

forum poenale

Herausgeber ·
Editeurs · Editrici

Jürg-Beat Ackermann

Yvan Jeanneret

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·
Direction de revue ·
Direzione della rivista

Sandra Hadorn

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 322

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 343

Gabriele Berger: Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft
im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung 343

Philip Karnusian: Der Tatverdacht und seine Quellen 350

Nadja Capus/Franziska Hohl Zürcher/Stefan Mundhaas:
Die Polizei als Opfer – empirische Erkenntnisse zu den Erfahrungen
der Sicherheitspolizei Region Stadt Luzern 357

Catherine Hohl-Chirazi: La procédure devant le tribunal des mesures
de contrainte du point de vue de la défense 366

Thomas Fingerhuth: BGE-Praxis II/2016 369

Frank Meyer/Marta Więckowska: Die Rechtsprechung des EGMR
in Strafsachen im Jahr 2015 376

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONI 388



IMPRESSUM

9. Jahrgang – Année – Anno; Dezember – Décembre – Dicembre 2016

Erscheint sechsmal jährlich – Paraît six fois par année – Pubblicazione sei volte per anno

Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FP Erscheinungsjahr, Seitenzahl –

FP année de parution, numéro de page – FP anno di pubblicazione, numero di pagina

ISSN 1662-5536 (Print)/ISSN 1662-551X (Internet)

Herausgeber Editeurs Editrici	Prof. Dr. iur. Jürg-Beat Ackermann, Universität Luzern, Frohburgstrasse 3, Postfach 4466, 6002 Luzern, E-Mail: juerg-beat.ackermann@unilu.ch Prof. Yvan Jeanneret, Docteur en droit, Avocat au barreau de Genève, Université de Genève, Uni-Mail, CH-1211 Genève 4, E-Mail: yvan.jeanneret@unige.ch Prof. Bernhard Sträuli, Docteur en droit, Université de Genève, Département de droit pénal, Uni-Mail, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Bernhard.Strauli@unige.ch Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel, E-Mail: wolfgang.wohlers@unibas.ch
--	---

Schriftleitung Direction de revue Direzione della rivista	Sandra Hadorn, MLaw, Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, 3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 55, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: forumpoenale@staempfli.com, Internet: www.forumpoenale.ch Unter redaktioneller Mitarbeit von/avec la collaboration rédactionnelle de/con il contributo redazionale di: Linda Bläsi, Samuel Egli, Veronica Lynn, Thierry Urwyler
--	--

Beirat Comité consultatif Comitato consultivo	lic. iur. Lucius Richard Blattner, LL.M., DFE, BBA, CAMS, Rechtsanwalt; lic. iur. Corinne Bouvard, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Andreas Brunner, ehemaliger leitender Oberstaatsanwalt, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich; Dr. iur. Lorenz Erni, Rechtsanwalt; lic. iur. Thomas Fingerhuth, Rechtsanwalt; Prof. Dr. iur. Marc Forster, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Straf- und Strafprozessrecht und internationales Strafrecht an der Universität St. Gallen, wissenschaftlicher Berater am Schweizerischen Bundesgericht; Dr. iur. Peter Goldschmid, Fürsprecher, Bundesamt für Justiz, Stv. Leiter Fachbereich Straf- und Strafprozessrecht; Titus Graf, Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer; Dr. iur. Thomas Hansjakob, Erster Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen; lic. iur. Christoph Ill, Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Studienleitung MAS Forensics, Staatsanwaltsakademie Universität Luzern; lic. iur. Konrad Jeker, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt und Notar; Dr. iur. Viktor Lieber, ehemaliger Generalsekretär des Kassationsgerichts des Kantons Zürich; Dr. iur. Alain Macaluso, Avocat au barreau de Genève, Professeur à l'Université de Lausanne; Dr. iur. Niklaus Oberholzer, Bundesrichter, Schweizerisches Bundesgericht; Prof. Dr. iur. Peter Popp, Richter am Bundesstrafgericht; Prof. Dr. iur. Niklaus Ruckstuhl, Rechtsanwalt, Titularprofessor für Strafprozessrecht, Richter am Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft; lic. iur. Urs Rudolf, Rechtsanwalt und Notar Emmenbrücke; Dr. iur. Jann Six, Oberrichter am Obergericht des Kantons Aargau; Dr. iur. Nils Stohner, Fürsprecher, LL.M., Gerichtsschreiber am Bundesgericht; Prof. Dr. iur. Marc Thommen, LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Schweizerisches Straf- und Strafprozessrecht, Universität Zürich; Dr. iur. Petra Venetz, Richterin am Kriminalgericht des Kantons Luzern
--	--

Regeste Résumé Regesto	Die nichtamtlichen Leitsätze (Regeste forumpoenale) werden erstellt resp. übersetzt durch: LAWTANK GmbH, Juristische Dienstleistungen, Laupenstrasse 4, Postfach 7049, CH-3001 Bern, Tel. +41 (0)31 511 22 22, Fax +41 (0)31 511 22 23, info@lawtank.ch, www.lawtank.ch (italienisch); Sandra Hadorn (deutsch); Bernhard Sträuli (französisch)
---	---

Aufsätze Articles Articoli	Die Rubrik Aufsätze wird durch Jürg-Beat Ackermann betreut. Bitte wenden Sie sich mit Aufsatzmanuskripten und Aufsatzanfragen direkt an juerg-beat.ackermann@unilu.ch. La rubrique Articles est placée sous la responsabilité de Jürg-Beat Ackermann. Prière d'adresser vos manuscrits et questions y relatives directement à juerg-beat.ackermann@unilu.ch. La rubrica Articoli è curata da Jürg-Beat Ackermann. Per l'invio di manoscritti e in caso di domande concernenti gli articoli si prega di rivolgersi direttamente a juerg-beat.ackermann@unilu.ch.
---	---

Verlag Editions Edizioni	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 66 44, Telefax: +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: verlag@staempfli.com, Internet: www.staempfliverlag.com Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift forumpoenale vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal forumpoenale. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.
---	---

Inserate Annonces Inserti	Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon: +41 (0)31 300 63 41, Telefax: +41 (0)31 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com
--	---

Abonnement Abonnements Abbonamenti	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern, Telefon +41 (0)31 300 63 25, Telefax +41 (0)31 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com Jährlich – Annuel – Annuale: CHF 286.– (Print und Online), CHF 225.– (Online); Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: CHF 50.– (exkl. Porto); Ausland – Etranger – Estero: CHF 298.– (Print und Online) Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8,0% MWSt.
---	--

Editorial

«In dubio pro duriore» – eine Regel, die nicht existiert

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Satire hat Kraft. Politische Kraft, wie uns jüngst das «Schmähgedicht» des Satirikers Böhmermann wieder gezeigt hat. Ich will an dieser Stelle nicht darüber diskutieren, was Satire darf und wie im Strafrecht mit ihr umzugehen ist (dazu Jürg-Beat Ackermann, *Satire und Strafrecht*, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), *Strafrecht als Herausforderung*, Zürich 1999, 79 ff.). Vielmehr möchte ich Ihr Augenmerk auf folgende Passage in der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Mainz im Fall Böhmermann lenken: «Nach dem Ergebnis der Ermittlungen waren strafbare Handlungen nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachzuweisen.» Ist der Tatbeweis nicht Sache des Gerichts? Selbstverständlich. Doch erhebt die Staatsanwaltschaft nur dann Anklage, wenn die Ermittlungen genügenden Anlass zu deren Erhebung bieten (§ 170 dStPO). Und in der Schweiz? Hier wird regelmässig der Ruf nach in dubio pro duriore laut. So ist mancher/manche der Ansicht, das Gericht solle sich bereits dann mit der Sache befassen, wenn die Staatsanwaltschaft geringste Zweifel an der Straflosigkeit des Beschuldigten hege. In dubio pro duriore: Ein schlagwortartiger Gegenpol zu in dubio pro reo, wonach der geringste vernünftige Zweifel am Belastungssachverhalt zwingend zu einem Freispruch führen muss?

Die Regel in dubio pro duriore gibt es nicht. Auch die Schweizerische StPO verlangt – ähnlich wie § 170 dStPO – für die Anklage, dass die Staatsanwaltschaft die Verdachtsgründe als hinreichend erachtet (Art. 324 Abs. 1 StPO) bzw. das ein die Anklage rechtfertigender Tatverdacht erhärtet ist (Art. 319 Abs. 1 lit. a StPO e contrario). In diesen Formulierungen ist kein Zweifelssatz erkennbar. Verlangt ist vielmehr eine vernünftige Sachverhalts- bzw. Beweiswürdigung im Hinblick darauf, dass das Gericht mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu einer Verurteilung gelangt (teilw. ähnlich BGer 6B_1049/2015, E. 2.3). Das Gesetz muss bei dieser Rechtslage keinen Zweifelsfall regeln. Denn entweder ist nach professioneller Einschätzung (pflichtgemäßem Ermessen) der Tatverdacht hinreichend bzw. entsprechend erhärtet oder eben nicht (BSK StPO-Niggli/Heimgartner, Art. 324 StPO N 12). Die Anklage verlangt also weder eine mit an Unsicherheit noch Sicherheit grenzende, sondern schlicht die überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit. Das ist richtig so: Zu viele Freisprüche schaden dem Ansehen der Justiz, und die Staatsanwaltschaft hat von Gesetzes wegen objektiv, d.h. ausgewogen zu sein.

Frohe Festtage!

Jürg-Beat Ackermann

«In dubio pro duriore» – une règle qui n'existe pas

Chères lectrices, chers lecteurs,

La satire est puissante. Puissante politiquement: le pamphlet de l'auteur satirique Böhmermann nous l'a récemment démontré une nouvelle fois. Je n'entends pas discuter ici de ce que la satire peut se permettre et comment le droit pénal doit l'appréhender (cf. Jürg-Beat Ackermann, *Satire und Strafrecht*, in: Jürg-Beat Ackermann (édit.), *Strafrecht als Herausforderung*, Zurich 1999, 79 ss). J'aimerais plutôt attirer votre attention sur le constat de l'ordonnance de classement rendue par le ministère public de Mayence dans l'affaire précitée: l'enquête n'a pas permis d'établir avec la certitude nécessaire la commission d'infractions pénales. La preuve correspondante n'incombe-t-elle pas au tribunal? Assurément. Toutefois, le ministère public n'engage l'accusation que si ses investigations lui ont fourni une raison suffisante de le faire (§ 170 CPP allemand). Quid en Suisse? Chez nous, le principe in dubio pro duriore est régulièrement sollicité. D'aucuns considèrent qu'une cause doit être portée devant le tribunal déjà au cas où le ministère public douterait de façon minimale seulement de l'innocence du prévenu. In dubio pro duriore: antipode du brocard in dubio pro reo, enseignant que le moindre doute raisonnable quant à la réalisation de l'état de fait reproché au prévenu doit impérativement conduire à un acquittement?

La règle in dubio pro duriore n'existe pas. De manière similaire au § 170 CPP allemand, le code de procédure pénale suisse exige aux fins d'une mise en accusation que le ministère public considère comme suffisants les soupçons établis sur la base de l'instruction (art. 324 al. 1 CPP), respectivement qu'un soupçon justifiant une mise en accusation soit établi (art. 319 al. 1 let. a CPP e contrario). Ces formulations ne renferment nulle idée d'un doute. Elles posent au contraire l'exigence d'une appréciation raisonnable des faits et des preuves, donnant à penser que le tribunal prononcera plus vraisemblablement une condamnation (pour partie dans le même sens, TF 6B_1049/2015 c. 2.3). Au regard de cette situation juridique, la loi n'a pas à régler l'hypothèse d'un doute. Une évaluation professionnelle (un exercice diligent du pouvoir d'appréciation) révélera qu'un soupçon est suffisamment établi ou ne l'est pas (Niggli/Heimgartner, *Commentaire bâlois*, art. 324 CPP n° 12). Ainsi, une mise en accusation suppose non pas que la vraisemblance d'une condamnation confine à la certitude ou à l'incertitude, mais s'avère simplement plus grande. Cela est juste: de trop nombreux acquittements nuisent à la réputation de la justice et le ministère public est tenu de par la loi à un devoir d'objectivité, c'est-à-dire de mesure.

Je vous souhaite de joyeuses fêtes de fin d'année.

Jürg-Beat Ackermann



Berichtigung

Der in Heft 5/2016 auf den Seiten 258 ff. und 302 ff. publizierte Entscheid des OGer ZH SB 150205/O/U/eh vom 2.11.2015 ist im Anschluss an die entsprechende Kennzeichnung auf der Homepage des Gerichts als rechtskräftig betitelt worden. Tatsächlich wurde gegen den Entscheid Beschwerde in Strafsachen erhoben. Das Bundesgericht hat das Urteil des OGer ZH auf die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft Zürich hin mit Urteil vom 28.9.2016 aufgehoben (6B_1293/2015). Die Beschwerde des Beschuldigten wurde mit Urteil vom gleichen Tag abgewiesen (6B_1261/2015).

1. Kernstrafrecht Droit pénal primaire

1.3 Schwerpunkt Strafen und Massnahmen Accent sur les peines et les mesures

Nr. 37 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 26. Mai 2016 i. S. X. gegen Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern – 6B_320/2016

Art. 59 Abs. 4 StGB; Art. 363 ff. und 393 Abs. 1 lit. b StPO: Durchführung einer mündlichen Verhandlung bei Beschwerdeentscheiden der Rechtsmittelinstanz in gerichtlichen Nachverfahren.

Das Bundesgericht bestätigt seine in BGE 141 IV 396 publizierte Rechtsprechung, wonach selbstständige nachträgliche gerichtliche Entscheide im Sinne von Art. 363 ff. StPO mit Beschwerde anzufechten sind. Ein schriftliches Beschwerdeverfahren vermag der Tragweite gewisser selbstständiger nachträglicher Entscheidungen unter Umständen nicht zu genügen. In solchen Fällen drängt sich aufgrund der Eingriffsintensität des Entscheides und der Art der zur Prüfung anstehenden Fragen – analog zum Berufungsverfahren – auch im Beschwerdeverfahren eine mündliche Verhandlung auf. (Regeste des Anmerkungsverfassers)

Art. 59 al. 4 CP; art. 363 ss et 393 al. 1 let. b CPP: tenue de débats oraux dans la procédure de recours contre une décision judiciaire ultérieure indépendante.

Le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence publiée aux ATF 141 IV 396, conformément à laquelle les décisions rendues dans une procédure judiciaire ultérieure indépendante selon les art. 363 ss CPP doivent être attaquées par la voie du recours (au sens strict). Au gré des circonstances, une procédure écrite de recours peut ne pas satisfaire à la portée de certaines décisions postérieures au jugement. Dans ces cas, l'intensité de l'atteinte découlant du prononcé et la nature des questions devant être examinées imposent – de manière analogue à ce qui vaut pour la procédure d'appel – la tenue d'une audience orale également dans la procédure de recours (au sens strict). (Résumé de l'auteur du commentaire)

Art. 59 cpv. 4 CP; artt. 363 segg. e 393 cpv. 1 lett. b CPP: svolgimento di un'udienza in procedura orale in caso di decisioni di reclamo dell'istanza di ricorso nella procedura giudiziaria successiva.

Il Tribunale federale conferma la propria giurisprudenza pubblicata in DTF 141 IV 396, secondo cui le decisioni giudiziarie indipendenti successive ai sensi dell'art. 363 segg. CPP devono essere impugnate con reclamo. In date circostanze, una procedura di reclamo in procedura scritta non è sufficiente per dirimere determinate decisioni indipendenti successive. In siffatti casi, a causa dell'intensità dell'applicazione di una decisione e della tipologia delle domande oggetto d'esame s'impone anche nella procedura di reclamo, analogamente a quella di appello, un'udienza in procedura orale. (Regesto dell'autore dell'annotazione)

Sachverhalt:

Das OGer BE verurteilte X. am 11.3.2008 zweitinstanzlich wegen mehrfacher sexueller Handlungen mit Kindern, mehrfacher sexueller Nötigung, mehrfacher sexueller Belästigung sowie Pornografie zu einer Freiheitsstrafe von 35 Monaten und zu einer Busse von CHF 500.–. Es ordnete eine stationäre therapeutische Behandlung im Sinne von Art. 59 StGB an. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es zugunsten der Massnahme auf.

Die stationäre therapeutische Behandlung wurde in der Folge gestützt auf Art. 59 Abs. 4 StGB jeweils um drei Jahre verlängert, letztmals durch Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 25.6.2014. Das OGer BE wies eine gegen den Entscheid vom 25.6.2014 erhobene Beschwerde am 30.9.2014 ab. Das BGer hat eine dagegen gerichtete Beschwerde in Strafsachen im Rahmen eines Leitentscheids (BGE 141 IV 396) gutgeheissen und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Das wieder mit der Sache befasste OGer BE wies den Antrag von X. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Beizug des Gutachters ab. Am 15.3.2016 wies das OGer die Beschwerde von X. ab und bestätigte die durch die erste Instanz angeordnete Verlängerung der stationären therapeutischen Massnahme um drei Jahre.

Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt X. beim BGer, dass der Beschluss vom 15.3.2016 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Beizug des psychiatrischen Gutachters und zur neuen Entscheidung zurückzuweisen sei. Das BGer heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

[...]

3.

3.1. Das Bundesgericht hat am 3. September 2015 anlässlich einer öffentlichen Beratung namentlich gestützt auf den klaren gesetzgeberischen Willen und in Übereinstimmung mit der überwiegenden Lehre entschieden, dass selbständige nachträgliche gerichtliche Entscheide im Sinne von Art. 363 ff. StPO mit Beschwerde anzufechten sind (BGE 141 IV 396 E. 4.7).

[...]

Es räumte allerdings ein, dass die im Schrifttum vertretene Minderheitsmeinung, wonach die Berufung das richtige Rechtsmittel sei, einiges für sich habe, namentlich soweit es um selbständige nachträgliche gerichtliche Entscheide gehe, die empfindlich in die Rechtsposition des Betroffenen eingreifen (BGE 141 IV 396 E. 4.1).

3.2. Das Bundesgericht widersprach den Bedenken der Minderheitsmeinung, die Beschwerde und das Beschwerdeverfahren würden dem inhaltlichen Gewicht gewisser nachträglicher Entscheide nicht gerecht. Es wies darauf hin, dass die Beschwerde ein ordentliches und vollkommenes Rechtsmittel darstellt, das eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids mit freier Kognition erlaubt. Verfahrensmässig seien im Beschwerdeverfahren im Vergleich zum Berufungsverfahren für die Beschwerde führende Person keine Nachteile auszumachen: Noven seien zulässig. Ein zweiter Schriftenwechsel dürfe durchgeführt werden (Art. 390 Abs. 3 StPO). Zusätzliche Erhebungen oder Beweisabnahmen seien möglich (Art. 390 Abs. 4 StPO i. V. m. Art. 364 Abs. 3 StPO) und es könne, je nach Tragweite des Falles, mündlich verhandelt werden (Art. 390 Abs. 5 StPO i. V. m. Art. 365 Abs. 1 StPO; Art. 389 Abs. 2 StPO). Das Bundesgericht gelangte vor diesem Hintergrund zum Schluss, dass die Beschwerde, falls notwendig, ein der Berufung angenähertes Verfahren erlaube (BGE 141 IV 396 E. 4.4).

[...]

4.2. Aus den in Frage stehenden bundesgerichtlichen Erwägungen ergibt sich aber auch, dass ein schriftliches Beschwerdeverfahren der Tragweite gewisser selbständiger nachträglicher gerichtlicher Entscheidungen unter Umständen nicht zu genügen vermag. In diesen Fällen drängt sich, was BGE 141 IV 396 E. 4.1 erkennen lässt, aufgrund der Eingriffsintensität des Entscheides und der Art der zur Prüfung anstehenden Fragen analog zum Berufungsverfahren eine mündliche Verhandlung auf. Zu denken ist in dieser Hinsicht beispielweise an die nachträgliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme im Sinne von

Art. 65 Abs. 1 StGB, an die (nachträgliche) Anordnung oder Verlängerung einer stationären therapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 59 Abs. 4 StGB bzw. Art. 62c Abs. 3 und 6 StGB sowie an die (nachträgliche) Anordnung der Verwahrung gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB. Diese Entscheide bringen regelmässig massive Einschränkungen der persönlichen Freiheit des Betroffenen mit sich (BGE 141 IV 396 E. 4.1). Überdies geht es in diesen Fällen durchwegs in erhöhtem Masse um die Person des Betroffenen und sein künftiges Verhalten. Es sind Prognosen über seine Behandlungsfähigkeit und seine Gefährlichkeit zu stellen. Entsprechend stehen auch im Rechtsmittelverfahren regelmässig Tatsachenfragen zur Prüfung und Beurteilung an. Ein persönlicher Eindruck erscheint zentral. Die Notwendigkeit der Anwesenheit des Betroffenen im Beschwerdeverfahren ist damit grundsätzlich indiziert (vgl. GUIDON, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N.1 zu Art. 397 StPO; vgl. DERSELBE, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. St. Gallen 2011, S. 254 N. 522; HEER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 11 ff. zu Art. 364 StPO sowie N.1 ff. zu Art. 365 StPO; siehe auch SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, S. 686 Rz. 1525 Fn. 235).

Der Beschwerdeinstanz verbleibt in diesen Fällen schwerwiegender Eingriffe in die persönliche Freiheit – was die Vorinstanz zu verkennen scheint – nur wenig Spielraum, ohne mündliche Anhörung und Befragung des Betroffenen zu entscheiden. Will sie trotz entsprechenden Antrags des Betroffenen auf eine mündliche Verhandlung verzichten, muss sie sich auf besondere Umstände stützen können, die es rechtfertigen, von einer mündlichen Verhandlung ausnahmsweise abzusehen.

[...]

5.2. Vorliegend geht es in der Sache um eine Verlängerung einer stationären therapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 59 Abs. 4 StGB um drei Jahre.

[...]

Mit der Massnahmeverlängerung wird erheblich in die Freiheitsrechte des Beschwerdeführers eingegriffen. Es geht um eine Entscheidung von sehr grosser Tragweite. Schon allein deshalb war es im Lichte von BGE 141 IV 396 unumgänglich, dem Antrag des Beschwerdeführers stattzugeben und eine mündliche Verhandlung im Beschwerdeverfahren durchzuführen.

5.3. Dass der Beschwerdeführer vor erster Instanz am 25. Juni 2014 unter Beizug des psychiatrischen Gutachters im Beisein seines Rechtsvertreters persönlich befragt und angehört wurde, ändert am Gebot einer mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz prinzipiell nichts. Der persönliche Eindruck, welchen die erste Instanz vom Beschwerdeführer gewonnen hat, macht dessen Befragung und Anhörung durch die Beschwerdeinstanz nicht überflüssig oder verzichtbar. Die sich im Rahmen der stationären Massnahmeverlän-



gerung stellenden Fragen sind vielschichtig und nicht einfach zu beantworten. Es geht zur Hauptsache um Fragen der Therapierbarkeit des Beschwerdeführers und der Wirksamkeit/Notwendigkeit einer weiteren stationären Therapieintervention (in Abgrenzung zu einer ambulanten Behandlung) im Hinblick auf dessen Gefährlichkeit zur Verbesserung der Legalprognose. Diese Fragen beinhalten auch tatsächliche Bewertungsfragen. Es geht um die direkte Beurteilung der Person des Beschwerdeführers. Seine Anhörung und Befragung unter Einbezug des psychiatrischen Gutachters erscheint daher essentiell. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass sich die (Vollzugs-) Situation nach dem Verfahren vor erster Instanz mit der Versetzung des Beschwerdeführers in den offenen Massnahmenvollzug massgeblich verändert hat.

[...]

5.4. Die Vorinstanz hätte nach dem Gesagten zusammenfassend aufgrund der Eingriffsintensität des Entscheids für den Beschwerdeführer und der Art der zu beurteilenden Fragen eine mündliche Verhandlung unter Beizug des Gutachters durchführen müssen. Besondere Umstände, welche ein Absehen davon rechtfertigen könnten, legt sie nicht dar. Solche Umstände sind auch nicht ersichtlich.

[...]

Bemerkungen:

Das Bundesgericht hatte aufgrund der Beharrlichkeit der Verteidigung die Möglichkeit, im gleichen Fall zweimal seine Position im Zusammenhang mit den Modalitäten im Rechtsmittelverfahren bei gerichtlichen Nachverfahren darzulegen und zu begründen. Nach dem Leitentscheid BGE 141 IV 396, in welchem die Art des Rechtsmittels (Berufung oder Beschwerde) im Zentrum stand, thematisiert das Urteil vom 26. Mai 2016 die Frage, ob im Rechtsmittelverfahren eine mündliche Verhandlung, verbunden mit der Anhörung und Befragung des Betroffenen und unter Einbezug des psychiatrischen Gutachters, durchgeführt werden muss.

Der Entscheid des Bundesgerichts und die damit verbundene Konkretisierung der Modalitäten des Beschwerdeverfahrens bei gerichtlichen Nachverfahren sind im Ergebnis sicher richtig. Aufgrund der drohenden massiven Grundrechtseingriffe sowie des oft schwierigen Beweisthemas im Massnahmenrecht ist die Durchführung einer mündlichen Verhandlung – auch im Rechtsmittelverfahren – absolut opportun. Der Entscheid stärkt den Betroffenen als Verfahrenssubjekt – er soll vom urteilenden Gericht persönlich angehört und befragt werden. Das Urteil des Bundesgerichts ist in diesem Punkt ein Lichtblick im Zusammenhang mit einer ganzen Reihe von beunruhigenden Entwicklungen im Massnahmenrecht, welches sich – im Gegensatz zum Straf- und Strafverfahrensrecht – immer mehr als ein ausschliessendes und entindividualisiertes Recht präsentiert. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung macht auch Sinn, wenn im Rechtsmittelverfahren Einschätzungen von psychiatrischen Sachverständigen entscheidend relevant sind. Zu bedauern

ist, dass sich das Bundesgericht im vorliegenden Urteil nicht zur Bedeutung von Art. 6 EMRK und der entsprechenden Garantie auf eine mündliche gerichtliche (Haupt-)Verhandlung, die öffentlich geführt wird, äussert, obschon der Beschwerdeführer im bundesgerichtlichen Verfahren eine entsprechende Rüge vorgetragen hat. Im vorliegenden Verfahren stand ein weiterer staatlicher Freiheitsentzug für die Dauer von drei Jahren zur Diskussion, sodass die X. drohende Freiheitsentziehung in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK fallen müsste. Die Garantien von Art. 6 EMRK kommen bekanntlich immer dann zur Anwendung, wenn über die Stichhaltigkeit der gegen eine Person erhobenen strafrechtlichen Anklage («criminal charge»/«bien-fondé de toute accusation en matière pénale») oder zivilrechtliche Ansprüche («civil rights») entschieden wird. Wenn die dem Betroffenen angedrohte Strafe oder Sanktion Freiheitsentziehung darstellt, so scheint der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) grundsätzlich eine Strafsache anzunehmen (vgl. Urteil EGMR v. 9.10.2003 i.S. *Ezeh u. Connors v. Great Britain* [39665/98 Nr. 126, Slg. 03-x]). Jedenfalls bejaht der EGMR die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK in gerichtlichen Nachverfahren (vgl. Urteil EGMR v. 16.7.2015 i.S. *Kuttner v. Austria* [7997/08]).

Aufgrund der Erwägungen des Bundesgerichts im vorliegenden Urteil erscheint klar, dass auch im erstinstanzlichen Verfahren nach Art. 363 ff. StGB – sei es gestützt auf die Garantie von Art. 6 EMRK, sei es aufgrund des gravierenden Eingriffs in die Freiheitsrechte der Betroffenen und der Natur des Beweisthemas – eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden muss. Dass Gerichte offenbar die Tendenz haben, die für die Betroffenen einschneidenden Entscheide im Massnahmenrecht lieber im schriftlichen Verfahren zu erledigen, ist nicht verständlich. Gerichtsorganisatorische Gründe vermögen den bedeutenden Rechtsanspruch der Betroffenen und die auf dem Spiel stehenden Individualinteressen jedenfalls nicht zu verdrängen. Es sollte eigentlich als Selbstverständlichkeit gelten, dass Richterinnen und Richter, welche Mitmenschen zu freiheitsentziehenden, massiv schuldüberschüssenden «Zwangstherapien» verurteilen oder diese verwahren lassen, ihrem Gegenüber dabei in die Augen schauen. Das bekannte ethische Prinzip, wonach anderen Menschen nichts angetan werden sollte, worüber man empört wäre, wenn man es selbst erfahren müsste, gilt ganz besonders auch im Strafprozessrecht. Die «Gesichtslosigkeit» des Verfahrens in reinen Aktenprozessen widerspricht einerseits unserem (Rechts-)Verständnis von Strafprozessen, von Würde und Respekt sowie der «habeas corpus-Tradition» und schadet andererseits der Akzeptanz der Strafjustiz (vgl. PATRICK GUIDON, Von Angesicht zu Angesicht, in: NZZ v. 13. April 2015, S. 21).

Im Weiteren zeigen dieser Fall und auch das Urteil klar, dass die Beschwerde das falsche Rechtsmittel darstellt. Gerichtliche Nachverfahren im Bereich des Massnahmenrechts werden aufgrund des derzeitigen rechtspolitischen Klimas,

in welchem sich eine «Null-Risiko-Haltung» und die Angst der Straf- und Vollzugsbehörden vor einer medialen Skandalisierung etabliert haben, in Zukunft wohl immer häufiger werden. Das Beschwerdeverfahren wird vom Bundesgericht – unter Hinweis «auf den klaren gesetzgeberischen Willen» – mit zahlreichen Abweichungen vom gesetzlich vorgesehenen Regelbeschwerdeverfahren so zurechtgezimmert, dass das (Rechtsmittel-)Verfahren der inhaltlichen Tragweite und der Eingriffsintensität des Entscheids gerecht wird. Der Hinweis des Bundesgerichts auf den «klaren gesetzgeberischen Willen» und seine technisch-grammatikalische Auslegung der entsprechenden StPO-Bestimmungen in BGE 141 IV 396 sind insofern (etwas) erstaunlich, als die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in anderen Bereichen des Strafprozessrechts, namentlich im Haftrecht, nicht gezögert hat, «contra legem» ein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft einzuführen (vgl. BGE 137 IV 22, krit. dazu: OBERHOLZER, Der lange Weg zur Haftentlassung oder das neue Auslegungsprinzip der «Gewährleistung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft», in: FP 2012, 156 ff.). Auch die Praxis des Bundesgerichts zur «vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft» scheint die Haltung der Legislative aus reinen Zweckmässigkeitsüberlegungen nicht allzu ernst zu nehmen (vgl. JOSET/HUSMANN, Freiheitsentzug jenseits des Rechts – eine Kritik der «vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft», in: FP 2016, 165 ff.). Man hätte sich auch vorstellen (oder wünschen) können, dass das Bundesgericht ein (mögliches) Versehen des Gesetzgebers auch mal zugunsten von beschuldigten Personen oder verurteilten Straftätern korrigiert. Das Bundesgericht propagiert nämlich bei der Gesetzesauslegung die «sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis» (BGE 141 IV 396 E. 3.4 m. w. H.). Mit dieser Maxime könnten einige Unzulänglichkeiten der Strafprozessordnung – auch zugunsten der Betroffenen – korrigiert werden.

Bei der bevorstehenden Revision der StPO sollte der Gesetzgeber deshalb den Argumenten eines nicht unerheblichen Teils des Schrifttums Rechnung tragen und Entscheide der Strafgerichte im gerichtlichen Nachverfahren (Art. 363 ff. StPO), mindestens in denjenigen Verfahren des Massnahmenrechts, in denen regelmässig massive Einschränkungen der persönlichen Freiheit des Betroffenen zur Diskussion stehen (d. h. bei nachträglicher Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 65 Abs. 1 StGB, bei der [nachträglichen] Anordnung oder Verlängerung einer stationären therapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 59 Abs. 4 StGB bzw. Art. 62c Abs. 3 und 6 StGB sowie die [nachträgliche] Anordnung der Verwahrung gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB), der Berufung unterstellen. Allerdings muss in diesem Zusammenhang reklamiert werden, dass im gleichen Zug für den Bereich der vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft klare gesetzliche Grundlagen geschaffen werden müssten, ansonsten sich in rechtsstaatlicher Hinsicht – durch die «Urteil/Berufung»-Lösung wird der erstinstanzliche Ent-

scheid im Gegensatz zur heutigen «Beschluss/Beschwerde»-Lösung nicht vollstreckbar und die Betroffenen benötigen, will man sie nicht entlassen, einen alternativen Hafttitel – die Position der Betroffenen nicht wirklich verbessert. Ohnehin weckt es rechtsstaatliche Bedenken, wenn das gerichtliche Nachverfahren (insbesondere im Kontext von freiheitsentziehenden Massnahmen) gesetzlich nur sehr rudimentär geregelt ist. Hier obliegt es dem Gesetzgeber, ganz grundsätzlich ausreichende gesetzliche Grundlagen zu schaffen.

Alain Joset, Advokat und Fachanwalt SAV Strafrecht ■

2. Strafverfahrensrecht Procédure pénale

Nr. 38 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 23. Mai 2016 i. S. A. gegen B. und Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Thurgau – 1B_11/2016

Art. 30 StPO: Nichtigkeit bei unsachlicher Verfahrenstrennung.

Belasten sich die Beschuldigten gegenseitig und ist unklar, welcher Beschuldigte welchen Tatbeitrag geleistet hat, besteht bei einer Verfahrenstrennung die Gefahr sich widersprechender Entscheide, sei es in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung, die rechtliche Würdigung oder die Strafzumessung. Ein derartiger Widerspruch lässt sich nur bei einer einheitlichen Führung des Verfahrens vermeiden. Sprechen des Weiteren die Gesichtspunkte der Prozessökonomie und des Beschleunigungsgebots nicht für, sondern gegen eine Abtrennung, ist die Verfahrenstrennung sachlich nicht begründet.

Ein Entscheid ist nichtig, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgrund fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht.

Ist in einem Verfahren, in dem eine Verfahrenstrennung sachlich nicht begründet ist, gegen einen Mitbeschuldigten das abgekürzte Verfahren durchgeführt worden, sind die Anklageschrift und das die Anklageschrift genehmigende Urteil in einem unzulässigen Verfahren ergangen, weshalb es diese Rechtsakte nie hätte geben dürfen. Die-



ser Mangel wiegt besonders schwer und ist leicht erkennbar. Die Rechtssicherheit steht der Annahme der Nichtigkeit nicht entgegen, weil den Beteiligten von Anfang an bewusst sein musste, dass die im abgekürzten Verfahren vorgenommenen Prozesshandlungen hinfällig werden könnten. (Regeste forumpoenale)

Art. 30 CPP: nullité en cas de disjonction injustifiée de procédures.

