup>18</sup> Im angloamerikanischen Rechtskreis sind erstinstanzliche Gerichte traditionell Einzelgerichte, vgl. Schmid 1993 45 ff.

<sup>19</sup> Aus 29 mach 1 S. 73 wollte die Schnittstelle den Kantonen überlassen.

<sup>20</sup> Die Einsetzung der Anklagekammer wurde auch von den Experten vorgeschlagen, Aus 29 mach 1 S. 44, 138 unten.

indessen zu verzichten, da sich diese Strafbehörde nach dem Vorentwurf nicht mit Anklagen, sondern allein mit Beschwerden befasst. Historisch gesehen hat die Einrichtung der Anklagekammer ihre Wurzeln im Schwurgericht, indem bei schwurgerichtlicher Zuständigkeit die Anklage bei der Anklagekammer zur Vorprüfung einzureichen war<sup>21</sup>. Diese Funktion ist mit der Abschaffung der Schwurgerichte – nunmehr auch im Bund<sup>22</sup> - aber weggefallen, so dass die Bezeichnung Beschwerdeinstanz treffender ist.

Auch wenn es Bund und Kantonen freisteht, eine von den übrigen Instanzen organisatorisch völlig getrennte Beschwerdekammer zu schaffen, dürfte es naheliegen, *die Befugnisse der Beschwerdekammer dem Berufungsgericht, d.h. bei den Kantonen dem Kantons- oder Obergericht zuzuweisen* (Abs. 2). Nach Art. 27 Abs. 2 VE muss in diesem Falle allerdings die richterliche Unabhängigkeit beachtet werden (dazu nachstehend Ziff. 221.9).

## **221.9 Berufungsgericht (9. Abschnitt, Art. 27 VE)**

### *Zuständigkeit (Art. 27 VE)*

Der Vorentwurf schlägt grundsätzlich eine *zweistufige kantonale Gerichtsbarkeit* vor. Dies bedeutet, dass mit gewissen Einschränkungen erstinstanzliche Urteile mit Berufung bei einer oberen kantonalen Instanz, die im Vorentwurf als Berufungsgericht bezeichnet wird, angefochten werden können. Zur Vereinheitlichung des Verfahrens auch im Bereich der Rechtsmittel sollte dies ebenfalls für die der *Bundesgerichtsbarkeit unterliegenden Fälle gelten*. Die Konsequenz wäre, dass (vor dem Rechtsmittel im Sinne der heutigen eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde und der künftigen Strafrechtsbeschwerde ans Bundesgericht) ein eidgenössisches Straferufungsgericht zu schaffen wäre. Die Idee eines eidgenössischen Straferufungsgerichts scheint allerdings bis heute kaum vertreten worden zu sein. nArt. 191a Abs. 1 BV erwähnt nur ein erstinstanzliches Bundesstrafgericht, wobei allerdings Abs. 4 dieser Bestimmung die Einsetzung weiterer gerichtlicher Behörden des Bundes durch Gesetz ermöglicht. Eine Berufungsinstanz ist weder im Entwurf für ein Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht noch in jenem für das Bundesgericht vom 28.2.2001 enthalten. Jedenfalls wird bei der Ausarbeitung des definitiven Entwurfes der eidgenössischen Strafprozessordnung die Frage der Rechtsmittel gegen Urteile des erstinstanzlichen Bundesgerichts mit Blick auf den dannzumaligen Stand der Bundesgerichtsgesetzgebung neu zu prüfen sein.

Das Berufungsgericht hat nicht nur über Berufungen zu entscheiden, sondern wird nach dem Vorschlag des Vorentwurfs auch als *Revisionsinstanz* eingesetzt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VE). Zudem können ihm die Kompetenzen der Beschwerdeinstanz übertragen werden (Art. 26 Abs. 2 VE, vorne Ziff. 221.8). Nach der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. aArt. 58 Abs. 1 BV (nArt. 30 Abs. 1 BV) wird der Grundsatz der Unabhängigkeit nicht verletzt, wenn die gleiche RichterIn oder der gleiche Richter, die oder der zunächst als Sachrichter amte nachher über ein Revisionsbegehren das gleiche Urteil betreffend entscheidet<sup>23</sup>. Gleiches dürfte gelten, wenn eine RechtsmittelrichterIn oder ein Rechtsmittelrichter zunächst über Beschwerden gegen Verfahrensentscheide zu befinden und hernach über eine Berufung in der gleichen Sache

<sup>21</sup> Vgl. noch aBStP 128.

<sup>22</sup> Vgl. BG über die Abschaffung der Bundesassisen vom 8. Oktober 1999 (BBl 1998 1529).

<sup>23</sup> BGE 114 Ia 58; vgl. Auch Haefliger/Schürmann 1999 176.

zu urteilen hat<sup>24</sup>. Im Sinne einer sauberen Trennung der Funktionen erscheint es jedoch als angebracht, Bund und Kantone zu verpflichten, die Funktionen von Berufungs-, Beschwerde- und Revisionsgericht auf geeignete Weise – wenn auch nur gerichtsintern - zu trennen. Dies dürfte auch in kleineren Kantonen durch die Schaffung einer von der Berufsabteilung personell getrennten Beschwerde- und Revisionskammer<sup>25</sup> zu bewerkstelligen sein.

## **222 Sachliche Zuständigkeit (2. Kapitel; Art. 28-37 VE)**

### *Abgrenzung der eidgenössischen von der kantonalen Gerichtsbarkeit*

Es fragt sich, ob die Gelegenheit der Schaffung einer gesamtschweizerischen Strafprozessordnung dazu benützt werden sollte, die Abgrenzung der kantonalen von der eidgenössischen Gerichtsbarkeit, wie sie sich zur Zeit hauptsächlich aus Art. 340 ff. StGB ergibt, zu überdenken und neu zu regeln. Im Vorfeld der Ausarbeitung des Vorentwurfs sind aber entsprechende Revisionsanliegen weder angemeldet worden noch sind solche sonst ersichtlich. Die Kompetenzabgrenzung wurde im Übrigen in jüngster Vergangenheit mit BG vom 22. Dezember 1999<sup>26</sup> wesentlich geändert. Der Vorentwurf übernimmt deshalb die bisherige Aufgabenteilung zwischen eidgenössischer und kantonaler Strafjustiz.

### **222.1 Kantonale Gerichtsbarkeit (1. Abschnitt, Art. 28 VE)**

#### *Grundsatz (Art. 28 VE)*

Art. 28 VE übernimmt den Grundsatz von Art. 343 StGB: Ohne ausdrücklich begründete Bundeskompetenz sind die *Straftaten des Bundesrechts von den Kantonen zu verfolgen* und zu beurteilen.

### **222.2 Bundesgerichtsbarkeit (2. Abschnitt, Art. 29-34 VE)**

#### *Allgemein; Bei organisiertem Verbrechen und Wirtschaftskriminalität; Delegation bei Bundesgerichtsbarkeit im Allgemeinen; Delegation bei Völkermord sowie organisiertem Verbrechen und Wirtschaftskriminalität (Art. 29-32 VE)*

Die Bestimmungen dieses Abschnitts stammen in inhaltlich meist unveränderter Form entweder *aus dem Strafgesetzbuch oder der Bundesstrafprozessordnung*: Art. 29 VE entspricht dem geltenden Art. 340 StGB, während Art. 30 VE dem neuen Art. 340<sup>bis</sup> StGB<sup>27</sup> angeglichen ist. Die in Art. 31-32 VE vorgesehenen Möglichkeiten, in die Bundeskompetenz fallende Straftaten zur Verfolgung an die Kantone zu delegieren, sind Art. 18 Abs. 1 und 18<sup>bis</sup> BStP entnommen. Vertritt die Staatsanwaltschaft des Bundes in Fällen von Art. 31 Abs. 2 und 32 Abs. 1 VE die Anklage

<sup>24</sup> Für den Fall des Haftrekurs- und Berufungsrichters vgl. BGE 114 Ia 58; Schmid 1997 N 136. Zur allgemein grosszügigen Praxis hinsichtlich der Vereinbarkeit der Rollen des Haft- und Sachrichters mit vielen Hinweisen Haefliger/Schürmann 1999 175 ff.

<sup>25</sup> Von minimal drei Richterinnen oder Richter, vgl. vorne Ziff. 221.1.

<sup>26</sup> Siehe BBl 2000 76.

<sup>27</sup> Zu dieser neuen Bundeskompetenz Lobsiger 2000 193 ff.

vor den kantonalen Instanzen, sind selbstverständlich die Vorschriften dieser eidgenössischen Strafprozessordnung anwendbar. Die entsprechenden Vorbehalte zugunsten des kantonalen Rechts nach Art. 265<sup>bis</sup> und 265<sup>ter</sup> BStP können deshalb ersatzlos aufgehoben werden. Einzelne Bestimmungen werden später der Entwicklung der Totalrevision der Bundesrechtspflege anzupassen sein. So dürfte mit der Schaffung eines erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts die Notwendigkeit, dass die Staatsanwaltschaft Straffälle den kantonalen Gerichten zur Beurteilung überträgt und dort die Anklage vertritt (Art. 31 Abs. 2, evt. auch Art. 32 Abs. 2 VE), hinfällig werden.

#### *Gemeinsame Vorschriften für Delegationsfällen (Art. 33 VE)*

Für das Vorgehen bei diesen Delegationsfällen im Allgemeinen übernimmt Art. 33 Abs. 1 VE Art. 254 Abs. 2 BStP. Zur Vereinfachung wird in Art. 33 Abs. 1 und Abs. 2 VE anders als in BStP Art. 254 Abs. 2 *nur die Staatsanwaltschaft des Bundes zur Delegation ermächtigt*.

Abs. 2 übernimmt Art. 18 Abs. 2 BStP.

Abs. 3 auferlegt den beteiligten Staatsanwaltschaften von Bund und Kantonen die *Pflicht, sich die einschlägigen Akten gegenseitig zur Prüfung der Delegationsfrage zuzustellen*. Ist die Behörde bestimmt, die den vereinigten Fall zu führen hat, sind ihr die Akten zuzustellen. Diese Regelung entspricht in etwas erweiterter Form dem geltenden Art. 107 BStP.

Die Pflicht der kantonalen Behörden gemäss Abs. 4, die *Entscheide in diesen Delegationsfällen* der Staatsanwaltschaft des Bundes zuzustellen, entspricht inhaltlich Art. 255 BStP; der Umfang des zuzustellenden Entscheides entspricht Art. 91-94 VE.

#### *Anstände (Art. 34 VE)*

Nach Art. 34 VE werden *Zuständigkeitskonflikte* und weitere Anstände zwischen der Staatsanwaltschaft des Bundes und den kantonalen Behörden von der Beschwerdekammer des Bundes entschieden. Diese Bestimmung fasst die ähnlichen Bestimmungen von Art. 18 Abs. 3, 18<sup>bis</sup> Abs. 3 und 260 BStP zusammen, die der (künftig durch die Beschwerdeinstanz ersetzten) Anklagekammer des Bundesgerichts bereits bisher gewisse Zuständigkeitskonflikte und weitere Anstände zur Entscheidung zuwies.

### **222.3 Zuständigkeit beim Zusammentreffen mehrerer Straftaten (3. Abschnitt, Art. 35-37 VE)**

#### *Grundsatz der Verfahrenseinheit (Art. 35 VE)*

Art. 35 Abs. 1 VE postuliert den Grundsatz der Verfahrenseinheit, *d.h. mehrere Delikte der gleichen Beschuldigten und mehrere an der gleichen Straftat beteiligte Personen sind von der gleichen Behörde zu verfolgen* und zwar jener, die für die mit der höchsten Strafe bedrohte Tat zuständig ist<sup>28</sup>.

Art. 35 VE betrifft primär die Frage der *Einheit des Verfahrens innerhalb des gleichen Kantons*. Wenn die Zusammenlegung von Fällen, die mehrere Kantone oder aber Kantone und den Bund betreffen zur Diskussion steht, sind die ebenfalls vom Grundsatz der Einheit des Verfahrens

<sup>28</sup> Zu diesem Grundsatz allgemein Aeschlimann 1997 N 1339; Clerc 1975 N 40; Hauser/Schweri 1999 § 34 N 13 ff.; Maurer 1999 62; Oberholzer 1994 69 f.; Piquerez 2000 N 522 ff.; Schmid 1997 N 409 ff.

geprägten Gerichtsstandsvorschriften von Art. 41 und 42 VE über die örtliche Zuständigkeit heranzuziehen. Beim Zusammentreffen von kantonaler und eidgenössischer Kompetenz sind hingegen Art. 31 und 32 VE zu berücksichtigen. Abs. 2 stellt denn auch klar, dass die Art. 31 und 32 sowie Art. 41-46 VE vorgehen, wenn Straftaten betroffen sind, die teilweise in die Zuständigkeit des Bundes fallen oder die in verschiedenen Kantonen sowie von einer oder mehreren Personen begangen wurden. Beigefügt sei, dass vor allem die beiden Regelungsbereiche von Art. 41-46 VE einerseits und Art. 35 VE andererseits notwendig sind: Während Art. 35 Abs. 1 VE nur die Einheit des Verfahrens postuliert, beschränken sich Art. 41 und 42 VE auf die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit, des Gerichtsstands. Beschränkte sich die schweizerische Strafprozessordnung auf die Gerichtsstandsvorschriften, stünde den Behörden der Kantone am Orte des Gerichtsstands an sich frei, Verfahren gegen die gleichen Beschuldigten getrennt zu führen.

Abs. 1 bezieht sich nur auf Verbrechen und Vergehen. *Übertretungen* werden somit, auch wenn sie von den gleichen Beschuldigten begangen wurden, von den Verbrechen und Vergehen getrennt verfolgt. Abs. 3 sieht eine Ausnahme vor, wenn die Übertretung in einem inneren Zusammenhang mit dem Verbrechen oder dem Vergehen begangen wurde, also beispielsweise, wenn einem Beschuldigten vorgeworfen wird, er habe im Zusammenhang mit einem Verkehrsunfall nicht nur eine fahrlässige Tötung, sondern auch Übertretungen nach Art. 90 Ziff. 1 SVG begangen. In diesen Fällen ist es sachlich gerechtfertigt, die Übertretungen zusammen mit dem Verbrechen oder Vergehen zu verfolgen.

#### *Ausnahmen (Art. 36 VE)*

Art. 36 Abs. 1 VE gestattet Staatsanwaltschaft und Gerichten, an sich vereinigt zu führende *Verfahren gegen einen oder mehrere Beschuldigte zu trennen oder aber getrennt zu führende Verfahren zu vereinigen, falls sachliche Gründe dies nahe legen*<sup>29</sup>. Einen „sachlichen Grund“ für eine *Trennung* bildet z.B. die drohende Verjährung einzelner Tatbestände, für eine *Vereinigung* z.B. der Sachzusammenhang. Straftaten, die nach diesem Gesetz und solche, die nach dem BG über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR)<sup>30</sup> zu verfolgen sind, sind grundsätzlich ebenfalls getrennt zu ahnden; nach dem neuen Art. 20 Abs. 3 VStrR in der Fassung vom 22. Dezember 1999<sup>31</sup> können sie jedoch vom zuständigen Departement, dem die betreffende Verwaltung angehört, vereinigt werden. Regelungen hierzu erübrigen sich somit.

#### *Befugnis zur Strafbefreiung (Art. 37 VE)*

Im Sinne einer Vereinfachung soll nach Art. 37 VE in allen Fällen, in denen nach Art. 8 VE sowie nArt. 52-54 StGB von Strafe abgesehen wird, die *entsprechende Verfahrenseinstellung von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht, bei dem der Fall zur Zeit hängig ist*, vorgenommen werden können. Diese Einstellung richtet sich nach Art. 350-356 VE.

<sup>29</sup> So vorgesehen in verschiedenen Kantonen, statt Vieler (und besonders eingehend geregelt) VD StPO 24 ff., dazu Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentar Art. 24 ff.

<sup>30</sup> Wie vorne in Ziff. 211 zu Art. 1 VE angeführt, bleibt offen, inwieweit die Verfahrensvorschriften des VStrR durch diese vereinheitlichte StPO zu ersetzen sind.

<sup>31</sup> Siehe BBl 2000 83.



## 223                    **Gerichtsstand (3. Kapitel; Art. 38-49 VE)**

Die Vorschriften über die *örtliche Zuständigkeit* der Strafbehörden werden hier – in Abweichung der bisherigen Sprachregelung in Art. 346 ff. StGB - als Gerichtsstandsvorschriften bezeichnet. Der Begriff Gerichtsstand wurde gewählt, weil er besser den Bezeichnungen in den romanischen Sprachen (fr. for; it. foro) entspricht. Die geltenden Gerichtsstandsvorschriften werden in den Grundzügen sachlich unverändert aus Art. 346 ff. StGB übernommen; nur in gewissen Randbereichen werden Änderungen vorgeschlagen.

### 223.1                    **Im Allgemeinen (1. Abschnitt, Art. 38-39 VE)**

#### *Geltungsbereich (Art. 38 VE)*

Art. 38 VE stellt klar, dass die Gerichtsstandsvorschriften *für alle Straftaten gemäss Bundesstrafrecht* gelten, also auch für Übertretungen. Besondere Regelungen, wie sie etwa für Jugendstrafverfahren (falls dieser Bereich aus diesem Gesetzesentwurf ausgeklammert werden sollte<sup>32</sup>) oder in Art. 20 VStrR vorgesehen sind, bleiben vorbehalten.

#### *Gerichtsstand der Begehung (Art. 39 VE)*

Art. 39 VE entspricht materiell Art. 346 StGB. Dessen Abs. 1 ist allerdings in die Abs. 1 und 2 VE aufgeteilt und Abs. 1 ausserdem sprachlich vereinfacht worden.

In Abs. 3, dem sog. *forum praeventionis*<sup>33</sup>, wird eine redaktionelle Änderung vorgeschlagen: Bisher wurde in dieser Bestimmung – und den weiteren Regelungen, die beim Gerichtsstand auf diese Praevention abstellen – auf die Behörden des Ortes abgestellt, „*wo die Untersuchung zuerst angehoben wurde*“. Da es aber nach bisheriger Lehre und Praxis nicht auf das Anheben einer Untersuchung – vor allem einer solchen durch Untersuchungsrichter, Staatsanwalt etc. – ankam, sondern an die erste Vornahme von Verfolgungshandlungen angeknüpft wurde<sup>34</sup>, wird nunmehr letzterer Begriff verwendet.

<sup>32</sup> Noch offen, vgl. vorne Ziff. 124.

<sup>33</sup> Siehe etwa Aeschlimann 1997 N 256; Hauser/Schweri 1999 § 33 N 12, 17; Maurer 1999 62; Oberholzer 1994 95; Piquerez 2000 N 551; Schmid 1997 N 391, 412; Trechsel 1997 Art. 346 N 7.

<sup>34</sup> Statt vieler Schweri 1987 N 123 ff.; Trechsel 1997 Vor Art. 346 N 10 f.

## 223.2 Besondere Gerichtsstände (2. Abschnitt, Art. 41-47 VE)

### *Strafbare Handlungen im Ausland (Art. 40 VE)*

Art. 40 VE übernimmt ohne materiellen Änderungen den *Regelungsbereich von Art. 348 StGB*. Abgesehen von einer Aufteilung in nunmehr drei Absätze und einer sprachlichen Straffung ist vorgesehen, bei der Verfolgung von Auslandtaten nicht nur auf den Wohnort der Beschuldigten, sondern auch auf ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort abzustellen, wie dies schon der bisherigen Praxis entspricht<sup>35</sup>.

### *Gerichtsstand der Teilnehmer (Art. 41 VE)*

Art. 41 VE, der den Gerichtsstand bei der Beteiligung Mehrerer an einem Delikt regelt, entspricht materiell *Art. 349 StGB*. Die Bestimmung wurde sprachlich leicht gestrafft.

### *Gerichtsstand bei Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (Art. 42 VE)*

Art. 42 VE soll Art. 350 StGB ersetzen und übernimmt – sprachlich wiederum gestrafft - dessen Inhalt in Abs. 1 und 3.

Neu ist Art. 42 Abs. 2 VE: Diese Bestimmung und die parallele Normen von Art. 48 Abs. 2 VE und 49 VE soll die im geltenden Recht nicht ausdrücklich geregelte und praktisch bedeutsame Frage lösen, bis wann eine *Vereinigung solcher Verfahren* vorgenommen und auch verlangt werden kann. Der bisherigen Praxis entsprechend<sup>36</sup>, den Zeitpunkt aber eher noch etwas vorverlegend, kann eine Vereinigung nicht mehr erfolgen, wenn im Verfahren, mit dem eine Vereinigung angestrebt wird, bereits Anklage erhoben wurde.

### *Gerichtsstand bei Delikten durch Medien (Art. 43 VE)*

Der Gerichtsstand bei Delikten durch Medien in Art. 43 VE übernimmt mit kleinen sprachlichen Änderungen die Abs. 1 und 2 des geltenden *Art. 247 StGB*. Der subsidiäre Gerichtsstand des Wohnortes des Täters im Falle, dass der Wohnortskanton die Zuführung an die zuständigen Behörden eines andern Kantons verweigern, kann ersatzlos gestrichen werden, zumal zu empfehlen ist, Art. 352 Abs. 2 und 3 StGB, die in Fällen von politischen Delikten und Mediendelikten die interkantonale Zuführung einschränken, ebenfalls nicht in die schweizerische Strafprozessordnung zu übernehmen.

### *Gerichtsstand bei Betreibungs- und Konkursdelikten und bei Straftaten im Rahmen von Unternehmen (Art. 44 VE)*

Neu ist die Gerichtsstandsregel von Art. 44 VE bei Konkurs- und Betreibungsdelikten sowie bei Straftaten im Rahmen der Aktivitäten von Unternehmen. Zunächst sollen in Art. 44 Abs. 1 VE Konkurs- und Betreibungsdelikte nach Art. 163-171<sup>bis</sup> StGB am Wohnsitz, gewöhnlichen

<sup>35</sup> Näher Schweri 1987 N 197.

<sup>36</sup> Diese lässt ein Gerichtsstandsverfahren grundsätzlich nicht mehr zu, wenn das Begehren nach Art. 351 StGB bzw. 264 BStP nicht vor dem Sachurteil der ersten Instanz gestellt wurde, m.w.H. näher BGE 106 IV 160; Schweri 1987 N 556 ff.; Trechsel 1997 Art. 351 N 9.

Aufenthalt oder am Sitz der Schuldnerin oder des Schuldners verfolgt werden. Tendenziell entspricht diese Lösung schon der gegenwärtigen Praxis<sup>37</sup>, ist aber nicht ohne Weiteres aus den geltenden Gerichtsstandsbestimmungen abzuleiten<sup>38</sup>. Konkurs- und Betreibungsdelikte sollten gleichsam an ihrem Ursprungsort, nämlich am Wohnort der Schuldnerin und des Schuldners, d.h. heute in der Regel am Sitz der betreffenden Unternehmung, verfolgt werden. An diesem Ort können die Beweise am besten gesammelt werden.

Abs. 2 weitet in Bst. a diesen Grundsatzes allgemein auf *Straftatbestände, die im Rahmen von Aktivitäten von Unternehmen* begangen wurden, aus. Erfährt z.B. Verwaltungsrat X anlässlich einer Verwaltungsratssitzung am Sitz des Unternehmens in Z insiderrelevantes Wissen und nützt er dieses durch Börsenaufträge aus, die er von seinem Wohnsitz in W aus erteilt, erscheint es sinnvoll, den Straftatbestand von Art. 161 StGB am Sitz der Unternehmung in Z zu verfolgen. Gleiches gilt, wenn z.B. im Zusammenhang mit dem Versand eines Jahresberichts oder Prospektes ein Strafverfahren wegen unwahrer Angaben über kaufmännische Gewerbe im Sinne von Art. 152 StGB einzuleiten sind. Bst. b stellt sodann klar, dass bei einer Strafbarkeit des Unternehmens nach nArt. 102 StGB selbst diese Verfahren am Sitz des Unternehmens zu führen ist; Bst. a ermöglicht wiederum, dass die Verfahren am gleichen Ort durchgeführt werden, auch wenn das Organ an einem anderen Ort delinquierte.

#### *Gerichtsstand bei selbstständigen Einziehungen (Art. 45 VE)*

Art. 45 VE regelt die bisher im geschriebenen Recht nicht ausdrücklich geregelte Frage der *örtlichen Zuständigkeit bei selbstständigen Einziehungen nach Art. 58-59 StGB/ 69-72 nStGB*. Es entspricht der bisherigen Praxis, selbstständige Einziehungen an dem Ort durchzuführen, an dem sich die einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte befinden (Abs. 1)<sup>39</sup>.

Abs. 2 klärt die bisher umstrittene Frage, ob bei *Gegenständen oder Vermögenswerten an verschiedenen Orten gemäss der jetzigen Regelung der Prävention* von Art. 346 bzw. 350 StGB (im Vorentwurf Art. 39 und 42) jene Behörde zuständig ist, die zuerst solche Verfahren einleitete. Der Wortlaut von Art. 45 VE ist im Vorentwurf für ein BG über die Teilung eingezogener Vermögenswerte (TEVG)<sup>40</sup> zu finden und soll daher in die vereinheitlichte Strafprozessordnung eingefügt werden.

#### *Bestimmung eines abweichenden Gerichtsstands (Art. 46 VE)*

Art. 46 Abs. 1 VE schliesst an Art. 262 Abs. 3 bzw. 263 Abs. 3 BStP sowie die bisherige Praxis vorab der Anklagekammer des Bundesgerichts zu Art. 346 ff. und vor allem Art. 351 StGB bzw. Art. 264 BStP an. Diese Praxis – die in den einschlägigen Vorschriften keine direkte Stütze findet – gesteht den Kantonen die Freiheit zu, aus Gründen der Verfahrensökonomie und -beschleunigung von den Gerichtsstandsvorschriften abzuweichen und *durch Vereinbarung einen an sich nicht zuständigen Kanton zur Führung des Verfahrens zu bestimmen*<sup>41</sup>. Immerhin sind wie schon nach bisheriger Praxis triftige Gründe für ein Abweichen sowie ein örtlicher

<sup>37</sup> BGE 118 IV 296; Piquerez 2000 N 552; Schweri 1987 N 110 f.; Trechsel 1997 Art. 163 N 15.

<sup>38</sup> Schmid 1997 N 396.

<sup>39</sup> Dazu und zum Folgenden Schmid 1997 N 758; Schmid in Ackermann/Arzt/Bernasconi/de Capitani 1998 Art. 58 N 81.

<sup>40</sup> Vgl. Gesetzesentwurf und Begleitbericht Teilung eingezogener Vermögenswerte („Sharing“), Bern, Juli 2000.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 123 IV 23, 121 IV 224, 120 IV 280; Piquerez 2000 N 585 ff.; Schweri 1987 N 405 ff.; Trechsel 1997 Art. 351 N 6.

Anknüpfungspunkt im Kanton, der das Verfahren führen soll, erforderlich<sup>42</sup>. Wie in Abs. 2 hinsichtlich der sachlichen, an sich innerkantonalen Zuständigkeit vorgesehen, können die beteiligten Behörden bei der Lösung interkantonaler Zuständigkeitsfragen die Vereinigung bzw. Trennung von Verfahren vorsehen.

Abs. 2 bestimmt, dass auch die *Gerichte* von den ebenfalls für sie geltenden Gerichtsstandsvorschriften abweichen können. Vor allem in kleineren Verhältnissen soll es z.B. möglich sein, ein örtlich nicht zuständiges erstinstanzliches Gericht mit der Behandlung einer Anklage zu betrauen, wenn das örtlich zuständige wegen der Persönlichkeit des Angeklagten oder der Schwere der Tat als nicht ganz unbefangen erscheint<sup>43</sup>. Eine solche Überweisung kann auf Antrag einer Partei oder aber von Amtes wegen erfolgen.

### 223.3 Verfahren (3. Abschnitt, Art. 47-49 VE)

Bisher war das Vorgehen bei einem zwischen den Kantonen streitigen Gerichtsstand nur sehr summarisch in Art. 351 StGB und Art. 264 BStP geregelt. Diese Regeln sollen mit Blick auf die Erfordernisse der Praxis wie auch die bisherige Rechtsprechung der Anklagekammer des Bundesgerichts präzisiert werden.

#### *Gerichtsstandsverfahren (Art. 47 VE)*

Zunächst werden die Strafbehörden verpflichtet, *ihre Zuständigkeit vor Anhandnahme des Verfahrens zu prüfen* und den Fall der zuständigen *Behörde* weiterzuleiten, wenn sie sich nicht als zuständig erachten (Abs. 1). Sie haben sodann bei einem sich abzeichnenden Gerichtsstandskonflikt mit der andern beteiligten Staatsanwaltschaft zur Erzielung einer Absprache in Kontakt zu treten und bis dahin die unaufschiebbaren Massnahmen zu treffen (näher Abs. 3-5). In Abs. 2 wird den *Parteien* die Pflicht auferlegt, entsprechende Anträge zu stellen, wenn sie die zunächst befasste Behörde für unzuständig halten.

#### *Vorgehen bei Gerichtsstandskonflikten (Art. 48 VE)*

Art. 48 VE übernimmt den *Kerngehalt von Art. 351 StGB bzw. Art. 264 BStP*, regelt aber das Vorgehen bei Gerichtsstandskonflikten etwas näher. Zunächst werden gemäss Abs. 1 *innerkantonale Gerichtsstandskonflikte* von der kantonalen Beschwerdeinstanz endgültig entschieden.

Abs. 2 und 3 beschreiben kurz das Verfahren, um *interkantonale Gerichtsstandskonflikte* der Beschwerdekammer des Bundes zu unterbreiten. Soweit kongruent mit Art. 42 VE sind solche Gerichtsstandsbeschwerden sofort bei Vorliegen eines Gerichtsstandskonflikts zu erheben; nach Anklageerhebung sind sie nicht mehr zulässig. Bedeutsam ist Abs. 4, der den Parteien die Gerichtsstandsbeschwerde nur einräumt, wenn sie vorgängig erfolglos ein Gesuch um Übertragung des Falles an eine andere Behörde nach Art. 47 Abs. 2 gestellt hatten.

#### *Nachträgliche Änderung des Gerichtsstands (Art. 49 VE)*

Art. 49 VE entspricht der bisherigen Praxis, die eine Änderung eines durch Vereinbarung oder Entscheid der Anklagekammer des Bundesgerichts festgelegten Gerichtsstands nur aus wichtigen,

<sup>42</sup> Siehe BGE 120 IV 282.

<sup>43</sup> Ähnlich FR StPO 23 Abs. 2, dazu Piller/Pochon 1998 Art. 23.7 ff. oder VD StPO 22, dazu Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentar zu Art. 22.

vor allem aus prozessökonomischen Gründen, die eine Änderung gebieterisch nahe legen, zulässt<sup>44</sup>. Die Praxis gestattet dabei keine Änderung mehr, wenn die Untersuchung beinahe abgeschlossen ist<sup>45</sup>; es erscheint als sachlich richtig, solche Änderungen künftig nur bis zur Anklageerhebung zuzulassen, ein Zeitpunkt, der nach Art. 48 Abs. 2 VE bereits für die Einleitung des Gerichtsstandsverfahrens gilt.

## 224 Nationale Rechtshilfe (4. Kapitel; Art. 50-60 VE)

Die Vorschriften dieses 4. Kapitels zur nationalen Rechtshilfe fassen in leicht veränderter Form die bisher in verschiedenen Erlassen verstreuten Regeln über die *gegenseitige Unterstützung schweizerischer Strafbehörden* zusammen. Sie übernehmen die Bestimmungen von Art. 352-358 StGB, die aufgehoben werden können. In die schweizerische Strafprozessordnung sollen sodann die einschlägigen Bestimmungen von Art. 252 und 253 BStP aufgenommen werden.

Wie dies bereits von den Experten angeregt wurde<sup>46</sup>, werden auch die Regelungen des *Konkordats über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen* vom 5. November 1992<sup>47</sup> (im Folgenden: Konkordat) in die gesamtschweizerische Strafprozessordnung integriert. Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass einzelne Bestimmungen, die bisher in den vorerwähnten Rechtsquellen zu finden waren, im Vorentwurf an anderer Stelle erscheinen oder mangels weiterer Relevanz zur ersatzlosen Streichung empfohlen werden: So wurde z.B. Art. 356 StGB, der die sogenannte Nacheile regelt, bei den Vorschriften zur polizeilichen Anhaltung in Art. 227 VE plaziert. Art. 358 StGB, der gewisse Mitteilungspflichten der Untersuchungsbehörden bei der Feststellung pornographischer Gegenstände statuiert, ist überflüssig<sup>48</sup> und kann demgemäss gestrichen werden.

Der Vorentwurf sieht davon ab, die Vorschriften von Art. 351<sup>bis</sup>-351<sup>septies</sup> StGB über die *Amtshilfe* im Bereich der Polizei und jene des BG über die kriminalpolizeilichen Zentralstellen des Bundes vom 7. Oktober 1994<sup>49</sup> in die vorgeschlagene schweizerische Strafprozessordnung zu übertragen, obwohl dies die Experten<sup>50</sup> anregten. Die künftige schweizerische Strafprozessordnung soll nicht mit Vorschriften überlastet werden, die nicht eigentlich verfahrensrechtlicher, sondern eher polizeilich-technischer Natur sind.

### 224.1 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 50-54 VE)

#### *Gegenstand (Art. 50 VE)*

Art. 50 Abs. 1 VE umreisst den Gegenstand der nationalen Rechtshilfe zwischen Strafbehörden. Unter Rechtshilfe wird dabei – wie Art. 51 Abs. 3 VE präzisiert - *jede Massnahme verstanden, um die eine Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit in einer hängigen Strafverfolgung für die*

<sup>44</sup> Mit einlässlichen Hinweisen auf die Praxis Schwenk 1987 N 478 ff.

<sup>45</sup> Vgl. BGE 94 IV 47.

<sup>46</sup> Aus 29 mach 1 S. 76 f.

<sup>47</sup> SR 351.71.

<sup>48</sup> Vgl. Trechsel 1997 Art. 358 N 1.

<sup>49</sup> SR 172.213.71.

<sup>50</sup> Aus 29 mach 1 S. 77 Mitte.

*Zwecke dieser Verfolgung ersucht wird*<sup>51</sup>. Im Vordergrund steht die Rechtshilfe, die sich Staatsanwaltschaften, Übertretungsstrafbehörden und Gericht gegenseitig leisten; dazu gehören auch Verfahrenshandlungen der Polizei, soweit sie in Ausübung von Weisungen der vorgenannten Behörden erfolgen.

Die *rein polizeiliche Rechtshilfe* ist nach Abs. 2 ebenfalls zulässig, soweit sie nicht Zwangsmassnahmen betreffen. Sind solche erforderlich, haben Staatsanwaltschaft oder Gerichte die entsprechenden Rechtshilfemassnahmen zu veranlassen.

#### *Grundsätze der Rechtshilfe (Art. 51 VE)*

Art. 51 VE hält den jetzt in Art. 352 Abs. 1 StGB zu findenden allgemeinen Grundsatz fest, dass die *Strafbehörden von Bund und Kantone sich gegenseitig Rechtshilfe zu leisten haben*. Mit diesem Grundsatz wird Art. 1 Konkordat übernommen, der in programmatischer Art festhält, dass durch diese Vorschriften eine effizientere Bekämpfung der Kriminalität ermöglicht werden soll. Beigefügt sei, dass sich die Pflichten von andern inner- und ausserkantonalen Behörden, Akten für ein Strafverfahren zur Verfügung zu stellen, nach Art. 275 Abs. 5 und 6 VE richten.

Abs. 2 führt die bereits in Art. 2 Ziff. 2 Konkordat zu findende Tendenz, die Rechtshilfe auch bei *Straftatbeständen des kantonalen Rechts zu fördern*, weiter. Solche Rechtshilfe ist zu leisten, wenn das kantonale Recht sie nicht ausdrücklich ausschliesst.

#### *Unterstützung (Art. 52 VE)*

Art. 52 VE, der die Kantone zur Unterstützung des Bundes beim Zuverfügungstellen von Amtslokalitäten und Plätzen in den Untersuchungsgefängnissen sowie zur Sicherung der Amtstätigkeit (z.B. zu polizeilichen Absicherung von Gerichtsverhandlungen) verpflichtet, entspricht den geltenden Art. 28 f. BStP.

#### *Kosten (Art. 53 VE)*

Art. 53 VE regelt die Kostentragung der nationalen Rechtshilfe und knüpft an die bestehenden Regeln in Art. 354 StGB sowie Art. 14 und 23 Konkordat an, versucht diese jedoch soweit als möglich zu vereinfachen. Zunächst ist auf den bisherigen Grundsatz der *Unentgeltlichkeit* der Rechtshilfe zu verweisen, der ins neue Recht zu übernehmen ist.

Bisher galt im Übrigen, dass gewisse *Barauslagen des ersuchten Kantons* diesem zu erstatten seien (Art. 354 Abs. 1 StGB; Art. 23 Ziff. 1 Konkordat). Betroffen sind vor allem die in Art. 55-58 VE geregelten Amtshandlungen auf Begehren des verfahrensführenden Bundes oder Kantons in einem anderen Kanton durch dessen Behörden. Diese Kostenverrechnung ist von Praktikern als letztlich nur Verwaltungsaufwand produzierender Leerlauf bezeichnet worden<sup>52</sup>; es ist deshalb in Abs. 2 vorgesehen, dass die Kosten vom ersuchten Bund oder Kanton zu tragen und dem ersuchenden Bund oder Kanton lediglich zu melden sind<sup>53</sup>, damit sie allenfalls den kostenpflichtigen Parteien auferlegt werden können.

<sup>51</sup> So BGE 96 IV 183; mit weiteren Hinweisen Trechsel 1997 Vor Art. 352 N 1; Schweri 1987 N 303 ff.

<sup>52</sup> Vgl. etwa Müller 1997 I 22.

<sup>53</sup> Wie bisher wird als z.B. auf dem Zeugenprotokoll am Schluss vermerkt: „Zeugenentschädigung Fr. 45.-“.

Abs. 3 regelt die *Entschädigungspflicht bei Zwangsmassnahmen*, die ein Kanton auf Rechtshilfegesuch eines andern vornimmt. Im Anschluss an die Praxis<sup>54</sup> ist diese vom ersuchenden Bund bzw. Kanton zu tragen.

#### *Anstände (Art. 54 VE)*

Art. 54 VE weist die Regelung von Anständen im Zusammenhang mit der Rechtshilfe der Beschwerdekammer des Bundes und bei innerkantonalen Differenzen jener des Kantons zu und übernimmt für den ersten Fall Art. 357 StGB sowie Art. 264 BStP.

### **224.2 Auf Verlangen des Bundes oder eines anderen Kantons vorgenommene Verfahrenshandlungen (2. Abschnitt, Art. 55-58 VE)**

Art. 55-58 VE regeln den Fall, dass die Strafbehörden von Bund und Kantonen, anstatt selbst Verfahrenshandlungen vorzunehmen, mit einem *Rechtshilfegesuch* die Behörden von Bund oder eines andern Kantons ersuchen, diese Handlungen durchzuführen. Der Staatsanwalt des Kantons Schaffhausen ersucht also beispielsweise seinen Kollegen im Kanton Wallis, den dort wohnhaften Zeugen Z. einzuvernehmen. Dieser Bereich wurde ursprünglich sehr rudimentäre in Art. 352 StGB, nunmehr aber für zwischenkantonale Rechtshilfegesuche eingehender in Art. 15-23 Konkordat geregelt.

#### *Grundsätze (Art. 55 VE)*

Nach Art. 55 Abs. 1 VE muss *solche Rechtshilfe geleistet werden*. Dieser Grundsatz verdient trotz des allgemeinen Prinzips von Art. 51 VE festgehalten zu werden, da sich sonst z.B. die Behörden des Kantons Wallis im vorerwähnten Fall auf den Standpunkt stellen könnten, der Schaffhauser Staatsanwalt könne ja den Zeugen in Anwendung von Art. 59 ff. VE selbst im Kanton Wallis einvernehmen.

Abs. 2 betont – insoweit Art. 19 Ziff. 2 Konkordat übernehmend - dass die verlangten Untersuchungshandlungen *unter Verantwortung des ersuchenden Bundes oder Kantons* durchgeführt werden. Formell ordnungsgemäss verlangte Rechtshilfemassnahmen sind vom ersuchten Bund bzw. Kanton nicht auf ihre Notwendigkeit, Korrektheit etc. hin zu überprüfen, was übrigens im Regelfall gar nicht möglich wäre. Dementsprechend trägt der ersuchende Kanton auch das Entschädigungsrisiko (Art. 53 Abs. 3 VE).

Wollen *Parteien rechtshilfeweise veranlasste Untersuchungshandlungen anfechten*, haben sie dies beim ersuchenden Bund bzw. Kanton zu tun (Art. 19 Ziff. 2 Konkordat); beim ersuchten Kanton können nur die von diesem vorgenommenen Ausführungshandlungen angefochten werden (Abs. 3).

#### *Gesuch um Anordnung von Zwangsmassnahmen (Art. 56 VE)*

Art. 56 VE betrifft die rechtshilfeweise Anordnung von Zwangsmassnahmen und übernimmt teilweise Art. 353 StGB sowie Art. 20 und 21 Konkordat.

---

<sup>54</sup> Siehe BGE 108 Ia 17; 118 Ia 336; 119 IV 90.

*Direkter Geschäftsverkehr (Art. 57 VE)*

Bereits jetzt verkehren die zuständigen Strafbehörden nach Art. 353 Abs. 1 StGB und Art. 15 Ziff. 1 Konkordat direkt miteinander (Abs. 1). Bisher hatte nach Art. 24 Konkordat jeder Kanton eine einzige Behörde zu bezeichnen, die die angebotenen Rechtshilfemassnahmen bewilligt oder ausführt.

Abs. 2 regelt die in Rechtshilfegesuche zu verwendende *Amtssprache* und entspricht Art. 15 Ziff. 1 Konkordat.

Die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung bezeichnet die oberste Staatsanwaltschaft des ersuchten Kantons als zuständige Behörde, falls unklar ist, welches innerkantonal die zuständige Behörde ist (Abs. 3).

*Rechte der Parteien (Art. 58 VE)*

Art. 58 Abs. 1 VE übernimmt die Regel von Art. 17 Ziff. 1 Konkordat. Die Parteien und ihre Rechtsbeistände, aber auch die ersuchende Behörde, *können an den Verfahrenshandlungen im ersuchten Kanton teilnehmen*, falls eine solche Teilnahme nach Massgabe dieses Gesetzes (vgl. Art. 158 f. VE) möglich ist. Um dieses Teilnahmerechte auszuüben, haben die Berechtigten wie schon bisher nach Art. 17 Ziff. 2 Konkordat Anspruch auf eine entsprechende Mitteilung (Abs. 2).

### **224.3            Verfahrenshandlungen in einem anderen Kanton (3. Abschnitt, Art. 59-60 VE)**

Art. 59 und 60 VE übernehmen vereinfacht den Kerngehalt von Art. 3-14 Konkordat. Dieses lässt es seit einigen Jahren zu, dass die Strafbehörden eines Kantons ohne die früher nach Art. 355 StGB erforderliche Bewilligung eines andern Kantons in diesen Verfahrenshandlungen vornehmen. Verschiedene Bereiche, die in diesem Teil des Konkordats geregelt sind, müssen angesichts der Vereinheitlichung des gesamten Verfahrensrechts jedoch nicht in diese Rechtshilfebestimmungen integriert werden. Dies gilt etwa für die Amtssprache (Art. 5 und 13 Konkordat, neu Art. 57 Abs. 2, Art. 72 VE), die Zustellung von Gerichtsurkunden (Art. 7 Konkordat, neu Art. 98 VE), Vorladungen (Art. 8 Konkordat, neu Art. 213 ff. VE), Durchsuchungen und Beschlagnahme (Art. 10 Konkordat, neu Art. 254 ff., Art. 273 ff. VE) sowie die Mitteilungspflicht nach Art. 11 Konkordat (neu Art. 330 Abs. 1 VE).

*Grundsatz (Art. 59 VE)*

Art. 59 VE wiederholt Art. 3 und 9 Konkordat. Kantonale Strafbehörden können Verfahrenshandlungen *direkt in einem andern Kanton* anordnen und dort auch durchführen (Abs. 1). Die Behörden des Kantons, in dem diese Verfahrenshandlungen durchgeführt werden, sind aber wie schon nach dem Konkordat zu orientieren; anders als das Konkordat verzichtet der VE indessen auf die Pflicht zur Benachrichtigung, wenn lediglich die Einholung von Auskünften oder die Edition von Akten (z.B. bei Banken ein häufiger Vorgang) verlangt wird (Abs. 2).

Die *Kosten- und Entschädigungsregelung* von Abs. 4 entspricht Art. 14 Konkordat; diese Bestimmung ist soweit kongruent mit Art. 53 Abs. 3 VE und Art. 55 Abs. 2 VE, die die Verantwortung für Rechtshilfemassnahmen dem ersuchenden (und hier: ausführenden) Kanton zuweisen.



### *Inanspruchnahme der Polizei (Art. 60 VE)*

Art. 60 VE entspricht Art. 6 Konkordat; es erscheint als sachlich gerechtfertigt, für Aufträge an ausserkantonale Polizeikorps die Staatsanwaltschaft des betreffenden Kantons als Zwischenstelle beizubehalten.

## **225            Internationale Rechtshilfe (5. Kapitel; Art. 61 VE)**

Die internationale Rechtshilfe ist bereits relativ umfassend im *Bundesrecht* geregelt. Einerseits ist auf das BG über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG) vom 20. März 1981<sup>55</sup> und die entsprechende Verordnung vom 24. Februar 1982<sup>56</sup>, andererseits auf zahlreiche Staatsverträge und gewisse parallel dazu erlassenen Bundesgesetze wie z.B. das BG zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen vom 3. Oktober 1975<sup>57</sup> zu verweisen<sup>58</sup>.

### *Regelung; Zuständigkeit (Art. 61 VE)*

Art. 61 Abs. 1 VE nimmt Bezug auf Art. 16, 23, 79 und 106 Abs. 3 IRSG, die in ihrer jetzt *gültigen Fassung in gewissen Bereichen den Kantonen Mitwirkungspflichten und die Pflicht* auferlegen, gegen bestimmte Verfügungen im Rechtshilfeverfahren ein Rechtsmittel zuzulassen. Der Vorentwurf beschränkt sich indessen auf gewisse *Mindestregeln* und überlässt es im Übrigen den Kantonen, in ihren Einführungserlassen das Rechtshilfeverfahren näher zu regeln (Art. 61 Abs. 6 VE)<sup>59</sup>.

Zunächst bestimmt Abs. 2, dass die *Staatsanwaltschaft, allenfalls die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft die zuständige kantonale Behörde ist*, die nach IRSG bei der Auslieferung nach Art. 32 ff. IRSG, der anderen Rechtshilfe gemäss Art. 63 ff. IRSG, bei der stellvertretenden Strafverfolgung nach Art. 85 ff. IRSG und bei der Übernahme der Vollstreckung von Strafurteilen durch die Schweiz oder die Übertragung ans Ausland nach Art. 94 ff. IRSG auf kantonaler Ebene mitwirkt. Vorbehalten bleiben einerseits die Befugnisse der Strafvollzugsbehörden, selbst z.B. nach Eintritt der Rechtskraft eines Urteils die Auslieferung eines Verurteilten zu verlangen. Der weitere Vorbehalt betrifft die Gerichte; ist ein Fall bei ihnen anhängig, muss es ihnen freistehen, beispielsweise die rechtshilfeweise Befragung eines Zeugen im Ausland zu verlangen; hier wird allerdings häufig ein direkter Verkehr mit der ersuchten Behörde möglich sein.

Im Weiteren beschränkt sich der Vorentwurf darauf, in Abs. 3 für den Fall, dass das IRSG die Mitwirkung einer richterlichen Behörde verlangt, hierfür die Beschwerdeinstanz als einzige kantonale oder eidgenössische Instanz vorzusehen. Kantonale und eidgenössische Rechtshilfeentscheide gemäss IRSG sollen nach dem in Vorbereitung befindlichen Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht künftig direkt beim (erstinstanzlichen) Bundesverwaltungsgericht

---

<sup>55</sup> SR 351.1.

<sup>56</sup> SR 351.11.

<sup>57</sup> SR 351.93.

<sup>58</sup> Zusammenfassend zur internationalen Rechtshilfe etwa Hauser/Schweri 1999 § 21.

<sup>59</sup> Für eine beschränkte Regelung auch die Experten in Aus 29 mach 1 S. 78.

anfechtbar sein, das endgültig entscheidet<sup>60</sup>. Nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtssetzung erübrigt es sich deshalb, dem geltenden Art. 23 IRSG entsprechend auf kantonaler Stufe ein Rechtsmittel vorzusehen. Bei Ausarbeitung des definitiven Entwurfs für die gesamtschweizerische Strafprozessordnung wird auch hier die zwischenzeitliche Entwicklung im Bereich der Bundesrechtspflege und des IRSG zu berücksichtigen sein.

Abs. 5 präzisiert, dass auf *Verfahrenshandlungen*, die eine kantonale Behörde, im Regelfall die Staatsanwaltschaft, bei der Ausführung eines internationalen Rechtshilfegesuchs *in einem andern Kanton* vorzunehmen hat, die Bestimmungen von Art. 50-60 VE über die nationale Rechtshilfe anzuwenden sind. Dies entspricht schon der gegenwärtigen Lehre und Praxis zum Konkordat<sup>61</sup>.

## 226            **Ausstand (6. Kapitel; Art. 62-66 VE)**

Dieses Kapitel regelt den Ausstand der Angehörigen der Strafbehörden, also die Fälle, in denen *Behördenmitglieder befangen erscheinen und deshalb nicht amten können*. Der Ausstand von Strafbehörden wird zumeist in den Strafprozessordnungen, teilweise aber auch im Gerichtsverfassungsrecht gemeinsam für den Zivil- und Strafprozess und allenfalls weitere Bereiche des Prozessrechts geregelt<sup>62</sup>. Im Sinne einer möglichst umfassenden Vereinheitlichung des Strafprozessrechts sollen in der künftigen schweizerischen Strafprozessordnung einheitliche Ausstandsregeln vorhanden sein. Mit Blick auf die Schaffung einer schweizerischen Zivilprozessordnung ist eine Annäherung dieser Regelungsbereiche anzustreben.

In vielen geltenden Prozessgesetzen<sup>63</sup> und in der strafprozessualen Literatur<sup>64</sup> wird von Ausstand als Oberbegriff gesprochen. Es wird dabei oft zwischen Ausschluss- und Ablehnungsgründen unterschieden. Unter *Ausschluss* werden jene Gründe genannt, die eine in einer Strafbehörde tätige Person von der Ausübung ihrer Funktionen generell ausschliessen, ihr also allgemein verunmöglichen, ihr Amt auszuüben (sog. *iudex incapax* oder *inhabilis*). Dies ist etwa bei naher Verwandtschaft der Fall. Daneben nennen die Gesetze *Ablehnungsgründe*: Justizpersonen können abgelehnt werden, wenn sie zwar nicht von den strengeren Ausschlussbestimmungen erfasst werden, aber doch andere Gründe vorhanden sind, die sie als befangen erscheinen lassen (sog. *iudex suspectus*). Im Unterschied zum Ausschluss wird bei der Ablehnung die in der Strafbehörde tätige Person nur dann von ihrer Amtstätigkeit entbunden, wenn sie erfolgreich abgelehnt wurde.

<sup>60</sup> Vgl. neu Art. 25 Abs. 1 IRSG und Art. 78 Abs. 1 Bst. h in der Fassung der Entwürfe vom 8.11.2000. Die Forderung der Experten, die Rechtsmittel auf ein einziges zu reduzieren, würde somit verwirklicht, vgl. Aus 29 mach 1 S. 78. Unterschiedlich war das Echo in den Hearings, vgl. S. 52, 65, 139, 152, 160.

<sup>61</sup> Siehe Hauser/Schweri 1999 § 21 N 19 unter Hinweis auf Pra 87 (1998) Nr. 126 S. 697. Gilt auch für Zustellungen, ZR 99 (2000) Nr. 53.

<sup>62</sup> Vgl. etwa OG 22 ff.; ZH GVG 95 ff.; SZ GOG 52 ff.; OW GOG 14 ff.; SO GOG 92 ff.; VD StPO 29 ff.; GE GOG 85 ff.

<sup>63</sup> Statt vieler etwa BE StrV 30 ff.; SH StPO 25 ff.; AR StPO 14 ff.; SG StPO 23 ff.; TG StPO 32 ff.; VS StPO 33 ff.; NE StPO 35.

<sup>64</sup> Zur Thematik siehe etwa Aeschlimann 1997 N 427 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Kommentierung von Art. 14 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 29 ff.; Clerc 1975 N 71 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 28 ff.; Maurer 1999 100; Oberholzer 1994 83 ff.; Padrutt 1996 51 ff.; Piquerez 2000 N 921 ff.; Schmid 1997 N 137 ff.

### *Ausstandsgründe (Art. 62 VE)*

Der Vorentwurf fasst in Art. 62 VE zur Vereinfachung die beiden vorgehend beschriebenen Varianten unter dem *Oberbegriff des Ausstandsgrundes* zusammen und zählt in Bst. a-d die wichtigsten Fälle auf. Auf weitere Ausstandsgründe kann verzichtet werden, zumal Bst. d in allgemeiner Weise den Ausstand bei Befangenheit zur Folge hat. Diese Ausstandsgründe stimmen dabei mit jenen in Art. 31 des Entwurfs zu einem BG über das Bundesgericht von 2001 überein.

Lediglich zu Bst. b sei vermerkt, dass nach dem Vorentwurf die sogenannte *Vorbefassung*<sup>65</sup>, also der Umstand, dass sich die RichterIn oder der Richter bereits früher mit der gleichen Strafsache beschäftigte, grundsätzlich einen Ausstandsgrund darstellt. Personen, die sich bereits früher in behördlicher Funktion mit der Sache befassten, müssen in den Ausstand treten. Damit wird das diesem Vorentwurf zu Grunde gelegte Konzept, dass für die verschiedenen Funktionen im Verfahren (also beispielsweise die Anordnung der Haft sowie bei Beschwerden gegen Zwangsmassnahmen und andere Verfahrenshandlungen einerseits und die Beurteilung des Straffalles andererseits, vgl. vorne Ziff. 221.5, 221.9 a.E.) unterschiedliche Behörden zuständig sein sollen, verstärkt. Die Regel wird allerdings im Vorentwurf nicht unbeschränkt verwirklicht. So hat das Berufungsgericht über die Sicherheitshaft zu befinden (Art. 246 VE), und Richterinnen und Richter sind auch nicht ausgeschlossen, wenn z.B. ihr Entscheid durch eine obere Instanz aufgehoben und zu neuer Behandlung und Entscheidung an sie zurückgewiesen wurde (vgl. die Fälle nach Art. 466 und Art. 477 VE).

### *Meldepflicht der von Ausstandsgründen betroffenen Personen (Art. 63 VE) und Ausstandsbegehren einer Partei (Art. 64 VE)*

Art. 63 VE statuiert eine Meldepflicht des von einem Ausstandsgrund betroffenen Behördenmitglied.

Art. 64 VE regelt den wohl häufigeren Fall, dass das Ausstandsbegehren von einer Partei stammt. Wesentlich ist, dass *solche Gesuche zu belegen* sind (Abs. 1) und gewissen *Einschränkungen in zeitlicher Hinsicht* unterliegen (Abs. 2). Ausstandsbegehren müssen innert 10 Tagen nach Feststellung des Ausstandsgrundes, jedenfalls vor der nächsten Verfahrenshandlung eingereicht werden. Will also z.B. ein Beschuldigter geltend machen, RichterIn R dürfe wegen Vorbefassung nach Art. 62 Bst. c VE an einer bereits angesetzten Hauptverhandlung nicht Einsitz im Gericht nehmen, so muss er dieses Begehren spätestens 10 Tage nach Feststellung dieses Ausstandsgrundes, spätestens aber vor Beginn der Hauptverhandlung stellen. Diese Beschränkung wurde von der Gerichtspraxis, vor allem jener des Bundesgerichts, schon bisher aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet<sup>66</sup>.

### *Verfahren (Art. 65 VE)*

Art. 65 VE unterscheidet, ob die vom Antrag betroffene Justizperson das Vorliegen von Ausstandsgründen bejaht und *selbst den Ausstand verlangt oder aber das Vorliegen von entsprechenden Gründen verneint*. Um zu verhindern, dass Justizpersonen Ausstandsgesuche

<sup>65</sup> Zur Vorbefassung näher Aeschlimann 1997 N 432 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 30 N 7; Maurer 1999 104 ff.; Oberholzer 1994 80 ff.; Schmid 1997 N 133 ff.

<sup>66</sup> Vgl. etwa BGE 117 Ia 322; 112 Ia 339; 114 V 62; 116 Ia 138, 389 und 487; Hauser/Schweri 1999 § 31 N 2; Piquerez 2000 N 936 f.; Schmid 1997 N 250.

dazu benützen, sich unliebsamer Verfahren zu entledigen, müssen die Gründe glaubhaft gemacht werden. Bestreitet die betreffende Justizperson (oder aber im soeben erwähnten Fall, dass sich die Justizperson eines Falles entledigen möchte, die Verfahrensleitung) das Vorliegen von Ausstandsgründen, entscheiden die aufgeführten Behörden (Abs. 1-3)<sup>67</sup>.

Wesentlich ist Abs. 4, der es *den von einem Ausstandsbegehren betroffenen Personen in Strafbehörden erlaubt, weiter zu amten*, bis über das (von ihnen bestrittene) Gesuch entschieden ist. Diese Regelung verhindert, dass durch ein z.B. unmittelbar vor einem aufwändigen Hauptverfahren gestellte, offensichtlich haltloses Ausstandsbegehren das Verfahren blockiert wird. Allerdings laufen die Strafbehörden alsdann Gefahr, dass ihr Verfahren im Rechtsmittelverfahren wegen Ungültigkeit aufgehoben, d.h. mit nicht vom Ausstandsbegehren betroffenen Personen wiederholt werden muss, falls die Ausstandsbehörde dem Gesuch nachträglich entspricht (Abs. 5). Bei Ausstandsbegehren im Zusammenhang mit Verfahrenshandlungen gilt diese Anfechtbarkeit allerdings nur für Handlungen, die nach dem Gesuch durchgeführt wurden (Abs. 6).

#### *Entscheid (Art. 66 VE)*

Nach Art. 66 VE ergehen Ausstandsentscheide schriftlich und begründet (Abs. 1). Abs. 2 bestimmt die *Kostenfolgen*.

## **227            Verfahrensleitung (7. Kapitel; Art. 67-70 VE)**

Art. 67-70 VE regeln die Verfahrensleitung und die Sitzungspolizei. Der Vorentwurf verwendet dabei den *Begriff der Verfahrensleitung in einem doppelten Sinne*:

#### *Zuständigkeit zur Verfahrensleitung (Art. 67 VE)*

Art. 67 Bst. a-d VE bezeichnen zunächst gewisse Personen als Verfahrensleiterinnen oder Verfahrensleiter, wobei zur Vereinfachung der neutrale Begriff der Verfahrensleitung verwendet wird. Es sind dies *jene Personen, die im Strafverfahren dafür verantwortlich sind, das betreffende Verfahren zu führen*. Bei monokratisch tätigen Behörden wie den Staatsanwaltschaften, Übertretungsstrafbehörden oder Einzelgerichten ist dies die oder der mit dem betreffenden Straffall befasste Staatsanwältin oder Staatsanwalt, im Übertretungsstraffall die Beamtin oder der Beamte oder beim Einzelgericht die Einzelrichterin oder der Einzelrichter. Bei Kollegialbehörden sind die Präsidentinnen und Präsidenten die Verfahrensleiter. Wenn im Vorentwurf diese Funktionärinnen und Funktionäre als Verfahrensleitung bezeichnet werden, so nicht zuletzt zur sprachlichen Vereinfachung<sup>68</sup>.

#### *Aufgaben der Verfahrensleitung (Art. 68 VE)*

Verfahrensleitung meint andererseits aber *auch die geschäftsführende Tätigkeit* der vorgenannten Personen, also jene Funktionen, die hauptsächlich in Art. 68 Abs. 1-3 VE, aber auch in zahlreichen weiteren Bestimmungen des Gesetzesentwurfs erscheinen (vgl. etwa Art. 363–365

<sup>67</sup> Diese Zuständigkeitsliste ist primär auf die kantonalen Behörden zugeschnitten; sie muss später noch der Gesetzgebung bezüglich der Bundesstrafbehörden angepasst werden.

<sup>68</sup> Der Begriff der Verfahrensleitung im Sinne der zuständigen Person erscheint in neueren Prozessordnungen, vgl. etwa BE StrV 58 Abs. 1; BS StPO 10; BL StPO 26; SH StPO 64.

VE). Der Verfahrensleitung kommt hauptsächlich die Aufgabe zu, Verfahrenshandlungen wie Einvernahmen und Verhandlungen allgemein vorzubereiten, zu leiten und dabei mit den erforderlichen Anordnungen die Ordnungsmässigkeit des Verfahrens sowie die Einhaltung der Verfahrensvorschriften zu gewährleisten. Besonders bedeutsam ist diese Rolle bei der Vorbereitung und Abwicklung von Verhandlungen im erstinstanzlichen sowie im Rechtsmittelverfahren.

Diese verfahrensleitenden Anordnungen sind *nur auf die Phasen der Vorbereitung und Durchführung des Strafverfahrens beschränkt* und können dem Sachurteil nicht vorgreifen. Wie Abs. 4 unterstreicht, fallen solche Anordnungen spätestens mit der Rechtskraft des Endentscheides dahin.

Es fragt sich, ob gegen solche verfahrensleitende Entscheide ein *Rechtsbehelf* vorgesehen werden sollte, wie dies in verschiedenen Kantonen der Fall ist. In der Regel kann nämlich eine solche Anordnung mittels Einsprache an das Kollegialgericht weitergezogen werden<sup>69</sup>. Der Vorentwurf sieht von einem eigentlichen Rechtsbehelf ab, räumt aber den Parteien in Abs. 5 die Möglichkeit ein, durch entsprechende Anträge in der Hauptverhandlung zu erreichen, dass die vorgängig von der Verfahrensleitung getroffenen verfahrensleitenden Anordnungen aufgehoben oder geändert werden. Wirken sich verfahrensleitende Anordnungen auf den Entscheid aus, kann dieser angefochten werden.

#### *Sitzungspolizei (Art. 69 VE) und Disziplinar massnahmen (Art. 70 VE)*

Dadurch, dass der Verfahrensleitung in Art. 69 VE sitzungspolizeiliche Kompetenzen eingeräumt werden, wird ihr ermöglicht, jene Massnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um *Sicherheit, Ruhe und Ordnung* während der Durchführung der fraglichen Verfahrenshandlung, namentlich von Verhandlungen, zu gewährleisten<sup>70</sup>. Diese Vorschriften sowie die in Art. 70 VE der Verfahrensleitung eingeräumten Disziplinarbefugnisse entsprechen dem allgemeinen Stand der schweizerischen Gesetzgebung in diesem Bereich. Als Sanktion bei Verstössen gegen ein geordnetes Verfahren wird allerdings nur *Ordnungsbusse* bis Fr. 500.-, im Wiederholungsfalle bis Fr. 2'000.- vorgesehen und nicht, wie dies einzelne Prozessordnungen<sup>71</sup> vorsehen und auch von den Experten angeregt wurde<sup>72</sup>, Haftstrafen. Freiheitsentziehende Sanktionen sollen nach dem Konzept des neuen AT StGB selbst für Übertretungen gemäss StGB nicht mehr möglich sein<sup>73</sup> und erscheinen bei blossen Ordnungsverstössen ohnehin als nicht mehr vertretbar.

<sup>69</sup> Vgl. etwa ZH GVG 122 Abs. 4; LU StPO 169 Abs. 2; BS StPO 122 Abs. 1; BL StPO 159 Abs. 1; AG StPO 155; TG StPO 157; TI StPO 232 Abs. 1.

<sup>70</sup> In dieser Richtung auch Aus 29 mach 1 S. 97. Zur Sitzungspolizei im Allgemeinen Aeschlimann 1997 N 651; Hauser/Hauser 1976 488 f.; Hauser/Schweri 1999 § 44 N 44; Maurer 1999 150 f.; Poncet 1978 Kommentierung Art. 18 S. 93 f.; Oberholzer 1994 443; Padrutt 1996 Art. 65b N 1 ff.; Piquerez 2000 N 1592 ff.

<sup>71</sup> Siehe z.B. LU StPO 38; SZ GOG 80; SO StPO 18; SH StPO 68; GR StPO 108 Abs. 3; TI StPO 30; GE GOG 82; JU StPO 53 Abs. 2.

<sup>72</sup> Aus 29 mach 1 S. 98 oben.

<sup>73</sup> Botschaft AT StGB 167.

## 228            **Verfahrenshandlungen der Strafbehörden (8. Kapitel; Art. 71-113 VE)**

Das Strafverfahren ist ein Vorgang, der nicht von selbst in Bewegung gerät und nicht von selbst zu Ende, d.h. zu einem rechtskräftigen Endentscheid, geführt wird. Der Strafprozess muss durch entsprechende Verhaltensweisen der Strafbehörden sowie der beteiligten Privaten eingeleitet, vorangetrieben und zum Abschluss gebracht werden. Motor sind die Verfahrenshandlungen (*Prozesshandlungen*). In diesem Sinne werden einerseits Verfahrenshandlungen der Strafbehörden (auch amtliche Prozesshandlungen genannt), die in diesem 8. Kapitel geregelt werden, sowie private Verfahrenshandlungen (Parteihandlungen; nichtrichterliche Prozesshandlungen), auf die im 3. Titel, 1. Kapitel, 2. Abschnitt (Art. 119 ff. VE; Ziff. 231.2) eingegangen wird, unterschieden<sup>74</sup>.

### 228.1            **Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 71-75 VE)**

#### *Form der Verfahrenshandlungen (Art. 71 VE)*

Art. 71 VE hält in Abs. 1 allgemein fest, dass das Strafverfahren *mündlich* ist, soweit nicht ausdrücklich Schriftlichkeit vorgesehen ist. Abs. 2 unterstreicht bereits an dieser Stelle, dass dem Dokumentationsprinzip folgend alle Verfahrenshandlungen zu protokollieren, also schriftlich niederzulegen sind. Ausgenommen sind selbstredend Verfahrenshandlungen wie Eingaben usw., die schriftlich erfolgten und sich damit bereits in Papierform bei den Verfahrensakten befinden.

#### *Amtssprache (Art. 72 VE)*

Art. 72 VE regelt die Sprache der Verfahrenshandlungen. Wenn hier der etwas altertümliche Begriff der Amtssprache (und nicht der zeitgemässere der Gerichtssprache) verwendet wird, so deshalb, weil diese Bestimmung nicht nur für die Gerichte, sondern auch für andere Strafbehörden wie die Polizei oder die Staatsanwaltschaft anwendbar ist. Die Amtssprache, d.h. die Sprache, in der die Strafbehörden ohne abweichende Anordnungen die Verfahren führen, wird *für die kantonalen Behörden vom kantonalen Recht bestimmt*<sup>75</sup>. Sie können für sprachlich gemischte Regionen und Gerichtsbezirke besondere Regeln vorsehen, wie sie heute bereits in einzelnen Kantonen vorhanden sind<sup>76</sup>. Für die Verfahren vor den Strafbehörden des Bundes verweist Abs. 2 sinngemäss auf Art. 50 Abs. 1 des künftigen Bundesgerichtsgesetzes; danach wird das Verfahren in einer der Amtssprachen geführt.

#### *Auswirkungen (Art. 73 VE)*

Art. 73 Abs. 1 und 2 VE konkretisieren Art. 72 VE. Grundsätzlich werden *alle Verfahrenshandlungen der Strafbehörden wie auch der Parteien in der Amtssprache gehalten*. Die Verfahrensleitung kann Ausnahmen anordnen. So ist es möglich, eine Verfahrenshandlung, z.B. eine Einvernahme, in einer anderen Sprache durchzuführen und zu protokollieren, wobei dann den Akten im Regelfall eine Übersetzung beizufügen ist. Die Protokolle werden aber grundsätzlich in der Amtssprache geführt. Dies gilt auch für Eingaben, welche nach Satz 2 von Abs. 2 falls erforderlich zur Beibringung einer Übersetzung unter Ansetzung einer Nachfrist

<sup>74</sup> Zur Rolle der Verfahrens- oder Prozesshandlungen etwa Hauser/Schweri 1999 § 42 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 1420 ff.; Schmid 1997 N 540 ff. und 558 ff.

<sup>75</sup> So auch Aus 29 mach 1 S. 96.

<sup>76</sup> Vgl. etwa BE StrV 62; FR StPO 45 ff. (näher hierzu Piller/Pochon 1999 Kommentar zu Art. 45 ff.); VS StPO 4.

zurückgewiesen werden können; es ist in diesen Fällen nicht Aufgabe der Strafbehörden, selbst für eine Übersetzung besorgt zu sein.

Abs. 3 übernimmt Art. 5 des vorstehend in Ziff. 224 erwähnten Rechtshilfekonkordats und bestimmt, dass die kantonalen Behörden ihre Amtssprache auch anwenden, wenn sie gemäss Art. 59 VE in einem andern Kanton tätig sind.

Abs. 4 wiederholt die Regel von Art. 8 Abs. 2 des Konkordates, dass bei Vorladungen und weiteren Mitteilungen an Personen in einem andern Sprachgebiet deren Sprache berücksichtigt werden muss. Entscheide sind indessen allein in der Amtssprache mitzuteilen.

#### *Übersetzungen (Art. 74 VE)*

Art. 74 VE ordnet allgemein und in der in den meisten schweizerischen Prozessgesetzen üblichen Weise an, dass bei Verhandlungen mit Personen (Beschuldigte, aber auch Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen etc.), die die *Amtssprache nicht verstehen* oder sich darin nicht ausreichend ausdrücken können, eine Übersetzerin oder ein Übersetzer beigezogen werden muss.

Abs. 2 lässt in *einfachen Fällen* (z.B. soll in einem Übertretungsstrafverfahren ein fremdsprachiger Zeuge einvernommen werden) zu, dass auf den Beizug einer Dolmetscherin oder eines Dolmetschers verzichtet wird, wenn die Verfahrensleitung oder die protokollführende Person die betreffende Sprache ausreichend beherrscht. Allerdings ist eine zurückhaltende Anwendung dieser Ausnahmeregelung zu empfehlen.

Abs. 4 verweist bezüglich der *Bestellung der Übersetzerin oder des Übersetzers* auf die Vorschriften über die Sachverständigen (Art. 190-199 VE). Damit gelten für die Übersetzerinnen und Übersetzer die Ausstandsvorschriften von Art. 62-65 VE (Art. 191 Abs. 3 VE). Sie sind entsprechend in Pflicht zu nehmen (Art. 193 Abs. 1 Bst. d VE).

#### *Besondere Rechte der Beschuldigten (Art. 75 VE)*

Art. 75 VE verweist auf die besonderen Ansprüche der Beschuldigten auf Übersetzung, die sich im Wesentlichen aus Art. 6 Ziff. 3 Bst. a und e EMRK sowie Art. 14 Abs. 3 Bst. a und f IPBPR und der darauf basierenden Praxis ergeben<sup>77</sup>. Die Beschuldigten haben zunächst Anspruch darauf, dass ihnen im Strafverfahren unverzüglich und detailliert in einer ihnen verständlichen Sprache die gegen sie erhobenen *Deliktswürfe* vorgehalten werden. Im Weiteren haben sie Anspruch auf Übersetzung jener Verfahrensvorgänge, auf deren Verständnis sie angewiesen sind, um ihnen ein faires Verfahren zu gewährleisten<sup>78</sup>. Dazu gehören *grundsätzliche Informationen* wie die Orientierung über den wesentliche Inhalt von Zeugenaussagen, Gutachten und anderen erheblichen Beweismitteln, der Anklage, der Parteivorträge mit den Hauptanträgen sowie der Wortlaut des *Dispositivs* und allenfalls wesentlicher Teile des gefällten Entscheids.

Abs. 2 übernimmt das von der Gerichtspraxis zu Art. 6 Ziff. 3 EMRK entwickelte Prinzip, dass den Beschuldigten zwar die in Abs. 1 angesprochenen Grundinformationen in ihre Sprache zu übersetzen sind, *nicht hingegen die Gesamtheit der behördlichen und privaten Verfahrens-*

<sup>77</sup> Hierzu Aus 29 mach 1 S. 96 f.

<sup>78</sup> So BGE 118 Ia 462, vgl. auch BGE 115 Ia 65. Dazu und zum Folgenden ferner näher Häfliger/Schürmann 1999 234; Schmid 1997 N 255a; Villiger 1999 N 528 ff.

*handlungen wie das gesamte Dossier*, die vollständigen Aussagen von Zeugen, die Plädoyers etc. oder beim anwaltschaftlich Verteidigten das gesamte Urteil<sup>79</sup>.

## 228.2 Öffentlichkeit der Verfahren und Verhandlungen (2. Abschnitt, Art. 76-79 VE)

Art. 76-79 VE gründen auf der in Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 IPBPR gewährleisteten Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen. Nicht nur die Verfahrensbeteiligten können im Sinne der sogenannten *Parteiöffentlichkeit* an den Verhandlungen teilnehmen, Gerichtsverhandlungen sind auch für das an sich unbeteiligte Publikum öffentlich (*Publikumsöffentlichkeit*)<sup>80</sup>. Dieser Öffentlichkeitsgrundsatz bezieht sich aber nur auf das eigentliche Gerichtsverfahren und ist auch sonst mancherlei Beschränkungen unterworfen. Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 IPBPR lassen denn auch gesetzliche Ausnahmen vom Grundsatz der öffentlichen Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung zu.

### *Grundsätze (Art. 76 VE)*

#### *Öffentlichkeit im Vorverfahren (Art. 76 Abs. 1 VE)*

Die erste Einschränkung in Abs. 1 bezieht sich auf das Vorverfahren nach Art. 326 ff. VE, einschliesslich Ermittlungsverfahren und Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft. Dieses *Vorverfahren ist nicht öffentlich und geheim*. Dies bedeutet einerseits, dass nicht jedermann im Sinne der Publikumsöffentlichkeit Zutritt zu den betreffenden Verfahrenshandlungen hat. Andererseits sind die Verfahrensvorgänge mindestens von den Strafbehörden nach Massgabe von Art. 80-82 VE als geheim zu betrachten; Mitteilungen darüber an nicht verfahrensbeteiligte Personen und vor allem die Öffentlichkeit sind mit den in Art. 81 und 82 VE vorgesehenen Ausnahmen nicht zulässig und können als Amtsgeheimnisverletzungen nach Art. 320 StGB strafbar sein. Abs. 1 verweist sodann auf die Parteiöffentlichkeit in Form der Teilnahmerechte in Art. 158 und Art. 159 VE.

#### *Öffentlichkeit im Gerichtsverfahren (Art. 76 Abs. 2 VE)*

Der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens bezieht sich vor allem auf die Verhandlungen vor den Gerichten. Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen ist nur dort möglich, wo die Verfahren mündlich abgewickelt werden<sup>81</sup>. *Mündlichkeit* ist gemäss dem Konzept des Vorentwurfs nur beim erstinstanzlichen Gericht ausnahmslos vorgesehen (Art. 367 ff. VE) und damit die Öffentlichkeit bei den Hauptverhandlungen dieser Gerichte immer gewährleistet. Sie ist im Weiteren garantiert, soweit vor der Berufungsinstanz ein mündliches Verfahren (Art. 474 VE) stattfindet.

<sup>79</sup> Vgl. BGE 115 Ia 65; EuGRZ 20 (1993) 292; ZBJV 129 (1993) 308; ZR 95 (1996) Nr. 70 sowie die in der vorstehenden Fn. zitierte Literatur.

<sup>80</sup> Zu diesen Grundsätzen sowie zur Thematik allgemein Aeschlimann 1997 N 173 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 28 N 1 ff.; Clerc 1975 N 74 ff.; Maurer 1999 27 ff., 154 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 1 ff.; Haefliger/Schürmann 1999 190 ff.; Oberholzer 1994 227 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 170.1 ff.; Piquerez 2000 N 665 ff.; Schmid 1997 N 152 ff., Villiger 1999 N 440 ff.

<sup>81</sup> Zu diesen Zusammenhängen statt vieler Schmid 1997 N 203.



*Ausschluss der Öffentlichkeit bei ausgewählten, vor allem schriftlichen Verfahren (Art. 76 Abs. 3 VE)*

Ein *schriftliches Verfahren* findet vor den *Beschwerdeinstanzen* (Art. 466 Abs. 1 VE) und teilweise auch vor dem *Berufungsgericht* (Art. 472 VE) statt; hier ist die Öffentlichkeit ausgeschlossen. Mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK ist es grundsätzlich zulässig, Rechtsmittelverfahren in nicht-öffentlichen Verhandlungen abzuwickeln<sup>82</sup>. Von der Sache her schriftlich und damit nicht öffentlich sind sodann die *Strafbefehls- und Übertretungsstrafverfahren*. Da eigentlich Teil der geheimen Voruntersuchung bildend, ist es angebracht, die Öffentlichkeit sodann von den Verhandlungen des *Zwangsmassnahmengerichts* auszuschliessen<sup>83</sup>. Dieser Ausschluss erscheint, da nicht über eine strafrechtliche Anklage zu entscheiden ist, als EMRK-konform<sup>84</sup>.

*Verzicht auf die Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens (Art. 76 Abs. 4 und 5 VE)*

Der Anspruch auf Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens ist verzichtbar. Allerdings ergibt sich weder aus der EMRK noch aus der BV ein „Anspruch auf Nichtöffentlichkeit“, womit vor allem die Beschuldigten mit einer entsprechenden Erklärung bewirken könnten, dass die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird<sup>85</sup>. Abs. 4 lässt einen Verzicht auf die öffentliche Urteilsverkündung durch die Parteien zu<sup>86</sup>, dem das Gericht aber nicht entsprechen muss, wenn dadurch das allgemeine Interesse an einer Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung verletzt würde. Die Bestimmung überlässt es dem Gericht, ob es in *Abwägung der Interessen* einen solchen Verzicht akzeptieren und unter Ausschluss der Öffentlichkeit tagen will. Abs. 5 versucht bei nichtöffentlichen Verfahren den berechtigten Informationsansprüchen Dritter dadurch entgegenzukommen, dass in einem schriftlichen oder jedenfalls nicht öffentlichen Verfahren gefällte *Entscheide eingesehen werden können*. Diese Regelung übernimmt die Rechtsprechung, wonach bei Verzicht auf eine öffentliche Urteilsverkündung dem Publikum das Urteil auf andere Weise zur Kenntnis zu bringen ist, beispielsweise durch Auflage in der Gerichtskanzlei<sup>87</sup>. Ein eigentlicher Interessennachweis ist für die Einsichtnahme nicht erforderlich<sup>88</sup>.

*Verwirklichung der Öffentlichkeit (Art. 77 VE)*

Art. 77 Abs. 1 und 2 VE regeln die Öffentlichkeit der Gerichtsverfahren näher und lassen *Einschränkungen hinsichtlich des Alters der Besucher und aus Gründen des Platzangebotes im Gerichtssaal sowie der Sicherheit* zu. Diese Bestimmungen sind bewusst flexibel gehalten; so kann z.B. die Verfahrensleitung einer Schulklasse mit Fünfzehnjährigen den Besuch einer Hauptverhandlung gestatten.

<sup>82</sup> Näher Haefliger/Schürmann 1999 191 ff.; Villiger 1999 N 446 ff.

<sup>83</sup> Siehe etwa ZH StPO 61 Abs. 2; BE StrV 184 Abs. 2; OW StPO 64b Abs. 3.

<sup>84</sup> Vgl. Donatsch in Donatsch/Schmid § 61 N 27; ferner Haefliger/Schürmann 1999 155.

<sup>85</sup> Zu dieser Thematik BGE 117 Ia 388; ZR 99 (2000) Nr. 36; Haefliger/Schürmann 1999 194 f.; Schmid 1997 N 153; Villiger 1999 N 451 weist darauf hin, dass die Praxis der Strassburger Organe zur Möglichkeit des Verzichts noch nicht festgelegt ist.

<sup>86</sup> Nicht zu verwechseln mit dem Verzicht auf persönliche Teilnahme nach Art. 368 Abs. 2 VE; in diesem Fall findet trotz entschuldigtem Fernbleiben der Angeschuldigten eine öffentliche Hauptverhandlung statt.

<sup>87</sup> Siehe dazu BGE 124 IV 239 f. = SJZ 94 (1998) 361 = EuGRZ 25 (1998) 516; BGE 111 Ia 243; 113 Ia 416; 116 Ia 66; 117 Ia 388; EuGRZ 12 (1985) 228, 229. Weitergehend RKG 1997 Nr. 5 = ZR 97 (1998) Nr. 42.

<sup>88</sup> Urteil des EGMR vom 24.11.1997 i.S. Werner gegen Österreich, Rec. 1997-VII 2496, 2512 Ziff. 57.

Nach Abs. 3 sind *Bild- und Tonbandaufnahmen* innerhalb des Gerichtsgebäudes und bei Verfahrenshandlungen wie Augenscheinen u.ä. ausserhalb dieser Gebäude<sup>89</sup> nur mit Bewilligung der Verfahrensleitung zulässig, also ohne eine solche verboten.

*Ausnahmen von der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen (Art. 78 VE)*

Die in Art. 78 VE vorgesehenen Ausnahmen entsprechen dem schweizerischen Standard. Die Ausnahmen von Abs. 1 stehen auch im Einklang mit Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 IPBPR, die im Rahmen der Verhältnismässigkeit einen Ausschluss zulassen, soweit dies *wegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie aus Gründen des Schutzes legitimer Interessen* erforderlich ist<sup>90</sup>. Beigefügt sei, dass in Art. 160 ff. VE unter dem Titel Zeugenschutz und in Art. 156 VE zur Verhinderung der Kollusion weitere Einschränkungen vorgesehen sind.

Abs. 2 übernimmt unverändert die bereits in Art. 5 Abs. 3 OHG vorgesehenen Ausschlussfälle zum *Schutz des Opfers* im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG. Auch die Regel von Abs. 3, dass bei Ausschluss der Öffentlichkeit sich die Beschuldigten und die Privatklägerschaft (unter Einschluss des Opfers) neben ihrer Verteidigung sowie Vertreterinnen und Vertreter durch Vertrauenspersonen begleiten lassen können, findet sich in einigen Prozessordnungen<sup>91</sup>. Sie soll verhindern, dass bei Ausschluss der Allgemeinheit das Gefühl aufkommt, es werde Kabinettsjustiz betrieben.

Abs. 4 mildert die negativen Folgen einer unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchgeführten Gerichtsverhandlung. So kann es sich empfehlen, eine Orientierung der Öffentlichkeit zwar nicht durch die direkte Teilnahmemöglichkeit an der Verhandlung, aber durch entsprechende *Medienberichte* zu ermöglichen. Vor allem bei besonders in die Pflicht genommenen Journalisten kann erwartet werden, dass sie z.B. bei schweren Sexualdelikten zurückhaltend und gefiltert über Tat, Täter und Geschädigte orientieren<sup>92</sup>.

Meistens dürfte es sich bereits aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ergeben, dass der Interessenschutz eine *öffentliche Urteilsverkündung* nicht ausschliesst. Abs. 5 sieht deshalb eine öffentliche Urteilsöffnung vor, auch wenn die Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgten. Erfordert der Interessenschutz ausnahmsweise einen Verzicht auf öffentliche Urteilsöffnung, ist das Urteils in anderer geeigneter Weise bekanntzugeben, so z.B. durch ein Pressecommuniqué. Solche Bekanntmachungen sind nur erforderlich, wenn ein Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit besteht; hat sich niemand für eine Gerichtsverhandlung, bei welcher die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde, interessiert, wäre die Herausgabe eines Pressecommuniqués wenig sinnvoll.

<sup>89</sup> Also Gewährleistung nur der sog. unmittelbaren, nicht auch der mittelbaren Öffentlichkeit, dazu Hauser/Schweri 1999 § 52 N 11 m.w.H.

<sup>90</sup> Siehe näher Aeschlimann 1997 N 177 ff.; Clerc 1975 N 76 f.; Maurer 1999 28 ff., 155, Haefliger/Schürmann 1999 196 f.; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 13 ff.; Oberholzer 1994 231 f.; Piquerez 2000 N 693 ff.; Schmid 1997 N 170 f.; Villiger 1999 N 448 f.

<sup>91</sup> Siehe z.B. ZH GVG 135 Abs. 6; BE StrV 65 Abs. 3, 4; SH StPO 71 Abs. 3; JU StPO 248 Abs. 3. In diese Richtung auch LU StPO 168 Abs. 3 letzter Satz; BL StPO 160 Abs. 4; TG StPO 149 Abs. 2; TI StPO 28 Abs. 2; VD StPO 334 Abs. 5.

<sup>92</sup> Vgl. Villiger 1999 N 449 unter Hinweis auf BGE 117 Ia 387 ff.

### *Gerichtsberichterstattung (Art. 79 VE)*

In vielen Kantonen ist die Gerichtsberichterstattung besonders geregelt. Diese Tätigkeit wird oft von einer behördlichen Zulassung abhängig gemacht<sup>93</sup>. Art. 79 VE überlässt es Bund und Kantonen, in ihren Einführungserlassen die *Zulassung und Tätigkeit von Gerichtsberichterstellerinnen und Gerichtsberichterstatter besonders zu regeln*.

### **228.3 Geheimhaltungs- und Orientierungspflichten (3. Abschnitt, Art. 80-82 VE)**

Nach Art. 76 Abs. 1 VE ist das Vorverfahren geheim. Aber auch die Vorgänge anderer Verfahrensstufen und Verfahrenshandlungen anderer Behörden sind grundsätzlich geheim. Diese Geheimnispflichten, deren Verletzung eine Bestrafung wegen Amtsgeheimnisverletzung gemäss Art. 320 StGB nach sich ziehen kann, sowie die Einschränkungen dazu sind in Art. 80-82 VE geregelt.

#### *Grundsatz (Art. 80 VE)*

Art. 80 Abs. 1 VE stellt zunächst den Grundsatz der *Geheimniswahrung* auf. In Übereinstimmung mit dem entsprechenden Straftatbestand von Art. 320 StGB wird an den üblichen Geheimnisbegriff<sup>94</sup> angeknüpft. Der Geheimnisschutz erfährt im Strafverfahren insofern eine Einschränkung, als Informationen, die anlässlich öffentlicher Gerichtsverhandlungen bekannt werden, naturgemäss nicht darunter fallen. Der Geheimnisschutz ist auch insofern beschränkt, als nur die Angehörigen von Strafbehörden sowie nach Abs. 2 Sachverständige und damit (vgl. Art. 74 Abs. 4 VE) ebenfalls die Übersetzerinnen und Übersetzer zur Geheimniswahrung verpflichtet sind. Nicht geheimnispflichtig sind - mit gewissen Einschränkungen wie z.B. bei den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sowie bei Zeuginnen und Zeugen nach Art. 175 VE – die (privaten) Parteien.

#### *Mitteilungen an die Öffentlichkeit (Art. 81 VE)*

Art. 81 Abs. 1 und 2 VE regeln die *Ausnahmen von der Geheimhaltungspflicht*, in denen die Staatsanwaltschaft und Gerichte die Öffentlichkeit über hängige Verfahren orientieren können. Die in Abs. 1 und 2 Bst. a-c aufgeführten Fälle entsprechen mit kleineren Abweichungen den Regelungen, die in den geltenden schweizerischen Prozessgesetzen üblich sind<sup>95</sup>. Die Polizei darf abgesehen von den Routinemeldungen über Unglücksfälle und Verbrechen nach Abs. 3 über hängige Verfahren nur im Einverständnis von Staatsanwaltschaft oder Gerichten orientieren.

Abs. 4 regelt, *wie diese Mitteilungen an die Öffentlichkeit zu erfolgen haben*. Die Strafbehörden müssen sich an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit halten und dürfen nur jene Informationen preisgeben, die notwendig sind, um das mit der Orientierung anvisierte Ziel zu erreichen. Solche Orientierungen haben insbesondere die Unschuldsumutung zu berücksichtigen, d.h. sie haben sich irgendwelcher vorverurteilender Schuldzuweisungen zu enthalten. Solche Mitteilungen

<sup>93</sup> Hauser/Schweri 1999 § 52 N 12.

<sup>94</sup> Zu diesem Begriff statt vieler Trechsel 1997 Art. 320 N 3.

<sup>95</sup> Mit weiteren Hinweisen Aeschlimann 1997 N 689 ff.; Clerc 1975 N 78; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 7; Maurer 1999 156 ff.; Oberholzer 1994 228 f.; Piller/Pochon 1998 Art. 69 N 69.1. ff.; Piquerez 2000 N 681 ff.; Poncet 1978 Art. 16; Schmid 1997 N 157.

haben im Übrigen die Verteidigungsrechte der Beschuldigten sowie die Persönlichkeitsrechte aller Beteiligten zu berücksichtigen.

Abs. 5 übernimmt im 1. Satz materiell unverändert Art. 5 Abs. 2 OHG bezüglich der Einschränkungen der Preisgabe der Identität des Opfers. Diese Bestimmung richtet sich an Behörden wie auch Private. Bisher blieben *Verletzungen des Opferschutzes durch Private* abgesehen von der Möglichkeit, unter dem Titel Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ff. ZGB dagegen vorzugehen, ohne Sanktion<sup>96</sup>, zumal Private wie vorstehend erwähnt nicht wegen Amtsgeheimnisverletzungen strafrechtlich erfasst werden können. Abs. 5 Satz 2 sieht nunmehr eine Ordnungsbusse für solche unerlaubten Veröffentlichungen vor.

#### *Mitteilung an andere Behörden (Art. 82 VE)*

Die Geheimnispflicht nach Art. 81 VE schliesst nicht nur Mitteilungen an Private, sondern grundsätzlich auch an andere Behörden und Amtsstellen aus. Art. 82 VE sieht daher eine Reihe von Fällen vor, in denen, *falls sachlich begründet, andere Behörden über hängige Strafverfahren zu orientieren* sind. Wie Abs. 4 klarstellt, sind die in Art. 82 VE zu findenden Mitteilungspflichten nicht abschliessend geregelt; weitere Rechte und Pflichten zur Orientierung von Behörden befinden sich in der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung, so beispielsweise in Art. 351<sup>quater</sup> oder 363<sup>bis</sup> StGB. Gemäss Abs. 1 sind die Vollzugsbehörden zu orientieren, wenn Personen, die sich bereits im Straf- oder Massnahmenvollzug befinden, erneut in ein Strafverfahren verwickelt sind.

Abs. 2 verpflichtet die Strafbehörden, *sozial- und vormundschaftlichen Behörden zu informieren*, wenn dies zum Schutz von Beschuldigten oder Geschädigten erforderlich ist; diese Bestimmung übernimmt die jetzt in Art. 358<sup>bis</sup> StGB vorgesehene Regelung, erweitert sie aber über die erwähnten Vormundschaftsbehörden hinaus auf Sozialbehörden, wie dies in einzelnen neueren Strafprozessordnungen vorgesehen ist<sup>97</sup>. Ähnlich aber strenger formuliert, ist Abs. 3: Zeigt sich bei Verfahren, an denen Unmündige beteiligt sind, dass zu deren Schutz vormundschaftliche Massnahmen notwendig sind, so müssen die Vormundschaftsbehörden eingeschaltet werden.

Abs. 4 lässt Bund und Kantone die Möglichkeit offen, *weitere Mitteilungspflichten* zu schaffen. So kann es als sinnvoll erscheinen, wenn die Strafbehörden z.B. bei Delikten von Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälten, Ärztinnen oder Ärzte, Beamtinnen oder Beamte, Studierende usw. die zuständigen Aufsichtsbehörden orientieren, damit diese nötigenfalls einschreiten können.

Wie bereits erwähnt (vorne Ziff. 224), kann auf die Mitteilungspflicht bei Pornographie nach aArt. 358 bzw. nArt. 365 StGB verzichtet werden.

<sup>96</sup> Näher Gomm/Stein/Zehnter 1995 Art. 5 N 11 ff.

<sup>97</sup> Z.B. BE StrV 70; UR StPO 37; OW StPO 19; AI StPO 19bis; SG StPO 74; TG StPO 48 Abs. 1.

## 228.4 Protokolle (4. Abschnitt, Art. 83-90 VE)

### *Grundsätzliches zur Dokumentationspflicht*

Im Strafverfahren gilt die sogenannte *Dokumentationspflicht*<sup>98</sup>: Alle Verfahrenshandlungen der Strafbehörden wie auch der Parteien sind in schriftlicher Form niederzulegen, also zu protokollieren, soweit die Verfahrenshandlungen wie bei Eingaben, Rechtsmittelschriften etc. nicht bereits schriftlich sind. Dieser Dokumentationspflicht und mit ihr die Pflicht zur Anlage geordneter Aktendossiers (Art. 110 VE), kommen grosse Bedeutung zu<sup>99</sup>: Sie hat *Gedächtnis- oder Perpetuierungsfunktion*, d.h. die prozessualen Vorgänge werden für spätere Verfahrensstufen, namentlich die Urteilsfällung sowie die Rechtsmittel, klar festgehalten und bieten somit für die Entscheide eine solide Grundlage. Die umfassende Dokumentierung hat aber auch *Garantiewirkung*, weil später festgestellt werden kann, ob die prozessualen Regeln und vor allem die Formvorschriften eingehalten wurden. Angesichts der Bedeutung der Dokumentations- und Protokollierungsvorschriften im weiteren Sinne, enthält der Vorentwurf hierzu relativ umfassende Regelungen; sie beruhen auf der Überzeugung, dass zu einer wirksamen Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts einheitliche Protokollierungsvorschriften gehören. Dies betrifft vor allem die Vorschriften über die Protokollierung der Einvernahmen im Vorverfahren. Das mit diesem Vorentwurf präsentierte Modell eines nur beschränkt unmittelbaren Hauptverfahrens (Art. 374-375 VE) ist ohne verlässlich protokollierte Beweiserhebungen im Vorverfahren nicht denkbar.

Allerdings kann nicht übersehen werden, dass zwischen den geltenden kantonalen Vorschriften und oftmals noch mehr zwischen den herrschenden Praktiken namentlich bei der Protokollierung von Einvernahmen sehr grosse Unterschiede bestehen. Angesichts der Wichtigkeit der Protokollierung beruht dieser Vorentwurf auf der Überzeugung, dass zur Vereinheitlichung des Verfahrensrechts unabdingbar eine *Vereinheitlichung der Protokollierungsvorschriften* gehört und dass dieser Regelungsbereich nicht den Kantonen überlassen werden darf.

Gemäss Art. 84 und hernach 85-87 VE sind grundsätzlich zwei verschiedene Formen von Protokoll zu führen: Einerseits das *Verfahrensprotokoll*, welches allgemein der Dokumentation des gesamten Verfahrensablaufs dient, andererseits die *Einvernahmeprotokolle* bei Einvernahmen durch die Strafbehörden.

### *Grundsatz (Art. 83 VE)*

Art. 83 Abs. 1 VE regelt den Dokumentations- oder *Protokollierungsgrundsatz* näher. In Abs. 2-4 werden die Verantwortlichkeiten der Protokollführung festgelegt. Abs. 5 dehnt den Anwendungsbereich der Protokollierungsvorschriften auf das polizeiliche Ermittlungsverfahren aus, lässt jedoch abweichende Vorschriften, wie sie etwa in Art. 419 VE für soweit formlose Befragungen im Übertretungsstrafverfahren vorgesehen sind, zu.

<sup>98</sup> Zur Dokumentationspflicht statt vieler Hauser/Schweri § 44 N 21 ff.; Lobsiger 2000 231 ff.; Piquerez 2000 N 1570 ff.; Schmid 1997 N 205 ff.

<sup>99</sup> Diese Auffassung vertraten auch die Experten: Während der Untersuchung und auch der Hauptverhandlung sei immer ein Protokoll zu führen, siehe Aus 29 mach 1 S. 97.

### *Inhalt des Verfahrensprotokolls (Art. 84 VE)*

Das Verfahrensprotokoll hat, wie Art. 84 Abs. 1 Bst. a-f näher bestimmt, *alle wesentlichen Verfahrensvorgänge* zu dokumentieren.

Abs. 2 verweist darauf, dass diese Verfahrensprotokolle traditionsgemäss in zwei Hauptformen geführt werden können, die Bund und Kantone nach wie vor frei wählen können: Es ist möglich, das Verfahrensprotokoll als geordnet angelegte Sammlung aller entsprechender Aktenstücke zu führen; die Akten werden in einem Thek oder Ordner gesammelt und mit einem Aktenverzeichnis versehen und decken sich weitgehend mit dem von Art. 110 VE geforderten, geordnet angelegten Aktendossier. Es ist aber auch möglich, dieses Protokoll durch fortlaufende Aufschriebe (und unter Beifügung der eingelegten Akten etc.) auf entsprechend nummerierten Seiten in der Art eines Heftes oder Aktenfaszikels anzulegen.

Abs. 3 lässt allgemein zu, dass Verfahrenshandlungen (und damit auch die in Art. 85-87 VE noch gesondert geregelten Einvernahmen) mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden, die die schriftlichen Protokollierungen aber nicht ersetzen, sondern nur ergänzen sollen<sup>100</sup>. Am Grundsatz, dass die Verfahrensakten im Prinzip schriftlich sind, soll also festgehalten werden.

### *Einvernahmeprotokolle (Art. 85 VE)*

Für Einvernahmeprotokolle schreibt Art. 85 VE allgemein vor, dass *die vor Strafbehörden gemachten Aussagen fortlaufend zu protokollieren sind* (Abs. 1). Die Protokollierung erfolgt in der Amtssprache, d.h. aufgeschrieben wird bei Einvernahmen, die unter Mitwirkung einer Übersetzerin oder einem Übersetzer erfolgen, die von diesen präsentierte Übersetzung. Die Verfahrensleitung kann bei zentralen Aussagen, bei denen die Originalaussage wesentlich ist, anordnen, dass die Aussage *neben der Übersetzung auch in der Originalsprache* protokolliert wird (Abs. 2), was aber nur bei geläufigeren Fremdsprachen wie Französisch, Italienisch, Englisch oder Spanisch praktikabel sein dürfte. Es ist zudem jederzeit möglich (und sogar sehr erwünscht), dass die im Dialekt gemachte Aussage in wesentlichen Passagen in der Dialektversion protokolliert wird. Hinzuweisen ist sodann auf die generelle Ausnahme von Art. 73 Abs. 1 Satz 2 VE, die es zulässt, Verfahrenshandlungen und damit auch eine gesamte Einvernahme in einer andern Sprache zu führen und zu protokollieren.

Abs. 3 knüpft an die in den meisten schweizerischen Prozessordnungen übliche Praxis an, wonach – anders als in anderen Rechtsordnungen wie z.B. der anglo-amerikanischen – das Frage- und Antwortspiel zwischen Strafbehörde und der einvernommenen Person *nicht wortwörtlich*, sondern dass häufig unter Weglassung der Frage nur die Antwort oder zusammenfassend diverse Antworten protokolliert werden<sup>101</sup>. Diese Protokollierungspraxis, die mit der Übersichtlichkeit der Protokolle begründet werden kann<sup>102</sup>, ist problematisch, da sie leicht zu einer Verfälschung der Aussagen führt<sup>103</sup>. Der Vorentwurf beschränkt sich darauf, die Strafbehörden zu verpflichten, bei zentralen Aussagen Fragen und Antworten zu protokollieren. Es soll indessen darauf verzichtet werden, im Rahmen dieses Vorentwurfs das Problem, inwieweit Fragen und Antworten wortwörtlich zu protokollieren sind, generell in der einen oder andern Richtung zu regeln. Damit bleibt diese Frage weiterhin der Praxis der Strafbehörden von Bund und Kantonen überlassen.

<sup>100</sup> So auch Hauser/Schweri 1999 § 44 N 27.

<sup>101</sup> Hierzu Hauser/Schweri 1999 § 44 N 23a.

<sup>102</sup> Hauser/Schweri 1999 § 44 N 23a unter Hinweis auf BGE 122 IV 110 E. 1/3; vgl. auch ZR 87 (1988) Nr. 96.

<sup>103</sup> Vgl. Schmid 1997 N 565.

### *Protokollierung von Einvernahmen im Vorverfahren (Art. 86 VE)*

Die Aussagen in Einvernahmen im Vorverfahren, also Aussagen, die vor der Polizei, hauptsächlich aber vor der Staatsanwaltschaft, gemacht werden, *werden laufend aufgeschrieben, der einvernommenen Person vorgelesen oder zum Selbstlesen überlassen*. Hernach haben diese Person sowie die beteiligten Behördenvertreter (Art. 83 Abs. 3 VE) das Einvernahmeprotokoll zu *unterzeichnen*.

### *Protokollierung von Einvernahmen in Gerichtsverfahren (Art. 87 VE)*

Art. 87 VE sieht für die Protokollierung von Einvernahmen vor Gerichten Formen vor, die von jenen für das Vorverfahren abweichen. Der Vorentwurf übernimmt damit eine Differenzierung, die bereits in kantonalen Verfahrensrechten zu finden ist: Üblich ist nach verschiedenen Prozessordnungen<sup>104</sup>, dass zwar wie im Vorverfahren Aussagen fortlaufend protokolliert werden. Diese Protokolle werden aber nicht auf separaten Blättern erstellt und den einvernommenen Personen auch nicht zur Unterschrift vorgelegt. Häufig werden diese Aussagen in das Verhandlungsprotokoll des Gerichts integriert und den Einvernommenen lediglich vorgelesen, soweit diese nicht darauf verzichten. Allerdings kann das Gericht anordnen, dass ein separates, von der einvernommenen Person nach Massgabe von Art. 86 VE selbst zu unterzeichnendes Protokoll zu erstellen ist (Abs. 4).

### *Beweiskraft der Protokolle (Art. 88 VE); Berichtigung der Protokolle (Art. 89 VE)*

Formell ordnungsgemässe, d.h. im Einklang mit Art. 83-87 geführte Protokolle, erbringen den *Beweis für die Richtigkeit der darin verkündeten Verfahrenshandlungen*<sup>105</sup>, also beispielsweise dafür, dass der Zeuge Z wie im Protokoll vermerkt auf seine Zeugenpflichten sowie das Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam gemacht wurde (Art. 88 VE). Angesichts der zentralen Bedeutung der Protokolle muss es möglich sein, fehlerhafte Protokolle zu berichtigen; Art. 89 VE sieht dafür das notwendige Instrumentarium vor, das im Wesentlichen den geltenden Verfahrensordnungen entspricht.

### *Berichtigung von Versehen (Art. 90 VE)*

Neben der eigentlich unrichtigen, materiell falschen Protokollierung (Art. 89 VE), ereignen sich in Protokollen, aber auch in weiteren schriftlichen Verfahrenshandlungen der Strafbehörden wie Entscheiden eher als Verschiebe zu bezeichnende Irrtümer. Es kann sich um eine falsche Schreibweise, aber auch Irrtümer in der Bezeichnung von Personen sowie Rechnungsfehler handeln. Hier sieht Art. 90 Abs. 1-3 VE ein *relativ einfaches und formloses Verfahren* der Berichtigung<sup>106</sup> vor.

Abs. 4 regelt speziell den Fall, dass *Beschuldigten in einem Strafentscheid ein falscher Name oder andere wesentliche Personalien gegeben wurde*. Solche Fälle wurden in jüngerer Vergangenheit aktuell, weil Personen, die gestohlene Papiere auf sich trugen, unter falschem Namen (im Regelfall einer völlig unschuldigen und auch ahnungslosen Drittperson) verurteilt

<sup>104</sup> Siehe etwa sinngemäss ZH GVG 143 ff., dazu Hauser/Hauser 1976 531 ff.; ferner BE StrV 77 ff.; LU StPO 46; UR StPO 33; SZ GOG 96; FR StPO 53 ff.; BS StPO 122 Abs. 3; AR StPO 46 Abs. 3; GR StPO 120; AG StPO 55 Abs. 2; TG StPO 46; VS StPO 27 ff.; GE StPO 226.

<sup>105</sup> Einlässlich Aeschlimann 1997 N 725; Clerc 1975 N 134; Hauser/Schweri 1999 § 44 N 26; Maurer 1999 163; Oberholzer 1994 300; Piquerez 2000 N 1586 f.; Schmid 1997 N 564.

<sup>106</sup> Bereits z.B. im geltenden Recht, vgl. etwa ZH GVG 166; BE StrV 78 Abs. 5; Hauser/Schweri 1999 § 45 N 21.

wurden und sich ihre wahre Identität erst später herausstellte. In diesen qualifizierten Irrtumsfällen kann nicht einfach eine Bereinigung nach Abs. 1-3 erfolgen, ja es fragt sich, ob nicht sogar eine Revision notwendig wird, wurde doch allenfalls eine unbescholtene Person zu Unrecht verurteilt. Hier soll anstatt des aufwändigen Revisionsverfahrens auf relativ einfache Weise eine Berichtigung der Personalien in den Entscheiden und dementsprechend in den Strafregistern erfolgen können<sup>107</sup>.

## 228.5 Entscheide (5. Abschnitt, Art. 91-95 VE)

Die schweizerische Strafprozessordnung muss Vorschriften darüber enthalten, *in welchen Formen Strafverfahren abzuschliessen sind*<sup>108</sup>. Diese Regeln finden sich in Art. 91-95 VE.

### *Form im Allgemeinen (Art. 91 VE)*

In Art. 91 VE finden sich *allgemeine Vorschriften zur Art und Form der Strafentscheide*. Der mindestens in den deutschsprachigen Kantonen üblichen Terminologie folgend<sup>109</sup> wird „Entscheid“ als Oberbegriff jener behördlichen Verfahrenshandlungen gewählt, mit der in formalisierter Weise eine materiell-rechtliche oder formell-rechtliche Frage verbindlich entschieden wird. Wird über eine materiell-rechtliche Frage, also die Prozesssache selbst, entschieden, vor allem über Schuld und Unschuld der Beschuldigten, so spricht man von einem *Urteil*. Alle andern End-, aber auch Zwischenentscheide ergehen in einem *Beschluss*, wenn sie von einer Kollektivbehörde, in einer *Verfügung*, wenn sie von einer einzigen Person gefällt werden. Diese Grundregeln wie auch der Vorbehalt zugunsten anderer Formen des Verfahrensabschlusses wie im Strafbefehls- oder Übertretungsstrafverfahren finden sich in Abs. 1.

Abs. 2 enthält einige *Prinzipien, die bei Entscheiden generell zu beachten sind*: So haben diese schriftlich und begründet zu ergehen haben, sie sind zu unterzeichnen etc. Diese Formvorschriften sind nach Abs. 3 bei einfachen verfahrensleitenden Beschlüssen und Verfügungen nicht notwendigerweise zu beachten: Wird z.B. während der Hauptverhandlung die Einvernahme eines weiteren Zeugen abgelehnt, kann dieser Entscheid summarisch begründet mündlich eröffnet werden. Vereinfachte Formen sind hier vertretbar, zumal die im verfahrensleitenden Entscheid behandelte Frage regelmässig mit dem gegen den Endentscheid zulässigen Rechtsmittel überprüft werden kann.

### *Inhalt der Endentscheide (Art. 92 VE)*

Art. 92 VE will einen *einheitlichen Inhalt* von Endentscheiden erreichen und listet relativ detailliert die Bestandteile auf, die dieser aufzuweisen hat.

<sup>107</sup> Vgl. etwa ZH StPO 442; dazu Schmid 1997 N 1143 sowie BGE 101 Ib 222. Ob nach erfolgter Berichtigung eine Revision zugunsten oder zuungunsten des Verurteilten erfolgen kann, vgl. dazu ZR 78 (1979) Nr. 11 = SJZ 75 (1979) 333, bleibe hier offen.

<sup>108</sup> Siehe dazu die allgemeinen Hinweise in Aus 29 mach 1 S. 95.

<sup>109</sup> Zu diesen Fragen vgl. Hauser/Schweri 1999 § 45 N 1 ff.; Oberholzer 1994 450 ff.; Schmid 1997 N 573 ff. Für die französische Terminologie vgl. Piquerez 2000 N 1545 ff.



### *Verzicht auf Begründung (Art. 93 VE)*

Obwohl grundsätzlich die *Pflicht besteht, Urteile zu begründen*<sup>110</sup>, erscheint dieses Recht auf Begründung als verzichtbar. Dementsprechend haben in jüngeren Vergangenheit verschiedene eidgenössische und kantonale Prozessordnungen aus verfahrensökonomischen Gründen die Möglichkeit geschaffen, in einfacheren Fällen auf die Begründung von Urteilen zu verzichten, wenn die Parteien nicht ausdrücklich eine solche verlangen<sup>111</sup>. Diese von der Lehre<sup>112</sup> allerdings teilweise skeptisch aufgenommene Einrichtung hat sich offenbar bewährt. Art. 93 VE übernimmt dieses Postulat: *Ein Verzicht soll bei erstinstanzlichen Urteilen zulässig sein*, unter der Voraussetzung, dass sich die Beschuldigten im Sinne der Anklage geständig erklärten, das Urteil im Schuldpunkt der Anklage entspricht und keine freiheitsentziehende Massnahme oder zu verbüssende Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde. Wurde also beispielsweise eine Geldstrafe, eine gemeinnützige Arbeit oder eine unbedingte Freiheitsstrafe von zehn Monaten oder aber eine bedingte Freiheitsstrafe von drei Jahren ausgesprochen, kann auf die Begründung verzichtet werden. Mussten mit dem Entscheid frühere, bedingt ausgesprochenen Sanktionen widerrufen werden, so darf der aus dem Urteil resultierende Freiheitsentzug zusammengerechnet nicht mehr als ein Jahr betragen (Abs. 1)<sup>113</sup>.

Den kantonalen Mustern folgend ist *nachträglich ein begründetes Urteil zuzustellen*, wenn dies innert Frist von einer Partei verlangt oder ein Rechtsmittel eingelegt wurde (Abs. 2 und 3). Da die Berufungsfrist mit der Aushändigung des Dispositivs zu laufen beginnt (Art. 454 Abs. 2 Bst. a), muss im Hauptfall der Berufung mit der Zustellung des begründeten Urteils keine neue Frist ausgelöst werden. In Fällen von Bundesgerichtsbarkeit, bei denen die Staatsanwaltschaft des Bundes Anspruch auf Zustellung eines vollständigen Urteils hat (Art. 33 Abs. 4 VE) und eine Rechtsmittellegitimation (Art. 452 Abs. 2 VE) besitzt, ist ihr als Partei ebenfalls ein (die Berufungsfrist auslösendes) Dispositiv zuzustellen; sie kann somit auch ein vollständig begründetes Urteil verlangen. Damit werden BStP Art. 267 Abs. 2 und 3 hinfällig.

### *Begründung im Rechtsmittelverfahren (Art. 94 VE)*

Art. 94 VE dient der Prozessökonomie und erlaubt den Rechtsmittelinstanzen, auf die Begründung der Vorinstanz zu verweisen, wenn sie dieser beipflichten.

### *Erläuterung von Entscheiden (Art. 95 VE)*

Entscheide können unklar, unvollständig oder widersprüchlich sein. Die Prozessordnungen sehen, um solche Mängel auf relativ einfache Art und Weise sowie unter Vermeidung unnötiger Rechtsmittel zu beseitigen, zumeist den Rechtsbehelf der Erläuterung vor<sup>114</sup>. Art. 95 VE übernimmt diesen Rechtsbehelf.

<sup>110</sup> Vom Bundesgericht früher aus aArt. 4 BV abgeleitet, siehe BGE 104 Ia 322; 121 I 57.

<sup>111</sup> Vgl. etwa OG 37 Abs. 2<sup>bis</sup>; ZH GVG 160a; BE StrV 315 Abs. 1; LU StPO 187<sup>bis</sup> f.; UR StPO 194; SZ GOG 135; OW StPO 128 Abs. 2; NW StPO 145; AI StPO 22 Abs. 1. Vgl. auch BStP 274 Abs. 3 in der Fassung vom 23.6.00. Zur Thematik siehe Aeschlimann 1997 N 799, 802; Hauser/Schweri 1999 § 45 N 10, 82 N 25; Maurer 1999 440 f.; Schmid 1997 N 576a.

<sup>112</sup> Hierzu etwa Hauser/Schweri 1999 § 45 N 10.

<sup>113</sup> Gleiche Regelung der Zusammenrechnung im Falle des Widerrufs in Art. 24 Abs. 2 Bst. b und Art. 412 Abs. 3.

<sup>114</sup> Etwa OG 145 Abs. 1, ZH GVG 162 ff.; SZ GOG 141; BS StPO 204; AG StPO 169 Abs. 2; VD StPO 378a; JU StPO 316 Abs. 4. Hierzu Hauser/Hauser 1976 586 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 45 N 22.

## 228.6 Eröffnung von Entscheiden; Mitteilungen; Zustellungen (6. Abschnitt, Art. 96-101 VE)

Art. 96-101 regeln die *Formalien* für die Zustellung von Entscheiden und anderen Mitteilungen wie Vorladungen. Diese Vorschläge entsprechen im Grossen und Ganzen den Regelungen der bisherigen schweizerischen Verfahrensrechten<sup>115</sup>.

### *Ort der Zustellungen im Allgemeinen (Art. 98 VE)*

Folgende Vorschläge verdienen besondere Beachtung: Art. 98 Abs. 3 VE sieht vor, dass verfahrensbeteiligte *Personen, die im Ausland wohnen, in der Schweiz ein Zustellungsdomizil bezeichnen müssen*, an das rechtsgültig Zustellungen erfolgen können. Diese Vorschrift, die vielen Kantonen bisher nicht bekannt war, soll die Schwierigkeiten, Personen im Ausland mit Zustellungen zu bedienen, herabsetzen. In gleicher Richtung geht die Vorschrift von Abs. 4, die bei der unterbliebenen Meldung von Adressänderung *Zustellungen an die letzte bekannte Adresse* genügen lässt.

## 228.7 Fristen; Verhandlungstermine; Wiederherstellung (7. Abschnitt, Art. 102-107 VE)

Art. 102-107 VE beinhalten die Fristen und Verhandlungstermine, die Berechnung der Fristen sowie deren Einhaltung und Erstreckung. Ferner werden Säumnis und Säumnisfolgen sowie die Wiederherstellung versäumter Fristen und verpasster Verhandlungen geregelt. In den Hauptpunkten entsprechen diese Regeln den geltenden Prozessordnungen<sup>116</sup> und bedürfen deshalb keiner eingehenden Erläuterung.

### *Gerichtsferien (Art. 102 VE), Respektstunde (Art. 104 VE), Wiederherstellung (Art. 107 VE)*

Hervorgehoben seien nur einige wenige, diskutabile Details. Vorgesehen ist in Art. 102 Abs. 3 VE, dass *Gerichtsferien* - die nicht in diesem Vorentwurf geregelt sind und damit dem kantonalen Recht überlassen bleiben - den Ablauf von gesetzlichen und gerichtlichen Fristen nicht hemmen. Vielen Kantonen ist zudem die sogenannte *Respektstunde* nicht bekannt: Bei Verhandlungen ist die Frist eingehalten, wenn die betreffende Person noch innerhalb einer Stunde nach angesetzter Verhandlung eintrifft (Art. 104 Abs. 4 VE).

Bei der *Wiederherstellung* (auch Reinigung, Restitution; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand genannt; Art. 107 VE) ist die Frage zu entscheiden, ob eine solche nur bei unverschuldeter Säumnis<sup>117</sup> möglich oder ob sie auch bei leichter Fahrlässigkeit<sup>118</sup> zu gewähren ist. Der Vorentwurf schlägt vor, die Wiederherstellung bei gesetzlichen und richterlichen Fristen derjenigen Partei zu gewähren, die nachweist, dass ihr oder ihrem Rechtsvertreter kein grobes

<sup>115</sup> Zusammenfassend etwa Hauser/Schweri 1999 § 44 N 12 ff.; Piquerez 2000 N 1514 ff.

<sup>116</sup> Zusammenfassend Hauser/Schweri 1999 § 43 N 22 ff.; Piquerez 2000 N 1439 ff.; vgl. auch etwa Piller/Pochon 1998 Kommentierung von Art. 64 ff.

<sup>117</sup> So etwa OG 35; BE StrV 76 Abs. 1; LU StPO 48; UR StPO 22; OW GOG 31; NW StPO 35 Abs. 2; BS StPO 32; BL StPO 29 Abs. 2; FR StPO 67 Abs. 1; GR StPO 65a; AG StPO 53; TG StPO 43; TI StPO 21; VD StPO 138; VS StPO 32 Abs. 1; NE StPO 86.

<sup>118</sup> Differenzierend etwa ZH GVG 199 Abs. 2; SZ GOG 129 Abs. 1; SH StPO 101 Abs. 1; zum Ganzen Hauser/Schweri 1999 § 43 N 31.

Verschulden zur Last fällt (Art. 107 Abs. 1 VE). Zuständig zur Behandlung von Wiederherstellungsgesuchen ist jene Behörde, die im Falle der Beachtung der Frist für die Behandlung der Sache zuständig gewesen wäre. Bei Rechtsmittelfristen sind dies die Rechtsmittelbehörden. Bei der Einsprache im Strafbefehls- oder Übertretungsstrafverfahren sind es die Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden, weil sie sich nach erfolgter Einsprache nach Art. 415 f. VE und Art. 423 f. VE wieder mit dem Straffall zu befassen haben.

## 228.8      **Datenschutz (8. Abschnitt, Art. 108-109 VE)**

Es fragt sich, *inwieweit in eine Strafprozessordnung überhaupt Datenschutzbestimmungen gehören*. Einerseits ist zu beachten, dass hängige Strafverfahren nach Art. 2 Abs. 2 Bst. c des BG über den Datenschutz vom 10. Juni 1992 (Datenschutzgesetz, DSG)<sup>119</sup> nicht unter die nach eidgenössischem Recht geschützten Daten fallen. Zudem stellen zahlreiche Bestimmungen des Vorentwurfs (vgl. etwa Art. 78, 80, 81, 111 VE) und vor allem jene über die erkennungsdienstlichen Unterlagen nach Art. 320-325 VE, die die Persönlichkeit der verfahrensbetroffenen Personen schützen, direkt oder indirekt Datenschutz dar. Hingegen enthalten beispielsweise die Bundesstrafprozessordnung – allerdings vor allem mit Blick auf die präventiv orientierte Tätigkeit von Bundesanwaltschaft und Bundespolizei – Datenschutzbestimmungen. Solche finden sich vereinzelt ebenfalls in neueren kantonalen Prozessordnungen<sup>120</sup>. Diese Bestimmungen berücksichtigen, dass zwar die Interessen von Personen, die als Beschuldigte erfasst werden, durch die ihnen eingeräumten vielfältigen Einsichts- und Mitwirkungsrechte durch die allgemeinen Strafprozessregeln durchaus angemessen gewahrt sind. Es ist indessen nicht zu übersehen, dass eine moderne Strafverfolgung vor allem in der Fahndungsphase nicht ohne die Bearbeitung von Informationen über Personen auskommt, die nicht als Parteien in den Verfahrensakten erscheinen. Es muss insbesondere in der polizeilichen Ermittlungsphase möglich sein, auf einer breiteren Basis Informationen über Personen auszuwerten, bei denen auch nur entfernt eine Verbindung mit der Straftat zu vermuten ist. Dies gilt vorab, falls für die Fahndung EDV-Informationssysteme oder die sogenannte Rasterfahndung<sup>121</sup> einzusetzen oder Persönlichkeitsprofile zu erstellen sind.

Im Rahmen dieser gesamtschweizerischen Strafprozessordnung sind daher *gewisse grundlegende Prinzipien* bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten im Sinne von Art. 3 Bst. c DSG zu regeln<sup>122</sup>. Allerdings wird von einer eingehenden Regelung, wie sie beispielsweise §§ 98a ff. der deutschen StPO kennen, abgesehen. Die vorgeschlagenen Bestimmungen entsprechen weitgehend dem zur Zeit geltenden Art. 29<sup>bis</sup> BStP.

### *Sammlung und Bearbeitung von Personendaten (Art. 108 VE)*

Art. 108 Abs. 1 VE ermöglicht den Strafverfolgungsbehörden zunächst, Personendaten in einem weiteren Sinn zu bearbeiten und wie schon einleitend erwähnt, für die Fahndung die elektronische

<sup>119</sup> SR 235.1; hierzu etwa Buntschu in DSG-Kommentar Art. 2 N 43 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 65 N 13.

<sup>120</sup> Siehe etwa BE StrV 82; dazu Aeschlimann 1997 N 752 ff., 1270; Maurer 1999 167.

<sup>121</sup> Hierzu und zu ähnlichen Techniken wie der Datenabgleich (mit Hinweisen auf die deutschen Regelungen in §§ 98a ff. StPO) Zalunardo-Walser 1998 153 ff.; sehr allgemein Urs Rechsteiner, L'informatique au service de la police, ZStrR 106 (1989) 74 ff.

<sup>122</sup> In diese Richtung offensichtlich auch Aus 29 mach 1 S. 82 f. Allgemein Belser in DSG-Kommentar Art. 3 N 9 ff., N 19 ff.

Datenverarbeitung einzusetzen, die sogenannte Rasterfahndung anzuwenden oder Persönlichkeitsprofile zu erstellen. Solche *Fahndungsmittel* erfassen regelmässig eine Vielzahl von Personen worunter sich eine Mehrzahl befindet, die mit dem fraglichen Delikt nichts zu tun haben. Diese erscheinen später nicht notwendigerweise in den Strafakten, obwohl sie in die Fahndung einbezogen worden waren. Indem solche Fahndungsmittel in Art. 108 Abs. 1 VE ausdrücklich für einsetzbar erklärt werden, wird die allenfalls denkbare Streitfrage, ob es sich bei diesen Fahndungen um hängige Strafverfahren<sup>123</sup> handelt und damit eine besondere datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage gemäss Art. 17 Abs. 1 DSGVO für Bundesstrafbehörden bzw. gemäss Art. 4 Abs. 1 DSGVO für kantonale Strafbehörden erforderlich ist, weitgehend beseitigt.

Der Vorentwurf enthält wie schon angeführt an zahlreichen Orten Bestimmungen, die dem Datenschutz zugerechnet werden können. Abs. 2 hält zur Klarstellung fest, dass vorab die Normen, die die erkenntnisdienliche Erfassung von Personen (Art. 320-325 VE) regeln, wie auch die in der weiteren Bundesgesetzgebung enthaltenen vergleichbaren Vorschriften, vor allem jene gemäss dem Bundesgesetz über kriminalpolizeiliche Zentralstellen des Bundes vom 7. Oktober 1994<sup>124</sup>, vorbehalten bleiben.

Abs. 3 geht wie der zur Zeit geltenden Art. 29<sup>bis</sup> Abs. 3 BStP<sup>125</sup> davon aus, dass *Personendaten grundsätzlich für die Betroffenen erkennbar beschafft werden sollten*, falls dadurch das Vorverfahren nicht gefährdet oder unverhältnismässig aufwändig wird. In vielen Fällen würde aber der Zweck dieser Datenbeschaffung und -bearbeitung nicht erreicht, wenn die betroffenen Personen davon erfahren würden. Personenbezogene Daten können deshalb auch auf anderem Weg, beispielsweise durch Verwendung von Einwohner-, Betreibungs-, Handels- oder Steuerregister oder den bei Strafbehörden vorhandenen Informationen, beschafft werden.

Gemäss Abs. 4 ist auf Verlangen den betroffenen Personen in Anwendung von Art. 8 DSGVO *nachträglich Auskunft* über die Sammlung und Bearbeitung ihrer Daten zu erteilen. Allerdings gelten die gleichen Einschränkungen wie nach Art. 9 DSGVO<sup>126</sup>: Die Auskunftserteilung kann verweigert werden, wenn dies überwiegende Interessen Dritter erfordern (Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSGVO). Wesentlich sind sodann die Beschränkungen nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO, die nach diesem Gesetz grundsätzlich nur für Bundesbehörden und nach der hier vorgeschlagenen Regelung auch für kantonale Strafbehörden gelten sollen. Danach kann die Auskunft verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden, wenn dies überwiegende öffentliche Interessen verlangen. Die Auskunft kann im Weiteren beschränkt werden, wenn die Auskunft den Zweck einer Strafuntersuchung oder eines anderen Untersuchungsverfahrens in Frage stellen würde.

#### *Verwendung, Berichtigung und Vernichtung der Daten (Art. 109 VE)*

Art. 109 Abs. 1 VE bestimmt zunächst, dass Personendaten auch in einem anderen Strafverfahren verwendet werden können, wenn anzunehmen ist, dass sie auch für dieses wesentliche Aufschlüsse geben können. Damit geht Abs. 1 weiter als Art. 29<sup>bis</sup> Abs. 4 BStP, die nur bei konkreten Anhaltspunkten eine Aktenvernetzung zulässt<sup>127</sup>. Abs. 1 lässt eine systematische Vernetzung verschiedener Fälle zu. Wird z.B. bei einer Vergewaltigung nach einem bestimmten

<sup>123</sup> Dazu Buntschu in DSGVO-Kommentar Art. 2 N 47 ff.

<sup>124</sup> SR 172.213.71.

<sup>125</sup> Dazu Lobsiger 2000 245 ff.

<sup>126</sup> Allgemein Dubach in DSGVO-Kommentar Art. 9 N 13 ff., 25 ff.

<sup>127</sup> Zu den Beschränkungen von Art. 29<sup>bis</sup> BStP Lobsiger 2000 237 f.

Tätertypus unter Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsprogramme und vielleicht unter Einsatz von erstellten Täterprofilen gefahndet, so dürfen diese gesammelten Daten und die daraus gewonnenen Erkenntnisse auch in einem anderen Vergewaltigungsfall eingesetzt werden.

Eine wesentliche *Schranke gegen einen Missbrauch* enthält Satz 2 von Abs. 1; Personendaten dürfen nur für andere Strafverfahren, hingegen nicht für andere Zwecke wie z.B. solche fremdenpolizeilicher oder steuerrechtlicher Art verwendet werden. Abs. 2 übernimmt zudem das in Art. 5 DSG festgelegte Prinzip, dass wer Personendaten bearbeitet, für deren Richtigkeit zu sorgen hat und dass jede betroffene Person eine Berichtigung unkorrekter Daten verlangen kann. Sind Personendaten unrichtig, so müssen sie die zuständigen Strafbehörden unverzüglich, spätestens aber beim Abschluss des Vorverfahrens berichtigen und andere Behörden, denen unrichtige oder bestrittene Daten mitgeteilt worden sind, sofort über die Berichtigung oder den Bestreitungsvermerk informieren.

Abs. 3 regelt die *Vernichtung nicht mehr benötigter Daten*. Soweit diese Eingang in Strafakten gefunden haben, richtet sich ihr Schicksal nach den Vorschriften von Art. 110-113 VE, die die Aufbewahrung von Akten auch über die rechtskräftige Erledigung hinaus regeln. Wenig praktikabel wäre es, gewisse Akten vorzeitig zu vernichten; die Aktendossiers müssen bis zu ihrer gesamthaften Vernichtung oder Übergabe an irgendwelche Archive komplett bleiben. Die in Abs. 3 statuierte Pflicht, Personendaten zu vernichten, wenn sie nicht mehr benötigt werden, bezieht sich somit auf solche, die ausserhalb eines gegen bestimmte Beschuldigte eröffneten Vorverfahrens gesammelt, dokumentiert und bearbeitet wurden<sup>128</sup>. Soweit parallel zur entsprechenden Bestimmung bei den erkennungsdienstlichen Unterlagen in Art. 322 Abs. 3 VE können solche Personendaten und die daraus gewonnenen Ergebnisse *während längstens 10 Jahre aufbewahrt und weiter verwendet werden*, wenn zu erwarten ist, dass dies zur Aufdeckung ungeklärter künftiger Straftaten wesentlich erscheint.

Weil die in diesem Abschnitt zu findenden Datenschutzbestimmungen nur sehr rudimentär sind, schlägt Abs. 4 vor, dem *Bundesrat* die Befugnis einzuräumen, die Einzelheiten der Auskunftspflichten der Behörden über die bearbeiteten Daten sowie deren Vernichtung zu regeln.

Gemäss Abs. 5 steht bei Anständen im Zusammenhang mit der Sammlung, Verwendung, Berichtigung und Vernichtung der Daten zwischen Strafbehörden und den betroffenen Personen die Beschwerde nach Art. 461-466 VE zur Verfügung. Für die Behandlung dieser *Beschwerde* ist die Beschwerdeinstanz zuständig, die endgültig entscheidet.

## **228.9 Akten und Akteneinsicht (9. Abschnitt, Art. 110-113 VE)**

Art. 110-113 VE regeln, wie als Folge der in Ziff. 228.4 erwähnten Dokumentationspflicht die *Strafakten anzulegen und nach Abschluss des Verfahrens aufzubewahren und zu archivieren* sind. Zugleich wird die Akteneinsicht bei hängigem Verfahren normiert. Diese Vorschriften entsprechen weitgehend den geltenden schweizerischen Prozessrechten.

---

<sup>128</sup> Es sind dies Daten von Personen, die z.B. bei zunächst unbekannter Täterschaft in die Ermittlungen einbezogen wurden, später jedoch als Täter ausgeschlossen werden konnten.

### *Akten im Allgemeinen (Art. 110 VE)*

Grundsätzlich muss in allen Strafverfahren ein *systematisch geordnetes Aktendossier* angelegt werden, das neben den in Art. 84 und 85 VE geregelten Verfahrens- und Einvernahmeprotokollen sämtliche Schriftstücke und weiteren Sachbeweise, die zu den Akten genommen werden, zu enthalten hat. Abs. 2 verweist auf die gewöhnlich angewandte chronologische Einordnung. Nicht ausgeschlossen, ja sogar erwünscht, ist, dass namentlich in umfangreicheren Straffällen, vor allem solchen mit mehreren Straftaten, eine andere Systematik gewählt wird.

Wie Abs. 3 betont, gehören zu einer geordneten Anlage eines Aktendossiers Verzeichnisse; solche sind zur Kontrolle der vorhandenen Dokumente unerlässlich, insbesondere, wenn Dossiers den Berechtigten zur Einsichtnahme ausgehändigt werden. Klare, vollständige und laufend nachgeführte Aktenverzeichnisse widerlegen auch den Verdacht, dass die Strafbehörden gewisse Akten zurückhalten und m.a.W. verpönte Geheimakten führen<sup>129</sup>.

### *Akteneinsicht bei hängigen Verfahren (Art. 111 VE)*

Das Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten in einem hängigen Verfahren bildet Bestandteil des von Art. 29 Abs. 2 BV ausdrücklich gewährten Anspruchs auf rechtliches Gehör und ist im Grundsatz unbestritten<sup>130</sup>. Diskussionspunkt bei der Ausgestaltung der Verfahrensrechte der Parteien, vor allem der Beschuldigten, ist regelmässig der *Zeitpunkt*, von welchem an Akteneinsicht zu gewähren ist. Die in älteren Strafprozessordnungen zu findende Regelung, dass ein Anspruch auf Akteneinsicht grundsätzlich erst nach Abschluss der Untersuchung besteht<sup>131</sup>, steht nicht mehr im Einklang mit zeitgemässen Auffassungen über die Verfahrensrechte der Parteien, auch wenn eine solche Regelung soweit ersichtlich bisher noch als im Einklang mit der BV und der EMRK stehend betrachtet wurde<sup>132</sup>. Elastischer sind diesbezüglich jene Prozessgesetze, die die Akteneinsicht zulassen, wenn der Untersuchungszweck dadurch nicht gefährdet wird<sup>133</sup>.

Art. 111 Abs. 1 VE sieht unter Vermeidung dieser etwas schwammigen Formel vor, dass die *Akteneinsicht spätestens nach der ersten Einvernahme des Beschuldigten sowie Abnahme der wichtigsten Beweise* zu gewähren ist. Konkret bedeutet dies z.B. in einem Fall von Vergewaltigung, dass die Akteneinsicht zu gewähren ist, wenn der Täter und das Vergewaltigungsoffer von der Staatsanwaltschaft einvernommen wurden. Bedenkt man, dass die Beschuldigten und ihre Verteidigung bei Zeugeneinvernahmen anwesend sein und Ergänzungsfragen stellen können (Art. 156 ff. VE), wird es sich in Fällen wie dem genannten oft empfehlen, z.B. der Verteidigung schon vor der Zeugeneinvernahme des Opfers Akteneinsicht zu gewähren, da das Recht auf Ergänzungsfragen ohne Aktenkenntnis kaum ausgeübt werden kann. Die Folge fehlender Akteneinsicht dürfte deshalb nicht selten die Notwendigkeit einer weiteren Zeugeneinvernahme nach nachgeholter Akteneinsicht sein, was weder der Verfahrensökonomie noch dem

<sup>129</sup> Siehe Hauser/Schweri 1999 § 55 N 14; Oberholzer 1994 139; Piquerez 2000 N 780 a.E.; Schmid 1997 N 212. Allgemein Piquerez 2000 N 775 ff.

<sup>130</sup> Statt vieler m.w.H. Hauser/Schweri 1999 § 55 N 12 ff.

<sup>131</sup> So noch BStP 119; LU StPO 66; UR StPO 151 Abs. 1; NW StPO 108 Abs. 1; OW StPO 91 Abs. 1; ZG StPO 32 Abs. 1; SO StPO 100 Abs. 2; AR StPO 149; SG StPO 174; GR StPO 97; TG StPO 78.

<sup>132</sup> BGE 101 Ia 18; Schmid 1997 N 266.

<sup>133</sup> So etwa ZH StPO 17 Abs. 1; BE StrV 82; SZ StPO 66; BS StPO 103 Abs. 2; AR StPO 149 Abs. 1; AI StPO 25 f.; NE StPO 132; VD StPO 43; VS StPO 59; GE StPO 142; JU StPO 112.

Opferschutz dient. Der Zeitpunkt der ersten Akteneinsicht kann aber hinausgeschoben werden, wenn im Sinne von Art. 118 VE eine effektive Missbrauchsgefahr besteht.

Akteneinsicht in beschränktem Umfang ist auch *anderen Behörden, insbesondere Zivil- oder Strafgerichten in konnexen Verfahren*, zu gewähren. Die Voraussetzungen dazu sind in Abs. 2 geregelt.

*Drittpersonen*, die nicht Parteien sind, wird Akteneinsicht nur gewährt, wenn sie ein wissenschaftliches oder ein anderes schützenswertes Interesse geltend machen können. Eine Akteneinsicht ist aber ausgeschlossen, wenn damit erhebliche private oder öffentliche Interessen, vor allem der Schutz der Privatsphäre, trotz Schutzmassnahmen nach Art. 112 Abs. 1 VE beeinträchtigt werden könnten (Abs. 3).

#### *Vorgehen (Art. 112 VE)*

Art. 112 VE berücksichtigt in Abs. 1 vor allem den *Schutz anderer Interessen*, die durch die Einsicht und die damit allenfalls bewirkte Verfahrensverzögerung gefährdet werden könnten. Es ist Aufgabe der Verfahrensleitung, die über die Akteneinsicht entscheidet, die erforderlichen Schutzmassnahmen zu treffen. Nach Art. 118 VE sind Einschränkungen des rechtlichen Gehörs zulässig. Es kann in den dort festgelegten Grenzen die Akteneinsicht eingeschränkt oder verweigert werden.

Abs. 2 übernimmt die schon bisher bei der Akteneinsicht weitverbreitete Regelung, dass die *Einsicht üblicherweise am Amtssitz der Strafbehörde*, bei welcher der Fall hängig ist, auszuüben ist und dass nur Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Anrecht auf Zustellung an ihr Domizil haben. Auch der Anspruch gemäss Abs. 3, auf *eigene Kosten Kopien* der einzusehenden Akten zu erhalten, dürfte in den meisten schweizerischen Prozessgesetze verankert sein; er wird übrigens auch vom Bundesgericht aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitet<sup>134</sup>. Die Kosten dafür sollen in einer bundesrätliche Verordnung festgelegt werden.

#### *Aktenaufbewahrung (Art. 113 VE)*

Art. 113 VE regelt das weitere Schicksal der Straftakten vor allem *nach rechtskräftiger Erledigung der Strafsache* (Abs. 1). Die Bestimmung beschränkt sich neben der Normierung der Rückgabe eingelegter Originalakten (Abs. 2) darauf, vorzusehen, dass Akten erledigter Straffälle mindestens bis zum Ablauf der absoluten Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung aufzubewahren sind (Abs. 3). Im Übrigen wird für Einzelheiten auf eine Verordnung des Bundesrates verwiesen (Abs. 4). Die Akteneinsicht ist soweit kongruent mit jener im hängigen Verfahren geregelt (näher Abs. 5)<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> Siehe hierzu BGE 92 IV 18; 108 Ia 8; ferner Oberholzer 1994 140; Piquerez 2000 N 786; Schmid 1997 N 267.

<sup>135</sup> Die Archivierung selbst richtet sich bei kantonalen Akten nach kantonalem Recht, bei jenen eidgenössischer Behörden primär nach dem Bundesgesetz über die Archivierung vom 26. Juni 1998, SR 152.1, welches in Art. 1 Abs. 3 allerdings dem Bundesgericht eine eigene Regelung hinsichtlich der Archivierung seiner Unterlagen zugesteht. Zur Archivierung allgemein Lobsiger 2000 231 ff.

## 23 Parteien und andere am Verfahren beteiligte Personen (Dritter Titel)

Der Dritte Titel des Vorentwurfs regelt die Rolle sowie die Verfahrenshandlungen der am Verfahren beteiligten (privaten) Parteien.

### 231 Allgemeines (1. Kapitel; Art. 114 – 119 VE)

#### 231.1 Begriff und Stellung (1. Abschnitt, Art. 114 - 118 VE)

##### *Begriff der Partei (Art. 114 VE)*

Art. 114 VE definiert den Begriff der Partei und schlägt in Abs. 1 Bst. a und b vor, diesen Begriff zunächst für die *privaten Hauptbeteiligten* im Strafverfahren, nämlich für den Beschuldigten sowie die Privatklägerschaft zu verwenden. Wie Abs. 1 Bst. c betont, kommt im Haupt- und Rechtsmittelverfahren, also nach Anklageerhebung (Art. 361 ff. VE), die Parteistellung auch der Staatsanwaltschaft zu. Während des Vorverfahrens entspricht ihre Rolle nicht einer Partei, da sie in diesem Stadium das Verfahren führt. Der Vorentwurf folgt somit hinsichtlich der Zuweisung der Parteipollen in Art. 114 VE dem Vorschlag der Experten<sup>1</sup>.

Die Anwendung des Parteibegriffs auf die privaten Verfahrensbeteiligten ist umstritten und wird in der Literatur überwiegend abgelehnt<sup>2</sup>; tatsächlich erscheint es problematisch, etwa vom Beschuldigten als Partei zu sprechen, verbindet sich doch mit diesem Begriff weitgehend die im Zivilprozess gegebene Möglichkeit, mit dem Widerpart auf der gleichen Ebene und mit den gleichen Mitteln („Waffengleichheit“) zu streiten, eine Gleichstellung, die zwar im Hauptverfahren ohne weiteres gegeben ist, den Beschuldigten im Vorverfahren indessen weitgehend fehlt. Im Strafprozess haben die Beschuldigten und teilweise auch die Geschädigten sodann keine Parteiherrschaft; vor allem fehlt ihnen anders als einer Partei im Zivilprozess die Möglichkeit, über die Streitsache selbst zu verfügen. Die Geschädigten können im Strafpunkt ihre Rechtsbegehren (also primär die Strafanzeige) mindestens bei Officialdelikten nicht zurückziehen, und die Beschuldigten können die Strafklagen nicht anerkennen. Es ist primär die Stellung der Beschuldigten, die die neuere Strafprozesslehre dazu veranlasst hat, den Begriff des Verfahrensbeteiligten jenem der Partei vorzuziehen. Wenn dieser Vorentwurf trotzdem durchgehend den Begriff der Partei verwendet, so einerseits aus Gründen der begrifflichen und sprachlichen Vereinfachung<sup>3</sup>. Andererseits erscheint diese Begriffswahl auch mit Blick auf die romanischen Sprachen naheliegend, weil vorab in der französischen Gesetzessprache der Begriff der Partei, nicht aber jener des Verfahrensbeteiligten gebräuchlich ist.

Nach Abs. 2 können Bund und Kantone neben der Staatsanwaltschaft *weiteren Behörden*, die öffentliche Interessen zu wahren haben, Parteirechte einräumen. Diese Bestimmung übernimmt die bereits in einzelnen Kantonen vorhandenen Regelungen, wonach beispielsweise die

<sup>1</sup> Aus 29 mach 1 S. 84.

<sup>2</sup> Dazu und zum Folgenden Aeschlimann 1997 N 503 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 42 ff.; Clerc 1975 N 88 f.; Hauser/Schweri 1999 § 36 N 1 ff.; Maurer 1999 114; Oberholzer 1994 123 ff.; Piller/Pochon 1998 Kommentierung von Art. 29 ff.; Piquerez 2000 N 1158 ff., 1164 ff.; Schmid 1997 N 450.

<sup>3</sup> Dieses Anliegen findet sich deutlich im Expertenbericht Aus 29 mach 1 S. 84, wo angeführt wird: „Der in den heutigen Strafprozessgesetzen herrschende Wirrwarr von Parteibezeichnungen soll durch ein einheitliches Begriffssystem ersetzt werden“.



Fürsorge-, Sozial- oder die Umweltschutzbehörden bei Delikten in diesen Bereichen Rechtsmittel einlegen können<sup>4</sup>.

Im Zusammenhang mit Abs. 2 stellt sich die Frage, ob auch *Vereinigungen Verfahrensrechte oder gar eine Parteistellung zuzugestehen ist, die es sich zur Aufgabe machen, allgemeine Interessen zu schützen*. Es sind diese beispielsweise Umwelt- oder Tierschutzverbände sowie Organisationen die sich dem Kampf gegen den Rassismus widmen. Im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Rassismus ist am 13. Juni 2000 im Nationalrat die Motion Schwaab eingereicht worden, um antirassistischen Vereinigungen die Beschwerdelegitimation einzuräumen<sup>5</sup>. Der Bundesrat nahm am 6. September 2000 dazu Stellung und beantragte, die Motion in ein Postulat umzuwandeln; er stellte in Aussicht, das Anliegen im Rahmen der laufenden Gesetzgebungsarbeiten (so im Strafprozessrecht) zu prüfen. - Der vorliegende Vorentwurf verzichtet darauf, Verbänden (vorab solchen, die sich den Kampf gegen den Rassismus führen) Parteistellung einzuräumen und damit Rechtsmittelmöglichkeiten zu gewähren. Die Gründe, die gegen ein solches Verbandsbeschwerderecht sprechen, ergeben sich weitgehend bereits aus der bundesrätlichen Antwort vom 6. September 2000: Entgegen andern Rechtsgebieten, die eine Verbandslegitimation kennen (etwa im Bereich des unlauteren Wettbewerbs, Art. 10 UWG<sup>6</sup>) ist im Straf- und Strafprozessrecht mit der Staatsanwaltschaft eine Behörde vorhanden, die allgemeine, überindividuelle Rechte zu wahren und den Strafanspruch von Amtes wegen durchzusetzen hat (vgl. Art. 7 und 18 VE). Es ist denn auch nicht zuletzt bei der Durchsetzung der Antirassismus-Strafnorm festzustellen, dass die Staatsanwaltschaften ihren Strafverfolgungspflichten durchaus nachkommen<sup>7</sup>. Falls die Strafverfolgungsbehörden nicht aus eigenem Antrieb ein Verfahren eröffnen, kann jedermann, der solche Delikte feststellt, also auch ein Verband, eine Strafanzeige erstatten und damit eine Strafuntersuchung auslösen (Art. 329 VE). Die Einführung von Verfahrensrechten für solche Verbände würde im Übrigen den im schweizerischen Strafverfahrensrecht weitgehend beachteten und vom vorliegenden Vorentwurf übernommenen Grundsatz durchbrechen, dass als Parteien im Prinzip nur die Beschuldigten, die Privatklägerschaft und der verfolgende Staat zugelassen sind (Abs. 1). Die Zulassung weiterer Parteien hätte für das Strafverfahren verschiedene Konsequenzen, die in ihren Auswirkungen erst noch evaluiert werden müssten<sup>8</sup>. Unvermeidbar wäre in jedem Fall eine Erschwerung des Verfahrensablaufs, die mit den dadurch erzielten Vorteilen wohl in einem Missverhältnis stünde.

#### *Andere Verfahrensbeteiligte (Art. 115 VE)*

Art. 115 VE berücksichtigt den Umstand, dass im Strafverfahren nicht nur die Interessen der Beschuldigten und der Privatklägerschaft, sondern auch die weiterer Privaten tangiert sein

<sup>4</sup> Siehe z.B. ZH StPO 395; BE StRV 93 Abs. 3; NW StPO 22 Abs. 4; OW StPO 9 Abs. 3; FR StPO 29 Bst.d, 196 Bst.e; SG StPO 50.

<sup>5</sup> 00.3268.

<sup>6</sup> Zur Rechtsmittellegitimation von solchen Berufsverbänden und Interessenorganisationen als Strafantragsteller BGE 120 IV 154.

<sup>7</sup> Dies ergibt sich namentlich aus dem Bundesgerichtsurteil, in welchem das höchste Gericht eine Rechtsmittellegitimation solcher Verbände verneinte und auf den sich die Motionärin Schwaab ausdrücklich bezog: In jenem Fall hatte die Staatsanwaltschaft den Fall bereits von sich aus ans Bundesgericht weitergezogen, d.h. im konkreten Fall wäre die Sache vom Bundesgericht auch ohne Rechtsmittel u.a. der Ligue Internationale contre le Racisme et l'Antisémitisme behandelt worden, vgl. BGE 125 IV 206.

<sup>8</sup> Unklar wäre z.B., ob alle sich einschaltenden Verbände zuzulassen wären (mit der Folge, dass vielleicht drei oder vier Verbandsvertreter vor Gericht plädieren könnten), wie bei unterschiedlichen Anträgen vorzugehen wäre, ob solche Verbände beispielsweise im Rahmen von Art. 497 Abs. 1 VE kostenpflichtig wären etc.

können. Es sind vor allem Personen, die ohne Partei im Sinne von Art. 114 Abs. 1 VE zu sein, im Strafprozess eine Rolle spielen. Abs. 1 Bst. a-d listet die Anzeigerstatterinnen und Anzeigererster, Zeuginnen und Zeugen, Auskunftspersonen sowie Sachverständige auf. Abs. 1 Bst. e nennt jene Personen, die durch Verfahrenshandlungen beschwert werden, ohne dass sie selbst Partei sind, also beispielsweise die Person, bei denen im Sinne von Art. 273-277 VE Gegenstände oder Vermögenswerte beschlagnahmt und eingezogen werden. Man könnte diese Personen Verfahrensbetroffene nennen.

Abs. 2 spricht diesen anderen Verfahrensbeteiligten die gleichen Verfahrensrechte zu wie einer Partei, soweit *sie durch behördliche Verfahrenshandlungen betroffen* sind und dies zur Wahrung ihrer Interessen notwendig ist<sup>9</sup>. Die Person, der ein Gegenstand durch Beschlagnahme entzogen wurde, ist also beispielsweise zur Beschwerde nach Art. 462 VE berechtigt und kann soweit notwendig Akteneinsicht verlangen.

#### *Prozessfähigkeit (Art. 116 VE)*

Art. 116 VE spricht wie das Zivilprozessrecht<sup>10</sup> von Prozessfähigkeit und damit von der *Fähigkeit, im Strafprozessrecht als Partei eine aktive oder passive Rolle zu spielen*<sup>11</sup>. Prozessfähigkeit setzt Handlungsfähigkeit voraus (Abs. 1); nicht Handlungsfähige werden durch die Inhaberin oder den Inhaber der elterlichen Gewalt oder den Vormund vertreten (Abs. 2). Eine Vertretung ist ausgeschlossen bei Handlungen, die die Partei selbst vornehmen muss. Dies betrifft vor allem Prozesshandlungen der Beschuldigten wie die Teilnahme an Einvernahmen, Gerichtsverhandlungen usw., bei denen keine Vertretung möglich ist (vgl. dazu Art. 123 Abs. 1 VE). Abs. 3 hält fest, dass Urteilsfähige höchstpersönliche Rechte ausüben können, beispielsweise Rechtsmittel einlegen oder zurückziehen, soweit dabei nicht nur die Zivilansprüche betroffen sind. Üben sowohl die gesetzlichen Vertreterinnen oder Vertreter wie auch diese Urteilsfähigen solche Rechte in unterschiedlicher Weise aus, ist im höchstpersönlichen Bereich auf die Verfahrenshandlung der Urteilsfähigen abzustellen.

#### *Allgemeine Rechte der Parteien; Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 117 VE)*

Art. 117 VE umschreibt allgemein die grundlegenden Rechte der Parteien und verweist in Abs. 2 vor allem auf den Anspruch auf rechtliches Gehör. Abs. 3 erwähnt die *hauptsächlichsten Bestandteile des rechtlichen Gehörs*, das Recht auf Akteneinsicht (Bst. a), die Teilnahme an Verfahrenshandlungen (Bst. b), den Beizug einer Verteidigung, eines Rechtsbeistandes oder einer Vertretung (Bst. c), die Äusserung zum Verfahren (Bst. d) und die Stellung von Anträgen (Bst. e). Abs. 4 betont die sogenannte *richterliche Fürsorgepflicht*, die es den Strafbehörden zur Pflicht macht, vor allem die rechtsungewohnte und nicht anwaltschaftlich unterstützte Partei auf ihre Rechte und die nachteiligen Folgen der Pflichtverletzungen aufmerksam zu machen<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Dies entspricht weitgehend der jetzigen Rechtslage, vgl. dazu Aeschlimann 1997 N 612 ff.; Maurer 1999 144; Piquerez 2000 N 1406; Schmid 1997 N 527 ff.

<sup>10</sup> Statt vieler Frank/Sträuli/Messmer 1997 §§ 27/28 N 1 ff.; Vogel 1997 § 24 N 16 ff.

<sup>11</sup> Einlässlich Rehberg 1994 243 ff.; ferner Aeschlimann 1997 N 505; Hauser/Schweri 1999 § 36 N 1 ff.; Maurer 1999 114, 124; Oberholzer 1994 127 ff.; Piquerez 2000 N 1179 ff.; Schmid 1997 N 467 ff.

<sup>12</sup> Zu dieser Pflicht Schmid 1997 N 245 f.

*Einschränkungen des rechtlichen Gehörs und weiterer Verfahrensrechte (Art. 118 VE)*

Art. 118 VE lässt eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs unter Einschluss der Teilnahme- und Verteidigungsrechte zu, wenn zu befürchten ist, dass die Partei oder ihre Verteidigung, ihr Rechtsbeistand oder ihre Vertretung diese Rechte missbrauchen<sup>13</sup>. Diese allgemeine Einschränkungsmöglichkeit<sup>14</sup> ist das Gegengewicht zu der recht weitgehenden Gewährung von Akteneinsichts- und Verteidigungsrechten (Art. 156 ff.; Art. 111 f. VE, ferner Art. 168 und 236 VE). Namentlich *Missbräuche der Anwältinnen und Anwälte der Parteien* sind zwar regelmässig standeswidrig, die Ahndung solcher Verletzungen von Standesregeln steht jedoch nicht den Strafbehörden zu. Diesen fehlt auch die Befugnis, Anwältinnen und Anwälte vom Verfahren auszuschliessen. Die Einschränkung des rechtlichen Gehörs und weiterer Rechte ist hier die einzig praktikable Gegenmassnahme<sup>15</sup>. Um das Recht auf rechtliches Gehör aber gerade im Anfangsstadium des Vorverfahrens nicht illusorisch zu machen, sind diese Einschränkungen nur zulässig, wenn der Missbrauch feststeht oder aber ein begründeter Verdacht für einen solchen spricht. Das in vielen geltenden Verfahrensgesetzen erwähnte, wenig fassbare „gefährdete Verfahrensinteresse“<sup>16</sup> genügt somit allein nicht mehr, um das rechtliche Gehör vor allem in der Anfangsphase des Vorverfahrens einzuschränken.

Abs. 2 lässt eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs wie auch der Teilnahmerechte zudem zu, wenn die *Sicherheit von Personen gefährdet* oder dies *für den ordnungsgemässen Ablauf des Strafverfahrens notwendig* ist. Beschränkungen sind weiter zum Schutz von *Geheimhaltungsinteressen* zulässig. Bei solchen Gefahren müssen dafür einerseits Anhaltspunkte bestehen und andererseits die Schutzmassnahmen verhältnismässig sein. Bei Abs. 2 handelt es sich um allgemeine Ausschlussgründe; besondere Schutzmassnahmen sind in anderer Stelle etwa im Zusammenhang mit der Öffentlichkeit der Verhandlungen in Art. 78 VE und vor allem mit der Durchführung von Einvernahmen von Zeuginnen und Zeugen usw. in Art. 160 ff. VE vorgesehen und gehen diesen allgemeinen Schutzbestimmung in Abs. 2 vor.

Die Ausnahmen von Abs. 1 und 2 sind zurückhaltend und unter Anwendung des *Verhältnismässigkeitsgrundsatzes* anzuwenden. Abs. 3 verlangt daher, dass solche Beschränkungen nur für eine bestimmte Zeit (z.B. eine Beschränkung der Akteneinsicht, bis ein wichtiger Beweis abgenommen, z.B. ein Zeuge einvernommen wurde), für einzelne Verfahrenshandlungen (z.B. gewisse Einvernahmen) oder bezüglich einzelner Aktenstücke (z.B. ein Gutachten, welches vertrauliche Informationen enthält, deren Kenntnisnahme die Persönlichkeitsrechte oder aber Geschäftsgeheimnisse verletzen könnte) erlaubt werden. Häufig liegt der Grund, der zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs führt, in der Partei, nicht aber deren Anwältin oder Anwalt. Enthält z.B. ein psychiatrisches Gutachten vertrauliche Informationen von Drittpersonen, die nicht zur Kenntnis des Exploranden, also z.B. des Beschuldigten, gelangen sollten, so ist es zwar sinnvoll, dessen Einsichtnahme in das Gutachten abzulehnen; es besteht jedoch kein Anlass, der Verteidigung des Beschuldigten die Einsichtnahme zu verweigern, zumal ihr nach Art. 112 Abs. 1 VE z.B. die Weisung erteilt werden kann, dem Beschuldigten keinen Einblick in das

<sup>13</sup> Ähnlich etwa FR StPO 43, dazu Piller/Pochon 1998 Art. 43.1 ff.

<sup>14</sup> Besondere wie etwa nach Art. 248 Abs. 6 VE während der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bleiben vorbehalten.

<sup>15</sup> Siehe Hauser/Schweri 1999 § 40 N 41 ff.

<sup>16</sup> Siehe z.B. BStP 118; BE StrV 245; LU StPO 68 Abs. 1; SZ StPO 66 Abs. 2; UR StPO 150; OW StPO 34; NW StPO 102; ZG StPO 30<sup>bis</sup>; SO StPO 95 Abs. 2; BS StPO 106; SH StPO 219; AR StPO 148; AI StPO 25 Abs. 1; GR StPO 76c Abs. 3-5; TI StPO 57, 60, 193; VS StPO 56; GE StPO 138 ff.

Gutachten zu geben<sup>17</sup>. Kann das rechtliche Gehör aus einer der in Abs. 1 und 2 genannten Gründen nicht gewährt werden, so besteht nach Abs. 5 Anspruch darauf, es nach Wegfall des Grundes in geeigneter Form nachzuholen, also im Regelfall die fraglichen Aktenstücke nachträglich einsehen zu können. Es ist auch denkbar, dass z.B. aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes gewisse Akten (z.B. ein Gutachten) während des gesamten Verfahrens nicht zur Verfügung gestellt werden. In diesen Fällen darf auf das Beweismittel nur abgestellt werden, wenn es der Partei mindestens auszugsweise oder in den Schlussfolgerungen eröffnet wird<sup>18</sup>.

### **231.2            Verfahrenshandlungen der Parteien (2. Abschnitt, Art. 119 – 120 VE)**

Art. 119 und 120 VE bilden das Gegenstück zu Art. 71-113 VE, die die Verfahrenshandlungen der Strafbehörden regeln. Allerdings können die allgemeinen Regelungen kurz gehalten werden, da wesentliche Aspekte der Rolle der privaten Parteien im Strafprozess an anderer Stelle normiert sind, so z.B. im Zusammenhang mit den Einvernahmen in Art. 166 ff. oder Art. 186 VE.

#### *Recht auf Eingaben und Anträge (Art. 119 VE)*

Art. 119 Abs. 1 und 2 VE gewähren als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör den Parteien das Recht, mit Eingaben und Anträgen gestaltend auf das Strafverfahren einzuwirken. Besonders hervorgehoben wird die Möglichkeit, bis zum Abschluss des Vorverfahrens und der gerichtlichen Parteiverhandlungen *Beweisanträge* zu stellen. Zum rechtlichen Gehör ist sodann die Pflicht der angesprochenen Behörde zu rechnen, die Anträge zu prüfen (Abs. 3) und darüber in einem Zwischenentscheid oder aber zusammen mit dem Endentscheid zu befinden. Bereits nach dem geltenden Verfahrensrecht dürfte es in den meisten Kantonen üblich sein, beispielsweise über Beweisanträge, die während der Hauptverhandlung gestellt werden, je nach Sachlage sogleich in einem Zwischenentscheid oder aber im Endentscheid zu befinden. Es würde m.a.W. den Gang der Hauptverhandlung stören, wenn die Gerichte gezwungen wären, über Anträge sofort zu entscheiden.

#### *Verfahrenshandlungen der Parteien (Art. 120 VE)*

Art. 120 Abs. 1 und 2 VE halten fest, dass ohne abweichende gesetzliche Bestimmungen (etwa bezüglich der Einlegung von Rechtsmitteln, vgl. Art. 454 oder Art. 458 VE) für private Verfahrenshandlungen *keine Formvorschriften* bestehen. Anträge können somit schriftlich oder auch mündlich zu Protokoll erklärt werden. Eine Verfahrensordnung, die grundsätzlich keinen Anwaltszwang<sup>19</sup> kennt, braucht diese Formfreiheit, damit auch rechts- und behördenungewohnte Laien ihre Verfahrensrechte ausschöpfen können. Soweit schriftliche Eingaben gemacht werden, sind diese gemäss Abs. 3 in genügender Anzahl einzureichen, damit die empfangsberechtigten Parteien mit Doppeln bedient werden können. Abs. 4 enthält die in vielen Prozessordnungen vorhandene Möglichkeit, ungebührliche oder weitschweifige Eingaben zur Überarbeitung zurückzuweisen. Abs. 5 bestimmt, dass für Verfahrenshandlungen der privaten Parteien keine Fristen bestehen, soweit nicht das Gesetz (wiederum z.B. bei den Rechtsmitteln, Art. 454, Art. 465, 468 Abs. 2 VE) solche Fristen vorsieht oder aber die Strafbehörde aus sachlich

<sup>17</sup> Mit weiteren Hinweisen Schmid 1997 N 263. Ausdrücklich z.B. SG StPO 174 Abs. 2.

<sup>18</sup> Siehe BGE 122 I 153; Schmid 1997 N 263 a.E. mit weiteren Hinweisen.

<sup>19</sup> Vgl. dazu nachfolgend Ziff. 234.1.

gerechtfertigten Gründen solche ansetzt. So wird beispielsweise die Staatsanwaltschaft nach Art. 138 Abs. 1 VE in einem Fall notwendiger Verteidigung (Art. 136 VE) dem Beschuldigten Frist ansetzen, um einen freigewählten Verteidiger zu benennen, bevor nach Art. 139 VE ein amtlicher Verteidiger zu bestellen ist.

## 232 Beschuldigte (2. Kapitel; Art. 121 – 123 VE)

Der Vorentwurf übernimmt den Vorschlag der Experten und verwendet zur sprachlichen Vereinfachung, für die Personen, gegen die sich das Strafverfahren richtet während des gesamten Verfahrens durchwegs den Begriff der Beschuldigten<sup>20</sup>. Damit entfällt die in manchen Prozessordnungen anzutreffenden Differenzierungen, je nach Stadium des Verfahrens von Verdächtigen, Angeschuldigten, Angeklagten, Verurteilten etc. zu sprechen<sup>21</sup>.

### *Begriff (Art. 121 VE)*

Beschuldigte sind *jene Personen, gegen die sich das Strafverfahren richtet*, die also in einer Anzeige, einem Strafantrag oder sonstwie im Rahmen einer behördlichen Verfahrenshandlung verdächtigt werden, eine Straftat begangen zu haben (Abs. 1).

Abs. 2 betont, dass die Stellung der Beschuldigten auch jenen Personen zukommt, deren Strafverfahren zwar abgeschlossen ist, jedoch nach Art. 356 VE (Wiederaufnahme der Voruntersuchung nach erfolgter Einstellung) sowie Art. 479 ff. VE (Revision eines rechtskräftigen Urteils) erneut an die Hand genommen werden soll. Gegen diese Personen richtet sich bei Einleitung dieser Wiederaufnahme- oder Revisionsverfahren kein Strafverfahren nach Abs. 1 mehr, sodass es als angebracht erscheint, sie besonders zu erwähnen.

Offen muss zur Zeit die Frage bleiben, inwieweit die Einführung der *Strafbarkeit des Unternehmens* (nArt. 102 StGB) die Schaffung einer besonderen Kategorie der Beschuldigten (und generell besonderer Verfahrensregeln für Strafverfahren gegen Unternehmen) erfordert. In diesem Vorentwurf wird auf die Problematik nur am Rande eingegangen<sup>22</sup>. Bei der Ausarbeitung des definitiven Entwurfes der vereinheitlichten Strafprozessordnung und gestützt auf die definitive Fassung von nArt. 102 StGB ist allenfalls darauf zurückzukommen<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Aus 29 mach 1 S. 86.

<sup>21</sup> Aeschlimann 1997 N 506 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 54 ff.; Clerc 1975 N 94; Hauser/Schweri 1999 § 39 N 1 f.; Maurer 1999 115 ff.; Oberholzer 1994 125 ff.; Piquerez 2000 N 1171 f.; Schmid 1997 N 455 ff. In Richtung eines einheitlichen Begriffs des Beschuldigten (französisch: *prévenu*) z.B. die neue FR StPO in Art. 30 (dazu Piller/Pochon 1999 Art. N 30.1. ff.), welches Beispiel auch zeigt, dass die beiden Begriffe in den beiden Sprachen soweit kongruent verwendet werden können. Es wird zu prüfen sein, wie die Begriffswahl im italienischen Gesetzestext vorzunehmen ist; in der TI StPO werden die Begriffe *indiziato* und *accusato*, nicht aber *prevenuto* verwendet, dazu Salvioni 1999 Kommentar zu Art. 47 S. 121.

<sup>22</sup> Vgl. die Einvernahme von Organen etc. als Auskunftspersonen nach Art. 186 Abs. 1 Bst.f VE.

<sup>23</sup> Die vielfachen Probleme, die die Strafbarkeit des Unternehmens prozessual schaffen (z.B. die Vertretung des Unternehmens, Aussageverweigerungsrechte, Fragen der Prozessvoraussetzungen, etwa bei Untergang der Unternehmung, etc.), schildert – allerdings aus deutscher Sicht – Schlüter 2000 189 ff.; zur Thematik auch Wolfgang Wohlers in SJZ 96 (2000) 381 ff.

### *Stellung (Art. 122 VE)*

Die Tatsache, dass wegen eines Tatverdachts gegen eine Person ein Strafverfahren eingeleitet wird, besagt noch nicht, dass sie dieses Delikts auch schuldig ist. Vielmehr gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung die Unschuldsvermutung nach Art. 11 Abs. 2 VE. Alle Strafbehörden müssen diese Unschuldsvermutung bei der Ausübung ihrer Tätigkeit beachten und die Beschuldigten entsprechend behandeln. Konkret bedeutet dies u.a., dass sie mit der gleichen Sorgfalt den belastenden wie auch den entlastenden Umständen nachgehen müssen (vgl. Art. 6 Abs. 2 VE), dass sie die Beschuldigten ebenso korrekt wie andere Parteien zu behandeln haben und dass von jeder voreiligen Schuldzuweisung abzusehen ist. Die Unschuldsvermutung schliesst indessen nicht aus, dass für die Einleitung eines Strafverfahrens durch Polizei und Staatsanwaltschaft, ja selbst der Einsatz von Zwangsmassnahmen ein Tatverdacht unterschiedlicher Intensität genügt und dass diese Strafverfolgungsbehörden ihre Tätigkeit häufig auf der Hypothese, dass die Beschuldigten ein Delikt begangen haben dürften, aufbauen.

Abs. 2 und 3 sehen grundsätzlich vor, dass Beschuldigte zwar die Einleitung eines Strafverfahrens und auch entsprechende Verfahrenshandlungen unter Einschluss von *Zwangsmassnahmen gegen sich dulden müssen*, hingegen nicht verpflichtet sind, das Strafverfahren durch aktives Verhalten zu fördern und sich damit selbst zu belasten<sup>24</sup>. Vor allem sind die *Beschuldigten nicht verpflichtet, Aussagen zu machen*. Wie Abs. 4 betont, ist aber das Strafverfahren durchzuführen, auch wenn die Beschuldigten ihre Mitwirkung verweigern.

### *Verhandlungsfähigkeit (Art. 123 VE)*

Gemäss Art. 123 VE ist abgesehen von den Massnahmen gegen Urteilsunfähige<sup>25</sup> ein Strafverfahren und dessen einzelne Verfahrenshandlungen grundsätzlich nur gegen Beschuldigte möglich, die verhandlungs- und vernehmungsfähig sind<sup>26</sup>. Die Strafbarkeit ist von der Schuld des Täters abhängig, eine Strafbarkeit daher ausgeschlossen, wenn der Täter wegen Zurechnungsunfähigkeit nicht schuldfähig ist (Art. 10 StGB/nArt. 17 StGB). Eine Verurteilung setzt somit voraus, *dass der Täter sich zu seiner Tat und der ihn dafür zu erwartenden Sanktion selbst frei äussern* kann. Ein Strafverfahren gegen Personen, die aus psychischen oder physischen Gründen nicht einvernommen werden können, ist deshalb nicht möglich<sup>27</sup>. Ist der Beschuldigte z.B. unfall- oder krankheitsbedingt nicht vernehmungs- oder verhandlungsfähig, ertragen aber gewisse Verfahrenshandlungen keinen Aufschub, genügt – soweit kongruent mit Art. 158 Abs. 2 VE – die Anwesenheit der Verteidigung (Abs. 2).

Die *Folgen andauernder Verhandlungs- oder Vernehmungsfähigkeit* sind nach Abs. 3 unterschiedlich: Das Verfahren ist nach Art. 345 VE zu sistieren, wenn damit zu rechnen ist, dass diese Verhandlungs- und Vernehmungsfähigkeit später wieder eintreten wird. Oder aber es wird nach Art. 350 ff. VE eingestellt, wenn zu erwarten ist, dass die Verhandlungs- und Vernehmungsfähigkeit unwiederbringlich verloren gegangen ist. Satz 2 von Abs. 3 behält das Verfahren gegen

<sup>24</sup> Zu diesem Grundsatz allgemein Aeschlimann 1997 N 510; Clerc 1975 N 150; Hauser/Schweri 1999 § 39 N 11 ff.; Oberholzer 1994 130 f.; Piquerez 2000 N 1188 ff.; Schmid 1997 N 469 ff.

<sup>25</sup> Siehe letzter Satz von Abs. 3 sowie Art. 10 2. Satz StGB (nArt. 17 Abs. 3 StGB) und das Verfahren dazu in Art. 404 ff. VE.

<sup>26</sup> Näher Rehberg 1994 243 ff.

<sup>27</sup> Dies gilt nebenbei bemerkt auch für Taten, die begangen wurden, als der Täter noch zurechnungs- und vernehmungsfähig war. Siehe dazu allgemein Aeschlimann 1997 N 630 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 39 N 27; Maurer 1999 116 f.; Oberholzer 1994 128 f.; Piquerez 2000 N 1179 ff.; Schmid 1997 N 467a f.

nicht zurechnungsfähige Beschuldigte vor; dieses kann auch gegen Personen durchgeführt werden, die nicht verhandlungsfähig sind (Art. 404-407 VE; näher Ziff. 264.42).

## **233            Geschädigte, Opfer und Privatküglerschaft (3. Kapitel; Art. 124 – 132 VE)**

### **233.1        Geschädigte; Opfer (1. Abschnitt, Art. 124 VE)**

*Begriff (Art. 124 VE)*

Art. 124 Abs. 1 VE definiert den Geschädigten, der gelegentlich auch Verletzter genannt wird, gleich wie die geltenden Strafprozessordnungen<sup>28</sup> und die herrschenden Lehre<sup>29</sup>. Angeknüpft wird an die *unmittelbare Verletzung der rechtlich geschützten Interessen* der betreffenden Person. Dies sind mindestens bei jenen Straftatbeständen, die individuelle Rechtsgüter wie Leib und Leben, Vermögen, Ehre etc. schützen, die sogenannten tatbeständlich Verletzten. Die Bestimmung verzichtet darauf, die in Randbereichen gelegentlich umstrittene Geschädigteneigenschaft näher zu definieren und verweist diesbezüglich auf die Lehre und Rechtsprechung<sup>30</sup>. Präzisierend hält Abs. 2 fest, dass die Verletzten, die nach nArt. 30 Abs. 1 StGB zum Strafantrag berechtigt sind, also die Träger des angegriffenen Rechtsguts<sup>31</sup>, stets als Geschädigte zu betrachten sind.

Eine besondere Stellung im schweizerischen Strafverfahrensrecht nimmt seit der Schaffung des Opferhilfegesetzes das *Opfer* im Sinne von Art. 2 Abs. 1 dieses Gesetzes ein, also Personen, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt wurden. Der Begriff des Opfers ist somit enger als jener des Geschädigten: Zwar ist jedes Opfer auch Geschädigter im vorerwähnten Sinne, jedoch nicht umgekehrt, da der Opferbegriff nur die Geschädigten erfasst, die in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität beeinträchtigt wurden. Daraus folgt, dass jedes Opfer im Sinne des OHG auch die den Geschädigten nach dem Vorentwurf eingeräumten Rechte beanspruchen kann (Abs. 3). Wenn dieser Vorentwurf von Geschädigtem spricht, ist damit regelmässig auch das Opfer gemeint; das Opfer wird lediglich dann besonders erwähnt, wenn nur diesem zustehende Verfahrensrechte angesprochen werden.

### **233.2        Privatküglerschaft (2. Abschnitt, Art. 125 – 128 VE)**

Die Geschädigten- oder Opfereigenschaft kommt den verletzten Personen von Gesetzes wegen zu. Es stellt sich nun die Frage, ob im Strafprozessrecht diese automatisch erworbene Rechtsstellung genügt, um die damit verbundenen *Verfahrensrechte ausüben zu können*. Verschiedene geltende Prozessordnungen räumen den betroffenen Personen allein an die

<sup>28</sup> Vgl. etwa ZH StPO 395; BE StRV 47; UR StPO 45 Abs. 2; NW StPO 25 Abs. 1; FR StPO 31; SO StPO 14; SH StPO 40; AR StPO 54; AI StPO 28 Abs. 1; GR StPO 129 Abs. 1; VS StPO 48; NE StPO 49 Abs. 1; GE StPO 25; JU StPO 47; der Sache nach ebenso Aus 29 mach 1 S. 85.

<sup>29</sup> Siehe Aeschlimann 1997 N 551 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 93 ff.; Clerc 1975 N 106 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 38 N 1 ff.; Maurer 1999 123 ff.; Oberholzer 1994 184 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 31.1 ff.; Padrutt 1996 Art. 129 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 1309 ff.; Schmid 1997 N 502 ff.

<sup>30</sup> Wiedergegeben in der vorstehend erwähnten Literatur.

<sup>31</sup> Hierzu statt Vieler Trechsel 1997 Art. 28 N 2 ff.

Geschädigten- oder Opferstellung knüpfend Verfahrensrechte ein<sup>32</sup>. Geschädigte können sich dann in irgendeinem Stadium des Verfahrens, u.U. erst im Zusammenhang mit der Ergreifung von Rechtsmitteln, auf ihr Stellung berufen, auch wenn sie sich in früheren Verfahrensstadien nicht am Verfahren beteiligten. Andere Verfahrensordnungen gewähren die Parteirechte den Geschädigten nur, wenn diese ausdrücklich erklärten, sie ausüben zu wollen<sup>33</sup>. Dieser zweite Lösungsansatz verwendet zumeist den Begriff der Privatklägerschaft; damit wird ersichtlich, dass hier die Geschädigten gleichsam mit einer Klage ausdrücklich erklären müssen, sich am Verfahren beteiligen und die entsprechenden Rechte wahrnehmen zu wollen.

### *Begriff (Art. 125 VE)*

Der Vorentwurf folgt dem vorstehend erwähnten zweiten Modell. Dieses hat für die Strafbehörden wie auch die andern Parteien den Vorteil, dass in einem relativ frühen Verfahrensstadium geklärt werden kann, ob sich die Geschädigten aktiv am Prozess beteiligen wollen. Art. 125 VE betont deshalb, dass nur jenen Geschädigten Verfahrensrechte zukommen, die ausdrücklich erklären, sich als Kläger im Straf- oder Zivilpunkt beteiligen zu wollen. Dabei wird der bereits in verschiedenen kantonalen Prozessgesetzen<sup>34</sup> verwendete Begriff der „Konstituierung als Privatkläger“ verwendet. Diese Erklärung kann unter den näheren Voraussetzungen von Art. 127 VE jederzeit während der Voruntersuchung, also dem Ermittlungsverfahren der Polizei oder der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft, abgegeben werden.

### *Rechtsnachfolge (Art. 126 VE)*

Abs. 1 regelt, wie die Verfahrensrechte der Geschädigten bei deren Tod zu behandeln sind. Hat der Geschädigte zu seinen Lebzeiten darauf verzichtet, sich als Privatkläger zu konstituieren, so ist dieser Verzicht definitiv, d.h. die Angehörigen können auch während an sich noch laufender Frist (siehe Art. 127 Abs. 6 VE) nicht darauf zurückkommen. Haben die Geschädigten diese Erklärung noch nicht abgegeben oder aber positiv erklärt, sich als Privatklägerschaft konstituieren zu wollen, so gehen die entsprechenden Rechte an die *Angehörigen im Sinne von Art. 110 Ziff. 2 StGB/nArt. 110 Abs. 1 StGB* in der Reihenfolge ihrer Erbberechtigung über.

Abs. 2 regelt die Folgen der *Subrogation*, also dem Übergang gewisser Ansprüche von Gesetzes wegen an Personen, die nicht selbst Geschädigte sind. So gehen nach Art. 14 Abs. 2 OHG die Ansprüche des Opfers gegen die Täter in dem Umfang an den Kanton über, in dem die Behörden nach Art. 11 ff. OHG dem Opfer Entschädigungen oder Genugtuungen zugesprochen haben. Weiter zu nennen sind Fälle der versicherungsrechtlichen Subrogation, wie sie etwa nach Art. 72 Abs. 1 VVG, Art. 41 UVG oder in gewissen Kantonen für die Leistungen der Gebäudeversicherungen bei Brandfällen besteht<sup>35</sup>. In diesen Fällen können die Berechtigten im

<sup>32</sup> Vgl. etwa ZH StPO 10 Abs. 2, 395 Abs. 1 Ziff. 2; GL StPO 107 Abs. 5; SO StPO 14 ff.; AR StPO 54 ff.; AI StPO 131; GR StPO 129; TG StPO 49 Abs. 1 Ziff. 3, 53 Abs. 2.

<sup>33</sup> So etwa BE StrV 47; LU StPO 35 ff.; UR StPO 47 f.; OW StPO 14 ff.; FR StPO 31 Abs. 4 und 32 f.; SH StPO 41, 44; SG StPO 42 ff.; TI StPO 69 ff.; VD StPO 95; VS StPO 48; GE StPO 25; JU StPO 47 f.; ähnlich UR StPO 47; NW StPO 27, 95; SH StPO 41, 44; AG StPO 56 Ziff. 3; BS StPO 12 Bst.e; NE StPO 49; dazu Aeschlimann 1997 N 564 f.; Hauser/Schweri 1999 § 38 N 9; Maurer 1999 129; Piquerez 2000 N 1325 ff., 2788; Poncet 1978 zu Art. 25.

<sup>34</sup> Z.B. BE StrV 47; ähnlich auch JU StPO 47 Abs. 4.

<sup>35</sup> Siehe Aeschlimann 1997 N 580; Hauser/Schweri 1999 § 38 N 3; Maurer 1999 128 f.; Oberholzer 1994 185; Piquerez 2000 N 2758; Schmid 1997 N 505.



Strafprozess Zivilansprüche anmelden und durchsetzen. Sie haben jedoch nach Abs. 3 nur jene Verfahrensrechte, die zur Durchsetzung der Zivilansprüche erforderlich sind. Konkret bedeutet dies etwa, dass nur jene Akten eingesehen werden können, die zur Begründung der Zivilklage notwendig sind.

#### *Erklärung im Allgemeinen (Art. 127 VE)*

Weil nur jene Geschädigte Verfahrensrechte haben, die sich ausdrücklich als Privatklägerschaft konstituieren (Art. 125 VE), sind relativ detaillierte Vorschriften über Inhalt, Form und Frist dieser Erklärung erforderlich. Die Erklärung kann schriftlich oder aber mündlich zu Protokoll erfolgen (Abs. 1). Wie schon heute bei den Strafanträgen nach Art. 28 ff. StGB/nArt. 30 ff. StGB ist zu erwarten, dass hierfür Formulare geschaffen werden, die den Geschädigten automatisch bereits am Anfang der Voruntersuchung abgegeben werden; mit einem solchen Formular können auch die Orientierungspflichten nach Art. 334 VE verbunden werden.

Die Geschädigten können sich nach Abs. 2 *alternativ oder kumulativ als Straf- oder aber Zivilkläger* vormerken lassen. Beschränkt sich ihr Interesse darauf, dass die Täter bestraft werden, so werden sie sich mit einer Stellung als Strafkörper begnügen. Konzentriert sich ihr Interesse auf die Geltendmachung von Zivilansprüchen, also im Regelfall Schadenersatz- und/oder Genugtuungsansprüche, so erfolgt die Konstituierung als Zivilklägerschaft.

Wesentlich ist Abs. 3, wonach die *Erklärung spätestens bis zum Abschluss des Vorverfahrens*, also bis zur Einstellung, Anklageerhebung oder dem Erlass eines Strafbefehls, abzugeben ist. Nach Abs. 4 genügt ein Strafantrag im Sinne von Art. 28 ff. StGB/nArt. 30 ff. StGB.

Abs. 5 sieht vor, dass – um möglichst rasch Klarheit über die Absichten der Geschädigten zu schaffen – die Staatsanwaltschaft den Geschädigten, die nicht von sich aus (z.B. gestützt auf das vorstehend erwähnte, bei Beginn des Vorverfahrens abgegebene Formular) erklärten, eine *Frist zur Abgabe einer Erklärung* ansetzt. Nach Abs. 6 gilt das Stillschweigen der Geschädigten auf diese Fristansetzung als Verzicht nach Art. 128 VE auf die Stellung als Privatklägerschaft.

#### *Verzicht auf Privatklage (Art. 128 VE)*

Art. 128 VE regelt den *Verzicht auf die Privatklage*, der *während des Verfahrens jederzeit erfolgen kann*, allenfalls gemäss Art. 127 Abs. 6 VE durch Passivität. Die Geschädigten können nach Abs. 2 einen Verzicht auf die Straf- oder aber Zivilklage beschränken. Ein nicht näher bezeichneter, eingeschränkter Verzicht gilt für beide Bereiche.

In Ergänzung von Art. 28 Abs. 5 und 31 StGB/nArt. 30 Abs. 5 und 33 StGB bestimmt Art. 128 Abs. 2 Satz 2 VE, dass der *Verzicht auf die Strafkörper auch als Verzicht auf bzw. Rückzug des Strafantrags gilt*; verzichtet also der Strafantragsteller später auf seine Privatklage, gilt der Strafantrag als zurückgezogen, es sei denn, er beschränke seinen Rückzug bzw. Verzicht ausdrücklich auf die Zivilklage. Wer auf den Strafantrag verzichtet bzw. diesen zurückzieht, verliert naturgemäss auch die Stellung der Privatklägerschaft, da kein Strafverfahren wegen des fraglichen Delikts durchgeführt wird. Der Verzicht bzw. Rückzug der Straf- oder Zivilklage ist endgültig (Abs. 3), wobei die Zivilklage unter der Einschränkung von Art. 129 Abs. 5 VE wieder eingebracht werden kann.

### 233.3 Zivilklage (3. Abschnitt, Art. 129 - 132 VE)

Die zivilrechtlichen Ansprüche dürften regelmässig im Zentrum des Interesses der Geschädigten stehen, so dass die Zivilklage gesondert und ausführlicher zu regeln ist.

#### *Allgemeines (Art. 129 VE)*

Im Vordergrund der allgemeinen Bestimmungen von Art. 129 VE steht in Abs. 1 die im schweizerischen Strafprozessrecht übliche Regelung, dass die Geschädigten ihre aus der Straftat hergeleiteten zivilrechtlichen Ansprüche *entweder adhäsionsweise im Strafverfahren* (Bst. a) *oder aber gesondert in einem Zivilprozess* (Bst. b) geltend machen können<sup>36</sup>.

Abs. 2 übernimmt die Regelung von Art. 2 Abs. 2 OHG. Auch die dort aufgeführten, dem *Opfer nahestehenden Personen* können im Strafprozess die gegen den Täter bestehenden Zivilansprüche geltend machen.

Abs. 3 verweist auf die Regel von Abs. 1. Ist einer dieser Rechtswege eingeschlagen worden, ist die Rechtshängigkeit eingetreten und schliesst damit die erneute Geltendmachung auf dem anderen Weg aus<sup>37</sup>.

In welchem Moment im Adhäsionsprozess die *Rechtshängigkeit* eintritt, ist eine Frage, die das schweizerische Strafprozessrecht unabhängig vom Zivilprozessrecht zu lösen hat. Im Zivilprozess tritt die Rechtshängigkeit vereinfacht gesprochen mit Einleitung bzw. Anhebung der Klage ein<sup>38</sup>. Strafprozessual könnte der Eintritt der Rechtshängigkeit in der Anmeldung des Zivilanspruchs gegenüber einer Strafbehörde nach Art. 127 VE erblickt werden. Diese Anmeldung erfordert aber abweichend von den üblichen zivilprozessualen Regeln nicht sogleich eine Bezifferung und eine Begründung. Der Zivilanspruch kann nachträglich, jedenfalls spätestens bis zum Ende der erstinstanzlichen Parteiverhandlung, beziffert und begründet werden (Art. 130 VE). Es wäre verfehlt, die einschneidenden Wirkungen der Rechtshängigkeit bereits mit der Anmeldung des Zivilanspruchs eintreten zu lassen. Abs. 4 schlägt deshalb vor, *die Rechtshängigkeit erst mit der Bezifferung und Begründung des Zivilanspruchs eintreten zu lassen*. In diesem Zeitpunkt hat die Adhäsionsklage wie bei der Einreichung einer Zivilklage konkretere Formen angenommen. Diese für die Privatklägerschaft vorteilhafte Lösung trägt auch dem Umstand Rechnung, dass die Verfolgung der Zivilansprüche im Strafverfahren ein Nebengeleise darstellt, das mit manchen Unsicherheiten verbunden ist.

Ebenso grosszügig ist die Regelung des *Rückzugs der Zivilklage* in Abs. 5: Im Zivilprozessrecht ist der Klagerückzug bzw. Klageverzicht in gewissen Verfahrensordnungen nur beschränkt und teilweise nur mit Zustimmung des Beklagten zulässig oder aber er hat materiellrechtlich einen Forderungsverzicht zur Folge<sup>39</sup>. Angesichts der besonderen Rolle des Adhäsionsprozesses rechtfertigt es sich, auf diese strengen Folgen zu verzichten. Der Privatklägerschaft, die ihre Zivilklage vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zurückzieht, wird die Möglichkeit eröffnet, die Klage auf dem Zivilweg erneut einzubringen. Als Folge dieser Rückzugsmöglichkeit darf eine gewisse Entlastung des Strafverfahrens von Zivilklagen erwartet

<sup>36</sup> Siehe dazu Aeschlimann 1997 N 551; Clerc 1975 N 106 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 39 N 12 ff.; Habscheid 1990 N 147 ff.; Maurer 1999 123; Oberholzer 1994 191; Padrutt 1996 Art. 130 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 2782 ff.; Schmid 1997 N 518.

<sup>37</sup> Aus zivilprozessualer Sicht Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 102 N 1 ff.; Habscheid 1990 N 334 ff.

<sup>38</sup> Siehe hierzu Habscheid 1990 N 332 ff.; Vogel 1997 § 39 N 28 ff.

<sup>39</sup> Habscheid 1990 N 421 ff.; Vogel 1997 § 42 N 58 ff.

werden, die andernfalls (weil sonst ein Rechtsverlust drohen könnte) im Strafverfahren durchgezogen werden müssten.

#### *Begründung und Bezifferung (Art. 130 VE)*

Art. 130 VE enthält Vorschriften bezüglich Begründung und Bezifferung der Zivilklagen. Der *Zeitpunkt hierfür ist flexibel* ausgestaltet. Bezifferung und Begründung können sofort, d.h. bei der Erklärung gemäss Art. 125 oder 127 VE mitgeliefert werden. Im Interesse aller am Verfahren beteiligten Parteien wie auch der Strafbehörden ist es wünschenswert, dass Zivilansprüche bereits zu Beginn des Vorverfahrens beziffert und begründet sind (Abs. 1 und 2). Berücksichtigt man jedoch, dass im Strafverfahren der Sachverhalt häufig erst während des Verfahrens geklärt wird und auch die Zivilansprüche bei Einleitung des Verfahrens oft noch nicht feststehen, muss der Privatklägerschaft für die Bezifferung und Begründung auch die Hauptverhandlung zur Verfügung stehen. Die Privatklägerschaft kann somit noch in den mündlichen Parteivorträgen ihre Zivilansprüche beziffern und begründen (Abs. 4). Abs. 5 nimmt auf nicht anwaltschaftlich vertretene Privatklägerschaft Bezug. Sie kann ihre Standpunkte deshalb bei der persönlichen Befragung darlegen. Es besteht hierzu eine richterliche Fragepflicht, damit das Gericht von der Privatklägerschaft die entscheiderelevanten Fakten und Behauptungen erfährt<sup>40</sup>.

#### *Behandlung im Allgemeinen (Art. 131 VE)*

Art. 131 VE regelt die Zuständigkeit zur Beurteilung der Zivilklage und deren Behandlung. Die Zuständigkeit richtet sich allein nach der *sachlichen Zuständigkeit des Strafgerichts*. Ist z.B. ein Einzelgericht für die Beurteilung der Anklage zuständig, so beurteilt es auch Zivilklagen in unbeschränkter Höhe, selbst wenn im Zivilprozess für eine entsprechende Klage eine andere Instanz, vor allem ein Kollegialgericht zuständig wäre<sup>41</sup>. Das sachlich zuständige Strafgericht entscheidet über die Zivilklage im Rahmen des Endentscheidendes (Abs. 1; Art. 132 Abs. 1 VE).

Abs. 2 regelt *das rechtliche Gehör der Beschuldigten* gegen die sich die Zivilklage richtet. Es bleibt den Strafbehörden überlassen, wann und wie sie den Beschuldigten Gelegenheit geben, sich zur Zivilklage zu äussern. Im Regelfall werden die Beschuldigten die Zivilklage im Rahmen ihrer Vorträge in der Hauptverhandlung beantworten. Dies ist zugleich der letzte Zeitpunkt für die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Da die Privatklägerschaft ihre Ansprüche häufig erst anlässlich der Hauptverhandlung beziffern und begründen wird (Art. 130 Abs. 4 und 5 VE) und zwar vor der Verteidigung der Beschuldigten (siehe Art. 379 VE), wird die Beantwortung der Zivilklage regelmässig Teil des Plädoyers der Verteidigung bilden; den nicht verteidigten Beschuldigten hat die Verfahrensleitung im Rahmen der persönlichen Befragung Gelegenheit zu geben, sich zu den Zivilansprüchen zu äussern.

Abs. 3 regelt die *Anerkennung der Zivilklage*; hiervon ist im Protokoll sowie im verfahrens-erledigenden Entscheid Vormerk zu nehmen.

#### *Entscheid (Art. 132 VE)*

Art. 132 VE regelt die *Einzelheiten, die beim Entscheid über die Zivilklage zu beachten sind*. Grundsätzlich muss das Gericht bei einem Schuldspruch ebenfalls über die anhängig gemachten

<sup>40</sup> Dazu statt vieler Schmid 1997 N 245, 979, soweit identisch aus zivilprozessualer Sicht, vorab zum entsprechenden ZH ZPO 55, Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 55 N 1 ff. Allgemein Pflicht auch in Art. 117 VE.

<sup>41</sup> Anders etwa SO StPO 17 Abs. 2; VD StPO 13 Abs. 2, 372 Abs. 2.

Zivilklagen urteilen (Abs. 1); diese Pflicht wird allerdings nach Massgabe der Bestimmungen von Abs. 2-7 modifiziert und teilweise eingeschränkt:

- Kommt die Privatklägerschaft ihren Pflichten zur Bezifferung und Begründung ihrer Ansprüche, die sich aus Art. 130 VE ergeben, nicht nach, stellt sich wiederum die Frage, welches die prozessualen Folgen dieser Unterlassung sein sollen. An sich wäre denkbar, dass die Klage mit der Konsequenz des Rechtsverlustes abgewiesen wird. Beachtet man jedoch den besonderen Charakter des Adhäsionsverfahrens, das sich nicht in jeder Beziehung mit einem Zivilprozess vergleichen lässt, erscheint es in Übereinstimmung mit der Regelung des Verzichts auf die Zivilklage nach Art. 128 Abs. 1 VE sowie deren Rückzug nach Art. 129 Abs. 5 VE als angebracht, für die Privatklägerschaft relativ milde Folgen an diese *Pflichtverletzung* zu knüpfen: In Abs. 2 ist vorgesehen, dass die Klage auf den Zivilweg verwiesen wird und dass die säumige Privatklägerschaft ihre Rechtsmittelmöglichkeiten verliert.
- Abs. 3 bestimmt, dass bei *Einstellung des Verfahrens* wie auch im *Strafbefehlsverfahren*<sup>42</sup> die Zivilklagen nicht behandelt werden, wobei bei einer allfälligen Anerkennung nach Art. 131 Abs. 3 VE vorzugehen ist; dieser Vorschlag dürfte dem geltenden schweizerischen Strafprozessrecht entsprechen<sup>43</sup>.
- Abs. 4 regelt das in den geltenden Strafprozessordnungen unterschiedlich oder überhaupt nicht berücksichtigte Schicksal der *Zivilklage im Falle des Freispruchs*. In vielen Strafprozessordnungen wird bei Freispruch auf die Zivilklage nicht eingetreten<sup>44</sup>, während andere eine Beurteilung der Zivilansprüche trotz Freispruchs nicht ausschliessen<sup>45</sup>. Abs. 4 sieht vor, dass die Zivilklagen bei Freispruch nur zu behandeln sind, wenn der Sachverhalt liquid ist und über den Zivilanspruch ohne Weiterungen auf Grund der im bisherigen Verfahren – wohl vor allem im Zusammenhang mit der Strafsache – gesammelten Beweise entschieden werden kann.
- Abs. 5 und 6 übernehmen die Regeln von Art. 9 Abs. 2 und 3 OHG, die eine Zweiteilung des Hauptverfahrens oder aber ein Vorgehen zulassen, bei dem das Strafgericht die Zivilansprüche nur dem Grundsatz nach entscheidet und sie im Übrigen auf den Zivilweg verweist. Als Vereinfachung sieht Abs. 6 vor, dass in Fällen der *Zweiteilung des Verfahrens* in dessen zweiter Phase die Verfahrensleitung als Einzelgericht über die Zivilansprüche entscheidet.
- Nach Abs. 7 können die *Zivilansprüche der Privatklägerschaft, die nicht Opfer sind, auf den Zivilweg gewiesen werden*, wenn die Ansprüche auf Grund der Aktenlage zur Zeit des Urteils nicht ausgewiesen sind oder ihre Abklärung das Verfahren wesentlich erschweren oder verlängern würde. Es mag erstaunen, dass nicht ausgewiesenen Ansprüchen auf den Zivilweg verwiesen werden können, da nach zivilprozessualer Betrachtungsweise in diesem Fall eigentlich eine Klageabweisung erfolgen sollte. Bedenkt man indessen, dass es sich

<sup>42</sup> Falls das Jugendstrafverfahren in dieses Gesetz integriert werden sollte, wäre diese Einschränkung auf dieses Verfahren auszudehnen.

<sup>43</sup> Vgl. etwa BE StRV 310 Abs. 2; LU StPO 5<sup>bis</sup> Abs. 2; UR StPO 48 Abs. 2; OW StPO 17 Abs. 1; NW StPO 28 Abs. 3 und 4; SH StPO 5 Abs. 2; AG StPO 165 Abs. 2; TG StPO 54 Abs. 2.

<sup>44</sup> Vgl. etwa BStP 210; MStP 165; OHG 9 Abs. 1; BE StrV 310; LU StPO 5<sup>bis</sup> Abs. 2; UR StPO 48 Abs. 2; OW StPO 17 Abs. 1; NW StPO 28 Abs. 3; SO StPO 17 Abs. 1; SH StPO 45 Abs. 2; GR StPO 131 Abs. 6; AG StPO 165 Abs. 2; TG StPO 54 Abs. 2; Zur Thematik vgl. Aeschlimann 1997 N 1607 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 38 N 16; Maurer 1999 436 ff.; Oberholzer 1994 192 ff.

<sup>45</sup> So etwa in AR StPO 57 Abs. 2; SG StPO 46 Abs. 1; vgl. auch NE StPO 31, JU StPO 234, 298; So die Lehre teilweise für ZH, vgl. Schmid 1997 N 845.

beim Adhäsionsverfahren um einen eher verkümmerten Zivilprozess handelt, kann es als zu hart erscheinen, eine Zivilklage, die von der Privatklägerschaft unzureichend beziffert und begründet ist, abzuweisen und damit allfällig bestehend Ansprüche untergehen zu lassen. In solchen Fällen ist die Zivilklage durch Verweis auf den Zivilweg zu erledigen. Ein solcher Verweis soll auch zulässig sein, wenn zur zuverlässigen Beurteilung der Zivilansprüche erhebliche zusätzliche, also nicht schon für die Beurteilung des Schuld- und Strafpunkts erforderliche Beweise zu erheben wären. Es wird allerdings nicht mehr möglich sein, Zivilansprüche ohne weiteres auf den Zivilweg zu verweisen, etwa allein deshalb, weil vielleicht für die Feststellung im Quantitativen noch ein oder zwei Beweise abzunehmen wären oder weil das Gericht den mit der Beurteilung verbundenen argumentativen Aufwand scheut.

### 234            **Verteidigung, Rechtsbeistand und Vertretung (4. Kapitel; Art. 133 – 144 VE)**

Die (privaten) Parteien im Strafverfahren sind primär die Beschuldigten und die Privatklägerschaft. Diese Parteien können im Verfahren grundsätzlich allein auftreten, zu ihrer Unterstützung und teilweise zur Vertretung aber auch andere Personen, vor allem Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, beiziehen. Dabei sind verschiedene Formen zu unterscheiden: Die *Verteidigung* steht den Beschuldigten bei der Wahrung ihrer Interessen zur Seite, kann sie aber abgesehen vom Zivilpunkt nicht vertreten. Ziehen Nichtbeschuldigte als Verfahrensbeteiligte zu ihrer Unterstützung in straf- und zivilrechtlicher Hinsicht Drittpersonen bei, spricht man von *Rechtsbeistand*. Wie bei der Verteidigung ist deren Rolle insoweit beschränkt, als er die Partei nur im Zivil-, nicht aber im Strafpunkt vertreten kann. Beschränkt sich indessen die Rolle des Dritten auf die Unterstützung der Privatklägerschaft bei der Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche, ist wie im Zivilprozess eine eigentliche *Vertretung* möglich<sup>46</sup>. Diese drei Kategorien (die allerdings, was Rechtsbeistand und Vertretung betrifft, nicht immer ganz eindeutig abzugrenzen sind), werden kurz in Art. 133 Abs. 1 VE umschrieben. Die Rolle der Vertretung und Rechtsbeistände muss im Folgenden abgesehen von den allgemeinen Vorschriften in Art. 133 Abs. 2 ff. und 134 VE nicht näher geregelt werden. Eingehender Normierung bedürfen indessen die Verteidigung (Art. 135-142 VE) sowie der Fall, dass eine mittellose Privatklägerschaft zur Durchsetzung ihrer Ansprüche eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes bedarf bzw. ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist (Art. 143 VE). Beigefügt sei, dass die Begriffe Verteidigung, Rechtsbeistand und Vertretung im Vorentwurf zur sprachlichen Vereinfachung anstelle der langatmigeren Bezeichnungen Verteidigerinnen und Verteidiger, Rechtsbeiständinnen und Rechtsbeistände sowie Vertreterinnen und Vertreter verwendet werden.

---

<sup>46</sup> Siehe Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 29 N 1 ff.; Habscheid 1990 N 275, 298 ff.; Vogel 1997 § 29 N 110 ff.

## 234.1 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 133 – 134 VE)

### *Grundsätze (Art. 133 VE)*

Gemäss Art. 133 Abs. 1 VE können die Parteien wie vorstehend angeführt in jeder Verfahrensstufe eine Verteidigung, einen Rechtsbeistand oder eine Vertretung beiziehen. Für die Verteidigung wird damit in Abs. 1 ein fundamentaler Grundsatz des rechtsstaatlichen Strafverfahrens festgeschrieben, der vom übergeordneten Recht in Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 3 EMRK sowie Art. 14 Abs. 3 Bst. b IPBPR garantiert wird. In Übereinstimmung mit dem geltenden schweizerischen Strafprozess besteht *kein Anwalts- oder Vertretungszwang*; die Parteien können somit unter Vorbehalt der notwendigen Verteidigung nach Art. 136 VE ihre prozessualen Rechte stets selbst wahrnehmen<sup>47</sup>.

Abs. 2 weist die *Vertretung juristischer Personen ihren Organen* zu. Dies gilt einerseits, wenn die juristische Person als Privatklägerschaft auftritt, andererseits dort, wo sich ein Strafverfahren nach nArt. 102 StGB gegen das Unternehmen richtet. Wie zu Art. 121 VE erwähnt, ist bei der definitiven Redaktion des Gesetzes allenfalls noch gesondert auf die mit der geplanten Einführung der Strafbarkeit des Unternehmens verbundenen Probleme einzugehen.

Abs. 3 lässt den Parteien die Möglichkeit offen, *zwei oder mehrere Verteidigerinnen und Verteidiger*, Vertreterinnen oder Vertreter usw. zu bestellen. Vorab in grossen, komplexen Fällen kann ein legitimes Interesse daran bestehen, mehrere Anwältinnen oder Anwälte mit unterschiedlichen Spezialisierungen beizuziehen und sie vor Gericht plädieren zu lassen. Da die Gefahr besteht, dass auf diese Weise das Verfahren verschleppt werden, ist dies indessen nur zulässig, wenn dadurch nicht wesentliche Verfahrensverzögerungen eintreten. Aus ähnlichen Gründen hat die betreffende Partei gemäss dem Nachsatz dieses 3. Absatzes eine oder einer dieser Anwältinnen und Anwälte zur Hauptvertreterin oder Hauptvertreter zu bestimmen, mit der Folge, dass nur diese oder dieser mit den Vorladungen und weiteren Zustellungen bedient werden muss.

Abs. 4 regelt die Verteidigung, Vertretung etc. mehrerer Parteien des gleichen Verfahrens durch die gleiche Verteidigerin, den gleichen Verteidiger, Rechtsbeistand oder Vertreter. Diese *Doppelvertretung* soll wie im geltenden Recht unter den Vorbehalten des Anwaltsrechts im weiteren Sinne zulässig sein<sup>48</sup>; natürlich darf dabei zwischen den Beschuldigten etc. keine Interessenkollision bestehen<sup>49</sup>.

Es fragt sich, inwieweit die Verteidigung sowie die *Verbeiständung und Vertretung vor den Strafbehörden den zugelassenen Anwältinnen und Anwälten vorbehalten* bleiben soll. Dem schweizerischen Strafprozessrecht war wie erwähnt ein Anwaltszwang bis heute weitgehend fremd. Dem entspricht auch die Regel, dass bisher für die Verteidigung, Vertretung etc. nicht überall zwingend Anwältinnen oder Anwälte eingesetzt werden mussten<sup>50</sup>, sondern dass im

<sup>47</sup> Vgl. etwa Clerc 1975 N 103; Haefliger/Schürmann 1999 226 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 10 ff.; Piquerez 2000 N 1257 f. mit Hinweisen auf die Ausnahme in MStP 127 Abs. 1; Villiger 1999 N 517 ff.; zur fakultativen Verteidigung Graf 2000 38 ff.

<sup>48</sup> Vgl. z.B. schon bisher FR StPO 39 für die Verteidigung, näher dazu Piller/Pochon 1998 Art. 39.1 ff.

<sup>49</sup> Kritisch ist vor allem die *gleiche Verteidigung von zwei Angeschuldigten in der selben Strafsache*, m.w.H. ZR 98 (1999) Nr. 48, 51. Zum Problem der Doppel- und Mehrfachvertretung vgl. Hans Nater in SJZ 95 (1999) 352.

<sup>50</sup> So ZH StPO 8. In vielen Kantonen war allerdings schon bisher die Verteidigung teilweise den Anwältinnen und Anwälten vorbehalten, etwa in BE StrV 49; LU StPO 33 Abs. 4; ZG StPO 10 Abs. 2; FR StPO 38; GR StPO

Prinzip jede handlungsfähige, gut beleumundete und vertrauenswürdige Person mit diesen Funktionen betraut werden konnte. Allerdings gab es schon bisher Einschränkungen, so in Fällen notwendiger Verteidigung<sup>51</sup>. Die berufsmässige Verteidigung, Vertretung etc. ist gemäss Anwaltsrecht grundsätzlich den Anwältinnen und Anwälten vorbehalten<sup>52</sup>. Abs. 5, der die Verbeiständung und Vertretung vor allem hinsichtlich der Zivilklage regelt, schlägt vor, *auch künftig auf den Anwaltszwang zu verzichten* und unter Vorbehalt des Anwaltsrechts jede handlungsfähige, gut beleumundete und vertrauenswürdige Person als Rechtsbeistand oder Vertretung zuzulassen.

Angesichts der Wichtigkeit der *Verteidigung* schlägt der Vorentwurf in Abs. 6 indessen vor, die Verteidigung vor den Strafbehörden den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten vorzubehalten, die *nach Anwaltsrecht in der Schweiz bzw. im betreffenden Kanton praktizieren* dürfen, d.h. zur Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden ermächtigt sind. Befähigt sind primär Anwältinnen und Anwälte, die nach dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000<sup>53</sup> berechtigt sind, Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten; es sind dies die künftig in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen inländischen Anwältinnen und Anwälte. In gewissen Schranken werden dies aber auch Anwältinnen und Anwälte aus Mitgliedstaaten der EU sein, die nach Art. 21 ff. BGFA in der Schweiz Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten können<sup>54</sup>. Ferner ist daran zu denken, dass den Kantonen die Möglichkeit belassen bleibt, für nur im betreffenden Kanton tätige Anwältinnen und Anwälte künftig ein kantonales Anwaltspatent zu schaffen, das ebenfalls zur Verteidigung vor den Strafbehörden des betreffenden Kantons berechtigen muss<sup>55</sup>.

Abs. 6 sieht indessen einen *Vorbehalt zugunsten des kantonalen und eidgenössischen Rechts* vor. Allenfalls ziehen es die Kantone vor, generell oder lediglich in gewissen Bereichen, so z.B. zur Verteidigung im Übertretungsstrafverfahren, auch Nichtanwältinnen zuzulassen.

#### *Allgemeine Rechte (Art. 134 VE)*

Art. 134 VE umschreibt in allgemeiner Weise die Rechte der Verteidigung, des Rechtsbeistandes und der Vertretung. Wie bis anhin sollen sie auch in Zukunft *alle den Parteien zustehenden Verfahrensrechte ausüben und Verfahrenshandlungen vornehmen können*. Die Parteien können sich also grundsätzlich auch vertreten lassen (Abs. 1). Ausgeschlossen davon sind Verfahrenshandlungen, die nach ihrer Natur oder gemäss Gesetz von der Partei persönlich vorzunehmen sind, wie etwa Einvernahmen.

Abs. 2 knüpft vorab an die *Stellung der Verteidigung* an: Die Beschuldigten können sich im Strafverfahren nicht eigentlich vertreten lassen, da sich der staatliche Strafanspruch und die entsprechenden Verfahrenshandlungen stets gegen sie persönlich richten. Die Verteidigung kann folglich nur im Interesse der Beschuldigten und im Sinne einer Beistandschaft neben diesen tätig werden, sie aber mindestens im zentralen Punkt der Schuld- und Sanktionsfrage nicht vertreten. Daraus folgt weiter, dass es den Beschuldigten unbenommen bleibt, neben der Verteidigung und

---

76a Abs. 3; AG StPO 61 Abs. 1; TI StPO 49 Abs. 5; VD StPO 99; VS StPO 49 Ziff. 4; GE StPO 29 Abs. 1; JU StPO 44. Vgl. auch Piquerez 2000 N 1277 ff.

<sup>51</sup> Vgl. etwa ZH StPO 12 Abs. 1. In diese Richtung auch NW StPO 31.

<sup>52</sup> Statt vieler Vogel 1997 § 29 N 122 ff.

<sup>53</sup> SR 935.61.

<sup>54</sup> Näher Art. 21 ff. BGFA.

<sup>55</sup> Näher Meier 2000 31 („B-Patent“).

allenfalls sogar abweichend von dieser selbst Anträge zu stellen. Eine Vertretung der Beschuldigten ist indessen möglich, soweit vermögensrechtliche Ansprüche, also die adhäsionsweise Behandlung der Zivilklagen, betroffen sind<sup>56</sup>.

Abs. 3 bestimmt sodann in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre und Praxis<sup>57</sup>, dass die *Anmeldung sowie der Rückzug eines Rechtsmittels gegen den Willen der Partei nicht zulässig ist*. Diese Einschränkung gilt jedoch nur für Rechtsmittel im Schuld- und Strafpunkt, in dem die Parteien Anspruch auf Berücksichtigung ihres eigenen Standpunktes haben<sup>58</sup>.

## 234.2 Verteidigung (2. Abschnitt, Art. 135 – 142 VE)

### *Wahlverteidigung (Art. 135 VE)*

Art. 135 Abs. 1 VE wiederholt den allgemeinen Grundsatz von Art. 133 Abs. 1 VE, dass sich die Beschuldigten in jedem Strafprozess und auf jeder Verfahrensstufe selbst verteidigen oder aber mit der Verteidigung Anwältinnen oder Anwälte betrauen können. Dazu kommen indessen – wie bereits zu Art. 133 Abs. 6 dargelegt - nur Personen in Frage, die nach dem eidgenössischen oder kantonalen Anwaltsrecht dazu befugt sind. Bestellen die Beschuldigten selbst eine Verteidigung, spricht man von *Wahlverteidigung oder freigewählter Verteidigung*<sup>59</sup>. Für diese ist u.a. typisch, dass die Beschuldigten in der Wahl der Verteidigerin oder des Verteidigers frei sind und diese jederzeit auswechseln können. *Die Beschuldigten haben die Kosten der Wahlverteidigung selbst zu tragen*. Die Wahlverteidigung wird durch das Einreichen einer schriftlichen Vollmacht oder aber einer zu Protokoll gegebenen Erklärung der Beschuldigten begründet (Abs. 2).

### *Notwendige Verteidigung (Art. 136 VE)*

Als Ausnahme zum vorerwähnten Grundsatz der fakultativen Verteidigung normiert Art. 136 VE die sogenannte notwendige Verteidigung (auch *Pflichtverteidigung* genannt). Es sind Fälle, in denen die Beschuldigten immer durch zugelassene Anwältinnen oder Anwälte verteidigt sein müssen, allenfalls sogar gegen ihren Willen. Die professionelle zwingende Verteidigung entspricht mit Nuancen den Regelungen der geltenden schweizerischen Strafprozessrechte<sup>60</sup>.

Die Beschuldigte bedürfen allgemein ausgedrückt wegen der *Schwere der Deliktswürfe oder der besonderen prozessualen Lage*, in der sie sich befinden, des besonderen Schutzes:

- Bst. a nennt zunächst die *Untersuchungshaft*. Nach dem Vorschlag des Vorentwurf soll die Verteidigung obligatorisch sein, wenn der Freiheitsentzug fünf Tage dauerte. Dabei ist zu beachten, dass nach geltendem kantonalem Recht die Dauer der Untersuchungshaft, die eine notwendige Verteidigung zur Folge hat, ausserordentlich variiert: Während z.B. im Kanton

<sup>56</sup> Zu dieser besonderen Stellung der Verteidigung Clerc 1975 N 101 a.E.; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 6 ff.; Oberholzer 1994 166 ff.; Piquerez 2000 N 1273 ff., 1298 ff.; Schmid 1997 N 478 ff.

<sup>57</sup> Siehe dazu m.w.H. Hauser/Schweri 1999 § 96 N 11; Maurer 1999 453; Oberholzer 1994 179; Piquerez 2000 N 1276; Schmid 1997 N 969. Mit Blick auf die Frage einer effizienten Verteidigung Graf 2000 194 ff., 234 ff.

<sup>58</sup> Vgl. dazu ZR 70 (1971) Nr. 19.

<sup>59</sup> Vgl. Aus 29 mach 1 S. 86. Zum Anspruch auf freie Verteidigerwahl ZR 99 (2000) Nr. 41.

<sup>60</sup> Hierzu Aus 29 mach 1 S. 87; ferner Aeschlimann 1997 N 519 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 104 N 1 ff.; Clerc 1975 N 102, 104; Graf 2000 42 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 10 ff.; Maurer 1999 118 ff.; Oberholzer 1994 168 ff.; Padrutt 1996 Art. 76a N 2; Piller/Pochon 1998 Art. 35.1. ff.; Piquerez 2000 N 1259 ff.; Poncet 1978 Kommentierung Art. 29 al. 3; Schmid 1997 N 484 ff.



Tessin eine Verteidigung bei Anordnung von Untersuchungshaft sofort erforderlich ist<sup>61</sup>, ist in andern Kantonen eine Frist von fünf Tagen vorgesehen. In einigen Kantonen ist eine Verteidigung erst nach einem Monat Untersuchungshaft erforderlich<sup>62</sup>. Angesichts der besonderen Situation, in der sich verhaftete Beschuldigte vor allem in der Phase der Haftanordnung befinden, fragt sich, ob nicht sofort eine notwendige Verteidigung erforderlich ist. Eine solche könnte auch dazu dienen, dass diese Zwangsmassnahme zurückhaltender angewandt wird<sup>63</sup>. Knüpft man indessen an die bestehenden Regelungen an und hält sich ausserdem vor Augen, dass die Untersuchungshaft nicht selten nur wenige Tage dauert, erscheint es als angebracht, eine *Haftdauer von fünf Tagen* für den Eintritt des Falles einer notwendigen Verteidigung vorzusehen. In einer *Variante wird eine Haftdauer von 10 Tagen* zur Diskussion gestellt.

- Bst. b sieht vor, dass in Fällen, in denen eine *Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme* beantragt oder zu erwarten ist, eine Verteidigung zwingend sind<sup>64</sup>. Ein Fall notwendiger Verteidigung ist somit gegeben, wenn stationäre therapeutische Massnahmen nach nArt. 59 StGB, eine stationäre Behandlung von Alkohol-, Betäubungsmittel- und Arzneimittelabhängigen nach nArt. 60 StGB, eine Massnahme für junge Erwachsene nach nArt. 61 StGB oder eine Verwahrung nach nArt. 64 StGB beantragt wird oder in Frage kommt.
- Bst. c sieht eine notwendige Verteidigung für Beschuldigte vor, die zur Zeit der Tat *noch nicht 18 Jahre alt* waren. Nach der gleichen Bestimmung ist eine Verteidigung zwingend, wenn die Beschuldigten infolge ihres *körperlichen oder geistigen Zustandes* oder aus andern Gründen wie fremde Muttersprache auf den Beistand einer professionellen Verteidigung angewiesen sind. Eine Verteidigung ist hier indessen nur zwingend, wenn die gesetzlichen Vertreter wie Vormünder diese Beschuldigten nicht genügend verbeiständen können.
- Bst. d übernimmt eine Regelung, die schon in einzelnen kantonalen Verfahrensgesetzen enthalten ist<sup>65</sup>: *Vertritt der Staatsanwalt die Anklage persönlich* vor dem erstinstanzlichen Gericht oder der Berufungsinstanz, so ist den Beschuldigten zwingend eine Verteidigung beizugeben, um die Waffengleichheit zu wahren. Dies dürfte allerdings eher selten sein, ist doch in Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft die Anklage zwingend persönlich zu vertreten hat (Freiheitsstrafe über drei Jahre oder eine freiheitsentziehende Massnahme, Art. 369 Abs. 3 VE) eine Verteidigung ohnehin zwingend. Bst. d dürfte demgemäss nur aktuell werden, wenn die Staatsanwaltschaft in Anwendung von Art. 369 Abs. 1 VE einen Fall persönlich vor Gericht vertreten möchte, obwohl sie dazu nicht verpflichtet ist, oder die Verfahrensleitung sie nach Art. 369 Abs. 5 VE zum persönlichen Erscheinen auffordert.

#### *Sicherstellung der notwendigen Verteidigung (Art. 137 VE)*

Art. 137 VE stellt die notwendige Verteidigung sicher. Nach Abs. 1 muss die *jeweils zuständige Verfahrensleitung* (im Regelfall bereits die Staatsanwaltschaft) sofort für die Gewährleistung der

<sup>61</sup> TI KV 9 Abs. 3, StPO 49 Abs. 2, dazu Salvioni 1999 123 ff.

<sup>62</sup> Siehe Hinweise in Aus 29 mach 1 S. 87.

<sup>63</sup> Mettler 2000 28 ff. sieht denn auch die sofortige notwendige Verteidigung als Mittel gegen die nach seiner Auffassung zu häufige Anordnung der Untersuchungshaft.

<sup>64</sup> Zu den geltenden Regelungen, die zwischen Freiheitsstrafen von 6 und 18 Monaten variieren, Aus 29 mach 1 S. 87.

<sup>65</sup> Z.B. BE StrV 50 Ziff. 2 Bst.c; OW StPO 12 Abs. 2; FR StPO 35 Bst.a; SO StPO 9 Abs. 1 Bst.a; AR StPO 61 Abs. 1 Ziff. 3; AI StPO 32 Abs. 1 Bst.d; AG StPO 59 Abs. 2; VD StPO 104 Abs. 2; JU StPO 45 Ziff. 3 Bst.c.

Verteidigung besorgt sein, wenn sie feststellt, dass einer der in Art. 136 VE erwähnten Voraussetzungen erfüllt ist. Konkret wird in Abs. 2 bestimmt, dass die Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls vor Beginn der weiteren Erhebungen im Rahmen des Vorverfahrens, vor allem vor Beginn der Beweisabnahmen, sichergestellt sein muss. Diese Regelung findet sich bereits jetzt in einzelnen kantonalen Strafprozessordnungen<sup>66</sup>.

Abs. 3 regelt die praktisch wichtige, bisher aber kaum ausdrücklich normierte Frage, *ob Beweisabnahmen gültig sind, die in Fällen der notwendigen Verteidigung ohne eine solche erfolgten*<sup>67</sup>. Die vorgeschlagene Regelung unterscheidet verschiedene denkbare Konstellationen. Zunächst ist an den Fall zu denken, in dem trotz erkennbarer Notwendigkeit einer Verteidigung Beweisabnahmen erfolgen; beispielsweise werden im Vorverfahren, das ein vorsätzliches Tötungsdelikt zum Gegenstand hat, Zeugen vor Bestellung einer Verteidigung einvernommen. Solche Beweise sind unverwertbar, d.h. im erwähnten Fall muss die Zeugeneinvernahme in Anwesenheit der Verteidigung wiederholt werden, falls die Beschuldigten nicht auf eine Wiederholung verzichten. Es kann sich jedoch auch erst nachträglich ergeben, dass ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt. So ist vorstellbar, dass gegen Beschuldigte zunächst eine Voruntersuchung wegen geringfügiger Diebstähle eingeleitet wird und es sich erst in einer späteren Phase herausstellt, dass diese Beschuldigten als Täter eines vorsätzlichen Tötungsdelikts in Frage kommen. Hier behalten, da in der ersten Phase des Vorverfahrens die Notwendigkeit der Verteidigung nicht erkennbar war, die in dieser ersten Phase erfolgten Beweisabnahmen ihre Gültigkeit.

#### *Amtliche Verteidigung (Art. 138 VE)*

Art. 138 VE regelt die *amtliche Verteidigung* (auch *Offizialverteidigung*), d.h. die Voraussetzungen, unter denen Beschuldigten eine vom Staat bestellte und auch entschädigte Verteidigung beigegeben wird<sup>68</sup>.

Eine amtliche Verteidigung wird hauptsächlich ernannt, wenn in einem Falle notwendiger Verteidigung die Beschuldigten *nicht selbst eine freigewählte Verteidigung*, also eine Wahlverteidigung nach Art. 135 VE bestellen (Abs. 1 Bst. a) oder das Mandat einer solchen Wahlverteidigung aus irgendeinem Grund erlischt, ohne dass die Beschuldigten selbst eine neue Verteidigung beiziehen (Abs. 1 Bst. b).

Abs. 2 knüpft an die bisherige bundesgerichtliche Praxis an, wonach aus aArt. 4 BV ein direkter Anspruch auf eine unentgeltliche Verteidigung abzuleiten war, wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die Beschuldigten nicht gewachsen sind<sup>69</sup>. Nach Art. 6 Abs. 3 Bst. c EMRK wiederum besteht ein Anspruch auf eine unentgeltliche Verteidigung, „*wenn dies im Interesse der*

<sup>66</sup> Siehe etwa ZH StPO 13, BE StrV 50 Ziff. 3; AI StPO 32 Abs. 2 („vor der Durchführung der wichtigsten Zeugeneinvernahmen“); dazu Schmid 1997 N 491; vgl. ferner Hauser/Schweri 1999 § 40 N 6 ff.; Maurer 1999 118. BS StPO 14 Abs. 1, AR StPO 61 Abs. 2 und SH StPO 48 verlangen die notwendige Verteidigung „sobald“ das Vorliegen solcher Gründe ersichtlich ist.

<sup>67</sup> Vgl. z.B. NE StPO 54 Abs. 1.

<sup>68</sup> Allgemein Aeschlimann 1997 N 528 ff.; Clerc 1975 N 104; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 13 ff.; Maurer 1999 120 ff.; Oberholzer 1994 170 ff.; Piquerez 2000 N 1280 ff.; Schmid 1997 N 487 ff.

<sup>69</sup> Siehe zusammenfassend BGE 120 Ia 43, 45, 117 Ia 279, ferner Aeschlimann 1997 N 545; Haefliger/Schürmann 1999 226 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 16; Maurer 1999 121; Oberholzer 1994 171; Piquerez 2000 N 1282 f.; Schmid 1997 N 488.

*Rechtspflege erforderlich ist.*“ Lehre und Praxis zu dieser Bestimmung verlangen, dass zusätzlich zum Interesse der Rechtspflege die Beschuldigten unbemittelt sein müssen; es ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen, die das Bundesgericht aus aArt. 4 BV ableitete, mit der EMRK kompatibel sind<sup>70</sup>. Zu erwähnen ist sodann nArt. 29 Abs. 3 Satz 2 BV, der einen Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand gewährt, wenn dies zur Wahrung der Rechte einer Partei notwendig ist.

Abs. 3 Bst. a und b konkretisieren diese Ansprüche:

- Nach Bst. a darf es sich *nicht um einen Bagatellfall* handeln, wobei diese Voraussetzung in jedem Fall erfüllt ist, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten<sup>71</sup> und mit Blick auf das neue Sanktionensystem des Allgemeinen Teils des StGB eine höhere Geldstrafe als 120 Tagsätze oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 120 Stunden zu erwarten sind. Die Regelung in Abs. 2 und 3 lässt zu, auch einen Fall mit geringerer Strafe nicht mehr als Bagatellfall zu qualifizieren.
- Bst. b verlangt *zusätzlich* zu den Voraussetzungen nach Bst. a, dass der Fall in *tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bereitet*, denen die Beschuldigten allein nicht gewachsen sind.

#### *Bestellung der amtlichen Verteidigung (Art. 139 VE)*

Art. 139 VE regelt die Einzelheiten der Bestellung der amtlichen Verteidigung. Der Vorentwurf schlägt in Abs. 1 vor, die Bestellung im Hauptfall der Anordnung während des Vorverfahrens nicht der in diesem Stadium verfahrensleitenden Staatsanwaltschaft zu übertragen, sondern dafür die Verfahrensleitung des *Zwangsmassnahmengerichts* vorzusehen. Damit wird der Verdacht beseitigt, die Staatsanwaltschaft könnte versucht sein, eine ihr genehme Verteidigung zu bestellen.

Ist der Fall bereits *beim Gericht hängig*, so ist die Verfahrensleitung des betreffenden Gerichts für die Bestellung zuständig (Abs. 2).

Nach Abs. 3 ist die amtliche Verteidigung im Regelfall nur in der Schweiz zugelassenen und hier ansässigen Anwältinnen und Anwälten zu übertragen, also solchen, die nach Art. 4 oder 30 BGFA in einem entsprechenden kantonalen Anwaltsregister eingetragen und nach Art. 12 Bst. g dieses Gesetzes zur Übernahme solcher Mandate verpflichtet sind. Es können jedoch auch Anwältinnen und Anwälte mit solchen Mandaten betraut werden, die nach kantonalem Recht nur zur Berufsausübung im verfahrensführenden Kanton zugelassen sind. Zwar werden nach dem Anwaltsgesetz wie erwähnt (vorne Ziff. 234.1) künftig in der Schweiz auch ausländische Anwältinnen und Anwälte tätig sein und auch Wahlverteidigungen übernehmen können. Da die Tätigkeit eines Strafverteidigers in besonderem Masse eine Vertrautheit mit dem schweizerischen Verfahrensrecht, der entsprechenden Behördenpraxis sowie Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse voraussetzt und die Betrauung von Anwältinnen und Anwälten mit Haupttätigkeit im Ausland für den Staat empfindlich höhere Kosten verursachen dürfte, erscheint es als richtig, für die

<sup>70</sup> Näher Haefliger/Schürmann 1999 229 ff.; Villiger 1999 N 519 ff.

<sup>71</sup> In der bisherigen Gerichtspraxis wurde die kritische Grenze bei Freiheitsstrafen zwischen 3 und 5 Monaten erblickt, BGE 115 Ia 103 (Fall mit vier bestrittenen Vergehen und einer drohenden unbedingten Gefängnisstrafe von 3 Monaten); ZR 85 (1986) Nr. 4; EGMR in VPB 55 (1991) Nr. 52 S. 425 ff. = Pr 81 (1992) Nr. 70 = ZBJV 128 (1992) 732. Voraussetzung bejaht bei erstinstanzlicher Strafe von fünf Monaten, RKG 1995 22 Nr. 10. Zum Fall der Verteidigung bei *Übertretungen* ZBJV 132 (1996) 620 = RS 1999 Nr. 564; VPB 61 (1997) Nr. 118.

amtlichen Verteidigungen nur in der Schweiz tätige Verteidigerinnen und Verteidiger vorzusehen. Dies bedeutet, dass Anwältinnen und Anwälte aus EU-Staaten, die nach Art. 21 ff. BGFA den Anwaltsberuf im freien Dienstleistungsverkehr ausüben oder solche, die nach Art. 27 ff. BGFA die Advokatur in der Schweiz ständig ausüben, keine solchen Mandaten übertragen erhalten sollen. Weiter sind diese Anwältinnen und Anwälte nach Art. 25 und 27 Abs. 2 BGFA in der Schweiz nicht zu Übernahme amtlicher Verteidigungen verpflichtet. Beigefügt sei, dass *vom Grundsatz von Abs. 3 in begründeten Fällen abgewichen werden kann*: So wäre es wenig sinnvoll und unökonomisch, einen ausländischen Verteidiger in einem sehr grossen Straffall nicht zum amtlichen Verteidiger zu bestellen, wenn er z.B. die Beschuldigten bis zur Berufungsverhandlung als freigewählter Anwalt verteidigt hat und noch für die letzte Phase des Verfahrens z.B. wegen eingetretener Mittellosigkeit der Beschuldigten eine amtliche Verteidigung notwendig ist.

Nach bisheriger Lehre und Praxis haben die Beschuldigten keinen Anspruch darauf, die ihnen beizugebende Verteidigerin oder den Verteidiger selbst auswählen zu können und dazu angehört zu werden<sup>72</sup>. Abs. 4 übernimmt aber die in der Schweiz vorherrschende Regelung oder mindestens Praxis, bei der Bestellung der amtlichen Verteidigung *wenn möglich die Wünsche der Beschuldigten zu berücksichtigen*<sup>73</sup>.

#### *Widerruf und Wechsel der amtlichen Verteidigung (Art. 140 VE)*

Art. 140 VE bestimmt Dauer und Ende der amtlichen Verteidigung; üblicherweise dauert die amtliche Verteidigung, bis das *Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist* (Abs. 1).

Fällt der *Grund, der Anlass für die Anordnung der Verteidigung gab, vorher weg*, hat die in jenem Moment zuständige Verfahrensleitung das Mandat als beendet zu erklären (Abs. 2). Dies ist beim Grund der mehr als fünftägigen (in der Variante: zehntägigen) Untersuchungshaft nach Art. 136 Bst. a VE dann der Fall, wenn die Beschuldigten aus der Haft entlassen werden und kein anderer Grund für die Fortsetzung der amtlichen Verteidigung besteht.

Abs. 3 regelt das praktisch bedeutsame, in der bisherigen Gesetzgebung aber kaum ausdrücklich normierte Problem des Wechsel in der Person der amtlichen Verteidigerin oder Verteidiger. Der Vorentwurf schlägt vor, *einen Wechsel zuzulassen*, wenn das Vertrauensverhältnis mit den Beschuldigten erheblich gestört oder eine wirkungsvolle Verteidigung aus andern Gründen nicht mehr gewährleistet ist, eine Regelung, die über die bisherige Praxis z.B. des Bundesgerichts hinausgeht<sup>74</sup>.

#### *Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Art. 141 VE)*

Art. 141 VE enthält einige Grundsätze zur Entschädigung der amtlichen Verteidigung. In einigen Kantonen sind die Anwältinnen und Anwälte verpflichtet, solche Mandate zu Honoraren zu führen, die unter jenen einer privat bestellten Verteidigung liegen<sup>75</sup>, während andere die

<sup>72</sup> Vgl. BGE 113 Ia 70; ferner Haefliger/Schürmann 1999 232; Villiger 1999 N 519.

<sup>73</sup> So etwa ZH StPO 13 Abs. 2; BE StrV 51 Abs. 5; LU StPO 34 Abs. 5; UR StPO 56 Abs. 1; FR StPO 37 Abs. 2; SO StPO 11 Abs. 3; BS StPO 16 Abs. 4; BL StPO 18 Abs. 2; SH StPO 49 Abs. 1; GR StPO 102 Abs. 1; AG StPO 61 Abs. 2; VS StPO 49 Ziff. 3 a.E.

<sup>74</sup> Diese lässt einen Wechsel nur zu, wenn ein solcher aus objektiven Gründen als angezeigt erscheint, vgl. BGE 116 Ia 105, 114 Ia 101; Pr 78 (1989) Nr. 261; mit weiteren Hinweisen Aeschlimann 1997 N 550; Maurer 1999 122; Oberholzer 1994 175; Padrutt 1996 Art. 76a N 2.8.; Piquerez 2000 N 1287; Schmid 1997 N 490.

<sup>75</sup> Vgl. etwa BE StrV 52. Honoraransätze gemäss Verordnung der Behörden bzw. Ermessen Gerichte LU StPO 34 Abs. 6; UR StPO 58; GL StPO 20 Abs. 1; SO StPO 12 Abs. 3; BS StPO 17; BL StPO 21; SH StPO 50; AR

Verteidigung nach dem üblichen Anwaltstarif entschädigen<sup>76</sup>. Es gibt Gründe, die für den einen oder anderen Entschädigungsmodus sprechen. Um auch den amtlich verteidigten Beschuldigten einen in jeder Hinsicht mit der freigestellten Verteidigung vergleichbaren Beistand zu gewährleisten, wird für die amtliche Verteidigung grundsätzlich die gleiche Entschädigung vorgesehen, Bund und Kantone hier aber die Möglichkeit abweichender Regelungen eingeräumt. Der Vorentwurf sieht deshalb vor, *die amtliche Verteidigung ohne andere Regelung in den eidgenössischen oder kantonalen Einführungserlassen nach dem üblichen Anwaltstarif zu entschädigen* (Abs. 1).

Diese Entschädigung wird wie schon erwähnt (Ziff. 234.2 zu Art. 138 VE) vom *Staat, d.h. vom verfahrensführenden Kanton oder Bund getragen*; dies schliesst indessen nicht aus, dass diese Kosten später von den Beschuldigten zurückverlangt werden können (näher Art. 494 VE). Abs. 2 stellt klar, dass sich die amtliche Verteidigung mit der staatlichen Entschädigung zufrieden geben muss und darüber hinaus keine weiteren Entschädigungen verlangen darf<sup>77</sup>.

Abs. 3 weist die *Befugnis, die Entschädigung festzusetzen*, der Verfahrensleitung jener Instanz zu, die sich bei Abschluss des Mandates mit dem Fall zu befassen hatte.

Abs. 4 stellt gegen den Entscheid, mit dem die Entschädigung der amtlichen Verteidigung festgelegt wurde, die *Beschwerde* zur Verfügung, wobei nach Bst. a und b je nach der entscheidenden Behörde die Beschwerdeinstanz der Kantone oder des Bundes Rechtsmittelbehörde ist.

#### *Stellung der Verteidigung (Art. 142 VE)*

Art. 142 VE umschreibt die wesentlichsten Aufgaben der Verteidigung, wie sie dem heutigen Rollenbild entsprechen. Die Verteidigung ist zwar Teil der Rechtspflege und Dienerin des Rechts; entgegen den Strafbehörden ist sie jedoch *einseitig für die Beschuldigten* tätig<sup>78</sup>. Abs. 1 macht es dementsprechend der Verteidigung zur Pflicht, sich in den Schranken des Rechts und der Standesregeln allein für die Interessen der Beschuldigten einzusetzen.

Abs. 2 geht davon aus, dass die Verteidigung nicht nur dem Staat und seinem Strafverfolgungsinteresse, sondern auch den *Beschuldigten gegenüber ungebunden sein soll*; sie soll all das vornehmen, was nach ihrem besten Wissen und Gewissen dazu dient, sich positiv auf die Stellung der Beschuldigten auszuwirken. Daraus folgt, dass die Verteidigung ihre Strategie selbst zu entwickeln hat. Sie hat dabei auf die Vorschläge und Wünsche der Beschuldigten einzugehen, doch ist sie nicht daran gebunden<sup>79</sup>. Vorbehalten bleibt aber die Einschränkung von Art. 134 Abs. 3 für das Rechtsmittelverfahren.

---

StPO 64; AI StPO 33 Abs. 3; VD StPO 110. Allgemein Aeschlimann 1997 N 538 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 110 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 14 ff.; Maurer 1999 122 f.; Oberholzer 1994 176 f.; Piquerez 2000 N 1291 ff.; Schmid 1997 N 492.

<sup>76</sup> So ZH StPO 12 Abs. 2; OW StPO 13 Abs. 2; AG StPO 61 Abs. 3; TG StPO 52 Abs. 2; JU StPO 46 Abs. 2.

<sup>77</sup> Zu den Grenzen dieser Regel ZR 99 (2000) Nr. 49.

<sup>78</sup> Dazu und zum Folgenden Clerc 1975 N 101; Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 87 N 12 ff.; Haefliger/Schürmann 1999 226 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 22 ff.; Oberholzer 1994 177 ff.; Piquerez 2000 N 1263 ff., 1302 f.; Schmid 1997 N 493 ff.

<sup>79</sup> Siehe dazu BGE 116 Ia 102; ZR 78 (1979) Nr. 110; SJZ 56 (1960) S. 261. Die Unabhängigkeit der Anwältin und des Anwalts ist nunmehr auch in Art. 12 Bst. a BGFA garantiert.

### 234.3 Unentgeltliche Rechtsbeistände und unentgeltliche Rechtspflege für die Privatklägerschaft (3. Abschnitt, Art. 143 – 144 VE)

Die neue BV gewährt der mittellosen Partei gegenüber dem Staat in Art. 29 Abs. 3 ausdrücklich einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes<sup>80</sup>. Die Ansprüche der Beschuldigten auf unentgeltlichen Rechtsbeistand finden sich in den bereits erläuterten Art. 138 ff. VE. Dieser 3. Abschnitt regelt den Fall, dass die Privatkügerschaft zur Durchsetzung ihrer Ansprüche im Zivilpunkt einen unentgeltlichen Rechtsbeistand sowie die unentgeltliche Rechtspflege notwendig hat.

#### *Unentgeltlicher Rechtsbeistand (Art. 143 VE)*

Art. 143 Abs. 1 VE enthält die *Voraussetzungen*, die erfüllt sein müssen, damit der Privatkügerschaft ein unentgeltlicher, d.h. vom Staat entschädigter Rechtsbeistand beizugeben ist. Im Einklang mit der bisherigen Lehre und Rechtsprechung<sup>81</sup> ist zunächst erforderlich, dass die Privatkügerschaft nicht über die notwendigen Mittel verfügt, um selbst eine Vertretung zu bestellen und zu bezahlen<sup>82</sup>. Sodann setzt die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes voraus, dass die Privatkügerschaft eines Rechtsbeistandes bedarf, um ihre Rechte wirksam wahren zu können. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn sich komplizierte Sach- oder Rechtsfragen stellen. Zu berücksichtigen sind auch die weiteren Umstände des Falles wie die Bedeutung der Strafsache, die Rechtskundigkeit der Partei etc.<sup>83</sup> Weiter ist erforderlich, dass die Zivilklage nicht als aussichtslos erscheint<sup>84</sup>; diese Voraussetzungen ergeben sich neuerdings ausdrücklich auch aus nArt. 29 Abs. 3 BV. Der Hinweis auf die Zivilklage macht deutlich, dass grundsätzlich nur dann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt wird, wenn die Privatkügerschaft im Strafverfahren Zivilansprüche geltend macht; dies schliesst selbstverständlich nicht aus, dass der Rechtsbeistand (weiter als dass dies eine blosse Vertretung tun könnte) auch im Strafpunkt tätig wird.

Abs. 2 bezieht sich auf allfällige *Kostenvorschüsse einer Partei*, die nach dem Vorentwurf nur ausnahmsweise in relativ wenigen Fällen, vorab bei Verfahrenshandlungen im Zusammenhang mit Antragsdelikten sowie der Durchsetzung von Zivilansprüchen (vgl. etwa Art. 192 Abs. 3 oder Art. 344 Abs. 3 VE) vorgesehen sind. Ist die Privatkügerschaft verpflichtet, Kostenvorschüsse zu leisten, so kann sie davon unter den Voraussetzungen von Abs. 1 entbunden werden, soweit ihre Begehren nicht aussichtslos sind.

#### *Zuständige Behörde und Kostentragung (Art. 144 VE)*

Art. 144 VE verweist für die Bestellung, den Widerruf und Wechsel sowie die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes auf die *Vorschriften der amtlichen Verteidigung* in Art. 139-

<sup>80</sup> Dieser Anspruch wurde vom Bundesgericht bis anhin aus aArt. 4 BV abgeleitet. Dazu und zum Folgenden BGE 116 Ia 459; 124 I 1; 123 I 145; 120 Ia 217; Aeschlimann 1997 N 581 ff.; Forster 1992 457 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 38 N 19; Maurer 1999 133 f.; Georg Müller in BV-Kommentar 1995 Art. 4 N 123 ff.; Oberholzer 1994 194 f.; Piquerez 2000 N 1330; Schmid 1997 N 520.

<sup>81</sup> Statt vieler m.w.H. Georg Müller in BV-Kommentar 1995 Art. 4 N 125 ff.

<sup>82</sup> Zu den anzuwendenden Massstäben BGE 106 Ia 82; 108 Ia 108; 109 Ia 8; 118 Ia 369; 119 Ia 11; vgl. auch ZR 99 (2000) Nr. 35.

<sup>83</sup> BGE 104 Ia 72; 115 Ia 105; 117 Ia 279; hierzu Georg Müller in BV-Kommentar Art. 4 N 126; Forster 1992 460 f.

<sup>84</sup> Siehe etwa BGE 109 Ia 13; 114 Ia 101.

141 VE. Damit wird der unentgeltliche Rechtsbeistand im Regelfall von der Verfahrensleitung des Zwangsmassnahmengerichts ernannt (Art. 139 Abs. 1 VE). Seine Entschädigung richtet sich grundsätzlich nach dem Anwaltstarif (Art. 141 Abs. 1 VE).

Abs. 2 stellt klar, dass die Kostentragung des Staates bei der Bestellung eines Rechtsbeistandes und der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege *nicht definitiv* ist. Wie zumeist schon im geltendem Verfahrensrecht vorgesehen<sup>85</sup>, wird über die Kosten der unentgeltlichen Verbeiständung wie auch jener, die im Zusammenhang mit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entstanden sind, im Endentscheid befunden (vgl. Art. 493 Abs. 2 und 494 Abs. 3 VE). Die so entstandenen Kosten können je nach dem den Beschuldigten oder aber der Privatklägerschaft auferlegt werden.

Abs. 3 bezieht sich auf den Fall, dass der Privatklägerschaft nach Art. 503 oder 505 Abs. 2 VE eine *Prozessentschädigung zu Lasten der Beschuldigten* zugesprochen wird. Diese Entschädigung gilt dem Bund oder Kanton im gleichen Umfang abgetreten, wie diese im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege oder mit der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes die Kosten trugen.

---

<sup>85</sup> Etwa ZH StPO 188 Abs. 1; LU StPO 270, 275; NE StPO 98 Abs. 2; GE StPO 98 f.

## 24                    **Beweismittel (Vierter Titel)**

Im Vierten Titel des Vorentwurfs werden die wesentlichsten Beweismittel<sup>1</sup> dargestellt. Diese *Mittel können die Parteien des Strafprozesses einsetzen, um die erkennenden Behörden, vorwiegend die Gerichte, vom Vorhandensein verfahrensrelevanter Tatsachen zu überzeugen*<sup>2</sup>. Wie in der schweizerischen Strafprozesslehre<sup>3</sup> und den Gesetzen üblich wird zunächst der sogenannte Personalbeweis behandelt. Dieser beruht primär auf den Aussagen von Beschuldigten, Zeuginnen und Zeugen, Auskunftspersonen sowie Sachverständiger. Anschliessend wird der Sachbeweis dargestellt. Darunter fallen alle Sachen, Örtlichkeiten, Zustände oder Vorgänge, die auf Grund ihrer sinnlichen Erkennbarkeit beweisbildend sind. Vorangestellt sind im 1. Kapitel allgemeine Grundsätze, die sich mit der Beweiserhebung, mit rechtswidrig erlangten Beweisen, gemeinsamen Bestimmungen für Einvernahmen, Gegenüberstellungen und Teilnahmerechte sowie Schutzmassnahmen für Zeugen usw. befassen.

### 241                    **Beweise und ihre Erhebung (1. Kapitel; Art. 145-165 VE)**

#### 241.1                **Allgemeine Regeln der Beweiserhebung (1. Abschnitt, Art. 145-147 VE)**

##### *Grundsatz (Art. 145 VE)*

Im Zentrum des Beweisrechts und in Art. 145 VE steht die heute vorherrschende Auffassung, dass es *keinen numerus clausus der Beweismittel* gibt. Dies ergibt sich einerseits aus dem Grundsatz der materiellen Wahrheit gemäss Art. 6 VE, der es den Strafbehörden zur Aufgabe macht, alle für die Beurteilung von Tat und Täter wesentlichen Fakten von Amtes wegen zusammenzutragen. Andererseits ist aus der in Art. 11 Abs. 1 VE zu findende Maxime der freien Beweiswürdigung abzuleiten, dass zur Erforschung der Wahrheit in den Schranken des Rechts alle denkbaren Beweismittel einsetzbar sein müssen, auch wenn sie in den Verfahrensgesetzen nicht oder noch nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Im Strafverfahren können somit auch Beweismittel eingesetzt werden, die neu von der Wissenschaft und Kriminalistik entwickelt werden, ohne dass es hierzu einer Ergänzung des Gesetzes bedarf<sup>4</sup>.

##### *Unnötige, untaugliche und unerreichbare Beweismittel (Art. 146 VE)*

Art. 146 VE entbindet die Strafbehörden von der Abnahme gewisser Beweise, wenn die damit zu beweisende Tatsache offenkundig, also allgemein bekannt ist<sup>5</sup>, z.B., dass eine bestimmte Gemeinde in einem bestimmten Kanton liegt. Ebenso ist auf die Beweisabnahme zu verzichten, wenn die Tatsache zwar nicht unbedingt der Allgemeinheit, hingegen den Strafbehörden bekannt

<sup>1</sup> „Hauptsächlichste Beweismittel“, so Aeschlimann 1997 N 831.

<sup>2</sup> Zum Begriff des Beweises Aeschlimann 1997 N 823 ff.; Clerc 1975 N 146 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 59 N 1 ff.; Maurer 1999 34 f.; Oberholzer 1994 255 ff.; Piquerez 2000 N 1859 ff.; Schmid 1997 N 593 ff.

<sup>3</sup> Siehe etwa Clerc 1975 N 149 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 59 N 19 f.; Oberholzer 1994 255 ff.; Piquerez 2000 N 2009 ff., 2242 ff.; Schmid 1997 N 598, 674.

<sup>4</sup> Aeschlimann 1997 N 824; Clerc 1975 N 142; Hauser/Schweri 1999 § 59 N 3 ff.; Oberholzer 1994 255; Padrutt 1996 Art. 76 N 3.1.; Piller/Pochon 1998 Art. 73.1 ff.; Piquerez 2000 N 1876 ff., 1887; Schmid 1997 N 600.

<sup>5</sup> Zu diesen und den nachfolgenden Konstellationen Aeschlimann 1997 N 827 ff.; Clerc 1975 N 138 No. 3 Hauser/Schweri 1999 § 59 N 21 ff.; Maurer 1999 183 f.; Oberholzer 1994 144 f.; Poncet 1978 58; Schmid 1997 N 599.



ist (sog. gerichtsnotorische Tatsachen), z.B., dass die X-AG in Konkurs gefallen ist. Den Strafbehörden muss sodann zugestanden werden, auf die Abnahme jener Beweise über Tatsachen zu verzichten, die im Verfahren bereits rechtsgenüglich nachgewiesen sind (Abs. 1).

Die Strafbehörden sehen nach Abs. 2 von Beweisabnahmen ab, wenn *untaugliche Beweismittel* angerufen werden, Beweise, die für die zu beweisende Tatsache unerheblich oder ungeeignet sind. Etwa wenn der angerufene Zeuge zu den verfahrensrelevanten Vorgängen keine sachdienlichen Angaben machen kann oder ein Experte für eine vom Richter zu entscheidende Rechtsfrage angerufen wird. Weiter kann auf *unerreichbare Beweismittel* verzichtet werden; konkret bedeutet dies, dass ein Verfahren mit Endentscheid abgeschlossen werden kann, wenn z.B. ein Zeuge, der offenbar wesentliche Aussagen machen könnte, verschwunden ist; eine andere Frage ist, ob das Verfahren in solchen Fällen nicht nach Art. 345 VE sistiert werden sollte.

### *Verbotene Beweiserhebungsmethoden (Art. 147 VE)*

Art. 147 Abs. 1 VE knüpft an den Grundsatz der Achtung der Menschenwürde nach Art. 3 VE an. Bereits dort werden in Abs. 3 jene Methoden zur Erlangung von Beweisen verboten, die diese Würde verletzen. Bei der Erhebung von Beweisen sind mit Ausnahme der gesetzlich erlaubten Zwangsmassnahmen namentlich jeder Einsatz von physischer und psychischer Gewalt verboten. Verboten sind auch Methoden, die die Denkfähigkeit und Willensfreiheit der betroffenen Personen beeinträchtigen, so das Rückversetzen in einen Alkohol- und Drogenrausch oder die Narkoanalyse. Als unzulässig erscheinen ferner Einrichtungen wie „Lügendetektoren“<sup>6</sup>.

Solche Eingriffe sind nach Abs. 2 auch dann *ausgeschlossen, wenn sie der Entlastung der Beschuldigten dienen sollen und von diesen verlangt werden*. Die Ergebnisse dieser Untersuchungsmethoden sind einerseits nicht über alle Zweifel erhaben und andererseits würde eine Freiwilligkeit solcher Einrichtungen indirekt einen Zwang auf die Beschuldigten ausüben, weil ein Verzicht darauf als Verdachtsmoment interpretiert werden könnte. Werden Beweise unter einem nach dieser Bestimmung verpönten Zwang erhoben, sind sie gemäss Art. 148 VE unverwertbar.

## **241.2 Rechtswidrig erlangte Beweismittel (2. Abschnitt, Art. 148-150 VE)**

Die Folgen von Verletzungen der Beweiserhebungsvorschriften sind ein weites Feld, das in den geltenden Gesetzen nicht oder nur unzureichend geregelt ist und die Lehre<sup>7</sup> sowie die Rechtsprechung immer wieder ausgiebig beschäftigt. Die Schaffung einer vereinheitlichten

<sup>6</sup> Hierzu und zum Folgenden Aeschlimann 1997 N 195; Clerc 1975 N 143; Hauser/Schweri 1999 § 39 N 22, § 59 N 6; Maurer 1999 35 f.; Piquerez 2000 N 1888 ff.; Schmid 1997 N 626. BGE 118 Ia 31; SJZ 67 (1971) 114. - Neuerdings wird das Problem des *Lügendetektors* (besser: *Polygraf*) allerdings differenziert betrachtet: Nach dem nicht publizierten Bundesgerichtsentscheid vom 23.9.1998 i.S. A.P. sind solche Methoden nicht an sich bedenklich; sie sollen aber nur zulässig sein, soweit sie der Entlastung der Beschuldigten dienen und nicht gegen ihren Willen angewandt werden; vgl. hierzu TA Nr. 23 vom 29.1.1999, S. 2. - In Deutschland besteht kein verfassungsmässiger Anspruch auf Abnahme eines solchen Beweises, vgl. EuGRZ 25 (1998) 351. Teilweise wird die Anwendung des Lügendetektors weniger gestützt auf menschenrechtliche Überlegungen als vielmehr wegen seiner Untauglichkeit verworfen, vgl. Kriminalistik 1999 11; ähnlich auch Piquerez 2000 N 1897; differenzierend Kriminalistik 2000 607.

<sup>7</sup> Mit Hinweisen auf die Praxis Aeschlimann 1997 N 196; Bénédic 1994; Clerc 1975 N 144; Hauser/Schweri 1999 § 60 N 5 ff.; Maurer 1999 36 f.; Oberholzer 1994 246 ff.; Padrutt 1996 Art. 76 N 3.3.; Piquerez 2000 N 1965 ff.; Schmid 1997 N 608 ff.

schweizerischen Strafprozessordnung soll zum Anlass genommen werden, einige Grundsätze gesetzgeberisch zu verankern. Die heikle, vielschichtige Materie kann freilich nicht bis in alle Details geregelt werden, so dass gewisse Teilaspekte wie bisher der Praxis zu überlassen sind.

*Grundsatz (Art. 148 VE)*

Art. 148 Abs. 1 VE stellt zunächst klar, dass *Beweise, die von Strafbehörden in strafrechtlich verpönte Weise erhoben wurden, als Beweise unverwertbar sind*<sup>8</sup>. Darunter fallen etwa die Aussagen von Beschuldigten, die in strafbarer Weise zu diesen genötigt wurden. Nach Abs. 1 sind auch *Beweise unverwertbar, die in Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden*. Hier und im Folgenden wird der Begriff der Unverwertbarkeit und nicht jener der Nichtigkeit verwendet; entscheidend ist, dass solche Beweise den Personen, die durch die Beweisvorschriften geschützt werden sollen, also vorab den Beschuldigten, nicht entgegengehalten werden dürfen. Inwieweit solche Beweise zugunsten der Beschuldigten oder anderer Parteien verwendet werden, kann der Praxis überlassen bleiben. Diese Flexibilität wäre bei einer ausdrücklich statuierten Nichtigkeit problematisch.

Abs. 2 betont hingegen, dass die *Verletzung blosser Ordnungsvorschriften nicht die Unverwertbarkeit des Beweises zur Folge* hat. Damit knüpfen Abs. 1 und 2 an die im Strafprozessrecht übliche Unterscheidung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften an<sup>9</sup>. Die Differenzierung wird, wenn das Gesetz eine Vorschrift nicht selbst als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet<sup>10</sup>, der Praxis überlassen. Tendenziell ist bei der *Unterscheidung auf den Schutzzweck der Norm abzustellen*: Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Partei eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, spricht man von einer Gültigkeitsvorschrift, bei nur untergeordneter Bedeutung von einer Ordnungsvorschrift.

Abs. 3 versucht, das bisher gesetzgeberisch kaum angegangene Problem der sogenannten *Fernwirkung von Beweisverboten* zu regeln, also die Frage, ob die auf Grund eines unverwertbaren Beweises ermöglichte weitere, gleichsam sekundäre Beweiserhebung verwertbar oder aber ebenfalls ungültig ist. Das Problem stellt sich etwa bei einer Zeugeneinvernahme, die unverwertbar ist, weil der Zeuge nicht auf seine Zeugenpflichten aufmerksam gemacht wurde (Art. 184 VE); der Zeuge nennt einen weiteren Zeugen, der alsdann ordnungsgemäss einvernommen wird und dabei verfahrensentscheidende Aussagen macht. Sollen die Aussagen dieses zweiten Zeugen verwertbar sein? Im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Strafverfahrensrecht, das dieses indirekte Beweisverbot relativ konsequent beachtet<sup>11</sup>, hat die Fernwirkung der Beweisverbote im kontinental-europäischen und vorab dem schweizerischen Strafprozess nur beschränkt Wurzeln schlagen können. Die Folgen solcher indirekter Beweisregelverletzungen sind kontrovers: Für eine Fernwirkung spricht, dass andernfalls die Beweisregeln unterhöhlt werden könnten. Dagegen spricht, dass solche indirekten Beweisverbote die Ermittlung der materiellen Wahrheit hindern und zu stossenden Freisprüchen offensichtlich

<sup>8</sup> In dieser Richtung schon das Postulat der Experten in Aus 29 mach 1 S. 105 f. und Stimmen in den Hearings, vgl. etwa S. 105 f., 163.

<sup>9</sup> Zu dieser Unterscheidung Aus 29 mach 1 S. 105. Zum Ganzen siehe Hauser/Schweri 1999 § 44 N 51; Maurer 1999 37; Oberholzer 1994 246 f.; Piquerez 2000 N 1980 ff., 1993; Schmid 1997 N 608 f.

<sup>10</sup> Wie dies etwa bei Art. 167 VE oder Art. 184 VE der Fall ist.

<sup>11</sup> M.w.H. Schmid 1993 118 ff. Vgl. auch Piquerez 2000 N 1975 ff.

Schuldiger führen können<sup>12</sup>. Vor allem die Praxis in der Schweiz scheint sich gegen die Anwendung indirekter Beweisverbote stellen. Zu bedenken ist, dass im oben erwähnten Fall des an sich unkorrekt ermittelten, aber nachher korrekt einvernommenen Zeugen hätte der zweite Zeuge allenfalls auch ohne die (unverwertbare) Aussage des ersten Zeugen ausfindig gemacht werden können. Es wird deshalb eine beschränkte Anwendung der Fernwirkung des Beweisverbotes vorgeschlagen: Gemäss Abs. 3 soll das *zweite Beweismittel nur unverwertbar sein, wenn es ohne das vorausgehende nicht möglich gewesen wäre*, das erste somit *conditio sine qua non* des zweiten ist. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Gutachten auf unverwertbaren Zeugenaussagen aufbaut<sup>13</sup>.

Abs. 4 regelt die bisher im geschriebenen Recht kaum geregelte<sup>14</sup>, in Judikatur und Literatur kontrovers behandelte Frage, was mit jenen *Akten, vor allem Einvernahmeprotokollen, zu geschehen hat, die unverwertbare Beweise zum Gegenstand haben*. Einerseits wird die Meinung vertreten, diese seien aus den Akten zu entfernen und zu vernichten, andererseits wird dafür eingetreten, diese Beweisstücke, vorab Protokolle, in den Akten zu belassen und einfach nicht zu beachten<sup>15</sup>. Bedenkt man, dass u.U. obere Instanzen die Frage der Unverwertbarkeit abweichend beantworten können oder dass aus anderen Gründen später ein legitimes Interesse einer Partei oder von Dritten an den ursprünglich als unverwertbar betrachteten Beweisen aktuell werden kann, wird ein Mittelweg vorgeschlagen: Die Akten zu solchen unverwertbaren Beweisen werden bis zum Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten, diese also je nach Umfang z.B. in einem versiegelten Umschlag oder in verschlossenen Schachteln, Kasten, Räumen etc. aufbewahrt. Eine solche Lösung verunmöglicht, dass die Strafbehörden bei ihren Entscheiden doch irgendwie auf diese bei den Akten verbleibenden Beweise abstellen, lässt jedoch einen späteren Zugriff auf diese Akten zu, wenn einer der vorgenannten Gründe eintritt.

#### *Ausnahmen bei behördlich erhobenen Beweisen (Art. 149 VE)*

Art. 149 VE schränkt die Unverwertbarkeit der von Strafbehörden in strafbarer oder in Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhobener Beweise ein. In den Fällen der Unverwertbarkeit nach Art. 148 Abs. 1 VE ist eine *Abwägung zwischen den mit den fraglichen Gültigkeitsvorschriften einerseits und den mit der Strafverfolgung geschützten Interessen andererseits vorzunehmen*. So sollte es, um an einen bekannten, vom Bundesgericht wie auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu beurteilenden Fall anzuknüpfen, erlaubt sein, rechtswidrig erlangte Mitschnitte von Telefongesprächen als Beweismittel zu verwenden, um einen Mordfall abzuklären<sup>16</sup>. Eine andere Frage ist freilich, inwieweit solche Beweismittel für einen Schuldspruch genügen; nach der Praxis der Strassburger Organe ist erforderlich, dass – verkürzt ausgedrückt – neben dem öffentlichen Interesse an der Abklärung eines gravierenden Straffalls das Verfahren insgesamt fair war, dass es sich nicht um die einzigen Beweise handelte

<sup>12</sup> Dazu und zum Folgenden Aeschlimann 1997 N 196; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 16 ff.; Oberholzer 1994 248 ff.; Piquerez 2000 N 1994 ff.; Schmid 1997 N 610.

<sup>13</sup> Vgl. Schmid 1997 N 610 mit weiteren Fällen und Hinweisen.

<sup>14</sup> Siehe dazu etwa (alle für Entfernung aus den Akten) BE StrV 56 Abs. 2; UR StPO 80 2. Satz; FR StPO 73 Abs. 2; BL StPO 41 Abs. 2.

<sup>15</sup> Vgl. zu dieser Thematik Aus 29 mach 1 S. 105; SJZ 72 (1976) 64 Ziff. 5 = ZR 74 (1975) Nr. 78; BJM 1983 216; sodann, mit m.w.H., Aeschlimann 1997 N 196; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 12; Oberholzer 1994 247 f.; Schmid 1997 N 572.

<sup>16</sup> Fall Schenk, vgl. BGE 109 Ia 244.

und dass die Beschuldigten Gelegenheit hatten, die Richtigkeit der rechtswidrig erlangten Beweismittel anzufechten<sup>17</sup>.

*Absolute Schranke sind die fundamentalen Grundrechte (Abs. 2):* Selbstverständlich kann es nicht angehen, auf Grund der Interessenabwägung physische oder psychische Gewalt gegen Beschuldigte anzuwenden und die so erlangten Beweise hernach zu verwerten.

#### *Von Privaten erhobene Beweise (Art. 150 VE)*

Art. 150 VE bezieht sich auf die Möglichkeit, dass Private selbst Beweise sammeln und diese hernach ins Strafverfahren einführen, also beispielsweise, indem sie Urkunden oder schriftliche Erklärungen von potentiellen Zeugen oder Auskunftspersonen beibringen. Die Grundsätze des Strafverfahrensrechts nach Art. 3 ff. VE sind im Wesentlichen *nur für die Strafbehörden verbindlich*. Auch die Vorschriften für die Beweiserhebungen, insbesondere die vorerwähnten Gültigkeitsvorschriften, richten sich im Prinzip nur an die Strafbehörden, nicht aber an die privaten Parteien. Indessen verdienen gewisse Interessen, die mit den Beweisverwertungsverböten nach Art. 148 Abs. 1 VE geschützt werden sollen, auch Schutz, wenn es sich um privat erhobene Beweise handelt<sup>18</sup>.

Da die Vorschriften über die Beweiserhebung durch die Strafbehörden für die privaten Verfahrensbeteiligten nicht direkt verbindlich sind, bleiben für diese vor allem die strafrechtlichen Schranken beachtlich. Werden von Privaten Beweise in strafrechtlich relevanter Weise beschafft, also beispielsweise durch Diebstahl, Sachentziehung, Hausfriedensbruch, Nötigung oder Urkundenunterdrückung, so sind diese Beweise unverwertbar, d.h. sie bleiben für die Strafbehörden unbeachtlich<sup>19</sup>. Denkbar ist indessen, dass eine Partei sich solche Beweise zwar in einer strafrechtlich tatbestandsmässigen Weise beschafft, dieses Verhalten aber durch einen *Rechtfertigungsgrund* wie vor allem Notstand oder Wahrung berechtigter Interessen<sup>20</sup> gedeckt ist. Besteht z.B. die akute Gefahr, dass eine Person ein wesentliches Dokument, das einen Beschuldigten entscheidend entlasten könnte, vernichtet, kann die strafbare Wegnahme dieses Dokumentes gerechtfertigt sein, wenn dem Beschuldigten keine milderen Rettungsmöglichkeiten offen stehen; alsdann kann dieses Dokument von den Strafbehörden als Beweis verwertet werden<sup>21</sup>. Bei schweren Straftaten kann im Übrigen das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das Interesse eines Beschuldigten z.B. an der Wahrung seiner Privat- und Geheimsphäre überwiegen<sup>22</sup>.

### **241.3 Einvernahmen im Allgemeinen (3. Abschnitt, Art. 151-155 VE)**

Im Beweisrecht ist vor allem der sogenannte Personalbeweis wichtig. Bei dieser Beweisart steht das Einbringen des sachrelevanten Wissens der betreffenden Person in Verfahren in der Form der

<sup>17</sup> Dazu näher Haefliger/Schürmann 1999 181 f.; Villiger 1999 N 487; EGMR in EuGRZ 15 (1988) 390 ff.

<sup>18</sup> Dazu und zum Folgenden näher Aus 29 mach 1 S. 105/6; Aeschlimann 1997 N 826; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 14 f.; Maurer 1999 36 f.; Piquerez 2000 N 1999; Schmid 1997 N 611 f.

<sup>19</sup> Im Ergebnis BGE 117 Ia 341.

<sup>20</sup> Hierzu statt vieler Trechsel 1997 Art. 32 N 11, Art. 34 N 1 ff.

<sup>21</sup> Aeschlimann 1997 N 826; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 14 f.; Maurer 1999 36 f.; Schmid 1997 N 612.

<sup>22</sup> In dieser Richtung der bereits vorne genannte Fall Schenk, BGE 109 Ia 244; dazu EuGRZ 15 (1988) 390 ff.; im Ergebnis auch SJ 1986 636. Siehe auch die zivilprozessualen Entscheide ZR 94 (1995) Nr. 36 und SJZ 92 (1996) 360.

Einvernahme, also der protokollarischen Befragung durch die betreffende Strafbehörde, im Vordergrund. Angesichts der Bedeutung dieser Einvernahmen werden in diesem 3. Abschnitt gewisse allgemeine Regeln dazu festgehalten. Die besonderen Vorschriften zu den einzelnen Beweispersonen wie die Beschuldigten, Zeuginnen und Zeugen usw. finden sich in den nachfolgenden Kapiteln.

#### *Einvernehmende Strafbehörde (Art. 151 VE)*

Einvernehmende Strafbehörden sind nach Art. 151 Abs. 1 VE *primär die Staatsanwaltschaft, Übertretungsstraftbehörden und Gerichte.*

Bei der Festlegung dieser Befugnisse ist auf die Gegebenheiten in den Kantonen Rücksicht zu nehmen. So können heute in verschiedenen Kantonen vorab in geringfügigeren Fällen Einvernahmen anstatt durch Angehörige der Strafbehörden selbst, also durch Staatsanwältinnen und Staatsanwälte oder Richterinnen und Richter, durch *Hilfspersonen wie Gerichtsschreiber, Sekretäre usw.* erfolgen. Bund und Kantonen wird die Freiheit gelassen, in ihren Einführungs-erlassen solche Hilfspersonen mit Einvernahmebefugnissen auszustatten (Abs. 2).

Die *Polizei* ist grundsätzlich auf die Einvernahmen von Beschuldigten und Auskunftspersonen beschränkt, kann also keine Zeuginnen und Zeugen und Sachverständige einvernehmen. Es entspricht aber der Tradition verschiedener Kantone, dass die Polizei oder mindestens gewisse Beamtinnen und Beamte derselben, also beispielsweise in Kantonen der Romandie die *police judiciaire*<sup>23</sup>, Zeugeneinvernahmen vornehmen können. Abs. 3 überlässt es den Kantonen, solche Regelungen beizubehalten. Dabei ist selbstverständlich erwünscht, dass diese Angehörigen der Polizei über eine spezifische Ausbildung verfügen.

#### *Erscheinenspflicht, Einleitung und Durchführung der Einvernahme (Art. 152-154 VE)*

Wer vorgeladen wird, vor einer Strafbehörde auszusagen, muss dieser Vorladung nach Art. 152 VE Folge leisten, selbst wenn er berechtigt ist, z.B. als Beschuldigter oder Zeuge die Aussagen zu verweigern. Wer nicht erscheint, *kann vorgeführt werden* (Art. 220 ff. VE).

Art. 153 VE enthält einige *Grundregeln, die zu Beginn einer Einvernahme zu beachten sind.* Wesentlich ist, dass die einzuvernehmenden Personen auf jeder Verfahrensstufe Anspruch darauf haben, nicht nur über die ihr zugeordnete Rolle im Verfahren, sondern auch über ihre Rechte und Pflichten orientiert zu werden.

Art. 154 VE umreisst den Ablauf einer Einvernahme allgemein; die Regelung entspricht den meisten schweizerischen Prozessordnungen und der Praxis<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Siehe z.B. VD StO 164 ff. (und Loi sur la police judiciaire vom 3.12.1940); NE StPO 92 ff.; GE StPO 106 ff.; JU StPO 71 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 164 ff.; Clerc 1975 N 51; Piquerez 2000 N 975 ff.

<sup>24</sup> Vgl. z.B. BStP 39 ff., 84; ZH StPO 128 ff. 150 ff.; BE StrV 103 ff.; LU StPO 76, 91 ff.; UR StPO 75 ff., 90 f.; SZ StPO 23; OW StPO 36 ff.; NW StPO 87, 103 ff.; GL StPO 42, 81; ZG StPO 24 ff.; FR StPO 82, 156 ff.; SO StPO 68 ff., 92, 93 ff.; BS StPO 42 f., 50 f.; BL StPO 44 ff.; SH StPO 106 f., 121; AR StPO 65 ff., 78 f.; SG StPO 75 ff., 89 ff.; GR StPO 87 ff.; AG StPO 62 ff., 100 ff.; TG StPO 85 ff., 93 ff.; TI StPO 117 ff., 133 ff.; VD StPO 189 ff.; VS StPO 61 ff., 90 ff.; NE StPO 137 ff., 150 ff.; GE StPO 166 ff.; JU StPO 123 ff., 153 ff.; ferner Aeschlimann 1997 N 834 ff.; Clerc 1975 N 149; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 7 f., § 62 N 31 ff.; Maurer 1999 185 ff.; Oberholzer 1994 255 ff., 273 ff.; Piquerez 2000 N 2040 ff., 2177 ff.; Schmid 1997 N 617 ff., 652 ff.

### *Schriftliche Berichte (Art. 155 VE)*

Einvernahmen erfolgen grundsätzlich mündlich und werden durch Protokollierung in die schriftlichen Akten überführt (Art. 71 Abs. 2 und 83 Abs. 1 VE). Vor allem in *komplexen Fällen* kann es im Interesse einer effizienten Strafverfolgung liegen, wenn die einzuvernehmenden Personen über den Gegenstand der Befragung einen schriftlichen Bericht einreichen, insbesondere wenn Behörden<sup>25</sup> bzw. Beamtinnen oder Beamte, aber auch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Ärztinnen und Ärzte, Banken, Revisionsstellen etc. Auskünfte über Vorgänge in ihrem Amts- oder Berufsbereich zu erteilen haben. Abs. 1 ermöglicht ferner, bei Massendelikten mit vielleicht Hunderten von Geschädigten an diese *Fragebogen* zu versenden. Solche schriftlichen Berichte können anstelle von Einvernahmen oder ergänzend zu solchen verlangt oder entgegengenommen werden. Sie vermögen aber etwa die Einvernahmen von Beschuldigten nicht gänzlich zu ersetzen und dürften vor allem bei wesentlichen Zeuginnen und Zeugen vorab zur Ergänzung einer Einvernahme in Frage kommen.

Abs. 2 *relativiert die Bedeutung solcher Berichte*. Bestehen Zweifel an deren Richtigkeit, beispielsweise indem die Richtigkeit solcher Berichte von den Beschuldigten offensichtlich fundiert bestritten wird oder weil sie aus anderen Gründen nicht zu überzeugen vermögen, sind die Aussteller dazu ordnungsgemäss als Zeuginnen, Zeugen oder Auskunftspersonen einzuvernehmen.

### **241.4            Gegenüberstellungen und Teilnahmerechte der Parteien (4. Abschnitt, Art. 156-159 VE)**

Im Strafverfahren sind meistens mehrere Personen als Beschuldigte, Zeuginnen oder Zeugen usw. einzuvernehmen. Der vierte Abschnitt regelt die Frage, wie diese verschiedenen Einvernahmen abzuwickeln sind, inwieweit die Parteien bei den nicht sie betreffenden Einvernahmen anwesend sein können und ob sie mit anderen Parteien zu konfrontieren sind.

#### *Einvernahme mehrerer Personen und Gegenüberstellungen (Art. 156 VE)*

Gemäss Art. 156 Abs. 1 VE sind verschiedene Beschuldigte, Zeuginnen und Zeugen etc. einzeln unter Ausschluss der anderen einzuvernehmen.

Abs. 2 hält fest, dass die Strafbehörden berechtigt sind, zur Klärung des Sachverhalts Beschuldigte, Zeuginnen oder Zeugen, Auskunftspersonen oder Sachverständige *miteinander zu konfrontieren*. Dementsprechend sind diese Personen verpflichtet, an solchen Gegenüberstellungen teilzunehmen. Die Konfrontation kann sowohl die Gegenüberstellung verschiedener Aussagen wie auch das Erkennen oder Ausschliessen gewisser Personen als angebliche Täter zum Ziel haben.

Abs. 3 verpflichtet *auch Beschuldigte und andere Personen, die die Aussagen verweigern können und das Strafverfahren nicht aktiv unterstützen müssen*, an Personenkonfrontationen teilzunehmen. Sie müssen jedoch keine Aussagen machen, sondern können sich auf eine passive

---

<sup>25</sup> Sog. Amtsberichte, wie sie etwa in BStP 101bis; VStrR 40; ZH StPO 138; BE StrV 102 Abs. 1 Ziff. 8; UR StPO 95; SZ StPO 48; FR StPO 85; BS StPO 53; SH StPO 122; AR StPO 84; AI StPO 40; SG StPO 93 Abs. 2; TG StPO 96, vorgesehen sind, dazu Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 84 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 33; Oberholzer 1994 272; Schmid 1997 N 658.

Teilnahme beschränken. Die besonderen Schutzbestimmungen für das Opfer (Art. 163 VE) bleiben vorbehalten.

Abs. 4 lässt ähnlich wie Art. 118 VE sowie der zweite Satz von Abs. 1 einen *vorübergehenden Ausschluss von Parteien, deren Rechtsvertreter und weiteren Personen* von Verhandlungen zu, falls dies zur Vermeidung von Interessenkollisionen oder deshalb als notwendig erscheint, weil die betreffende Person nachher selbst noch einzuvernehmen ist und Beeinflussungsmöglichkeiten ausgeschaltet werden sollen<sup>26</sup>. Wie in Art. 118 VE bezieht sich der Ausschluss nur auf jene Person, in der die Gründe dafür gegeben sind; bei einem später einzuvernehmenden Geschädigten besteht also kein Anlass, dessen Vertretung auszuschliessen.

#### *Weitere Massnahmen (Art. 157 VE)*

Nach Art. 157 VE können Personen, die zu einer Verhandlung oder Einvernahme erschienen sind, verpflichtet werden, am Verhandlungsort zu bleiben, bis die für später angesetzte Konfrontation stattfinden kann (Abs. 1). Die Verfahrensleitung trifft die erforderlichen Massnahmen, um zur Vermeidung einer Kollusion *die zu konfrontierenden Personen voneinander abzuschirmen* (Abs. 2). Sie kann beispielsweise die betreffenden Personen anweisen, in getrennten Zimmern zu warten.

#### *Teilnahmerecht bei Beweisabnahmen im Allgemeinen (Art. 158 VE)*

Art. 158 VE statuiert den wichtigen Grundsatz der *Parteiöffentlichkeit* bei Beweisabnahmen<sup>27</sup>. Parteiöffentlichkeit bedeutet, dass den Parteien und ihrer Verteidigung, Rechtsbeiständen und Vertretung Gelegenheit zu geben ist, den Beweisabnahmen wie vor allem den Einvernahmen beizuwohnen und den einzuvernehmenden Personen Ergänzungsfragen zu stellen. Bei Parteien, die verteidigt oder sonst wie verbeiständet sind, gelten diese Rechte für sie persönlich kumulativ zu jenen ihrer Verteidigung, Rechtsbeistände oder Vertretung. Einschränkungen sind nur unter den Voraussetzungen von Art. 118 VE oder im Rahmen der Schutzmassnahmen nach Art. 159-164 VE zulässig.

Gemäss Abs. 2 genügt die Teilnahme der Verteidigung, des Rechtsbeistandes oder der Vertretung, wenn Parteien aus zwingenden Gründen (z.B. Krankheit; Auslandsabwesenheit; allenfalls auch rechtliche Einschränkungen im Sinne von Art. 118 sowie 160 und 161 VE) keine Gelegenheit haben, an den Beweisabnahmen teilzunehmen<sup>28</sup>.

Waren nicht nur die Parteien, sondern auch ihre Rechtsvertreter aus zwingenden Gründen verhindert, an den Beweisabnahmen teilzunehmen, sind diese nach Abs. 3 grundsätzlich *zu wiederholen*. Dieser Grundsatz wird allerdings in Abs. 4 eingeschränkt: Ist eine Wiederholung nicht mehr möglich oder mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden, kann darauf verzichtet werden, falls dem Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör und dem Stellen von Ergänzungsfragen auf andere Weise angemessen Rechnung getragen werden kann. Ist z.B. ein wichtiger Zeuge eigens aus Übersee angereist und will es der Zufall, dass sowohl die Partei wie auch ihre Anwältin oder ihr Anwalt erkrankt sind, so kann die Einvernahme in deren Abwesenheit

<sup>26</sup> Zum Ausschluss später einzuvernehmender Zeugen etc. etwa ZH StPO 179; ZG StPO 47; GR StPO 111; AG StPO 153; NE StPO 201; ähnlich auch etwa SO StPO 112; TI StPO 240; VS StPO 130 Ziff. 5; GE StPO 56.

<sup>27</sup> Zum Grundsatz der Parteiöffentlichkeit Aeschlimann 1997 N 175; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 5, § 76 N 17 ff.; Maurer 366; Oberholzer 1994 146 ff.; Piquerez 2000 N 678 f., 1211, 2921 f.; Schmid 1997 N 155 ff.

<sup>28</sup> Vgl. die soweit kongruente Regelung in Art. 123 Abs. 2 VE.

durchgeführt werden. Ein unbedingter Anspruch auf Wiederholung besteht nicht, d.h. Ergänzungsfragen sind auf dem Weg der Rechtshilfe zu beantworten. Ist der Zeuge mittlerweile gestorben oder mit vernünftigem Aufwand nicht mehr auffindbar, sind seine früheren Aussagen grundsätzlich auch ohne eine spätere Wiederholung bzw. schriftliche Ergänzungsfragen verwertbar<sup>29</sup>.

Häufig müssen in Strafverfahren Beweisabnahmen, vor allem Einvernahmen *rechtshilfeweise im Ausland*, allenfalls in entfernten überseeischen Ländern durchgeführt werden. Hier stellt sich die Frage, ob die Beschuldigten Anspruch auf Anwesenheit bei dieser Einvernahme haben, was oft bedeuten würde, dass die Zeuginnen oder Zeugen etc. auf Kosten des Verfahrens in die Schweiz geholt würden oder den Beschuldigten finanziell ermöglicht würde, den Beweisabnahmen im Ausland beizuwohnen. Abs. 5 beschränkt in diesen Fällen das rechtliche Gehör: Den Parteien ist zunächst Gelegenheit zu geben, zuhanden des Rechtshilfegesuchs Fragen zu formulieren (Bst. a). Nach Eingang des erledigten Rechtshilfegesuchs in der Schweiz ist den Parteien Einsicht in diese Beweisabnahmen zu ermöglichen (Bst. b). Sie können gestützt auf das ihnen vorgelegte ausländische Einvernahmeprotokoll Ergänzungsfragen stellen, soweit dies zur Gewährung des ausreichenden rechtlichen Gehörs erforderlich ist. Diese Ergänzungsfragen werden alsdann den einvernommenen Personen wiederum auf dem Rechtshilfeweg vorgelegt<sup>30</sup>. Selbstverständlich ist es den Parteien nicht verwehrt, auf eigene Kosten den Beweisabnahmen durch die ausländische Rechtshilfebehörden teilzunehmen, falls das Recht der betreffenden Staaten eine Teilnahme erlaubt.

Abs. 6 erklärt die *Beweiserhebungen, die in Verletzung der Teilnahmerechte dieses Artikels abgenommen werden, zu Lasten der Partei für unverwertbar*, deren Anwesenheitsrechte verletzt wurden; für die Frage der Ordnungsmässigkeit der Einschränkungen der Teilnahmerechte sind auch die Bestimmungen von Art. 118 und 159-164 VE heranzuziehen.

#### *Teilnahmerechte bei der Einvernahme von Beschuldigten und Mitbeschuldigten im Besonderen (Art. 159 VE)*

Art. 159 VE befasst sich mit einigen besonderen Fragen, die sich bei der Teilnahme an den Einvernahmen von Beschuldigten und Mitbeschuldigten ergeben. Zunächst gibt Abs. 1 der *Verteidigung das Recht, bei den Einvernahmen der Beschuldigten durch Staatsanwaltschaft und Gerichte anwesend zu sein*. Wie Art. 235 und 236 Abs. 1 VE im Zusammenhang mit dem Haftverfahren der Staatsanwaltschaft präzisieren, gilt dieses Teilnahmerecht schon bei der ersten Einvernahme; hingegen ist auf Art. 168 Abs. 2 und 3 VE hinzuweisen, wonach die Anwesenheit der Verteidiger bei polizeilichen Einvernahmen nur fakultativ ist.

Abs. 2 gibt grundsätzlich auch der *Privatklägerschaft das Recht, bei Beschuldigteneinvernahmen vor Staatsanwaltschaft und den urteilenden Gerichten anwesend zu sein*; eine Teilnahme ist damit z.B. bei Beschuldigteneinvernahmen durch die Polizei oder das Zwangsmassnahmengericht ausgeschlossen. Die Anwesenheit kann aber nur verlangt werden, wenn dies zur Wahrung der Geschädigtenrechte erforderlich ist. Von einer Vorladung der Privatklägerschaft kann auch abgesehen werden, wenn dem eher praktisch-verfahrensökonomische Gründe entgegenstehen. So liegt es auf der Hand, dass z.B. bei einem schweren Delikt gegen Leib und Leben die

<sup>29</sup> Siehe BGE 124 I 274.

<sup>30</sup> Diese Möglichkeit der schriftlichen Ergänzungsfragen steht im Einklang mit dem übergeordneten Recht, vgl. BGE 118 Ia 470 = EuGRZ 20 (1993) 290.



Beschuldigten sofort von der Staatsanwaltschaft einzuvernehmen sind und nicht abzuwarten ist, bis das Opfer wiederhergestellt ist. Es versteht sich im Weiteren von selbst, dass in einem grösseren Wirtschaftsstraffall mit allenfalls Hunderten oder gar Tausenden von Geschädigten diese nicht zu Beschuldigteneinvernahmen aufgeboten werden können.

Abs. 3 knüpft an die Grundregel an, *dass Mitbeschuldigte im gleichen Verfahren als Beschuldigte, in getrennten Verfahren aber – wie Abs. 4 festhält - als Auskunftspersonen einvernommen werden*. Sollen Aussagen von Beschuldigten als Beweismittel gegen Mitbeschuldigte verwendet werden, verlangt Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK, dass dem Mitbeschuldigten und seinem Verteidiger wie bei Zeugen mindestens einmal während des Verfahrens Gelegenheit gegeben werden muss, mit dem Beschuldigten konfrontiert zu werden<sup>31</sup>. Es versteht sich von selbst, dass auch bei Einvernahmen von Mitbeschuldigten die Einschränkungen von Art. 118 sowie 160-164 VE zu beachten sind.

## 241.5 Schutzmassnahmen (5. Abschnitt, Art. 160-165 VE)

Bereits die Experten postulierten in ihrem Schlussbericht *Regelungen zum Zeugenschutz* in der eidgenössischen Strafprozessordnung<sup>32</sup>. Diese Forderung ist in den Hearings überwiegend unterstützt worden<sup>33</sup>. Solche Schutzmassnahmen werden auch in den Empfehlungen des Europarates vom 10. September 1997 «*La protection des témoins contre toute manoeuvre d'intimidation et les droits de la défense*<sup>34</sup>» angeregt. Der 5. Abschnitt nimmt die Anregungen der Experten wie auch jene in diesen Empfehlungen auf. Die folgenden Vorschläge übernehmen materiell teilweise die Entwürfe zu solchen Schutznormen, die eine Expertenkommission des VBS erarbeitete, nachdem sie vom Vorsteher des VBS am 23.11.1999 beauftragt worden war, für die MStP entsprechende Vorschläge auszuarbeiten. Von Anfang bestand dabei die Absicht, die für das Militärstrafverfahren zu erarbeitenden Schutzmassnahmen auch für das vereinheitlichte zivile Strafprozessrecht nutzbar zu machen. Dass die Initiative vom VBS ausging, ist darauf zurückzuführen, dass im Zusammenhang mit einigen in jüngerer Zeit von der Militärjustiz zu führenden Strafverfahren gegen ausländische Kriegsverbrecher Schutzmassnahmen für Zeuginnen und Zeugen besonders aktuell wurden. Die Expertenkommission verabschiedete anlässlich ihrer Sitzung vom 5. September 2000 einen Entwurf zu entsprechenden Schutzmassnahmen, der zu gegebener Zeit in die Vernehmlassung gehen soll.

Während sich der Entwurf zur Revision der MStP auf die Anonymisierung von Zeuginnen, Zeugen und Auskunftspersonen beschränkt, ziehen Art. 160 ff. VE den Kreis der geschützten Personen und die Art der Schutzmassnahmen weiter und dehnen sie über die Zeuginnen und Zeugen hinaus auf alle Personen, die im Strafverfahren wegen ihrer Rolle als Auskunftspersonen, Sachverständige oder Übersetzerinnen und Übersetzer gefährdet sein könnten, aus. In diesen Abschnitt integriert werden im Weiteren die Schutzbestimmungen des Opferhilfegesetzes (Art. 163 VE) sowie Normen, die Kinder, geistig Abnorme und Taubstumme schützen (Art. 164 VE).

<sup>31</sup> SJZ 54 (1958) 165; ZR 83 (1984) Nr. 27 und 121; 86 (1987) Nr. 87; 88 (1989) Nr. 3 und Nr. 47 S. 154; RO 1983 313 Nr. 35 und ZR 95 (1996) Nr. 57; ZR 98 (1999) Nr. 11 = KGZ 1998 Nr. 112 = SJZ 96 (2000) 40.

<sup>32</sup> Aus 29 mach 1 S. 61 ff.

<sup>33</sup> Vgl. Hearings 14 f., 137.

<sup>34</sup> Vgl. Recommendation No. R (97) 13, veröffentlicht in: RUDH 1997 298 oder auf [www.coe.fr/cm/ta/rec/1997/97r13.html](http://www.coe.fr/cm/ta/rec/1997/97r13.html). Vgl. dazu Kley 2000 178.

Alle diese Bestimmungen beschränken sich allerdings auf den Schutz der fraglichen Personen im Verfahren selbst und dessen unmittelbarem Umfeld. Wie schon die Experten vorschlugen, wird *auf sogenannte ausserprozessuale Zeugenschutzprogramme verzichtet*<sup>35</sup>. Bund und Kantone können indessen nach Art. 165 VE solche weitergehenden Programme vorsehen. Beigefügt sei, dass ebenfalls die *Sitzungspolizei* (Art. 69 VE) Schutzcharakter hat, indem die jeweilige Verfahrensleitung verpflichtet ist, die bei Verfahrenshandlungen Anwesenden vor Übergriffen zu schützen; allerdings beschränkt sich dieser Schutz auf physische oder verbale Attacken während dieser Verfahrenshandlungen.

Zu beachten ist, dass die Schutzmassnahmen dieses 5. Abschnittes im definitiven Entwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung dem Stand der parallelen Bundesgesetzgebung anzupassen sein werden. Dies gilt vorab mit Blick auf das zur Zeit in parlamentarischer Beratung stehende Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, welches für verdeckte Ermittler ebenfalls Schutzmassnahmen vorsieht<sup>36</sup>, aber ebenso für die erwähnte Revision der Militärstrafprozessordnung.