Lorsque les prévenus font des déclarations par lesquelles ils se chargent mutuellement et que leurs contributions respectives à la commission de l'infraction ne peuvent être clairement définies, une disjonction de procédures fait naître le risque de jugements contradictoires au niveau de la constatation des faits, de la qualification juridique de ces derniers ou de la fixation de la peine. Seule une conduite conjointe de la procédure permet d'éviter de pareilles contradictions. Si les facteurs de l'économie et de la célérité de la procédure militent de surcroît non pas en faveur, mais contre une disjonction, une telle mesure est matériellement injustifiée.

Une décision est nulle lorsque le vice qui l'affecte est particulièrement grave, que ce défaut est évident ou du moins aisément reconnaissable et que l'admission d'une nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Les motifs de nullité résident principalement dans l'incompétence matérielle ou fonctionnelle de l'autorité ayant statué et dans la violation grave de règles de procédure. Si une disjonction injustifiée débouche sur l'exécution d'une procédure simplifiée à l'encontre de l'un des prévenus, l'acte d'accusation et le jugement validant ce dernier sont rendus dans une procédure non conforme au droit, raison pour laquelle ils n'auraient jamais dû exister. La sécurité du droit ne s'oppose pas à l'admission de la nullité dès lors que les protagonistes devaient d'emblée savoir que les actes de procédure accomplis dans le cadre de la procédure simplifiée étaient susceptibles de devenir caducs. (Résumé forumpoenale)

Art. 30 CPP: nullità in caso di disgiunzione non oggettiva del procedimento.

Se gli imputati si accusano a vicenda e non è chiaro quale imputato abbia partecipato all'azione in quale modo, sussiste, in caso di disgiunzione del procedimento, il pericolo di adottare decisioni contraddittorie, sia in merito alla determinazione dei fatti, sia in merito all'apprezzamento giuridico o alla commisurazione della pena. È possibile evitare una tale contraddizione soltanto in caso di conduzione unitaria del procedimento. Se inoltre l'economia processuale e l'imperativo di celebrità pesano sfavorevolmente, anziché favorevolmente, su una disgiunzione del procedimento, quest'ultima non è sostenuta da motivi oggettivi.

Una decisione è nulla, quando il vizio che la caratterizza è particolarmente grave e palese, o perlomeno facilmente

riconoscibile, e la sicurezza del diritto non viene seriamente minacciata dall'assunzione della nullità. Costituiscono motivi di nullità essenzialmente l'incompetenza funzionale e sostanziale di un'autorità, nonché gravi errori procedurali.

Se in un procedimento, in cui la relativa disgiunzione non poggia su ragioni oggettive, è stato applicato nei confronti di un coimputato il rito abbreviato, l'atto d'accusa e la sentenza a conferma di quest'ultimo sono stati emanati in un procedimento inammissibile, con la conseguenza che tali atti giuridici non avrebbero avuto ragione d'essere. Tale difetto è di particolare gravità e facilmente individuabile. La sicurezza del diritto non si contrappone all'assunzione della nullità, dato che le parti coinvolte dovevano essere consapevoli fin dall'inizio che gli atti procedurali adottati in sede di rito abbreviato sarebbero potuti decadere. (regesto forumpoenale)

Sachverhalt:

Die StA Kreuzlingen führte gegen A., B. und weitere Beschuldigte ein Verfahren wegen vorsätzlicher Tötung. A. beantragte das abgekürzte Verfahren wegen Gehilfenschaft zur Tötung durchzuführen, was die StA guthiess und das Verfahren von demjenigen gegen B. abtrennte. Da die Aussagen von A. und B. zu den jeweiligen Tatbeiträgen auseinandergingen, erhob B. gegen diese Abtrennung Beschwerde. Weil die aufschiebende Wirkung weder beantragt noch von Amtes wegen angeordnet wurde, führte die StA das Verfahren weiter und überwies die Anklage im abgekürzten Verfahren dem BezGer, welches diese am 26. 3. 2016 zum Urteil erhob. Gleichentags trat das OGer auf die Beschwerde gegen die Verfahrenstrennung nicht ein, da das Rechtsschutzinteresse weggefallen sei. Das BGer hob diesen Entscheid auf und wies das OGer an, über die angefochtene Verfahrenstrennung zu befinden (BGer, Urteil v. 6. 10. 2015, 1B_187/2015). Am 12. 11. 2015 hob das OGer die Verfahrenstrennung auf und stellte fest, dass sowohl Anklageschrift als auch Urteil im abgekürzten Verfahren gegen A. *nichtig* seien. Dagegen erhob A. Beschwerde beim BGer.

Aus den Erwägungen:

[...]

2.3.

[...]

Eine Beteiligung am Tötungsdelikt, um das es vorliegend geht, wird zahlreichen Beschuldigten zur Last gelegt. Wie die Vorinstanz darlegt, weichen deren Aussagen stark voneinander ab. Mit der Anklage und dem Urteil im abgekürzten Verfahren gingen die kantonalen Behörden davon aus, der Beschwerdeführer habe sich lediglich der Gehilfenschaft am Tötungsdelikt strafbar gemacht und damit eine vergleichsweise untergeordnete Rolle gespielt. Der Beschwerdegegner bringt vor, der Beschwerdeführer habe keineswegs eine untergeordnete Rolle gespielt. Vielmehr sei er – der Beschwerdegegner – unschuldig. Die ihn belastenden Aussagen des Beschwerdeführers träfen nicht zu.

Belasten sich die Beschuldigten demnach gegenseitig und ist unklar, welcher Beschuldigte welchen Tatbeitrag am Tötungsdelikt geleistet hat, besteht bei einer Verfahrenstrennung nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz die Gefahr sich widersprechender Entscheide, sei es in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung, die rechtliche Würdigung oder die Strafzumessung. So könnte das Gericht im ordentlichen Verfahren – was hier in keiner Weise präjudiziert werden darf, aber als Möglichkeit in Betracht gezogen werden muss – zum Schluss gelangen, nicht der Beschwerdeführer, sondern der Beschwerdegegner habe eine untergeordnete Rolle gespielt. Ein derartiger Widerspruch lässt sich nur bei einer einheitlichen Führung des Verfahrens vermeiden.

Die Abtrennung verursachte zudem einen Mehraufwand, da nicht mehr nur ein, sondern zwei Verfahren geführt wurden. Dies widerspricht der Prozessökonomie.

Im Zeitpunkt der Abtrennung war das Verfahren gegen den Beschwerdeführer im Übrigen nicht weiter fortgeschritten als dasjenige gegen die anderen Mitbeschuldigten. Mit Blick auf das Beschleunigungsgebot bestand daher kein Grund zur Abtrennung.

Unter diesen Umständen verletzt es kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, die Verfahrenstrennung sei sachlich nicht begründet gewesen.

[...]

3.2.

Ein rechtswidriger Entscheid ist im Allgemeinen anfechtbar. Von der Anfechtbarkeit zu unterscheiden ist die Nichtigkeit. Einem nichtigen Entscheid geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab. Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Nach der Rechtsprechung ist ein Entscheid nichtig, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgrund fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260; 138 II 501 E. 3.1 S. 503; je mit Hinweisen).

3.3.

Gegen die Mitbeschuldigten des Beschwerdeführers kann kein abgekürztes Verfahren geführt werden. Sie müssen sich deshalb im ordentlichen Verfahren verantworten. Da die Abtrennung des Verfahrens gegen den Beschwerdeführer unzulässig ist, muss auch er sich dem ordentlichen Verfahren stellen. Das abgekürzte Verfahren hätte daher nie durchgeführt werden dürfen. Die Anklageschrift vom 18. Dezember 2014 und das Urteil des Bezirksgerichts vom 26. März 2015 ergingen somit in einem unzulässigen Verfahren, weshalb es diese Rechtsakte nie hätte geben dürfen. Dieser Mangel wiegt besonders schwer und ist leicht erkennbar.

Die Rechtssicherheit steht der Annahme der Nichtigkeit nicht entgegen. Als im abgekürzten Verfahren die Staatsanwaltschaft dem Bezirksgericht die Anklage einreichte und dieses sein Urteil fällte, war die Frage, ob dieses Verfahren zulässig war, noch nicht rechtskräftig geklärt. Entsprechend musste den Beteiligten von Anfang an bewusst sein, dass die im abgekürzten Verfahren vorgenommenen Prozesshandlungen hinfällig werden könnten.

Wenn die Vorinstanz die Nichtigkeit der Anklageschrift vom 18. Dezember 2014 und des Urteils des Bezirksgerichts vom 26. März 2015 festgestellt hat, hält das daher vor Bundesrecht stand. Wollte man anders entscheiden, könnten – was offensichtlich nicht angeht – die Staatsanwaltschaft und das Sachgericht in einem Fall wie hier vollendete Tatsachen schaffen, bevor die Zulässigkeit der Verfahrenstrennung im Rechtsmittelverfahren geklärt ist.

[...]

Bemerkungen:

Wenn Mittäterschaft oder Teilnahme (Gehilfenschaft, Anstiftung) vorliegen, werden Straftaten gemeinsam verfolgt und beurteilt (Art. 29 Abs. 1 Bst. b StPO). Die Staatsanwaltschaft und die Gerichte können aus sachlichen Gründen Strafverfahren trennen oder vereinen (Art. 30 StPO). Decken sich die Aussagen von Mitbeschuldigten nicht, muss anhand weiterer Beweismittel (Zeugen, Spuren, Gutachten, Verletzungsbild etc.) beurteilt werden, welche Darstellung schlüssig ist und die Anklage bzw. eine Verurteilung tragen kann. Ist die Staatsanwaltschaft überzeugt, die Darstellung desjenigen, der das abgekürzte Verfahren beantragt, stimme mit den Akten überein, scheint es vertretbar, die Trennung des Verfahrens zu verfügen und die Akten dem Gericht zur Prüfung vorzulegen, denn das Gericht befindet frei darüber, ob die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig und angebracht ist und, ob die Anklage mit dem Ergebnis der Hauptverhandlung und den Akten übereinstimmt (Art. 362 Abs. 1 Bst. a und b StPO). Teilt das Gericht die Einschätzung der Staatsanwaltschaft nicht, erachtet es die Gefahr sich widersprechender Urteile für zu gewichtig oder erkennt es keinen Effizienzgewinn, dann weist es die Akten zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens zurück (Art. 362 Abs. 3 StPO).

Vorliegend kamen offenbar sowohl Staatsanwaltschaft als auch Bezirksgericht zum Schluss, die Darstellung von A. sei schlüssig und stimme – trotz anderweitiger Behauptungen von B. – mit den Akten überein. Um zu beurteilen, ob diese Einschätzungen sachlich gerechtfertigt waren, müsste man die gesamten Akten kennen. Dies spricht nun jedoch deutlich dagegen, dass der Mangel leicht erkennbar war und steht in Widerspruch zu früheren Entscheidungen des Bundesgerichts. In einem Fall, wo das Gericht nicht bedachte, dass die Einsprache als zurückgezogen gilt, wenn der Angeklagte unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung erscheint, hielt das Bundesgericht zur Erkennbarkeit fest:



«Das Erkennen des Fehlers [Urteil trotz Rückzug der Einsprache] setzt vielmehr das Studium der Verfahrensakten voraus. Es ist somit weder offensichtlich noch leicht erkennbar.» (BGer, Urteil v. 23.1.2009, 6B_744/2009, E. 1.3.). Diese Erwägung hätte umso mehr gegolten, da das Aktenstudium vorliegend noch deutlich weiter hätte gehen müssen. Die unterschiedlichen Aussagen der Mitbeschuldigten hätten analysiert und es hätte abgeklärt werden müssen, welche Auswirkungen die Abweichungen auf die möglichen Anklagevarianten haben könnten, um sodann einschätzen zu können, wie gewichtig die Gefahr sich widersprechender Urteile überhaupt ist. Weiter hätte verglichen werden müssen, welcher Aufwand durch das abgekürzte Verfahren eingespart wird und welcher durch die Beurteilung durch zwei verschiedene Spruchkörper entsteht. Zudem hätte die Haftsituation desjenigen, der das abgekürzte Verfahren beantragt, berücksichtigt werden müssen. Erst nach Abwägung dieser Elemente kann zuverlässig beurteilt werden, ob eine Verfahrenstrennung sachlich gerechtfertigt und das abgekürzte Verfahren daher zulässig ist. Dass die unsachliche Verfahrenstrennung leicht erkennbar im Sinne der Nichtigkeitsformel gewesen sein soll, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Dies belegt das Bundesgericht insoweit selbst, als es die Nichtigkeit bereits in seinem ersten Urteil von Amtes wegen hätte feststellen müssen, wenn der Mangel tatsächlich derart offensichtlich gewesen wäre.

Es drängt sich der Eindruck auf, das Bundesgericht habe die Nichtigkeit bejaht, damit – wie es selbst darlegt – Staatsanwaltschaft und Sachgericht nicht «vollendete Tatsachen» schaffen können, bevor die Zulässigkeit der Verfahrenstrennung geklärt ist. Doch auch diese Erwägung vermag nicht zu überzeugen. Im ersten Urteil des Bundesgerichts (Beschwerde gegen die Trennung der Verfahren) werden die Anträge von B. aufgeführt: 1. Die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 10.12.2015 betreffend die Verfahrenstrennung sei aufzuheben; 2. alle im Zusammenhang mit dem Tötungsdelikt Beschuldigten seien gemeinsam zu verfolgen und zu beurteilen; 3. allen Beschuldigten seien alle Akten aller Beschuldigten zur Einsicht zuzustellen.

Rechtsmittel und damit auch die Beschwerde haben keine aufschiebende Wirkung (Art. 387 StPO), ausser die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz ordne diese an (sog. fakultativer Suspensiveffekt). Solange der Beschwerde gegen die Verfahrenstrennung keine aufschiebende Wirkung gegeben wird, kann das Verfahren weitergeführt werden. Ausdrücklich entscheiden muss die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz die Frage nur, wenn sie die aufschiebende Wirkung erteilt, entweder auf Gesuch des Beschwerdeführers oder von Amtes wegen, andernfalls wird diese konkludent verweigert (GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich 2011, N 494–496).

B. hat die aufschiebende Wirkung gegen die Verfahrenstrennung nicht beantragt und diese wurde vom Obergericht auch nicht von Amtes wegen angeordnet. Dieselbe

Abteilung des Bundesgerichts hat einer anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin in einem anderen Urteil vorgehalten, sie könne sich nicht auf einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil berufen, wenn sie auf einen Rechtsbehelf (Siegelung) verzichtet habe (BGer, Urteil v. 6.10.2015, 1B_187/2015, E. 1.3.2.). Auch B. hätte vorgehalten werden müssen, er habe es unterlassen, für seine Beschwerde gegen die Verfahrenstrennung die aufschiebende Wirkung zu beantragen. Erst dadurch wäre es der Staatsanwaltschaft untersagt gewesen, die Anklage an das Gericht zur Durchführung der Hauptverhandlung im abgekürzten Verfahren zu überweisen. Staatsanwaltschaft und Bezirksgericht hätten zwar von sich aus mit der Überweisung der Anklage bzw. der Durchführung der Hauptverhandlung im abgekürzten Verfahren gegen A. zuwarten können, wofür es allerdings keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gegeben hätte (ZIEGLER/KELLER, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 387 N 1b). Ohne gesetzliche Grundlage für ein solches Zuwarten, ohne Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch die Beschwerdeinstanz sowie angesichts der Haftsituation von A., kann die Weiterführung des abgekürzten Verfahrens kaum als «besonders schwerwiegender Mangel» bezeichnet werden. Jedenfalls erscheint die Behauptung des Bundesgerichts unzutreffend, nur die Feststellung der Nichtigkeit erlaube es, zu verhindern, dass Staatsanwaltschaft und Gericht in solchen Fällen «vollendete Tatsachen» schafften.

Es bleibt zu hoffen, das Bundesgericht werde an diesen Erwägungen zur Nichtigkeit nicht festhalten, denn die Folgen wären kaum absehbar, müssten doch auch Urteile in getrennten Verfahren als nichtig erachtet werden, wenn diese aus sachlich nicht zu rechtfertigenden Gründen nicht vereinigt wurden. Auch ein Strafbefehl, der ausgefällt wird, weil die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt (trotz abweichender Aussagen von Mitbeschuldigten) als «anderweitig ausreichend geklärt» erachtet, stünde unter dem Damoklesschwert der Nichtigkeit, denn es könnte von den Mitbeschuldigten (grundsätzlich jederzeit) behauptet werden, das Strafbefehlsverfahren gegen den Mitbeschuldigten und die Anklageerhebung gegen sie selbst seien aufgrund abweichender Aussagen «unzulässig» und daher nichtig gewesen. Jede staatliche Instanz wäre von Amtes wegen verpflichtet, die gesamten Akten zu studieren und abzuwägen, ob die Trennung sachlich gerechtfertigt oder eine Vereinigung sachlich geboten war, was – in den Worten des Bundesgerichts – «offensichtlich nicht angeht». Nichtigkeit muss ein Notbehelf bleiben, um krasse Fehlurteile zu korrigieren, die rechtsstaatlich unerträglich wären. Zur Überprüfung einer als unsachgemäss empfundene Verfahrensführung genügt die Beschwerde.

Marko Cesarov, Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland

Nr. 39 Obergericht Aargau, 1. Strafkammer, Entscheid vom 12. November 2015 i. S. J. gegen Staatsanwaltschaft Muri-Bremgarten – SST.2015.156

Art. 122 StPO: zivilrechtliche Ansprüche im Strafverfahren.

Art. 122 Abs. 1 StPO bestimmt, dass die geschädigte Person zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat adhäsionsweise geltend machen kann. Erfasst sind nur solche privatrechtlichen Ansprüche, welche sich aus der Straftat («déduites de l'infraction» bzw. «desunte dal reato») ableiten lassen. Wenn das Gericht den objektiven Tatbestand einer Strafnorm verneint, kann es nicht gleichzeitig die Adhäsionsklage beurteilen und gutheissen. Adhäsionsweise geltend gemachte vertragliche Ansprüche oder Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind auf den Zivilweg zu verweisen. (Regeste forum-poenale)

Art. 122 CPP: articulation de prétentions civiles dans le cadre de la procédure pénale.

Dans sa version allemande, l'art. 122 al. 1 CPP dispose que le lésé peut, par adhésion à la procédure pénale, faire valoir des prétentions civiles issues de l'infraction («aus der Straftat»). Seules sont visées les prétentions de droit privé qui sont susceptibles d'être «déduites de l'infraction» («desunte dal reato»). Lorsque le tribunal retient que les éléments objectifs constitutifs d'une infraction ne sont pas réalisés, il ne peut simultanément statuer sur l'action civile exercée au pénal et la déclarer bien fondée. La partie plaignante doit être renvoyée à agir par la voie civile pour les prétentions qui découlent du contrat ou qui résultent de l'enrichissement illégitime. (Résumé forum-poenale)

Art. 122 CPP: pretese di diritto civile nel procedimento penale.

Secondo l'art. 122 cpv. 1 CPP il danneggiato può far valere in via adesiva nel procedimento penale pretese di diritto civile desunte dal reato. Sono considerate soltanto le pretese di diritto privato che sono suscettibili di essere desunte dal reato («déduites de l'infraction» o «aus der Straftat»). Quando il tribunale ritiene che l'elemento oggettivo di una norma penale non sia adempiuto, esso non può simultaneamente statuire sull'azione civile fatta valere in via adesiva e accoglierla. Le pretese contrattuali o le pretese derivanti da arricchimento indebito fatte valere in via adesiva, sono da rinviare al procedimento civile. (Regesto forum-poenale)

Hinweis der Schriftleitung: Der Entscheid ist rechtskräftig.

Sachverhalt:

Der Beschuldigte hat X. ein Auto verkauft, wobei der Kaufpreis vorab geleistet worden ist. Zur versprochenen Fahrzeugübergabe kam es dann aber nicht und der Beschuldigte verkaufte das Fahrzeug an jemand anderen. In strafrechtlicher Hinsicht verneinte die Vorinstanz einen Betrug, weil es am Motivationszusammenhang zwischen dem bei X. hervorgerufenen Irrtum über den Vertragsleistungswillen des Beschuldigten und seiner Vermögensdisposition gefehlt habe. In zivilrechtlicher Hinsicht wertete das Bezirksgericht Bremgarten diesen Sachverhalt als nachträgliche subjektive Unmöglichkeit, welche dem Privatkläger X. einen Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 97 Abs. 1 OR gewähre. In der Folge prüfte sie die Voraussetzungen von Art. 97 OR und bejahte diese. Das OGer AG heisst die vom Beschuldigten erhobene Berufung in diesem Punkt gut.

Aus den Erwägungen:

[...]

5.2

5.2.1.

Die Vorinstanz hat dem Privatkläger X. eine Zivilforderung von CHF 1400.– zugesprochen, obwohl sie den Beschuldigten im damit zusammenhängenden Strafpunkt freigesprochen hat.

[...]

5.2.2.

Zu prüfen ist indes, ob ein solcher (vertraglicher) Anspruch des Privatklägers X. überhaupt dem Adhäsionsverfahren zugänglich ist. Das Bundesgericht hat bislang offen gelassen, ob im Strafverfahren vertragliche Ansprüche oder Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung adhäsionsweise geltend gemacht werden können (Urteil des Bundesgerichts 6B_1160/2014 vom 19. August 2015 E. 8.4). Die Lehre ist diesbezüglich gespalten. Einerseits wird die Ansicht vertreten, dass grundsätzlich auch ein vertraglicher Anspruch adhäsionsfähig sei (MAZUCHELLI/POSTIZZI, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Art. 119 StPO; LIEBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. Zürich 2014, N. 5a zu Art. 122 StPO; DROESE, Die Zivilklage nach der schweizerischen Strafprozessordnung, HAVE 2011, S. 45). Eine andere Lehrmeinung ist demgegenüber gegenteiliger Ansicht (DOLGE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 70 zu Art. 122 StPO).

Die Mehrheit der Lehre weist auf den offenen Wortlaut von Art. 119 und 122 StPO hin. Der Anspruch müsse zwar aus einem Verhalten abgeleitet werden, das auch strafrechtlich relevant sein könne und deshalb Gegenstand des Strafverfahrens bilde. Eine vollständige Kongruenz zwischen schadensstiftendem Verhalten und strafbarer Handlung sei aber nicht notwendig: Wer beispielsweise bei einer fahrlässigen Körperverletzung auch noch Sachschaden anrichte, könne dafür adhäsionsweise in Anspruch genommen werden, auch wenn eine Sachbeschädigung nur bei Vorsatz strafbar sei (vgl. DROESE, a. a. O., S. 44).



5.2.3.

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet zunächst der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Gesetzen kommt ihr eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 138 IV 232 E. 3 mit Hinweisen).

5.2.4.

Art. 122 Abs. 1 StPO bestimmt, dass die geschädigte Person zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat adhäsionsweise geltend machen könne. Gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO gilt als geschädigte Person, wer durch eine Straftat in seinen Rechten unmittelbar verletzt worden ist. Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO berechtigt die geschädigte Person sodann zur adhäsionsweisen Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche, die aus der Straftat abgeleitet werden.

Entgegen der z. T. in der Lehre vertretenen Auffassung ist der Wortlaut in der StPO nicht weit, sondern eng gefasst. Erfasst sind nicht sämtliche privatrechtlichen Ansprüche, sondern nur solche, welche sich aus der Straftat («dédouées de l'infraction» bzw. «desunte dal reato») ableiten lassen. Sodann ist nicht jedermann zur Konstituierung als Zivilkläger berechtigt, sondern nur der Geschädigte, mithin derjenige, der durch die Straftat in seinen Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 Abs. 1 StPO i. V. m. Art. 122 Abs. 1 StPO). Wer (ausschliesslich) einen vertraglichen Anspruch gegenüber seinem Vertragspartner hat, wurde nicht unmittelbar durch eine Straftat in seinen Rechten verletzt und ist entsprechend nicht als Geschädigter im Sinne der Strafprozessordnung zu qualifizieren. Der Wortlaut von Art. 122 StPO i. V. m. Art. 115 StPO spricht demnach gegen die Ansicht, dass vertragliche Ansprüche Gegenstand des Adhäsionsverfahrens sein könnten. Damit in Einklang zu bringen ist auch Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO, wonach das Gericht über die anhängig gemachte Zivilklage entscheide, wenn es den Beschuldigten freispreche und der Sachverhalt spruchreif sei. Als Beispiele werden hier insbesondere Konstellationen angeführt, in denen der Beschuldigte zwar einen Tatbestand objektiv und subjektiv erfüllt, indes wegen

mangelnder Schuldfähigkeit freizusprechen ist (DOLGE, a. a. O., N. 22 zu Art. 126 StPO). Sofern das Gericht indes – wie vorliegend – den objektiven Tatbestand einer Strafnorm verneint, kann es nicht gleichzeitig die Adhäsionsklage beurteilen und gutheissen. Diese wäre vielmehr auf den Zivilweg zu verweisen gewesen, da dem Beschuldigten offenbar zwar ein vertragswidriges, indes kein Handeln, welches sich aus einer Straftat ableitet, vorzuwerfen ist.

5.2.5.

In den Gesetzesmaterialien finden sich weder Hinweise für die eine, noch für die andere Lösung, so dass eine historische Auslegung keine weiteren Erkenntnisse liefert. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass nach dem früheren kantonalen Strafprozessrecht eine Beurteilung der Zivilansprüche nicht stattfand, wenn das Strafverfahren eingestellt oder der Beklagte freigesprochen wurde (vgl. z. B. § 165 Abs. 2 StPO/AG; § 193 Abs. 1 StPO/ZH; Art. 310 Abs. 2 StrV/BE). Es ist aus den Gesetzesmaterialien nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung in Abweichung dazu die adhäsionsweise Geltendmachung auch nicht aquilianischer Ansprüche hätte zulassen wollen.

Nichts ergibt sich sodann aus der systematischen Einbettung der Art. 122 ff. StPO im 3. Kapitel über die Parteien und andere Verfahrensbeteiligte.

Bei der teleologischen Auslegung ist zwar zu berücksichtigen, dass es dem Privatkläger – sollten vertragliche Ansprüche dem Adhäsionsprozess nicht zugänglich sein – unbenommen ist, später einen Zivilprozess anzuheben. Dies steht der Verfahrensökonomie nicht entgegen (so DROESE, a. a. O., S. 45), denn es geht bei vertraglichen oder bereicherungsrechtlichen Ansprüchen einerseits und ausservertraglichen Ansprüchen andererseits zwar regelmässig um den gleichen Gegenstand, ansonsten liegt aber eben gerade kein identischer Lebenssachverhalt vor. Zudem prüft der Strafrichter die Zivilsache überhaupt erst näher, wenn ein aus der Straftat herrührender zivilrechtlicher Anspruch substantiiert behauptet und beziffert wird. Demgegenüber beurteilt der Zivilrichter den Sachverhalt unter Einbezug der zivilrechtlichen Verfahrensmaximen, so dass ein Urteil über den Zivilpunkt nach einem Verfahren in geordneten Bahnen zu erwarten ist.

Der vom Adhäsionsverfahren angestrebte Effizienzgewinn ist mehr als fraglich, wenn der Strafrichter trotz eines Freispruches über den Bestand eines vertraglichen Anspruches zu befinden hätte. Er hätte sich zwar im Rahmen des Schuldpunktes bereits mit dem Sachverhalt befasst, indes wären für den vertraglichen Anspruch regelmässig auch andere Sachverhaltselemente zentral als im Strafverfahren. Während bei einer Erfüllung eines Straftatbestandes der Beschuldigte offenkundig auch widerrechtlich i. S. v. Art. 41 OR gehandelt hat und dementsprechend bereits eine Voraussetzung des zivilrechtlichen deliktischen Schadenersatzes erfüllt ist, sind keinerlei Effizienzgewinne oder andere

Vorteile zu erwarten, wenn das Strafgericht auch vertragliche Ansprüche zu behandeln hätte.

Auch aus Sicht der Parteien sind keine Vorteile erkennbar, wenn der Strafrichter vertragliche Ansprüche zu prüfen hätte, zumal unklar ist, inwiefern die dem Zivilprozess immanenten Verfahrensgrundsätze sowie die entsprechend damit zusammenhängenden Behauptungs- und Substantiierungslasten Anwendung zu finden hätten. Liegt ein vertraglicher Anspruch im Streit, ist den Parteien nicht gedient, wenn ein Strafgericht als Nebenpunkt in einem Strafverfahren quasi kursorisch darüber befindet.

Insgesamt sind die übrigen Auslegungselemente neutral zu werten, wobei die teleologische Auslegung eher darauf hindeutet, dass eben gerade nur solche Ansprüche adhäsionsweise geltend gemacht werden können, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einem tatsächlich erfüllten Straftatbestand stehen.

5.2.6.

Nach dem Gesagten fallen vertragliche Ansprüche nicht unter Art. 122 StPO. Entsprechend hätte die Vorinstanz X. keinen Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR zusprechen dürfen, sondern die Klage wäre auf den Zivilweg zu verweisen gewesen. Die Berufung des Beschuldigten ist in diesem Punkt gutzuheissen.

[...]

Bemerkungen:

I.

1. Am Entscheid ist möglicherweise das Ergebnis richtig, wenn man in die Akten schauen könnte, die vorstehend publizierte Begründung wirft indessen Fragen auf. Insoweit besteht Anlass, die einschlägige, gesetzliche Regelung näher zu betrachten und dabei festzustellen, dass sie weder lückenhaft noch widersprüchlich ist, weshalb es – entgegen dem Obergericht – auch gar keine Auslegungsprobleme gibt, jedenfalls nicht die, welche das Obergericht sah.

2. Im Ausgangsfall wurde der Angeklagte erstinstanzlich freigesprochen. Damit liegt von seiner Seite keine Straftat vor, und eine solche kann auch nicht Anspruchsgrundlage für irgendwelche Forderungen des Geschädigten sein. Wer als angebliches Opfer einer inexistenten Straftat Zivilansprüche gestellt hat, muss dafür eine andere rechtliche Begründung haben als die zur Anklage gebrachte, aber gerichtsseitig verneinte Straftat. Seinen Zivilanspruch muss der Kläger also – sollte man meinen – dann auf dem dafür vorgesehenen, gewöhnlichen Zivilprozessweg durchsetzen, den Freigesprochenen kann doch nicht der Strafrichter als Zivilrichter verurteilen, sagt einem das – gewiss nicht massgebliche – Bauchgefühl und das weit massgeblicher erscheinende Obergericht.

3. Das Gegenteil steht allerdings glasklar in Art. 126 Abs. 1 StPO: «Das Gericht entscheidet über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person: b. freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist.» Das heisst:

Der Freispruch hindert nicht, über einen adhäsionsweise geltend gemachten Zivilanspruch materiell zu entscheiden – sofern der Sachverhalt «spruchreif» ist. Die Straftat – auch verstanden im Sinne eines «Schuldspruchs» – ist gerade nicht Voraussetzung für den Entscheid über den Zivilanspruch. Insoweit ist Sachurteilsvoraussetzung einzig der zivilrechtlich geklärte Sachverhalt. Wenn also der ersten Instanz der Sachverhalt spruchreif erschien, durfte sie urteilen. Nimmt man zudem die eine Botschaft des vom Verfasser (in FP 2016, 266 ff.) besprochenen BGE 6B_75/2014 ernst, dann muss der Strafrichter auch über die Zivilansprüche entscheiden. Unter der Prämisse, der Sachverhalt sei geklärt gewesen, hat also die erste Instanz nur das getan, was sie ohnehin gemäss Gesetzeswortlaut hat tun müssen – nämlich über den Zivilanspruch entschieden.

II.

4. Das Aargauer Obergericht sieht es anders und verweist den Zivilanspruch auf den Zivilweg. Allerdings sind die obergerichtlichen Überlegungen zum Adhäsionsprozess alles andere als überzeugend. Insbesondere sind die Ausführungen über den Effizienzgewinn (E. 5.2.5.) zumindest ansatzweise widersprüchlich, abgesehen davon, dass sie eigentlich auch für die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen keine Rolle spielen können.

5. «Zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat» kann der Geschädigte «im Strafverfahren geltend machen», so Art. 122 Abs. 1 StPO. Der Begriff «zivilrechtliche Ansprüche» ist dabei in keiner Hinsicht begrenzt, er ist zunächst einmal als Gegensatz zu «strafrechtlichen» Ansprüchen zu sehen, und umfasst alles, was eine «zivilrechtliche» Grundlage hat: Schadenersatz, Genugtuung, vermutlich auch Gewinnherausgabe oder ungerechtfertigte Bereicherung, vielleicht sogar Unterlassung, Feststellung und alle vertraglichen Ansprüche. Mit der vom Obergericht zitierten mehrheitlichen Lehre ist davon auszugehen, dass es keine Kategorie «adhäsionsweise zulässiger» bzw. Kategorien «adhäsionsweise unzulässiger» Zivilansprüche gibt. Wenn das Obergericht behauptet, vertragliche Ansprüche oder solche auf Schadenersatz seien nicht von Art. 122 StPO erfasst, dann kann es sich dafür weder auf eine mehrheitliche Lehrmeinung noch gar auf eine Bundesgerichtspraxis noch insbesondere die Materialien berufen, sondern nur auf einen Autor.

6. Das Obergericht versteht – entgegen der von ihm erwähnten Mehrheitslehre – die Bestimmung nun allerdings nicht weit, sondern sagt, sie sei «eng gefasst». Denn «erfasst sind nicht sämtliche privatrechtlichen Ansprüche, sondern nur solche, welche sich aus der Straftat (déduites de l'infraction) bzw. (desunte dal reato) ableiten lassen» (E. 5.2.4.). Das ist gleichzeitig richtig und falsch: Falsch insoweit, wenn es damit hätte sagen wollen, es seien nur bestimmte, und nicht etwa alle Kategorien zivilrechtlicher Ansprüche gemeint – alles, was seine Grundlage im Zivilrecht hat, ist ein zivilrechtlicher Anspruch. Richtig ist der



Gedanke insoweit, als dass er sich nicht auf irgendwelche – zivilrechtlichen – Ansprüche bezieht, sondern tatsächlich nur die, welche ihre Ursache in der klägerseitig unterstellten, zur Anklage gebrachten Straftat haben. Zu ergänzen ist: Schon aufgrund der Parteirollen kann es sich nur um Ansprüche gegenüber dem Angeklagten bzw. Täter handeln und nicht um solche, die gegenüber Dritten bestehen. Aus dem Zusammenspiel der Art. 115, 119 und 122 ff. StPO lässt sich gar nichts Anderes ableiten, als dass es nur um Ansprüche im direkten Verhältnis von Täter und Opfer, Angeklagtem und Geschädigtem gehen kann.