#### *Schutzmassnahmen bei Verfahrenshandlungen im Allgemeinen (Art. 160 VE)*

Art. 160 VE listet in Abs. 1 die Voraussetzungen für das Treffen von Schutzmassnahmen auf. Es ist Aufgabe der jeweils zuständigen Verfahrensleitung, gefährdete Verfahrensbeteiligte von Amtes wegen oder auf Gesuch hin im Rahmen des Möglichen während des Verfahrens zu schützen. Voraussetzung ist, dass Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen etc. wegen ihrer Rolle im Strafverfahren einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem andern schweren Nachteil ausgesetzt sind. Andere Gefahren, die nur vermögenswerte Interessen, Ehre usw. tangieren könnten, genügen deshalb (falls sie nicht als anderer schwerer Nachteil zu betrachten sind) im Regelfall nicht. Die in Abs. 1 zweiter Satzteil erwähnten geeigneten Anordnungen zum Schutz dieser Personen sind vor allem in Art. 161 Abs. 2 VE aufgelistet. Zwar könnten nach der allgemeinen Formulierung von Art. 160 Abs. 1 VE gefährdete Personen auf Weisung der Verfahrensleitung auch ausserhalb eigentlicher Verfahrenshandlungen wie Einvernahmen usw. und der entsprechenden Räumlichkeiten polizeilich geschützt werden. Die Möglichkeiten werden aber rein praktisch beschränkt sein, weil es kaum möglich ist, gefährdete Personen über einen längeren Zeitraum wirksam zu schützen. Dies ginge übrigens in Richtung ausserprozessualer Schutzprogramme, die mit diesem Gesetz wie erwähnt nicht angestrebt werden.

Die Schutzmassnahmen werden *von der jeweils zuständigen Verfahrensleitung getroffen*, d.h. von der Staatsanwaltschaft und den Vorsitzenden der urteilenden Gerichte (vgl. Abs. 1). Schutzmassnahmen können indessen schon im polizeilichen Ermittlungsverfahren erforderlich sein, indem z.B. später als Zeuginnen oder Zeugen sowie Auskunftspersonen einzuvernehmende Personen bereits in diesem frühen Stadium Schutz benötigen. Denkbar ist vor allem, dass ihnen schon im Ermittlungsstadium Anonymität zugesichert werden muss (vgl. Art. 161 Abs. 2 Bst. c, 162 VE). Abs. 2 stellt klar, dass die *Schutzmassnahmen im Ermittlungsstadium von der Staatsanwaltschaft anzuordnen sind*.

Die Schutzmassnahmen dieses Abschnittes sind rechtsstaatlich nur vertretbar, wenn vor allem für die Beschuldigten *das rechtliche Gehör in ausreichendem Mass gewahrt bleibt*. Dieses

<sup>35</sup> Aus 29 mach 1 S. 64. In dieser Richtung auch Voten in den Hearings, vgl. etwa S. 51.

<sup>36</sup> Zu diesem Gesetz vgl. Ziff. 256.4. Der Gesetzesentwurf vom 1.7.1998 in BBl 1998 4317 ff. steht zur Zeit in parlamentarischer Beratung.

wesentliche Gegengewicht zu den mit diesen Massnahmen verbundenen Einschränkungen der Parteirechte wird in Abs. 3 besonders garantiert. Angesichts der verschiedenen Schutzmassnahmen und der zahlreichen denkbaren Konstellationen ihrer Anwendung wird darauf verzichtet, hierzu nähere Regeln aufzustellen. Es versteht sich jedenfalls von selbst, dass eine Beweisabnahme z.B. mit anonymisierten Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen usw. oder in Abwesenheit der Parteien lediglich zulässig ist, wenn diesen, primär den Beschuldigten und ihrer Verteidigung, Gelegenheit eingeräumt wird, ihre Rechte, vor allem die Verteidigungsrechte, zu wahren. So muss den Beschuldigten in jedem Falle die Möglichkeit eingeräumt werden, Ergänzungsfragen zu stellen. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz besagt im Übrigen, dass sich die Beschränkungen des rechtlichen Gehörs je nach den Umständen nur für die Beschuldigten, nicht aber deren Verteidigung rechtfertigen lassen<sup>37</sup>.

#### *Schutzmassnahmen bei Einvernahmen im Besonderen (Art. 161 VE)*

Schutzmassnahmen nach Art. 160 VE, die nicht in die Verfahrensrechte der Parteien eingreifen (z.B. eine polizeiliche Überwachung einer Gerichtsverhandlung), sind weiter nicht problematisch und bedürfen keiner näheren Regelung. Anders liegen die Dinge, wenn mit den konkreten Schutzmassnahmen, wie sie in Art. 161 Abs. 1 und 2 VE vorgesehen sind, Verfahrensrechte von Parteien beschränkt werden. Solche Einschränkungen sind mit der EMRK und der BV nur vereinbar, wenn die fraglichen Beweise für das Verfahren wichtig sind, die Schutzmassnahmen zurückhaltend und unter strenger Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes angewandt werden und im Übrigen (wie vorstehend zu Art. 160 VE a.E. vermerkt) das rechtliche Gehör ausreichend gewährleistet bleibt.

Abs. 2 listet *Schutzmassnahmen* auf, die einzeln oder aber auch kombiniert eingesetzt werden können<sup>38</sup>. Die aufgeführten Beispiele sind *nicht abschliessend* zu verstehen („namentlich“). Die in Bst. a-f erwähnten Vorschläge bedürfen an sich keiner besonderen Erläuterung. Im Vordergrund stehen Massnahmen nach Bst. a, b und d-e. Danach kann die zu schützende Person im Verfahren z.B. unter Ausschluss der Beschuldigten und allenfalls der Öffentlichkeit sowie mit Abschirmungsmassnahmen einvernommen werden; einsetzbar sind hier selbstverständlich auch technische Hilfsmittel wie die audiovisuelle Übertragung der Einvernahmen in ein Nebenzimmer etc. Vorgesehen ist in Bst. c ferner die Möglichkeit, die betreffende Person anonymisiert auftreten zu lassen. Da es sich bei diesem Vorgehen um eine besonders eingreifende Massnahme handelt, wird diese in Art. 162 VE gesondert geregelt.

Abs. 3 berücksichtigt die heikle Position der gefährdeten Personen. Die Verfahrensleitung kann ihnen deshalb gestatten, sich von einem *Rechtsbeistand* begleiten zu lassen oder ihnen sogar einen unentgeltlichen Rechtsbeistand begeben.

#### *Zusicherung der Anonymitätswahrung (Art. 162 VE)*

Art. 162 VE stellt einige *Grundregeln* für den Fall auf, dass in Anwendung von Art. 161 Abs. 2 Bst. c VE Personen anonymisiert, also z.B. unter einem Decknamen oder einer Decknummer, einvernommen werden. Diese Bestimmungen knüpfen an die Erfahrung an, dass gefährdete Zeuginnen oder Zeugen usw. häufig nur dann zu Aussagen bereit sind, wenn ihnen die

<sup>37</sup> Statt vieler m.w.H. Haefliger/Schürmann 1999 242; Villiger 1999 N 478 f.; Aeschlimann 1997 N 1377; Maurer 1999 366 f.; Piquerez 2000 N 2193 ff.; Schmid 1997 N 653. Zu den Schranken von Schutzmassnahmen insbesondere mit Blick auf minderjährige Opfer von Sexualdelikten neuerdings Schleiminger 2001 295 ff.

<sup>38</sup> So bisher möglich etwa in FR StPO 82 Abs. 4, dazu Piller/Pochon 1998 Art. 82.6 ff.

Strafbehörden als Vorleistung *zusichern, dass im Verfahren ihre Personalien nicht bekannt gegeben, sie also gleichsam anonym einvernommen werden.* Die Wirksamkeit solcher Zusicherungen hängt davon ab, dass diese – einmal erteilt – für alle Strafbehörden verbindlich sind. Typisch bei solchen Anonymitätszusage ist, dass in den Akten (z.B. den Einvernahme-protokollen) nur der Deckname (z.B. Zeuge Albert) oder eine Decknummer (z.B. Zeuge Nr. 7) erscheint. Die eigentlichen Personalien finden sich in einem versiegelten Umschlag, der die Bezeichnung „Albert“ oder „Nr. 7“ trägt und der von der Behörde, die die Vertraulichkeitszusage erteilt, üblicherweise die Staatsanwaltschaft, unter separatem Verschluss verwahrt und bei Anklageerhebung an die Verfahrensleitung des urteilenden Gerichts weitergereicht wird. In den den Parteien zugänglichen Akten erscheint nur der Hinweis, wo sich diese Personalien befinden.

Art. 162 VE geht davon aus, dass es sich bei dieser Anonymitätsgewährung um die einschneidendste Schutzmassnahme handelt, weil den Parteien (vor allem den Beschuldigten und der Verteidigung) verborgen bleibt, wer die geschützte Person wirklich ist. Es ist ihnen damit im Regelfall verunmöglicht, die Glaubwürdigkeit solcher Personen zu überprüfen. Eine *Anonymisierung ist deshalb nur zulässig, wenn andere Möglichkeiten des Schutzes nicht bestehen und die Wichtigkeit der Strafsache wie auch der Rolle der zu schützenden Personen dies rechtfertigt.* Im Entwurf zur Revision der MStP ist vorgesehen, eine Anonymitätszusage nur zuzulassen, wenn sich das Strafverfahren auf Delikte bezieht, die mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind. Allerdings soll in der künftigen MStP diese Zusicherung nur zum Schutz von Zeuginnen, Zeugen und Auskunftspersonen zulässig sein, während nach dem vorliegenden Vorentwurf z.B. auch gefährdete Übersetzerinnen und Übersetzer sowie Sachverständigen auf diese Weise geschützt werden können. Diese Personen sind allenfalls auch bei minderschweren Delikten gefährdet und deshalb zu schützen, sodass darauf verzichtet wird, die Anonymitätszusage auf Verfahren wegen schwerer Delikte zu beschränken.

Zuständig zur Anonymitätszusage ist die Staatsanwaltschaft oder die Verfahrensleitung der Gerichte (Abs. 1). Diese Zusage wird praktisch immer bereits in den ersten Phasen des Verfahrens aktuell, allenfalls bereits während der polizeilichen Ermittlungen (vgl. Art. 160 Abs. 2 VE), sodass sie im Regelfall von der Staatsanwaltschaft zu erteilen ist. Es versteht sich von selbst, dass kumulativ zur eigentlichen Anonymisierung der betreffenden Person noch andere der in Art. 161 Abs. 2 VE erwähnten Schutzmassnahmen getroffen werden können. So erreicht eine Anonymisierung allein ihr Ziel nicht, wenn z.B. die im Gerichtssaal auftretende Zeugin von den Beschuldigten oder vom anwesenden Publikum erkannt werden kann.

Abs. 2 sieht vor, dass die von Staatsanwaltschaft und erstinstanzlichem Gericht gewährte Anonymität nachträglich, aber spätestens innert 30 Tagen von der Verfahrensleitung des *Zwangsmassnahmengerichts zu bestätigen ist.* Damit wird unterstrichen, dass diese Schutzmassnahme für die Verfahrensrechte der übrigen Verfahrensbeteiligten sehr einschneidend ist. Sie sollte deshalb von einer gerichtlichen Behörde auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft werden. Eine Überprüfung durch eine (andere) richterliche Behörde fehlt indessen, falls das Berufungsgericht (wohl als grosse Ausnahme) erst im Berufungsverfahren eine solche Zusage erteilen sollte<sup>39</sup>. Zu genehmigen ist nur die Anonymitätszusage, nicht die Art, wie diese praktisch umgesetzt und allenfalls mit anderen Schutzmassnahmen nach Art. 161 Abs. 2 VE kombiniert wird.

---

<sup>39</sup> Es fehlt eine übergeordnete Behörde auf kantonaler Stufe, der diese Kompetenz zugewiesen werden könnte. Anders im Militärstrafverfahren; hier ist eine Genehmigung durch den Präsidenten des Militärkassationsgerichts vorgesehen.

Falls die richterliche Genehmigung nach Abs. 2 nicht eingeholt oder verweigert wird, dürfen die vorher unter Anonymitätswahrung eingeholten Beweismittel nicht verwendet werden (Abs. 3); solche Protokolle etc. sind nach Massgabe von Art. 148 Abs. 4 VE zu behandeln. Erfolgte die Anonymitätszusage durch das erstinstanzliche Gericht, wird entgegen dem Vorverfahren in aller Regel kein zeitlicher Druck bestehen; das erstinstanzliche Gericht hat daher mit der Beweiserhebung zuzuwarten, bis das Zwangsmassnahmengericht die Bewilligung erteilt (Satz 2 von Abs. 3).

Wesentlich ist Abs. 4: Wurde die Anonymitätszusage durch die zuständigen Behörden erteilt und soweit erforderlich vom Zwangsmassnahmengericht genehmigt, ist sie für *alle kantonalen und eidgenössischen Strafbehörden verbindlich* und kann nicht mehr aufgehoben werden. Eine Ausnahme ist nur für den Fall vorgesehen, dass die geschützte Person selbst nachträglich auf die Anonymität verzichtet. Es versteht sich dabei von selbst, dass sich diese Anonymitätszusage nur auf die Rolle der betreffenden Person z.B. als Zeugin bezieht. Ist diese Person nachfolgend wegen eigener Delikte (z.B. Anstiftung zu dem im Hauptverfahren verfolgten Delikt; falsches Zeugnis) in Strafverfolgung zu ziehen, kann die Anonymität aufgehoben werden.

Nach Abs. 5 ist die jeweils zuständige Verfahrensleitung dafür verantwortlich, dass durch geeignete Massnahmen sichergestellt ist, dass z.B. die unter dem Pseudonym „Albert“ oder „Nummer 7“ auftretende Auskunftsperson mit der sich dahinter verbergenden wirklichen Person, also z.B. Robert Keller, identisch ist. Dafür sind verschiedene Vorgehensweisen denkbar, etwa, dass sich die Gerichtspräsidentin oder der Gerichtspräsident vor der Beweisabnahme unter Ausschluss von Parteien und Öffentlichkeit von den das Vorverfahren führenden Staatsanwalt oder Polizeibeamten die Identität bestätigen lassen. Denkbar ist auch, dass diese Funktionäre über die Identität als Zeugen einvernommen werden.

Namentlich bei der anonymisierten Einvernahme von Personen kommt der Regelung von Art. 160 Abs. 3 VE, wonach die Partei- und primär die Verteidigungsrechte in geeigneter Weise zu wahren sind, besondere Bedeutung zu. Ob z.B. eine anonyme Zeugenaussage für einen Schuldspruch genügt, wird nicht ausdrücklich geregelt, da dies eine Frage der Beweismündigkeit ist. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichts eine Verurteilung allein gestützt auf solche Aussagen im Regelfall nicht möglich ist<sup>40</sup>.

#### *Massnahmen zum Schutz von Opfern (Art. 163 VE)*

Art. 163 integriert die prozessualen Schutznormen des Opferhilfegesetzes in den Vorentwurf<sup>41</sup>:

- Die in Abs. 1 statuierte allgemeine Pflicht der Strafbehörden, die Persönlichkeitsrechte der Opfer zu schützen, entspricht Art. 5 Abs. 1 OHG und wiederholt den allgemeinen Grundsatz von Art. 3 VE.
- Abs. 2 übernimmt die Vorschrift von Art. 6 Abs. 3 OHG wonach das *Opfer bei Delikten gegen die sexuelle Integrität Anspruch auf Einvernahme durch eine Person des gleichen Geschlechts hat*, präzisiert aber diese Bestimmung dahingehend, dass sie für das Vorverfahren, also die polizeiliche Ermittlung sowie die eigentliche Untersuchung durch die

<sup>40</sup> Siehe m.w.H. BGE 125 I 127 zu den V-Leuten sowie Kley 2000 179 mit Hinweisen auf den in Strassburg entschiedenen Fall *Kostovski* (Kostovski case, Application number 00011454/85 Date 20/11/1989).

<sup>41</sup> Diese Überführung wurde auch von den Experten postuliert, Aus 29 mach 1 S. 102.

Staatsanwaltschaft<sup>42</sup>, nicht hingegen für das Gerichtsverfahren gilt. Im Vorverfahren gilt diese Einschränkung nur für die Angehörigen der Strafbehörden; die Bestimmung schliesst nicht aus, dass dem weibliche Opfer bei der Zeugeneinvernahmen z.B. durch eine männliche Verteidigung Ergänzungsfragen gestellt werden.

- Abs. 3, der dem Opfer das Recht einräumt, sich bei *Verfahrenshandlungen zusätzlich zum Rechtsbeistand etc. von einer Vertrauensperson begleiten zu lassen*, übernimmt die Regelung von Art. 7 Abs. 1 OHG.
- Abs. 4 entspricht Art. 5 Abs. 4 Sätze 1 und 3 OHG, welche es schon bisher den Behörden zur Pflicht machte, ein geplantes, aber auch ein zufälliges Zusammentreffen<sup>43</sup> des Opfers mit den Beschuldigten im Zusammenhang mit Verfahrenshandlungen zu vermeiden, falls die Opfer dies verlangen. Darunter fallen indessen auch die eigentlichen Konfrontationen. Übernommen werden auch die Ausnahmen des Konfrontationsverbots. Auf die Satz 2 dieser Bestimmung kann verzichtet werden, da die Wahrung der Rechte der Beschuldigten auf rechtliches Gehör bereits in der allgemeinen Norm von Art. 160 Abs. 3 VE garantiert ist und wiederum in Abs. 6 erscheint.
- Abs. 5 entspricht Art. 5 Abs. 5 OHG: Eine Konfrontation des Täters mit dem Opfer darf bei Sexualdelikten einerseits nur gegen dessen Willen nur angeordnet werden, wenn dies dem Anspruch der Beschuldigten auf rechtliches Gehör nicht auf andere Weise Rechnung getragen werden kann, was wohl nur in seltenen Ausnahmen der Fall ist.
- Unterbleibt in Nachachtung von Abs. 4 oder 5 eine Konfrontation, so können als Schutzmassnahmen solche nach Art. 161 Abs. 2 Bst. a und e VE angeordnet werden (Abs. 6), wohlverstanden, ohne dass die engen Voraussetzungen von Art. 160 Abs. 1 VE erfüllt sein müssten. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör ist – Art. 160 Abs. 3 folgend – in anderer Weise Genüge zu tun, also etwa dadurch, dass Ergänzungsfragen schriftlich oder auf audiovisuellem Weg gestellt werden.

#### *Schutzmassnahmen bei Einvernahmen von Kindern, geistig Abnormen und Taubstummen (Art. 164 VE)*

Die meisten Strafprozessordnungen enthalten besondere Regeln für die Einvernahme von Kindern, geistig Abnormen und Taubstummen<sup>44</sup>. Der Vorentwurf integriert diese Schutzbestimmungen in Art. 160 ff. VE; dementsprechend ist Art. 164 VE stets anwendbar, wenn *Kinder als Zeuginnen, Zeugen oder Auskunftspersonen einzuvernehmen sind*. Sind Kinder als Beschuldigte einzuvernehmen, gelten die Bestimmungen des Jugendstrafverfahrens.

- Abs. 1 will Kinder unter 15 Jahren sowie geistig Abnorme vor psychisch schädlichen Einflüssen bewahren, die als sogenannte *sekundäre Viktimisierung*<sup>45</sup> die Folge von Einvernahmen sein können. Die Einvernahmen sind deshalb auf das Notwendigste zu beschränken. Es sollte auch vermieden werden, Kinder und geistig Abnorme mehrmals zu den gleichen

<sup>42</sup> Vgl. Gomm/Stein/Zehntner 1995 Art. 6 N 8.

<sup>43</sup> Dazu und zum Folgenden Weishaupt 1998 154 ff., 165.

<sup>44</sup> Siehe z.B. ZH GVG 130 Abs. 2, StPO 139 Abs. 3, 149c, 158; BE StrV 110; LU StPO 96; UR StPO 81 Abs. 2; SZ StPO 47 Abs. 3; OW StPO 44, 50 Abs. 3; NW StPO 4 Abs. 3, 89; ZG StPO 28; FR StPO 90 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 90.1 ff.); SO StPO 69; BS StPO 51, 59; BL StPO 35; SH StPO 119; AR StPO 80; SG StPO 91 Abs. 3, 95 Bst.c; GR StPO 89 Abs. 2; AG StPO 107; TG StPO 89 Abs. 3 und 4; TI StPO 130, 132; NE StPO 146; GE StPO 44, 84; JU StPO 157 f.; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 3.

<sup>45</sup> Hierzu Gomm/Stein/Zehntner 1995 Art. 4 N 11, Vorbemerkungen zu Art. 5-10 N 1.

Vorgängen zu befragen, wobei es indessen unrealistisch wäre, anzunehmen, das Verfahren könne sich immer mit einer einzigen Einvernahme begnügen<sup>46</sup>.

- Abs. 2 übernimmt die bereits in verschiedenen kantonalen Strafprozessgesetzen enthaltene, bewährte Regelung<sup>47</sup>, dass solche *Einvernahmen an spezialisierte Straf- oder Sozialbehörden wie Jugenddienste der Polizei, schulpsychologische Dienste u.ä. delegiert werden können*. Abgesehen von der so gewährleisteten fachmännischen, schonenden Befragung ermöglicht ein solches Vorgehen auch, die Einvernahme von Kindern und geistig Abnormen in einem geschützteren Rahmen und nicht in der allenfalls eher rauen Atmosphäre von Strafverfolgungsbehörden durchzuführen. Die einvernehmenden Personen (oder die allenfalls im Hintergrund anwesenden Beamtinnen und Beamte der Strafbehörden) haben Einvernahmeprotokolle zu erstellen. Diese sind alsdann beweisbildend, wobei es je nach Fall erforderlich sein dürfte, die einvernehmende sowie weiter anwesende Personen zusätzlich als Zeuginnen oder Zeugen einzuvernehmen. Falls dies sachdienlich erscheint, können zu Einvernahmen von Kindern oder psychisch Abnormen durch Strafbehörden oder aber die erwähnten Hilfsorgane *Familienangehörige, andere Vertrauenspersonen* (z.B. die Lehrerin oder der Lehrer des Kindes; der Vormund oder Pfleger des psychisch Abnormen) oder *Fachpersonen*, z.B. eine Psychiaterin oder ein Psychiater, beigezogen werden.
- Abs. 3 regelt die *Einvernahme von Taubstummen*. Diese können schriftlich in analoger Anwendung der Behelfe nach Abs. 2 oder unter Beizug einer fachkundigen Person bzw. eines entsprechenden Dolmetschers<sup>48</sup> befragt werden.

Beigefügt sei, dass bei der Einvernahme von Kindern und geistig Abnormen selbstverständlich auch *Schutzmassnahmen nach Art. 161 VE*, insbesondere Abs. 2 Bst. a und e, getroffen werden können und die Beschuldigten in aller Regel auszuschliessen sind, wenn Kinder durch spezialisierte Behörden einvernommen werden.

#### *Weitere Massnahmen (Art. 165 VE)*

Darunter fallen die in Art. 165 Abs. 1 VE erwähnten bereits einführend genannten *weitergehenden (ausserprozessualen) Schutzprogramme*, die in diesem Vorentwurf nicht vorgesehen sind. Sie können aber von Bund und Kantonen im Rahmen ihrer Einföhrungserlasse geschaffen werden. Als Schutzmassnahme kommt sodann die in Abs. 2 erwähnte *Friedensbürgschaft* nach Art. 57/nArt. 66 des Strafgesetzbuches in Frage, für die in Art. 399-401 VE ein besonderes Verfahren vorgesehen ist. Die Friedensbürgschaft kann je nach Sachlage neben oder anstatt den Schutzmassnahmen von Art. 161 ff. VE angeordnet werden.

<sup>46</sup> Siehe Maurer 2000 322. Die Ergebnisse der zur Zeit in parlamentarischer Beratung stehenden parlamentarischen Initiative von Nationalrätin Goll vom 16. Dezember 1994 (94.441, Sexuelle Ausbeutung von Kindern. Verbesserter Schutz), die eine Teilrevision des OHG im vorliegenden Bereich zum Ziel hat, werden zur gegebenen Zeit in die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung zu überführen sein.

<sup>47</sup> Z.B. ZH StPO 149c Abs. 3; BE StrV 110 Abs. 2.; AR StPO 80 Abs. 2; NE StPO 146 Abs. 2.

<sup>48</sup> Hauser/Schweri 1999 § 62 N 3; ZH GVG 130 Abs. 2 „unter Beizug geeigneter Personen“; vgl. auch BE StrV 63 Abs. 4; UR StPO 32 Abs. 1; SZ GOG 85 Abs. 2; NW StPO 91 Abs. 1; SO StPO 73 Abs. 2; BS StPO 59 Abs. 2; AG StPO 115 Abs. 2; TI StPO 132, 136; VD StPO 205; NE StPO 61; GE StPO 84.

## 242 Einvernahmen der Beschuldigten (2. Kapitel; Art. 166-171 VE)

Die *Beschuldigten sind im Strafverfahren Objekte und Subjekte zugleich*: Einerseits haben sie eine passiv-duldende Rolle, indem sich das Verfahren gegen sie richtet und sie z.B. Zwangsmassnahmen unterstehen, andererseits stehen ihnen aber auch Mitwirkungsrechte zu. Auf Grund ihrer Doppelstellung können ihre Aussagen als Beweismittel für und gegen sie sowie allfällige Mittäter verwendet werden. Diese Aussagen haben im Beweisverfahren üblicherweise eine wesentliche Bedeutung<sup>49</sup>. Die Funktion der Beschuldigten als Beweisperson muss daher besonders geregelt werden.

### 242.1 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 166-168 VE)

#### *Grundsatz (Art. 166 VE)*

Beschuldigte können in allen Stufen des Strafprozesses von den jeweils tätigen Strafbehörden im Sinne von Art. 13 und 14 VE, also zunächst der Polizei, hernach der Staatsanwaltschaft, den Übertretungsstrafbehörden sowie schliesslich den Gerichten zu den ihnen vorgeworfenen Delikten einvernommen werden (Abs. 1). Es ist ihnen nach Abs. 2 dabei Gelegenheit zu geben, ihren Standpunkt umfassend ins Verfahren einzubringen und sich vor allem zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen zu äussern. Eine Pflicht, Aussagen zu machen, besteht aber nicht (siehe noch besonders Art. 167 Abs. 1 Bst. b VE)<sup>50</sup>.

#### *Hinweise bei der ersten Einvernahme (Art. 167 VE)*

Art. 167 Abs. 1 VE macht es der *Polizei und der Staatsanwaltschaft* zur Pflicht, die *Beschuldigten vor der ersten Einvernahme auf ihre Rechte und Pflichten aufmerksam zu machen*. Dieser Anspruch, über die Rechte orientiert zu werden, fliesst aus Art. 6 Ziff. 3 Bst. a EMRK und neuerdings beim Freiheitsentzug aus Art. 31 Abs. 2 sowie eher allgemein aus Art. 32 Abs. 2 BV<sup>51</sup>. Diese Orientierungspflicht war bisher bereits in diversen Kantonen gesetzlich vorgesehen<sup>52</sup>, wenn sie auch teilweise erst im untersuchungsrichterlichen bzw. staatsanwaltschaftlichen Verfahren galt<sup>53</sup>. Diese aus den grundrechtlichen Garantien abgeleiteten Informationspflichten beziehen sich zwar primär auf den Fall des Freiheitsentzugs, also

<sup>49</sup> Bänziger/Stolz/Kober 1992 Kommentierung von Art. 65 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 2 f.; Oberholzer 1994 256 ff.; Padrutt 1996 Art. 88 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 2011 ff.; Schmid 1997 N 469 ff., 613.

<sup>50</sup> Allgemein Aeschlimann 1997 N 840 ff.; Clerc 1975 N 150; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 1 ff.; Maurer 1999 189 ff.; Oberholzer 1994 258 ff.; Piquerez 2000 N 1219 ff., 2016; Schmid 1997 N 613 ff.

<sup>51</sup> Hierzu Haefliger/Schürmann 1999 219 ff.; Schindler 1999 465 ff.; Villiger 1999 N 504 ff.

<sup>52</sup> Siehe etwa ZH StPO 11; BE StrV 105; LU StPO 76 Abs. 3 (zur Zeit ist in Luzern eine Revision dieser Bestimmung wie auch von StPO 49 hängig; nach dessen Abs. 4 soll bereits die Polizei die Beschuldigten auf ihre Rechte aufmerksam machen müssen); OW StPO 39 Abs. 2; NW StPO 104; BL StPO 16 Abs. 3, 44 Abs. 2; BS StPO 42 Abs. 1, 102; SG StPO 79 Abs. 1; TI StPO 118; NE StPO 138; GE StPO 41; vgl. ferner FR StPO 156, JU StPO 123 Abs. 1 die auf entsprechende Formulare verweisen.

<sup>53</sup> So z.B. ZH StPO 11; BL StPO 16 Abs. 3; mit Einschränkungen FR StPO 156. Gelegentlich sprechen die Prozessordnungen davon, dass diese Hinweise vor der ersten Einvernahme zu erfolgen hätten, wobei z.T. nicht ganz klar ist, ob damit auch die erste polizeiliche Einvernahme gemeint ist. Zu bemerken ist ferner, dass in einzelnen Kantonen die Praxis unter dem Eindruck von Art. 31 Abs. 2 BV offenbar auch ohne gesetzliche Grundlage teilweise dazu übergegangen ist, diese Hinweise schon bei polizeilichen Einvernahmen zu machen; zum Ganzen plädoyer 5/2000 22 f.



Einvernahmen im Zusammenhang mit der Verhaftung von Beschuldigten<sup>54</sup>. Art. 167 Abs. 1 VE schlägt indessen vor, dass sie auch bei Einvernahmen ohne Freiheitsentzug zu beachten sind<sup>55</sup>. Dafür sprechen verschiedene Gründe: Angesichts der Bedeutung, die dem Ermittlungsverfahren und den dabei erhobenen Beweisen für das spätere Gerichtsverfahren zukommt, ja der feststellbaren eigentlichen Gewichtsverlagerung von der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung zur vorgelagerten polizeilichen Ermittlung, sind die Verteidigungsrechte in dieser Vorphase zu verstärken<sup>56</sup>. Es erscheint als wenig sinnvoll, die polizeilichen Einvernahmen der Beschuldigten wie jene vor Staatsanwaltschaft sowie Gerichten als Beweismittel zuzulassen, die Beschuldigten aber erst vor der Staatsanwaltschaft auf ihre Rechte – vor allem das Aussageverweigerungs- und Verteidigungsrecht – aufmerksam zu machen. Zwar hat nach diesem Vorentwurf diese Orientierung generell bereits durch die Polizei vor der ersten Einvernahme im Ermittlungsverfahren zu erfolgen, eine Regel, für die allerdings gewisse Einschränkungen zu signalisieren sind: Einerseits ist die Orientierungspflicht auf den Beginn der ersten (protokollarisch vorzunehmenden) Einvernahmen beschränkt. Damit sind Fälle von der Orientierungspflicht ausgeschlossen, in denen die Polizei z.B. im Zusammenhang mit der Kontrolle von Parkuhren oder Verkehrsunfällen Personen anspricht und mündlich befragt. Solche Beschränkungen empfehlen sich nicht zuletzt deshalb, weil in Situationen der erwähnten Art die prozessuale Stellung der betreffenden Personen oftmals noch gar nicht geklärt ist. Die Bestimmung stellt sodann klar, dass diese Orientierung nur vor der ersten Einvernahme durch die Polizei oder aber die Staatsanwaltschaft zu erfolgen hat; dies bedeutet, dass nach einer ordnungsgemässen, vollständigen Orientierung durch die Polizei diese später von Staatsanwaltschaft oder Gerichten nicht zu wiederholen ist. Andererseits besagt diese Orientierungspflicht noch nichts darüber, von welchem Zeitpunkt an die Verteidigung eingreifen, vor allem mit den Beschuldigten ungehindert sprechen und an Verfahrenshandlungen teilnehmen kann. Dieser Fragenkreis ist in Art. 168 und 236 VE, das weitere Problem der ersten Akteneinsicht in Art. 111 VE geregelt.

Bst. a-c von Abs. 1 statuieren diese allgemeine Informationspflicht von Staatsanwaltschaft und Polizei näher. Diese sind zu Beginn jedes Strafverfahrens verpflichtet, die Beschuldigten wie folgt über ihre Rechte aufzuklären:

- Die Beschuldigten sind vor der ersten Einvernahme zunächst nach Bst. a über die Tatsache, dass gegen sie ein Verfahren eröffnet wurde und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden, zu orientieren. Es muss den Befragten also klar sein, dass sich das Verfahren gegen sie richtet. Bei der Information über die verfolgten Delikte geht es um eine solche allgemeiner Art; es ist den Beschuldigten somit vorab der untersuchte Lebenssachverhalt und der daran geknüpfte generelle Deliktsworwurf vorzuhalten, nicht etwa schon die präzisen gesetzlichen Straftatbestände. Es versteht sich von selbst, dass vor allem zu Beginn der polizeilichen Einvernahmen die Vorwürfe oft nur vage gehalten werden können.
- Nach Bst. b ist den Beschuldigten sodann ihr *Aussageverweigerungsrecht* bekannt zu geben.
- Nach Bst. c ist ihnen zu eröffnen, dass sie berechtigt sind, eine *Verteidigung beizuziehen sowie nach Art. 74 VE eine Übersetzerin oder einen Übersetzer zu verlangen*. Sinnvollerweise erst bei Eröffnung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung ist im Falle einer notwendigen Verteidigung (Art. 136 ff. VE) mit Blick auf Art. 137 VE abzuklären, ob

<sup>54</sup> So auch die bekannte „Miranda“-Warnung im amerikanischen Strafverfahren, die (was oft übersehen wird) nur in Haft- und anderen Zwangssituationen auszusprechen ist, Schmid 1993 132 ff.

<sup>55</sup> So (mindestens hinsichtlich des Aussageverweigerungsrechts) postuliert von den Experten unter Verweis auf die Berner Regelung in Aus 29 nach 1 S. 110 unten.

<sup>56</sup> Zu dieser Thematik Müller-Hasler 1998 35 ff., 110 ff.; Oberholzer 1994 50 ff.; Schmid 1997 N 782.

die Beschuldigten eine Wahlverteidigung bestellen oder aber eine amtliche Verteidigung beanspruchen wollen.

Es versteht sich von selbst, dass diese Hinweise zu protokollieren sind; es wird sich allerdings empfehlen, den Beschuldigten entsprechende Formulare auszuhändigen und den Empfang aktenkundig zu machen.

Wesentlich ist die *Sanktion von Abs. 2*: Einvernahmen durch Polizei und Staatsanwaltschaft, die ohne eine erste solche Orientierung erfolgten, sind beweismässig nicht verwertbar.

*Polizeiliche Einvernahmen im Ermittlungsverfahren (Art. 168 VE)*

Art. 168 Abs. 1 VE kommt auf die Grundregel von Art. 166 Abs. 1 VE zurück. Alle Strafbehörden nach Art. 13 und 14 VE und damit auch die *Polizei können Beschuldigte zu Protokoll einvernehmen*. Die Protokolle fallen als Beweismittel in Betracht.

Abs. 2 ff. regeln das umstrittene *Problem des „Anwalts der ersten Stunde“* im polizeilichen Ermittlungsverfahren. Zur Zeit erlauben nur wenige Kantone dem Verteidiger, bei Freiheitsentzug sofort aktiv zu werden, d.h. schon bei polizeilichen Einvernahmen im Ermittlungsverfahren anwesend zu sein<sup>57</sup>. Ähnlich zurückhaltend sind die Regelungen, ab welchem Zeitpunkt der freie Kontakt zwischen Verteidigung und Beschuldigten zugelassen wird: Teilweise wird der unbeaufsichtigte Kontakt nach Stellen des Haftantrags an den Haftrichter<sup>58</sup>, 24 Stunden nach Beginn der polizeilichen Befragung<sup>59</sup>, nach Anordnung der Polizeihaft<sup>60</sup> oder aber erst bei Eröffnung des Haftentscheids gewährt<sup>61</sup>. Auch im Ausland sind diese Rechte, vor allem das Recht auf Teilnahme ab Beginn des Verfahrens, also schon bei polizeilichen Einvernahmen, nicht überall gewährleistet. Zwar ist im anglo-amerikanischen Rechtskreis dieses Teilnahmerecht in Haftfällen schon seit langem garantiert<sup>62</sup>. In Kontinentaleuropa ist eine solche Teilnahme aber nicht überall möglich: Sie wird z.B. in Italien<sup>63</sup>, nicht aber etwa in Deutschland<sup>64</sup> gewährt. Die *Expertenkommission* legte sich zum Postulat des „Anwalts der ersten Stunde“ nicht fest, sondern verwies auf die Notwendigkeit entsprechender Aufsichts- oder Schutzmassnahmen; nach ihrer Ansicht wäre auch ein Modell mit einer Ombudsperson, an die die in Haft genommene Person gelangen könnte, zu prüfen<sup>65</sup>. Die Experten führten in ihrem Bericht allerdings die negative Beurteilung an, die die entsprechenden schweizerischen Regelungen durch die Komitees erfuhren, die die Einhaltung des UNO-Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe<sup>66</sup> sowie die entsprechenden

<sup>57</sup> So SO StPO 7 Abs. 2 (nach Mitteilungen von Solothurner Strafbehörden soll dieses System problemlos funktionieren; Behinderungen der Strafjustiz sind offenbar nicht feststellbar); offensichtlich auch die Praxis in AG in Anlehnung an AG StPO 57 i.V.m. 123 Abs. 1 und 126.

<sup>58</sup> Etwa ZH StPO 18 Abs. 1, dazu Schmid 1997 N 496.

<sup>59</sup> Siehe etwa GE StPO Bst. g in der Fassung vom 23.4.1998, zur Vereinbarkeit dieser Regel mit BV und EMRK BGE 126 I 153.

<sup>60</sup> BE StrV 174 Abs. 3.

<sup>61</sup> OW StPO 64a Abs. 3; TI StPO 100.

<sup>62</sup> Schmid 1993 123 ff.

<sup>63</sup> So mindestens bei Handlungen der *polizia giudiziaria* (Gerichtspolizei), Art. 350 und 356 iStPO.

<sup>64</sup> Anwesenheit nur bei Einvernahmen durch die Staatsanwaltschaft vorgesehen, nicht hingegen bei der Polizei, Kleinknecht-Meyer/Gössner 1999 § 163 N 16.

<sup>65</sup> Dazu und zum Folgenden Aus 29 mach 1 S. 110; die Einführung einer solchen Ombudsperson wird hier abgelehnt, vgl. Ziff. 253.3, Bemerkungen zu Art. 231 VE.

<sup>66</sup> SR 0.105.

europäischen Übereinkommen<sup>67</sup> überwachen. In diesen Berichten wurde die Schweiz gerügt, weil die Einrichtung des „Anwalts der ersten Stunde“ fehlt<sup>68</sup>. In den Hearings<sup>69</sup> und der neueren Literatur<sup>70</sup> wird denn auch teilweise die Einführung des „Anwalts der ersten Stunde“ gefordert.

Das *Bundesgericht* und die obersten Gerichte einzelner Kantone lehnten es bisher ab, das Bestehen eines solchen Anspruchs aus aArt. 4 BV und Art. 6 Abs. 3 EMRK abzuleiten<sup>71</sup>. Die Strassburger Rechtsprechung lässt jedoch Zweifel darüber aufkommen, ob dieser Ausschluss mit Art. 6 Abs. 3 EMRK vereinbar ist<sup>72</sup>. Bemerkenswert ist, dass die neue Bundesverfassung in Art. 31 Abs. 2 im Einklang mit Art. 6 Abs. 3 EMRK der verhafteten Person das Recht gewährt, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzug und über ihre Rechte unterrichtet zu werden sowie ihre Verteidigungsrechte wahrzunehmen. Das Bundesgericht hat es aber trotzdem mit Verweis auf die Praxis der Strassburger Organe<sup>73</sup> in ihrer jüngsten Praxis abgelehnt, generell der Verteidigung von den ersten Stunden der Verhaftung an einen Anspruch auf freien Verkehr mit den Beschuldigten einzuräumen<sup>74</sup>. In casu wurde die Genfer StPO, die in Art. 107a Ziff. 3 Bst. g diesen freien Verkehr erst ab dem Moment gestattet, in welchem die Beschuldigten vom Polizeioffizier (*officier de police*) vernommen wurden, spätestens aber 24 Stunden nach Beginn dieser Einvernahmen, als im Einklang mit dem übergeordneten Recht stehend qualifiziert.

Art. 168 Abs. 2 ff. VE schlagen bei der *Regelung der Verteidigungsrechte im Ermittlungsverfahren*<sup>75</sup> differenzierte Lösungen vor: Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass der generelle Ausschluss der Verteidigung von polizeilichen Beschuldigteneinvernahmen gerade mit Blick auf das mit diesem Vorschlag gewählte Untersuchungsmodell, das von der Einheit von polizeilicher Ermittlung und staatsanwaltschaftlicher Untersuchung ausgeht, problematisch ist. Wesentlich ist, dass in diesem System den polizeilichen Einvernahmen Beweiswert zuerkannt wird, was eine Verstärkung der Verteidigungsrechte bedingt. Dies gilt vorab in Haftfällen, in denen nArt. 31 Abs. 2 BV ein Ausbau der Verteidigungsrechte als unabdingbar erscheinen lässt. Allerdings sieht der Vorentwurf davon ab, im Ermittlungsverfahren umfassende Verteidigungsrecht einzuführen. Diese ist vielmehr in folgender Weise ausgestaltet:

---

<sup>67</sup> SR 0.106.

<sup>68</sup> Hierzu BGE 126 I 162.

<sup>69</sup> Hearings S. 16, 21 f., 75, 106 f., 122 f., vgl. auch S. 84, 143; ablehnend S. 55, 66, 153.

<sup>70</sup> Allgemein Piquerez 2000 N 1205 ff.

<sup>71</sup> So im Kanton ZH KGZ am 21.1.1994 i.S. E.Th. und Kons. ca. StAZ; ferner Kriminalistik 1997 525. Ein Anwesenheitsanspruch ergibt sich vor allem nicht ohne weiteres aus EMRK 6 Ziff. 3, vgl. BGer 20.12.1993 in NZZ Nr. 33 vom 9.2.1994. Verweigerung eines Verteidigers während der ersten 48 Stunden der polizeilichen Befragungen unter den besonderen Umständen (beschränktes Schweigerecht) vom EGMR am 8.2.1996 indessen als Verstoss gegen EMRK 6 betrachtet, EuGRZ 23 (1996) 571, 587. Kritisch zum Ausschluss des Anwaltes im polizeilichen Ermittlungsverfahrens des Kt. Zug ferner Obergericht Zug in plädoyer 4/1997 61.

<sup>72</sup> Siehe Murray v. Grossbritannien (Reports 1996-I S. 55) und in EuGRZ 23 (1996) 587 ff. (Ein besonderer Fall, bei welchem Murray unter Terrorismusverdacht verhaftet wurde und erst nach 48 Stunden einen Anwalt bekam, wobei nach anwendbarem Recht aus einer Aussageverweigerung negative Schlüsse gegen ihn gezogen werden konnten; ähnlich ein neueres Urteil des Gerichtshofs i.S. Averill gegen Vereinigtes Königreich vom 6.6.2000); dazu ZR 99 (2000) Nr. 65 S. 185; Villiger 1999 N 516; Müller-Hasler 1998 10.

<sup>73</sup> Vor allem den vorstehend erwähnten Fall Murray.

<sup>74</sup> BGE 126 I 159 ff.

<sup>75</sup> Zu dem damit zusammenhängenden Problem der Verteidigung im Haftverfahren vor der Staatsanwaltschaft vgl. Art. 236 VE. Anders präsentiert sich die Rechtslage nach dem VE bei polizeilichen Einvernahmen, die nach Eröffnung der Untersuchung auf Weisung der Staatsanwaltschaft erfolgen, vgl. Art. 343 Abs. 5 VE.

Es wird vorgeschlagen, in Abs. 2 in *Haftfällen*, also bei der vorläufigen Festnahme durch die Polizei i.S. von Art. 229 VE, der Verteidigung die Anwesenheit bei den Einvernahmen ihrer Mandanten zu gestatten. Es erscheint sodann als richtig, bereits in diesem Zeitpunkt den freien Verkehr der Verteidigung mit den Beschuldigten zu erlauben, da dieser eine wesentliche Voraussetzung für eine effiziente Verteidigung darstellt. Aus dieser Umschreibung ergeben sich auch gewisse Einschränkungen: Zunächst werden diese Verteidigungsrechte erst gewährt, wenn der Freiheitsentzug einer vorläufigen Festnahme entspricht, also z.B. nicht bei einer Anhaltung nach Art. 226 ff. VE und einer damit einhergehenden Befragung der angehaltenen Personen. Sodann werden diese Rechte bei den vorläufigen Festnahmen nur auf Begehren der Beschuldigten oder der Verteidigung gewährt; für eine notwendige Verteidigung (vgl. Art. 136 VE) wird erst nachfolgend im staatsanwaltschaftlichen Vorverfahren gesorgt. Die Teilnahmerechte der Verteidigung sind sodann auf die Einvernahmen ihrer Mandantinnen und Mandanten beschränkt; an andern Beweisaufnahmen, etwa die Einvernahme von Auskunftspersonen, kann die Verteidigung nicht teilnehmen.

Bei den nicht in einer Haftsituation erfolgten Polizeieinvernahmen im Ermittlungsverfahren sieht Abs. 3 davon ab, die Polizei generell dazu zu verpflichten, die Verteidigung zu ihren Einvernahmen zuzulassen. Es wird damit der Polizei ermöglicht, sich z.B. in dringlichen Fällen (etwa Einvernahmen nach Verkehrsunfällen zur Nachtzeit) über den Wunsch der Beschuldigten nach Anwesenheit der Verteidigung hinwegzusetzen und die Einvernahme ohne Verzug durchzuführen. Diese Regelung erscheint als vertretbar: Einerseits können die Beschuldigten Aussagen verweigern, worauf sie vorgängig aufmerksam gemacht wurden. Andererseits wird in Abs. 4 der Beweiswert von Einvernahmen, zu denen die Verteidigung trotz entsprechendem Begehren der Beschuldigten nicht zugelassen wurde, relativiert, indem diesen Protokollen nur Beweiswert zukommt, wenn deren Richtigkeit später in der Untersuchung oder vor Gericht bestätigt wird.

## **242.2 Einvernahme durch Staatsanwaltschaft und die Gerichte (2. Abschnitt, Art. 169-171 VE)**

*Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft zur Sache (Art. 169 VE), Abklärung der persönlichen Verhältnisse (Art. 170 VE) und Einvernahme durch Gerichte (Art. 171 VE)*

Diese drei Bestimmungen beschreiben das Vorgehen von Staatsanwaltschaft und Gerichten bei den von ihnen vorzunehmenden Einvernahmen der Beschuldigten näher. Da sie den Vorschriften und Regeln im geltenden Strafprozessrecht entsprechen<sup>76</sup> und keine besonderen Fragen aufwerfen, kann auf weitere Erläuterungen verzichtet werden. Die Teilnahmerechte richten sich nach Art. 159 VE, die Verteidigungsrechte bei verhafteten Beschuldigten für die Verfahrensstufen nach den polizeilichen Ermittlungen nach Art. 236 bzw. 248 VE.

<sup>76</sup> Hierzu etwa Aeschlimann 1997 N 840 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 61 N 7, § 82 N 5 ff.; Maurer 1999 189 f.; Oberholzer 1994 255 ff.; Piquerez 2000 N 2040 ff.; Schmid 1997 N 617 ff.

## 243 Zeuginnen und Zeugen (3. Kapitel; Art. 172-185 VE)

Dem Zeugenbeweis kommt im Strafprozessrecht traditionsgemäss eine grosse Rolle zu. Dementsprechend ist er in den vorhandenen schweizerischen Prozessgesetzen zumeist relativ einlässlich geregelt. Die Vorschriften der geltenden Verfahrensgesetze weichen nicht wesentlich voneinander ab, und die im Vorentwurf präsentierten Regelungen entsprechen im Grossen und Ganzen diesen Normierungen. In einzelnen Bereichen wird allerdings Neuland beschritten, so hinsichtlich der möglichen Schweigepflicht der Zeuginnen und Zeugen (Art. 175 VE) sowie des Zeugnisverweigerungsrechts bei eigener Gefährdung (Art. 181 VE).

### 243.1 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 172-175 VE)

*Begriff; Zeugnispflicht (Art. 172 VE)*

Wer über eine verfahrensrelevante Tatsache Aussagen machen kann, ohne selbst Beschuldigter oder Auskunftsperson zu sein, wird als Zeugin oder Zeuge betrachtet und ist nach Massgabe der entsprechenden Vorschriften einzuvernehmen. Typisch für Zeuginnen und Zeugen ist im Weiteren, dass sie zur Aussage verpflichtet sind, wenn sie davon nicht wegen Bestehens eines Zeugnisverweigerungsrecht entbunden sind<sup>77</sup>. Diese Grundsätze übernimmt Art. 172 VE.

*Zeugnisfähigkeit (Art. 173 VE)*

Es entspricht allgemeiner Lehre und Rechtsprechung<sup>78</sup> wie den Prozessgesetzen<sup>79</sup>, die diese Frage ausdrücklich regeln, dass *jede urteilsfähige Person als Zeugin oder Zeuge* in Frage kommt (Abs. 1). Die einzuvernehmende Person muss somit in sinngemässer Anwendung von Art. 16 ZGB in der Lage sein, vernunftgemässe Wahrnehmungen zu machen und darüber vernunftgemäss auszusagen<sup>80</sup>. Zur Feststellung der Urteilsfähigkeit ist allenfalls ein Sachverständiger einzusetzen (Art. 174 Abs. 2 VE).

Die bisher immer wieder diskutierte, da gesetzlich oft nicht ausdrücklich geregelte Frage, ab welchem Alter *Kinder* als urteilsfähig zu betrachten und demgemäss als Zeugen einzuvernehmen seien, wird in Abs. 2 in dem Sinne entschärft, als Kinder unter 15 Jahren a priori nicht als Zeugen, sondern als Auskunftspersonen zu befragen sind (Art. 186 Abs. 1 Bst. b VE); *Jugendliche über 15 Jahren* dürften hinsichtlich praktisch aller Vorkommnisse urteilsfähig sein, so dass sie darüber als Zeuginnen oder Zeugen einvernommen werden können.

Abs. 3-5 regeln die *Zeugeneigenschaft der Privatklägerschaft*. Der Einvernahme der Geschädigten, die sich nicht als Privatstrafkläger aktiv am Verfahren beteiligen wollen, als

<sup>77</sup> Zeugnispflicht als allgemeine Bürgerpflicht, so Aus 29 nach 1 S. 100; zur Thematik ferner Aeschlimann 1997 N 856; Clerc 1975 N 151; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 1; Maurer 1999 191 ff.; Oberholzer 1994 264 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 77.5 ff.; Padrutt 1996 Art. 89 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 2084 ff.; Schmid 1997 N 628 ff.

<sup>78</sup> Aeschlimann 1997 N 848 ff.; Clerc 1975 N 151 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 2 ff.; Maurer 1999 193 f.; Oberholzer 1994 266 ff.; Piquerez 2000 N 2081, 2091 ff.; Schmid 1997 N 631.

<sup>79</sup> Soweit ersichtlich spricht nur NW StPO 84 Abs. 1 ausdrücklich von „*urteilsfähigen Personen*“. Die übrigen Prozessgesetze verweisen auf die allgemeine Zeugnispflicht innert der Schranken des Gesetzes, so BStP 74; ZH StPO 128; BE StrV 108; LU StPO 91 Abs. 1; UR StPO 85; SZ StPO 47; OW StPO 47; ZG StPO 29 Abs. 1; SO StPO 62; BS StPO 44 Abs. 1; BL StPO 52; GR StPO 89 Abs. 1; SH StPO 108; AR StPO 73; AI StPO 36; AG StPO 96; TG StPO 89 Abs. 1; VS StPO 84 Ziff. 1; GE StPO 42.

<sup>80</sup> Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 157 N 2; Hauser 1974 63 ff.

Zeugen steht nichts im Weg. Das gleiche gilt für jene Geschädigten, die auf ihre Privatklage verzichtet oder diese zurückgezogen haben (Abs. 4).

Wie sind jene *Geschädigten einzuvernehmen, die sich als Privatklägerschaft konstituierten*? Bisher konnten in vielen Kantonen die Geschädigten, die als Klägerinnen oder Kläger – in der Regel Zivilklägerinnen oder Zivilkläger – auftrat, als Zeuginnen oder Zeugen einvernommen werden, ja, waren sogar zum Zeugnis verpflichtet<sup>81</sup>. Andere Kantone schliessen die Privatklägerschaft hingegen von der Zeugenqualität aus<sup>82</sup> und verweisen sie auf die Einvernahme als Auskunftsperson<sup>83</sup>. Da die Privatklägerschaft nach dem Konzept des Vorentwurfs Partei ist (Art. 114 Bst. b, 125 VE), erscheint ihre Einvernahme als Zeugin fragwürdig, denn eine Partei kann nicht Zeugin oder Zeuge sein<sup>84</sup>. Dies gilt vor allem, wenn man bedenkt, dass bei der Privatklägerschaft regelmässig die Zivilklage im Vordergrund steht und im soweit ähnlichen Zivilprozess die Einvernahme einer Partei als Zeugin nicht in Frage kommt<sup>85</sup>, eine Ansicht, die offenbar auch von den Experten geteilt wurde<sup>86</sup>. Dem Argument, dass damit oft der einzige Zeuge verloren gehe, der unter Aussage- und Wahrheitspflicht Wesentliches, wenn nicht Entscheidendes zur Abklärung der Straftat beitragen könne<sup>87</sup>, ist entgegenzuhalten, dass die Einvernahme der Privatklägerschaft als Auskunftsperson durchaus die gleichen Resultate erbringen kann. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Privatklägerschaft nach Art. 188 Abs. 1 i.V.m. Art. 186 Abs. 1 Bst. a VE zur Aussage als Auskunftsperson verpflichtet ist und nach Art. 189 Abs. 2 VE (wenn auch ohne Androhung von Strafen) zur Wahrheit ermahnt wird.

Abs. 3 regelt schliesslich noch den Fall, dass die *Geschädigten im Zeitpunkt ihrer Einvernahme die Erklärung, ob sie sich als Privatklägerschaft konstituieren wollen (siehe Art. 130 VE) noch nicht abgegeben haben*. Dazu haben sie grundsätzlich bis zum Abschluss des Vorverfahrens Zeit (Art. 130 Abs. 3 VE), während die Einvernahme ihrerseits während dieses Vorverfahrens stattzufinden hat. In dieser Zeit sind die Geschädigten daher als Auskunftspersonen einzuvernehmen, nach einem Verzicht oder Rückzug hingegen nach Abs. 4 grundsätzlich als Zeuginnen oder Zeugen.

#### *Abklärungen über Zeuginnen und Zeugen (Art. 174 VE)*

Art. 174 Abs. 1 VE dient dem Persönlichkeitsschutz der Zeugen und Zeuginnen und lässt *Erhebungen über deren Vorleben und persönlichen Verhältnisse* nur zu, wenn dies zur Klärung der Glaubwürdigkeit dieser Personen notwendig ist.

Abs. 2 schafft eine gesetzliche Grundlage für die Einholung von *psychiatrischen Gutachten zur Urteilsfähigkeit von Zeuginnen und Zeugen*<sup>88</sup>. Solche Gutachten dürfen jedoch nur unter strenger Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in Auftrag gegeben werden: Einerseits muss die

<sup>81</sup> Vgl. z.B. ZH StPO 128; ZG StPO 26 Abs. 2; SH StPO 109 Abs. 1; TG StPO 89 Abs. 2; TI StPO 139.

<sup>82</sup> BE StrV 107 f.; OW 46; LU StPO 90; NW StPO 84; JU StPO 153; zum Ganzen m.w.H. Hauser 1974 71 ff.

<sup>83</sup> OW StPO 50 Abs. 1; SO StPO 70 Abs. 1 2. Satz; BS StPO 51; GE StPO 43; Allgemein wegen Nähe zum Prozessgegenstand und/oder besonderer Befangenheit GL StPO 83 Abs. 2; AR StPO 70 Ziff. 2; SG StPO 95 Bst.b. TG StPO 89 Abs. 2.

<sup>84</sup> So klar denn auch BE StrV 108 Abs. 1.

<sup>85</sup> Vgl. statt vieler Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 150 N 1 ff.; Vogel 1999 § 48 N 128.

<sup>86</sup> Aus 29 mach 1 S. 103 Mitte.

<sup>87</sup> Siehe dazu Hauser 1974 73 f. mit Hinweisen auf abweichende Ansichten. Gegen Einvernahme als Auskunftsperson neuerdings auch Susanne Vogel 1999 157, allerdings mit dem auf diesen Vorentwurf nicht zutreffenden Argument des Aussageverweigerungsrechts.

<sup>88</sup> Zu diesem Erfordernis SJZ 64 (1968) 26 ff. (für Zivilprozess); Hauser 1974 120 ff.; Schmid 1997 N 731.

Bedeutung des Strafverfahrens eine solche Begutachtung, die regelmässig einen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Einzuernehmenden darstellt, rechtfertigen. So wäre eine Begutachtung bei einem Bagatelldelikt unverhältnismässig. Andererseits ist sie auch nur dann zu verantworten, wenn das erwartete Zeugnis für den Ausgang des Verfahrens als bedeutsam erscheint. Begutachtungen sind ambulant vorzunehmen; eine Einweisung in eine Klinik ist zwar denkbar, ohne Einwilligung der einzuernehmenden Personen aber nicht zulässig<sup>89</sup>. Die Bestimmung stellt klar, dass nur Personen, deren Eignung als Zeugin oder Zeugen aus psychischen Gründen als zweifelhaft erscheint, begutachtet werden dürfen. Die Frage der Glaubwürdigkeit von psychisch normalen Zeuginnen und Zeugen hat das Gericht selbst zu beantworten<sup>90</sup>.

### *Schweigegebot für Zeuginnen oder Zeugen (Art. 175 VE)*

Werden mehrere Personen zum gleichen Sachverhalt einvernommen, besteht im Interesse der Wahrheitsfindung oft das Bedürfnis, die Zeuginnen, Zeugen oder Auskunftspersonen *über die erfolgte Einvernahme oder nur schon über die Tatsache der Vorladung zu einer solchen zu Stillschweigen* zu verpflichten. Bisher konnten die Strafbehörden die Zeuginnen etc. zumeist ohne eigentliche Verpflichtung nur ersuchen, Stillschweigen zu bewahren; eine eigentliche Schweigepflicht war nur wenigen Prozessgesetzen bekannt<sup>91</sup>. Art. 175 Abs. 1 VE gibt nun den Strafbehörden die Möglichkeit, solche Schweigepflichten unter Hinweis auf die Strafdrohung von Art. 292 StGB anzuordnen. Allerdings ist dies nur zulässig, wenn tatsächlich die Gefahr einer Beeinflussung, die die Wahrheitsfindung beeinträchtigen könnte, besteht.

Abs. 2 schreibt vor, dass solche *Schweigepflichten zu befristen sind*; sie sind also entweder zeitlich (z.B. bis 15. Mai 2001) oder hinsichtlich des Verfahrensablaufes (z.B. bis die Teilnehmer der Sitzung des Verwaltungsrates der X. AG vom 3. November 2000 einvernommen sind) zu fixieren. Damit die Schweigepflichten ihr Ziel erreichen, muss es möglich sein, sie z.B. mit einer Vorladung zu verbinden.

## **243.2 Zeugnisverweigerungsrechte (2. Abschnitt, Art. 176-183 VE)**

Die in Art. 172 Abs. 2 VE enthaltene allgemeine Zeugnispflicht entfällt, wenn eines der in Art. 176 ff. zu findenden Zeugnisverweigerungsrechte gegeben ist. Diese Liste ist abschliessend. Über das Vorhandensein eines Zeugnisverweigerungsrechts entscheidet grundsätzlich die in der betreffenden Verfahrensstufe zuständige Verfahrensleitung. Der Entscheid kann mit Beschwerde (Art. 461 ff. VE) angefochten werden.

### *Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund persönlicher Beziehungen (Art. 176 VE)*

Personen, die zu den Beschuldigten in nahen *familiären Beziehungen* stehen, geniessen traditions-gemäss ein Zeugnisverweigerungsrecht, welches hinsichtlich des relevanten Verwandtschafts-grades unterschiedlich ausgestaltet ist<sup>92</sup>. Abs. 1 berücksichtigt die im Vordergrund stehenden

<sup>89</sup> Vgl. auch Hinweise zu Art. 195 VE.

<sup>90</sup> Zu dieser Thematik ZBJV 136 (2000) 138; Hauser 1974 21 ff.; Oberholzer 1994 279 f.; Schmid 1997 N 631, 731.

<sup>91</sup> Vgl. etwa BE StrV 122 Abs. 2; LU StPO 100 Abs. 4; FR StPO 84 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 84.1 ff.).

<sup>92</sup> Vgl. Aus 29 mach 1 S. 100 f.; allgemein Aeschlimann 1997 N 866 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 194 N 1 ff.; Clerc 1975 N 152 No. 1; Hauser 1974 176 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 14 ff.; Maurer

Verwandtschaftsbeziehungen und bezieht dabei auch zeitgemässe Formen des Zusammenlebens (Konkubinat, Bst. a zweiter Satzteil<sup>93</sup>) sowie Personen ein, die aus Beziehungen mit den Beschuldigten hervorgegangene, nicht eheliche Kinder haben (Bst. b). Gleich wie im Expertenbericht<sup>94</sup> wird auf das Zeugnisverweigerungsrecht wegen Verlöbnisses verzichtet.

Abs. 2 enthält eine bisher nur wenigen schweizerischen Prozessordnungen<sup>95</sup> bekannte, von den Experten<sup>96</sup> aber aus guten Gründen angeregte *Einschränkung des familiär begründeten Zeugnisverweigerungsrechts*: Bei schweren Straftaten gegen Leib und Leben, die Freiheit sowie im Bereich der Sexualität, die sich im Familienkreis abspielen, soll demnach im Sinne einer Interessenabwägung das Aussageverweigerungsrecht gegenüber dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse zurücktreten. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass solche schweren Delikte allenfalls ungesühnt bleiben, weil sich Familienangehörige auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen. X, der anwesend war, als sein Bruder Y den gemeinsamen Vater Z zu töten versuchte, ist demgemäss zur Aussage verpflichtet. Die Aussageverweigerungsrechte des Opfer nach Art. 7 Abs. 2 OHG, die in Art. 181 Abs. 4 VE übernommen werden, bleiben allerdings unangetastet.

#### *Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund eines Amtsgeheimnisses (Art. 177 VE)*

Beamtinnen, Beamte und Behördenmitglieder unterstehen nach Art. 320 StGB sowie dem anwendbaren Verwaltungsrecht dem *Amtsgeheimnis*; daraus fliesst das Verbot, über die Tatsachen, die ihnen in ihrer amtlichen Stellung bekannt wurden, als Zeuginnen oder Zeugen auszusagen<sup>97</sup>. Dieses ebenfalls traditionelle Zeugnisverweigerungsrecht (oder eher Zeugnisverweigerungspflicht) ist in Abs. 1 statuiert.

Abs. 2 schränkt das *Zeugnisverweigerungsrecht ein*, soweit für die *Beamtinnen oder die Beamten usw. eine Anzeigepflicht* besteht (näher Art. 330 VE). Daraus folgt, dass vor allem die Angehörigen der Strafverfolgungsbehörden über ihre Feststellung, die sie im Zusammenhang mit laufenden Strafverfahren machten, aussagen müssen, also beispielsweise Polizeibeamtinnen oder -beamte über die am Tatort gemachten Feststellungen. Die bisher in vielen Kantonen auch für solche Fälle notwendige Entbindung vom Amtsgeheimnis durch die vorgesetzte Behörde entfällt damit. Eine Entbindung ist indessen für Aussagen erforderlich, die Tatsachen betreffen, die ausserhalb dieser Anzeigepflicht liegen (Abs. 2 zweiter Teil).

Gemäss Abs. 3 muss die vorgesetzte Behörde der bisherigen Lehre und Rechtsprechung folgend<sup>98</sup> die *Entbindung vornehmen und kann sie nicht verweigern*<sup>99</sup>, wenn das Interesse an der

---

1999 201 f.; Oberholzer 1994 268; Piller/Pochon 1998 Art. 78.1 ff.; Padrutt 1996 Art. 90 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 2111 ff.; Schmid 1997 N 634.

<sup>93</sup> So BE StrV 113 Abs. 1 Ziff. 1; FR StPO 78 Bst.b; SO StPO 63 Abs. 1 Bst.b; BS StPO 45 Abs. 1 Bst.c; BL StPO 54 Abs. 1 Bst.a; SH StPO 112 Bst.e; SG StPO 84 Abs. 1 Bst.b; TI StPO 125 Bst.a; für ein solches Verweigerungsrecht auch Aus 29 mach 1 S. 101. Vgl. zudem Piquerez 2000 N 2111 a.E. insbes. Fn. 111.

<sup>94</sup> Aus 29 mach 1 S. 101.

<sup>95</sup> Zu finden etwa in AR StPO 74 Abs. 2; SG StPO 84 Abs. 3; JU StPO 160 Abs. 2. Dazu Hauser 1974 271; Piquerez 2000 N 2114.

<sup>96</sup> Aus 29 mach 1 S. 101. Skepsis einer solchen Regelung gegenüber teilweise in den Hearings, vgl. etwa S. 9, 15, 74, 85, 93, 104, wobei das dort teilweise vorgebrachte negative Beispiel (Tätlichkeiten zwischen erwachsenem Sohn und Vater) nach dem hier gewählten Konzept ohnehin nicht erfasst wird.

<sup>97</sup> Hierzu näher Hauser 1974 202; Aeschlimann 1997 N 873 ff.; Clerc 1975 N 152 No. 2 lit. e; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 22a; Maurer 1999 203 f.; Oberholzer 1994 271 f.; Piquerez 2000 N 2121 ff.; Schmid 1997 N 639.

<sup>98</sup> Zusammenfassend statt Vieler Trechsel 1997 Art. 320 N 11 f.



Wahrheitsfindung im Strafprozess gegenüber dem Geheimnisinteresse der Behörde und allfällig mitbetroffener Privater vorgeht.

*Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund eines Berufsgeheimnisses (Art. 178 VE)*

Gestützt auf Art. 321 StGB sowie zivilrechtlich gemäss Auftragsrecht<sup>100</sup> haben Berufsleute, deren Tätigkeit in besonderem Mass von der Wahrung der Vertraulichkeit der Beziehungen abhängt, darüber das Geheimnis zu wahren. Sie dürfen demgemäss über ihre Beziehungen zu ihren Patientinnen und Patientinnen, Klientinnen und Klienten usw. keine Zeugenaussagen machen<sup>101</sup>. Die Berufsgeheimnisträger nach Art. 178 Abs. 1 VE entsprechen im Wesentlichen denjenigen in Art. 321 StGB<sup>102</sup>. Weil nach herrschender Lehre und Praxis den Revisorinnen und Revisoren, die nach der erwähnten Strafnorm geheimnispflichtig sind, kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht<sup>103</sup>, erscheinen sie in diesem Abs. 1 nicht.

Bisher waren die *nichtärztlichen, diagnostisch oder therapeutisch tätigen Psychologen* nicht im Katalog der Berufsgeheimnisträger nach Art. 321 StGB enthalten<sup>104</sup>. In der Vergangenheit wurde aber verschiedentlich der Wunsch vorgebracht, alle im Gesundheitswesen im weiteren Sinne tätigen Personen dem Berufsgeheimnis zu unterstellen und diesen damit ein Zeugnisverweigerungsrecht einzuräumen. Dieses Anliegen ist auch Gegenstand der Motion Hollenstein, die am 22. Juni 2000 im Nationalrat eingereicht wurde<sup>105</sup>. In der Antwort des Bundesrates vom 6. September 2000 wird dargelegt, dass solche nichtärztlichen Personen bereits das Datenschutzgeheimnis nach Art. 35 DSGVO<sup>106</sup> zu beachten hätten. Die Frage eines Zeugnisverweigerungsrechts werde im Rahmen der Schaffung einer vereinheitlichten Strafprozessordnung geprüft; dabei werde auch zu prüfen sein, ob und in welcher Form Art. 321 StGB zu ändern sei. Der vorliegende Entwurf beschränkt sich darauf, Psychotherapeuten und weiteren Psychologen, die abklärend und stützend Patientenkontakte pflegen, ein Zeugnisverweigerungsrecht einzuräumen; es ist vorgesehen, zusammen mit der Gesetzesvorlage ans Parlament Antrag auf eine entsprechende Änderung von Art. 321 StGB zu stellen. Mit diesen Änderungen sollen entgegen dem Anliegen der Motion Hollenstein nicht alle im Gesundheitsbereich Tätigen ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden werden. Dieses soll vielmehr auf jene Berufe beschränkt werden, die vergleichbar mit einem (ärztlichen) Psychiater von Patientinnen und Patienten aufgesucht sowie um Klärung ihrer psychischen Situation und/oder um Hilfe in Form von Therapie beigezogen werden. Es sind dies die berufliche Tätigkeiten, die im weiten, kaum eingrenzbaeren Bereich der Gesundheitsberufe am ehesten von ihren Patientinnen und Patienten schützenswerte Informationen erfahren. Die weiteren Berufe des Gesundheits- und Sozialbereichs (z.B.

<sup>99</sup> Einlässlich dazu Schultz 1979 376 ff.

<sup>100</sup> Art. 394 ff. OR.

<sup>101</sup> Näher Hauser 1974 203 ff.; Aeschlimann 1997 N 879 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 196 N 1 ff.; Clerc 1975 N 152 No. 2 lit. a-d; Maurer 1999 205 ff.; Oberholzer 1994 269 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 79.1 ff.; Piquerez 2000 N 2132 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 23 ff.; Schmid 1997 N 636 f.

<sup>102</sup> Für die Anwältinnen und Anwälte vgl. neuerdings BGFA 13.

<sup>103</sup> Pra 85 (1996) Nr. 198 = plädoyer 3/96 71; ausdrücklich BE StrV 116 Abs. 1 letzter Satz; hierzu Aeschlimann 1997 N 881; Piquerez 2000 N 2134, 2170 f.; Schmid 1997 N 640; noch anders Hauser 1974 216 f.; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 24.

<sup>104</sup> Selten allerdings in den kantonalen Katalogen der Zeugnisverweigerungsberechtigten, vgl. etwa UR StPO 86 Ziff. 5, SH StPO 112 Abs. 1 Bst.d; SG StPO 84 Abs. 1 Bst.d und 85 Bst.b; vgl. hierzu Hauser/Schweri 1999 § 62 N 26; Piquerez 2000 N 2134..

<sup>105</sup> Nr. 00.3344, von 105 weiteren Nationalrätinnen und Nationalräten mitunterzeichnet.

<sup>106</sup> Vgl. BG über den Datenschutz vom 19.6.1992 (DSG, SR 235.1).

Physiotherapeuten, Ernährungsberaterinnen, diplomierte Pflegerinnen und Pfleger, Sozialarbeiter, Sozialpädagogen, Erzieher, Eheberater, Berufsberater) und die von ihnen wahrgenommenen vertraulichen Informationen sind mit dieser Eingrenzung nicht schutzlos: Sie sind entweder Hilfspersonen der fraglichen Berufsgeheimnisträger oder aber sie haben wie schon erwähnt nach Art. 35 DSG das Datenschutzgeheimnis zu wahren. Falls geboten können sie nach Massgabe von Art. 180 Abs. 3 und 4 VE von der Zeugnisspflicht entbunden werden.

Mit der Umschreibung in Abs. 1 wird sodann eine weitere Abgrenzung vorgenommen: Es wird klargestellt, dass nur Psychologen, die Patientinnen und Patienten behandeln, erfasst werden. Psychologen, die z.B. in der Berufs- oder Personalberatung, in der Werbebranche, in Meinungsforschungsunternehmen u.ä. tätig sind, steht kein Zeugnisverweigerungsrecht zu.

Wie beim Amtsgeheimnis ist auch das Berufsgeheimnis und das daraus abgeleitete Zeugnisverweigerungsrecht beschränkt: *Personen, die eine Anzeigepflicht haben, müssen als Zeugen im anzeigepflichtigen Bereich aussagen.* So sind beispielsweise in den meisten Kantonen Ärzte, die aussergewöhnliche Todesfälle feststellen, verpflichtet, ihre Feststellungen den zuständigen Strafbehörden zu melden (Abs. 2)<sup>107</sup>. Dieser Absatz verweist sodann auf Art. 321 Ziff. 2 StGB: Entbindet der Geheimnisherr, also der Patient des Arztes, der Klient der Anwältin etc. oder aber die Aufsichtsbehörde diese von ihrer Geheimnispflicht, so haben diese grundsätzlich auszusagen.

Abs. 3 schränkt diese *Aussagepflicht nach erfolgter Entbindung durch den Geheimnisherrn* ein. Es kann nämlich Fälle geben, in denen der Berufsgeheimnisträger in eine schwierige Situation gerät, wenn er nach der Entbindung allenfalls Wissen offenbaren muss, das im Interesse des Patienten eigentlich vertraulich bleiben sollte, so eine zurückbehaltene Diagnose über einen unabwendbaren Krankheitsverlauf. Entsprechend einzelnen kantonalen Gesetzen<sup>108</sup> kann deshalb die Verfahrensleitung Berufsgeheimnisträger von der Zeugnisspflicht entbinden, wenn sie solche Gründe glaubhaft machen können<sup>109</sup>.

#### *Quellenschutz der Medienschaffenden (Art. 179 VE)*

Art. 179 VE übernimmt materiell unverändert die geltende Regelung von Art. 27<sup>bis</sup> StGB<sup>110</sup>.

#### *Zeugnisverweigerungsrecht bei weiteren Geheimhaltungspflichten (Art. 180 VE)*

Wie vorstehend zu Art. 178 VE erwähnt, wird in den meisten schweizerischen Prozessgesetzen das Zeugnisverweigerungsrecht des Berufsgeheimnisträgers auf die in Art. 321 StGB erwähnten Berufe beschränkt. Es kann jedoch nicht übersehen werden, dass mit der allgemeinen Verstärkung des Schutzes der persönlichen Sphäre in der jüngeren Rechtsentwicklung neue, zumeist strafrechtlich geschützte Berufsgeheimnisse geschaffen wurden. Teilweise fand solche Geheimnisse - wie in Art. 321<sup>bis</sup> und 321<sup>ter</sup> StGB - Eingang ins Strafgesetzbuch, teilweise finden

<sup>107</sup> Vgl. z.B. BE StrV 116 Abs. 3; AR StPO 74 Abs. 3; AG StPO 98 Abs. 4; VD StPO 196 Abs. 2; näher Hauser 1974 273 f.; Aeschlimann 1997 N 886 f.; Maurer 1999 207; Oberholzer 1994 269; Piquerez 2000 N 2147 f.; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 24; Schmid 1997 N 636 Fn. 86.

<sup>108</sup> BE StrV 116 Abs. 2; FR StPO 79 Abs. 2; SO StPO 64 Bst.a Abs. 2; BL StPO 55 Abs. 2; SH StPO 115 Abs. 3; SG StPO 85 Bst.b; AG StPO 98 Abs. 2; vgl. dazu ferner Aeschlimann 1997 N 882; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 25; Hauser 1974 228 f.; Maurer 1999 207; Oberholzer 1994 271; Piquerez 2000 N 2137.

<sup>109</sup> Weitergehend neuerdings BGFA 13 Abs. 1 Satz 2 zur Entbindung von Rechtsanwältinnen: „Die Entbindung verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem“.

<sup>110</sup> Vgl. neuerdings BStP 75 Bst. b in der Fassung vom 23.6.2000.

sie sich in anderen Gesetzen<sup>111</sup>. Es wurde aber auch der Ruf laut, gewissen weiteren, auf Vertraulichkeit beruhenden Berufen wie jenem der Sozialarbeiter ein Zeugnisverweigerungsrecht zuzugestehen. In einigen wenigen Kantonen ist diesem Ruf Rechnung getragen<sup>112</sup>, in anderen ist ein solches Zeugnisverweigerungsrecht bisher abgelehnt worden<sup>113</sup>. Eine Ausdehnung der beruflich begründeten Zeugnisverweigerungsrechte erschwert aber die Wahrheitsfindung im Strafverfahren und sollte deshalb nur zurückhaltend verwirklicht werden<sup>114</sup>. Der Vorentwurf präsentiert für Berufsgeheimnisse ausserhalb von Art. 321 StGB eine pragmatische, differenzierende Lösung:

- Zunächst wird in Abs. 1 und 2 die Zeugnispflicht von Personen mit Berufsgeheimnissen behandelt, die auf Grund folgender Bundesgesetze bestehen: Zunächst erscheint hier das in Art. 321<sup>bis</sup> StGB geregelte *Berufsgeheimnisses der medizinischen Forschung*. Ferner sind die Schweigepflichten der Personen, die im Rahmen von Art. 139 Abs. 3 ZGB als *Mitglieder einer Ehe- oder Familienberatung* sowie einer *Familienmediationsstelle tätig sind*, aufgeführt. Sodann werden Personen erfasst, die nach Art. 2 des Schwangerschaftsberatungsstellengesetzes sowie Art. 4 OHG *in entsprechenden Beratungsstellen* wirken<sup>115</sup> oder nach Art. 15 Abs. 2 des Betätigungsmittelgesetzes ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzen. Diese Berufsgeheimnisträger müssen grundsätzlich kein Zeugnis ablegen. Sie können indessen von der Zeugnispflicht entbunden werden, wenn das Interesse an der Wahrung der betreffenden Geheimnisse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt<sup>116</sup>. Zur Verstärkung dieses Geheimnisschutzes wird vorgeschlagen, die Entbindung dem Zwangsmassnahmengericht zu übertragen, wenn der Straffall (was im relevanten Verfahrensstadium regelmässig der Fall sein dürfte) bei der Staatsanwaltschaft oder dem erstinstanzlichen Gericht liegt<sup>117</sup>. Ist der Fall im Berufungsstadium angelangt, entscheidet die Rechtsmittelinstanz über diese Entbindung.
- Anders ist der Ansatz in Abs. 3 und 4 bezüglich weiterer, vom eidgenössischen und kantonalen Recht *geschützter Geheimnisse* sowie *weiterer Berufskategorien*, die eine Vertraulichkeit der ihnen bekannten Tatsachen geltend machen. Es sind dies Geheimnisse, die vor allem verglichen mit den in Art. 320 und 321 StGB geschützten als weniger zentral erscheinen, so dass deren Schutz im strafprozessualen Bereich weniger strikt auszugestalten ist. Als Anwendungsfälle sind in Abs. 3 das *Post- und Fernmeldegeheimnis* nach Art. 321<sup>ter</sup> StGB sowie des *Datenschutzgeheimnis* nach Art. 35 DSGVO<sup>118</sup> erwähnt. Zu nennen wäre auch die von weiteren Berufsangehörigen geltend gemachten, aber zumeist nicht direkt gesetzlich

<sup>111</sup> Neben den mehr wirtschaftlich orientierten Geheimnissen wie nach Art. 54 des Anlagefondsgesetzes (AFG, SR 951.31) oder z.B. Art. 43 des Börsengesetzes (BEHG, SR 954.1) etwa nach Art. 2 des Bundesgesetzes über die Schwangerschaftsberatungsstellen vom 9. Oktober 1981 (SR 857.5) oder der bereits erwähnte Art. 35 DSGVO.

<sup>112</sup> Siehe etwa UR StPO 86 Ziff. 5; ZG StPO 29 Abs. 2 Ziff. 2; für den Vormund, Beistand usw. FR StPO 78 Bst.f., 80; vgl. hierzu Hauser/Schweri 1999 § 62 N 26; Piquerez 2000 N 2134.

<sup>113</sup> Aeschlimann 1997 N 888; Maurer 1999 208 f.; Oberholzer 1994 270; Schmid 1997 N 641, 644

<sup>114</sup> Skeptisch denn auch Aus 29 mach 1 S. 101 und Stimmen in den Hearings, S. 15 f., 104 f.

<sup>115</sup> Aus 29 mach 1 S. 101 wollte diese beiden letztgenannten Berufsgeheimnisse offenbar Art. 321 StGB gleichstellen.

<sup>116</sup> Ähnlicher Ansatz der Interessenabwägung etwa im FR StPO 80, dazu Piller/Pochon 1998 Art. 80.1. ff.

<sup>117</sup> Für Entbindung durch Richter bei Art. 321<sup>ter</sup> StGB auch Aus 29 mach 1 S. 101.

<sup>118</sup> Mit Blick auf den Anwendungsbereich des DSGVO nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b vor allem im privaten Bereich, da für Datensammlungen des Bundes in der Regel das Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB gilt.

statuierten Geheimnispflichten wie jene von Sozialarbeitern<sup>119</sup> usw. Diese Personen sind grundsätzlich zeugnispflichtig, können indessen von der jeweils zuständigen Verfahrensleitung von der Aussagepflicht befreit werden, wenn sie glaubhaft machen, dass das Geheimhaltungsinteresse gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse überwiegt. Mit dieser elastischen Lösung ist indessen nicht beabsichtigt, von jener Lehre und Praxis abzuweichen, die bei primär wirtschaftlich orientierten Geheimnispflichten ein Zeugnisverweigerungsrecht bisher fast einhellig ablehnten: So sollen weder das *Bankgeheimnis* nach Art. 47 des Bankengesetzes<sup>120</sup> noch andere ähnliche Berufsgeheimnisse wie z.B. das *Revisionsgeheimnis* (Art. 730 OR, Art. 321 StGB oder Art. 54 des Anlagefondsgesetzes<sup>121</sup>), das *Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis* nach Art. 162 StGB oder das Berufsgeheimnis nach Art. 43 des Börsengesetzes<sup>122</sup> abgesehen von seltenen Ausnahmefällen künftig ein Zeugnisverweigerungsrecht zur Folge haben.

### *Zeugnisverweigerungsrecht zum eigenen Schutz (Art. 181 VE)*

Bisher waren die Strafprozessordnungen bei der Gewährung eines Zeugnisverweigerungsrechts im Falle der Gefährdung der eigenen Interessen der Zeugin oder des Zeugen eher zurückhaltend; in den meisten Strafprozessordnungen wurde es nur gewährt, falls sich die Zeugin oder die Zeugin mit ihrer Aussage selbst der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzte. Bloss vermögensrechtliche Nachteile genügten zumeist nicht<sup>123</sup>. Der Vorentwurf präsentiert auch hier eine elastische, die Interessen der Zeugnispflichtigen wie auch der Strafverfolgung berücksichtigende Lösung.

In Abs. 1 wird zunächst wie in den meisten schweizerischen Strafprozessordnungen ein Zeugnisverweigerungsrecht gewährt, wenn sich die *betreffende Person mit ihrer Aussage selbst oder aber nahe Bezugspersonen strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde*. Bezüglich dieser Bezugspersonen bleibt allerdings Art. 176 Abs. 2 VE vorbehalten: Bei den dort erwähnten schweren Delikten im Familienkreis kann sich der Zeuge nicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen, weil er damit ein Familienmitglied etc. belasten würde. Selbstverständlich bleibt in diesen Fällen das Zeugnisverweigerungsrecht unangetastet, falls sich der Zeuge bei solchen Delikten irgendwie selbst belasten müsste.

In Abs. 2 ist vorgesehen, dass im Falle der *Gefährdung vermögenswerter Interessen* der Zeugin oder des Zeugen die jeweils zuständige Verfahrensleitung eine Entbindung vornehmen kann; Voraussetzung ist indessen, dass eine Interessenabwägung ergibt, dass diesen Vermögensinteressen gegenüber den Strafverfolgungsinteresse der Vorrang gebührt.

Abs. 3 ermöglicht der Verfahrensleitung, eine Zeugin oder einen Zeugen von der Aussagepflicht zu entbinden, wenn sie bzw. er sich mit einer Aussage einer *erheblichen Gefahr an Leib und Leben oder anderen schweren Nachteilen* aussetzen würde<sup>124</sup>. Es versteht sich von selbst, dass

<sup>119</sup> Soweit sie Beamte sind, fallen sie in der Regel unter Art. 177 VE, sonst allenfalls unter das Datenschutzgeheimnis.

<sup>120</sup> SR 952.0. Hierzu m.w.H. BGE 123 IV 166; 119 IV 175, 104 IV 130; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 28; Piquerez 2000 N 2163 ff.; Schmid 1997 N 645.

<sup>121</sup> SR 951.31. Vgl. hierzu Schmid 1997 N 645 Fn. 104.

<sup>122</sup> SR 954.1.

<sup>123</sup> Hierzu Hauser 1974 174 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 21 f. Anders etwa FR StPO 81 Bst. c (wenn „Zivilklage eines gewissen Umfangs“ befürchtet werden muss), dazu Piller/Pochon 1998 Art. 81.6.

<sup>124</sup> Teilweise verlangt in den Hearings, vgl. etwa S. 93; skeptisch Aus 29 mach 1 S. 101 unten.

dieses Zeugnisverweigerungsrecht nur in Ausnahmesituationen in Frage kommen kann, in denen die aussagepflichtigen Personen nicht auf andere Weise, vor allem nach den Schutzbestimmungen von Art. 160-162 VE geschützt werden können. Damit wird auch klargestellt, dass sich Personen, für die solche Schutzmassnahmen angeordnet werden, nicht auf dieses Zeugnisverweigerungsrecht berufen können.

Abs. 4 knüpft an die Regel von Art. 7 Abs. 2 OHG an, wonach *Opfer* Fragen, die ihre Intimsphäre berühren, verweigern können<sup>125</sup>. Allerdings wird dieses Aussageverweigerungsrecht in dem Sinne eingeschränkt, dass sich nur Opfer von Sexualdelikten auf diese Regelung berufen können<sup>126</sup>. Dieses gilt sodann neu auch für Fragen, bei denen kein Zusammenhang mit den zu untersuchenden Straftaten besteht, die m.a.W. vor allem das Vorleben betreffen. Hingegen wird davon abgesehen, hinsichtlich der Intimsphäre des Opfers wie auch des Vorleben ein allgemeines Beweisthemaverbot einzuführen, wie dies teilweise in der Literatur vorgeschlagen wurde<sup>127</sup>. Ein solches könnte die Verteidigungsrechte der Beschuldigten zu sehr eingrenzen.

#### *Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts (Art. 182 VE)*

Nach Art. 182 Abs. 1 VE gehört das Zeugnisverweigerungsrecht zu den *höchstpersönlichen Rechten* und kann von Personen, die bezüglich der Bedeutung des Zeugnisses und dessen Verweigerung im konkreten Falle urteilsfähig sind, beansprucht werden<sup>128</sup>. Dies gilt für Kinder und Jugendliche nunmehr bereits auf Grund von nArt. 11 Abs. 2 BV.

Abs. 2 überträgt bei *Urteilsunfähigen* die Befugnis, das Zeugnisverweigerungsrecht auszuüben oder aber darauf zu verzichten, der gesetzlichen Vertretung. Abs. 3 übernimmt die bereits bestehende Regel, dass ein *Beistand* zu bestellen ist, wenn die gesetzliche Vertreterin oder der gesetzliche Vertreter selbst Beschuldigte sind oder andere Interessenkollisionen bestehen.

In vielen Prozessgesetzen war bisher nicht klar geregelt, *inwieweit ein einmal erklärter Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht für die späteren Verfahrensstadium verbindlich ist* und ob – falls sich die Zeugin oder der Zeuge auch später noch auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen können – die früher gemachten Aussagen beweismässig verwertbar bleiben<sup>129</sup>. Abs. 4 stellt klar, dass Zeuginnen oder Zeugen im Verlauf des Verfahrens jederzeit auf ihre den einmal den Strafbehörden eröffnete Entscheidung, das Zeugnis zu verweigern oder aber auszusagen, zurückkommen können.

Was die *Verwertbarkeit früherer Aussagen betrifft*, so differenziert Abs. 5:

- Hatte die Zeugin oder der Zeuge in Kenntnis des Bestehens des Zeugnisverweigerungsrechts ausgesagt, also wurde z.B. die Ehegattin des Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren auf ihr Aussageverweigerungsrecht aufmerksam gemacht, beruft sie sich aber erst bei ihrer Einvernahme vor dem erstinstanzlichen Gericht darauf und verweigert alsdann

<sup>125</sup> Hierzu Gomm/Stein/Zehntner 1995 Art. 7 N 8 ff.; Aeschlimann 1997 N 872; Maurer 1999 203; Oberholzer 1994 274 f.; Piquerez 2000 N 1381 ff., 2106; Schmid 1997 N 635a; Weishaupt 1998 185 ff.

<sup>126</sup> So auch teilweise postuliert in der Literatur, vgl. etwa m.w.H. Weishaupt 1998 194.

<sup>127</sup> Vgl. zu dieser Thematik Weishaupt 1998 195 ff.

<sup>128</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden näher Hauser 1974 146 ff.; Aeschlimann 1997 N 865; Piquerez 2000 N 2172 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 29; Schmid 1997 N 647.

<sup>129</sup> Zu dieser Thematik Hauser 1974 148 ff., 249 ff.; Aeschlimann 1997 N 863 f.; Clerc 1975 N 152 No. 3 a.E.; Maurer 1999 195 ff.; Oberholzer 1994 274; Padrutt 1996 Art. 90 N 4.3.; Piquerez 2000 N 2174; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 30, 31 f.; Schmid 1997 N 648.

die Aussage, so können die Aussagen vor der Staatsanwaltschaft als Beweis verwertet werden.

- Wusste die Zeugin oder der Zeuge hingegen bei den früheren Einvernahmen noch nichts von ihrem bzw. seinem Zeugnisverweigerungsrecht (z.B. wurde ihr/ihm erst später bewusst, dass er sich mit seiner Aussage selbst einer Strafverfolgung aussetzen könnte) oder entstand dieses erst später (z.B. heiratete die Zeugin zwischen der Einvernahme vor der Staatsanwaltschaft und jener des erstinstanzlichen Gerichts den Beschuldigten), sind die früheren Aussagen nicht verwertbar<sup>130</sup>.

#### *Unberechtigte Zeugnisverweigerung (Art. 183 VE)*

Wie viele schweizerische Strafprozessordnungen<sup>131</sup> will der Vorentwurf ein Instrumentarium zur *Erzwingung der Zeugenpflicht* bestimmen. Es stellt sich allerdings die Frage, welche Mittel dafür vorgesehen werden sollen. Der Vorentwurf beschränkt sich darauf, renitente Zeugen mit *Ordnungsbusse* zu bestrafen (näher Abs. 1). Bei andauernder Weigerung soll die Strafbehörde die Möglichkeit haben, diese Zeugen *gemäss Art. 292 StGB dem Strafrichter zu überweisen* (Abs. 2). Nicht vorgeschlagen wird die *Beugehaft*, die in verschiedenen geltenden Strafprozessordnungen erscheint, aber eher selten eingesetzt wurde. Dieses Zwangsmittel hat seine ohnehin geringe Attraktivität weitgehend verloren, nachdem das Bundesgericht verlangt hat, dass mindestens eine längere Beugehaft in einem öffentlichen Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK angeordnet werden müsse<sup>132</sup>, was z.B. in einem staatsanwaltschaftlichen Vorverfahren kaum durchführbar ist<sup>133</sup>.

### **243.3 Zeugeneinvernahme (3. Abschnitt, Art. 184-185 VE)**

#### *Vorgehen (Art. 184 VE)*

Art. 184 regelt Zeugeneinvernahmen durch alle Strafbehörden. Diese mehr formellen Vorschriften bedürfen nur weniger Erläuterungen.

Nach Abs. 3 muss die *Verfahrensleitung die Zeugin oder den Zeugen auf allfällige Zeugnisverweigerungsrechte aufmerksam machen*. Ein solcher Hinweis hat zu erfolgen, wenn sich aus der ersten Befragung nach Abs. 2 sowie den vorhandenen Akten das Vorhandensein eines Verweigerungsgrundes ergibt. Ohne entsprechende Anhaltspunkte muss kein Hinweis erfolgen. Bei späteren neuen Einvernahmen muss darauf nur hingewiesen werden, wenn für die Strafbehörde Gründe zur Annahme vorliegen, dass sich bei der Zeugin oder beim Zeugen die Sachlage geändert hat und nunmehr ein Zeugnisverweigerungsgrund gegeben sein könnte.

Abs. 4 regelt die *Folgen unterbliebener Orientierung* über die Wahrheitspflicht nach Abs. 1 sowie ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht nach Abs. 3.

<sup>130</sup> Vgl. Schmid in Donatsch/Schmid 2000 § 241 N 4.

<sup>131</sup> Vgl. mit weiteren Hinweisen Hauser 1974 89 ff.; Aeschlimann 1997 N 899 ff.; Maurer 1999 210 f.; Oberholzer 1994 266 f.; Piquerez 2000 N 2088 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 62 N 7; Schmid 1997 N 650.

<sup>132</sup> BGE 117 Ia 491; Kritik bei Kolly 1992 27 ff. Zum ähnlich begründeten Verzicht auf die Beugehaft im Kanton Bern siehe Maurer 1999 211.

<sup>133</sup> Vgl. Schmid 1997 N 650.

### *Entschädigung (Art. 185 VE)*

Diese Bestimmung übernimmt die im schweizerischen Strafprozessrecht übliche Entschädigungsregel. Zeuginnen und Zeugen sollen demnach für ihren Erwerbsausfall wie auch ihre Umtriebe wie Reisespesen angemessen entschädigt werden (Abs. 1). Wie alle Detailfragen aus dem Bereich der Kosten und Entschädigungen sollen die Ansätze in der Verordnung des Bundesrats geregelt werden (Abs. 2).

## **244           Auskunftspersonen (4. Kapitel; Art. 186-189 VE)**

Die Auskunftsperson ist eine Beweisfigur, die in den letzten Jahrzehnten zunehmend Eingang in die schweizerischen Strafprozessordnungen gefunden hat und heute in den meisten Gesetzen vorgesehen ist<sup>134</sup>. Unter diesem Titel werden Personen einvernommen, die *weder als Zeugen einvernommen werden können noch als Beschuldigte in Frage kommen*<sup>135</sup>. Die Expertenkommission sprach sich für die Aufnahme dieser Beweisfigur in die eidgenössische Strafprozessordnung aus<sup>136</sup>, ein Anliegen, das in den Hearings unbestritten blieb<sup>137</sup>. Weil als Auskunftspersonen vor allem Personen in Frage kommen, die nicht als Zeuginnen oder Zeugen befragt werden können, dürfen Auskunftspersonen grundsätzlich nur von jenen *Strafbehörden einvernommen werden, die auch Zeuginnen oder Zeugen befragen können, also von Staatsanwaltschaft und Gerichten* (nachfolgend Art. 186 VE). Dieser Grundsatz muss allerdings eingeschränkt werden. Da die *Polizei* keine Zeugen einvernehmen kann und Einvernahmen der Auskunftspersonen eigentlich Staatsanwaltschaft und Gerichten vorbehalten bleiben sollten, ist vorgeschlagen worden, für die Einvernahme von nicht eindeutig Beschuldigten durch die Polizei eine besondere, weitere Beweisfigur zu schaffen<sup>138</sup>. Wenn auch dogmatische Gründe für eine entsprechende besondere Beweisperson sprechen, möchte dieser Vorentwurf aus Gründen der Vereinfachung davon absehen. Vielmehr wird in Art. 187 VE vorgeschlagen, auch der Polizei die Befugnis zur Einvernahme von Auskunftspersonen zuzugestehen.

<sup>134</sup> Vgl. etwa ZH StPO 149a ff.; BE StrV 46, 125; LU StPO 91 Abs. 3, 96 Abs. 2; UR StPO 81 ff.; SZ StPO 47 Abs. 3; OW StPO 50; NW StPO 89; GL StPO 83; FR StPO 88 ff.; SO StPO 69 f.; BS StPO 51; BL StPO 51; SH StPO 123 f.; AI StPO 41 f.; AR StPO 70 ff.; SG StPO 95 f.; GR StPO 87 Abs. 2; AG StPO 105 Abs. 1, 107 Abs. 1, 189 Abs. 2; TG StPO 97, VS StPO 83<sup>bis</sup>; NE StPO 153a; GE StPO 45 Abs. 3; JU StPO 165; vgl. auch BStP 101 bis; MStP 84.

<sup>135</sup> Aeschlimann 1997 N 621 f.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Kommentierung zu Art. 70 ff.; Clerc 1975 N 151 No. 3; Hauser/Schweri 1999 N 63 N 1; Maurer 1999 215 f.; Oberholzer 1994 281 f.; Piller/Pochon 1998 Kommentierung von Art. 88 ff.; Piquerez 2000 N 2054 ff.; Schmid 1994 87 ff.; ders. 1997 N 464 f., 659a; Susanne Vogel 1999 1 ff.

<sup>136</sup> Aus 29 mach 1 S. 103.

<sup>137</sup> Vgl. etwa Hearings S. 54, 105.

<sup>138</sup> So z.B. als *Aussageperson* oder *Informant(in)*, vgl. Rehberg/Hohl 1992 57; Susanne Vogel 1999 7 f.; zur Thematik ferner Schmid 1994 113 ff.

## 244.1 Begriff (1. Abschnitt, Art. 186-187 VE)

### *Auskunftspersonen bei Einvernahmen durch Staatsanwaltschaft und Gerichte (Art. 186 VE)*

Art. 186 Abs. 1 Bst. a-f VE listet die Personen auf, die von Staatsanwaltschaft und Gerichte als Auskunftspersonen einzuvernehmen sind. Im Kern entspricht die Aufzählung den bereits in den schweizerischen Strafprozessordnungen bekannten Fällen. Abs. 1 wird deshalb nur punktuell näher erläutert:

- Wie bereits im Zusammenhang mit Art. 173 VE dargelegt, wird die *Privatklägerschaft* nicht als Zeugin, sondern als Auskunftsperson einvernommen (Bst. a).
- Nach Bst. b werden Personen als Auskunftsperson einvernommen, denen *wegen eingeschränkter Urteilsfähigkeit* nicht die volle Verantwortung einer Zeugeneinvernahme auferlegt werden kann. Es sind dies einerseits Personen, bei denen aus psychischen Gründen eine eingeschränkte Urteilsfähigkeit zu vermuten ist. Andererseits sollen in jedem Falle *Kinder bis zum zurückgelegten 15. Altersjahr als Auskunftspersonen* befragt werden. Der Vorentwurf schlägt somit im Einklang mit den Experten<sup>139</sup> eine feste Altersgrenze für die Zeugeneigenschaft vor. Kinder unter dieser Altersgrenze sind ungeachtet ihrer geistigen Reife nicht als Zeugen, sondern als Auskunftspersonen zu befragen<sup>140</sup>.
- Als Auskunftsperson wird nach Bst. c einvernommen, wer als *Täter oder Teilnehmer der verfolgten oder damit zusammenhängen Tat* nicht ausgeschlossen werden kann, ohne dass bereits von einem dringenden Tatverdacht gesprochen werden könnte und die betreffende Person damit als Beschuldigte zu qualifizieren wäre. Vorab zu Beginn eines Verfahrens kann bei unbekannter Täterschaft eine Mehrzahl von Personen als Täter in Frage kommen; hier soll niemand gezwungen werden, sich selbst zu belasten<sup>141</sup>.
- Auskunftspersonen nach Bst. d sind weiter *Mittäter des gleichen Delikts oder Täter konnexer Straftaten* (z.B. *Hehler, Geldwäscher*), die in separaten Verfahren verfolgt werden. In solchen Konstellationen können diese Personen nicht als Beschuldigte einvernommen werden, da ihnen diese Eigenschaft im Verfahren, in dem sie befragt werden, nicht zukommt<sup>142</sup>. Als Auskunftsperson werden jedoch auch jene Beschuldigte einvernommen, die in ihren Verfahren über *Straftaten ihrer Mitbeschuldigten aussagen sollen, an denen sie selbst nicht beteiligt waren*, etwa, wenn in einem Verfahren gegen eine Diebesbande ein Mitglied derselben über einen bestimmten Einbruchdiebstahl aussagen soll, an dem er nicht teilgenommen hatte.
- Bst. e sieht die Einvernahme als Auskunftsperson vor, wenn die *betreffende Person von den Beschuldigten ausdrücklich der falschen Anzeige nach Art. 303 oder des falschen Zeugnisses nach Art. 307 StGB bezichtigt wurde*. Bei solchen Gegenanzeigen muss das Verfahren gegen die Beschuldigten ohne eine solche Möglichkeit der Einvernahme als Auskunftsperson im Prinzip sistiert werden, da der beschuldigte Zeuge zunächst Beschuldigter ist und bis zum Abschluss dieses Verfahrens nicht als Zeuge befragt werden kann. Die unerwünschte

<sup>139</sup> Aus 29 mach 1 S. 103. In den Hearings wurde diese Auffassung überwiegend geteilt, vgl. etwa Hearings 54, 142.

<sup>140</sup> Zur Problematik der Zeugnisfähigkeit von Kindern eingehend Hauser 1974 66 ff.; Aeschlimann 1997 N 853; Maurer 1999 194; Oberholzer 1994 283; Piquerez 2000 N 2065; Hauser/Schweri 1999 § 63 N 6; Schmid 1997 N 631; Susanne Vogel 1999 121 ff.

<sup>141</sup> Siehe Aeschlimann 1997 N 620 ff.; Piquerez 2000 N 2062 f.; Schmid 1994 94; ders. 1997 N 659e.

<sup>142</sup> Hierzu Aeschlimann 1997 N 621 f.; Maurer 1999 216 f.; Piquerez 2000 N 2064; Schmid 1994 96 f., ders. 1997 N 659f.



Verfahrensverzögerung kann vermieden werden, indem man eine Befragung als Auskunftsperson zulässt<sup>143</sup>.

Nicht als Auskunftspersonen einzuvernehmen sind andererseits *befangene Personen wie nahe Verwandte*, wie dies in verschiedenen Prozessgesetzen vorgesehen ist und teilweise auch in der Literatur postuliert wird<sup>144</sup>. Namentlich Verwandten kommt in aller Regel ein Zeugnisverweigerungsrecht zu; wollen sie aussagen, besteht kein Grund, dieses Aussagerecht weiter einzuschränken. Es versteht sich von selbst, dass der Wahrheitsgehalt von Aussagen durch Personen, die den Beschuldigten nahe stehen, beschränkt sein kann; dieser Befangenheit Rechnung zu tragen, ist indessen Aufgabe der richterlichen Beweiswürdigung.

Die vorgesehene *Schaffung einer Strafhaftung des Unternehmens* in nArt.102 StGB lässt es als angezeigt erscheinen, die einzuvernehmenden Organe oder Angestellten als Auskunftspersonen und nicht als Zeugen zu befragen, zumal sie ja nach nArt. 102 Abs. 1<sup>bis</sup> (in der Fassung des Ständerates) StGB wie auch mit Blick auf den allgemeinen Vorrang der Strafbarkeit der handelnden natürlichen Personen<sup>145</sup> Gefahr laufen, selbst noch neben dem Unternehmen bestraft zu werden<sup>146</sup>.

Abs. 2 erfasst Fälle von Abs. 1 Bst. d-f, in denen das Strafverfahren gegen die Auskunftsperson nachträglich eingestellt wurde oder ein Freispruch erfolgte. Bisher wurde überwiegend angenommen, dass nach dieser Einstellung oder dem Freispruch die betreffende Person als Zeugin oder Zeuge einzuvernehmen sei<sup>147</sup>. Meistens mögen gegen ein solches Vorgehen keine Bedenken vorhanden sein. Problematisch ist dieses Vorgehen jedoch, wenn ein Restverdacht bleibt und der frühere Beschuldigte, wenn er als Zeuge wahrheitspflichtig würde, allenfalls Gefahr liefe, dass der Fall gegen ihn nach Art. 356 VE wieder aufgenommen würde. Fragwürdig ist eine Zeugeneinvernahme sodann, wenn das Verfahren gegen den Mitbeschuldigten allein aus prozessualen Gründen (z.B. bei einem Familiengenossendiebstahl wegen Rückzugs des Strafantrags) eingestellt wird. Der Entscheid, ob die frühere Auskunftsperson nach Einstellung bzw. Freispruch als Zeugin oder Zeuge oder aber weiterhin als Auskunftsperson zu befragen ist, wird deshalb der jeweils zuständigen Verfahrensleitung überlassen.

#### *Auskunftspersonen bei polizeilichen Einvernahmen (Art. 187 VE)*

Wie einleitend vermerkt, wird auch die Polizei ermächtigt, Auskunftspersonen einzuvernehmen. Gemäss Abs. 1 sind dies zunächst Personen, denen im *Verfahren an sich die Stellung von Zeuginnen oder Zeugen zukommen*. Da diesen Personen vor der Polizei jedoch nicht Zeuginnen oder Zeugen sein können und die Aussagepflichten nach Art. 172 und 188 Abs. 1 VE nicht gelten, besteht für solche Auskunftspersonen vor der Polizei kein Aussagezwang. In jenen Kantonen und allenfalls im Bund, die künftig die Befugnis, Zeuginnen oder Zeugen einzuvernehmen, in Anwendung von Art. 151 Abs. 3 Satz 2 VE auch der Polizei zugestehen, wird natürlich ein Aussagezwang bestehen. Von der Polizei vorgeladene Personen (Art. 219 VE)

<sup>143</sup> Hierzu Rehberg/Hohl 1992 55; Schmid 1994 98, ders. 1997 N 659g; Susanne Vogel 1999 63.

<sup>144</sup> So von Hauser/Schweri 1999 § 63 N 7 f. mit Hinweisen auf die Kantone mit diesem Lösungsansatz; vgl. auch Piquerez 2000 N 2066.

<sup>145</sup> Vgl. Botschaft AT StGB 165.

<sup>146</sup> Zu diesen und andern prozessualen Problemen des Unternehmensstrafrechts (allerdings aus deutscher Sicht) Schlüter 2000 82 ff.

<sup>147</sup> Schmid 1994 110; dazu und zum Folgenden näher Susanne Vogel 1999 59 ff.

müssen in jedem Fall erscheinen. Wollen sie vor der Polizei aussagen, so sind sie auf allfällige Zeugnisverweigerungsrechte aufmerksam zu machen.

Ist ersichtlich, dass einer Person die *Eigenschaft einer Auskunftsperson nach Art. 186 VE zukommt*, so ist sie von der Polizei entsprechend den Vorschriften dieses Abschnittes zu behandeln und einzuvernehmen (Abs. 2). Auch hier besteht in dessen keine Aussagepflicht, da eine solche nach Art. 188 Abs. 2 VE nur für Aussagen vor Staatsanwaltschaft und Gerichten besteht.

## **244.2 Stellung und Einvernahme der Auskunftspersonen (2. Abschnitt, Art. 188-189 VE)**

### *Stellung (Art. 188 VE)*

Die Auskunftsperson wird gelegentlich als eine zwischen den Zeuginnen und Zeugen sowie den Beschuldigten stehende Zwischenfigur oder gar als Zwitter bezeichnet<sup>148</sup>. Es fällt zudem auf, dass die Strafprozessordnungen sie durch Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen den Zeuginnen und Zeugen<sup>149</sup> oder aber den Beschuldigten<sup>150</sup> zurechnen. Der Vorentwurf präsentiert zur Stellung der Auskunftsperson und damit deren Rechte und Pflichten *flexible Lösungen*:

Auskunftspersonen sind heute *üblicherweise nicht zur Aussage verpflichtet*<sup>151</sup>. Art. 188 VE übernimmt diese Regel nur beschränkt: Nach Abs. 1 sind Auskunftspersonen nach Art. 186 Abs. 1 Bst. a und b VE aussagepflichtig, die übrigen Kategorien indessen nicht. Allerdings ist diese Pflicht zur Aussage vor der Staatsanwaltschaft und den Gerichten beschränkt, wobei nach dem allgemeinen Verweis von Art. 21 VE auch Übertretungsstrafbehörden darunter fallen. Vernimmt die Polizei nach Art. 187 VE Auskunftspersonen, sind sie nicht zur Aussage verpflichtet. Ausgangspunkt für diese Regelung ist, dass die in Art. 186 Abs. 1 Bst. a und b VE erscheinenden Personen eindeutig der Stellung von Zeuginnen und Zeugen und nicht jener der Beschuldigten angenähert sind (Abs. 2). Es gibt keinen Grund, diesen Auskunftspersonen ein Aussageverweigerungsrecht zuzugestehen. Dies gilt vorab für die hier mit Blick auf die praktische Bedeutung wohl im Vordergrund stehende Privatklägerschaft nach Bst. a. Deren Einvernahme ist vergleichbar mit der Beweisaussage oder Parteibefragung im Zivilprozess, bei der üblicherweise ebenfalls kein Aussageverweigerungsrecht vorgesehen ist<sup>152</sup>. Beigefügt sei, dass diese Einschränkung auch für polizeiliche Einvernahmen gilt, falls die Kantone und allenfalls der Bund in Anwendung von Art. 151 Abs. 3 VE der Polizei die Befugnis erteilt, Zeuginnen und Zeugen einzuvernehmen.

Der Vorentwurf sieht davon ab, die Stellung der Auskunftsperson und das Vorgehen bei der Einvernahme einlässlich zu regeln. Er verweist in Abs. 2 Bst. a auf die *Vorschriften über die Zeuginnen und Zeugen*, die bei den Auskunftspersonen nach Art. 186 Abs. 1 Bst. a und b VE sowie jene über die *Beschuldigten*, die bei allen übrigen Auskunftspersonen anwendbar sind.

<sup>148</sup> Siehe Schmid 1994 89; Susanne Vogel 1999 23 ff.

<sup>149</sup> So ZH StPO 149b Abs. 3; BE StrV 125 Abs. 2; GL StPO 83; FR StPO 89 Abs. 3; BS StPO 51 Abs. 2; AR StPO 71 Abs. 4; AI StPO 42 Abs. 3; SH StPO 124 Abs. 3; SG StPO 96 Abs. 2; NE StPO 153a Abs. 4.

<sup>150</sup> So UR StPO 82 Abs. 5; OW StPO 44 Abs. 1; NW StPO 89; SO StPO 69 Abs. 2; AG StPO 105 Abs. 2; TG StPO 97 Abs. 3; JU StPO 165 Abs. 3.

<sup>151</sup> Statt vieler Hauser/Schweri 1999 § 63 N 2; Susanne Vogel 1999 33, 77 f.

<sup>152</sup> Siehe Frank/Sträuli/Messmer 1997 § 149 N 1 ff., § 150 N 1 ff.; Vogel 1999 § 48 N 167 ff.

Diese Unterscheidung hat nicht nur die in Abs. 1 erwähnten Auswirkungen hinsichtlich der Aussagepflichten. Unterschiede werden sich etwa auch bei den *Zwangsmassnahmen* ergeben, indem solche gegen Auskunftspersonen nach Abs. 2 Bst. b abgesehen von freiheitsentziehenden Massnahmen im Prinzip ohne weiteres zulässig sind. Bei den Auskunftspersonen nach Abs. 2 Bst. a hingegen sind die Schranken zu berücksichtigen, die bei aussageverweigerungsberechtigten Zeugen gelten. Dies gilt etwa für Beschlagnahmungen nach Art. 274 Abs. 2 VE.

Zwar sind mindestens die Auskunftspersonen nach Art. 186 Abs. 2 Bst. a und b VE aussagepflichtig. Der Vorentwurf möchte indessen in Abs. 3 aus Gründen der Verhältnismässigkeit davon absehen, Auskunftspersonen, die dieser Pflicht nicht nachkommen, den Zwangsmitteln von Art. 183 VE zu unterwerfen. Diese Regelung schliesst hingegen nicht aus, dass Auskunftspersonen, die einer Vorladung keine Folge leisten, nach Art. 220 VE vorgeführt werden können.

#### *Einvernahme der Auskunftspersonen (Art. 189 VE)*

Art. 189 VE stellt einige wenige Regeln auf, die bei der Einvernahme von Auskunftspersonen zu beachten sind. Der Pflicht der Strafverfolgungsbehörden nach Abs. 1, *die Auskunftspersonen auf ihre Rechte und Pflichten aufmerksam zu machen*, ist dabei nach Art. 188 Abs. 2 VE je nach dem, ob sinngemäss die Vorschriften über Zeuginnen oder Zeugen oder aber die Beschuldigten zu beachten sind, nachzukommen.

Die *Ermahnung zur Wahrheit und der Hinweis auf die möglichen strafrechtlichen Folgen falscher Aussagen* nach Abs. 2 sollen die Bedeutung und den Ernst dieser Beweisabnahme unterstreichen sowie den Wahrheitsgehalt der Aussagen stützen helfen. Es versteht sich von selbst, dass unter den möglichen Straffolgen nur jene der Falschen Anschuldigung nach Art. 303, der Irreführung der Rechtspflege nach Art. 304 und allenfalls der Begünstigung nach Art. 305, nicht aber der falschen Beweisaussage der Partei nach Art. 306 oder des falschen Zeugnisses nach Art. 307 StGB in Frage kommen.

## **245 Sachverständige (5. Kapitel; Art. 190-199 VE)**

Die vorgeschlagenen Regeln über Sachverständige (gleichbedeutende Begriffe: Experten, Gutachter) entsprechen den üblichen Vorschriften im schweizerischen Strafprozess<sup>153</sup>. Die nachfolgenden Erläuterungen sind demgemäss kurz und beschränken sich auf einige Hinweise zu Regelungen, die Anlass zu Diskussion geben könnten.

<sup>153</sup> Vgl. zusammenfassend und m.w.H. auf die Details der Regelungen in Bund und Kantone Aeschlimann 1997 N 916 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Kommentierung von Art. 86 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet Kommentierung von Art. 233 ff.; Clerc 1975 N 153 f.; Maurer 1999 219 ff.; Oberholzer 1994 286 ff.; Padrutt 1996 Art. 92 N 1 ff.; Piller/Pochon 1998 Kommentierung von Art. 91 ff.; Piquerez 2000 N 2200 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 64 N 1 ff.; Schmid 1997 N 660 ff.

## 245.1 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 190-191 VE)

### *Voraussetzungen für die Anordnung des Gutachtens (Art. 190 VE)*

Der Beizug eines Sachverständigen ist für *Staatsanwaltschaft und Gericht zwingend*, wenn sie nicht über die besonderen Kenntnisse und Fähigkeit verfügen, um den im betreffenden Straffall zu beurteilenden Sachverhalt festzustellen und zu beurteilen (Abs. 1). Ausnahmsweise kann in einfachen Sachverhalten auch die *Polizei* Sachverständige beiziehen (Abs. 2); dies ist etwa bei der Bewertung von aufgefundenem Diebesgut durch Fachleute (z.B. Juweliere) denkbar.

### *Person der Sachverständigen (Art. 191 VE)*

Gemäss Art. 191 Abs. 1 VE kommt *jede natürliche Person mit besonderen Kenntnissen auf dem fraglichen Gebiet* als Sachverständige in Frage. Irgendwelche Diplome oder eine besondere gerichtliche Zulassung zu diesem Amt ist nicht erforderlich. *Juristische Personen* können nicht als Sachverständige eingesetzt werden; allenfalls sind deren Organe als solche zu bezeichnen. Abs. 2 trägt den in verschiedenen Kantonen bekannten Regelungen Rechnung, dass für bestimmte Gebiete *dauernd bestellte Gutachter* vorhanden sind, so z.B. die Bezirksärzte in Fällen medizinischer Begutachtungen, bei aussergewöhnlichen Todesfällen usw. Bund und Kantone können auch weiterhin solche festbestellten Sachverständigen ernennen.

## 245.2 Bestellung der Sachverständigen; Ausarbeitung des Gutachtens (2. Abschnitt, Art. 192-195 VE)

### *Ernennung (Art. 192 VE)*

Art. 192 VE regelt die *Ernennung der Sachverständigen und die Umschreibung des Gutachtensauftrag*. Diesen Schritten soll nach Möglichkeit eine *Meinungsausserung der Parteien* vorausgehen. Ist z.B. die Person des Gutachters und die Fragestellung an diesen vorgegeben (z.B. bei einer DNA-Analyse der Chef des Rechtsmedizinischen Institut der Universität), ist eine solche Rückfrage entbehrlich (Abs. 1 und 2). Abs. 3 entspricht der in diesem Vorentwurf zu findenden Grundtendenz, die Strafantragsteller sowie Privatklägerschaft nicht zuletzt hinsichtlich der Kostentragung vermehrt in die Pflicht zu nehmen: Wird ein Gutachten vor allem im Interesse der Zivilklage angeordnet oder verlangt, kann die Privatklägerschaft zur Leistung eines Kostenvorschusses angehalten werden.

### *Auftrag (Art. 193 VE)*

Art. 193 VE nennt *Einzelheiten der Auftragserteilung*. Für viele Kantone dürfte Abs. 3 neu sein, der den Strafbehörden die Möglichkeit gibt, Gutachtensaufträge im Interesse der Strafsache jederzeit zu widerrufen oder aber einen neuen Experten einzusetzen, eine Regelung, die dem Auftragsrecht des Obligationenrechts vorgeht. Bei pflichtvergessenen Sachverständigen bleibt Art. 199 VE vorbehalten.

### *Ausarbeitung des Gutachtens (Art. 194 VE)*

Aufgabe des Sachverständigen ist es, anhand der von den Strafbehörden vorgelegten Akten und Beweisen den relevanten Sachverhalt persönlich und in eigener Verantwortung zu begutachten

(soweit Abs. 1). Daraus folgt, dass der *Sachverständige selbst keine Untersuchungshandlungen vornehmen darf*<sup>154</sup>, indessen von der Strafbehörde zu solchen (Einvernahmen, Augenscheinen etc.) beigezogen werden kann. Sind die Akten unvollständig, muss der Sachverständige der zuständigen Strafbehörde Antrag auf Ergänzung stellen (Abs. 2). Insbesondere bei der Ausarbeitung psychiatrischer Gutachten erweist es sich gelegentlich als notwendig, dass der Experte Informationen bei Bezugspersonen der Explorandin oder des Exploranden einholt, also z.B. bei Familienmitgliedern. Solche einfachen Abklärungen – die freilich nicht ganz unproblematisch sind<sup>155</sup> – soll der Sachverständige selbst vornehmen können (Abs. 4 und 5).

#### *Stationäre Begutachtung (Art. 195 VE)*

Art. 195 VE regelt die stationäre Begutachtung von *Beschuldigten*. Eine solche Klinikeinweisung ist bei bisher in Freiheit befindlichen Personen nur zulässig, wenn dies für die Erstattung des Gutachtens erforderlich ist, m.a.W. eine ambulante Begutachtung nicht in Frage kommt (Abs. 1). Nicht Beschuldigte (Geschädigte, vor allem Opfer) können gegen ihren Willen nicht zur stationären Begutachtung eingewiesen werden, so insbesondere nicht Zeuginnen oder Zeugen im Zusammenhang mit der Begutachtung ihrer Urteilsfähigkeit (vgl. Art. 174 Abs. 2 VE).

Eine *Einweisung von bisher in Freiheit befindlichen Personen* ist in analoger Anwendung der Vorschriften, die die Anordnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft regeln, vorzunehmen. Will vor allem die Staatsanwaltschaft während des Vorverfahrens eine solche stationäre Begutachtung anordnen, hat sie dem Zwangsmassnahmengericht einen entsprechenden Antrag zu stellen (näher Abs. 2-5).

### **245.3 Erstatte des Gutachtens (3. Abschnitt, Art. 196-199 VE)**

Die Vorschriften von Art. 196-199 VE regeln die *Aufgaben des Sachverständigen* bei der Erstattung des Gutachtens und die *Rechte der Parteien* auf Kenntnis- und Stellungnahme (Art. 196 und 197 VE), die Entschädigungsfrage (Art. 198 VE) sowie mögliche Sanktionen bei Pflichtversäumnissen (Art. 199 VE). Sie entsprechen im Grossen und Ganzen dem gegenwärtigen Rechtszustand und bedürfen keiner weiteren Erläuterungen.

### **246 Sachliche Beweismittel (6. Kapitel; Art. 200-206 VE)**

Bei den Sachbeweisen tragen Vorgänge in der Aussenwelt oder Gegenstände wegen ihrer sinnlichen Erkennbarkeit zur richterlichen Urteilsbildung bei<sup>156</sup>. Es handelt es sich um den *Augenscheinsbeweis in weiterem Sinne*, wobei darunter auch Vorgänge fallen, die – etwa beim

<sup>154</sup> Bisher in einzelnen Kantonen zulässig, vgl. etwa BE StrV 132 Abs. 3; FR StPO 94 Abs. 3; AR StPO 89 Abs. 4; SG StPO 102; TG StPO 101 Abs. 3. Dazu Piquerez 2000 N 2228 f.

<sup>155</sup> Vor allem wenn sie unter genauer Angabe der auskunftgebenden Person im Gutachten erscheinen, wobei ja üblicherweise diese Personen nicht auf ein *Aussageverweigerungsrecht* aufmerksam gemacht werden, obwohl an sich eine solche Pflicht besteht, vgl. Hauser/Schweri 1999 § 64 N 15; Schmid 1997 N 668. Problematisch sind sodann die *Teilnahmerechte*, vgl. hierzu (allerdings mit Blick auf Art. 397e des Zivilgesetzbuchs) Pr 83 (1994) Nr. 192.

<sup>156</sup> Aeschlimann 1997 N 910 ff., 1047 ff.; Clerc 1975 N 156; Maurer 1999 217 f.; Oberholzer 1994 284 f., 295 ff.; Piquerez 2000 N 2242 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 65 N 1 ff.; Schmid 1997 N 674 ff.

Anhören eines Tonbandes – nicht mit den Augen, sondern mit den Ohren wahrzunehmen sind. Es sind dies zunächst Sachen, die als *Beweisgegenstände* (auch *Beweissachen* genannt) zu den Akten genommen werden, wie dies bei Tatwaffen, Urkunden usw. der Fall ist. Dieser Bereich wird in Art. 201 und 202 VE summarisch geregelt, wobei davon abgesehen wird, den Urkundenbeweis wie in einzelnen geltenden Prozessgesetzen gesondert zu normieren. Ein Bedürfnis dazu besteht nicht<sup>157</sup>. Beim *Augenscheinsbeweis in engerem Sinne* (auch *Lokalaugenschein* genannt) werden die beweisrelevanten Sachen wegen ihrer Beschaffenheit nicht als solche zu den Akten erhoben, sondern ausserhalb der Amtsräume an Ort und Stelle ihrer Lage besichtigt; dies ist etwa bei einem Tat- oder Unfallort gegeben. Dieser Beweis wird in Art. 203-205 VE summarisch geregelt.

#### **246.1 Beweisgegenstände (1. Abschnitt, Art. 200-201 VE)**

*Begriff (Art. 200 VE); Erhebung und Einsichtnahme (Art. 201 VE)*

Unter Beweisgegenständen versteht man wie vorstehend bereits angetönt in einem allgemeinen Sinne *alle jene Sachen, die auf Grund ihrer sinnlichen Erkennbarkeit urteilsrelevante Aufschlüsse zu vermitteln vermögen*<sup>158</sup>. Was die *Urkunden* betrifft, so ist nicht vom materiell-strafrechtlichen Urkundenbegriff nach Art. 110 Ziff. 5 StGB/nArt. 110 Abs. 4 StGB, sondern vom prozessrechtlichen Begriff auszugehen, der jedes Schriftstück mit einem entsprechenden Informationsgehalt erfasst<sup>159</sup>. Andere Aufzeichnungen umfassen *Tonband- oder Videoaufnahmen ebenso wie Röntgenbilder, elektronische Datenaufzeichnungen* u.ä., die ebenfalls als Beweisgegenstand in Frage kommen.

#### **246.2 Augenscheine (2. Abschnitt, Art. 202-204 VE)**

*Begriff (Art. 202 VE); Durchführung (Art. 203 VE)*

Der Augenschein im vorstehend erläuterten engeren Sinne ist wie andere Beweismittel im Vorverfahren *parteiöffentlich*, im Verfahren vor erster Instanz oder dem Berufungsgericht *im Rahmen der Hauptverhandlung* zu erheben. Zur Entlastung von Staatsanwaltschaft und Gerichten sieht Art. 203 Abs. 3 VE vor, dass in einfachen Fällen die Durchführung an die Polizei delegiert werden kann, z.B. die Feststellung der Details einer Örtlichkeit (wie die Breite der Strasse bei einem Unfall; Beleuchtungsverhältnisse am Tatort usw.). Es handelt sich hier um Informationen, die üblicherweise bereits im Rapport über die ersten Ermittlungen der Polizei enthalten sind. Abs. 4 und 5 stellen klar, dass Ortsberechtigte (selbstverständlich auch Personen, die nicht Parteien sind) den Strafverfolgungsbehörden Zutritt zu den Lokalitäten zu geben haben, dass aber das Hausrecht insofern zu beachten ist, als innerhalb von entsprechend geschützten Örtlichkeiten die Vorschriften von Art. 260-261 VE über die Hausdurchsuchung zu beachten sind.

<sup>157</sup> Siehe Schmid 1997 N 681 zur zürcherischen Regelung.

<sup>158</sup> Statt Vieler Schmid 1997 N 674.

<sup>159</sup> Clerc 1975 N 158; Frank/Sträuli/Messmer 1997 vor § 183 ff. N 1 ff.; Habscheid 1990 N 680; Hauser/Schweri 1999 § 66 N 1; Piller/Pochon 1998 Art. 76.1 ff.; Piquerez 2000 N 2262; Schmid 1997 N 681; Vogel 1999 § 48 N 107 f.

*Verbindung mit anderen Verfahrenshandlungen (Art. 204 VE)*

Der Augenschein kann nach Art. 204 VE mit anderen Verfahrenshandlungen wie der Durchführung von Einvernahmen von Zeugen, der Befragung von Sachverständigen usw. kombiniert werden. Häufig werden Augenscheine auch mit der Rekonstruktion der Tat sowie Konfrontationen von Zeugen mit Beschuldigten verbunden. Daran haben auch Personen mit einem Aussageverweigerungsrecht, vor allem Beschuldigte mindestens passiv teilzunehmen. Wie in Art. 156 Abs. 4 VE sind solche Personen jedoch nicht gehalten, Aussagen zu machen.

**246.3 Beizug von Akten und Berichten (3. Abschnitt, Art. 205-206 VE)**

*Aktenbeizug (Art. 205 VE)*

Akten anderer staatlicher Stellen, seien diese Gerichte oder Verwaltungsbehörden, kommen bei der Abklärung von Straftaten oft eine erhebliche Bedeutung zu. Art. 205 VE macht es der *Staatsanwaltschaft und den Gerichten zur Pflicht*, diese Akten beizuziehen. Die ersuchte Behörde ihrerseits ist verpflichtet, ihre Akten zur Verfügung zu stellen (Art. 275 Abs. 5 und 6 VE). Die Akten, die auf diese Weise beigezogen wurden, dienen als Beweisgegenstände nach Art. 200 und 201 VE.

*Berichte (Art. 206 VE)*

Art. 206 VE steht im Zusammenhang mit Art. 155 VE. *Zeugenaussagen vor allem von Beamtinnen und Beamte oder Behördemitglieder* können durch schriftliche Berichte ersetzt werden. Entsprechendes gilt für die üblichen Arztzeugnisse über Körperverletzungen usw. Solche Berichte sind von den Strafbehörden (entgegen Art. 205 VE soweit tunlich bereits von der Polizei) zu den Akten zu nehmen.

## 25 Zwangsmassnahmen (Fünfter Titel)

Im Zentrum des Strafverfahrens steht die *Ermittlung der materiellen Wahrheit* (Art. 6 VE). Dafür werden die im vierten Titel normierten Beweise erhoben. Es besteht allerdings die Gefahr, dass die Erhebung dieser Beweise durch Einwirkungen beeinträchtigt wird. Vor allem die Beschuldigten könnten durch ihr Verhalten versuchen, die gegen sie sprechenden Beweise zu vernichten oder sich gar durch Flucht dem Verfahren zu entziehen. Den *Strafverfolgungsbehörden sind deshalb Zwangsmittel zur Verfügung zu stellen, um die Beweise, aber auch die Anwesenheit der Beschuldigten im Verfahren selbst zu sichern*<sup>1</sup>. Besonders wichtig sind jene Massnahmen, die der Sicherung der Beschuldigten dienen und in dessen verfassungsmässigen Freiheitsrechte eingreifen. Die Zwangsmassnahmen gegen Sachen nehmen hingegen einen vergleichsweise bescheidenen Raum ein.

### 251 Allgemeines (1. Kapitel, Art. 207-212 VE)

#### 251.1 Begriff und allgemeine Voraussetzungen (1. Abschnitt, Art. 207-208 VE)

*Begriff (Art. 207 VE)*

Art. 207 VE weist zunächst darauf hin, dass Zwangsmassnahmen *in die verfassungsmässig gewährleisteten Rechte der Betroffenen eingreifen*. Beim Freiheitsentzug ist dies das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 9 IPBPR). Zwangsmassnahmen können indessen auch andere verfassungsmässigen Rechte wie die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK; Art. 17 IPBPR), die Meinungsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK; Art. 19 IPBPR) oder die Medienfreiheit (Art. 17 BV) tangieren.

*Zwangsmassnahmen bezwecken* drei „klassische“ Ziele: Die Sicherung der Beweise, der Beschuldigten und der Urteilsvollstreckung.

*Voraussetzungen (Art. 208 VE)*

Zwangsmassnahmen, die wie in Art. 207 VE erwähnt, in die verfassungsmässigen Freiheitsrechte eingreifen, sind nach Art. 36 BV nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und im öffentlichen Interesse sowie unter Beachtung der Verhältnismässigkeit angeordnet werden<sup>2</sup>:

- Die Bestimmungen dieses Fünften Titels schaffen die *gesetzliche Grundlage* für die im Strafverfahren zulässigen Zwangsmassnahmen.
- Zwangsmassnahmen liegen im Regelfall im *öffentlichen Interesse*, da sie der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches dienen.
- Der *Verhältnismässigkeitsgrundsatz*<sup>3</sup> wird teilweise bereits in diesem Vorentwurf umgesetzt, so z.B. dadurch, dass Untersuchungshaft bei Übertretungen nicht zulässig ist

<sup>1</sup> Zum Erfordernis solcher Massnahmen trotz der diesen prima vista entgegenstehenden Unschuldsvermutung näher Aeschlimann 1997 N 936 ff., N 1065 ff.; Clerc 1975 N 159; Hauser/Schweri 1999 § 67 N 1 ff.; Maurer 1999 227 ff.; Oberholzer 1994 303; Piquerez 2000 N 2266 ff.; Schmid 1997 N 684 ff.

<sup>2</sup> Hierzu (zumeist noch zur alten BV) Haefelin/Haller 1998 N 1127 ff.; Aeschlimann 1997 N 1057 f.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 96 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 67 N 6 ff.; Maurer 1999 263; Oberholzer 1994 303; Piquerez 2000 N 2272 ff., 2275; Schmid 1997 N 686 ff.

<sup>3</sup> Die Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns wird nunmehr ebenfalls von Art. 5 Abs. 2 BV verlangt. - Auf die drei Elemente der Verhältnismässigkeit, nämlich der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der



(Art. 234 VE; vgl. auch Art. 229 Abs. 4 VE). Ein Strafprozessgesetz muss sich allerdings auf die eher allgemeine Regelung strafprozessualer Instrumente und insbesondere der hier zu behandelnden Zwangsmassnahmen beschränken. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit lässt sich denn auch über weite Strecken nicht detailliert regeln; er ist vielmehr von den Strafbehörden im Einzelfall umzusetzen.

Abs. 2 geht davon aus, dass *Zwangsmassnahmen* zwar *primär gegen Beschuldigte* in Frage kommen, aber auch gegen an der Straftat und damit am *Strafverfahren nicht direkt Beteiligte* möglich sind<sup>4</sup>. Dritte können vor allem bei Massnahmen wie Durchsuchungen, Beschlagnahmungen oder Hausdurchsuchungen mitbetroffen sein. In diesen Fällen sind die Strafbehörden verpflichtet, Zwangsmassnahmen besonders zurückhaltend einzusetzen.

## 251.2 Anordnung und Durchführung (2. Abschnitt, Art. 209-212 VE)

### *Zuständigkeit der Anordnung (Art. 209 VE)*

Art. 209 Abs. 1 VE weist die Kompetenz, Zwangsmassnahmen anzuordnen, der *Staatsanwaltschaft und den Gerichten*, in dringenden Fällen der *Verfahrensleitung der Gerichte*, zu. Diese Bestimmung ist als allgemeine Zuständigkeitsordnung zu verstehen, die bei einzelnen Zwangsmassnahmen punktuell Abweichungen erfährt<sup>5</sup>.

Abs. 2 beschränkt die Befugnisse der *Polizei, selbst solche Zwangsmassnahmen anzuordnen*, auf die gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fälle, wie etwa bei Vorladungen (Art. 219 VE), der vorläufigen Festnahme (Art. 229 VE) sowie Durchsuchungen oder Untersuchungen (Art. 255 Abs. 3 VE). Gleiches gilt für die *Übertretungsstrafbehörden*, die nur die in Art. 420 und 421 VE vorgesehenen Zwangsmassnahmen anordnen können. Dies gilt auch für Gerichte, soweit diese nach Art. 35 Abs. 3 sowie Art. 425 VE Übertretungen behandeln.

Soweit das Gesetz in diesem Bereich der Polizei Befugnisse erteilt, sind für die Anordnung und Durchführung solcher Massnahmen im Prinzip sämtliche Polizeibeamtinnen und –beamte im Sinne von Art. 16 und 17 VE befugt. Abs. 3 nimmt Rücksicht auf bestehende Regelungen in einzelnen Kantonen<sup>6</sup> und ermöglicht diesen wie auch dem Bund, die *entsprechende Kompetenz bestimmten Beamtinnen oder Beamten vorzubehalten*, also z.B. solchen mit Offiziersrang oder den Dienst-, Orts- oder Bezirkschefs.

### *Form der Anordnung (Art. 210 VE)*

Art. 210 VE verlangt bei der *Anordnung von Zwangsmassnahmen* die Einhaltung gewisser Formen. Sie sind als Präzisierung der Protokollierungs- und Dokumentationspflicht (Art. 83 ff. VE) zu verstehen und vorbehältlich besonderer Vorschriften bei der Anordnung der einzelnen Zwangsmassnahmen<sup>7</sup> stets zu beachten.

### *Gewaltanwendung bei der Durchsetzung (Art. 211 VE)*

Art. 211 VE schafft die gesetzliche Grundlage für den *unter strenger Beachtung der Verhältnismässigkeit* erforderlichen Einsatz von Gewaltmitteln durch jene Strafbehörden, die

---

Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) wird hier nicht eingegangen, dazu näher statt Vieler Haefelin/Haller 1998 N 1141 ff.

<sup>4</sup> Siehe Hauser/Schweri 1999 § 67 N 2; Piquerez 2000 N 2564; Schmid 1997 N 685 ff.

<sup>5</sup> Vor allem in Art. 237 ff. VE bezüglich der Anordnung der Untersuchungshaft.

<sup>6</sup> Siehe z.B. ZH StPO 337; BE StrV 174 Abs. 1; FR StPO 106 Abs. 2; SH StPO 148 Abs. 1; VD StPO 168 Abs. 3; NE StPO 97a; GE StPO 111 Abs. 1 lit.d.

<sup>7</sup> Vgl. etwa die gerichtlichen Entscheide bei der Anordnung der Haft (Art. 237 ff. VE).

mit dem Vollzug von Zwangsmassnahmen betraut sind. Ein Übermass an Zwang ist verboten<sup>8</sup>. Art. 211 VE ist als Generalklausel formuliert, da es weder sinnvoll noch möglich, die einzelnen Gewaltmittel und ihren Einsatz im Einzelfall zu umreissen.

### *Rechtsmittel gegen Zwangsmassnahmen (Art. 212 VE)*

Zwar ergibt sich bereits aus den allgemeinen Bestimmungen über das *Rechtsmittel der Beschwerde* (siehe nachfolgend Art. 461-466 VE), dass gegen Anordnungen der Strafbehörden und damit auch gegen Zwangsmassnahmen im Regelfall die Beschwerde zulässig ist. Angesichts des einschneidenden Charakters von Zwangsmassnahmen und damit der Wichtigkeit der vorhandenen Rechtsbehelfe wird an dieser Stelle gesondert auf diese Rechtsmittelmöglichkeiten hingewiesen.

## **252 Vorladung, Vorführung und Fahndung (2. Kapitel; Art. 213-222 VE)**

### **252.1 Vorladung (1. Abschnitt, Art. 213-219 VE)**

In Art. 213-219 VE werden aus Gründen der Vereinfachung die obligatorische und fakultative Vorladung zusammen behandelt. Steht es einer Person gestützt auf entsprechende Verfahrensrechte offen, an *behördlichen Verfahrenshandlungen teilzunehmen, ohne dazu verpflichtet zu sein*, ergeht keine zwingende Vorladung nach Art. 213 VE. Dies ist etwa bei der Anwesenheit der Beschuldigten, der Verteidigung oder Vertretung sowie von Rechtsbeiständen bei Zeugeneinvernahmen und weiteren Beweisabnahmen (so etwa Art. 158 und 159 VE) der Fall.

### *Begriff (Art. 213 VE)*

Die *Vorladung*<sup>9</sup> von Parteien sowie weiteren Verfahrensbeteiligten wie Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen etc., wird bewusst unter den Zwangsmassnahmen eingereiht. Mindestens dann, wenn obligatorische Vorladungen ergehen, werden die betroffenen Personen unter einem gewissen Zwang, der Vorladung Folge zu leisten, zum Erscheinen aufgefordert<sup>10</sup>, weil ihnen angedroht wird, dass sie bei Nichterscheinen polizeilich vorgeführt werden können (Art. 218 Abs. 5 VE). Der obligatorische Charakter der Vorladung verlangt, dass sie nur anzuordnen ist, wenn die Anwesenheit der betreffenden Person notwendig ist. In den Vorladungen muss erwähnt werden, dass die Anwesenheit der Partei etc. persönlich erforderlich ist, das Erscheinen der Verteidigung etc. also nicht genügt.

### *Form und Inhalt (Art. 214 VE)*

Art. 214 VE stellt Grundregeln für den Inhalt von Vorladungen auf. Diese Vorschriften erscheinen zwar auf den ersten Blick als selbstverständlich, werden aber in der Praxis, wie ein Blick in die schweizerische Rechtswirklichkeit zeigt, doch nicht überall beachtet.

Zunächst haben Vorladungen unter dem Vorbehalt von Art. 216 VE *schriftlich* zu ergehen. Richtet sich die Vorladung an *Personen, an deren Wohnsitz eine andere Amtssprache gilt*, wird die Vorladung in Anwendung von Art. 73 VE übersetzt, wenn davon auszugehen ist,

<sup>8</sup> Statt Vieler Hauser/Schweri 1999 § 67 N 8.

<sup>9</sup> Hierzu allgemein Aeschlimann 1997 N 780, N 808 ff.; Clerc 1975 N 165; Hauser/Hauser 1976 615 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 44 N 10 f.; Maurer 1999 179 f.; Oberholzer 1994 303 f.; Piller/Pochon 1998 Art. 99.1 ff.; Piquerez 2000 N 1485 ff.; Schmid 1997 N 560 ff.

<sup>10</sup> Ähnlich Aus 29 mach 1 S. 108.

dass sie sonst die Vorladung nicht verstehen. Diese Regel entspricht im Wesentlichen jener von Art. 8 Ziff. 1 des Rechtshilfekonkordates.

- Bst. a soll sicherstellen, dass die vorgeladenen Personen nicht nur wissen, vor welche Strafbehörde sie zu erscheinen haben. Sie haben auch *Anspruch darauf, schon mit der Vorladung die Namen der handelnden Staatsanwältinnen, Staatsanwälte, Richterinnen, Richter etc. zu erfahren*. Dies ermöglicht den Parteien u.a., Ausstandsgründe rechtzeitig anzumelden. Tagt ein Gericht in seiner offiziellen, z.B. im Amts- oder Gerichtskalender publizierten Zusammensetzung, so kann auf entsprechende Hinweise in der Vorladung verzichtet werden. Muss die Zusammensetzung des Gerichts später geändert werden, ist dies den Parteien in geeigneter Form zu eröffnen, allenfalls auch erst bei Eröffnung der Hauptverhandlung (Art. 371 ff. VE).
- Bst. b verlangt, dass die *Eigenschaft, in der die Vorgeladenen zu erscheinen haben*, zu vermerken ist, damit sie genau wissen, ob sie nun als Beschuldigte oder aber als Zeuginnen, Zeugen oder Auskunftspersonen ins Verfahren involviert sind.
- Die vorgeladenen Personen sollen ebenfalls wissen, welches der *Grund der Vorladung* ist (Bst. c). Bei einer Zeugenvorladung ist also zu vermerken, wer die Beschuldigten sind und welche Delikte das Verfahren betrifft (also z.B. „Strafuntersuchung gegen X.Y. wegen gewerbsmässigen Betrugs“). Auf diesen Hinweis kann ausnahmsweise verzichtet werden, wenn so z.B. einer Kollusionsgefahr begegnet werden kann.
- Bst. d verlangt von den Behörden, dass sich aus der Vorladung klar ergibt, *ob es sich um eine obligatorische oder aber fakultative Vorladung handelt*.
- Je nach dem sind nach Bst. e die unterschiedlichen *Folgen eines Ausbleibens* zu vermerken. Es ist anzunehmen, dass Bund und Kantone wie schon bisher für Vorladungen geeignete Formulare entwickeln werden, die die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen wiedergeben.

#### *Vorladungsfrist (Art. 215 VE)*

Keine besonderen Bemerkungen sind zu Art. 215 VE, erforderlich. Abs. 1 übernimmt die in den meisten Kantonen bekannte *sogenannte Vorbereitungs- oder Deliberationsfrist*<sup>11</sup>. Die *Zustellung der Vorladungen* erfolgt im Übrigen nach den allgemeinen Vorschriften von Art. 98-101 VE.

#### *Abweichen von Form und Frist (Art. 216 VE)*

In *dringenden, z.B. in Haftfällen, konnte schon bisher in vielen Kantonen von den Frist- und Formvorschriften abgewichen werden*<sup>12</sup>. Es ist also ohne weiteres zulässig, z.B. bei der Beweiserhebung im Zusammenhang mit der Anordnung der Untersuchungshaft (Art. 235 Abs. 2 VE) einen Zeugen telefonisch aufzufordern, in einer Stunde bei der Staatsanwaltschaft zu erscheinen. Es ist auch möglich, in dringenden wie auch in nichtdringenden Fällen von den Form- oder Fristvorschriften abzusehen, wenn die vorzuladende Person damit einverstanden ist (Abs. 2).

Wer sich z.B. zufällig oder auf Grund einer freiwilligen Vorladung bereits *am Ort der Verfahrenshandlung befindet*, kann sofort und ohne Beachtung der Form- und Fristvor-

<sup>11</sup> Vgl. hierzu etwa BE StrV 94; LU StPO 40 Abs. 1; UR StPO 25; SZ GOG 111; OW StPO 58 Abs. 3; NW StPO 37 Abs. 3; FR StPO 99 Abs. 2; SO StPO 22; BS StPO 63; SH StPO 142 Abs. 3; AR StPO 36; TG StPO 39; JU StPO 55; Hauser/Schweri 1999 § 44 N 10.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. BE StrV 95; UR StPO 26; SZ GOG 111 2. Satz; NW StPO 37 Abs. 1; SO StPO 22, 23 Abs. 3; BS StPO 63 Abs. 2; SH StPO 142 Abs. 1; AR StPO 37; GR StPO 80 Abs. 1; AG StPO 49 Abs. 3; TG StPO 38 Abs. 1; TI StPO 117 Abs. 2; VD StPO 123; JU StPO 60.

schriften einvernommen werden. Hat also z.B. ein Beschuldigter freiwillig an einer Zeugeneinvernahme teilgenommen, so kann er anschliessend sofort als Beschuldigter einvernommen werden. Das gleiche gilt für *Personen, die sich in Haft* befinden (Abs. 3). Diese bereits in verschiedenen Kantonen bekannte Regelung<sup>13</sup> ist deshalb notwendig, weil sich solche Personen in der Vergangenheit gelegentlich weigerten, sich einer Einvernahme zu unterziehen, mit der Begründung, sie hätten Anspruch auf eine Vorladung in den üblichen Formen und Fristen.

#### *Freies Geleit (Art. 217 VE)*

In den gegenwärtigen Zeiten gesteigerter internationaler Mobilität ist es vermehrt notwendig, Personen aus dem Ausland zu Einvernahmen vorzuladen. Gelegentlich sind solche Personen nur zum Erscheinen vor einer schweizerischen Strafbehörde bereit, wenn ihnen *freies Geleit* zugesichert wird. Verschiedene Prozessordnungen gestatten deshalb solche Zusicherungen<sup>14</sup>. Zur Gewährung freien Geleits, die mit oder ohne einschränkende Bedingungen möglich ist, sind die Staatsanwaltschaften und Gerichte, nicht aber die Polizei zuständig (vgl. Abs. 1). Personen, denen freies Geleit gewährt wurde, können in der Schweiz grundsätzlich nicht verhaftet oder anderen vergleichbaren freiheitsbeschränkenden Massnahmen (z.B. Ersatzmassnahmen für Haft nach Art. 250 und 251 VE) ausgesetzt werden.

Abs. 2 enthält *Einschränkungen zum freien Geleit*, die zumeist bereits im geltenden Rechts zu finden sind. So entfällt der vorerwähnte Schutz des freien Geleits, wenn die betreffende Person vor oder nach der Zusicherung zu einer unbedingt zu vollziehenden freiheitsentziehenden Sanktion verurteilt wurde; es wäre stossend, den betreffenden Verurteilten alsdann unbehelligt zu lassen.

#### *Verhinderung und Säumnis (Art. 218 VE)*

Die Pflichten der Vorgeladenen bei Verhinderung und die Folgen des Ausbleibens entsprechen im Grossen und Ganzen den Regelungen in den geltenden schweizerischen Prozessgesetzen. Sie bedürfen deshalb nur weniger Erläuterungen.

Der Vorentwurf lässt die *polizeiliche Vorführung bei Missachtung von Vorladungen* nur zurückhaltend zu; nach Abs. 5 ist sie grundsätzlich erst nach unbeachteter zweiter Vorladung möglich. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen regeln sich bei Säumnis nach Art. 487 Abs. 6 VE.

#### *Polizeiliche Vorladungen (Art. 219 VE)*

Das *Recht, Personen wie Beschuldigte oder Auskunftspersonen zur Befragung und Einvernahme vorzuladen, soll auch der Polizei zugestanden werden*. Zwar ist grundsätzlich niemand verpflichtet, vor der Polizei Aussagen zu machen<sup>15</sup>. Allerdings ist erfahrungsgemäss ein Grossteil der Personen, die von der Polizei im Zusammenhang mit einem Ermittlungs-

<sup>13</sup> Siehe z.B. BE StrV 95 Abs. 4; FR StPO 100 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 100.1 ff.); JU StPO 60 Abs. 3. Ähnlich auch SH StPO 142 Abs. 2.

<sup>14</sup> Vgl. etwa BStP 61, BE StrV 198; LU StPO 71; OW StPO 74b; ZG StPO 64 Abs. 2; FR StPO 121; SO StPO 142; BL StPO 83; GR StPO 80 Abs. 4; AG StPO 84; TG StPO 116 Abs. 2; VS StPO 83; NE StPO 128; vgl. auch Art. 73 IRSG. Aeschlimann 1997 N 1196 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 21 N 16, § 91 N 10; Maurer 1999 303; Oberholzer 1994 357; Piller/Pochon 1998 Art. 121.1 ff. Einführung ebenfalls von den Experten verlangt in Aus 29 mach 1 S. 114.

<sup>15</sup> Die Beschuldigten sind nie zur Aussage verpflichtet (Art. 122 Abs. 2 und 3, 167 Abs. 1 Bst. b VE), während Zeugen, die an sich aussagepflichtig sind (Art. 172 Abs. 2 VE), von der Polizei nicht befragt werden können; Auskunftspersonen müssen vor der Polizei in keinem Falle aussagen (Art. 188 Abs. 1 VE und Erläuterungen vorne in Ziff. 244.2).

verfahren tangiert werden, zur Aussage bereit. Weil Personen unter den in Art. 321 ff. VE zu findenden Voraussetzungen gehalten sind, sich für eine Identitätsfeststellung sowie zu einer erkennungsdienstlichen Erfassung den Strafbehörden und auch der Polizei zur Verfügung zu stellen, muss sie die Polizei vorladen können.

Bei Missachtung der polizeilichen Vorladung ist unter den in Abs. 2 erwähnten Einschränkungen ebenfalls eine *Vorführung* zuzulassen, die indessen von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht, bei dem der Fall zur Zeit anhängig ist, anzuordnen ist.

## 252.2 Vorführung (2. Abschnitt, Art. 220-221 VE)

### *Voraussetzungen (Art. 220 VE)*

Art. 220 VE regelt in Abs. 1 zunächst die verschiedenen Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft oder Gerichte eine Person vorführen lassen können; die Möglichkeiten, im polizeilichen Ermittlungsverfahren eine Vorführung zu verfügen, sind auf jene nach Art. 219 Abs. 2 VE beschränkt<sup>16</sup>.

- Nach Bst. a erfolgt eine Vorführung, wenn eine vorgeladene Person zwei Vorladungen, ausnahmsweise bereits eine erste Vorladung missachtet hat.
- Bst. b räumt den vorführungsberechtigten Strafbehörden die Möglichkeit ein, auf eine Vorladung zu verzichten und die betreffende Person sofort vorführen zu lassen, wenn auf Grund der Sachlage anzunehmen ist, dass die Vorladung ohnehin unbeachtet bleiben würde. Von dieser Möglichkeit ist indessen nur sehr zurückhaltend Gebrauch zu machen; Anlass dazu besteht etwa, wenn die betreffende Person vorgängig erklärte, sie werde einer Vorladung nicht nachkommen oder wenn sie in diesem oder früheren Verfahren Vorladungen regelmässig missachtete.
- Bst. c betrifft Fälle, in denen Beschuldigte, ausnahmsweise aber auch Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen etc. zur Vermeidung einer Kollusion überraschend einvernommen werden sollen. Davon ist ebenfalls zurückhaltend Gebrauch zu machen.
- Bst. d lässt die Vorführung von Beschuldigten bei dringendem Tatverdacht und zu vermutenden Haftgründen zu und wird häufig als Vorstufe zur Einleitung eines Verfahrens auf Anordnung der Untersuchungshaft nach Art. 233 ff. VE in Frage kommen<sup>17</sup>. Dies betrifft vorab Fälle, in denen nicht eine polizeiliche Festnahme erfolgte, sondern der dringende Tatverdacht und die vermuteten Haftgründe z.B. auf einer bei der Staatsanwaltschaft direkt eingegangenen Strafanzeige basieren.

Abs. 2 ermöglicht den *Übertretungsstrafbehörden*, Zeuginnen, Zeugen oder Auskunftspersonen vorführen zu lassen, allerdings nur, falls deren Aussagen für die Entscheidung des Falles unentbehrlich sind. Beschuldigte sind hingegen nicht vorzuführen, da ihr Ausbleiben als Einspracherückzug gilt (Art. 424 Abs. 2 VE).

<sup>16</sup> Zur Vorführung allgemein Aeschlimann 1997 N 815 ff.; Clerc 1975 N 166; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 18 f.; Maurer 1999 180 ff.; Oberholzer 1994 304; Piquerez 2000 N 1488; Schmid 1997 N 706 ff.

<sup>17</sup> So etwa in ZH StPO 49 Abs. 1 Ziff. 2; BE StrV 98 Ziff. 1; LU StPO 42 Ziff. 1; UR StPO 27 Abs. 1 Ziff. 1; FR StPO 102 Abs. 1 Bst.c; SH StPO 144 Abs. 2 Satz 2; AR StPO 38 Abs. 1 Ziff. 1; AI StPO 51 Abs. 1; SG StPO 112 Abs. 1 Bst.c; TI StPO 117 Abs. 1; GE StPO 32; JU StPO 62 Abs. 1 Ziff. 1; ähnlich auch VS StPO 22; vgl. dazu Aeschlimann 1997 N 817; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 18 f.; Schmid 1997 N 704 ff. In dieser Richtung auch Aus 29 mach 1 S. 108 f.

### *Behördliches Vorgehen bei der Vorführung (Art. 221 VE)*

Art. 221 VE regelt einige wesentliche Einzelheiten, die beim Vollzug von Vorführungsbefehlen zu beachten sind. Diese Regelungen entsprechen den in vielen schweizerischen Prozessgesetzen geltenden Vorschriften<sup>18</sup>.

### **252.3 Fahndung (3. Abschnitt, Art. 222 VE)**

#### *Voraussetzungen und Durchführung (Art. 222 VE)*

Ist der Aufenthaltsort von Personen, deren Anwesenheit im Verfahren erforderlich ist, nicht bekannt, so kann nach ihnen im Rahmen von sogenannten *Gestellungs- oder Fahndungsmassnahmen* gefahndet werden<sup>19</sup>. Art. 222 VE stellt hiezuhediglich einige Grundsätze auf; die Einzelheiten, vor allem die Regelung und Durchführung der verschiedenen Fahndungsmassnahmen, ist eine Angelegenheit des Polizei- bzw. Verwaltungsrechts. Die entsprechenden Vorschriften finden sich teilweise in Art. 351<sup>bis</sup> ff. StGB und teilweise im IRSG.

Abs. 1 lässt, ohne in die Details zu gehen, *Fahndungsmassnahmen zu, die dazu dienen können, den Aufenthaltsort in Erfahrung zu bringen*. Im Regelfall wird sich die Fahndung auf das Ermitteln der Adresse der Gesuchten beschränken.

Abs. 2 gestattet darüber hinaus eine Ausschreibung zur Verhaftung und Zuführung. Eine solche Ausschreibung setzt voraus, dass neben dem *dringenden Tatverdacht Haftgründe*, also beispielsweise Fluchtgefahr zu vermuten sind.

### **253 Freiheitsentzug; Untersuchungs- und Sicherheitshaft (3. Kapitel; Art. 223-253 VE)**

In diesem Kapitel werden Zwangsmassnahmen geregelt, die für die davon betroffenen Personen einen Freiheitsentzug zur Folge haben. Wie bereits in neueren schweizerischen Strafprozessgesetzen<sup>20</sup>, werden diese Massnahmen je nach der Stufe des Strafverfahrens, in der sie angeordnet werden, in polizeiliche Anhaltung (Art. 226-228 VE), vorläufige Festnahme (Art. 229-232 VE), Untersuchungshaft (Art. 233-241 VE) und Sicherheitshaft (Art. 242-246 VE) unterteilt. Ergänzt werden diese Abschnitte durch allgemeine Vorschriften (Art. 223-225 VE), Vorschriften zum Haftvollzug (Art. 247-249 VE) und zu den Ersatzmassnahmen für Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 250-253 VE).

<sup>18</sup> Siehe etwa ZH StPO 50 ff.; BE StrV 99 f.; LU StPO 43 f.; UR StPO 27; OW StPO 59 Abs. 2; FR StPO 102 f.; SO StPO 26; BS StPO 66; BL StPO 73; SH StPO 144 Abs. 3, 153; AR StPO 38 Abs. 2-3; AI StPO 51 Abs. 2-3; SG StPO 112 Abs. 2-3; AG StPO 51 Abs. 4; VD StPO 124 f.; VS StPO 23, 26; NE StPO 78 f.; GE StPO 32, 36 f.; JU StPO 63 f.

<sup>19</sup> Hierzu allgemein Aeschlimann 1997 N 1230; Hauser/Schweri 1999 § 91 N 5 ff.; Oberholzer 1994 36 ff.; Schmid 1997 N 707.

<sup>20</sup> Siehe etwa Bern StrV 167 ff.; NW StPO 55 ff.; FR StPO 104 ff.; BS StPO 67 ff.; SH StPO 145 ff.; TG StPO 105 ff.

## 253.1 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 223-225 VE)

*Allgemeines (Art. 223 VE); Betreten von Räumlichkeiten (Art. 224 VE)*

Diese Bestimmungen enthalten einige Grundregeln, die bei der Anordnung aller freiheitsentziehenden Zwangsmassnahmen zu beachten sind. Wesentlich ist,

- dass Beschuldigte im Strafverfahren in der Regel auf freiem Fuss zu belassen sind (Art. 223 Abs. 1 VE), ein Freiheitsentzug somit die Ausnahme darstellt<sup>21</sup>;
- der Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Hervorzuheben ist insbesondere Art. 223 Abs. 2 VE, wonach solche Massnahmen sofort und von Amtes wegen aufzuheben sind, wenn die Voraussetzungen dafür weggefallen sind;
- die Regel nach Art. 223 Abs. 3 VE, wonach dieser Freiheitsentzug die zu erwartende Strafe nicht übersteigen darf<sup>22</sup>.

*Benachrichtigung (Art. 225 VE)*

Art. 31 Abs. 2 dritter Satz BV gewährt den *Inhaftierten das Recht, ihre nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen*. Der Anspruch besteht ab Freiheitsentzug, ist also auch von der Polizei im Rahmen der vorläufigen Festnahme zu beachten. Er wird in Art. 225 VE konkretisiert und erweitert. Allenfalls kann auch der Arbeitgeber und bei ausländischen Staatsangehörigen ihre diplomatische oder konsularische Vertretung orientiert werden (Abs. 1).

Abs. 2 sieht die erforderlichen *Einschränkungen der Orientierungspflicht* vor<sup>23</sup>.

Abs. 3 hingegen erweitert die Benachrichtigungspflicht. Geraten inhaftierte Personen durch den Freiheitsentzug in *Bedrängnis, so sind die zuständigen Sozialbehörden zu orientieren*. Eine solche Benachrichtigung drängt sich auf, wenn z.B. Kinder zu betreuen sind oder die verhaftete Person oder ihre Familie durch den Freiheitsentzug in finanzielle Schwierigkeiten gerät.

Vor allem mit Blick auf Delikte gegen Leib und Leben oder etwa Vergewaltigungsfälle drängt es sich auf, das *Opfer über die erfolgte Anordnung, aber auch die Aufhebung eines Freiheitsentzugs zu informieren*, damit es sich auf diese Tatsache einstellen kann (Abs. 4)<sup>24</sup>. Unerheblich ist, ob sich das Opfer als Privatklägerschaft (Art. 125 und 127 VE) konstituierte. Irrelevant ist ferner die Art des Freiheitsentzugs: Es kann sich um Untersuchungs- oder Sicherheitshaft, aber auch eine vorläufige Festnahme durch die Polizei handeln. Die Orientierung wird durch die Behörde vorgenommen, die die Haft anordnet (im Regelfall das Zwangsmassnahmengericht, Art. 238 VE) oder die Freilassung verfügt, also z.B. die Polizei (Art. 232 Abs. 1 VE), die Staatsanwaltschaft (Art. 235 Abs. 5 VE), das Zwangsmassnahmengericht (Art. 238 Abs. 5 VE) oder das Gericht (Art. 245 Abs. 6 VE).

<sup>21</sup> So ausdrücklich Art. 9 Ziff. 3 Satz 2 IPBPR.

<sup>22</sup> Aeschlimann 1997 N 1167; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 36; Maurer 1999 288; Oberholzer 1994 314; Piquerez 2000 N 2392, 2434; Schmid 1997 N 714a.

<sup>23</sup> Siehe Aus 29 mach 1 S. 112. Ähnlich, aber enger (*Sofern es der Untersuchungszweck erlaubt...*) z.B. FR StPO 112, dazu Piller/Pochon 1998 Art. 112.1 ff.

<sup>24</sup> Teilweise sehen bereits jetzt die StPO solche Orientierungspflichten vor, vgl. etwa (noch weitergehend) ZH StPO 11 Abs. 4.

## 253.2 Polizeiliche Anhaltung; Nacheile; Razzia (2. Abschnitt, Art. 226-228 VE)

### *Polizeiliche Anhaltung (Art. 226 VE)*

Bei der polizeilichen Anhaltung (gelegentlich auch *Identitäts-, Passantenkontrolle oder Sistierung* genannt<sup>25</sup>) spricht die Polizei in Ausübung ihrer allgemeinen, alltäglichen Ermittlungsbefugnisse Personen vorab an öffentlich zugänglichen Orten an. Dabei wird die betreffende Person um Auskunft über ihre Identität und über eine Straftat befragt, mit deren Abklärung die handelnden Polizeibeamtinnen- oder -beamte betraut sind. Es kann sich etwa um harmlosere Vorfälle wie die Abklärung von Verkehrsübertretungen handeln, die die Polizei in Verbindung mit der angehaltenen Person festzustellen glaubt. Darunter fällt ebenfalls das Anhalten von Fahrzeuglenkern im Rahmen von Verkehrskontrollen oder aber der Fall, dass z.B. nach einem gemeldeten Einbruchdiebstahl Passanten in der Umgebung des Tatorts betroffen werden. Es versteht sich von selbst, dass bei einer solchen Anhaltung diese Personen für einen kürzeren oder längeren Zeitraum zum Bleiben veranlasst werden und damit ihre Bewegungsfreiheit eingeschränkt ist. Auch wenn diese Personen diese Anhaltung nicht ohne weiteres als Freiheitsentzug betrachten, erscheint es als angebracht, dafür eine *gesetzliche Grundlage* zu schaffen, wie dies verschiedene neuere schweizerische Prozessgesetze getan haben<sup>26</sup>.

Abs. 1 nennt die *Voraussetzungen* (Interesse an der Aufklärung einer Straftat, also auch einer Übertretung) der Anhaltung und die bereits vorstehend genannten *Befugnisse* der Polizei, die Identität der angehaltenen Personen festzustellen, sie über die Straftat zu befragen und festzustellen, ob sie mit der betreffenden Straftat in Zusammenhang zu bringen sind.

Unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes können die angehaltenen Personen nach Abs. 2 *auf den Polizeiposten gebracht werden*. Dies dürfte sich vor allem dann rechtfertigen, wenn sich die betreffende Person nicht ausreichend ausweisen kann oder will und/oder gewisse Verdachtsmomente weitere Überprüfungen als notwendig erscheinen lassen<sup>27</sup>. Es liegt auf der Hand, dass bei *einem Vorgehen nach Abs. 2 die Grenzen zur vorläufigen Festnahme nach Art. 229-232 VE u.U. fliessend sind*. Eine vorläufige Festnahme setzt nach Art. 229 Abs. 1 und 2 VE einen konkreten Tatverdacht voraus; im Unterschied dazu geht es bei der Anhaltung und der Mitnahme auf den Polizeiposten nach Art. 226 Abs. 2 VE primär darum, Personen zu überprüfen, deren Verhältnis zu einer begangenen Straftat der Klärung bedarf. Die angehaltene und auf den Polizeiposten verbrachte Person ist deshalb nach dieser Klärung sofort freizulassen, es sei denn, dass sich die Verdachtsgründe in einer Weise verstärken, dass nunmehr eine vorläufige Festnahme anzuordnen ist.

Abs. 3 schafft für die Anhaltung und die damit verbundenen Eingriffe in Freiheitsrechte eine klare gesetzliche Grundlage. Die Angehaltenen sind zunächst *verpflichtet, ihre Personalien anzugeben*. Dies gilt auch für aussageverweigerungsberechtigte Personen wie Beschuldigte, die sich zwar hinsichtlich der gegen sie erhobenen Beschuldigungen nicht zu äussern brauchen, hingegen ihre Personalien anzugeben haben<sup>28</sup> und zu diesem Zweck falls notwendig

<sup>25</sup> Statt Vieler Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 101 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 23. Diese Sistierung ist nicht zu verwechseln mit jener nach Art. 345 VE.

<sup>26</sup> Siehe etwa BE StrV 171 ff.; UR StPO 110 (Passantenkontrolle); OW StPO 74a (Personenkontrolle); SH StPO 147; AR StPO 101 AI StPO 79 Abs. 2 Bst.c; VS StPO 41bis.; NE StPO 97a; GE StPO 106a Abs. 3; Zur Thematik Aeschlimann 1997 N 1072 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 23; Maurer 1999 265 ff.; Oberholzer 1994 36 ff.; Piquerez 2000 N 2284 ff.; Schmid 1997 N 710a. Vgl. auch Aus 29 mach 1 S. 109 und Voten in den Hearings, die für die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage eintraten, vgl. etwa Hearings 163.

<sup>27</sup> Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 101 N 4 unter Hinweis auf BGE 109 Ia 146.

<sup>28</sup> Zu dieser Grenze des Aussageverweigerungsrechts Schmid 1997 N 617; vgl. aber Oberholzer 1994 130.



Situation sofort zu entlassen ist, wenn die Ermittlungen keinen konkreten Tatverdacht ergaben.

Der freiheitsentziehende Charakter behördlichen Handelns wird indessen vor allem bei der vorläufigen Festnahme – auch *Polizeihaft* genannt<sup>32</sup> - deutlich, bei der die betreffende Person unter einem konkreten Tatverdacht zumeist von der Polizei auf den Posten verbracht oder dort (etwa nach einer Anhaltung) zurückbehalten wird. Die festgenommene Person wird anschliessend einvernommen und dabei mit den gegen sie vorliegenden Verdachtsgründen konfrontiert, was ohne weiteres einige Stunden erfordern kann. Typisch für diese vorläufige Festnahme ist, dass sie im Regelfall<sup>33</sup> allein auf die Initiative der Polizei und in deren Verantwortungsbereich und damit *ohne Haftbefehl einer Justizbehörde* erfolgt. Vor allem liegt *keine richterliche Haftanordnung* vor, wie sie nach Art. 233 ff. VE für die eigentliche Untersuchungshaft erforderlich ist.

In einem *engeren Sinne* kann als vorläufige Festnahme jene Phase des Freiheitsentzugs betrachtet werden, in der vorab die Polizei in Anwendung von Art. 229-232 VE Personen festgenommen hat und sie nach Durchführung der ersten Ermittlungen entweder wieder freilässt oder der Staatsanwaltschaft überstellt. Da der Freiheitsentzug während des Haftverfahrens der Staatsanwaltschaft nicht besonders geregelt und bezeichnet ist, muss allerdings der Freiheitsentzug zwischen der Verhaftung in Form einer polizeilichen vorläufigen Festnahme oder einer mit einem entsprechenden Befehl der Staatsanwaltschaft bewirkten Vorführung und dem Haftentscheid des Zwangsmassnahmengerichts nach Art. 238 VE ebenfalls unter den Begriff der vorläufigen Festnahme fallen. Daraus ergibt sich der *Begriff der Festnahme im weiteren Sinne*<sup>34</sup>: Der Vorentwurf geht davon aus, dass die unter der Verantwortung von Polizei oder Staatsanwaltschaft erfolgten Festnahmen bis zum Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts als vorläufige Festnahmen gelten.

#### *Vorläufige Festnahme durch die Polizei (Art. 229 VE)*

Art. 229 Abs. 1 VE *verpflichtet die Polizei, Beschuldigte, die von ihr bei der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens auf frischer Tat, also in flagranti, oder unmittelbar nachher betroffen werden, vorläufig festzunehmen*. Festzunehmen sind sodann Personen, die gemäss Art. 222 VE zur Fahndung ausgeschrieben sind. Eine Festnahmepflicht in diesen Fällen ist bereits in vielen geltenden Strafprozessordnungen zu finden<sup>35</sup>. Die Festnahme bedeutet nicht, dass diese Beschuldigten hernach zwingend in Untersuchungshaft zu nehmen sind; sie führt lediglich dazu, dass anschliessend nach Art. 231 VE die Identität der Festgenommenen und ihre Rolle bei den fraglichen Straftatbeständen sowie allfällige Haftgründe geklärt werden können.

*Keine Festnahmepflicht, sondern nur die Befugnis zu dieser Massnahme* ist gegeben, wenn die Polizei den Tatverdacht nicht aus eigener Beobachtung, sondern aus ihrer

<sup>32</sup> So etwa in Aus 29 mach 1 S. 109.

<sup>33</sup> Anders ist es, wenn die Staatsanwaltschaft oder ein Gericht die Vorführung nach Art. 220 f. VE anordnet oder eine Privatfestnahme nach Art. 230 VE gegeben ist.

<sup>34</sup> In diese Richtung einzelne kantonale Prozessrechte, vgl. etwa BE StrV 174, 182; FR StPO 106 f.; BS StPO 68; vgl. dazu Aeschlimann 1997 N 1087; Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 53 N 13, 54 N 3; Schmid 1997 N 692.

<sup>35</sup> Siehe etwa ZH StPO 54 ff.; BE StrV 171 Abs. 2; LU StPO 52; UR StPO 111; GL StPO 34, 48 Ziff. 1; SZ StPO 29; OW StPO 73; NW StPO 56; ZG StPO 16; FR StPO 105; SO StPO 41; BS StPO 67 Abs. 1; BL StPO 74; SH StPO 146; AR StPO 102; AI StPO 52; SG StPO 114; GR StPO 72; AG StPO 72; TG StPO 110; TI StPO 99; VD StPO 56 ff.; 168; VS StPO 68; NE StPO 118; GE StPO 122 Abs. 1; JU StPO 87. Aeschlimann 1997 N 1072 ff.; 1077 f.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentar zu Art. 56 ff.; Clerc 1975 N 169; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 22; Maurer 1999 269 ff.; Oberholzer 1994 47 f.; 317 f.; Piller/Pochon 1998 Kommentar zu Art. 104 und 105; Piquerez 2000 N 2291 ff.; Schmid 1997 N 708.

auch auf den Polizeiposten verbracht werden können. Zudem kann die Polizei die angehaltene Person verpflichten, z.B. in den Kleidern *mitgeführte Sachen vorzulegen*, Behältnisse wie Taschen oder Koffer wie auch Fahrzeuge für eine Kontrolle hinsichtlich mitgeführter Ausweise, Gegenstände oder (bei Fahrzeugen) Personen zu öffnen. Art. 255 Abs. 4 VE verdeutlicht, dass die Polizei hier auch eigentliche *Durchsuchungen* vornehmen darf.

Die Polizei kann *Private* darum ersuchen, sei bei der Anhaltung von Personen zu unterstützen (Abs. 4). Entgegen einzelnen kantonalen Prozessgesetzen<sup>29</sup> sieht der Vorentwurf jedoch davon ab, die Privaten zu verpflichten, der Polizei beizustehen. Dem Privaten soll nicht zugemutet werden, sich gegen seinen Willen den allenfalls mit einer solchen Anhaltung verbundenen Gefahren auszusetzen. Beigefügt sei, dass Private, die die Polizei bei dieser oder anderen Zwangsmassnahmen unterstützen, nach Art. 504 VE Anspruch auf *Schadenersatz* haben.

#### *Nacheile (Art. 227 VE)*

Die Nacheile, d.h. das Recht der Polizei, bei der Verfolgung von Beschuldigten den eigenen örtlichen Zuständigkeitsbereich zu überschreiten und in den Hoheitsbereich anderer Polizeikorps einzudringen, ist zur Zeit in Art. 356 StGB geregelt. Diese Bestimmung ist in materiell soweit unveränderter Form in die künftige schweizerische Strafprozessordnung zu überführen. Abs. 2 ist gegenüber der geltenden Fassung von Art. 356 Abs. 2 StGB gekürzt; dass die festgenommene Person von der Behörde (im Regelfall die örtlich zuständige Polizei), der sie zugeführt wird, zu vernehmen ist und dass diese Behörde alsdann die weiteren Verfügungen trifft, ergibt sich bereits aus Art. 231 VE.

Beigefügt sei, dass Art. 57a SVG, der im Bereich des *Strassenverkehrs ein Überschreiten der Kantongrenzen durch die Polizei* erlaubt, vorbehalten bleibt; diese Bestimmung ist mit Art. 227 VE weitgehend kompatibel.

#### *Polizeiliche Razzia (Art. 228 VE)*

Unter *Razzia* wird eine *breit angelegte Identitätskontrolle* verstanden, bei der mit einem grösseren Polizeiaufgebot in Häusern, Restaurants etc., in denen deliktische Aktivitäten oder die Anwesenheit von verdächtigen Personen vermutet werden, eine Mehrzahl von Personen kontrolliert und falls erforderlich zur näheren Abklärung auf den Polizeiposten verbracht werden<sup>30</sup>. Vereinfacht gesprochen handelt es sich hier um eine auf die Kontrolle einer Mehrzahl von Personen gerichtete Anhaltung, die auch Elemente der Hausdurchsuchung (Art. 260 ff. VE) enthält. Es erscheint als angebracht, für diese Razzia fortan eine gesetzliche Grundlage<sup>31</sup> sicherzustellen.

### **253.3 Vorläufige Festnahme (3. Abschnitt, Art. 229-232 VE)**

Bereits die Anhaltung enthält nach Art. 226 VE Elemente eines Freiheitsentzugs. Dieser wird konkreter, wenn die betreffende Person nach Art. 226 Abs. 2 VE auf den Polizeiposten verbracht wird. Immerhin bleibt auch in diesem Fall der Freiheitsentzug zeitlich beschränkt, da die unter dem Titel Anhaltung auf den Posten verbrachte Person nach Klärung der

<sup>29</sup> Siehe etwa BE StrV 171 Abs. 4; UR StPO 109 Abs. 2; BL StPO 74 Abs. 2; SH StPO 146 Abs. 3; TG StPO 111 Abs. 2; VD StPO 125 (näher Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 125 N 1 ff.) ; VS StPO 25; JU StPO 87 Abs. 1.

<sup>30</sup> Hierzu Hauser/Schweri 1999 § 68 N 24; Schmid 1997 N 710a.

<sup>31</sup> Die bisher in den meisten Kantonen gefehlt haben dürfte, so für Zürich Schmid 1997 N 710a a.E.

Ermittlungstätigkeit ableitet oder ihn auf Mitteilungen zuverlässiger Informantinnen oder Informanten stützt (Abs. 2).

Eine vorläufige Festnahme kann auch auf einem *Vorführungsbefehl der Staatsanwaltschaft* nach Art. 220 und 221 VE beruhen. Ein Vorführungsbefehl führt grundsätzlich zur Vorführung der betreffenden Person vor die anordnende Behörde (Art. 221 Abs. 4 VE), häufig die Staatsanwaltschaft. Im Kanton Zürich entbrannt z.B. eine Diskussion darüber, ob die vorführende Polizei diese Personen von sich aus oder nur auf entsprechende Anordnung der Staatsanwaltschaft hin für eigene Ermittlungen zurückbehalten darf oder ob sie die betreffende Person ohne solche sofort der Staatsanwaltschaft zuzuführen hat<sup>36</sup>. Abs. 3 stellt nunmehr klar, dass die Staatsanwaltschaft anordnen kann, *dass vorläufig festgenommene Beschuldigte zunächst für die ersten Ermittlungen der Polizei zugewiesen werden*. Ohne eine solche Anordnung hat die unverzügliche Überstellung an die Staatsanwaltschaft zu erfolgen.

#### *Festnahme durch Privatpersonen (Art. 230 VE)*

Bereits heute räumen die meisten Prozessgesetze dem Privaten die Möglichkeit ein, einen in flagranti oder unmittelbar nachher gestellten Straftäter vorläufig festzunehmen, wenn – was die Regel bilden dürfte – diese Aufgabe nicht von der Polizei übernommen werden kann<sup>37</sup>. Diese Regelung soll auch in die schweizerische Strafprozessordnung Eingang finden (Abs. 1)<sup>38</sup>. Der Hausbesitzer, der den Einbrecher im Hause oder nach verübtem Diebstahl beim Verlassen der Liegenschaft stellt, kann diesen somit festnehmen.

Dem Privaten wird in Abs. 2 zur *Durchsetzung der Festnahme das Recht zur Gewaltanwendung* im Rahmen von Art. 221 VE zugestanden. Dies mag zwar auf den ersten Blick problematisch erscheinen. Das erwähnte Beispiel mit dem (möglicherweise bewaffneten) Einbrecher zeigt indessen, dass solche Festnahmen häufig ohne eine gewisse Gewaltanwendung (die selbstverständlich immer verhältnismässig sein muss) kaum möglich ist.

Private sind bei solchen Festnahmen gleichsam als verlängerter Arm der staatlichen Strafverfolgungsbehörden tätig. Der private Freiheitsentzug ist nur bis zu deren Eingreifen zulässig. *Privat festgenommene Personen sind somit sofort der Polizei zu übergeben* (Abs. 3).

#### *Vorgehen der Polizei nach vorläufiger Festnahme (Art. 231 VE)*

Art. 231 VE verpflichtet die Polizei, nach der vorläufigen Festnahme der Beschuldigten sofort deren *Identität festzustellen* und nach einer *Orientierung über ihre Rechte* (vgl. Art. 167 Abs. 1 VE) jene Ermittlungen zu tätigen, die dazu dienen, über den Tatverdacht sowie allfällige Haftgründe Entscheidungsgrundlagen zu liefern.

Der *Verteidigung* ist nach Art. 168 Abs. 2 Gelegenheit zu geben, bei den polizeilichen Einvernahmen anwesend zu sein; im Sinne des Anspruchs auf einen „Anwalt der ersten Stunde“ kann die Verteidigung nach jener Bestimmung im Rahmen der vorläufigen Festnahme auch frei mit ihren Mandantinnen und Mandanten verkehren. Zur Begründung und

<sup>36</sup> Siehe Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 52 N 13.

<sup>37</sup> Zu entsprechenden Regeln vgl. etwa ZH StPO 55; BE StrV 170; LU StPO 53; UR StPO 111; GL StPO 33, 51; SZ StPO 29b; OW StPO 74; NW StPO 55; ZG StPO 16 Abs. 1; FR StPO 104; SO StPO 40; BS StPO 67 Abs. 2; BL StPO 75; SH StPO 145; AR StPO 102; AI StPO 5 Abs. 1; SG StPO 115; GR StPO 72 Abs. 3; AG StPO 72; TG StPO 111; TI StPO 99; VD StPO 58; VS StPO 68; GE StPO 122 Abs. 1; JU StPO 87. Hierzu ferner Aeschlimann 1997 N 1067 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 58 N 1 ff.; Clerc 1975 N 169 a.E.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 21; Maurer 1999 265 ff.; Oberholzer 1994 317 f.; Schmid 1997 N 711.

<sup>38</sup> So auch nach Aus 29 mach 1 S. 109, wo die Massnahme Anhaltung durch Privatpersonen genannt wird.

näheren Regelung dieser Verteidigungsrechte sei auf die Ausführungen zu Art. 168 VE verwiesen<sup>39</sup>.

Die *Experten* regten an, den Bedürfnissen der Beschuldigten auf Beistand und Schutz während der Polizeihaft mit „geeigneten Aufsichts- oder Schutzmassnahmen“ entgegenzukommen und das Modell einer *Ombudsperson* zu prüfen<sup>40</sup>. Der Vorentwurf sieht davon ab, diese Vorschläge zu konkretisieren. Zum Einen ist es primär Aufgabe der Polizeigesetze, die Korrektheit des polizeilichen Vorgehens und entsprechende Aufsichts- und Disziplinar Mittel sicherzustellen. Was die Idee einer Ombudsperson betrifft, so ist zum Andern festzustellen, dass eine solche wohl kaum mittels einer Strafprozessordnung zu schaffen wäre; überdies wären eine solche Aufsichtsperson sowie ihre Aufgaben und Eingriffsmöglichkeiten zwischen den im Strafverfahren tätigen Personen wie den Strafbehörden (vor allem Polizei und Staatsanwaltschaft) sowie der Verteidigung schwierig zu positionieren. Zu beachten ist ferner, dass angesichts der Kürze der Polizeihaft ein effizientes Wirken einer solchen Person während dieser Haft und der dabei erfolgten Einvernahmen ohnehin schwierig zu bewerkstelligen wäre. Es ist kaum vorstellbar, wie in grossen Kantonen mit täglich zahlreichen vorläufigen Festnahmen ein effizienter Beistand durch eine solche Ombudsperson gewährleistet werden könnte.

#### *Beendigung der polizeilichen Abklärungen (Art. 232 VE)*

Nach Abschluss der Ermittlungen nach Art. 231 VE sind die *Festgenommenen entweder sofort zu entlassen oder – falls sich Tatverdacht und Haftgründe bestätigten – der Staatsanwaltschaft zuzuführen* (Abs. 1 und 2). Dafür steht nach Abs. 3 eine Frist von maximal 24 Stunden zur Verfügung; ging der eigentlichen vorläufigen Festnahme eine Anhaltung voraus, so ist auch der Freiheitsentzug während dieser Massnahme an diese 24 Stunden anzurechnen. Mit dieser Regelung wird vermieden, dass die ohnehin nicht immer leichte Abgrenzung von Anhaltung (vor allem in der Form des Verbringens auf den Polizeiposten, Art. 226 Abs. 2 VE) und vorläufiger Festnahme zu Unklarheiten bei der Fristberechnung führt und dass der Freiheitsentzug faktisch um Stunden verlängert werden könnte. Die 24-Stunden-Frist gilt nach Art. 56 Abs. 2 VE grundsätzlich *auch für den Fall, dass eine auswärtige Behörde eine Festnahme und Zuführung verlangte*.

### **253.4 Untersuchungshaft (4. Abschnitt, Art. 233-241 VE)**

#### *Begriff (Art. 233 VE)*

Unter Untersuchungshaft ist die *Haft zwischen der Anordnung durch das Zwangsmassnahmengericht und dem Eingang der Anklage beim erstinstanzlichen Gericht* zu verstehen. Sie ist die wichtigste und für die betroffenen Beschuldigten auch einschneidendste Form des Freiheitsentzugs<sup>41</sup>.

Die Untersuchungshaft wird während des Vorverfahrens angeordnet, das von der Staatsanwaltschaft verantwortlich geleitet wird. Sie dient einerseits der *Sicherung der Person* der Beschuldigten, die durch Freiheitsentzug daran gehindert werden sollen, sich *dem Verfahren sowie nach rechtskräftiger Verurteilung dem Strafvollzug zu entziehen*. Andererseits soll durch

<sup>39</sup> Zu dieser Frage mit Blick auf das staatsanwaltschaftliche Haftverfahren vgl. Art. 236 VE.

<sup>40</sup> Aus 29 mach 1 S. 110.

<sup>41</sup> Auf die vielschichtige Problematik der Untersuchungshaft wird an dieser Stelle nicht eingegangen, dazu mit weiteren Hinweisen Aeschlimann 1997 N 1059 f., 1097; Clerc 1975 N 167 f.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 1; Maurer 1999 263; Oberholzer 1994 306; Piquerez 2000 N 2302 ff.; Schmid 1997 N 694.

die Untersuchungshaft verhindert werden, dass die Beschuldigten in unlauterer Weise die *Ermittlung der materiellen Wahrheit beeinträchtigen*.

*Voraussetzungen (Art. 234 VE)*

Art. 234 VE legt die *Haftgründe*, also die Voraussetzungen fest, die erfüllt sein müssen, damit Untersuchungshaft angeordnet werden kann. Untersuchungshaft ist nur bei Verbrechen oder Vergehen zulässig. Freiheitsentzug bei Übertretungen ist nur in den Grenzen von Art. 421 VE möglich.

In Abs. 1 findet sich zunächst der *allgemeine*, immer erforderliche *Haftgrund des dringenden Tatverdachts*<sup>42</sup>. In den Bst. a-d sind die *speziellen Haftgründe* normiert, die kumulativ zum allgemeinen Haftgrund des dringenden Tatverdachts erfüllt sein müssen:

- In Bst. a und b sind dies die „klassischen“ *Haftgründe der Flucht- und Verdunkelungsgefahr*, die in allen schweizerischen Strafprozessordnungen zu finden sind und kaum Anlass zu Diskussionen geben dürften<sup>43</sup>.
- Bst. c lässt eine Inhaftierung im Falle der *Fortsetzungs- oder Wiederholungsgefahr* zu. Dieser Haftgrund hat zunehmend Eingang in das schweizerische Strafprozessrecht gefunden<sup>44</sup>. Da es sich hier im Prinzip nicht um einen eigentlich strafprozessualen Haftgrund, sondern eher um eine sichernde, polizeiliche Zwangsmassnahme handelt, sind gesetzliche Einschränkungen erforderlich. Nach dem Vorentwurf ist diese Haft nur zulässig, wenn die Beschuldigten schon früher mit schwereren Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdeten und auf Grund der Sachlage und der Persönlichkeit der Beschuldigten befürchtet werden muss, dass diese, wenn in Freiheit belassen, wieder solche, die Sicherheit Anderer schwer gefährdende Straftaten begehen könnten. Darunter würde beispielsweise der Täter fallen, der zwei Monate nach der Entlassung aus der Verbüsung einer Freiheitsstrafe wegen zwei Vergewaltigungen erneut eine Vergewaltigung begeht, ebenso der berufs- und stellenlose Täter, der drei Wochen nach der Entlassung aus der Untersuchungshaft wegen Dutzenden von Einbruchdiebstählen nach der Begehung von drei weiteren Einbrüchen erneut verhaftet wird. Diese Beispiele zeigen, dass es sich bei den schon begangenen und den befürchteten Delikten um solche gleicher Art handeln muss<sup>45</sup>. Die Beispiele weisen aber auch daraufhin, dass es verfehlt wäre, die Anzahl der Delikte, die bereits begangen wurden, näher zu umschreiben, wie dies in einzelnen Strafprozessordnungen der Fall

<sup>42</sup> Hierzu näher Aeschlimann 1997 N 1104 ff.; Clerc 1975 N 167 lit. a und b; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 9 f.; Maurer 1999 272 f.; Oberholzer 1994 306 f.; Piquerez 2000 N 2330 ff.; Schmid 1997 N 698. Die EMRK verlangt für eine Inhaftierung grundsätzlich nur diesen dringenden Tatverdacht, hierzu Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 58 N 26, 36; Haefliger/Schürmann 1999 105; Villiger 1999 N 346 f.

<sup>43</sup> Zu diesen Haftgründen näher Aeschlimann 1997 N 1108 f., 1110 f.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 59 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 12 f.; Maurer 1999 274 f.; Oberholzer 1994 307 ff., 309 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 110.1 ff.; Piquerez 2000 N 2334 ff., 2344 ff.; Schmid 1997 N 701 f. Diese Haftgründe halten auch ohne weiteres vor der EMRK stand, statt vieler Haefliger/Schürmann 1999 106 f.; sie wurden auch von den Experten postuliert, vgl. Aus 29 mach 1 S. 111.

<sup>44</sup> Vgl. etwa MStP 56 Bst.c; ZH StPO 58 Abs. 1 Ziff. 3; BE StrV 176 Abs. 2 Ziff. 3; LU StPO 80 Abs. 2 Ziff. 4; UR StPO 107 Abs. 1 Ziff. 3 1. Teil; SZ StPO 26 Abs. 1 Bst.c; OW StPO 61 Abs. 2; NW StPO 57 Abs. 2 Ziff. 3; FR StPO 110 Abs. 1 Bst.c; SO StPO 42 Abs. 2 Bst.d; BS StPO 69 Bst.c; BL StPO 77 Abs. 1 Bst.c; SH StPO 149 Abs. 2 Bst.c und 150; AR StPO 98 Abs. 1 Ziff. 3 1. Teil; AI StPO 55 Abs. 1 Bst.c; SG StPO 113 Abs. 1 Bst.c; GR StPO 83 Abs. 2 Bst.c; AG StPO 67 Abs. 2; TG StPO 106 Abs. 1 Ziff. 3; TI StPO 95 Abs. 2; VS StPO 65 Bst.c; NE StPO 117 Abs. 1; GE StPO 34 Bst.b; JU StPO 129 Abs. 2. Allgemein und zur Problematik dieses Haftgrundes Aeschlimann 1997 N 1112 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 14 f.; Maurer 1999 275; Oberholzer 1994 311 f.; Piquerez 2000 N 2356 ff.; Schmid 1997 N 701b.

<sup>45</sup> „solche Straftaten“.

ist<sup>46</sup>. Bei schwersten Verbrechen wie solchen gegen Leib und Leben oder die sexuelle Selbstbestimmung genügen allenfalls zwei solcher Delikte. Es wird jedenfalls Aufgabe der Praxis sein, diesen Haftgrund mit der erforderlichen Zurückhaltung anzuwenden<sup>47</sup>.

Bst. d lässt eine Inhaftierung zu, wenn Gefahr besteht, dass die betreffenden Beschuldigten ein angedrohtes Verbrechen ausführen werden<sup>48</sup>. Es handelt sich auch hier um einen Haftgrund, der nicht primär strafprozessualen, sondern eher sicherheitspolizeilichen Zwecken dient. Dieser *Haftgrund der Ausführungsgefahr*, der nach Art. 5 Ziff. 1 Bst. c EMRK zulässig ist<sup>49</sup>, ist nur bei Verbrechen anwendbar. Es wird dabei nicht verlangt, dass die Tat schon in strafbarer Weise versucht oder vorbereitet wurde<sup>50</sup>.

Der Vorentwurf beschränkt sich auf diese vorstehend genannten Haftgründe und sieht davon ab, weitere vorzuschlagen. Von dem von den Experten zur Prüfung angeregten Haftgrund der *Gefährdung der öffentlichen Ordnung bei schweren Verbrechen*<sup>51</sup> ist abzusehen, da er ausschliesslich präventiv ausgerichtet ist und sich von den Zwecken, die mit strafprozessualen Zwangsmassnahmen zu verfolgen sind, doch sehr weit entfernt. Falls die Gefährdung in der Androhung von Verbrechen liegt, greift der Haftgrund von Abs. 1 Bst. d.

Abs. 2 unterstreicht, dass der *Verhältnismässigkeitsgrundsatz bei der Untersuchungshaft besondere Beachtung verdient*. Sie darf deshalb nicht angeordnet werden, wenn das Inhaftierungsziel mit weniger einschneidenden Mitteln, vor allem *Ersatzmassnahmen* nach Art. 250-253 VE, ebenso gut erreicht werden kann.

#### *Haftverfahren vor der Staatsanwaltschaft (Art. 235 VE)*

Art. 235 VE normiert die Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft, wenn sie bei vorgeführten Beschuldigten einen Haftantrag an das Zwangsmassnahmengericht erwägt. Dasselbe Verfahren ist zu beachten, wenn die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise gegen Beschuldigte, die auf Vorladung hin erschienen sind, Untersuchungshaft verhängen will<sup>52</sup>. Die Staatsanwaltschaft verhört die Beschuldigten so rasch wie möglich, zwingend aber innert 24 Stunden, und gibt ihnen Gelegenheit, die gegen sie vorliegenden Haftgründe zu widerlegen (Abs. 1). Sie ist gehalten, wichtige Beweise, die für oder gegen diese Haftgründe sprechen, abzunehmen; angesichts der kurzen Zeit, die der Staatsanwaltschaft für das ganze Verfahren zur Verfügung steht, wird es sich hier im Regelfall um leicht abnehmbare, wesentliche Beweise wie Alibibeweise oder Konfrontationen handeln (Abs. 2)<sup>53</sup>. Wünscht die Staatsanwaltschaft die Anordnung der Untersuchungshaft, so hat sie innert der erwähnten Frist dem *Zwangsmassnahmengericht einen begründeten Antrag* zu stellen (näher Abs. 3 und 4). Dabei sind jene *Akten beizulegen*, die es dem Zwangsmassnahmengericht erlauben, über den

<sup>46</sup> Es wird etwa von „zahlreichen Verbrechen oder Vergehen“, so ZH StPO 58 Abs. 1 Ziff. 3, AI StPO 55 Abs. 1 Bst.c 2. Teil gesprochen; ähnlich BE StrV 176 Abs. 2 Ziff. 3 „bereit mindestens einmal“; z.B. LU StPO 80 Abs. 2 Ziff. 4, SZ StPO 26 Abs. 1 Bst.c verlangen „konkrete Hinweise“ oder „bestimmte Anhaltspunkte“; vgl. auch SH StPO 150.

<sup>47</sup> Hierzu BGE 123 I 268, 270.

<sup>48</sup> Dieser Haftgrund ist etwa bekannt nach ZH StPO 58 Abs. 2; UR StPO 107 Abs. 1 Ziff. 3 2. Teil; AR StPO 98 Abs. 1 Ziff. 3 2. Teil; AI StPO 55 Abs. 1 Bst.d.

<sup>49</sup> Näher Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 58 N 59; Haefliger/Schürmann 1999 108; Villiger 1999 N 348.

<sup>50</sup> So aber ZH StPO 58 Abs. 2; Diese Einschränkung hat sich in der Praxis als wenig sinnvoll erwiesen. In BGE 125 I 361 erachtete das Bundesgericht die Anwendung des Haftgrundes gemäss der vorerwähnten Zürcher Regelung als zulässig, obwohl der Täter lediglich Todesdrohungen ausgestossen, irgendwelche Tötungsdelikte aber weder versucht noch in strafbarer Form vorbereitet hatte.

<sup>51</sup> Aus 29 mach 1 S. 111.

<sup>52</sup> Zu diesem Fall Schmid 1997 N 705.

<sup>53</sup> In diese Richtung auch Aus 29 mach 1 S. 112.

Antrag zu entscheiden. Diese Akten stehen im Haftverfahren auch den Beschuldigten zur Einsicht offen (Art. 237 Abs. 4 VE). Da nach Art. 111 Abs. 1 VE aber ein Anspruch auf (unbeschränkte) Akteneinsicht erst nach der Abnahme der wichtigsten Beweise besteht und im Zeitpunkt des Haftantrags diese Beweise im Regelfall noch nicht erhoben sind, kann die Staatsanwaltschaft gewisse Akten zurückbehalten<sup>54</sup>. Allerdings läuft die Staatsanwaltschaft Gefahr, dass das Zwangsmassnahmengericht angesichts der dürftigen Aktenlage Haftgründe verneint und keine Untersuchungshaft anordnet.

Ist nach Auffassung der Staatsanwaltschaft keine Haft anzuordnen, so sind die *Beschuldigten sofort zu entlassen*, wobei allenfalls Ersatzmassnahmen nach Art. 250-251 VE zu erwägen und zu beantragen sind (Abs. 5).

Will die Staatsanwaltschaft anstelle einer Untersuchungshaft *Ersatzmassnahmen* nach Art. 250-253 VE angeordnet haben, ist ebenfalls das Zwangsmassnahmengericht zuständig (Art. 250 Abs. 1 und 4 VE). Damit die angeordneten Ersatzmassnahmen nicht z.B. durch Flucht der Beschuldigten nach der Haftentlassung durch die Staatsanwaltschaft gegenstandslos werden, kann diese die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen treffen, also beispielsweise die Schriften der Beschuldigten vorläufig sperren oder beschlagnahmen. Kommt z.B. eine Sicherheitsleistung nach Art. 251-253 VE in Frage, die die Beschuldigten nicht sofort leisten können oder wollen, so kann die Staatsanwaltschaft wie bei einem Haftantrag die Beschuldigten in Haft behalten und zum weiteren Entscheid dem Zwangsmassnahmengericht zuführen lassen (Abs. 6).

#### *Verkehr mit der Verteidigung (Art. 236 VE)*

Auf die Frage, ab welchem *Zeitpunkt im Haftverfahren die Verteidigung aktiv werden kann und mit den Beschuldigten kommunizieren darf*, ist bereits im Zusammenhang mit Art. 168 und 231 VE und den dortigen Ausführungen zur Frage des „*Anwaltes der ersten Stunde*“ eingegangen worden. Wie dort dargelegt wurde, schlägt der Vorentwurf vor, die Verteidigung mindestens in den Fällen der vorläufigen Festnahme *sofort* zuzulassen.

Führt man diese Regelungen – neben Art. 168 Abs. 2 VE sind auch Art. 158 und 159 VE zu beachten - weiter, dürfte die Bestimmung von Art. 236 VE, die für das staatsanwaltschaftliche Haftverfahren und den nachfolgenden Freiheitsentzug im Prinzip volle Verteidigungsrechte gewährt, weiter nicht erklärungsbedürftig sein. Zu beachten ist, dass für die *Akteneinsicht* zudem die Möglichkeiten nach Art. 237 Abs. 6 VE, aber auch die Einschränkungen nach Art. 111 VE, für die *Verteidigerkontakte nach angeordneter Haft* Art. 248 Abs. 5 und 6 VE bedeutsam sind.

#### *Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht (Art. 237 VE)*

Art. 237 VE regelt die wesentlichsten Schritte des Zwangsmassnahmengerichts nach Eingang des Haftantrags der Staatsanwaltschaft bis zu seiner Entscheid nach Art. 238 VE. Ausgangspunkt ist Art. 5 Abs. 3 EMRK, der den in Untersuchungshaft zu setzenden Person Anspruch darauf gibt, unverzüglich einem Richter vorgeführt zu werden<sup>55</sup>. Grundsätzlich findet eine mündliche, aber nicht publikumsöffentliche<sup>56</sup> Verhandlung in Anwesenheit der

<sup>54</sup> Liegen z.B. Anzeigen wegen fünf schweren Verbrechen vor, so kann sich - falls Haftgründe bereits anhand eines Falles dargetan werden können – die Staatsanwaltschaft darauf beschränken, ausschliesslich diesen Fall zum Gegenstand des Haftverfahrens zu machen und nur diese Akten dem Zwangsmassnahmengericht einzureichen.

<sup>55</sup> Hierzu näher etwa Haefliger/Schürmann 1999 110 ff.; Villiger 1999 N 352 ff.

<sup>56</sup> Ein Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung ergibt sich weder aus der BV noch der EMRK, da nicht über eine strafrechtliche Anklage entschieden wird, vgl. dazu m.w.H. Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 §

Beschuldigten statt (Abs. 3). Dem Beschuldigten sowie der Verteidigung ist Gelegenheit zu geben, sich vor dem Zwangsmassnahmengericht mündlich oder schriftlich zu äussern (Abs. 2, 5). Allerdings können die Beschuldigten sowohl auf eine mündliche Verhandlung wie auch auf Stellungnahme zum Haftantrag verzichten; in diesem Fall entscheidet das Zwangsmassnahmengericht in einem schriftlichen Verfahren gestützt auf die vorliegenden Akten (Abs. 2). Die Beschuldigten können Einblick in die mit dem Haftantrag eingereichten, möglicherweise aber nicht vollständigen Akten (Art. 235 Abs. 4 VE, Art. 111 Abs. 1 VE) nehmen (Abs. 6).

Da das Zwangsmassnahmengericht innert sehr kurzer Frist (Art. 238 Abs. 1 und 2 VE) zu entscheiden hat, fragt es sich, ob es sinnvoll ist, in *diesem Verfahren Beweise abzunehmen*. Verschiedene geltende Prozessordnungen sehen vor, dass in diesem Haftbewilligungsverfahren keine Beweise abzunehmen seien<sup>57</sup>, während andere bestimmen, dass Beweise zu erheben sind<sup>58</sup>. Die Bundesgerichtspraxis zu kantonalen Regelungen, die ein Beweisverfahren generell ausschliessen<sup>59</sup> und die teilweise zu einer Lockerung dieses Ausschluss führte<sup>60</sup>, gibt Anlass dazu, ein Beweisverfahren in beschränktem Masse zuzulassen (Abs. 7). Den fraglichen Bundesgerichtsentscheiden folgend geht es vor allem darum, *einen von den Beschuldigten geltend gemachten, sofort verfügbaren Alibibeweis abzunehmen*.

#### *Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts (Art. 238 VE)*

Das Zwangsmassnahmengericht entscheidet *innert 48 Stunden* nach Eingang des Antrages der Staatsanwaltschaft (Abs. 1). Die Opfer sind nach Art. 225 Abs. 4 VE über die wesentlichen Entscheide, also die Anordnung der Haft bzw. die Freilassung nach Abs. 5 zu orientieren.

Das Zwangsmassnahmengericht kann nach Abs. 2 *die bewilligte Haftzeit beschränken*. Die *Maximalfrist beträgt dabei drei Monate*; sie hängt mit der Haftüberprüfung gemäss Art. 240 Abs. 2 und 6 VE zusammen, die nach dreimonatiger Inhaftierung von Amtes wegen ohnehin durchzuführen ist. Die in diesem Absatz vorgesehene Möglichkeit, dass das Zwangsmassnahmengericht der Staatsanwaltschaft *Weisungen* für die Vornahme bestimmter Untersuchungshandlungen wie etwa die Einvernahme von Zeugen geben kann<sup>61</sup>, ist an sich ein Verstoß gegen den Grundsatz der Funktionstrennung von Untersuchungs- und Anklagebehörden einerseits und Gerichten andererseits. Ein solches Weisungsrecht erscheint aber sachlich vertretbar, da das Zwangsmassnahmengericht auf diese Weise die Staatsanwaltschaft dazu anhalten kann, Beweise abzunehmen, die nach seiner Auffassung für weitere Haftentscheide massgebend sind. Wird z.B. von der Staatsanwaltschaft geltend gemacht, es bestehe Kollusionsgefahr, weil die Geschädigten A, B und C noch nicht einvernommen werden konnten, so kann das Zwangsmassnahmengericht die Staatsanwaltschaft dazu anhalten, diese innert der bewilligten Haftfrist zu befragen. Eigentlich durchsetzbar sind diese Anordnungen als Folge der Funktionstrennung nicht. Hingegen kann das

---

61 N 6, 27. Siehe dazu BGE 114 Ia 187 f. zur verwandten Problematik bei der fürsorglichen Freiheitsentziehung.

<sup>57</sup> So etwa ZH StPO 61 Abs. 2 Satz 3; SG StPO 126 Abs. 2 Satz 2.

<sup>58</sup> Siehe etwa OW StPO 64a Abs. 2 (sofort abnehmbare Beweise); FR StPO 111 Abs. 3; SH StPO 157 Abs. 1 (sofort abnehmbare entlastende Beweise); AR StPO 105 Abs. 2; SG StPO 119 Abs. 2 und 3; TG StPO 112 Abs. 2 (insbes. Alibibeweis).

<sup>59</sup> Kritisch zu solchen Regelungen BGer 7.10.1992 in EuGrZ 19 (1992) 555. Anspruch auf Beweise auch nach BGer 12.9.1996 in plädoyer 1/1997 65 = EuGRZ 24 (1997) 17 sowie BGE 124 I 210 f. = EuGRZ 25 (1998) 511.

<sup>60</sup> Siehe Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 61 N 29.

<sup>61</sup> Diese Möglichkeit ist bereits in einzelnen kantonalen Prozessgesetzen vorgesehen, etwa ZH StPO 62 Abs. 3; dazu Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 62 N 38; Schmid 1997 N 712b. Ähnlich bei Gesuch um Haftprüfung TG StPO 113 Abs. 2.



Zwangsmassnahmengericht eine weitere Haftverlängerung verweigern, wenn die Staatsanwaltschaft diesen Anordnungen nicht nachkommt.

Abs. 3 erlaubt dem Zwangsmassnahmengericht beim Haftentscheid nach Art. 238 VE wie auch bei späteren Entscheiden über die Verlängerung, *eine Sperrfrist bis zu deren Ablauf die Beschuldigten kein Haftentlassungsgesuch nach Art. 239 VE stellen können*, anzuordnen. Aus Art. 5 Ziff. 4 EMRK und Art. 9 Ziff. 4 IPBPR, wonach Verhaftete das Recht haben, „*in vernünftigen Abständen*“ ein Haftüberprüfungsverfahren einzuleiten, ist abzuleiten, dass solche Gesuche, die in zu kurzen Abständen eingereicht werden, nicht behandelt werden müssen. Ziel dieser Beschränkung, die nur sehr zurückhaltend angewandt werden darf, ist, rechtsmissbräuchliche, sich ständig wiederholende Haftentlassungsgesuche zu verhindern<sup>62</sup>. Die vorgesehene Sperrfrist beträgt in der Regel ein Monat. Die mögliche Maximalfrist von drei Monaten dürfte nur in den seltensten Fällen noch verhältnismässig sein<sup>63</sup>; sie hängt indessen mit dem bereits mit Blick auf Abs. 3 erwähnten obligatorischen Haftprüfungsverfahren nach drei Monaten zusammen.

Die *Beschuldigten müssen sofort aus der Haft entlassen werden, wenn das Zwangsmassnahmengericht auf die Anordnung der Untersuchungshaft verzichtet* (Abs. 4). Es ist also nicht zuerst die Ausfertigung des begründeten Beschlusses nach Abs. 5 abzuwarten. Bei einem Verzicht auf Untersuchungshaft können auch ohne entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft *Ersatzmassnahmen* nach Art. 250 und 251 VE angeordnet werden.

Für die Frage der *Endgültigkeit bzw. der Anfechtbarkeit des Entscheids* des Zwangsmassnahmengerichts (Abs. 6) ist auf die Erläuterungen zu Art. 241 VE zu verweisen.

#### *Haftentlassungsgesuch (Art. 239 VE)*

Inhaftierte haben nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK und Art. 9 Ziff. 4 IPBPR *jederzeit Anspruch auf Überprüfung der Haftvoraussetzungen*. Bei bestehender Inhaftierung wird diese durch ein Haftentlassungsgesuch eingeleitet<sup>64</sup>. Art. 239 VE regelt die Einzelheiten dieses Verfahrens. Es entspricht im Wesentlichen dem Verfahren bei der Haftanordnung, also Art. 237 und 238 VE.

#### *Haftverlängerungsgesuch (Art. 240 VE)*

Der Vorentwurf geht davon aus, dass in gewissen *Abständen eine Überprüfung der Untersuchungshaft stattfinden sollte*. Eine vom Zwangsmassnahmengericht angeordnete Haft wird m.a.W. abgesehen von Haftentlassungsgesuchen nicht automatisch bis zur Anklageerhebung fortgesetzt. Nach Ablauf der vom Zwangsmassnahmengericht bewilligten Haftfrist (Art. 238 Abs. 3 VE) oder – falls das Gericht die Haft unbefristet bewilligte – nach Ablauf von drei Monaten hat die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht einen entsprechenden Haftverlängerungsantrag vorzulegen (Abs. 2, 3). Das anschliessende

<sup>62</sup> M.w.H. Schmid 1997 N 712b.

<sup>63</sup> Nach BGE 123 I 38 ff. = EuGRZ 24 (1997) 159 Sperrfrist von über einem Monat nur ausnahmsweise. Vgl. ferner BGer 8.4.1994 in EuGRZ 21 (1994) 491: Sperre von mehr als drei Monaten "*höchstens in seltenen und aussergewöhnlichen Fällen grundrechtskonform*". Nach BGE 126 I 26 in casu Sperrfrist von drei Monaten unverhältnismässig, zumal keine Anhaltspunkte für missbräuchliche neue Gesuche bestand. Eine Sperrfrist von über einem Monat, möglicherweise in casu drei Monate, wäre am Platz, wenn Beschuldigte, mit klar gegebenen Haftgründen, z.B. „Kriminaltouristen“, die wegen schwerer Delikte in ein umfangreiches, offensichtlich längere Zeit erforderliches Strafverfahren verwickelt sind, laufend eindeutig unbegründete Haftentlassungsgesuche einreichen.

<sup>64</sup> Näher Aeschlimann 1997 N 1172 ff.; Donatsch in Donatsch/Schmid § 64 N 1 ff.; Haefliger/Schürmann 1999 119 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 32 f.; Maurer 1999 289 f.; Oberholzer 1994 326; Piquerez 2000 N 2388 ff.; Schmid 1997 N 713 ff.; Villiger 1999 N 366 ff.

Verfahren entspricht jenem beim Entscheid über Haftentlassungsgesuche nach Art. 239 VE (vgl. Verweis in Abs. 5).

*Rechtsmittel (Art. 241 VE)*

In vielen Kantonen können *Hafttrichterentscheide nicht mit einem kantonalen Rechtsmittel angefochten werden*<sup>65</sup>. Es bleibt nur die staatsrechtliche Beschwerde<sup>66</sup>. Andere Kantone lassen einen Rekurs oder eine Beschwerde gegen diesen Entscheid zu<sup>67</sup>. Weder die EMRK noch der IPBPR verlangen, dass Hafttrichterentscheide mit einem Rechtsmittel angefochten werden können<sup>68</sup>. Die Tatsache, dass Untersuchungshaft für die betroffenen Beschuldigten ausserordentlich einschneidend ist, spricht an sich für die Einräumung eines Rechtsmittels. Dagegen spricht, dass Strafverfahren mit inhaftierten Beschuldigten in besonderem Mass beschleunigt zu führen sind (Art. 5 Abs. 2 VE) und solche Rechtsmittelverfahren keineswegs der Beschleunigung dienen. Ein Rechtsmittel wäre zudem im Sinne der Gleichberechtigung bzw. Waffengleichheit auch der mit einem Haftantrag unterlegenen Staatsanwaltschaft einzuräumen. Das Rechtsmittel wäre dann aber nur sinnvoll, wenn ihm aufschiebende Wirkung zugestanden wird. Konkret bedeutet dies, dass die Beschuldigten bis zum Rechtsmittelentscheid in Haft behalten werden müssten, was kaum in ihrem Interesse läge.

Der Vorentwurf verzichtet auf ein Rechtsmittel gegen jede Haftanordnung. Er sieht indessen eine *Beschwerde bei der Beschwerdeinstanz vor, wenn die Untersuchungshaft drei Monate gedauert hat*, der Eingriff in das verfassungsmässige Recht auf persönliche Freiheit somit nach seiner zeitlichen Dimension erheblich ist.

**253.5            Sicherheitshaft (5. Abschnitt, Art. 242-246 VE)**

*Begriff (Art. 242)*

Während die Untersuchungshaft primär die Ziele des Vorverfahrens sichert<sup>69</sup>, bezweckt die Sicherheitshaft, die Verfügbarkeit der Beschuldigten während des erstinstanzlichen Verfahrens sowie in späteren Rechtsmittelverfahren zu garantieren und allenfalls den anschliessenden Vollzug freiheitsentziehender Sanktionen zu gewährleisten.

Da der Freiheitsentzug somit andere Verfahrensstufen betrifft und das Verfahren nicht mehr von der Staatsanwaltschaft, sondern Gerichten geführt wird, sind besondere Regelungen erforderlich, die mindestens teilweise von jenen der Untersuchungshaft abweichen.

Art. 242 VE bezeichnet als *Sicherheitshaft den Freiheitsentzug vom Eingang der Anklageschrift beim erstinstanzlichen Gericht hin zur Rechtskraft des Urteils oder dem Antritt der freiheitsentziehenden Sanktionen*. Es ist dabei unerheblich, ob es sich um das Urteil erster oder zweiter Instanz handelt. Die Anklageerhebung gilt als Beginn der Sicherheitshaft. Somit ist auch die (im Regelfall wohl sehr kurze) Frist Sicherheitshaft, die nach der Anklageerhebung verstreicht, bis das Zwangsmassnahmengericht nach Art. 243 VE über die Anordnung der Sicherheitshaft entscheidet.

<sup>65</sup> So z.B. ZH StPO 62 Abs. 4; BE StrV 191 (für U-Haft unter drei Monaten); UR StPO 116 Abs. 2; SZ StPO 28; OW StPO 64b Abs. 3; BS StPO 72 Abs. 4; AR StPO 107 Abs. 4, 108 Abs. 4.

<sup>66</sup> Siehe Rehberg/Hohl 1992 39 f.; Schmid 1997 N 712c.

<sup>67</sup> So z.B. BE StrV 191 (für U-Haft über drei Monate); LU StPO 83bis Abs. 2, 83quater Abs. 3; FR StPO 114 f.; BL StPO 85; VS StPO 75 Ziff. 3.

<sup>68</sup> M.w.H. Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 Art. 62 N 39 ff.

<sup>69</sup> Siehe Erläuterungen vorne 253.4.

### *Anordnung der Sicherheitshaft bei bestehender Untersuchungshaft (Art. 243 VE)*

Mit der Anklageerhebung geht die Verantwortung für das Verfahren von der Staatsanwaltschaft an das erstinstanzliche Gericht über. Nach den meisten Strafprozessordnungen ist beim Übergang von Untersuchungs- zur Sicherheitshaft eine erneute Prüfung, ob die Haft fortzusetzen ist, vorzunehmen; d.h. die Sicherheitshaft muss zumeist ausdrücklich seitens einer richterlichen Behörde angeordnet werden. Unterschiedlich ist indessen die Zuständigkeit für die Anordnung der Sicherheitshaft geregelt. Vereinfacht gesprochen sind drei Lösungsansätze anzutreffen: Nach der einen Regelung *befindet die erste Instanz oder deren Verfahrensleitung über die Fortführung der Haft*<sup>70</sup>. Denkbar ist indessen auch, dass der *Haftrichter* weiterhin für die Haft, jetzt in Form der Sicherheitshaft, zuständig bleibt<sup>71</sup> oder, wenn eine besondere *Anklagezulassungsbehörde wie eine Anklagekammer* über das weitere Schicksal der Anklage zu entscheiden hat, dieser auch die Befugnis zur Anordnung der Sicherheitshaft übertragen ist<sup>72</sup>. Der Vorentwurf folgt den Mustern, die die *Anordnung der Sicherheitshaft im erstinstanzlichen Verfahren*<sup>73</sup> dem *Haftrichter, d.h. dem Zwangsmassnahmengericht*, zuweisen. Einerseits ist diese Instanz mit der Haftproblematik des Falles bereits von der Voruntersuchung her betraut; andererseits kann damit vermieden werden, dass sich das erstinstanzliche Gericht mit seinem Haftentscheid dem Vorwurf aussetzt, es habe sich bezüglich der im Sachentscheid zu beantwortenden Schuldfrage schon eine Meinung gebildet und sei damit befangen<sup>74</sup>.

Ist die Staatsanwaltschaft im *Zeitpunkt der Anklageerhebung der Auffassung, es bestünden nach nunmehr abgeschlossenem Vorverfahren nach wie vor Haftgründe*, so hat sie gleichzeitig mit der Anklageerhebung dem Zwangsmassnahmengericht einen entsprechenden begründeten Antrag zu stellen. Abs. 1 präzisiert, dass ein solcher Antrag auch zu stellen ist, wenn die früher im Vorverfahren bewilligte Frist der Untersuchungshaft noch nicht abgelaufen ist.

In Übereinstimmung mit Art. 241 ist eine Beschwerde gegen die Sicherheitshaft erst nach drei Monaten zuzulassen (Abs. 3).

### *Anordnung der Sicherheitshaft ohne vorbestehende Untersuchungshaft (Art. 244 VE)*

Der Fall, dass sich *erst nach der Anklageerhebung und folglich während der Hängigkeit des erstinstanzlichen Hauptverfahrens Haftgründe ergeben*, dürfte zwar nicht häufig sein, er muss aber wegen seiner Besonderheiten wenn auch nur rudimentär geregelt werden. Da die Verfahrensherrschaft beim erstinstanzlichen Gericht liegt, leitet die Staatsanwaltschaft, die wohl vor allem auf solche Haftgründe stossen wird, das Haftverfahren durch eine *schriftliche Eingabe oder einen mündlichen Vortrag im Rahmen der Hauptverhandlung vor dem Gericht ein* (Abs. 1).

<sup>70</sup> Vgl. etwa LU StPO 81; SZ StPO 78 Abs. 2; NW StPO 106 Abs. 2; SO StPO 43 Abs. 1; BS StPO 113; BL StPO 144 Abs. 2; SH StPO 253; AR StPO 167 Abs. 2; AI StPO 89 Abs. 2; AG StPO 150; TG StPO 107; JU StPO 272.

<sup>71</sup> So etwa in ZH StPO 67 Abs. 1 Ziff. 2 für bezirksgerichtliche Fälle; BE StrV 192; SG StPO 110 Abs. 1 Bst.a.

<sup>72</sup> So ZH StPO 67 Abs. 1 Ziff. 1 für geschworenengerichtliche Fälle.

<sup>73</sup> Zum Berufungsverfahren Art. 246 VE.

<sup>74</sup> Allerdings ist der Sachrichter, der zunächst als Haftrichter amtete, nach bisheriger Praxis nicht a priori als vorbefasst zu betrachten, vgl. BGE 115 Ia 180; 117 Ia 182. Zur Frage der Befangenheit der Vorbefassung allgemein Aeschlimann 1997 N 432 ff.; Haefliger/Schürmann 1999 169; Hauser/Schweri 1999 § 30 N 7; Maurer 1999 104; Oberholzer 1994 80 ff.; Piquerez 2000 N 899 ff.; Schmid 1997 N 133 ff.; Villiger 1999 N 418 ff.

Damit das für die Anordnung der Sicherheitshaft zuständige Zwangsmassnahmengericht z.B bei der wohl im Vordergrund stehenden akuten Fluchtgefahr eines Angeklagten überhaupt in der Lage ist, über den Haftantrag zu entscheiden, ist eine *Vorführung an das Zwangsmassnahmengericht zu verfügen*. Diese Verfügung trifft das erstinstanzliche Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft (Abs. 2), in dringenden Fällen die Staatsanwaltschaft selbst oder die Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts auch ohne staatsanwaltschaftlichen Antrag (Abs. 3).

Das anschliessende Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht entspricht sinngemäss jenem bei der Anordnung von Untersuchungshaft nach Art. 237 und 238 VE (Abs. 4).

#### *Entlassung aus der Sicherheitshaft im erstinstanzlichen Verfahren (Art. 245)*

Es steht den inhaftierten Beschuldigten frei, nach Anordnung der Sicherheitshaft während des anschliessenden erstinstanzlichen Verfahrens ein *Haftentlassungsgesuch* zu stellen, das an die Verfahrensleitung der ersten Instanz zu adressieren ist. Denkbar ist indessen auch, dass das *erstinstanzliche Gericht oder die Staatsanwaltschaft selbst zur Überzeugung gelangen, die Fortsetzung der Haft sei nicht gerechtfertigt*. Da Gericht und Staatsanwaltschaft während des erstinstanzlichen Verfahrens nicht selbst die Haftentlassung verfügen können, ist ein entsprechender Antrag zu stellen (Abs. 1).

*Haftentlassungsgesuche von Beschuldigten und erstinstanzlichem Gericht werden der Staatsanwaltschaft bzw. (wenn ein solches ausnahmsweise von der Staatsanwaltschaft gestellt wurde) dem Gericht übermittle*t. Sind erstinstanzliches Gericht und Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Haftentlassung einig, wird diese unverzüglich vorgenommen. Widersetzt sich das Gericht oder aber die Staatsanwaltschaft einer solchen, übermittlet das erstinstanzliche Gericht die Gesuche und die jeweiligen Gegenbemerkungen dem Zwangsmassnahmengericht (Abs. 2), das unverzüglich in sinngemässer Anwendung von Art. 239 Abs. 5-7 VE entscheidet. Der Entscheid ist endgültig, wobei nach dreimonatiger Sicherheitshaft nach Art. 243 Abs. 3 VE eine Beschwerde möglich ist.

Abs. 4-7 regeln die *Sicherheitshaft bei Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens*, also im Zusammenhang mit der Urteilsfällung. Werden die Beschuldigten verurteilt, so entscheidet das Gericht nach Abs. 4 über die Fortführung oder Aufhebung der Sicherheitshaft. Es ist auch möglich, bisher in Freiheit befindliche Beschuldigte im Zeitpunkt des Urteils in Sicherheitshaft zu setzen, etwa, wenn erst in diesem Augenblick eine Fluchtgefahr manifest wird.

*Bei Freispruch werden die Beschuldigten grundsätzlich sofort freigelassen* (Abs. 6).

Erfolgt eine Freilassung in Anwendung von Abs. 4 oder Abs. 6, kann in den Augen der Staatsanwaltschaft mit Blick auf ein Berufungsverfahren ein Interesse an der Fortsetzung der Haft vorhanden sein. Es wird ihr deshalb in Abs. 7 die Möglichkeit eingeräumt, zuhanden der Verfahrensleitung des Berufungsgerichts einen *Antrag auf Fortsetzung der Sicherheitshaft* zu stellen. Wird ein solcher Antrag – im Regelfall wohl vor den Schranken des erstinstanzlichen Gerichts nach der Urteilseröffnung - gestellt, so bleiben die Beschuldigten bis zum Entscheid der Berufungsinstanz nach Art. 246 Abs. 1 VE in Haft.

#### *Sicherheitshaft im Berufungsverfahren (Art. 246 VE)*

Wird von einer Partei Berufung eingelegt und hatte das erstinstanzliche Gericht nach Art. 245 Abs. 4 VE die Fortsetzung der Sicherheitshaft angeordnet, so entscheidet das Berufungsgericht innert fünf Tagen darüber, ob es diesen Entscheid bestätigen will. Das Berufungsgericht entscheidet in gleicher Weise über die von der *Staatsanwaltschaft nach Art.*

245 Abs. 7 VE *provisorisch bewirkte Haft* sowie spätere, während *Hängigkeit der Berufung* gestellte Haftentlassungsgesuche (Abs. 1). Im Unterschied zum erstinstanzlichen Verfahren befindet somit nicht das Zwangsmassnahmengericht über die Sicherheitshaft, da im Verfahren vor einer oberen Instanz nicht eine untere über diese Haft entscheiden sollte. Der Entscheid des Berufungsgericht über diese Haftsachen ist endgültig.

Kommen *Haftgründe erst während des Berufungsverfahrens* ans Tageslicht, geht das Berufungsgericht sinngemäss nach Art. 244 VE vor (Abs. 1 und 2). Die Vorführung erfolgt allerdings an das Berufungsgericht selbst, das nach Anhörung der Beschuldigten über die Sicherheitshaft entscheidet. In dringenden Fällen kann analog zu Art. 244 Abs. 3 VE die Staatsanwaltschaft einen Vorführungsbefehl erlassen.

Die Berufungsinstanz entscheidet in ihrem Urteil *über eine in diesem Zeitpunkt bereits angeordnete Sicherheitshaft*. Sie kann aber auch *bisher in Freiheit befindliche Beschuldigte in Sicherheitshaft setzen*. Für das Verfahren sind sinngemäss dieselben Regeln anwendbar wie wenn die erste Instanz in ihrem Urteil über die Sicherheitshaft befindet (Art. 245 Abs. 4–7 VE).

### **253.6 Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft (6. Abschnitt, Art. 247-249 VE)**

Aufgabe einer Strafprozessordnung ist es in erster Linie, die Voraussetzungen der Untersuchungs- und Sicherheitshaft und das Haftverfahren zu normieren. Der Haftvollzug ist primär Aufgabe der kantonalen Gefängnisverordnungen, doch hat sich vorab in neueren Prozessgesetzen eingebürgert, im Rahmen des Haftrechts gewisse Grundprinzipien zu regeln<sup>75</sup>.

#### *Haftanstalt (Art. 247 VE)*

Es ist wünschenswert, dass die (noch *nicht verurteilten*) *Beschuldigten*, die sich in Untersuchungs- und Sicherheitshaft befinden, von den bereits *rechtskräftig Verurteilten getrennt werden*. Viele Prozessgesetze sehen vor, dass Untersuchungs- und Sicherheitshaft nur in speziell dafür vorgesehen Anstalten, in denen allenfalls noch kurze Freiheitsstrafen vollstreckt werden, vollzogen werden darf (Abs. 1)<sup>76</sup>.

Der *physische oder psychische Zustand von Untersuchungshäftlingen* kann es notwendig machen, sie in spezialisierten Spitälern oder Kliniken unterzubringen; Abs. 2 schafft hierfür die gesetzliche Grundlage<sup>77</sup>. Der Vorentwurf überlässt die Bezeichnung der für diese Einweisung zuständigen Behörde (z.B. das Zwangsmassnahmengericht, die Verfahrensleitung der im fraglichen Zeitpunkt zuständigen Strafbehörde, Gefängnisdirektion usw.) dem kantonalen Recht, das diese Frage wohl am ehesten in den Gefängniserlassen regeln wird.

Den kantonalen Gefängniserlassen obliegt es, *die Rechte und Pflichten der Untersuchungshäftlinge* zu regeln (Abs. 3), die in diesem Abschnitt zu findenden Grundsätze zu

<sup>75</sup> Dazu und zum Folgenden Aeschlimann 1997 N 1144 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 38 ff.; Maurer 1999 293 ff.; Oberholzer 1994 329 ff.; Piquerez 2000 N 2397 ff.; Schmid 1997 N 720 ff.

<sup>76</sup> Siehe etwa ZH StPO 70; BS StPO 73 Abs. 1; BL StPO 87 Abs. 1; SG StPO 131 Abs. 2; GE StPO 40.

<sup>77</sup> Vgl. etwa AR StPO 110 Abs. 2; FR StPO 117 Abs. 2 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 117.12 ff.). - Von dieser Unterbringung ist die sogenannte stationäre Begutachtung zu unterscheiden, die der Begutachtung nach Art. 195 VE dient. Zum Anspruch der Häftlinge auf medizinische Betreuung nach EMRK etc. näher Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 70 N 2 ff.; Piquerez 2000 N 2422 f.

konkretisieren sowie das Haftregime im Sinne von Art. 248 VE und der umfangreichen bundesgerichtlichen Praxis<sup>78</sup> auszugestalten.

#### *Vollzug der Haft (Art. 248 VE)*

Art. 248 VE enthält einige Grundsätze zum Haftvollzug, die sich zumeist in den kantonalen Strafprozessgesetzen und/oder den Gefängniserlassen finden<sup>79</sup> und deshalb nur wenige Erläuterungen erfordern.

Abs. 5 gewährt den *unbeaufsichtigten Kontakt* zwischen den verhafteten Beschuldigten und ihrer Verteidigung. Ausgeschlossen sind „*inhaltliche Kontrollen*“<sup>80</sup>. Dies bedeutet, dass der Inhalt der Kontakte, also der Gespräche, der Korrespondenzen und allenfalls von Telefonaten nicht überwacht werden darf. Dies schliesst indessen nicht aus, dass im Rahmen der Verhältnismässigkeit im Besuchsraum eine Trennscheibe eingesetzt oder mitgeführte Taschen auf Waffen etc. durchsucht werden dürfen<sup>81</sup>. Dieser Anspruch besteht unter den Vorbehalten von Art. 236 VE, also grundsätzlich nach Stellen des Haftantrags durch die Staatsanwaltschaft.

Abs. 6 lässt soweit vergleichbar mit der allgemeinen Regel von Art. 118 VE, die hier zurücktritt, während des Vollzugs der Untersuchungs- und Sicherheitshaft<sup>82</sup> auch *Beschränkungen des Inhaltes der Verteidigerkontakte* zu, also beispielsweise die Überwachung des Briefverkehrs mit den Beschuldigten durch Öffnen der Briefe und Lektüre des Inhaltes. Diese ausserordentliche, massiv in die Verteidigungsrechte eingreifende Massnahme setzt indessen eine konkrete Missbrauchsgefahr voraus. Solche Einschränkungen sind, falls sie begründet sind und mit Zurückhaltung eingesetzt werden, mit Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK vereinbar<sup>83</sup>. Der Vorentwurf sieht vor, dass solche Beschränkungen zu befristen, vom Zwangsmassnahmengericht zu genehmigen und zudem den Betroffenen vorgängig zu eröffnen sind.

#### *Vorzeitiger Straf- und Massnahmenvollzug (Art. 249 VE)*

Es würde der Unschuldsvermutung widersprechen, Beschuldigte, die noch nicht rechtskräftig verurteilt sind, in den Straf- und Massnahmenvollzug einzuweisen<sup>84</sup>. In jüngerer Zeit hat sich indessen vermehrt gezeigt, dass Strafbehörden wie auch Beschuldigte daran interessiert sind, das Regime der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft in jenes des Strafvollzuges zu überführen. Betroffen sind Beschuldigte, die sich zumeist seit längerer Zeit in Untersuchungshaft befinden und die längere, unbedingte Freiheitsstrafen oder entsprechende

<sup>78</sup> Vgl. mit weiteren Hinweisen Aeschlimann 1997 N 1159 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 39; Maurer 1999 293 f.; Oberholzer 1994 332 ff.; Piquerez 2000 N 2408 f., 2410 ff.; Schmid 1997 N 720.

<sup>79</sup> Siehe etwa ZH StPO 71; BE StrV 186; UR StPO 118; OW StPO 68; FR StPO 117 f.; SO StPO 48; BS StPO 73; BL StPO 87; SH StPO 163 ff.; AR StPO 109; AI StPO 59; SG StPO 131; AG StPO 75, 77; TI StPO 104; VD StPO 64 f.; VS StPO 74; JU StPO 141, 143 ff.

<sup>80</sup> Dazu und zum Folgenden weitgehend kongruent die Postulate der Experten in Aus 29 mach 1 S. 113.

<sup>81</sup> Zum Anspruch der Beschuldigten auf „ungestörten und unbewachten Verkehr“ mit seinem Verteidiger vgl. das Urteil des EGMR i.S. S. gegen die Schweiz, publiziert in EuGRZ 19 (1992) 298, zitiert von Villiger 1999 N 525 sowie Haefliger/Schürmann 1999 223 f. Zur Zulässigkeit solcher Beschränkungen gerade mit Trennscheiben m.w.H. Haefliger/Schürmann 1999 224. Zurückhaltender Villiger 1999 N 525, der annimmt, Missbräuche der Verteidigung dürften nicht zulasten der Beschuldigten gehen; überdies hätten bei Missbräuchen disziplinarische Massnahmen gegen den Anwalt zu ergehen, und es sei ein neuer Verteidiger zu bestellen.

<sup>82</sup> Vorher, d.h. während dem Haftverfahren, gilt Art. 236 VE.

<sup>83</sup> Vgl. zum Fall Bonzi gegen die Schweiz, entschieden von der EKMR am 12.7.1978 im Anschluss an BGE 103 Ia 293 = EuGRZ 5 (1978) 16; vgl. hierzu näher Haefliger/Schürmann 1999 71, 225.

<sup>84</sup> BGE 117 Ia 76, 106 Ia 407, 104 Ib 24.

freiheitsentziehende Massnahmen zu gewärtigen haben. Einerseits sind die Platzverhältnisse in Untersuchungsgefängnisse oft knapp und es fehlen Möglichkeiten, sich zu betätigen. Andererseits ist der Strafvollzug zunehmend freier geworden. Viele kantonale Prozessordnungen haben deshalb den sogenannten vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzug geschaffen<sup>85</sup>. Er ist (beschränkt auf Freiheitsstrafen) auch in nArt. 75 Abs. 2 StGB vorgesehen. Der vorzeitige Straf- und Massnahmenvollzug setzt stets das Einverständnis der Beschuldigten und seitens der Vollzugsbehörden die Möglichkeit, die Beschuldigten vorzeitig in das Vollzugsregime zu übernehmen, voraus<sup>86</sup>.

Art. 249 VE übernimmt diese sinnvolle und in der Praxis bewährte Einrichtung in den Grundzügen und überlässt es den Kantonen, sie in ihren Vollzugserlassen noch näher zu regeln. Abs. 1 stellt klar, dass der vorzeitige Vollzug nicht nur das *Einverständnis der Beschuldigten, sondern auch die Bewilligung der Verfahrensleitung jener Behörde voraussetzt*, bei der der Fall hängig ist. Die Behörden müssen die rechtsunkundigen Beschuldigten auf diese Möglichkeit aufmerksam machen<sup>87</sup>. Während des Vorverfahrens kommt dieser vorzeitige Vollzug regelmässig nur in Frage, wenn die Beschuldigten nicht mehr für das Verfahren benötigt werden, also die Untersuchung mehr oder weniger abgeschlossen ist. Die Staatsanwaltschaft hat es in diesem Stadium auch in der Hand, z.B. wegen andauernder Kollusionsgefahr, der im Vollzugsregime weniger begegnet werden kann, einen solchen Antritt zu verweigern.

Abs. 2 macht *nach Anklageerhebung* den vorzeitigen Antritt von Massnahmen von der Einwilligung der Staatsanwaltschaft abhängig, damit die Beschuldigten nicht eine Massnahme wählen und mit Einwilligung des Gerichts vorzeitig antreten können, obwohl die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung eine andere Sanktion beantragen will. Durch den vorzeitigen Antritt einer Massnahme würde die Frage der Sanktion präjudiziert.

Ähnlich motiviert ist der Vorbehalt nach Abs. 3: In vielen Kantonen ist der Strafvollzug weder Sache der Staatsanwaltschaft noch der Gerichte, sondern *besonderen Verwaltungsbehörden* anvertraut. Bewilligen Staatsanwaltschaft und Gerichte den vorzeitigen Sanktionsvollzug, so wird möglicherweise entgegen der Praxis und der Möglichkeiten des Vollzugs im betreffenden Kanton eine Frage vorentschieden, die üblicherweise nicht in den Zuständigkeitsbereich von Staatsanwaltschaft und Gerichten fällt. Dies betrifft primär Massnahmen. Bund und Kantone können deshalb vorschreiben, dass die Bewilligung des vorzeitigen Straf- und Massnahmenantritts von der Zustimmung von Behörden abhängt, die für den Straf- und Massnahmenvollzug zuständig sind.

Abs. 4 unterstreicht, dass mit diesen vorzeitigen Straf- oder Massnahmenantritt die Beschuldigten das *Regime der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft verlassen und in jenes des Straf- oder Massnahmenvollzugs übertreten*. Dementsprechend sind sie aus der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft zu entlassen. Der Nachsatz von Abs. 4 weist darauf hin, dass die Sicherungszwecke, die mit der Untersuchungs- und Sicherheitshaft angestrebt werden, im Vollzugsregime nur unvollkommen erreicht werden können. Dies gilt vorab für die Kollusionsgefahr. Wie schon im Zusammenhang mit Abs. 1 erwähnt, werden die

<sup>85</sup> Siehe z.B. ZH StPO 36, 37 Abs. 3; BE StrV 197; LU StPO 89; UR StPO 119; NW StPO 63; FR StPO 119; SO StPO 49; BS StPO 75; BL StPO 89; SH StPO 166; AR StPO 110; SG StPO 132 f.; TG StPO 114 Abs. 3; TI StPO 105; VD StPO 66; VS StPO 75 Ziff. 4; NE StPO 284; JU StPO 142.

<sup>86</sup> Zum vorzeitigen Strafantritt näher Aeschlimann 1997 N 1199 ff.; Maurer 1999 299 ff.; Oberholzer 1994 351 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 119.1 ff.; Schmid 1997 N 284, 693.; ders. in Donatsch/Schmid 1999 § 36 N 1 ff. Postuliert auch von den Experten in Aus 29 mach 1 S. 114.

<sup>87</sup> Orientierung teilweise vorgeschrieben, so etwa in ZH StPO 36, 37 Abs. 3; LU StPO 98 Abs. 1 2. Satz; BL StPO 89 Abs. 5.

zuständigen Behörden diesen vorzeitigen Straf- oder Massnahmenantritt verweigern, wenn noch eine Verdunkelungsgefahr gegeben ist. Es liegt sodann auf der Hand, dass bei wegen Fluchtgefahr inhaftierten Beschuldigten eine im Vollzugsregime allenfalls mögliche Urlaubsgewährung kaum in Frage kommt. Es ist deshalb möglich, im Vollzugsregime entsprechende Einschränkungen (z.B. hinsichtlich Besuche, Postverkehr und der Urlaubsgewährung) vorzusehen.

### **253.7 Ersatzmassnahmen für Untersuchungs- und Sicherheitshaft (7. Abschnitt, Art. 250-253 VE)**

#### *Allgemeines (Art. 250 VE)*

Die ausserordentlich einschneidenden Zwangsmassnahmen der Untersuchungs- und Sicherheitshaft dürfen nur unter strenger Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips angeordnet werden. Insbesondere Art. 234 Abs. 2 VE weist darauf hin, dass die Haft nur verhängt werden darf, wenn ihre Zwecke, also vorab die Verhinderung der Flucht der Beschuldigten oder eine Verdunkelung der Beweislage, nicht mit anderen, weniger in die Freiheitsrechte der Betroffenen eingreifenden Massnahmen erreicht werden können<sup>88</sup>. Diese sind in Art. 250-253 VE geregelt<sup>89</sup>.

Abs. 1 wiederholt zunächst den *Grundsatz, dass anstelle Haft mildere Massnahmen anzuordnen sind, wenn die Haftzwecke auch mit solchen erreicht werden können*. Zu beachten ist, dass ebenfalls diese Ersatzmassnahmen *nur zulässig sind, wenn Haftgründe nach Art. 234 Abs. 1 VE gegeben sind*<sup>90</sup>.

Abs. 2 listet beispielhaft, also nicht abschliessend, Massnahmen auf, die anstelle von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft angeordnet werden können. Dieselben werden bereits in den geltenden Strafprozessordnungen erwähnt. Im Vordergrund steht die Sicherheitsleistung (Abs. 2 Bst. a), also die Fluchtkautions in Geld o.ä. (Art. 251-253 VE).

Abs. 3 verweist auf *neue technische Möglichkeiten*, um die Anwesenheit einer Person bzw. deren Bewegungen zu überwachen und schafft die gesetzliche Grundlage für den Einsatz solcher technischer Geräte. Sie sind in der Form des „*electronic monitoring*“<sup>91</sup> in verschiedenen Kantonen bereits im Einsatz, um neue Formen von Sanktionen, etwa die als eine Art Hausarrest vollzogenen kurzen Freiheitsstrafen zu überwachen<sup>92</sup>. Sie sind auch

<sup>88</sup> So bereits heute etwa in ZH StPO 72; BE StrV 177; LU StPO 83ter Abs. 2; UR StPO 115 Abs. 1 Ziff. 3; SZ StPO 26a OW StPO 75; NW StPO 64; GL StPO 55; FR StPO 110 Abs. 2; SO StPO 53; BS StPO 74 Abs. 1; BL StPO 79 Abs. 2; SH StPO 152; AR StPO 106 Abs. 1 Ziff. 3, 111 ff.; AI StPO 60 f.; SG StPO 138; AG StPO 83; TG StPO 116 Abs. 1; VD StPO 69 ff.; GE StPO 157; JU StPO 148 Abs. 2. In gleichem Sinne die Experten in Aus 29 mach 1 S. 111, allerdings mit dem Hinweis, dass solche angeordnet werden „*können*“.

<sup>89</sup> Zu diesen Ersatzmassnahmen nach geltendem Recht näher Aeschlimann 1997 N 1115 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Kommentierung von Art. 111 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 69 ff.; Clerc 1975 N 168 S. 174 f.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 43 ff.; Maurer 1999 276 ff.; Oberholzer 1994 349 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 110.20 ff.; Piquerez 2000 N 2438 ff.; Schmid 1997 N 717 ff.

<sup>90</sup> So deutlich Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 72 N 6; Piquerez 2000 N 2442; Schmid 1997 N 717. Ähnlich Oberholzer 349; Maurer 1999 277.

<sup>91</sup> Die Person trägt z.B. am Fussgelenk einen fest angebrachten kleinen Sender in der Grösse einer Zigarettenschachtel, dessen Signale erlauben, genau festzustellen, wo sich die betreffende Person befindet, also z.B., ob sie das Haus, in dem sie sich aufhalten soll, verlässt, vgl. Aebersold 1998 368.

<sup>92</sup> Hierzu Aebersold 1998 367 ff.



einsetzbar, um die Weisung, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten oder einer Arbeit nachzugehen (Abs. 2 Bst. c und eventuell Bst. e) zu überwachen.

*Wer soll diese Ersatzmassnahmen anordnen?* In vielen Kantonen sind die Untersuchungsbehörden zuständig<sup>93</sup>, in anderen der Haftrichter<sup>94</sup>, während wiederum in anderen die Zuständigkeiten nicht klar geregelt sind<sup>95</sup>. Praktikabilitätsgründe würden an sich für die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft zur Anordnung solcher Ersatzmassnahmen während der Voruntersuchung sprechen. Weil aber Massnahmen, die einem Entzug der Bewegungsfreiheit gleichkommen, unter Art. 5 EMRK fallen und der Entscheid, inwieweit einzelne der Ersatzmassnahmen von Abs. 2 als einem Freiheitsentzug gleichkommende Beschränkungen der Bewegungsfreiheit zu qualifizieren sind, im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten könnte<sup>96</sup>, ist eine solche Kompetenzzuweisung problematisch. Um entsprechenden Abgrenzungsproblemen aus dem Weg zu gehen sowie im Interesse einer klaren, einfachen Regelung wird im Vorentwurf die Befugnis zur Anordnung von Ersatzmassnahmen den gleichen Behörden zugewiesen, die über die Anordnung von Haft zu befinden haben. Es ist ebenfalls sinnvoll, dafür sinngemäss das gleiche Verfahren vorzusehen (Abs. 4 und 5). Dies bedeutet vereinfacht ausgedrückt, dass die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht einen entsprechenden Antrag zu unterbreiten hat (näher Art. 235 ff. VE).

*Der Entscheid über die Anordnung von Ersatzmassnahmen ist ebenfalls endgültig* (vgl. Art. 238 Abs. 6 VE). Ähnlich wie in Art. 241 VE ist eine Beschwerde gegen entsprechende Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts erst nach sechs Monaten zulässig (Abs. 6).

Abs. 7 sieht vor, dass *Ersatzmassnahmen widerrufen oder abgeändert* werden können, wenn sich die Sachlage geändert hat (z.B. neue Hinweise auf eine akute Fluchtgefahr) oder die Beschuldigten sich nicht an Auflagen hielten. Eine solche nachträgliche Anordnung der Untersuchungshaft ist nur zulässig, wenn die Haftgründe nach wie vor bestehen und Ersatzmassnahmen nicht ausreichend sind.

*Sicherheitsleistung (Art. 251 VE); Freigabe der Sicherheitsleistung (Art. 252 VE); Verfall der Sicherheitsleistung (Art. 253 VE)*

Die Vorschriften über die Sicherheitsleistung in Art. 251-253 VE entsprechen inhaltlich den Regelungen in den meisten Kantonen für solche Fluchtkautionen<sup>97</sup>. Es werden keine erheblichen Abweichungen vorgeschlagen. Neu dürfte aber die Bestimmung von Art. 253 Abs. 2 Bst. a VE sein, wonach bei Verfall der Sicherheitsleistung diese analog zur

<sup>93</sup> Siehe etwa UR StPO 113, 115; OW StPO 70 Abs. 2; NW StPO 64; GL StPO 54; ZG StPO 16 Abs. 2; FR StPO 110 ff.; BL StPO 79; SH StPO 157; AR StPO 106; GR StPO 86; AG StPO 79; TG StPO 107, 115 Abs. 2; VD StPO 69; NE StPO 117 ff.

<sup>94</sup> Vgl. BE StrV 185 Abs. 2; BS StPO 74 Abs. 3; SG StPO 126, 134, 138.

<sup>95</sup> So etwa ZH StPO 72 und 74, hierzu Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 72 N 15; Rehberg/Hohl 1992 46; Schmid 1997 N 717a.

<sup>96</sup> Hierzu näher Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 Vorbem. §§ 49 ff. N 16; § 72 N 16.

<sup>97</sup> Vgl. etwa ZH StPO 73; BE StrV 178; LU StPO 83ter Abs. 2; UR StPO 120 ff.; SZ StPO 34 Abs. 2 und 3; OW StPO 70 ff.; NW StPO 65 f.; GL StPO 55; ZG StPO 17 Abs. 2; FR StPO 120; SO StPO 51 f.; BS StPO 74 Abs. 2-5; BL StPO 79 f.; SH StPO 167 ff.; AR StPO 111 ff.; AI StPO 61; SG StPO 134 ff.; GR StPO 86; AG StPO 78 ff.; TG StPO 115; TI StPO 110 ff.; VD StPO 69 ff.; VS StPO 76 Ziff. 2 und 77 ff.; NE StPO 123 ff.; GE StPO 155 ff.; JU StPO 148 ff. Zu diesen Regelungen vgl. sodann Aeschlimann 1997 N 1118 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 69 ff.; Donatsch in Donatsch/Schmid 1996 § 73 N 1 ff., § 74 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 68 N 43 f.; Maurer 1999 278 f.; Oberholzer 1994 350 f.; Piquerez 2000 N 2444 ff.; Poncet 1978 Kommentierung von Art. 155; Schmid 1997 N 719 f.

Bestimmung bei der Einziehung in Art. 60/nArtikel 73 StGB in erster Linie zur *Deckung der Ansprüche der Geschädigten, d.h. der Privatklägerschaft* verwendet werden soll.

## **254            Durchsuchung und Untersuchungen (4. Kapitel; Art. 254-272 VE)**

Zum Auffinden von Beweismitteln, Vermögenswerten oder Personen kann es nötig werden, *Sachen* wie Fahrzeuge oder Behältnisse sowie Häuser oder Wohnungen zu durchsuchen (Durchsuchungen und Hausdurchsuchungen). Solche Suchmassnahmen können sich aber auch gegen *Personen* richten, wobei je nach Intensität der Suche von einer Personendurchsuchung oder aber einer Untersuchung gesprochen wird. Die verschiedenen Zwangsmassnahmen in diesem 4. Kapitel werden unter dem Oberbegriff der Durchsuchungen und Untersuchungen zusammengefasst. Den verschiedenen Arten der Durchsuchungen und Untersuchungen ist ein Abschnitt mit allgemeinen Bestimmungen, die für alle diese Zwangsmassnahmen gelten, vorangestellt.

Durchsuchungen und Untersuchungen dienen dem Auffinden von verfahrensrelevanten Sachen und Vermögenswerten sowie Personen. Um diese anschliessend zu sichern, sind entweder Beschlagnahmungen (Art. 273 ff. VE) oder freiheitsentziehende Massnahmen (Art. 229 ff. VE) wie Untersuchungshaft erforderlich. Durchsuchungen und Untersuchungen haben somit mit Blick auf die nachfolgende Beschlagnahmung oder Verhaftung üblicherweise nur vorbereitenden Charakter.

### **254.1            Allgemeine Regeln (1. Abschnitt, Art. 254-259 VE)**

*Begriff (Art. 254 VE); Anordnung (Art. 255 VE)*

Auf den Begriff und die Zielsetzung dieser Durchsuchungen und Untersuchungen wurde vorstehend hingewiesen. Für die Anordnung von Durchsuchungen und Untersuchungen sind *grundsätzlich Staatsanwaltschaft und Gerichte* zuständig. Für die Einzelheiten gilt Art. 210 VE. Ausser in Fällen zeitlicher Dringlichkeit ist ein schriftlicher Befehl erforderlich, dessen notwendiger Inhalt sich aus Art. 255 Abs. 2 VE ergibt. Näheres zur Durchführung regelt Art. 257 VE.

Ist Gefahr im Verzug, ist auch die *Polizei* zur Anordnung von Durchsuchungen und Untersuchungen in beschränktem Umfang zuständig (näher Art. 255 Abs. 3 VE). Die Polizei ist vor allem befugt, im Zusammenhang mit Anhaltungen (Art. 226 und 228 VE) sowie vorläufigen Festnahmen (Art. 229 VE) die betreffenden Personen zu durchsuchen, namentlich, wenn dies zu ihrer eigenen Sicherheit oder jener Anderer als notwendig erscheint. Unter einer „einfachen körperlichen Untersuchung“ wird beispielsweise die Inspektion der Mundhöhle verstanden. Für Durchsuchungen und Untersuchungen im *Übertretungsverfahren* gilt Art. 420 Abs. 2 VE.

*Durchsuchungen und Untersuchungen bei aussage- und zeugnisverweigerungsberechtigten Personen (Art. 256 VE)*

Die Frage, inwieweit aussage- und zeugnisverweigerungsberechtigte Personen *von den Zwangsmassnahmen der Durchsuchung oder Untersuchung ausgenommen* sind, wird in den bisher geltenden kantonalen Rechten - wenn überhaupt – nicht einheitlich geregelt und auch in der strafprozessualen Literatur unterschiedlich beantwortet. Damit eng gekoppelt ist das Problem, inwieweit die bei diesen Personen aufgefundenen Beweismittel, Sachen,

Vermögenswerte usw. der *Beschlagnahme unterliegen*. Art. 256 Abs. 1 VE beschränkt sich deshalb darauf, Durchsuchungen und Untersuchungen bei aussage- und zeugnisverweigerungsberechtigten Personen gegen deren Willen zuzulassen, soweit damit nach Gegenständen (darunter fallen auch sachliche Beweismittel wie Tatwaffen, Urkunden etc.) und Vermögenswerten gesucht wird, die der Beschlagnahme unterliegen. Bei welchen dieser Gegenstände etc. dies der Fall ist, regelt Art. 274 VE.

Für den *Sonderfall der körperlichen Untersuchungen* nach Art. 264-266 VE wird auf die Regelung von Art. 264 Abs. 3 VE verwiesen.

#### *Durchführung (Art. 257 VE)*

Art. 257 VE normiert einige *Grundregeln*, die bereits dem geltenden schweizerischen Strafprozessrecht im Zusammenhang mit der Durchführung von Durchsuchungen und Untersuchungen bekannt sind. Neben diesen allgemeinen Regeln sind noch die *besonderen Vorschriften im Zusammenhang mit den verschiedenen Massnahmen* zu beachten, etwa jene bei der Hausdurchsuchung in Art. 261 VE oder bei der körperlichen Untersuchung in Art. 266 VE.

#### *Zufallsfunde (Art. 258 VE)*

Bei Durchsuchungen und Untersuchungen, die durch den dringenden Tatverdacht hinsichtlich eines bestimmten Delikts ausgelöst wurden, kommen gelegentlich Beweise oder Tathinweise ans Tageslicht, die auf eine bisher nicht bekannte oder mindestens nicht verfolgte andere Straftat derselben oder anderer Beschuldiger hinweisen. Ob solche *Zufallsfunde* ausgewertet, d.h. als Beweis für ein neues Strafverfahren gegen die gleichen oder bisher nicht verfolgte Beschuldigten verwendet werden dürfen, war bisher in den schweizerischen Strafprozessgesetzen nur sehr vereinzelt geregelt<sup>98</sup>. Die Strafprozessliteratur hat die Zulässigkeit der Auswertung von Zufallsfunden im Grossen und Ganzen eher bejaht<sup>99</sup>, und auch in den wenigen publizierten Gerichtsentscheiden ist sie bisher zugelassen worden<sup>100</sup>.

Art. 258 VE schafft eine *klare gesetzliche Grundlage für die Zulässigkeit der Verwertung solcher Zufallsfunde* gegen die bisherigen und auch neue Beschuldigte. Voraussetzung ist, dass die Beweiserhebung auch hinsichtlich dieser neu entdeckten Delikte bzw. neu zu erfassenden Straftäter zulässig gewesen wäre<sup>101</sup>. Die Zulassung der Zufallsfunde als Beweismittel ändert im Übrigen nichts daran, dass die *Beweisforschung* („*fishing expedition*“), d.h. eine ohne vorbestehenden Tatverdacht hin veranlasste Durchsuchung, die einen bisher nicht dokumentierbaren Verdacht erst begründen soll, verboten bleibt.

#### *Siegelung (Art. 259 VE)*

Den meisten schweizerischen Strafprozessgesetzen ist die Siegelung bekannt<sup>102</sup>. Sie dient vor allem dazu, bei der Durchsuchung und Beschlagnahmung von Schriftstücken und weiteren

<sup>98</sup> Vgl. BE StrV 154; SH StPO 191. Beschränkt auf Zufallsfunde aus Überwachungen des Fernmeldeverkehrs ZH StPO 104d Abs. 3; BE StrV 160 Abs. 1.

<sup>99</sup> Aeschlimann 1997 N 987 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 36; Maurer 1999 248 f., 259 f.; Piquerez 2000 N 2524 ff., 2569; Schmid 1997 N 725. Zweifel an der Zulässigkeit ohne gesetzliche Grundlage Brun 1996 67 ff.; Oberholzer 1994 371. Für Zulassung nur bei schweren Delikten Bénédict 1994 191 ff., 194.

<sup>100</sup> Neuerdings m.w.H. RKG 1998 Nr. 121 = ZR 99 (2000) Nr. 3.

<sup>101</sup> M.w.H. Schmid 1997 N 725; Maurer 1999 248.

<sup>102</sup> Siehe etwa BSTP 69; VStR 50; ZH StPO 101 f.; BE StrV 149; UR StPO 131 Abs. 3; SZ StPO 40 Abs. 1; OW StPO 84 Abs. 2; NW StPO 81 Abs. 2; FR StPO 124 Abs. 4, 130 Abs. 6; SO StPO 58 Abs. 3; BS StPO 80 Abs. 3; BL StPO 94; SH StPO 188 f.; AR StPO 123; AI StPO 68 Abs. 3; AG StPO 90 Abs. 2; SG StPO

Aufzeichnungen *Geheimhaltungsinteressen von unbeteiligten Dritten, aber auch der Beschuldigten selbst*, dadurch zu schützen, dass diese Beweisstücke nicht ohne weiteres und sofort als Beweisstücke ausgewertet werden dürfen. Die Siegelung bewirkt, dass die Schriftstücke für die Strafverfolgungsbehörden zunächst verschlossen und nicht zugänglich bleiben. Nur wenn eine Gerichtsbehörde eine Entsiegelung bewilligt, dürfen sie als Beweise zu den Akten genommen werden<sup>103</sup>.

Art. 259 VE schafft die Möglichkeit, eine Siegelung zu verlangen und lässt diese auf breiterer Ebene zu, als dies in den meisten schweizerischen Prozessgesetzen bisher der Fall war: Eine Siegelung kann nicht nur im Zusammenhang mit der Durchsuchung und Beschlagnahme von Aufzeichnungen im weiteren Sinne, sondern bei allen beweisrelevanten Gegenständen verlangt werden. Eine Siegelung kann zudem verlangt werden, wenn die Berechtigten behaupten, dass eine Durchsuchung oder Beschlagnahme wegen *Bestehens eines Aussageverweigerungsrechts und damit Beschlagnahmeverbotes* (Art. 274 VE) oder *aus anderen Gründen* nicht erfolgen dürfe. Soll z.B. im Rahmen einer Strafuntersuchung gegen einen Beschuldigten wegen einem Vermögensdelikt bei seinem Anwalt ein kostbarer Gegenstand beschlagnahmt werden, der als Beweismittel oder allenfalls auch als Einziehungsobjekt in Frage kommt, und erklärt der Anwalt, dieser Gegenstand stamme im Sinne von Art. 274 Abs. 1 VE „aus dem Verkehr mit dem Beschuldigten“ und dürfe nicht beschlagnahmt werden, so kann die Siegelung verlangt werden. Art. 274 Abs. 5 VE verweist im Übrigen im Zusammenhang mit der Beschlagnahme generell auf dieses Siegelungsrecht.

Die *Detailbestimmungen zur Siegelung entsprechen im Wesentlichen dem üblichen geltenden Recht*. Neu dürften die Bestimmungen sein, die der Beschleunigung dienen und verhindern sollen, dass mit Siegelungsgesuchen Verfahren während langer Zeit blockiert werden<sup>104</sup>: Abs. 3 verpflichtet die beschlagnahmende Strafbehörde, das Entsiegelungsverfahren innert zwanzig Tagen einzuleiten, ansonsten die versiegelten Aufzeichnungen und Gegenstände den Berechtigten auf deren Antrag hin zurückgegeben werden. Die zur Entsiegelung zuständige Behörde (Abs. 2) hat ihren *Entscheid innert Monatsfrist zu fällen*. Dieser Entscheid ist endgültig und trägt damit ebenfalls zur Beschleunigung bei.

## 254.2 Hausdurchsuchung (2. Abschnitt, Art. 260-261 VE)

Grundsatz (Art. 260 VE); Durchführung (Art. 261 VE)

Die vorgeschlagenen Bestimmungen über die Hausdurchsuchung gleichen weitgehend dem in Bund<sup>105</sup> und in den meisten Kantonen<sup>106</sup> geltenden Recht<sup>107</sup>. Der Hausdurchsuchungsbefehl

---

150 Abs. 2; VS StPO 103 Ziff. 4; NE StPO 170 Abs. 2; Versiegelung (*scellés*) in anderem Sinne (vor allem bei Hausdurchsuchungen) etwa in VD StPO 168, 177.

<sup>103</sup> Zum Institut der Siegelung näher Aeschlimann 1997 N 971 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 70 N 21 ff.; Maurer 1999 235 f.; Oberholzer 1994 377 ff.; Piquerez 2000 N 2540; Schmid 1997 N 735 ff. Vgl. auch Aus 29 mach 1 S. 115 Mitte.

<sup>104</sup> Aus Zürich sind Fälle bekannt, in denen Entsiegelungsverfahren mehrere Jahre dauerten, während welcher Zeit die Strafverfahren ruhen mussten.

<sup>105</sup> BStP 67 f.; VStrR 48 f.; MStP 66.

<sup>106</sup> Siehe ZH StPO 88 ff.; BE StrV 159 ff.; LU StPO 120 ff.; UR StPO 129 f.; OW StPO 81 f.; NW StPO 79 f.; GL StPO 62, ZG StPO 21, FR StPO 126 ff.; SO StPO 57; BS StPO 79, BL StPO 95 ff.; SH StPO 181 ff.; AR StPO 121 f.; AI StPO 66, SG StPO 146 f., GR StPO 94; AG StPO 89; TG StPO 128; TI StPO 157 ff.; VD StPO 210, 212 ff.; VS StPO 96, NE StPO 167 ff.; GE StPO 178 ff.; JU StPO 202 f. – Gleich in der Sache Aus 29 mach 1 S. 116.

<sup>107</sup> Allgemein zur Hausdurchsuchung Aeschlimann 1997 N 975 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 210 und 212 ff.; Clerc 1975 N 173; Hauser/Schweri 1999 § 70 N 10 ff.; Maurer 1999 244 ff.; Oberholzer 1994 369 ff.; Piquerez 2000 N 2510 ff.; Schmid 1997 N 737 ff.

nach Art. 261 VE entspricht dem gemäss Art. 210 VE für Zwangsmassnahmen allgemein vorgesehenen schriftlichen Befehl.

### 254.3 Durchsuchung von Personen (3. Abschnitt, Art. 262-263 VE)

*Grundsatz (Art. 262 VE), Durchführung (Art. 263 VE)*

Die Durchsuchung von Personen, auch *Leibesvisitation* genannt, stellt einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar und bedarf einer gesetzlichen Grundlage, die in den geltenden Prozessgesetzen nur teilweise vorhanden ist<sup>108</sup>. Eine Personendurchsuchung liegt zunächst in der Kontrolle von *Kleidern sowie der Körperoberfläche*, aber auch von *mitgeführten Sachen, Behältnissen wie Taschen oder Koffer* sowie von *Fahrzeugen*, also Autos, Lastwagen etc. Dabei wird nach Beweisen und Beweisgegenständen wie mitgeführtem Deliktsgut, gestohlenen Gegenständen oder anderweitig deliktischen Vermögenswerten gesucht, bei der Durchsuchung von Körperoberfläche oder Kleidern auch nach Beweisen wie Biss- oder Kratzwunden, Blut- oder Spermaflecken u.ä. Da die Personendurchsuchung somit in einem relativ breiten Sinn geregelt wird, fällt auch die sogenannte *Sach- oder Effektdurchsuchung* darunter, die in den geltenden Strafprozessordnungen teilweise gesondert<sup>109</sup>, teilweise aber zusammen mit der Personendurchsuchung geregelt ist<sup>110</sup>. Ein Unterfall der Durchsuchung (und auch der Hausdurchsuchung) stellt die *Durchsuchung von Aufzeichnungen* nach Art. 271 f. VE dar, bei der gewisse Sonderregeln zu beachten sind.

Zur Personendurchsuchung wird nach der hier vorgenommenen Abgrenzung ebenfalls die *Kontrolle von Körperöffnungen* wie Mund, After usw. gezählt, wobei Durchsuchungen, die das Körperinnere betreffen und eigentlich medizinische Untersuchungen und Eingriffe bedingen, den körperlichen Untersuchungen nach Art. 264-266 VE zuzurechnen sind<sup>111</sup>.

Personendurchsuchungen können von *Staatsanwaltschaft und Gerichten, in dringenden Fällen von der Polizei, angeordnet und durchgeführt werden* (Art. 255 und 257 VE). Falls sie in den Intimbereich der Betroffenen eingreifen, sind sie nach Art. 257 Abs. 3 VE von Personen gleichen Geschlechts und allenfalls einer Ärztin oder einem Arzt durchzuführen;

Art. 262 Abs. 2 VE verweist auf den *Sonderfall der erkennungsdienstlichen Behandlung*, der in Art. 320 ff. VE normiert ist.

### 254.4 Körperliche Untersuchung im Allgemeinen (4. Abschnitt, Art. 264-266 VE)

*Grundsatz (Art. 264 VE)*

Im Gegensatz zu den Personendurchsuchungen, die je nach Sachlage bereits die Intimsphäre tangieren können, *greifen die körperlichen Untersuchungen nach Art. 264-266 VE*

<sup>108</sup> Vgl. neuere Gesetze wie BE StrV 146 f.; UR StPO 132; OW StPO 80; NW Polizeigesetz 67; FR StPO 129; BS StPO 78; BL StPO 91; SH StPO 185; AR StPO 124; AI StPO 68, Abs. 1, 79 Abs. 1 Bst.c; SG StPO 148; TG StPO 130 Abs. 1; NE StPO 172; GE Polizeigesetz 17 f.

<sup>109</sup> Siehe etwa BL StPO 91, 94 ff.; NE StPO 167, 172, 170. Hauser/Schweri 1999 § 70 N 8 f. In Aus 29 mach 1 S. 116 f. Durchsuchung von Personen, Fahrzeugen und Effekten genannt.

<sup>110</sup> BE StrV 146 f.; UR StPO 132; OW StPO 80; BS StPO 78; SH StPO 185; AR StPO 124; AI StPO 67; SG StPO 148.

<sup>111</sup> Zur Personenuntersuchung, die teilweise anders abgegrenzt wird, Aeschlimann 1997 N 969 f.; Clerc 1975 N 171 No. 2 lit. a; Hauser/Schweri 1999 § 70 N 15 ff.; Maurer 1999 243 f.; Oberholzer 1994 373; Piquerez 2000 N 2494 ff.; Schmid 1997 N 726.

*regelmässig in die körperliche und geistige Integrität der Betroffenen* ein. Sie bedürfen deshalb unbestrittenermassen einer gesetzlichen Grundlage<sup>112</sup>. Wegen der höheren Intensität des Eingriffs sind solche körperlichen Untersuchungen verglichen mit der Personendurchsuchung nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zuzulassen.

Art. 264 VE umreisst die Voraussetzungen: Allgemein muss eine solche körperliche Untersuchungen aus Beweisgründen oder zur Abklärung der Zurechnungsfähigkeit erforderlich sein. Nach Abs. 1 sind abgesehen vom Sonderfall von Art. 265 VE zur *Anordnung nur Staatsanwaltschaft und Gerichte* zuständig.

Staatsanwaltschaft und Gerichte sind befugt, zur Durchführung dieser Untersuchungen auch *leichtere medizinische Eingriffe anzuordnen*, soweit diese erforderlich und mit Blick auf die verfolgten Straftaten verhältnismässig sind (Abs. 2). Neben den im Vordergrund stehenden Entnahmen von Blut und anderen Körperflüssigkeiten, Haaren etc. ist an Untersuchungen des Magen-Darmtraktes zum Auffinden von Deliktsgut (ein verschluckter Diamantring; sog. Bodypacking von Drogen), Röntgenuntersuchungen, gynäkologische Abklärungen u.ä. zu denken<sup>113</sup>.

Fraglich ist, inwieweit *Nichtbeschuldigte, vor allem zeugnisverweigerungsberechtigte Angehörige der Beschuldigten, gegen ihren Willen* solchen körperlichen Untersuchungen unterzogen werden sollen. Hierzu ist zu bemerken, dass in einzelnen Kantonen die gesetzliche Grundlage, um Nichtbeschuldigte gegen ihren Willen diesen Untersuchungen auszusetzen, bisher nicht vorhanden war; es wurde deshalb angenommen, dass sie nicht zulässig seien<sup>114</sup>. Nach verschiedenen Prozessgesetzen wird die Untersuchung erlaubt, soweit diese für die Aufdeckung einer Tat nötig ist<sup>115</sup>. Abs. 3 sieht vor, dass sich diese Personen grundsätzlich keiner körperlichen Untersuchungen unterziehen müssen. Im Sinne einer Interessenabwägung ist eine solche Pflicht aber vorgesehen, wenn es um die Abklärung schwerer Verbrechen oder Vergehen nach der in dieser Bestimmung erscheinenden Liste von Straftaten geht<sup>116</sup>. Weiter wird vorausgesetzt, dass die Untersuchung für die Verfolgung der Straftat erforderlich ist, also der Nachweis bei Verzicht auf dieses Beweismittel nicht zu führen wäre. Es wird hier somit eine Bestimmung analog zu Art. 176 Abs. 2 VE für die Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrecht vorgeschlagen. Dies bedeutet, dass sich auch das Opfer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG untersuchen lassen muss. Die Aussageverweigerungsrechte des Opfers nach Art. 7 Abs. 2 OHG, die in Art. 181 Abs. 4 VE übernommen werden sollen, bleiben allerdings unangetastet. Die unterschiedliche Regelung der Pflichten zur Duldung von solchen Untersuchungen einerseits und zur Aussage andererseits ist darin begründet, dass dem Opfer eine aktive Rolle im Verfahren, nämlich das Machen von Aussagen, erspart bleiben soll, während ihm das passive Dulden dieser Untersuchungen zuzumuten ist.

<sup>112</sup> Heutige Regelungen siehe etwa BStP 73ter; MStP 65; ZH StPO 123 ff. und 156 f.; BE StrV 161 f.; LU StPO 78; UR StPO 137; SZ StPO 38; OW StPO 87; NW StPO 82; FR StPO 131 ff.; SO StPO 60; BS StPO 77; BL StPO 92; SH StPO 197 ff.; AR StPO 132 ff.; AI StPO 69; SG StPO 161 ff.; GR StPO 93; AG StPO 91 f.; TG StPO 130 f.; TI StPO 157 Abs. 2; NE StPO 173; GE StPO 110; JU StPO 180 f. Allgemein zu diesen körperlichen Untersuchungen Aeschlimann 1997 N 1029 ff; Clerc 1975 N 171 No. 2 lit.b; Hauser/Schweri 1999 § 72 N 1 ff.; Maurer 1999 261 f.; Oberholzer 1994 382 ff.; Piquerez 2000 N 2590 ff.; Poncet 1978 Kommentierung Art. 110; Schmid 1997 N 728 f. sowie Aus 29 mach 1 S. 117.

<sup>113</sup> Zu diesen Möglichkeiten Aeschlimann 1997 N 1032; Hauser/Schweri 1999 § 72 N 2; Oberholzer 1994 383; Piquerez 2000 N 2599; Schmid 1997 N 728 sowie Aus 29 mach 1 S. 117.

<sup>114</sup> So z.B. ZH StPO 124. Zur Thematik vgl. Schmid 1997 N 724; Piquerez 2000 N 2592.

<sup>115</sup> BStP 73ter Abs. 3; BE StrV 161 Abs. 2; NW StPO 82 Abs. 2; OW StPO 87 Abs. 2; FR StPO 131 Abs. 2 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 131.6 ff.); BS StPO 77 Abs. 2; BL StPO 92 Abs. 2; SH StPO 197 Abs. 2; AR StPO 132 Abs. 2; GR StPO 95a Abs. 1; SG StPO 161 Abs. 2; AG StPO 92; TG StPO 130 Abs. 2; NE StPO 173 Abs. 2; JU StPO 180 Abs. 4.

<sup>116</sup> In der Tendenz ebenso Aus 29 mach 1 S. 117.

### *Blut- und Urinproben (Art. 265 VE)*

Im Zusammenhang mit Strassenverkehrs- sowie Drogendelikten sind zur Feststellung der Alkoholisierung oder eines Drogenkonsums der betreffenden Beschuldigten oft *Blut-, Magen- und Urinproben* zu entnehmen. Ist nach Art. 339 VE bereits ein Verfahren eröffnet, sind zur Anordnung Staatsanwaltschaft und Gerichte zuständig (Art. 264 Abs. 1 VE). Die Notwendigkeit solcher Untersuchungen dürfte sich aber im Regelfall vor Einschaltung der Staatsanwaltschaft ergeben, also zumeist zu Beginn der polizeilichen Ermittlungen. In diesem Fall darf die Polizei diese Routineuntersuchungen anordnen. Wünschenswert wäre, wenn Bund und Kantone diese Befugnisse nach Art. 209 Abs. 3 VE höheren Funktionärinnen oder Funktionären der Polizei zuweisen (Abs. 1).

Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit bei *Verdacht auf Fahren in angetrunkenem Zustand die Polizei bei offensichtlich gegebenen Grenzwerten eine Blutprobe anordnen darf*, ist strittig<sup>117</sup>. Vor allem ist unklar, ob die Blutprobe zulässig ist, wenn der üblicherweise zuerst durchgeführte Atemlufttest ein Resultat liefert, das unterhalb der geltenden Angetrunkenheitsgrenze (von zur Zeit 0,8 ‰) liegt. Weil die Ergebnisse eines Atemlufttests von den zuverlässigeren Resultaten der nachfolgenden Blutprobe abweichen können, schliesst ein Atemluftresultat von 0,6 ‰ einen nachfolgenden Wert, der eine Angetrunkenheit im Sinne von Art. 91 SVG darstellt, keineswegs aus. Um die Frage der Zulässigkeit von Blutproben in solchen Fällen zu klären, darf nach Abs. 2 eine Blutprobe erfolgen, wenn das Ergebnis des Atemlufttests 20% unter der jeweils geltenden Toleranzgrenze liegt<sup>118</sup>.

Zur Zeit ist im Parlament eine Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes vom 31. März 1999 hängig<sup>119</sup>; die damit vorgeschlagene Änderung von Art. 55 geht in eine ähnliche Richtung wie der hier präsentierte Vorschlag. Die Gesetzgebung wird im gegebenen Zeitpunkt zu koordinieren sein. Es wird auch zu prüfen sein, ob diese bisher für Alkoholproben im Strassenverkehr anwendbare Bestimmung aufzuheben ist.

### *Durchführung (Art. 266 VE)*

Entgegen der Durchsuchung von Personen nach Art. 262 und 263 VE, die im Regelfall von den Strafbehörden selbst, zumeist wohl von der Polizei, vorgenommen wird, müssen körperliche Untersuchungen von Ärztinnen oder Ärzten ausgeführt werden. Der Sonderfall der *stationären Untersuchung*, also der Einweisung der Beschuldigten in eine Klinik zur Begutachtung, richtet sich nach Art. 195 VE

## **254.5 DNA-Analysen (5. Abschnitt, Art. 267 - 268 VE)**

Die DNA-Analyse hat in neuerer Zeit in der Strafverfolgung eine grosse Bedeutung erlangt, obwohl dazu in den Strafprozessgesetzen keine Regeln zu finden sind. Bisher ist davon ausgegangen worden, sie sei nach den allgemeinen Bestimmungen, die eine körperliche Untersuchung zulassen, auch ohne besondere gesetzliche Grundlage gestattet<sup>120</sup>. Es dürfte unbestritten sein, dass solche Analysen zur Abklärung von Straftaten zulässig sein müssen. Zur Zeit sind Bestrebungen im Gange, den heiklen Bereich dieser genetischen

<sup>117</sup> Hierzu vor allem Oberholzer 1994 384 ff.

<sup>118</sup> So schon bisher SG StPO 163 Abs. 2.

<sup>119</sup> Vgl. BBl 1999 4462 ff.

<sup>120</sup> Zur DNA-Analyse m.w.H. Hauser/Schweri 1999 § 72 N 8 ff.; Oberholzer 1994 383; Schmid 1997 N 728. Für Schaffung einer gesetzlichen Grundlage Aus 29 mach 1 S. 119, 126 f. und Stimmen in den Hearings, vgl. Hearings 17, 94, 109.

Untersuchungen vor allem mit Blick auf das Strafverfahren in einem Bundesgesetz zu regeln<sup>121</sup>. Soweit dieses Bundesgesetz strafprozessuale Normen enthält, sind diese im gegebenen Zeitpunkt in die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung zu integrieren.

#### **254.6 Untersuchungen bei aussergewöhnlichen Todesfällen; Obduktion (6. Abschnitt, Art. 269 - 271 VE)**

##### *Aussergewöhnliche Todesfälle (Art. 269 VE)*

Die schweizerischen Strafprozessgesetze enthalten meistens besondere Vorschriften zum behördlichen Vorgehen bei aussergewöhnlichen Todesfällen. Bei diesen Todesfällen ist entweder die Identität des Verstorbenen nicht bekannt oder es ist nicht sofort ersichtlich, ob eine natürliche Todesursache gegeben ist<sup>122</sup>. Art. 269 VE schafft die gesetzliche Grundlage für sog. *Legalinspektionen*. Falls erforderlich können auch allfällige weitere notwendige Erhebungen vorgenommen werden.

Wenn nach den ersten Untersuchungen die Todesursache nicht geklärt werden kann, ist eine *Obduktion* durchzuführen (Abs. 4). Danach ist die Leiche im Regelfall zur Bestattung freizugeben. Abs. 5 erlaubt, den Leichnam für eine gewisse Zeit oder nur ein bestimmtes Organ zurückzubehalten und zu konservieren.

##### *Exhumation (Art. 270 VE)*

Art. 270 VE schafft die *gesetzliche Grundlage* für die Exhumierung oder die Öffnung einer Aschenurnen.

#### **254.7 Durchsuchung von Aufzeichnungen (7. Abschnitt, Art. 271 - 272 VE)**

##### *Grundsatz (Art. 271 VE)*

Sind im Rahmen einer Personen- (Art. 262 VE) oder einer Hausdurchsuchung (Art. 260 und 261 VE) Aufzeichnungen zu durchsuchen, so sind neben den Vorschriften für die Personen- oder Hausdurchsuchung die besonderen Regeln dieses Abschnittes zu beachten, weil bei Aufzeichnungen in besonderer Weise schützenswerte Geheimnisse des Inhabers oder Dritter tangiert werden können<sup>123</sup>. Sie sind auch den geltenden Strafprozessordnungen zumeist bekannt<sup>124</sup>. Art. 271 VE schafft die gesetzliche Grundlage für solche Durchsuchungen.

<sup>121</sup> BG über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem und vermissten Personen (DNA-Profil Gesetz), Entwurf und Botschaft des Bundesrats vom 8.11.2000, BBl 2001 29.

<sup>122</sup> Siehe z.B. MStP 69; ZH StPO 118 ff.; BE StrV 165 f.; LU StPO 112 f.; UR StPO 139; SZ StPO 44; OW StPO 89; NW StPO 93; GL StPO 66 ff.; FR StPO 140; SO StPO 61; BL StPO 66 ff.; SH StPO 202 f.; AR StPO 135 f.; AI StPO 77; GR StPO 96; SG StPO 164; AG StPO 94, 116 f.; TG StPO 104; TI StPO 150 ff.; VD StPO 232; NE StPO 98 f., 174; GE StPO 70a, 112a, 123a; JU StPO 184. Allgemein Aeschlimann 1997 N 1039 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 72 N 25; Maurer 1999 225 f.; Oberholzer 1994 289; Piquerez 2000 N 2605 f.; Schmid 1997 N 728.

<sup>123</sup> Allgemein Aeschlimann 1997 N 971 ff.; Clerc 1975 N 172 a.A.; Hauser/Schweri 1999 § 70 N 21 ff.; Oberholzer 1994 373 ff.; Piquerez 2000 N 2535 ff.; Schmid 1997 N 734 ff.

<sup>124</sup> Siehe etwa BStP 69; ZH StPO 100 ff.; BE StrV 148 f.; UR StPO 131; SZ StPO 40 Abs. 1; OW StPO 83 f.; NW StPO 81; GL StPO 59; FR StPO 130; SO StPO 58; BS StPO 80; BL StPO 94; SH StPO 186 ff.; AR StPO 123; AI StPO 68; SG StPO 149 ff.; GR StPO 95 Abs. 2; AG StPO 90; TG StPO 129; TI StPO 164; VS StPO 103; NE StPO 170.



Aufzeichnungen sind *alle Informationen, die auf Papier, Ton- oder Bildaufnahmen oder anderen Datenträgern gespeichert sind*, insbesondere auch jene, die sich elektronisch gesichert in *Datenverarbeitungs- oder Speicheranlagen* befinden.

*Durchführung (Art. 272 VE)*

Art. 272 VE weist auf einige *Besonderheiten dieser Durchsuchung* hin, um auf allfällige Geheimhaltungsinteressen der Inhaber der zu durchsuchenden Aufzeichnungen oder involvierter Dritter Rücksicht zu nehmen.

Abs. 1 gewährt den Betroffenen anders als bei Zwangsmassnahmen üblich *vorgängig das rechtliche Gehör*.

Abs. 2 verpflichtet die Strafbehörden, auf die erwähnten Geheimhaltungsinteressen Rücksicht zu nehmen. Dazu dient die in Abs. 3 vorgesehene Möglichkeit, für die *Ausscheidung der relevanten von den irrelevanten sowie der schützenswerten von den nicht zu schützenden Unterlagen eine fachkundige Person beizuziehen*, also beispielsweise den Direktor des rechtsmedizinischen Instituts bei der Durchsuchung der Patientenunterlagen eines Arztes oder den Präsidenten der kantonalen Anwaltskammer bei jenen einer Anwältin oder eines Anwalts<sup>125</sup>. Der Inhaber kann zudem eine *Siegelung dieser Informationen* nach Art. 259 VE verlangen.

Abs. 4 verpflichtet die Inhaberinnen und Inhaber von Aufzeichnungen *Kopien* der fraglichen Dokumente anzufertigen und auszuhändigen. Für das Verfahren genügen sehr häufig Kopien (etwa von Bankunterlagen). Sind die Informationen, die die Strafbehörde benötigen, in einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert, so verpflichtet Abs. 4 die Betreiber, entsprechende *Ausdrucke anzufertigen* und den Strafbehörden zur Verfügung zu stellen. Für diese Pflicht besteht soweit ersichtlich in keiner der zur Zeit geltenden Strafverfahrensgesetzen eine gesetzliche Grundlage; nunmehr können die Betreiber von Datenverarbeitungsanlagen allenfalls unter Hinweis auf Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) zum Kooperieren gezwungen werden<sup>126</sup>.

Inhaberinnen und Inhaber, die nicht Beschuldigte sind, können *Ersatz* für den mit der Herstellung dieser Kopien und Ausdrucke verbundenen Aufwand verlangen, falls dieser sehr gross ist (Abs. 5)<sup>127</sup>. Während z.B. der Aufwand einer Bank, die etwa bei Wirtschaftsstrafsachen Tausende von Kopien anzufertigen hat, erstattet werden soll, kann für eine beschränktere Zahl von Kopien (also z.B. 200 Kopien von Buchhaltungsunterlagen) kein Ersatz verlangt werden.

<sup>125</sup> So schon vorgesehen in neueren Prozessordnungen wie z.B. in BE StrV 148 Abs. 3; OW StPO 84 Abs. 3; FR StPO 130 Abs. 4; SH StPO 187 Abs. 2; AR StPO 123 Abs. 6; SG StPO 151 Abs. 2 und 3; TG StPO 129 Abs. 2 letzter Satz.

<sup>126</sup> So auch angeregt von den Experten in Aus 29 mach 1 S. 115; auch in den Hearings wurde teilweise eine klare gesetzliche Grundlage für EDV-Durchsuchungen verlangt, vgl. etwa Hearings 16, 108.

<sup>127</sup> Bisher fehlten gesetzliche Grundlagen für einen solchen Kostenersatz, Lentjes Meili 1996 260 ff.

**255            Beschlagnahme (5. Kapitel; Art. 273-280 VE)****255.1        Beschlagnahme im Allgemeinen (1. Abschnitt, Art. 273-278 VE)***Grundsatz, Zuständigkeit (Art. 273 VE)*

Gemäss Art. 273 VE werden mit der Beschlagnahme *für strafprozessuale Zwecke Gegenstände und Vermögenswerte im Sinne einer Zwangsmassnahme der Verfügungsgewalt der Berechtigten entzogen*<sup>128</sup> und diese Gegenstände und Vermögenswerte vorläufig, d.h. im Regelfall bis zum Entscheid des Sachrichters für das Verfahren gesichert.

Art. 273 Abs. 1 nennt die vier Zwecke der Beschlagnahme, nämlich der:

- Sicherstellung der fraglichen Gegenstände oder Vermögenswerte als Beweisstücke (Bst. a);
- Sicherung der Kostenregelung im Endentscheid (Bst. b);
- Rückgabe von Deliktsgut an die Geschädigten (Bst. c);
- später nach Art. 58 ff. StGB/nArt. 69 ff. StGB vorzunehmende Einziehung (Bst. d)<sup>129</sup>.

Die allgemeinen Bestimmungen dieses 1. Abschnitts sind auf diese vier Beschlagnehmungsmöglichkeiten anwendbar. Im 2. und 3. Abschnitt finden sich noch einige Sonderregeln, die sich auf die Beschlagnahme zur Kostendeckung (Art. 279 VE) sowie zur Rückgabe an die Geschädigten (Art. 280 und 281 VE) beziehen.

Beschlagnahmen sind von *Staatsanwaltschaft und Gerichten* zu verfügen. In Fällen zeitlicher Dringlichkeit können auch Polizei und Private Gegenstände und Vermögenswerte vorläufig sicherstellen (Abs. 2), müssen diese aber in analoger Anwendung von Art. 231-233 VE sofort der Staatsanwaltschaft oder den Gerichten aushändigen<sup>130</sup>.

*Beschränkung der Beschlagnahme (Art. 274 VE)*

Bereits im Zusammenhang mit den Durchsuchungen und Untersuchungen ist die Frage angeschnitten worden, inwieweit Personen, denen ein Aussageverweigerungsrecht zusteht, von jenen Zwangsmassnahmen, vor allem aber der nachfolgenden Beschlagnahme ausgenommen werden sollen<sup>131</sup>. Man könnte durchaus der Ansicht sein, dass Personen, die nicht aussagen müssen, generell auch von Zwangsmassnahmen gegen die in ihrer Verfügungsgewalt befindlichen Gegenstände und Vermögenswerte ausgenommen sein sollten<sup>132</sup>. Gerade das Beispiel des *Beschuldigten* zeigt aber, dass eine differenziertere Betrachtungsweise erforderlich ist: Den Beschuldigten steht zwar ein Aussageverweigerungsrecht zu (Art. 122 Abs. 3; Art. 167 Abs. 1 Bst. b VE), doch können sie selbstredend von der Beschlagnahme der in ihrer Verfügungsgewalt befindlichen Deliktsgegenstände wie Beweisstücke oder Deliktsgut nicht ausgeschlossen werden.

Art. 274 VE regelt die Beschlagnahmen bei Aussageverweigerungsberechtigten:

<sup>128</sup> Zur Beschlagnahme allgemein Aeschlimann 1997 N 936 ff.; Clerc 1975 N 174 f.; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 1 ff.; Maurer 1999 227 ff.; Oberholzer 1994 358 ff.; Piquerez 2000 N 2541 ff.; Schmid 1997 N 740 ff.

<sup>129</sup> So auch Aus 29 mach 1 S. 114.

<sup>130</sup> Vgl. Aus 29 mach 1 S. 114.

<sup>131</sup> Vorstehend 254.4 zu Art. 264 VE.

<sup>132</sup> In dieser Richtung auch das deutsche Rechtssprichwort „*Was der Mund nicht zu offenbaren hat, muss auch die Hand nicht preisgeben*“, vgl. zu dieser Thematik Aeschlimann 1997 N 943 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 5 ff.; Maurer 1999 230 ff.; Oberholzer 1994 360; Piquerez 2000 N 2563 ff.; Schmid 1997 N 745.

Abs. 1 stellt zunächst klar, dass beim *Beschuldigten* (wie auch allenfalls bei Dritten) Akten, die aus dem *Verkehr mit der Verteidigung* stammen, nicht beschlagnahmt werden dürfen<sup>133</sup>. Dies gilt auch für die Auskunftspersonen nach Art. 186 Abs. 1 Bst. c-f VE. Dieses Beschlagnahmeverbot folgt aus dem Recht auf freien, unbeaufsichtigten Verkehr mit der Verteidigung (Art. 236, 248 Abs. 5 VE). Beschränkt beschlagnahmbar sind persönliche Aufzeichnungen wie Tagebücher, Agenden, Telefon- oder Adressverzeichnisse, also Akten, die die höchstpersönliche Sphäre tangieren. Hier ist eine Beschlagnahme zulässig, wenn die Interessen der Strafverfolgung jene des Persönlichkeitsschutzes überwiegen, wie dies bei der Verfolgung schwerer Straftaten nahe liegen dürfte (Abs. 2)<sup>134</sup>.