7. Mithin ist festzuhalten: Im Strafprozess ist über alle Zivilansprüche zu entscheiden, die sich aus der vom Gericht zu beurteilenden Straftat im Verhältnis von Geschädigtem und Täter ergeben und die der Geschädigte im Verfahren auch geltend macht; der zivilprozessualen Dispositionsmaxime entsprechen die Vorschriften von Art. 115 und 119 StPO – der Geschädigte muss Anträge stellen, und nur über gestellte Anträge kann der Strafrichter auch als Zivilrichter entscheiden.

III.

8. Das Obergericht steht vor dem Problem, dass es einerseits die Ansprüche, die adhäsionsweise geltend gemacht werden können, an die Straftat bindet, und zugleich – gewiss logisch – einen Freispruch als das Gegenteil einer Straftat betrachtet, somit der Adhäsionsklage die Grundlage entzogen sieht. Es bemüht sich, die einschlägigen Regelungen der StPO einzig vor dem Hintergrund einer strafrechtlichen Verurteilung zu lesen. Diesen Ansatz hat der Gesetzgeber allerdings positiv-rechtlich zerstört. Er sagt nämlich, dass auch bei Freispruch über den Zivilanspruch zu entscheiden ist. Die StPO hat, in dieser Hinsicht wohl auch lückenlos, beide Möglichkeiten geregelt, nämlich den Fall des Schuldspruchs in Art. 126 Abs. 1 lit. a., und den Fall des Freispruchs in Art. 126 Abs. 1 lit. b. Und sie hat beim Freispruch gerade nicht angeordnet, dass dann der Zivilanspruch auf den Zivilweg zu verweisen sei. Diese Folge ordnet sie eigens in Art. 126 Abs. 2 und zwar für vier Sachverhalte. Unter diesen vier ist auch wieder der Freispruch in lit. d. Aber die beiden Bestimmungen beim Freispruch sind völlig widerspruchlos: Es gibt entweder den Freispruch, bei dem der – zivilrechtliche! – Sachverhalt spruchreif ist (Abs. 1 lit. b.), oder bei dem er nicht spruchreif ist (Abs. 2 lit. d.). Tertium non datur.

9. Was das Obergericht überlegt, ist demgegenüber weder überzeugend noch im Lichte der eindeutigen, und eindeutig aufeinander abgestimmten, widerspruchsfreien Bestimmungen der StPO richtig. Nur dann, wenn der Sachverhalt «nicht spruchreif» ist, ist bei Freispruch auf den Zivilweg zu verweisen. Das Obergericht glaubt, das Problem dadurch zu lösen, dass es sagt, eine Verneinung des objektiven Tatbestands hindere eine Beurteilung der Adhäsionsklage – was indessen gerade nicht der gesetzlichen Regelung entspricht. Nur dann, wenn die Verneinung eines

(objektiven oder subjektiven) Tatbestandselements zugleich den zivilrechtlichen Anspruch «nicht spruchreif» macht, wäre die Verweisung auf den Zivilweg die zwingende Folge; entgegen dem Obergericht ist aber sehr wohl denkbar, dass eine strafrechtliche Verurteilung unterbleiben muss, zugleich aber der zivilrechtliche Anspruch genügend geklärt ist. Und weil der zivilrechtliche Anspruch eben nicht auf der Grundlage allein von Art. 41 OR bestehen muss, sondern auf irgendwelche anderen Grundlagen beruhen kann, ist es unzutreffend, aus der blossen Verneinung der Straftat auf einen nicht geklärten, nicht spruchreifen Zivilanspruch zwingend zu schliessen.

IV.

10. Das Obergericht hätte ganz einfach und ganz anders überlegen müssen: Es hätte nur, aber immerhin feststellen können, dass entgegen der Vorinstanz der Sachverhalt doch nicht spruchreif gewesen sei, also der Fall von Art. 126 Abs. 2 lit. d. StPO vorliegt. Und diese «Unklarheit» hätte es aus anderen Umständen als dem blossen Freispruch (bzw. der Verneinung der Straftat) ableiten müssen. Wir lesen aber im Entscheid gerade nicht, dass der Sachverhalt zivilrechtlich nicht spruchreif gewesen sei, und schon gar nicht erfahren wir, warum bzw. woraus sich diese Unklarheit ergeben hat. Vielmehr lesen wir nur, dass es bei Freispruch keine Entscheidung über die Adhäsionsklage geben dürfe. Damit liegt das Obergericht allerdings falsch, und zwar nicht nur im Lichte der Lehre und des Gesetzeswortlauts, sondern auch der einschlägigen Bundesgerichtspraxis. Dass der Strafrichter allenfalls weniger gründlich als der ordentliche Zivilrichter einen zivilrechtlichen Anspruch prüft, ist zwar denkbar, aber weder zwingend noch gar die Regel. Und hätte der Gesetzgeber kein Vertrauen in die zivilrechtlichen Kompetenzen der Strafgerichte gehabt, hätte er den Adhäsionsprozess entweder ganz abgeschafft oder seinen Anwendungsbereich (eng) begrenzt. Genau das hat er nicht getan, und der Versuch, eine solche Eingrenzung aus der StPO abzuleiten, ist dem Obergericht jedenfalls nicht in überzeugender Weise gelungen. Die Subsumptions- und Auslegungsleistung besteht entgegen dem Obergericht nur darin, dass man feststellt, ob der zivilrechtlich relevante Sachverhalt geklärt oder eben «spruchreif» ist. Dann aber muss der Strafrichter als Zivilrichter auch materiell entscheiden.

Dr. Matthias Schwaibold



Nr. 40 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 3. Dezember 2015 i. S. A. gegen Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich – 1B_388/2015

Art. 238 und 240 Abs. 2 StPO: Haftkaution; Leistung der Sicherheit von einer Drittperson.

Anstelle von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft ordnet das zuständige Gericht eine oder mehrere mildere Massnahmen an, sofern diese den gleichen Zweck erfüllen. Eine Haftentlassung gegen Kaution kommt nur infrage, wenn die Sicherheitsleistung tauglich ist, die beschuldigte Person von einer Flucht abzuhalten. Die Höhe der Kaution bemisst sich nach der Schwere der vorgeworfenen Taten und den persönlichen Verhältnissen der beschuldigten Person. Aus Art. 240 Abs. 2 StPO ergibt sich zwar, dass die Sicherheitsleistung auch von Drittpersonen gestellt werden kann. Verweigert eine beschuldigte Person jedoch ihre Kooperation und bleiben die finanziellen Verhältnisse der Drittperson undurchsichtig, scheidet eine Kaution aus, da sich deren Wirksamkeit nicht verlässlich beurteilen lässt. (Regeste forumpoenale)

Art. 238 et 240 al. 2 CPP: caution comme mesure de substitution à la détention avant jugement; fourniture des sûretés par un tiers.

En lieu et place de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté, le tribunal compétent ordonne une ou plusieurs mesures moins sévères si ces dernières permettent d'atteindre le même but. Une mise en liberté moyennant le versement d'une caution n'entre en considération que si les sûretés fournies sont propres à dissuader le prévenu de prendre la fuite. Le montant de la caution est fixé en fonction de la gravité des infractions reprochées au prévenu et de la situation personnelle de celui-ci. Il résulte certes de l'art. 240 al. 2 CPP que les sûretés peuvent également être fournies par un tiers. Si toutefois le prévenu refuse de collaborer et que la situation financière du tiers demeure obscure, une caution est exclue dès lors que son efficacité ne peut être appréciée de manière fiable. (Résumé forumpoenale)

Artt. 238 e 240 cpv. 2 CPP: Cauzione di carcerazione; versamento della cauzione da parte di un terzo.

Il giudice competente ordina una o più misure meno severe in luogo della carcerazione preventiva o di sicurezza, se tali misure raggiungono lo stesso scopo della carcerazione. Una scarcerazione su cauzione è possibile solo, se la cauzione è idonea a far desistere l'imputato da una fuga. L'importo della cauzione è determinato in funzione della gravità dei reati contestati all'imputato e tenuto conto della sua situazione personale. Dall'art. 240 cpv. 2 CPP si evince sì che la cauzione può essere versata anche da un terzo, se un imputato si rifiuta però di col-

laborare e la situazione finanziaria del terzo è poco chiara, una cauzione è esclusa, dato che la sua efficacia non può essere valutata in maniera attendibile. (Regeste forumpoenale)

Sachverhalt:

Die StA ZH führt gegen A. eine Strafuntersuchung wegen schwerer Körperverletzung zum Nachteil ihres Ehemanns B. Der Beschwerdeführerin wird vorgeworfen, sie habe ihrem Ehemann in der gemeinsamen Wohnung mit einem grossen Küchenmesser bewusst Stich- und Schnittverletzungen in den Oberkörper zugefügt; dabei sei die Stichverletzung im linken Rippenbereich mit Verletzung der Nierenarterie lebensgefährlich gewesen. Gemäss ärztlichem Befund hat B. auch Verletzungen des Dünn- und Dickdarms sowie der Bauchspeicheldrüse erlitten. Er musste mehrfach operiert werden.

Das Zwangsmassnahmengericht ZH ordnete Untersuchungshaft an. Mit Beschwerde an das OGer ZH beantragte A. ihre Haftentlassung gegen eine Sicherheitsleistung von CHF 25 000.– oder einen vom OGer zu bestimmenden Betrag. Das OGer wies die Beschwerde ab. Es ging nebst dem dringenden Tatverdacht von Fluchtgefahr aus und hielt fest, eine Ersatzmassnahme im Sinne einer Sicherheitsleistung könne der bestehenden Fluchtgefahr nicht in genügender Weise entgegenwirken. A. beantragt mit Beschwerde in Strafsachen an das BGer, den Beschluss des OGer aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter sei sie gegen eine Sicherheitsleistung von CHF 50 000.– aus der Untersuchungshaft zu entlassen. Das BGer weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

[...]

2.4.

2.4.1. Strafprozessuale Haft darf nur als «ultima ratio» angeordnet oder aufrechterhalten werden. Gemäss Art. 237 Abs. 1 StPO ordnet das zuständige Gericht anstelle der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft eine oder mehrere mildere Massnahmen an, wenn sie den gleichen Zweck wie die Haft erfüllen. Bei Fluchtgefahr kommt insbesondere die Leistung einer Sicherheit nach Art. 238 StPO als Ersatzmassnahme in Betracht.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist bei blossen Ersatzmassnahmen für Haft grundsätzlich ein weniger strenger Massstab an die erforderliche Intensität des besonderen Haftgrunds der Fluchtgefahr anzulegen als bei strafprozessualen Freiheitsentzug, denn dieser stellt eine deutlich schärfere Zwangsmassnahme dar (BGE 133 I 27 E. 3.3 S. 31). Zwar können mildere Ersatzmassnahmen für Haft geeignet sein, einer gewissen (niederschweligen) Fluchtneigung Rechnung zu tragen. Bei ausgeprägter Fluchtgefahr erweisen sie sich nach der einschlägigen Praxis des Bundesgerichts jedoch in der Regel als nicht ausreichend (vgl. Urteile 1B_157/2015 vom 27. Mai 2015 E. 3.2 und 1B_251/2015 vom 12. August 2015 E. 3.2).



2.4.2. Gemäss Art. 238 StPO, dessen korrekte Anwendung vorliegend umstritten ist, kann das zuständige Gericht bei Fluchtgefahr die Leistung eines Geldbetrags vorsehen, der sicherstellen soll, dass die beschuldigte Person sich jederzeit zu Verfahrenshandlungen oder zum Antritt einer freiheitsentziehenden Sanktion einstellt (Abs. 1). Die Höhe der Sicherheitsleistung bemisst sich nach der Schwere der Taten, die der beschuldigten Person vorgeworfen werden, und nach ihren persönlichen Verhältnissen (Abs. 2). Aus Art. 240 Abs. 2 StPO ergibt sich, dass die Sicherheit auch von Drittpersonen geleistet werden kann.

Es besteht kein vorbehaltloser Anspruch, gegen Kautions aus der Haft entlassen zu werden. Nur wenn genügend Anzeichen dafür bestehen, dass eine Sicherheitsleistung ebenso geeignet ist wie eine Inhaftierung, um das Erscheinen vor Gericht oder den Antritt einer zu erwartenden Sanktion zu erreichen, muss die Kautions der beschuldigten Person angeboten werden (Urteil 1P.797/1999 vom 7. Januar 2000 E. 4.a; vgl. auch BGE 133 I 27 E. 3.2 S. 29 f.). Eine Haftentlassung gegen Kautions kommt mithin nur in Frage, wenn die Sicherheitsleistung tatsächlich tauglich ist, die beschuldigte Person von einer Flucht abzuhalten (Urteile 1B_325/2014 vom 16. Oktober 2014 E. 3.5 und 1B_251/2015 vom 12. August 2015 E. 4.5; HÄRRI, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 238 N. 4; CAVALLO, Die Sicherheitsleistung nach Art. 238 ff. StPO – Ersatzmassnahmen bei Fluchtgefahr der beschuldigten Person, 2013, S. 72).

2.4.3. Wird die Kautions als tauglich beurteilt, so bemisst sich deren Höhe in Anwendung von Art. 238 Abs. 2 StPO nach der Schwere der vorgeworfenen Taten und den persönlichen Verhältnissen der beschuldigten Person. Je schwerer die vorgeworfene Tat ist, desto höher ist die zu erwartende Strafe und damit auch der Fluchtanreiz. Zudem besteht bei schweren Delikten ein erhöhtes öffentliches Interesse an der Tataufklärung und damit an der Anwesenheit der beschuldigten Person. Soll die Sicherheit von Dritten – wie vorliegend von den Eltern – geleistet werden, sind deren finanzielle Möglichkeiten von Bedeutung. Wesentlich ist sodann die persönliche Beziehung der beschuldigten Person zu diesen Dritten. Die Sicherheitsleistung muss so hoch angesetzt werden, dass sich die beschuldigte Person lieber dem Strafverfahren stellt, als den Dritten den Verlust der Kautions beizufügen. Das zuständige Gericht hat die für die Bemessung der Kautions notwendigen Abklärungen vorzunehmen. Dies entbindet die beschuldigte Person jedoch nicht davon, ihre Vermögensverhältnisse und jene der Drittpersonen in nachvollziehbarer Weise offenzulegen. Verweigert die beschuldigte Person ihre Kooperation und bleiben die finanziellen Verhältnisse undurchsichtig, scheidet eine Kautions aus, da sich deren Wirksamkeit nicht verlässlich beurteilen lässt (HÄRRI, a. a. O., Art. 238 N. 9 ff.; vgl. auch MANFRIN, Ersatzmassnahmenrecht nach Schweizerischer Strafprozessordnung – Ein Beitrag zur Konkretisierung

des Verhältnismässigkeitsprinzips im Haftrecht, 2014, S. 207 ff., insb. S. 213 f.; siehe ferner SCHMOCKER, in: Commentaire Romand CPP, 2011, Art. 238 N. 4).

[...]

Nr. 41 Tribunal fédéral, Cour de droit pénal, Arrêt du 16 mars 2016 dans la cause X. contre Ministère public du canton de Genève – 6B_549/2015

Art. 318 al. 1 phr. 1, 353 al. 1 let. g et 433 CPP: clôture de l’instruction; ordonnance pénale; indemnisation de la partie plaignante pour ses dépenses.

Lorsque le ministère public envisage de mettre un terme à l’instruction par une ordonnance pénale, il n’est, à rigueur de texte, pas tenu d’en informer les parties par un avis de prochaine clôture. Parce que le ministère public doit statuer dans l’ordonnance pénale même sur l’indemnisation de la partie plaignante pour les dépenses obligatoires que la procédure lui aurait occasionnées, il lui appartient néanmoins d’interpeller l’intéressée afin de lui permettre de faire valoir ses prétentions éventuelles. (Résumé forumpoenale)

Art. 318 Abs. 1 Satz 1, 353 Abs. 1 lit. g und 433 StPO: Abschluss der Untersuchung; Strafbefehl; Entschädigung der Privatklägerschaft für ihre Aufwendungen.

Fasst die Staatsanwaltschaft ins Auge, die Untersuchung mittels Strafbefehl zu beenden, ist sie nach Gesetzestext nicht verpflichtet, die Parteien durch einen entsprechenden Abschlussbescheid darüber in Kenntnis zu setzen. Weil die Staatsanwaltschaft im Strafbefehl selbst über die Entschädigung der Privatklägerschaft für notwendige Aufwendungen im Verfahren entscheiden muss, obliegt es ihr dennoch, die Privatklägerschaft anzugehen, um dieser die Möglichkeit zu eröffnen, eventuelle Ansprüche geltend zu machen. (Regeste forumpoenale)

Artt. 318 cpv. 1 frase 1, 353 cpv. 1 lett. g e 433 CPP: chiusura dell’istruzione; decreto d’accusa; indennizzo dell’accusatore privato per le proprie spese.

Se il pubblico ministero prevede di mettere fine all’istruzione mediante un decreto d’accusa, esso non è tenuto in virtù del testo di legge, di avvisare le parti con un avviso di prossima chiusura. Dato che il pubblico ministero deve decidere nel decreto d’accusa stesso sull’indennizzo dell’accusatore privato per le spese necessarie nel procedimento, esso è tenuto comunque a interpellare l’interessato al fine di permettergli di far valere eventuali pretese. (Regeste forumpoenale)

Faits:

Le 15.5.2014, X. dépose plainte pénale contre A. pour injure et menaces. Par courrier du 20.6.2014 de son conseil au Ministère public du canton de Genève, il se constitue partie demanderesse au civil et au pénal.

Par ordonnance pénale du 9.9.2014, le ministère public déclare A. coupable de menaces et le condamne à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 90.– le jour-amende, avec suris pendant trois ans.

X. forme opposition à l'ordonnance pénale du ministère public afin que celui-ci statue sur les dépens. Il conclut à ce titre au versement d'une indemnité de CHF 945.–.

Le 22.12.2014, le ministère public maintient son ordonnance pénale du 9.9.2014 et transmet la procédure au Tribunal de police du canton de Genève.

En date du 9.2.2015, le Tribunal de police déclare irrecevable l'opposition de X. au motif que celui-ci n'a pas fait valoir de conclusions civiles par-devant le ministère public et n'a dès lors pas qualité pour agir.

Statuant le 24.4.2015, la chambre pénale de recours de la Cour de justice du canton de Genève rejette le recours déposé par X. contre l'ordonnance du Tribunal de police du 9.2.2015.

Agissant par la voie du recours en matière pénale au Tribunal fédéral, X. conclut à l'annulation de l'arrêt de la chambre pénale du 24.4.2015 et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le Tribunal fédéral admet le recours.

Extraits des considérants:

[...]

2.

Le recourant se plaint d'une violation du droit fédéral, à savoir des art. 354 et 433 CPP. Il reproche également aux autorités cantonales d'avoir commis un déni de justice formel (art. 29 al. 1 Cst.).

2.1. La plainte déposée par le recourant a été traitée en procédure de l'ordonnance pénale selon les art. 352 ss CPP. Cette procédure spéciale relève de la compétence du ministère public, lequel est tenu de prononcer une telle ordonnance lorsque les conditions en sont remplies (cf. art. 352 al. 1 en relation avec l'art. 324 al. 1 CPP; arrêt 6B_367/2012 du 21 décembre 2012 consid. 3.2 et les références). L'ordonnance pénale constitue un mode simplifié de jugement qui permet d'abrégier et d'accélérer la procédure pénale ordinaire (FF 2006 1272). Dans cette optique d'efficacité, lorsque le ministère public envisage de clore l'instruction par une ordonnance pénale, il n'est, à rigueur de texte, pas tenu d'en informer les parties par un avis de prochaine clôture (art. 318 CPP; cf. DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, *Strafprozessrecht*, 2^e éd., 2014, p. 279; COQUOZ/MOERI, *Le CPP: Questions choisies après 3 ans de pratique*, SJ 2014 II 37 p. 54).

2.2. En vertu de l'art. 353 al. 1 CPP, l'ordonnance pénale doit contenir les informations relatives aux frais et indemnités (let. g). Les art. 429 ss CPP sont applicables. Les dispositions du titre 10 du CPP sur les frais de procédure,

indemnités et réparation du tort moral s'appliquent conformément à l'art. 416 CPP à toutes les procédures, par conséquent aussi à la procédure de l'ordonnance pénale. Le ministère public est donc tenu de se prononcer dans l'ordonnance pénale sur les demandes d'indemnité des parties au sens des art. 429 ss CPP (ATF 139 IV 102 consid. 4.1 p. 107 et les références).

2.3. L'art. 433 al. 1 CPP permet à la partie plaignante de demander au prévenu une juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure lorsqu'elle obtient gain de cause (let. a) ou lorsque le prévenu est astreint au paiement des frais conformément à l'art. 426 al. 2 CPP (let. b). L'al. 2 prévoit que la partie plaignante adresse ses prétentions à l'autorité pénale; elle doit les chiffrer et les justifier. Si elle ne s'acquiesce pas de cette obligation, l'autorité pénale n'entre pas en matière sur la demande. La partie plaignante obtient gain de cause au sens de l'art. 433 al. 1 CPP si les prétentions civiles sont admises et/ou lorsque le prévenu est condamné. Dans ce dernier cas, la partie plaignante peut être indemnisée pour les frais de défense privée en relation avec la plainte pénale (ATF 139 IV 102 consid. 4.1 et 4.3 p. 107 s.). La juste indemnité, notion qui laisse un large pouvoir d'appréciation au juge, couvre ainsi les dépenses et les frais nécessaires pour faire valoir le point de vue de la partie plaignante dans la procédure pénale. Il s'agit en premier lieu des frais d'avocat (arrêt 6B_495/2014 du 6 octobre 2014 consid. 2.1). L'art. 433 al. 2 CPP, qui impose à la partie plaignante de chiffrer et de justifier ses prétentions, s'explique par le fait que la maxime d'instruction ne s'applique pas, la partie plaignante devant demeurer active et demander elle-même une indemnisation, sous peine de péremption (arrêt 6B_965/2013 du 3 décembre 2013 c. 3.1.2 et les références).

2.4. Selon l'art. 354 al. 1 let. b CPP, les autres personnes concernées peuvent former opposition contre l'ordonnance pénale. Ainsi, lorsque la partie plaignante estime que l'ordonnance pénale lui a, à tort, refusé totalement ou partiellement une indemnité, elle a qualité pour former opposition contre l'ordonnance pénale en tant qu'autre personne concernée au sens de cette disposition (ATF 139 IV 102 consid. 5.2 p. 109 s. et les références).

3.

3.1. En l'espèce, le recourant a déposé une plainte contre A. et s'est porté demandeur au civil et au pénal. Dans son ordonnance pénale du 9 septembre 2014, le ministère public a déclaré le prévenu coupable de menaces et l'a condamné à une peine pécuniaire; il ne s'est pas prononcé sur l'indemnité. L'opposition du recourant, qui ne portait que sur ce dernier point, a été déclarée irrecevable par le tribunal de police. La cour cantonale a confirmé cette solution. Elle a considéré que le recourant n'avait pas réclamé d'indemnité avant le prononcé de l'ordonnance pénale et qu'on ne pouvait par conséquent reprocher au ministère public de n'avoir pas statué sur cette question. Par ailleurs, il n'appartenait



pas au ministère public d'inviter la partie plaignante à faire valoir sa demande d'indemnité préalablement au prononcé de son ordonnance.

Le recourant allègue que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral énoncée à l'ATF 139 IV 102, la partie plaignante a qualité pour recourir contre l'ordonnance pénale qui lui refuse l'allocation d'une indemnité. De plus, il serait excessif et impraticable d'exiger de la partie plaignante, qui a déclaré expressément vouloir participer à la procédure comme partie demanderesse au pénal comme au civil, de chiffrer son indemnité au moment du dépôt de la plainte.

3.2. La partie plaignante a qualité pour former opposition contre l'ordonnance pénale qui lui refuse une indemnité (ATF 139 IV 102 consid. 5.2 p. 109 s. et les références). La cour cantonale estime toutefois que cette jurisprudence ne s'applique pas au cas d'espèce, le recourant n'ayant pas réclamé d'indemnité avant le prononcé de l'ordonnance pénale. Ce raisonnement ne résiste pas à l'examen. Nonobstant l'absence de maxime d'instruction (cf. *supra* consid. 2.3 *in fine*), rien n'empêche le ministère public, lorsqu'il envisage de rendre une ordonnance pénale, d'en informer la partie plaignante, la rendant attentive à son droit d'obtenir le cas échéant une indemnité, comme à son devoir de chiffrer et de documenter celle-ci (cf. SCHMID, Praxiskommentar StPO, 2^e éd., 2013, n° 3a *ad* art. 318 CPP; CORNU, in: KUHN/JEANNERET [édit.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 3 *ad* art. 318 CPP; LANDSHUT/BOSSHARD, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [édit.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2^e éd., 2014, n° 2a *ad* art. 318 CPP; MIZEL/RÉTORNAZ, in: KUHN/JEANNERET [édit.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 13 *ad* art. 433 CPP).

Lorsque, comme dans le cas d'espèce, le lésé s'était constitué partie plaignante et s'était fait représenter par un avocat, il appartenait au ministère public de l'interpeller avant de rendre son ordonnance, afin que celui-ci puisse à tout le moins présenter ses éventuelles prétentions en indemnisation pour ses frais de défense (art. 433 CPP). A défaut d'une telle interpellation, le ministère public et le tribunal de police à sa suite ne pouvaient faire l'économie de l'examen de l'indemnité réclamée par la partie plaignante dans le cadre de son opposition. En considérant que le ministère public n'était pas tenu d'inviter le recourant à faire valoir sa demande d'indemnité préalablement au prononcé de l'ordonnance pénale et en déniait sa qualité pour recourir au plan cantonal faute d'avoir fait valoir d'indemnité, la cour cantonale a par conséquent violé le droit fédéral.

[...]

Nr. 42 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 27. Mai 2016 i. S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden – 6B_904/2015

Art. 329 Abs. 1 lit. a und Abs. 2, 333 Abs. 1, 340 Abs. 1 lit. b und 350 Abs. 1 StPO: erstinstanzliche Rückweisung der Anklage an die Staatsanwaltschaft zur Änderung des Sachverhalts; Immutabilitätsprinzip; Frage der Zulässigkeit von Rückweisung und Anklageänderung.

Aufgrund des Vorbringens der Verteidigung im Plädoyer gelangte das Bezirksgericht zur Erkenntnis, dass der Anklagesachverhalt nicht mit dem sich aus dem Vorverfahren ergebenden Beweisergebnis übereinstimme und wies die Anklage zur Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurück. Das Bundesgericht erachtet Rückweisung und Anklageänderung als prozessrechtskonform. (Regeste des Anmerkungsverfassers)

Art. 329 al. 1 let. a et al. 2, 333 al. 1, 340 al. 1 let. b et 350 al. 1 CPP: renvoi par le tribunal de première instance de l'accusation au ministère public en vue de modifier l'état de fait; principe d'immutabilité; question de l'admissibilité du renvoi et de la modification de l'accusation.

En se fondant sur les arguments développés par la défense dans sa plaidoirie, le tribunal de première instance parvient à la conclusion que l'état de fait visé dans l'acte d'accusation ne correspond pas au résultat de l'administration des preuves durant la procédure préliminaire et renvoie l'accusation au ministère public afin que celui-ci la rectifie. Le Tribunal fédéral considère que le renvoi de l'accusation et sa modification sont conformes au droit de procédure. (Résumé de l'auteur du commentaire)

Artt. 329 cpv. 1 lett. a e cpv. 2, 333 cpv. 1, 340 cpv. 1 lett. b e 350 cpv. 1 CPP: rinvio dell'accusa da parte del tribunale di prima istanza al pubblico ministero affinché modifichi la fattispecie; principio d'immutabilità; questione dell'ammissibilità del rinvio e della modifica dell'accusa.

Basandosi sugli argomenti sviluppati dalla difesa nella sua arringa, il tribunale di prima istanza è giunto alla conclusione che la fattispecie indicata nell'accusa non corrisponde al risultato delle prove emerso dal procedimento d'istruzione e ha rinviato l'accusa al pubblico ministero per rettifica. Il Tribunale federale ritiene che il rinvio e la modifica dell'accusa siano conformi al diritto procedurale. (Regesto dell'autore dell'annotazione)

Sachverhalt:

Die StA GR führte eine Strafuntersuchung wegen SVG-Widerhandlungen und erhob beim BezGer Moesa Anklage. Dieses führte eine Hauptverhandlung durch und wies die Anklage zur Berichtigung an die StA zurück. Nach Erhalt der bereinigten Anklage führte das BezGer eine zweite Hauptverhandlung durch und verurteilte X. wegen grober und einfacher Verkehrsregelverletzung.

Im Berufungsverfahren sprach das KGer GR X. teilweise frei, erklärte ihn der groben und einfachen Verletzung von Verkehrsregeln für schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu CHF 300.– und einer Busse von CHF 1240.–.

Das KGer hält bezüglich des Schuldspruchs der groben Verkehrsregelverletzung den folgenden Sachverhalt für erwiesen:

X. fuhr am 1. 10. 2011 um 14.10 Uhr mit seinem Personenwagen aus dem San Bernardino-Tunnel in Richtung Viadukt «Isola». Auf der Höhe der Vorsignalisation «San Bernardino 1000 m» überholte er in der unübersichtlichen Rechtskurve das von A. gelenkte Fahrzeug und überfuhr dabei eine Sicherheitslinie.

Eine dagegen erhobene Beschwerde von X. weist das BGer ab.

Aus den Erwägungen:

1.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Anklagegrundsatzes, des Grundsatzes des fairen Verfahrens, der Waffengleichheit sowie von Art. 329 Abs. 2 und Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO [...].

1.1. Die Vorinstanz erwägt, die erste Instanz habe eine Rückweisung an die Staatsanwaltschaft i. S. v. Art. 329 Abs. 2 StPO für notwendig erachtet, weil der Sachverhalt in der Anklageschrift – insbesondere hinsichtlich der Stelle, an der das Überholmanöver begonnen worden sein soll – nicht mit dem Beweisergebnis übereingestimmt habe. Diese Ungenauigkeit habe die Staatsanwaltschaft in der Folge beheben können. Eine solche Rückweisung sei auch noch anlässlich der Hauptverhandlung zulässig. Vorliegend handle es sich sodann nicht um eine Änderung der Anklage nach Art. 333 StPO, sondern um eine Berichtigung i. S. v. Art. 329 Abs. 2 StPO. Die erste Instanz sei unter den gegebenen Umständen befugt gewesen, das Verfahren zu sistieren und die Anklage zwecks Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen [...]. Auch sonst sei keine Verletzung des Immutabilitätsprinzips auszumachen. [...]

[...]

1.3. Der Beschwerdeführer macht geltend, nachdem die erste Instanz die Anklage nach der Hauptverhandlung zurückgewiesen habe, habe die Staatsanwaltschaft den angeklagten Sachverhalt, namentlich die Örtlichkeit des Überholmanövers, verändert. Art. 350 Abs. 1 StPO sehe vor, dass das Gericht grundsätzlich an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt gebunden sei. Gemäss Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO könne die Anklage nach Behandlung der Vorfragen nicht mehr zurückgezogen und unter Vorbehalt von Art. 333 StPO nicht mehr geändert werden. [...] Für

den erstinstanzlichen Verfahrensleiter habe im Vorverfahren (recte: bei der Vorprüfung; dies wird nachstehend korrigiert) keine Veranlassung bestanden, die Anklage zurückzuweisen. An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung seien auch keine neuen Beweise erhoben worden. Die Rückweisung der Anklage sei erst erfolgt, als er beanstandet habe, dass die in der Anklageschrift aufgeführten Angaben zum Beginn des Überholmanövers nicht mit den Zeugenaussagen in Einklang stünden. Art. 329 Abs. 2 StPO könne nicht als Korrektiv für die unzutreffende Akteninterpretation des Staatsanwalts dienen. Die Rechtsauslegung der Vorinstanz führe dazu, dass die Staatsanwaltschaft gestützt auf die Argumentation der Verteidigung eine geänderte bzw. angepasste Anklageschrift ausarbeiten könne. Dadurch werde die Position der Verteidigung entscheidend geschwächt und gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstossen. Es sei Sache des erstinstanzlichen Verfahrensleiters bei der Vorprüfung, spätestens aber nach Abschluss des Beweisverfahrens vor den Parteivorträgen allenfalls eine Rückweisung i. S. v. Art. 329 Abs. 2 StPO anzuordnen. Es müsse beim Immutabilitätsprinzip sein Bewenden haben, wenn keine Rückweisung bei der Vorprüfung erfolgt sei bzw. an der Hauptverhandlung keine neuen Beweise erhoben worden seien.

1.4.

1.4.1. Die Verfahrensleitung des Gerichts prüft gemäss Art. 329 Abs. 1 lit. a StPO, ob die Anklageschrift und die Akten ordnungsgemäss erstellt sind; [...]. Ergibt sich aufgrund dieser Prüfung oder später im Verfahren, dass ein Urteil zurzeit nicht ergehen kann, so sistiert das Gericht das Verfahren. Falls erforderlich, weist es die Anklage zur Ergänzung oder Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurück (Art. 329 Abs. 2 StPO). Gründe für eine Sistierung können aufgrund der Prüfung gemäss Abs. 1 erkennbar werden oder zu einem späteren Zeitpunkt des Hauptverfahrens auftreten (Botschaft StPO, BBl 2006 1085 ff., 1279 Ziff. 2.7.1; gl. M. SCHMID, Praxiskommentar StPO, 2. Aufl. 2013, N. 10 zu Art. 329 StPO und N. 2 zu Art. 333 StPO bis zur Urteilsberatung; SCHMID, Handbuch Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2013, Rz. 1284, 1299; STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, in: BSK StPO, 2. Aufl. 2014, N. 12 zu Art. 329 StPO sowie N. 5b und 6 zu Art. 333 StPO; vgl. bereits Begleitbericht EJPD vom Juni 2001 zum StPO-Vorentwurf, S. 219; a. M. GRIESSER, in: Kommentar StPO, DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 333 StPO). [...]

Sind allfällige Vorfragen behandelt, so hat dies u. a. zur Folge, dass die Anklage nicht mehr zurückgezogen und unter Vorbehalt von Artikel 333 nicht mehr geändert werden kann (Art. 340 Abs. 1 lit. b). Nach Art. 333 Abs. 1 StPO gibt das Gericht der Staatsanwaltschaft Gelegenheit, die Anklage zu ändern, wenn nach seiner Auffassung der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt einen andern Straftatbestand erfüllen könnte, die Anklageschrift aber



den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht. Die dem Gericht hier eingeräumte Kompetenz geht weiter als diejenige in Art. 329 Abs. 2 StPO und ermöglicht eine Anklageänderung (GRIESSER, a. a. O., N. 1 zu Art. 333 StPO). Eine Änderung der Anklage i. S. v. Art. 333 Abs. 1 StPO ist in Anwendung von Art. 379 StPO auch noch an der Berufungsverhandlung möglich (Urteil 6B_428/2013 vom 15. April 2014 E. 3.3 m. H. sowie Urteil 6B_777/2011 vom 10. April 2012 E. 2; gl. M. SCHMID, Praxiskommentar, a. a. O., N. 4 zu Art. 333 StPO bis und während der Urteilsfällung möglich; STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, a. a. O., N. 5b zu Art. 333 StPO; PITTELOU, Code de procédure pénale suisse, 2012, N. 884).