Ähnlich ist in Abs. 3 und 4 die Beschlagnahme bei *zeugnisverweigerungsberechtigten Personen* – darunter fallen bei Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts auch die Auskunftspersonen nach Art. 186 Abs. 1 Bst. a und b VE - geregelt. Soweit Gegenstände, namentlich die Korrespondenzen und weitere Akten, aber auch Vermögenswerte, den geheimnisgeschützten Kontakt mit den Beschuldigten betreffen, sind sie nicht beschlagnahmbar. Darunter fallen die gesamten Klientenakten der Anwälte, die Patientenunterlagen der Ärztinnen und Ärzte, aber z.B. auch die Privatkorrespondenz der Familienmitglieder. Da die Bestimmung auch *Vermögenswerte* nennt, können z.B. die von der Verteidigung vereinnahmten, angemessenen Kostenvorschüsse nicht beschlagnahmt werden. Diese Einschränkungen gelten, der bisherigen Lehre und Rechtsprechung folgend, nur, wenn die zeugnisverweigerungsberechtigte Person nicht selbst in Strafuntersuchung steht<sup>135</sup>.

Aus der Umschreibung von Abs. 3 und 4 folgt, dass die *sachlichen Beweismittel*, die sich in den Händen der zeugnisverweigerungsberechtigten Person befinden, zu beschlagnahmen sind. Wenn die Beschuldigten z.B. die Tatwaffe, belastende Aufzeichnungen wie ein Buchhaltung o.ä. Verwandten oder ihrer Verteidigung zur Aufbewahrung übergeben, so können diese Gegenstände bzw. Vermögenswerte z.B. bei der Verteidigung beschlagnahmt werden; insoweit ist die Verteidigung auch nicht von Durchsuchungen wie beispielsweise einer Hausdurchsuchung ausgenommen.

Abs. 4 stellt weiter klar, dass ein Aussageverweigerungsrecht nie vor Beschlagnahmungen bewahrt, die der *Sicherung einer Rückgabe an die Geschädigten oder einer Einziehung dienen*; in diesem Falle sind Beschlagnahmungen auch bei Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern wie Anwältinnen und Anwälten, Ärztinnen und Ärzten u.ä. möglich.

Wie Abs. 5 wiederholt, kann bei Beschlagnahmungen, die nach Auffassung der Betroffenen die Geheimhaltungsinteressen der Inhaber der betreffenden Gegenstände oder Vermögenswerte tangieren, die *Siegelung* nach Art. 259 VE verlangt werden.

#### *Herausgabepflicht (Art. 275 VE)*

Durchsuchungen, Untersuchungen wie auch die mit Gewalt durchgesetzte Beschlagnahme sollen nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nur durchgeführt werden, wenn die in Frage stehenden Gegenstände und Vermögenswerte sonst nicht in die Verfügungsgewalt der Strafbehörden überführt werden können. Auf Durchsuchungen und Untersuchungen ist zu

<sup>133</sup> In diesem Sinne ZH StPO 18 I (hierzu m.w.H. ZR 99 [2000] Nr. 55); BE StrV 141 Abs. 1 Ziff. 3; FR StPO 130 Abs. 5; SH StPO 172 Abs. 2; AI StPO 62 Abs. 3; VD StPO 223 Abs. 2; JU StPO 191 Abs. 3 und Aus 29 mach 1 S. 115.

<sup>134</sup> In diese Richtung bereits heute die Lehre (vgl. etwa Hauser/Schweri 1999 § 69 N 5 ff.; Maurer 1999 230; Piquerez 2000 N 2568; Schmid 1997 N 746) und die Rechtsprechung, vgl. etwa EuGRZ 16 (1989) 455; RS 1997 Nr. 217.

<sup>135</sup> Siehe etwa BGE 101 Ia 11; 102 IV 214; 106 IV 424; 117 Ia 350; näher Hauser/Schweri 1999 § 69 N 10; Maurer 1999 232; Oberholzer 1994 375 f.; Piquerez 2000 N 2559 Fn. 88; Schmid 1997 N 747.

verzichten, wenn die Inhaber die Gegenstände und Vermögenswerte freiwillig zur Verfügung stellen.

Art. 275 Abs. 1 VE statuiert eine *Herausgabepflicht* für Personen, die zu beschlagnahmende Gegenstände oder Vermögenswerte verwahren, falls sie nicht nach Art. 274 VE von der Beschlagnahme ausgenommen sind. Nichtbeschuldigte Personen können mit einem entsprechenden Herausgabebefehl, der auf die Strafandrohung von Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) verweist, zur Edition aufgefordert werden. Es können auch Ordnungsbussen nach Art. 71 Abs. 1 VE angedroht und im Weigerungsfall verhängt werden (Abs. 2). *Beschuldigte* können ebenfalls zur Herausgabe aufgefordert werden, allerdings kann ihre Weigerung nicht sanktioniert werden; in diesem Fall hat eine Durchsuchung bzw. Untersuchung sowie eine nachfolgende Beschlagnahme zu erfolgen.

Abs. 3 konkretisiert das einleitend erwähnte Verhältnismässigkeitsprinzip. Behörden haben grundsätzlich die *Pflicht, die Betroffenen zuerst zur freiwilligen Herausgabe aufzufordern*<sup>136</sup>. Zwang darf erst eingesetzt werden, wenn die Aufforderung zur freiwilligen Herausgabe missachtet wurde (Abs. 4). Allerdings kann auf die Aufforderung zur Edition verzichtet und direkt zu den fraglichen Zwangsmassnahmen gegriffen werden, wenn z.B. zu befürchten ist, dass die Betroffenen die mit dieser Aufforderung verbundene Verzögerung dazu benutzen könnten, um die fraglichen Gegenstände oder Vermögenswerte zu vernichten oder beiseite zu schaffen.

Abs. 5 verpflichtet auch *Verwaltungs- und Gerichtsbehörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, den Strafbehörden die für das Strafverfahren wesentlichen Akten zur Verfügung zu stellen*, falls im konkreten Fall das Interesse an der Wahrung des Amtsgeheimnisses (und der Wahrung der involvierten Privatinteressen) hinter jenes an der Strafverfolgung zurückzutreten hat. Abs. 5 ist das Gegenstück zu Art. 111 Abs. 2 VE, der anderen Behörden und Gerichten die Einsicht in die Strafakten gewährt, wenn dies erforderlich ist und der Einsichtnahme keine schützenswerten privaten Interessen entgegenstehen.

Abs. 6 weist die Befugnis über *Anstände bezüglich dieser Aktenedition* gemäss Abs. 5 zu entscheiden, den Zwangsmassnahmegerichten bzw. der Beschwerdeinstanz des Bundes zu. Damit wird die Streitfrage gelöst, ob dafür Instanzen der Verwaltungs- oder Strafjustiz zuständig sein sollen.

#### *Durchführung (Art. 276 VE)*

Die Vorschriften über die Durchführung der Beschlagnahme bedürfen keiner eingehenden Erläuterungen, zumal sie den bereits heute in den schweizerischen Prozessgesetzen oder der in der Praxis üblichen Regeln entsprechen. Die zuständige Staatsanwaltschaft oder das Gericht haben einen *Beschlagnahmefehl* auszustellen, wenn z.B. nicht bereits im Hausdurchsuchungsbefehl die Beschlagnahme bestimmter Sachen oder Vermögenswerte angeordnet wurde (Abs. 1; vgl. auch die allgemeinen Regeln in Art. 210 VE).

Über die beschlagnahmten Gegenstände oder Vermögenswerte sind *Verzeichnisse* anzufertigen (Abs. 2).

Abs. 3 sieht für Beschlagnahmungen von *Liegenschaften* eine Grundbuchsperrung vor.

Die Beschlagnahme von *Forderungen* (also etwa Bankguthaben) wird nach Abs. 4 durch Mitteilung an die Gläubigerin oder den Gläubiger vorgenommen.

<sup>136</sup> Aeschlimann 1997 N 938 f.; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 29; Maurer 1999 228 f.; Schmid 1997 N 742. Im Ergebnis auch Aus 29 mach 1 S. 114.

Abs. 5 lässt bei beschlagnahmten *Waren oder Wertschriften, die einer raschen Wertverminderung unterliegen*, eine sofortige Verwertung zu, wie sie im Zwangsvollstreckungsrecht in Art. 124 Abs. 2 und 243 Abs. 2 SchKG vorgesehen ist.

Abs. 6 sieht vor, dass der Bundesrat das Vorgehen bei der *Anlage von beschlagnahmten Vermögenswerten* in einer Verordnung regelt, damit sie jederzeit den sich hier wechselnden Bedürfnissen angepasst werden kann<sup>137</sup>.

#### *Entscheid über die beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte (Art. 277 VE)*

Art. 277 VE regelt das *weitere Schicksal der Gegenstände und Vermögenswerte nach der Beschlagnahme*. Soweit diese Massnahme nicht wegen Wegfalls des Zwecks vorher aufzuheben ist (z.B. weil die Sache nicht mehr für Beweiszwecke benötigt wird), wird über die Rückgabe an die ursprünglichen Inhaber bzw. eine allfällige Einziehung, Rückgabe an die Berechtigten oder die Heranziehung zur Kostendeckung im Endentscheid befunden (Abs. 1-3).

Abs. 4-7 regeln die Fälle, in denen bei der *Rückgabe an die Berechtigten mehrere Personen Rechtsansprüche* anmelden oder die *Berechtigten nicht eruiert werden können*. Auch diese Lösungsmuster entsprechen den Regelungen, die mit Nuancen bereits im schweizerischen Strafprozessrecht bekannt sind<sup>138</sup>. Bei strittigen Verhältnissen ist der Strafrichter grundsätzlich nicht aufgerufen, über die zivilrechtlichen Ansprüche zu entscheiden. Im Regelfall wird das Gericht – ausgehend von der Besitzvermutung nach Art. 930 ZGB - die Sache jener Person zusprechen, die ursprünglich daran Besitz hatte (oder bei Konten die Kontoinhaberin oder der Kontoinhaber war). Den übrigen Ansprecher wird Frist zur Anhebung einer Zivilklage gestellt<sup>139</sup>.

## **255.2 Beschlagnahme zur Kostendeckung (2. Abschnitt, Art. 278 VE)**

### *Grundsatz (Art. 278 VE)*

Art. 278 VE schafft die gesetzliche Grundlage, um bei Beschuldigten, die nicht bereits eine Fluchtkautions nach Art. 251 VE geleistet haben, eine Vermögensbeschlagnahme vorzunehmen. Diese dient der Absicherung der zu erwartenden, von den Beschuldigten zu tragenden finanziellen Folgen des Urteils. Es geht dabei um die von den Beschuldigten zu tragenden Verfahrenskosten (Art. 494 VE), die an andere Verfahrensbeteiligte zu leistenden Verfahrensentzündigungen (Art. 502 f. VE) sowie die den Beschuldigten auferlegten Geldstrafen und Bussen. Die Regelung in Abs. 1 entspricht vielen schweizerischen Strafprozessgesetzen<sup>140</sup>. Soweit die zivilrechtlichen Ansprüche der Privatklägerschaft betroffen sind, gelten nachfolgend Art. 279 und 280 VE.

<sup>137</sup> Damit können die hier zur Zeit von den Strafbehörden und den Banken beachtet, aber keine gesetzliche Geltung beanspruchenden RICHTLINIEN DER ARBEITSGRUPPE WIRTSCHAFTSKRIMINALITÄT DER KKJPD ÜBER DIE VERWALTUNG BESCHLAGNAHMTER VERMÖGENSWERTE vom 24.3.1999 und RUNDSCHEIBEN NR. 1429 D DER SCHWEIZERISCHEN BANKIERVEREINIGUNG VOM 26.3.1999 in verbindliche Form überführt werden.

<sup>138</sup> Vgl. z.B. FR StPO 125 Abs. 2; dazu Piller/Pochon Art. 125.4 ff. Zu diesen Fragen m.w.H. etwa Clerc 1975 N 178 No. 2; Hauser/Schweri 1999 § 69 N 33 ff.; Oberholzer 1994 367; Schmid 1997 N 750; allgemein dazu Piquerez 2000 N 2573.

<sup>139</sup> Hierzu BGE 120 Ia 122; ZR 99 (2000) Nr. 43 unter Hinweis darauf, dass die Eigentumsgarantie von Art. 22<sup>ter</sup> BV (nArt. 26 BV) dies verlange.

<sup>140</sup> Siehe etwa ZH StPO 83; LU StPO 119; UR StPO 125; SZ StPO 35; OW StPO 76a; NW StPO 68 Abs. 2; SO StPO 5 Abs. 3; BS StPO 81 Abs. 3; BL StPO 100 Abs. 2; AR StPO 116 Abs. 1; AI StPO 63; SG StPO 142; AG StPO 85 Abs. 1bis; TG StPO 117 Abs. 3; TI StPO 161 Abs. 3; GE StPO 181a. Zu dieser

Bei dieser Beschlagnahme ist auf die *Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Beschuldigten und ihrer Angehörigen Rücksicht zu nehmen* (Abs. 2). Im Weiteren sind die Beschränkungen nach Art. 92-94 SchKG zu beachten (Abs. 3). Diese Schranken der Vermögensbeschlagnahme waren bisher im geschriebenen Recht nur selten normiert<sup>141</sup>. Sie wurden indessen von Lehre und Praxis<sup>142</sup> gefordert und teilweise beachtet.

### 255.3 Beschlagnahme zur Rückgabe an die Geschädigten (3. Abschnitt, Art. 279-280 VE)

#### *Grundsatz (Art. 279 VE)*

Aufgabe des Strafrechts und des Strafprozessrechts ist u.a., die Geschädigten für den ihnen durch die Straftat zugefügten Schaden nach Möglichkeit Ausgleich zu verschaffen. Vor allem sind ihnen die deliktisch unmittelbar entzogenen Vermögenswerte, also beispielsweise gestohlene Schmuckstücke, zurückzuerstatten. Materiell-straftrechtlich ist diese Rückerstattung in Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 letzter Satzteil StGB/nArt. 70 Abs. 1 zweiter Satzteil StGB vorgesehen<sup>143</sup>. Damit die Rückgabe gesichert werden kann, sind Gegenstände und Vermögenswerte, die bei Beschuldigten oder Dritten aufgefunden werden, zu beschlagnahmen. Dafür sollte im Strafprozessrecht eine klare gesetzliche Grundlage vorhanden sein. In den geltenden schweizerischen Strafprozessgesetzen ist diese sogenannte *Restitutionsbeschlagnahme*<sup>144</sup> indessen selten ausdrücklich geregelt<sup>145</sup>.

Art. 279 VE lässt eine *Beschlagnahme zur Rückerstattung an die Geschädigten* ausdrücklich zu. Sie ist aber der bisherigen Lehre<sup>146</sup> und Praxis<sup>147</sup> folgend auf jene Gegenstände und Vermögenswerte beschränkt, die direkt aus der Straftat stammen. Es sind dies einerseits Gegenstände, die dem Berechtigten durch eine Straftat wie Diebstahl, Veruntreuung, Hehlerei oder Betrug abgenommen wurden. Andererseits fallen aber auch Kontoguthaben darunter, die durch die Straftat gespiesen wurden<sup>148</sup>. Nicht beschlagnahmbar nach Art. 279 VE (hingegen allenfalls nach Art. 278 VE zur Kostendeckung oder nach Art. 273 Abs. 1 Bst. d VE zur Einziehung) ist z.B. das mit dem gestohlenen Geld gekaufte Auto.

#### *Weiteres Vorgehen (Art. 280 VE)*

Art. 280 VE regelt summarisch das weitere Vorgehen nach der Beschlagnahme. Es dürfte bereits weitgehend der bisherigen Praxis entsprechen, das in Art. 279 VE relevante Deliktsgut, vor allem Gegenstände, den Berechtigten schon in einem frühen Stadium des Verfahrens zurückzugeben, wenn die *Rechtsverhältnisse daran unbestritten sind*.

---

Beschlagnahme allgemein Hauser/Schweri 1999 § 69 N 22 ff.; Oberholzer 1994 363 ff.; Piquerez 2000 N 2586 ff.; Schmid 1997 N 752 ff.

<sup>141</sup> AR StPO 116 Abs. 2; AI StPO 63 Abs. 2; SG StPO 142 Abs. 2; In dieser Richtung auch OW StPO 76a Abs. 2; TG StPO 117 Abs. 5 (Rücksichtnahme auf Familie des Angeschuldigten nötig) oder GE StPO 181a (Beschlagnahme nur bei über Fr. 10'000.--); vgl. auch Piquerez 2000 N 2589.

<sup>142</sup> Siehe m.w.H. Hauser/Schweri 1999 § 69 N 24; Oberholzer 1994 364; Schmid 1997 N 752.

<sup>143</sup> Siehe Schmid in Schmid (Hrsg.) 1998 Art. 59 N 66 ff.

<sup>144</sup> Siehe hierzu Schmid 1999 21.

<sup>145</sup> Hauser/Schweri 1999 § 69 N 20. – Allenfalls kann sie aus der Einziehungsbeschlagnahme abgeleitet werden (so BGE 126 I 104 unten für ZH); inwieweit man sie aus der Kostenbeschlagnahme, wie sie hier in Art. 278 VE vorgeschlagen wird, abgeleitet werden könnte, bleibe offen; zum Ganzen Schmid 1999 21 f.

<sup>146</sup> Hauser/Schweri 1999 § 69 N 22; Schmid 1997 N 753.

<sup>147</sup> Siehe BGE 116 IV 204; 117 Ia 424.

<sup>148</sup> Im Sinne der sogenannten *unechten Surrogate*, hierzu näher Schmid in Schmid (Hrsg.) 1998 Art. 59 N 49 ff., 70.

Ist die Berechtigung an diesen *Gegenständen und Vermögenswerten hingegen strittig*, stellt sich wiederum die Frage, wer darüber entscheiden soll. Abs. 2 verweist hierzu auf Art. 277 Abs. 4-7 VE, nach denen die Strafbehörden üblicherweise im Endentscheid die Sache den ihres Erachtens Berechtigten zuweisen, wobei grundsätzlich von der Besitzesvermutung von Art. 930 ZGB auszugehen ist. Den anderen Ansprechern wird Frist zur Klageerhebung vor den Zivilgerichten eingeräumt.

## **256 Geheime Überwachungsmaßnahmen (6. Kapitel; Art. 281-318 VE)**

### **256.1 Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (1. Abschnitt, Art. 281-295 VE)**

Der Bundesrat unterbreitete der Bundesversammlung am 1. Juli 1998 die Botschaft und die Entwürfe für die Schaffung eines Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) sowie eines Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung<sup>149</sup>. Das erstgenannte Bundesgesetz, welches am 6.10.2000 vom Parlament verabschiedet wurde, wird einerseits die gesetzlichen Grundlagen für die Zwangsmassnahmen dieser Überwachung sowie das Bewilligungs- und Rechtsmittelverfahren, andererseits aber auch Mitwirkungspflichten der Anbieter von Fernmeldeleistungen schaffen. Das Gesetz enthält das Gesetz somit sowohl eigentlich strafprozessuale wie eher verwaltungsrechtlich ausgerichtete Bestimmungen.

Auf die Wiedergabe des BÜPF - welches noch nicht in Kraft steht - im Rahmen des Vorentwurfs wie auch im vorliegenden Bericht wird verzichtet. Es ist vorgesehen, dieses Gesetz mindestens hinsichtlich der strafprozessualen Normen unverändert in die eidgenössische Strafprozessordnung zu integrieren.

### **256.2 Andere technische Überwachungsmaßnahmen (2. Abschnitt, Art. 296 VE)**

Das vorstehend erwähnte erste Bundesgesetz soll allein die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs regeln. Andere technische Überwachungsmaßnahmen, also der Einsatz von Überwachungsgeräten, der nach Art. 179<sup>bis</sup> ff. StGB an sich verboten ist, sollen nicht unter dieses Gesetz<sup>150</sup> und damit auch nicht unter den künftig im 1. Abschnitt dieses 6. Kapitels geregelten Bereich fallen.

Unter anderen technischen Überwachungsmaßnahmen wird die *Verwendung von Geräten, die vor allem in Art. 179<sup>quater</sup> und 179<sup>sexies</sup> StGB genannt sind, zu strafprozessualen Zwecken* verstanden. Erfasst wird also der Einsatz technischer Einrichtungen, die das Abhören und das Herstellen von Bildaufnahmen ermöglichen. Es sind dies Minispione, aber auch Foto-, Film-

<sup>149</sup> BBl 1998 4306 (im Folgenden zitiert nach der Separatausgabe Botschaft 1998). Zur verdeckten Ermittlung nachstehend Ziff. 256.4.

<sup>150</sup> So Botschaft 1998 3, 16 f. Wie sich aus diesen Materialien ergibt, wurde auf einen Einbezug in das BG betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vor allem deshalb verzichtet, weil damals die verfassungsmässige Grundlage nur für Überwachungen im Bereich des Post- und Fernmeldeverkehrs, aber nicht für andere Überwachungen vorhanden war. Mit Art. 123 Abs. 2 BV in der Fassung vom 12.3.2000 ist nun aber eine verfassungsmässige Grundlage für diese technischen Überwachungen geschaffen worden.

Infrarot- oder Fernsehkameras, vor allem solche mit Teleobjektiven<sup>151</sup>, die innerhalb und ausserhalb bewohnter Räume zur Aufnahme von Gesprächen und Bilder eingesetzt werden.

Der Einsatz solcher technischer Überwachungsgeräte, der ebenfalls einer gesetzlichen Grundlage bedarf, war bisher nicht in allen schweizerischen Strafprozessordnungen vorgesehen<sup>152</sup>. Er sollte indessen im Interesse einer effizienten Verfolgung von schwersten Formen der Kriminalität etwa im Bereich der organisierten Kriminalität, des Drogenhandels usw. möglich sein. Der Vorentwurf schlägt deshalb vor, einen solchen Einsatz unter den gleichen einschränkenden materiellen und formellen Voraussetzungen wie die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs zuzulassen. Dies bedeutet u.a., dass – immer ausgehend vom erwähnten BÜPF - solche Geräte nur zur Verfolgung der in Art. 3 BÜPF vorgesehenen Delikte und unter Beachtung der Verhältnismässigkeit<sup>153</sup> eingesetzt werden dürfen. Der Einsatz ist sodann von einer richterlichen Behörde zu genehmigen<sup>154</sup>, und die Betroffenen sind nachträglich über die erfolgte Überwachung zu orientieren<sup>155</sup>. Es wird indessen davon abgesehen, für solche technischen Überwachungsmassnahmen strengere Vorschriften als für die Telefonüberwachung vorzusehen, wie dies in den Hearings zum Teil postuliert wurde<sup>156</sup>.

### 256.3 Observation (3. Abschnitt, Art. 297-298 VE)

Observation ist jene *polizeiliche Ermittlungstätigkeit, bei welcher Vorgänge und Personen in der Öffentlichkeit systematisch und während einer gewissen Dauer beobachtet, registriert und die Ergebnisse für die Verfolgung von Straftaten ausgewertet werden*<sup>157</sup>. Die Überwachung bezieht sich auf Personen, die sich auf Strassen oder an anderen allgemein zugänglichen Orten befinden, also sich z.B. an einem bestimmten Orten treffen, miteinander sprechen und Gegenstände austauschen. Denkbar ist auch, dass Personen beobachtet werden, die ein bestimmtes Haus betreten. *Nichtöffentliche* Vorgänge (also z.B. innerhalb von Häusern etc.) dürfen, soweit Abhörgeräte etc. eingesetzt werden, nur nach Massgabe von Art. 296 VE überwacht werden.

In den geltenden schweizerischen Strafprozessordnungen ist diese Massnahme nur vereinzelt geregelt<sup>158</sup>. Der Grund dafür liegt darin, dass früher der Zwangscharakter dieser polizeilichen Observation im Schrifttum mehrheitlich abgelehnt wurde. Entscheide des Bundesgerichts und der Strassburger Organe zum Eingriffscharakter solcher Observationen fehlen offenbar<sup>159</sup>. Die *neuere Literatur unterstreicht indessen, dass solche systematischen Beobachtungen als Grundrechtseingriff* zu qualifizieren seien, vor allem als Eingriff in die persönlichen Freiheit:

<sup>151</sup> Hierzu Trechsel 1997 Art. 179<sup>quater</sup> N 4.

<sup>152</sup> So etwa BStP 72; ZH StPO 104 Abs. 1; BE StrV 155 Abs. 3; LU StPO 117; UR StPO 133; SZ StPO 41; OW StPO 85; NW StPO 72; FR StPO 134; BS StPO 86; BL StPO 103; SH StPO 192; AR StPO 126; SO StPO 59; SG StPO 153; TG StPO 121; TI StPO 166; VS StPO 103a NE StPO 171a Bst.b; GE StPO 184a; JU StPO 193. Allgemein Aeschlimann 1997 N 1002 f.; Hauser/Schweri 1999 § 71 N 34 f.; Maurer 1999 258 f.; Oberholzer 1994 404; Piquerez 2000 N 2655 ff.; Schmid 1997 N 771.

<sup>153</sup> Siehe näher Art. 3 BÜPF.

<sup>154</sup> Art. 6 ff. BÜPF.

<sup>155</sup> Art. 10 BÜPF.

<sup>156</sup> Siehe Hearings S. 16 f., 108 f., 144.

<sup>157</sup> Zu den verschiedenen Definitionsansätzen Zalunardo-Walser 1998 47 ff.

<sup>158</sup> So in BE StrV 213; OW StPO 26c (Novelle vom 19.12.1996); BL Polizeigesetz vom 28.11.1996 § 36 (präventive Observation); vgl. Hauser/Schweri 1999 § 75 N 24.

<sup>159</sup> M.w.H. Zalunardo-Walser 1998 50 ff. Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates sprach sich in ihrem Inspektionsbericht an den Bundesrat „Telefonüberwachung im Bund“ für den Eingriffscharakter solcher Observationen aus, vgl. BBl 1993 I 1109 ff., 1142, welche Meinung allerdings der Bundesrat nicht teilte, vgl. BBl 1993 I 1136 ff., 1147.



Das Individuum, das sich im öffentlichen Raum bewegt, nimmt zwar in Kauf, gesehen und beobachtet zu werden, muss aber nicht mit einer länger andauernden und systematischen Überwachung rechnen<sup>160</sup>.

#### *Allgemeines (Art. 297 VE)*

Art. 297 VE umschreibt in Abs. 1 zunächst das *Wesen der Observation*, wie es in den einleitenden Bemerkungen dargestellt wurde. Dabei wird auch eine klare gesetzliche Grundlage für die Aufzeichnung der observierten Vorgänge z.B. mit Videokameras für strafprozessuale Zwecke<sup>161</sup> geschaffen. Diese Aufzeichnungen können hernach als Beweis ins Strafverfahren eingeführt werden. In Abs. 1 erscheinen sodann die *Voraussetzungen materieller Art für die Durchführung von Observationen*.

Es stellt sich die Frage, ob die Durchführung von Observationen *generell von der Einwilligung einer gerichtlichen Behörde* abhängig gemacht werden soll, wie dies nach Art. 6 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6.10.2000 (BÜPF) für die vergleichbare Telefonüberwachung und nach dem Entwurf eines Bundesgesetzes für die verdeckte Ermittlung sowie nach diesem Vorentwurf auch für andere technische Überwachungsmaßnahmen vorgesehen ist. Wenn man bedenkt, dass bei Observationen der Grundrechtseingriff relativ geringfügig ist und in der systematischen und damit auch längerfristigen Beobachtung an sich öffentlicher Vorgänge liegt, werden Observationen erst ab einer bestimmten Dauer bewilligungspflichtig erklärt. Eine Bewilligung durch das Zwangsmassnahmengericht (in den Kantonen) bzw. die Beschwerdekammer (im Bund) wird *erst nach fünftägiger Dauer der Observation* verlangt (Abs. 2). Werden Personen mit Unterbrüchen überwacht (z.B. wird eine Person, die sich jeweils nur am Wochenende in einer bestimmten Liegenschaft aufhält, während jeweils zwei Tagen überwacht), so werden die einzelnen Überwachungen zusammengezählt.

#### *Nachträgliche Mitteilung (Art. 298 VE)*

Bei den heimlich durchgeführten Zwangsmassnahmen der Telefonüberwachung sowie der verdeckten Ermittlung sehen das am 6.10.2000 verabschiedete BÜPF bzw. der bundesrätliche Entwurf vor, dass die von diesen Massnahmen Betroffenen *nachträglich* darüber zu orientieren sind. Art. 279 VE schlägt vor, auch die von der Observation Betroffenen nachträglich darüber in Kenntnis zu setzen. Diese Information hat auch in jenen Fällen zu erfolgen, bei denen keine richterliche Genehmigung erforderlich war.

### **256.4 Verdeckte Ermittlung (4. Abschnitt, 299-317 VE)**

Der Bundesrat unterbreitete den eidgenössischen Räten am 1. Juli 1998 zusammen mit dem Entwurf für ein Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs die Botschaft und den Entwurf zu einem Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung<sup>162</sup>. Darin soll für den Einsatz verdeckter Ermittlerinnen und Ermittler bei der Bekämpfung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs in Strafverfahren des Bundes und der Kantone eine

<sup>160</sup> M.w.H. Zalunardo-Walser 1998 52 ff. Offenbar postulierten auch die Experten die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage, ohne sich allerdings näher zum Eingriffscharakter dieser Observationen zu äussern, Aus 29 mach 1 S. 127.

<sup>161</sup> Polizeirechtlich ist allenfalls die präventive Videoüberwachung an neuralgischen Punkten wie Unterführungen, also vor allem Orte, wo wiederholt Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen wurden (vgl. Kriminalistik 2000 542), zu regeln.

<sup>162</sup> BBl 1998 4317 ff. (hier zitiert ebenfalls nach der Separatausgabe Botschaft 1998), vgl. vorne Ziff. 256.1.

gesetzliche Grundlage geschaffen und dieser Einsatz näher geregelt werden. In anderen Strafverfahren sollen die Kantone befugt bleiben, verdeckte Ermittlungen nach ihrem eigenen Recht durchzuführen<sup>163</sup>. Solche Bestimmungen zur verdeckten Ermittlung fanden sich bisher soweit ersichtlich in fünf Kantonen<sup>164</sup>.

Dieses Gesetz wird gegenwärtig im Parlament behandelt und soll nach seiner Verabschiedung ebenfalls in die eidgenössische Strafprozessordnung integriert werden. Dabei wird der Einsatz über die Betäubungsmitteldelikte hinaus auf weitere schwere Delikte zu gestatten sein<sup>165</sup>. Es erübrigt sich demgemäss auch hier, im Vorentwurf den Entwurf zu diesem Bundesgesetz wiederzugeben und im vorliegenden Bericht zu kommentieren.

## 256.5 Überwachung von Bankbeziehungen (5. Abschnitt, Art. 318 VE)

### Grundsatz (Art. 318 VE)

Das Bankgeheimnis bildet an sich keine Schranke, um von Banken Informationen über ihre Kundenbeziehungen zu erhalten. Die Banken haben somit sämtliche Kontounterlagen sowie weitere Schriftstücke, die aus dem Verkehr mit ihren Kunden resultieren, den Strafbehörden zur Verfügung zu stellen. Gelegentlich kann es notwendig sein, die künftigen Bankbeziehungen zu überwachen, um beispielsweise einen bestehenden Geldwäschereiverdacht zu erhärten<sup>166</sup>. So kann es z.B. notwendig sein, dass die Bank eine Person, die eine Einzahlung auf ein Konto machen will, zurückhält und sofort die Polizei informiert. Solche Überwachungsmassnahmen werden übrigens auch von dem von der Schweiz unterzeichneten Übereinkommen des Europarates Nr. 141 über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, Art. 4 Ziff. 2, empfohlen<sup>167</sup>.

Bisher *fehlte eine gesetzliche Grundlage für solche Überwachungen*; es bestehen zur Zeit lediglich Richtlinien ohne Verbindlichkeit<sup>168</sup>. Eine gesetzliche Grundlage, wie sie in Art. 318 VE vorgeschlagen wird, ist nötig, weil nicht nur in die Geheimsphäre der Kunden und ihrer Geschäftspartner eingegriffen wird, sondern auch die Banken zur aktiven Mitwirkung verpflichtet werden<sup>169</sup>.

<sup>163</sup> Siehe Art. 2 des Entwurfs.

<sup>164</sup> BE StrV 214 f., 124; BS StPO 91 ff.; BL StPO 110 ff.; VS StPO 103k; dazu Rohner 1999 452 f. In Zürich wurde eine entsprechende Vorlage zur Einführung der verdeckten Ermittlung (StPO 106 ff.) kürzlich vom Kantonsparlament verabschiedet. Allgemein zum Thema verdeckte Ermittlung Aeschlimann 1997 N 1260 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 75 N 24 ff.; Maurer 1999 212 ff., 326 ff.; Oberholzer 1994 39 ff., 276 ff.; Piquerez 2000 N 2831 ff.; Schmid 1997 N 241, 632, 653 f.

<sup>165</sup> Art. 1 Abs. 2 des Entwurfs hat folgenden Wortlaut: *“In Strafverfahren des Bundes gilt es zusätzlich (sc. das BG) für die Aufdeckung von Verbrechen, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen und deren Schwere die verdeckte Ermittlung rechtfertigt, namentlich, wenn der Verdacht besteht, dass die strafbaren Handlungen gewerbs-, bandenmässig, mehrfach oder von einer kriminellen Organisation begangen werden.“*

<sup>166</sup> Zu den Anwendungsfällen Lentjes Meili 1996 272 f.

<sup>167</sup> SR 0.311.53; vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 19.8.1992 in BBl 1992 VI 9; dazu Lentjes Meili 1996 271.

<sup>168</sup> Hierzu EMPFEHLUNGEN DER KOMMISSION WIRTSCHAFTSKRIMINALITÄT DER KONFERENZ DER KANTONALEN JUSTIZ- UND POLIZEIDIREKTOREN AN DIE KANTONALEN STRAFVERFOLGUNGSBEHÖRDEN BETR. KONTOSPERREN UND SCHWEIGEPFLICHT DER BANK vom 7.4.1997 mit Anhang vom 25.3.1997 sowie RUNDSCHREIBEN DER SCHWEIZER BANKIERVEREINIGUNG NR. 1286 vom 8.4.1997; vgl. ferner m.w.H. Ackermann in Schmid (Hrsg.) 1998 Art. 305<sup>bis</sup> N 567; Schmid in Schmid (Hrsg.) 1998 Art. 59 N 145.

<sup>169</sup> Lentjes Meili 1996 273 ff., die allerdings auf das Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Grundlage verzichten möchte. Für Schaffung einer gesetzlichen Grundlage Aus 29 mach 1 S. 115 sowie durchwegs die Voten in den Hearings, vgl. Hearings 55, 67, 76, 87, 108, 153.

### *Durchführung (Art. 319 VE)*

Ordnen die Staatsanwaltschaft oder Gerichte (die Polizei ist dazu nicht befugt) eine Überwachung von Kontobeziehungen an, so geben diese *Behörden der betroffenen Bank die erforderlichen Weisungen*, welche Informationen über die fragliche Kundenbeziehung zu liefern sind (Abs. 1)<sup>170</sup>. Da die benötigten Informationen sehr unterschiedlicher Art sein können, wird darauf verzichtet, diese im Gesetz näher zu bestimmen. In Verbindung mit Art. 272 Abs. 4 VE sind die Banken auch verpflichtet, Informationen über den elektronisch abgewickelten Geschäftsverkehr zu liefern<sup>171</sup>.

*Gegenstand der Überwachungen sind Konten, Depots etc.*, die Kunden bei Banken führen, wobei für den Begriff der Bank auf Art. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG)<sup>172</sup> zu verweisen ist. Es dürfte sich erübrigen, hier weitere Teile des Finanzsektors mitzuerfassen.

Vorab die Staatsanwaltschaft kann von sich aus solche Kontoüberwachungen anordnen; es ist somit anders als bei den übrigen heimlichen Überwachungsmaßnahmen *nicht die sofortige Einwilligung einer gerichtlichen Behörde* vorgesehen; nach Abs. 2 ist eine solche Bewilligung des Zwangsmassnahmengerichts (in den Kantonen) bzw. der Beschwerdeinstanz (beim Bund) nur erforderlich, falls diese Massnahme länger als einen Monat dauert. Der Grund für diese gegenüber anderen geheimen Überwachungsmaßnahmen differenzierende Behandlung liegt darin, dass diese Überwachung von der gewöhnlichen Bankauskunft über den früheren Bankverkehr nicht allzu verschieden ist. Mit dieser Überwachung werden sodann weniger Privatgeheimnisse, als eher solche geschäftlicher Art tangiert, denen im Strafverfahrensrecht ohnehin eine geringere Bedeutung beigemessen wird<sup>173</sup>.

Abs. 3 schreibt den Strafbehörden nach Abschluss der Kontoüberwachung eine *Orientierung der Kontoberechtigten* vor. Abs. 4 sieht ein *nachträgliches Beschwerderecht* vor. Orientierung und nachträgliche Beschwerde entsprechen den Regelungen, die im inzwischen verabschiedeten Bundesgesetz vom 6.10.2000 in Art. 10 Abs. 5 und 6 sowie nach Art. 298 VE für die Observation vorgesehen sind. Eine nachträgliche Mitteilung scheint bei diesen wie auch den anderen geheimen Überwachungsmaßnahmen als sachgerecht. Im vorliegenden Fall enthebt sie die Bank von der (für sie nicht sonderlich angenehmen) Aufgabe, ihrerseits ihre Kunden über die ergriffenen Überwachungsmaßnahmen ins Bild zu setzen.

## **257 Erkennungsdienstliche Unterlagen und Akten (7. Kapitel; Art. 320-325 VE)**

Unter Erkennungsdienst versteht man vorab die Tätigkeit von Strafverfolgungsbehörden, vor allem der Polizei, bei der *physische Merkmale von Personen für gegenwärtige oder spätere Fahndungszwecke systematisch erhoben, gesammelt und ausgewertet werden*<sup>174</sup>. Es geht vorab um das Erfassen von Körpermerkmalen (näher Art. 321 VE) und damit um eher leichte Eingriffe in die persönliche Freiheit oder die körperliche Integrität. Bisher war im

<sup>170</sup> Zur Durchführung näher Lentjes Meili 1996 277 ff.

<sup>171</sup> Zur Schwierigkeit der Abgrenzung dieser Bereiche, siehe Hearings 108.

<sup>172</sup> SR 952.0.

<sup>173</sup> Siehe Lentjes Meili 1996 274.

<sup>174</sup> Nicht relevant im vorliegenden Zusammenhang sind jene erkennungsdienstliche Aktivitäten, die sich aus das Erheben von Tatspuren (Fingerabdrücken; Faserspuren; Bildaufnahmen von Tat- oder Unfallorten etc.) beziehen, sich also nicht auf konkrete Personen, vor allem Beschuldigte beziehen.

Strafprozess- oder Polizeirecht auf Gesetzesstufe eine gesetzliche Grundlage für solche erkennungsdienstlichen Erhebungen nicht oder nur teilweise vorhanden<sup>175</sup>; gelegentlich wurde die Pflicht (mindestens der Beschuldigten), sich für solche Erhebungen zur Verfügung zu stellen, aus der weitergehenden Möglichkeit der körperlichen Untersuchung abgeleitet<sup>176</sup>. Es erscheint indessen als angebracht, für diese erkennungsdienstliche Tätigkeit eine gesetzliche Grundlage zu schaffen und diese erkennungsdienstlichen Erhebungen mindestens in den Grundzügen zu regeln. Solche Erhebungen unterscheiden sich von anderen Beweiserhebungen und Zwangsmassnahmen, die primär mit Blick auf ein hängiges Verfahren vorgenommen werden und deren Resultate allein im entsprechenden Dossier Aufnahme finden; ihre Wirkungen erlöscht regelmässig mit dem Verfahrensabschluss. Die Zielsetzung der erkennungsdienstlichen Erhebungen und der damit gefütterten Register liegt hingegen darin, sie über einen konkreten Fall hinaus u.U. noch während Jahren für Fahndungszwecke zu verwenden. Die Aufbewahrung und der Umstand, dass die Unterlagen auch Freigesprochene betreffen können, rufen nach einer Regelung.

Zwischen der in Art. 108 ff. VE geregelten *Sammlung und Bearbeitung von Personendaten und der erkennungsdienstlichen Erfassung von Personen* besteht insofern ein Unterschied, als erstere schwergewichtig allgemeine Informationen über Personen (Alter, Beruf, Wohnort, Vorlieben irgendwelcher Art) betrifft, während sich die erkennungsdienstliche Erfassung auf körperliche Merkmale bezieht. Die Bereiche sind indessen nicht ohne weiteres zu trennen, zumal beide in (u.U. gleichen) Registern Eingang finden können und tendenziell nicht nur für pendente, sondern auch spätere Verfahren verwertet werden sollen. Der Vorentwurf sieht deshalb etwa hinsichtlich der weiteren Verwendung solcher Informationen (Art. 109 Abs. 3 bzw. 323 Abs. 4 VE) oder beim Rechtsschutz (Art. 109 Abs. 5 bzw. Art. 324 Abs. 3 VE) *weitgehende Angleichungen* dieser Bereiche vor, die auch auf die weiteren polizeilichen Register und Datensammlungen ausgedehnt werden (Art. 325 Abs. 2 VE).

## **257.1 Allgemeines zur Erhebung erkennungsdienstlicher Unterlagen (1. Abschnitt, Art. 320-322 VE)**

### *Voraussetzungen der erkennungsdienstlichen Erfassung (Art. 320 VE)*

Art. 320 Abs. 1 VE weist der Polizei, der Staatsanwaltschaft und den Gerichten die Befugnis zu, die erkennungsdienstliche Erfassung von Personen<sup>177</sup> anzuordnen bzw. durchzuführen. Diese sind auf die *Registrierung von Körpermerkmalen* (Grösse, Aussehen, Gewicht), das Fotografieren sowie die Abnahme von Abdrücken von Fingern-, Füssen- und anderen relevanten Körperteilen beschränkt. Müssen für die mit diesen erkennungsdienstlichen Erhebungen verbundenen Ziele, nämlich die Identität der betreffenden Person festzustellen (Abs. 1 Bst. a) oder eine Straftat abzuklären (Abs. 1 Bst. b), Blut, Urin, Mageninhalt, Haare u.ä. entnommen werden, sind die besonderen Bestimmungen von Art. 264-265 bzw. jene über die DNA-Analyse (einzufügen in Art. 267- 268 VE) anwendbar. Beigefügt sei, dass das Erheben von Spuren, die mit dem Körper locker verbunden sind (Kleider, Spermaspuren, Textilfasern, lose Haar etc. an der Körperoberfläche wie auch an der Bekleidung, Schmutz am

<sup>175</sup> Siehe etwa BStP 73<sup>quater</sup>, BE StrV 207; LU StPO 78; UR StPO 136; SZ StPO 38 Abs. 2; OW StPO 80a; NW StPO 82 Abs. 4; GL StPO 52 Abs. 5; BS StPO 76; BL StPO 90; SH StPO 200; AR StPO 131; AI StPO 70; GR StPO 76 Abs. 4; SG StPO 160.

<sup>176</sup> Etwa in Zürich aus StPO 156, dazu Schmid 1997 N 732; allg. dazu Hauser/Schweri 1999 § 72 N 17 f.

<sup>177</sup> Wie vorstehend zu den Vorbemerkungen angeführt, geht es hier allein um die erkennungsdienstliche Erfassung von Personen; die übrige erkennungsdienstliche Tätigkeit der Polizei (Aufnahme von Tatspuren etc.) ist durch deren allgemeiner Ermittlungsauftrag, vor allem Art. 333 Abs. 2 VE gedeckt.

Körper, etwa der beweismässig oft interessante Fingernagelschmutz u.ä.) durch die Durchsuchung von Personen nach Art. 262 und 263 VE abgedeckt ist.

Abs. 1 geht davon aus, dass erkennungsdienstliche Erhebungen zwar primär gegen *Beschuldigte* in Frage kommen werden, indessen unter strenger Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes auch gegen *Nichtbeschuldigte* angeordnet werden können. Wurden z.B. nach einer schwereren Straftat am Tatort Fingerabdrücke gefunden, die vom Täter stammen dürften, muss es zulässig sein, von allen Tatortberechtigten Fingerabdrücke abzunehmen.

Abs. 1 räumt die Befugnis, erkennungsdienstliche Erhebungen zu tätigen, neben der *Staatsanwaltschaft und Gerichten auch der Polizei* ein. Es gehört zur Routinearbeit der Polizei, bei vorläufigen Festnahmen die Festgenommenen erkennungsdienstlich zu erfassen, wenn sich der Tatverdacht bestätigt. Hier jedes Mal eine staatsanwaltschaftliche Bewilligung einzuholen, erscheint als verfehlt. Weigern sich die Personen, die die Polizei erkennungsdienstlich erfassen will, sich dafür zur Verfügung zu stellen, entscheidet über die Erfassung die Staatsanwaltschaft. Diese kann gegen Personen, die solche Erhebungen verweigern, einen Vorführungsbefehl erlassen (Abs. 2).

#### *Durchführung (Art. 321 VE)*

Art. 321 VE listet die wichtigsten der in Frage kommenden, schon in den einleitenden Bemerkungen erwähnten erkennungsdienstlichen Massnahmen auf. Im Vordergrund steht die Erfassung der Körpermerkmale, vor allem die Abdrücke von Fingern und andern Körperteilen wie Füßen, Mund etc.

#### *Erhebung von Schrift- oder Sprachproben (Art. 322 VE)*

Schrift- und neuerdings Sprachvergleiche spielen in der Kriminalistik eine bedeutende Rolle. Für die Beschaffung solcher Vergleichsproben bei Beschuldigten sollte eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden<sup>178</sup>, weil sich diese Untersuchungsmethoden und vor allem die Erhebung der Proben nicht ohne weiteres anderen Zwangsmassnahmen und vor allem nicht den üblichen erkennungsdienstlichen Methoden zurechnen lassen.

Fraglich ist, welche Personen verpflichtet werden sollen, solche Vergleichsproben zu liefern. Unproblematisch ist dies bei Personen, die *aussagepflichtig* sind, also vor allem bei Zeugen sowie Auskunftspersonen nach Art. 186 Ziff. 1 Bst. a und b VE. Bei den Beschuldigten und den aussageverweigerungsberechtigten Auskunftspersonen nach Art. 186 Abs. 1 Bst. c-e VE könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass es sich bei der Schrift und Sprache um Ausdrucksformen vorab des Körpers handelt, die wie bei den von Art. 321 VE erfassten Körpermerkmale nicht vom Aussageverweigerungsrecht erfasst werden. Allerdings ist bei der Abnahme dieser Proben eine aktive Mitwirkung der Beschuldigten erforderlich, zu der Beschuldigte grundsätzlich nicht verpflichtet sind<sup>179</sup>. Art. 322 Abs. 1 und 2 VE geben daher den Strafbehörden die Möglichkeit, die Beschuldigten zur Abgabe solcher Proben aufzufordern, sehen aber einen Zwang unter Androhung von Ordnungsbussen nur für aussagepflichtige Personen vor.

<sup>178</sup> Diese ist bereits (mindestens was die Schriftproben anbelangt) in diversen Prozessordnungen anzutreffen, vgl. etwa ZH StPO 117; BE StrV 164; UR StPO 140; SZ StPO 40 Abs. 2; OW StPO 90; NW StPO 83; GL StPO 74; BS StPO 76; SH StPO 201; AR StPO 137; AI StPO 71; AG StPO 93; TG StPO 132; GE StPO 184; vgl. dazu Aeschlimann 1997 N 1037 f.; Hauser/Schweri 1999 § 72 N 20; Maurer 1999 262; Poncet 1978 Kommentierung zu Art. 184; Schmid 1997 N 733.

<sup>179</sup> Zu dieser Thematik Maurer 1999 262, Hauser/Schweri 72 N 20; Schmid 1997 N 733.

Abs. 3 regelt die *Herausgabe und Beschlagnahme von Schriften oder Tonbandaufnahmen, die als Vergleich dienen können*. Es handelt sich hier im Grunde genommen um einen Sonderfall der Beweismittelbeschlagnahme, der nach den gleichen Grundsätzen zu regeln ist. Es wird deshalb auf Art. 273-275 VE verwiesen. Somit besteht grundsätzlich eine Herausgabepflicht. Aussageverweigerungsberechtigte Personen sind ihr und einer Beschlagnahme aber nur beschränkt unterworfen.

## **257.2 Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen und Akten (2. Abschnitt, Art. 323-324 VE)**

### *Aufbewahrung und Vernichtung (Art. 323 VE)*

Nach bisheriger Bundesgerichtspraxis dürfen erkennungsdienstliche Unterlagen nicht unbeschränkt aufbewahrt werden. Die Aufbewahrung ist in Fällen der Einstellung oder des Freispruchs eingeschränkt. Auch bei Verurteilung dürfen die entsprechenden Registrierungen zeitlich nicht unbegrenzt aufbewahrt werden<sup>180</sup>. Art. 323 VE versucht, zwischen den hier involvierten Interessen der Betroffenen auf Löschung der Einträge und Vernichtung der weiteren Unterlagen einerseits und jenen des Staates, für Fahndungszwecke über möglichst umfassende Registraturen zu verfügen, andererseits einen Ausgleich zu schaffen.

Bei *Verurteilung der betreffenden Beschuldigten* können die Unterlagen und Registratureinträge solange bestehen bleiben und auch benutzt werden, als nach dem jeweils geltenden Recht der betreffende Strafregistereintrag noch nicht gelöscht ist (Abs. 1).

Erfolgt eine *Einstellung oder ein Freispruch*, sind Eintragungen und Unterlagen sofort zu löschen. Dasselbe gilt für erkennungsdienstliche Unterlagen über Nichtbeschuldigte, wenn kein Verfahren eröffnet wurde (Abs. 2 und 3).

Eine *Ausnahme hierzu* sieht Abs. 4 vor: Wenn angenommen werden kann, dass die erkennungsdienstlichen Unterlagen auch in Zukunft bedeutsam sein könnten, dürfen sie – wie immer unter strenger Beachtung der Verhältnismässigkeit - während maximal 10 Jahren aufbewahrt (und auch verwendet) werden. So besteht zweifellos ein überwiegendes Fahndungsinteresse, wenn ein Angeklagter, der verschiedene schwere Sittlichkeitsdelikte begangen hatte, wegen Zurechnungsunfähigkeit oder Verjährung freigesprochen wurde. Das gleiche gilt, wenn ein Verfahren wegen nicht leicht zu nehmender Delikte eingestellt oder gar nicht an die Hand genommen wurde, weil das Verhalten in der Phase der straflosen Vorbereitung stehen blieb.

Die erkennungsdienstlichen Unterlagen und Registereinträge sind in jedem Falle zu vernichten bzw. zu löschen, wenn nicht Fahndungsinteressen eine *weitere Aufbewahrung erfordern* (Abs. 5).

### *Auskunftserteilung und Rechtsschutz (Art. 324 VE)*

Es entspricht den heutigen Regelungen vor allem im Bereich des Datenschutzes, sich bei den zuständigen Behörden über das Bestehen solcher Registrierungen erkundigen zu können<sup>181</sup>. Art. 324 Abs. 1 VE schafft einen solchen Anspruch. In Übereinstimmung mit Art. 109 Abs. 4 VE (für die Datensammlungen) ist vorgesehen, dass der Bundesrat in einer Verordnung die Einzelheiten der Auskunftspflicht und der Aktenvernichtung regelt.

<sup>180</sup> Siehe hierzu BGE 109 Ia 157; 120 Ia 151; Hauser/Schweri 1999 § 72 N 22; Maurer 1999 333 ff.; Oberholzer 1994 36; Piquerez 2000 N 2486 ff.; Schmid 1997 N 732.

<sup>181</sup> Siehe Art. 8 DSGVO.

Abs. 3 sieht – wiederum parallel mit Art. 109 Abs. 5 VE für die Datenbearbeitung – vor, dass *Anstände* im Zusammenhang mit der erkennungsdienstlichen Tätigkeit vom Zwangsmassnahmengericht endgültig entschieden werden sollen.

### **257.3 Weitere polizeiliche Register und Datensammlungen (3. Abschnitt, Art. 325 VE)**

#### *Grundsatz (Art. 325 VE)*

Art. 325 Abs. 1 VE schafft die gesetzliche Grundlage, dass die Polizei ausserhalb der in den vorstehenden Bestimmungen geregelten erkennungsdienstliche Tätigkeit die für die Ausübung ihrer Funktionen erforderlichen Register und Datensammlungen führen kann, regelt diese aber nicht näher. Dies wird Aufgabe des (weitgehend kantonalen) Polizeirechts sein, doch sind hier auch die Bestimmungen des BG vom 7. Oktober 1994 über kriminalpolizeiliche Zentralstellen des Bundes<sup>182</sup> anwendbar.

Angesichts der zu erwartenden Überschneidungen mit dem Bereich des Datenschutzes sowie der erkennungsdienstlichen Tätigkeit ist es sinnvoll, auch für die übrigen polizeilichen Register und Datensammlungen auf die entsprechenden Bestimmungen von Art. 108, 109 und 323 VE zu verweisen (Abs. 2). Es dürfte sich im gegebenen Zeitpunkt übrigens empfehlen, zu prüfen, inwieweit die verschiedenen und unterschiedlichen Registrierungs-, Löschungs- und weiteren Vorschriften in diesem Bereich<sup>183</sup> anzugleichen sind.

---

<sup>182</sup> SR 360. Zu den entsprechenden Datenverarbeitungsvorschriften einlässlich Lobsiger 1999 284 ff., zu den Informationsleistungen nach dem ZentG ders. 295 ff.

<sup>183</sup> Vgl. neben den bereits erwähnten Rechtsquellen auf Bundesebene z.B. VO über die Meldstelle für Geldwäscherei vom 16. März 1998 (SR 955.23), Art. 14 und 15.

## 26            **Verfahrensstadien; Besondere Verfahren**

### 261           **Vorverfahren (Sechster Titel)**

Sieht man von den Besonderen Verfahren des Neunten Titels ab, so beginnt das Strafverfahren mit dem Vorverfahren. Dieses besteht aus dem polizeilichen Ermittlungsverfahren und der durch die Staatsanwaltschaft geführten Untersuchung. Typisch für das mit diesem Vorentwurf gewählte Untersuchungsmodell ist dessen Eingliedrigkeit; die polizeilichen Ermittlungen und die staatsanwaltschaftliche Untersuchung werden als Einheit betrachtet<sup>1</sup>. Weil der Vorentwurf die *Verantwortung für die Ermittlung, Untersuchung, aber auch das anschliessende Zwischenverfahren (Art. 350-360 VE) der Staatsanwaltschaft* zuweist, muss ihr in dieser ersten Phase zwangsläufig eine starke Stellung eingeräumt werden. Der Vorentwurf trägt dabei auch dem von den Experten<sup>2</sup> und in den Hearings<sup>3</sup> erhobenen Postulat Rechnung, das polizeiliche Ermittlungsverfahren und dessen Abgrenzung von der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung näher zu regeln.

#### 261.1        **Allgemeines (1. Kapitel; Art. 326-349 VE)**

##### 261.11      **Begriff und Einleitung des Vorverfahrens (1. Abschnitt, Art. 326-328 VE)**

###### *Begriff (Art. 326 VE)*

Art. 326 VE umschreibt den Charakter des Vorverfahrens, seine Bestandteile und die dabei im Zentrum stehenden Aufgaben der Staatsanwaltschaft. Diese hat, ausgehend von einem Tatverdacht, die notwendigen Erhebungen anzustellen und die Beweise zu sammeln, damit das Verfahren raschmöglichst durch den *Erllass eines Strafbefehls, eine Anklageerhebung oder eine Einstellung abgeschlossen werden kann*.

###### *Einleitung des Vorverfahrens (Art. 327 VE)*

Art. 327 VE stellt klar, dass das *Vorverfahren nicht erst durch die formelle Verfügung der Staatsanwaltschaft (Art. 339 VE) eröffnet wird, sondern dass bereits selbstständige Ermittlungshandlungen der Polizei genügen*. Eine praktische Auswirkung dieser Regelung ist z.B., dass die Staatsanwaltschaft der Polizei nach Art. 335 Abs. 3 VE in jedem Stadium des Verfahrens Weisungen erteilen oder das Verfahren an sich ziehen kann.

###### *Rechtsmittel gegen die Einleitung des Vorverfahrens (Art. 328 VE)*

Es stellt sich die Frage, ob die Einleitung eines Strafverfahrens wie grundsätzlich jede Verfahrenshandlung (Art. 463 Abs. 2 Bst. b VE) mit Beschwerde anfechtbar sein soll. *Im Interesse der Verfahrensbeschleunigung lässt der Entwurf hier die Beschwerde grundsätzlich nicht zu*<sup>4</sup>. In diesem Stadium des Verfahrens würde sich die Beschwerde wohl ohnehin um die Frage drehen, ob ein genügender Tatverdacht vorliegt, der Anlass zur Einleitung eines Vorverfahrens gibt (Art. 339 Abs. 1 VE), eine Frage, die zu klären ja gerade Aufgabe des Vorverfahrens ist.

*Ausnahmen* sieht Art. 328 VE nur vor, wenn die Beschuldigten geltend machen, die Verfahrenseinleitung verstosse gegen den Grundsatz der Doppelverfolgung (*ne bis in idem*, Art. 12 VE). Diese beiden Fragen müssen sofort zu Beginn des Strafverfahrens, allenfalls auf dem Rechtsmittelweg, geklärt werden. Weil Art. 3 ff. StGB davon ausgehen, dass die gleiche

<sup>1</sup> Hierzu näher vorne Ziff. 131.4.

<sup>2</sup> Siehe Aus 29 mach 1 S. 121 ff.

<sup>3</sup> So z.B. Hearings 55 f., 76 f., 87, 146.

<sup>4</sup> So auch postuliert von Aus 29 mach 1 S. 132 unten.



Straftat in der Schweiz und im Ausland verfolgt werden kann, hindert ein paralleles Strafverfahren im Ausland die Einleitung eines schweizerischen Verfahrens allerdings nicht.

## 261.12 Anzeigerecht und Anzeigepflicht (2. Abschnitt, Art. 329-330 VE)

### *Allgemeines Anzeigerecht (Art. 329 VE)*

Im Einklang mit dem geltenden Strafprozessrecht<sup>5</sup> statuiert Abs. 1 ein *allgemeines Anzeigerecht*, d.h. jedermann kann eine Straftat, von der er Kenntnis hat, den Strafbehörden schriftlich oder mündlich melden.

Nach den meisten Strafprozessordnungen fliessen aus dieser Anzeige, falls der Anzeigersteller nicht Geschädigter oder Privatkläger ist, keine weiteren Rechte. Üblicherweise wird dem Anzeigersteller sogar ein Recht darauf, über das Schicksal seiner Anzeige orientiert zu werden, abgesprochen<sup>6</sup>, da für eine solche Mitteilung heute zumeist keine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Selbstverständlich können aus der Tatsache, dass jemand eine Strafanzeige eingeleitet hat, *keine eigentlichen Verfahrensrechte abgeleitet werden*, es sei denn, der betreffende Person komme Parteistellung zu (Abs. 3).

Hingegen ist den Privaten, die durch ihre Anzeige ein Einschreiten der Strafbehörden bewirkten, auf ihre *Anfrage hin mitzuteilen, ob die Anzeige an die Hand genommen und wie sie erledigt wurde* (Abs. 2). Mitgeteilt wird nur, ob ein Verfahren eingeleitet und ob es durch Strafbefehl, Anklageerhebung oder Einstellung abgeschlossen wurde; irgendwelche Details werden nicht angegeben.

### *Anzeigepflichten (Art. 330 VE)*

Die geltenden Strafprozessordnungen schreiben in unterschiedlicher Weise den Beamtinnen, Beamten und Behördenmitgliedern vor, Straftaten, die sie in ihrer amtlichen Stellung feststellten, den zuständigen Strafbehörden zu melden<sup>7</sup>. Der Vorentwurf beschränkt sich darauf, in Abs. 1 eine solche *Anzeigepflicht für die Strafbehörden im Sinne von Art. 13-27 VE vorzusehen*: Als Ausfluss des Verfolgungs- und Anklagezwanges (Art. 7 VE) sind diese verpflichtet, festgestellte Straftaten entweder selbst zu verfolgen oder diese den zuständigen Behörden anzuzeigen. Wenn z.B. ein Gericht Straftaten entdeckt, sind diese der Staatsanwaltschaft zu melden. Die Meldepflicht betrifft auch Delikte, die in einem andern Kanton begangen wurden. Insofern übernimmt Abs. 1 die in Art. 11 des *Rechtshilfekonkordates vorgesehene interkantonale Mitteilungspflicht*.

Bei den *Anzeigepflichten der übrigen Beamtinnen, Beamten und Behördenmitglieder* überlässt es der Vorentwurf in Abs. 2 Bund und Kantonen, solche zu schaffen, zumal es sich bei der

<sup>5</sup> Siehe etwa BStP 100; ZH StPO 20; BE StrV 199; LU StPO 50; UR StPO 141; SZ StPO 58 Abs. 1; OW StPO 26 Abs. 1; NW StPO 94 Abs. 1; GL StPO 28 Abs. 1; ZG StPO 6 Abs. 3; FR StPO 146; SO StPO 74; BS StPO 98; BL StPO 121; SH StPO 204; AR StPO 139; AI StPO 78; SG StPO 166; GR StPO 68; AG StPO 119; TG StPO 67; TI StPO 76; VD StPO 173; VS StPO 43 Ziff. 1; NE StPO 3; GE StPO 9; JU StPO 3; ferner Art. 11 des Rechtshilfekonkordates. Zu dieser Thematik ferner Aeschlimann 1997 N 1215 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 73 N 5, 75 N 13; Maurer 1999 307 ff.; Oberholzer 1994 409 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 146.1 ff.; Piquerez 2000 N 2813; Schmid 1997 N 774.

<sup>6</sup> Schmid 1997 N 527. Vgl. auch Aus 29 mach 1 S. 124.

<sup>7</sup> So etwa ZH StPO 21; BE StrV 200 f.; LU StPO 51 Abs. 1; UR StPO 142; SZ StPO 58 Abs. 2; OW StPO 26 Abs. 3; NW StPO 94 Abs. 2; GL StPO 28 Abs. 2; ZG StPO 6; FR StPO 147; SO StPO 75; BS StPO 90; BL StPO 121; SH StPO 206; AR StPO 140; SG StPO 167; GR StPO 69; AG StPO 120; TG StPO 68; VD StPO 173; VS StPO 43 Ziff. 2, 3; NE StPO 6; GE StPO 10 f.; JU StPO 6; Aeschlimann 1997 N 1219 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 73 N 6, 75 N 12; Maurer 1999 309 ff.; Oberholzer 1994 410; Piquerez 2000 N 2814 ff.; Poncet 1978 Kommentierung zu Art. 10 f.; Schmid 1997 N 775.

Schaffung solcher Pflichten eher um ein personal-, d.h. verwaltungsrechtliches Problem und weniger um eine strafprozessuale Fragestellung handelt.

Abs. 3 bestimmt, dass solche Anzeigepflichten dort ihre Schranken finden, wo die Anzeigepflichtigen ein *Aussageverweigerungsrecht als Beschuldigte, Mitbeschuldigte* (Art. 122 Abs. 3 VE), *Zeuginnen oder Zeugen* (nach Artikel 176 und 181 VE) und *Auskunftspersonen* (nach Art. 188 Abs. 1 VE) hätten. Diese Einschränkung gilt auch für die von Bund und Kantonen in Anwendung von Abs. 2 eingeführten Anzeigepflichten.

## **261.13 Vorverfahren bei Antrags- und Ermächtigungsdelikten (3. Abschnitt, Art. 331-332 VE)**

### *Antrags- und Ermächtigungsdelikte (Art. 331 VE)*

Abs. 1 und 2 übernehmen die in vielen Strafprozessordnungen zu findende Regel, dass die Strafverfolgungsbehörden bei Antragsdelikten ihre *Tätigkeit erst aufnehmen, wenn Strafantrag gestellt ist*. Sind unaufschiebbare sichernde Massnahmen zu treffen, können diese vor Stellen des Strafantrags vorgenommen werden<sup>8</sup>. So hat die Polizei etwa bei einem Verkehrsunfall mit leichter Körperverletzung die Unfallbeteiligten festzustellen sowie die Unfallsituation photographisch oder mit anderen geeigneten Mitteln festzuhalten, auch wenn unmittelbar nach dem Unfall noch nicht bekannt ist, ob der Geschädigte Strafantrag stellen wird.

Wie bereits zu Art. 7 Abs. 2 VE dargelegt, wird es auch weiterhin sogenannte Ermächtigungsdelikte geben, deren Verfolgung nur möglich ist, wenn *eine nichtrichterliche Behörde dazu die Einwilligung erteilt*.

### *Form des Strafantrags (Art. 332 VE)*

Der Strafantrag ist im schweizerischen Recht grundsätzlich in Art. 28 ff. StGB/nArt. 30-33 StGB, also im Bundesrecht, geregelt. Nach bisheriger Lehre und Praxis wurde jedoch die Frage, in welcher Form und bei welcher Behörde Strafantrag zu stellen sei, als eine solche des kantonalen Verfahrensrechts betrachtet<sup>9</sup>. Im Rahmen der Vereinheitlichung schreibt Art. 332 VE vor, dass der Strafantrag bei Polizei, Staatsanwaltschaft oder Übertretungsstrafbehörde künftig schriftlich oder mündlich zu Protokoll zu erklären ist (Abs. 1). Gleiches gilt für den Verzicht und den Rückzug (Abs. 2).

## **261.2 Polizeiliches Ermittlungsverfahren (2. Kapitel; Art. 333-337 VE)**

### **261.21 Zweck und Durchführung (1. Abschnitt, Art. 333-335 VE)**

#### *Zweck (Art. 333 VE)*

Art. 333 VE fasst in Abs. 1 Zweck und Aufgaben des polizeilichen Ermittlungsverfahrens zusammen, wie sie schon bisher in der schweizerischen Strafprozessgesetzgebung festgeschrieben<sup>10</sup> und in der einschlägigen Literatur dargestellt wurden<sup>11</sup>. Anlass zu solchen

<sup>8</sup> Siehe etwa ZH StPO 23 f.; BE StrV 202 Abs. 1; LU StPO 51 Abs. 4; SZ StPO 3 Abs. 3; BL StPO 11 Abs. 4; SH StPO 207; AI StPO 79 Abs. 3; GR StPO 70 Abs. 1; SG StPO 173 Abs. 2 lit.c; AG StPO 121 Abs. 2; VS StPO 39 Ziff. 3; GE StPO 108; Aeschlimann 1997 N 1226; Hauser/Schweri 1999 § 75 N 14; Maurer 1999 313; Oberholzer 1994 207 f.; Piquerez 2000 N 631 ff., 2811; Schmid 1997 N 510.

<sup>9</sup> Statt vieler m.w.H. Trechsel 1997 Vor Art. 28 N 6.

<sup>10</sup> ZH StPO 22 ff.; BE StrV 204 ff.; LU StPO 49; UR StPO 145 f.; OW StPO 26a ff.; NW StPO 3, 96 f.; GL StPO 32 ff.; ZG StPO 12; FR StPO 150 f.; BS StPO 3, 97; BL StPO 122 f.; SH StPO 11 f., 210 ff.; AR

Ermittlungen geben entweder private Anzeigen, entsprechende Anweisungen der Staatsanwaltschaft oder eigene Feststellungen der Polizei. Diese sogenannten *selbstständigen polizeilichen Ermittlungen* werden nicht durch eine formelle Verfügung eröffnet<sup>12</sup>.

Abs. 3 verpflichtet die Polizei unter Vorbehalt besonderer, abweichender Bestimmungen zur Einhaltung der Vorschriften, die die staatsanwaltschaftliche Untersuchung, die Beweismittel sowie die Zwangsmassnahmen regeln. Es ist somit nicht so, dass – um ein vom deutschen Strafrechtler und Rechtsphilosoph GUSTAV RADBRUCH geprägtes Wort zu übernehmen – die Staatsanwaltschaft und Gerichte in der *bel étage* mit gepflegten Umgangsformen, die Polizei aber in der Kellerwohnung, in welcher raue Sitten üblich sind, residieren<sup>13</sup>.

#### *Information der Opfer über ihre Rechte (Art. 334 VE)*

Art. 334 VE übernimmt materiell unverändert Art. 6 Abs. 1 und 2 OHG, erweitert aber die Orientierungspflichten dahingehend, dass das Opfer *umfassend* über seine Rechte aufzuklären ist, wie dies allgemein schon in Art. 153 Abs.4 VE vorgesehen ist. Wenn im Unterschied zu Art. 6 Abs. 1 und 2 OHG neben der Polizei die Staatsanwaltschaft als verpflichtete Behörde genannt ist, so für den Fall, dass das Opfer erstmals direkt durch die Staatsanwaltschaft einvernommen wird.

#### *Informierung der Staatsanwaltschaft (Art. 335 VE)*

Um der Staatsanwaltschaft zu ermöglichen, mit Blick auf die Eingliedrigkeit oder Einheitlichkeit des gewählten Staatsanwaltschaftsmodells ihre Leitungsfunktion bei der Führung des Vorverfahrens wahrzunehmen, sind entsprechende Instrumente zu schaffen. In diesem Sinne sieht Art. 335 Abs. 1 VE vor, dass die *Polizei die Staatsanwaltschaft über schwere Verbrechen und Vergehen unverzüglich zu orientieren hat*. Eine sofortige (im Regelfall telefonische) Information hat auch bei schweren Unfällen, Bränden u.ä. zu erfolgen, bei denen nicht sofort ersichtlich, ob ihnen ein strafbares Verhalten zu Grunde liegt. Sinn dieser Orientierungspflicht ist, dass die Staatsanwaltschaft sofort am Tatort erscheinen und die Leitung des Vorverfahrens übernehmen kann. Dieses Vorgehen entspricht dem in vielen Kantonen bekannten *Pikett- oder Brandtoursystem*<sup>14</sup>. Um den unterschiedlichen Bedürfnissen von Bund und Kantonen Rechnung zu tragen, sieht Abs. 2 vor, dass sie diese Informationspflicht selber näher regeln können.

Die Orientierungspflicht von Abs. 1 erlaubt der Staatsanwaltschaft vorab in den aufgezählten schweren Fällen, aber grundsätzlich auch in jedem anderen Straffall, der Polizei in jeder Verfahrensstufe *verbindliche Weisungen über das Vorgehen zu erteilen*. Die Staatsanwaltschaft kann aber auch jederzeit das *Verfahren an sich ziehen*, was faktisch zu einem sofortigen Übergang vom Ermittlungs- zum Untersuchungsstadium führt<sup>15</sup>.

Abs. 4 macht es der Staatsanwaltschaft zur Pflicht, bei schweren Verbrechen und Vergehen, bei denen sie sofort orientiert wird und regelmässig am Tatort erscheint, die ersten

---

StPO 6, 142 f.; AI StPO 79 f.; SG StPO 5 f.; GR StPO 71; AG StPO 123 f.; TG StPO 1, 71; VD StPO 164 ff.; VS StPO 37 ff.; NE StPO 92 ff.; GE StPO 106 ff.; JU StPO 71 ff.

<sup>11</sup> Aeschlimann 1997 N 1228 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 164 ff.; Clerc 1975 N 51; Hauser/Schweri 1999 § 75 N 7 ff.; Maurer 1999 314 ff.; Oberholzer 1994 31 ff.; Piller/Pochon 1998 Kommentierung von Art. 150 ff.; Piquerez 2000 N 2820 ff.; Schmid 1997 N 773 ff. Vgl. ferner Aus 29 mach 1 S. 123 ff.

<sup>12</sup> Dazu Aus 29 mach 1 S. 123.

<sup>13</sup> Hauser/Schweri 1999 § 75 N 2; dazu auch Oberholzer 1994 52 f. Bestimmungen in diesem Sinne etwa in BS StPO 97 Abs. 2; SH StPO 210 Abs. 2; VS StPO 41<sup>ter</sup> Ziff. 1.

<sup>14</sup> Aeschlimann 1997 N 1282 f.; Hauser/Schweri 1999 § 75 N 8; Maurer 1999 317, 338; Oberholzer 1994 45; Schmid 1997 N 786.

<sup>15</sup> Siehe Aus 29 mach 1 S. 129.

*Einvernahmen der Beschuldigten, Zeuginnen, Zeugen oder Auskunftspersonen selbst durchzuführen.* Insbesondere bei Kapitalverbrechen sind diese ersten Einvernahmen sehr wesentlich und sollen von der Behörde, die für das Vorverfahren verantwortlich ist, selbst durchgeführt werden. Natürlich kann diese Regel nicht immer eingehalten werden, insbesondere, wenn eine grössere Anzahl einzuvernehmender Personen vorhanden ist.

## **261.22 Abschluss des polizeilichen Ermittlungsverfahrens (2. Abschnitt, Art. 336-337 VE)**

### *Rapporterstattung an die Staatsanwaltschaft (Art. 336 VE)*

Die polizeiliche Ermittlungstätigkeit wird traditionsgemäss in *Polizeirapporten*, in denen auf Grund der allgemeinen Dokumentationspflichten von Art. 83 VE die polizeiliche Tätigkeit und ihre Ergebnisse festgehalten werden, niedergelegt. Diese Polizeirapporte sind zusammen mit allen dazugehörigen Akten wie Einvernahmeprotokollen, beschlagnahmten Gegenständen, Vermögenswerten etc. der Staatsanwaltschaft zu übermitteln. *Diese Aktenübermittlung muss sofort nach den ersten Ermittlungen erfolgen*, damit die Staatsanwaltschaft unverzüglich die Leitung des Verfahrens übernehmen kann<sup>16</sup>.

### *Absehen von Rapportierung (Art. 337 VE)*

Ziel der Rapporterstattung an die Staatsanwaltschaft ist, dass diese über die Eröffnung einer Strafuntersuchung und das weitere Vorgehen entscheiden kann. Wenn angesichts der Sachlage im konkreten Fall keine Notwendigkeit für Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft besteht, entfällt der Sinn dieser Weiterreichung. Dies betrifft die zahlreichen, von der Polizei bearbeiteten *Fälle, in denen die Täterschaft unbekannt ist oder eine bekannte Täterschaft trotz eingeleiteter Fahndung (Art. 222 VE) nicht eruiert werden konnte*. Diese Fälle automatisch der Staatsanwaltschaft weiterzugeben, verursacht meist nur administrativen Aufwand. Vielfach ist es zweckmässiger, die Akten bei der Polizei zu archivieren und nur dann an die Staatsanwaltschaft weiterzugeben, wenn die Täterschaft ermittelt oder die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Art. 337 Abs. 1 VE ermöglicht deshalb in diesen Situationen, von einer Rapporterstattung abzusehen.

Trotzdem muss in folgenden Fällen eine Rapporterstattung erfolgen:

- wenn nach Abs. 2 Bst. a die Staatsanwaltschaft dies konkret verlangt, auch wenn die Voraussetzungen nach Abs. 1 erfüllt sind.
- wenn nach Abs. 2 Bst. b gegen Beschuldigte Zwangsmassnahmen oder formell Ermittlungshandlungen durchgeführt wurden. Damit werden Fälle erfasst, in denen z.B. Verdächtige zunächst polizeilich festgenommen wurden, sich dann aber herausstellt, dass diese Personen als Täter ausgeschlossen werden können und die Fahndung gegen unbekannte Täterschaft fortzusetzen ist. Diese festgenommenen Personen haben Anspruch auf eine formelle Erledigung der gegen sie erhobenen Vorwürfe. Dies gilt auch für von der Polizei protokollarisch als Beschuldigte einvernommene Personen, nicht aber z.B. für am Tatort informell befragte Anwesende.

<sup>16</sup> So auch postuliert von Aus 29 mach 1 S. 123, 128.

**261.3 Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft (3. Kapitel; Art. 338-349 VE)****261.31 Allgemeines und Eröffnung der Untersuchung (1. Abschnitt, Art. 338-341 VE)***Begriff und Zweck der Untersuchung (Art. 338 VE)*

Art. 338 Abs. 1 VE umreist Begriff und Zweck der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung. Es ist dies jener Teil des Vorverfahrens, in dem, aufbauend auf den Ermittlungsergebnissen der Polizei, *der Deliktvorwurf in sachverhaltmässiger und rechtlicher Hinsicht durch Erhebung der entsprechenden Beweise soweit abgeklärt* wird, damit im nachfolgenden Zwischenverfahren (Art. 350 ff. VE) entschieden werden kann, wie das Verfahren abzuschliessen ist.

Gemäss Abs. 2 müssen die Akten mindestens dann, wenn das Verfahren zu einer Anklageerhebung führt, beweismässig auf einen Stand gebracht werden, der es dem Gericht erlaubt, sowohl im Schuld- wie auch im Strafpunkt ohne zusätzliche Beweiserhebungen ein Urteil zu fällen<sup>17</sup>. Diese Vorschrift bringt zum Ausdruck, dass das mit dem Vorentwurf vorgeschlagene *Gerichtsverfahren, das auf einer beschränkten Unmittelbarkeit basiert*<sup>18</sup>, voraussetzt, dass die Akten den Gerichten entscheidungsreif übermittelt werden.

Soll im Rahmen eines Gerichts- sowie Strafbefehlsverfahren über die Strafe entschieden werden, müssen auch die *persönlichen Verhältnisse der Beschuldigten in angemessener Weise erforscht werden* (Abs. 3). Die Staatsanwaltschaft hat somit auch die sogenannten Akten zur Person (Erhebungen zum Lebenslauf, Vorstrafen- und Leumundsberichte etc.) zu beachten. Diese Erhebungen sollen naturgemäss im Verhältnis zur Bedeutung des Straffalles stehen, weshalb sie im Falle eines zu erwartenden Strafbefehls entsprechend beschränkt sein können.

*Eröffnung der Untersuchung (Art. 339 VE)*

Art. 339 VE beschreibt die Aufgaben der Staatsanwaltschaft bei Eingang der Akten (von der Polizei, allenfalls direkte Anzeigen der Strafkörper). Nach Abs. 1 hat die Staatsanwaltschaft sofort zu prüfen, ob die vorliegenden Akten einen genügenden Tatverdacht<sup>19</sup> liefern, der die Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigt. Wie jede Behörde prüft sie ferner, ob die Prozessvoraussetzungen (wie Zuständigkeit, Strafanträge etc.) erfüllt oder ob Prozesshindernisse (Verjährung etc.) gegeben sind. Liegt ein genügender Tatverdacht vor und steht der Untersuchung auch kein prozessuales Hindernis im Weg, erlässt die Staatsanwaltschaft eine *formelle Eröffnungsverfügung*. Diese amtsinterne Verfügung dient der Klarstellung in den Akten und bezeichnet, gegen wen die Untersuchung eröffnet wird und welche Straftatbestände betroffen sind. Da eine Untersuchung nur bei genügendem Tatverdacht eröffnet werden darf, erübrigt sich eine Begründung<sup>20</sup>. Die Beschuldigten erfahren durch die

<sup>17</sup> In dieser Richtung BStP 113; UR StPO 148 Abs. 1; SZ StPO 61; OW StPO 29; NW StPO 100; GL StPO 40; FR StPO 152 Abs. 2; BS StPO 95; BL StPO 119 Abs. 3; SH StPO 215 Abs. 1; AR StPO 146; AI StPO 81; SG StPO 172; TG StPO 74 Abs. 1; VS StPO 51 Abs. 2; JU StPO 101. Zu dieser Notwendigkeit Aeschlimann 1997 N 1322 ff., 1556 f.; Hauser/Schweri 1999 § 76 N 4; Maurer 1999 353 f.; Oberholzer 1994 223 f.; Schmid 1997 N 783 f., ders. in Donatsch/Schmid § 25 N 2.

<sup>18</sup> Siehe vorne Ziff. 142, nachfolgend Ziff. 263.23.

<sup>19</sup> Zu dem bei Untersuchungseröffnung erforderlichen Anfangsverdacht vgl. Aeschlimann 1997 N 1290 ff.; Maurer 1999 340 ff.; Oberholzer 1994 412 f.; Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 25 N 6, diese zumeist unter Hinweis auf Hans Walder in recht 8 (1990) 1 ff.

<sup>20</sup> Im Unterschied zu gewissen Kantonen wie BL StPO 127; VS StPO 46, die eine begründete Verfügung vorsehen.

Vornahme von Untersuchungshandlungen (Vorladungen usw.) von der Untersuchungseröffnung, sodass auf eine Mitteilung verzichtet werden kann (Abs. 4)<sup>21</sup>.

*Ist der Tatverdacht bei Eingang der polizeilichen Ermittlungsakten bzw. der Strafanzeige nicht ausreichend*, eröffnen sich der Staatsanwaltschaft die folgenden drei Möglichkeiten:

- Zunächst können die vorliegenden Akten nach Abs. 2 der Polizei zur Vornahme ergänzender Ermittlungen überwiesen bzw. zurückgewiesen werden; davon sollte allerdings nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.
- Als zweite Möglichkeit kann die Staatsanwaltschaft nach Massgabe von Art. 340 VE ein sogenanntes Vorabklärungsverfahren durchführen.
- Ergibt sich aus den vorliegenden Akten hingegen, dass selbst zusätzliche Erhebungen nichts daran ändern könnten, dass keine Straftatbestände erfüllt sind, Prozesshindernisse bestehen oder aus Opportunitätsgründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist, ergeht nach Art. 341 VE eine Nichtanhandnahmeverfügung.

Die Staatsanwaltschaft muss immer (also auch bei Rückweisung an die Polizei oder bei einem eigenen Vorabklärungsverfahren) sofort nach Abs. 3 eine *Untersuchung eröffnen, wenn von Polizei oder Staatsanwaltschaft Zwangsmassnahmen* wie vor allem vorläufige Festnahmen, Durchsuchungen oder Untersuchungen, Hausdurchsuchungen, Telefonüberwachungen o.ä. angeordnet wurden. Hier drängt sich eine Untersuchungseröffnung nur schon deshalb auf, weil ohnehin ein formeller Abschluss unter Mitteilung an die Parteien erfolgen muss. Eine Untersuchung ist auch unverzüglich zu eröffnen, wenn die Staatsanwaltschaft bei Pikett- oder Brandtourfällen nach Art. 335 Abs. 1 VE sofort orientiert wurde (Abs. 5).

Die *Eröffnung einer Voruntersuchung* und damit auch die formelle Untersuchungseröffnung nach Abs. 3 ist nach Art. 328 VE im Regelfall *nicht anfechtbar*.

#### *Vorabklärungsverfahren (Art. 340 VE)*

Das Institut des Vorabklärungsverfahrens hat erst in jüngster Vergangenheit Eingang ins schweizerische Strafprozessrecht gefunden. In den Gesetzen ist es nur sehr vereinzelt anzutreffen<sup>22</sup>, andere Kantone haben es in der Praxis entwickelt<sup>23</sup>. Das Vorabklärungsverfahren ermöglicht es *bei komplexen, aber vorerst unklaren Deliktswürfen der Staatsanwaltschaft vor der formellen Eröffnung einer Untersuchung, einen zunächst nur ungenügenden Tatverdacht abzuklären* (so sinngemäss Abs. 1). Es empfiehlt sich vor allem für sogenannte opferlose Delikte aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität wie Insider- oder Geldwäschereidelikte, bei denen keine Strafanzeigen von Geschädigten vorliegen. Wurden solche Anzeigen erstattet, ist dieses Verfahren nach Art. 340 VE nicht möglich, da in diesem Falle das Verfahren mindestens mit einer Nichtanhandnahme- oder Einstellungsverfügung formell zu erledigen ist.

Damit die Grenze zur Untersuchung klar gezogen wird, bestimmt Abs. 2, dass bei Vorabklärungsverfahren *nur eine informelle Informationsbeschaffung zulässig ist*. Es können schriftliche Auskünfte eingeholt oder Personen formlos schriftlich oder mündlich (also nicht als Auskunftspersonen nach Art. 186-189 VE) befragt werden. Zwangsmittel sind nicht zulässig. Da niemand verpflichtet ist, an solchen Erhebungen teilzunehmen (Abs. 3), sind die zu befragenden Personen auf die fehlende Mitwirkungspflicht aufmerksam zu machen<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Gegen Eröffnung auch Aus 29 mach 1 S. 132.

<sup>22</sup> Siehe etwa BE StrV 224 und 228; VS StPO 45bis (Ermittlungsverfahren). vgl. dazu auch Aeschlimann 1997 N 1292 ff.; Maurer 1999 341 f.

<sup>23</sup> So in Zürich; Hauser/Schweri 1999 § 74 N 1 ff.; Oberholzer 1994 414; Schmid 1997 N 781; ders. in Donatsch/Schmid § 25 N 14.

<sup>24</sup> Hauser/Schweri 1999 § 74 N 3; Schmid in Donatsch/Schmid § 25 N 14.

Das Wesen dieses Vorabklärungsverfahrens fordert *keinen formellen Abschluss*; ist die Staatsanwaltschaft der Auffassung, auch die Vorabklärung hätte nicht zu einem genügenden Tatverdacht geführt, kann das Verfahren formlos und ohne Mitteilung an allenfalls Betroffene (Abs. 5) beendet werden. Die Staatsanwaltschaft ist hingegen frei, in Fällen, bei denen Personen befragt wurden oder die gar eine gewisse Publizität entstand, eine Nichtanhandnahmeverfügung (Art. 341 VE) zu erlassen. Wird kein Verfahren eröffnet, ist auch kein Rechtsmittel gegeben (Abs. 5 Satz 2). Das Akteneinsichtsrecht ist beschränkt auf die eine Person selbst betreffenden Informationen<sup>25</sup>. Fördern diese Vorabklärungen jedoch einen *genügenden Tatverdacht* zu Tage, so wird nach Art. 339 Abs. 3 VE eine Untersuchung eröffnet. Die bisher zusammengetragenen Akten werden in die Untersuchungsakten integriert (Abs. 4).

#### *Nichtanhandnahmeverfügung (Art. 341 VE)*

Wie bereits zu Art. 339 VE erwähnt, erlässt die Staatsanwaltschaft sofort bei Eingang der Akten eine Nichtanhandnahmeverfügung, *wenn die angerufenen Straftatbestände oder Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt sind oder aus Opportunität sowie andern gesetzlichen Gründen auf ein Strafverfahren zu verzichten ist*<sup>26</sup>. Typisch für die Nichtanhandnahmeverfügung ist, dass sie ohne eigene Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft ergeht; erfolgen solche, ist eine Einstellungsverfügung zu erlassen<sup>27</sup>. Eine Nichtanhandnahme wegen fehlendem Straftatbestand darf nur ergehen, wenn zum vornherein feststeht, dass kein Delikt gegeben ist. Diese Erledigung ist somit nicht zulässig, wenn nur zweifelhaft ist, ob ein Straftatbestand vorliegt oder dessen Nachweis gelingen wird<sup>28</sup>. Die Nichtanhandnahmeverfügung ergeht nach den Vorschriften für die Einstellungsverfügung (Art. 350-354 VE; Art. 350 Abs. 2 VE).

### **261.32 Führung der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft (2. Abschnitt, Art. 342-345 VE)**

#### *Allgemeines (Art. 342 VE)*

Art. 342 VE zählt verschiedene, bei der Untersuchungsführung der Staatsanwaltschaft zu beachtende Regeln auf. Zunächst bestimmt Abs. 1, dass unter Vorbehalt von Abs. 2 sowie Art. 343 Abs. 1 VE die Untersuchungshandlungen wie vor allem die Beweisabnahmen von der *Staatsanwaltschaft selbst durchzuführen und nicht delegierbar sind*. Dabei muss den Parteien das rechtliche Gehör nach Massgabe der entsprechenden Vorschriften (Art. 158 und 159 VE) gewährt werden.

In einigen Kantonen ist es bewährte Praxis, dass zur Entlastung der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte *gewisse Untersuchungshandlungen von Hilfspersonen*, also Untersuchungsbeamten, Sekretärinnen, Sekretären, Praktikantinnen, Praktikanten oder anderen Funktionärinnen oder Funktionären der Staatsanwaltschaften, durchgeführt werden können<sup>29</sup>. Dies betrifft vor allem einfachere Einvernahmen von Beschuldigten, Zeuginnen oder Zeugen

<sup>25</sup> Hauser/Schweri 1999 § 74 N 8; Schmid in Donatsch/Schmid § 25 N 14.

<sup>26</sup> In gewissen Kantonen Ablehnungsverfügung, Vonderhandweisung, Nichteintreten o.ä. genannt, vgl. LU StPO 59; OW StPO 28; NW StPO 97; SO StPO 80; SG StPO 168; VS StPO 46 Ziff. 3 und 4; JU StPO 97 (classement).

<sup>27</sup> Aeschlimann 1997 N 1301 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 78 N 2; Maurer 1999 343 ff.; Oberholzer 1994 414; Piquerez 2000 N 2963; Schmid 1997 N 785, 794; ders. in Donatsch/Schmid § 38 N 4 ff.; sodann Aus 29 mach 1 S. 132.

<sup>28</sup> Aeschlimann 1997 N 1302; Hauser/Schweri 1999 § 78 N 2; Padrutt 1996 Art. 82 N 3; Schmid in Donatsch/Schmid § 38 N 8.

<sup>29</sup> Siehe etwa ZH StPO 25 Abs. 2; LU StPO 63; SO StPO 92 Abs. 1; GR StPO 87 Abs. 8; JU StPO 104.

usw. etwa mit Blick auf einen nachfolgend zu erlassenden Strafbefehl. Bund und Kantone sollen diese Entlastungsmöglichkeiten nach wie vor zur Verfügung stehen (Abs. 2). Es ist indessen darauf zu achten, dass wesentliche Untersuchungshandlungen (Haftanträge ans Zwangsmassnahmengericht; Strafbefehle; Anklagen) nach wie vor nur durch die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte selbst erfolgen.

Abs. 3 dient der Entlastung der Staatsanwaltschaft in einfacheren Fällen, *wenn die Beschuldigten bereits vor der Polizei ein zuverlässiges Geständnis ablegten*. Hier kann sich die Staatsanwaltschaft auf eine summarische Untersuchung und Einvernahme der Beschuldigten beschränken, eine Möglichkeit, die in einigen Kantonen bereits ausdrücklich vorgesehen<sup>30</sup> und in den übrigen wohl weitgehend Praxis ist.

Abs. 4 erlaubt es der Staatsanwaltschaft, die *einmal eröffnete Strafuntersuchung auf weitere Personen oder Delikte auszudehnen*. In diesem Fall erlässt sie eine Verfügung nach Art. 339 Abs. 3 und 4 VE.

#### *Aufträge der Staatsanwaltschaft an die Polizei (Art. 343 VE)*

Nach Art. 342 VE hat die Staatsanwaltschaft nach Eröffnung der Untersuchung diese selbst zu führen. Allerdings entspricht es bewährter Übung, dass auch *nach eröffneter Untersuchung die Polizei mit ergänzenden Erhebungen* beauftragt werden kann<sup>31</sup>. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kriminalpolizei mit ihren gut ausgebildeten und ausgerüsteten Spezialeinheiten oft besser für die Detailabklärungen etwa bei Serieldelikten geeignet ist als die Staatsanwaltschaft. Allerdings besteht damit die Gefahr, dass die Phase der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung praktisch ausgehöhlt und zu einer Art Ermittlung in der Untersuchung mutiert, ohne dass darin die Parteirechte gewahrt werden<sup>32</sup>. Art. 343 VE lässt deshalb solche *ergänzenden Ermittlungen nur innerhalb gewisser Leitlinien zu*:

Zunächst sind nach Abs. 2 und 3 *generelle Ermittlungsaufträge nach Eröffnung der Untersuchung nicht mehr zulässig*<sup>33</sup>. Damit wird die gelegentlich anzutreffende Übung angesprochen, die vorhandenen Akten mit einer kurzen, generellen Anordnung an die Polizei, die noch erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen, zu überweisen. Nach dem Vorentwurf dürfen demgegenüber nur genau umschriebene, im Regelfall schriftliche Ermittlungsaufträge erteilt werden. Dadurch bleibt die Staatsanwaltschaft auch faktisch Herrin der Untersuchung und gibt diese nicht aus den Händen.

Solche *Delegationen sollen die Parteirechte nicht untergraben* (Abs. 4 und 5)<sup>34</sup>. Vor allem die Verteidigungsrechte nach Art. 159 VE sollen nicht faktisch ausser Kraft gesetzt werden, indem z.B. Einvernahmen von Beschuldigten an die Polizei delegiert werden. Abs. 5 gewährt deshalb der *Verteidigung ein Teilnahmerecht bei Einvernahmen von Beschuldigten und Auskunftspersonen*, die auf eine solche Delegation hin vorgenommen werden<sup>35</sup>. Die Privatklägerschaft hat dieses Teilnahmerecht nicht; ihr ist das rechtliche Gehör auf andere

<sup>30</sup> Siehe etwa ZH StPO 32a, dazu näher Schmid in Donatsch/Schmid § 32a N 1 ff.; Ähnlich auch SZ StPO 63; AI StPO 82 Abs. 2.

<sup>31</sup> Dazu z.B. ZH StPO 26; BE StrV 237 f.; UR StPO 147 Abs. 2; FR StPO 154 Abs. 2; BS StPO 3 Abs. 2; BL StPO 122 Abs. 2; VD StPO 169 ff.; JU StPO 102 Abs. 2, 106.

<sup>32</sup> So postuliert von Riklin 1999 40/41. Zur heiklen Thematik der Abgrenzung von Ermittlung und Untersuchung Aeschlimann 1997 N 1335 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 75 N 33 ff.; Oberholzer 1994 50 ff.; Piquerez 2000 N 2821 ff.; Schmid 1997 N 780 ff.; ders. in Donatsch/Schmid § 22 N 1 ff. Siehe auch Aus 29 mach 1 S. 134 Mitte.

<sup>33</sup> So auch neuere Prozessordnungen wie BE StrV 238, SH StPO 215 Abs. 4.; ähnlich FR StPO 154 Abs. 2; JU StPO 212 Abs. 2. Postuliert auch von Aus 29 mach 1 S. 129 f. sowie teilweise in den Hearings, vgl. Hearings 146.

<sup>34</sup> Zu dieser Thematik (mit Blick auf den Kanton Zürich) einlässlich Camenzind/Inkamp 1999 197 ff.

<sup>35</sup> In dieser Richtung auch Aus 29 mach 1 S. 129 unter Verweis auf Oberholzer 1994 52 und Schmid 1997 N 494, 782, vgl. ferner FR StPO 154 Abs. 2 Satz 2, dazu Piller/Pochon 1998 Art. 154.2 ff.



Weise zu gewähren. Die Vorschrift stellt klar, dass die Verteidigungsrechte, die im polizeilichen Ermittlungsverfahren schon nach Massgabe von Art. 168 VE gewährt werden, bei polizeilichen Einvernahmen während der Untersuchungsphase ebenso zu beachten sind. Eine erhebliche Erschwerung der polizeilichen Tätigkeit ist kaum zu erwarten, zumal fraglich ist, ob die Verteidigung z.B. bei der Einvernahme von vier Beschuldigten zu 100 gemeinsam begangenen Einbruchdiebstählen anwesend zu sein wünscht. Sollten allerdings amtliche Verteidigerinnen und Verteidiger in grösserem Ausmass von diesen Teilnahmerechten Gebrauch machen, ist eine erhebliche Steigerung der staatlichen Aufwendungen für solche Verteidigungen zu erwarten.

#### *Beweiserhebungen im Zusammenhang mit Zivilklagen (Art. 344 VE)*

Das Strafverfahren dient primär der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Allerdings geben das Strafverfahrensrecht und auch der Vorentwurf den Geschädigten die Möglichkeit, sich als Privatklägerschaft zu konstituieren und adhäsionsweise Zivilklagen geltend zu machen (Art. 129-132 VE). Sind solche Zivilklagen anhängig gemacht worden, fragt sich, inwieweit die Staatsanwaltschaft bei der Erhebung der Beweise auf diese Zivilklagen Rücksicht zu nehmen hat, vor allem, ob sie gehalten ist, Beweise abzunehmen, die allein der Begründung der Zivilklagen dienen.

Art. 344 VE geht in Abs. 1 und 2 zunächst davon aus, dass die *Beweiserhebungen primär mit Blick auf den Strafpunkt erfolgen*. Liegen Zivilklagen vor, nimmt die Staatsanwaltschaft allerdings bei den Beweisabnahmen auf deren Beweisbedürfnisse Rücksicht. Sie befragt z.B. Zeuginnen, Zeugen oder Auskunftspersonen zum eingetretenen Schaden, zum Wert der gestohlenen Sachen etc., soweit diese sachdienliche Angaben machen können. Abs. 2 macht es der Staatsanwaltschaft sodann zur Pflicht, Beweisanträge der Privatklägerschaft, die zur Untermauerung der Zivilklage angerufen wurden, „nach Möglichkeit“ zu berücksichtigen. Würde die Abnahme dieser Beweise einen zu grossen Aufwand bedeuten und den Verfahrensabschluss verzögern, ist die Staatsanwaltschaft nicht verpflichtet, die beantragten Beweise abzunehmen. Aus Abs. 1 und 2 folgt weiter, dass die Staatsanwaltschaft grundsätzlich nicht von Amtes wegen verpflichtet ist, nach Beweisen im Zusammenhang mit der Zivilklage zu forschen.

Abs. 3 gibt der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, bei aufwändigen Beweisabnahmen wie Expertisen, Einvernahmen von Zeugen im Ausland u.ä. von der *Privatklägerschaft einen Kostenvorschuss zu verlangen*<sup>36</sup>. Bei Opfern wird hier eine gewisse Zurückhaltung am Platze sein.

#### *Sistierung (Art. 345 VE)*

Stellt die Staatsanwaltschaft fest, dass das Strafverfahren z.B. wegen unbekanntem Aufenthalts, andauernder schweren Erkrankung der Beschuldigten oder aus anderen Gründen zur Zeit nicht weitergeführt und abgeschlossen werden kann, erlässt sie eine Sistierungsverfügung. Der Begriff der Sistierung wird hier also (nur) für diese Form der Einstellung verwendet, die in einigen Prozessordnungen *als einstweilige oder vorläufige Einstellung bezeichnet wird*<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Vgl. dazu auch den Hinweis in Art. 192 Abs. 3 VE für die Sachverständigengutachten.

<sup>37</sup> Siehe BE StrV 235, 242 („Einstellung“); LU StPO 69; UR StPO 158; OW StPO 97a; NW StPO 109; GL StPO 86; SO StPO 91 („Sistierung“); BS StPO 110; SH StPO 216; AR StPO 154; SG StPO 190; AG StPO 136 Abs. 2; TG StPO 140; NE StPO 111; JU StPO 103 Abs. 3, 239. Im Expertenbericht Aus 29 mach 1 S. 136 als provisorische Einstellung bezeichnet. Zu dieser Sistierung allgemein Aeschlimann 1997 N 1332, 1353 f., 1410 f.; Hauser/Schweri 1999 § 78 N 12 ff.; Maurer 1999 359 ff.; Oberholzer 1994 417 f.; Piquerez 2000 N 2936 f., 2948. In einigen Kantonen wie ZH ist diese Form der Einstellung nicht gesetzlich

Die in Abs. 1 Bst. a-c genannten Anwendungsfällen entsprechen dem geltenden Recht. Abs. 2 übernimmt die ebenfalls wohl überall geltende Regel, dass Beweise, deren Verlust zu befürchten ist, sofort abzunehmen sind.

### **261.33 Vorgehen bei Antragsdelikten im Besonderen; Wiedergutmachung (3. Abschnitt, Art. 346-347a VE)**

Wie eingangs erwähnt<sup>38</sup>, verzichtet der Vorentwurf auf ein Privatstrafklageverfahren. Alle Antragsdelikte unter Einschluss der Ehrverletzungsdelikte sind daher künftig von der Staatsanwaltschaft zu untersuchen und in der dafür vorgesehenen Weise zu erledigen. Allerdings schlägt der Vorentwurf gewisse Annäherungen an prozessuale Formen vor, die aus dem Privatstrafklageverfahren bekannt sind. Art. 346 und 347 VE gelten vor allem für Verfahren bei Antragsdelikten. Sind neben Officialdelikten auch Antragsdelikte zu untersuchen, so steht es der Staatsanwaltschaft frei, auf die Antragsdelikte, Art. 346 und 347 VE anzuwenden.

#### *Vergleichsversuch (Art. 346 VE)*

Art. 346 VE sieht, falls lediglich Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens bilden und die Antragsteller Privatpersonen sind, einen Vergleichsversuch vor, den die Staatsanwaltschaft mit dem Ziel, zwischen den Parteien eine *gütliche Einigung* zu erreichen, durchzuführen hat. Natürlich darf die Staatsanwaltschaft auch dann einen Vergleich anstreben, wenn die Antragsneben Officialdelikten zu verfolgen sind. Mit diesem (obligatorischen) Vermittlungsversuch wird an das in vielen Kantonen im Zivilprozess und im Strafverfahren vorab bei Ehrverletzungsdelikten bekannte *Sühn- oder Vermittlungsverfahren* angeknüpft<sup>39</sup>, das tatsächlich in einem nicht unerheblichen Teil der Fälle zu einer gütlichen Einigung führt und damit die Justiz wesentlich entlastet<sup>40</sup>.

Dieser Vergleichsversuch berücksichtigt auch den in vielen Rechtsgebieten feststellbaren Trend, Konflikte nicht mehr durch eigentliche staatliche Interventionen und Gerichtsverfahren, sondern durch Vermittlung, die in Richtung einer *Mediation* geht, beizulegen. Auf diese moderne Form der Konfliktsbewältigung wird nachfolgend im Zusammenhang mit Art. 347a VE zurückzukommen sein.

Die Parteien werden durch eine Kosten- und Entschädigungsregelung (Art. 496 Abs. 5 und 6 VE), die eine solche Erledigung begünstigt, zu einem Vergleich animiert. Zu diesem Vergleichsversuch, der mit der Vorladung zu ersten Einvernahmen verbunden werden kann, werden die Strafantragsteller unter der Androhung vorgeladen, dass bei Ausbleiben ein Verzicht auf den Strafantrag angenommen wird (Abs. 2). Diese Regelung schafft einen Sonderfall des Antragsrückzugs nach Art. 31 StGB/nArt. 33 StGB.

#### *Sicherheitsleistung (Art. 347 VE)*

Art. 347 VE sieht vor, dass bei Scheitern des Vergleichsversuchs die Staatsanwaltschaft *von der Privatklägerschaft Vorschüsse* für die von dieser im Verfahren allenfalls zu tragenden Kosten und Entschädigungen verlangen kann. Solche Kauttionen können sowohl zu Beginn der Untersuchung wie auch später im Gerichtsverfahren verlangt sowie erhöht werden (vgl.

---

geregelt und von der Praxis entwickelt worden, dazu Schmid 1997 N 799; ders. in Donatsch/Schmid § 38 N 21 ff.

<sup>38</sup> Vorne Ziff. 1.6.1.

<sup>39</sup> Vgl. etwa die *conciliation* in VD StPO 146 ff.; dazu Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 146 ff.

<sup>40</sup> Vgl. statt Vieler Vogel 1999 § 54 N 1 ff. Vorgesehen etwa in FR StPO 149.

Abs. 1 und 2). Bei Beweisanträgen der Beschuldigten können auch diese zu Vorschüssen verpflichtet werden (Abs. 5).

Eine *Kautionsauflage* ist indessen nur in gewissen Schranken möglich. Zunächst ist sie nur zulässig, wenn durch die Verfolgung des Antragsdelikts besondere Kosten entstehen, was nicht der Fall ist, wenn z.B. neben einem Diebstahl noch die begangene Sachbeschädigung oder der Hausfriedensbruch verfolgt wird. Kautionen dürfen sodann nicht bei Personen, bei denen die *Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung* erfüllt sind, erhoben werden (Abs. 3). Diese Vorschriften entsprechen den Regeln, die bereits jetzt im schweizerischen Strafprozessrecht etwa im Ehrverletzungsverfahren beachtet werden<sup>41</sup>. Beigefügt sei, dass bei *Opfern* wie auch *Beschuldigten* grosse Zurückhaltung bei der Auflage von Kostenvorschüssen zu üben sein wird; Vorschüsse sind bei solchen Parteien nur ausnahmsweise, also etwa bei querulatorischer Prozessführung gerechtfertigt.

Wird die *Kaution der Privatklägerschaft nicht geleistet*, gilt der Strafantrag als zurückgezogen und das Verfahren ist durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht einzustellen (Abs. 4).

#### *Verfahren bei Wiedergutmachung (Art. 347a VE)*

Der neue AT StGB soll in Art. 53 die Möglichkeit schaffen, dass eine Strafbefreiung erfolgt, wenn der Täter eine Wiedergutmachung leistete oder alle zumutbaren Anstrengungen unternahm, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen. Weiter ist erforderlich, dass die Voraussetzungen für einen bedingten Strafvollzug (Art. 41/nArt. 42 StGB) erfüllt und das Interesse der Öffentlichkeit an der Strafverfolgung gering sind<sup>42</sup>. Die Frage der Wiedergutmachung soll nicht allein der Initiative der Parteien überlassen werden. Vielmehr ist es Aufgabe des Staates, eine solche aktiv zu fördern. In diesem Sinne sieht Abs. 1 vor, dass bei Delikten, bei denen eine Strafbefreiung nach einer Wiedergutmachung durch die Täter in Frage kommt, die Staatsanwaltschaft wie bei den Antragsdelikten nach Art. 346 f. VE Anstrengungen unternimmt, um dieses Ziel zu erreichen. Damit werden der Staatsanwaltschaft neue Aufgaben zugewiesen, die unter dem bereits genannten Begriff der *Mediation* schon Eingang in verschiedene Lebens- und Rechtsbereiche, so ins Scheidungsrecht, gefunden haben. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass dieser Mediation künftig auch im Strafrecht eine beachtliche Rolle zur Konfliktsbewältigung zukommen wird. Seit einiger Zeit sind Bestrebungen z.B. in den Kantonen Zürich, Basel-Stadt, Waadt und Genf primär im Jugendstrafverfahren vorhanden oder bereits verwirklicht, die Mediation auch im Strafrecht anzuwenden. Im Zusammenhang mit dem neuen Jugendstrafrecht (JStG) wird zur Zeit die Schaffung der gesetzlichen Basis im Bundesrecht für ein solches Institut konkret vorbereitet. Im Jugendstrafrecht wird die Mediation an Art. 20 Abs. 1 Bst. c E-JGSt angeknüpft, der eine Einstellung bei Wiedergutmachung durch den Jugendlichen vorsieht<sup>43</sup>. Die parallel in nArt. 53 StGB vorgesehene Möglichkeit, bei einer Wiedergutmachung durch den Täter von einer Strafe abzusehen, erlaubt es, dieser Mediation auch im Bereich des Erwachsenenstrafrechts eine beschränkte Rolle zuzuweisen.

Abs. 2 gestattet es der Staatsanwaltschaft, für die zu einer Wiedergutmachung führenden Vermittlungsgespräche zwischen den Parteien dafür geeignete aussenstehende Personen einzuschalten. Bekanntlich gibt es bereits dementsprechend ausgebildete Mediatorinnen und Mediatoren. Bei Beauftragung solcher aussenstehender Personen sind die Regeln über die

<sup>41</sup> Zur Kautionsauflage allgemein etwa ZH StPO 291, 297; LU StPO 146; OW StPO 105h Abs. 1; BS StPO 147; BL StPO 211; SO StPO 82; SH StPO 287 f.; AR StPO 189; AI StPO 118 Abs. 3; SG StPO 313, 315; GR StPO 167; AG StPO 191; dazu ferner Hauser/Schweri 1999 § 88 N 19 f.; Oberholzer 1994 484; Piquerez 2000 N 3187; Schmid 1997 N 876.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Botschaft AT 87 f.

<sup>43</sup> So vom Ständerat als Erstrat am 28.11.2000 beschlossen.

Sachverständigen (Art. 190 ff. VE) anzuwenden. Dies empfiehlt sich nicht zuletzt mit Blick auf die Geheimnispflicht (Art. 193 Abs. 1 Bst. d), die auch für solche Mediatorinnen und Mediatoren gelten müssen.

Abs. 3 und 4 regeln die prozessualen Nebenfolgen eines solchen Vermittlungsverfahrens: Die Staatsanwaltschaft kann das Strafverfahren für die Dauer dieser Vermittlungs- und Wiedergutmachungsbemühungen nach Art. 345 VE sistieren. Kommt eine Einigung zwischen den Parteien zustande, die die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB erfüllt, wird das Verfahren nach Art. 351 Bst. e Ziff. 1 VE eingestellt. In diesem Fall profitieren die Parteien von der sie begünstigenden Kostenregelung von Art. 496 Abs. 4 VE; damit können auch die Kosten einer Mediation auf die Staatskasse genommen werden. Eine solche Einstellung erfolgt selbstverständlich auch, wenn die Parteien oder allenfalls die Beschuldigten allein, also ohne Vermittlung von Staatsanwaltschaft oder eigentlichen Mediatorinnen oder Mediatoren, die Voraussetzungen für die Strafbefreiung wegen Wiedergutmachung schaffen.

## 261.34 Abschluss der Untersuchung (4. Abschnitt, Art. 348-349 VE)

### *Schlusseinvernahme (Art. 348 VE)*

Vor allem in grösseren, unübersichtlichen Fällen sollen in einer *Schlusseinvernahme die vorliegenden Vorwürfe den Beschuldigten nochmals zusammenfassend vorgehalten und diese zu einer abschliessenden Stellungnahme veranlasst werden*. Verschiedene kantonale Prozessordnungen sehen dies bereits vor<sup>44</sup>. Die Schlusseinvernahme dient einerseits dazu, in konzentrierter, übersichtlicher Form die Deliktswürfe und die Stellung der Beschuldigten dazu festzuhalten; spätere Leser der Akten können sich anhand dieser Schlusseinvernahme sofort ein Bild über den Stand des Verfahrens bzw. die Haltung der Beschuldigten machen. Sie veranlasst aber andererseits auch die Staatsanwaltschaft, im Sinne einer Kontrolle festzustellen, ob die Deliktswürfe genügend abgeklärt sind.

### *Abschluss der Untersuchung (Art. 349 VE)*

In gewissen Kantonen erfolgt der Abschluss formlos, d.h. die zuständige Behörde erlässt ohne weiteren Formalitäten und Ankündigungen die Einstellung, den Strafbefehl oder die Anklage<sup>45</sup>. Andere Verfahrensordnungen sehen vor, dass die *Beendigung der Untersuchung den Parteien durch eine Schlussverfügung o.ä. angekündigt wird*, wobei ihnen zumeist die Gelegenheit eingeräumt wird, ergänzende Beweisanträge zu stellen<sup>46</sup>. Der Vorentwurf sieht für die Erledigung des Straffalles eine Schlussverfügung vor (näher Abs. 1, 2)<sup>47</sup>; allerdings kann in einfachen Fällen davon abgesehen werden (Abs. 3). Die Schlussverfügung wird den Parteien mit bekanntem Wohnsitz zugestellt und vermerkt (für den schliesslich darüber zu treffenden Entscheid unverbindlich), ob das Verfahren voraussichtlich durch Anklage oder Einstellung erledigt wird. Es ist aber auch möglich, den anwesenden Parteien den bevorstehenden Abschluss mündlich – z.B. im Rahmen der Schlusseinvernahme nach Art. 348 VE – zu eröffnen.

<sup>44</sup> Siehe etwa ZH StPO 160; LU StPO 123; FR StPO 158; SH StPO 217 Abs. 2; SG StPO 178; AG StPO 133; TG StPO 88 Abs. 4; ähnlich auch SZ StPO 23 Abs. 2; ZG StPO 31; dazu ferner Schmid 1997 N 789. In Aus 29 mach 1 S. 136 offenbar nur als fakultative Einrichtung vorgeschlagen.

<sup>45</sup> So etwa ZH, vgl. Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 35 N 5; vgl. ferner ähnlich UR StPO 155; NW StPO 110; GL StPO 87; BS StPO 111; AR StPO 152, 158 Abs. 1; TG StPO 133.

<sup>46</sup> Siehe etwa BE StrV 249; LU StPO 124; SZ StPO 67 ff.; OW StPO 92; ZG StPO 32 ff.; FR StPO 159; SO StPO 97 Abs. 4; BL StPO 130; AI StPO 88; SG StPO 179; GR StPO 97; AG StPO 134; TI StPO 196 f.; VS StPO 111; NE StPO 175; JU StPO 215; vgl. auch BStP 119.

<sup>47</sup> So auch empfohlen von den Experten in Aus 29 mach 1 S. 136.

Die Staatsanwaltschaft kann den hernach gestellten Beweisanträgen Folge leisten oder darauf nicht eintreten. Weil diese Anträge vor dem urteilenden Gericht wiederholt werden können (Art. 364 Abs. 4, Art. 371 Abs. 2 VE), wird gegen diesen Entscheid und übrigens auch die Schlussverfügung nach Abs. 1 *keine Beschwerde zugelassen* (näher Abs. 4-6). Beschwerden könnten in dieser Phase des Strafverfahrens zu unabsehbaren Verfahrensverzögerungen führen.

## 262            Zwischenverfahren (Siebter Titel)

Das in diesem Siebten Titel geregelte Zwischenverfahren erscheint in den geltenden schweizerischen Prozessordnungen nur vereinzelt als separat geregelte Verfahrensstufe<sup>1</sup>. In der Strafprozessliteratur<sup>2</sup> hingegen hat sich diese Bezeichnung für diejenige Phase der Strafverfolgung eingebürgert, in der zwischen dem Vorverfahren (Sechster Titel dieses Vorentwurfs) und dem gerichtlichen Erkenntnisverfahren (Achter Titel des Vorentwurfs) auf Grund der Ergebnisse des Vorverfahrens darüber entschieden wird, ob und in welcher Weise das Strafverfahren weiterzuführen ist. Konkret geht es darum, dass sich die dafür zuständige Behörde darüber ausspricht, ob das Verfahren einzustellen oder aber durch Strafbefehl oder Anklageerhebung zu erledigen ist.

Die Befugnisse in diesem Zwischenverfahren, vorab die Einstellung und Anklageerhebung, werden in die Hände der Staatsanwaltschaft gelegt. Damit haben abgesehen von den Beschwerdemöglichkeiten gegen die Einstellungsverfügung (Art. 355 VE) und der Prüfung der Anklage durch das angerufene Gericht (Art. 362 VE) keine anderen Behörden über Einstellung und Anklageerhebung zu befinden. Diese Ordnung wurde gelegentlich schon als das „schweizerische System“ bezeichnet<sup>3</sup> und ist mit Varianten in vielen schweizerischen Prozessordnungen anzutreffen<sup>4</sup>. Es hat sich grundsätzlich bewährt und wird deshalb auch dem Vorentwurf zu Grunde gelegt. Damit unterscheidet sich dieser Vorentwurf wesentlich von den Verfahrensordnungen, in denen nach französischem Vorbild die Staatsanwaltschaft z.B. der Anklagekammer nur Antrag auf Erhebung der Anklage stellen kann<sup>5</sup>. Der Vorentwurf weicht aber auch von dem vereinzelt anzutreffenden anglo-amerikanischen System mit einem Anklagezulassungsverfahren vor einer Anklagekammer<sup>6</sup> ab. Er unterscheidet sich ebenso von jenen Prozessgesetzen, die nach österreichischem Vorbild einen Einspruch oder eine Beschwerde gegen die Anklage zulassen, die von einer vom erkennenden Gericht unabhängigen Instanz wie einer Überweisungsbehörde oder Anklagekammer entschieden werden<sup>7</sup>. Durch die Konzentration der Befugnisse bei der Staatsanwaltschaft ist der Zielsetzung des mit dem Vorentwurf gewählten Staatsanwaltschaftsmodells folgend<sup>8</sup> eine Vereinfachung des Instanzenwegs, eine Straffung der vor dem Gerichtsverfahren liegenden Prozessphasen und eine Steigerung der Effizienz der Strafverfolgungsbehörden zu erwarten.

<sup>1</sup> Siehe etwa UR StPO 155 ff.; FR StPO 160 ff.; AR StPO 152 ff.; SG StPO 189 ff. In vielen Prozessordnungen unter einem separaten (Unter)titel „Abschluss der Untersuchung, Beendigung des Vorverfahrens“ u.ä. geregelt: LU StPO 123 ff.; SO StPO 97 ff.; OW StPO 91 ff.; BS StPO 109 ff.; BL StPO 130; SH StPO 225 ff.; GR StPO 97 ff.; AG StPO 136 ff.; TG StPO 133 ff.

<sup>2</sup> Näher Aeschlimann 1997 N 1395 ff.; Clerc 1975 N 54; Hauser/Schweri 1999 § 77 N 1 ff.; Maurer 1999 373 (für Bern, „eine Art Zwischenverfahren“); Oberholzer 1994 414 ff.; Piquerez 2000 N 2933 ff.; Schmid 1997 N 791 ff. Siehe dazu auch Aus 29 mach 1 S. 136, wobei der Bericht allerdings den Begriff des Zwischenverfahrens nicht verwendet.

<sup>3</sup> So von Hauser/Schweri 1999 § 79 N 12.

<sup>4</sup> Anklageerhebung und Einstellung durch die Untersuchungsbehörden ohne Zwischenschaltung anderer Instanzen etwa in ZH StPO 35 ff.; LU StPO 125 f., 130; OW StPO 93, 105; NW StPO 111, 114; FR StPO 160 ff.; BS StPO 109, 111; BL StPO 136, 143; SH StPO 226, 231; AR StPO 153, 158; AI StPO 84 f., 88; AG StPO 137, 145; TG StPO 137, 142.

<sup>5</sup> So GL StPO 89, 100 ff.; SO StPO 102 f.; VD StPO 283, 290; NE StPO 179 ff.; GE StPO 201 ff.; dazu Clerc 1975 N 54 S. 71; Hauser/Schweri 1999 § 79 N 9; Piquerez 2000 N 2939.

<sup>6</sup> Im Bund BStP 128 ff.; ZH StPO 165 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 79 N 10.

<sup>7</sup> Vgl. FR StPO 166; TI StPO 201 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 79 N 11. Vgl. auch ZH StPO 170, der einen Rekurs bei Unzuständigkeit an die Zulassungsbehörde zulässt.

<sup>8</sup> Dazu vorne Ziff. 133.

**262.1 Einstellung des Verfahrens (1. Kapitel; Art. 350-356 VE)****262.11 Allgemeines (1. Abschnitt, Art 350-354 VE)***Begriff und Anwendungsbereich (Art. 350 VE)*

Gemäss Art. 350 Abs. 1 VE ist unter Einstellung im Sinne des Vorentwurfs die definitive oder endgültige Einstellung zu verstehen, also die *Verfahrenshandlung, die zum definitiven Ende des Strafverfahrens führt*. Diese Verfügung wird im geltenden Recht teilweise *Aufhebungsverfügung* genannt<sup>9</sup>. Die Zuständigkeit wird, wie in den Vorbemerkungen zu diesem Teil dargelegt, der Staatsanwaltschaft und nicht einer gerichtlichen Instanz wie einer Überweisungsbehörde oder Anklagekammer zugewiesen, wie dies für viele schweizerische Strafverfahrensordnungen heute schon gilt<sup>10</sup>. Das Gegengewicht zur umfassende Einstellungszuständigkeit der Staatsanwaltschaft bildet die Beschwerde nach Art. 355 VE.

Abs. 2 verweist auf die Nebenformen *Nichtanhandnahme* (Art. 341 VE) und *Sistierung* (Art. 345 VE), die ähnliche Funktionen aufweisen und hinsichtlich des Verfahrens grundsätzlich gleich wie die Einstellung behandelt werden.

*Gründe für die Einstellung (Art. 351 VE)*

Art. 351 VE zählt die hauptsächlichsten Einstellungsgründe auf. Diese Liste entspricht den zur Zeit geltenden Strafprozessordnungen, soweit diese die Einstellungsgründe überhaupt näher regeln<sup>11</sup>, oder aber der Lehre<sup>12</sup>. Es sind allgemein ausgedrückt Gründe, die mit Sicherheit oder doch grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch oder einer in den Wirkungen gleichen Erledigung vor Gericht führen müssten. *Die Liste ist nicht abschliessend formuliert*. Falls (etwa im Zusammenhang mit der künftigen Rechtsentwicklung) andere Gründe auftauchen sollten, die ein Gerichtsverfahren als aussichtslos erscheinen lassen, müssten auch sie zu einer Einstellung führen.

Die näheren Erläuterungen können sich auf einige Hinweise zu Bst. b und e beschränken:

Der Einstellungsgrund von Bst. b kommt nur in Frage, *wenn die Untersuchung nicht einen Tatverdacht erbrachte, der eine Verurteilung erwarten lässt*. Widersprechen sich die Beweise, so ist die Staatsanwaltschaft nicht aufgerufen, die Prozesschancen zu beurteilen. Vor allem hat sie nicht den Grundsatz *in dubio pro reo* (Art. 11 Abs. 3 VE) anzuwenden; es gilt hier im Gegenteil das Prinzip *in dubio pro duriore*. Solche Fälle sind mit Anklage dem zuständigen Gericht zu unterbreiten<sup>13</sup>.

Bst. e erlaubt es der Staatsanwaltschaft, Fälle einzustellen, in denen die *Beschuldigten* nach den Vorschriften des materiellen Strafrechts oder auch des Verfahrensrechts in irgendeiner

<sup>9</sup> So etwa BE StrV 253 ff.; SG StPO 182; dazu Hauser/Schweri 1999 § 78 N 3 ff. In Aus 29 mach 1 S. 137 definitive Einstellung.

<sup>10</sup> Siehe etwa ZH StPO 37 ff.; BE StrV 250 (gemeinsamer Beschluss von Untersuchungsrichter und Staatsanwalt); UR StPO 157; BL StPO 136; AG StPO 137; JU StPO 218; Den Beschluss einer andern Behörden sehen etwa vor GL StPO 89 ff.; SO StPO 103; GE StPO 204; Zur Thematik der Einstellung näher Aeschlimann 1997 N 1395 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 153 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 79 N 18 ff; Maurer 1999 373 ff.; Oberholzer 1994 415 ff., 422 f.; Padrutt 1996 Art. 82 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 2943 ff., 1968; Schmid 1997 N 794 ff.

<sup>11</sup> Dies ist etwa in ZH StPO 38 ff.; AG StPO 136 Abs. 1; TG StPO 137 Abs. 1; VS StPO 112 Ziff. 1 Bst.a und 113 Ziff. 1 Bst.c; NE StPO 177 Abs. 1; JU StPO 218 Abs. 1; nicht der Fall. Ähnliche Listen aber etwa in UR StPO 157; GL StPO 86; FR StPO 161 f; BL StPO 128 und 136; SH StPO 225; AR StPO 153; GR StPO 82 Abs. 1; VD StPO 260.

<sup>12</sup> Siehe dazu Aeschlimann 1997 N 1402 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 78 N 4 ff; Maurer 1999 375 f.; Oberholzer 1994 416 ff.; Piquerez 2000 N 2947 ff.; Schmid 1997 N 796 ff.

<sup>13</sup> Hierzu Aeschlimann 1997 N 1406; Hauser/Schweri 1999 § 78 N 9, § 79 N 2; Maurer 1999 375; Oberholzer 1994 422/423; Piquerez 2000 N 2969; Schmid 1997 N 797.

Weise und mit unterschiedlichen gesetzlichen Formulierungen *von Strafe befreit werden können*. Eine Einstellung ist also z.B. im Falle von Taten von Ausländern oder im Ausland z.B. nach Art. 3 Ziff. 2 StGB/nArt. 3 Abs. 3 StGB (*..wird in der Schweiz ... nicht mehr verfolgt..*), beim Versuch nach nArt. 22 Abs. 2 StGB (*..so bleibt er straflos.*), bei den Strafbefreiungsgründen nach Art. 66<sup>bis</sup> StGB/nArt. 53-54 StGB (*...sieht von einer Strafverfolgung....ab..*), in verschiedenen Fällen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs (meist als *Absehen von bzw. Umgangnehmen von Strafe* bezeichnet, z.B. Art. 21 Abs. 2, Art. 171 Abs. 2, 192 Abs. 2, 193 Abs. 2, 305 Abs. 3 StGB; Art. 100 Ziff. 1 Satz 2 SVG) sowie bei Anwendung des Opportunitätsprinzips nach Art. 8 VE möglich.

#### *Inhalt der Einstellungsverfügungen (Art. 352 VE)*

Auf den Inhalt der *zu begründenden* Einstellungsverfügungen muss im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen werden, da sich dieser nach der allgemeinen Vorschrift von Art. 92 VE richtet (Abs. 1).

Abs. 2 macht es der Staatsanwaltschaft zur *Pflicht, allfällige verhängte und noch andauernde Zwangsmassnahmen* (z.B. Beschlagnahmungen) spätestens im Zeitpunkt der Einstellung aufzuheben.

Nach Abs. 3 kann die Staatsanwaltschaft im Rahmen der *Einstellung die Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten nach Art. 58-60 StGB/nArt. 69-72 StGB unter Einschluss der Verwendung für die Geschädigten anordnen*<sup>14</sup>. In solchen Fällen ist somit kein selbstständiges Einziehungsverfahren nach Art. 408-411 VE erforderlich. Da den durch diese Massnahme Betroffenen die Möglichkeit der Beschwerde offen steht, ist dem gesetzlichen Anspruch, dass ein Richter über die Einziehung zu entscheiden hat, Rechnung getragen<sup>15</sup>.

Wird ein Strafverfahren eingestellt, *enden auch allfällige adhäsionsweise eingereichte Zivilklagen*. Abs. 4 stellt klar, dass nach Rechtskraft der Einstellungsverfügung die Privatklägerschaft den Zivilanspruch noch auf dem Zivilweg geltend machen kann, selbst wenn nach Massgabe von Art. 129 ff. VE die Rechtshängigkeit der Zivilklage im Strafverfahren bereits eingetreten sein sollte.

#### *Mitteilung der Einstellungsverfügung (Art. 353 VE)*

Die Einstellungsverfügung ist den Parteien, also *den Beschuldigten und der Privatklägerschaft* zuzustellen (Abs. 1 Bst. a). Anspruch auf Zustellung einer Verfügung haben auch jene *Verfahrensbeteiligten, die mit ihr beschwert werden*, also Personen, deren Gegenstände oder Vermögenswerte von einer Einziehung betroffen sind oder denen nach Art. 496 bzw. 502 oder 503 VE Kosten auferlegt oder die zur Leistung von Entschädigungen verpflichtet werden (Abs. 1 Bst. b). Die Einstellungsverfügung ist nach Massgabe der allgemeinen Bestimmung von Art. 96 Abs. 6 VE auch noch jenen *Behörden zuzustellen*, die nach eidgenössischem oder kantonalen Recht Anspruch auf Eröffnung von Entscheiden haben, also etwa der Staatsanwaltschaft des Bundes nach Art. 33 Abs. 4 VE.

Abs. 2 sieht vor, dass die Staatsanwaltschaft unter bestimmten *Voraussetzungen auf eine Mitteilung der Einstellung verzichten kann*<sup>16</sup>. Die Vorschrift ist nur soweit fakultativ, dass in jenen Fällen, in denen beim potentiellen Empfänger ein Interesse an einer Kenntnisnahme der Einstellungsverfügung erwartet werden kann, eine Zustellung erfolgen sollte. Wurden Beschuldigte während des Vorverfahrens zwar nie tangiert, d.h. zu Einvernahmen etc.

<sup>14</sup> Diese Möglichkeit sehen schon heute einzelne Kantone vor, so z.B. ZH StPO 106 Abs. 2; BE StrV 254; UR StPO 157 Abs. 3; AG StPO 137 Abs. 2; VD StPO 261; ähnlich auch OW StPO 95 Bst.f.

<sup>15</sup> M.w.H. Hauser/Schweri 1999 § 93 N 3.

<sup>16</sup> Zur beschränkten Mitteilung von Einstellungsverfügungen nach geltendem Recht vgl. etwa ZH StPO 40; FR StPO 164 Abs. 2; SH StPO 227 Abs. 2; sowie Schmid 1997 N 803.



vorgeladen, kann trotzdem ein Interesse an der Verfügung bestehen, wenn etwa in den Medien darüber berichtet wurde, dass gegen diese Personen ein Verfahren eingeleitet wurde. Beigefügt sei, dass nach der allgemeinen Vorschrift von Art. 98 Abs. 2-4 VE eine Zustellung auch unterbleiben kann, wenn eine Person, die kein Zustellungsdomizil bezeichnete, unbekanntes Aufenthaltsort ist. Eine öffentliche Publikation solcher Verfügungen unterbleibt (Art. 101 Abs. 2 VE).

#### *Genehmigung der Einstellungsverfügungen (Art. 354)*

In manchen Kantonen ist es üblich, dass Einstellungsverfügungen von einer der Untersuchungsbehörde übergeordneten Instanz, z.B. der Staatsanwaltschaft, zu genehmigen sind<sup>17</sup>. Diese Regelung dient der Beaufsichtigung der Untersuchungsbehörden und will grundlose Einstellungen verhindern.

Der Vorentwurf überlässt es Bund und Kantonen, ob sie eine solche Genehmigungspflicht einführen wollen. Nach Art. 355 Abs. 2 VE kann alternativ ein Beschwerderecht gegen Einstellungsverfügungen eingeführt werden.

## **262.12      Rechtsmittel und Wiederaufnahme (2. Abschnitt, Art. 355-356 VE)**

### *Rechtsmittel (Art. 355 VE)*

Art. 355 Abs. 1 VE betont, dass gegen *Einstellungsverfügungen unter Einschluss der Nichtanhandnahme- und Sistierungsverfügungen* die Beschwerde an die Beschwerdeinstanz zulässig ist. Dies ergibt sich schon aus der allgemeinen Bestimmung von Art. 464 VE. Falls die Kantone nach Art. 354 VE eine Genehmigung der Einstellungsverfügung durch die General- oder Oberstaatsanwaltschaft vorsehen, richtet sich die Beschwerde gegen die Einstellung und nicht gegen die Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft.

Abs. 2 überlässt es den Kantonen, der General- oder Oberstaatsanwaltschaft anstatt der (nicht kumulativ zur) Genehmigungspflicht ein *Beschwerderecht einzuräumen*, mit dem die Oberbehörden ihre Aufsichtsfunktion wahrnehmen und vor allem das Legalitätsprinzip (Art. 7 Abs. 1 VE) durchsetzen können.

Abs. 3 verweist darauf, dass Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen, die nicht oder ohne Erfolg angefochten wurden, *ähnlich wie ein Freispruch formell und materiell rechtskräftig werden*. Bei Sistierungsverfügungen hingegen tritt keine materielle Rechtskraft ein<sup>18</sup>, da diese nicht einen Sachentscheid enthalten. Da Nichtanhandnahme und Einstellungsverfügungen nicht von einer Gerichtsbehörde erlassen und oft auf einer eher dürftigen Aktenlage beruhen, wird allerdings nur von einer *beschränkten materiellen Rechtskraft* gesprochen<sup>19</sup>, was sich vor allem in der gegenüber Freisprüchen erleichterten Möglichkeit der Wiederaufnahme (Art. 356 VE) zeigt.

### *Wiederanhandnahme und Wiederaufnahme (Art. 356 VE)*

Art. 356 VE behandelt in Abs. 1 und 2 zunächst die *Wiederanhandnahme nach einer Sistierung i.S. von Art. 345 VE*, ein Vorgehen, das im geltenden Recht teilweise auch als *Wiedereröffnung* bezeichnet wird<sup>20</sup>. Wurde ein Vorverfahren sistiert, weil z.B. die

<sup>17</sup> Z.B. ZH StPO 39 Satz 2; OW StPO 95a; NW StPO 111 Abs. 2; SH StPO 226 Abs. 2; AR StPO 155; GR StPO 82 Abs. 2; TG StPO 137 Abs. 3.

<sup>18</sup> So auch Aus 29 mach 1 S. 136.

<sup>19</sup> Dazu und zum Folgenden Hauser/Schweri 1999 § 78 N 24 f.; Maurer 1999 378 ff.; Piquerez 2000 N 2982 ff.; Schmid 1997 N 809 f., ders. in Donatsch/Schmid 1999 § 45 N 1.

<sup>20</sup> Vgl. etwa BE StrV 256.

Beschuldigten unbekanntes Aufenthaltes oder längere Zeit verhandlungsunfähig waren, und sind diese Gründe weggefallen, so nimmt die Staatsanwaltschaft die Untersuchung formlos wieder an Hand (Abs. 1)<sup>21</sup>. Ein *Rechtsmittel* sieht der Vorentwurf für diesen Fall nicht vor, zumal in diesen Konstellationen praktisch immer ein schützenswertes Interesse an einem Rechtsschutz fehlen dürfte (Abs. 2).

Anders ist die Lage, wenn eine *Nichtanhandnahme- oder Einstellungsverfügung* erging. Hier kommt die im Zusammenhang mit Art. 355 VE beschriebene beschränkte materielle Rechtskraft zum Tragen. Erledigte Verfahren dürfen nur wieder aufgenommen werden, wenn *neue Beweismittel oder Tatsachen vorliegen*<sup>22</sup>. In diesem Falle ergeht eine *Wiederaufnahme* (z.T. *Wiedereröffnung* genannt). Die neuen Beweismittel oder Tatsachen können einerseits die Frage, ob überhaupt eine Straftat vorlag, andererseits aber die Verdachtsgründe, die für die Täterschaft der damaligen Beschuldigten sprechen, betreffen.

*Die Ansichten, welche Beweismittel oder Tatsachen neu sind, gehen auseinander*; teilweise wird postuliert, den Begriff der Neuheit gleich wie bei der Revision, also sehr grosszügig, anzuwenden und z.B. auch Beweismittel als neu zu betrachten, die zwar im eingestellten Verfahren genannt oder sogar abgenommen, aber nicht bezüglich des ganzen Beweisthemas ausgeschöpft wurden. Es wird aber auch postuliert, nur jene Beweise und Tatsachen als neu zu betrachten, die der Staatsanwaltschaft im ersten Verfahren auch bei Anwendung der notwendigen Sorgfalt nicht hätten bekannt sein können<sup>23</sup>. Die letztere Auffassung ist zu streng, da angesichts der Masse der zu erledigenden Strafverfahren seitens der Untersuchungsbehörden naturgemäss eine Neigung zur Einstellung besteht und an die Sorgfaltspflicht keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.

Der Vorentwurf geht einen Mittelweg. Entscheidend ist, ob die Beweismittel und Tatsachen damals bekannt oder unbekannt waren, d.h. *ob bereits entsprechende Hinweise in den Akten vorhanden waren*. Steht im Unfallrapport der Polizei, X.Y. habe den Unfall beobachtet und wird X.Y. nicht als Zeuge einvernommen, so kann eine Wiederaufnahme nicht mit der Begründung erfolgen, es habe sich nachträglich herausgestellt, diese Person könne Wesentliches zum Unfallhergang aussagen.

Es ist denkbar, dass die Staatsanwaltschaft oder eine Partei (vor allem die Privatklägerschaft) im ersten Verfahren zwar Kenntnis von einem Beweismittel oder einer erheblichen Tatsache hatten, diese aber aus irgendwelchen Gründen bewusst nicht ins Verfahren einführten. Hier dürfte im Regelfall der Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das Verbot des Rechtsmissbrauchs einer Wiederaufnahme zum Nachteil der Beschuldigten im Weg stehen<sup>24</sup>.

## 262.2 Anklageerhebung (2. Kapitel; Art. 357-360 VE)

*Im Allgemeinen (Art. 357 VE)*

Der Erledigungsgrundsatz (Art. 10 VE) fordert, dass nach einem Vorverfahren, das nicht durch Einstellung oder Strafbefehl abzuschliessen ist, eine Anklageerhebung beim zuständigen Gericht zu erfolgen hat. Die *Anklage*, gelegentlich auch *Überweisungsverfügung*

<sup>21</sup> M.w.H. Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 45 N 8; vgl. auch Aus 29 mach 1 S. 136.

<sup>22</sup> So oder ähnlich schon viele geltende Prozessordnungen, so BStP 123; ZH StPO 45; BE StrV 256 Abs. 1; LU StPO 141; UR StPO 160 Abs. 1; SZ StPO 72; OW StPO 97; SO StPO 99 Abs. 2; BS StPO 109 Abs. 4; AR StPO 157; AI StPO 87; GR StPO 82 Abs. 4; AG StPO 142; TG StPO 139; TI StPO 221; VD StPO 309 (dazu Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 309 N 1 ff.); VS StPO 115; NE StPO 177 Abs. 4; GE StPO 206 Abs. 2; JU StPO 238; vgl. dazu z.B. Maurer 1999 378 ff., Piquerez 2000 N 2987 ff.

<sup>23</sup> Zu diesen verschiedenen Auffassungen zusammenfassend und m.w.H. Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 45 N 16 ff.

<sup>24</sup> Dazu m.w.H. Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 45 N 18.

genannt<sup>25</sup>, muss erfolgen, wenn sich auf Grund des Vorverfahrens hinreichende Verdachtsgründe ergeben, die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wahrscheinlich machen<sup>26</sup>.

### *Inhalt der Anklage (Art. 358 VE)*

Die Anklage erfolgt schriftlich in Form einer auch als solchen bezeichneten *Anklageschrift*.

Abs. 1 regelt gewisse Formalien, die bei der Erstellung dieser Anklageschrift zu beachten sind. Sie sollen vor allem *Klarheit über die Parteien sowie die beteiligten Strafbehörden geben*<sup>27</sup>. Um die Anklageschrift vor allem in Fällen mit verschiedenen Beschuldigten und zahlreichen Privatstrafklägerinnen und –kläger nicht mit diesen Angaben zu überlasten, lässt Art. 358 i.V. mit Art. 359 VE Bund und Kantonen bei der Abfassung einige Freiheiten, indem gewisse Angaben, etwa die Privatklägerschaft sowie ihre Zivilklagen, in separaten Verzeichnissen aufgeführt und als Beilage zur Anklage eingereicht werden können.

Abs. 2 Bst. a normiert den *Kern der Anklageschrift*, die *gegen die Beschuldigten erhobenen Deliktswürfe*. Bisher war dieser Inhalt der Anklageschriften oder Überweisungsverfügungen in Bund und Kantonen alles andere als einheitlich geregelt. Es gibt Verfahrensordnungen, die die Anklageschrift als einen relativ umfassenden Schlussbericht ausgestaltet haben, der nicht nur die den Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhalte umschreibt, sondern auch die Untersuchungsergebnisse zusammenfasst und im Weiteren auch begründet, weshalb ein Schuldspruch ergehen sollte und welche Sanktionen zu verhängen seien<sup>28</sup>. Andere schweizerische Strafprozessordnungen sehen hingegen für die Anklageschrift eine konzise, auf das Wesentliche beschränkte Darstellung des den Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhalts ohne irgendwelche Hinweise auf das Vorverfahren, die Beweislage oder Begründungen des Schuld- oder Strafpunktes vor<sup>29</sup>. Der Vorentwurf folgt dem zweitgenannten Vorbild, zumal eine solche prägnante Darstellung der erhobenen Vorwürfe nicht nur den Parteien, sondern auch dem Gericht ermöglicht, sofort und eindeutig zu erkennen, welche Straftaten den Beschuldigten vorgeworfen werden<sup>30</sup>. Prägnanz in der Formulierung des Anklagesachverhalts ist im Weiteren auch deshalb zu fordern, weil nach dem Anklagegrundsatz (Art. 9 VE) dem Gerichtsverfahren sowie dem abschliessenden Urteil nur jene Sachverhalte zu Grunde gelegt werden dürfen, die in der Anklage aufgeführt werden. Abs. 2 verlangt in diesem Sinne,

- dass nach Bst. a die Anklage „möglichst kurz, aber genau“ die Tatvorwürfe umschreiben muss; Behauptungen oder Beschreibungen, die nicht zur Untermauerung des angeblich erfüllten gesetzlichen Tatbestandes erforderlich sind, sind wegzulassen. Zur notwendigen Umschreibung gehören möglichst präzise Angaben von Ort, Zeit und allfälligen Geschädigten der Straftat; wesentlich ist ausserdem die Darstellung des Tathergangs, die alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der nach Auffassung der Staatsan-

<sup>25</sup> Vgl. etwa in den Kantonen BE StrV 257; LU StPO 123; NW StPO 114; GL StPO 100; FR StPO 165 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 165.1 ff.); AR StPO 158; AI StPO 88; VD StPO 275 ff. (je nach Zuständigkeit des angerufenen Gerichts *ordonnance de renvoi* bzw. *ordonnance à suivre* genannt, dazu näher Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 275 N 1 ff.); VS StPO 113. So auch Aus 29 mach 1 S. 137 f., wobei die Experten allerdings (ähnlich wie in Bern) vorschlugen, dass der Untersuchungsrichter seine Überweisungsverfügung der Staatsanwaltschaft zur Prüfung überweisen solle, ein Vorgehen, das im Staatsanwaltschaftsmodell, wie es der Vorentwurf vorschlägt, nicht zu verwirklichen ist.

<sup>26</sup> Dazu und zum Folgenden Aeschlimann 1997 N 1422 ff.; Clerc N 54 ab Mitte S. 71; Hauser/Schweri 1999 § 79 N 1 ff.; Maurer 1999 380 ff.; Oberholzer 1994 431 ff.; Piquerez 2000 2965 ff.; Schmid 1997 N 811 ff.

<sup>27</sup> Im Ergebnis ebenfalls Aus 29 mach 1 S. 137.

<sup>28</sup> So etwa UR StPO 168; SZ StPO 74; OW StPO 105a; GL StPO 87; ZG StPO 37, AR StPO 158 ff.; AI StPO 88; SG StPO 188; GR StPO 98; AG StPO 144; dazu Hauser/Schweri 1999 § 79 N 6.

<sup>29</sup> So etwa BStP 126; ZH StPO 162; BE StrV 257; FR StPO 165; BL StPO 143; SH StPO 231; TG StPO 142; TI StPO 200; NE StPO 178; JU StPO 241.

<sup>30</sup> So Hauser/Schweri 1999 § 79 N 5.

waltschaft erfüllten Straftatbestände umfassen muss<sup>31</sup>. Werden besondere Formen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wie Versuch, Mittäterschaft oder Teilnahme angeklagt, ist darzustellen, mit welchen Verhaltensweisen welche Beschuldigten diese erfüllt haben sollen.

- dass nach Bst. b der Hinweis, *welche Straftatbestände der Sachverhalt erfüllt*, erfolgt. Die Staatsanwaltschaft hat somit die ihres Erachtens mit dem dargestellten Sachverhalt erfüllten gesetzlichen Straftatbestände genau zu bezeichnen, damit auch hier klar ersichtlich ist, welche Vorwürfe erhoben werden. Ist sich die Staatsanwaltschaft bezüglich der Qualifikation nicht sicher, kann sie Eventualanträge stellen.

Abs. 3 lässt, wie bereits in einzelnen Prozessgesetzen schon jetzt vorgesehen<sup>32</sup> und von der Strafprozesslehre gefordert<sup>33</sup>, *Eventual- oder Alternativanklagen zu*. Von *Eventualanklage* spricht man, wenn die Staatsanwaltschaft für den Fall, dass die Hauptanklage verworfen werden sollte, einen andern, üblicherweise weniger gravierenden Deliktvorwurf erhebt. So wird den Beschuldigten in der Hauptanklage Diebstahl i.S. von Art. 139 StGB vorgeworfen und für den Fall, dass die Wegnahme nicht beweisbar sein sollte, eine unrechtmässige Aneignung i.S. von Art. 137 Ziff. 1 StGB. Etwas anders gelagert ist die *Alternativanklage*, gelegentlich auch *Anklage auf Wahlfeststellung* genannt, die in verschiedenen, hier nicht näher interessierenden Varianten auftreten kann<sup>34</sup>. Typisch für solche Alternativanklagen (und die möglichen Alternativurteile) ist, dass sich der fragliche Sachverhalt trotz Ausschöpfung aller Erkenntnisgrundlagen nicht eindeutig erhellen lässt, aber jedenfalls klar ist, dass ein Straftatbestand erfüllt ist. Eine solche Alternativität liegt etwa vor, wenn ein Zeuge in zwei verschiedenen Einvernahmen unterschiedliche Angaben machte; eine Aussage muss falsch sein, doch kann nicht ermittelt werden, welche Version die richtige und welche die falsche ist. Klassisches Beispiel ist in diesem Zusammenhang ferner der Fall, dass sich der Täter auf Grund der Beweislage die Sache nur entweder durch Diebstahl oder Hehlerei verschafft haben kann, aber nicht erstellt ist, welcher dieser Tatbestände erfüllt ist.

Abs. 4 ist im Kontext mit Abs. 2 zu lesen. Nach Abs. 2 hat die Anklage nur den nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erheblichen deliktischen Sachverhalt und die dadurch erfüllten Straftatbestände zu behaupten. Es ist *nicht Aufgabe der Anklage im Sinne dieses Vorentwurfs, diese Behauptungen in irgendeiner Weise zu belegen oder zu beweisen*. Ob die staatsanwaltschaftlichen Anklagebehauptungen zutreffen, ist im Rahmen der Hauptverhandlung auf Grund der dort präsentierten Beweise, der Akten der Voruntersuchung und der Parteivorträge zu entscheiden (Art. 11, 371 ff. VE). In die Anklage gehören deshalb keine Hinweise auf Beweise oder Ausführungen, die die Anklagebehauptungen in sachverhältnismässiger Hinsicht oder bezüglich der Schuld- oder Rechtsfragen stützen. Art. 359 Abs. 2 VE lässt allerdings zu, dass die Staatsanwaltschaft in komplexen Fällen den Akten einen Schlussbericht beilegen, der indessen nicht Teil der Anklage bildet.

#### *Weitere Angaben und Anträge (Art. 359 VE)*

Die schweizerischen Strafprozessordnungen sehen in unterschiedlicher Weise vor, dass in der Anklageschrift selbst oder aber als Beilagen dem Gericht *Verzeichnisse und Aufstellungen über wesentliche Vorgänge des Vorverfahrens* zu übermitteln sind, damit das Gericht und die Parteien für die Vorbereitung der Hauptverhandlung und des Urteils darüber ohne lange Suche in den möglicherweise sehr umfangreichen Akten sofort ins Bild gesetzt werden.

<sup>31</sup> Vgl. BGE 120 IV 348 ff.; Aeschlimann 1997 N 1424; Hauser/Schweri 1999 § 79 N 4; Maurer 1999 381 f.; Oberholzer 1994 431 f.; Piquerez 2000 N 2972 ff.; Schmid 1997 N 813.

<sup>32</sup> Vgl. etwa ZH StPO 163; BS StPO 112; BL StPO 143 Abs. 4.

<sup>33</sup> Hauser/Schweri 1999 § 79 N 7; Schmid 1997 N 815, einlässlich Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 163 N 1 ff.

<sup>34</sup> Dazu m.w.H. Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 163 N 2 ff.

Abs. 1 nennt die Punkte, über die das Gericht zu orientieren ist, wobei dafür je nach Art der zu liefernden Information Listen oder vorgedruckte Formulare verwendet werden können. Unter „nachträglichen richterlichen Entscheidungen“ (Bst. g) wird z.B. der Widerruf des bedingten Strafvollzugs verstanden.

Abs. 2 stellt es der Staatsanwaltschaft frei, in *umfangreichen und komplizierten Fällen der Anklage einen Schlussbericht beizulegen*. Dieser soll es dem Gericht, aber auch den Parteien, die sich in den Fall einarbeiten müssen, ermöglichen, anhand eines zusammenfassenden Berichtes rasch den Überblick über die Gegenstand der Anklage bildenden Sachverhalte und die bisherigen Verfahrenshandlungen zu gewinnen. Damit die Staatsanwaltschaft nicht gleichsam ein Vorausplädoyer halten kann, sieht der Nachsatz von Abs. 2 im Interesse der Waffengleichheit vor, dass sich der Schlussbericht nur dann zur Beweiswürdigung äussern darf, wenn die Staatsanwaltschaft die Anklage nicht persönlich vor den Schranken vertritt.

#### *Zustellung der Anklage (Art. 360 VE)*

Weil die Anklageerhebung gänzlich in den Händen der Staatsanwaltschaft liegt, muss diese die *Anklageschrift sofort nach Erstellung primär den Beschuldigten und dem zuständigen Gericht übermitteln*. Art. 360 Abs. 1 VE regelt die Details.

Der Vorentwurf sieht in Art. 243 vor, die Kompetenz zur Anordnung der Sicherheitshaft nach Abschluss des Vorverfahrens und der Anklageerhebung dem Zwangsmassnahmengericht zu belassen. Ist die Staatsanwaltschaft der Auffassung, die Haft sei fortzusetzen, hat sie deshalb *gleichzeitig mit der Anklageerhebung dem Zwangsmassnahmengericht schriftlich Antrag auf Anordnung der Sicherheitshaft zu stellen* (näher Abs. 2).

Fraglich ist, ob gegen die *Anklageerhebung eine Beschwerde zulässig sein soll*. In einzelnen Rechtsordnungen ist die Anklageerhebung anfechtbar<sup>35</sup>, während in anderen Kantonen kein Rechtsmittel gegeben ist<sup>36</sup>. Die Experten wollten gegen die Anklageerhebung eine Beschwerde zulassen<sup>37</sup>. Wenn in Abs. 3 auf die Zulassung eines Rechtsmittels verzichtet wird, so einerseits aus Gründen der *Verfahrensbeschleunigung*. Andererseits muss die Verfahrensleitung des angerufenen Gerichts nach Art. 362 VE sofort nach Eingang der Anklage diese und die damit übermittelten Akten einer vorläufigen Prüfung unterziehen und vor allem feststellen, ob Anklage und Akten ordnungsgemäss erstellt sind. Im Übrigen ist es vor allem Aufgabe des urteilenden Gerichts, darüber zu entscheiden, ob die Anklagevorwürfe zu Recht erhoben wurden, so dass eine Vorprüfung als entbehrlich erscheint<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Vor allem in Kantonen, die österreichischen Vorbildern folgen, siehe mit Varianten etwa LU StPO 135 f.; FR StPO 166; TI StPO 201; dazu Hauser/Schweri 1999 79 N 11.

<sup>36</sup> So in Zürich, vgl. Schmid 1997 N 1000. Vgl. auch BL StPO 143 Abs. 3 Bst.d; AG StPO 145.

<sup>37</sup> Aus 29 mach 1 S. 138.

<sup>38</sup> So hat auch BS kürzlich das sog. gerichtliche Überweisungsverfahren abgeschafft, wobei u.a. auf die heute stark verbesserten Verteidigungsmöglichkeiten in der Untersuchung verwiesen wurde, siehe Dubs 2000 47.

## 263 Erinstanzliches Hauptverfahren (Achter Titel)

Im Achten Titel des Vorentwurfs ist das Verfahren vor der ersten Instanz im Sinne von Art. 23 und 24 VE geregelt. Das erstinstanzliche Verfahren beginnt mit dem Eingang der Anklage beim Gericht und endet mit der Urteilsfällung. Mit der Anklageerhebung tritt der Fall in das Stadium des Erkenntnisverfahrens; in diesem wird endgültig festgestellt, ob sich die Beschuldigten strafbar gemacht haben<sup>1</sup>. Die in diesem Titel zu findenden Verfahrensvorschriften sind auch anwendbar, falls Bund und Kantone für gewisse Kriminalitätsformen ein besonderes erstinstanzliches Gericht (Kriminalgericht für schwere Straftaten; Wirtschaftsstrafgericht) vorsehen sollten<sup>2</sup>. Das Verfahren vor dem Kollegialgericht ist dabei grundsätzlich mit jenem vor dem Einzelgericht identisch. Unterschiede ergeben sich allerdings insofern, als für einzelgerichtliche Fälle ein einfaches Beweisverfahren (Art. 374-377 VE), für die kollegialgerichtlichen Fälle ein qualifiziertes Beweisverfahren (Art. 376-378 VE) vorgesehen ist.

### 263.1 Allgemeines und Vorbereitung der Hauptverhandlung (1. Kapitel; Art. 361-366 VE)

#### *Eintritt der Rechtshängigkeit (Art. 361 VE)*

Art. 361 VE Abs. 1 und 2 enthalten einige Regeln im Zusammenhang mit der *Rechtshängigkeit*, die mit dem Eingang der Anklage und den dazugehörigen Akten (Art. 360 Abs. 1 Bst. c VE) beim erkennenden Gericht eintritt. Die Rechtshängigkeit bewirkt, dass alle Befugnisse (z.B. Anordnung oder Aufhebung von Zwangsmassnahmen) an dieses übergeht.

Abs. 3 und 4 regeln den Fall, dass nach Eingang der Anklage beim erstinstanzlichen Gericht neue Straftaten derselben Beschuldigten bekannt werden. Art. 383 Abs. 2 VE lässt zwar als Ausnahme zu, während der Hauptverhandlung bekannt gewordene Delikte noch in die beim Gericht hängige Anklage einzubeziehen. Soweit dies aber nicht möglich ist, hat die Staatsanwaltschaft ein neues Vorverfahren zu eröffnen und gegebenenfalls später eine weitere Anklage zu erheben. Allenfalls kann das Gericht in sinngemässer Anwendung von Art. 345 VE das hängige Verfahren sistieren.

#### *Prüfung der Anklage (Art. 362 VE)*

Der Vorentwurf überträgt die Anklageerhebung allein der Staatsanwaltschaft und sieht gegen die Anklage selbst auch kein Rechtsmittel vor (Art. 357; 360 Abs. 3 VE). Es ist deshalb wesentlich, dass das *Gericht nach Eingang der Anklage diese prüft*. Diese Prüfung erstreckt sich nach Art. 362 Abs. 1 VE auf die Ordnungsmässigkeit von Anklage und Akten. Zu prüfen ist vor allem, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt bzw. Verfahrenshindernisse vorhanden sind. Da ein genügender, eine Anklage rechtfertigender Tatverdacht zu den Prozessvoraussetzungen gehört<sup>3</sup>, ist auch dieser summarisch zu prüfen. So ist festzustellen, ob das angeklagte Verhalten überhaupt strafbar ist<sup>4</sup>; der Entscheid, ob die vorhandenen Beweise für einen Schuldspruch ausreichen, ist indessen dem Urteil des Gerichts vorbehalten. Diese *Prüfung erfolgt nicht in einem formalisierten Verfahren*, das in eine Art Zulassungs- oder Nichtzulassungsentscheid zu münden hätte. Daraus folgt auch, dass den Parteien keine Frist zur Stellungnahme einzuräumen ist. Falls sie sich gegen die Behandlung durch das Gericht

<sup>1</sup> Dazu allgemein Aeschlimann 1997 N 1517 ff.; Clerc 1975 1975 N 55 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 80 N 1 ff.; Maurer 1999 399 ff.; Oberholzer 1994 438; Piquerez 2000 N 2993; Schmid 1997 N 828.

<sup>2</sup> Zu dieser Möglichkeit Ziff. 221.6.

<sup>3</sup> Schmid 1997 N 537.

<sup>4</sup> Dazu Schmid 1997 N 819, ders. in Donatsch/Schmid 1997 § 167 N 11.

zur Wehr setzen wollen, haben sie dies aus eigenem Antrieb durch Eingaben kundzutun. Weil das Unterlassen von Einwendungen, die die in Abs. 1 genannten Fragen betreffen, keine Rechtsnachteile nach sich zieht, ist diese Regelung des Prüfungsverfahrens unproblematisch. Die Einwendungen können nämlich, da sie im Wesentlichen Prozessvoraussetzungen bzw. Verfahrenshindernisse betreffen, auch erst in den späteren Phasen des Hauptverfahrens erhoben werden, so als Vorfrage nach Art. 371 Abs. 2 VE.

Wenn die Verfahrensleitung, die diese Vorprüfung vorzunehmen hat, feststellt, dass z.B. die Anklage oder die Akten nicht ordnungsgemäss erstellt sind, sistiert das Gericht nach Abs. 2 in Anwendung von Art. 345 VE das Verfahren. Wird also z.B. in einer Betrugsanklage nicht behauptet, worin die Arglist liegen solle, *sistiert das Gericht das Verfahren* und fordert die Staatsanwaltschaft nach Abs. 2 letzter Satzteil zur Berichtigung der Anklage auf<sup>5</sup>.

Im geltenden kantonalen Strafprozessrecht ist teilweise unklar, ob im *Falle einer Sistierung mit einer Rückweisung z.B. zur Ergänzung der Anklage der Fall beim Gericht anhängig bleibt oder aber die Zuständigkeit an die Staatsanwaltschaft zurückfällt*. Diese Frage ist nicht ganz bedeutungslos, da von ihrer Beantwortung abhängig ist, wer in dieser Zwischenphase für Zwangsmassnahmen (z.B. für eine Haftentlassung) zuständig ist. Nach Abs. 3 hat das Gericht im Rückweisungsentscheid zu bestimmen, ob die Rechtshängigkeit bei ihm verbleibt, was z.B. dann sinnvoll ist, wenn die Staatsanwaltschaft nur eine (wenig Aufwand verursachende) Anklageergänzung vorzunehmen hat. Sind aber umfangreichere Untersuchungsergänzungen notwendig, kann es sich empfehlen, die Rechtshängigkeit an die Staatsanwaltschaft zu übertragen.

Können Prozessvoraussetzungen nicht mehr erfüllt werden oder sind unüberwindbare Verfahrenshindernisse vorhanden, hat das *Gericht den Fall analog zu Art. 350 VE einzustellen* (Abs. 4). Im Gegensatz zur Sistierung nach Abs. 2 ist den durch eine Einstellung allenfalls beschwerten Parteien vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren.

Abs. 5 sieht für den vorgenannten Fall aus *verfahrensökonomischen Gründen* eine Vereinfachung vor: Wenn verschiedene Straftatbestände angeklagt sind und z.B. einer davon verjährt ist, muss der Einstellungsentscheid bezüglich dieses verjährten Anklagepunktes nicht gesondert im Vorprüfungsverfahren ergehen; er kann vielmehr zusammen mit dem Sachentscheid in den übrigen Anklagepunkten am Ende des erstinstanzlichen Verfahrens gefällt werden.

Abs. 6 bezieht sich weniger auf die die Hauptverhandlung vorbereitende Verfahrensphase, sondern auf die späteren Stadien des Hauptverfahrens bis hin zur Urteilsfällung. *Verfahren sind auch später zu sistieren oder einzustellen, wenn die vorerwähnten Voraussetzungen dazu gegeben sind*. Vor allem können fehlende Prozessvoraussetzungen oder Verfahrenshindernisse zu Beginn der Hauptverhandlung als Vorfragen aufgeworfen werden (Art. 371 Abs. 2 Bst. c und d VE).

*Allgemeines zur Vorbereitung der Hauptverhandlung (Art. 363 VE), Ansetzung der Hauptverhandlung und Vorladungen (Art. 364 VE)*

Art. 363 und 364 VE regeln die Vorbereitung der Hauptverhandlung. Besonders zu erwähnen sind lediglich Art. 364 Abs. 3-6 VE, die im engen Zusammenhang mit den im Rahmen der Hauptverhandlung vorzunehmenden Beweisabnahmen stehen. Zur Vorbereitung dieser Beweisabnahmen teilt das Gericht den Parteien zunächst spätestens mit der Vorladung mit, welche Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen usw. von Amtes wegen vorgeladen werden (Abs. 3). Die Parteien werden ihrerseits aufgefordert, jene Beweise zu benennen, die sie in der Hauptverhandlung abgenommen haben möchten und die nicht bereits von Amtes wegen

<sup>5</sup> In dieser Richtung auch Aus 29 mach 1 S. 139.

vorgeladen werden. Die Parteien haben – soweit die Beweismittel bereits im Vorverfahren abgenommen wurden – *mit Blick auf die zwei Formen des Beweisverfahrens zu begründen, weshalb die Beweise nochmals zu erheben sind*: In Fällen mit einfachem Beweisverfahren (Art. 374-375 VE) muss die Partei also kurz begründen, weshalb im Sinne von Art. 374 Abs. 2 VE begründete Zweifel an den Beweiserhebungen zu bejahen sind. In Fällen mit qualifiziertem Beweisverfahren nach Art. 376-378 VE muss kurz dargetan werden, weshalb nach Art. 377 Abs. 1 VE eine Wiederholung der Beweisabnahme vor Gericht erforderlich ist.

#### *Vorverhandlungen (Art. 365 VE)*

Es kann im Interesse einer speditiven Verfahrenserledigung lohnend sein, die Parteien vor der eigentlichen Hauptverhandlung zu einer, nur parteiöffentlichen *Vorverhandlung* vorzuladen, bei der z.B. Fragen der Gestaltung der Hauptverhandlung, Ausstandsbegehren, die abzunehmenden Beweise u.ä. besprochen werden können (Abs. 1)<sup>6</sup>.

Abs. 2 ermöglicht es der Verfahrensleitung, bei Antragsdelikten die Parteien, soweit Art. 346 und 347a VE für das Vorverfahren entsprechend, zu *Vergleichsgesprächen* vorzuladen; auch hier soll der in der Konfliktsbewältigung vermehrt an Boden gewinnende Gedanke der Mediation einfließen.

Abs. 3-5 regeln die vorgängige Beweisabnahme, die es der Verfahrensleitung vor allem bei *gefährdeten Beweisen* (z.B. wenn eine Zeugin schwer krank ist oder eine Auskunftsperson vor der Auswanderung nach Übersee steht) ermöglicht<sup>7</sup>, selbst, durch eine Abordnung des Gerichts oder auf den Wegen der nationalen oder internationalen Rechtshilfe eine Beweisabnahme vor der Hauptverhandlung durchzuführen. Ergänzend ist auf Art. 161 Abs. 2 Bst. e VE zu verweisen, der Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung ebenfalls zum Schutze einer einzuvernehmenden Partei gestattet.

#### *Andere Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts (Art. 366 VE)*

Wird zunächst z.B. Anklage beim Einzelgericht erhoben, weil die Staatsanwaltschaft im Rahmen der Anklageerhebung (vgl. Art. 359 Abs. 1 Bst. f VE) Geldstrafe, Busse, gemeinnützige Arbeit oder eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Jahren für angemessen hielt, gelangt das Einzelgericht aber zur Auffassung, es komme eine höhere, die Kompetenz des Einzelgerichts überschreitende Strafe in Frage, so überweist das Einzelgericht Anklage und Akten dem zuständigen Kollegialgericht mit einer nicht beschwerdefähigen Verfügung (Art. 366 Abs. 1 VE). Beigefügt sei, dass keine Rückweisung erfolgt, wenn das Kollegialgericht bei einer direkt bei ihm eingereichten oder nach Massgabe der vorliegenden Bestimmung ihm überwiesenen Anklage nachfolgend eine geringere, an sich in die Zuständigkeit des Einzelgerichts fallende Strafe ausfallen möchte<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> So etwa bekannt in FR StPO 171 Abs. 3; NE StPO 192; ähnlich auch NW StPO 129 (allerdings ausdrücklich nur für Prozessvoraussetzungen). Für die Einführung solcher Vorverhandlungen Aus 29 mach 1 S. 140.

<sup>7</sup> So auch Aus 29 mach 1 S. 139. Bereits jetzt teilweise in den kantonalen Strafprozessordnungen, so BE StrV 279; FR StPO 172 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 172.1 ff.); BS StPO 115; SH StPO 258; SG StPO 196; VD StPO 322 (dazu Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 322 N 1 ff.); VS StPO 117; NE StPO 189.

<sup>8</sup> So ausdrücklich etwa im Kanton Zürich GVG 24 Abs. 3 Satz 2.



**263.2 Durchführung der Hauptverhandlung (2. Kapitel; Art. 367-380 VE)****263.21 Gericht und Parteien (1. Abschnitt, Art. 367-370 VE)***Zusammensetzung und Leitung des Gerichts (Art. 367 VE)*

Art. 367 VE enthält allgemeine Vorschriften über die Zusammensetzung des Gerichts und dessen Leitung. Sie dürften den üblichen Bestimmungen der meisten schweizerischen Strafprozessordnungen entsprechen<sup>9</sup>.

Nach Abs. 4 können vor allem für komplexe, lange dauernde Gerichtsverfahren *Ersatzrichter* bestimmt werden. Diese folgen der Hauptverhandlung von Beginn an, werden aber nur aktiv, wenn ein Gerichtsmitglied ausfällt. Diese Möglichkeit war im schweizerischen Prozessrecht bisher wenig bekannt<sup>10</sup>; sie wurde von den Experten vorgeschlagen<sup>11</sup>.

Abs. 5 übernimmt Art. 10 OHG und gibt dem *Opfer* das Recht, zu verlangen, dass dem *Gericht mindestens ein Mitglied desselben Geschlechts* angehört.

Für viele Verfahrensordnungen dürfte die Bestimmung von Abs. 6 neu sein. In Fällen einzelgerichtlicher Zuständigkeit<sup>12</sup> kann nämlich von der Regel nach Abs. 5 abgewichen werden, wenn in einem einzelgerichtlichen Fall *Opfer weiblichen und männlichen Geschlechts* erscheinen<sup>13</sup>.

*Beschuldigte (Art. 368 VE)*

Art. 368 VE geht davon aus, dass bei Verbrechen und Vergehen die Beschuldigten zwingend an der Hauptverhandlung teilzunehmen haben (Abs. 1 Bst. a), es sei denn, sie würden von der Verfahrensleitung aus wichtigen Gründen (z.B. Krankheit; Landesabwesenheit) dispensiert (Abs. 2)<sup>14</sup>. Bei Übertretungen ist die Teilnahme nur fakultativ, wobei es der Verfahrensleitung freisteht, die Beschuldigten obligatorisch vorzuladen (Abs. 1 Bst. b).

*Staatsanwaltschaft (Art. 369 VE)*

Nach Art. 369 VE Abs. 1 steht es der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung in *jedem Fall frei, persönlich vor Gericht zu erscheinen oder aber ihre Anträge schriftlich zu stellen*.

Grundsätzlich *zwingend ist nach Abs. 3 die persönliche Teilnahme der Staatsanwaltschaft in Fällen*, die nicht mehr in die einzelgerichtliche Zuständigkeit fallen, also bei Strafanträgen von über drei Jahren Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Massnahmen, vor allem, weil das qualifizierte Beweisverfahren die Anwesenheit des Staatsanwaltes erfordert (vgl. Art. 378 Abs. 3 und 4 VE). Es versteht sich von selbst, dass diese und die weiteren Anwesenheitsregeln von Art. 369 VE anzupassen wären, falls für die einzelgerichtliche Zuständigkeit nach Art. 24 Abs. 2 VE schliesslich ein anderes Strafmaximum gewählt werden sollte.

Trotz des Grundsatz von Abs. 3 ist es bei Strafanträgen bis fünf Jahren (oder bei Anträgen auf freiheitsentziehende Massnahmen) möglich, die *Staatsanwaltschaft von der Teilnahme zu*

<sup>9</sup> Vgl. etwa ZG GVG 26 ff.; 32, 36; BE StrV 276, GOG 13, 24; LU StPO 166; UR GOG 23, 29; GL StPO 109; FR StPO 167; AG StPO 152; TG StPO 155; VD StPO 324; VS StPO 122 ff.; NE StPO 194, 197; Aeschlimann 1997 N 1493 f., 1521 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 324 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 81 N 1 ff.; Maurer 1999 406 f.; Piller/Pochon 1998 Art. 167.1 ff.; Piquerez 2000 N 3050 ff.; Schmid 1997 N 831.

<sup>10</sup> Vgl. z.B. BL StPO 159 Abs. 3; VD StPO 318, 324; für Geschworene in den U.S.A. hingegen schon lange gebräuchlich, vgl. Schmid 1993 112.

<sup>11</sup> Aus 29 mach 1 S. 140.

<sup>12</sup> Zur bisherigen Kontroverse, ob OHG 10 auf Einzelgerichte anwendbar sei, m.w.H. Gomm/Stein/Zehntner 1995 Art. 10 N 2.

<sup>13</sup> Zu diesem Problem im neuen Berner Strafverfahren Maurer 1999 143 f., 406 f.; ders. 2000 309.

<sup>14</sup> Ähnlich FR StPO 173, dazu Piller/Pochon 1998 Art. 173.1 ff.

*dispensieren*, wenn ihre Anwesenheit nicht erforderlich ist, vor allem wenn die Beschuldigten geständig sind und/oder auf die Durchführung eines Beweisverfahrens im Rahmen der Hauptverhandlung verzichtet wird (Abs. 4). Damit wird teilweise den Vorschlägen der Expertenkommission Rechnung getragen, die die zwingende Anwesenheit des Staatsanwaltschaft nur für Fälle mit Freiheitsstrafen von mehr als fünf Jahren empfahl<sup>15</sup>.

Andererseits kann die Verfahrensleitung die *Staatsanwaltschaft auch in Straffällen einzelgerichtlicher Zuständigkeit* (also primär Anträge auf Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Jahre, näher Art. 24 Abs. 2 Bst. b) *zur Teilnahme verpflichten* (Abs. 5), beispielsweise, weil ihre Anwesenheit wegen der Durchführung eines Beweisverfahrens als wünschenswert erscheint.

#### *Privatklägerschaft (Art. 370 VE)*

Die Privatklägerschaft ist *grundsätzlich nicht zur Teilnahme an der Hauptverhandlung verpflichtet*. Sie kann schriftliche Anträge stellen, die Grundlage der Urteilsfällung bilden (Abs. 1 und 2)<sup>16</sup>.

*Ausnahmen* sind dort gegeben, wo die *Privatklägerschaft als Auskunftsperson* vorgeladen ist (Abs. 1) oder sie ihre *Zivilklage beziffern und begründen* muss (Abs. 3). Abs. 3 knüpft an Art. 130 VE an, der die Privatklägerschaft verpflichtet, die Zivilklage wenn möglich bereits im Vorverfahren bei der Staatsanwaltschaft zu begründen und zu beziffern, ihr aber in Art. 130 Abs. 4 und 5 VE Gelegenheit gibt, dies in der Hauptverhandlung nachzuholen. Wurde also die Zivilklage nicht schon im Vorverfahren beziffert und begründet, ist die Privatklägerschaft in der Vorladung, allenfalls mit einem vorgedruckten Formular, auf ihre Pflichten hinzuweisen. Hinzuweisen ist vor allem auf Art. 132 Abs. 2 VE, der bei Verletzung der genannten Pflichten die Zivilklage auf den Zivilweg verweist und den Verlust der Rechtsmittelmöglichkeiten für die Privatklägerschaft bedeutet.

## **263.22      Verfahrensablauf im Allgemeinen (2. Abschnitt, Art. 371-373 VE)**

*Beginn der Hauptverhandlung und Vorfragen (Art. 371 VE); Verfahrensmässige Folgen der Eröffnung (Art. 372 VE); Verlesen der Anklage (Art. 373 VE)*

Art. 371-373 VE regeln die ersten Verfahrensschritte nach Beginn der Hauptverhandlung; diese Vorschriften entsprechen den üblichen Regelungen im schweizerischen Strafprozessrecht<sup>17</sup> und bedürfen keiner näheren Erläuterungen.

Gemäss Art. 372 VE gilt nach Feststellung der Anwesenheit der Parteien sowie der Erledigung allfälliger Vorfragen die Hauptverhandlung als formell eröffnet (Abs. 1). Die wesentlichen Folgen daraus ergeben sich aus Abs. 2 Bst. b und c: Von diesem Zeitpunkt an

- kann die *Staatsanwaltschaft die Anklage nicht mehr ändern*, wobei eine Berichtigung und Erweiterung nach Art. 383 VE vorbehalten bleibt.
- kann die Anklage auch nicht mehr zurückgezogen werden, d.h. das Gericht kann fortan die *Beschuldigten nur noch schuldigsprechen oder freisprechen*. Es soll nicht möglich

<sup>15</sup> Aus 29 mach 1 S. 142.

<sup>16</sup> Im Ergebnis gleich Aus 29 mach 1 S. 142.

<sup>17</sup> Siehe etwa ZH GVG 121 ff., StPO 178 ff., 216 ff.; BE StrV 283 ff.; LU StPO 166 ff.; UR StPO 175 ff.; SZ StPO 83 ff., 98 ff.; OW StPO 115 ff.; NW StPO 133 ff.; GL StPO 107 ff.; ZG StPO 37 ff.; FR StPO 176 ff.; SO StPO 107 ff., 126 ff.; BS StPO 121 ff.; BL StPO 144 ff.; SH StPO 259 ff.; AR StPO 167 ff.; SG StPO 204 ff.; GR StPO 107 ff.; AG StPO 152 ff.; TG StPO 149 ff.; TI StPO 232 ff.; VD StPO 324 ff.; VS StPO 122 ff.; NE StPO 197 ff.; GE StPO 219 ff., 249 ff.; JU StPO 267 ff.; 309 ff. Allgemein Aeschlimann 1997 N 1517 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 1 ff.; Maurer 1999 399 ff.; Oberholzer 1994 442 ff.; Piquerez 2000 N 3019 ff.; Schmid 1997 N 833 ff. Vgl. auch Aus 29 mach 1 S. 143 ff.

sein, dass die Staatsanwaltschaft z.B. bei einem sich abzeichnenden Freispruch die Anklage zurückzieht, womit in der Öffentlichkeit der durch die Anklageerhebung bewirkte negative Eindruck über die Beschuldigten erhalten bleiben könnte. Eine *Einstellung wegen nichterfüllter Prozessvoraussetzungen bzw. aufgetretener Verfahrenshindernisse* ist indessen bis zum Schluss der Hauptverhandlung, d.h. sogar noch gleichzeitig mit der Urteilsfällung, möglich (Art. 362 Abs. 6 VE)<sup>18</sup>.

Die prozessualen Wirkungen der Eröffnung der Hauptverhandlung nach Art. 372 Abs. 2 VE (vor allem Bst. b und c) gelten bereits heute ausdrücklich<sup>19</sup> oder nach der Praxis in verschiedenen Kantonen<sup>20</sup>.

### 263.23 Einfaches Beweisverfahren (3. Abschnitt, Art. 374-378 VE)

#### *Vorbemerkungen zum einfachen und qualifizierten Beweisverfahren nach Art. 374-378 VE*

Die Frage, ob im erkennenden Gericht die zur Urteilsfällung notwendigen Beweise *unmittelbar* (durch Abnahme vor den Gerichtsschranken) oder aber *mittelbar* (durch Vorlage der Protokolle der entsprechenden Beweiserhebungen im Vorverfahren) einzuführen sind, gehört zu einem der zentralen Probleme des schweizerischen Strafverfahrensrechts. Die Vor- und Nachteile der Unmittelbarkeit und der Mittelbarkeit sind in der Strafprozessliteratur eingehend beschrieben worden, sodass an dieser Stelle darauf nicht im Detail einzugehen ist<sup>21</sup>. Im übergeordneten Recht verlangen weder die EMRK, der IPBPR noch die BV direkt ein unmittelbares Beweisverfahren. Sie schliessen m.a.W. ein Abstellen auf die bereits im Vorverfahren abgenommen Beweisen nicht aus. Dabei bestehen aber keine Zweifel darüber, dass vor allem Art. 6 EMRK stark im anglo-amerikanischen Strafverfahren wurzelt, das von einer strikten Unmittelbarkeit geprägt ist<sup>22</sup>. Allerdings ist bisher der entsprechende Anspruch der Beschuldigten nach Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK, wonach ihnen das Recht zusteht, „*Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen*“, nicht als Anspruch auf ein unmittelbares Beweisverfahren interpretiert worden. Vielmehr hat das Bundesgericht daraus nur das Recht der Beschuldigten abgeleitet, mindestens einmal während des Strafverfahrens Gelegenheit zu erhalten, mit den Zeuginnen, Zeugen etc. konfrontiert zu werden und diesen Ergänzungsfragen stellen zu können<sup>23</sup>. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hält es für zulässig, Urteile auf Beweise zu stützen, die in der Untersuchung abgenommen wurden<sup>24</sup>. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass vor allem in der *strafprozessualen Literatur tendenziell eine Verstärkung der Unmittelbarkeit gefordert wird*<sup>25</sup>.

Im Bund und in manchen Kantonen ist das Beweisverfahren zur Zeit *unmittelbar ausgestaltet*<sup>26</sup>. Andere Kantone äussern sich nicht konkret zum Thema Unmittelbarkeit oder

<sup>18</sup> Hierzu etwa Maurer 1999 411, 435 f.

<sup>19</sup> Siehe etwa ZH StPO 177, 182 Abs. 1 und 2; SH KV 8 Abs. 4; SG StPO 192. Ähnlich auch AR StPO 165; TG StPO 152 f.

<sup>20</sup> Zu diesen Fragen Hauser/Schweri 1999 § 50 N 8, 82 N 3; Oberholzer 1994 438 ff.; Schmid 1997 N 833.

<sup>21</sup> Zur Thematik der Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit Aeschlimann 1997 N 169 ff., 1556 f.; Hauser/Schweri 1999 § 51 N 6 ff., 82 N 7; Maurer 1999 38 f., 431; Oberholzer 1994 222 ff., 447; Piquerez 2000 N 710 ff.; Schmid 1997 N 192 ff., 838.

<sup>22</sup> Näher Schmid 1993 70 ff.

<sup>23</sup> BGE 113 Ia 422; 116 Ia 289.

<sup>24</sup> Vgl. EuGRZ 1992 474 Nr. 44; zur Thematik ferner Haefliger/Schürmann 1999 239 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 51 N 13 ff., § 82 N 7; Oberholzer 1994 225 f.; Piquerez 2000 N 726 f.; Schmid 1997 N 195.

<sup>25</sup> Vgl. etwa Oberholzer 1994 225/226; Schmid 1997 N 838; differenzierend Piquerez 2000 N 723 ff. Zur gegenläufigen jüngeren Berner Entwicklung Maurer 1999 38 f.

<sup>26</sup> BStP 169 Abs. 2; MStP 146 Abs. 1, 147; ZH StPO 232 ff. (nur für das Geschworenengericht); SO StPO 105; FR StPO 169 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 169.1 ff.); BS StPO 121 Abs. 3; BL StPO 165; AG StPO 27; VD StPO 340 ff.; NE StPO 203 ff.; VS StPO 116 Ziff. 2.

Mittelbarkeit, erwähnen aber, dass sich das Gericht auf Beweise stützen könne, die in der Untersuchung oder aber vor Gericht abgenommen wurden<sup>27</sup>. In diesen und anderen Kantonen kann somit je nach Ausgestaltung in der Praxis von einem Vorherrschen der Mittelbarkeit oder aber von einer *beschränkten Unmittelbarkeit*<sup>28</sup> gesprochen werden. Auffallend ist, dass die Entwicklung im schweizerischen Strafprozessrecht offensichtlich weg von der reinen Mittelbarkeit, aber auch der reinen Unmittelbarkeit hin zu differenzierteren Lösungen im Sinne einer beschränkten Unmittelbarkeit verläuft. Bemerkenswert ist etwa die gleichgerichtete Entwicklung in den Kantonen Schaffhausen und Bern, die von einem ursprünglich unmittelbar ausgestalteten erstinstanzlichen Verfahren zu einer solchen beschränkten Unmittelbarkeit übergegangen sind. Vereinfacht ausgedrückt stellt in diesem Modell das urteilende Gericht grundsätzlich auf die in der Voruntersuchung abgenommenen Beweise ab, erhebt aber selbst (nochmals) jene Beweise, die für den Schuld- oder Strafpunkt erheblich sind und/oder bei denen es auf den persönlichen Eindruck der Richterinnen und Richter ankommt<sup>29</sup>.

Die *Experten* empfahlen für eine künftige schweizerische Strafprozessordnung ebenfalls diese beschränkte Unmittelbarkeit<sup>30</sup>. In den *Hearings* ist tendenziell eine stärkere Betonung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes verlangt worden<sup>31</sup>. Der *Vorentwurf* folgt grundsätzlich dem Muster der beschränkten Unmittelbarkeit im vorstehend skizzierten Sinne, wobei der Vorentwurf zwei verschiedene Formen des Beweisverfahrens vorsieht:

- Mittelbarkeit mit nur sehr eingeschränkter Unmittelbarkeit für einzelgerichtliche Fälle (Art. 24 VE; Art. 374 VE).
- Eine ausgeprägtere Unmittelbarkeit in den übrigen, von einem Kollegium beurteilten erstinstanzlichen Fällen (Art. 377 VE), gekoppelt mit anderen Besonderheiten wie dem sogenannten Schuldinterlokut (Art. 376 VE) sowie einer Verstärkung des Zweiparteienprozesses (Art. 378 VE).

Den Befürchtungen, eine Verstärkung der Unmittelbarkeit führe zu einer Aufblähung der Verfahren und sei mit Blick auf das vollkommene Rechtsmittel der Berufung mit einer Wiederholung der unmittelbaren Beweisabnahmen nicht praktikabel, ist entgegenzuhalten, dass der Vorentwurf dem *Grundsatz der einmaligen Unmittelbarkeit* folgt: Sind Beweise vor dem erstinstanzlichen Gericht abgenommen worden, besteht grundsätzlich kein Anspruch darauf, dass diese Beweise vor der Rechtsmittelinstanz nochmals abgenommen werden (näher Art. 457 VE).

#### *Beweisabnahmen (Art. 374 VE)*

Der Vorentwurf sieht für die einzelgerichtlichen Fälle (Art. 24 VE) eine eher eingeschränkte Mittelbarkeit vor (Abs. 1). Das Gericht stellt in diesen Fällen grundsätzlich auf die im Vorverfahren zusammengetragenen Beweise ab, wenn diese als vollständig erscheinen und gesetzmässig, also vor allem unter Gewährung der Verfahrens- und primär Verteidigungsrechte nach Art. 158, 159, 168 und 236 VE, erhoben wurden. Die Beweisabnahme ist nach Abs. 2 nur zu wiederholen oder zu ergänzen, falls Zweifel an der Gesetzmässigkeit, Vollständigkeit und Zuverlässigkeit der im Vorverfahren erhobenen Beweise vorhanden sind.

<sup>27</sup> So z.B. ZH StPO 284.

<sup>28</sup> So ausdrücklich in AR StPO 27; dazu Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 27 N 1 ff.; TG StPO 150; ähnlich UR StPO 182, zu diesen Kantonen Hauser/Schweri 1999 § 51 N 16.

<sup>29</sup> BE StrV 295 Abs. 2; SH StPO 270; dazu Aeschlimann 1997 N 1556 f.; Piquerez 2000 N 728.

<sup>30</sup> Aus 29 mach I S. 143; dazu Müller 1998 286 f.

<sup>31</sup> Hearings S. 22, 103, 169; eher auf der Linie der Experten Hearings S. 56, 77, 110, 126, 146 f. wo z.T. auf das „Berne Modell“ verwiesen wird, welches in den wesentlichsten Zügen dem Vorentwurf entspricht.

*Persönliche Befragung und weitere Einvernahmen (Art. 375 VE)*

Art. 375 VE regelt die Einzelheiten der Einvernahmen und vor allem der Befragung der Beschuldigten vor Gericht. Weil es Bund und Kantone freisteht, die Instanzen und deren Zusammensetzung zu regeln und damit auch einzelgerichtliche Fälle einem Kollegialgericht zuzuweisen, wird hier von Verfahrensleitung und „*anderen Mitgliedern des Gerichts*“ gesprochen, obwohl es um einzelgerichtliche Fälle geht.

**263.24      Qualifiziertes Beweisverfahren (4. Abschnitt, Art. 376-378 VE)**

*Zweiteilung der Hauptverhandlung (Art. 376 VE)*

Art. 376 VE sieht vor, dass das Gericht in den Fällen, die nicht mehr in die einzelrichterliche Zuständigkeit fallen, ein sogenanntes *Schuldinterlokut* anordnen kann. Darunter versteht man eine Zweiteilung der Hauptverhandlung. In einer ersten Phase wird nur über die Schuldfrage verhandelt. Es wird somit zunächst im Sinne eines Vorentscheides, der zwar eröffnet, allein aber nicht rechtskräftig wird und auch nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden kann (Abs. 5), nur die Schuldfrage entschieden. Hernach werden in der zweiten Phase die Folgen des Schuld- oder Freispruches verhandelt und entschieden (Abs. 1 und 2)<sup>32</sup>. Der Vorentwurf lässt auch das sogenannte *Tatinterlokut* zu, d.h. eine erste Phase kann sich allein auf die Frage der Täterschaft beziehen, während in einer zweiten Phase die vorwiegend rechtlichen Fragen der Schuld behandelt werden<sup>33</sup>.

Das Schuldinterlokut, das in jüngerer Zeit vermehrt Eingang in die schweizerischen Strafprozessordnungen fand<sup>34</sup>, hat einerseits *verfahrensökonomische Vorteile*, indem nicht über die Folgen eines Schuld- oder Freispruches verhandelt werden muss, der noch gar nicht feststeht. Andererseits dient es dem *Persönlichkeitsschutz*, da Informationen zu den persönlichen Verhältnissen, die für die Strafzumessung bedeutsam sind, nicht in der öffentlichen Hauptverhandlung ausgebreitet werden sollen, wenn noch nicht feststeht, ob überhaupt eine Sanktion auszusprechen ist. Die Einführung des Schuldinterlokuts ist von den Experten postuliert<sup>35</sup> und in den Hearings allgemein unterstützt worden<sup>36</sup>.

Das Schuld- oder Tatinterlokut kann auf *Antrag der Beschuldigten oder vom Gericht von Amtes wegen angeordnet werden*. Der Vorentwurf sieht also davon ab, es in diesen nicht-einzelgerichtlichen Fällen mit an sich qualifiziertem Beweisverfahren *zwingend vorzuschreiben*. So ist ein Schuldinterlokut bei geständigen Beschuldigten im Regelfall kaum sinnvoll. Auch in Fällen, in denen lediglich Rechtsfragen strittig sind, kann darauf verzichtet werden.

*Beweisabnahme (Art. 377 VE)*

Art. 377 Abs. 1 VE stellt zusammen mit den Vorschriften von Art. 378 VE den Kern dieses *qualifizierten Beweisverfahrens im Sinne einer beschränkten Unmittelbarkeit* dar. Die Parteien haben Anspruch darauf, dass die Beweise zu bestrittenen Umständen nochmals vor

<sup>32</sup> Zum Schuldinterlokut Aus 29 mach 1 S. 141 f.; Wolffers 1999 215 ff.; Aeschlimann 1997 N 1551 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 173 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 52 N 17, § 82 N 29; Maurer 1999 418 ff.; Oberholzer 1994 445 f.; Piquerez 2000 N 3070; Schmid 1997 N 285, 836.

<sup>33</sup> Zum Schuld- und Tatinterlokut näher Wolffers 1999 216.

<sup>34</sup> Vgl. etwa BE StrV 294; OW StPO 107a; FR StPO 168 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 168.1 ff.); BS StPO 131 (dazu Dubs 2000 51) BL StPO 158; SH StPO 267; AR StPO 173; SG StPO 206. Es bestand schon seit längerer Zeit in ZH StPO 250 (für Geschworenengerichtsfälle).

<sup>35</sup> Aus 29 mach 1 S. 141/142.

<sup>36</sup> Hearings S. 56, 67, 77( 88), 109 f., 146. Ablehnende Stimmen kamen aus der Romandie, vgl. Hearings S. 40, 153.

Gericht abgenommen werden, wenn nach der Art des Beweises dessen unmittelbare Kenntnisnahme durch das Gericht für dessen Entscheid wesentlich ist. So wird es nach dieser Vorschrift unerlässlich sein, in einem vom Beschuldigten bestrittenen Tötungsdelikt zwei Zeugen vor den Schranken nochmals einzuvernehmen, wenn einer dieser Zeugen den Beschuldigten am Tatort beobachtet haben will, der zweite Zeuge indessen erklärt, den Beschuldigten zur Tatzeit an einem anderen Ort gesehen zu haben. Allerdings erfolgt in diesen Fällen nicht automatisch eine nochmalige Beweisabnahme vor Gericht, sondern nur, wenn die Parteien sie im Rahmen ihrer Beweisanträge (Art. 364 Abs. 4 VE) verlangen oder das Gericht von sich aus die Beweise nochmals abnehmen möchte (Art. 364 Abs. 3 VE).

Abs. 1 spricht sich nur zu den bereits im Vorverfahren abgenommenen Beweisen aus. Es versteht sich aber von selbst, dass das Gericht in sinngemässer Anwendung von Art. 377 VE auch jene (*neuen*) *Beweise abnimmt*, deren Abnahme vom Gericht von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei (Art. 364 Abs. 3 und 4 VE) angeordnet wurde.

Abs. 2 sieht gewisse *Ausnahmen vom Anspruch auf nochmalige Beweiserhebung* nach Abs. 1 vor. Sind z.B. Zeuginnen oder Zeuginnen, Auskunftspersonen etc. verschwunden oder gar verstorben oder befinden sie sich in Übersee, könnte das Beweisverfahren scheitern, weil diese Personen nicht greifbar sind. Zudem kann z.B. bei gleichartigen Serielikten das Aufbieten aller Zeuginnen und Zeugen und ihre nochmalige Einvernahme vor Gericht einen sehr grossen Aufwand bedeuten, der mit den dadurch für die Wahrheitsfindung gewonnenen Vorteilen in keinem Verhältnis steht. Wenn z.B. im Vorverfahren wegen gewerbsmässigen Betrugs von der Staatsanwaltschaft 200 geschädigte Kapitalanleger einvernommen wurden, kann darauf verzichtet werden, sie alle nochmals vor Gericht vorzuladen. In einem solchen Fall ist den Verteidigungsrechten zumeist damit Genüge getan, wenn einige der Geschädigten einvernommen werden<sup>37</sup>. Ein solcher Verzicht ist indessen nach Abs. 1 Bst. a nur zulässig, wenn die Beweisabnahme im Vorverfahren ordnungsgemäss erfolgte, d.h. primär die Teilnahmerechte nach Art. 158 und 159 VE gewährt wurden.

Werden Beweismittel in Anwendung von Abs. 1 und 2 vom Gericht (allenfalls nochmals) abgenommen, so erfolgt diese *Beweisabnahme im Rahmen der Hauptverhandlung*, also vor dem Kollegialgericht. Im Sinne einer Ausnahme können nach der allgemeine Vorschrift von Art. 365 Abs. 3 VE solche Beweisabnahmen auch einer Delegation des Gerichtes übertragen und/oder schon vor der Hauptverhandlung stattfinden oder mittels nationaler oder internationaler Rechtshilfe erfolgen.

Erweist sich die von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei angeordnete Beweisabnahme während der Hauptverhandlung als überflüssig, weil die Beschuldigten nachträglich ein glaubwürdiges Geständnis ablegten oder auf Grund des Verlaufs der Hauptverhandlung ein Beweismittel obsolet wird, kann das *Gericht im Einverständnis mit den Parteien auf die vorgesehene Beweisabnahmen verzichten* (Abs. 3).

#### *Durchführung der Einvernahmen und der weiteren Beweisabnahmen (Art. 378 VE)*

Art. 378 Abs. 1-3 VE regeln die *Befragung der Beschuldigten*<sup>38</sup>, die in der Regel in Form des sogenannten *Präsidialverhörs* durchgeführt wird<sup>39</sup>, d.h. die Verfahrensleitung befragt sie zu ihren persönlichen Verhältnissen, zur Anklage und zum Ergebnis des Vorverfahrens (Abs. 1).

<sup>37</sup> Offen bleibe, ob bei solchen Serielikten die Aussagen der Geschädigten überhaupt Beweismittel darstellen, deren unmittelbare persönliche Kenntnisnahme durch das Gericht wesentlich im Sinne von Abs. 1 ist.

<sup>38</sup> Dazu allgemein Aeschlimann 1997 N 1559 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 5 ff.; Maurer 1999 420 ff.; Oberholzer 1994 446; Piquerez 2000 N 3025; Schmid 1997 N 837.

<sup>39</sup> So auch die Experten in Aus 29 mach 1 S. 144, die das Präsidialverhör aber offenbar für alle Gerichtsverfahren vorsehen wollten.

Daran schliessen sich allfällige Ergänzungsfragen der Parteien und der anderen Mitglieder des Gerichts an (Abs. 2).

Abs. 3 überlässt den Gerichten bei der *Gestaltung der persönlichen Befragung der Beschuldigten gewisse Freiheiten*. So kann das Gericht im Sinne des für die Einvernahmen von Zeugen etc. geltenden Kreuzverhörs die Befragung den Parteien überlassen. Die Befragung der Beschuldigten muss sodann nicht zwingend zu Beginn der Hauptverhandlung durchgeführt werden; es kann sich u.U. empfehlen, zunächst die angerufenen Beweise abzunehmen und das Ergebnis hernach in die persönliche Befragung einfließen zu lassen.

Wesentlich sind Abs. 4 – 7, die für die *Einvernahmen von Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen sowie Sachverständigen* nicht das Präsidial-, sondern mit gewissen Einschränkungen das *Kreuzverhör* vorsehen. Die Beweisperson wird also zunächst von der Partei, die sie zuerst als Beweis angerufen hat, und hernach von der andern Partei (und allenfalls noch von der dritten Partei, z.B. der Privatklägerschaft) einvernommen. Das Kreuzverhör, das gegenwärtig in der Schweiz wenig verbreitet ist<sup>40</sup>, trägt zur Belebung des Beweisverfahrens bei. Vor allem verstärkt es den Charakter des Strafprozesses als Zweiparteienverfahren und bewahrt die Verfahrensleitung vor der Gefahr, durch die Befragung der Zeugen usw. in eine akkusatorische Rolle zu verfallen. Zudem fällt es der Verfahrensleitung leichter, den Beweis- und Wahrheitswert der Aussagen zu erkennen, wenn sie nicht selbst durch die Vornahme der Befragung absorbiert ist<sup>41</sup>.

## **263.25      Parteivorträge und letztes Wort der Beschuldigten (5. Abschnitt, Art. 379-380 VE)**

### *Reihenfolge der Parteivorträge (Art. 379 VE)*

Nach der persönlichen Befragung und allfälligen Beweisabnahmen folgen die Parteivorträge<sup>42</sup>, wobei zunächst die *Staatsanwaltschaft* das Wort erhält, falls sie anwesend ist. Wesentlich ist, dass die Staatsanwaltschaft als Folge des Anklagegrundsatzes (Art. 9 VE) unter Vorbehalt von Art. 383 VE an den Anklagesachverhalt, nicht aber an dessen rechtliche Würdigung gebunden ist (Abs. 2 und 3). Sie kann den *Anklagesachverhalt auch reduzieren*, also z.B. anstatt des angeklagten Mordes eine Verurteilung wegen Totschlags verlangen. Lässt sie *einzelne Anklagesachverhalte fallen*, hat allerdings diesbezüglich ein Freispruch zu ergehen (Art. 372 Abs. 2 Bst. c VE).

Die *Privatklägerschaft* kann sich nach Abs. 4 grundsätzlich nur zu ihrer Zivilklage äussern. Zum Schuldpunkt darf sie nur plädieren, wenn die Staatsanwaltschaft nicht persönlich anwesend ist. Zum Strafpunkt kann sie sich in keinem Falle äussern; dies gilt auch für das Opfer.

Sollen z.B. Gegenstände oder Vermögenswerte eingezogen werden, die bei einem Nichtbeschuldigten beschlagnahmt wurden, ist den von dieser *Massnahme betroffenen Personen Gelegenheit zu geben, ihren Standpunkt vor Gericht persönlich zu vertreten* (Abs. 5).

Die *Verteidigung der Beschuldigten* ist in Abs. 6 und 7 geregelt. Abs. 7 bezieht sich auf die nicht anwaltschaftlich verteidigten Beschuldigten, die im Regelfall kein eigentliches Plädoyer

<sup>40</sup> Offenbar nur noch im Geschworenengerichtsverfahren in Zürich (StPO 233 ff.) und vor den Assisen im Tessin (StPO 243).

<sup>41</sup> So auch ein Votum in den Hearings S. 20, welches auf entsprechende Untersuchungen in Deutschland verwies. Ein positives Bild des Kreuzverhörs zeichnen denn auch Hauser/Schweri 1999 § 82 N 9.

<sup>42</sup> Zu den Parteivorträgen Aeschlimann 1997 N 1588 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 10 ff.; Maurer 1999 429 ff.; Oberholzer 1994 448 f.; Piquerez 2000 N 3029 ff.; Schmid 1997 N 839 f.

halten. In diesem Fall hat die Verfahrensleitung in der persönlichen Befragung festzustellen, welche Argumente die Beschuldigten zu ihrer Verteidigung vorbringen wollen.

Abs. 8 bestimmt, dass eine *Replik und* – nur im Fall, dass üblicherweise die Staatsanwaltschaft oder eventuell die Privatklägerschaft repliziert hat – eine *Duplik* grundsätzlich nur in den Fällen mit qualifizierten Beweisverfahren, also bei Anklagen mit einem Strafantrag von über drei Jahren Freiheitsstrafe (in der Variante: ein Jahr) oder freiheitsentziehenden Massnahmen zulässig sind<sup>43</sup>. In einzelgerichtlichen Fällen werden sie nur zugelassen, wenn dies zur Wahrung der Parteirechte notwendig ist, z.B., wenn in den Vorträgen der Privatklägerschaft und der Verteidigung neue sachverhaltmässige oder rechtliche Behauptungen aufgestellt wurden, auf die zu antworten die Staatsanwaltschaft ein legitimes Interesse hat.

#### *Letztes Wort des Beschuldigten und Schluss der Parteiverhandlungen (Art. 380 VE)*

Bisher war in den schweizerischen Prozessordnungen das Recht der Beschuldigten, ein letztes kurzes Wort an das Gericht zu richten, nicht überall gesetzlich vorgesehen<sup>44</sup>. Art. 380 Abs. 1 VE schafft einen solchen Anspruch; das Gericht hat die Beschuldigten vor Abschluss der Parteiverhandlungen auf diese Möglichkeit aufmerksam zu machen.

Nach diesem letzten Wort sind die *Parteiverhandlungen abgeschlossen*. Nach der entsprechenden Erklärung der Verfahrensleitung (Abs. 2) geht das Gericht sogleich zur Urteilsberatung gemäss Art. 381-384 VE über.

### **263.3 Urteilsfällung (3. Kapitel; Art. 381-384 VE)**

#### *Allgemeines (Art. 381 VE)*

Die Urteilsberatung, die im Interesse der Urteilsqualität *sofort im Anschluss an die Hauptverhandlung* stattfindet, ist geheim, findet also unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. An der Urteilsberatung haben alle Richterinnen und Richter wie auch die Gerichtsschreiberin oder der Gerichtsschreiber (diese mit beratender Stimme) teilzunehmen (Abs. 1 und 2)<sup>45</sup>.

Ist der Fall entscheidungsreif, ergeht ein *Sachurteil*. Dieses Sachurteil enthält einen Schuld- oder Freispruch. Bei einem Schuldspruch sind die entsprechenden strafrechtlichen Sanktionen auszusprechen. In jedem Falle sind auch die weiteren Folgen des Urteils festzulegen (Abs. 3). Stellt das Gericht fest, dass die *Voraussetzungen für ein Sachurteil nicht gegeben sind*, also z.B. wegen Fehlens von Prozessvoraussetzungen oder Eintritts von Verfahrenshindernissen (Rückzug des Strafantrags, Verjährung usw.), stellt das Gericht in Anwendung von Art. 362 Abs. 6 VE i.V. mit Abs. 4 das Verfahren ein.

Stellt das Gericht fest, dass der *Fall noch nicht spruchreif ist*, weil z.B. noch Glieder in der Beweiskette fehlen, ordnet es mit einem Zwischenbeschluss die notwendigen *Beweis-*

<sup>43</sup> Für Zulassung in allen Fällen Aus 29 mach 1 S. 144.

<sup>44</sup> Vorgesehen bereits in BStP 167 Abs. 5; ZH StPO 249 Abs. 2 (nur für das Geschworenengericht); BE StrV 305 Abs. 2 (für den verteidigten Angeklagten); vgl. ferner LU StPO 179 Abs. 4; UR StPO 186 f.; SZ StPO 94 Abs. 3; NW StPO 139 Abs. 3; GL StPO 126; ZG StPO 45 Abs. 4; FR StPO 179 Abs. 2; SO StPO 117; BS StPO 126 Abs. 4; BL StPO 169 Abs. 3; SH StPO 273 Abs. 3; AR StPO 171 Abs. 4; SG StPO 213; GR StPO 119 Abs. 3; AG StPO 160 Abs. 5; TI StPO 252; VD StPO 359; VS StPO 136 Ziff. 5, 137; NE StPO 212 Abs. 4; GE StPO 227 Abs. 2, 296 Abs. 3, 317 Abs. 5. Zur Thematik ferner Aeschlimann 1997 N 1592; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 11; Maurer 1999 430 f.; Oberholzer 1994 449 f.; Piquerez 2000 N 3032; Schmid 1997 N 840.

<sup>45</sup> Näher zur Urteilsberatung Aeschlimann 1997 N 1595 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 12 ff.; Oberholzer 1994 451; Piquerez 2000 N 3055 ff.; Schmid 1997 N 842 ff. Vgl. auch Aus 29 mach 1 S. 145, welche Vorschläge im Vorentwurf im Wesentlichen übernommen werden.



*ergänzungen* an<sup>46</sup>. Dazu wird im Regelfall eine neue Hauptverhandlung anzusetzen sein; denkbar ist auch, dass nach Art. 365 Abs. 3 VE die zusätzlich erforderlichen Beweisabnahmen einem Gerichtsmitglied übertragen werden. Liegen die zusätzlichen Beweise vor, ist aber in jedem Fall eine neue Hauptverhandlung durchzuführen (Abs. 4)<sup>47</sup>.

#### *Vorfragen und Bindung an die Anklage (Art. 382 VE)*

Abs. 1 stellt klar, dass das Strafgericht befugt ist, *Fragen aus anderen Rechtsgebieten*, die für die Anwendung des Strafrechts vorfrageweise von Bedeutung sind, zu entscheiden, beispielsweise bei einem Eigentumsdelikt wie Diebstahl die Eigentumsverhältnisse am fraglichen Gegenstand. Diese Befugnis entspricht der herrschenden Lehre und Praxis<sup>48</sup>.

Aus dem Anklagegrundsatz (Art. 9 VE) folgt, dass das *Gericht nur jene Sachverhalte beurteilen darf, die in der Anklage umschrieben sind*. Soweit dies durch die Anklageschrift gedeckt ist, darf das Gericht indessen die angeklagten *Straftaten rechtlich anders würdigen*, da das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist (Abs. 2)<sup>49</sup>.

Will das Gericht von der rechtlichen Würdigung, wie sie die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift oder anlässlich der Hauptverhandlung vornahm, *abweichen*, so hat es dies den Parteien – spätestens vor den Parteivorträgen, vorzugsweise aber schon bei Eröffnung der Hauptverhandlung – zu eröffnen, damit sich diese in ihren Parteivorträgen darauf einstellen können (Abs. 3). Dieser Hinweis hat unabhängig davon zu erfolgen, ob die andere rechtliche Würdigung eine schärfere Bestrafung zur Folge haben könnte<sup>50</sup> oder ob sie Einfluss auf die übrigen Teile des Urteils, also z.B. die Strafe, den Zivilpunkt usw., hat. Falls erforderlich, ist die Hauptverhandlung zu unterbrechen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, sich eingehend mit den neu vorgebrachten Gesichtspunkten auseinandersetzen zu können.

#### *Änderung und Erweiterung der Anklage (Art. 383 VE)*

Art. 383 VE sieht im Einklang mit verschiedenen geltenden schweizerischen Strafprozessgesetzen<sup>51</sup> vor, dass unter gewissen Voraussetzungen vom strengen Anklage- und Immutabilitätsgrundsatz (Art. 9 Abs. 1 VE) abgewichen und die *Anklage berichtigt oder ergänzt werden kann*.

Abs. 1 regelt zunächst den Fall, in dem das Gericht feststellt, dass der in der Anklage umschriebene Sachverhalt offensichtlich einen Straftatbestand erfüllt, die Anklageschrift indessen mangelhaft ist. Beispielsweise handelten die Beschuldigten in einem Fall, der als Betrug angeklagt ist, offensichtlich arglistig, die Arglist wurde aber in der Anklage nicht umschrieben. Oder das Gericht ist der Ansicht, der als Diebstahl angeklagte Sachverhalt stelle eine Veruntreuung dar. In solchen Fällen wäre es stossend, wenn die Beschuldigten freigesprochen werden müssten. Das Gericht lädt daher die Staatsanwaltschaft zur Änderung

<sup>46</sup> Im Ergebnis auch Aus 29 mach 1 S. 145.

<sup>47</sup> Dazu allgemein Aeschlimann 1997 N 1582 ff.; Oberholzer 1994 448; Piquerez 2000 N 3028; Schmid 1997 N 841.

<sup>48</sup> Zu dieser Kompetenz näher Hauser/Schweri 1999 § 3 N 21 f.; Maurer 1999 415 ff.; Piquerez 2000 N 138 ff.; Schmid 1997 N 591, 843.

<sup>49</sup> Aeschlimann 1997 N 164, 1579, 1599; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 S. 266 ff. zur eingehenden Regelung in VD StPO 353 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 50 N 6 ff., § 82 N 13; Maurer 1999 433; Oberholzer 1994 221; Piquerez 2000 N 743, 2978; Schmid 1997 N 843.

<sup>50</sup> BGE 126 I 23 mit Hinweisen auf die verschiedenen kantonalen Regelungen sowie die EMRK-Praxis.

<sup>51</sup> Siehe z.B. ZH StPO 182 Abs. 3, 247 Abs. 2; UR StPO 184 Abs. 2; SZ StPO 93; GL StPO 122; FR StPO 178; SO StPO 115; BS StPO 117; BL StPO 152; SH StPO 251; AR StPO 164; AI StPO 100; AG StPO 162; VD StPO 353 ff. (dazu Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 353 ff.); VS StPO 135; NE StPO 209. Zu diesen Änderungsmöglichkeiten Hauser/Schweri 1999 § 82 N 13; Piquerez 2000 N 2978; Schmid 1997 N 834.

der Anklage innert Frist ein. Es kann die Staatsanwaltschaft allerdings nicht dazu verpflichten.

Kommen während der Hauptverhandlung *Straftaten zum Vorschein, die nicht Gegenstand der Anklage bilden*, erlaubt Abs. 2 der Staatsanwaltschaft - wie bereits in einzelnen kantonalen Strafprozessgesetzen vorgesehen<sup>52</sup> - während der Hauptverhandlung noch eine Anklage bezüglich dieser neu entdeckten Delikte einzubringen, was ein neues Vor- und Gerichtsverfahren erspart. Zu denken ist vorab an Fälle mit Serielikten, bei denen z.B. die Geschädigten in ihrer Einvernahme noch weitere gleichartige Straftaten der Beschuldigten vorbringen oder diese von sich aus noch weitere Delikte eingestehen.

Änderungen und Erweiterungen der Anklage in Abs. 1 und 2 sind indessen nur zulässig, wenn die *Parteirechte von Beschuldigten und Privatklägerschaft gewahrt bleiben* (Abs. 3)<sup>53</sup>. Um dies zu sicherzustellen, wird oft eine Unterbrechung der Hauptverhandlung erforderlich sein. Bei neu aufgetauchten Delikten muss das Gericht abwägen, ob eine Vereinigung im Sinne von Abs. 2 eher der Prozessökonomie dient oder aber besser ein neues separates Verfahren nach Art. 361 Abs. 3 VE zu eröffnen ist.

#### *Fällung des Urteils (Art. 384 VE)*

Soweit das Urteil von einem Kollegium gefällt wird, genügen für alle Urteilspunkte, also auch einen Schuldspruch, die *einfache Mehrheit* der Richterinnen und Richter, wobei diese, wie im schweizerischen Prozessrecht allgemein<sup>54</sup>, verpflichtet sind, ihre Stimme abzugeben. Der Vorentwurf verzichtet auf die Regelung der Einzelheiten der Beratung und Abstimmung. Es dürfte auf der Hand liegen, dass über alle urteilsrelevanten Punkte getrennt beraten und abgestimmt wird<sup>55</sup>.

Für das Urteil (wie übrigens auch für alle anderen Endentscheide, also etwa die Einstellung nach 362 Abs. 4 VE) gelten im Übrigen die *allgemeinen Vorschriften* von Art. 91 ff. VE über Entscheide.

<sup>52</sup> Vgl. etwa ZH StPO 245; BE StrV 300; FR StPO 178 (näher Piller/Pochon Art. 178.1 ff.); BL StPO 149, 152; SH StPO 251. Empfohlen auch von den Experten in Aus 29 mach 1 S. 144, wobei allerdings (wie in FR StPO 178 Abs. 1) von einer Änderung der Überweisungsverfügung gesprochen wird.

<sup>53</sup> Im Ergebnis auch Aus 29 mach 1 S. 144.

<sup>54</sup> Siehe etwa ZH GVG 138 Abs. 1; BE StrV 67 Abs. 1; LU StPO 181 Abs. 2; UR GOG 4; S GOG 93; OW StPO 125 Abs. 3; GL StPO 134 Abs. 1; FR StPO 180 Abs. 3; SO StPO 118 Abs. 1; BS StPO 127 Abs. 1; AR StPO 172 Abs. 2; AG StPO 161 Abs. 2; TG StPO 161 Abs. 2; TI StPO 257; VS StPO 139; GE GOG 102; JU StPO 251; Aeschlimann 1997 N 674; Hauser/Schweri 1999 § 82 N 18; Oberholzer 1994 451; Piquerez 2000 N 3066; Schmid 1997 N 842.

<sup>55</sup> Hierzu etwa Hauser/Schweri 1999 § 82 N 18 ff.

## 264 Besondere Verfahrensarten (Neunter Titel)

Es entspricht der Tradition des schweizerischen Strafverfahrensrechts, neben dem üblichen Ablauf des Verfahrens, der über das Vorverfahren der Staatsanwaltschaft zum erstinstanzlichen Gerichtsverfahren führt, noch besondere Prozessarten vorzusehen. Diese berücksichtigen entweder Besonderheiten hinsichtlich des Straftäters (z.B. die Abwesenheit der Beschuldigten beim Abwesenheitsverfahren), der Straftaten (etwa der Bagatell- oder Übertretungscharakter beim Strafbefehls- oder Übertretungsstrafverfahren) oder der Sanktionen (beim selbstständigen Massnahmenverfahren). Diese besonderen Verfahrensarten gehören fraglos in die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung<sup>1</sup>. Allerdings ist diskutabel, welche dieser besonderen Verfahrensarten in diesem Gesetz Aufnahme finden sollen. Wie einleitend dargelegt wurde, werden die Regelungen für das Jugendstrafverfahren zunächst in einem separaten Gesetzesentwurf präsentiert, wobei nach dem Vernehmlassungsverfahren entschieden wird, ob diese Materie in einem gesonderten Bundesgesetz oder aber im Rahmen eines weiteren Kapitels dieses Neunten Titels geregelt werden soll. Ganz verzichtet werden soll auf das Privatstrafklageverfahren<sup>2</sup>.

Diese besonderen *Verfahrensarten sind als Ausnahmen nur in den gesetzlich dafür vorgesehenen Fällen anwendbar*. Soweit in diesem Neunten Titel keine besonderen Regeln vorgesehen sind, sind die allgemeinen Vorschriften auf diese besonderen Verfahren anwendbar.

### 264.1 Abgekürztes Verfahren (1. Kapitel; Art. 385-389 VE)

#### *Vorbemerkungen*

Ein Strafurteil kann nach den allgemeinen Vorschriften nur ergehen, wenn nach einem umfassenden Vorverfahren – vor allem den entsprechenden Beweisabnahmen – die Staatsanwaltschaft eine Anklage erhebt und diese hernach vom Gericht im Hauptverfahren geprüft wird. Ein Vergleich sowie ein Anerkennen der Anklage nach zivilprozessualen Mustern waren bisher in der Schweiz nicht bekannt. In anderen Rechtsordnungen wurden hingegen zur Entlastung der Hauptverhandlung Instrumente entwickelt, die es den Parteien (primär Staatsanwaltschaft und Beschuldigten) erlauben, hinsichtlich des Schuldspruchs und der Sanktionen unter Vermeidung von in die Details gehenden Vorverfahren und Gerichtsverhandlungen eine Einigung zu erzielen und diese dem Gericht zu unterbreiten. Sehr bekannt ist diese Vorgehensweise etwa in den U.S.A., wo nach Schätzungen in rund 95 % der Fälle nach einem sogenannten *plea bargaining* eine solche Einigung erzielt wird. Diese Fälle werden vereinfacht gesprochen ohne Beweisverfahren von der Anklageerhebung direkt ins Urteilsstadium des Gerichts gebracht<sup>3</sup>.

Bis in die jüngste Vergangenheit hinein verhielten sich die schweizerischen Strafprozessgesetzgeber wie auch die Stimmen in der Literatur diesem *plea bargaining* oder ähnlichen Instituten gegenüber eher ablehnend<sup>4</sup>. Die Experten sprachen sich ebenfalls gegen ein solches Institut aus, wobei auf die rechtsstaatliche Problematik aber auch darauf verwiesen wurde, dass andere Möglichkeiten wie das Opportunitätsprinzip oder der Strafbefehl ähnliche

<sup>1</sup> So auch die Experten in Aus 29 mach 1 S. 150.

<sup>2</sup> Siehe Ziff. 124, Ziff. 161.

<sup>3</sup> Näher Schmid 1993 59 ff.; Piquerez 2000 N 261 ff.; vgl. auch m.w.H. Aus 29 machen 1 S. 50 ff.

<sup>4</sup> Vgl. etwa Donatsch 1992 159 ff.; Kuhn 1998 73 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 49 N 2, § 50 N 9; Oberholzer 1992 7 ff., ders. 1993 157 ff.; Piquerez 2000 N 264; Schlauri 1999 482 ff. Für weitere Argumente und Hinweise in Aus 29 mach 1 S. 51.

verfahrensentlastende Wirkungen zeitigen dürften<sup>5</sup>. In den Hearings wurde teils die Meinung der Experten geteilt<sup>6</sup>, teils wurde eine offenere Haltung postuliert<sup>7</sup>.

Es fällt auf, dass zwischenzeitlich zwei Kantone, nämlich zuerst der Kanton Tessin und auf dessen Modell aufbauend der Kanton Basel-Land unter dem Titel „*Abgekürztes Verfahren*“ eine Verfahrensart schufen, die eine Annäherung an das *plea bargaining*<sup>8</sup> verwirklicht<sup>9</sup>. Das „abgekürzte Verfahren“ erlaubt es den Parteien, bei einer Einigung über Schuldpunkt, Strafe und zivilrechtliche Folgen unter Auslassung gewisser Stadien vor allem des Vorverfahrens den Fall direkt zur Aburteilung vor das erkennende Gericht zu bringen<sup>10</sup>. Auch wenn nach vorliegenden Auskünften diese Verfahrensart in den beiden erwähnten Kantonen – vor allem im Tessin mit einer nun immerhin schon anderthalbjährigen Erfahrung - nicht nur positiv beurteilt wird<sup>11</sup>, leuchtet dieses Modell unter verschiedenen Gesichtspunkt als Möglichkeit ein, Verfahren beschleunigt abzuschliessen. Dementsprechend wird dieses abgekürzte Verfahren im Rahmen des Vorentwurfs zur Diskussion gestellt.

Eine gesetzliche Lösung trägt nicht zuletzt dazu bei, den *bisherigen Graubereich der sogenannten informellen Absprachen* mindestens zum wesentlichen Teil zu beseitigen. Es ist kein Geheimnis, dass schon bisher in einem nicht genau bekannten, möglicherweise aber unterschätzten Umfang Absprachen zwischen Beschuldigten und Staatsanwaltschaft vorkamen<sup>12</sup>. Angesichts der zunehmenden Überlastung der Strafverfolgungsorgane ist zu prognostizieren, dass die Neigung zu solchen Absprachen künftig steigen wird. Es ist deshalb ehrlicher, dafür gesetzliche Gefässe zu schaffen, anstatt ein solches Vorgehen zwar gesetzlich nicht vorzusehen, es aber in der Rechtswirklichkeit zu tolerieren. Da dieses Verfahren von einem einverständlichen Zusammenwirken der Parteien abhängt (Art. 386 Abs. 2 und 387 Abs. 3 VE) und die Durchführung der Kontrolle durch das Gericht unterliegt (Art. 389 Abs. 1 Bst. a VE)<sup>13</sup>, dürfte Gewähr dafür geboten sein, dass Missbräuche minimalisiert werden.

## 264.11 Zulässigkeit; Einleitung (1. Abschnitt, Art. 385-387 VE)

### Grundsatz (Art. 385 VE)

Die Beschuldigten können bei der *Staatsanwaltschaft die Durchführung des abgekürzten Verfahrens beantragen*, wenn im Wesentlichen ein Geständnis vorliegt und die Zivilansprüche grundsätzlich anerkannt sind. Es ist davon auszugehen, dass diese Anträge zumeist im Anfangsstadium der Untersuchung gestellt werden, also in einem Zeitpunkt, in dem die Konturen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Beschuldigten nach dem polizeilichen

<sup>5</sup> Aus 29 mach 1 S. 52.

<sup>6</sup> Siehe Hearings S. 32, 36, 37, 40, 50, 136, 151.

<sup>7</sup> Vgl. Hearings S. 8, 21, 43, 45, 63, 159. So auch Müller 1998 285 f.

<sup>8</sup> Dazu näher Schlauri 1999 483 ff., vor allem kritisch zur Frage, ob es sich bei diesen abgekürzten Verfahren um eine Spielart des *plea bargaining* handle sowie mit Hinweisen auf die Materialien der beiden Kantone; insbesondere im Kanton Tessin wollte man demnach keine Form des *plea bargaining* oder europäischer Unterformen wie des italienischen *patteggiamento* schaffen.

<sup>9</sup> Siehe TI StPO 316a-316g; BL StPO 137-140, abgedruckt bei Schlauri 1999 492 ff.

<sup>10</sup> Zu den gesetzgeberischen Motiven vgl. die Materialien, abgedruckt für TI in Salvioni 1999 489 ff.; für BL Vorlage 1998-143 vom 18. August 1998 in [http://www.baselland.ch/docs/parllk/vorlagen/1998/v143/1998-143\\_3.htm](http://www.baselland.ch/docs/parllk/vorlagen/1998/v143/1998-143_3.htm).

<sup>11</sup> So die Auskünfte, die von Mitgliedern des zuständigen Strafgerichts sowie der Staatsanwaltschaft eingingen. Immerhin ist festzustellen, dass im Jahre 1999 21 und im Jahre 2000 bis Mai 3 solche Fälle (in der Mehrheit BetmG-Delikte) unter dem Titel „*procedura accelerata*“ abgeschlossen wurden.

<sup>12</sup> Dazu m.w.H. Donatsch 1992 159 ff.; Oberholzer 1992 9; ders. 1993 157 ff. mit Hinweisen auf deutsche Quellen, die von Absprachen in 20-40 % der Fälle sprechen. Vgl. auch Hinweise in den Hearings S. 43, 45.

<sup>13</sup> In der richterlichen Kontrolle sehen offenbar die Tessiner Materialien (zitiert von Salvioni 1999 490 oben) eine wesentliche Garantie für die Ordnungsmässigkeit dieses Verfahrens.

Ermittlungsverfahren und den ersten Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft bereits relativ klar zu Tage treten. Ausgangspunkt dieses Verfahrens werden naturgemäss recht häufig informelle Verhandlungen zwischen den Parteien sein, die in diesen Bestimmungen selbst nicht zu regeln sind. So ist anzunehmen, dass ein Gesuch nach Art. 385 VE erst gestellt wird, wenn sich die Parteien hinsichtlich der wichtigsten Anklagepunkte, vor allem des Anklagesachverhalts, der Strafe und der Regelung der Zivilklagen geeinigt haben.

#### *Eröffnung (Art. 386 VE)*

Die Eröffnung des abgekürzten Verfahrens ist *von der Einwilligung der Staatsanwaltschaft abhängig*. Ein entsprechender ablehnender Entscheid wird nicht begründet und kann nicht angefochten werden (Abs. 1).

Entschliesst sich die Staatsanwaltschaft zur Durchführung dieses Verfahrens, wird dies den Parteien eröffnet. Die *Privatklägerschaft* wird eingeladen, ihre Ansprüche anzumelden, damit die Basis für die Regelung der Zivilansprüche und Verfahrensentzündungen nach Art. 387 Abs. 1 Bst. e und f VE gegeben ist. Meldet die Privatklägerschaft ihre Ansprüche nicht innert Frist an, kann sie diese nicht mehr in diesem abgekürzten Verfahren, sondern nur auf dem Zivilweg geltend machen.

#### *Anklageschrift (Art. 387 VE)*

Die Anklageschrift enthält den den Beschuldigten vorgeworfenen deliktischen Sachverhalt nach Art. 359 VE und einen – üblicherweise von den Parteien gemeinsam erarbeiteten - Urteilsvorschlag. Art. 387 Abs. 1 Bst. a – f VE listet die nötigen Anklagebestandteile auf. Wesentlich ist, dass diese besondere, gegenüber Art. 358 VE erweiterte Anklage das vorgesehene Strafmass enthält (Bst. a). Als *höchste Strafe sind fünf Jahre Freiheitsstrafe* vorgesehen<sup>14</sup>; damit wird deutlich, dass diese Verfahrensart durchaus auch für mittelschwere Straffälle in Betracht fällt und weit über den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens hinausgeht.

Wichtig ist sodann der Hinweis nach Abs. 2, der im Zusammenhang mit Abs. 3 steht: Die Parteien werden darauf aufmerksam gemacht, dass eine *Zustimmung zu diesem Vorgehen unwiderruflich ist und dass sie damit (unter Vorbehalt von Art. 389 Abs. 7 VE) auf Rechtsmittel verzichten*.

Die erweiterte *Anklageschrift* wird den Parteien, *allenfalls auch der Staatsanwaltschaft des Bundes*<sup>15</sup>, zugestellt. Es wird ihnen gleichzeitig eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um die erweiterte Anklageschrift anzunehmen oder abzulehnen (Abs. 3). Die Parteien müssen die Zustimmung oder Ablehnung nicht begründen.

Stimmen die Parteien zu, gehen *Anklageschrift und Akten an das zuständige Gericht*. Erfolgt eine Ablehnung (oder ist von einer Partei keine Erklärung erhältlich), führt die Staatsanwaltschaft ein ordentliches Vorverfahren durch und schliesst den Fall mit Anklage, Strafbefehl oder Einstellungsverfügung ab (Abs. 4). Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass z.B. Beschuldigte, nachdem sie in einer ersten Phase eine solche erweiterte Anklageschrift verwarfen, später (d.h. nach der Erhebung weiterer Beweise etc.) erneut ein Gesuch um ein abgekürztes Verfahren stellen.

<sup>14</sup> Maximum in TI StPO 316d Abs. 1 Bst.a drei Jahre Freiheitsstrafe, in BL StPO 139 Abs. 2 Bst.d keine Obergrenze.

<sup>15</sup> Wenn der Staatsanwaltschaft des Bundes nach Art. 33 Abs. 4 bzw. 452 Abs. 3 VE Verfahrensrechte (Recht, über Verfahrensausgang orientiert zu werden; Rechtsmittelmöglichkeiten) zustehen.

## 264.12 Gerichtliches Verfahren (2. Abschnitt, Art. 388-389 VE)

### *Hauptverhandlung (Art. 388 VE)*

Haben die Parteien der erweiterten Anklageschrift zugestimmt, führt das Gericht ein *Hauptverfahren* im Sinne von Art. 361 ff. VE mit einer allerdings eher *summarisch ausgestalteten, aber grundsätzlich öffentlichen Hauptverhandlung* durch. Damit soll vorab in komplizierteren Fällen das Gericht in die Lage versetzt werden, gleichsam unter den Augen der Öffentlichkeit die Zulässigkeit dieses besonderen Verfahrens zu überprüfen (Abs. 1)<sup>16</sup>.

In Abs. 2 ist allerdings vorgesehen, in einfachen Fällen auf eine *mündliche, öffentliche Hauptverhandlung* zu verzichten. Da dies nur im Einverständnis mit den Parteien geschehen kann, ist dieses Vorgehen mit Blick auf die BV und EMRK unbedenklich. Bei Anwendung von Abs. 2 wird eine gewisse Annäherung dieses Verfahrens an das Strafbefehlsverfahren deutlich, das ebenfalls nicht vor den Augen der Öffentlichkeit abgewickelt wird.

An der Hauptverhandlung werden die anwesenden Beschuldigten soweit erforderlich befragt; *Beweisabnahmen finden jedoch nicht statt* (Abs. 3-5).

### *Urteil (Art. 389 VE)*

Der Charakter des abgekürzten Verfahrens beschränkt die Prüfungsbefugnisse des Gerichts, da die Anklageschrift nach Art. 387 VE regelmässig nur auf summarisch geführten Ermittlungen und Untersuchungen basiert.

Das Gericht prüft deshalb

- ob die Verfahren nach Massgabe von Art. 385-387 VE von der *Staatsanwaltschaft korrekt eingeleitet und durchgeführt wurden und ob den Parteien dabei die ihnen zustehenden Rechte gewährt wurden* (Abs. 1 Bst. a)<sup>17</sup>.
- ob die *Anklage formell und materiell mit den (wie angeführt regelmässig eher nur rudimentären) Akten übereinstimmt*. Wie erwähnt, wird das Verfahren regelmässig auf den polizeilichen Ermittlungsakten sowie gewissen ersten Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft beruhen. Das Gericht hat zu prüfen, ob sich für die in der Anklageschrift aufgelisteten Straftaten in den Akten eine genügende Basis findet. Da hier von der erweiterten Anklage nach Art. 387 VE ausgegangen wird, sind auch die übrigen Bestandteile zu prüfen, also beispielsweise, ob die Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche den zwischen Beschuldigten und der Privatklägerschaft getroffenen Abmachungen entspricht (Abs. 1 Bst. b).
- ob die *beantragten Sanktionen* dem Verschulden angemessen sind (Abs. 1 Bst. c).

*Übernimmt das Gericht die Anklage*, bildet diese Grundlage des Urteils. Dieses wird sofort eröffnet. Das Urteil ist mit Blick auf Art. 92 Abs. 3 VE nur summarisch zu begründen, wobei sich diese Begründung im Regelfall darauf beschränken wird, darzulegen, dass die Voraussetzungen des Verfahrens erfüllt sind. Angesichts dieser Sonderregel ist Art. 93 VE (Verzicht auf Begründung) nicht anwendbar. Das Urteil wird den Parteien nach den allgemeinen Vorschriften, also nach Art. 96 ff. VE, zugestellt (näher Abs. 2 und 3).

Wenn das Gericht die Voraussetzungen für ein *Urteil in diesem abgekürzten Verfahren nicht als erfüllt betrachtet*, lehnt es mit einem Beschluss die *Genehmigung ab* (Abs. 4). Die Gründe für eine solche Ablehnung können eher im Formellen (z.B. Mangelhaftigkeit einer Erklärung nach Art. 387 Abs. 3 VE), aber auch im Materiellen (z.B. für das Gericht ungenügender Konnex zwischen den Straftaten, die in den vorhandenen Ermittlungs- oder Untersuchungs-

<sup>16</sup> Salvioni 1999 491 oben.

<sup>17</sup> Ähnlich TI StPO 316g; BL StPO 142 Abs. 1.

akten und jenen, die in der Anklage erscheinen) liegen. Das Gericht muss auch eine Ablehnung nach Abs. 4 beschliessen, wenn es die Strafe nach Art. 387 Abs. 1 Bst. a VE für unangemessen hält. Allerdings spricht nichts dagegen, von den beantragten Sanktionen abzuweichen, wenn sich die Parteien vor den Schranken damit einverstanden erklären. Es ist in Anlehnung an Art. 382 Abs. 3 sowie Art. 383 VE im Einverständnis der Parteien auch möglich, die Anklage sowie die rechtliche Würdigung der angeklagten Sachverhalte zu ändern<sup>18</sup>.

Lehnt das Gericht ein Urteil im abgekürzten Verfahren ab, gehen die Akten an die Staatsanwaltschaft zurück, die ein *ordentliches Vorverfahren* nach Art. 326 ff. VE mit einem anschliessenden *Zwischenverfahren* nach Art. 350 ff. VE durchzuführen hat. Dieser Zwischenentscheid, der nicht zu begründen ist, kann nicht mit einem Rechtsmittel angefochten werden; wie zu Abs. 7 darzulegen ist, handelt es sich bei den in diesem abgekürzten Verfahren zu treffenden Entscheiden um solche, die sich einer Überprüfung durch eine höhere Instanz weitgehend entziehen (Abs. 4 und 5).

Die *Zugeständnisse der Parteien*, die im Zusammenhang mit diesem abgekürzten Verfahren abgegeben wurden (geständnisartige Erklärungen der Beschuldigten; von der Staatsanwaltschaft abgegebene Erklärungen hinsichtlich der anzuklagenden Delikte bzw. Verzicht auf Verfolgung gewisser Straftaten sowie bezüglich der Sanktionen; Vergleiche mit der Privatklägerschaft im Zivilpunkt, falls im Konnex mit abgekürztem Verfahren eingegangen) werden mit der Nichtgenehmigung des gemeinsamen Erledigungsvorschlages durch das Gericht gegenstandslos und binden die Parteien in den weiteren Verfahrensstufen nicht mehr (Abs. 6).

Als problematisch könnte die weitgehend *fehlende Rechtsmittelmöglichkeit* nach Abs. 7 empfunden werden<sup>19</sup>. Dass die Rechtsmittelmöglichkeiten sehr beschränkt sind, hängt indessen untrennbar mit dem summarischen Charakter dieses Verfahrens zusammen. Da die Parteien der Anklage nach Art. 387 VE im Wissen um die Folgen, insbesondere den Schuldspruch und die Sanktionen, zustimmen, ist dieser Verzicht rechtsstaatlich akzeptabel. Immerhin erscheint es unabdingbar, in sehr beschränktem Masse ein Rechtsmittel gegen solche Urteile zuzulassen. Mit der *Berufung*<sup>20</sup> können aber nur zwei Mängel geltend gemacht werden: Es kann entweder gerügt werden, dass die Partei der Anklageschrift nicht zugestimmt hätte, m.a.W., dass Staatsanwaltschaft und Gericht zu Unrecht ihre Zustimmung nach Art. 387 Abs. 4 VE bejaht hätten. Sodann muss die Rüge zugelassen werden, dass das gerichtliche Urteil nicht mit der Anklageschrift übereinstimme, der die Partei zugestimmt hatte. Beschuldigte könnten hingegen z.B. nicht geltend machen, sie hätten zwar der Erledigung im abgekürzten Verfahren zugestimmt, doch seien sie in Wirklichkeit nicht geständig, oder der Tatbestand sei nicht bewiesen oder sonstwie nicht erfüllt. Ausgeschlossen ist eine spätere *Revision*; Beschuldigte könnten also nicht nachträglich ein Beweismittel vorbringen, das sie angeblich entlastet.

<sup>18</sup> Dies wird auch im Tessin so gehalten; im Jahre 1999 war dies bei vier Anklagen der Fall (bezeichnet als *sentenze con trasformazione in procedura ordinaria*).

<sup>19</sup> So auch TI StPO 316g Abs. 5; BL StPO 142 Abs. 5.

<sup>20</sup> Die Berufung steht (trotz eingeschränkter Rügemöglichkeiten) im Vordergrund, weil sich das Rechtsmittel gegen ein Sachurteil richtet.

## 264.2 Nachträgliche selbstständige richterliche Entscheide (2. Kapitel; Art. 390-393 VE)

### 264.21 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 390-391 VE)

#### *Zuständigkeit im Allgemeinen (Art. 390 VE)*

Das Strafrecht sieht vor allem im Zusammenhang mit dem Strafvollzug vor, dass der Richter nachträglich das Urteil ergänzen muss oder dieses abändern kann (vgl. etwa Art. 41 Ziff. 3, 43 Ziff. 3, 44 Ziff. 3, 49 Ziff. 3 StGB/nArt. 36, 39, 46, 59 Abs. 4, 60 Abs. 3, 62 Abs. 4, 62a, 62c Abs. 3 und 4, 89, 95 Abs. 3-5 StGB)<sup>21</sup>. Diese sogenannten nachträglichen richterlichen Entscheide (gelegentlich auch *nachträgliche Entscheidungen und Widerrufsverfahren genannt*)<sup>22</sup> können oft nicht im Rahmen eines Urteils ergehen, da – mit Ausnahme des nachstehend erwähnten Sonderfalls des Widerrufs ausgesetzter oder bedingter Sanktionen sowie der Entlassungen nach neuen Straftaten – kein neues Sachurteil ansteht. Dies bedeutet, dass solche Entscheide in einem gesonderten Verfahren ergehen müssen. Dieser nachträgliche Entscheid wird vom Richter gefällt, der das ursprüngliche Urteil aussprach (vgl. Art. 390 Abs. 1 VE)<sup>23</sup>.

Können nachträgliche Entscheide *im Rahmen eines neuen Strafverfahrens gefällt werden*, sind diese Vorschriften nicht anwendbar. Die Staatsanwaltschaft muss vielmehr zusammen mit der Anklage die entsprechenden Anträge stellen (Art. 359 Abs. 1 Bst. g VE), über die anschliessend im Hauptverfahren und im Rahmen der Urteilsfällung (vgl. Art. 92 Abs. 4 Bst. c VE) entschieden wird.

Abs. 2 stellt klar, dass in diesem Kapitel allein die nachträglichen *richterlichen* Entscheide geregelt sind. Spricht das StGB von „zuständiger Behörde“ (vgl. etwa Art. 42 Ziff. 4 Abs. 2, 43 Ziff. 4, 44 Ziff. 4, 49 Ziff. 1 Abs. 2 StGB/nArt. 62d, 63 Abs. 3, 63a Abs. 1 StGB) und stehen damit die entsprechenden Entscheide, also vor allem Strafvollzugsentscheide, einer *administrativen Vollzugsbehörde* zu, ist das Strafvollzugsrecht des Bundes (vgl. nArt. 375-383 StGB) oder des betreffenden Kantons anwendbar (Art. 509 VE).

#### *Besondere Zuständigkeit (Art. 391 VE)*

Werden diese nachträglichen Entscheide im Nachgang zu einem Strafbefehl oder einer Bussenverfügung erlassen, sind nach Art. 391 VE die *Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörden* dafür zuständig. Dies gilt etwa für den Widerruf eines bedingten Strafvollzugs sowie den Entscheid bezüglich Umwandlung von Bussen nach Art. 49 StGB/nArt. 106 Abs. 2 StGB. In diesen Fällen ergeht der nachträgliche Entscheid wiederum in Form eines Strafbefehls bzw. einer Bussenverfügung<sup>24</sup>. Gegen diese Widerrufsverfügungen ist wie bei den ursprünglichen Strafbefehlen oder Bussenverfügungen die Einsprache möglich (Art. 415 bzw. 423 VE).

Zu den nachträglichen Entscheiden gehören nach gegenwärtigem Recht auch gewisse *Löschungen von Strafregistereinträgen*. Soweit solche Löschungen bisher von Gerichten angeordnet werden mussten, bedeutete dies einen nicht unbeträchtlichen Aufwand. Allerdings

<sup>21</sup> Noch zum geltenden Strafrecht Piller/Pochon 1998 Art. 195.1.

<sup>22</sup> Zum gegenwärtigen kantonalen Recht vgl. BE StrV 316 ff.; LU StPO 189 f.; UR StPO 201 ff.; OW StPO 198 ff.; NW StPO 176 f.; FR StPO 195; BS StPO 200 ff.; SH StPO 382 ff.; AR StPO 195 ff.; AI StPO 122 ff.; SG StPO 274 ff.; GR StPO 190 ff.; AG StPO 200 ff.; TG StPO 170; VD StPO 482 ff.; VS StPO 214; Ne StPO 282; GE StPO 376 ff. Allgemein Aeschlimann 1997 N 1624 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 45 N 16; Maurer 1999 441 f.; Oberholzer 1994 603 ff.; Poncet 1978 Kommentierung zu Art. 376 ff.; Schmid 1997 N 581.

<sup>23</sup> Siehe dazu Aus 29 mach 1 S. 155.

<sup>24</sup> So auch Aus 29 mach 1 S. 155 und z.B. FR StPO 195 Abs. 4, dazu Piller/Pochon 1998 Art. 195.12 ff..



soll nun nach nArt. 372 StGB die Entfernung der Strafregistereinträgen in Zukunft nach festen Fristen automatisch erfolgen, sodass für vorzeitige, richterlich zu gewährende Löschungen kein Platz mehr bleibt.

## **264.22 Verfahren (2. Abschnitt, Art. 392-393 VE)**

*Einleitung und Durchführung (Art. 392 VE); Entscheid (Art. 393)*

Art. 392 VE regelt das *Verfahren* näher, wobei diese Vorschriften im Wesentlichen den bereits heute geltenden Regeln in den Gesetzen oder der Praxis entsprechen. Das Verfahren wird im Regelfall von den Behörden von Amtes wegen eingeleitet<sup>25</sup> und ist üblicherweise schriftlich, wobei eine mündliche Verhandlung angeordnet werden kann. *Wird der nachträgliche Entscheid zusammen mit einem neuen Sachurteil gefällt, wird darüber im gleichen Verfahren*, also in einer mündlichen, publikumsöffentlichen Hauptverhandlung beraten und entschieden und der Entscheid üblicherweise zusammen mit dem Urteil mündlich eröffnet.

Entsprechend sind auch die *Rechtsmittelmöglichkeiten*: Gegen einen selbstständig gefällten nachträglichen Entscheid, der als Verfügung oder Beschluss ergeht, ist eine Beschwerde zulässig<sup>26</sup>. Wird der nachträgliche Entscheid zusammen mit einem neuen Sachentscheid gefällt und wird der Letztere angefochten, gelten ohne andere Erklärung der anfechtenden Partei die mit dem Sachentscheid gefällten Verfügungen und Beschlüsse als mitangefochten (Art. 467 Abs. 2 VE)<sup>27</sup>.

## **264.3 Verfahren bei Abwesenheit der Beschuldigten (3. Kapitel; Art. 394-400 VE)**

### **264.31 Voraussetzungen (1. Abschnitt, Art. 394 VE)**

*Voraussetzungen (Art. 394 VE)*

Art. 394 VE regelt die Voraussetzungen des Abwesenheitsverfahrens (auch *Kontumazialverfahren* genannt). Die Bestimmung geht von der heute in den neueren Strafprozessgesetzen<sup>28</sup> anzutreffenden Modellen aus. Sie berücksichtigt indessen die namentlich von der strafprozessualen Literatur<sup>29</sup> vor allem mit Blick auf die EMRK geforderten Einschränkungen dieser Verfahrensart.

Zunächst entfällt nach Abs. 1 ein Abwesenheitsverfahren, wenn die *Beschuldigten im Vorverfahren nicht ausreichend einvernommen werden konnten*, etwa, weil sie schon bei dessen Eröffnung verschwunden waren. In diesen Fällen ist das Vorverfahren nach der

<sup>25</sup> Eher selten durch Antrag privater Verfahrensbeteiligter, so etwa bei der Verwendung eingezogener Gegenstände oder Vermögenswerte zugunsten Geschädigter bei einem nachträglichen Zuweisungsverfahren nach Art. 60 StGB/nArt. 73 StGB, dazu Schmid in Schmid (Hrsg.) 1998 Art. 60 N 70 ff. Anders Poncet 1978 Kommentierung zu Art. 376 S. 448 unten.

<sup>26</sup> So Rekurs nach verschiedenen Prozessgesetzen, so ZH StPO 402 Ziff. 6; LU StPO 190; UR StPO 210 Abs. 1 Ziff. 21; OW StPO 134 Bst. d; SH StPO 329; AR StPO 204 Ziff. 4; VD 483 Abs. 3.

<sup>27</sup> Näher Erläuterungen zu Art. 467 VE sowie Aeschlimann 1997 N 1747 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 100 N 11 f.; Oberholzer 1994 530; Schmid 1997 N 1022. Vgl. auch JU StPO 324 Abs. 2.

<sup>28</sup> Vgl. etwa BE StrV 286; UR StPO 197; OW StPO 131; FR StPO 174; BS StPO 158 f.; BL StPO 193 ff.; TG StPO 167; vgl. auch z.B. TI StPO 277. Einlässlich ältere Ordnungen wie jene in VD StPO 394 ff., dazu näher Kommentar von Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 S. 315 ff.

<sup>29</sup> Aeschlimann 1997 N 1528 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 176 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 91 N 1 ff.; Maurer 1999 412 f.; Oberholzer 1994 463 ff.; Padrutt 1996 Art. 123 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 3206 ff.; Schmid 1997 N 857 ff; ders. 1996 285 ff.

Sicherung der wesentlichsten Beweise und Anordnung der erforderlichen Fahndungsmassnahmen (Art. 222 VE) in Anwendung von Art. 345 VE zu *sistieren*<sup>30</sup>.

Ein Abwesenheitsverfahren kommt somit *nur in Frage, wenn die Beschuldigten nach einem ordnungsgemäss abgeschlossenen Vorverfahren und nach erfolgter Anklageerhebung nicht zur Hauptverhandlung erscheinen*. Erscheinen nur die Beschuldigten, bleibt aber die Verteidigung aus, ist die Verhandlung ohne Rechtsnachteile für die Beschuldigten neu anzusetzen. Angesichts der Bedeutung der Anwesenheit der Beschuldigten in der Verhandlung soll nicht sofort ein Abwesenheitsurteil ergehen, sondern, wie Abs. 2 und 3 dies vorsehen, *weitere Vorladungs- oder Vorführungsversuche unternommen werden*. Aus Sicht der EMRK muss das Gericht alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen, um der Beschuldigten habhaft zu werden<sup>31</sup>. Erst nach diesen Vorladungs- und Vorführungsversuchen kann ein Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden. Das Gericht kann den Fall aber auch bis zur Ergreifung der Beschuldigten sistieren. Damit bleibt dem Gericht ein *gewisses Ermessen*, ob es das Abwesenheitsverfahren durchführen will. Es wird zu diesem greifen, wenn ein öffentliches Interesse (Gefahr der Verjährung; Fall, der in der Öffentlichkeit Aufsehen erregte) an einem sofortigen Abschluss des Straffalles vorhanden ist.

Abs. 4 regelt den Sonderfall, dass sich *Beschuldigte absichtlich in den Zustand der Verhandlungsunfähigkeit versetzen oder sich weigern, aus der Haft zur Hauptverhandlung vorgeführt zu werden*. In diesen Fällen kann sofort zum Abwesenheitsverfahren geschritten werden<sup>32</sup>. Entfernen sich Beschuldigte unerlaubterweise nach der Eröffnung der Hauptverhandlung, wird die Hauptverhandlung hingegen abgeschlossen, wie wenn die Beschuldigten anwesend wären; es ergeht kein Abwesenheitsurteil (Art. 372 Abs. 2 Bst. d).

Immer ist erforderlich, dass den Beschuldigten im bisherigen Verfahren in ausreichendem Masse das *rechtliche Gehör* gewährt wurde und dass die Beweislage ein Urteil ermöglicht, die *Akten also auch ohne Anwesenheit der Beschuldigten spruchreif sind* (Abs. 5). Ist dies nicht der Fall, muss das Verfahren nach Art. 345 VE sistiert werden<sup>33</sup>.

## **264.32 Durchführung des Abwesenheitsverfahrens (2. Abschnitt, Art. 395-396 VE)**

*Allgemeines (Art. 395 VE)*

Wesentlich ist, dass abgesehen von der Abwesenheit der Beschuldigten eine den *üblichen Vorschriften entsprechende Hauptverhandlung* durchgeführt wird (Abs. 1). Irgendeine Schlechterstellung der abwesenden Beschuldigten würde nicht mehr den heutigen Vorstellungen entsprechen<sup>34</sup>. Dementsprechend können die Parteivertreter, namentlich die Verteidigung, ihres Amtes walten (Abs. 2). Im Falle der *notwendigen Verteidigung* (Art. 136 VE) setzt ein Abwesenheitsverfahren sogar voraus, dass die Beschuldigten ausreichend verteidigt sind; bei Ausbleiben der notwendigen Verteidigung ist die Verhandlung zu vertagen<sup>35</sup>. Mit dieser Regelung der Anwesenheits- und Verteidigungsrecht löst sich der

<sup>30</sup> So auch Aus 29 mach 1 S. 151. Anders VStrR 103 Abs. 1.

<sup>31</sup> M.w.H. BGE 126 I 36; Haefliger/Schürmann 1999 184; Villiger 1999 N 474; Schmid 1996 287.

<sup>32</sup> Zum Fall der selbst herbeigeführten Verhandlungsunfähigkeit ausdrücklich LU StPO 265 Abs. 1 Ziff. 3; AR StPO 176; AI StPO 104 Abs. 2; m.w.H. Schmid 1996 292.

<sup>33</sup> Siehe Aus 29 mach 1 S. 152.

<sup>34</sup> Aus 29 mach 1 S. 152. Siehe dazu Aeschlimann 1997 N 1532 f.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 177 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 91 N 21 ff.; Oberholzer 1994 464 ff.; Padrutt 1996 Art. 123 N 5; Piquerez 2000 N 3219 ff.; Schmid 1997 N 864 f; ders. 1996 294 f.

<sup>35</sup> Ähnlich etwa FR StPO 174 Abs. 2, dazu Piller/Pochon 1998 Art. 174.7. Zur Zulassung der notwendigen Verteidigung ZR 91/92 (1992/93) Nr. 13 S. 38; Schmid in Donatsch/Schmid 1997 § 196 N 5.

Vorentwurf – wiederum im Einklang mit der jüngeren Entwicklung im schweizerischen Strafprozessrecht<sup>36</sup> - von der früher weit verbreiteten Praxis oder sogar gesetzlichen Regelung, dass die Verteidigung nicht zum Vortrag zuzulassen sei.

*Basis des Abwesenheitsverfahrens sowie des Abwesenheitsurteils* sind die Akten des Vorverfahrens sowie die Ergebnisse der Hauptverhandlung, vor allem die Parteivorträge. Üblicherweise werden keine zusätzlichen Beweise abgenommen, doch steht es dem Gericht frei, zu eigenen Beweiserhebungen zu schreiten (Abs. 3). Die Beweisanforderungen sind somit im Ergebnis weniger hoch als bei Anwesenheit der Beschuldigten, Art. 374 ff. VE; vor allem findet in nicht einzelgerichtlichen Fällen kein qualifiziertes Beweisverfahren nach Art. 376 ff. statt.

#### *Entscheidung (Art. 396 VE)*

Nach Durchführung des Hauptverfahrens fällt das *Gericht ein Urteil*, wie es in Art. 381 ff. VE für das ordentliche Verfahren vorgesehen ist. Das Gericht kann indessen (z.B., weil sich bei der Urteilsberatung zeigt, dass die Akten doch nicht spruchreif sind) das Verfahren auch in diesem Stadium noch gemäss Art. 345 VE *sistieren* (Abs. 1)<sup>37</sup>.

Bei diesem Urteil handelt es sich soweit um einen üblichen Endentscheid, der *nach Massgabe der allgemeinen Vorschriften von Art. 96 ff. VE zugestellt wird* (Abs. 2). Möglich sind also auch die Ersatzzustellungen an das Zustellungsdomizil (Art. 98 Abs. 3 VE) oder eine öffentliche Zustellung (Art. 101 VE) mit der Wirkung, dass die Abwesenheitsurteile nach Ablauf der üblichen Fristen rechtskräftig und damit auch vollstreckbar werden.

### **264.33 Neue Beurteilung (3. Abschnitt, Art. 397-400 VE)**

#### *Begehren der Beschuldigten um eine neue Beurteilung (Art. 397 VE)*

Wird der *Aufenthaltort der Beschuldigten ermittelt oder werden diese sonstwie gestellt*, so wird ihnen das Dispositiv des Abwesenheitsurteils ausgehändigt. Wollen die Beschuldigten das Abwesenheitsurteil nicht annehmen, stehen ihnen je nach Situation folgende Möglichkeiten offen: Läuft die 10-tägige Berufungsfrist (Art. 454 Abs. 1 VE) noch, haben sie die Wahl, ob sie die Berufung erklären oder eine neue Beurteilung (oft auch *Wiederaufnahme, Wiedereinsetzung, Wiederherstellung, Reinigung, Restitution oder Erhebung*, französisch *relief* genannt)<sup>38</sup> verlangen wollen. Sie können auch kumulativ von beiden Möglichkeiten Gebrauch machen. Wählen sie allein die Berufung, hat dies zur Folge, dass ihnen eine Instanz verloren geht. Wählen sie nur die neue Beurteilung, laufen sie Gefahr, dass auf das Gesuch nicht eingetreten wird, weil die Voraussetzungen dazu nach Art. 398 VE nicht erfüllt sind; diesfalls bleibt ihnen damit überhaupt kein Rechtsbehelf (vgl. Abs. 1 und 2).

Damit entschieden werden kann, ob das Gesuch um neue Beurteilung gutzuheissen ist (vgl. Art. 398 VE), muss es *kurz begründet* werden (Abs. 3). Fehlt diese Begründung, ist den Beschuldigten eine Nachfrist zu setzen.

<sup>36</sup> Aeschlimann 1997 N 1533; Hauser/Schweri 1999 § 91 N 20; Maurer 1999 413; Oberholzer 1994 468; Piquerez 2000 N 3223; Schmid 1997 N 864.

<sup>37</sup> Ähnlich Aus 29 mach 1 S. 153.

<sup>38</sup> Es wird hier bewusst der Begriff der „*neuen Beurteilung*“ gewählt, um diesen Rechtsbehelf von der Wiederherstellung von Fristen nach Art. 107 VE sowie der Wiederaufnahme nach Art. 356 VE abzugrenzen.

*Zulässigkeit des Begehrens und Verhältnis zur Berufung (Art. 398 VE)*

Die *Voraussetzungen*, unter denen in den verschiedenen schweizerischen Strafprozessrechten eine neue Beurteilung verlangt werden können, sind unterschiedlich geregelt. Teilweise wird diese nur gewährt, wenn die Beschuldigten nachweisen, dass zwingende Gründe sie im Erscheinen an der ersten Hauptverhandlung hinderten<sup>39</sup>. Andere Prozessordnungen gewähren diese neue Beurteilung ohne besondere Voraussetzung; vor allem verlangen sie nicht, dass die Beschuldigten beim Versäumen der ersten Hauptverhandlung schuldlos handelten<sup>40</sup>. Der zweite Lösungsansatz, der auch von den Experten vorgeschlagen wurde<sup>41</sup>, ist mit Blick auf die Anforderungen der EMRK und der entsprechenden Praxis der Strassburger Organe an solche Verfahren problemlos. Allerdings lädt die voraussetzungslose Zulassung von Begehren zu Missbräuchen ein, können doch die Beschuldigten durch das Fernbleiben an Hauptverhandlungen ohne drohende Nachteile eine Wiederholung und damit u.U. eine empfindliche Verfahrensverzögerung herbeiführen<sup>42</sup>.

Der Vorentwurf lässt deshalb gemäss Abs. 1 eine neue Beurteilung nicht zu, wenn die *Beschuldigten ordnungsgemäss vorgeladen wurden und hernach der Verhandlung erwiesenermassen schuldhaft fernblieben*. Im Vordergrund stehen hier Fälle, in denen sich inhaftierte Beschuldigte weigern, zur Hauptverhandlung vorgeführt zu werden oder in denen aus Äusserungen der Beschuldigten bekannt ist, dass sie nicht gedenken, der Vorladung Folge zu leisten. Die Beweislast für dieses Verschulden obliegt dem Staat<sup>43</sup>. Eine neue Beurteilung ist dementsprechend zu gewähren, wenn nicht erstellt ist, dass die Beschuldigten der Hauptverhandlung bewusst fernblieben<sup>44</sup>. Mit diesen Einschränkungen kann auch nach der Praxis der Strassburger Organe den Beschuldigten die Wiederholung der Hauptverhandlung verweigert werden<sup>45</sup>. Im Ergebnis dürfte diese Regelung dem Rechtszustand jener Kantone nahe kommen, die in grosszügiger Weise die neue Beurteilung voraussetzungslos gewähren, wobei jedoch die klaren Missbrauchsfälle ausgeschlossen sind.

Abs. 2 regelt das *Verhältnis von Begehren um neue Beurteilung und Berufung*. Das Begehren um eine neue Beurteilung wird vorrangig behandelt. Bei einer Kumulation dieser Rechtsbehelfe wird die Berufung nur behandelt, wenn auf das Begehren um neue Beurteilung nicht

<sup>39</sup> Vgl. etwa BStP 148 Abs. 3; GL StPO 185; SZ StPO 85 Abs. 2; OW StPO 167; BS StPO 161 Abs. 3; BL StPO 199; AI StPO 106; VD StPO 407; NE StPO 217; GE StPO 236, 331; JU StPO 358; dazu und zum Folgenden Aeschlimann 1997 N 1889 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 407 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 91 N 24 f.; Maurer 1999 413, 518 ff.; Oberholzer 1994 466 ff.; Piquerez 2000 N 3225 f.; Schmid 1997 N 866.

<sup>40</sup> Siehe etwa; MStP 156; VStrR 103 Abs. 2; BE StrV 362; LU StPO 266; GL StPO 185; UR StPO 198 Abs. 1; NW StPO 150; FR StPO 207; SO StPO 140; SH StPO 283; AR StPO 177 Abs. 1; SG StPO 200; GR StPO 123; TG StPO 169; TI StPO 277 Ziff. 3, 316; VS StPO 164 Abs. 2.

<sup>41</sup> Aus 29 mach 1 S. 152.

<sup>42</sup> Solche krassen Fälle – vor allem der bekannte Bestechungsfall Raphael Huber – führten dazu, dass Zürich im Jahre 1995 den entsprechenden StPO 197, der eine solche voraussetzungslose Wiederaufnahme gewährte, ersatzlos aufhob, dazu Schmid 1996 286.

<sup>43</sup> Nach der Praxis der Strassburger Organe widerspricht es der EMRK, den Beweis für die Schuldlosigkeit den Beschuldigten aufzuerlegen, vgl. vor allem Fall Colozza in EuGRZ 12 (1985) 631, ferner Haefliger/Schürmann 1999 184; Schmid 1996 287; Villiger 1999 N 474 ff. Beigefügt sei, dass sich aus der Resolution DH (75) 11 des Ministerrates des Europarates über die Grundsätze bei der Durchführung von Strafverfahren in Abwesenheit des Angeklagten vom 21.5.1975 (vgl. VPB 1984 Nr. 107 und 108 und Riklin 1993 337) nichts anderes ergibt.

<sup>44</sup> Ähnlich etwa FR StPO 207 Abs. 1, dazu Piller/Pochon 1998 Art. 207.1 ff. Allgemein Schmid 1996 298.

<sup>45</sup> Siehe dazu den vorerwähnten Fall Colozza, ferner Haefliger/Schürmann 1999 184; Schmid 1996 291; Villiger 1999 N 475 Fn. 18 unter Hinweis auf BGE 106 Ib 400: „*Es besteht kein Recht auf Wiederaufnahme bei selbst bestimmter Abwesenheit*“. Vgl. neuerdings BGE 126 I 36. Anders Riklin 1993 345, der offenbar ein Abwesenheitsverfahren ohne Wiederaufnahmemöglichkeit für EMRK-widrig hält.

eingetreten wird. Diese Subsidiarität schlägt auch hinsichtlich der Rechtsmittel anderer Parteien durch (Art. 399 Abs. 3 und 400 Abs. 2 VE)<sup>46</sup>.

#### *Neue Beurteilung (Art. 399 VE)*

Art. 399 VE regelt die Einzelheiten des Verfahrens. Im Interesse der Verfahrensökonomie wird für den Fall, dass die *Verfahrensleitung dem Gesuch entsprechen will*, ein einfacheres Verfahren vorgesehen. Es wird ohne formelles Verfahren sofort zur Ansetzung einer neuen Hauptverhandlung geschritten (Abs. 1). Das neue Verfahren kann vom gleichen Gericht geführt werden wie jenes, welches das Abwesenheitsurteil fällt; der Ausschlussgrund der Vorbefassung ist nach herrschender Auffassung hier nicht gegeben<sup>47</sup>.

Wesentlich ist, dass in *diesem Stadium noch keine Aufhebung des Abwesenheitsurteils erfolgt*; dieses fällt erst weg, wenn die neue Beurteilung abgeschlossen und das neue Urteil rechtskräftig geworden ist (Art. 400 Abs. 2 VE)<sup>48</sup>. Damit wird verhindert, dass das Abwesenheitsurteil aufgehoben wird, ohne dass aus irgendeinem Grund (z.B. wegen erneutem Ausbleiben, vgl. Art. 400 Abs. 3 VE) ein neues Urteil ergeht.

Die Verfahrensleitung trifft die erforderlichen *Anordnungen hinsichtlich aufschiebender Wirkung sowie Sicherheitshaft* (Abs. 2). Die Ausnahmeregel (Haftanordnung durch das urteilende Gericht selbst) im Gegensatz zur allgemeinen Regel von Art. 243 VE (Anordnung der Sicherheitshaft durch das Zwangsmassnahmengericht) ist gerechtfertigt, weil diesem Verfahren auf neue Beurteilung (entgegen dem üblichen Fall der Anordnung der Sicherheitshaft bei Anklageerhebung) bereits ein verurteilendes Erkenntnis vorausgegangen ist.

Wird eine neue *Beurteilung bewilligt*, führt dies zur Sistierung allfällig pender Rechtsmittel anderer Parteien (Abs. 3).

Wenn das *Gesuch abzuweisen ist*, ergeht ein formeller Beschluss oder eine Verfügung des Gerichts (vgl. Abs. 4). Gegen diesen Entscheid ist die Beschwerde zulässig (Art. 462 Abs. 1 Bst. d VE).

#### *Entscheid im Verfahren der neuen Beurteilung (Art. 400 VE)*

Findet nach Bewilligung der neuen Beurteilung eine neue Hauptverhandlung statt, so ergeht ein Urteil, das das ursprüngliche Abwesenheitsurteil ersetzt, falls es rechtskräftig wird. Wird das neue Urteil rechtskräftig, fallen nicht nur das Abwesenheitsurteil, sondern auch allfällige von andern Parteien erstrittene Rechtsmittelentscheide dahin. Konkret bedeutet dies, dass die anderen Parteien das neue Urteil anzufechten haben, wenn sie damit nicht einverstanden sind (vgl. Abs. 1 und 2).

Abs. 3 stellt klar, dass ein *neues Urteil nur ergeht, wenn die Beschuldigten nicht wiederum unentschuldigt ausbleiben*<sup>49</sup>; ein zweites Abwesenheitsverfahren findet nicht statt. Bleiben die Beschuldigten erneut unentschuldigt aus, so wird auf das Begehren um neue Beurteilung nachträglich nicht eingetreten. Es bleibt beim Abwesenheitsurteil sowie allenfalls dagegen von andern Parteien erstrittenen Rechtsmittelentscheiden. Auf diese Folge ist in den Vorladungen hinzuweisen (vgl. Art. 214 Bst. e VE)<sup>50</sup>. Wurden Rechtsmittelverfahren nach Art. 399 Abs. 3 VE sistiert, werden diese wieder an die Hand genommen.

<sup>46</sup> Gleiches Verhältnis z.B. in BE, vgl. Maurer 1999 521 f.

<sup>47</sup> BGE 116 Ia 32; Aus 29 mach 1 S. 153; Haefliger/Schürmann 1999 176. Kritisch Oberholzer 1994 468.

<sup>48</sup> So auch UR StPO 198 Abs. 2 und VStrR 103 Abs. 2, siehe Hauri 1998 190.

<sup>49</sup> Ähnlich etwa VD StPO 408; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 408 N 1 ff.;

<sup>50</sup> So auch Aus 29 mach 1 S. 153.

## 264.4 Selbstständige Massnahmeverfahren (4. Kapitel; Art. 401-411 VE)

Massnahmen als Sanktionen des Strafrechts werden üblicherweise zusammen mit einem gegen Beschuldigte gefällten Strafurteil und damit anknüpfend an einen Schuldspruch wegen bestimmter Straftatbestände ausgefällt. Werden Massnahmen im Zusammenhang mit einem Sachurteil ausgesprochen, sind dafür die allgemeinen Verfahrensvorschriften des Sechsten bis Achten Teils des Vorentwurfs anwendbar.

Es ist indessen auch denkbar, dass Massnahmen losgelöst von einem Strafverfahren gegen Personen verhängt werden, sei es, weil die Täterschaft nicht bekannt ist, sei es, dass diese unbekanntes Aufenthaltsort hat oder im Ausland verurteilt wurde. In diesem Fall ist ein *selbstständiges Massnahmeverfahren* durchzuführen. Dieses weist je nach Art der Massnahme gegenüber einem ordentlichen Strafverfahren Besonderheiten auf. Die dafür besondere Verfahrensregeln finden sich in diesem Vierten Kapitel.

### 264.41 Verfahren bei der Anordnung der Friedensbürgschaft (1. Abschnitt, Art. 401-403 VE)

Die Friedensbürgschaft nach dem geltenden Art. 57 StGB spielte zwar in der Vergangenheit praktisch keine Rolle, zumal sie nicht besonders wirksam ist<sup>51</sup>. Es ist aber vorgesehen, sie in nArt. 66 StGB in den neuen Allgemeinen Teil des Strafrechts zu überführen. Bisher enthielten nur wenige kantonale Verfahrensrechte Regeln für den Fall, dass eine Friedensbürgschaft unabhängig von einem Strafverfahren auszusprechen ist<sup>52</sup>.

Die Regeln des Vorentwurfs legen die *Hauptverantwortung für dieses Verfahren in die Hände der Staatsanwaltschaft*, die dem Zwangsmassnahmengericht Antrag auf Anordnung der Sicherheitshaft nach Art. 57 StGB/nArt. 66 Abs. 2 StGB stellt, wenn die drohenden Personen keine Sicherheitsleistung erbringen. Zuständig sind die Behörden des Ortes, an dem die Drohung ausgestossen oder die Wiederholungsabsicht geäussert wurde (Art. 401 Abs. 3)<sup>53</sup>.

### 264.42 Verfahren bei zurechnungsunfähigen Beschuldigten (2. Abschnitt, Art. 404-407 VE)

*Voraussetzungen (Art. 404 VE)*

Art. 404 VE umschreibt die Voraussetzungen des selbstständigen Massnahmeverfahrens bei zurechnungsunfähigen Beschuldigten, die nach Art. 10/nArt. 17 Abs. 1 StGB schuldlos sind und demgemäss auch nicht bestraft werden können. Dieses Verfahren ist nicht anwendbar, wenn die Beschuldigten nach Art. 12/nArt. 17a StGB (*actio libera in causa*) oder nach Art. 263 StGB (Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit) zu bestrafen sind. Da es sich hier um ein selbstständiges Massnahmeverfahren handelt, sind die Bestimmungen dieses Abschnittes ebenfalls nicht anwendbar, wenn die Staatsanwaltschaft die Beschuldigten für zurechnungsfähig hält und eine Anklage erhebt, das Gericht aber zum Schluss kommt, es sei eine Zurechnungsunfähigkeit zu bejahen: In diesem Falle findet ein ordentliches Verfahren nach Massgabe des Sechsten bis Achten Teils statt, das entweder mit einem vollständigen Freispruch oder aber mit der Feststellung der Schuldlosigkeit sowie der Anordnung notwendiger Massnahmen (vgl. Art. 10 StGB/nArt. 17 Abs. 3 StGB) endet.

<sup>51</sup> M.w.H. Trechsel 1997 Art. 57 N 1.

<sup>52</sup> Siehe etwa LU StPO 73; UR StPO 199 ff.; NW StPO 201; SH StPO 171; AR StPO 193 f.; AI StPO 121.

<sup>53</sup> So schon bisher, vgl. Trechsel 1997 Art. 57 N 8.

### *Verfahren (Art. 405 VE)*

Früher war es in manchen Kantonen üblich, dass in solchen Fällen die zuständige Behörde (beispielsweise die *Staatsanwaltschaft*) *das Verfahren einstellte und die notwendigen Massnahmen selbst anordnete*<sup>54</sup>. Diese Praxis widersprach nicht nur Art. 43 und 44 StGB, der das Anordnen solcher Massnahmen in die Kompetenz von Gerichten weist; sie erwies sich – mindestens was freiheitsbeschränkende Massnahmen betrifft - auch als unvereinbar mit Art. 5 Ziff. 1 Bst. a und e, Ziff. 4 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK<sup>55</sup>. Die Kantone passten in der Folge ihr Verfahrensrecht an, sei es, dass die Staatsanwaltschaft den Fall mit Bericht und Antrag dem Gericht zur weiteren Entscheidung überweist<sup>56</sup>, sei es, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren wegen Zurechnungsunfähigkeit einstellt und mit Bericht und Antrag beim Gericht die fraglichen Massnahmen vorschlägt<sup>57</sup>.

Im Interesse eines möglichst einfachen Verfahrens *verzichtet der Vorentwurf auf eine vorausgehende Einstellung wegen Zurechnungsunfähigkeit*. Nach Abs. 1 stellt die Staatsanwaltschaft dem erstinstanzlichen Gericht (nicht Einzelgericht) direkt Bericht und Antrag zur Anordnung von Massnahmen. Es liesse sich zwar die Meinung vertreten, dass die Beschuldigten wie auch die Geschädigten Anspruch darauf hätten, dass zuerst die Frage der Zurechnungs- und damit Schuldfähigkeit in einer beschwerdefähigen Einstellungsverfügung festgestellt wird. Da das Gericht im anschliessenden Massnahmeverfahren aber ohnehin die Frage der Zurechnungsfähigkeit zu prüfen hat (Art. 406 Abs. 1 und 407 Abs. 1 VE), ergäbe sich eine wenig sinnvolle Doppelspurigkeit, wenn man eine Einstellung mit nachfolgender Beschwerdemöglichkeit an die Beschwerdeinstanz zuliesse.

Abs. 2-5 regelt rudimentär das *gerichtliche Verfahren*, das sich grundsätzlich nach den Vorschriften des Achten Titels (Art. 361 ff. VE) richtet. Diese Bestimmungen sehen indessen in Abs. 3 und 4 gewisse Abweichungen von der Anwesenheitspflicht der Beschuldigten sowie vom Öffentlichkeitsgrundsatz<sup>58</sup> vor, die mit den Besonderheiten dieses Verfahrens zu begründen sind.

### *Anordnung von Massnahmen (Art. 406 VE)*

Ist für das Gericht die Täterschaft der betreffenden Person und deren Zurechnungsunfähigkeit erstellt, so hält es in seinem *Entscheid die Schuldlosigkeit der Beschuldigten fest*<sup>59</sup> und ordnet die erforderlichen Massnahmen an (Abs. 1).

Da in diesem Verfahren nicht über eine Anklage entschieden wird und damit im Prinzip kein Sachurteil ergeht, ist der Entscheid in die *Form eines Beschlusses* zu fassen (vgl. Einleitung zu Abs. 1)<sup>60</sup>. Werden Massnahmen angeordnet, entscheidet das Gericht nach Massgabe von

<sup>54</sup> So die Überweisungsbehörden in Bern, Maurer 1999 376.

<sup>55</sup> EGMR in EuGRZ 12 (1985) 645; BGE 116 Ia 63; Hauser/Schweri 1999 § 92 N 4.

<sup>56</sup> Vgl. BE StrV 250 Abs. 3; GL StPO 89 Abs. 1 Ziff. 1; SH StPO 231 Abs. 2; GR StPO 99 (dazu differenziert Padrutt 1996 Art. 99 N 1 ff.).

<sup>57</sup> In diese Richtung ZH StPO 285b ff.; vgl. ferner LU StPO 191 f.; UR StPO 157 Abs. 2 Ziff. 4, Abs. 3; SZ StPO 71, FR StPO 162; AR StPO 153 Abs. 2 Ziff. 4, Abs. 3, AI StPO 107 f.; AG StPO 136 Abs. 3; TG StPO 137 Abs. 5. In anderen Kantonen ist das Verfahren unklar, so etwa in Zürich, wo umstritten ist, ob eine Einstellung zu ergehen hat (so Schmid in Donatsch/Schmid 2000 § 285b N 8) oder eine direkte Überweisung erfolgen kann (so Rehberg/Hohl 1992 59).

<sup>58</sup> Dies dürfte zum Schutz des Privatlebens der Beschuldigten bzw. im Interesse der Rechtspflege vor EMRK 6 Ziff. 1 standhalten, so das Zürcher Kassationsgericht zum Zürcher Verfahren gegen Zurechnungsunfähige, vgl. RKG 1996 Nr. 3.

<sup>59</sup> Ein Anspruch auf einen eigentlichen Freispruch besteht nicht, BJM 1992 91 f. A.M. Stratenwerth 1996 267.

<sup>60</sup> So ZH StPO 187; ähnlich AI StPO 108 Abs. 3 i.V.m. 20 lit.b (Bescheid); für Urteilsform Hauser/Schweri 1999 § 92 N 6.

Art. 129-132 VE über die geltend gemachten *Zivilklagen* (Abs. 2); dieser Entscheid ergeht hingegen in Form eines Urteils, da materiell über diese Zivilansprüche entschieden wird<sup>61</sup>.

Beigefügt sei, dass die vorerwähnten Beschlüsse (wie auch jene nach Art. 407 Abs. 1 VE) mit *Beschwerde* nach Art. 462 Abs. 1 Bst. c VE bei der Beschwerdeinstanz angefochten werden können. Urteile im Zivilpunkt sind mit Berufung anzufechten (Art. 467 VE); sind gleichzeitig Beschwerden erhoben worden, entscheidet die Berufungsinstanz über beide Rechtsmittel (Art. 467 Abs. 2 VE).

#### *Ablehnung von Massnahmen (Art. 407 VE)*

Kommt das Gericht zum Schluss, dass kein Anlass für ein selbstständiges Massnahmeverfahren bestehe, weil die Beschuldigten entweder (wenn auch nur vermindert) zurechnungsfähig oder aber nach Art. 12/nArt. 17a StGB strafbar sind, weist es das Gesuch ohne Behandlung der Zivilklagen ab (Abs. 1).

Hält das Gericht die Beschuldigten im Sinne von Abs. 1 für verantwortlich, ist das *Vorverfahren vor der Staatsanwaltschaft* wieder aufzunehmen (Abs. 2). Die Staatsanwaltschaft kann dieses Verfahren nur entweder einstellen oder durch Anklage abschliessen; ein erneutes Verfahren nach Art. 404-407 VE ist ausgeschlossen. Wird Anklage erhoben, ist das Gericht allerdings an die vorgängigen Entscheide im selbstständigen Massnahmeverfahren nicht gebunden; es könnte somit in Abweichung von diesen auf Zurechnungsunfähigkeit erkennen und Massnahmen anordnen.

Hält das *Gericht die Beschuldigten zwar für zurechnungsunfähig, ergeben sich aber unüberwindliche Zweifel an ihrer Täterschaft*, ist das Gesuch ebenfalls abzuweisen. Das Gesuch ist sodann abzuweisen ist, falls das Gericht zwar die Zurechnungsunfähigkeit bejaht, hingegen eine Massnahmenbedürftigkeit ablehnt (Abs. 3).

### **264.43      Selbstständiges Einziehungsverfahren (3. Abschnitt, Art. 408-411 VE)**

#### *Voraussetzungen (Art. 408 VE)*

Können Einziehungen von Gegenständen und Vermögenswerten nach Art. 58-60 StGB/nArt. 69-73 StGB nicht im Rahmen eines Strafverfahrens gegen Personen als Nebenpunkte, also akzessorisch, behandelt werden (Einziehungsverfahren *in personam*, auch *akzessorisches Einziehungsverfahren* genannt)<sup>62</sup>, sind sie in einem selbstständigen Einziehungsverfahren (auch *objektives Verfahren* oder *Verfahren in rem* genannt) vorzunehmen. In diesem Verfahren ist auch über eine allfällige Zuweisung der Gegenstände oder Vermögenswerte an die Geschädigten zu entscheiden (näher Art. 408 VE).

#### *Vorverfahren (Art. 409 VE)*

Dieses selbstständige Einziehungsverfahren war bisher in den schweizerischen Strafprozessordnungen nur teilweise geregelt<sup>63</sup>. Der Vorentwurf folgt den dazu im geltenden Recht entwickelten Regeln, indem es ein von der *Staatsanwaltschaft zu führendes Vorverfahren* vorsieht, in dem die Voraussetzungen der Einziehung wie auch allenfalls der Zuweisung an

<sup>61</sup> ZR 96 (1997) Nr. 130 S. 309; Schmid 1997 N 805; ders. in Donatsch/Schmid 2000 § 285e N 6.

<sup>62</sup> Daran ändert sich nichts, wenn das Verfahren eingestellt wird; hier wird in der Einstellungsverfügung über die Einziehung verfügt, Art. 352 Abs. 3 VE.

<sup>63</sup> Siehe etwa BStP 73; VStrR 66; ZH StPO 106a f.; BE EG StGB 28 Abs. 2; UR StPO 157 Abs. 3; FR StPO 122 ff; BS StPO 84; SH StPO 230 Abs. 1; AI StPO 109; GE StPO 218H ff.; allgemein dazu Hauser/Schweri 1999 § 93 N 1 ff.; Maurer 1999 239 f.; Oberholzer 1994 419; Schmid 1997 N 758 f., einlässlich ders. in Schmid (1998) Art. 58 N 80, Art. 59 N 138 ff.



Geschädigte geprüft werden (Abs. 2). Primär geht es hier darum, den von der Einziehung betroffenen Personen das *rechtliche Gehör* zu gewähren (Abs. 3).

Sind die Voraussetzungen erfüllt, stellt die Staatsanwaltschaft einen begründeten *Einziehungsantrag*; anderenfalls erlässt sie eine Einstellungsverfügung (näher Abs. 4 und 5).

Zur *Verfahrenserleichterung* sieht Abs. 6 vor, dass bei Einziehungen von geringerer Bedeutung diese Massnahme von der Staatsanwaltschaft mittels eines *Einziehungsbefehls* verfügt werden kann. Damit kann das mit der Beurteilung solcher Einziehungsfälle betraute erstinstanzliche (Kollegial)Gericht entlastet werden. Ein Einziehungsbefehl kann entweder ergehen, wenn die einzuziehenden Gegenstände oder Vermögenswerte nicht mehr als Fr. 50'000.- wert sind oder wenn an sich verbotene Waren oder Gegenstände ohne Handelswert (Drogen; harte Pornographie), aber auch solche mit blosser Liebhaberwert, einzuziehen sind. Der Einziehungsbefehl wird wie ein Strafbefehl (Art. 413 ff. VE) erlassen.

*Gerichtsverfahren (Art. 410 VE); Entscheid (Art. 411 VE)*

Anschliessend findet ein *schriftliches*, auf Begehren der Einziehungsbetroffenen oder der Staatsanwaltschaft auch *mündliches und publikumsöffentliches Verfahren* statt (näher Art. 410 VE), in dem über den Einziehungsantrag wie auch allfällige Zuweisungsanträge von Geschädigten nach Art. 60 StGB/nArt. 73 StGB entschieden wird (näher Art. 411 VE). Da selbstständige Einziehungsverfahren sehr häufig einen Auslandsbezug aufweisen, indem z.B. das eine Vermögenseinziehung auslösende Delikt im Ausland begangen wurde, ist wesentlich, dass sich die *Gerichte im Einziehungsentscheid auch auf die im betreffenden ausländischen Verfahren erhobenen Beweise*, also z.B. die Zeugenprotokolle, sowie die in jenen Urteilen gemachten tatsächlichen Feststellungen stützen können.

## 264.5 Strafbefehlsverfahren (5. Kapitel; Art. 412-417 VE)

Im Strafbefehlsverfahren (auch *Strafmandat*, *Strafverfügung* oder *Strafbescheid* genannt; ital. *Decreto di accusa*<sup>64</sup>) wird der Straffall zumeist nicht durch einen Richter, sondern durch die Untersuchungs- und Anklagebehörde selbst durch ein Erkenntnis abgeschlossen, das die Parteien annehmen oder mit einer Einsprache zur gerichtlichen Beurteilung bringen können<sup>65</sup>. Die Kantone haben von der Möglichkeit, Straffälle auf diese Weise rasch erledigen zu können, in jüngerer Vergangenheit in zunehmendem Mass Gebrauch gemacht<sup>66</sup>. Zweifellos gehört diese Verfahrensart vor allem mit Blick auf die dadurch erzielte Verfahrensbeschleunigung in Fällen leichter Kriminalität in die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> So in TI StPO 207 ff.

<sup>65</sup> Allgemein zu dieser Verfahrensart Aeschlimann 1997 N 1438 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 178 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 86 N 1 ff.; Maurer 1999 387 ff.; Oberholzer 1994 426 ff.; Padrutt 1996 Art. 173 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 3154 ff.; Schmid 1997 N 909 ff.

<sup>66</sup> Zum geltenden kantonalen Recht vgl. ZH StPO 317 ff.; BE StV 262 ff.; LU StPO 131 ff.; UR StPO 161 ff.; GL StPO 200a ff.; SZ StPO 102 ff.; OW StPO 98 ff.; NW StPO 116 ff.; ZG StPO 14; FR StPO 187 ff.; SO StPO 134 ff.; BS StPO 135 ff. (zu diesem besonderen sog. Verzeigungsverfahren näher Dubs 2000 48 ff.); BL StPO 131 ff.; SH StPO 241 ff.; AR StPO 178 ff.; AI StPO 110 ff.; SG StPO 184 ff.; GR StPO 173 ff.; AG StPO 194 ff.; TG StPO 133 ff.; TI StPO 207 ff.; VD StPO 264 ff.; VS StPO 143 ff.; NE StPO 11 ff.; GE StPO 218 ff.; JU StPO 256 ff.; vgl. den Überblick bei Donatsch 1994 318 ff.

<sup>67</sup> So denn auch Aus 29 mach 1 S. 153.

## 264.51 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 412 VE)

### *Voraussetzungen zum Erlass eines Strafbefehls (Art. 412 VE)*

Der Erlass des Strafbefehls erfolgt durch die Staatsanwaltschaft und wird an verschiedene, kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen geknüpft. Zunächst stellt sich die Frage, ob erforderlich ist, dass die Beschuldigten den *Sachverhalt, der ihnen zur Last gelegt wird, in einer Einvernahme zugegeben haben*. Ein (allenfalls auch die rechtliche Qualifikation umfassendes) Geständnis verlangen nur relativ wenige Kantone<sup>68</sup>. Die Mehrzahl der Kantone lässt genügen, dass sich die Schuld klar aus den der Strafbefehlsbehörde vorliegenden Akten ergibt, wobei teilweise daneben alternativ an das Geständnis der Beschuldigten angeknüpft wird<sup>69</sup>. Der Vorentwurf folgt im Wesentlichen diesen letztgenannten Modellen: Im Vordergrund steht der Fall, dass die Beschuldigten vor Polizei oder Staatsanwaltschaft in einer protokollarischen Einvernahme den Sachverhalt eingestanden haben und an der Tatschuld nicht zu zweifeln ist. Ein Strafbefehl kann indessen auch ergehen, wenn sich aus den bisherigen Verfahrensakten klar ergibt, dass die Beschuldigten die fragliche Straftat begangen haben, auch wenn kein Geständnis vorliegt. Es ist hier etwa an Fälle von Fahren in angetrunkenem Zustand zu denken, bei denen im Zeitpunkt der polizeilichen Befragung das Resultat der Blutalkoholanalyse noch gar nicht vorliegt, dieses und die übrigen Akten aber die Tatschuld ohne Zweifel begründet. Hier kann ein Strafbefehl ohne zusätzliche Einvernahme ergehen (Abs. 1).

Fraglich ist, *bis zu welcher Strafhöhe* ein Strafbefehl zulässig sein soll. In der jüngeren Strafprozessentwicklung ist die Tendenz erkennbar, die maximalen Sanktionen sukzessive heraufzusetzen<sup>70</sup>. Während früher nur sehr kurz Freiheitsstrafen zulässig waren, kann in einigen Kantonen eine Gefängnisstrafe bis 6 Monaten ausgesprochen werden<sup>71</sup>. Der Vorentwurf sieht dementsprechend für Strafbefehle ein Maximum von *sechs Monaten Freiheitsstrafe* vor, wie dies auch die Experten vorschlugen<sup>72</sup>. Es ist davon auszugehen, dass Freiheitsstrafen von dieser Höhe im Strafbefehlsverfahren noch ohne Konflikte mit der EMRK ausgesprochen werden können<sup>73</sup>. Zudem wird vorgeschlagen, dass mit Strafbefehl soweit analog zur Freiheitsstrafe von maximal sechs Monaten die neu im Strafgesetzbuch vorgesehenen Sanktionen der Geldstrafe (von nicht mehr als 180 Tagessätzen) und der gemeinnützigen Arbeit verhängt werden können.

*Beweisabnahmen sind vor Erlass des Strafbefehls* an sich nicht erforderlich. Sind bei der Staatsanwaltschaft trotz des Geständnisses der Beschuldigten Zweifel an der Täterschaft oder der Schuld vorhanden, darf ein Strafbefehl allerdings nur ergehen, wenn diese Zweifel durch weitere Beweisabnahmen ausgeräumt sind. Konkret bedeutet dies, dass z.B. die Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft einzuvernehmen sind, wenn das vor der Polizei abgelegte Geständnis als widersprüchlich erscheint und keine anderen, die Tatschuld belegende Beweise vorhanden sind. *Eine Einvernahme ist sodann zwingend*, wenn mit dem Strafbefehl zu verbüssende bzw. zu leistende freiheitsbeschränkende Sanktionen wie eine

<sup>68</sup> Ein Geständnis verlangen GL StPO 200a Abs. 1; SZ StPO 102 Abs. 1; SG StPO 184a 1. Satzteil; VS StPO 143 Ziff. 1. Nicht ein eigentliches Schuldgeständnis, sondern nur Zugabe der Straftat verlangt Zürich, ZH StPO 317 Abs. 1, dazu Schmid 1997 N 910.

<sup>69</sup> So oder ähnlich BE StPO 262; LU StPO 131, UR StPO 161, OW StPO 98; NW StPO 116; ZG StPO 14; FR StPO 187; SO StPO 134; BS StPO 135; SH StPO 241; AR StPO 178 Abs. 1; AG StPO 194; TG StPO 134; NE StPO 11; auch SG StPO 184a 2. Satzteil; VS StPO 143 Ziff. 1. Einzelne Kantone formulieren diese Voraussetzungen überhaupt nicht näher, vgl. etwa FR StPO 187; VD StPO 264.

<sup>70</sup> Hauser/Schweri 1999 § 86 N 3.

<sup>71</sup> SH StPO 241 Abs. 1 i.V.m. StPO 20 Abs. 2 Bst.b; VS StPO 143 Ziff. 1; GE StPO 218 Abs. 1 Bst.b.

<sup>72</sup> Aus 29 mach 1 S. 153.

<sup>73</sup> Donatsch 1994 334 ff., 340 f. hält bei diesen Strafbefehlen bis zu „dreimonatige, allenfalls sechsmonatige Freiheitsstrafen“ für akzeptabel. Bedenken allerdings in den Hearings S. 165 f.

Freiheitsstrafe oder gemeinnützige Arbeit ausgesprochen oder im Sinne der nachfolgenden Ausführungen bedingte Sanktionen widerrufen werden (Abs. 2).

Wurden die *Beschuldigten schon früher verurteilt und wurden die neuen Straftaten während der Probezeit begangen*, so hat die Staatsanwaltschaft über den Widerruf einer bedingten Freiheitsstrafe (Art. 41 Ziff. 3 StGB/nArt. 46 StGB) sowie eine Rückversetzung in den Strafvollzug (nArt. 89 StGB) zu befinden. Im Gesetz ist klar zu regeln, ob sich die vorerwähnten Sanktionsmaxima nur auf die neu verhängte Sanktion beziehen oder die neue und die zu widerrufende Sanktion zusammengerechnet nicht mehr als sechs Monate betragen dürfen. Der Vorentwurf sieht vor, dass ein Strafbefehl zu erlassen ist, wenn die *Sanktionen zusammengerechnet* (und bei gemeinnütziger Arbeit oder Geldstrafen umgerechnet, vgl. nArt. 42 Abs. 4 StGB) nicht mehr als neun Monate Freiheitsentzug betragen (Abs. 3). Die Ausdehnung der mit einem Strafbefehl vor allem auf den Widerruf von Sanktionen bis zusammengerechnet 9 Monaten freiheitsbeschränkende Sanktionen erscheint als vertretbar<sup>74</sup>, zumal in diesen Fällen der widerrufenen Strafe zwingend eine Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft erfolgen muss (Abs. 2).