1.4.2. Nach den Feststellungen der Vorinstanz stimmte der Sachverhalt in der Anklageschrift – insbesondere hinsichtlich der Stelle, an welcher der Beschwerdeführer das Überholmanöver begonnen haben soll – nicht mit dem Beweisergebnis überein. Als die erste Instanz dies feststellte, sistierte sie das Verfahren und wies die Anklage zur Ergänzung bzw. Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurück. Mit dem Beschwerdeführer ist präzisierend festzuhalten, dass dies erst nach dem Abschluss der Parteiverhandlungen [...] erfolgte [...]. Nachdem die Staatsanwaltschaft eine bereinigte Anklageschrift einreichte, fand eine zweite Hauptverhandlung statt [...]. Dieses Vorgehen ist entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers selbst dann nicht bundesrechts- oder verfassungswidrig, wenn an der ersten Hauptverhandlung keine neuen Beweise erhoben wurden. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen. [...]

[...]

Bemerkungen:

1. Aufgrund des Vorbringens der Verteidigung im Plädoyer gelangte das Bezirksgericht zur Erkenntnis, dass der Anklagesachverhalt bezüglich der Stelle des Beginns des Überholens nicht mit dem Beweisergebnis des Vorverfahrens korrespondiere und wies die Anklage zur Berichtigung des Sachverhalts an die Staatsanwaltschaft zurück. Anlass dazu bildete mithin der Umstand, dass Staatsanwaltschaft und erste Instanz zu einem *unterschiedlichen Beweisergebnis* gelangten. Folglich liegt hier *kein formaler Anklagemangel* und – entgegen der Vorinstanz – auch *keine Ungenauigkeit der Anklage* vor. Ebenfalls ergab sich *bei der Hauptverhandlung keine neue Beweislage*. Aufgrund der Rückweisung der Anklage *änderte* die Staatsanwaltschaft den *Sachverhalt* bezüglich der Örtlichkeit des Überholens. Dass bei einer solchen Konstellation und in diesem Verfahrensstadium, also nach Abschluss der Parteiverhandlungen, eine Rückweisung nach Art. 329 Abs. 2 StPO zur Anklageberichtigung erfolgt, ist ungewöhnlich. Es ist zu prüfen, ob ein solches Vorgehen prozessual rechtmässig ist.

2.a) Das Bundesgericht erachtet im vorliegenden Fall Rückweisung und Anklageänderung als prozessrechtskon-

form. Es muss allerdings kritisiert werden, dass es sich dabei nur um eine Feststellung ohne jede Begründung handelt (E. 1.4.2). Das Bundesgericht legt zwar dar, dass es zwei Rückweisungsvarianten gebe (Art. 329 Abs. 2 und Art. 333 Abs. 1 StPO), versäumt es aber, anders als die Vorinstanz, anzugeben, von welcher Variante hier nun auszugehen sei (E. 1.4.1). Die in der vorliegenden Urteilsbesprechung vorzunehmende Überprüfung der Rechtslage zeigt nun allerdings, dass in casu beide Varianten ausser Betracht fallen.

b) Nach Gerichtshängigkeit gilt das *Immutabilitätsprinzip*, wonach das Gericht gemäss Art. 340 Abs. 1 lit. b und Art. 350 Abs. 1 StPO an den *Anklagesachverhalt* gebunden ist und diesen unter Vorbehalt von Art. 333 Abs. 1 StPO *nicht verändern kann* (NIGGLI/HEIMGARTNER, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 9 N 40 f.; SCHMID, Handbuch Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 210 f.; BGer, Urteil v. 12. 9. 2012, 6B_60/2012, E. 3.3 f.; vgl. auch E. 1.2.1 des vorliegenden Entscheids).

c) Gemäss Art. 329 Abs. 1 lit. a StPO prüft die Verfahrensleitung nach Anklageerhebung die *ordnungsgemässe Erstellung der Anklage*. Art. 329 Abs. 2 StPO besagt Folgendes: «Ergibt sich aufgrund dieser Prüfung oder später im Verfahren, dass ein Urteil zurzeit nicht ergehen kann, so sistiert das Gericht das Verfahren. Falls erforderlich, weist es die Anklage zur [...] Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurück.» Laut Botschaft, Lehre und Bundesgericht kann eine *Anklage* gemäss Art. 329 Abs. 1 lit. a i. V. m. Abs. 2 StPO zur *Berichtigung* zurückgewiesen werden, wenn sie den *formalen Vorgaben* von Art. 325 StPO *nicht entspricht*, mithin die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt und damit *mangelhaft* ist (Botschaft StPO, BBl 2006 1085, 1278; STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, BSK StPO, Art. 329 N 2; GRIESSER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar StPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 329 N 2; SCHMID, Kommentar StPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 329 N 2, 7; BGE 141 IV 39 E. 1.6.1; 141 IV 20 E. 1.5.4). Gründe für eine Rückweisung, also Anklagemängel, können aufgrund der *Vorprüfung* gemäss Art. 329 Abs. 1 StPO erkennbar werden oder erst zu einem *späteren Zeitpunkt*, etwa während der Hauptverhandlung, *auftreten*, d. h. *erkennbar* werden (Botschaft, 1278 f.; GRIESSER, ZK StPO, Art. 329 N 19 m. H.; SCHMID, Handbuch, N 1284; vgl. auch E. 1.4.1). Die Auffassung von SCHMID in seinem Kommentar, wonach eine Rückweisung auch dann erfolgen könne, wenn Fehler in der Anklage nicht bei der Vorprüfung, sondern erst nachträglich entdeckt würden (SCHMID, Kommentar, Art. 329 N 10), widerspricht dem Bundesgericht (vgl. E. 1.4.1) und der Botschaft (vgl. oben) sowie seinen eigenen Ausführungen im Handbuch (N 1284) und ist damit zu verwerfen. Will man dem Gericht eine nachträgliche Behebung des bei der Anklageprüfung nicht bemerkten Mangels zugestehen, hat diese jedenfalls spätestens bei den Vorfra-

gen zu erfolgen (GRIESSER, ZK StPO, Art. 333 N 4). Aufgrund der Literaturangaben (E. 1.4.1, «a. M.») scheint das Bundesgericht diese Auffassung nicht teilen zu wollen. Dem ist jedoch nicht zu folgen, weil – wie oben mit Quellenangaben dargelegt (vgl. nachstehend auch StPO-Vorentwurf) – eine nachträgliche Rückweisung eben nur dann infrage kommt, wenn Anklagemängel erst zu einem späteren Zeitpunkt auftreten.

Die Rückweisungsvarianten von Art. 329 Abs. 1 lit. a i. V. m. Abs. 2 sowie von Art. 333 Abs. 1 StPO sind deutlich zu unterscheiden (STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, BSK StPO, Art. 329 N 1; SCHMID, Handbuch, N 1294; RUCKSTUHL, in: RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, N 1002; vgl. auch E. 1.4.1 Abs. 2). So kann eine Rückweisung zur Änderung des Anklagesachverhalts nicht gemäss Art. 329 Abs. 2 StPO, sondern – als Ausnahme – nur unter der besonderen und beschränkenden Voraussetzung von Art. 333 Abs. 1 StPO vorgenommen werden (vgl. Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO; GRIESSER, ZK StPO, Art. 329 N 22, Art. 333 N 1 ff.; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, Basel 2011, N 2442; PIETH, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2012, 205). Darauf ist im Abschnitt d) zurückzukommen. Laut Basler Kommentar soll nach Art. 329 Abs. 2 StPO eine Rückweisung zur Sachverhaltsänderung auch dann erfolgen können, wenn bei der Hauptverhandlung ein neues Beweisergebnis hervorgegangen sei (STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, BSK StPO, Art. 329 N 12). Indem das Bundesgericht auf diese Literaturstelle verweist (E. 1.4.1), will es sich dieser Auffassung offenbar anschliessen. Diese ist jedoch abzulehnen, weil Art. 329 Abs. 2 StPO im Gegensatz zu Art. 333 Abs. 1 StPO eben *keine* Anklageänderung erlaubt, sondern nur die *Berichtigung einer formal mangelhaften Anklage*. Bei einem neuen Beweisergebnis handelt es sich jedoch um keinen solchen Anklagemangel.

Die bundesgerichtliche Umschreibung der Voraussetzung der Rückweisung i. S. v. Art. 329 Abs. 2 StPO (E. 1.4.1) ist oberflächlich und unvollständig. Das Bundesgericht erwähnt nämlich nicht, dass eine solche Rückweisung – wie oben mit Quellenangaben dargelegt – eben nur bei einer formal mangelhaften Anklage erfolgen kann. Zutreffend ist hingegen die Angabe, dass Rückweisungsgründe aufgrund der Vorprüfung erkennbar werden oder zu einem späteren Zeitpunkt des Hauptverfahrens auftreten können. Die Voraussetzung des nachträglichen Auftretens von solchen Gründen findet sich auch im StPO-Vorentwurf (Art. 362 Abs. 6; das Bundesgericht verweist auf den Begleitbericht des EJPD). Schliesslich anerkennt das Bundesgericht, dass an der Hauptverhandlung keine neuen Beweise erhoben wurden, erachtet dies aber als irrelevant (E. 1.4.2). Dem ist nun aber erneut zu widersprechen, kann doch gemäss der einen, allerdings abzulehnenden Lehrmeinung eine nachträgliche Rückweisung gemäss Art. 329 Abs. 2 StPO dann erfolgen, wenn sich in der Hauptverhandlung neue Beweise ergeben.

Zusammengefasst ist Folgendes zu berücksichtigen: Gemäss erster Instanz stimmte der Anklagesachverhalt nicht mit dem Beweisergebnis des Vorverfahrens überein. Mit hin deckte sich die Beweiswürdigung des Bezirksgerichts nicht mit jener der Staatsanwaltschaft. Bei einer solchen Konstellation handelt es sich um keine formal mangelhafte Anklage. Weil an der Hauptverhandlung keine neuen Beweise erhoben wurden, traten nachträglich, also im Anschluss an die Vorprüfung der Anklage, keine neuen Rückweisungsgründe auf. Die Rückweisung wurde weder nach den Vorfragen noch nach dem Beweisverfahren, sondern erst nach Abschluss der Parteivorträge angeordnet. Eine Rückweisung zur Änderung der Anklage fällt nicht unter Art. 329 Abs. 2 StPO (vgl. auch E. 1.4.1 Abs. 2). In Berücksichtigung all dieser Aspekte, welche das Bundesgericht verkennt bzw. ausser Acht lässt, erweisen sich die Rückweisung der Anklage nach Art. 329 Abs. 2 StPO und die als Folge davon erfolgte Anklageänderung als nicht prozessrechtskonform.

d) Das Bundesgericht verweist zusätzlich auf die – klare – Bestimmung von Art. 333 Abs. 1 StPO, wonach das Gericht der Staatsanwaltschaft Gelegenheit gibt, die *Anklage zu ändern*, wenn nach seiner Auffassung der in der Anklage umschriebene Sachverhalt einen *ändern Straftatbestand* erfüllen könnte, die Anklage aber den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht (E. 1.4.1 Abs. 2). Folglich kommt eine solche Anklageänderung nur dann in Betracht, wenn das Gericht den Sachverhalt unter einen anderen Tatbestand subsumieren will, nicht aber wenn die Anklage bezüglich angeklagtem Delikt ungenügend ist (Botschaft, 1280; statt vieler SCHMID, Kommentar, Art. 333 N 2; TPF 2012 3 E. 1.4.3; OGer ZH, Urteil v. 16.2.2015, SB140351, E. 4.4). Auf den *Ausnahmecharakter* der Bestimmung von Art. 333 Abs. 1 StPO und deren *einschränkende Formulierung*, welche eine Folge des Anklagegrundsatzes ist, wurde bereits hingewiesen. Eine Anklageänderung ist nach dem Willen des Gesetzgebers damit lediglich innerhalb der *strengen und engen Vorgabe* von Art. 333 Abs. 1 StPO möglich (vgl. Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO; GRIESSER, ZK StPO, Art. 333 N 3; HAURI/VENETZ, BSK StPO, Art. 340 N 4; RUCKSTUHL, N 1002; OGer ZH, SB140351, E. 4.4). Weil die Anwendung einer anderen Strafbestimmung vorliegend aber kein Thema ist, fällt eine Anklageänderung i. S. v. Art. 333 Abs. 1 StPO ausser Betracht, was sich auch mit der vorinstanzlichen Auffassung deckt. Es ist deshalb unerklärlich und unnötig, dass das Bundesgericht diese Vorgehensweise überhaupt darlegt.

3. Die vorliegende Rückweisung und Anklageänderung sind prozessrechtswidrig. Das Argument der Verteidigung, wonach die Rückweisung gemäss Art. 329 Abs. 2 StPO nicht als Korrektiv für eine unzutreffende staatsanwaltliche Akteninterpretation diene, ist stichhaltig. Bedauerlicher und unverständlicherweise heisst das Bundesgericht Rückweisung und Anklageänderung gut. Dabei handelt es sich



um einen Fehlentscheid, welcher das Immutabilitätsprinzip aushöhlt (vgl. www.strafprozess.ch/immutabilitaetsprinzip-aufgehoben).

lic. iur. Rico Nido, Kompetenzzentrum Strafrecht, Wiedendangen ZH

Nr. 43 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 29. Oktober 2015 i. S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen A. – 6B_182/2015

Art. 431 StPO; Art. 51 StGB: Genugtuung für Überhaft; Anrechnung von Untersuchungshaft.

Art. 431 StPO gewährleistet einen Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung bei rechtswidrigen Zwangsmassnahmen oder bei Überhaft. Überhaft liegt vor, wenn die Untersuchungs- respektive Sicherheitshaft unter Einhaltung der formellen und materiellen Voraussetzungen rechtmässig angeordnet wurde, die Haft aber länger dauert als die tatsächlich ausgefallte Sanktion. Dass die Einleitung des Strafverfahrens selbstverschuldet ist, ist im Unterschied zur altrechtlichen Regelung in Art. 69 aStGB für die Frage der Überhaftentschädigung ohne Belang. (Regeste forumpoenale)

Art. 431 CPP; art. 51 CP: réparation du tort moral en cas de détention excessive; imputation de la détention avant jugement.

L'art. 431 CPP garantit au prévenu un droit à la réparation du dommage et du tort moral subis du fait de mesures de contrainte illicites ou d'une détention excessive (*Überhaft*). Il y a détention excessive lorsque la détention provisoire ou la détention pour des motifs de sûreté ont été ordonnées de manière licite, soit dans le respect de l'ensemble des conditions formelles et matérielles posées par la loi, mais que leur durée dépasse celle de la sanction finalement prononcée. A la différence de ce qui valait sous l'empire de l'ancien art. 69 CP, un comportement fautif du prévenu à l'origine de l'ouverture de la procédure pénale à son encontre demeure sans influence sur la question de l'indemnisation pour une détention excessive. (Résumé forumpoenale)

Art. 431 CPP; art. 51 CP: riparazione del torto morale per la carcerazione con durata eccessiva; computo del carcere preventivo.

L'art. 431 CPP assicura un diritto all'indennità e alla riparazione del torto morale in caso di provvedimenti coercitivi ingiustificati o di carcerazione eccessiva. Quest'ultima sussiste quando la carcerazione preventiva o la carcerazione di sicurezza sono state disposte in

modo legittimo rispettando le condizioni formali e materiali, la durata della carcerazione tuttavia è stata superiore alla sanzione effettivamente inflitta. A differenza del vecchio ordinamento nell'art. 69 vCP, il fatto che l'avvio del procedimento penale ricada nella responsabilità dell'imputato non ha alcuna importanza per la questione relativa all'indennità per la carcerazione di durata eccessiva. (Regesto forumpoenale)

Sachverhalt:

Am 26. 3. 2013 stellte die Kantonspolizei Zürich bei X. anlässlich einer Hausdurchsuchung unter anderem 224,9 Gramm Kokainmisch und 730 Gramm Marihuana sicher. Die StA IV des Kantons Zürich eröffnete eine Untersuchung wegen Verbrechens/ Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz. Da der Tatverdacht eines Betäubungsmittelhandels nach Einschätzung der StA nicht erhärtet und der von X. geltend gemachte Besitz der Betäubungsmittel (im Wert von mindestens ca. CHF 18 000.–) zum Zweck des Eigenkonsums nicht widerlegt werden konnte, wurde das Strafverfahren wegen Verbrechens oder Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz am 29. 1. 2014 eingestellt. X. befand sich ab dem 26. 3. 2013 bis zum 6. 6. 2013 in Untersuchungshaft. Die StA auferlegte ihm die Verfahrenskosten mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Verteidigung, richtete weder eine Entschädigung noch eine Genugtuung aus und überwies die Akten der Übertretungsstrafbehörde. Das Statthalteramt des Bezirks Dielsdorf bestrafte X. mit rechtskräftigem Strafbefehl vom 11. 4. 2014 insbesondere wegen Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes (Besitz zum Eigenkonsum sowie Konsum von Betäubungsmitteln) mit einer Busse von CHF 1500.–.

Auf Beschwerde von X. hob das OGer ZH am 23. 1. 2015 die Einstellungsverfügung vom 29. 1. 2014 teilweise auf und sprach X. für die erlittene Untersuchungshaft eine Genugtuung von CHF 8000.– zu.

Die Oberstaatsanwaltschaft ZH führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt sinngemäss, der Beschluss des OGer sei aufzuheben und X. sei keine Entschädigung zuzusprechen. Das BGer weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

[...]

1.3. Mit Blick auf die Menge der beim Beschwerdegänger sichergestellten Betäubungsmittel drängte sich der Verdacht auf einen qualifizierten Handel auf. Es ist unzweifelhaft und zudem unbestritten, dass die fragliche Untersuchungshaft rechtmässig angeordnet wurde.

1.3.1. Sind gegenüber der beschuldigten Person rechtswidrig Zwangsmassnahmen angewandt worden, so spricht ihr die Strafbehörde eine angemessene Entschädigung und Genugtuung zu (Art. 431 Abs. 1 StPO). Im Fall von Untersuchungs- und Sicherheitshaft besteht der Anspruch, wenn die zulässige Haftdauer überschritten ist und der übermässige Freiheitsentzug nicht an die wegen anderer Straftaten ausgesprochenen Sanktionen angerechnet werden kann (Art. 431 Abs. 2 StPO).

1.3.2. Soweit die Beschwerdeführerin sich auf den Standpunkt stellt, Art. 431 StPO sei ausschliesslich auf rechtswidrige Zwangsmassnahmen und damit auf eine rechtswidrige Untersuchungshaft anwendbar, kann ihr nicht gefolgt werden. Art. 431 StPO gewährleistet einen Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung bei rechtswidrigen Zwangsmassnahmen (Abs. 1) oder bei Überhaft (Abs. 2). Sogenannte Überhaft liegt vor, wenn die Untersuchungs- respektive Sicherheitshaft unter Einhaltung der formellen und materiellen Voraussetzungen rechtmässig angeordnet wurde, diese Haft aber länger dauert als die tatsächlich ausgefallte Sanktion. Bei Überhaft nach Art. 431 Abs. 2 StPO ist also nicht die Haft per se, sondern nur die Haftlänge ungerechtfertigt. Sie wird erst im Nachhinein, das heisst nach Fällung des Urteils, übermässig (Urteil 6B_385/2014 vom 23. April 2015 E. 3.2, zur Publikation vorgesehen, mit Hinweisen auf: WEHRENBURG/FRANK, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 und 21 zu Art. 431 StPO; GRIESSER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 431 StPO; SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013 [zit. Praxiskommentar], N. 4 zu Art. 431 StPO; ebenso SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013 [zit. Handbuch], N. 1826). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz mit Blick auf die Haftdauer und die ausgefallte Sanktion im Rahmen der Genugtuung für die Überhaft auf Art. 431 Abs. 2 StPO abstellt.

1.3.3. Indem der Beschwerdegegner in seiner Wohnung unter anderem 224,9 Gramm Kokaingemisch und 730 Gramm Marihuana lagerte, hat er nach den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen die Einleitung des Verfahrens wegen Verbrechens oder Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz rechtswidrig und schuldhaft bewirkt. Die Beschwerdeführerin hält dafür, dies führe zu einer Verweigerung der Entschädigung für die Überhaft. Ihr Vorbringen überzeugt nicht. Der Anspruch nach Art. 431 Abs. 2 StPO entfällt, wenn die beschuldigte Person zu einer Geldstrafe, zu gemeinnütziger Arbeit oder zu einer Busse verurteilt wird, die umgewandelt eine Freiheitsstrafe ergäbe, die nicht wesentlich kürzer wäre als die ausgestandene Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 431 Abs. 3 lit. a StPO), oder wenn sie zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt wird, deren Dauer die ausgestandene Untersuchungs- und Sicherheitshaft überschreitet (Art. 431 Abs. 3 lit. b StPO). Eine Entschädigung nach Art. 431 StPO entfällt nur bei den Umständen nach Art. 431 Abs. 3 StPO, und es ist irrelevant, ob dem Beschuldigten die Verfahrenskosten auferlegt werden (WEHRENBURG/FRANK, a. a. O., N. 6 zu Art. 430 StPO und N. 27b zu Art. 431 StPO). Mithin gelangt im Zusammenhang mit einem Anspruch wegen Überhaft Art. 430 StPO entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin nicht zur Anwendung

(MOREILLON/PAREIN-REYMOND, CPP, Code de procédure pénale, 2013, N. 22 zu Art. 430 StPO; vgl. SCHMID, Praxiskommentar, a. a. O., N. 1 zu Art. 431 StPO). Die Voraussetzungen von Art. 431 Abs. 3 StPO liegen hier klarerweise nicht vor.

1.3.4. Die Beschwerdeführerin vertritt im Ergebnis den Standpunkt, ein Beschuldigter, der in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine Verhaltensnorm verstösst, die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst und (teilweise) verurteilt wird, verwirkte selbst die Entschädigung bei Überhaft. Eine solche Lösung steht zur Regelung in der Strafprozessordnung im Widerspruch (E. 1.3.2 und 1.3.3 hievore). Sie wäre zudem mit Blick auf die massive Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit durch den Freiheitsentzug stossend. Der Argumentation der Beschwerdeführerin ist entgegenzuhalten, dass Art. 431 Abs. 2 StPO auch den Fall erfasst, in dem nach einer wegen eines Verbrechens oder Vergehens angeordneten Untersuchungshaft schliesslich nur eine Verurteilung wegen einer Übertretung erfolgt und eine Busse ausgesprochen wird (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1330 Ziff. 2.10.3.1; SCHMID, Handbuch, a. a. O., N. 1826; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, a. a. O., N. 13 zu Art. 431 StPO). Solches wäre aber nach dem Standpunkt der Beschwerdeführerin regelmässig nicht möglich. Folgt man ihrer Argumentation, wonach Überhaft nur zu entschädigen sei, wenn «überhaupt ein Anspruch auf Entschädigung und/oder Genugtuung [nach Art. 429 StPO] besteht und dieser Anspruch nicht gestützt auf Art. 430 StPO herabgesetzt oder verweigert» werde, bliebe die Haftdauer, welche die tatsächlich ausgefallte Sanktion überschreitet, bei teilweisen Freisprüchen regelmässig und bei vollständigen Verurteilungen stets ohne Konsequenzen.

1.3.5. Dass der Beschwerdegegner (unbestrittenermassen) die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst hat, dies aber für die Frage der Überhaftentschädigung ohne Belang ist, korreliert auch mit der gesetzlichen Regelung in Art. 51 StGB. Der Anspruch gemäss Art. 431 Abs. 2 StPO steht mit der Anrechnung der Untersuchungshaft im Sinne von Art. 51 StGB im Zusammenhang (vgl. Urteil 6B_169/2012 vom 25. Juni 2012 E. 6). Diese Bestimmung kennt im Unterschied zur altrechtlichen Regelung in Art. 69 aStGB, welche bei der Anrechnung der Haft dem Verhalten des Täters Rechnung trug («Der Richter rechnet dem Verurteilten die Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe an, soweit der Täter die Untersuchungshaft nicht durch sein Verhalten nach der Tat herbeigeführt oder verlängert hat»), keine Ausschlussgründe mehr. Die Anrechnung hat immer und ohne Ausnahme zu erfolgen (METTLER/SPICHTIN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl. 2013, N. 31 ff. zu Art. 51 StGB; JEANNERET, in: Commentaire Romand, Code pénal I, 2009, N. 4 zu Art. 51 StGB; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch,



Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 11 zu Art. 51 StGB; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Strafen und Massnahmen, 2. Aufl. 2006, § 6 N. 118; vgl. betreffend die altrechtlichen Ausschlussgründe BGE 117 IV 404). Damit geht einher, dass das Verhalten des Beschuldigten gleichermaßen irrelevant ist, soweit der Freiheitsentzug die tatsächlich ausgefallte Sanktion übersteigt und deshalb nebst der Anrechnung das Gericht die Überhaft abzugelten hat.

1.3.6. Die Anrechnung der Untersuchungshaft auf eine Übertretungsbusse ist zulässig (BGE 135 IV 126 E. 1.3.9 S. 130). Der Strafbefehl vom 11. April 2014 war im Zeit-

punkt des vorinstanzlichen Entscheids bereits rechtskräftig. Dass die Vorinstanz zuständigkeitshalber die Anrechnung vornimmt, wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht kritisiert (SCHMID, Praxiskommentar, a. a. O., N. 7 zu Art. 431 StPO). Ebenso wenig beanstandet die Beschwerdeführerin die Höhe der Genugtuungssumme von CHF 8000.–, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist.

1.3.7. Der Beschwerdegegner befand sich während 72 Tagen in Haft und wurde wegen einzelner Übertretungen überführt. Die ausgerichtete Genugtuung von CHF 8000.– verletzt kein Bundesrecht.

[...]





Gabriele Berger, lic. iur., RA, MAS Forensics, Chefin Spezialfahndung, Kantonspolizei Bern

Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung¹

Inhaltsübersicht:

- I. Problemstellung
- II. Überlagerung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung
 1. Gemengelage
 2. Zuständigkeiten in Gemengelage und diesbezügliche Unsicherheiten
- III. Was gilt im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung?
 1. Anwendbares Recht in Gemengelage
 - a) Verfassung und Gesetz
 - b) Rechtsprechung und Doktrin
 - c) Würdigung
 - aa) Was gilt im Falle einer Aufgabenkollision von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung?
 - bb) Wem kommt die Entscheidungskompetenz für die Güter- und Interessenabwägung zu?
 2. Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft
 3. Zwangsmassnahmen in Gemengelage
 4. Verwertbarkeit von Erkenntnissen und Beweisen im Strafverfahren
- IV. Weitere Aspekte

I. Problemstellung

In der Praxis stellen sich im Zusammenhang mit Entführungen, Drohungen oder Erpressungen immer wieder Fragen zum Verhältnis von Gefahrenabwehr und Strafverfahren bzw. zu den Verantwortungsbereichen von Polizei und Staatsanwaltschaft: Wer ist bei einer Drohung oder Erpressung verantwortlich für die Beurteilung, ob Personen in Gefahr bzw. Schutzmassnahmen nötig sind? Wie weit reicht das Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft in solchen Lagen? Könnte z.B. im Fall einer Kindesentführung die

Staatsanwaltschaft die Polizei verbindlich anweisen, eine Öffentlichkeitsfahndung auszulösen, wenn die Polizei im konkreten Fall aufgrund einer gesamtheitlichen Lagebeurteilung andere Massnahmen für die rasche Rettung des Kindes für zweckmässiger hält? Welches Recht gilt für polizeiliche Massnahmen, welche gleichzeitig Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bezwecken?

Unbesehen der konkreten Fragen ist in Fällen, in denen gleichzeitig eine Gefahrensituation besteht und ein Verdacht auf eine Straftat vorliegt, eine allgemeine, diffuse Unsicherheit bezüglich Zuständigkeiten und Rollen festzustellen, sowohl auf Seite der Polizei wie auch bei der Staatsanwaltschaft.

Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, was im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung gilt. Der Fokus liegt dabei auf den für die Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft relevanten Fragen, wie die jeweiligen Zuständigkeiten und der Umfang des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechts. Denn die Erfahrung zeigt es immer wieder: Die Kenntnis der Zuständigkeiten der involvierten Personen und Behörden sowie ein gemeinsames Rollenverständnis sind für das Gelingen der Zusammenarbeit zentral.

II. Überlagerung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

Einleitend werden die problematischen Fallkonstellationen kurz dargelegt und die möglichen Gründe für die Unsicherheiten bei der Zusammenarbeit aufgezeigt.

1. Gemengelage

Die Klärung eines strafprozessualen Tatverdachts ist Strafverfolgung; die Abwehr einer Gefahr oder die Beseitigung einer Störung ist Gefahrenabwehr. Was in der Theorie so einfach tönt, ist in der Praxis oft schwierig, weil in vielen Ereignissen sowohl eine Gefahr abzuwehren als auch ein Tatverdacht zu klären ist.² Solche Lebenssachverhalte wer-

¹ Vorliegender Beitrag basiert auf der Masterarbeit gleichen Titels, welche von der Autorin im Rahmen des Nachdiplomstudiums MAS Forensics 5 an der Universität Luzern verfasst worden ist, abrufbar unter: www.unilu.ch/weiterbildung/rf/mas-forensics/masterarbeiten-mas-forensics-5/.

² Vgl. PFANDER, Garantie innerer Sicherheit, Basel 1991, 96; REINHARD, Allgemeines Polizeirecht, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 132 f.



den als Gemengelagen bezeichnet.³ Für die Polizei ist es alltäglich, abwechselnd oder gleichzeitig Massnahmen zur Gefahrenabwehr und zur Strafverfolgung zu treffen, wie die nachfolgenden Beispiele zeigen:

- So muss die Polizei bei einem Verkehrsunfall Gefahren abwehren (Unfallstelle sichern und Verletzte retten), aber auch den Sachverhalt für das Strafverfahren feststellen (Beweise sichern, Beteiligte sowie Zeugen ermitteln und einvernehmen).
- Im Zusammenhang mit Demonstrationen oder Sportveranstaltungen kommt es ebenfalls häufig zu einer Überlagerung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung:⁴ So muss die Polizei für die Sicherheit der anwesenden Personen sowie von Sachen sorgen. Gleichzeitig hat sie ihre Aufgabe als Strafverfolgungsbehörde wahrzunehmen, wenn es zu strafbaren Handlungen kommt (z. B. Sachbeschädigungen oder Körperverletzungen).
- Auch bei Interventionen wegen häuslicher Gewalt übt die Polizei häufig beide Aufgaben aus: Sie muss die Gewaltausübung stoppen sowie präventive Schutzmassnahmen (z. B. Fernhalte-massnahmen) anordnen. Zum anderen ist der Sachverhalt strafprozessual zu ermitteln und allfällige Beweise sind sicherzustellen.

In den eben erwähnten Konstellationen kommt es bei der Zusammenarbeit zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft allerdings sehr selten zu Unsicherheiten über die Zuständigkeiten, da die Staatsanwaltschaft in der Regel erst nach der Bereinigung der Gefahr über den Vorfall orientiert wird bzw. sich mit der Angelegenheit befasst. Anders ist dies in Fällen, in welchen die Staatsanwaltschaft bereits involviert ist, wenn die Gefahr noch besteht und diese nicht durch unmittelbares Eingreifen der Polizei abgewehrt werden kann, sondern dazu Ermittlungen erforderlich sind, wie in den eingangs genannten Fällen von Entführungen, Erpressungen oder Drohungen.

2. Zuständigkeiten in Gemengelagen und diesbezügliche Unsicherheiten

Eine Gemengelage zeichnet sich dadurch aus, dass eine Gefahr abgewehrt *und* ein Tatverdacht abgeklärt werden muss. Strafverfolgung ist gemeinsame Aufgabe von Polizei und Staatsanwaltschaft, wobei die Staatsanwaltschaft der Polizei übergeordnet ist. Die Polizei – nicht aber die Staatsanwaltschaft – ist ebenfalls für die Gefahrenabwehr

zuständig. Diese Doppelfunktionalität führt dazu, dass die Polizei «Dienerin zweier Herren» ist: Je nach Aufgabenbereich untersteht sie den Weisungen der Regierung oder der Staatsanwaltschaft.⁵ Diese besondere kompetenzielle Ausgangslage kann in Gemengelagen zu Unsicherheiten führen.

Zur Unsicherheit bezüglich der Verantwortungsbereiche von Polizei und Staatsanwaltschaft in Gemengelagen trägt auch bei, dass der Fokus von Gesellschaft und Politik seit den Anschlägen vom 11. September 2001 zunehmend auf Sicherheit und Prävention gerichtet ist.⁶ Eine Gewichtung, welche sich durch die in den vergangenen Monaten mitten in Europa verübten terroristischen Anschläge noch akzentuiert hat. Der auf Prävention gestellte Fokus zeigt sich nicht nur im Zusammenhang mit terroristischen Bedrohungen: Als Reaktion auf Attentate und Gewaltakte, welche aus Wut (z. B. auf Behörden) oder infolge einer Kränkung oder anderen persönlichen Motiven verübt wurden, haben viele Kantone in den vergangenen Jahren Prozesse und Strukturen geschaffen, um «gefährliche Personen»⁷ frühzeitig zu erkennen und mittels verschiedener Massnahmen sicherzustellen, dass von diesen Personen keine Gefahr für die Gesellschaft ausgeht. Man spricht in diesem Zusammenhang von sog. Bedrohungsmanagement.⁸

Diese Ereignisse und Entwicklungen haben das Straf- und Strafprozessrecht nicht unberührt gelassen.⁹ So wurden u. a. zusätzliche abstrakte Gefährdungstatbestände geschaffen.¹⁰ Mit dem Haftgrund der Ausführungsgefahr wurde eine rein präventive und damit polizeirechtliche Sicherheits-

³ Siehe hierzu EHRENBURG/FROHNE, Doppelfunktionale Massnahmen der Vollzugspolizei, Problematik der rechtlichen Einordnung, Kriminalistik 2003, 737, 738 f.

⁴ Vgl. USTER, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 15 N 2.

⁵ Vgl. BLÄTTER, Die Stellung der Polizei im neuen schweizerischen Strafverfahren, ZStrR 128 (2010), 242, 243; ZALUNARDO-WALSER, Verdeckte kriminalpolizeiliche Ermittlungsmassnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Observation, Zürich 1998, 9 f.

⁶ Vgl. KRAUS, Rechtsstaatliche Terrorismusbekämpfung durch Straf- und Strafprozessrecht, Frankfurt am Main 2012, 39 f.

⁷ In der Praxis werden solche Personen – in Ergänzung zur polizeirechtlichen Figur des Störers – auch als *Gefährder* bezeichnet (kritisch hierzu DENNINGER, Rechtsstaatliche Polizei in Zeiten intensiverer Prävention, Sicherheit & Recht 2012, 222, 227 f.).

⁸ Vgl. hierzu HOFFMANN/ROSHDI/VON ROHR, Das Solothurner Modell eines Kantonalen Bedrohungsmanagements (KBM), in: HOFFMANN/ROSHDI/VON ROHR (Hrsg.), Bedrohungsmanagement, Projekte und Erfahrungen aus der Schweiz, Frankfurt am Main 2013, 9 ff.; BOESS/ELMIGER, Bedrohungsmanagement im Bereich Häuslicher Gewalt – Sicherheit gegen Freiheit?, in: SCHWARZENEGGER/NÄGELI (Hrsg.), 7. Zürcher Präventionsforum – Häusliche Gewalt, Zürich/Basel/Genf 2015, 117, 119 f.

⁹ Vgl. ACKERMANN, Tatverdacht und Cicero – in dubio contra suspicionem maleficii, in: HURTADO POZO/NIGGLI/QUELOZ (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 319, 321.

¹⁰ Zur Vorverlegung von Strafbarkeitsgrenzen siehe ACKERMANN (Fn. 9), 324 sowie NUSSBAUMER, Massnahmen gegen nicht fassbare Gewalt, Zürich 2008, 92 ff.; so stellt z. B. das Bundesgesetz vom 12. Dezember 2014 über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen (SR 122) jegliche Art der Unterstützung solcher Gruppierungen unter Strafe.

haft in die StPO eingefügt,¹¹ und die Dominanz des Sicherheitsdenkens zeigt sich auch im verschärften Massnahmenrecht.¹²

Man kann diese Entwicklung beklagen oder befürworten.¹³ Festzustellen ist, dass die Unterscheidung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, zwischen Prävention und Repression zunehmend «flüchtig» wird.¹⁴ Nun gilt es, einen Umgang damit zu finden. Insbesondere sind die offenen Fragen anzugehen und die Rollen von Polizei und Staatsanwaltschaft zu klären. Letzteres ist nötig, weil das Eindringen des Sicherheitsdenkens ins Straf- und Strafprozessrecht eine Verantwortung der Strafbehörden für Aspekte der Gefahrenabwehr suggeriert.¹⁵ Bewusst oder unbewusst wird dadurch auch das Rollenverständnis der Staatsanwaltschaft beeinflusst. Die grosse Erwartungshaltung der Öffentlichkeit und Medien, Gewalttaten zu verhindern, wirkt sich ebenfalls darauf aus, wie die involvierten Behörden ihre Rolle interpretieren.

III. Was gilt im Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung?

Im Folgenden wird untersucht, welche rechtlichen Regeln in Gemengelage zur Anwendung kommen. Die interessierenden Fragen sind:

- Welche Aufgabe geht im Konfliktfall vor?
- Wer entscheidet darüber?
- Wie weit reicht die Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft?
- Stützen sich Zwangsmassnahmen auf die polizeirechtliche oder strafprozessuale Grundlage?
- Wie steht es mit der Verwertbarkeit von Erkenntnissen und Beweisen aus den polizeilichen Massnahmen?¹⁶

¹¹ PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2012, 128; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 1645; DUMITRESCU, Die Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO, AJP 2015, 447, 449.

¹² Vgl. HEER/WIPRÄCHTIGER, Zur Erosion des Massnahmenrechts durch das aktuelle Sicherheitsdenken in Politik und Justiz, in: CAVALLI et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2012, 23, 25 f.; NIGGLI/MAEDER, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas?), AJP 2011, 443, 444.

¹³ Siehe hierzu BERGER (Fn. 1), 20 m. w. H.

¹⁴ Vgl. GÄRDITZ, Strafprozess und Prävention, Entwurf einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeits- und Funktionenordnung, Tübingen 2013, 1.

¹⁵ Aufgrund der zunehmend präventiven Ausrichtung des Straf- und Strafprozessrechts ist für BRUNNER die Verhinderung von Straftaten gar zu einer Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden geworden (BRUNNER, Die Perspektive der Kantonspolizei Zürich – eine praktische Auseinandersetzung mit dem Thema Prävention, in: SCHWARZENEGGER/NÄGELI [Hrsg.], 7. Züricher Präventionsforum – Häusliche Gewalt, Zürich/Basel/Genf 2015, 167, 169 ff.).

¹⁶ Diese Frage kann im Rahmen dieser Abhandlung allerdings nur gestreift werden.

1. Anwendbares Recht in Gemengelage

a) Verfassung und Gesetz

Ausgangspunkt zur Klärung dieser Fragen ist die Verfassung, welche die Zuständigkeiten für die innere Sicherheit bzw. das Straf- und Strafprozessrecht regelt. Gemäss Art. 3 i. V. m. Art. 57 Abs. 1 BV sind aufgrund ihrer Polizeihöhe primär die Kantone für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit zuständig.¹⁷ Dem Bund überträgt die BV keinen allgemeinen Auftrag zur Gefahrenabwehr.¹⁸ Hingegen ist er gestützt auf Art. 123 Abs. 1 BV für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts zuständig.

In Einklang mit der Verfassung hält Art. 15 Abs. 1 StPO fest, dass unter «Polizei» im Sinne der StPO nur das Handeln der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung zu verstehen ist.¹⁹ Erfüllt die Polizei Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr, stützt sie sich grundsätzlich auf die Polizei- und Gewaltschutzgesetze der Kantone.²⁰

Weder in der StPO noch in den kantonalen Gesetzen finden sich Bestimmungen, was im Fall der Überlagerung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung gilt.²¹

b) Rechtsprechung und Doktrin

Aus den spärlichen Äusserungen des Bundesgerichts sowie der kantonalen Gerichte lässt sich für die Frage nach dem in Gemengelage anwendbaren Recht wenig ableiten, da jeweils aufgrund eingeschränkter Kognition oder anderen Gründen nur geprüft wurde, ob *eine* gesetzliche Grundlage vorhanden war.²²

Während der Schnittbereich von Gefahrenabwehr und Strafverfahren in der deutschen Doktrin intensiv bearbeitet wurde,²³ ist dieses Thema in der Schweiz bisher stiefmütterlich behandelt worden.²⁴ Vor Inkrafttreten der StPO bestand zudem kein Anlass, die Thematik aus Sicht der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung zu prüfen, da die Kantone sowohl zur Rechtsetzung im Bereich der Gefah-

¹⁷ SCHWEIZER/MOHLER, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 57 N 37.

¹⁸ Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats MALAMA vom 3. März 2010, 10.3045, Innere Sicherheit, Klärung der Kompetenzen, BBl 2012, 4459, 4480.

¹⁹ Vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, 1085, 1136.

²⁰ GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, 15; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 75.

²¹ Vgl. auch KETTIGER, Schnittstellenfragen der Schweizerischen Strafprozessordnung, Jusletter v. 13.2.2012, 3.

²² Siehe BERGER (Fn. 1), 24 f. m. w. H.

²³ Siehe DENNINGER/RACHOR, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., München 2012, N 192.

²⁴ Gl. M. KETTIGER (Fn. 21)., 3 f.



renabwehr als auch für das Strafprozessrecht zuständig waren.²⁵

Jene Autoren, die sich zur Frage äussern, vertreten im Wesentlichen zwei unterschiedliche Positionen: Die Mehrheit bestimmt das anwendbare Recht bei einem Konflikt zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung durch eine Interessenabwägung.²⁶ Eine Minderheit geht von einer *Prädominanz der StPO*²⁷ aus und vertritt die Auffassung, dass in jedem Fall nach den Regeln der StPO vorzugehen sei, wenn das polizeiliche Handeln gleichzeitig auch der Strafverfolgung diene.²⁸

c) Würdigung

Ausgangspunkt zur Klärung des anwendbaren Rechts bei Gemengelagen ist der Umstand, dass es sich dabei um Situationen handelt, in denen zum einen eine Gefahr vorliegt, die es abzuwehren gilt, und zum anderen ein Tatverdacht, der zur Strafverfolgung verpflichtet. Grundsätzlich kommen somit beide gesetzlichen Grundlagen zur Anwendung; man spricht auch von einer Doppelzuständigkeit.²⁹ Aus Sicht der Praxis müssen vor allem die zwei nachfolgend unter aa) und bb) formulierten Fragen beantwortet werden.

aa) Was gilt im Falle einer Aufgabenkollision von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung?

Falls die Aufgabe der Gefahrenabwehr und diejenige der Strafverfolgung in Konflikt geraten, muss letztlich entschieden werden, welche dieser zwei grundlegenden staatlichen Aufgaben erfüllt wird und welche zurücktritt. Dabei sind grundrechtliche Schutzpflichten³⁰ zu beachten, vor allem in den hier speziell interessierenden Fallkonstellationen von Entführungen, Drohungen oder Erpressungen. Denn der Staat ist unmittelbar aus den Grundrechten zum Ergreifen von Schutzmassnahmen verpflichtet, falls hochwertige Polizeigüter in Gefahr sind, insb. das Recht auf Leben.³¹

Im öffentlichen Recht ist die Methode der Güter- und Interessenabwägung bei Grundrechtskollisionen seit Langem etabliert.³² Während dort unterschiedliche Grundrechte Privater in Konflikt stehen, findet sich in Gemengelagen auf der einen Seite das Interesse – und je nach den Umständen ein grundrechtlicher Anspruch – des Opfers auf Schutz durch den Staat und auf der anderen Seite das Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts. Die Konstellation ist somit nicht gleich, aber doch gleichartig: Gestützt auf die in Verfassung und Gesetzen festgeschriebenen Werte und Prinzipien muss ermittelt werden, welcher Seite in der konkreten Situation mehr Gewicht zukommt. Somit erscheint es richtig, die Aufgabenkollision zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung ebenfalls mittels Güter- und Interessenabwägung zu lösen.³³ Den Autoren, welche diesen Entscheid auf eine Abwägung der im konkreten Fall betroffenen Interessen, Rechtsgüter und Umstände stützen wollen, ist somit zuzustimmen.

Die Abwägung der Güter und Interessen ist so vorzunehmen, dass die kollidierenden Aufgaben optimal verwirklicht werden; das bedeutet, dass die weniger wichtige Aufgabe nur so weit zurückweicht, als dies unbedingt erforderlich ist.³⁴ Bei der Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Für die Gefahrenabwehr besonders relevant sind das Gewicht des bedrohten Rechtsgutes sowie die Wahrscheinlichkeit und das Ausmass der Gefahr. Aufseiten der Strafverfolgung sind vor allem die Schwere der Straftat sowie die Stärke des Tatverdachtes von Bedeutung.³⁵

Dieselben Regeln gelten auch für die sog. doppelunktionalen Massnahmen,³⁶ welche beide Aufgaben gleichzeitig erfüllen.³⁷ Auch hier gilt es, beide Aufgaben so gut als möglich zu erfüllen. Strafprozessuale Verfahrensvorschriften sind deshalb zu beachten, soweit dadurch die prioritäre Gefahrenabwehr nicht erschwert wird.³⁸

bb) Wem kommt die Entscheidkompetenz für die Güter- und Interessenabwägung zu?

Nachdem geklärt ist, dass ein Aufgabenkonflikt durch eine Güter- und Interessenabwägung zu lösen ist, stellt sich die Frage, wem die Entscheidkompetenz dafür zukommt. Mehrheitlich wird die Auffassung vertreten, dass dieser Ent-

²⁵ Vgl. REINHARD (Fn. 2), 132 f.

²⁶ Vgl. PFANDER (Fn. 2), 96 f.; REINHARD (Fn. 2), 134; RHYNER, BSK StPO (Fn. 4), Art. 306 N 7; DONATSCH/KÄSER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verhandlungsführers bei Geiselnahmen, Kriminalistik 2010, 47, 48; MOHLER, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012, 810.

²⁷ Der Begriff lehnt sich an die im deutschen Schrifttum postulierte *Prädominanz der Prävention* an (siehe EHRENBERG/FROHNE [Fn. 3], 739; NOLTE, Doppelfunktionale Massnahmen in der polizeilichen Praxis, Kriminalistik 2007, 343, 345 f.).

²⁸ OBERHOLZER (Fn. 20), N 81 ff.; KETTIGER (Fn. 21), N 10; ähnlich auch KELLER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 15 N 4.

²⁹ REINHARD (Fn. 2), 134; RHYNER, BSK StPO (Fn. 4), Art. 306 N 7.

³⁰ Siehe hierzu EGLI, Grundrechte, Aktuelle Entwicklungen im Sicherheits- und Polizeirecht, Sicherheit & Recht 2012, 193, 196.

³¹ Vgl. BAUMANN, Aargauisches Polizeigesetz, Praxiskommentar, Zürich/Basel/Genf 2006, N 217 f.

³² Vgl. MARTIN, Grundrechtskollisionen, Basel 2007, 205 m. w. H.

³³ Vgl. KUNZMANN, Die Kollision zwischen der Aufgabe der Gefahrenabwehr und anderen Aufgaben der Polizei, Göttingen 1990, 88 f.

³⁴ Vgl. KUNZMANN (Fn. 33), 89 f. unter Bezugnahme auf die praktische Konkordanz.

³⁵ Vgl. hierzu eingehend KUNZMANN (Fn. 33), 97 ff.

³⁶ Siehe NOLTE (Fn. 27), 343 ff.; RHYNER, BSK StPO (Fn. 4), Art. 306 N 6.

³⁷ Ein typisches Beispiel dafür ist die Festnahme eines Entführers, welche gleichzeitig die Befreiung des Entführungsofopfers bewirkt.

³⁸ Ausführlicher hierzu: BERGER (Fn. 1), 30.

scheid der Polizei obliegt.³⁹ Dieser Auffassung ist zuzustimmen, denn im Unterschied zur Staatsanwaltschaft sind der Polizei *beide* Aufgaben übertragen; sie ist für den *gesamten* Einsatz zuständig.⁴⁰ Diese Lösung drängt sich überdies auf, weil die Polizei und – ihr übergeordnet – die Regierung für die innere Sicherheit zu sorgen haben.⁴¹

2. Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft

Die Zusammenarbeit zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft wird massgeblich dadurch beeinflusst, dass der Staatsanwaltschaft die Leitung über das strafprozessuale Vorverfahren obliegt.⁴² Ausfluss dieser Leitungskompetenz ist ihre Befugnis, der Polizei gemäss Art. 307 Abs. 2 StPO Aufträge und Weisungen zu erteilen. Das gilt auch in Gemengelage, aber eben nur für die Belange der Strafverfolgung.⁴³ Die Staatsanwaltschaft als Leiterin des Strafverfahrens kann und soll im Hinblick auf die Schaffung von möglichst guten Voraussetzungen zur Aufklärung und Ahndung von Straftaten Weisungen und Aufträge an die Polizei erteilen. Die Entscheidung, welche Massnahmen Priorität haben, bzw. ob, wann und wie die Weisungen und Aufträge der Staatsanwaltschaft umgesetzt werden können, fällt die polizeiliche Einsatzleitung, gestützt auf eine Güter- und Interessenabwägung.

3. Zwangsmassnahmen in Gemengelage

In den in dieser Abhandlung speziell betrachteten Fällen von Drohungen, Erpressungen und Entführungen ist der Polizeieinsatz meist prioritär auf die Gefahrenabwehr ausgerichtet. Dabei stützt sich die Polizei jedoch nicht nur auf polizeirechtliche, sondern häufig und in entscheidender Weise auch auf strafprozessuale Zwangsmassnahmen.⁴⁴ In gewisser Weise bedient sich die Polizei strafprozessualer Zwangsmassnahmen für die Gefahrenabwehr bzw. ist auf diese angewiesen. Dadurch entsteht ein Spannungsverhältnis: auf der einen Seite das Polizeirecht mit grundrechtlichen

Schutzpflichten und der polizeilichen Generalklausel bzw. die polizeiliche Aufgabe, die Gefahr rasch abzuwehren. Auf der anderen Seite steht das streng formalisierte Strafverfahren mit einem Numerus clausus der Zwangsmassnahmen⁴⁵ bzw. die Staatsanwaltschaft, deren Fokus normalerweise auf die nachträgliche Aufklärung einer begangenen Tat gerichtet ist.

Das Spannungsverhältnis zeigt sich u. a. beim Verhältnis der polizeirechtlichen Notsuche gemäss Art. 3 BÜPF zur strafprozessualen Fernmeldeüberwachung nach Art. 269 ff. StPO. Wie erwähnt, ist es in Fällen von Entführungen, Drohungen etc. oft entscheidend, möglichst rasch Festnetz- und insb. Mobilfunkanschlüsse der mutmasslichen Tatverdächtigen und Opfer zu überwachen. Diese Massnahmen werden grundsätzlich durch die Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 269 ff. StPO angeordnet. In gewissen Konstellationen stellt sich jedoch die Frage, ob die Polizei gestützt auf Art. 3 BÜPF (sog. Notsuche) vorgehen könnte. So kann es vorkommen, dass die Staatsanwaltschaft den Tatverdacht nach der Information gemäss Art. 307 Abs. 1 StPO nicht für hinreichend genug erachtet, um eine Überwachung zu veranlassen, und zuerst weitere Ermittlungen verlangt. Dadurch kann wertvolle Zeit verloren gehen, was gerade in der Anfangsphase einer Entführung besonders kritisch ist, weil die Polizei möglichst rasch Hinweise auf den Standort braucht.

Eine zweite Konstellation, in welcher sich diese Frage ebenfalls stellt, betrifft Fälle von Entziehen von Minderjährigen; wie der nachfolgende Fall zeigt:

Die Eltern eines Kindes leben getrennt, teilen sich aber die elterliche Sorge für die gemeinsame Tochter. Der Vater verbringt abmachungsgemäss das Wochenende mit der Tochter, bringt diese aber nicht – wie sonst üblich – am Sonntagabend zurück und ist weder zu Hause anzutreffen noch telefonisch erreichbar. Bei Erkundigungen im Umfeld erfährt die Kindsmutter, dass ihrem getrennt lebenden Mann in der Woche zuvor fristlos gekündigt wurde und er in einer akuten Krise steckt. Die Mutter erwähnt gegenüber der Polizei zudem, dass ihr Mann schon früher einmal an starken Depressionen gelitten habe.

In einer solchen Konstellation ist es wichtig, Elternteil und Kind so rasch als möglich zu lokalisieren, um sich zu vergewissern, dass es beiden gut geht, und dafür zu sorgen, dass das Kind zur Mutter zurückgebracht werden kann. Strafrechtlich ist einem solchen Fall – soweit ein Strafantrag vorliegt – vom Verdacht des Entziehens von Minderjährigen gemäss Art. 220 StGB auszugehen, wofür Überwachungs-massnahmen nach Art. 269 ff. StPO nicht zugelassen sind.

Gemäss Art. 3 BÜPF ist die Notsuche eine Massnahme *ausserhalb* eines Strafverfahrens und die Botschaft hält diesbezüglich fest, dass die Notsuche im Falle von Entführungen nicht als gesetzliche Grundlage gelte, weil es sich

39 Vgl. ALBERTINI, Befugnisse (Art. 12–21), in: ALBERTINI/FEHR/VOSER (Hrsg.), *Polizeiliche Ermittlung*, Zürich 2008, 42; PITTELOUD, *Code de procédure pénale suisse*, Zürich 2012, N 74; RHYNER, BSK StPO (Fn. 4), Art. 306 N 7; RÜEGGER, ZK StPO (Fn. 28), Art. 307 N 27; ZALUNARDO-WALSER (Fn. 5), 9 f. Dies sieht auch die deutsche Richtlinie der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwangs durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwalts vor (Anlage A der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren [RiStBV] Bst. B. Ziff. III), abrufbar unter: <http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/BMJ-RB3-19770101-KF04-A001.htm> (zuletzt besucht am 16. 8. 2016).

40 Vgl. GUSY, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 8. Aufl., Tübingen 2011, N 147.

41 Vgl. ALBERTINI, *VSKC-Handbuch* (Fn. 39), 11.

42 Art. 15 Abs. 2, 16 Abs. 2 und 61 lit. a StPO.

43 Vgl. ALBERTINI, *VSKC-Handbuch* (Fn. 39), 558; KELLER, ZK StPO (Fn. 28), Art. 15 N 5; PITTELOUD (Fn. 39), N 37 und N 743; RHYNER, BSK StPO (Fn. 4), Art. 306 N 7; RÜEGGER, ZK StPO (Fn. 28), Art. 307 N 27.

44 Vgl. hierzu auch RHYNER/STÜSSI, *VSKC-Handbuch* (Fn. 39), 438.

45 Vgl. WEBER, BSK StPO (Fn. 4), Art. 197 N 4.



dabei um ein Strafverfahren handle.⁴⁶ Nach HANSJAKOB sollen bei Katalogtaten allerdings sowohl Überwachungen gemäss Art. 269 ff. StPO zur Überführung der Täterschaft als auch Notsuchen nach Art. 3 BÜPF zur Rettung des Opfers zulässig sein.⁴⁷

M. E. ist Art. 3 BÜPF im Sinne der vorzunehmenden Interessenabwägung, insb. unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Schutzpflicht auszulegen:⁴⁸ In Gemengelage soll jeweils die strafprozessuale Grundlage zur Anwendung kommen, falls dies rechtlich und faktisch möglich ist. Fehlt es an einen (Entziehen von Unmündigen ist kein Katalogdelikt) oder anderen (dringender Tatverdacht für Entführung wird verneint), ist aber mittels Notsuche nach gefährdeten Personen zu suchen. Im Übrigen sind bei einer Notsuche die strafprozessualen Vorschriften sinngemäss anwendbar und deren Anordnung im Nachgang vom Zwangsmassnahmengericht zu genehmigen.⁴⁹

Ebenfalls sehr akzentuiert zeigt sich die schwierige Abgrenzung der Verantwortungsbereiche in Gemengelage beim sog. Entführungsalarm.⁵⁰ Diese doppel funktionale Massnahme bezweckt prioritär die Rettung des mutmasslich entführten Kindes; sekundär dient sie natürlich auch der strafrechtlichen Überführung des Täters. Bezüglich der Frage, wer – Polizei oder Staatsanwaltschaft – für dessen Anordnung zuständig ist, finden sich im Konzeptbericht und der Beantwortung eines Postulates ebenso gegensätzliche Haltungen wie in der Literatur.⁵¹ In Anwendung der in Gemengelage geltenden Regeln⁵² ergibt sich Folgendes: Grundsätzlich ist die Anordnung der Staatsanwaltschaft einzuholen. Falls sich Staatsanwaltschaft und Polizei bezüglich Auslösung nicht einig sind, entscheidet die Polizei gestützt auf die vorzunehmende Interessenabwägung.

4. Verwertbarkeit von Erkenntnissen und Beweisen im Strafverfahren

Natürlich stellt sich auch die Frage, ob die bei Polizeieinsätzen in Gemengelage erlangten Beweise im Strafverfahren verwertet werden können, insbesondere wenn wegen prioritärer Gefahrenabwehr strafprozessuale Verfahrensvorschriften ausser Acht gelassen werden mussten. Eine ausdrückliche Regelung enthält die StPO in Art. 278 Abs. 1^{bis} i. V. m. Abs. 2 und 3 lediglich für die Verwertung von Erkenntnissen in Strafverfahren aus Notsuchen gemäss Art. 3 BÜPF.

Aufgrund der Komplexität der Verwertbarkeitsfragen können diese hier nicht eingehend thematisiert werden. Festzustellen ist an dieser Stelle aber, dass in Gemengelage – im Unterschied zu rein polizeirechtlichen Einsätzen – ein Tatverdacht und damit eine Grundvoraussetzung strafprozessualer Massnahmen vorliegt. Soweit aus Gründen der prioritären Gefahrenabwehr Verfahrensvorschriften nicht eingehalten werden können, ist deshalb umso mehr davon auszugehen, dass die durch Polizeieinsätze in Gemengelage erlangten Beweise grundsätzlich verwertbar sind, zumindest soweit keine absoluten Verwertungsverbote tangiert sind.

IV. Weitere Aspekte

Die Bewältigung von Entführungen, schweren Drohungen oder Erpressungen ist für die Polizei und die Staatsanwaltschaft grundsätzlich sehr herausfordernd: Solche Lagen treten meist überraschend auf. Es ist davon auszugehen, dass Menschen in Gefahr sind, und häufig muss unter grosstem Zeitdruck gehandelt werden.

Durch den zu Beginn vielfach akuten Informationsmangel über Täterschaft und Opfer ist eine adäquate Lagebeurteilung und Einschätzung der Entwicklung äusserst schwierig. Die Informationsbeschaffung ist in der ersten Phase deshalb oft zentral (u. a. durch Befragungen, Recherchen in den Polizeisystemen, im Internet sowie Social Media). Die Erfahrung zeigt, dass dabei das Umschalten vom normalen «StPO-Modus» zum Ermitteln mit Priorität «Gefahrenabwehr» speziell betont werden muss, denn für Ermittler ist es – noch dazu unter Druck – nicht leicht, von den gewohnten Abläufen und Vorgaben der StPO abzuweichen (z. B. forensisch korrekte Sicherung von digitalen Aufzeichnungen, Protokollierungsvorschriften oder der Spurenschutz am Tatort).

Wie erwähnt, sind u. a. von der Staatsanwaltschaft anzuordnende Massnahmen, insb. die rasche Überwachung von Fernmeldeanschlüssen, für die Gefahrenabwehr entscheidend. Dies stellt auch die Staatsanwaltschaft vor besondere Herausforderungen: Solche Lagen dauern viele Stunden und manchmal Tage; oft müssen rasch mehrere Anschlüsse überwacht und der teils intensive Informationsaustausch mit der Polizei etabliert werden.⁵³ Stark zugenommen hat die von Polizei und Staatsanwaltschaft in sol-

⁴⁶ Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 27. Februar 2013, BBl 2013, 2683, 2754.

⁴⁷ Vgl. HANSJAKOB, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Aufl., St.Gallen 2006, Art. 1 N 16.

⁴⁸ Siehe oben Ziff. III. 1. c) aa).

⁴⁹ Art. 3 Abs. 3 BÜPF.

⁵⁰ www.entfuhrungsalarm.ch (zuletzt besucht am 10.9.2016).

⁵¹ Siehe BERGER (Fn. 1), 37 f. m. w. H.

⁵² Siehe unter Ziff. III. 1. c).

⁵³ WOLTER schildert einen Einsatz im Zusammenhang mit einem entführten Kind aus Sicht des Staatsanwaltes eindrücklich und weist insb. auf die grosse physische und psychische Belastung eines über drei Tage dauernden Einsatzes hin, bei welchem es um das Leben eines Kindes geht sowie ein immenser Druck der Öffentlichkeit und Medien auszuhalten ist (vgl. WOLTER, Die Geiselnahme eines Kindes zur Erpressung von 1,2 Mio. Franken, Erfahrungen des zuständigen Staatsanwaltes, Kriminalistik 2006, 774, 781 f.).

chen Lagen zu leistende Medienarbeit, welche zusätzlichen Druck bedeutet.

In Bedrohungslagen arbeitet die Polizei mit einer besonderen gesamtschweizerisch einheitlichen Einsatzkonzeption, dem sog. Sonderprozess.⁵⁴ Dieser dient der möglichst optimalen Führung solcher Einsätze und erleichtert die – gerade in solchen Lagen – oft nötige kantonsübergreifende Zusammenarbeit.

Zu den eingehend thematisierten ungewohnten Zuständigkeiten und Rollen in solchen Lagen und der ausserordentlich grossen Belastung kommt somit unter Umständen eine im Vergleich zum Alltag besondere Einsatzorganisation. Auch vor diesem Hintergrund ist augenscheinlich, dass Polizei und Staatsanwaltschaft ihre Zuständigkeit und Rolle in solchen Gemengelagen innerhalb der eigenen Organisation, aber auch zusammen thematisieren müssen, und zwar nicht erst unter dem Druck einer Lage, sondern vorgängig, z. B. mit gemeinsamen Übungen.

Stichwörter: Polizeirecht, Strafverfolgung, Gemengelagen

Mots-clés: droit de police, poursuite pénale, situations confuses

■ **Zusammenfassung:** Bei Entführungen, schweren Drohungen oder Erpressungen treten in der Praxis immer wieder Unsicherheiten über die jeweiligen Zuständigkeiten von Polizei und Staatsanwaltschaft bzw. das anwendbare Recht auf. Dieser Beitrag untersucht die Gründe dafür und prüft, welche Regeln bei der Überlagerung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung zur Anwendung kommen und auf was bei der Zusammenarbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft in diesem Zusammenhang zu achten ist.

Résumé: En cas d'enlèvements, de menaces graves ou d'extorsions, des incertitudes quant à la délimitation des compétences de la police et du ministère public, d'une part, quant à la détermination du droit applicable, d'autre part, surgissent régulièrement dans la pratique. L'auteur de la présente contribution analyse d'abord les causes de cette situation, examine ensuite quelles règles s'appliquent lorsque la prévention des dangers et la poursuite pénale se superposent, détaille enfin à quoi il convient de veiller s'agissant de la coopération entre la police et le ministère public dans ce contexte.

⁵⁴ Die Grundlagen wurden am 4. 6. 2009 von der KKPKS verabschiedet und 2010 in den einschlägigen Lehrgängen und Dokumentationen des SPI eingeführt (vgl. AEBI, Einführung der Einsatzorganisation und Standardaufträge in Sonderlagen bei der Schweizer Polizei, Kriminologie 2011, 485, 488 u. 492).





Philip Karnusian, Fürsprecher, Staatsanwalt Bern-Mittelland

Der Tatverdacht und seine Quellen¹

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Der Tatverdacht
 1. Der Tatverdacht als Voraussetzung von Grundrechtseingriffen
 2. Die drei Elemente des Tatverdachts
 - a) Tatsachen
 - b) Erkenntnisse allgemeiner Natur
 - c) Die strafrechtliche Relevanz
 3. Die verschiedenen Verdachtsgrade und ihre Bedeutung
 4. Der Anfangsverdacht
 - a) Einleitende Bemerkungen
 - b) Hürde des Anfangsverdachts
 - c) Beweisausforschung und Zufallsfund
 - aa) Die Beweisausforschung
 - bb) Zufallsfunde
 - cc) Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden
 5. Die Abgrenzung zum hinreichenden und zum dringenden Tatverdacht
 - a) Einleitende Bemerkungen
 - b) Der hinreichende Tatverdacht
 - c) Der dringende Tatverdacht
 - d) Abgrenzungen zwischen den Verdachtsstufen
 6. Zwangsmassnahmen ohne Tatverdacht?
- III. Die Rolle der Polizei
 1. Die Aufgaben der Polizei
 2. Erkenntnisse aus Vorermittlungen und präventiven verdeckten Massnahmen im Speziellen
 3. Erkenntnisse aus doppelfunktionaler Aufgabenerfüllung der Polizei
 4. Erkenntnisse als Abfallprodukt sicherheits- oder verwaltungspolizeilicher Tätigkeit
- IV. Nachrichtendienstliche Quellen
 1. Einleitende Bemerkungen und Zweck des Nachrichtendienstgesetzes
 2. Der fehlende Tatverdacht
 3. Die Verwertung nachrichtendienstlicher Informationen im Strafprozess

¹ Per 31.7.2016 aktualisierte Kurzfassung der gleichnamigen Masterarbeit vom 13.8.2015, MAS Forensics, zu finden unter <https://www.unilu.ch/weiterbildung/rf/mas-forensics/masterarbeiten-mas-forensics-5/>.

I. Einleitung

Ausgangspunkt für Ermittlungen durch die Strafverfolgungsbehörden ist der *Tatverdacht*. Was aber bedeutet Tatverdacht? Und wie grenzt sich der Anfangsverdacht vom hinreichenden und vom dringenden Tatverdacht ab? Welche Auswirkungen hat die Unterscheidung auf die Ermittlungshandlungen und die zu ergreifenden Zwangsmassnahmen? Sind Zwangsmassnahmen ohne Tatverdacht zulässig? Und sind Erkenntnisse, die ohne vorbestehenden Tatverdacht gewonnen werden, verwertbar?

Bei der Begründung und Verdichtung des Tatverdachts kommt der Polizei eine zentrale Rolle zu. Sie muss sich bei jedem Einsatz bewusst sein, ob sie im Bereich der Gefahrenabwehr, der Strafverfolgung oder in doppelfunktionaler Aufgabenerfüllung tätig ist. Welche Folgen hat diese Unterscheidung für die Verwertbarkeit der dabei erlangten Beweise? Und wie verhält es sich mit Erkenntnissen, welche auf nachrichtendienstlichen Quellen beruhen? Es ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen diese in einem Strafverfahren verwertet werden können.

II. Der Tatverdacht

1. Der Tatverdacht als Voraussetzung von Grundrechtseingriffen

Dreh- und Angelpunkt der strafprozessualen Ermittlungen ist der Tatverdacht. Ohne Tatverdacht gibt es kein Strafverfahren und sind strafprozessuale Massnahmen unzulässig.²

Ein Strafverfahren berührt unweigerlich die Grundrechte des Betroffenen. Diese einzuschränken ist trotz der in Art. 32 Abs. 1 BV statuierten Unschuldsvermutung möglich. Mit Blick auf Art. 36 BV ist der Tatverdacht gesetzliche Voraussetzung für den Grundrechtseingriff und begründet zudem das Verfolgungs- bzw. Aufklärungsinteresse und damit zugleich das öffentliche Interesse. Schliesslich sind die Verdachtsgrade Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips im engeren Sinn.³

² Vgl. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 299 Abs. 2 StPO; vgl. auch Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, 1085, 1130.

³ ACKERMANN, Tatverdacht und Cicero – in dubio contra suspicionem maleficii, in: NIGGLI/HURTADO POZO/QUELOZ (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 319, 322.