*Zivilklagen* werden im Strafbefehl nur insoweit berücksichtigt, als darin bei einer Anerkennung Vormerk genommen wird. Bestreiten die Beschuldigten die Zivilklagen, werden diese auf den Zivilweg gewiesen (Abs. 4 und 5; Art. 132 Abs. 3). Dies gilt auch für Opferansprüche, die schon bisher im Strafbefehlsverfahren nicht notwendigerweise zu behandeln waren (Art. 9 Abs. 4 OHG).

Soll ein Strafbefehl ergehen, wenn die Beschuldigten zwar z.B. noch von der Polizei einvernommen werden konnten, dann aber verschwanden, bevor sie im Sinne von Abs. 2 von der Staatsanwaltschaft einvernommen werden sollten? Die gleiche Frage stellt sich, wenn sich bereits aus den bei der Staatsanwaltschaft eingegangenen, an sich spruchreifen Akten ergibt, dass die Beschuldigten unbekanntes Aufenthalts sind. Es wäre durchaus denkbar, hier durch eine Art Abwesenheitsverfahren oder eine öffentliche Publikation der Strafbefehle zu erreichen<sup>75</sup>, dass diese auch ohne Aushändigung rechtskräftig werden. Aus verfahrensökonomischen Gründen ist ein solches Vorgehen jedoch wenig sinnvoll. Das *Verfahren ist deshalb gemäss Art. 345 VE zu sistieren* (Abs. 6). Stellt sich die Unzustellbarkeit und Abwesenheit erst nach Erlass des Strafbefehls heraus, ist zu prüfen, ob er auf Grund einer Ersatzzustellung (Art. 98 Abs. 3, 100 Abs. 2-4 VE) rechtskräftig geworden ist. Eine öffentliche Publikation unterbleibt (Art. 101 Abs. 2 VE).

## **264.52 Erlass des Strafbefehls (2. Abschnitt: Art. 413-414 VE)**

*Inhalt des Strafbefehls (Art. 413 VE); Ausfertigung, Zustellung des Strafbefehls (Art. 414 VE)*

Der Inhalt des Strafbefehls entspricht im Wesentlichen jenem eines Urteils (Art. 92 VE). Im Unterschied zum Urteil beschränkt sich die *Begründung* (Art. 413 Abs. 1 Bst. e und Abs. 1 Bst. a VE) auf die zu verhängenden Sanktionen und allfällige Widerrufe. Diese Begründungen können sehr kurz sein.

Ausstellung und Zustellung des Strafbefehls richten sich abgesehen von der summarischen Regelung in Art. 414 VE nach den allgemeinen Regeln von Art. 96-101 VE.

<sup>74</sup> Donatsch 1994 334 ff., 340 f. votiert zwar für eine Obergrenze von sechs Monaten, soweit ersichtlich aber nur für den Fall der mit dem Strafbefehl verhängten Strafen, also nicht für den Fall der Kumulation von neuer und durch Widerruf aktivierter alter Sanktionen.

<sup>75</sup> Vgl. z.B. das Verfahren nach VD StPO 267a.

### 264.53 Einspracheverfahren (3. Abschnitt, Art. 415-416 VE)

#### *Einsprache (Art. 415 VE)*

Gegen Strafbefehle ist die *Einsprache* (in den gegenwärtigen Gesetzen auch z.B. *Anfechtung*, fr. *opposition*; ital. *opposizione*<sup>76</sup> genannt) *der einzig mögliche Rechtsbehelf*; er stellt kein Rechtsmittel dar<sup>77</sup>. Die Einsprache führt dazu, dass der Strafbefehl, der eigentlich nur den Vorschlag zu einer aussergerichtlichen Erledigung des Straffalles darstellt<sup>78</sup>, ein gerichtliches Verfahren auslöst, in dem über die Berechtigung der im Strafbefehl enthaltenen Deliktswürfe entschieden wird.

*Legitimiert* zur Einsprache sind nach Abs. 1 die *Beschuldigten und die Privatklägerschaft*; nach der allgemeinen Regel von Art. 115 Abs. 2 VE können auch Dritte Einsprache erheben, deren Interessen tangiert sind. Es sind dies also beispielsweise Personen, bei denen Gegenstände und Vermögenswerte beschlagnahmt und mit dem Strafbefehl eingezogen wurden (Art. 413 Abs. 2 Bst. d VE).

Die Kantone können die Legitimation zur Einsprache auch der Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft zuweisen (Abs. 2); es liegt hier ein mit der entsprechenden Regelung bei der Einstellung (Art. 354) vergleichbare Befugnis vor. Damit diese Behörden ihr Einsprucherecht wahrnehmen kann, müssen der Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft die Strafbefehle mitgeteilt werden, worauf Art. 414 VE verweist.

Einsprachen sind *schriftlich zu erklären* (Abs. 1). Erheben Behörden, vor allem die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft, Einsprache, ist diese zu begründen (Abs. 3). Erheben hingegen Private, vor allem Beschuldigte oder die Privatklägerschaft, Einsprache, ist diese nicht zwingend zu begründen. Diese Regelung wird vorgeschlagen, um die Einspruchsmöglichkeit vorab der nicht anwaltschaftlich vertretenen Partei nicht zu erschweren. Bezieht sich die *Einsprache nur auf Nebenpunkte* wie Kosten- und Entschädigungsfolgen usw. nach Art. 413 Abs. 2 VE, ist sie hingegen in dieser Erklärung zu begründen (vgl. näher Abs. 4), weil nach Art. 417 Abs. 6 VE das gerichtliche Einspracheverfahren in diesen Fällen schriftlich ist. Die Begründung ist somit notwendig, damit das Gericht den Standpunkt der Einsprecherinnen oder Einsprecher kennt.

Wesentlich ist Abs. 5: *Der Strafbefehl wird zum rechtskräftigen und vollstreckbaren Urteil*, wenn nicht Einsprache erhoben wird<sup>79</sup>.

#### *Verfahren vor der Staatsanwaltschaft (Art. 416 VE)*

Wird Einsprache erhoben, liegt der Fall zur Nachholung eines (vor Erlass des Strafbefehls üblicherweise nicht durchgeführten) *eigentlichen Vorverfahrens* wieder bei der Staatsanwaltschaft. Diese hat falls nötig die notwendigen Beweise zu erheben (Abs. 1)<sup>80</sup>. Sind keine weiteren Beweise erforderlich, verfährt die Staatsanwaltschaft unverzüglich nach Abs. 2 ff., wobei im Regelfall (da die Beweislage gegenüber dem Stand bei Erlass des Strafbefehls ja

<sup>76</sup> Vgl. TI StPO 210.

<sup>77</sup> Statt vieler Donatsch 1994 320; Padrutt 1996 Art. 174 N 1; Piquerez 2000 N 3172; Schmid 1997 N 915.

<sup>78</sup> Vgl. Donatsch 1994 324 f.

<sup>79</sup> So bereits jetzt z.B. ausdrücklich in den Strafprozessgesetzen, vgl. etwa VStrR 72 Abs. 3; ZH StPO 325 Abs. 1; BE StrV 268 Abs. 1; UR StPO 166 Abs. 1; GL StPO 200d Abs. 1; SZ StPO 102 Abs. 8; ZG StPO 14 Abs. 4; FR StPO 192; AR StPO 183; SG StPO 186 Abs. 3; AG StPO 198 Abs. 1; VD StPO 269; NE StPO 15 sowie herrschende Lehre und Praxis, dazu Aeschlimann 1997 N 800; Hauser/Schweri 1999 § 85 N 1; Maurer 1999 397 f.; Oberholzer 1994 430; Piquerez 2000 N 3175; Schmid 1997 N 913.

<sup>80</sup> Ein solches Nachverfahren sehen in unterschiedlichen Formen etwa ZH StPO 322 oder FR StPO 190 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 190.1 ff.

unverändert ist) eine sofortige Überweisung der Prozedur an das erstinstanzliche Gericht erfolgen kann.

Ist die Untersuchung abgeschlossen, ist wiederum das *Stadium des Zwischenverfahrens* erreicht. Die Staatsanwaltschaft muss sich entscheiden, ob sie am ursprünglichen Strafbefehl festhalten oder aber den Fall durch Anklage, Einstellung oder Erlass eines neuen Strafbefehls erledigen will. Daraus folgt, dass sie hinsichtlich verfolgter Straftatbestände wie auch der auszusprechenden Sanktionen nicht an ihren ursprünglichen Strafbefehl gebunden ist (vgl. Abs. 2)<sup>81</sup>.

Halten die *Staatsanwaltschaft wie auch die Einsprecher nach dem Beweisverfahren ausdrücklich oder stillschweigend an ihrer Einsprache fest*, wird der Fall dem erstinstanzlichen Gericht (im Regelfall dem Einzelgericht) überwiesen. Der Strafbefehl übernimmt die Funktion der Anklage (Abs. 3, 4).

Abs. 5 regelt den *Rückzug der Einsprache*, der bis zu den Parteivorträgen in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung möglich ist. Nicht mehr zulässig ist ein Rückzug, wenn die Staatsanwaltschaft bereits eine Einstellung vorgenommen oder Anklage erhoben hat bzw. einen neuen Strafbefehl erliess. Damit wird ein Fall geregelt, der in einzelnen Kantonen Anlass zu Diskussionen über die Zulässigkeit solcher nachträglicher Rückzüge gab<sup>82</sup>.

## 264.54 Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht (4. Abschnitt, Art. 417 VE)

### *Ablauf (Art. 417 VE)*

Nach *Eingang der Einsprache* (samt Strafbefehl und Akten) beim erstinstanzlichen Gericht führt dieses ein Hauptverfahren durch, das den allgemeinen Vorschriften nach Art. 361 ff. VE entspricht (Abs. 1). Soweit Bund und Kantone Einzelgerichte einführen, sind diese zuständig (Art. 24 Abs. 2 Bst. b).

Nach Abs. 2 muss das Gericht zunächst prüfen, ob der *Strafbefehl sowie die Einsprache gültig sind*. Wurde also z.B. ein Strafbefehl mit Sanktionen erlassen, die den Rahmen von Art. 412 Abs. 1 VE sprengen, fehlte die Basis für ein gerichtliches Verfahren und damit ebenfalls ein Urteil. Der Fall wird an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen, die im Sinne von Art. 326 ff. eine neue Voruntersuchung durchzuführen hat (Abs. 3).

Ist die Einsprache z.B. wegen Verspätung *ungültig* oder *bleiben die privaten Einsprecher<sup>83</sup> der Hauptverhandlung unentschuldigt fern*, wird auf die Einsprache nicht eingetreten (Abs. 4 und 5). Es findet somit kein Abwesenheitsverfahren statt und es bleibt beim Strafbefehl. Allerdings betont Abs. 4, dass sich die betreffende Partei (auch die Beschuldigten, falls die Verfahrensleitung nicht die Anwesenheit verlangt) vertreten lassen können.

Das *Einspracheverfahren ist vor dem erstinstanzlichen Gericht schriftlich*, wenn sich die Einsprache auf Nebenpunkte wie Kosten, Entschädigungen, Einziehungen usw. beschränkt. Damit ein EMRK-konformes Verfahren gewährleistet ist, muss allerdings ein mündliches, parteiöffentliches Verfahren stattfinden, wenn die Einsprecher dies verlangen (Abs. 6). Der Entscheid ergeht in diesem beschränkten Einspracheverfahren, da nicht über den Schuldpunkt zu befinden ist, in Form eines Beschlusses oder einer Verfügung. Dementsprechend ist dagegen nicht die Berufung, sondern allein die *Beschwerde zulässig* (Art. 462 Bst. c VE).

<sup>81</sup> Ähnlich das Verfahren nach VStrR 69 f., dazu Hauri 1998 Kommentar zu Art. 69 f., S. 149 ff.

<sup>82</sup> Vgl. Schmid in Donatsch/Schmid 1997 § 324 N 3.

<sup>83</sup> Behörden als Einsprecher (z.B. die Oberstaatsanwaltschaft nach Art. 415 Abs. 2 VE) haben nicht vor Gericht zu erscheinen; sie stellen ihre Anträge schriftlich.

Abs. 7 bezieht sich auf den Fall, dass bei einem oder mehreren Strafbefehlen gegen verschiedene Personen, die jedoch wegen des gleichen Lebenssachverhalts erlassen wurden, hernach nur einzelne Beschuldigte Einsprache erheben und damit eine gegenüber dem Strafbefehl günstigere gerichtliche Beurteilung erzielen. Hier soll Art. 460 VE anwendbar sein, d.h. das Gericht kann die *Strafbefehle der andern Beschuldigten zu deren Gunsten abändern, obwohl diese den Rechtsbehelf der Einsprache nicht ergriffen hatten.*

## **264.6 Übertretungsstrafverfahren (6. Kapitel; Art. 418-426 VE)**

Der Vorentwurf sieht für die Verfolgung der Übertretungen ein so weit als möglich den Vorschriften für den Strafbefehl entsprechendes Verfahren vor<sup>84</sup>. Allerdings sind mit Rücksicht auf die Materie gewisse Besonderheiten erforderlich. Diese Vorschriften sind anwendbar, unabhängig davon, ob Bund und Kantone im Sinne von Art. 21 VE die Verfolgung in die Kompetenz von Verwaltungsbehörden oder aber der Staatsanwaltschaften legen. Zu berücksichtigen ist indessen, dass nach Art. 35 Abs. 3 VE Übertretungen, die im Zusammenhang mit einem Verbrechen oder Vergehen begangen wurden, im ordentlichen Verfahren, d.h. durch Staatsanwaltschaft und Gerichte zu verfolgen und zu beurteilen sind.

### **264.61 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 418 VE)**

*Anwendbare Regeln (Art. 418 VE)*

Art. 418 VE enthält einige allgemeine Hinweise auf die Anwendbarkeit dieser Verfahrensnormen, die soweit keiner besonderen Erläuterungen bedürfen. Anzumerken ist, dass nach Art. 2 Abs. 2 VE die Verfahrensvorschriften anderer Bundesgesetze und damit z.B. des BG über die Ordnungsbussen<sup>85</sup> vorbehalten bleiben; dieses Bundesgesetz wird im gegebenen Zeitpunkt der vereinheitlichten schweizerischen Strafprozessordnung anzupassen sein.

### **264.62 Ermittlungs- und Bussenverfahren (2. Abschnitt, Art. 419-422 VE)**

*Einleitung des Verfahrens (Art. 419 VE)*

Abs. 1 weist zunächst darauf hin, dass Übertretungsstrafverfahren *üblicherweise durch eine polizeiliche Verzeigung* eingeleitet werden. Da entsprechende Anzeigen auch von privater Seite oder durch Behörden erfolgen können, legt Abs. 1 fest, dass solche Anzeigen bei der Polizei einzureichen sind. Damit wird auf die in vielen Kantonen übliche Praxis Bezug genommen, die solche Anzeigen, wenn sie bei der Übertretungsstrafbehörde eingehen, routinemässig der Polizei zur Vornahme der erforderlichen Ermittlungen überweist. Abs. 1 präzisiert somit die allgemeine Vorschrift von Art. 329 Abs. 1 VE. Gehen Anzeigen trotzdem bei der Übertretungsstrafbehörde direkt ein, kann diese sie falls erforderlich der Polizei zur Vornahme der erforderlichen Ermittlungen zustellen (vgl. allgemein Art. 339 Abs. 2 VE).

Abs. 2 stellt eine Kurzfassung von Art. 333-337 VE dar. Die Polizei hat die Aufgabe, den *Übertretungssachverhalt*, die dafür Verantwortlichen, allfällige Zeugen und Zeuginnen etc. festzustellen und darüber der zuständigen Behörde zu rapportieren.

<sup>84</sup> Zum Übertretungsstrafverfahren nach geltendem Recht, wobei dieses teilweise nicht besonders geregelt bzw. teilweise das Strafbefehlsverfahren anwendbar ist, vgl. Aeschlimann 1997 N 241 ff., 1286 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Kommentierung von Art. 178 ff.; Hauri 1998 Art. 32 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 87 N 1 ff.; Maurer 1999 390; Oberholzer 1994 459 ff., 502 ff.; Padrutt 1996 Art. 173 N 1 ff.; Piller/Pochon 1998 Kommentar zu Art. 193 ff.; Piquerez 2000 N 3124 ff.; Schmid 1997 N 920 ff.

<sup>85</sup> SR 741.03.

Für den Erlass einer Bussenverfügung muss den verzeigten Personen vorgängig das *rechtliche Gehör* gewährt werden. Abs. 3 lässt über die Art und Weise, wie den Verzeigten eine Stellungnahme ermöglicht wird, den beteiligten Strafbehörden grosse Freiheit. Das rechtliche Gehör kann daher bereits von der verzeigenden Behörde (vor Erstattung der Anzeige) gewährt werden, obwohl es im Regelfall von der Polizei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zu gewähren sein wird. Stellt die Übertretungsstrafbehörde fest, dass in Verfahren, die an sie gelangt sind, den Verzeigten die Möglichkeit zur Stellungnahme noch nicht eingeräumt wurde, muss sie das nachholen. Frei sind die Behörden auch in der *Form der Stellungnahme*: Diese kann durch eine Einvernahme geschehen. Es ist indessen auch zulässig, die Betroffenen mündlich mit den Vorwürfen zu konfrontieren und die Stellungnahme in einer Aktennotiz oder in einem Polizeirapport festzuhalten. Denkbar ist z.B. bei einer schriftlichen Strafanzeige auch, dass diese den Verzeigten zugestellt und sie aufgefordert werden, innert Frist dazu Stellung zu nehmen.

Es steht den *Verzeigten frei, ob sie zur Verzeigung und den darin enthaltenen Vorwürfe Stellung nehmen wollen*. Wollen die Verzeigten von der Möglichkeit des rechtlichen Gehörs nicht Gebrauch machen, hindert dies den Erlass einer Bussenverfügung nicht (Abs. 4).

#### *Zwangsmassnahmen bei Übertretungen im Allgemeinen (Art. 420 VE)*

Art. 420 und 421 VE stehen im Zusammenhang mit Art. 209 Abs. 2 VE, der der Polizei und den Übertretungsstrafbehörden die Anordnung von *Zwangsmassnahmen nur in den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen erlaubt*. Im Vordergrund stehen hier Beschlagnahmungen nach Art. 273 ff. VE, namentlich von Beweismitteln sowie von Gegenständen und Vermögenswerten zum Zweck der Kostendeckung oder Einziehung (Abs. 1).

Zwar dürften in Übertretungsverfahren zumeist schon vom Verhältnismässigkeitsgrundsatz her gesehen Zwangsmassnahmen wie eine Razzia nach Art. 228 VE, die Vornahme von Hausdurchsuchungen nach Art. 260 f. VE oder Personendurchsuchungen nach Art. 262 f. VE ausgeschlossen sein, vor allem angesichts der grossen Masse der SVG-Übertretungen mit Bagatelldarakter. Solche Zwangsmittel können aber bei gravierenden Übertretungen, wie sie z.B. im Bereich illegaler Spielbanken vorkommen<sup>86</sup>, notwendig sein.

#### *Festnahmen bei Übertretungen (Art. 421 VE)*

Freiheitsentzug im Übertretungsstrafverfahren kann mit Blick auf die Proportionalität nur in sehr engen Grenzen zulässig sein. Art. 421 VE sieht eine polizeiliche Festnahme nur in den drei Fallkonstellationen und mit der Maximaldauer von 24 Stunden vor. Damit werden die Regelungen übernommen, die bereits nach geltendem Recht in vielen Kantonen die Polizei zur Festnahme bei Übertretungen ermächtigt<sup>87</sup>. Im Übrigen richten sich diese Festnahmen sinngemäss nach Art. 235 ff. und 247-249 VE.

#### *Bussenverfügung; Einstellung (Art. 422 VE)*

Hält die Übertretungsstrafbehörde die fraglichen Tatbestände für erfüllt, erlässt sie eine Bussenverfügung. Dieser Begriff wurde gewählt, da nach neuem Allgemeinem Teil des StGB bei Übertretungen als Strafe lediglich noch Busse vorgesehen ist (nArt. 103 StGB). Dies schliesst allerdings nicht aus, dass im Rahmen der Bussenverfügung als Ersatzsanktion gemeinnützige Arbeit nach nArt. 107 StGB angeordnet wird. Im Regelfall ergeht die

<sup>86</sup> Vgl. Art. 56 des BG über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz) vom 18.12.1998 (SR 935.52).

<sup>87</sup> Siehe z.B. ZH StPO 337; BE StrV 172 Abs. 2; LU StPO 54; SZ StPO 107; NW StPO 56 Abs. 2; SO StPO 41 Abs. 2; JU StPO 88 Abs. 2; allgemein Hauser/Schweri 1999 § 87 N 6 a.E.; Maurer 1999 268; Piquerez 2000 N 2285 Fn. 6; Schmid 1997 N 925; ders. in Donatsch/Schmid 1999 § 337 N 5 ff. m.w.H.

*Bussenverfügung ohne eigentliche Untersuchung*, auch wenn die Übertretungsstrafbehörde eine solche durchführen kann (Abs. 1).

Für den *Inhalt der Bussenverfügung* ist sinngemäss Art. 413 VE anwendbar; eine Begründung ist bei diesen Verfügungen auch hinsichtlich der Busse nicht erforderlich (Abs. 2). Falls die Übertretungsstrafbehörde im konkreten Fall eine Begründung als notwendig erachtet, kann sie eine solche beifügen<sup>88</sup>.

Ist der Straftatbestand nicht erfüllt, erlässt die Übertretungsstrafbehörde in sinngemässer Anwendung von Art. 350 ff. VE eine *Einstellungsverfügung*. Diese ist summarisch zu begründen, wozu in aller Regel zwei oder drei Sätze genügen (Abs. 3). Die Mitteilung erfolgt nach Abs. 4 analog der Regelung im Strafbefehlsverfahren.

## 264.63 Einspracheverfahren (3. Abschnitt, Art. 423-424 VE)

### *Allgemeines (Art. 423 VE)*

Wie beim Strafbefehl ist die *Einsprache auch bei der Bussenverfügung der einzig mögliche Rechtsbehelf* (Abs. 1). Art. 423 VE verweist auf die gleich wie beim Strafbefehl nach Art. 415 Abs. 1 und 3 VE zu beachtenden Formalitäten der Einsprache. Die Einsprache ist demgemäss analog zu Art. 415 Abs. 1 VE zwar schriftlich einzureichen, ab nur zu begründen, wenn sie sich allein auf die finanziellen Nebenfolgen bezieht, weil auch hier wie im Strafbefehlsverfahren vor Gericht ein schriftliches Verfahren stattfindet.

Wurde das *Verfahren eingestellt*, ist wie bei der Einstellung durch die Staatsanwaltschaft die *Beschwerde* zu ergreifen; diese ist an die Beschwerdeinstanz zu richten (Abs. 2). Die Beschwerde ist nach Art. 465 VE schriftlich und begründet einzureichen.

Bereits im Zusammenhang mit der Einstellung und dem Strafbefehl ist darauf hingewiesen worden, dass es Bund und Kantonen freigestellt werden sollte, ob sie einer *übergeordneten Behörde die Kompetenz einräumen wollen, gegen Einstellungen bzw. Strafbefehle Beschwerde bzw. Einsprache zu erheben*. Dieser Kontrollmechanismus ist gerade mit Blick auf die schematisierte Erledigung von Übertretungsstrafverfahren besonders erwünscht. Der Vorentwurf räumt deshalb in Abs. 3 Bund und Kantonen auch im Bereich des Übertretungsstrafrechts die Möglichkeit ein, ein Einspracherecht übergeordneter Behörden wie z.B. einer oberen Verwaltungsbehörde, aber auch der Staatsanwaltschaft oder der Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft vorzusehen<sup>89</sup>.

In gewissen Kantonen ist vorgesehen, dass Übertretungsstrafverfügungen, die nicht durch Einsprache angefochten wurden, *von Aufsichtsbehörden innert einer gewissen Frist wegen Verletzung klaren Rechts aufgehoben werden können*<sup>90</sup>. Ein Recht zur Aufhebung kann zwar als Widerspruch zur richterlichen Unabhängigkeit (Art. 21 Abs. 2 VE) betrachtet werden; da es indessen dazu dient, offensichtlich unhaltbare Bussenverfügungen aufzuheben und sich dies wohl praktisch immer zugunsten der gebüssten Personen auswirkt, dürfte dieser Eingriff rechtsstaatlich vertretbar sein. Auch hier bleibt es Bund oder Kantonen vorbehalten, ob sie ein solches Aufhebungsrecht vorsehen wollen (vgl. Abs. 3).

<sup>88</sup> So BE StrV 265 Abs. 2 für das Strafmandatsverfahren, dazu Maurer 1999 394.

<sup>89</sup> Damit die zuständige Behörde ihr Beschwerderecht ausüben kann, müsste das Recht des Bundes oder der Kantone allerdings noch eine Mitteilungspflicht einführen, die in Art. 422 Abs. 4 VE nicht vorgesehen ist. Ob es sinnvoll ist, dass obere Verwaltungsstellen oder die Staatsanwaltschaft bzw. die General- oder Oberstaatsanwaltschaft die zahlreichen Bussenverfügungen (in einzelnen Kantonen sind es Zehntausende im Jahr) kontrollieren soll, ist eine andere Frage.

<sup>90</sup> So ZH StPO 350 f.



### *Verfahren vor der Übertretungsstrafbehörden (Art. 424 VE)*

Ist Einsprache erhoben, hat die Übertretungsstrafbehörde soweit analog zum Strafbefehlsverfahren (Art. 416 VE) die *Untersuchung nachzuholen*. Dabei können neben den Beschuldigten auch Zeuginnen oder Zeugen, Auskunftspersonen usw. einvernommen werden<sup>91</sup>. Wie beim Strafbefehl hat die Übertretungsstrafbehörde nachfolgend die Möglichkeiten, das Verfahren einzustellen oder eine neue Bussenverfügung zu erlassen. Es ist ohne weiteres möglich, dass die Übertretungsstrafbehörde in dieser Phase des Verfahrens (wie übrigens auch im gerichtlichen Verfahren) nach nArt. 107 StGB an Stelle der Busse eine *gemeinnützige Arbeit* anordnet. Halten die Einsprecher wie die Übertretungsstrafbehörde an ihren Standpunkten fest, geht der Fall ans erstinstanzliche Gericht, d.h. üblicherweise ans Einzelgericht (Abs. 4).

### **264.64 Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht; Aufhebung der Bussenverfügung (4. Abschnitt, Art. 425-426 VE)**

#### *Gerichtliches Einspracheverfahren (Art. 425 VE)*

Das gerichtliche Einspracheverfahren entspricht weitgehend jenem bei Einsprachen gegen Strafbefehle (Art. 417 VE). Daraus folgt auch, dass das gerichtliche Verfahren nach Art. 417 Abs. 6 VE ohne andere Parteianträge schriftlich ist, wenn sich die Einsprache nur auf die finanziellen Nebenfolgen der Bussenverfügung bezieht.

Eine Besonderheit gegenüber dem Strafbefehlsverfahren wie dem Gerichtsverfahren allgemein stellt Abs. 2 dar: Die *Bussenverfügung übernimmt nicht wie der Strafbefehl nach Art. 416 Abs. 4 VE die Funktion der Anklage* für das gerichtliche Verfahren. Somit gilt der Anklagegrundsatz hier nicht. Dies drängt sich nicht zuletzt deshalb auf, weil die Bussenverfügung häufig sehr summarisch abgefasst ist und kaum den Inhalt einer Anklage nach Art. 358 VE aufweist. Das Gericht kann die Beschuldigten vielmehr wegen allen Übertretungen schuldig sprechen, die sich aus den vorliegenden Akten sowie der Gerichtsverhandlung ergeben. Erforderlich ist indessen, dass den Beschuldigten in ausreichendem Mass das rechtliche Gehör gewährt wurde (Abs. 3)<sup>92</sup>. Eine solche Regelung erscheint als mit der BV und EMRK vereinbar, wenn den Beschuldigten im Übrigen ein faires Verfahren vor einem unabhängigen und unvoreingenommenen Richter gewährleistet ist<sup>93</sup>.

#### *Aufhebung einer rechtskräftigen Bussenverfügung (Art. 426 VE)*

Art. 426 VE regelt den Fall, dass eine *Bussenverfügung wegen einer Übertretung erlassen wurde und nachträglich festgestellt wird, dass der fragliche Lebenssachverhalt eigentlich als Verbrechen oder Vergehen hätte verfolgt werden sollen*. So wurde wegen eines Verkehrsunfalls zunächst nur die SVG-Übertretung verfolgt; später stellt sich heraus, dass der Verfolgung der beim Unfall erlittenen Körperverletzung gemäss Art. 125 StGB eigentlich Vorrang gebührt hätte<sup>94</sup>. Oder eine zunächst als Tötlichkeit beurteilte Rauferei muss später als Körperverletzung behandelt werden<sup>95</sup>. In diesen Fällen stellt sich u.a. die Frage, ob der Grundsatz „ne bis in idem“ eine nachträgliche Ahndung des Verbrechens oder Vergehens verbietet.

<sup>91</sup> Zur entsprechenden Kompetenz von Verwaltungsbehörden vgl. Art. 418 Abs. 2 VE.

<sup>92</sup> So schon etwa ZH StPO 349.

<sup>93</sup> Zu diesen Fragen Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 349 N 2 ff.

<sup>94</sup> So im Fall Oliveira, der nachfolgend in Fn. 98 erwähnt wird.

<sup>95</sup> So der Fall in ZR 51 (1952) Nr. 44.

Art. 426 VE ermöglicht es in solchen Fällen der Strafbehörde, die nachträglich den Entscheid wegen des Verbrechens oder Vergehens fällt (z.B. die Staatsanwaltschaft bei Erlass des Strafbefehls; das erstinstanzliche Gericht bei Fällen des erstinstanzlichen Urteils), die *Bussenverfügung aufzuheben*. Dies ist bereits in einzelnen Kantonen gesetzlich vorgesehen<sup>96</sup> oder aber herrschende Praxis<sup>97</sup>. Dieses Vorgehen erscheint als mit dem Grundsatz von „ne bis in idem“ sowie der EMRK vereinbar<sup>98</sup>.

#### **264.7 Jugendstrafverfahren (7. Kapitel)**

Vgl. dazu die Ausführungen vorne in Ziff. 124 und zu Beginn von Ziff. 264.

---

<sup>96</sup> BE StrV 269 für das Strafmandat allgemein; dazu Maurer 1999 397 f.

<sup>97</sup> Etwa Zürich Schmid 1997 N 933; ders. in Donatsch/Schmid 1999 § 342 N 10 f.

<sup>98</sup> Vgl. näher EGMR am 30.7.1998 i.S. Oliveira ca. Schweiz in NZZ Nr. 175 vom 31.7.1998 = VPB 62 (1998) Nr. 127 (Auszug auch in plädoyer 4/98 64 und in RS 2000 Nr. 734). Nach diesem EGMR-Entscheid wäre auch eine Anrechnung der zuerst verhängten Übertretungsstrafe möglich. Zur Thematik ferner ZR 42 (1943) Nr. 130; 51 (1952) Nr. 44; RS 1999 Nr. 570 sowie Haefliger/Schürmann 1999 357; Villiger 1999 N 696.

## 27                    Rechtsmittel (Zehnter Titel)

Rechtsmittel eröffnen den Parteien die Möglichkeit, Entscheide von Strafbehörden zu überprüfen; damit soll unter Behebung von Fehlern des erstinstanzlichen Verfahrens und Entscheides ein richtiges Urteil erreicht werden. Der Anspruch auf Rechtsmittel hat sich in den letzten Jahrzehnten zu einem eigentlichen Grundrecht entwickelt und wird heute auch von der EMRK bzw. Art. 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK vom 22.11.1984<sup>1</sup> sowie von Art. 14 Abs. 5 IPBPR garantiert. Allerdings sind die Unterzeichnerstaaten und damit auch die Schweiz in der Ausgestaltung der Rechtsmittel weitgehend frei<sup>2</sup>. Generell stellen die zur Zeit geltenden schweizerischen Strafprozessgesetze zwar sehr unterschiedliche, aber im Grossen und Ganzen ausreichende Rechtsmittelwege zur Verfügung<sup>3</sup>. Ohne hier auf Einzelheiten und Varianten einzugehen, sei festgehalten, dass diverse Kantone *gegen Urteile* den Parteien sowohl die *Berufung* (Appellation) wie die Nichtigkeitsbeschwerde (Kassationsbeschwerde) ermöglichen<sup>4</sup>. Gewisse Kantone räumen nur die Nichtigkeitsbeschwerde<sup>5</sup> und eine relativ grosse Gruppe lediglich die Berufung ein. Daneben kennen Bund und Kantone die Rechtsmittel der *Beschwerde* und/oder des *Rekurses*, mit denen in erster Linie *verfahrensleitende und/oder verfahrenserledigende Entscheide* angefochten werden können<sup>6</sup>. Weil mindestens teilweise vom Bundesrecht vorgeschrieben (Art. 397 StGB) ist eine grössere Übereinstimmung hinsichtlich der *Wiederaufnahme* (Revision) festzustellen; mit diesem Rechtsmittel können nach eingetretener Rechtskraft Strafsentscheide wieder aufgenommen werden<sup>7</sup>.

Der Vorentwurf präsentiert ein *relativ einfaches Rechtsmittelsystem*: Den Vorschlägen der Experten folgend sieht der Vorentwurf neben der Revision (Wiederaufnahme, 4. Kapitel, Art. 479-485 VE) nur die Rechtsmittel der Berufung (Appellation, 3. Kapitel, Art. 467-478 VE) und der Beschwerde (2. Kapitel, Art. 461-466 VE) vor, wobei letztere die in verschiedenen Prozessordnungen getrennten Rechtsmittel des Rekurses und der Beschwerde zusammenfasst. Der Vorentwurf verzichtet somit auf die Nichtigkeitsbeschwerde. Allerdings ergeben sich in der Ausgestaltung der Berufung Annäherungen an die Nichtigkeitsbeschwerde, indem die Berufung bei gewissen Urteilen nur beschränkt möglich ist.

Dieser Vorentwurf regelt die Rechtsmittel an obere kantonale Instanzen, die Beschwerde in Fällen von Bundeskompetenz an die eidgenössische Beschwerdeinstanz und – falls eine eidgenössische Rechtsmittelinstanz vor dem Bundesgericht geschaffen werden sollte – die Berufung an diese<sup>8</sup>. Nicht geregelt wird die (gegenwärtige) Nichtigkeitsbeschwerde in

<sup>1</sup> Auch für die Schweiz verbindlich, vgl. SR 0.101.07.

<sup>2</sup> Zu dieser Thematik EKMR in VPB 58 (1994) Nr. 104 und 59 (1995) Nr. 125; ferner Aeschlimann 1997 N 1644 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 94 N 12 f.; Maurer 1999 445; Piquerez 2000 N 3239 ff.; Schmid 1997 N 954; Villiger 1999 N 693. – Zum internationalen Stand in der Ausgestaltung der Rechtsmittel vgl. etwa Kinzig in Becker/Kinzig 2000 555 ff.

<sup>3</sup> Dazu näher Hauser/Schweri 1999 § 94 N 13.

<sup>4</sup> Zum Verhältnis von Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde in den verschiedenen Kantonen Clerc 1975 1975 N 63; Hauser/Schweri 1999 § 101 N 10 ff.; Piquerez 2000 N 3412 ff.

<sup>5</sup> Z.T. als *recours* bezeichnet, vgl. etwa VD StPO 410 ff. (*recours en nullité* und *recours en réforme*), zu den Unterschieden siehe Kommentierung von Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 S. 334 ff.

<sup>6</sup> M.w.H. Aeschlimann 1997 N 1698 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 204 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 100 N 1 ff.; Maurer 1999 466 ff., 477 ff.; Oberholzer 1994 521 ff.; Piquerez 2000 N 3367 ff.; Schmid 1997 N 991 ff.

<sup>7</sup> Dazu allgemein Aeschlimann 1997 N 1912 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 223 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 1 ff.; Maurer 1999 525 ff.; Oberholzer 1994 553; Padrutt 1996 Art. 147 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 3484 ff.; Schmid 1997 N 1133 ff.; Aus 29 mach 1 S. 157.

<sup>8</sup> Bereits vorne in Ziff. 221.9 ist zu Art. 27 VE dargelegt worden, dass hier offen bleiben muss, ob eine eidgenössische Berufungsinstanz geschaffen wird.

Strafsachen (Art. 268 ff. BStP) bzw. die Strafrechtsbeschwerde nach dem künftigen BG über das Bundesgericht<sup>9</sup>.

## **271            Gemeinsame Bestimmungen (1. Kapitel; Art. 450-460 VE)**

### **271.1         Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 450-453 VE)**

#### *Anwendbare Vorschriften (Art. 450 VE)*

Das Rechtsmittelverfahren ist nicht in allen Einzelheiten geregelt. Wie in verschiedenen Kantonen<sup>10</sup> sind deshalb nach Abs. 1 auf die Rechtsmittel grundsätzlich die allgemeinen Verfahrensvorschriften anwendbar.

Abs. 2 verweist auf die im Vorentwurf als endgültig bezeichneten Entscheide, also z.B. Art. 238 Abs. 6 VE. Da der Vorentwurf das ausserordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde nicht vorsieht und jeweils nur *ein* Rechtsmittel derselben Art ergriffen werden kann (vgl. Art. 463 Abs. 1 Bst. c VE), sind *gegen solche Entscheide keine Rechtsmittel dieses Gesetzes möglich*. Dies bedeutet, dass gegen einen solchen endgültigen Entscheid zur Zeit allein die Bundesrechtsmittel, also die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde oder die staatsrechtliche Beschwerde und künftig allein die für diese Konstellation vorgesehene, vorstehend erwähnte Strafrechtsbeschwerde gemäss Bundesgerichtsgesetz zur Verfügung stehen.

#### *Legitimation im Allgemeinen (Art. 451 VE)*

Art. 451 VE regelt die Legitimation zu den Rechtsmitteln und entspricht in den Grundzügen den bereits heute geltenden Vorschriften der schweizerischen Prozessgesetze<sup>11</sup>. Auszugehen ist dabei von der Legitimation der Parteien (unter Einschluss der andern Verfahrensbeteiligten im Sinne von Art. 115 Abs. 2 VE), die einen Entscheid anfechten können, wenn sie dadurch beschwert sind (Abs. 1). Wie bereits im Zusammenhang mit Art. 178 VE dargelegt, verzichtet der Vorentwurf darauf, Verbänden Parteirechte und vor allem eine Rechtsmittellegitimation einzuräumen. Im Übrigen ist auf folgende Besonderheiten hinzuweisen:

Die *Privatklägerschaft*<sup>12</sup> kann das Urteil nach der allgemeinen Regel von Abs. 2 sowohl im *Schuld-* wie im *Zivilpunkt* anfechten; entgegen manchen Prozessgesetzen ist sie also nicht auf den Zivilpunkt beschränkt. Mit einer solchen relativ grosszügigen Regelung entfällt die nicht befriedigende Unterscheidung der Rechtsmittellegitimation der „gewöhnlichen“ Privatstraf-

<sup>9</sup> Vgl. Art. 73 des Entwurfs vom 8.11.2000. So auch Aus 29 mach 1 S. 161.

<sup>10</sup> So etwa ZH StPO 398 Abs. 1; LU StPO 240 Abs. 1; UR StPO 208; GL StPO 152 Abs. 1; SZ StPO 142, 148; OW StPO 145; NW StPO 157; ZG StPO 75 Abs. 1; SO StPO 181; BS StPO 180 Abs. 2; BL StPO 185; SH StPO 306; AR StPO 202; AI StPO 129; SG StPO 228; AG StPO 212; VS StPO 191; GE StPO 245.

<sup>11</sup> BStP 270 (in der Fassung vom 23.6.2000; allerdings enger hinsichtlich der Legitimation der Privatklägerschaft); MStP 166, 173, 186; ZH StPO 395; BE StrV 323, 329, 335, 369; LU StPO 233; UR StPO 205; GL StPO 148, 158; SZ StPO 135; OW StPO 135, 140, 152; NW StPO 154, 163; ZG StPO 71, 81; FR StPO 196 ff.; SO StPO 174, 192, 199; BS StPO 168, 174; BL StPO 177; SH StPO 310, 328; AR StPO 198; AI StPO 131; SG StPO 222; GR StPO 139; AG StPO 206; TG StPO 195, 200; TI StPO 287; VD StPO 412 ff.; VS StPO 168, 178 ff.; NE StPO 234, 243; GE StPO 239, 338; JU StPO 326. Allgemein Aeschlimann 1997 N 1683 ff., 1704 ff., 1735 f., 1759 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 198 N 1 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 S. 332 f.; 365 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 96 N 4 ff.; Maurer 1999 453 ff.; Oberholzer 1994 514 f., 523 ff., 532 f., 548 f.; Padrutt 1996 Art. 139 N 2 ff.; Piller/Pochon 1998 Kommentierung zu Art. 196 ff.; Piquerez 2000 N 3278 ff.; Schmid 1997 N 965 ff.

<sup>12</sup> Hatten die Geschädigten noch gar keine Gelegenheit, sich nach Art. 125 ff. VE als Privatklägerschaft zu konstituieren (z.B. bei Nichtanhandnahmeverfügungen, aber auch dann, wenn sie in Verletzung von Art. 127 Abs. 5 VE nicht aufgefordert wurden, eine solche Erklärung abzugeben), können selbstredend auch sie Rechtsmittel einlegen.

kläger einerseits und der Opfer andererseits. Fraglich ist indessen, ob der Privatklägerschaft die Rechtsmittellegitimation generell auch im *Strafpunkt* eingeräumt werden sollte<sup>13</sup>. Der Vorentwurf verzichtet darauf, der Privatklägerschaft (und damit auch dem Opfer) die Rechtsmittellegitimation in diesem Punkt zuzugestehen, weil die Privatklägerschaft an Art und Umfang der Sanktionierung höchstens indirekt interessiert sein kann. Vor allem wirkt sie sich nicht auf die Zivilansprüche aus. Folglich soll im Strafpunkt allein die Staatsanwaltschaft rechtsmittellegitimiert sein. Zu beachten ist, dass hinsichtlich bestimmter Rechtsmittel im Zivilpunkt in Art. 467 Abs. 5 VE und Art. 480 Abs. 2 VE weitere Einschränkungen, die sich allerdings nicht allein auf die Privatklägerschaft beziehen, vorgesehen sind.

Abs. 3 regelt die Legitimation der Angehörigen verstorbener Beschuldiger oder Privatkläger, Rechtsmittel einzulegen oder bereits eingelegte Rechtsmittel weiterzubetreiben. Angehörige nach Art. 110 Ziff. 2 StGB/nArt. 110 Abs. 1 StGB sind nach Abs. 3 generell zu Rechtsmitteln legitimiert. Damit wird der allgemeine Grundsatz der Rechtsnachfolge nach Art. 126 Abs. 1 VE weitergeführt. Diese Regelung geht allerdings weiter als viele der geltenden Strafprozessordnungen, auch weiter als Art. 270 Bst. b BStP<sup>14</sup>, der ausdrücklich zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nur die Angehörigen der Beschuldigten zulässt. Sie vermeidet indessen kompliziertere Bestimmungen, die erforderlich wären, um den Hinterbliebenen von Opfern und Strafantragstellern doch Rechtsmittelmöglichkeiten einzuräumen.

#### *Legitimation der Staatsanwaltschaft (Art. 452 VE)*

Art. 452 VE präzisiert in Abs. 1 und 4 die *Rechtsmittellegitimation der Staatsanwaltschaft*. Bund und Kantone bestimmen, welche Staatsanwaltschaft, also beispielsweise die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft, zur Einlegung der Rechtsmittel berechtigt sind. Sie haben auch zu regeln, wer im Übertretungsstrafverfahren zu Rechtsmitteln legitimiert sind, also beispielsweise die Staatsanwaltschaft oder/und eine obere Verwaltungsbehörde (Abs. 2)<sup>15</sup>.

Die *Rechtsmittellegitimation der Staatsanwaltschaft des Bundes* in Abs. 3 entspricht materiell dem geltenden Recht nach Art. 266, 267 und 270 Bst. d<sup>16</sup> sowie Art. 80 Abs. 2 VStrR<sup>17</sup>.

#### *Sicherheitsleistung (Art. 453 VE)*

Der *Privatklägerschaft* werden zwar nach Art. 451 Abs. 1 und 2 VE sehr weitgehende Rechtsmittelbefugnisse eingeräumt. Das Gegenstück bilden indessen Art. 496, 497 und 502 VE, die unter den dort genannten Voraussetzungen die Privatklägerschaft kosten- und entschädigungspflichtig machen. Damit die daraus abzuleitenden Ansprüche bei Rechtskraft der Endentscheide auch wirklich vollstreckt werden können, sieht Abs. 1 vor, dass die Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz von der Privatklägerschaft entsprechende *Kautionen* verlangen kann. Es wird Aufgabe der Gerichte sein, bei Rechtsmitteln von *Opfern* von dieser Regelung nur zurückhaltend Gebrauch zu machen<sup>18</sup>.

Von *Beschuldigten*, die Rechtsmittel ergreifen, sollten grundsätzlich keine Sicherheitsleistungen verlangt werden. Bei Antragsdelikten, namentlich Ehrverletzungen, die primär im privaten und nicht öffentlichen Interesse verfolgt werden, kann die Sicherstellung der Kosten jedoch angebracht sein. Abs. 2 räumt deshalb die Möglichkeit ein, auch von Beschuldigten Sicherheitsleistungen zu verlangen, doch wird davon nur ausnahmsweise Gebrauch zu machen sein.

<sup>13</sup> Zu dieser Thematik vorab aus der Sicht des geltenden OHG Maurer 2000 310 f.

<sup>14</sup> Fassung vom 23.6.2000, BBl 2000 3545.

<sup>15</sup> Soweit analog Art. 423 Abs. 3 VE zur Einsprachelegitimation.

<sup>16</sup> Fassung vom 23.6.2000, BBl 2000 3545.

<sup>17</sup> Dazu Aeschlimann 1997 N 1710; Hauser/Schweri 1999 § 96 N 5 f.; Maurer 1999 472; Piquerez 2000 N 3281 f.; Schmid 1997 N 973.

<sup>18</sup> Siehe Maurer 2000 313.

Selbstverständlich darf die Mittellosigkeit der betreffenden Partei den Rechtsmitteln nicht im Weg stehen. Sind die *Voraussetzungen für die unentgeltliche Prozessführung* gegeben, ist auf die Sicherheitsleistung zu verzichten (vgl. auch Art. 347 Abs. 3 VE).

## **271.2 Allgemeine Vorschriften zum Rechtsmittelverfahren (2. Abschnitt, Art. 454-460 VE)**

### *Form und Frist im Allgemeinen (Art. 454 VE)*

Die Form- und Fristvorschriften von Art. 454 VE müssen nicht einlässlich erläutert werden. Anlass zu Diskussionen könnte allenfalls die 10-tägige Rechtsmittelfrist, die für sämtliche Rechtsmittel gilt, geben. Der Vorentwurf bemisst auch die übrigen gesetzlichen Fristen regelmässig mit 10 Tagen (vgl. etwa Art. 415 Abs. 1 oder Art. 423 Abs. 1 VE). Verschiedene Strafprozessgesetze sehen ebenfalls diese Frist vor<sup>19</sup>, während in anderen längere Fristen (z.B. 20 Tage<sup>20</sup>) erscheinen. Allgemein steht dem Interesse der Parteien, über längere Fristen zu verfügen, das Interesse, über die Frage des Rechtsmittels und damit der Rechtskraft möglichst bald Klarheit zu schaffen, gegenüber. Wesentlich ist, dass die Rechtsmittelfrist im wichtigsten Fall der Berufung gegen Sachurteile mit der Aushändigung oder Zustellung des Urteilsdispositivs (Art. 96 Abs. 2 VE) zu laufen beginnt (Abs. 2 Bst. a). Wenn bei Entscheiden, die nicht einem Sachurteil entsprechen, kein Urteilsdispositiv ausgehändigt wird (so bei verfahrensleitenden Entscheiden, z.B. einem Haftentscheid nach Art. 240 VE, der nach Art. 241 VE mit Beschwerde angefochten werden kann), läuft die Frist ab Zustellung des schriftlichen Entscheids (Abs. 2 Bst. b). Bei andern Verfahrenshandlungen ohne formalisierte, also schriftliche Eröffnung i.S. von Abs. 2 Bst. a oder b läuft die Frist ab Kenntnisnahme der Handlung (Abs. 2 Bst. c).

Abs. 3 bezieht sich auf die Möglichkeit von Bund und Kantonen nach Art. 452 Abs. 1 VE, die *Rechtsmittellegitimation einer General- oder Oberstaatsanwaltschaft* einzuräumen. Da das Urteil auch in diesem Fall bei der Staatsanwaltschaft eingeht und diese den Entscheid zunächst an die General- und Oberstaatsanwaltschaft weiterleiten muss, ist die 10-tägige Frist im Regelfall zu knapp. Bund und Kantonen wird daher mit Abs. 3 die Möglichkeit eingeräumt, abweichende Vorschriften über den Fristenlauf vorzusehen, also z.B. die Rechtsmittelfrist erst ab Eingang des Entscheids bei der General- oder Oberstaatsanwaltschaft laufen zu lassen.

### *Verzicht und Rückzug (Art. 455 VE)*

Art. 455 Abs. 1 VE übernimmt die im schweizerischen Strafprozessrecht allgemein bekannte Regel, dass zwar nicht vor Erlass eines Entscheides, hingegen nachher *auf ein Rechtsmittel verzichtet werden kann*<sup>21</sup>. Ein solcher Verzicht ist damit auch verbindlich, wenn er z.B. nach der mündlichen Eröffnung, aber vor Zustellung der schriftlichen Begründung erklärt wird.

<sup>19</sup> So z.B. ZH StPO 431 für die Nichtigkeitsbeschwerde; in der Regel auch in BE, vgl. Maurer 1999 463; ferner LU StPO 234bis, 248, 253; UR StPO 213, 221; GL StPO 146, 159; SZ StPO 146, 154; ZG StPO 82; FR StPO 203, SO StPO 176, 184, 200, 206; BS StPO 169, 177; BL StPO 178; SH StPO 311,330; AI StPO 138, 146; TG StPO 197; VS StPO 169; NE StPO 236.

<sup>20</sup> Z.B. ZH StPO 404 Abs. 1, 412 Abs. 1 für Rekurs und Berufung; OW StPO 136, 153; NW StPO 155, 164; GR StPO 142, 139; AG StPO 214, 218; NE StPO 244. Andere Fristen z.B. in ZG StPO 71, TI StPO 289 (5 Tage); AR StPO 206, 214; GE StPO 241 (14 Tage); VS StPO 186 (30 Tage).

<sup>21</sup> Siehe z.B. LU StPO 231 Abs. 1 Ziff. 2; SO StPO 171 Abs. 2 Bst.b; BS StPO 178; BL StPO 181, 182 Abs. 4. Aeschlimann 1997 N 1665; Hauser/Schweri 1999 § 94 N 16; Maurer 1999 466; Oberholzer 1994 516; Piquerez 2000 N 3309 f.; Schmid 1997 N 974, 983. - Zur Frage des Verzichts usw. bei Verteidigung, Vertretung etc. Art. 134 Abs. 3 VE.

Nach Abs. 2 ist ein Rückzug allgemein ausgedrückt möglich, *bis die Rechtsmittelinstanz zur Beratung übergeht*. Diese Regelung entspricht weitgehend den vorhandenen kantonalen Gesetzen<sup>22</sup>.

Abs. 3 geht auf die in den Prozessgesetzen kaum geregelte und strittige Frage ein, ob ein *Verzicht oder Rückzug nachträglich z.B. wegen Willensmängel angefochten werden könne*. Im Einklang mit einzelnen Entscheiden<sup>23</sup> sowie Äusserungen in der Literatur<sup>24</sup> sind Verzicht und Rückzug endgültig, es sei denn, diese seien durch Täuschung, eine Straftat (z.B. Nötigung) oder eine falsche Behördenauskunft bewirkt worden.

#### *Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen (Art. 456 VE)*

Grundsätzlich haben nach Abs. 1 *Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung*. Entscheide werden also trotz Einlegen eines Rechtsmittels sofort vollstreckbar<sup>25</sup>. Als Ausnahme ist bei der Berufung die aufschiebende Wirkung vorgesehen (näher Art. 470 Abs. 3 und 4), was dem in der Schweiz geltenden Rechtszustand entsprechen dürfte.

Die in Abs. 2 und 3 vorgesehenen *verfahrensleitenden Massnahmen* bedürfen keiner weiteren Erläuterung.

#### *Beweisergänzungen (Art. 457 VE)*

Art. 457 VE ist das Korrelat zu der in diesem Vorentwurf verstärkten Unmittelbarkeit vor allem in den nicht einzelgerichtlichen Fällen. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang Abs. 2. *Ein Anspruch auf Unmittelbarkeit besteht nur einmal*: Wurden etwa im Rahmen des qualifizierten Beweisverfahrens (Art. 376-378 VE) Beweise vom erstinstanzlichen Gericht abgenommen, so werden diese Beweise von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht nochmals abgenommen<sup>26</sup>. Eine nochmalige Beweisabnahme findet nur ausnahmsweise statt, wenn die erstinstanzlichen Beweiserhebungen aus einem der in Bst. a-c von Abs. 2 erwähnten Gründen als unzuverlässig erscheinen.

#### *Besondere Regeln für das schriftliche Verfahren (Art. 458 VE)*

Der Vorentwurf sieht im Rechtsmittelverfahren nicht nur bei der Beschwerde (Art. 466 Abs. 1 VE), sondern teilweise auch bei der Berufung (Art. 472-473 VE) und der Revision (Art. 482 Abs. 1 VE) ganz oder teilweise ein schriftliches Verfahren vor. Art. 458 VE enthält für dieses schriftliche Verfahren einige allgemeine Regeln.

Hinzuweisen ist nur auf Abs. 6, der es *ermöglicht, trotz vorgesehenem schriftlichen Verfahren eine mündliche Verhandlung anzusetzen*. Damit kann den z.T. eher unklaren und sich im Übrigen wandelnden Ansichten zum EMRK-Anspruch auf ein mündliches, öffentliches Verfahren Rechnung getragen werden. Die Vorschrift gestattet beispielsweise, anstelle des an sich schriftlichen Berufungsverfahren bei Übertretungen (Art. 472 Abs. 1 Bst. c VE) ein

<sup>22</sup> Ähnlich MStP 175 Abs. 1; BE StrV 342; SH StPO 326; SG StPO 226; VD StPO 437; Piquerez 2000 N 3309. Teilweise wird ein Rückzug bis zum Erlass des Rechtsmittelentscheides für möglich gehalten, Schmid 1997 N 983.

<sup>23</sup> So z.B. ZR 57 (1958) Nr. 131; 60 (1961) Nr. 46; 76 (1977) Nr. 111.

<sup>24</sup> Siehe dazu mit unterschiedlichen Ansätzen Aeschlimann 1997 N 1665 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 43 N 19 f.; Oberholzer 1994 516; Piquerez 2000 N 3309; Schmid 1997 N 546.

<sup>25</sup> Zu suspensiven und nicht suspensiven Rechtsmitteln und den damit verknüpften Rechtskraftproblemen Aeschlimann 1997 N 1672 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 95 N 6 ff.; Maurer 1999 451 f.; Oberholzer 1994 513 f.; Piquerez 2000 N 3321 ff.; Schmid 1997 N 955 ff.

<sup>26</sup> So im Ergebnis für die Berufung Aus 29 mach 1 S. 160 oben. Auch international gesehen besteht die Tendenz in Richtung Verzicht auf nochmalige Beweisabnahme im Rechtsmittel-, vor allem Berufungsverfahren, Kinzig in Becker/Kinzig 2000 609 ff.

mündliches, öffentliches Verfahren durchzuführen, wenn die Beschuldigten dies verlangen und die Umstände ein öffentliches Verfahren nahe legen.

#### *Bindung an die Anträge der Parteien (Art. 459 VE)*

Das Strafverfahren ist vom *Grundsatz der materiellen Wahrheit* sowie vom *Legalitätsprinzip* (vgl. Art. 6 und 7 VE) beherrscht, d.h. das Strafrecht ist von Amtes wegen und unabhängig von den Anträgen der Parteien und gestützt auf die materielle Wahrheit durchzusetzen. Diese Grundsätze gelten auch im Rechtsmittelverfahren: Die Rechtsmittelinstanz hat, wenn ein Rechtsmittel ergriffen wurde, ihr Urteil allein dem Recht verpflichtet und unabhängig von den Parteianträgen zu fällen (Abs. 1).

Allerdings gilt diese Grundregel nicht unbeschränkt: Neben der Möglichkeit der Begrenzung der Berufung (Art. 468 VE) findet sie ihre *Schranken vor allem im Verschlechterungsgebot (Verbot der reformatio in peius)*. Bereits heute ist es der Rechtsmittelinstanz nach den meisten schweizerischen Strafprozessgesetzen verboten, einen Entscheid zum Nachteil der Beschuldigten zu fällen, wenn diese allein das Rechtsmittel ergreifen<sup>27</sup>. Abs. 2 umreisst diesen Grundsatz, der für Beschuldigte wie die Privatklägerschaft gilt, näher. Der Vorentwurf folgt damit jenen Kantonen, die lediglich eine schwerere Bestrafung, nicht aber z.B. eine Schuldigsprechung wegen eines schwereren Delikts verbieten<sup>28</sup>.

*Abs. 3 schränkt das Verbot der reformatio in peius ein*, wobei hier eine Schnittstelle dieser Maxime mit einem revisionsähnlichen Sachverhalt geregelt wird: Es wäre stossend, wenn Tatsachen, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eintraten oder Beweismittel und Akten, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingehen, nicht – auch zum Nachteil der Beschuldigten – verwendet werden könnten. Würden z.B. ausländische Beschuldigte erstinstanzlich in der Annahme verurteilt, sie seien nicht vorbestraft, und geht nachträglich ein Vorstrafenbericht ein, der sie als vielfach vorbestrafte Berufsverbrecher ausweist, wäre es kaum zu rechtfertigen, diese neuen Erkenntnisse nicht auch zum Nachteil der Rechtsmittelkläger verwenden zu dürfen<sup>29</sup>.

#### *Ausdehnung gutheissender Rechtsmittelentscheide (Art. 460 VE)*

Diese Bestimmung, die im Interesse der fairen Behandlung sowie zur Vermeidung von nachträglichen Revisionsgesuchen eine Ausdehnung gutheissender Rechtsmittelentscheide auf andere Verfahrensbeteiligte vorsieht, ist schon vielen Strafprozessordnungen bekannt<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Siehe die im Detail unterschiedlichen Regelungen in BStP 227 Abs. 2; MStP 182 Abs. 2; ZH StPO 399; BE StrV 337 und 358 Abs. 2; LU StPO 236 Abs. 2; UR StPO 229 Abs. 3; GL StPO 154 Abs. 3; SZ StPO 136; OW StPO 150 Abs. 2; NW StPO 152 Abs. 1; FR StPO 221; SO StPO 165; BS StPO 164 Abs. 2; BL StPO 192 Abs. 2; SH StPO 323 Abs. 2; AR StPO 199 Abs. 1; AI StPO 145 Abs. 2, SG StPO 246 Abs. 3; GR StPO 146 Abs. 1; AG StPO 210; TG StPO 209 Abs. 1; NE StPO 251; GE StPO 246, 356, 366; VS StPO 193; JU StPO 338, 354. Eine Verschlechterung gestattet ZG StPO 75 Abs. 2. Allgemein zu diesem Grundsatz Aeschlimann 1997 N 1849 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 199 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 98 N 1 ff.; Kolly 1995 294 ff.; Maurer 1999 458 ff.; Oberholzer 1994 540; Padrutt 1996 Art. 146 N 3; Piller/Pochon 1998 Art. 221.1 ff.; Piquerez 2000 N 3341 ff.; Poncet 1978 Kommentierung zu Art. 246 S. 325 f.; Schmid 1997 N 984 ff.

<sup>28</sup> Zu den verschiedenen kantonalen Regelungen im Überblick Hauser/Schweri 1999 § 98 N 5 ff.

<sup>29</sup> So oder ähnlich bereits nach einzelnen kantonalen Gesetzen, vgl. etwa GL StPO 154 Abs. 3; OW StPO 149; NW StPO 152 Abs. 2; SH StPO 323 Abs. 3; AR StPO 199 Abs. 2, 3; SG StPO 246 Abs. 3, 247; TG StPO 209 Abs. 1; vgl. zu dieser Frage Hauser/Schweri 1999 § 98 N 12 f.

<sup>30</sup> Siehe etwa ZH StPO 400; LU StPO 238; UR StPO 206; SZ StPO 137; OW StPO 150 Abs. 3; NW StPO 153; BS StPO 164 Abs. 3; SH StPO 308; AR StPO 200; AI StPO 134; SG StPO 227; GR StPO 146 Abs. 3; AG StPO 211; TG StPO 209 Abs. 3; TI StPO 297. Zu diesem Grundsatz Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 200 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 98 N 16 ff.; Padrutt 1996 Art. 146 N 5; Schmid 1997 N 989 f.; ders. in Donatsch/Schmid 1996 Art. 400 N 1 ff. Teilweise ist dieser Grundsatz auf einzelne Beweismittel



Die Regel ist dabei nur anwendbar, wenn der eingeklagte Sachverhalt anders beurteilt wird. Sie greift also nicht, wenn z.B. das Tatverschulden der Beschuldigten, die das Rechtsmittel ergriffen, vom Berufungsgericht anders als von der Vorinstanz gewürdigt und deshalb eine Reduktion der Freiheitsstrafe vorgenommen wird.

## 272            **Beschwerde (2. Kapitel; Art. 461-466 VE)**

### 272.1        **Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 461-464 VE)**

#### *Gegenstand (Art. 461 VE)*

Art. 461 VE regelt den Anwendungsbereich der Beschwerde sowie die Kognition, d.h. die Beschwerdegründe, die mit diesem Rechtsmittel vorgebracht werden können.

Zunächst grenzt Abs. 1 die Beschwerde von der Berufung ab: Die Beschwerde ist ein *subsidiäres Rechtsmittel*<sup>31</sup>, das nur zur Verfügung steht, wenn gegen den fraglichen Entscheid keine Berufung erhoben werden kann. Die Berufung ihrerseits steht gegen erstinstanzliche (Sach)Urteile zur Verfügung (näher Art. 467 VE). Daraus folgt, dass die Beschwerde allgemein ausgedrückt *gegen prozessleitende und prozesserledigende Verfügungen und Beschlüsse möglich ist*.

Nach Abs. 1 und 2 ist die Beschwerde ein *ordentliches, vollkommenes Rechtsmittel*, mit dem grundsätzlich *alle Mängel des angefochtenen Entscheides* geltend gemacht werden können<sup>32</sup>. Geltend gemacht werden können somit Fehler in der Sachverhaltsermittlung und der Rechtsanwendung unter Einschluss des fehlerhaften Anwendung des Ermessens. Mit der Beschwerde kann aber auch die Rechtsverweigerung sowie die Verfahrensverzögerung gerügt werden. Damit stellt die Beschwerde ausserhalb der Berufung ein umfassender Rechtsbehelf dar, der auch die nach einzelnen kantonalen Rechten mit einem besonderem Behelf (z.B. *Aufsichts-*<sup>33</sup>, *Rechtsverweigerungs-*<sup>34</sup>, *Justizaufsichts-*<sup>35</sup> sowie ähnlich der *Disziplinarbeschwerde*<sup>36</sup>) zu rügende Verhaltensweisen einschliesst.

Abs. 2 unterstreicht den Charakter der Beschwerde als vollkommenes Rechtsmittel: Im *Beschwerdeverfahren können neue Behauptungen und Beweise* vorgebracht werden. Im Sinne der Verfahrensökonomie ist die beschwerdeführende Partei aber mit Behauptungen und Beweismittel ausgeschlossen, die sie bereits vor dem angefochtenen Entscheid hätte vorbringen können.

#### *Anfechtbare Verfahrenshandlungen (Art. 462 VE)*

Art. 462 VE listet die Fälle auf, in denen eine Beschwerde zulässig ist<sup>37</sup>:

---

beschränkt, in BE StrV 370 Abs. 3 etwa auf die Revision, dazu Aeschlimann 1997 N 1933 ff.; Maurer 1999 530.

<sup>31</sup> Für subsidiären Charakter auch Aus 29 mach 1 S. 158. Zu den Kategorien der primären und subsidiären Rechtsmittel allgemein Hauser/Schweri 1999 § 95 N 13; Maurer 1999 450; Oberholzer 1994 514; Schmid 1997 N 957.

<sup>32</sup> Zu diesen Unterscheidungen allgemein Aeschlimann 1997 N 1672 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 95 N 1 ff.; Maurer 1999 450 ff.; Oberholzer 1994 513 f.; Piquerez 2000 N 3258 ff.; Schmid 1997 N 955 ff. Für den Charakter der Beschwerde als vollkommenes Rechtsmittel auch Aus 29 mach 1 S. 157.

<sup>33</sup> So in ZH GVG 108 ff.; UR StPO 239, GOG 58; AR StPO 233 ff. Als Beschwerde bezeichnet in BE StrV 327 ff.; LU StPO 261 ff.

<sup>34</sup> Etwa SG StPO 254 ff.

<sup>35</sup> So in GR GVG 34; dazu Padrutt 1996 Art. 140 N 1 ff.

<sup>36</sup> Etwa AG GOG 73, 80, 84.

<sup>37</sup> Die nachfolgenden Möglichkeiten entsprechen im Grossen und Ganzen den Vorschlägen der Experten in Aus 29 mach 1 S. 157 f. Zu den mit Rekurs oder Beschwerde nach den geltenden Strafprozessordnungen anfechtbaren Verfahrenshandlungen m.w.H. Hauser/Schweri 1999 § 100 N 9 ff.; Piquerez 2000 N 3371 ff.

- Nach Bst. a gegen die *Zwangsmassnahmen der Polizei im selbstständigen Ermittlungsverfahren* nach Art. 333-337 VE<sup>38</sup>: Damit wird den von solchen Massnahmen betroffenen Personen etwa bei vorläufigen Festnahmen, Hausdurchsuchungen u.a. die Möglichkeit einer Beschwerde eingeräumt, die bis anhin mindestens im Rahmen des Strafprozessrechts häufig nicht gegeben war. Da die Zwangsmassnahmen sofort in die Verantwortlichkeit der Staatsanwaltschaft übergehen, ist davon auszugehen, dass es sich hier um nachträgliche Beschwerden handeln wird und dass diese nicht sehr häufig sein werden.
- Nach Bst. b gegen die *Verfügungen und allgemein das Verfahren der Staatsanwaltschaften und der Übertretungsstrafbehörden*: Im Vordergrund stehen hier die *verfahrensleitenden Verfügungen*, also beispielsweise die Zwangsmassnahmen wie Beschlagnahmen usw. Angefochten werden können indessen grundsätzlich jede Verfahrenshandlung und auch jede Unterlassung; bei der letzteren dürfte in der Regel eine behauptete Rechtsverweigerung im Zentrum stehen. Dieses sehr weitgehende Beschwerderecht ist wie bereits an anderer Stelle angeführt<sup>39</sup> das Gegengewicht zur Konzentration der Befugnisse im Vor- und Zwischenverfahren in der Hand der Staatsanwaltschaft. Anfechtbar sind sodann die *verfahrenserledigenden Verfügungen*, also die *Sistierungs- und Einstellungsverfügungen*, der Staatsanwaltschaft und der Übertretungsstrafbehörden<sup>40</sup>.
- Nach Bst. c gegen das Verfahren und die *verfahrensleitenden wie auch verfahrenserledigenden Verfügungen und Beschlüsse der erstinstanzlichen Gerichte*: Verfahrenserledigende Beschlüsse und Verfügungen, die nicht als Urteile ergehen, sind also mit Beschwerde und nicht der Berufung anzufechten. Es sind dies beispielsweise Endentscheide im selbstständigen Massnahmeverfahren, die als Beschlüsse ergehen (vgl. Art. 406 Abs. 1 und 411 Abs. 1 VE).
- Nach Bst. d *nur beschränkt gegen die Beschlüsse des Zwangsmassnahmengerichts*: Nach den Bestimmungen, die die Rolle dieser Instanz bei einzelnen Zwangsmassnahmen regeln sind etwa die Entscheide im Haftverfahren nur in den Schranken von Art. 238 Abs. 6 und 241 VE anfechtbar.

Aus dieser Umschreibung ergibt sich, dass die Beschwerde allgemein formuliert nur gegen Verfahrenshandlungen unterer Strafbehörden zulässig ist. Eine *Beschwerde gegen Entscheide usw. der Beschwerdebehörden sowie des Berufungsgerichts ist somit ausgeschlossen*. Im Instanzenlauf gibt es daher nur einmal eine Beschwerde und Beschwerdeentscheide sind damit endgültig. Vorbehalten bleiben naturgemäss die Rechtsmittel nach OG und BStP bzw. künftig nach dem BG über das Bundesgericht.

#### *Ausschluss der Beschwerde (Art. 463 VE)*

Abs. 1 sieht im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und –ökonomie gewisse Beschränkungen des Beschwerderechts vor. Zunächst wäre es nicht sinnvoll, über *Entscheide der Staatsanwaltschaft und der Übertretungsstrafbehörden, mit denen Beweisanträge verworfen wurden*, ein Beschwerdeverfahren zuzulassen (Bst. a)<sup>41</sup>. Diese Anträge können vor der urteilenden Instanz wiederholt werden (vgl. Art. 364 Abs. 4 VE).

<sup>38</sup> Diese Anfechtbarkeit befürworteten die Experten in Aus 29 mach 1 S. 157.

<sup>39</sup> Vorne Ziff. 133.1.

<sup>40</sup> Zum gegenwärtigen Rechtszustand in den Kantonen mit Hinweisen auf die verschiedenen Rechtsmittelwege etwa bei instanzabschliessenden Vor- und Zwischenentscheiden, m.w.H. Aeschlimann 1997 N 1700 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 204 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 100 N 10; Maurer 1999 467 ff., 483 ff., 491; Oberholzer 1994 523; Padrutt 1996 Art. 138 N 2; Piquerez 2000 N 3373; Schmid 1997 N 998.

<sup>41</sup> Solche Einschränkungen sind im schweizerischen Strafverfahrensrecht bereits bekannt, siehe z.B. ZH StPO 403 Abs. 1; SZ StPO 141 Abs. 1; FR StPO 202 Abs. 2 Bst.a.

Werden *während der Hauptverhandlung Anträge mit separatem Beschluss bzw. Verfügung behandelt*, stellt sich die Frage, ob die nach Art. 462 Bst. c VE an sich zulässige Beschwerde sinnvoll wäre. Würde man dieses Rechtsmittel zulassen, müsste dies zu einer Unterbrechung der Hauptverhandlung und damit zu Verfahrensverzögerungen führen. In Übereinstimmung mit verschiedenen geltenden Prozessgesetzen<sup>42</sup> wird in diesen Fällen die sofortige Beschwerde ausgeschlossen. Die Konsequenz ist, dass allfällige Mängel dieser Zwischenentscheide, soweit sie sich auf den Endentscheid auswirken, mit diesem anzufechten sind.

Abs. 1 Bst. c stellt klar, dass gegen Beschwerdeentscheide nicht ein zweites Mal die Beschwerde zulässig ist; *Beschwerdeentscheide sind mit andern Worten endgültig*.

Abs. 2 verdeutlicht, dass ausserhalb von Art. 463 VE das *Beschwerderecht im Vorentwurf noch an anderen Stellen eingeschränkt ist*. So ist auf die Beschränkungen im Vor- und Zwischenverfahren nach Art. 328 und 360 Abs. 3 VE zu verweisen.

### *Beschwerdebehörden (Art. 464 VE)*

Der Vorentwurf sieht *zwei Beschwerdebehörden* vor:

Soweit sich die Beschwerden gegen Zwangsmassnahmen der Polizei, verfahrensleitende Verfügungen sowie das Verfahren der Staatsanwaltschaften und der Übertretungsstrafbehörden allgemein richtet, wird das *Zwangsmassnahmengericht* als Beschwerdebehörde eingesetzt (Abs. 1). Das Zwangsmassnahmengericht hat damit auch Rechtsverzögerungsbeschwerden zu behandeln. Mit der Zuweisung dieser verschiedenen Kompetenzen erhält das Zwangsmassnahmengericht wie schon erwähnt<sup>43</sup> die Funktion eines eigentlichen Zwangsmassnahmen- und Untersuchungsgerichts<sup>44</sup>.

Abs. 2 weist die übrigen Beschwerden der *Beschwerdeinstanz (Art. 26 VE)* zur Behandlung zu. Wenn Bst. a die „Verfügungen der Staatsanwaltschaft und der Übertretungsstrafbehörden in den gesetzlich vorgesehenen Fällen“ erwähnt, so sind damit primär die *Einstellungsverfügungen* gemeint (vgl. Art. 355 und 423 Abs. 2 VE). Da es sich bei Einstellungen um Endentscheide handelt, die einem Sachentscheid nahe kommen, wird dafür eine Instanz auf einer oberen Hierarchiestufe vorgesehen.

Abs. 3 soll der Verfahrensvereinfachung dienen: In *Beschwerdesachen von geringfügigerer Bedeutung* soll der Fall nicht vom Plenum des Zwangsmassnahmengerichts oder der Beschwerdeinstanz behandelt werden. Vielmehr entscheidet die Verfahrensleitung der zuständigen Instanz allein. Dies betrifft einerseits Übertretungen. Andererseits entscheidet die Verfahrensleitung als Einzelgericht, wenn Gegenstand der Beschwerde nur die wirtschaftlichen Nebenfolgen eines Straffalles wie Kosten- und Entschädigungen, Einziehungen usw. bilden und der strittige Betrag, bei mehreren konkurrierenden Begehren die strittigen Summen zusammengezählt, Fr. 5'000.-- nicht überschreitet.

## **272.2 Verfahren und Entscheid (2. Abschnitt, Art. 465-466 VE)**

### *Frist und Form (Art. 465 VE)*

Art. 465 VE stellt klar, dass das Beschwerdeverfahren grundsätzlich schriftlich ist (vgl. auch Art. 466 Abs. 1 VE). Es ist deshalb erforderlich, dass der Beschwerdeführer innert der

<sup>42</sup> Siehe z.B. ZH StPO 403 Abs. 2; SZ StPO 141 Abs. 2; NW StPO 163 Abs. 3; FR StPO 202 Abs. 2 Bst.b; AG StPO 213 Abs. 2; TG StPO 211 Abs. 2.

<sup>43</sup> Ziff. 221.5.

<sup>44</sup> Wie schon erwähnt dem Tessiner Instruktions- und Haftgericht (*Giudice dell'istruzione e dell'arresto*) angenähert, vgl. TI StPO 97 ff., 279 ff.; TI GVG 60-60b.

10-tägigen Frist von Art. 454 Abs. 1 VE eine entsprechende Rechtsmittelschrift einreicht, die auch die notwendige Begründung enthält (Abs. 1).

Abs. 2 bezieht sich auf die Funktion der Beschwerde als Rechtsbehelf gegen Rechtsverweigerung und Verfahrensverzögerung; hier ist die Beschwerde an keine Frist gebunden.

#### *Verfahren und Entscheid (Art. 466 VE)*

Art. 466 VE enthält die wesentlichsten Grundsätze des (schriftlichen) Beschwerdeverfahrens, für das im Übrigen Art. 458 VE gilt. Abs. 2 gibt der Beschwerdebehörde die Möglichkeit, entweder im Sinne eines *reformatorischen Rechtsmittels*<sup>45</sup> einen neuen Entscheid zu fällen, der an die Stelle des vorinstanzlichen Entscheides tritt. Die Beschwerdebehörde kann den angefochtenen Entscheid aber auch im Sinne eines *kassatorischen Rechtsmittels* aufheben und die Sache zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückweisen.

Abs. 3 geht auf den Sonderfall ein, dass die Beschwerdeinstanz *eine Beschwerde gegen eine Einstellungsverfügung i.S. von Art. 350 oder 423 Abs. 3 VE gutheisst*. Die Gründe für die Gutheissung werden zumeist darin liegen, dass die Beschwerdeinstanz der Auffassung ist, dass nach der Aktenlage entweder Anklage oder noch weitere Beweise zu erheben seien. Die Gewaltentrennung und die Unabhängigkeit der Strafbehörden (Art. 4 VE) verbieten es grundsätzlich, dass die Rechtsmittelinstanz der Staatsanwaltschaft oder der Übertretungsstrafbehörde Weisungen über das weitere Vorgehen erteilt<sup>46</sup>. Im Falle der Aufhebung von Einstellungsverfügungen ist es jedoch im Interesse einer zielgerichteten Förderung des Strafverfahrens gerechtfertigt, der Beschwerdeinstanz diese Weisungsbefugnis einzuräumen.

Aus ähnlichen Gründen ist bei *Beschwerden wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung* die zuständigen Beschwerdebehörde befugt, der bei einer Gutheissung ins Unrecht versetzten unteren Behörde Weisungen (z.B., gewisse Beweismittel abzunehmen oder das Vorverfahren abzuschliessen) zu erteilen und dafür Fristen anzusetzen.

## **273 Berufung (3. Kapitel; Art. 467-478 VE)**

### **273.1 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 467-470 VE)**

#### *Gegenstand und Zulässigkeit (Art. 467 VE)*

Die Berufung stellt das primäre Rechtsmittel gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte dar<sup>47</sup>. Im Sinne eines *ordentlichen und vollkommenen Rechtsmittels*<sup>48</sup> können alle Mängel des vorinstanzlichen Entscheides gerügt werden (Abs. 1-3)<sup>49</sup>. Die Berufung ist primär gegen die kantonalen erstinstanzlichen Urteile vorgesehen; wie schon vermerkt<sup>50</sup>, ist in den gegenwärtigen Entwürfen für die Totalrevision der Bundesrechtspflege nicht vorgesehen, dass

<sup>45</sup> Zu diesen Begriffen Aeschlimann 1997 N 1676 f.; Hauser/Schweri 1999 § 95 N 11 f.; Maurer 1999 451; Oberholzer 1994 514; Piquerez 2000 N 3339 f.; Schmid 1997 N 961 f.

<sup>46</sup> Hierzu Schmid 1997 N 1016; ders. in Donatsch/Schmid 1998 § 38 N 46.

<sup>47</sup> Zur Berufung allgemein Aeschlimann 1997 N 1745 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 1 ff.; Maurer 1999 489 ff.; Oberholzer 1994 529 ff. Padrutt 1996 Art. 141 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 3379 ff.; Schmid 1997 N 1020 ff.

<sup>48</sup> Zu diesen Kategorien allgemein Aeschlimann 1997 N 1672 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 95 N 1 ff.; Maurer 1999 450 ff.; Oberholzer 1994 513 f.; Piquerez 2000 N 3258 ff.; Schmid 1997 N 955 ff.

<sup>49</sup> So bereits ausdrücklich in ZH StPO 419 Abs. 1; BE StrV 334 Abs. 2; UR StPO 220; SZ StPO 145; FR StPO 212 Abs. 1; ZG StPO 70 Abs. 3; SO StPO 173 Abs. 2; SH StPO 323 Abs. 1; AR StPO 213 1; AI StPO 143; SG StPO 238 Abs. 1; AG StPO 217 Abs. 1; VS StPO 177; JU StPO 323 Abs. 2. Hierzu allgemein Aeschlimann 1997 N 1753 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 2; Maurer 1999 489; Oberholzer 1994 529; Piquerez 2000 N 3380; Schmid 1997 N 1034.

<sup>50</sup> Vorne Ziff. 221.9 zu Art. 27 VE.

die Urteile des zu schaffenden erstinstanzlichen Bundesgerichts an ein Bundesberufungsgericht weitergezogen werden können.

*Anfechtbar sind alle End- oder Vorurteile*<sup>51</sup>, mit denen Fragen des materiellen Rechts für die erste Instanz definitiv entschieden werden<sup>52</sup>. Typisch für die Berufung ist sodann, dass neue Behauptungen und neue Beweise vorgebracht werden können<sup>53</sup>.

Die Berufung ist indessen nur insoweit ein ordentliches, vollkommenes Rechtsmittel, als *Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens Verbrechen oder Vergehen* bildeten (vgl. Abs. 2). Waren in der *ersten Instanz*<sup>54</sup> *allein Übertretungen zu behandeln*, ist die Überprüfungsbefugnis des Berufungsgerichts nach Abs. 4 eingeschränkt. In diesen Fällen ist die Berufung der im Bund und verschiedenen Kantonen bekannten Nichtigkeitsbeschwerde angenähert<sup>55</sup>, d.h. geltend gemacht werden kann zunächst allein eine Verletzung von Bundesrecht (Bst. a). Gerügt werden kann sodann *eine offensichtlich unvollständige Abklärung des Sachverhalts* oder aber eine unhaltbare Würdigung von Akten oder Beweisen (Bst. b)<sup>56</sup>. Die Rüge ist m.a.W. hier vorab auf die offensichtlich unrichtige Akten- und Beweiswürdigung und somit auf Willkür beschränkt. Beigefügt sei, dass es bei Übertretungen nicht auf den Gegenstand des Urteils, sondern der Verhandlung ankommt: Lautete die Anklage der Staatsanwaltschaft auf ein Vergehen, sprach das Gericht aber die Beschuldigten nur einer Übertretung schuldig, ist diese Einschränkung von Abs. 4 nicht anwendbar.

Die Berufung ist nach Abs. 5 auch beschränkt, wenn sich diese nur auf den *Zivilpunkt* bezieht. Damit die im Strafverfahren adhäsionsweise geltend gemachten Zivilansprüche bezüglich der Rechtsmittel gegenüber dem Zivilprozess nicht bevorzugt sind, ist die Berufung nur zulässig, wenn sie nach dem am Ort des erstinstanzlichen Gerichts anwendbaren Zivilprozessrecht möglich wäre. Ausserdem setzt die Berufung voraus, dass die erste Instanz materiell über die Zivilansprüche entschied. Wurden diese auf den Zivilweg verwiesen, ist eine Berufung nicht zulässig. Diese Beschränkungen gelten nicht, wenn das Urteil auch im Schuld- oder Strafpunkt angefochten wurde.

#### *Anmeldung der Berufung und Berufungserklärung (Art. 468 VE)*

Der Vorentwurf sieht ein *zweigeteiltes Verfahren bei der Einlegung der Berufung* vor, nämlich einerseits die Berufungsanmeldung und andererseits die Berufungserklärung<sup>57</sup>: Zunächst hat die Partei, die Berufung erklären will, innert 10 Tagen (Art. 454 Abs. 1 VE) die *Berufung anzumelden*, wobei dies schriftlich, also durch eine entsprechende Eingabe, aber (in Abweichung von der allgemeinen Regel von Art. 454 Abs. 1 VE) auch mündlich zu Protokoll erfolgen kann. Die zweite Variante knüpft an den praktisch bedeutsamen Fall an, dass die

<sup>51</sup> Z.B. Vorurteile, mit denen die Zivilansprüche grundsätzlich gutgeheissen werden.

<sup>52</sup> Primär die Frage, ob die Vorwürfe der Anklage und damit Straftatbestände erfüllt sind, Schmid in Donatsch/Schmid 1996 § 410 N 2.

<sup>53</sup> So schon heute ausdrücklich in verschiedenen Prozessordnungen, z.B. NW StPO 158; SZ StPO 149 Abs. 2; FR StPO 213; AR StPO 213 Abs. 2; AI StPO 143; SG StPO 238 Abs. 2; AG StPO 220 Abs. 1; TG StPO 208; auch VS StPO 190. Dazu Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 213 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 2; Maurer 1999 489.

<sup>54</sup> Auf Einsprache gegen eine Bussenverfügung hin, vgl. Art. 423 ff. VE.

<sup>55</sup> Zur Tendenz der Kantone, bei Bagatelldelikten die Berufung auszuschliessen und diese auf Nichtigkeitsgründe zu beschränken, m.w.H. Hauser/Schweri 1999 § 99 N 6 ff.; Piquerez 2000 N 3382, 3385 f. Für den Kanton FR (StPO 212 Abs.2: Keine Berufung bei Busse unter Fr. 3000.- und Freiheitsstrafe von weniger als 10 Tage, andererseits aber auch nicht gegen Urteile des Wirtschaftsstrafgerichts) Riklin 1999 43; Pochon/Piller 1998 Art. 212.3 ff.

<sup>56</sup> Diese Beschränkung bei Übertretungen findet sich etwa in BE StrV 334 Abs. 3 (dazu Aeschlimann 1997 N 1757; Maurer 1999 500 ff.), wie erwähnt ähnlich FR StPO 212 Abs. 2. Sie wurde in der Weise, wie sie hier vorgeschlagen wird, auch in Aus 29 mach 1 S. 160 postuliert.

<sup>57</sup> Eine solche Zweiteilung sehen bereits jetzt einzelne Prozessordnungen vor, so ZG StPO 71 Abs. 2; AR StPO 214, dazu auch Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 214 N 1; AI StPO 146.

Partei im Anschluss an die mündliche Urteilseröffnung (Art. 96-101 und 384 VE) sofort die Berufung erklärt (Abs. 1).

Üblicherweise erfolgt eine mündliche Urteilseröffnung. Die Erstellung des begründeten Urteils (vgl. näher Art. 96 VE) wird regelmässig eine gewisse Zeit beanspruchen. Liegt das *begründete Urteil vor, wird dieses den Parteien und zusammen mit der Berufungsanmeldung sowie den Akten dem Berufungsgericht zugestellt* (vgl. Abs. 2).

Der Partei, die die Berufung angemeldet hat, läuft nunmehr ein zweite Frist von 10 Tagen, um im Sinne von Abs. 4 und 5 dem Berufungsgericht eine *schriftliche Berufungserklärung* einzureichen. Dieser auf den ersten Blick vielleicht umständlich anmutende, aber für die Straffung des Berufungsverfahrens sehr dienliche Verfahrensschritt erlaubt, vor dem eigentlichen Berufungsverfahren dessen Umfang näher abzustecken. Die Partei soll genau erklären, welche Punkte des Urteils sie anführt und welche zusätzlichen Beweismittel sie im Berufungsverfahren abgenommen haben möchte. Damit wird die Möglichkeit der *Teilanzfechtung von Urteilen* geschaffen, was aus verfahrensökonomischen Gründen vorteilhaft und demgemäss auch bereits in einigen schweizerischen Strafprozessgesetzen bekannt ist<sup>58</sup>.

Mit den Berufungserklärungen wird, wie Abs. 5 betont, das *Thema des Berufungsverfahrens endgültig bestimmt*. In späteren Phasen kann der Umfang der Berufung im Sinne eines Teilrückzugs zwar eingeschränkt, nicht aber ausgedehnt werden. Damit die Parteien bei einer solchen Regelung nicht dazu neigen, das gesamte Urteil anzufechten, wird nach Art. 498 und 505 VE im Rechtsmittelverfahren die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Massgabe des Obsiegens bzw. Unterliegens geregelt. Dies bedeutet, dass z.B. ein Beschuldigter, der das gesamte Urteil anführt, obwohl es ihm nur um die Gewährung des bedingten Strafvollzugs geht, trotz Obsiegens in diesem Punkt mindestens teilweise kosten- und entschädigungspflichtig werden kann.

#### *Vorprüfung und Anschlussberufung (Art. 469 VE)*

Liegt die Berufungserklärung vor, hat das Berufungsgericht zu prüfen, ob *diese den Anforderungen von Art. 468 Abs. 4 und 5 VE entspricht*; ist dies nicht der Fall, wird der Partei Nachfrist gesetzt, um eine ordnungsgemässe Erklärung einzureichen (Abs. 1). Ist ersichtlich, dass die betreffende Partei nicht in der Lage ist, selbst eine solche Erklärung einzureichen, hat das Gericht zu prüfen, ob ihr nicht eine amtliche Verteidigung oder ein unentgeltlicher Rechtsbeistand (Art. 136, 138 bzw. 143 VE) beizugeben ist.

Liegt die (ordnungsgemässe) Berufungserklärung vor, wird diese den andern Parteien zugestellt (Abs. 2). Es steht diesen alsdann frei, innert 10 Tagen Gründe geltend zu machen, die ein Nichteintreten auf die Berufung nahe legen (Nichteinhalten der Fristen; fehlende Legitimation usw.); innert der gleichen Frist können sie auch *Anschlussberufung* erklären (vgl. Abs. 3). Die Anschlussberufung richtet sich nach Art. 468 Abs. 4 und 5 VE, d.h. es ist darin ebenfalls anzugeben, welche Teile des Urteils angefochten werden, welche Beweismittel angerufen werden usw. Die Legitimation richtet sich wiederum nach Art. 451 VE, d.h. die Privatklägerschaft kann das Urteil auch mittels Anschlussberufung grundsätzlich nur im Zivil- und Schuldpunkt anfechten (Art. 451 Abs. 2 VE)<sup>59</sup>.

Abs. 5 regelt die im geltenden schweizerischen Strafprozessrecht oft strittige Frage, auf welche Punkte sich die Anschlussberufung beziehen kann. Teilweise kann die Anschluss-

<sup>58</sup> Siehe etwa BE StrV 338, dazu näher Maurer 1999 495 ff., ferner GL StPO 157; FR StPO 211 Abs. 2, dazu Riklin 1999 43; SO StPO 173 Abs. 3 1. Teilsatz; ähnlich AR StPO 214 Abs. 3, dazu Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 214 N 5. Allgemein Hauser/Schweri 1999 § 99 N 19; Piquerez 2000 N 3395 f.

<sup>59</sup> Hierzu Maurer 2000 311 f.

berufung unabhängig von den in der Hauptberufung angefochtenen Punkt ergriffen werden<sup>60</sup>. In anderen Kantonen muss sich die Anschlussberufung auf die in der Hauptberufung angefochtenen Punkte beziehen, was alsdann zu Auslegungsschwierigkeiten führt<sup>61</sup>. Der Vorentwurf lässt eine *Anschlussberufung unabhängig von den mit der Hauptberufung angefochtenen Punkte* zu. Eine Ausnahme wird hinsichtlich des Zivilpunkts vorgeschlagen: Fechten beispielsweise die Beschuldigten oder die Privatklägerschaft das erstinstanzliche Urteil allein im Zivilpunkt an, ist die Anschlussberufung auf diesen Punkt beschränkt.

Abs. 6 verweist auf den *akzessorischen Charakter der Anschlussberufung*: Wie bereits weitgehend im geltenden Prozessrecht<sup>62</sup> vorgesehen, fällt die Anschlussberufung weg, wenn die Hauptberufung zurückgezogen oder ungültig erklärt wird. Dies gilt auch, wenn die Hauptberufung z.B. erst während der mündlichen Berufungsverhandlung zurückgezogen wird.

#### *Umfang und Wirkung des Berufungsverfahrens (Art. 470 VE)*

Wie bereits zu Art. 468 VE vermerkt, kennt der Vorentwurf im Rahmen der Berufung die Teilanfechtung. Das Berufungsgericht prüft demzufolge bei einer solchen eingeschränkten Berufung nur die angefochtenen Punkte (Abs. 1)<sup>63</sup>.

Die strikte Regelung nach Art. 468 Abs. 5 VE, wonach eine erklärte Beschränkung verbindlich und definitiv ist, also die Berufung während der nachfolgenden Phasen des Berufungsverfahrens nicht erweitert werden kann, wird in Abs. 2 gelockert: Das Berufungsgericht hat es in der Hand, *offensichtliche Fehler bei der Sachverhaltsermittlung oder eine unrichtige Rechtsanwendung im erstinstanzlichen Urteil zugunsten der Beschuldigten zu korrigieren*. Damit wird dem Gebot, den Grundsatz der materiellen Wahrheit wie auch dem Prinzip *iura novit curia* (das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an) zu berücksichtigen, ausreichend Rechnung getragen. Faktisch war es ja wohl auch in der grossen Zahl von Kantone, die keine Bindungswirkung an die Berufungsanträge kennen, schon bisher so, dass hauptsächlich die in der Berufung geltend gemachten Urteilspunkte geprüft und im Übrigen nur bei offensichtlichen weiteren Mängeln eingegriffen wurden<sup>64</sup>.

Abs. 3 und 4 regeln die sogenannte *Teilrechtskraft*: Die nicht in der Berufungserklärung nach Art. 468 VE erscheinenden Urteilspunkte werden nach Ablauf der Berufungsfrist rechtskräftig und vollstreckbar. Fechten die Beschuldigten beispielsweise nur die Länge der ausgesprochenen freiheitsentziehenden Sanktion an, so kann die mit dem Urteil ausgesprochene Einziehung von Vermögenswerten nach Ablauf der Berufungsfrist vollzogen werden. Damit die gutgeheissenen Zivilansprüche vollstreckt werden können, lässt Abs. 4 zu,

<sup>60</sup> So BE StrV 340 Abs. 2; SH StPO 312 Abs. 2; AR StPO 217, vgl. Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 217 N 1 ff.; GR StPO 143 Abs. 3, dazu Padrutt 1996 Art. 143 N 3; JU StPO 328 Hierzu und zum Folgenden Hauser/Schweri 1999 § 99 N 14 ff.; Maurer 1999 498 ff.; Piquerez 2000 N 3397 ff.

<sup>61</sup> So ZH StPO 425, dazu Schmid 1997 N 1042 ff.; ders. in Donatsch/Schmid 1996 § 425 N 1 ff.

<sup>62</sup> Vgl. z.B. ZH StPO 426; BE StrV 340 Abs. 4; LU StPO 235 Abs. 3; UR StPO 223 Abs. 4; GL StPO 149 Abs. 4; SZ StPO 147 Abs. 3; OW StPO 142 2. Satz; ZG StPO 72 Abs. 2 2. Satz; SO StPO 175 Abs. 3; BS StPO 178 Abs. 2 2. Satz; BL StPO 183 Abs. 2; SH StPO 312 Abs. 2 2. Satzteil; AR StPO 217 Abs. 4; AI StPO 147 Abs. 2 2. Satz; SG StPO 240 Abs. 3; GR StPO 145 Abs. 1 2. Satz; AG StPO 219 Abs. 2 2. Satz; TG StPO 204 Abs. 2; VS StPO 187 Ziff. 5; JU StPO 328 Abs. 4; ferner Aeschlimann 1997 N 1790; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 217 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 14; Oberholzer 1994 535; Padrutt 1996 Art. 143 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 3399; Schmid 1997 N 1046.

<sup>63</sup> Im bisherigen schweizerischen Strafprozessrecht sind die Kantone, die der Berufung keine Bindungswirkung zusprechen, allerdings eindeutig in der Mehrzahl, vgl. die Übersicht bei Hauser/Schweri 1999 § 99 N 19 ff.

<sup>64</sup> Hauser/Schweri 1999 § 99 N 22.

dass die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts die *Rechtskraft des Zivilurteils* in einer Verfügung bestätigt.

### 273.2 Vorbereitung des Berufungsverfahrens (2. Abschnitt, Art. 471 VE)

#### *Eintreten (Art. 471 VE)*

Art. 471 VE regelt weitgehend deckungsgleich mit dem für das erstinstanzliche Verfahren anwendbaren Art. 362 VE die nach Eingang der Berufung vom Berufungsgericht vorzunehmenden Prüfungen, von deren Ausgang das materielle Eintreten auf das Rechtsmittel abhängt.

- Zunächst ist zu prüfen, ob die *Berufung rechtzeitig angemeldet und begründet* wurde. Wurden die Fristen nicht eingehalten oder hat die die Berufung erklärende Partei trotz einer nach Art. 469 Abs. 1 VE gewährten Nachfrist keine ausreichende Berufungserklärung nachgeliefert, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Dies gilt a fortiori, wenn nach einer erfolgten Anmeldung des Rechtsmittels überhaupt keine Berufungserklärung nach Art. 468 Abs. 3-5 VE einging (Abs. 1 Bst. a).
- Ebenfalls sinngemäss nach Art. 362 VE ist vorzugehen, wenn z.B. geltend gemacht, die *angeklagten Straftatbestände seien zwischenzeitlich verjährt* (Abs. 1 Bst. b). Trifft dies zu, so tritt die Berufungsinstanz nachträglich nicht auf die Anklage ein bzw. stellt den Fall ein. Gleich ist übrigens vorzugehen, wenn erst nach eingeleitetem Berufungsverfahren das Fehlen von Prozessvoraussetzungen bzw. das Eintreten von Verfahrenshindernissen festgestellt wird (analog zu Art. 362 Abs. 6 VE i.V.m. Art. 450 Abs. 1 VE).

Wird Nichteintreten beantragt, so entscheidet das Berufungsgericht darüber in einem *schriftlichen Verfahren*, wobei den allenfalls beschwerten *Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren ist*. Wird Nichteintreten beschlossen, so wird der Beschluss den Parteien schriftlich und begründet mitgeteilt (Abs. 2).

Stellen sich *keine dieser Eintretensfragen* oder will das Berufungsgericht trotz anderslautenden Anträgen auf die Berufung eintreten, so wird das Eintreten den Parteien nicht gesondert eröffnet; eine eigentliche Eintretensverfügung ist somit nicht vorgesehen. Dieses Vorgehen empfiehlt sich zur Verfahrensvereinfachung, zumal gegen das Eintreten (anders als bei Nichteintreten) ohnehin kein sofortiges Rechtsmittel gegeben ist. Bei Eintreten hat die *Verfahrensleitung unverzüglich die weiteren Schritte des Berufungsverfahrens* vorzubereiten. Sie wird also sogleich die Anordnungen für das schriftliche bzw. mündliche Verfahren treffen, woraus die Parteien auch ersehen, welche Verfahrensart für den weiteren Gang der Berufung vorgesehen ist. Für diese verfahrensleitenden Schritte sind im Übrigen Art. 361 ff. analog anzuwenden (Abs. 3).

### 273.3 Schriftliches Berufungsverfahren (3. Abschnitt, Art. 472-473 VE)

#### *Fälle des schriftlichen Berufungsverfahrens (Art. 472 VE)*

Der Vorentwurf sieht vor, in *gewissen Fällen ein rein schriftliches Berufungsverfahren durchzuführen*. Diese Möglichkeit gab es bisher im schweizerischen Strafprozessrecht nur vereinzelt<sup>65</sup>, sie sollte aber zur Entlastung der Gerichtsinstanzen vermehrt ausgeschöpft werden. Allerdings sind mit Blick auf das von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 IPBPR

<sup>65</sup> Vgl. etwa BE StrV 352, dazu Maurer 1999 507 ff.; UR StPO 225 Abs. 2; OW StPO 145a Abs. 2; FR StPO 217, dazu Riklin 1999 43 und Pochon/Piller 1998 Art. 217.1 ff.; SH StPO 315 Abs. 2; TG StPO 205 Abs. 2. Vgl. auch AR StPO 220 Abs. 4, AI StPO 149, SG StPO 243 Abs. 2.



geforderte öffentliche und mündliche Verfahren der Einführung eines schriftlichen Berufungsverfahrens gewisse Grenzen gesetzt. Nach der nicht ohne Weiteres auf einen einfachen Nenner zu bringenden Praxis der Strassburger Organe<sup>66</sup> kommt es bei Rechtsmittelinstanzen auf die Umstände des Einzelfalles an, ob auf ein öffentliches Verfahren verzichtet werden kann. Verzichtet werden kann darauf z.B., wenn die obere Instanz eine blosser Rechtskontrolle ausübt, die ebenso gut in einem schriftlichen Verfahren ausgeübt werden kann. Sodann kann die Rechtsmittelinstanz ohne öffentliche Verhandlung urteilen, wenn die im Rechtsmittelverfahren strittigen Tatfragen auf Grund der Aktenlage angemessen entschieden werden können, es sich sodann um eine geringfügige Straftat handelt und im Rechtsmittelverfahren die vorinstanzliche Strafe nicht verschärft werden kann.

Art. 472 Abs. 1 berücksichtigt diese Schranken und sieht ein schriftliches Berufungsverfahren vor:

- wenn nur *Rechtsfragen* zu beurteilen sind, also z.B., ob die Straftaten bereits verjährt sind oder ob der Grundtatbestand der Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 StGB oder der qualifizierte Tatbestand nach Ziff. 2 anzuwenden ist (Abs. 1 Bst. a);
- wenn eine Partei das Urteil nur im *Zivilpunkt* anfechtet (ein in der Praxis wohl eher seltener Fall);
- wenn *Übertretungen* vorliegen; hierzu ist vor allem mit Blick auf den einschränkenden BGE 119 Ia 316 zu vermerken, dass in diesem Fall die Berufung vereinfacht gesprochen ohnehin auf eine Rechtskontrolle beschränkt ist und keine neue Beurteilung der Tatfragen erfolgt (Art. 467 Abs. 4 VE);
- wenn sich die Berufung nur auf Nebenfolgen des Urteils bezieht<sup>67</sup>. So ist das Verfahren schriftlich, wenn *allein die Kosten- und Entschädigungsfolgen* des Urteils sowie nachträgliche richterliche Anordnungen angefochten werden. Ebenfalls schriftlich ist das Berufungsverfahren, wenn *Massnahmen nach Art. 66-73 StGB*, also vor allem die Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten strittig sind. Es sind dies Fälle, die nach sehr vielen Prozessordnungen ohnehin nicht mit Berufung, sondern mit Rekurs, Beschwerde oder Nichtigkeitsbeschwerde anzufechten sind, also Rechtsmittel mit regelmässig schriftlichem Verfahren. Zur Vereinfachung unterwirft der Vorentwurf diese Nebenpunkte zwar ebenfalls der Berufung, wendet jedoch ein schriftliches Berufungsverfahren an, so dass sich hinsichtlich des Verfahrens eine weitgehend Kongruenz mit dem geltenden Verfahrensrecht ergibt, soweit dieses lediglich die erwähnten anderen Rechtsmittel zulässt.

Den Parteien steht nach Art. 458 Abs. 6 VE in diesen Fällen trotzdem frei, eine *mündliche Verhandlung zu verlangen*. Damit ist eine gewisse Flexibilität gewährleistet, um den EMRK-Ansprüchen des konkreten Falles Rechnung zu tragen.

Abs. 2 sieht in *zwei weiteren Konstellationen ein schriftliches Verfahren vor*, macht dieses aber von der Zustimmung der Parteien abhängig.

- Ein Verzicht ist möglich, wenn die Anwesenheit der Beschuldigten nicht erforderlich ist, vor allem, wenn diese nicht persönlich zu befragen sind. Es sind die aus dem Gerichtsalltag bekannte Berufungsverhandlungen, in denen die Beschuldigten lediglich Randfiguren darstellen und sich die Verhandlung mehr oder weniger auf die Plädoyers der Parteivertreter konzentriert, die ebenso gut durch Rechtsschriften ersetzt werden können.

<sup>66</sup> Dazu und zum Folgenden Haefliger/Schürmann 1999 191 ff. m.w.H., vor allem die in dieser Frage massgebenden Entscheide in EuGRZ 18 (1991) 419 und BGE 119 Ia 316.

<sup>67</sup> Verschiedene Prozessordnungen schliessen die Berufung bei Nebenpunkten aus, vgl. etwa NW StPO 154 Abs. 3; SO StPO 173 Abs. 3; TG StPO 199 Abs. 2.

- Auf ein mündliches Verfahren kann sodann verzichtet werden, wenn ein erstinstanzliches Urteil in einzelgerichtlicher Zuständigkeit (Art. 24 VE) angefochten wird. Es handelt sich hier sehr oft um Bagatellfälle, die einen Verzicht auf ein mündliches Berufungsverfahren als gerechtfertigt erscheinen lassen.

#### *Schriftenwechsel (Art. 473 VE)*

Findet ein schriftliches Berufungsverfahren statt, hat die Partei, die die Berufung erklärt hat, in einer Berufungsschrift ihre nach Art. 468 VE gestellten Anträge zu begründen. Das weitere Verfahren richtet sich nach Art. 458 VE. Wurde eine Anschlussberufung eingereicht, ist diese mit der Antwort auf die Hauptberufung zu begründen.

### **273.4 Mündliches Berufungsverfahren (4. Abschnitt, Art. 474-475 VE)**

#### *Durchführung der mündlichen Berufungsverhandlungen (Art. 474 VE)*

Die mündliche Berufungsverhandlung richtet sich grundsätzlich nach den Vorschriften für die erstinstanzliche Hauptverhandlung (Art. 361 ff. VE). Art. 474 VE enthält allerdings gewisse Besonderheiten. Weil die Berufung auf einzelne Punkte limitiert werden kann, beschränkt sich auch die Berufungsverhandlung auf diese (Abs. 2).

Abs. 3-6 regeln die *Anwesenheit der Parteien* an der Berufungsverhandlung; die Anwesenheitspflichten sind beschränkt. Abs. 4 verweist auf die Anwesenheitspflichten der *Staatsanwaltschaft* in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nach Art. 369 VE. Sie hat also grundsätzlich teilzunehmen, wenn die Vorinstanz eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren oder eine freiheitsentziehende Massnahme verhängte oder die Staatsanwaltschaft im Berufungsverfahren solche Sanktionen beantragt hat oder beantragen will.

Hat eine *andere Partei die Berufung erklärt*, so muss die Staatsanwaltschaft nicht zur Berufungsverhandlung erscheinen, wenn sie – was sehr häufig der Fall ist – lediglich die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils verlangt (Abs. 5 Bst. a). Die Verfahrensleitung des Berufungsberichts kann die Staatsanwaltschaft aber in jedem Falle zur persönlichen Teilnahme verpflichten, wenn dies im Interesse des Verfahrens liegt (vgl. Abs. 5 Bst. b). So kann die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft als notwendig erscheinen, wenn vor dem Berufungsgericht ausnahmsweise noch Beweise abgenommen werden.

#### *Säumnis der Parteien (Art. 475 VE)*

Die Vorschriften von Art. 475 VE weichen teilweise von den allgemeinen Säumnisfolgen nach Art. 106 und Art. 394-400 VE ab. Wesentlich ist vor allem, dass die *Berufung nach Abs. 1 als zurückgezogen gilt*, wenn die Beschuldigten und die Privatklägerschaft, die die Berufung erklärten, ausbleiben. Es genügt indessen, wenn sich die betreffende Partei ordnungsgemäss vertreten lässt. Der Säumnis nach Abs. 1 Bst. a ist in Abs. 1 Bst. b der Fall gleichgestellt, dass die Parteien nach Art. 474 Abs. 3 VE von der Berufungsverhandlung dispensiert wurden, die das persönliche Erscheinen ersetzende Eingabe jedoch ausblieb. Einer Säumnis kommt nach Abs. 1 Bst. c gleich, wenn die betreffende Partei nicht vorgeladen werden konnte, weil sie es in Verletzung von Art. 98 Abs. 2 und 3 VE unterliess, ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen.

Anders wird der Fall geregelt, wenn sich die *Berufung im Schuld- oder Strafpunkt gegen die Beschuldigten richtet und diese ausbleiben*; hier findet ein Abwesenheitsverfahren nach Art. 394-400 VE statt (Abs. 2). Bleibt in diesem Falle nur die Verteidigung, nicht aber die Beschuldigten aus, ist die Verhandlung zu vertagen. Gleich ist übrigens vorzugehen, wenn die Staatsanwaltschaft bei notwendiger Anwesenheit ausbleibt.

Bleiben die Beschuldigten bei einer *auf die Zivilansprüche beschränkten Berufung* der Privatklägerschaft unentschuldigt aus, findet kein Abwesenheitsverfahren statt. Das Berufungsgericht entscheidet sogleich auf Grund der Akten (Abs. 3).

### 273.5 Berufungsentscheid (5. Abschnitt, Art. 476-478 VE)

#### *Neues Urteil (Art. 476 VE)*

Art. 476 VE betont den *grundsätzlich reformatorischen Charakter der Berufung*; wird diese materiell behandelt, ergeht ein neues Urteil, das das erstinstanzliche ersetzt<sup>68</sup>. Angesichts der Möglichkeit der Beschränkung der Berufung und der sich daraus ergebenden Teilrechtskraft der nicht angefochtenen Punkte bezieht sich diese reformatorische Wirkung naturgemäss nur auf die angefochtenen und im Berufungsverfahren beurteilten Punkte.

#### *Aufhebung und Rückweisung (Art. 477 VE)*

Ausnahmsweise hat die *Berufung kassatorische Funktion*, d.h. das Berufungsgericht fällt nicht ein neues Urteil, sondern hebt das erstinstanzliche Urteil lediglich auf und weist die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück. In Übereinstimmung mit einigen geltenden Prozessordnungen<sup>69</sup> erfolgt diese Aufhebung bei erheblichen Verfahrensmängeln, die zur Folge hatten, dass den Parteien in erster Instanz kein ordnungsgemässes Verfahren gewährleistet war und eine materielle Behandlung der Berufung zur Folge hätte, dass die betroffene Partei faktisch eine Instanz verliert. Es sind dies vorab Fälle, in denen den Parteien das rechtliche Gehör oder die Verteidigungsrechte verweigert wurde, ja sie im Extremfall nicht zur vorinstanzlichen Verhandlung vorgeladen wurden<sup>70</sup>. Der Fall wird auch an die erste Instanz zurückgewiesen, wenn von dieser nicht alle Anklagepunkte oder auch der Zivilpunkt nicht ordnungsgemäss behandelt wurden.

Hebt das Berufungsgericht unter den vorstehend erwähnten Voraussetzungen das erstinstanzliche Urteil auf, so gibt es der *Vorinstanz verbindliche Weisungen* darüber, wie das Hauptverfahren zu wiederholen bzw. zu ergänzen ist. Das erstinstanzliche Gericht ist in diesen Fällen sodann an die im Rückweisungsbeschluss vertretenen Rechtsauffassungen des Berufungsgerichts gebunden (Abs. 2 und 3).

#### *Eröffnung (Art. 478 VE)*

Art. 478 VE verweist hinsichtlich Form, Inhalt, Eröffnung, Begründung und Mitteilung des Berufungsentscheids auf die allgemeinen Bestimmungen von Art. 91 ff. VE.

<sup>68</sup> Aeschlimann 1997 N 1863 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 222 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 27; Maurer 1999 514; Oberholzer 1994 539; Padrutt 1996 Art. 146 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 3403; Schmid 1997 N 1039.

<sup>69</sup> Vgl. etwa ZH StPO 427; BE StrV 360 (Kassation von Amtes wegen); LU StPO 243; UR StPO 229 Abs. 2; SZ StPO 151; FR StPO 220 Abs. 3; BS StPO 183 Abs. 2; SH StPO 324; AR StPO 222; AI StPO 150; AG StPO 223 2. Satz; TG StPO 210 Abs. 3; VS StPO 193 Ziff. 3; JU StPO 342. Allgemein dazu Aeschlimann 1997 N 1869 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 222 N 5 f.; Hauser/Schweri 1999 § 99 N 26; Maurer 1999 515 ff.; Padrutt 1996 Art. 146 N 4 ff.; Piquerez 2000 N 3403; Schmid 1997 N 1040; Schmid in Donatsch/Schmid 1996 § 427 N 1 ff. – Auch rechtsvergleichend betrachtet geht die Tendenz dahin, bei schweren Verfahrensfehlern eine Rückweisung vorzunehmen, Kinzig in Becker/Kinzig 2000 618 f.

<sup>70</sup> Vgl. den Fall ZR 69 (1970) Nr. 74.

**274 Revision (4. Kapitel; Art. 479-485 VE)****274.1 Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 479-480 VE)***Gegenstand und Zulässigkeit (Art. 479 VE)*

Art. 479 VE steckt das Anwendungsgebiet der Revision (auch Wiederaufnahme genannt) ab. Es handelt sich um ein subsidiäres<sup>71</sup>, ausserordentliches Rechtsmittel, das nur gegen bereits rechtskräftig gewordene Entscheide ergriffen werden kann. Die Revision war bisher das einzige vom Bundesrecht den Kantonen mindestens teilweise vorgeschriebene Rechtsmittel (Art. 397 StGB). Dementsprechend sind die Vorschriften dazu in allen Prozessordnungen Rechtsmittel relativ ähnlich<sup>72</sup>.

Mit Revision *anfechtbar sind rechtskräftige Urteile*, aber auch Strafbefehle nach Art. 412 ff. VE, Bussenverfügungen nach Art. 418 ff. VE, nachträgliche richterliche Entscheide nach Art. 390 ff. VE sowie Entscheide im selbstständigen Massnahmeverfahren nach Art. 401 ff. VE. Ausgeschlossen sind verfahrensleitende oder verfahrenserledigende Beschlüsse oder Verfügungen wie Einstellungsverfügungen etc.

*Legitimiert sind die beschwerten Parteien* und allfällige weitere Personen (näher Art. 451 VE). Die Revision kann auch von der Staatsanwaltschaft eingelegt werden. Die Revision kann nicht nur zugunsten, sondern im Prinzip unter den gleichen Bedingungen auch zuungunsten der Beschuldigten angestrengt werden. Die in Prozessordnungen vereinzelt vorhandene Beschränkung auf die Revision zugunsten der Beschuldigten<sup>73</sup> oder die mancherorts getroffenen Unterscheidungen zwischen Revision zugunsten und Revision zuungunsten der Beschuldigten<sup>74</sup> fällt damit weg.

Wesentlich sind die *Revisionsgründe* in Abs. 1 Bst. a-c; sie entsprechen den in sehr vielen Strafprozessordnungen<sup>75</sup> bekannten und auch von den Experten<sup>76</sup> vorgeschlagenen Gründen, die zur Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils führen.

Beachtung verdient vor allem Bst. c: Eine Revision ist zunächst – und insoweit dürfte diese Bestimmung keine grösseren Diskussionen hervorrufen – durchzuführen, wenn im Sinne von Art. 397 StGB<sup>77</sup> *neue Tatsachen und Beweismittel* vorliegen, die geeignet sind, nach einem früheren Schuldspruch und einer entsprechenden Verurteilung einen Freispruch oder aber eine

<sup>71</sup> Also nur, wenn kein anderes Rechtsmittel zulässig ist, so auch Aus 29 mach 1 S. 160.

<sup>72</sup> Siehe ZH StPO 439 ff.; BE StrV 368 ff.; LU StPO 255 ff.; UR StPO 230 ff.; SZ StPO 157 ff.; OW StPO 159 ff.; NW StPO 167 ff.; GL StPO 164 ff.; ZG StPO 76 ff.; FR StPO 223 ff.; SO StPO 208 ff.; BS StPO 189 ff.; BL StPO 202 ff.; SH StPO 333 f.; AR StPO 223 ff.; AI StPO 151 ff.; SG StPO 248 ff.; GR StPO 147 ff.; AG StPO 230 ff.; TG StPO 217 ff.; TI StPO 299 ff.; VD StPO 455 ff.; V StPO 195 ff.; NE StPO 262 ff.; GE StPO 357 ff.; JU StPO 366 ff.; allgemein zu diesem Rechtsmittel Aeschlimann 1997 N 1912 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 223 N 1 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Kommentierung von Art. 455 ff., S. 415 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 1 ff.; Maurer 1999 525 ff.; Oberholzer 1994 553 ff.; Piller/Pochon 1998 Kommentierung von Art. 223 ff., S. 342 ff.; Padrutt 1996 Art. 147 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 3484 ff.; Poncet 1978 1978 Kommentierung zu Art. 357 ff.; Schmid 1997 N 1133 ff.

<sup>73</sup> GE StPO 314 Abs. 2 und 357, dazu (auch zur generellen Problematik der Revision zuungunsten der Beschuldigten) Hauser/Schweri 1999 § 102 N 51 ff.; Poncet 1978 Kommentierung zu Art. 357.

<sup>74</sup> Vgl. etwa VStrR 84 Abs. 2 und 3; ZH StPO 443 ff. und 449 ff.

<sup>75</sup> Vgl. zusammenfassend Aeschlimann 1997 N 1937 ff.; Hauri 1998 169 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 16 ff.; Maurer 1999 530 ff.; Oberholzer 1994 555 f.; Padrutt 1996 Art. 147 N 4 ff.; Piquerez 2000 N 3509 ff.; Schmid 1997 N 1149 ff.

<sup>76</sup> Aus 29 mach 1 S. 160 f.

<sup>77</sup> Diese Bestimmung kann nach Erlass einer vereinheitlichten StPO aufgehoben werden, vgl. hinten Ziff. 293.

erheblich mildere Bestrafung herbeiführen. Darunter fällt auch das nachträgliche Geständnis, das nach einigen Prozessordnungen einen selbstständigen Revisionsgrund darstellt<sup>78</sup>.

Solche neuen *Tatsachen und Beweise führen jedoch auch zur Revision zuungunsten von Freigesprochenen oder Verurteilten*. Wurden die betreffenden Beschuldigten im ersten Verfahren schuldig gesprochen und mit Sanktionen belegt, führen solche neuen Beweismittel nur zu einer Revision, wenn als Folge der neuen Tatsachen und Beweismittel zu erwarten ist, dass die Strafe erheblich schärfer ausfällt. Selbstverständlich kann auch der (absolute<sup>79</sup>) Revisionsgrund von Abs. 1 Bst. a (also z.B. bei falschem Zeugnis) zu einer Revision bei Freispruch oder bei zu milder Verurteilung führen, allerdings ohne die Einschränkung im letzteren Fall, dass die Bestrafung wesentlich schärfer ausfallen müsse. Beigefügt sei, dass der (an sich ebenfalls absolute) Revisionsgrund der widersprechenden Urteile nach Abs. 1 Bst. b wohl nur bei einer Revision zugunsten von Verurteilten praktisch relevant werden dürfte.

Der Revisionsgrund in Abs. 2 hat in neueren oder revidierten Prozessgesetzen vermehrt Aufnahme gefunden<sup>80</sup>: Ein Urteil soll revidiert werden, wenn der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte oder allenfalls in Zukunft eine andere übernationalen Gerichtsinstanz* eine Individualbeschwerde gegen die Schweiz wegen Verletzung der EMRK oder eines anderen internationalen Vertragswerks gutgeheissen hat. Allerdings soll eine Revision nur erfolgen, wenn dies zur Umsetzung jenes Entscheides notwendig ist. Dies ist z.B. nicht der Fall, wenn die Schweiz den Fall dadurch beilegte, dass den Betroffenen eine Entschädigung ausgerichtet wurde<sup>81</sup>.

#### *Zulässigkeit der Revision in besonderen Fällen (Art. 480 VE)*

Im Zentrum der Revision zugunsten der Beschuldigten steht ihre Funktion als Rehabilitationsinstrument. Es ist deshalb erforderlich, dass diese Form der Revision (entgegen jener zuungunsten der Beschuldigten) auch zulässig ist, *wenn die Straftat verjährt ist* (Abs. 1). Eine Revision zugunsten Verurteilter ist übrigens auch zulässig, wenn dieser *verstorben ist* (vgl. Art. 451 Abs. 3 VE)<sup>82</sup>.

Abs. 2 folgt dem bereits in Art. 467 Abs. 5 VE angesprochenen Grundgedanken, dass sich bei Rechtsmitteln, die auf die *Zivilansprüche beschränkt sind*, die Zulässigkeit eines Rechtsmittels nach zivilprozessualen Grundsätzen beurteilt. Ob die Revision eines Strafentscheides allein im Zivilpunkt zulässig ist, muss anhand des am Orte der Instanz, welche den zu revidierenden Entscheid fällte, anwendbaren Zivilprozessrecht geprüft werden.

<sup>78</sup> So in MStP 200 Abs. 1 Bst.d; ZH StPO 443 Ziff. 2; SO 208 Bst.d; BS StPO 189 Abs. 1 Bst.e; BL StPO 202 Abs. 1 Bst. d; AG StPO 230 Ziff. 4; JU StPO 366 Ziff. 4.

<sup>79</sup> Zu den absoluten und relativen Revisionsgründen statt Vieler Hauser/Schweri 1999 § 102 N 15.

<sup>80</sup> OG 139a; BStP 229 Ziff. 4; MStP 200 Abs. 1 Bst.f; BE StrV 368 Abs. 1 Ziff 4, UR StPO 230 Abs. 1 Ziff. 3; LU StPO 255 Ziff. 5; SZ StPO 157 Bst. d; NW StPO 167 Ziff. 3; FR StPO 223 Abs. 1 Bst.d; SO StPO 208 Bst.e; BS StPO 189 Abs. 1 Bst.c; BL StPO 202 Abs. 1 Bst.e; SH StPO 333 Abs. 1 Bst.c; AR StPO 223 Abs. 1 Ziff. 4; AI StPO 151 Bst. d; SG StPO 248 Abs. 1 Bst.c; TG StPO 217 Ziff. 3; TI StPO 299 Bst.d; JU StPO 366 Ziff. 5; dazu Aeschlimann 1997 N 1953 f.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 223 N 8 f.; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 30 ff.; Maurer 1999 534; Padrutt 1996 Art. 147 N 8; Piquerez 2000 N 3542 ff.; Schmid 1997 N 1157; Trechsel 1997 Art. 397 N 17.

<sup>81</sup> Im Ergebnis auch Aus 29 mach 1 S. 161, vgl. dazu ferner Aeschlimann 1997 N 1953 a.E.; Haefliger/Schürmann 1999 429 ff.; Piquerez 2000 N 3543 a.E.; Trechsel 1997 Art. 397 N 17 a.E.; Villiger 1999 N 252 ff.; Teilweise anderer Lösungsansatz offenbar z.B. in AR; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 223 N 8 (in einem konkreten Fall Revision und nachher gütliche Einigung), vgl. dazu auch Hauser/Schweri 1999 § 102 N 32 a.E.

<sup>82</sup> Hierzu etwa Hauser/Schweri 1999 § 102 N 4; Schmid 1997 N 1147.

## 274.2 Vorprüfungsverfahren (2. Abschnitt, Art. 481-482 VE)

### *Form und Frist (Art. 481 VE)*

Art. 481 Abs. 1 VE setzt als *Revisionsbehörde das Berufungsgericht* ein. Damit werden nicht, wie in manchen Kantonen üblich, die Befugnisse zur Revision der gleichen Behörde zugewiesen, die den zu revidierenden Entscheid gefällt hatte, eine Kompetenzordnung, die nicht zu befriedigen vermag<sup>83</sup>. Für den Fall, dass Urteile des Berufungsgerichts selbst revidiert werden sollen, hat das Recht von Bund<sup>84</sup> und Kantonen durch geeignete Massnahmen dafür besorgt zu sein, dass nicht die gleichen Richterinnen und Richter, die das angefochtene Urteil fällten, über die Revision befinden (vgl. Art. 27 Abs. 2 VE). Es ist also z.B. eine von der Strafkammer unabhängige Revisionskammer einzusetzen.

Art. 481 VE macht im Übrigen deutlich, dass es sich bei der Revision um ein *ausserordentliches Rechtsmittel handelt*, das eine Überprüfung des ursprünglichen Urteils nur unter eingeschränkten materiellen und formellen Bedingungen erlaubt. Dementsprechend ist das sogenannte Vorprüfungsverfahren, bei dem die Voraussetzungen der Revision festzustellen sind, *schriftlich einzuleiten*. Das Revisionsbegehren ist zu begründen; die geltend gemachten Revisionsgründe sind genau zu bezeichnen und im Rahmen des Möglichen zu belegen (Abs. 1 und 2). Es sind also z.B. die Zeugen zu bezeichnen, die Anlass zu einer neuen Beurteilung geben sollen. Oder es ist das Urteil beizulegen, das zur Aufhebung des früheren Urteils führen soll.

Abs. 3 und 4 befassen sich mit der Frage der Fristen bei Revisionen. Grundsätzlich kann eine Revision *unabhängig von irgendwelchen Fristen* eingereicht werden. Vor allem sind die Verjährung sowie ein allfälliger Tod des Verurteilten (vgl. bereits Art. 480 Abs. 1 VE) für die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels unerheblich. Es ist m.a.W. unerheblich, wie viel Zeit zwischen dem die Revision begründenden Ereignis und dem Gesuch verstrichen ist. Es fragt sich aber, ob die Revision innert einer bestimmten Frist nach Kenntnisnahme des Revisionsgrundes einzureichen ist. Abs. 4 bestimmt eine solche Frist für die *Revisionsfälle nach Art. 479 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 VE, die auf einem Gerichtsentcheid beruhen*. Damit wird eine Angleichung an die allgemeinen Fristbestimmung bei Rechtsmitteln nach Art. 454 Abs. 1 und 2 VE erreicht.

### *Verfahren im Vorprüfungsstadium (Art. 482 VE)*

Beim Vorprüfungsverfahren nach Art. 482 VE und beim Entscheid nach Art. 483 VE geht es vor allem darum, festzustellen, ob die geltend gemachten Revisionsgründe wahrscheinlich sind (auch *Beweis- oder Probationsverfahren* genannt)<sup>85</sup>.

Das Verfahren nach Art. 482 VE bedarf keiner einlässlicheren Darlegung. Wesentlich ist, dass das Berufungsgericht nach Abs. 2 eine vorläufige Zulässigkeitsprüfung (auch *Gesuchs- oder Zulassungsverfahren* genannt) vorzunehmen hat. Wurde die Revision ordnungsgemäss eingeleitet, wird die Revisionschrift der Staatsanwaltschaft und den anderen von der Revision allenfalls betroffenen Parteien zur freigestellten schriftlichen Stellungnahme übermittelt (Abs. 4). Das *Revisionsverfahren ist schriftlich* und richtet sich nach Art. 458 VE. Entgegen verschiedenen Kantonen<sup>86</sup> ist keine mündliche Revisionsverhandlung vorgesehen.

<sup>83</sup> Statt Vieler Hauser/Schweri 1999 § 102 N 11.

<sup>84</sup> Offen muss zur Zeit bleiben, welche Revisionsinstanz für Urteile der zu schaffenden Bundesstrafgerichte erster und allenfalls zweiter Instanz vorzusehen ist.

<sup>85</sup> Zum erforderlichen Grad der Wahrscheinlichkeit näher Aeschlimann 1997 N 1966; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 39 ff.; Maurer 1999 531; Oberholzer 1994 557; Padrutt 1996 Art. 150 N 1; Piquerez 2000 N 3561 f.; Schmid 1997 N 1162; Trechsel 1997 Art. 397 N 9 ff.

<sup>86</sup> So etwa OW StPO 163; NW StPO 170; SO StPO 213; BS StPO 192 f.; BL StPO 205; VS StPO 203.

Allerdings ist es dem Berufungsgericht unbenommen, nach Art. 458 Abs. 6 VE eine solche anzuordnen.

Nach Art. 456 Abs. 2 VE hat die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts die sich aufdrängenden und unaufschiebbaren *vorsorglichen Massnahmen* wie die Anordnung von Sicherheitshaft, Beschlagnahme von Beweismitteln oder Vermögenswerten etc. zu verfügen. Nicht dringliche Massnahmen sowie die Anordnung der allenfalls notwendigen Beweisergänzungen, sind hingegen nach Abs. 5 vom Berufungsgericht zu beschliessen.

### 247.3 Revisionsentscheid und nachfolgendes Verfahren (3. Abschnitt, Art. 483-485 VE)

#### *Revisionsentscheid (Art. 483 VE)*

Nach dem Vorprüfungsverfahren hat das Berufungsgericht darüber zu entscheiden, ob *Revisionsgründe gegeben* sind und die Revision demnach zu bewilligen ist, d.h. ob das Verfahren neu aufzunehmen ist. Je nach Entscheid der Revisionsinstanz ergeben sich dabei verschiedene Varianten:

Stellt das Berufungsgericht keine genügenden Revisionsgründe fest, wird das *Gesuch in Form eines Beschlusses abgewiesen*; es bleibt beim angefochtenen Urteil. Allfällige vom Berufungsgericht in Anwendung von Art. 482 Abs. 5 VE angeordnete vorläufige Massnahmen wie Sicherheitshaft oder Beschlagnahmen sind aufzuheben (vgl. Abs. 1). Beigefügt sei, dass dieser Beschluss (wie im Falle der Gutheissung) nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf nicht angefochten werden kann; offen steht nur ein Weiterzug ans Bundesgericht nach Massgabe der Bundesgerichtsgesetzgebung.

Abs. 2-6 regeln verschiedene Fragen, die sich bei *Gutheissung des Revisionsgesuchs stellen*. Grundsätzlich ist das angefochtene Urteil mit einem Beschluss aufzuheben<sup>87</sup>; die Revision hat also bei Gutheissung eine kassatorische Wirkung (Abs. 2).

Denkbar ist, dass die Aktenlage im Zeitpunkt des Revisionsentscheides *sofort ein neues Sachurteil* zulässt. Im Interesse der Verfahrensbeschleunigung sollte wenn immer möglich dieser neue Entscheid umgehend vom Berufungsgericht gefällt werden<sup>88</sup>. Dies betrifft vorab Revisionen zugunsten der Beschuldigten, bei denen wegen Todes der Beschuldigten oder Verjährung keine Verurteilung mehr ergehen, sondern nur ein Freispruch die Folge sein kann. Ebenso ist an Fälle zu denken, in denen auf Grund der geänderten Beweislage (z.B., widerruft der einzige Belastungszeuge nachträglich seine falschen Aussagen vollumfänglich) nur ein Freispruch in Frage kommt. Dabei ist auch über die Kosten des ersten Verfahrens zu entscheiden (Art. 498 VE).

Kann vom Berufungsgericht *nach der Gutheissung nicht sofort ein neues Urteil gefällt werden*, ist nach Abs. 4 und 5 vorzugehen. Das Berufungsgericht wird relativ viel Freiheit zugestanden, um zu bestimmen, welche Urteilspunkte von der Revision betroffen sind und welche nicht. Das Berufungsgericht hat auch darüber zu befinden, in welcher Verfahrensstufe und von welcher Strafbehörde der Fall wiederaufzunehmen ist. Sind auf Grund des Revisionsverfahrens umfangreichere Beweisergänzungen erforderlich, die voraussichtlich

<sup>87</sup> Der Vorentwurf folgt somit dem französischen Modell der Aufhebung und nicht der deutschen und italienischen Methode, bei der über die Aufhebung oder Abänderung des früheren Urteils erst im Rahmen des wiederaufgenommenen Verfahrens befunden wird, m.w.H. Hauser/Schweri 1999 § 102 N 43.

<sup>88</sup> Zu diesen Fällen vgl. etwa ZH StPO 454 Abs. 2; BE StrV 378 Abs. 4; LU StPO 260bis; SZ StPO 157g; GL StPO 167 Abs. 2; FR StPO 227 Abs. 2; SO StPO 213 Abs. 3; JU StPO 374 Abs. 5. Siehe ferner Aeschlimann 1997 N 1969; Hauser/Schweri 1999 § 102 N 47; Maurer 1999 536; Oberholzer 1994 558; Piquerez 2000 N 3570; Schmid 1997 N 1165.

nicht ohne Rückwirkung auf die Anklage bleiben, wird das Berufungsgericht den Fall an die Staatsanwaltschaft zurückweisen. Beeinflusst die veränderte Beweislage die Anklage nicht oder kaum (so z.B. bei einem nachträglichen Geständnis eines Freigesprochenen), kann der Fall an das erstinstanzliche Gericht zurückgewiesen werden. Würde – um einen weiteren Anwendungsfall zu schildern – das frühere Verfahren durch ein falsches Zeugnis im Berufungsverfahren beeinflusst, wird am ehesten eine Überweisung an das Berufungsgericht erfolgen.

Nach Abs. 6 bestimmt das Berufungsgericht über *Anordnung bzw. Aufrechterhaltung der Sicherheitshaft*. Die vom Berufungsgericht angeordnete Haft bleibt bestehen, bis (etwa im Falle der Rückweisung ins Voruntersuchungsstadium) die Staatsanwaltschaft nach Art. 235 ff. VE die Frage einer neuen Untersuchungshaft geprüft und allenfalls dem Zwangsmassnahmengericht Antrag auf Verhängung einer solchen gestellt hat.

#### *Verfahren nach bewilligter Revision (Art. 484 VE)*

Die Regeln in Art. 484 VE für das Vorgehen der Behörde, an die der Straffall zurückgewiesen wird, ergeben sich aus Art. 483 VE und den dort vorgesehenen Möglichkeiten des Berufungsgerichts, das nachfolgende Verfahren zu bestimmen. Bei von Beschuldigten herbeigeführten Revisionen dürfen diese nach Art. 459 Abs. 2 VE nicht schärfer als im aufgehobenen Urteil bestraft werden. Diese Beschränkung gilt selbstverständlich nicht, wenn die Staatsanwaltschaft oder die Privatklägerschaft mit einem Revisionsgesuch zuungunsten der Beschuldigten erfolgreich waren<sup>89</sup>. Im neuen Verfahren ist auch über die Kosten des ersten, aufgehobenen Verfahrens zu entscheiden (Art. 484 VE).

Erwähnung verdient Abs. 5, der die *Entschädigungsfolgen regelt, wenn Beschuldigte im zweiten Verfahren zu einer kürzeren Freiheitsstrafe verurteilt wurden*. Anwendbar ist in diesem Falle über Art. 505 VE die Bestimmung von Art. 501 VE, die die bisher oft vermisste Möglichkeit einräumt<sup>90</sup>, eine bereits verbüsste, aber eigentlich gegenstandslos gewordene Haft auf andere gegen die gleichen Beschuldigten verhängten freiheitsentziehenden Sanktionen anzurechnen.

#### *Folgen des Freispruchs (Art. 485 VE)*

Es versteht sich von selbst, dass bei einem Freispruch die *bezahlten Bussen und Geldstrafen mit Zins zurückzuerstatten sind* (Abs. 1)<sup>91</sup>. Diese Rückerstattung hat durch die Strafvollzugsbehörden, die seinerzeit diese Leistungen vereinnahmten, zu erfolgen; der neue Entscheid hat sich damit nicht zu befassen.

Im neuen Entscheid ist hingegen über die *Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche* der nunmehr freigesprochenen Beschuldigten zu befinden, wobei dafür grundsätzlich Art. 499 ff. und vor allem Art. 505 VE anwendbar sind<sup>92</sup>. Anwendbar ist nach dem dortigen Verweis ebenfalls Art. 501 Abs. 1 VE: Erstandene freiheitsentziehende Sanktionen unter Einschluss der Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind wenn immer möglich auf einen anderen noch zu verbüssende Freiheitsentzug anzurechnen. Eine Entschädigung soll nur dann ausgerichtet werden, wenn eine solche Anrechnung nicht möglich ist.

<sup>89</sup> Vgl. Schmid 1997 N 1164.

<sup>90</sup> Vgl. dazu Schmid 1997 N 1167; Schubarth 1998 112. Damit wird der Grundsatz der Tat- bzw. Verfahrensidentität bei der Anrechnung von Untersuchungshaft, der bisher im Zusammenhang mit Art. 69 StGB beachtet wurde (vgl. Trechsel 1997 Art. 69 N 15), durchbrochen.

<sup>91</sup> Dazu und zum Folgenden Aus 29 mach 1 S. 166.

<sup>92</sup> Zu den finanziellen Folgen eines Freispruchs bzw. einer mildereren Beurteilung allgemein Aeschlimann 1997 N 1978 ff.; Maurer 1999 538; Piquerez 2000 N 3577 ff.; Schmid 1997 N 1165.



Nach vielen geltenden Prozessordnungen können bei Freispruch die Beschuldigten und nach deren Tod die Angehörigen verlangen, dass *das rehabilitierende Urteil publiziert wird*<sup>93</sup>. Dieser Anspruch besteht nach Abs. 3 indessen nur, wenn zunächst verurteilte Beschuldigte nach der Revision freigesprochen werden. Wurde durch eine Revision ein Freispruch aufgehoben und erfolgte im neuen Verfahren erneut ein Freispruch, besteht dieser Anspruch nicht. Ein Anspruch besteht sodann nur, wenn eine solche Publikation erforderlich ist, um den guten Ruf der früher Verurteilten wiederherzustellen, was im Regelfall nur anzunehmen ist, wenn das frühere Verfahren eine gewisse Publizität erlangte.

---

<sup>93</sup> Z.B. ZH StPO 455 letzter Satz; BE StrV 383 Abs. 3; UR StPO 237 Abs. 2; OW StPO 166 Abs. 1; NW StPO 173 Abs. 1; SO StPO 216 Abs. 1; AR StPO 231 Abs. 3; GR StPO 153 Abs. 1; AG StPO 235 Abs. 1; TI StPO 305; VD StPO 474; VS StPO 205 Ziff. 2; NE StPO 269; GE StPO 368 dazu Poncet 1978 Kommentierung von Art. 368; JU StPO 376 Abs. 1; Vgl. dazu ferner Aeschlimann 1997 N 1981; Maurer 1999 538; Padrutt 1996 Art. 153 N 1 ff.

## 28                    **Verfahrenskosten und Entschädigungen (Elfter Titel)**

Die finanziellen Folgen des Strafverfahrens bestehen in den dem Staat wie auch den verfahrensbeteiligten Personen erwachsenden Kosten. Das Prozessrecht muss regeln, wer diese Kosten, vor allem die eigentlichen Verfahrenskosten im nachstehend zu umschreibenden Sinn<sup>1</sup> zu tragen hat. Im Vordergrund steht dabei die Frage, inwieweit sie den privaten Parteien auferlegt werden können. Im Weiteren muss geregelt werden, ob und in welchem Umfang die Parteien Anspruch auf Ersatz ihrer Kosten, also der sogenannten Parteikosten haben. Es geht hier um eine Entschädigung durch den Staat oder den Verfahrensgegner für die den Parteien entstehende Vermögensverminderung, wenn sie mit ihrem Standpunkt obsiegen, also beispielsweise freigesprochen werden. Die geltenden schweizerischen Strafprozessgesetze enthalten durchwegs Bestimmungen, die die Tragung der Verfahrenskosten sowie die Entschädigungsansprüche und –pflichten regeln. Vor allem in älteren Gesetzen sind diese Bestimmungen gelegentlich aber eher lückenhaft, was in neuerer Zeit in einzelnen Kantonen zu Schwierigkeiten führte, da nach heutiger Auffassung z.B. für die Auferlegung von Verfahrenskosten allgemein eine gesetzliche Grundlage verlangt wird<sup>2</sup>. Namentlich Fragen wie die Kosten- und Entschädigungspflicht im Rechtsmittelverfahren oder bei der sogenannten Überhaft<sup>3</sup> sind häufig nur unzureichend geregelt.

Die künftige schweizerische Strafprozessordnung soll die Kosten- und Entschädigungsfolgen von Strafverfahren relativ detailliert regeln. Im 1. Kapitel sind in Art. 486-492 VE zunächst allgemeine Vorschriften und Grundsätze zur Kostentragung und zu den Entschädigungsfragen eingereiht. Im 2. Kapitel werden in Art. 493-498 VE die Verfahrenskosten besonders geregelt, gefolgt von den Bestimmungen zur Entschädigungsfrage in Art. 499-505 VE im 3. Kapitel.

### 281                    **Allgemeines (1. Kapitel; Art. 486-492 VE)**

#### *Anwendbarkeit der Vorschriften dieses Titels (Art. 486 VE)*

Die Vorschriften dieses Elften Titels sind für alle die Verfahren, die nach Massgabe dieses Gesetzes erfolgen und somit auch für die besonderen Verfahrensarten des Neunten Titels anwendbar (Art. 486 Abs. 1 und 2 VE).

Bei den Rechtsmitteln ans Bundesgericht, die in anderen Bundesgesetzen (zur Zeit im OG bzw. BStP, künftig im vorgesehenen BG über das Bundesgericht) geregelt sind, ist auf die Bestimmungen dieser besonderen Bundesgesetze abzustellen. Die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung ist hinsichtlich Kosten und Entschädigungen nur anwendbar, soweit das Bundesgericht Rechtsmittel nach diesem Gesetz zu entscheiden hat, also z.B. Beschwerden (vgl. Abs. 3).

#### *Grundsätze der Kostentragung und Entschädigung (Art. 487 VE)*

Art. 487 Abs. 1 VE stellt zunächst den Grundsatz auf, dass die Kosten der Strafrechtspflege allgemein<sup>4</sup> und der konkreten Verfahren im Besonderen von den *Gemeinwesen* zu tragen sind, die das Verfahren führen (Abs. 1). Vor allem die privaten Parteien können mit Kosten und

<sup>1</sup> Siehe Erläuterungen im Zusammenhang mit Art. 493 VE.

<sup>2</sup> Vgl. etwa zum Problem der (bis zu einer Gesetzesänderung vom 6.12.1999 im Kanton Zürich) nicht geregelten Frage, ob den privaten Rechtsmittelklägern Kosten auferlegt werden können, ZR 96 (1997) Nr. 23.

<sup>3</sup> Wenn Beschuldigte zwar verurteilt werden, die ausgestandene Untersuchungs- oder Sicherheitshaft aber die ausgesprochene Freiheitsstrafe übersteigt, dazu Schmid 1997 N 1224b Fn. 97.

<sup>4</sup> Es sind dies die allgemeinen Kosten für die Bereitstellung der Strafrechtspflege, also Kosten für Personal, Räumlichkeiten etc.; dazu statt Vieler Hauser/Schweri 1999 § 108 N 1; Schmid 1997 N 1198.

Entschädigungspflichten nur unter den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen belastet werden<sup>5</sup>.