2. Die drei Elemente des Tatverdachts

a) Tatsachen

Beim ersten Element, den *Tatsachen*, muss es sich um vorbestehende, objektiv begründete Anhaltspunkte bzw. Tatsachen handeln,⁴ also um einen sinnlich wahrnehmbaren und auch tatsächlich wahrgenommenen Lebensvorgang bzw. Zustand.⁵ Vermutungen zu möglichen Lebensvorgängen oder Gerüchte reichen ebenso wenig aus wie mathematische Wahrscheinlichkeiten.⁶

b) Erkenntnisse allgemeiner Natur

Das zweite Element sind *Erkenntnisse allgemeiner Natur*, z. B. Erfahrungen, Errungenschaften der Kriminal- und Sozialwissenschaften, Elemente der Medizin, Physik, Biologie oder Chemie, die es dem Betrachter erlauben, aus den objektiv vorhandenen, vielleicht erst fragmentarischen Tatsachen einen Sachverhalt zu rekonstruieren.⁷

c) Die strafrechtliche Relevanz

Drittes Element ist die *strafrechtliche Relevanz*.⁸ Ausgangspunkt ist die Frage, ob ein strafbares Verhalten vorliegen könnte oder nicht. Heranzuziehen ist also das materielle Recht als Programm, hier als Verdachtsprogramm.⁹ Ohne Strafbestimmung keinen Tatverdacht: Mag das Verhalten moralisch noch so verwerflich sein, wenn es strafrechtlich nicht verpönt ist, kann kein Verdacht aufkommen.¹⁰

3. Die verschiedenen Verdachtsgrade und ihre Bedeutung

Verdachtsgrad bezeichnet die Intensität des Tatverdachts, anders gesagt die Höhe der Wahrscheinlichkeit für eine Verurteilung des für das objektive Geschehen verantwortlichen Beschuldigten.¹¹

Ob strafprozessuale Grundrechtseingriffe gerechtfertigt sind und – falls ja – welche, hängt erstens von der Schwere des Tatverdachts ab.¹² Je schwerer der Grundrechtseingriff,

desto höhere Anforderungen sind an den Verdachtsgrad zu stellen.¹³ Zweitens ist die Art des Grundrechtseingriffs abhängig von der Schwere des Tatvorwurfes: Je schwerer die vorgeworfene Tat, desto einschneidender sind die möglichen Massnahmen.¹⁴

4. Der Anfangsverdacht

a) Einleitende Bemerkungen

Polizeiliche Ermittlungen, und insbesondere Zwangsmassnahmen, haben nicht der Begründung eines Tatverdachts zu dienen. Vielmehr haben sie den Zweck, einen *vorbestehenden* Tatverdacht zu erhärten, diesen zu verdichten.¹⁵ Bei Vorliegen eines *Anfangsverdachts* hat die Polizei Ermittlungen aufzunehmen.¹⁶ Hingegen sind Ermittlungshandlungen ohne Anfangsverdacht als Ergebnisse sogenannter Beweisausforschung («fishing expedition») von einem Beweisverwertungsverbot betroffen.¹⁷

b) Hürde des Anfangsverdachts

Zur Bejahung eines Anfangsverdachts reicht die Annahme einer gewissen Wahrscheinlichkeit strafbaren Verhaltens, wobei zu Beginn des Verfahrens durchaus Zweifel bestehen können, ob überhaupt ein Delikt begangen wurde.¹⁸

Ob ein genügender Anfangsverdacht besteht, ist häufig Gegenstand juristischer Streitigkeiten. Die vom Bundesgericht gesetzte Hürde ist nicht besonders hoch. So hat das Bundesgericht den Anfangsverdacht bejaht nach einer «motivierten» Anzeige eines Rechtsanwaltes¹⁹ oder bei «vertretbaren» Anschuldigungen eines angeblichen Opfers von sexuellen Übergriffen.²⁰ Auch Medienberichte²¹ oder «sources confidentielles et sûres»²² hat das Bundesgericht für die Begründung eines Anfangsverdachts anerkannt.

Hingegen befand das Bundesgericht,²³ dass – nach hier vertretener Auffassung zu Unrecht – Drogen im Kühlschrank einer von mehreren Personen bewohnten Wohnung den Tatverdacht gegen den Mitbewohner wegen Betäubungsmittelwiderhandlungen nicht rechtfertigten würden.

⁴ ACKERMANN (Fn. 3), 325 f.

⁵ HÜRLIMANN, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, Zürich 2006, 96 f.; vgl. auch WALDER, Grenzen der Ermittlungstätigkeit, ZStW 95 (1983), 862, 867.

⁶ ACKERMANN (Fn. 3), 326; OMLIN, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 309 N 27; ähnlich HÜRLIMANN (Fn. 5), 96; WALDER, Strafverfolgungspflicht und Anfangsverdacht, recht 1990, 1, 3.

⁷ HÜRLIMANN (Fn. 5), 97 f.; WALDER/HANSJAKOB, Kriminalistisches Denken, 10. Aufl., Heidelberg 2016, 100.

⁸ HÜRLIMANN (Fn. 5), 98.

⁹ WALDER/HANSJAKOB (Fn. 7), 102; ACKERMANN (Fn. 3), 326.

¹⁰ WALDER (Fn. 6), 4; ACKERMANN (Fn. 3), 327; HÜRLIMANN (Fn. 5), 98; WALDER/HANSJAKOB (Fn. 7), 102.

¹¹ HAGENSTEIN, BSK StPO (Fn. 6), Art. 302 N 24; ähnlich HÜRLIMANN (Fn. 5), 101; WALDER/HANSJAKOB (Fn. 7), 108; zum Ganzen ausführlich SCHULZ, Normiertes Misstrauen, Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt 2001, 566 ff.

¹² HÜRLIMANN (Fn. 5), 95.

¹³ ACKERMANN (Fn. 3), 331.

¹⁴ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005, § 68 N 9, wo als zusätzliches Element die erwartete Strafe ins Spiel gebracht wird.

¹⁵ Ähnlich LANDSHUT/BOSSHARD, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Genf/Basel 2014, Art. 299 N 26; GFELLER/THORMANN, BSK StPO (Fn. 6), Art. 243 N 16; HÜRLIMANN (Fn. 5), 109.

¹⁶ Art. 7 Abs. 1 StPO i. V. m. Art. 299 Abs. 2 StPO.

¹⁷ GFELLER/THORMANN, BSK StPO (Fn. 6), Art. 243 N 39 ff.

¹⁸ BVerwGer, Urteile v. 8. 3. 2009, A-7342/2008 und A-7426/2008 sowie BGer, Urteil v. 1. 10. 2014, 1C_653/2012, E. 5.4 in fine.

¹⁹ BGE 106 IV 413, 418 ff.

²⁰ BGer, Urteil v. 14. 2. 2014, 1B_445/2013, E. 2.2.

²¹ BGE 132 I 181, 193 ff.; BGer, Urteil v. 31. 1. 2014, 1B_293/2013, E. 2.3.2.

²² BGer, Urteil v. 8. 6. 2016, 1B_63/2016.

²³ BGer, Urteil v. 26. 6. 2014, 6B_628/2013.



c) Beweisausforschung und Zufallsfund

aa) Die Beweisausforschung

Werden gestützt auf verdachtslose Eingriffe strafrechtlich relevante Erkenntnisse gewonnen, die den Verdacht erst begründen sollen, spricht man von einer *Beweisausforschung* oder «*fishing expedition*». ²⁴ Eine solche liegt vor, «[w]enn der Staat ohne Verdacht seine Netze auslegt, um Anhaltspunkte für einen Tatverdacht erst einzufangen [...]». ²⁵

Planlos oder aufs Geratewohl durchgeführte Beweiserhebungen sind unzulässig und führen zur Unverwertbarkeit der erhobenen Beweise. ²⁶ Insbesondere ist eine Heilung über den hypothetischen Ersatzeingriff nicht statthaft. ²⁷ Die Unschuldsumutung würde ihres Sinngehalts entleert, wenn verdachtslos durchgeführte Zwangsmassnahmen nachträglich legalisiert würden. ²⁸

bb) Zufallsfunde

Von der Beweisausforschung abzugrenzen sind *Zufallsfunde*, die in Art. 243 StPO explizit geregelt sind. Unter Zufallsfunden versteht man «die bei der Durchführung von Zwangsmassnahmen allgemein und bei Durchsuchungen und Untersuchungen im Besonderen zufällig entdeckten Beweismittel, Spuren, Gegenstände oder Vermögenswerte, die mit der abzuklärenden Straftat in keinem direkten Zusammenhang stehen und den ursprünglichen Verdacht weder erhärten noch widerlegen, aber auf eine weitere Straftat hinweisen». ²⁹ «Im Gegensatz zu den Ergebnissen unzulässiger Beweisausforschung basieren die Zufallsfunde auf einer rechtsgültigen strafprozessualen Massnahme, die in einer konkreten Strafsache gestützt auf einen begründeten Tatverdacht angeordnet wurde.» ³⁰ Das Besondere an Zufallsfunden ist, dass auf das Erfordernis eines vorbestehenden Tatverdachts bezüglich jenes Delikts verzichtet wird, das den Zufallsfund betrifft. ³¹ Der Tatverdacht ergibt sich aus dem Fund selbst, somit ex post. ³²

²⁴ Botschaft StPO (Fn. 2), 1237 sowie 1255, wo zutreffender von Verdachtsausforschung gesprochen wird; BStrGer, Urteil v. 21.4.2011, SK.2010.13, E. 2.4.

²⁵ ACKERMANN/VOGLER, Nachrichtendienst und Strafprozess – zur Verwertbarkeit von Beweisen zwischen Systemen, in: ACKERMANN/HILF (Hrsg.), TOP SECRET, Geheimnisschutz und Spionage, 8. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, 161, 164.

²⁶ BGE 137 I 218, 221 ff.; BGE 128 II 407, 417, mit Hinweisen; SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, N 1067; GLESS, BSK StPO (Fn. 6), Art. 141 N 81, welche ein absolutes Verwertungsverbot postuliert; ebenso VETTERLI, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten, ZStrR 130 (2012), 447, 453 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, Zürich 2011, N 553, gehen hingegen nur von einem relativen Verwertungsverbot aus.

²⁷ Siehe Ziffer 4. c. cc) nachfolgend.

²⁸ GFELLER, BSK StPO (Fn. 6), vor Art. 241–254 N 47.

²⁹ BGE 139 IV 128, 135 f.

³⁰ HÜRLIMANN (Fn. 5), 109.

³¹ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD (Fn. 26), N 747.

³² GFELLER/THORMANN, BSK StPO (Fn. 6), Art. 243 N 2.

cc) Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden

Lehre und Rechtsprechung gehen grundsätzlich von der Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus. Kriterium für deren Verwertbarkeit ist einerseits, dass die ursprüngliche Massnahme zulässig war, mit anderen Worten in einer konkreten Strafsache gestützt auf einen hinreichenden Tatverdacht bezüglich des ursprünglich verfolgten Delikts bzw. der ursprünglich verfolgten Person erfolgte. ³³

Andererseits wird die Beweiserhebung einer hypothetischen Prüfung unterzogen. Eine nachträgliche Überprüfung muss ergeben, dass die Durchsuchung für das – zufällig – gefundene Delikt und gegen die betroffene Person zulässig gewesen wäre. ³⁴ In diesem Zusammenhang ist auch vom hypothetischen Ersatzeingriff die Rede. ³⁵

5. Die Abgrenzung zum hinreichenden und zum dringenden Tatverdacht

a) Einleitende Bemerkungen

Die Gradierung zwischen Anfangsverdacht, hinreichendem und dringendem Tatverdacht ist von erheblicher Bedeutung, weil zum einen die Parteirechte zu beachten sind, sobald eine Untersuchung eröffnet wurde, und weil zum anderen das Gesetz Zwangsmassnahmen vom Vorhandensein eines mindestens hinreichenden Tatverdachts abhängig macht. ³⁶ Gewisse Zwangsmassnahmen sind erst bei einem *dringenden* Tatverdacht erlaubt. Um der Verwertungsproblematik Rechnung zu tragen, müssen sich die Strafverfolgungsbehörden bei der Anordnung einer Untersuchungshandlung oder einer Zwangsmassnahme immer die Frage nach der Höhe des Verdachtsgrades stellen.

b) Der hinreichende Tatverdacht

Einen *hinreichenden* Tatverdacht verlangt das Gesetz zur Eröffnung einer Untersuchung (Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO) und zur Ergreifung von Zwangsmassnahmen (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Ein hinreichender Verdacht setzt das Vorliegen konkreter und tatsächlicher Hinweise auf eine strafbare Handlung voraus. ³⁷ Gemäss Bundesgericht verlangt der hinreichende Tatverdacht den Nachweis von konkreten Verdachtsmomenten, wonach das inkriminierte Verhalten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit die fraglichen Tatbestandsmerkmale erfüllen könnte. ³⁸

Liegt ein *hinreichender* Tatverdacht vor, so *muss* eine Untersuchung eröffnet werden und die Verfahrensleitung

³³ SCHMID (Fn. 26), N 1067; HÜRLIMANN (Fn. 5), 109 f.

³⁴ KELLER, ZK StPO (Fn. 15), Art. 243 N 4; SCHMID (Fn. 26), N 1067.

³⁵ ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 181.

³⁶ Art. 309 i. V. m. Art. 147 Abs. 1 StPO.

³⁷ LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO (Fn. 15), Art. 309 N 25; BGer, Urteil v. 21.9.2012, 1C_275/2012; BGer, Urteil v. 9.1.2007, 1S.16/2006.

³⁸ BGer, Urteil v. 9.1.2007, 1S.16/2006; gemäss OMLIN, BSK StPO (Fn. 6), Art. 309 N 28, genügt zur Eröffnung einer Untersuchung bereits ein *vager* Verdacht, was aus Gründen der Abgrenzung zwischen Ermittlungen und Untersuchung abzulehnen ist.

geht an die Staatsanwaltschaft über.³⁹ Selbstständige polizeiliche Ermittlungen, die zu einem Zeitpunkt durchgeführt werden, in welchem bereits eine Untersuchung eröffnet worden ist oder hätte eröffnet werden müssen, tangieren die Parteirechte der Verfahrensbeteiligten und können zu Verwertungsproblemen der erhobenen Beweise führen.⁴⁰

c) Der dringende Tatverdacht

Gewisse Zwangsmassnahmen setzen, weil sie stärker in die Freiheitsrechte eingreifen als andere, einen *dringenden* Tatverdacht voraus.⁴¹

Von dringendem Tatverdacht ist bei *erheblicher Wahrscheinlichkeit für einen späteren Schuldspruch* auszugehen.⁴²

d) Abgrenzungen zwischen den Verdachtsstufen

Die Grenzen zwischen Anfangsverdacht, hinreichendem und dringendem Tatverdacht sind nicht messerscharf. Zwar wird in der Praxis häufig geltend gemacht, die von den Ermittlungsbehörden präsentierten Anhaltspunkte reichten nicht aus für einen hinreichenden bzw. dringenden Tatverdacht, doch räumen die Gerichte den Behörden einen erheblichen Ermessensspielraum ein.⁴³

Da es sich beim Verdachtsgrad um einen dynamischen Begriff handelt, ändern sich die Anforderungen an den Verdacht im Verlaufe des Verfahrens. Sie werden mit der Dauer der Massnahmen graduell angehoben. «Die Verdachtslage hat sich mit zunehmender Verfahrensdauer grundsätzlich zu konkretisieren und zu verstärken.»⁴⁴ Ansonsten ist die Zwangsmassnahme aufzuheben.⁴⁵

6. Zwangsmassnahmen ohne Tatverdacht?

Nimmt man den Verdacht als Legitimation bzw. als zwingendes rechtsstaatliches Erfordernis eines Eingriffs in die Grundrechte durch Zwangsmassnahmen, so überrascht, dass das Gesetz in engen Grenzen auch verdachtsfreie Ermittlungshandlungen zulässt.⁴⁶ Zu erwähnen sind etwa DNA-Massenuntersuchungen nach Art. 256 StPO, sogenannte Antennensuchläufe⁴⁷, die Aufbewahrung und Verwendung erkennungsdienstlicher Unterlagen nach Art. 261 Abs. 1 lit. b StPO oder etwa die Haft wegen Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO.

³⁹ OMLIN, BSK StPO (Fn. 6), Art. 309 N 11; HÜRLIMANN (Fn. 5), 193.

⁴⁰ LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO (Fn. 15), 309 N 2 f.

⁴¹ So etwa die Untersuchungshaft (Art. 221 Abs. 1 StPO) oder gewisse Überwachungsmaßnahmen (Art. 269 Abs. 1 lit. a StPO, Art. 271 Abs. 2 lit. a StPO und Art. 273 Abs. 1 StPO).

⁴² LANDSHUT/BOSSHARD, ZK StPO (Fn. 15), Art. 309 N 27.

⁴³ OMLIN, BSK StPO (Fn. 6), Art. 309 N 31.

⁴⁴ BStrGer, Urteil v. 30.4.2015, BH.2015.3/BP.2015.14, E. 4.1.

⁴⁵ PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2012, 118; siehe auch BGer, Urteil v. 8.6.2016, 1B_63/2016, E. 3.3.

⁴⁶ Zum Ganzen auch WALDER/HANSJAKOB (Fn. 7), 119 ff.

⁴⁷ Vgl. Art. 16 lit. e VÜPF.

III. Die Rolle der Polizei

1. Die Aufgaben der Polizei

Eine zentrale Rolle bei der Verdachtsgewinnung und -verdichtung kommt der Polizei zu. Ihre Rolle ist delikat, weil sie nicht nur repressive Aufgaben wahrnimmt, sondern auch die Aufgabe der Gefahrenabwehr, also der Prävention. Sie muss ihr Handeln teils auf die StPO, teils auf das kantonale Polizeirecht stützen.

2. Erkenntnisse aus Vorermittlungen und präventiven verdeckten Massnahmen im Speziellen

Da der Zweck der StPO in der Verfolgung strafbaren Verhaltens liegt, sind die auf die StPO gestützten, im Rahmen von Zwangsmassnahmen erhobenen Ermittlungsergebnisse grundsätzlich verwertbar. Das Gesetz bietet, unter Vorbehalt der Regeln der Beweisverwertungsproblematik, Grundlage sowohl für die Beweiserhebung als auch für die Beweisverwertung.⁴⁸

Gemäss Bundesgericht ermöglichen *Vorermittlungen* der Polizei «das Erkennen, dass bestimmte Straftaten begangen worden sind oder gestützt auf einen bereits gefassten Tatentschluss kurz vor der Ausführung stehen könnten».⁴⁹ In der StPO findet sich keine gesetzliche Grundlage für Vorermittlungen ohne Anfangsverdacht. Die Grundlagen sind vielmehr in der kantonalen Polizeigesetzgebung zu finden. Dasselbe gilt für *präventive verdeckte Massnahmen*. Auch diese haben, weil (noch) kein entsprechender Tatverdacht besteht, im Rahmen polizeilicher Vorermittlungen stattzufinden.

Sowohl Schrifttum⁵⁰ als auch Rechtsprechung⁵¹ gehen von einer Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus Vorermittlungen in einem nachfolgenden Strafverfahren aus, wenn die Massnahmen, aus denen sie vorgegangen sind, (a) auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, (b) im öffentlichen Interesse der Gefahrenabwehr liegen und (c) auch in einem Strafverfahren hätten angeordnet werden können. Ausschlaggebend ist, dass das Beweisausforschungsverbot nicht umgangen wird.

3. Erkenntnisse aus doppelunktionaler Aufgabenerfüllung der Polizei

Wenn es gleichzeitig um Gefahrenabwehr (Verhinderung der Begehung oder Fortsetzung einer Straftat) und um Aufklärung einer Straftat geht, spricht man von doppelunktionaler Aufgabenerfüllung.⁵² Wenn die Polizei zum Beispiel

⁴⁸ ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 175.

⁴⁹ BGer, Urteil v. 1.10.2014, 1C_653/2012, E. 6.1.

⁵⁰ GLESS, BSK StPO (Fn. 6), Art. 141 N 38; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, 126.

⁵¹ BGer, Urteil v. 25.4.2013, 1C_532/2012, E. 5.5.3.

⁵² RHYNER, BSK StPO (Fn. 6), Art. 306 N 7.



mit einer Entführung konfrontiert ist, hat sie einerseits die entführte Person aus den Fängen des Missetäters zu befreien (Prävention oder Gefahrenabwehr). Andererseits ist der Entführer der Strafverfolgung zuzuführen (Repression oder Strafverfolgung).

Ob die Polizei in solchen Fällen gestützt auf ihre Polizeigesetzgebung oder auf die Strafprozessordnung zu handeln hat, ist unklar und umstritten.⁵³

Wie steht es mit der Verwertbarkeit, wenn die Erkenntnisse auf Polizeirecht gestützt erhoben wurden, ohne die Staatsanwaltschaft ins Boot zu holen, z. B. wegen zeitlicher Dringlichkeit? Mit Blick auf die Ausführungen in der voranstehenden Ziffer muss es möglich sein, die nach Polizeirecht erlangten Erkenntnisse zu verwerten: Diente die Massnahme (a) der Gefahrenabwehr, stützte sie sich (b) auf eine gesetzliche Grundlage und wäre sie (c) auch als strafprozessuale Massnahme zulässig, so sind die gewonnenen Erkenntnisse verwertbar.

4. Erkenntnisse als Abfallprodukt sicherheits- oder verwaltungspolizeilicher Tätigkeit

Retten die Polizeibeamten eine Katze von einem Baum, nehmen sie keine gerichtspolizeilichen, sondern sicherheitspolizeiliche Aufgaben wahr und stützen sich dabei auf Polizeirecht. Sind dabei zufällig gewonnene Erkenntnisse in einem späteren Strafverfahren verwertbar?

Wie bei den Vorermittlungen fehlt bei polizeipräventiven Interventionen der Anfangsverdacht. Was für die Gerichtspolizei der Tatverdacht ist, entspricht bei sicherheitspolizeilichen Aufgaben der Gefährdung von Rechtsgütern.⁵⁴ Entgegen der Meinung von VETTERLI⁵⁵ können durch sicherheitspolizeiliche Massnahmen erlangte Erkenntnisse in einem Strafverfahren verwendet werden.⁵⁶ Vorausgesetzt wird, dass die Handlung, die zur Gewinnung der Erkenntnisse geführt hat, auf einer klaren gesetzlichen Grundlage im Sinne eines formellen Gesetzes beruht, die Massnahme dem Subsidiaritätsgrundsatz entspricht, verhältnismässig ist und strafprozessual zulässig gewesen wäre (hypothetischer Ersatzeingriff). In diesem Sinne hat das Bundesgericht jüngst im Entscheid 6B_1143/2015 geurteilt, wo es um die Verwertbarkeit einer Videoaufzeichnung ging, welche die

Verkehrspolizei in Wahrnehmung ihrer verkehrspolizeilichen Aufgaben sicherte.⁵⁷

IV. Nachrichtendienstliche Quellen

1. Einleitende Bemerkungen und Zweck des Nachrichtendienstgesetzes

Die Frage, wie im Strafprozess mit Informationen umzugehen ist, welche auf nachrichtendienstlichem Weg beschafft worden sind, ist nicht nur vor dem Hintergrund des jüngst ergangenen Bundesgerichtsentscheides gegen zwei kurdische Iraker⁵⁸ bzw. dem Urteil des Bundesstrafgerichts vom 18. 3. 2016 gegen drei Iraker brisant.⁵⁹ Das Thema war aufgrund der Diskussion anlässlich der Referendumsabstimmung über das Nachrichtendienstgesetz (NDG)⁶⁰ auch politisch von grosser Aktualität.

Nachrichtendienstliche Tätigkeiten dienen der frühzeitigen Identifizierung von Bedrohungen bzw. Gefährdungen der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz (Terrorismus, verbotener Nachrichtendienst, Weiterverbreitung nuklearer, chemischer oder biologischer Waffen [...], Angriffe auf Informations-, Kommunikations-, Energie-, Transport- und weitere Infrastrukturen, gewalttätiger Extremismus).⁶¹ Der Staatsschutz bietet ein Frühwarnsystem vor spezifischen Risiken für die Existenz des Staates und für die demokratische und rechtsstaatliche Ordnung.⁶²

2. Der fehlende Tatverdacht

Während strafprozessuale Zwangsmassnahmen einen bestehenden Tatverdacht erhärten oder ausräumen und polizeiliche Vorermittlungen Anhaltspunkte zur Erkennung eines Tatverdachteten liefern sollen, geht es bei nachrichtendienstlichen Massnahmen um die Erkennung einer *Bedrohung*.⁶³ Tatsächliche, wahrnehmbare Anhaltspunkte, wie sie der Tatverdacht fordert, sind nicht verlangt.⁶⁴ Damit entfällt ein wesentliches Element, das bei der Verdachtsbildung als Abgrenzungskriterium zu Vermutungen und Gerüchten dient. Weil durch nachrichtendienstliche Tätigkeiten nach Bedrohungen gesucht werden soll, sind «fishing expeditions» «nicht nur erlaubt, sondern geradezu geboten».⁶⁵

⁵³ RHYNER, BSK StPO (Fn. 6), Art. 306 N 7; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N. 81 f.; KETTIGER, Schnittstellenfragen der Schweizerischen Strafprozessordnung, Jusletter v. 13. 2. 2012, 5.

⁵⁴ PIETH (Fn. 45), 192.

⁵⁵ VETTERLI (Fn. 26), 452, nach ihrer Meinung dürfen Erkenntnisse in einem Strafverfahren nur dann verwertet werden, wenn sie aus einer strafprozessualen Ermittlung stammen.

⁵⁶ RHYNER, BSK StPO (Fn. 6), Art. 306 N 7a; SCHMID, StPO Praxis-kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 196 N 2; GFELLER/BIGLER, Zwangsmassnahmen gemäss StPO versus polizeiliche Zwangsmassnahmen nach PolG/ZH, FP 2014, 105, 109.

⁵⁷ BGer, Urteil v. 6. 6. 2016, 6B_1143/2015, E. 1.3.1.

⁵⁸ BGer, Urteil v. 27. 1. 2016, 6B_57/2015 (und 6B_81/2015).

⁵⁹ BStrGer, Urteil v. 18. 3. 2016, SK.2015.45, schriftliche Begründung noch ausstehend.

⁶⁰ Gesetzestext gemäss Referendumsvorlage, BBl 2015 7211.

⁶¹ Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG; siehe auch ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 169.

⁶² PIETH (Fn. 45), 192.

⁶³ ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 163.

⁶⁴ ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 170.

⁶⁵ ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 169.

3. Die Verwertung nachrichtendienstlicher Informationen im Strafprozess

Die Verwertung von nachrichtendienstlich erhobenen Erkenntnissen in einem Strafverfahren wirft rechtsstaatliche Fragen auf. Reichen die gesetzlichen Vorgaben in den Erlassen des Staatsschutzes, um die strafprozessuale Verwertung unbedenklich zu machen?

Zu beachten ist, dass gemäss ACKERMANN/VOGLER zwei Grundrechtseingriffe stattfinden: einer durch die Beschaffung nachrichtendienstlicher Informationen, ein zweiter durch die nachfolgende Weitergabe. Da der Grundrechtseingriff nicht mehr nur der Erkennung von Bedrohungslagen dient, sondern nun auch zum Zwecke der Strafverfolgung erfolgt, müssen beide Grundrechtseingriffe geprüft werden. Die nachrichtendienstliche Gesetzgebung⁶⁶ führt nur die frühzeitige Feststellung und Verhinderung von Bedrohungen als Zweck auf, nicht aber die Strafverfolgung.⁶⁷

Nach den genannten Autoren hilft der Beizug von Art. 17 BWIS bzw. Art. 60 NDG, welche die Weitergabe von Personendaten an die Strafverfolgungsbehörden erlauben, nicht weiter, weil diese Bestimmungen nur die Weitergabe der Daten regeln, nicht aber deren *Verwertung*. Art. 60 Abs. 3 NDG ist offenbar den strafprozessualen Regeln über Zufallsfunde nachempfunden.⁶⁸ Doch ist dieser Verweis vorliegend nicht dienlich, weil im nachrichtendienstlichen Kontext das Erfordernis, dass die ursprüngliche Zwangsmassnahme gestützt auf einen Tatverdacht angeordnet wurde, eben gerade fehlt.

Entscheidend ist, wie der Tatverdacht zu qualifizieren ist. An dieser Stelle muss in gebotener Kürze auf das Beweisverwertungsregulativ der StPO gemäss Art. 141 StPO eingegangen werden: Dabei wird unterschieden zwischen *absoluten Gültigkeitsvorschriften*, *relativen Gültigkeitsvorschriften* und *Ordnungsvorschriften*. Nach Art. 140 i. V. m. Art. 141 Abs. 1 StPO sind Beweise, die auf verbotenen Beweiserhebungsmethoden beruhen, absolut unverwertbar. Dasselbe gilt für Beweise, die von der StPO selber als unverwertbar bezeichnet werden.⁶⁹ Bei Beweisen, die in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, wo es um die Verletzung weniger grundlegender Vorschriften geht, ist eine Verwertung ausnahmsweise zulässig bei Vorliegen schwerer Straftaten. Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (Art. 141 Abs. 2 StPO). Beweise, bei deren Erhebung bloss Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO).⁷⁰

Stellt der Tatverdacht eine absolute Gültigkeitsvorschrift dar mit dem Ergebnis, dass Beweise, die ohne vorbestehen-

den Tatverdacht erhoben wurden, von einem absoluten Verwertungsverbot belegt sind?⁷¹ Oder ist der Tatverdacht allenfalls nur als Ordnungsvorschrift zu werten, mit der Konsequenz, dass dessen Fehlen keinen Einfluss auf die Verwertungsfrage hätte?

Auszugehen ist vom Tatverdacht als *relative Gültigkeitsvorschrift*.⁷² Demnach ist nicht jeder verdachtslos und somit rechtswidrig erlangte Beweis unverwertbar. «Massgebend sind die Schwere des Delikts und die Frage, ob das Beweismittel an sich zulässig und auch auf gesetzmässigem Weg zu erlangen gewesen wäre. Es bedarf einer Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der angeklagten Person, dass der fragliche Beweis unterbleibt.»⁷³

Ob ein nachrichtendienstlich erhobener Beweis strafprozessual verwertbar ist, hängt erstens davon ab, ob der Nachrichtendienst die Information rechtmässig *beschafft* hat.⁷⁴ Die Weitergabe von Informationen nach Art. 59 NDG ist nämlich nur zulässig, wenn diese «den rechtlichen Vorgaben nach diesem Gesetz» genügen. Aber wie erfolgt eine solche Prüfung? Die Informationen, auf welche sich der NDB stützt, werden nicht offengelegt, ebenso wenig deren Quellen (Art. 29 Abs. 1 V-NDG). Reicht eine Zusicherung des NDB-Dienstchefs, dass die Informationen auf rechtmässige Weise erlangt wurden und dass die darin genannten Quellen mit rechtmässigen Methoden operiert haben? Ja, urteilte das Bundesgericht im Falle der beiden kurdischen Iraker mit der Begründung, bei einem amtlichen Bericht des NDB sei zu vermuten, dass die darin enthaltenen Informationen rechtmässig beschafft worden seien. Nur wenn der Bericht denkwürdig auf Informationen beruhe, welche auf illegale Weise beschafft worden seien, fehle die gesetzliche Grundlage.⁷⁵

Zweitens muss geprüft werden, ob die *Weitergabe* der Daten rechtmässig erfolgt ist. Nach Art. 60 Abs. 3 NDG ist bei genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen⁷⁶ zu prüfen, ob die dabei erhobenen Erkenntnisse Anhaltspunkte für eine Straftat enthalten, zu deren Verfolgung die Strafverfolgungsbehörden eine *vergleichbare strafprozessuale Massnahme* anordnen dürften. Dabei muss notwendigerweise auf das Erfordernis des dringenden Tatverdachts verzichtet werden. Damit eine Verwertung im Strafprozess zulässig ist, muss nach Art. 141 Abs. 2 StPO geprüft wer-

⁶⁶ Gemeint sind damit BWIS sowie NDG.

⁶⁷ ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 175.

⁶⁸ ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 176 f.

⁶⁹ So etwa Art. 158 Abs. 2 StPO.

⁷⁰ Zum Ganzen statt vieler: VETTERLI (Fn. 26), 462.

⁷¹ Diese Meinung vertritt u. a. VETTERLI (Fn. 26), 455 f.; weitere Befürworter finden sich bei ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 179.

⁷² ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 181, welche sich dabei auf Art. 141 Abs. 2 StPO beziehen.

⁷³ BGE 137 I 218, 223 f.; a. M. VETTERLI (Fn. 26), 462 ff.

⁷⁴ ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 182.

⁷⁵ BGer, Urteil v. 27. 1. 2016, 6B_57/2015 (und 6B_81/2015).

⁷⁶ Zum Begriff siehe Art. 26 NDG; die Voraussetzungen bei genehmigungsfreier Beschaffungsmassnahmen sind weniger streng, siehe Art. 60 Abs. 2 NDG.



den, ob eine «schwere Straftat» vorliegt (*relative Gültigkeitsvorschrift*). Selbstverständlich erscheint, dass die Beweisverwertung ausgeschlossen ist bei Beweisen, die der Nachrichtendienst unter Verletzung von Art. 141 Abs. 1 StPO erlangt hat.⁷⁷

Zusammenfassend ist also die Beweisverwertung von nachrichtendienstlich erhobenen genehmigungspflichtigen Informationen im Strafprozess zulässig, wenn «(1) der NDB das Nachrichtendienstgesetz korrekt angewendet hat, (2) die übermittelten Daten für die Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich sind und (3) kein absolutes Verwertungsverbot zur Anwendung gelangt».⁷⁸

Stichwörter: Tatverdacht, Polizei, Nachrichtendienst

Mots-clés: soupçon de commission d'une infraction, police, service de renseignements

■ **Zusammenfassung:** Der Aufsatz widmet sich dem strafprozessualen Tatverdacht. Er umschreibt die einzelnen Elemente des Tatverdachts und analysiert seine Bedeutung im Strafverfahren unter Berücksichtigung der polizeilichen Arbeit bei der Tatverdachtsgewinnung bzw. -verdichtung. Den Abschluss bildet ein Blick auf die Tatverdachtsgenerierung auf der Basis nachrichtendienstlicher Informationen.

Résumé: L'auteur de la présente contribution se consacre à la notion de soupçon de commission d'une infraction, au sens du droit de procédure pénale. Il décrit les différentes composantes de cette institution et analyse sa signification pour la procédure pénale, en considérant l'activité de la police dans les contextes de l'acquisition et de la confirmation des éléments déterminants. En guise de conclusion, l'auteur jette un oeil à l'émergence d'un soupçon de commission d'une infraction sur la base d'informations fournies par des services de renseignements.

⁷⁷ ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 181 ff.

⁷⁸ ACKERMANN/VOGLER (Fn. 25), 185.



Prof. Dr. iur. Nadja Capus
lic. phil. Franziska Hohl Zürcher
MLaw Stefan Mundhaas

Die Polizei als Opfer – empirische Erkenntnisse zu den Erfahrungen der Sicherheitspolizei Region Stadt Luzern*

Inhaltsübersicht:

- I. Polizeiangehörige als Opfer
- II. Verstösse gegen Art. 285 StGB
 1. Definition der Übergriffe
 2. Polizeiliche Kriminalstatistik
- III. Befragung zu Viktimisierungserfahrungen
 1. Methodik
 2. Ergebnisse
 - a) Häufigkeit von Übergriffen
 - b) Opfer von Übergriffen
 - c) Übergriffsarten
 - d) Situationen
 - e) Anzeigeverhalten der Opfer
 - f) Massnahmen zur Verminderung von Übergriffen
- IV. Diskussion und Schlussfolgerungen

I. Polizeiangehörige als Opfer

Polizisten als Opfer. Dieses Bild konterkariert unmittelbar das Bild von Polizisten, die gewalttätig, rassistisch oder korrupt agieren. Das Opferbild entspringt jedoch genauso einem realen Hintergrund wie die öffentliche Vorstellung über polizeiliches Fehlverhalten, das «Dirty Harry-Verhalten»¹. Wenn sich Letzteres in der Schweiz ereignet,² sind straf- und disziplinarrechtliche Untersuchungen und

Ahndungen vorgesehen.³ Aber was geschieht, wenn Polizistinnen und Polizisten während ihres Einsatzes Opfer werden? Wie häufig ereignet sich dies überhaupt?

Polizeiangehörige werden im Dienst bedroht, beschimpft, bespuckt, gestossen und gebissen, vielleicht sogar angeschossen oder getötet. «Es gehört leider heute zum Job dazu, bedroht, bespuckt und beleidigt zu werden», schreibt einer der 97 Polizisten, der an der vorliegenden Befragungsstudie⁴ teilgenommen hat.

Übergriffe gegen Polizeiangehörige werden seit einigen Jahren in der Schweiz medial und politisch thematisiert.⁵ Das Phänomen wird als Symbol einer vermuteten Verrohung

* Wir danken allen Angehörigen der Sicherheitspolizei Region Stadt Luzern, die an der Befragung teilgenommen haben, sowie Herrn René Kirchofer und Herrn Kurt Graf von der Luzerner Polizei für ihre wertvolle Unterstützung und Polizeikommandant lic. iur. Adi Achermann für seine Einwilligung in die Durchführung der Befragung. Dr. des. Mirjam Stoll danken wir für hilfreiche Anmerkungen zum Artikel.

¹ BRINGSRUD FEKJAER/PETERSSON, From legalist to Dirty Harry: Police recruits' attitudes towards non-legalistic police practice, *European Journal of Criminology* 2014, 745–759.

² Beispielhaft seien folgende Medienmitteilungen über Verurteilungen von Polizisten erwähnt: NZZ, 8.4.2016 (mehrfache Begünstigung, Amtsmissbrauch, Amtsheimnisverletzung und mehrfache Vorteilsannahme); Tribune de Genève, 9.11.2015 (Amtsmissbrauch); 20 minutes, 5.11.2014 (mehrfache einfache Körperverletzung).

³ Strafrechtliche Untersuchungen in diesem Kontext sind aus kriminologischer und rechtlicher Sicht ein delikates Problem. Genannt seien hier beispielhaft das Problem der «blue wall» (der Kodex des Schweigens unter Polizeimitarbeitenden), die fehlende Transparenz der Verfahren und der rasch entstehende Anschein von Befangenheit.

⁴ Die Befragung war Teil der Masterarbeit, die MLaw STEFAN MUNDHAAS unter der Betreuung von Prof. Dr. NADJA CAPUS an der Juristischen Fakultät der Universität Luzern erstellt hat. Einzelne Fragen wurden von einer gross angelegten Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen übernommen. Siehe dazu und für eine Beschreibung des internationalen Forschungsstandes: ELLRICH/BAIER, Gewalt gegen niedersächsische Beamtinnen und Beamte aus dem Einsatz- und Streifendienst. Zum Einfluss von personen-, arbeits- und situationsbezogenen Merkmalen auf das Gewaltopferisiko, Forschungsbericht 123, Hannover 2014, 7 ff. und 13 ff. In der Schweiz fehlen wissenschaftliche empirische Studien zur Gewalterfahrung von Polizistinnen und Polizisten mit Ausnahme einer Aktenanalyse und schriftlichen Befragung von rund 470 Zürcher Stadtpolizisten. Siehe MANZONI, Gewalt zwischen Polizei und Bevölkerung. Einflüsse von Arbeitsbelastungen, Arbeitszufriedenheit und Burnout auf polizeiliche Gewaltausübung und Opfererfahrungen, Zürich 2003; MANZONI/EISNER, Violence between the police and the public: Influences of work-related stress, job satisfaction, burnout and situational factors, *Criminal Justice and Behavior* 2006, 613–645.

⁵ Siehe Fn 2; 2009 hat der Verband Schweizerischer Polizeibeamten eine Petition «Stopp der Gewalt gegenüber Polizisten» beim eidgenössischen Parlament eingereicht; 2013 folgte die Motion 13.3114 «Der Gewalt gegen die Polizei Einhalt gebieten!»; aktuell ist eine Online-Petition am Laufen: www.art-285.ch (zuletzt besucht am 6.9.2016); siehe zudem auf kantonaler Ebene beispielsweise: die Interpellation von M. Binder-Keller vom 10.5.2016 im Aargauer Parlament, und in Zürich haben die Stadtpolizei und das Polizeidepartement Zürich (laut NZZ, 16.2.2016) die Arbeitsgruppe PIUS («Polizeiarbeit in urbanen Spannungsfeldern») gegründet.

der Gesellschaft interpretiert, da damit äusserste Respektlosigkeit gegenüber Vertretern der Staatsgewalt zutage trete.⁶ Übergriffe sind allerdings eng mit der Tätigkeit der Polizistinnen und Polizisten verbunden: Ihre kontrollierenden, intervenierenden, pro- und reaktiven⁷ Tätigkeiten führen zu einem erhöhten Risiko, von Personen aus der Bevölkerung bedroht oder gar tötlich angegriffen zu werden, wenn diese gegen den polizeilichen Zugriff Widerstand leisten.⁸ Früher wurden daher strafrechtlich relevante Handlungen wie Gewalt, Drohung und tätlicher Angriff gegen Behörden und Beamte als «Widersetzung» bezeichnet.⁹

Die Polizei gehört also zu einer Berufsgruppe, die mit Renitenz zu rechnen hat und im Umgang damit besonders geschult sein muss. In den letzten Jahren hat jedoch die Befürchtung zugenommen, dass Polizeiangehörige das «Freiwild der aggressiven Spassgesellschaft»¹⁰ geworden sind. Politisch münden die Bestrebungen gegen solche verpönten Übergriffe regelmässig in die Forderung nach materieller Aufrüstung wie Body-Cams einerseits und andererseits nach Verschärfung der Sanktionen gemäss Art. 285 StGB,¹¹ die soeben erwähnte «Widersetzungsnorm», die als einschlägig erachtet wird.

Wir definieren in einem ersten Schritt den häufig im Kontext mit Übergriffen auf die Polizei verwendeten Begriff der «Gewalt» (II.1.) und analysieren die bestehende statistische Datenlage anhand der polizeilichen Kriminalstatistik (II.2.). Im Zentrum des Artikels steht die Vorstellung zentraler Resultate einer Luzerner Befragungsstudie (III.). Abschliessend folgt die Diskussion darüber, ob die Verschärfung der Sanktionsdrohung des Art. 285 StGB ein zielführender Ansatz ist (IV.).

II. Verstösse gegen Art. 285 StGB

1. Definition der Übergriffe

Die oftmals in den Medien und in der Politik verwendete Bezeichnung «Gewalt gegen die Polizei» ist zwar eingängig, aber nicht präzise. In diesem Abschnitt erfolgt eine Analyse der normativen Basis (Art. 285 StGB), die als massgebende Norm regelmässig ins Feld geführt wird.

Diese Strafbestimmung umfasst drei Verhaltensweisen: die Anwendung von Gewalt, die Drohung zwecks Hinderung oder Nötigung einer Amtshandlung sowie die Tötlichkeit während einer Amtshandlung (Art. 285 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).¹² Gemäss herrschender Lehre und Praxis ist die Auslegung dieser Handlungen erstens an die Tatbestände der Drohung (Art. 180 StGB), der Nötigung (Art. 181 StGB) und der Tötlichkeit (Art. 126 StGB) anzulehnen,¹³ und zweitens haben Lehre und Rechtsprechung in Bezug auf bestimmte Behörden – darunter auch die Polizei – eine zusätzliche Schwelle eingeführt: das sogenannte Erheblichkeitsanforderung. Es geht um Berufsgruppen, welche im Umgang mit Renitenz geschult sind. In diesen Fällen gilt als tatbestandsmässige Drohung resp. als tatbestandsmässiger Gewaltakt oder tätlicher Angriff nur, was von erheblicher Intensität ist.¹⁴ So hat das Bundesgericht beispielsweise für den Gewaltbegriff nach Art. 285 StGB folgende Definition entwickelt: «Par violence, on entend ordinairement une action physique de l'auteur sur la personne du fonctionnaire. L'usage de la violence doit revêtir une certaine gravité; une petite bousculade ne saurait suffire.»¹⁵ Zudem fordert es bezüglich des tätlichen Angriffs in ständiger Rechtsprechung ebenfalls eine gewisse Intensität: «un net déploiement de force».¹⁶

Die tatbestandliche Schablone von Art. 285 StGB deckt jedoch nicht sämtliche Widerwärtigkeiten, mit denen Polizeiangehörige bei Einsätzen konfrontiert sind. Verbale und nonverbale Ehrverletzungen und Beleidigungen sind von vorneherein nicht tatbestandsmässig. Ereignen sie sich, hat sich ein Polizist als Privatperson rechtlich zu wehren, denn der strafrechtliche Ehrenschatz schützt natürliche und juristische Personen, nicht aber staatliche Organe oder Behörden.¹⁷ Das schweizerische Strafgesetzbuch kennt keinen Straftatbestand der Beamtenbeleidigung.¹⁸ Gemäss herrschender Lehre erwartet der Gesetzgeber von Amtsträgern, dass sie sich trotz Ehrverletzungen nicht von der Erfüllung ihrer Pflichten abhalten lassen sollten.¹⁹ Der Grund liegt in

⁶ Vgl. Motion 13.3114 (Fn 5).

⁷ Diese Unterscheidung geht zurück auf BLACK/REISS, *Police control of juveniles*, *American Sociological Review* 1970, 35 ff.

⁸ BAIER/MANZONI, *Die Polizei als Täter und Opfer*, *SozialAktuell* 6/2016, 17–19.

⁹ HEIMGARTNER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *BSK StGB II*, 3. Aufl., Basel 2013, Vor Art. 285 N 1.

¹⁰ So – in Frageform – der Titel einer deutschen Publikation: HOCHSCHULE DER POLIZEI HAMBURG (Hrsg.), *Die Polizei als «Freiwild» der aggressiven Spassgesellschaft?*, Frankfurt am Main 2011.

¹¹ Im Juni 2015 kam das Parlament der Forderung teilweise nach: Es hat (generell) die kurze Freiheitsstrafe wieder eingeführt, aber auf die ebenfalls geforderte Minimalstrafe von 30 Tagen verzichtet.

¹² Ziff. 2 sorgt auf materiellrechtlicher Ebene für eine pragmatische prozessrechtliche Erleichterung, indem keine Person den Schutz einer Menschenmenge (einem «zusammengerotteten Haufen» wie der Wortlaut auch heute noch besagt) in Anspruch nehmen kann: Die zuvor genannten Taten, die in einer solchen Konstellation begangen werden, können allen Anwesenden zugerechnet werden, sofern sie die Aktion mit ihrer Anwesenheit mitgetragen haben.

¹³ STRATENWERTH/BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 7. Aufl., Bern 2013, § 52 N 20.

¹⁴ HEIMGARTNER, *BSK StGB II* (Fn. 9), Art. 285 N 11.

¹⁵ BGer, Urteil v. 5. 10. 2010, 6B_257/2010, E. 5.1.1. Eigene Übersetzung: «Unter Gewalt ist gewöhnlich ein physischer Übergriff des Täters auf den Funktionär zu verstehen. Die Gewaltanwendung muss eine gewisse Schwere aufweisen; eine kleine Remperei würde nicht genügen».

¹⁶ BGer, Urteil v. 2. 4. 2015, 6B_1009/2014, E. 5.1.2. Eigene Übersetzung: «ein beträchtlicher Kraftaufwand». Die Tatbestandsmässigkeit wurde im konkreten Fall (Fusstritt gegen das Knie des Polizisten) bejaht.

¹⁷ RIKLIN, *BSK StGB II* (Fn. 9), Vor Art. 173 N 29.

¹⁸ Mit einer Ausnahme: Art. 101 Abs. 1 MStG.

¹⁹ HEIMGARTNER, *BSK StGB II* (Fn. 9), Vor Art. 285 N 2.

der ratio legis der strafrechtlichen Staatsschutznorm.²⁰ Diese zielt nicht, zumindest nicht primär, auf den Schutz der körperlichen Integrität der Polizistinnen und Polizisten, nicht auf den Schutz ihrer Ehre, sondern auf den Schutz der staatlichen Autorität. Geschützt werden sollen die physische Integrität und die Freiheit der Amtsträger nur insofern, als sie notwendige Voraussetzungen zur Durchsetzung der Rechtsordnung in Form hoheitlicher Anordnungen und Vollzugsakte sind.²¹

Nicht kohärent erscheint vor diesem Hintergrund die teilweise vertretene richterliche Auffassung,²² dass Spucken erstens keine Beschimpfung darstelle (und damit von vorneherein kein tatbestandsmässiges Verhalten gemäss Art. 285 StGB), sondern als Tötlichkeit zu qualifizieren sei; und zweitens um eine Tötlichkeit, welche tatsächlich die polizeiliche Amtshandlung zu behindern vermag.²³ Ekelerregend ist Anspeien zweifellos. Rechtlich fällt es dennoch nicht unter den Tatbestand der Tötlichkeit, da es offensichtlich nicht die körperliche Integrität verletzt, sondern auf die Ehre zielt.²⁴ Es handelt sich vielmehr um eine Beschimpfung²⁵ und damit um keine tatbestandsmässige Handlung gemäss Art. 285 StGB.

2. Polizeiliche Kriminalstatistik

Werden Übergriffe auf Behördenmitglieder anhand der polizeilichen Kriminalstatistik in Bezug auf Anzeigen wegen Verletzung von Art. 285 StGB gemessen, ergibt sich schweizweit ein zunehmender Trend.²⁶

²⁰ SAXER, Zum Reputationsschutz des Staates und seiner Funktionsträger gegenüber den Medien, in: NIGGLI/HURTADO POZO/QUELOZ (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 667 ff.

²¹ WIPRÄCHTIGER, Gewalt und Drohung gegenüber Beamten oder Angestellten im öffentlichen Verkehr unter besonderer Berücksichtigung des Bahnpersonals, SJZ 1997, 209, 210; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV: Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich 2011, 380 ff.; TRECHSEL/VEST, in: TRECHSEL/PIETH (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Vor Art. 285 N 1.

²² Es konnten nur Zürcher Urteile gefunden werden. Hinweise auf andere kantonale Urteile werden gerne entgegengenommen.

²³ Mit faszinierend genauer Beschreibung des physiologischen Spuckvorgangs: OGer ZH, Urteil v. 16. 5. 2014, SB 130278, E. 3.1. und 3.2.; OGer ZH, Urteil v. 8. 7. 2011, SB 110261, E. 7.1. Der Ursprung dieser Rechtsprechung liegt in einem singulären Entscheid aus dem Jahr 1971. Mutter und Tochter hatten beim Zollübertritt auf die Kontrolltätigkeit unter anderem mit Bespucken reagiert. Der Wurf eines Leimtopfes und das Zufügen blutender Kratzwunden hätten eigentlich schon genügt, um die Tatbestandsmässigkeit im Sinne von Art. 285 StGB festzustellen.

²⁴ Der Fall wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn die spuckende Person Trägerin von Infektionskrankheiten wäre und diese durch Speichel übertragen werden könnten.

²⁵ RIKLIN, BSK StGB II (Fn. 9), Art. 177 N 8; TRECHSEL/LIEBER, StGB PK (Fn. 21), Art. 177 N 9.

²⁶ 2009: 2350; 2010: 2258; 2011: 2519; 2012: 2957; 2013: 2776; 2014: 2567; 2015: 2808 polizeilich registrierte Straftaten (Art. 285 StGB) laut Angaben der interaktiven Datenbank des Bundesamtes für Statistik (<https://www.pxweb.bfs.admin.ch/> (zuletzt besucht am 6. 9. 2016).

Anknüpfend an die vorangegangenen Ausführungen ist allerdings zu bedenken, dass diese Basis keine Aussagen darüber erlaubt, ob es Gewaltakte, Drohungen oder tätliche Angriffe bei Ausübung einer Amtshandlung sind, die die Zunahme ausmachen. Da der Artikel zudem nicht nur Amtshandlungen von Polizeiangehörigen erfasst, sondern auch Zugbegleiter, Einwohnerkontroll- oder Sozialamtsmitarbeitende, Betreibungsbeamte und sogar privatrechtlich angestellte Personen von Verkehrsbetrieben (vgl. Art. 285 Ziff. 1 Abs. 2 StGB),²⁷ ist es zudem nicht möglich, diese Zunahme auf eine bestimmte Gruppe zurückzuführen. Der strafrechtliche Begriff des Beamten ist rein funktioneller Natur und daher ist im Sinne von Art. 285 StGB unter Umständen auch der Vorsteher eines Universitätsinstituts oder der Kantonstierarzt²⁸ betroffen, und nicht ein Polizist.²⁹

Um mehr über die Art und Übergriffopfer in Erfahrung zu bringen, sind also detaillierte Erhebungen nötig. Für die empirische Untersuchung öffnen wir den Definitionsrahmen über die tatbestandliche Eingrenzung von Art. 285 StGB hinaus, um die Wahrnehmung der Polizeiangehörigen bezüglich der ganzen Bandbreite von Übergriffen abbilden zu können. Im Folgenden sind also sämtliche Übergriffe gemeint: die Anwendung von Waffen, körperliche Einwirkungen wie Anrempeln, Stossen oder Treten sowie verbale Übergriffe.

III. Befragung zu Viktimisierungserfahrungen

1. Methodik

Im Frühjahr 2016 wurde eine Befragung bei der Luzerner Polizei, genauer bei der «Sicherheitspolizei Region Stadt Luzern»³⁰ durchgeführt, die das Ziel hatte, folgende Fragen zu klären:³¹ Wie verbreitet sind Übergriffe auf Angehörige der Sicherheitspolizei der Stadt Luzern? Welche Arten von Übergriffen sind verbreitet, und in welchen Situationen kommt es zu Übergriffen? Wer sind die Opfer und wie oft haben sie sich zu einer Anzeige entschieden? Um zwischen den Erfahrungen mit vergleichsweise schweren und leichten Übergriffen unterscheiden zu können, wurden diese Fragen getrennt gestellt für Übergriffe *mit* daraus folgender Dienstunfähigkeit und *ohne* daraus folgende Dienstunfähigkeit.

²⁷ Vgl. BGer, Urteil v. 4. 5. 2016, 6B_719/2015 und BGer, Urteil v. 3. 3. 2016, 6B_1140/2014 (beide Urteile betreffen Sicherheitsorgane eines Transportunternehmens im öffentlichen Verkehr).

²⁸ BGer, Urteil v. 22. 2. 2016, 6B_1054/2015.

²⁹ OBERHOLZER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StGB I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 110 N 12.

³⁰ Für die bessere Lesbarkeit verwenden wir nachfolgend die Bezeichnung «Sicherheitspolizei der Stadt Luzern».

³¹ Siehe Fn. 4.



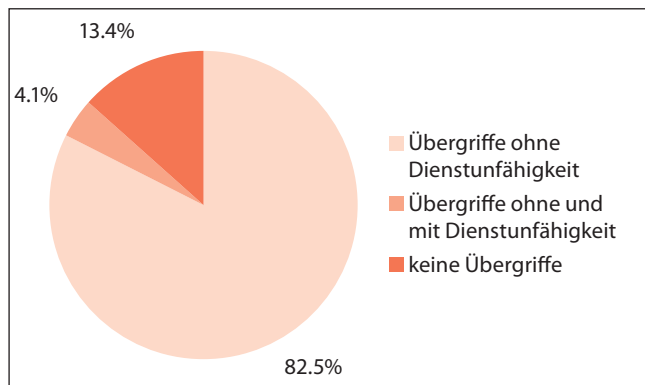
Alle 151 Polizeiangehörigen der Sicherheitspolizei der Stadt Luzern sind eingeladen worden, an der Onlinebefragung teilzunehmen. 97 ausgebildete Polizeiangehörige sind der Einladung gefolgt (Rücklauf: 64%). Ihre Antworten bilden die Grundlage für die nachfolgend beschriebenen Erkenntnisse.

2. Ergebnisse

a) Häufigkeit von Übergriffen

Von 97 Polizeiangehörigen haben insgesamt 84 (86.6%) im Jahr 2015 einen Übergriff erfahren (vgl. Abbildung 1). Die überwiegende Mehrheit war Opfer von vergleichsweise leichten Übergriffen: Bei 80 Polizeiangehörigen (82.5%) hatten die Übergriffe keine Dienstunfähigkeit zur Folge. Hingegen erlebten vier Personen (4.1%) neben leichten zusätzlich insgesamt fünf schwere Übergriffe. 13 Polizistinnen und Polizisten (13.4%) haben 2015 keinen Übergriff erlebt. Die folgenden Auswertungen stützen sich, wo nicht anders vermerkt, auf die Angaben von Polizeiangehörigen, die Übergriffe ohne Dienstunfähigkeit erlebt haben.³²

Abbildung 1:
Prozentualer Anteil von Polizeiangehörigen mit erlebten Übergriffen (ohne und mit Dienstunfähigkeit) in 2015 (N = 97)



b) Opfer von Übergriffen

In einer deutschen Studie zeigte sich, dass männliche Beamte häufiger von Übergriffen betroffen sind als weibliche.³³ Hingegen wurde in der Studie mit Angehörigen der Zürcher Stadtpolizei kein Geschlechtereffekt festgestellt.³⁴ Gemäss der vorliegenden Befragung sind Polizisten ebenfalls nicht statistisch signifikant häufiger Opfer von Übergriffen als ihre Kolleginnen. Die Auswertungen zu den Übergriffen je nach Geschlecht der Polizeiangehörigen zei-

gen, dass von 72 Polizisten 64 (88.9%) einen Übergriff erlebt haben. Bei den Polizistinnen beträgt die Übergriffsrate 78.9% (15 von 19 Polizistinnen). Bei gegebenen Fallzahlen ist der Unterschied von den beiden Übergriffsraten aber zu gering, um von einem statistisch signifikanten Zusammenhang zwischen Übergriff und Geschlecht sprechen zu können. Das heisst, es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dieser Zusammenhang zufällig ist.³⁵

Tabelle 1: Übergriffe ohne und mit Dienstunfähigkeit in 2015 nach Geschlecht der Polizeiangehörigen (N = 91)

Geschlecht	kein Übergriff	Übergriff	Übergriffsrate in %
Mann (N = 72)	8	64	88.9
Frau (N = 19)	4	15	78.9

Bezüglich Dienstalter zeigt sich zuerst ein statistisch signifikanter Zusammenhang:³⁶ Polizeiangehörige, die seit höchstens vier Jahren bei der Sicherheitspolizei der Stadt Luzern arbeiten, haben eine Übergriffsrate von 93.1%. Diese Rate nimmt kontinuierlich ab, und von den Personen mit mehr als 20 Dienstjahren war noch die Hälfte Opfer eines Übergriffs (vgl. Tabelle 2).

Tabelle 2: Übergriffe ohne und mit Dienstunfähigkeit in 2015 nach Dienstjahren der Angehörigen bei der Sicherheitspolizei der Stadt Luzern (N = 88)

Dienstalter (Sipo Stadt in Jahren)	kein Übergriff	Übergriff	Übergriffsrate in %
< 4 (N = 29)	2	27	93.1
5–10 (N = 38)	4	34	89.5
11–20 (N = 13)	2	11	84.6
> 20 (N = 8)	4	4	50.0

Dieses Ergebnis würde bedeuten, dass weniger erfahrene Polizistinnen und Polizisten ein erhöhtes Opferrisiko aufweisen. Wird allerdings die Funktion der Polizeiangehörigen mitberücksichtigt, zeigt sich dieser Zusammenhang nicht mehr. Vielmehr deuten die weitergehenden Analysen darauf hin, dass dienstältere Polizisten nur deshalb ein geringes Übergriffsrisiko aufweisen, weil sie eher im Büro arbeiten und nicht, weil sie schon länger bei der Sicherheitspolizei arbeiten und deshalb erfahrener sind. Auch in der Zürcher Studie zeigte sich, dass die Art der Tätigkeit, d. h. die Übergriffsgelegenheit einflussreicher ist als die Erfahrung des einzelnen Polizisten.³⁷

³² Aufgrund der geringen Fallzahl von schweren Übergriffen mit Dienstunfähigkeit sind verallgemeinerbare Aussagen leider nur beschränkt möglich. Sie ergänzen, wo sinnvoll, die Analyse der Übergriffe ohne Dienstunfähigkeit.

³³ ELLRICH/BAIER/PFEIFFER, Polizeibeamte als Opfer von Gewalt, Ergebnisse einer Befragung von Polizeibeamten in zehn Bundesländern, Baden-Baden 2012, 41, 101.

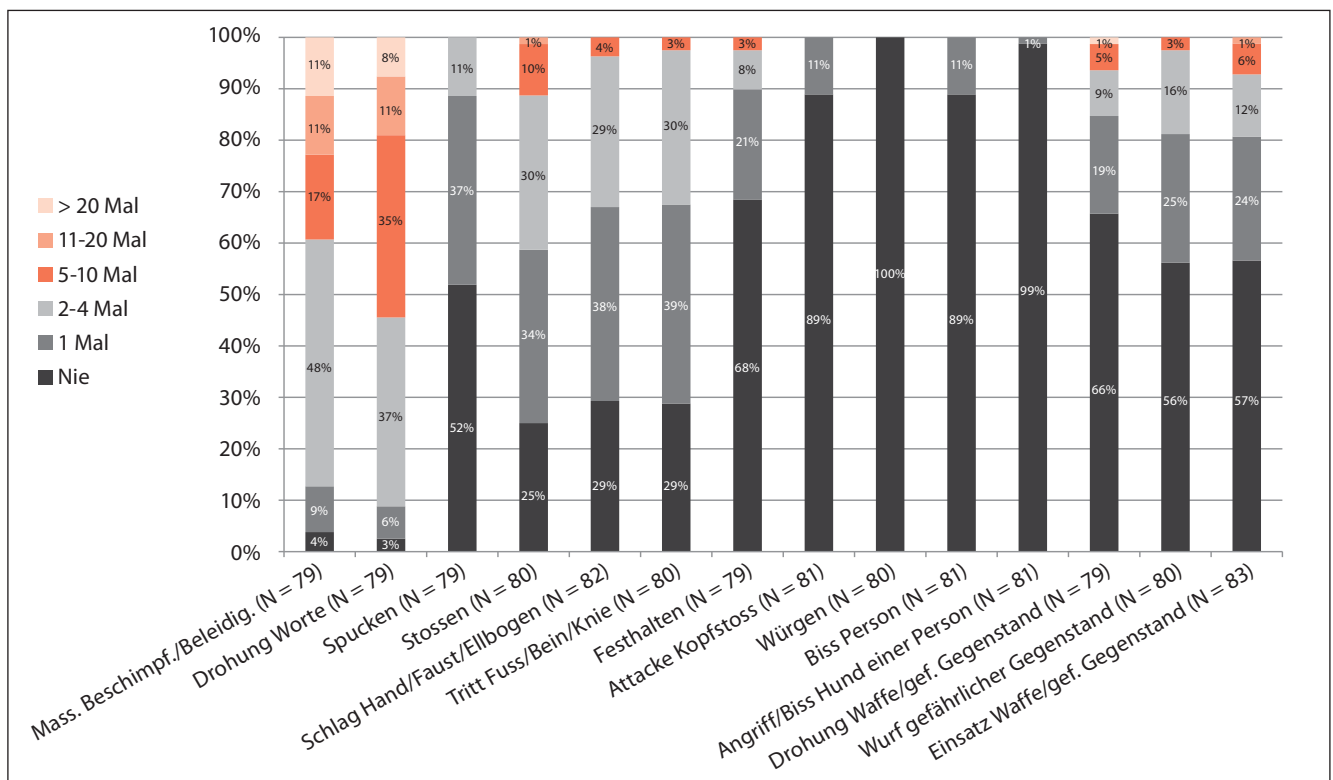
³⁴ MANZONI (Fn. 4), 177.

³⁵ Ergebnis gemäss exaktem Test nach FISHER ($p = .266$).

³⁶ Ergebnisse gemäss Rang-Punktbiserialer-Korrelationsanalyse nach SPEARMAN: $r_s(88) = -.245$, $p = .022$.

³⁷ MANZONI (Fn. 4), 149 f., 177.

Abbildung 2: Prozentuale Häufigkeit verschiedener Übergriffsarten in 2015 (Übergriffe ohne Dienstunfähigkeit)³⁸



c) Übergriffsarten

«Übergriff» wurde in der Befragung umfassender ausgelegt, als es Art. 285 StGB vorsieht. Insgesamt wurden die Polizeiangehörigen zu 14 Übergriffsarten befragt, die drei Kategorien zugeordnet werden können: verbale Übergriffe (massive Beschimpfung/Beleidigung; Drohung mit Worten), körperliche Übergriffe (Spucken; Stossen; Schläge mit der Hand/Faust/dem Ellbogen; Tritte mit dem Fuss/Knie/Bein; Festhalten; Attacke Kopfstoss; Würgen; Biss einer Person) sowie Übergriffe mit Waffen (Drohung mit Waffe/gefährlichem Gegenstand; Wurf mit gefährlichem Gegenstand; Einsatz Waffe/gefährlicher Gegenstand; Biss vom Hund einer Person). Die Abbildung oben fasst die Antworten der Polizeiangehörigen zusammen zu den Fragen, wie häufig sie diese verschiedenen Übergriffsarten erlebt haben (vgl. Abbildung 2).³⁹

Die am häufigsten genannten Übergriffsarten sind «massive Beschimpfung und Beleidigung» und «Drohung mit Worten». 96% resp. 97%, d.h. fast alle Polizistinnen und

Polizisten, sind 2015 mindestens einmal während ihres Dienstes verbal angegriffen worden.⁴⁰ Von allen Befragten haben 22% resp. 19% geantwortet, dass sie 2015 mindestens elf Mal, d.h. mind. einmal monatlich massiv beschimpft resp. beleidigt und mit Worten bedroht worden sind. Damit sind verbale Übergriffe zwar noch kein «Alltagsphänomen», aber doch Realität für Angehörige der städtischen Sicherheitspolizei.

Die Mehrheit der Polizistinnen und Polizisten hat auch körperliche Übergriffe erlebt. Drei Viertel der Befragten (75%) sind im Jahr 2015 mindestens einmal gestossen worden; fast gleich viele, d.h. je 71%, sind aber auch mindestens einmal geschlagen oder getreten worden. Übergriffe wie Spucken, Festhalten, Kopfstösse, Würgen oder Beissen wurden hingegen weniger oder kaum ausgeübt.

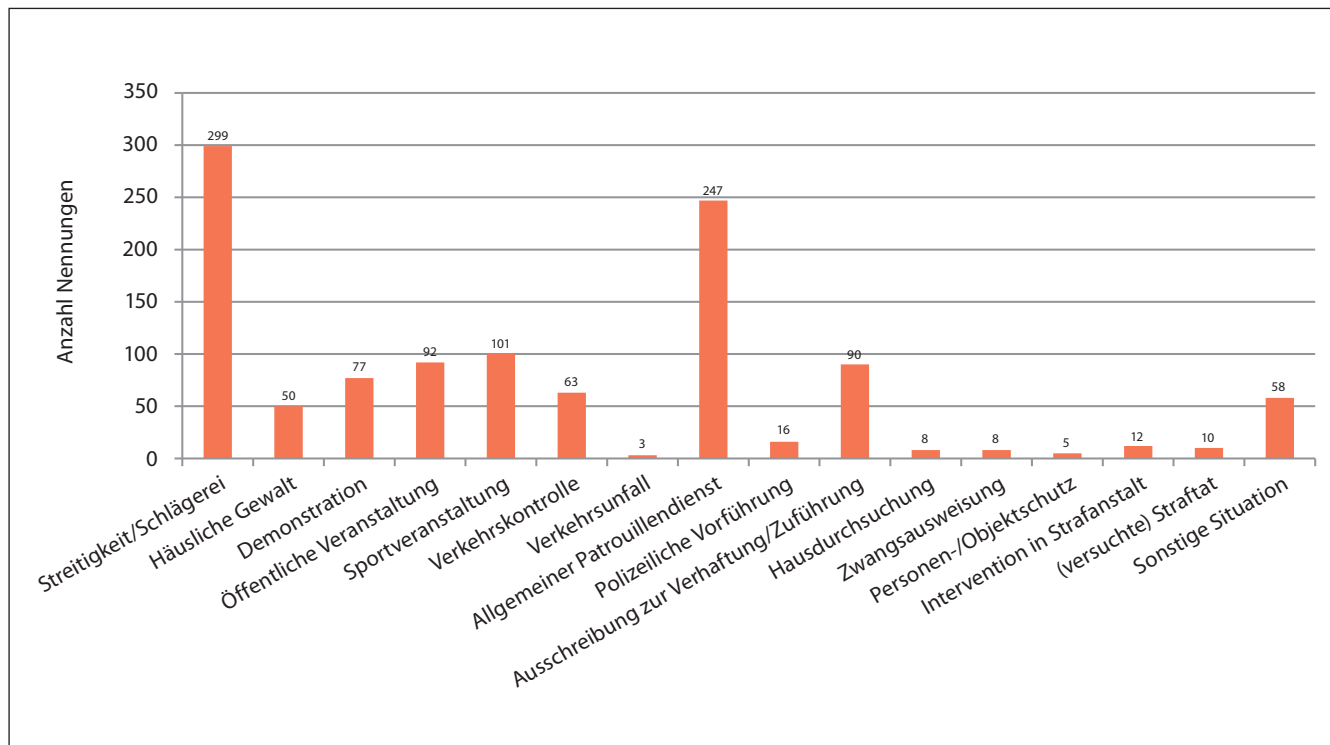
Angriffe oder Drohungen mit Waffen und gefährlichen Gegenständen treten im Vergleich zu verbalen und körperlichen Übergriffen seltener auf. Trotzdem ist 2015 rund jeder dritte Polizeiangehörige (34%) während seiner Arbeit mindestens einmal mit einer Waffe oder einem gefährlichen Gegenstand bedroht worden, 44% sind mit einem gefährlichen Gegenstand beworfen und gegen 43% der Befragten

³⁸ Lesebeispiel für «massive Beschimpfung/Beleidigung»: 79 Polizeiangehörige haben die Frage zur Häufigkeit der Übergriffsart «massive Beschimpfung/Beleidigung» beantwortet. Von den 79 Personen haben 4% keinen solchen Übergriff erlebt, 9% sind 2015 einmal massiv beschimpft oder beleidigt worden, 48% 2–4 Mal, 17% 5–10 Mal, 11% 11–20 Mal und weitere 11% mehr als 20 Mal.