Abs. 2 behandelt die Kosten- und Entschädigungsfolgen in den Fällen, in denen die *Staatsanwaltschaft des Bundes die Anklage vor den kantonalen Gerichten führt* (Art. 31 Abs. 2 oder 32 Abs. 1 VE)<sup>6</sup>. Hier übernimmt der Bund zunächst nach Abs. 1 die gemäss dem Entscheid vom Gemeinwesen zu tragenden Verfahrenskosten sowie beispielsweise die nach Art. 499 VE an Beschuldigte zu leistenden Entschädigungen. Der Bund trägt allerdings nur die Barauslagen nach Art. 493 VE; eine Gerichtsgebühr ist nicht auszusprechen (Abs. 2 erster Satzteil). Wurden im Urteil Kosten den Beschuldigten auferlegt oder in Anwendung von Art. 491 Abs. 3 VE Dritte im Sinne eines Rückgriffs zur Tragung von Kosten oder Entschädigungen verpflichtet und kommen diese Personen ihren Zahlungspflichten nicht nach, so können die Kantone nach Abs. 2 zweiter Satzteil vom Bund Ersatz beanspruchen. Diese Regelungen entsprechen mit gewissen Nuancen der gegenwärtigen Rechtslage (Art. 265<sup>quater</sup> Abs. 2 und 3 BStP<sup>7</sup>).

Abs. 3 bezieht sich auf den Fall, dass *Strafsachen in Bundeskompetenz den kantonalen Strafbehörden zur Verfolgung delegiert werden* (Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 2 VE). Hier können die Kantone bereits nach geltendem Recht (Art. 257 BStP) vom Bund den Ersatz ausserordentlicher Kosten verlangen; diese Regelung wird unverändert in den Vorentwurf übernommen.

Abs. 4 enthält den wichtigen *Grundsatz der Exklusivität der Kosten- und Entschädigungsbestimmungen* dieses Gesetzes<sup>8</sup>. Die Möglichkeiten der Kostenaufgabe, aber auch der Anspruch auf Entschädigung im Zusammenhang mit Strafverfahren, sind somit in diesem Gesetz abschliessend geregelt. Damit ist ausgeschlossen, dass z.B. Beschuldigte im Zusammenhang mit erlittenen Zwangsmassnahmen das Gemeinwesen oder private Verfahrensbeteiligte gestützt auf andere Rechtsgrundlagen des Bundes oder der Kantone (Obligationenrecht; Gesetze, die die Staats-, Beamten- oder Behördenhaftung regeln, etc.) auf Schadenersatz oder Genugtuung belangen. Diese Exklusivität gilt nur für die unmittelbaren Folgen strafbehördlicher Verfahrenshandlungen. Wird beispielsweise bei einer polizeilichen Razzia (Art. 228 VE) ein unbeteiligter Passant durch einen Schuss getötet, der von einem fahrlässig mit seiner Waffe hantierenden Polizisten ausgelöst wurde, so liegt keine strafbehördliche Verfahrenshandlung vor.

Abs. 5 räumt den Strafbehörden die Möglichkeit ein, von den in der konkreten Anwendung möglicherweise zu harten und unbilligen Kosten- und Entschädigungsregelungen abzuweichen:

- Im Einklang mit neueren Strafprozessordnungen<sup>9</sup> lässt Bst. a ein Abweichen zu, wenn eine *strikte Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen zu unbilligen Ergebnissen führen würde*.
- Abgewichen werden kann von den Regelungen sodann, wenn die *Kostenpflichtigen mittellos* sind (Bst. b). Insbesondere soll vermieden werden, dass die Resozialisierung von Beschuldigten, die in bedrängten wirtschaftlichen Verhältnissen leben, durch die

<sup>5</sup> Ähnlich BE StrV 395.

<sup>6</sup> Diese Bestimmung wird bei Schaffung eines erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts zu streichen sein, da die Staatsanwaltschaft des Bundes alsdann bei diesem Gericht und nicht mehr bei den kantonalen Gerichten Anklage erheben wird, vgl. Bemerkungen vorne eingangs zu Ziff. 222.2.

<sup>7</sup> Fassung vom 22. Dezember 1999, BBl 2000 73.

<sup>8</sup> Zu diesem Grundsatz und die Grenzen vgl. Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 42 N 4 ff.

<sup>9</sup> Abweichen von Kostenregelung möglich siehe etwa VStR 95 Abs. 1; BE StrV 386 Abs. 2; LU StPO 275 Abs. 2 Ziff. 3; SZ StPO 50 Abs. 2; FR StPO 229 Abs. 1; SO StPO 33; BS StPO 35 Abs. 1; BL StPO 31 Abs. 3; GE StPO 97 Abs. 3; ähnlich auch SH StPO 345 Abs. 2.

Kostenaufgabe gefährdet wird. Diese Möglichkeit, allerdings teilweise beschränkt auf die Verurteilten, ist bereits heute in verschiedenen Prozessgesetzen vorgesehen<sup>10</sup>.

Abs. 6 enthält die soweit selbstverständliche Regel, dass Kosten und Entschädigungsfolgen, die z.B. bei Missachtung einer Vorladung und damit notwendig gewordenen Verschiebung der Verhandlung von jenen Verfahrensbeteiligten (Parteien, aber beispielsweise auch Zeugen, Zeuginnen usw.) zu tragen sind, die dieses Kosten verursacht haben. Auf die Frage des Obsiegens oder Unterliegens ist hier nicht abzustellen. Gleiches gilt bei anderen durch Verletzung gesetzlicher Vorschriften bewirkte Kosten, also beispielsweise, wenn Beweise verspätet geltend gemacht werden (vgl. Art. 364 Abs. 4 VE).

#### *Tragung der Verfahrenskosten durch Bund oder Kanton (Art. 488 VE)*

Es dürfte bereits der gesetzlichen Regelung<sup>11</sup> oder mindestens der Praxis in den meisten Kantonen entsprechen, dass z.B. *bei einem Freispruch die Verfahrenskosten nicht der Staatsanwaltschaft auferlegt werden*. Sie werden vom Gericht auf die Staatskasse genommen und selbst entsprechend verbucht. Es werden auch keine Gerichtsgebühren ausgesprochen. Gleich ist das Vorgehen, wenn z.B. eine Gemeinde eine Strafanzeige einreichte oder nach Art. 217 StGB Strafantrag stellte, der Fall aber durch Einstellung oder Freispruch endet und ein privater Strafläger bzw. Strafantragsteller nach Art. 496 VE kostenpflichtig wäre. Der Gemeinde können somit keine Kosten auferlegt werden. Diese Regelung übernimmt Art. 488 Abs. 1 VE<sup>12</sup>.

Obsiegt umgekehrt der Staat, vertreten durch die Staatsanwaltschaft, so *stehen beiden keine Entschädigungen zu* (Abs. 2)<sup>13</sup>. Im vorerwähnten Fall der Strafanzeige einer Gemeinde kann auch diese bei Obsiegen somit keine Entschädigung verlangen.

#### *Beteiligung mehrerer Personen und Haftung Dritter (Art. 489 VE)*

Sind an einem Verfahren mehrere Personen z.B. als Beschuldigte beteiligt, so sind die entstehenden Kosten *primär durch die Person zu tragen, die Anlass dazu gegeben hat*. So versteht sich von selbst, dass beispielsweise die Kosten der amtlichen Verteidigung von denjenigen Beschuldigten zu tragen sind, für die die Verteidigung bestellt wurde (Abs. 1).

Kosten, die nicht durch eine Partei allein, sondern durch *alle Beteiligten verursacht wurden, sind anteilmässig zu verteilen* (Abs. 2). Wurde also z.B. im Zusammenhang mit einem von drei Tätern gemeinsam verübten Delikt ein Zeuge einvernommen oder ein Gutachten eingeholt, so hat jeder der Beschuldigten ein Drittel der damit verursachten Kosten zu tragen. Diese anteilmässige Kostentragung soll die Regel darstellen.

Abs. 3 überlässt es allerdings der zuständigen Strafbehörde, bei der Kostenaufgabe die kostenpflichtigen Personen, im Regelfall wohl Beschuldigte, zur *solidarischen Tragung* der Kosten zu verpflichten<sup>14</sup>. Dies betrifft vor allem Fälle von Mittäterschaft oder Teilnahme, bei

<sup>10</sup> Etwa MStP 151 Abs. 1; ZH StPO 42 Abs. 2, 190a, 388 Abs. 1; LU StPO 275 Abs. 2 Ziff. 3; SG StPO 270 Abs. 2 Bst.a; AG StPO 164 Abs. 1; TG StPO 189; ähnlich auch JU StPO 383 Ziff. 1 Abs. 2; vgl. dazu Hauser/Schweri 1999 § 109 N 33; Oberholzer 1994 586; Piquerez 2000 N 3118; Schmid 1997 N 1214; einlässlich ders. in Donatsch/Schmid 1999 § 190a N 1 f. Postuliert auch in Aus 29 mach 1 S. 164.

<sup>11</sup> ZH GVG 203; AR StPO 245 Abs. 2 für das Rechtsmittelverfahren; vgl. ferner OG 156 Abs. 2; LU StPO 276; AG StPO 139 Abs. 2; ähnlich NW StPO 49; VD StPO 450 Abs. 2; VS StPO 114 Ziff. 4; NE StPO 40 Abs. 3.

<sup>12</sup> Inwieweit von diesen und den nachfolgenden Regeln abzuweichen ist, wenn das Gemeinwesen im privatrechtlichen Sinne geschädigt wurde (z.B. durch Diebstahl, Betrug etc.), bleibe hier offen.

<sup>13</sup> So nun auch BStP 278 Abs. 3 in der Fassung vom 23.6.00.

<sup>14</sup> So bereits nach geltendem Recht etwa in ZH StPO 188 Abs. 2; BE StrV 386 Abs. 3, 390 Abs. 3; LU StPO 275 Abs. 4; UR StPO 61; SZ StPO 50 Abs. 3; OW StPO 177 Abs. 3; NW StPO 52a; GL StPO 139 Abs. 4; ZG StPO 56 Abs. 3; FR StPO 232; SO StPO 34; BS StPO 35 Abs. 2; SH StPO 348 Abs. 2; AR StPO 239

denen Gründe der Billigkeit soweit kongruent mit Art. 60 OR eine solidarische Haftbarkeit nahe legen. So soll z.B. ein sehr wohlhabender Anstifter, der eine mittellose Person zur Begehung eines Delikts veranlasst, unter solidarischer Haftung auch für die auf den mittellosen Täter zurückzuführenden Kosten verpflichtet werden können.

Haben *Beschuldigte die Delikte zum Vorteil oder auf Weisung einer (selbst nicht strafprozessual ins Recht gefassten) Drittperson*, allenfalls einer juristischen Person, ausgeführt, kann es angebracht sein, diese Drittperson in analoger Anwendung von Art. 55 oder 333 ZGB bzw. Art. 55 oder 60 OR solidarisch zur Tragung von Kosten zu verurteilen. Diese Möglichkeit ist bereits heute in einzelnen Prozessgesetzen vorhanden<sup>15</sup>.

#### *Kosten- und Entschädigungspflicht von Erben und Zurechnungsunfähigen (Art. 490 VE)*

Verschiedene Prozessordnungen sehen vor, dass bei Tod der kosten- und entschädigungspflichtigen Personen diese Verpflichtung auf die Erben übergeht<sup>16</sup>. Die Erben müssen selbstverständlich nur dann die Kosten und Entschädigungen tragen, wenn die verstorbene Partei kosten- oder entschädigungspflichtig gewesen wäre. Diese in Art. 490 Abs. 1 VE übernommene *Erbenhaftung* ist eine Folge der Gesamtnachfolge von Art. 560 ZGB<sup>17</sup>. Beigefügt sei, dass von dieser Erbenhaftung nach Art. 487 Abs. 5 VE vorab zur Vermeidung von Härtefällen abgewichen werden kann.

Urteilsunfähige können in Analogie zu Art. 54 Abs. 1 OR zur Tragung von Kosten und Entschädigungen verpflichtet werden, wenn dies die *Billigkeit* verlangt (Abs. 2). Diese Regelung findet sich ebenfalls teilweise bereits in kantonalen Prozessordnungen<sup>18</sup>. Die Kosten- und Entschädigungspflicht der Urteilsunfähigen setzt eine Interessenabwägung voraus und kommt nur bei günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen der betreffenden Personen in Frage<sup>19</sup>.

#### *Geltendmachung von Entschädigungen und Rückgriff (Art. 491 VE)*

Abs. 1 und 2 präzisieren den im Zusammenhang mit Art. 487 Abs. 4 VE genannten Begriff der Exklusivität der vom Staat zu leistenden Entschädigungen und Genugtuungen. Die Beschuldigten können die handelnden Beamtinnen oder Beamten nicht persönlich belangen. Sie können vielmehr Kosten- und Entschädigungsansprüche *allein gegen den Kanton oder*

---

Abs. 1; AI StPO 86 Abs. 3; 101 Abs. 4; SG StPO 262 Abs. 2; GR StPO 158 Abs 1; AG StPO 139 Abs. 3, 164 Abs. 2; TG StPO 61 Abs. 1; TI StPO 9 Abs. 2; VD StPO 160 Abs. 2; VS StPO 207 Ziff. 4; NE StPO 89 Abs. 3; GE StPO 99 Abs. 2; JU StPO 299 Abs. 5. Allgemein zu dieser und den folgenden Kostenregeln Aeschlimann 1997 N 2024 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 239 N 1 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 160 N 1; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 4 ff.; Maurer 1999 553; Oberholzer 1994 580 ff.; Padrutt 1996 Art. 158 N 3; Piller/Pochon 1998 Art. 232.1 ff.; Piquerez 2000 N 3099 ff.; Schmid 1997 N 1200 ff.

<sup>15</sup> So in BE StrV 387; OW StPO 177 Abs. 1; NW StPO 50 Abs. 3; FR StPO 233; SH StPO 349; AR StPO 239 Abs. 2; SG StPO 262 Abs. 1; GR StPO 159 Abs. 2; TG StPO 62 Abs. 2; dazu Aeschlimann 1997 N 2027; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 239 N 4 f.; Maurer 1999 553; Oberholzer 1994 586; Piller/Pochon 1998 Art. 233.1 ff.

<sup>16</sup> Siehe etwa LU StPO 283; UR StPO 62; SZ StPO 55; OW StPO 177 Abs. 2; NW StPO 49 Ziff. 3, 52 Abs. 2; GL StPO 143; FR StPO 230; BL StPO 32 Abs. 2; SH StPO 353; SG StPO 264; GR StPO 159 Abs. 1.

<sup>17</sup> Hierzu Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 240 N 2; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 30; Padrutt 1996 Art. 189 N 2.1.; Schmid 1997 N 1210.

<sup>18</sup> Siehe etwa ZH StPO 189 Abs. 3; BE StrV 390 Abs. 4; LU StPO 277 Abs. 2; UR StPO 62; SZ StPO 51 Abs. 3; GL StPO 139 Abs. 2; ZG StPO 56bis Abs. 3; FR StPO 229 Abs. 3; SO StPO 32 Abs. 1; SH StPO 347 Abs. 2; AR StPO 240; SG StPO 261; TG StPO 58 Abs. 3; vgl. dazu Aeschlimann 1997 N 2044; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 240 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 29; Maurer 1999 554; Oberholzer 1994 583 f.; Piller/Pochon 1998 Art. 229.7 f.; Schmid 1997 N 1210.

<sup>19</sup> Siehe hierzu etwa BGE 113 Ia 76; 115 Ia 111; 112 Ia 371; vgl. auch Aus 29 mach 1 S. 164.

den Bund, die das Verfahren führten, geltend machen<sup>20</sup>. Vorbehalten bleibt ein Regress des Gemeinwesens, der allerdings nicht in dieser vereinheitlichten Strafprozessordnung zu regeln ist, sondern sich allenfalls aus dem kantonalen oder eidgenössischen Verwaltungs- oder Beamtenrecht ergibt. Beschuldigte können aber auch beispielsweise Zeuginnen oder Zeugen, die falsch aussagten, nicht selbst belangen; haben sie durch prozessuales Fehlverhalten Dritter einen Schaden erlitten, sind sie dafür vom Staat zu entschädigen. Dieser hat allenfalls Anspruch auf Regress nach Abs. 3.

Abs. 3 gibt dem Bund oder Kanton die Möglichkeit, auf andere *Verfahrensbeteiligte wie Anzeigeerstatter, Zeuginnen oder Zeugen, Auskunftspersonen oder Sachverständige zurückzugreifen*, die durch vorsätzliches oder mindestens grobfahrlässiges Verhalten staatliche Entschädigungspflichten bewirkten. Die Bestimmung ist relativ allgemein gehalten:

- Nach Bst. a kann auf die Verzeigerinnen und Verzeiger Regress genommen werden, die mit haltlosen Anzeigen das Verfahren einleiteten. Diese Kostenaufgabe ist bereits in verschiedenen geltenden Prozessordnungen vorgesehen<sup>21</sup>.
- Nach Bst. b können z.B. *Zeuginnen oder Zeugen, Auskunftspersonen oder sogar Sachverständige belangt werden*, wenn sie mit falschen Aussagen oder Gutachten das Verfahren erschwerten und dadurch Kosten und Entschädigungsfolgen bewirkten. Nach verschiedenen Prozessordnungen war in diesen Fällen ein Rückgriff bisher mangels gesetzlicher Grundlage nicht möglich<sup>22</sup>.
- Ähnlich ist die Rückgriffsregelung von Bst. c: Wurde z.B. ein später durch *Revision aufgehobenes Urteil* auf Grund einer falschen Aussage eines Zeugen oder einer Auskunftsperson bewirkt, können Bund oder Kanton auf diesen Verfahrensbeteiligten zurückgreifen und ihn für die ausgerichteten Entschädigungen sowie Genugtuungen belangen.

#### *Entscheid über Verfahrenskosten und Entschädigungen (Art. 492 VE)*

Abs. 1 verpflichtet die Strafbehörden, in den Endentscheiden *von Amtes wegen und ohne entsprechende Anträge der Parteien* über die Kosten, Entschädigungen und allfällige Genugtuungsansprüche zu entscheiden. Die Strafbehörde muss daher, bevor sie einen solchen Entscheid fällt, die dazu erforderlichen Unterlagen beschaffen und vor allem auch z.B. Parteien, denen Entschädigungsansprüche zustehen dürften, auffordern, diese anzumelden. Damit im Zusammenhang stehen die Pflichten der Parteien nach Abs. 3 und 4.

Bei *Zwischenentscheiden und Rechtsmittelentscheiden* dagegen erscheint es oft als wenig sinnvoll, darin über Kosten und Entschädigungen zu befinden. Wie in verschiedenen Prozessordnungen vorgesehen<sup>23</sup> oder nach der Praxis einzelner kantonalen Behörden<sup>24</sup> kann bei Zwischenentscheiden der Kosten- und Entschädigungsentscheid in den Endentscheid verschoben werden, d.h. die Kosten werden vorläufig zur Hauptsache geschlagen.

<sup>20</sup> So z.B. auch VStrR 89 Abs. 3.

<sup>21</sup> Etwa BStP 122 Abs. 2; VStrR 102 Abs. 1; ZH StPO 42 Abs. 1, 189 Abs. 2; BE StrV 390 Abs. 1 Ziff. 1, 407 Abs. 2; LU StPO 279; UR StPO 65, 73; SZ StPO 53; OW StPO 173a, 181; NW StPO 49 Ziff. 2, 53 Abs. 1; GL StPO 140 Abs. 1, 142; ZG StPO 56bis Abs. 4; 57 Abs. 3; FR StPO 231 (sehr allgemein, vgl. Piller/Pochon 1998 Art. 231.1 ff.); SO StPO 32 Abs. 2; BS StPO 36 Abs. 1; BL StPO 31 Abs. 4; SH StPO Art. 350, 360 Abs. 2; AR StPO 243 Abs. 1, 247; SG StPO 268; GR StPO 161 Abs. 3; AG StPO 139 Abs. 4; 140 Abs. 2; TG StPO 59; VD StPO 158; TI StPO 9 Abs. 5, 322; JU StPO 299 Abs. 2, 235 Abs. 2, 237 Abs. 3; dazu Aeschlimann 1997 N 2033 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 158 N 2.2; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 31; Maurer 1999 558 f., 578; Oberholzer 1994 584 ff.; Schmid 1997 N 1212.

<sup>22</sup> So früher in ZH, vgl. Schmid 1997 N 1213, neu StPO 189, Gesetzesänderung vom 6.12.99.

<sup>23</sup> Vgl. etwa BE StrV 385 Abs. 3; LU StPO 274 Abs. 2; UR StPO 60 Abs. 2; FR StPO 237 Abs. 1; SH StPO 354 Abs. 3; AR StPO 238 Abs. 2.

<sup>24</sup> So in ZH, vgl. Schmid 1997 N 1204.

Folgerichtig ist diese Regelung auch auf Rechtsmittelentscheide gegen solche Zwischenentscheide anwendbar, also z.B., wenn eine Beschwerde gegen ein abgelehntes Haftentlassungsgesuch (Art. 241 VE) oder eine Einstellungsverfügung (Art. 355 VE) gutgeheissen wird (Abs. 2).

Die Strafbehörden haben zwar nach Abs. 1 von Amtes wegen vor allem in den Endentscheiden einen Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsentscheid zu treffen. Es wäre jedoch verfehlt, die Verantwortung für die Beschaffung der Grundlagen, die für den Entscheid in der Entschädigungs- und Genugtuungsfrage erforderlich sind, allein den Strafbehörden zuzuweisen, m.a.W. in diesem Bereich die Instruktionsmaxime oder den Untersuchungsgrundsatz<sup>25</sup> für generell anwendbar zu erklären. Vielmehr ist der betroffenen *Partei* zuzumuten, solche *Ansprüche nicht nur genau zu beziffern, sondern dafür jene Unterlagen und Beweise vorzulegen*, die es der Strafbehörde erlauben, darüber zu entscheiden (Abs. 3)<sup>26</sup>. Kommt die Partei der entsprechenden Aufforderung nicht nach, tritt die Strafbehörde auf die Begehren nicht ein (Abs. 4). Wegen des Verwirkungseffekts nach Abs. 5 muss die zuständige Strafbehörde allerdings vor allem der rechtsungewohnten, nicht anwaltschaftlich vertretenen Partei gegenüber besorgt sein, dass sie ihre Rechte wahrnehmen kann. Dies bedeutet beispielsweise, dass Nachfristen zu setzen sind, wenn die Partei auf eine erste Aufforderung hin die Unterlagen nur unvollständig einreicht.

In Abs. 5 erscheint wiederum der bereits im Zusammenhang mit Art. 487 Abs. 4 VE erwähnte Grundsatz der Exklusivität der Kosten- und Entschädigungsbestimmungen dieses Gesetzes, diesmal aber in eher formeller Hinsicht: Der Ansprecher hat seine Ansprüche auf *Entschädigung und Genugtuung im Regelfall am Ende des betreffenden Verfahrens anzumelden und zu belegen. Versäumt er dies, verliert er diese Ansprüche*. Die Verwirkung tritt allerdings nur ein, wenn die betreffende Partei Gelegenheit hatte, diese Ansprüche anzumelden. Diese Verwirklichungsbestimmung gilt selbstredend auch für den verfahrensführenden Bund oder Kanton; er verliert seine Ansprüche, wenn er sie nicht mit dem Endentscheid geltend macht, also den Kostenpflichtigen auferlegt.

Abs. 6 regelt die *Verjährungsfrage*. Die Ansprüche Privater auf Entschädigung und Genugtuung, aber auch diejenigen des Staates auf Tragung von Kosten verjähren in analoger Anwendung von Art. 60 OR in zehn Jahren<sup>27</sup>.

Die Frage der *Verzinsung von Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsforderungen* war bisher in den Verfahrensgesetzen häufig nicht oder nur unzureichend geregelt<sup>28</sup>. Abs. 7 enthält eine Verzinsungspflicht. Aus Praktikabilitätsgründen beginnt die Verzinsung jedoch erst zu laufen, wenn der entsprechende Kosten-, Entschädigungs- oder Genugtuungsentscheid rechtskräftig geworden ist.

<sup>25</sup> Hierzu Art. 6 VE und vorne Ziff. 212.

<sup>26</sup> Zur Mitwirkungs- und Substanziierungspflicht bei den soweit ähnlichen Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen gegen einen Kanton nach OHG BGE 126 II 97.

<sup>27</sup> So bereits jetzt etwa nach ZH GVG 205; BE StrV 430; SZ GOG 147; FR StPO 250 Abs. 3; SH StPO 378 Abs. 3; AR StPO 241; AI StPO 170 Abs. 2; SG StPO 265; JU StPO 392. Teilweise sehen die Gesetze kürzere Verjährungs- bzw. Verwirkungsfristen vor, so z.B. nach VStrR 100 oder TI StPO 320 Abs. 2 und 3 ein Jahr; LU StPO 311 fünf Jahre.

<sup>28</sup> Verzinsungsregeln etwa in FR StPO 250 Abs. 3; SH StPO 378 Abs. 3 oder in ZH GVG 205; AR StPO 241, die ausdrücklich die Unverzinslichkeit vorsehen.

**282           Verfahrenskosten (2. Kapitel; Art. 493-498 VE)****282.1        Verfahrenskosten und Gebühren (1. Abschnitt, Art. 493 VE)***Begriffe und Berechnung (Art. 493 VE)*

Abs. 1 knüpft an die in der Schweiz gebräuchliche Unterscheidung zwischen den allgemeinen Kosten der Rechtsprechung und den im konkreten Fall erwachsenden Kosten an. Wie bereits einleitend zu Art. 487 Abs. 1 VE angeführt, trägt grundsätzlich der Staat die allgemeinen Kosten der Strafjustiz. Er erhebt jedoch für die *Beanspruchung der Justiz Gebühren*, wobei diese nach dem hier zu beachtenden Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip nicht höher als der dem Staat durch die entsprechende Leistung entstehende Aufwand sein dürfen. Die Gebühren müssen sodann mit dem objektiven Wert dieser Leistung vereinbar sein und in einem vernünftigen Rahmen bleiben<sup>29</sup>. Neben diesen Gebühren, die in Abs. 1 Bst. a erwähnt sind, kann der Staat die Verfahrensbeteiligten zur Tragung der im konkreten Fall *erwachsenden Kosten*, die gelegentlich auch als *Barauslagen* bezeichnet werden, heranziehen (Abs. 1 Bst. b). Barauslagen und Gebühren zusammen werden als Verfahrenskosten bezeichnet.

Abs. 2 nennt beispielhaft einige *Fälle von Barauslagen*, die weiter keiner näheren Erläuterungen bedürfen<sup>30</sup>. Bst. d erlaubt, z.B. die Kosten von Untersuchungen, die staatliche Institutionen wie wissenschaftliche Dienste von Polizeikorps, rechtsmedizinische Institute usw., aber auch die Kosten der polizeilichen Ermittlungstätigkeit zu den Untersuchungskosten zu schlagen.

Da es wenig sinnvoll ist, die Details der Verfahrenskosten und vor allem die Höhe der zu erhebenden Gebühren in einem Bundesgesetz festzuschreiben, sieht Abs. 3 vor, dass hierzu eine *Verordnung des Bundesrates* zu erlassen ist<sup>31</sup>. Dieser bleibt es auch vorbehalten, für einfache Fälle wie Strafbefehle oder Bussenverfügungen *Pauschalgebühren* vorzusehen, die auch die üblichen Barauslagen wie Telefon-, Ausfertigungs-, Portospesen etc. abgelten (Abs. 4)<sup>32</sup>.

Nach Abs. 5 darf die Strafbehörde, die einen Kostenentscheid zu fällen hat, die Gebühr innerhalb des Rahmens, der sich aus der bundesrätlichen Verordnung ergeben wird, *unter Berücksichtigung des dem Staat erwachsenen Aufwandes nach freiem Ermessen festsetzen*. Dabei ist indessen auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Kostenpflichtigen Rücksicht zu nehmen. Beizufügen bleibt, dass Barauslagen fix sind und deren Auflage daher nicht von diesem Ermessen abhängt. Von einer Auflage dieser Kosten kann aber nach Art. 487 Abs. 6 VE abgewichen werden. Werden die Kosten auf die Staatskasse genommen, wird parallel zu Art. 487 Abs. 1 VE keine Staatsgebühr ausgefällt.

Abs. 6 sieht in Übereinstimmung mit einzelnen kantonalen Rechten<sup>33</sup> vor, dass die Festsetzung bzw. die Berechnung der Gebühren und Verfahrenskosten mit *Beschwerde bei der Beschwerdeinstanz* angefochten werden kann, soweit die betreffende Partei nicht ein Rechtsmittel wie die Berufung oder auch einen Rechtsbehelf wie Einsprache gegen einen Strafbefehl oder eine Bussenverfügung eingelegt hat. Mit dieser Beschwerde ist z.B. auch die Festsetzung des Honorars der amtlichen Verteidigung anzufechten.

<sup>29</sup> Hierzu etwa Hauser/Schweri 1999 § 108 N 2.

<sup>30</sup> Siehe Aus 29 mach 1 S. 162.

<sup>31</sup> Vgl. schon jetzt Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsstrafverfahren vom 24.11.1976, SR 313.32.

<sup>32</sup> Weitergehend, da allgemein vorgesehen, in BE StrV 384.

<sup>33</sup> Siehe etwa ZH GVG 206; SZ GOG StPO 148; FR StPO 238 Abs. 2.



## 282.2 Auflage der Verfahrenskosten im Allgemeinen (2. Abschnitt, Art. 494-496 VE)

*Verfahrenskosten bei Verurteilung (Art. 494 VE).*

Abs. 1 übernimmt die wohl in allen schweizerischen Strafprozessordnung geltende Regel, dass die *Beschuldigten bei Verurteilung die Verfahrenskosten zu tragen haben*<sup>34</sup> und erweitert sie auch auf andere *Personen, gegen die sich ein Verfahren dieses Gesetzes richtet, ohne dass sie eigentlich Beschuldigte im Sinne von Art. 121 ff. VE sind*. Es sind dies beispielsweise Personen, gegen die ein selbständiges Massnahmenverfahren, z.B. ein Verfahren zur selbstständigen Einziehung nach Art. 408-411 VE geführt wurde; sie werden zur Tragung der Kosten dieses Einziehungsverfahrens verpflichtet, wenn sie unterliegen. Als Unterliegender gilt im Weiteren die Person, gegen die eine nachträgliche richterliche Anordnung ergeht<sup>35</sup>.

Die Regel von Abs. 2, dass die *Beschuldigte nicht mit Übersetzungskosten belastet werden dürfen*, ergibt sich aus Art. 6 Abs. 3 lit. 3 EMRK und wurde entsprechend in verschiedene kantonale Verfahrensrechte übernommen<sup>36</sup>. Zwar besteht immer noch die auslegende Erklärung des Bundesrates anlässlich der Ratifizierung der EMRK im Jahre 1974, wonach die Unentgeltlichkeit des Dolmetschers die „*begünstigte Person nicht endgültig von der Zahlung der entsprechenden Kosten*“ befreie, doch fragt sich, ob dieser Vorbehalt gültig sei. Die neue Praxis des Bundesgerichts geht dahin, die Unentgeltlichkeit des Dolmetschers zu verlangen<sup>37</sup>. Allerdings verlangt die EMRK nur eine Kostenfreiheit für die Beschuldigten. Falls andere Verfahrensbeteiligte kostenpflichtig werden, besteht kein Anlass, ihnen diese Kosten nicht aufzuerlegen. Dementsprechend bezieht sich die Befreiung in Abs. 2 nur auf die Beschuldigten.

Nach Abs. 3 werden bei Verurteilung die *Kosten der Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie der amtlichen Verteidigung und einer allfälligen unentgeltlichen Verbeiständung der Privatklägerschaft* den Beschuldigten auferlegt, wenn diese in günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen leben. Die Tragung der Kosten der Untersuchungs- und Sicherheitshaft ist in den schweizerischen Strafprozessgesetzen unterschiedlich geregelt. Teilweise werden sie zu den (allenfalls den Beschuldigten aufzuerlegenden) Untersuchungskosten gezahlt<sup>38</sup>, teilweise werden sie vom Staat getragen<sup>39</sup>. Eine Auferlegung dieser Kosten zu Lasten der Beschuldigten widerspricht weder der EMRK noch der Bundesverfassung<sup>40</sup>. Allerdings sollen nach nArt. 383 Abs. 1 StGB in der Fassung des bundesrätlichen Antrags an die Bundesversammlung Bund und Kantone die Kosten des Straf- und Massnahmevollzugs tragen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung soll der Gefangene an den Kosten des Vollzugs beteiligt werden, wenn er im Rahmen der Halbgefangenschaft oder des Arbeitsexternats einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Im vorliegenden Entwurf sollen hingegen die Beschuldigten zur Tragung dieser

<sup>34</sup> Aeschlimann 1997 N 2024 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 242 N 1 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 157 N 1 f.; Hauri 1998 178; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 4 ff.; Maurer 1999 552 f.; Oberholzer 1994 580 ff.; Padrutt 1996 Art. 158 N 1 ff.; Piller/Pochon 1998 Art. 229.1 ff.; Piquerez 2000 N 3100 f.; Schmid 1997 N 1200 ff.; Aus 29 mach 1 S. 163.

<sup>35</sup> So z.B. SO StPO 202; AR StPO 244 Abs. 3, dazu Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 244 N 3 f.; AI StPO 126 Abs. 1 (e contrario); SG StPO 280; AG StPO 204.

<sup>36</sup> UR StPO 64 Abs. 3; OW StPO 172 Abs. 3; BS StPO 33 Abs. 2; BL StPO 30 Abs. 1; AR StPO 242 Abs. 3.

<sup>37</sup> Haefliger/Schürmann 1999 234 ff.; Schmid 1997 N 1201 Fn. 15 mit Hinweis auf einen unpubl. BGE; Villiger 1999 N 528 ff.

<sup>38</sup> So in LU StPO 270 Abs. 2 Ziff. 3; NW StPO 46 Abs. 2 Ziff. 4; ZG StPO 56 Abs. 2; FR StPO 228 Abs. 1; BS StPO 33 Abs. 1; BL StPO 30 Abs. 1; AR StPO 237 Abs. 1 Ziff. 3; AI StPO 101; VS StPO 207 Ziff. 1.

<sup>39</sup> Vgl. etwa ZH Gesetz über das kantonale Strafrecht und den Strafvollzug vom 30.6.1974, § 37; UR StPO 59 Abs. 2 i.V.m. 256; TG StPO 56 Abs. 2. Nach BS StPO 33 Abs. 2; BL StPO 30 Abs. 2 und GR StPO 158 Abs. 3 werden die Kosten der U-Haft vom Staat getragen, wenn diese an die Freiheitsstrafe angerechnet wird.

<sup>40</sup> Siehe dazu BGE 124 I 170.

Kosten herangezogen werden, wenn sie in günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen leben. Es ist also darauf abzustellen, ob anzunehmen ist, dass ihnen im Zeitpunkt des Urteils oder allenfalls später (bei entsprechenden Anwartschaften) neben dem für den Lebensunterhalt, der Bezahlung der übrigen Verfahrenskosten, der Deckung der aus der Straftat resultierenden und allfälligen weiteren Schulden noch Mittel bleiben, um diese Haftkosten zu tragen. Es wird Aufgabe des definitiven Entwurfs zu dieser eidgenössischen Strafprozessordnung sein, allfällige, in jenem Zeitpunkt vorhandene Widersprüche mit den entsprechenden Regelungen des StGB zu beseitigen.

Auch bezüglich der Kosten der *amtlichen Verteidigung* sowie der *unentgeltlichen Verbeiständung* variieren die kantonalen Regelungen oder die entsprechende Praxis. In manchen Kantonen werden sie zusammen mit den übrigen Verfahrenskosten den verurteilten Beschuldigten auferlegt<sup>41</sup>, während andere die Kosten den Beschuldigten auferlegen, wenn sie zahlungsfähig sind oder in günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen leben<sup>42</sup>. Die EMRK (entgegen dem Wortlauf von Art. 6 Ziff. 3 Bst. d und 3), der IPBPR wie auch die Bundesverfassung verbieten nicht, die Kosten der Verteidigung nachträglich den Beschuldigten aufzuerlegen und zurückzufordern, soweit die wirtschaftliche Lage ihnen die Bezahlung ermöglicht<sup>43</sup>. Der Vorentwurf übernimmt im Endergebnis die Regelung jener Kantone, die angesichts der notorischen Überschuldung der Straftäter die Verteidigungskosten im Regelfall auf die Staatskasse nehmen und sie den Beschuldigten nur bei günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen auferlegen.

Abs. 4 nennt zwei Fälle, in denen Verfahrenskosten nicht den an sich Pflichtigen auferlegt werden dürfen, sondern vom verfahrensführenden Bund oder Kanton zu tragen sind: Nach Abs. 4 Bst. a dürfen Parteien nicht mit Kosten belastet werden, die aus behördlichen Verfahrenshandlungen resultieren, die *unnötig oder fehlerhaft waren*. Stimmen z.B. bei der Abklärung eines Delikts die Aussagen von zwei Augenzeugen mit jenen der Beschuldigten überein, dürfte es unnötig sein, eine dritte Augenzeugin von weither und unter entsprechend grossem Aufwand kommen zu lassen, vor allem, wenn sich die Parteien nicht auf diese weitere Zeugin berufen. Es wäre unbillig, die kostenpflichtige Partei mit den Kosten dieser vermutlich sinnlosen Einvernahme zu belasten. Ein weiteres Beispiel: Wurde eine Zeugin oder ein Zeuge von der Strafbehörde nicht ordnungsgemäss nach Art. 184 Abs. 1 VE in die Pflicht genommen und muss deshalb eine zweite Einvernahme stattfinden, können die Kosten der ersten Einvernahme nicht der schliesslich kostenpflichtigen Partei auferlegt werden. Nach Abs. 4 Bst. b trägt der Staat *Kosten, die unverhältnismässig hoch ausgefallen sind*. So kann es stossend sein, die Beschuldigten in einem Bagatellfall (z.B. im Zusammenhang mit dem Strassenverkehr) mit den sehr hohen Kosten eines Gutachtens zu belasten.

#### *Kostentragung bei Einstellung und Freispruch im Allgemeinen (Art. 495 VE)*

Art. 495 VE regelt die Kostentragung bei Einstellung und Freispruch im Allgemeinen und geht dabei vom Grundsatz von Art. 487 Abs. 1 VE aus, wonach die Verfahrenskosten ohne

<sup>41</sup> Vgl. etwa LU StPO 270 Abs. 2 Ziff. 4 i.V.m. 275; OW StPO 13 Abs. 2, 171 Abs. 1 i.V.m. 172 Abs. 1; NW StPO 46 Abs. 2 Ziff. 3 i.V.m. 50 Abs. 1; GL StPO 138 i.V.m. 139 Abs. 1; SH StPO 344 Abs. 1 i.V.m. 346 Abs. 1; AI StPO 101 Abs. 1 i.V.m. 168; SG StPO 259 i.V.m. 266; AG StPO 61 Abs. 3; TG StPO 52 Abs. 2; VS StPO 207 Ziff. 1. Zum Teil kann aber auch ganz allgemein von den Kostenregeln abgewichen werden, vgl. dazu vorne Erläuterungen zu Art. 487 VE und Hinweise in Fn. 8.

<sup>42</sup> So z.B. BE StrV 52 Abs. 2; UR StPO 64 Abs. 3 i.V.m. 58; SO StPO 31 i.V.m. 33 und 35 Abs. 1; BL StPO 21 Abs. 2; AR StPO 64 Abs. 3, dazu Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 64 N 4; VD StPO 111; JU StPO 46 Abs. 2. Vgl. auch GR StPO 156 Abs. 3. Teilweise durch die Praxis so gehandhabt, z.B. in ZH, vgl. Schmid 1997 N 1214.

<sup>43</sup> Vgl. dazu die auslegende Erklärung der Schweiz in AS 1974 2148, deren Verbindlichkeit allerdings diskutabel ist, ferner; EuGRZ 10 (1983) 150, 19 (1992) 542; Haefliger/Schürmann 1999 233 f.; Hauser/Schweri 1999 § 40 N 14; Padrutt 1996 Art. 155 N 2; Schmid 1997 N 1201.

anderslautende Bestimmungen vom verfahrensführenden Bund oder Kanton getragen werden. Nach der bisherigen Praxis der EMRK-Organe, des Bundesgerichts, neueren Regelungen in den schweizerischen Strafprozessordnungen<sup>44</sup> sowie der einschlägigen Literatur<sup>45</sup> können bei Einstellung oder Freispruch die Verfahrenskosten den Beschuldigten nur auferlegt werden, wenn diese *in rechtswidriger und schuldhafter Weise Anlass zur Einleitung des Strafverfahrens gaben oder dessen Durchführung erschwerten*. Diese Regelung wird in dieser Form in die vereinheitlichte schweizerische Strafprozessordnung übernommen<sup>46</sup>.

#### *Kostentragungspflicht der Privatklägerschaft und der Strafantragsteller (Art. 496 VE)*

In Art. 496 VE findet sich die bereits an anderer Stelle erwähnte Grundtendenz des Vorentwurfs wieder, der Privatklägerschaft unter Einschluss der Strafantragsteller zwar ausgedehntere Parteirechte zu gewähren, ihr aber vermehrt Kostenpflichten aufzuerlegen. Es fragt sich zunächst, ob die *Privatklägerschaft verpflichtet werden soll, bei Einstellung, Freispruch oder Abweisung ihrer Zivilklage alle Kosten zu tragen, die im Zusammenhang mit ihren Anträgen entstanden sind*. Eine solche Kostenaufgabe wäre durchaus diskutabel. Allerdings ist zu beachten, dass durch die Annahme und prozessuale Umsetzung solcher Anträge diese zu behördlichen Verfahrenshandlungen werden. Für diese ist grundsätzlich der Staat verantwortlich; der Staat soll deshalb bei Einstellung etc. die Verfahrenskosten tragen, unabhängig davon, von welcher Seite der Anstoss zu den fraglichen Verfahrenshandlungen kam. Es wird deshalb für diesen Fall auf eine generelle Kostentragungspflicht der Privatklägerschaft verzichtet<sup>47</sup>. Der Vorentwurf beschränkt die Kostenaufgabe zu Lasten der Privatklägerschaft auf solche, die durch ihre unentgeltliche Verbeiständung<sup>48</sup> sowie ihre Anträge zum Zivilpunkt verursacht wurden (vgl. näher Abs. 1 Bst. a und b). Wurde z.B. auf Antrag der Privatklägerschaft ein Gutachten zur Frage des (für den Strafpunkt nicht bedeutsamen) Schadensbetrages in Auftrag gegeben, können ihr die daraus erwachsenden Kosten auferlegt werden. Diese Kostentragungsregel ist als „kann“-Bestimmung ausgestaltet. In begründeten Fällen kann also davon abgewichen werden; Zurückhaltung wird sich insbesondere bei Opfern aufdrängen.

Abs. 2 geht hinsichtlich der *Antragsdelikte* noch weiter. Den Strafantragsteller können bei Freispruch oder Einstellung alle Kosten auferlegt werden, soweit nicht die Beschuldigten nach Art. 495 VE die Kosten zu tragen haben. Dies gilt unter Vorbehalt von Abs. 3-5 auch bei Rückzug des Strafantrages. Faktisch wirkt sich diese Regel nur aus, wenn allein Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens bilden; zieht die Privatklägerschaft etwa in einem Fall von Einbruchdiebstahl die Strafanträge wegen Sachbeschädigung und Hausfriedensbruchs zurück, sind zumeist keine besonderen, durch diese Strafanträge verursachte Verfahrenskosten entstanden. Abs. 2 ist im Übrigen bewusst als kann-Vorschrift ausgestaltet, damit die

<sup>44</sup> So etwa BE StrV 390 Abs. 1 Ziff. 2; LU StPO 277 Abs. 1; OW StPO 172 Abs. 2; FR StPO 229 Abs. 2; BS StPO 35 Abs. 3; TG StPO 58.

<sup>45</sup> Näher m.w.H. Aeschlimann 1997 N 2036 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 242 N 3 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 158 N 1.1. ff.; Haefliger/Schürmann 1999 213 ff.; Hauri 1998 178 f.; Hauser/Schweri 1999 § 108 N 16 ff.; Maurer 1999 555 ff.; Oberholzer 1994 581 ff.; Padrutt 1996 Art. 156 N 2.1 ff.; Piller/Pochon 1998 229.5 f.; Piquerez 2000 N 3110 ff.; Schmid 1997 N 1205 ff.; Villiger 1999 N 496 ff.

<sup>46</sup> In gleicher Richtung Aus 29 mach 1 S. 163 f.; in den Hearings waren allerdings (neben befürwortenden Voten, vgl. Hearings S. 57, 148) auch Stimmen zu hören, die eine solche Kostentragungspflicht ablehnten, vgl. etwa Hearings S. 166. Teilweise wurde postuliert, dass die Kantone die Möglichkeit haben sollten, eine solche Kostentragungspflicht auszuschliessen, vgl. Hearings S. 78 (89); davon ist aber, um auch hier nach Möglichkeit eine Vereinheitlichung des Verfahrensrechts herbeizuführen, abzusehen.

<sup>47</sup> So in vielen Kantonen, etwa VD StPO 159 (... *si l'équité l'exige...*), vgl. Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 159 N 1 ff.

<sup>48</sup> Hier wird sich Zurückhaltung bei der Auflage empfehlen; analog zu Art. 494 Abs. 3 VE sollte eine Auflage nur bei günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen erfolgen.

Untersuchungskosten allenfalls auf die Staatskasse genommen werden können<sup>49</sup>. Es ist hier vorab an Fälle zu denken, in denen eine Untersuchung nach Art. 351 Bst. e VE aus Opportunitätsgründen (Art. 8 VE) oder z.B. in Anwendung von Art. 66<sup>bis</sup> StGB/nArt. 53-55 StGB eingestellt wird. In diesen Fällen wäre es regelmässig verfehlt, die Kosten der Privatklägerschaft aufzuerlegen.

Abs. 3 regelt den häufigen Fall, dass bei Antragsdelikten ein Rückzug des Strafantrags im Rahmen eines *zwischen den Parteien geschlossenen Vergleichs* erfolgt. Dieser Vergleich wird zumeist die Kosten- und Entschädigungsfolgen der Einstellung einschliessen. Häufig übernehmen darnach die Beschuldigten die Verfahrenskosten, die bei Rückzug nach Abs. 2 eigentlich von der Privatklägerschaft zu tragen wären. Damit es die Parteien nicht in der Hand haben, durch Abschluss einer solchen Vereinbarung die Kostenpflicht z.B. einer zahlungsunfähigen Partei zuzuschieben und so den Staat um die ihm zustehenden Verfahrenskosten zu prellen, wird ein Genehmigungsvorbehalt vorgeschlagen<sup>50</sup>.

Abs. 4 und 5 beziehen sich auf die in diesem Vorentwurf betonten Pflichten der Strafbehörden, bei Antragsdelikten und Straftaten, die zu einer Strafbefreiung wegen Wiedergutmachung führen können, zwischen den Parteien wenn immer möglich eine *gütliche Einigung* herbeizuführen (vgl. Art. 346, 347a und 365 Abs. 2 VE). Um die Vergleichsbereitschaft zwischen den Parteien zu fördern, sieht Abs. 4 vor, dass in solchen Fällen die Verfahrenskosten im Regelfall auf die Staatskasse genommen werden. Davon kann abgewichen werden, wenn ausserordentliche Kosten entstanden sein sollten, deren Übernahme durch das Gemeinwesen stossend wäre. Übernimmt der Staat die Kosten, sollen auch die *übrigen gegenseitigen Ansprüche auf Entschädigung* usw. wettgeschlagen werden, wie dies übrigens bereits jetzt oft bei Vergleichen vereinbart wird. Es steht aber den Parteien frei, abweichende Vereinbarungen zu treffen, also z.B. eine Partei zu verpflichten, die andere zu entschädigen.

### 282.3 Kostentragung im Rechtsmittelverfahren (3. Abschnitt; Art. 497-498 VE)

*Im Allgemeinen (Art. 497 VE)*

Nach Abs. 1 erfolgt die *Kostenauflage im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens*, eine Regel, die vorab in neueren Prozessgesetzen zunehmend an Bedeutung gewonnen hat<sup>51</sup>. Konkret bedeutet dies, dass bei Obsiegen der privaten Rechtsmittelkläger die Kosten auf die Staatskasse genommen werden; bei Unterliegen haben sie die Verfahrenskosten zu tragen. Obsiegt die Staatsanwaltschaft mit dem Rechtsmittel, so haben die privaten Rechtsmittelgegner die Kosten zu tragen, bei Unterliegen werden sie auf die Staatskasse genommen. Wie sich aus Art. 488 Abs. 3 VE ergibt, ist auch der Rückzug oder das Nichteintreten auf ein Rechtsmittel als Unterliegen bzw. Obsiegen zu qualifizieren.

Bereits nach den geltenden Prozessgesetzen<sup>52</sup> oder der Praxis<sup>53</sup> wird in *gewissen Konstellationen von dieser Grundregel abgewichen*. Abs. 2 übernimmt diese Ausnahmen

<sup>49</sup> Ähnlich auch VD StPO 149 Abs. 2 i.V.m. 90 Abs. 2.

<sup>50</sup> So bereits etwa SH StPO 335; vgl. auch JU StPO 303.

<sup>51</sup> Siehe etwa ZH StPO 396a; LU StPO 282; UR StPO 68; OW StPO 176; NW StPO 51; ZG StPO 56ter; FR StPO 231 Abs. 2; SH StPO 351; AR StPO 245; AI StPO 135; SG StPO 269; GR StPO 160; TG StPO 60; NE StPO 240; GE StPO 96, 102 f.; JU StPO 344, 356.

<sup>52</sup> Siehe etwa BE StrV 392 Abs. 2; SH StPO 351 Abs. 2; AR StPO 245 Abs. 3; AI StPO 135 Abs. 2; SG StPO 269 Abs. 2.

<sup>53</sup> So in Zürich, vgl. m.w.H. Schmid 1997 N 1203.

mindestens teilweise. Die Bestimmung ist als kann-Regel ausgestaltet, damit im Einzelfall nach Billigkeit über die Kostenaufgabe entschieden werden kann. Abgewichen kann, wenn

- das *Obsiegen auf Umstände oder Beweise zurückzuführen ist, die erst im Rechtsmittelverfahren präsentiert wurden* (Bst. a). Haben z.B. die Beschuldigten ein Beweismittel zurückbehalten und dieses erst im Berufungsverfahren präsentiert oder haben sie die Voraussetzung zum Absehen von Strafe nach nArt. 53 StGB (Wiedergutmachung) erst kurz vor der Berufungsverhandlung geschaffen, so wäre es stossend, die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen.
- die *Rechtsmittelkläger nur in einem Nebenpunkt obsiegen* (Bst. b), also beispielsweise hinsichtlich der Dauer der freiheitsentziehenden Sanktion oder der Probezeit, des Umfangs der einzuziehenden Vermögenswerte, der von der Vorinstanz auferlegten Verfahrenskosten oder zugesprochenen Entschädigungen etc. Wendet hier die Rechtsmittelinstanz das Ermessen anders an und hat somit die Vorinstanz keinen eigentlich fehlerhaften Entscheid getroffen, erscheint es je nach den Umständen als billig, die Kosten des Rechtsmittelverfahrens der an sich obsiegenden Partei aufzuerlegen<sup>54</sup>.

Abs. 3 stellt klar, dass die Rechtsmittelinstanz, wenn sie selbst einen neuen Entscheid fällt, also reformatorisch entscheidet, von Amtes wegen auch über den von der Vorinstanz getroffenen *Entscheid bezüglich Tragung der Verfahrenskosten sowie der zu leistenden Entschädigungen zu befinden hat*.

Abs. 4 bezieht sich auf den Fall, dass die *Rechtsmittelinstanz einen Entscheid aufhebt* und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückweist. Muss der vorinstanzliche Entscheid aufgehoben werden, bedeutet dies üblicherweise, dass die Vorinstanz fehlerhaft handelte. Es ist deshalb angebracht, die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zunächst auf die Staatskasse zu nehmen<sup>55</sup>. Was die Kosten der Vorinstanz betrifft, die den Fall ein zweites Mal behandeln muss, ist es schwierig, eine generelle Regel dafür zu finden, wer die Kosten der ersten Verfahrensrunde tragen soll. Es drängt sich auf, dass der Staat jene Kosten trägt, die im Zusammenhang mit den fehlerhaften Verfahrenshandlungen vor der ersten Instanz entstanden sind. Vor allem sind die von der Vorinstanz auferlegten Gebühren auf die Staatskasse zu nehmen bzw. zu streichen. Hingegen wäre es wenig sinnvoll, jene Kosten, die beispielsweise durch korrekte Beweisabnahmen (z.B. Zeugeneinvernahmen; Gutachtensaufträge) entstanden, ohne weiteres dem Staat aufzuerlegen, da diese Beweise auch im zweiten Verfahren vor der ersten Instanz verwertbar sind und grundsätzlich das wiederholte, zweite Verfahren kostenmässig entlasten. Es wird deshalb der Rechtsmittelinstanz überlassen, im Rückweisungsentscheid über die Tragung der vorinstanzlichen Kosten fallbezogen nach billigem Ermessen zu befinden. Dasselbe gilt übrigens auch für den Entscheid nach Art. 504 Abs. 4 VE, inwieweit den Parteien für die beiden Instanzen eine Entschädigung zusteht.

#### *Bei Revisionsgesuchen (Art. 498 VE)*

Bei *Gutheissung des Revisionsgesuches* werden die Kosten des Revisionsverfahrens gemäss Art. 497 Abs. 1 VE zunächst auf die Staatskasse genommen. Über die Kosten des ersten Verfahrens, dessen Endentscheid aufgehoben wurde, soll hingegen nach Art. 498 VE nicht das Berufungsgericht als Revisionsinstanz befinden, da im Zeitpunkt des Revisionsentscheides der Ausgang des wieder aufgenommenen Strafverfahrens noch nicht bekannt ist. Entscheiden soll vielmehr die Instanz, die sich nach der Gutheissung erneut mit dem Fall befasst und den neuen Sachentscheid fällt. Wie bereits im Zusammenhang mit Art. 497 Abs. 4 VE dargelegt, hat dabei die Kostenaufgabe nach billigem Ermessen zu erfolgen.

<sup>54</sup> Ähnlich etwa BE StrV 392 Abs. 2, dazu Aeschlimann 1997 N 2048; Maurer 1999 560 f.

<sup>55</sup> Dazu und zum Folgenden für den Kanton Bern vgl. BE StV 393 Abs. 1; Aeschlimann 1997 N 2049; Maurer 1999 561. Vgl. auch VD StPO 450 Abs. 3; JU StPO 344 Abs. 2.

Bei *Abweisung des Revisionsgesuchs* trägt der unterliegende Gesuchsteller die Kosten (Art. 497 Abs. 1 VE).

## **283 Entschädigungen (3. Kapitel; Art. 499-505 VE)**

### **283.1 Entschädigungsansprüche der Beschuldigten (1. Abschnitt, Art. 499-501 VE)**

*Entschädigungs- und Genugtuungsanspruch der Beschuldigten im Allgemeinen (Art. 499 VE)*

Art. 499 VE regelt die Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche der Beschuldigten bei *Einstellung des Verfahrens oder Freispruch*; es geht hier wie schon angeführt erwähnt um die den Parteien entstandenen Kosten (gelegentlich Parteikosten genannt<sup>56</sup>) und Schäden. Bei einer Verurteilung tragen wie erwähnt die Beschuldigten im Regelfall die Verfahrenskosten (Art. 494 Abs.1 VE); Entschädigungen oder eine Genugtuung kommen hier nur unter den Voraussetzungen von Art. 501 Abs. 3 VE in Frage.

Art. 499 VE schafft einen Rechtsanspruch auf Schadenersatz und Genugtuung im Sinne einer *Kausalhaftung*. Diese Ansprüche sind im geltenden schweizerischen Strafprozessrecht nicht durchwegs anerkannt<sup>57</sup>, werden aber doch in vielen Kantonen in den Kantonsverfassungen gewährleistet<sup>58</sup>. Eine allgemeine Entschädigungspflicht und auch die Ausrichtung einer Genugtuung auf Begehren der Beschuldigten<sup>59</sup> gehören nach einem Postulat der Experten<sup>60</sup> in eine vereinheitlichte Strafprozessordnung.

Art. 499 und 500 VE sind nicht nur bei *gänzlicher Einstellung oder vollständigem Freispruch* anwendbar, sondern gelten auch bei bloss *teilweiser Einstellung oder Teilfreispruch*. Hier werden nicht nur die Kosten anteilmässig aufgeteilt. Vielmehr ist zu prüfen, ob den Beschuldigten im Zusammenhang mit den durch Einstellung oder Freispruch erledigten Straftaten Entschädigungs- oder Genugtuungsansprüche zustehen. Falls dies ausnahmsweise zutreffen sollte<sup>61</sup>, sind solche Entschädigungen und Genugtuungen auszurichten. Bei Teilfreispruch erfolgt eine Verrechnung der auferlegten Kosten mit den zugesprochenen Entschädigungen und Genugtuungen (vgl. Art. 512 Abs. 3 VE)<sup>62</sup>.

Abs. 1 bestimmt zunächst, dass die Beschuldigten, die Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüche geltend machen wollen, diese auf entsprechende Aufforderung hin (vgl. Art. 492 VE) *der zuständigen Behörde mit einem Antrag anmelden müssen*. Dazu genügt nach Art. 83 Abs. 1 VE ein mündliches, zu Protokoll erklärtes Begehren. Es versteht sich von selbst, dass

<sup>56</sup> Etwa BE StrV 396; SZ StPO 52 Abs. 3, 56; FR StPO 240; TG StPO 62 Abs. 2.

<sup>57</sup> Vgl. die Übersicht m.w.H. bei Hauser/Schweri 1999 § 109 N 1 ff.; Zur Entschädigungs- und Genugtuungspflicht m.w.H. Aeschlimann 1997 N 2064 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 246 N 1 ff.; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 163a N 1 ff.; Hauri 1998 182 ff.; Maurer 1999 555 ff., 562 ff.; Oberholzer 1994 591 ff.; Padrutt 1996 Art. 156 N 2.1 ff.; Piller/Pochon 1998 242.1 ff.; Piquerez 2000 N 4017 ff.; Poncet 1978 74 f.; Schmid 1997 N 1218 ff.; ders. in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 1 ff. Zu den nur beschränkten Ansprüchen gemäss EMRK (primär wegen Freiheitsentzugs) Haefliger/Schürmann 1999 128 ff.; Villiger 1999 N 169, 374 ff., 694.

<sup>58</sup> Vgl. etwa ZH KV 7 Abs. 3 (bei ungesetzlichen Verhaftungen); BE KV 25 Abs. 5; LU KV 5 Abs. 4; UR KV 4 Abs. 2; OW KV 12 Abs. 2; NW KV 4 Abs. 1; ZG KV 8 Abs. 4; SH KV 8 Abs. 5; AR KV 21 Abs. 5; SG KV 35 Abs. 3; AG KV 23 Abs. 2; TI KV 10 Abs. 4; VS KV 4 Abs. 3; JU KV 10 Abs. 3.

<sup>59</sup> Ein solches verlangen z.B. BStP 122 Abs. 1; VStrR 99; BE StrV 396 Abs. 2 für die Parteikosten; LU StPO 280; UR StPO 71; SZ StPO 52; OW StPO 53 Abs. 1; FR StPO 242 ff.; SO StPO 36 ff.; BS StPO 37; BL StPO 33; GR StPO 161; AG StPO 140; VD StPO 163a; VS StPO 114. So offenbar auch Aus 29 mach 1 S. 165.

<sup>60</sup> Aus 29 mach 1 S. 165 f. Soweit positive Stimmen etwa in Hearings S. 57, 78 (89), 148, 166 f.

<sup>61</sup> Dazu Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 24, mit dem Hinweis, dass sich in diesem Zusammenhang oft das in Art. 501 VE geregelte Problem der Überhaft stellt.

<sup>62</sup> Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 241 N 4, 246 N 6; Schmid in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 30.

rechtsunkundige, vor allem nicht anwaltschaftlich vertretene Beschuldigte auf die Notwendigkeit, entsprechende Forderungen selbst anzumelden, aufmerksam zu machen sind (vgl. Art. 117 Abs. 4 VE). Es ist anzunehmen, dass künftig im Formular der Schlussverfügung nach Art. 349 VE auf diesen Punkt aufmerksam gemacht wird, falls eine Einstellung angekündigt wird.

Die in Abs. 1 Bst. a und b erwähnten Entschädigungsgründe entsprechen dem geltendem schweizerischen Strafprozessrecht. Der Staat muss den gesamten, durch das Strafverfahren *kausal bewirkten Schaden der Beschuldigten im haftpflichtrechtlichen Sinne vergüten*<sup>63</sup>.

- Die nach Bst. a zu ersetzenden Aufwendungen der Beschuldigten sind damit primär die Kosten der *freigewählten Verteidigung*<sup>64</sup>, wenn die Verteidigung notwendig und angemessen war. Hier wird an die ausgedehnte Praxis des Bundesgerichts wie auch der kantonalen Gerichte angeknüpft, wonach der Staat solche Kosten nur trägt, wenn eine anwaltschaftliche Verbeiständung erforderlich war, weil der Fall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bot und das Ausmass und damit der Aufwand der Verteidigung mit den im Straffall anstehenden Problemen in einem vernünftigen Verhältnis steht<sup>65</sup>.
- Die in Bst. b statuierte Vergütung der infolge des Strafverfahrens *kausal erlittenen Vermögenseinbussen* erfasst vor allem die Lohn- oder Verdienstauffälle wegen Untersuchungshaft oder der Teilnahme an Verfahrenshandlungen, Reisespesen etc. Es werden nur die finanziellen Folgen einer notwendigen Beteiligung am Verfahren vergütet, d.h. die aktive oder passive Beteiligung an Verfahrenshandlungen, die von den Strafbehörden angeordnet wurden. Die Beschuldigten könnten also z.B. nicht Lohnausfall geltend machen mit der Begründung, sie hätten während der entsprechenden Zeit nach Zeugen der inkriminierten Vorgänge gesucht oder im Rahmen des rechtlichen Gehörs die umfangreichen Akten durchgelesen.

Sind die Beschuldigten im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ZGB oder Art. 49 OR durch das Strafverfahren schwer in ihren persönlichen Verhältnissen verletzt worden, ist ihnen nach Abs. 2 eine *Genugtuung* auszurichten<sup>66</sup>. Eine Genugtuung wird regelmässig auszurichten sein, wenn sich die Beschuldigten in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft befanden.

#### *Herabsetzung und Verweigerung der Entschädigung und Genugtuung (Art. 500 VE)*

Es ist davon auszugehen, dass sich eine Kostenaufgabe nach Art. 495 VE und das Ausrichten von Entschädigungen und Genugtungen nach Art. 499 VE im Regelfall gegenseitig ausschliessen<sup>67</sup>. Wer durch rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten die Einleitung des Strafverfahrens bewirkte oder dieses erschwerte und dem folglich auch die Verfahrenskosten

<sup>63</sup> Vgl. dazu m.w.H. und Hinweisen auf die noch unterschiedlichen kantonalen Regelungen Aeschlimann 1997 N 2068 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 246 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 4 ff.; Maurer 1999 568 ff.; Oberholzer 1994 591 ff.; Padrutt 1996 Art. 161 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 4023 ff.; Schmid 1997 N 1218; ders. in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 4 ff.

<sup>64</sup> Die Kosten der *amtlichen* Verteidigung werden zu den Verfahrenskosten geschlagen und nach Massgabe von Art. 495 VE verteilt.

<sup>65</sup> Mit Hinweisen auf die entsprechende Gerichtspraxis Aeschlimann 1997 N 2069, 2078; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 246 N 2; Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995 Art. 163a N 2.2; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 5; Maurer 1999 569 f., 573; Oberholzer 1994 591; Padrutt 1996 Art. 161 N 1.4; Schmid 1997 N 1221; ders. in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 10.

<sup>66</sup> Dazu und zum Folgenden Aeschlimann 1997 N 2072; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 8a; Maurer 1999 570; Oberholzer 1994 592 ff.; Padrutt 1996 Art. 156 N 2.1 ff.; Schmid 1997 N 1224a.

<sup>67</sup> Auch bei nur teilweise Kostenaufgabe, hierzu statt Vieler Padrutt 1996 Art. 161 N 1.8.; Schmid 1997 N 1209; ders. in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 22.

aufgelegt wurden, kann keine Entschädigung oder Genugtuung verlangen, wobei der Sonderfall der Teileinstellung oder des Teilfreispruchs vorbehalten bleibt<sup>68</sup>.

Art. 500 VE sieht eine Verweigerung oder Herabsetzung der Entschädigungen oder Genugtuungen in *drei verschiedenen Fällen* vor<sup>69</sup>:

- Bst. a erfasst den vorstehend geschilderten Fall, dass die Beschuldigten die Einleitung des Strafverfahrens oder dessen Durchführung *rechtswidrig und schuldhaft bewirkten oder erschwerten*. Im Regelfall wird durch ein solches Verhalten jede Entschädigungs- oder Genugtuungspflicht des Staates ausgeschlossen. Trotzdem kann z.B. bei bloss geringem Verschulden der Beschuldigten eine reduzierte Entschädigung oder Genugtuung zugesprochen werden.
- Bst. b betont, dass nach Art. 502 Abs. 3 VE die *Privatklägerschaft* verpflichtet werden kann, *bei Obsiegen der Beschuldigten*, also bei Einstellung des Verfahrens oder Freispruch, Schadenersatz zu leisten. Dieser Anspruch entsteht direkt zwischen Beschuldigten und Privatklägerschaft; der Staat trägt in diesem Fall keine Entschädigungs- und Genugtuungspflicht.
- Bst. c übernimmt den im schweizerischen Strafprozessrecht weit verbreiteten Grundsatz, dass im Strafverfahren *nur der Aufwand von einiger Bedeutung* zu entschädigen ist<sup>70</sup>. Geringfügigere Umtriebe wie beispielsweise das ein- oder zweimalige Erscheinen zu Einvernahmen sind somit nicht zu entschädigen.

*Entschädigung und Genugtuung wegen überlanger Untersuchungs- oder Sicherheitshaft sowie anderer Zwangsmassnahmen (Art. 501 VE)*

Bei einer Überhaft überschreitet die *Dauer der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft die Länge der ausgesprochenen Freiheitsstrafe oder einer anderen freiheitsentziehenden Sanktion*. Teilweise wird hier der Fall einbezogen, dass nach Untersuchungs- und Sicherheitshaft die Gerichte lediglich eine Busse aussprechen, eine Frage, die angesichts der Geldstrafe nach nArt. 34 ff. StGB, die die kurzfristigen Freiheitsstrafen weitgehend ersetzen soll, in Zukunft noch eine grössere Rolle spielen dürfte. Ob in diesen Fällen für den zu lange dauernden Freiheitsentzug eine Entschädigung oder Genugtuung zu leisten ist, war bisher nur in wenigen Kantonen geregelt<sup>71</sup>. Fehlen Regelungen ist kontrovers, inwieweit eine Entschädigung zu leisten ist<sup>72</sup>. Es ist deshalb wichtig, in der vereinheitlichten Strafprozessordnung die Folgen der Überhaft zu regeln.

Abs. 1 regelt den Hauptfall der Überhaft. Übersteigt die *Untersuchungs- oder Sicherheitshaft eine nachher ausgesprochene Freiheitsstrafe*, ist diese Überhaft primär an die wegen anderer Straftaten verhängten freiheitsentziehenden Sanktionen anzurechnen. Auf diese Thematik wurde bereits im Zusammenhang mit Art. 484 VE eingegangen. Im Vordergrund steht die Anrechnung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft an eine im gleichen oder einem anderen Verfahren, jedenfalls wegen eines anderen Delikts ausgesprochene *Freiheitsstrafe*. Da eine

<sup>68</sup> Hier kann allenfalls eine Verrechnung von auferlegten Kosten und zugesprochenen Entschädigungen vorgenommen werden, dazu Bemerkungen zu Art. 499 und 512 VE.

<sup>69</sup> Ähnlich etwa BE StrV 401, dazu Aeschlimann 1997 N 2074 ff.; Maurer 1999 571 ff.

<sup>70</sup> So ausdrücklich BE StrV 401 Abs. 1 Ziff. 1; UR StPO 59 Abs. 3; AR StPO 237 Abs. 2; ähnlich auch OW StPO 179a Abs. 1; ZG StPO 57 Abs. 1; SH StPO 356. BGE 113 Ia 182; Aeschlimann 1997 N 2075; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 237 N 5 ff., Art. 246 N 5; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 5 a.E.; Maurer 1999 571; Piquerez 2000 N 4024; Schmid 1997 N 1220.

<sup>71</sup> So in SH StPO 358; AR StPO 246 Abs. 2; VS StPO 141 Ziff. 1; vgl. auch BE KV 25 Abs. 5 und StrV 403.

<sup>72</sup> Zu dieser Thematik Aeschlimann 1997 N 2080; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 246 N 7 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 6 ff.; Maurer 1999 575 f.; Oberholzer 1994 592 f.; Padrutt 1996 Art. 161 N 1.5.; Schmid 1997 N 1224a; ders. in Donatsch/Schmid 1999 § 43 N 17 ff. EMRK-Ansprüche aus Überhaft bestehen grundsätzlich nur, wenn diese auf eine Verletzung von EMRK 5 Ziff. 3 Satz 2 beruht, m.w.H. vgl. Schmid in Donatsch/Schmid 1997 § 188 N 5.



Anrechnung auch bei *anderen Sanktionen* möglich ist, kann die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft auch bei Geldstrafen nach nArt. 34 StGB, gemeinnütziger Arbeit nach nArt. 37 StGB oder Bussen nach Art. 48 StGB/nArt. 103 StGB angerechnet werden, wobei die Umrechnungssätze von Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 StGB/nArt. 35, 36, 39 und 106 StGB anzuwenden sind. Wenn möglich ist ebenfalls eine Anrechnung an freiheitsentziehenden Massnahmen vorzunehmen. Da detailliertere gesetzliche Regelungen dazu schwierig zu formulieren sind, wird es Aufgabe der Praxis sein, im konkreten Fall eine angemessene Anrechnung vorzunehmen.

Nur wenn *eine solche Anrechnung nicht erfolgen* kann, kommt eine Entschädigung und Genugtuung in Frage. Diese sind vom Staat nach richterlichem Ermessen zu leisten, weshalb beispielsweise auf Entschädigung und Genugtuung verzichtet werden kann, wenn die Überhaft nur gering oder auf Umstände zurückzuführen ist, die sich die Beschuldigten nicht zugute halten können (z.B. Strafmilderung in oberen Instanzen wegen langer Verfahrensdauer). Auch wird im Einzelfall besonders zu prüfen sein, ob die Voraussetzungen einer Genugtuung erfüllt sind. Unerheblich ist dabei, ob die Strafe, an die die Überhaft angerechnet wird, bedingt ausgesprochen wurde (vgl. dazu auch Abs. 2 Bst. b).

- Abs. 2 regelt in Bst. a zunächst den Fall, dass Beschuldigte, die in Untersuchungs- oder Sicherheitshaft weilten, zu *Geldstrafe, gemeinnütziger Arbeit oder Busse verurteilt* wurden. Hier besteht nur eine Entschädigungs- und Genugtuungspflicht, wenn nach den vorerwähnten Umrechnungssätzen die erstandene Untersuchungs- und Sicherheitshaft den im Falle einer (nur *rechnerisch vorzunehmenden*) Umwandlung von den Beschuldigten zu erleidenden Freiheitsentzug übersteigt. Angesichts der Unterschiede des Einzelfalles soll auch hier das richterliche Ermessen entscheidend sein.
- Werden Beschuldigte nach Art 41/nArt. 43 StGB zu einer *bedingten Freiheitsstrafe verurteilt*, so wird die ausgestandene Untersuchungs- und Sicherheitshaft daran angerechnet (Abs. 2 Bst. b). Auch wenn die Strafe nicht zu verbüssen ist, also kein Widerruf erfolgt, ist nach herrschender Lehre und Praxis für diese Haft keine Entschädigung auszurichten<sup>73</sup>.

Die Bestimmungen dieses Kapitels gehen davon aus, dass verurteilte Beschuldigte die Verfahrenskosten tragen müssen und keine Ansprüche auf Entschädigungen und Genugtuung haben. Abs. 3 stellt klar, dass *Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche u.U. von Beschuldigten* berechtigt sein können, falls sie verurteilt wurden oder bei Einstellung wegen Eigenverschuldens die Verfahrenskosten zu tragen haben. Es ist vor allem an den Fall zu denken, dass ohne Rechtsgrund Zwangsmassnahmen angeordnet wurden. In diesem Fall haben die Beschuldigten je nach Umständen nach richterlichem Ermessen Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung<sup>74</sup>. Über diese Ansprüche ist nach Art. 492 VE im Endentscheid zu befinden.

## **283.2 Entschädigungsansprüche der Privatklägerschaft sowie gegen diese; Entschädigungsansprüche Dritter (2. Abschnitt, Art. 502-503 VE)**

### *Entschädigungsregelung bei Beteiligung einer Privatklägerschaft (Art. 502 VE)*

Art. 502 Abs. 1 VE regelt die Entschädigungsfolgen für den Fall, dass die *Privatklägerschaft obsiegt*, d.h. im Normfall die Beschuldigten verurteilt wurden. Treten die Geschädigten nur als Zivilkläger auf, ist erforderlich, dass ihr Zivilklage mindestens teilweise gutgeheissen wurde. In diesen Fällen haben die Beschuldigten die Privatklägerschaft angemessen, d.h. nach richterlichem Ermessen zu entschädigen, wobei diese Entschädigung auf die im Zusammen-

<sup>73</sup> Vgl. dazu Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 246 N 8.

<sup>74</sup> Dazu statt Vieler Hauser/Schweri 1999 § 109 N 14 ff.

hang mit dem Verfahren entstandene Auslagen und Umtriebe beschränkt ist. Ausserstrafprozessuale Umtriebe sind nicht zu entschädigen. Anspruch auf Entschädigung geben im Weiteren nur jene Auslagen und Umtriebe, die zur Durchsetzung der klägerischen Standpunkte notwendig waren. In diese Richtung gehen auch die meisten schweizerischen Strafprozessordnungen, soweit sie diese Frage regeln<sup>75</sup>, oder aber die Gerichtspraxis<sup>76</sup>. Die Entschädigungspflicht wird gegebenenfalls von der zuständigen Strafbehörde festgestellt und der Anspruch der Partei gutgeheissen, worauf diese ihn *direkt bei der verpflichteten Gegenpartei einzufordern hat*. So entfällt mindestens bei Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen von Beschuldigten die Leistungspflicht des Staats (vgl. bereits Art. 500 Bst. b VE).

Abs. 2 und 3 regeln die *Entschädigungsfolgen bei Obsiegen der Beschuldigten*:

Es fragt sich zunächst, ob die *Privatklägerschaft verpflichtet werden soll, die obsiegenden, also im Regelfall freigesprochenen Beschuldigten zu entschädigen*. Eine solche Kostenaufgabe wäre durchaus denkbar, mindestens für den Fall, dass die Privatklägerschaft durch Verfahrensanhänge den Beschuldigten Kosten und Umtriebe verursachte. Durch prozessuale Umsetzung solcher Anträge werden diese indessen zu behördlichen Verfahrenshandlungen, worauf schon im Zusammenhang mit Art. 496 VE hingewiesen wurde. Für diese ist grundsätzlich der Staat gegebenenfalls entschädigungs- und genugtuungspflichtig. Eine Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft würde mit jener des Staates kollidieren und zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen. Für diesen Fall wird deshalb auf eine generelle Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft verzichtet und diese in Abs. 2 auf die Folgen von Anträgen der Privatklägerschaft zum Zivilpunkt beschränkt. Damit ist auch die Kongruenz zur Kostenregelung nach Art. 496 Abs. 1 hergestellt.

Abs. 3 befasst sich mit der Variante, dass die *Beschuldigten freigesprochen werden oder das Verfahren gegen sie eingestellt wird*. Zivilklagen werden weder bei der Einstellung noch (im Regelfall) beim Freispruch behandelt (Art. 132 Abs. 3, 4; 352 Abs. 4 VE). Die Frage von Entschädigungs- oder gar Genugtuungspflichten der Privatklägerschaft dürfte sich nicht stellen. Da bei Einstellung und Freispruch die Beschuldigten obsiegen, entfällt im Normalfall auch der Grund, die Beschuldigten zu verpflichten, die Privatklägerschaft zu entschädigen. Sind die Beschuldigten jedoch nach Art. 495 VE kostenpflichtig, weil sie die Einleitung des Verfahrens durch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten bewirkten oder die Durchführung des Verfahrens erschwerten, ist es angebracht, dass die Beschuldigten die Privatklägerschaft für ihre Umtriebe und Kosten im Zivil- und Strafpunkt angemessen entschädigen.

*Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche Dritter (Art. 503 VE)*

Auch Dritte können durch Verfahrenshandlungen unmittelbar Schaden erleiden, vor allem, indem sie von *Zwangsmassnahmen* wie Hausdurchsuchungen, Telefonüberwachungen u.ä. mitbetroffen werden. Unbeteiligte können auch dadurch *Schaden nehmen, dass sie die Strafbehörden unterstützen*; dies gilt vor allem bei der Anhaltung, bei der die Polizei nach Art. 226 Abs. 4 VE Privatpersonen um Unterstützung ersuchen kann.

Das geltende Recht sieht bereits heute vielfach eine Schadenersatz- und allenfalls Genugtuungspflicht vor<sup>77</sup>. Für diese Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche wird in der

<sup>75</sup> So etwa ZH StPO 188 Abs. 1; BE StrV 396; SZ StPO 56; FR StPO 240 ff.; BS StPO 39; SH StPO 361; AR StPO 248; SG StPO 271 Abs. 2; TG StPO 65 Abs. 3; TI StPO 323; JU StPO 302.

<sup>76</sup> Näher Aeschlimann 1997 N 2056 ff.; Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 248 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 21 f.; Maurer 1999 562 ff.; Schmid 1997 N 1201.

<sup>77</sup> Vgl. VStrR 99 Abs. 2; AG KV 23 Abs. 2; TG StPO 65 Abs. 3; VS StPO 114 Ziff. 1 Abs. 2; zur Thematik allgemein Hauser/Schweri 1999 § 109 N 22. Eine Schadenersatzpflicht des Staates für Schäden bei der

vereinheitlichten Strafprozessordnung eine *Rechtsgrundlage* geschaffen (Abs. 1). Dies erspart den Dritten einerseits, ausserhalb des Strafprozessrechts nach einer Rechtsgrundlage für solche Ansprüche suchen zu müssen<sup>78</sup> und ermöglicht ihnen andererseits auch, solche Ansprüche im Strafverfahren geltend zu machen.

Zur *Vereinfachung des Verfahrens* soll nach Abs. 2 in klaren Fällen bereits die Staatsanwaltschaft solche Ansprüche befriedigen können. Wurde also z.B. ein Dritter bei der Unterstützung der Polizei bei einer Anhaltung verletzt, so kann die Staatsanwaltschaft die ausgewiesenen, nicht durch Versicherungen gedeckten Schäden sofort vergüten. Liegen die Dinge weniger klar, ist über die Ansprüche Dritter im Endentscheid zu befinden (Abs. 3).

### **283.3 Entschädigungen im Rechtsmittelverfahren (3. Abschnitt, Art. 504-505 VE)**

#### *Allgemeines (Art. 504 VE)*

Art. 504 VE führt die Regelungen weiter, die sich in den Grundsätzen bereits in Art. 499-503 VE finden. *Obsiegen die Beschuldigten im Rechtsmittelverfahren*, so haben sie Anspruch auf Ersatz der Kosten, die ihnen in diesem Verfahren entstanden sind (Abs. 1). Die Kostenverteilung im Rechtsmittelverfahren regelt im Übrigen Art. 497 VE.

Bei *Beteiligung einer Privatklägerschaft auch im Rechtsmittelverfahren* ist nach Abs. 2 der primär auf das erstinstanzliche Verfahren zugeschnittene Art. 502 VE anwendbar.

Wurden die *Beschuldigten im Rechtsmittelverfahren freigesprochen*<sup>79</sup>, sind sie grundsätzlich als Obsiegende zu betrachten. Die Verfahrenskosten beider Instanzen sind auf die Staatskasse zu nehmen, und den Beschuldigten ist eine Entschädigung zuzusprechen. Abs. 3 erklärt aber Art. 495 und 497 Abs. 2 VE für anwendbar. Die Beschuldigten haben somit die Verfahrenskosten zu tragen, wenn sie die Einleitung des Verfahrens rechtswidrig und schuldhaft verursachten oder das Verfahren selbst in gleicher Weise erschwerten. Entsprechend entfällt auch ein Entschädigungsanspruch. Eine Kostenaufgabe unter Verweis auf Art. 495 VE und damit eine Verweigerung einer Entschädigung unter Berufung auf Abs. 3 ist indessen nur zulässig, wenn das Rechtsmittelverfahren selbst auf ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der Beschuldigten zurückzuführen ist. Ist z.B. ein Beschuldigter von der ersten Instanz freigesprochen worden, so kann es ohne Weiteres mit Art. 495 VE vereinbar sein, ihm die bis dahin entstandenen Kosten aufzuerlegen. Ergreift dann aber die Staatsanwaltschaft erfolglos die Berufung, kann dem Beschuldigten das Berufungsverfahren in aller Regel nicht angelastet werden. Es ist m.a.W. für jede Verfahrensstufe separat zu prüfen, ob sie von den Beschuldigten rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführt wurde. Dementsprechend sind auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen jeder Verfahrensstufe gesondert zu prüfen<sup>80</sup>. Abs. 3 verweist im Weiteren auf Art. 497 Abs. 2 VE: Den Beschuldigten kann eine Entschädigung verweigert werden, wenn sie die Voraussetzungen für den ihnen günstigen Rechtsmittel-

---

vorläufigen Festnahme durch Privatpersonen sehen viele Strafprozessordnungen vor, so BE StrV 171 Abs. 4; UR StPO 111 Abs. 3; SZ StPO 31; OW StPO 74 Abs. 2; NW StPO 55 Abs. 3; GL StPO 51; SO StPO 40 Abs. 2; BL StPO 74 Abs. 3; SH StPO 146 Abs. 3; AI StPO 54 Abs. 2; AG StPO 72 Abs. 2; TG StPO 111 Abs. 3.

<sup>78</sup> Wie bisher in jenen Kantonen, die keine entsprechenden Normen kannten, vgl. dazu Hauser/Schweri 1999 § 109 N 22; Schmid 1997 N 1224c.

<sup>79</sup> Gleich zu behandeln sind Entscheide mit materiell gleichem Ausgang, also z.B., wenn eine Beschwerde gegen eine Einstellungsverfügung abgewiesen oder ein Fall vom Gericht wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzungen bzw. Eintritt eines Verfahrenshindernisses als erledigt abgeschlossen wird, vgl. Schmid in Donatsch/Schmid 1997 § 189 N 4.

<sup>80</sup> Siehe dazu ZR 83 (1984) Nr. 33; vgl. dazu Maurer 1999 576 ff.; Schmid 1997 N 1223.

entscheid erst nachträglich schufen oder das Obsiegen nur im Rahmen des richterlichen Ermessens geschah oder lediglich einen Nebenpunkt betraf.

*Entschädigung und Genugtuung bei Revision (Art. 505 VE)*

Der Staat muss die zu Unrecht verurteilten Beschuldigten nach einer Revision des Urteils bereits nach Art. 3 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK sowie Art. 14 Ziff. 6 IPBPR entschädigen. Die *Pflicht, die nach einem Revisionsverfahren freigesprochenen Beschuldigten zu entschädigen*, ist im Übrigen auch in sehr vielen schweizerischen Strafprozessordnungen festgeschrieben<sup>81</sup>. Verschiedene Prozessgesetze sehen auch einen Anspruch auf Genugtuung vor<sup>82</sup>.

Art. 505 VE übernimmt diese Entschädigungs- und Genugtuungspflichten, indem er auf Art. 499 VE verweist<sup>83</sup>. Dabei ist Art. 501 VE sinngemäss anzuwenden, d.h. die von den Beschuldigten zu *Unrecht verbüssten freiheitsentziehenden Sanktionen* sind primär auf andere, noch nicht verbüsste Sanktionen anzurechnen und nur zu entschädigen, wenn eine solche Anrechnung nicht möglich ist. Wie es sich bei dieser Anrechnung mit den Genugtuungsansprüchen verhält, wird die Praxis fallbezogen zu entscheiden haben. Die Praxis wird sich auch damit auseinandersetzen müssen, inwieweit z.B. die neuen Sanktionen des Strafrechts wie gemeinnützige Arbeit oder Halbgefängenschaft (Arbeitsexternat), falls sie verbüsst wurden, nach erfolgter Aufhebung des Urteils in einem Revisionsverfahren Anlass zu Schadenersatz und Genugtuung geben. In Art. 505 VE wird deshalb „*angemessener*“ Schadenersatz und Genugtuung vorgesehen, d.h. auch hier auf das richterliche Ermessen verwiesen.

<sup>81</sup> Siehe etwa BStP 237; ZH KV 9, StPO 455; BE StrV 383; LU StPO 280; UR StPO 237 Abs. 1; OW StPO 166; NW StPO 173; FR StPO 242; SO StPO 216; SH StPO 343; AR StPO 231; AI StPO 157; GR StPO 153; AG StPO 235; TG StPO 221 Abs. 3; TI StPO 319; VS StPO 205; GE StPO 367; JU StPO 376; dazu und zur nachfolgenden Genugtuungspflicht Aeschlimann 1997 N 1980; Bänziger/Kobler/Stolz 1992 Art. 231 N 1 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 109 N 19 f.; Maurer 1999 538; Padrutt 1996 Art. 153 N 1 ff.; Piquerez 2000 N 3579, 4034 ff.; Schmid 1997 N 1165.

<sup>82</sup> Siehe z.B. ZH KV 9, StPO 455; BE StrV 383 Abs. 1 und 400 Ziff. 3; LU StPO 280 Abs. 2; SG StPO 272 Abs. 1; TG StPO 221 Abs. 3; TI StPO 319. Vgl. dazu sodann Aus 29 mach 1 S. 166.

<sup>83</sup> So auch Aus 29 mach 1 S. 166.

**29            Rechtskraft, Mitteilungen, Schlussbestimmungen****291           Rechtskraft und Vollstreckung von Strafurteilen (Zwölfter Ritel)**

Die vereinheitlichte Strafprozessordnung muss die *Rechtskraft*<sup>1</sup> regeln; dieser ist das nachfolgende 1. Kapitel gewidmet. Die *Vollstreckung von Strafentscheiden* soll grundsätzlich ausserhalb der Strafprozessordnung geregelt<sup>2</sup> und die entsprechenden Normen primär im Strafgesetzbuch<sup>3</sup> sowie im ergänzenden eidgenössischen und kantonalen Recht belassen werden<sup>4</sup>. Hingegen werden im Zusammenhang mit der Urteilsvollstreckung einige wenige, hauptsächlich prozessuale Regelungen aufgenommen. Diese beziehen sich vor allem auf die zur Sicherung des Strafvollzugs erforderlichen Zwangsmassnahmen sowie die Vollstreckung von Verfahrenskosten und Zivilansprüchen, Fragen, die gesamtschweizerisch zu regeln sind. Diese Vollstreckungsregelungen sind im 2. Kapitel eingereiht.

**291.1            Eintritt und Feststellung der Rechtskraft (1. Kapitel; Art. 506-508 VE)***Eintritt der Rechtskraft (Art. 506 VE)*

Abs. 1 übernimmt die in verschiedenen schweizerischen Strafprozessordnungen zu findende Regelung der formellen Rechtskraft, d.h. der Unabänderbarkeit eines Endentscheides und die Beendigung des Verfahrenslaufes in der fraglichen Strafsache und damit auch der Vollstreckbarkeit<sup>5</sup>. Diese Rechtskraft tritt ein, wenn innert der 10-tägigen Frist von Art. 454 Abs. 1 VE kein Rechtsmittel eingereicht wurde, darauf vorher ausdrücklich verzichtet oder aber dieses zurückgezogen wurde. Die gleiche Wirkung tritt ein, wenn die Rechtsmittelinstanz auf das Rechtsmittel nicht eintritt oder dieses abweist<sup>6</sup>.

Vor allem für die letzteren Fälle ist wesentlich, dass die *Rechtskraft rückwirkend auf den Tag der Ausfällung des fraglichen Entscheides* gilt (Abs. 2)<sup>7</sup>.

Abs. 3 ergänzt die Regelung von Abs. 1 hinsichtlich der *Entscheide, für die nach diesem Gesetzesentwurf keine Rechtsmittel vorgesehen sind*; es sind dies vorab die Entscheide des Berufungsgerichts sowie der Beschwerdeinstanz. Diese Entscheide werden mit ihrer Ausfällung rechtskräftig. Die gegenwärtigen eidgenössischen Rechtsmittel, die eidgenössischen Kassationsbeschwerde sowie die staatsrechtlichen Beschwerde, sind ausserordentliche Rechtsmittel, die den Eintritt der Rechtskraft nicht hemmen<sup>8</sup>. Auch die Entscheide des Bundesgerichts selbst werden mit ihrer Ausfällung rechtskräftig (Art. 38 OG). Die gleiche Regelung findet sich in Art. 57 des Entwurfs zu einem BG über das Bundesgericht vom 8.11.2000.

<sup>1</sup> Zu den Begriffen der Rechtskraft und der dabei getroffenen Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtskraft allgemein Aeschlimann 1997 N 1655 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 84 N 1 ff.; Maurer 1999 579 ff.; Piquerez N 2000 3935 ff.; Schmid 1997 N 582 ff.

<sup>2</sup> Ziff. 121 a.A.

<sup>3</sup> In Art. 374 ff. StGB/nArt. 74 ff., 375 ff. StGB.

<sup>4</sup> In diese Richtung geht auch nArt. 123 Abs. 2 BV, welcher den Strafvollzug den Kantonen vorbehält.

<sup>5</sup> Zur formellen Rechtskraft in diesem Sinne Aeschlimann 1997 N 1658 ff.; Hauser/Schweri 1999 § 84 N 4 ff.; Maurer 1999 580 f.; Piquerez 2000 N 3945 f.; Schmid 1997 N 585.

<sup>6</sup> Regelung Eintritt der Rechtskraft etwa in BE StPO 408 Abs. 1; LU StPO 231; FR StPO 246 (dazu Piller/Pochon 1998 Art. 246.1 ff.); SH StPO 369; SG StPO 283; AG StPO 169; VD StPO 476 Abs. 1; JU StPO 316.

<sup>7</sup> Bereits heute in verschiedenen kantonalen Gesetzen vorgesehen, vgl. etwa BE StrV 408 Abs. 2 und 3; SH StPO 369 Abs. 3; JU StPO 316 Abs. 2. Anders etwa LU StPO 231, SZ StPO 57 Abs. 2 oder AG StPO 169 (Eintritt der Rechtskraft mit unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist).

<sup>8</sup> Hierzu m.w.H. Aeschlimann 1997 N 2000; Hauser/Schweri 1999 § 84 N 5; Maurer 1999 450; Oberholzer 1994 569 f.; Piquerez 2000 N 3731 ff., 3982; Schmid 1997 N 585.

*Feststellung und Eröffnung (Art. 507 VE)*

Aus den (schriftlichen) Urteilen soll sich ergeben, wann die Rechtskraft eingetreten ist; Abs. 1 sieht deshalb vor, dass dies von der entscheidenden Behörden *im oder auf dem Urteil vermerkt* wird.

Damit die *Parteien* über den sie naturgemäss interessierenden Eintritt der Rechtskraft orientiert werden, wird ihnen nach Abs. 2 dieser Eintritt mitgeteilt, soweit ihnen auch die Einlegung der die Rechtskraft hemmenden Rechtsmitteln eröffnet wurde.

Ist *strittig, ob und wann die Rechtskraft* eingetreten ist, befindet darüber die Behörde, die den fraglichen Entscheid fällt (Abs. 3). Gegen den entsprechenden Entscheid kann, falls dieser von der Staatsanwaltschaft, der Übertretungsstrafbehörde oder dem erstinstanzlichen Gericht gefällt wurde, *Beschwerde* bei der Beschwerdeinstanz eingelegt werden (Abs. 4).

*Mitteilung der Entscheide (Art. 508 VE)*

Die Mitteilung von Entscheiden vor allem an die Parteien ist allgemein in Art. 96 VE ff. geregelt. Art. 508 VE verpflichtet die Strafbehörden zusätzlich, die rechtskräftig gewordenen Entscheide denjenigen Behörden mitzuteilen, die für ihre Tätigkeit auf die Kenntnis dieser Entscheid angewiesen sind. Es sind dies neben den Vollzugsbehörden (Bst. a) die Strafregisterbehörden des Bundes, die nach Art. 359 ff. StGB/nArt. 368 ff. StGB die dort gesetzlich vorgesehenen Eintragungen oder die Entfernung von Registereinträgen bewirken (Bst. b). Weitere Mitteilungspflichten, so an die Staatsanwaltschaft des Bundes (jetzt noch Bundesanwaltschaft), ergeben sich aus Art. 33 Abs. 4 VE.

**291.2 Vollstreckung der Strafentscheide (2. Kapitel; Art. 509-514 VE)****291.21 Vollstreckung von Strafen und Massnahmen (1. Abschnitt, Art. 509-511 VE)***Allgemeines (Art. 509 VE)*

Art. 509 VE knüpft an die bereits einleitend gemachte Bemerkung an, dass die Vollstreckung von Strafen abgesehen von gewissen Verfahrensbestimmungen nicht in diesem Gesetz, sondern in den entsprechenden Vollzugsbestimmungen des Bundesrechts, vor allem des StGB, sowie im kantonalen Recht zu regeln sind.

Da der Strafvollzug in die Zuständigkeit der kantonalen Behörden fällt, ist es insbesondere Aufgabe des kantonalen Rechts, die *Rechtsmittel gegen Vollzugsentscheide* zu bestimmen, soweit solche Entscheide nicht vom Richter zu fällen sind und demgemäss unter die eidgenössische Strafprozessordnung fallen<sup>9</sup>. Es ist auch Aufgabe dieses Vollzugsrechts, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Beschuldigten in diesem Administrativverfahren Anspruch auf amtliche Verteidigung haben.

*Sicherstellung des Vollzugs freiheitsentziehender Sanktionen (Art. 510 VE)*

Art. 510 VE enthält einige Grundsätze zum Zeitpunkt des Strafantritts sowie der Zwangsmassnahmen, die zu dessen Sicherung eingesetzt werden können. Wesentlich ist, dass nach Abs. 2 die Vollzugsbehörden, also im Regelfall die kantonalen Administrativbehörden z.B. bei drohender Fluchtgefahr eine vorläufige Inhaftierung anordnen können, soweit nicht bereits von den urteilenden Gerichten Sicherheitshaft nach Art. 245 Abs. 4 ff. VE und 246 Abs. 3 VE angeordnet wurde. Diese muss indessen vom Gericht, das die zu vollstreckende

<sup>9</sup> Siehe dazu Erläuterungen zu Art. 390 VE.

Strafe letztinstanzliche ausfällte, und bei Strafbefehlen vom Zwangsmassnahmengericht bestätigt werden (Abs. 3 und 4).

*Vollstreckungsverjährung (Art. 511 VE)*

Art. 511 VE macht es den Vollzugsbehörden zur Pflicht, *stets von Amtes wegen zu prüfen*, ob die Vollstreckungsverjährung (Art. 73-75 StGB/nArt. 99-101 StGB) eingetreten ist (vgl. Abs. 1 und 2). Ist strittig, ob die Strafe verjährt ist, kann diese Frage der Beschwerdeinstanz des Vollzugskantons unterbreitet werden (Abs. 3)<sup>10</sup>.

Haben *Beschuldigte trotzdem verjährte Strafen verbüsst*, haben sie Anspruch auf Entschädigung und allenfalls Genugtuung<sup>11</sup>; dabei sind die Regeln von Art. 501 VE anzuwenden (Abs. 4).

**291.22 Vollstreckung von Verfahrenskosten und Zivilansprüchen (2. Abschnitt, Art. 512-514 VE)**

*Verfahrenskosten und weitere finanzielle Leistungen (Art. 512 VE)*

Art. 512 VE regelt einige Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Vollstreckung der staatlichen Ansprüche auf Bezahlung der Verfahrenskosten und weiterer dem Staat geschuldeter finanzieller Leistungen wie beispielsweise Geldstrafen nach nArt. 34 ff. StGB, Bussen nach Art. 48-49 StGB/nArt. 103 ff. StGB oder Ersatzforderungen nach Art. 59 Ziff. 2 StGB/nArt. 71 StGB. Es kann nicht Aufgabe der Strafprozessordnung sein, die Durchsetzung dieser Ansprüche im Detail zu regeln; diese Einzelheiten sollen vielmehr in der bundesrätlichen Verordnung bestimmt werden (Abs. 1).

Abs. 2 weist sodann die Kompetenz, die zur *Durchsetzung dieser finanziellen Urteilsfolgen* zuständigen Behörden zu bezeichnen, Bund und Kantone zu. Es versteht sich von selbst, dass diese Ansprüche notfalls mit den nach dem SchKG zur Verfügung stehenden Instrumenten durchzusetzen sind.

Abs. 3 schafft ein *allgemeines Verrechnungsrecht* von Bund und Kantonen. Diese können somit ihre Ansprüche nach Abs. 1 mit Forderungen, die die betreffende Partei aus dem gleichen oder einem andern Strafverfahren gegen den Staat besitzt, verrechnen. Es wird Aufgabe der Praxis sein, dieses Verrechnungsrecht mit der notwendigen Zurückhaltung auszuüben, vor allem, wenn mit Ansprüchen Beschuldigter auf Schadenersatz sowie Genugtuung wegen Zwangsmassnahmen, vor allem Freiheitsentzug, verrechnet werden soll<sup>12</sup>. Verrechnet werden kann aber auch mit Vermögenswerten, die sich – nach Massgabe von Art. 273 ff. VE beschlagnahmt – in den Händen von Bund oder Kantonen befinden und der betroffenen Person an sich zurückzuerstatten wären.

*Vollstreckung der Strafurteile im Zivilpunkt (Art. 513 VE)*

Art. 513 VE unterstreicht, dass über Zivilansprüche zwar allenfalls im Strafverfahren entschieden wird, die Vollstreckung sich indessen nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes und anderer eidgenössischer oder kantonaler Erlasse zum Urteilsvollzug richtet. Anwendbar ist vielmehr das SchKG, d.h. die im Strafverfahren obsiegende Privatklägerschaft hat ihre Ansprüche auf Geldleistung auf dem Betreibungs- und Konkursweg, andere

<sup>10</sup> Ähnlich BE StrV 422 ff.; LU StPO 312; UR StPO 255; JU StPO 393 ff.

<sup>11</sup> So auch z.B. BE StrV 425 Abs. 2.

<sup>12</sup> So z.B. AR StPO 241; dazu Bänziger/Stolz/Kobler 1992 Art. 241 N 4.

Ansprüche (z.B. auf Herausgabe eines Deliktsgegenstandes) auf dem zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsweg durchzusetzen<sup>13</sup>.

### **291.23 Amtliche Bekanntmachungen (3. Abschnitt, Art. 514 VE)**

#### *Gegenstand (Art. 514 VE)*

Der Vorentwurf wie auch das StGB sehen an verschiedenen Stellen amtliche Bekanntmachungen vor, so in Art. 277 Abs. 6 VE oder Art. 59 Ziff. 1 Abs. 4 StGB/nArt. 70 Abs. 4 StGB. Es ist sinnvoll, die Bezeichnung der dafür zuständigen Behörden dem Bund und den Kantonen zu überlassen. Auch das Verfahren bei amtlichen Bekanntmachungen ist nicht in diesem Gesetz zu regeln; vielmehr gehören diese Detailvorschriften in die bundesrätliche Verordnung.

---

<sup>13</sup> So schon nach verschiedenen kantonalen Prozessgesetzen, vgl. etwa BE StrV 431 Abs. 1; LU StPO 310; UR StPO 258; BS StPO 203; VD StPO 479; NE StPO 292; JU StPO 389.



**292            Ergänzungs-, Schluss- und Übergangsbestimmungen (Dreizehnter Titel)**

Dieser Dreizehnte Titel wird erst im definitiven Entwurf detailliert ausformuliert<sup>1</sup>. In einem 1. Kapitel werden zunächst die erforderlichen Vorschriften erscheinen, die die *Inkraftsetzung* dieses Gesetzes regeln. Es werden an dieser Stelle auch Bund und Kantone zu verpflichten sein, innert einer zu bestimmenden Frist die erforderlichen Einführungserlasse zu dieser gesamtschweizerischen Strafprozessordnung zu erlassen.

In einem 2. Kapitel sollen die durch die Schaffung dieses Strafprozessgesetzes erforderlichen *Anpassungen bestehender Gesetze* vorgenommen und soweit gegenstandslos gewordene Gesetze bzw. einzelner Bestimmungen daraus (wie z.B. des StGB) aufgehoben werden.

Im 3. Kapitel werden differenzierte *Übergangsbestimmungen* einzufügen sein, die die Anwendung dieses Gesetzes auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens hängigen Verfahren regeln.

---

<sup>1</sup> Siehe vorne Ziff. 132 a.E.

## Verzeichnis der Abkürzungen

Für die Kantone finden die üblichen Abkürzungen Anwendung.

aaO	am angeführten Ort
aArt.	Bestimmung nach dem alten bzw. geltenden Recht
AB	Amtliches Bulletin (auch Stenographisches Bulletin)
a.E.	am Ende, am Schluss
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Lachen
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aus 29 mach 1	Vgl. zitierte Literatur und Berichte
AT	Allgemeiner Teil des Strafgesetzbuches
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23.6.2000 (Anwaltsgesetz, SR 935.61)
Botschaft AT	Vgl. zitierte Literatur und Berichte
Bst.	Buchstabe, litera
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934 (SR 312.0)
BT	Besonderer Teil des Strafgesetzbuches
BV	Bundesverfassung vom 18.4.1999 (SR 101)
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19.6.1992 (SR 235.1)
EG	Einführungsgesetz
EGMR	Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
EKMR	Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (SR 0.101)
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift, Kehl am Rhein
Expertenkommission	Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hearings	Vgl. zitierte Literatur und Berichte
Hrsg.; hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1996 (SR 0.103.2)
IRSG	BG über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz) vom 20. März 1981 (SR 351.11)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.	im Sinne
KGZ	unpublizierter Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich
Konkordat	Konkordat über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen vom 5. November 1992 (SR 351.71)
Kriminalistik	Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis, Heidelberg
KV	Kantonsverfassung

MStP	Militärstrafprozess vom 23.3.1979 (SR 322.1)
m.a.W.	mit andern Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
nArt.	Bestimmung nach dem neuen (vorgeschlagenen) Recht, beim Strafgesetzbuch nach den Entwürfen gemäss Botschaft AT von 1998
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OBG	Bundesgesetz über Ordnungsbussen im Strassenverkehr vom 24. Juni 1970 (SR 741.03)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943 (SR 173.110); bei kantonalen Erlassen: Organisationsgesetz
OHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 18.11.1992 (SR 312.51)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30.3.1911 (SR 220)
Pra	Die Praxis. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Basel
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
RFJ/FZR	Revue Fribourgeoise de Jurisprudence/Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung, Fribourg
RKG	Rechenschaftsberichte des Zürcher Kassationsgerichts, Zürich
RS	Rechtsprechung in Strafsachen, Bern
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
StPO	Strafprozessordnung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StrV	Strafverfahrensordnung (des Kantons Bern)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
TA	Tages Anzeiger (Zürich)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VStrR	Bundesgesetz über die Verwaltungsstrafrechtspflege vom 22.3.1974 (SR 313.0)
Z (ZStrR)	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zürich
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung

## Liste der zitierten Literatur und Berichte

(vereinzelt finden sich Werke nur in den Fussnoten zitiert)

*Aebersold* Peter: Electronic monitoring: Is big brother watching you? Z 116 (1998) 367

*Zitiert:* Aebersold 1998

*Aeschlimann* Jürg: Bemerkungen zu neuen Entwicklungen und Tendenzen in der Strafjustiz, SJZ 84 (1988) 316

*Zitiert:* Aeschlimann 1988

*Aeschlimann* Jürg: Die Zukunft des schweizerischen Strafprozessrechts, Z 109 (1992) 355

*Zitiert:* Aeschlimann 1992

*Aeschlimann* Jürg: Einführung in das Strafprozessrecht. Die neuen bernischen Gesetze, Bern/Stuttgart/Wien 1997

*Zitiert:* Aeschlimann 1997

Aus 29 mach 1. Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung. Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“, EJPD, Bern Dezember 1997

*Zitiert:* Aus 29 mach 1

Aus 29 mach 1. Hearings zum Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung der Strafprozessrechts“, Protokolle und schriftliche Stellungnahmen, Bundesamt für Justiz, Juli 1998

*Zitiert:* Hearings

*Bänziger* Felix/*Stolz* August/*Kobler* Walter: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., 2. Aufl., Herisau 1992

*Zitiert:* Bänziger/Stolz/Kobler 1992

*Becker* Monika und *Kinzig* Jörg (Hrsg.): Rechtsmittel im Strafrecht. Eine internationale vergleichende Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz von Rechtsmitteln, Band 1: Rechtsvergleichender Teil, Freiburg i.Br. 2000

*Zitiert:* (Autor) in: Becker/Kinzig 2000

*Bénédict* Jérôme: Le sort des preuves illégales dans le procès pénal, thèse Lausanne 1994

*Zitiert:* Bénédict 1994

*Bommer* Felix: DNA-Analyse zu Identifikationszwecken im Strafverfahren. Bemerkungen zur Regelung im Vorentwurf für ein Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, Z 118 (2000) 131

*Zitiert:* Bommer 2000

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 1979 ff.

*Zitiert:* Botschaft AT (nach der Separatausgabe)

*Bovay Benoît/Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe*: Procédure pénale vaudoise. Code annoté, Lausanne 1995

*Zitiert*: Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet 1995

*Braun Robert*: Das abgekürzte Verfahren nach der StPO des Kantons Basel-Landschaft vor dem Hintergrund der Diskussion um informelle Absprachen im Strafprozess, AJP 2/2001 147

*Zitiert*: Braun 2001

*Brun Theobald*: Die Beschlagnahme von Bankdokumenten in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Diss. Zürich 1996

*Zitiert*: Brun 1996

*Camenzind Hugo/Inkamp Jürgen*: Delegation von Untersuchungshandlungen an die Polizei, dargestellt am Beispiel der Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Z 117 (1999) 197

*Zitiert*: Camenzind/Inkamp 1999

*Clerc François*: Initiation à la Justice Pénale en Suisse, I. Notions préliminaires et principes directeurs, Neuchâtel 1975

*Zitiert*: Clerc 1975

*Coquoz Raphaël*: Profils ADN: matière d'expertise ou élément d'enquête préliminaire. Ce qui changera avec le fichier national de profils ADN, Z 118 (2000) 161

*Zitiert*: Coquoz 2000

*Donatsch Andreas*: Vereinbarungen im Strafprozess, in: J. Gauthier/D. Marty/N. Schmid, Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, FS zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, Z 110 (1992) 159

*Zitiert*: Donatsch 1992

*Donatsch Andreas*: Der Strafbefehl und andere ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einspruchsmöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, Z 112 (1994) 317

*Zitiert*: Donatsch 1994

*Donatsch Andreas/Schmid Niklaus*: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff. (Loseblatt)

*Zitiert*: (Autor) in: Donatsch/Schmid 1996 (1999; 2000)

*Donatsch Andreas*: Der amtliche Sachverständige und der Privatgutachter im Zürcher Strafprozess, in: FS 125 Jahre Kassationsgericht des Kt. Zürich, Zürich 2000.

*Zitiert*: Donatsch 2000

*Dubs Hans*: Totalrevision der Strafprozessordnung des Kantons Basel-Stadt (Gesetz vom 8. Januar 1997)

*Zitiert*: Dubs 2000

*Gomm Peter/Stein Peter/Zehntner Dominik*: Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995

*Zitiert*: Gomm/Stein/Zehntner 1995

*Frank Richard/Sträuli Hans/Messmer Georg*: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997  
*Zitiert*: Frank/Sträuli/Messmer 1997

*Forster Marc*: Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBl 1992 457  
*Zitiert*: Forster 1992

*Graf Titus*: Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren. Dargestellt anhand zürcherischer Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde, Zürich 2000 (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band 116)  
*Zitiert*: Graf 2000

*Habscheid Walther J*: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1990  
*Zitiert*: Habscheid 1990

*Haefelin Ulrich/Haller Walter*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl., Zürich 1998  
*Zitiert*: Haefelin/Haller 1998

*Haefelin Ulrich/Haller Walter*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Supplement zur 4. Aufl. „Die neue Bundesverfassung“, Zürich 2000  
*Zitiert*: Haefelin/Haller 2000

*Haefliger Arthur/Schürmann Frank*: Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999  
*Zitiert*: Haefliger/Schürmann 1999

*Hauser Robert*: Der Zeugenbeweis im Strafprozess unter Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974  
*Zitiert*: Hauser 1974

*Hauser Willy/Hauser Robert*: Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978  
*Zitiert*: Hauser/Hauser 1978

*Hauser Robert/Schweri Erhard*: Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1999  
*Zitiert*: Hauser/Schweri 1999

*Kleinknecht Theodor/Meyer-Gossner Lutz*: Strafprozessordnung, 44. Aufl., München 1999  
*Zitiert*: Kleinknecht/Meyer-Gossner 1999

*Kley Andreas*: Zeugenschutz im internationalen Recht, AJP 2000 177  
*Zitiert*: Kley 2000

*Kolly Gilbert*: Anordnung der Beugehaft: Entscheid über eine strafrechtliche Anklage im Sinne der EMRK?, RFJ/FZR 1992 27  
*Zitiert*: Kolly 1992

*Kolly Gilbert*: Zum Verschlechterungsgebot im schweizerischen Strafprozess, Z 112 (1995) 294

*Zitiert*: Kolly 1995

*Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel/Zürich/Bern 1990 ff.

*Zitiert*: (Autor) in BV-Kommentar Jahr Art. x N y.

*Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz*, Basel/Frankfurt a.M 1995

*Zitiert*: (Autor) in DSG-Kommentar Art. x N y

*Kuhn André*: Le plea bargaining américain est-il propre à inspirer le législateur suisse? Z 116 (1998) 73

*Zitiert*: Kuhn 1998

*Lentjes Meili Christiane*: Zur Stellung der Banken in der Zürcher Strafuntersuchung. Insbesondere bei Bankabfragen und Beschlagnahmungen. Diss. Zürich 1996 (Schweizer Schriften zum Bankrecht Bd. 41, Zürich 1996)

*Zitiert*: Lentjes Meili 1996

*Lobsiger Adrian D.*: „Verbrechensbekämpfung“ durch den Bund? Diss. Basel, Bern 1999

*Zitiert*: Lobsiger 1999

*Maurer Thomas*: Das bernische Strafverfahren, Bern 1999

*Zitiert*: Maurer 1999

*Maurer Thomas*: Opferhilfe zwischen Anspruch und Wirklichkeit, ZBJV 136 (2000) 305

*Zitiert*: Maurer 2000

*Meier Isaak*: Bundesanwaltschaftsgesetz: Probleme in der Praxis, plädoyer 5/00 30

*Zitiert*: Meier 2000

*Mettler Christoph*: Verteidigung vor dem Haftrichter notwendig, plädoyer 1/00 28

*Zitiert*: Mettler 2000

*Müller Hansruedi*: Das Rechtshilfekonkordat in der Praxis, Z 115 (1997) 3

*Zitiert*: Hansruedi Müller 1997

*Müller Jörg Paul*: Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999

*Zitiert*: Müller 1999

*Müller Peter*: Revision des Allgemeinen Teils des StGB und Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. Themen, Kontroversen, Zeitpläne, recht 1997 190

*Zitiert*: Müller 1997

*Müller Peter*: Effektivität und Effizienz in der Strafverfolgung, Z 116 (1998) 273

*Zitiert*: Müller 1998

*Müller-Hasler Elisabeth*: Die Verteidigungsrechte im zürcherischen Strafprozess, insbesondere deren zeitlicher Geltungsbereich, unter dem Aspekt des fairen Verfahrens, Diss. Zürich 1998

*Zitiert*: Müller-Hasler 1998

*Oberholzer Niklaus*: Informelle Absprachen im Strafverfahren, AJP 1992 7

*Zitiert*: Oberholzer 1992

*Oberholzer Niklaus*: Absprachen im Strafverfahren – pragmatische Entlastungsstrategie oder Abkehr vom strafprozessualen Modell? Z 111 (1993) 157

*Zitiert*: Oberholzer 1993

*Oberholzer Niklaus*: Die anlassfreie Atemalkoholkontrolle, AJP 1993 797

*Zitiert*: Oberholzer AJP 1993

*Oberholzer Niklaus*: Grundzüge des Strafprozessrechts. Dargestellt am Beispiel des Kantons St.Gallen, Bern 1994

*Zitiert*: Oberholzer 1994

*Padrutt Willy*: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, 2. Aufl., Chur 1996

*Zitiert*: Padrutt 1996

*Peters Karl*: Strafprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 1985

*Zitiert*: Peters 1985

*Piller Damien/Pochon Claude*: Commentaire du Code de procédure pénale du Canton de Fribourg du 14 novembre 1996, Fribourg 1998

*Zitiert*: Piller/Pochon 1998

*Piquerez Gérard*: L'avenir de la procédure pénale en Suisse, Z 109 (1992) 366

*Zitiert*: Piquerez 1992

*Piquerez Gérard*: Commentaire du code de procédure pénale jurassien du 13 décembre 1990, Fribourg 1993, Tome I

*Zitiert*: Piquerez 1993

*Piquerez Gérard*: Les droits de la défense dans le procès pénal suisse, en Procédure pénale. Droit international. Entraide pénale. Etudes en l'honneur de Dominique Poncet, Genève 1997

*Zitiert*: Piquerez 1997

*Piquerez Gérard*: Procédure Pénale Suisse, Zürich 2000

*Zitiert*: Piquerez 2000

*Poncet Dominique*: Le nouveau Code de procédure pénale genevois annoté, Genève 1978

*Zitiert*: Poncet 1978



*Poncet Dominique*: Le système accusatoire dans la pratique. Essai de comparaison: Etats-Unis, Italie et Suisse. Repertorio di giurisprudenza patria 1994 No. 1  
*Zitiert*: Poncet 1994

*Rehberg Jörg*: Zur „Prozessfähigkeit“ des Beschuldigten im Strafverfahren, in: FS für H.U. Walder, Zürich 1994, 243  
*Zitiert*: Rehberg 1994

*Rehberg Jörg*, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 6. Aufl., Zürich 1996  
*Zitiert*: Rehberg 1996

*Rehberg Jörg/Markus Hohl*: Die Revision des Zürcher Strafprozessrechts von 1991, Zürich 1992  
*Zitiert*: Rehberg/Hohl 1992

*Riklin Franz*: Die Regelung des Abwesenheitsverfahrens in der Schweiz aus der Sicht der EMRK, in: Beiträge zum europäischen Recht, Festgabe Juristentag 1993, Fribourg 1993, 337  
*Zitiert*: Riklin 1993

*Riklin Franz*: Zu den Auswirkungen einer eidgenössisch vereinheitliche Strafprozessordnung auf die kantonale Behördenorganisation, in: Solothurner Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1998, Solothurn 1998, 641  
*Zitiert*: Riklin 1998

*Riklin Franz*: Die neue Freiburger Strafprozessordnung vom 14.11.1996, Z 117 (1999) 27  
*Zitiert*: Riklin 1999

*Rohner Franziska*: Der anonyme Zeuge. In: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.) Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zürich 1999, 447  
*Zitiert*: Rohner 1999

*Roth Robert/Kellerhals Christophe/Leroy David/Mathey Joëlle*; La protection de la victime dans la procedure pénale. Rapport d'évaluation rédigé sur mandat de l'Office fédéral de la justice, Genève/Berne 1997  
*Zitiert*: Roth/Kellerhals/Leroy/Mathey 1997

*Roxin Claus*: Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 25. Aufl., München 1998  
*Zitiert*: Roxin 1998

*Ruckstuhl Niklaus*, Die revidierte Strafprozessordnung des Kantons Basel-Land vom 3. Juni 1999, Z 118 (2000) 424  
*Zitiert*: Ruckstuhl 2000

*Rusca Michele/Salmina Edy/Verda Carlo*: Commento del Codice di Procedura Penale ticinese, Lugano 1997  
*Zitiert*: Rusca/Salmina/Verda 1997

*Salvioni* Niccolò; Codice die Procedura penale della Repubblica e Cantone del Ticino, annotato con estratti dai lavori legislativi preparatori, Bellinzona 1999

*Zitiert:* Salvioni 1999

*Schindler* Benjamin: *Miranda Warning* – bald auch in der Schweiz? In: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.) Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zürich 1999, 465

*Zitiert:* Schindler 1999

*Schlauri* Regula: Abgekürztes Verfahren in den Strafprozessordnungen der Kantone Baselland und Tessin – eine schweizerische Form des US-amerikanischen *plea bargaining*? In: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.) Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid, Zürich 1999, 479

*Zitiert:* Schlauri 1999

*Schleiminger* Dorrit: Konfrontation im Strafprozess. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK mit besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Opferschutz im Bereich von Sexualdelikten gegen Minderjährige, Diss. Fribourg 2000, Basel 2001

*Zitiert:* Schleiminger 2001

*Schlüter* Jan: Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung, Frankfurt a.M./Berlin/Bern/Bruxelles/NewYork/Wien 2000

*Zitiert:* Schlüter 2000

*Schmid* Niklaus: Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten. Eine Einführung. 2. Aufl., Heidelberg 1993

*Zitiert:* Schmid 1993

*Schmid* Niklaus: Zur Auskunftsperson, insbesondere nach zürcherischem Prozessrecht, Z 110 (1994) 87

*Zitiert:* Schmid 1994

*Schmid* Niklaus: Das zürcherische Abwesenheitsverfahren nach Aufhebung von StPO § 197, FS J. Rehberg, Zürich 1996, 285

*Zitiert:* Schmid 1996

*Schmid* Niklaus: Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, Zürich 1997

*Zitiert:* Schmid 1997

*Schmid* Niklaus (Hrsg.): *Ackermann* Jürg-Beat/*Arzt* Gunther/*Bernasconi* Paolo/*Schmid* Niklaus: Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, Zürich 1998

*Zitiert:* (Autor) in: Schmid (Hrsg.) 1998

*Schmid* Niklaus: Strafrechtliche Beschlagnahme und die besonderen Möglichkeiten des Geschädigten nach Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 letzter Satzteil StGB sowie Art. 60 StGB, in: Niklaus Schmid/Jürg-Beat Ackermann, Wiederlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Recht, Europa Institut Zürich Bd. 25, Zürich 1999

*Zitiert: Schmid 1999*

*Schubarth* Martin: Anrechnung von Untersuchungshaft auf eine ausgesprochene Strafe oder Entschädigung für ungerechtfertigte Untersuchungshaft), Z 116 (1998) 112

*Zitiert: Schubarth 1998*

*Schultz* Hans: Die Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss StrGB Art. 320, Kriminalistik 1979 369

*Zitiert: Schultz 1979*

*Stratenwerth* Günter: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Bern 1996

*Zitiert: Stratenwerth 1996*

*Trechsel* Stefan: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997

*Zitiert: Trechsel 1997*

*Vogel* Oscar: Grundriss des Zivilprozessrechts, 5. Aufl., Bern 1999

*Zitiert: Vogel 1999*

*Vogel* Susanne: Die Auskunftsperson im Zürcher Strafprozess, Diss. Zürich 1999 (Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 112)

*Zitiert: Susanne Vogel 1999*

*Walder-Richli* Hans-Ulrich: Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996

*Zitiert: Walder-Richli 1996*

*Weder* Ulrich: Zum Postulat der Teilnahme der Verteidigung im polizeilichen Ermittlungsverfahren im Kanton, in: FS 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 445

*Zitiert: Weder 2000*

*Wolffers* Beat: Das Schuldinterlokut in der Schweiz, insbesondere im Kanton Bern, Z 117 (1999) 215

*Zitiert: Wolffers 1999*

*Zalunardo-Walser* Roberto: Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, Diss. Zürich 1998

*Zitiert: Zalunardo-Walser 1998*

*Zermatten* Jean: Réflexions sur la réalités de la justice des mineurs et la séparation des fonctions judiciaires, Z 107 (1990) 367

*Zitiert: Zermatten 1990*

*Zermatten* Jean: De quelques caractéristiques de l'intervention judiciaire face aux mineurs délinquants, Revue valaisanne de jurisprudence/Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, 30 (1996) 197

*Zitiert: Zermatten 1996*

## Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	3
11	Ausgangslage	3
111	Wissenschaftliche Diskussion	3
112	Politische Entwicklung	3
112.1	Neue Typen der Kriminalität	3
112.2	Schritte zu interkantonaler Harmonisierung	4
112.3	Parlamentarische Vorstösse und Standesinitiativen	4
112.4	Verfassungsgrundlage für eine Vereinheitlichung	4
113	Vielfältige Gründe für die Vereinheitlichung	4
12	Entstehungsgeschichte	6
121	Expertenkommission	6
121.1	Einsetzung und Auftrag	6
121.2	Zwischenbericht	6
121.3	Konzeptbericht „Aus 29 mach 1“	6
122	Anhörungen zum Konzeptbericht	7
123	Vorbereitung des Vorentwurfs	8
124	Vorentwurf zu einem Jugendstrafverfahrensrecht	8
13	Grundzüge der schweizerischen Strafprozessordnung gemäss Vorentwurf	9
131	Grundsätzliches zum Vorentwurf	9
132	Vorentwurf im Überblick	12
133	Ablauf eines ordentlichen Strafverfahrens nach dem vorliegenden Konzept	13
14	Einheitliches Strafverfolgungsmodell	15
141	Vier Grundtypen des Vorverfahrens: Untersuchungs- richtermodelle I und II sowie die Staatsanwaltschafts- modelle I und II	15
141.1	Untersuchungsrichter-Modell I	15
141.2	Untersuchungsrichter-Modell II	17
141.3	Staatsanwaltschafts-Modell I	18
141.4	Staatsanwaltschafts-Modell II	18
142	Staatsanwaltschaftsmodell des Vorentwurfs	19
142.1	Grundzüge des Konzepts	19

142.2	Gründe für die Wahl des Staatsanwaltschaftsmodell	20
142.3	Auswirkungen des Staatsanwaltschaftsmodells auf die Organisation der kantonalen Untersuchungs- und Anklagebehörden	22
142.4	Auswirkungen des Staatsanwaltschaftsmodells auf die Organisation der Gerichtsbehörden	23
142.5	Auswirkungen des Staatsanwaltschaftsmodells auf die Kosten der Rechtspflege	23
143	Alternativen eines Untersuchungsrichtermodells	24
143.1	Alternative des Untersuchungsrichter-Modells II	24
143.2	Alternative des Untersuchungsrichter-Modells I	25
15	Neue strafprozessuale Instrumente und Verfahrensformen	26
151	Allgemeines	26
152	Hervorstechende Neuerung des Vorentwurfs im Besonderen	26
16	Nicht vorgesehene strafprozessuale Instrumente	28
161	Privatstrafklageverfahren	28
162	Kronzeugenregelung	29
2	Besonderer Teil	31
21	Einleitung	31
211	Anwendung dieses Gesetzes im Allgemeinen (1. Kapitel; Art. 1-2 VE)	31
212	Grundsätze des Strafverfahrensrechts (2. Kapitel, Art. 3-12 VE)	32
22	Strafbehörden (Zweiter Titel)	39
221	Befugnisse (1. Kapitel; Art. 13-27 VE)	39
221.1	Im Allgemeinen (1. Abschnitt, Art. 13-15 VE)	39
221.2	Polizei (2. Abschnitt, Art. 16-17 VE)	40
221.3	Staatsanwaltschaft (3. Abschnitt, Art. 18-20 VE)	41
221.4	Übertretungsstrafbehörde (4. Abschnitt, Art. 21 VE)	42
221.5	Zwangsmassnahmengericht (5. Abschnitt, Art. 22 VE)	43
221.6	Erstinstanzliches Gericht (6. Abschnitt, Art. 23-24 VE)	44
221.7	Jugendstrafbehörden (7. Abschnitt, Art. 25 VE)	45
221.8	Beschwerdeinstanz (8. Abschnitt, Art. 26 VE)	45
221.9	Berufungsgericht (9. Abschnitt, Art. 27 VE)	46
222	Sachliche Zuständigkeit (2. Kapitel; Art. 28-37 VE)	47
222.1	Kantonale Gerichtsbarkeit (1. Abschnitt, Art. 28 VE)	47

222.2	Bundesgerichtsbarkeit (2. Abschnitt, Art. 29-34 VE)	47
222.3	Zuständigkeit beim Zusammentreffen mehrerer Straftaten (3. Abschnitt, Art. 35-37 VE)	48
223	Gerichtsstand (3. Kapitel; Art. 38-49 VE)	50
223.1	Im Allgemeinen (1. Abschnitt, Art. 38-40 VE)	50
223.2	Besondere Gerichtsstände (2. Abschnitt, Art. 41-47 VE)	51
223.3	Verfahren (3. Abschnitt, Art. 47-49 VE)	53
224	Nationale Rechtshilfe (4. Kapitel; Art. 50-60 VE)	54
224.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 50-54 VE)	55
224.2	Auf Verlangen des Bundes oder eines anderen Kantons vorge- nommene Verfahrenshandlungen (2. Abschnitt, Art. 55-58 VE)	56
224.3	Verfahrenshandlungen in einem anderen Kanton (3. Abschnitt, Art. 59-60 VE)	57
225	Internationale Rechtshilfe (5. Kapitel; Art. 61 VE)	58
226	Ausstand (6. Kapitel; Art. 62-66 VE)	59
227	Verfahrensleitung (7. Kapitel; Art. 67-70 VE)	61
228	Verfahrenshandlungen der Strafbehörden (8. Kapitel; Art. 71-113 VE)	63
228.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 71-75 VE)	63
228.2	Öffentlichkeit der Verfahren und Verhandlungen (2. Abschnitt, Art. 76-79 VE)	65
228.3	Geheimhaltungs- und Orientierungspflichten (3. Abschnitt, Art. 80-82 VE)	68
228.4	Protokolle (4. Abschnitt, Art. 83-90 VE)	70
228.5	Entscheide (5. Abschnitt, Art. 91-95 VE)	73
228.6	Eröffnung von Entscheiden; Mitteilungen; Zustellungen (6. Abschnitt, Art. 96-101 VE)	75
228.7	Fristen; Verhandlungstermine; Wiederherstellung (7. Abschnitt, Art. 102-107 VE)	75
228.8	Datenschutz im Strafverfahren (8. Abschnitt, Art. 108-109 VE)	76
228.9	Akten und Akteneinsicht (9. Abschnitt, Art. 110-113 VE)	79
23	Parteien und andere am Verfahren beteiligte Personen (Dritter Titel)	82
231	Allgemeines (1. Kapitel; Art. 114–119 VE)	82
231.1	Begriff und Stellung (1. Abschnitt, Art. 114-118 VE)	82
231.2	Verfahrenshandlungen der Parteien (2. Abschnitt, Art. 119–120 VE)	86
232	Beschuldigte (2. Kapitel; Art. 121–123 VE)	87

233	Geschädigte, Opfer und Privatklägerschaft (3. Kapitel; Art. 124–132 VE)	89
233.1	Geschädigte; Opfer (1. Abschnitt, Art. 124 VE)	89
233.2	Privatklägerschaft (2. Abschnitt, Art. 125–128 VE)	90
233.3	Zivilklage (3. Abschnitt, Art. 129-132 VE)	92
234	Verteidigung, Rechtsbeistand und Vertretung (4. Kapitel; Art. 133–144 VE)	95
234.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 133–134 VE)	96
234.2	Verteidigung (2. Abschnitt, Art. 135–142 VE)	98
234.3	Unentgeltliche Rechtsbeistände und unentgeltliche Rechtspflege für die Privatklägerschaft (3. Abschnitt, Art. 143–144 VE)	104
24	Beweismittel (Vierter Titel)	106
241	Beweise und ihre Erhebung (1. Kapitel; Art. 145-165 VE)	106
241.1	Allgemeine Regeln der Beweiserhebung (1. Abschnitt, Art. 145-147 VE)	106
241.2	Rechtswidrig erlangte Beweismittel (2. Abschnitt, Art. 148-150 VE)	108
241.3	Einvernahmen im Allgemeinen (3. Abschnitt, Art. 151-155 VE)	111
241.4	Gegenüberstellungen und Teilnahmerechte der Parteien (4. Abschnitt, Art. 156-159 VE)	112
241.5	Schutzmassnahmen (5. Abschnitt, Art. 160-165 VE)	115
242	Einvernahmen der Beschuldigten (2. Kapitel; Art. 166-171 VE)	122
242.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 166-168 VE)	122
242.2	Einvernahme durch Staatsanwaltschaft und die Gerichte (2. Abschnitt, Art. 169-171 VE)	127
243	Zeuginnen und Zeugen (3. Kapitel; Art. 172-185 VE)	127
243.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 172-175 VE)	127
243.2	Zeugnisverweigerungsrechte (2. Abschnitt, Art. 176-183 VE)	130
243.3	Zeugeneinvernahme (3. Abschnitt, Art. 184-185 VE)	137
244	Auskunftspersonen (4. Kapitel; Art. 186-189 VE)	138
244.1	Begriff (1. Abschnitt, Art. 186-187 VE)	138
244.2	Stellung und Einvernahme der Auskunftspersonen (2. Abschnitt, Art. 188-189 VE)	141
245	Sachverständige (5. Kapitel; Art. 190-199 VE)	142
245.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 190-191 VE)	142
245.2	Bestellung der Sachverständigen; Ausarbeitung des Gutachtens (2. Abschnitt, Art. 192-195 VE)	143
245.3	Erstatten des Gutachtens (3. Abschnitt, Art. 196-199 VE)	144

246	Sachliche Beweismittel (6. Kapitel; Art. 200-206 VE)	144
246.1	Beweisgegenstände (1. Abschnitt, Art. 200-201 VE)	145
246.2	Augenscheine (2. Abschnitt, Art. 202-204 VE)	145
246.3	Beizug von Akten und Berichten (3. Abschnitt, Art. 205-206 VE)	146
25	Zwangsmassnahmen (Fünfter Titel)	147
251	Allgemeines (1. Kapitel, Art. 207-212 VE)	147
251.1	Begriff und allgemeine Voraussetzungen (1. Abschnitt, Art. 207-208 VE)	147
251.2	Anordnung und Durchführung (2. Abschnitt, Art. 209-212 VE)	148
252	Vorladung, Vorführung und Fahndung (2. Kapitel; Art. 213-222 VE)	149
252.1	Vorladung (1. Abschnitt, Art. 213-219 VE)	149
252.2	Vorführung (2. Abschnitt, Art. 220-221 VE)	152
252.3	Fahndung (3. Abschnitt, Art. 222 VE)	153
253	Freiheitsentzug; Untersuchungs- und Sicherheitshaft (3. Kapitel; Art. 223-253 VE)	153
253.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 223-225 VE)	154
253.2	Polizeiliche Anhaltung; Nacheile; Razzia (2. Abschnitt, Art. 226-228 VE)	155
253.3	Vorläufige Festnahme (3. Abschnitt, Art. 229-232 VE)	156
253.4	Untersuchungshaft (4. Abschnitt, Art. 233-241 VE)	159
253.5	Sicherheitshaft (5. Abschnitt, Art. 242-246 VE)	165
253.6	Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft (6. Abschnitt, Art. 247-249 VE)	168
253.7	Ersatzmassnahmen für Untersuchungs- und Sicherheitshaft (7. Abschnitt, Art. 250-253 VE)	171
254	Durchsuchung und Untersuchungen (4. Kapitel; Art. 254-272 VE)	173
254.1	Allgemeine Regeln (1. Abschnitt, Art. 254-259 VE)	173
254.2	Hausdurchsuchung (2. Abschnitt, Art. 260-261 VE)	176
254.3	Durchsuchung von Personen (3. Abschnitt, Art. 262-263 VE)	176
254.4	Körperliche Untersuchung im Allgemeinen (4. Abschnitt, Art. 264-266 VE)	177
254.5	DNA-Analysen (5. Abschnitt, Art. 267 - 268 VE)	179
254.6	Untersuchungen bei aussergewöhnlichen Todesfällen; Obduktion (6. Abschnitt, Art. 270 - 271 VE)	179



254.7	Durchsuchung von Aufzeichnungen (7. Abschnitt, Art. 271 - 272 VE)	180
255	Beschlagnahme (5. Kapitel; Art. 273-280 VE)	181
255.1	Beschlagnahme im Allgemeinen (1. Abschnitt, Art. 273-278 VE)	181
255.2	Beschlagnahme zur Kostendeckung (2. Abschnitt, Art. 278 VE)	185
255.3	Beschlagnahme zur Rückgabe an die Geschädigten (3. Abschnitt, Art. 279-280 VE)	186
256	Geheime Überwachungsmaßnahmen (6. Kapitel; Art. 281-318 VE)	187
256.1	Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (1. Abschnitt, Art. 281-295 VE)	187
256.2	Andere technische Überwachungsmaßnahmen (2. Abschnitt, Art. 296 VE)	187
256.3	Observation (3. Abschnitt, Art. 297-298 VE)	188
256.4	Verdeckte Ermittlung (4. Abschnitt, 299-317 VE)	189
256.5	Überwachung von Bankbeziehungen (5. Abschnitt, Art. 318 VE)	190
257	Erkennungsdienstliche Unterlagen und Akten (7. Kapitel; Art. 320-325 VE)	191
257.1	Allgemeines zur Erhebung erkennungsdienstlicher Unterlagen (1. Abschnitt, Art. 320-322 VE)	192
257.2	Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen und Akten (2. Abschnitt, Art. 323-324 VE)	194
257.3	Weitere polizeiliche Register und Datensammlungen (3. Abschnitt, Art. 325 VE)	195
26	Verfahrensstadien; Besondere Verfahren	196
261	Vorverfahren (Sechster Titel)	196
261.1	Allgemeines (1. Kapitel; Art. 326-349 VE)	196
261.11	Begriff und Einleitung des Vorverfahrens (1. Abschnitt, Art. 326-328 VE)	196
261.12	Anzeigerecht und Anzeigepflicht (2. Abschnitt, Art. 329-330 VE)	197
261.13	Vorverfahren bei Antrags- und Ermächtigungsdelikten (3. Abschnitt, Art. 331-332 VE)	198
261.2	Polizeiliches Ermittlungsverfahren (2. Kapitel; Art. 333-337 VE)	198
261.21	Zweck und Durchführung (1. Abschnitt, Art. 333-335 VE)	198
261.22	Abschluss des polizeilichen Ermittlungsverfahrens (2. Abschnitt, Art. 336-337 VE)	200
261.3	Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft (3. Kapitel; Art. 338-349 VE)	201

261.31	Allgemeines und Eröffnung der Untersuchung (1. Abschnitt, Art. 338-341 VE)	201
261.32	Führung der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft (2. Abschnitt, Art. 342-345 VE)	203
261.33	Vorgehen bei Antragsdelikten im Besonderen (3. Abschnitt, Art. 346-347 VE)	206
261.34	Abschluss der Untersuchung (4. Abschnitt, Art. 348-349 VE)	208
262	Zwischenverfahren (Siebter Titel)	210
262.1	Einstellung des Verfahrens (1. Kapitel; Art. 350-356 VE)	211
262.11	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 350-354 VE)	211
262.12	Rechtsmittel und Wiederaufnahme (2. Abschnitt, Art. 355-356 VE)	213
262.2	Anklageerhebung (2. Kapitel; Art. 357-360 VE)	214
263	Erstinstanzliches Hauptverfahren (Achter Titel)	218
263.1	Allgemeines und Vorbereitung der Hauptverhandlung (1. Kapitel; Art. 361-366 VE)	218
263.2	Durchführung der Hauptverhandlung (2. Kapitel; Art. 367-380 VE)	221
263.21	Das Gericht und die Parteien (1. Abschnitt, Art. 367-370 VE)	221
263.22	Verfahrensablauf im Allgemeinen (2. Abschnitt, Art. 371-373 VE)	222
263.23	Einfaches Beweisverfahren (3. Abschnitt, Art. 374-378 VE)	223
263.24	Qualifiziertes Beweisverfahren (4. Abschnitt, Art. 376-378 VE)	225
263.25	Parteivorträge und letztes Wort der Beschuldigten (5. Abschnitt, Art. 379-380 VE)	227
263.3	Urteilsfällung (3. Kapitel; Art. 381-384 VE)	228
264	Besondere Verfahrensarten (Neunter Titel)	231
264.1	Abgekürztes Verfahren (1. Kapitel; Art. 385-389 VE)	231
264.11	Zulässigkeit; Einleitung (1. Abschnitt, Art. 385-387 VE)	232
264.12	Gerichtliches Verfahren (2. Abschnitt, Art. 388-389 VE)	234
264.2	Nachträgliche selbstständige richterliche Entscheide (2. Kapitel; Art. 390-393 VE)	236
264.21	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 390-391 VE)	236
264.22	Verfahren (2. Abschnitt, Art. 392-393 VE)	237
264.3	Verfahren bei Abwesenheit der Beschuldigten (3. Kapitel; Art. 394-400 VE)	237
264.31	Voraussetzungen (1. Abschnitt, Art. 394 VE)	237

264.32	Durchführung des Abwesenheitsverfahrens (2. Abschnitt, Art. 395-396 VE)	238
264.33	Neue Beurteilung (3. Abschnitt, Art. 397-400 VE)	239
264.4	Selbstständige Massnahmeverfahren (4. Kapitel; Art. 401-411 VE)	242
264.41	Verfahren bei der Anordnung der Friedensbürgschaft (1. Abschnitt, Art. 401-403 VE)	242
264.42	Verfahren bei zurechnungsunfähigen Beschuldigten (2. Abschnitt, Art. 404-407 VE)	242
264.43	Selbständiges Einziehungsverfahren (3. Abschnitt, Art. 408-411 VE)	244
264.5	Strafbefehlsverfahren (5. Kapitel; Art. 412-417 VE)	245
264.51	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 412 VE)	246
264.52	Erlass des Strafbefehls (2. Abschnitt: Art. 413-414 VE)	247
264.53	Einspracheverfahren (3. Abschnitt, Art. 415-416 VE)	248
264.54	Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht (4. Abschnitt, Art. 417 VE)	249
264.6	Übertretungsstrafverfahren (6. Kapitel; Art. 418-426 VE)	250
264.61	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 418 VE)	250
264.62	Ermittlungs- und Bussenverfahren (2. Abschnitt, Art. 419-422 VE)	250
264.63	Einspracheverfahren (3. Abschnitt, Art. 423-424 VE)	252
264.64	Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht; Aufhebung der Bussenverfügung (4. Abschnitt, Art. 425-426 VE)	253
264.7	Jugendstrafverfahren (7. Kapitel)	254
27	Rechtsmittel (Zehnter Titel)	255
271	Gemeinsame Bestimmungen (1. Kapitel, Art. 450-460 VE)	256
271.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 450-453 VE)	256
271.2	Allgemeine Vorschriften zum Rechtsmittelverfahren (2. Abschnitt, Art. 454-460 VE)	258
272	Beschwerde (2. Kapitel; Art. 461-466 VE)	261
272.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 461-464 VE)	261
272.2	Verfahren und Entscheid (2. Abschnitt, Art. 465-466 VE)	263
273	Berufung (3. Kapitel; Art. 467-478 VE)	264
273.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 467-470 VE)	264
273.2	Vorbereitung des Berufungsverfahrens (2. Abschnitt, Art. 471 VE)	268
273.3	Schriftliches Berufungsverfahren (3. Abschnitt, Art. 472-473 VE)	268
273.4	Mündliches Berufungsverfahren (4. Abschnitt, Art. 474-475 VE)	270

273.5	Berufungsentscheid (5. Abschnitt, Art. 476-478 VE)	271
274	Revision (4. Kapitel; Art. 479-485 VE)	272
274.1	Allgemeines (1. Abschnitt, Art. 479-480 VE)	272
274.2	Vorprüfungsverfahren (2. Abschnitt, Art. 481-482 VE)	274
247.3	Revisionsentscheid und nachfolgendes Verfahren (3. Abschnitt, Art. 483-485 VE)	275
28	Verfahrenskosten und Entschädigungen (Elfter Titel)	278
281	Allgemeines (1. Kapitel; Art. 486-492 VE)	278
282	Verfahrenskosten (2. Kapitel; Art. 493-498 VE)	284
282.1	Verfahrenskosten und Gebühren (1. Abschnitt, Art. 493 VE)	284
282.2	Auflage der Verfahrenskosten im Allgemeinen (2. Abschnitt, Art. 494-496 VE)	285
282.3	Kostentragung im Rechtsmittelverfahren (3. Abschnitt; Art. 497-498 VE)	288
283	Entschädigungen (3. Kapitel; Art. 499-505 VE)	290
283.1	Entschädigungsansprüche der Beschuldigten (1. Abschnitt, Art. 499-501 VE)	290
283.2	Entschädigungsansprüche der Privatklägerschaft sowie gegen diese; Entschädigungsansprüche Dritter (2. Abschnitt, Art. 502-503 VE)	293
283.3	Entschädigungen im Rechtsmittelverfahren (3. Abschnitt, Art. 504-505 VE)	295
29	Rechtskraft, Mitteilungen, Schlussbestimmungen	297
291	Rechtskraft und Vollstreckung von Strafurteilen (Zwölfter Titel)	297
291.1	Eintritt und Feststellung der Rechtskraft (1. Kapitel; Art. 506-508 VE)	297
291.2	Vollstreckung der Strafscheide (2. Kapitel; Art. 509-514 VE)	298
291.21	Vollstreckung von Strafen und Massnahmen (1. Abschnitt, Art. 509-511 VE)	298
291.22	Vollstreckung von Verfahrenskosten und Zivilansprüchen (2. Abschnitt, Art. 512-514 VE)	299
291.23	Amtliche Bekanntmachungen (3. Abschnitt, Art. 514)	300
292	Ergänzungs-, Schluss- und Übergangsbestimmungen (Dreizehnter Titel)	301
	Abkürzungsverzeichnis	302
	Liste der zitierten Literatur und Berichte	304
	Inhaltsverzeichnis	312