³⁹ Die Fragen lauteten wie folgt: Wie häufig haben Sie diese Gewaltart im Jahr 2015 erlebt? Die Antwortkategorien waren nie, 1 Mal, 2 bis 4 Mal, 5 bis 10 Mal, 11 bis 20 Mal, mehr als 20 Mal.

⁴⁰ Es ist nicht auszuschliessen, dass sich diese Übergriffsarten teilweise auf die gleichen Vorfälle beziehen. Bei den Übergriffen ohne Dienstunfähigkeit wurden die Polizisten nicht detailliert zu jedem Vorfall befragt.

Abbildung 3: Situationen mit Übergriffen ohne Dienstunfähigkeit in 2015 (N = 82, mehrere Nennungen möglich)



ist eine Waffe resp. ein gefährlicher Gegenstand auch tatsächlich eingesetzt⁴¹ worden.

Die Analyse der Fälle, die Übergriffe *mit* Dienstunfähigkeit erlebt haben, zeigt ein vergleichbares Ergebnis. Bezüglich dieser Übergriffe wurden die Polizeiangehörigen für den Zeitraum von 2011 bis 2015 befragt. In diesen fünf Jahren haben neun von 97 Polizistinnen und Polizisten 21 Übergriffe mit Dienstunfähigkeit erlebt. Von den verschiedenen Übergriffsarten haben die Betroffenen am häufigsten Schläge mit der Hand, der Faust oder dem Ellbogen genannt (7 Nennungen), gefolgt von Tritten mit dem Fuss, Bein oder Knie (6 Nennungen), Spucken (5 Nennungen) und Biss einer Person (2 Nennungen).⁴² Der Einsatz von Waffen oder gefährlichen Gegenständen verschiedenster Art (Schläge mit gefährlichen Gegenständen; Einsatz von Stich- oder Schneidwaffen; Angriff mit Injektionsnadel; Einsatz Laserpointer; Einsatz Schusswaffe; Übergriff mit Auto; Angriff/Biss von Hund einer Person) wurde hingegen nur drei Mal erlebt. Somit sind die vergleichsweise schweren Übergriffe überwiegend auf körperliche Übergriffe und nicht auf Übergriffe mit Waffen zurückzuführen. Dieses Ergebnis verdeutlicht gleichzeitig, dass bereits Übergriffe wie Schläge oder Tritte

zu schweren Verletzungen und mehrwöchiger Dienstunfähigkeit führen können.

d) Situationen

Nebst der Verbreitung der verschiedenen Übergriffsarten interessierte es, in welchen Situationen es zu Übergriffen kommt. Die Befragten konnten deshalb jede Übergriffsart einer oder falls zutreffend mehreren Situation zuweisen.⁴³ In der Abbildung oben ist dargestellt, wie häufig die Polizeiangehörigen die verschiedenen Situationen nannten (vgl. Abbildung 3).⁴⁴

Übergriffe auf Polizistinnen und Polizisten erfolgen überwiegend in zwei Situationen: bei Streitigkeiten/Schlägereien (299 Mal genannt) und während des allgemeinen

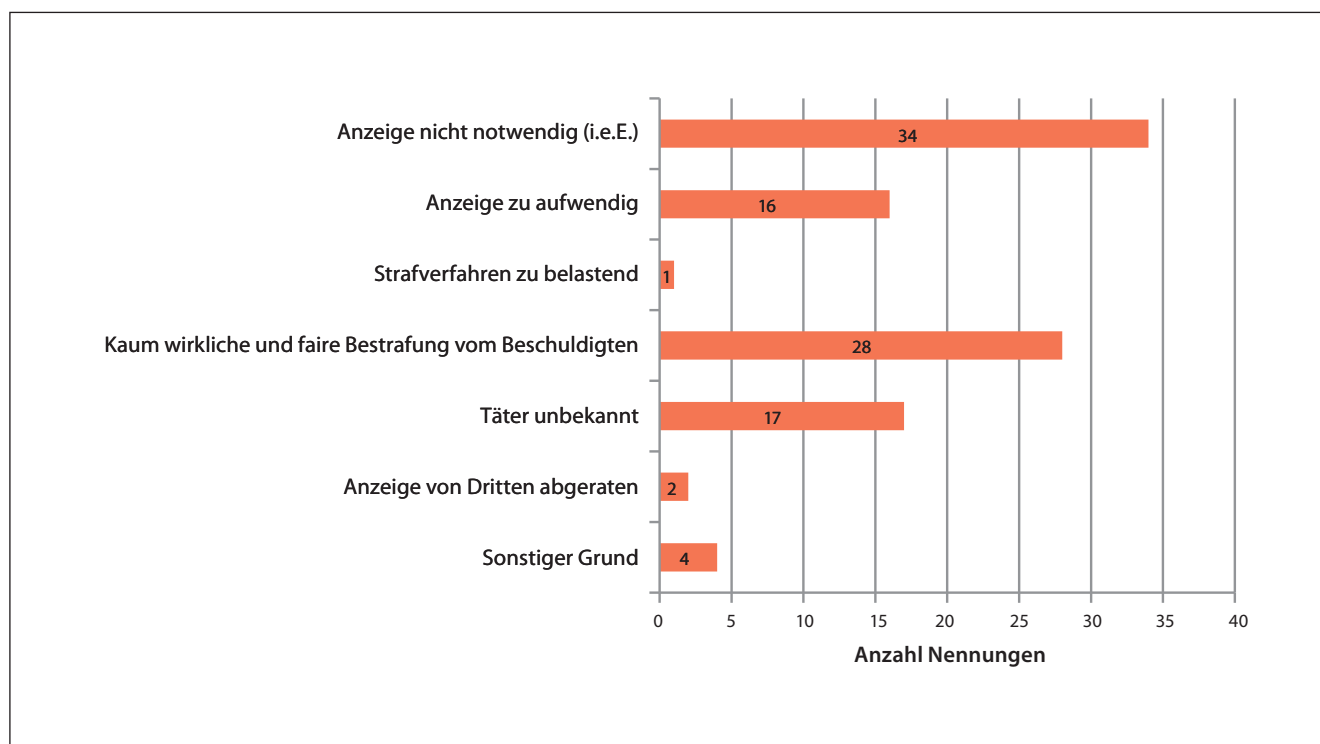
⁴¹ Aufgrund der Reihenfolge der Fragen im Fragebogen ist nicht auszuschliessen, dass die Drohung mit Waffe oder gefährlichem Gegenstand möglicherweise als Einsatz gewertet wurde.

⁴² Vereinzelt sind bei einem Übergriff mehrere Übergriffsarten genannt worden.

⁴³ Die Fragen waren wie folgt formuliert (Beispiel zur Übergriffsart «Einsatz Waffe/gefährlicher Gegenstand»): «Es wurde eine Waffe oder ein gefährlicher Gegenstand gegen mich eingesetzt. In welcher Situation wurde ich Opfer eines solchen Übergriffs?». Die Antwortkategorien waren: Streitigkeit/Schlägerei; Häusliche Gewalt etc. Es konnten mehrere Situationen genannt werden.

⁴⁴ Der Befragte konnte eine Übergriffsart verschiedenen Situationen zuweisen. Im Gegenzug war es aber nicht möglich, für eine Übergriffsart eine bestimmte Situation mehrmals zu nennen, obwohl die Übergriffsart beispielsweise 5–10 Mal in dieser Situation erlebt wurde. Folglich widerspiegeln die Anzahl Nennungen, wie in Abbildung 3 dargestellt, nicht alle Situationen, in denen es 2015 zu Übergriffen ohne Dienstunfähigkeit kam. Situationen von Übergriffen, die mehr als einmal erlebt wurden, sind untervertreten. Aufgrund des Fragebogendesigns kann die Anzahl der effektiv erlebten Situationen mit Übergriffen nicht ermittelt werden, sie dürfte aber höher sein als die hier genannten Werte.

Abbildung 4: Gründe für die (teilweise) Unterlassung einer Anzeige (Übergriffe ohne Dienstunfähigkeit) (N = 53, mehrere Nennungen möglich)



Patrouillendienst (247 Mal genannt).⁴⁵ Deutlich weniger oft, aber durchschnittlich von jedem Befragten mindestens einmal genannt worden sind Grossanlässe wie Sportveranstaltungen (101 Nennungen) und öffentliche Veranstaltungen wie Chilbi oder Fasnacht (92 Nennungen) sowie Verhaftungen (90 Nennungen). Unsere Resultate erlauben aber keine allgemeine Risikoabschätzung von spezifischen Situationen. Inwiefern die deutlich geringere Nennung beispielsweise von Hausdurchsuchungen oder Zwangsausweisungen mit einem generell geringeren Vorkommen dieser Situationen in der Praxis zusammenhängt, kann aufgrund der vorliegenden Daten nicht beantwortet werden.

e) Anzeigeverhalten der Opfer

Die Frage, ob die Übergriffe ohne Dienstunfähigkeit angezeigt wurden, ist von rund einem Drittel der Polizeiangehörigen (32%) bejaht worden (N = 78). Demgegenüber haben 53% die Übergriffe nur teilweise und 15% haben sie gar nicht angezeigt. Der wichtigste Grund für das Unterlassen ist die Selbsteinschätzung, dass «eine Anzeige nicht notwendig ist» (34 von 102 Nennungen, vgl. Abbildung 4). Die Auffassung, dass eine gewisse Erheblichkeit notwendig ist für die Anzeige, bestätigt sich bei der Analyse des Anzeigeverhaltens bei Übergriffen *mit* Dienstunfähigkeit. Wenn es

nämlich zu schweren Übergriffen kommt, werden diese in 19 von 20⁴⁶ Fällen (95%) auch angezeigt. Nur eine Person, die einen schweren Übergriff erlebt hat, hat auf eine Anzeige verzichtet. Bei den Übergriffen ohne Dienstunfähigkeit wurde die Erwartung, dass trotz Anzeige «kaum eine wirkliche und faire Bestrafung des Beschuldigten» erfolgen würde, am zweithäufigsten genannt (28 Nennungen, vgl. Abbildung 4). Diese Antizipation eines unbefriedigenden Strafverfahrensausgangs ist bedenklich.

f) Massnahmen zur Verminderung von Übergriffen
Abschliessend wurden die Polizistinnen und Polizisten gefragt, mit welchen Massnahmen zukünftige Übergriffe verhindert werden könnten. Von sechs Massnahmen sind zwei am häufigsten genannt worden: 65 von 79 Polizeiangehörigen, die diese Frage beantwortet haben, wünschen ein höheres Strafmass bei Art. 285 StGB und 56 Befragte würden eine bessere Ausschöpfung des aktuellen Strafrahmens von Art. 285 StGB begrüssen (vgl. Abbildung 5).

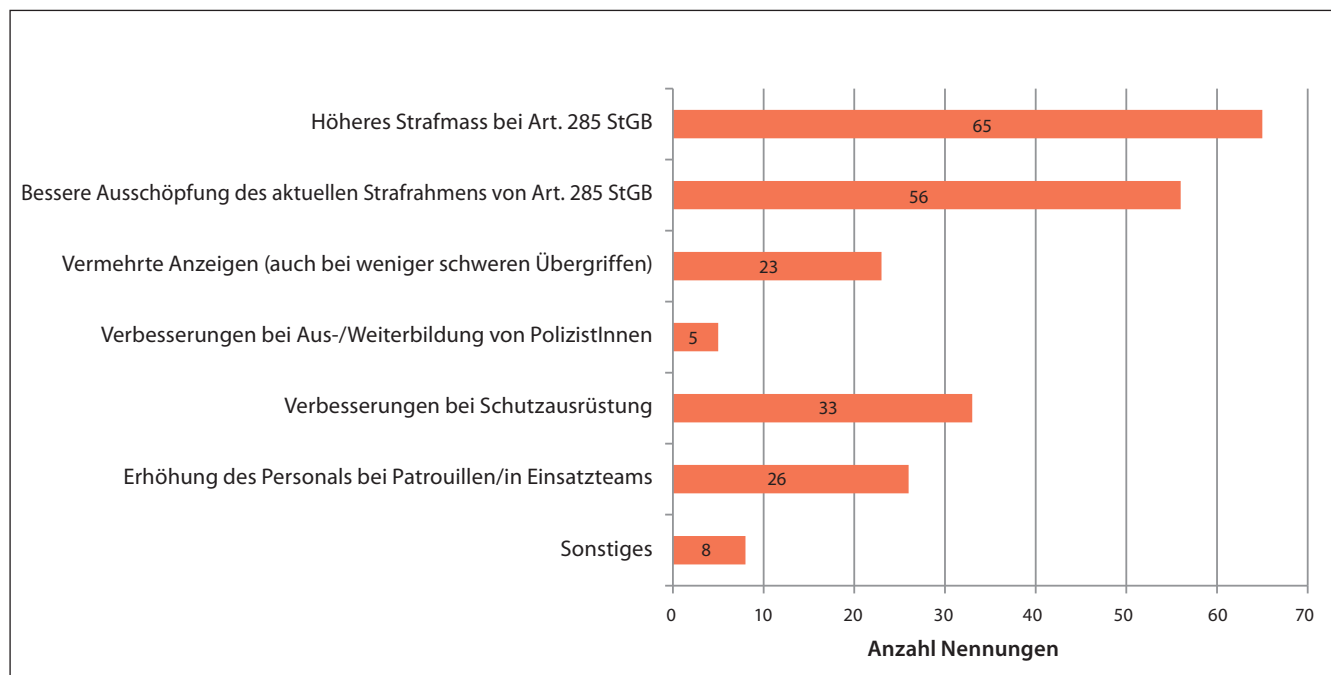
IV. Diskussion und Schlussfolgerungen

«Es gehört leider heute zum Job dazu, bedroht, bespuckt und beleidigt zu werden.» Die eingangs erwähnte Aussage

⁴⁵ Wenn alle Übergriffsarten zusammengezählt werden, kam es 2015 bei (mind.) 299 Streitigkeiten/Schlägereien zu einem Übergriff ohne Dienstunfähigkeit. Zur Vorgehensweise bei der Auswertung vgl. Fn. 43 und 44.

⁴⁶ Insgesamt sind 21 Übergriffe beschrieben worden (2011–2015). Eine Person hat die Frage zum Anzeigeverhalten nicht beantwortet.

Abbildung 5: Massnahmen zur Verminderung von Übergriffen (ohne und mit Dienstunfähigkeit) (N = 79, mehrere Nennungen möglich)



des Luzerner Polizisten hat sich in der Befragung bestätigt. Verbale Übergriffe sind nicht Alltag, aber doch verbreitete Realität für Angehörige der städtischen Sicherheitspolizei. In geringerem Masse trifft dies auch auf physische Übergriffe zu. Mit weiteren Studien ist zu untersuchen, inwiefern die Resultate dieser Studie auf ländliche Gebiete und andere Polizeieinheiten übertragen werden können.⁴⁷

Was bedeuten diese Ergebnisse für die Forderung nach erhöhter Strafschärfe des Art. 285 StGB? Die Strafhöhe ist, wie gezeigt, nicht der zentrale Punkt, denn die Übergriffserfahrungen der Polizeiangehörigen fallen mehrheitlich gar nicht in den Anwendungsbereich dieses Artikels. Das wiederum ist kein Fehler der Rechtsprechung, denn die *ratio legis* des Artikels ist der Schutz der staatlichen Autorität und folglich ist nur erhebliche Renitenz gegenüber Amtshandlungen und amtlichen Tätigkeiten zu bestrafen. Um den Anwendungsbereich auf geringfügige Übergriffe auszuweiten, wäre mit Blick auf Art. 1 StGB ein gesetzgeberischer Eingriff nötig. Dann wäre zu diskutieren, wo (gerade auch im Vergleich zum Schutz der körperlichen Integrität und der Ehre von Privatpersonen) die Schutzlinie in Bezug auf Organe mit staatlicher Autorität zu ziehen ist. Den betroffenen Polizeiangehörigen steht es bereits nach aktueller Rechtslage gleich allen anderen Bürgern offen, eine Anzeige wegen Beschimpfung, Tätlichkeit oder einfacher Körperverletzung zu erstatten.

⁴⁷ Gemäss der deutschen Studie sind Angehörige des Einsatz- und Streifenfriedens am häufigsten von Übergriffen betroffen und variiert das Übergriffsrisiko je nach Grösse des Tätigkeitsgebiets (ländlich-städtische Gebiete) (ELLRICH/BAIER/PFEIFFER [Fn. 33], 40 f.).

Aus wissenschaftlicher Sicht sind repressive Massnahmen alleine unbefriedigend. Als mögliche Ursache für Übergriffe nennt die Forschung beispielsweise Minderwertigkeitsgefühle der potenziellen Täter aufgrund ihres sozial niedrigen Status, die in einer stark asymmetrischen Machtkonstellation, wie es in der Begegnung mit der Polizei als staatlich legitimierte Gewalt der Fall ist, schnell in Gewaltausbrüche eskalieren können. Ein Übergriff vonseiten der Polizei wird dann provoziert, wenn das Bedürfnis der potenziellen Täter nach respektvoller Behandlung nicht erkannt wird.⁴⁸ Die Forschung zu den Motiven und Einstellungen der Täter steht noch am Anfang, sie verneint aber die generelle Verrohung der Gesellschaft als mögliche Ursache der Übergriffe auf die Polizei.⁴⁹

Massnahmen zur Verhinderung von Übergriffen sind deshalb über allfällige Bestrafungen hinaus zu treffen. Auch wenn die befragten Polizistinnen und Polizisten die Aus- und Weiterbildung nicht als hilfreiche Massnahme einschätzen (siehe Abbildung 5), ist es notwendig, das Wissen über die Einstellungen und Bedürfnisse von schwierigen Personen wie auch der Umgang mit ihnen in Weiterbildungen oder Nachbesprechungen zu vermitteln. Der politische Wille,

⁴⁸ STEFFES-ENN, *Polizisten im Visier*, Eine kriminologische Untersuchung zur Gewalt gegen Polizeibeamte aus Tätersicht, Frankfurt am Main 2012, 110 f.

⁴⁹ STEFFES-ENN (Fn. 48), 110 f.; BAIER/ELLRICH, *Vertrauen in die Polizei im Spiegel verschiedener Befragungsstudien*, in: ELLRICH/BAIER (Hrsg.), *Polizeibeamte als Opfer von Gewalt*, Ergebnisse einer Mixed-Method-Studie, Frankfurt am Main 2014, 43–90, 81 und 87.

Zeit und Geld in die Verhinderung von verbalen und physischen Zusammenstössen während des Polizeidienstes zu investieren, ist unerlässlich. Die aktuelle Entwicklung geht allerdings in eine andere Richtung. Eine schlichte Auslagerung polizeilicher Aufgaben an schlechter ausgebildete Polizeiassistierende oder private Sicherheitsleute trägt nicht zur effektiven Prävention bei.

Stichwörter: Polizei, Opfer, Gewalt, Empirie

Mots-clés: police, victime, violence, empirisme

■ **Zusammenfassung:** Gewalt gegen Polizistinnen und Polizisten ist ein Schlagwort, das seit einigen Jahren in der Schweiz medial und politisch thematisiert ist. In diesem Beitrag wird auf die Bandbreite der Übergriffe und die entsprechende normative Auffassung eingegangen. Nach

einer kurzen Darlegung der Aussagekraft der polizeilichen Kriminalstatistik werden die wichtigsten Resultate einer Befragung von Luzerner Sicherheitspolizistinnen und -polizisten vorgestellt. Abschliessend werden mögliche Präventions- und Repressionsmöglichkeiten diskutiert.

Résumé: La violence contre les fonctionnaires de police est un slogan dont les médias et la politique font un sujet de discussion depuis quelques années en Suisse. Les auteurs de la présente contribution se penchent sur la gamme des actes perpétrés et la perception normative correspondante. De brèves considérations sur la signification des statistiques policières de la délinquance précèdent une présentation des principaux résultats d'une enquête effectuée auprès de fonctionnaires de police chargés de tâches de sécurité dans le canton de Lucerne. La discussion de mesures potentielles de prévention et de répression clôt l'étude.



Catherine Hohl-Chirazi, Avocate, Docteure en droit

La procédure devant le tribunal des mesures de contrainte du point de vue de la défense¹

Le 21 décembre 2015, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt TF, 1B_419/2015, lequel a été en partie récemment publié à l'ATF 142 IV 29. Cet arrêt, qui entre en résonance avec l'ATF 137 IV 22 et ses suites², est l'occasion de quelques réflexions autour du rôle respectif du tribunal des mesures de contrainte et du ministère public dans la procédure de détention. Permettez-moi de vous les livrer.

L'état de fait à l'origine de l'ATF 142 IV 29 était le suivant : à la demande du ministère public, A. prévenu de contrainte et de menaces à l'encontre de sa femme dont il vit séparé, est placé en détention provisoire par le tribunal des mesures de contrainte, vu les charges et les risques de fuite et de collusion. La question des risques de réitération et de passage à l'acte est laissée ouverte. Deux mois plus tard, sur le vu d'un rapport intermédiaire de l'expert psychiatre désigné³, le ministère public demande au tribunal des mesures de contrainte de prononcer des mesures de substitution en lieu et place de la détention. De manière inattendue, le tribunal des mesures de contrainte rejette alors la requête du ministère public, au motif que les mesures de substitution proposées pour contenir le risque de fuite⁴ ne sont pas suffisantes. A. est dès lors maintenu en détention provisoire. Il recourt devant le tribunal cantonal supérieur, qui le déboute, puis saisit le Tribunal fédéral. La question qui se pose à ce dernier est alors la suivante : le tribunal des mesures de contrainte peut-il ordonner/maintenir la détention si le ministère public se contente de demander des mesures de substitution ? En d'autres termes, peut-il statuer au-delà des conclusions du ministère public ?

Le Code de procédure pénale (RS 312.0 – CPP) ne contient aucune disposition explicite à ce sujet. L'art. 226 al. 4 let. c CPP, tout comme l'art. 227 al. 5 CPP, prévoit en effet uniquement que le tribunal des mesures de contrainte peut ordonner une mesure de substitution en lieu et place

de la détention. Mais qu'en est-il de l'inverse ? Si le ministère public se contente de proposer des mesures de substitution, le tribunal des mesures de contrainte est-il autorisé à ordonner la détention provisoire ? Le Tribunal fédéral a cherché à déterminer si le silence de la loi constituait une lacune ou un silence qualifié⁵. Il a alors constaté que, même si les art. 226 al. 4 let. c et 227 al. 5 CPP ne sont pas directement applicables au cas d'espèce, leur lettre plaide pour qu'il soit interdit au tribunal des mesures de contrainte d'ordonner/maintenir la détention lorsque le ministère public ne le demande pas⁶. Ce point de vue est confirmé par le Message du Conseil fédéral⁷. Le Tribunal fédéral a ensuite procédé à une interprétation téléologique de la loi. A cet égard, il a distingué le rôle du ministère public du rôle du tribunal des mesures de contrainte⁸.

Le rôle dévolu au ministère public par le CPP est celui de garant de la procédure pénale et de sa bonne fin. A ce titre, il est responsable de veiller à ce que la mise en liberté du prévenu ne complique pas, ni ne compromette, la poursuite de l'enquête pénale⁹. Le rôle du tribunal des mesures de contrainte n'est quant à lui pas de garantir le bon déroulement de la procédure pénale. Vu la position forte du ministère public dans la procédure préliminaire, c'est au contraire un rôle de contrepoids correctif qui lui est dévolu par le CPP. Le but du contrôle de la détention par le tribunal des mesures de contrainte est en effet de protéger le prévenu, c'est-à-dire de contrôler la légalité des mesures de contrainte requises et leur proportionnalité et de prononcer les mesures qui lèsent le moins les droits fondamentaux de celui-ci. Le tribunal des mesures de contrainte n'a donc pas pour rôle d'interférer dans la conduite de la procédure pénale et de s'attribuer des compétences que la loi ne lui confère pas¹⁰. Le Tribunal fédéral en conclut que le tribunal des mesures de contrainte est lié par les conclusions du ministère public et n'a pas le droit d'ordonner/maintenir la détention provisoire lorsque le ministère public ne le demande pas. Le CPP contient sur ce point un silence qualifié¹¹.

¹ Texte de la conférence donnée à Vaduz le 10 juin 2016 à l'occasion de la 95^e assemblée annuelle de la Société Suisse de droit pénal.

² ATF 137 IV 87 = JdT 2012 IV 143; ATF 137 IV 230 = JdT 2012 IV 179; ATF 137 IV 237 = JdT 2012 IV 151; ATF 138 IV 92 = JdT 2013 IV 12; ATF 138 IV 148 = JdT 2013 IV 20; ATF 139 IV 314 = JdT 2014 IV 195; TF, 26.5.2015, 1B_158/2015.

³ Qui conclut à une absence de risque de passage à un acte homicide et à un risque modéré de réitération d'actes de menace et de contrainte.

⁴ Obligation de déposer ses papiers d'identité et de s'annoncer au poste de police une fois par semaine.

⁵ ATF 142 IV 29 consid. 3.1.

⁶ ATF 142 IV 29 consid. 3.2.

⁷ FF 2006 1057, 1214; ATF 142 IV 29 consid. 3.3.

⁸ ATF 142 IV 29 consid. 3.4.

⁹ ATF 142 IV 29 consid. 3.4.

¹⁰ ATF 142 IV 29 consid. 3.4.

¹¹ ATF 142 IV 29 consid. 3.5.

Le tribunal des mesures de contrainte peut-il toutefois ordonner des mesures de substitution plus incisives pour les droits fondamentaux du prévenu que celles proposées par le ministère public ? Cette question n'a pas été tranchée par l'ATF 142 IV 29. Le Tribunal fédéral a cependant émis l'opinion que le procédé serait acceptable, pour autant que le droit d'être entendu du prévenu soit respecté¹². Il s'est appuyé à cet égard sur le Message à propos de l'actuel art. 226 al. 4 let. c CPP¹³ et trois avis de doctrine. L'examen de ces textes conduit toutefois à une conclusion différente. Si le Message dit en effet que le tribunal des mesures de contrainte peut ordonner des mesures de substitution « même si celles-ci n'ont pas été proposées par le ministère public »¹⁴, c'est cependant par référence à l'art. 225 al. 4 let. c du projet de CPP (actuel art. 226 al. 4 let. c CPP au texte inchangé), c'est-à-dire aux cas dans lesquels le ministère public a demandé la détention. Il rappelle en d'autres termes que le tribunal des mesures de contrainte doit appliquer le principe de la proportionnalité et ordonner des mesures de substitution en lieu et place de la détention provisoire, même si le ministère public n'a demandé que celle-ci (cf. art. 226 al. 4 let. c CPP). Quant à la doctrine citée, elle vise le cas du prononcé d'autres mesures de substitution¹⁵, mais non pas expressément la situation qui nous occupe, à savoir le prononcé d'autres mesures plus incisives. Rien ne permet dès lors de retenir que le tribunal des mesures de contrainte aurait le droit d'ordonner des mesures de contrainte plus incisives pour les droits fondamentaux du prévenu que celles qui sont demandées par le ministère public. Au contraire, conclure de la sorte reviendrait à dénaturer le rôle du tribunal des mesures de contrainte tel qu'il a précisément été défini par l'ATF 142 IV 29. Sur ce sujet encore, à chacun son rôle et ses responsabilités. Il n'appartient pas au tribunal des mesures de contrainte de s'attribuer des compétences que la loi ne lui confère pas et d'interférer dans la conduite de la procédure pénale par le ministère public¹⁶.

Le rôle du ministère public dans la procédure pénale tel que défini par l'ATF 142 IV 29 avait déjà été circonscrit par l'ATF 137 IV 22 et ses suites¹⁷. Si un droit de recours contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte a été octroyé par le Tribunal fédéral au ministère public, puis

assorti d'un effet suspensif limité¹⁸ malgré le texte clair de l'art. 226 al. 5 CPP, c'est en effet au motif de donner à celui-ci les moyens de garantir les objectifs de son instruction. Ainsi, lorsque le tribunal des mesures de contrainte prononce une mise en liberté et que le ministère public s'y oppose en suivant la procédure préconisée par le Tribunal fédéral¹⁹, son recours a pour conséquence que le prévenu reste détenu. En d'autres termes, la mise en liberté ordonnée est paralysée.

Un regard critique doit être porté sur ce mécanisme, en particulier lorsque le tribunal des mesures de contrainte procède au contrôle initial de la légalité de la privation de liberté. Dans ce cas en effet, le tribunal des mesures de contrainte doit disposer des attributs exigés par l'art. 5 ch. 3 CEDH. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le juge qui procède au contrôle initial de la légalité de la détention doit en particulier avoir le pouvoir d'ordonner de manière contraignante la mise en liberté²⁰. C'est ce que notre législateur fédéral a justement prévu à l'art. 226 al. 5 CPP, lequel stipule que « si le tribunal des mesures de contrainte n'ordonne pas la détention provisoire, le prévenu est immédiatement mis en liberté ». En créant un droit de recours du ministère public, et surtout en le dotant d'un effet suspensif limité, le Tribunal fédéral a cependant porté atteinte au pouvoir du tribunal des mesures de contrainte d'ordonner la mise en liberté de manière effective. Lorsque cette mise en liberté est ordonnée dans le cadre du contrôle initial de la légalité de la privation de liberté, cela a pour conséquence que le tribunal des mesures de contrainte n'est pas le « juge » exigé par l'art. 5 ch. 3 CEDH, faute de disposer des compétences nécessaires à cet effet.

Qui peut alors être ce juge ? Est-ce l'autorité de recours saisie par le ministère public ? Oui, si elle dispose du pouvoir d'élargir de manière effective. Au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, à savoir les ATF 138 IV 92²¹ et 139 IV 314²² en particulier, c'est en principe le cas. Le Tribunal fédéral a en effet souligné que le recours en matière pénale du ministère public contre une décision de dernière instance cantonale de mise en liberté n'est pas assorti du même effet suspensif limité que le recours devant l'autorité de recours selon les art. 222 et 393 et ss CPP. Devant le Tribunal fédéral en effet, le CPP ne s'applique pas. C'est la loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110 – LTF) qui est la loi de procédure

¹² ATF 142 IV 29 consid. 3.3 et 3.5.

¹³ FF 2006 1057, 1214.

¹⁴ FF 2006 1057, 1214.

¹⁵ HUG/SCHNEIDER, Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2^e éd., Zurich 2014, art. 226 n° 13 ; FORSTER, Basler Kommentar Strafprozessordnung Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, art. 226 n° 12 ; SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2013, art. 226 n° 10.

¹⁶ ATF 142 IV 29 consid. 3.4 *in fine*.

¹⁷ ATF 137 IV 87 = JdT 2012 IV 143 ; ATF 137 IV 230 = JdT 2012 IV 179 ; ATF 137 IV 237 = JdT 2012 IV 151 ; ATF 138 IV 92 = JdT 2013 IV 12 ; ATF 138 IV 148 = JdT 2013 IV 20 ; ATF 139 IV 314 = JdT 2014 IV 195 ; TF, 26.5.2015, 1B_158/2015.

¹⁸ ATF 137 IV 237 = JdT 2012 IV 151.

¹⁹ Annonce immédiate du recours auprès du tribunal des mesures de contrainte et dépôt dans les trois heures au maximum dudit recours assorti de mesures superprovisionnelles et provisionnelles en vue du maintien en détention du prévenu. Cf. à cet égard les arrêts « mode d'emploi » cités sous note n° 2 supra.

²⁰ Cf. notamment CourEDH 3.10.2006, *McKey c. Royaume-Uni*, §40 et CourEDH 28.10.1998, *Assenov et autres c. Bulgarie*, §146.

²¹ ATF 138 IV 92 consid. 2 = JdT 2013 IV 12.

²² ATF 139 IV 314 consid. 2.3.3 = JdT 2014 IV 195.



pertinente. Or, selon l'art. 103 LTF, dans un cas de ce type, le recours en matière pénale n'a pas d'effet suspensif. Pour empêcher une mise en liberté, il faudrait donc que le ministre public demande le maintien en détention par la voie de mesures provisionnelles selon l'art. 104 LTF. Une telle conclusion se confondrait toutefois avec sa conclusion au fond, ce qui n'est pas admissible. Au surplus, le Tribunal fédéral pourrait être amené à se prononcer en première instance, ce qui n'est pas son rôle. Dès lors, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral une mise en détention ne saurait qu'exceptionnellement être prononcée par l'instance suprême du pays, dans des cas très particuliers, lorsque cela s'avère indispensable pour protéger des intérêts supérieurs directement menacés, par exemple la sécurité publique en face de personnes violentes et dangereuses²³. Une mise en liberté ordonnée par l'autorité de recours est donc en principe contraignante. Cette autorité dispose dès lors des attributs exigés du juge de l'art. 5 ch. 3 CEDH. C'est a priori une bonne nouvelle. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que le contrôle initial de la légalité de la détention doit intervenir avec célérité, soit au maximum dans les nonante-six heures dès la privation de liberté (cf. art. 224 al. 2 et 226 al. 1 CPP). Or, le temps que l'autorité de recours statue, au terme de la procédure contradictoire exigée par l'art. 5 ch. 3 CEDH²⁴ (ce qui n'est pas le cas de la procédure sur mesures superprovisionnelles), le délai de nonante-six heures sera vraisemblablement largement dépassé. Dans de tels cas, la détention sera donc systématiquement illégale, selon la propre jurisprudence du Tribunal fédéral²⁵ !

Les observations qui précèdent autour de l'ATF 142 IV 29 et de l'ATF 137 IV 92 et ses suites laissent entrevoir les craintes qui semblent exister à laisser le ministre public et le tribunal des mesures de contrainte jouer pleinement leurs rôles respectifs dans la procédure de détention et assumer les responsabilités qui leur sont confiées. Elles illustrent aussi le fait qu'à vouloir moduler par voie prétorienne le rôle des uns et des autres, la jurisprudence a altéré la logique procédurale voulue par le législateur fédéral, au détriment des droits du prévenu détenu. Les réflexions en cours en vue de certaines modifications du CPP seraient dès lors à notre sens l'occasion d'une part, de préciser clairement à l'art. 226 al. 4 CPP que le tribunal des mesures de contrainte n'a en aucun cas le droit de prononcer des mesures de contrainte plus incisives que celles requises par le ministre public et, d'autre part, si le recours du ministre public contre les dé-

cision du tribunal des mesures de contrainte en matière de détention devait finalement être ancré à l'art. 222 CPP, que le contrôle initial de la légalité de la détention, procédure de recours comprise en cas de recours du ministre public, doit intervenir dans les nonante-six heures au maximum à compter du début de la privation de liberté. Ce dernier point peut paraître irréaliste à première vue, mais ne l'est probablement pas. Les délais de vingt-quatre et quarante-huit heures à disposition des autorités (art. 219 al. 4, 224 al. 2 et 226 al. 1 CPP) ne doivent en effet pas être épuisés et souvent en pratique ne le sont pas, ni par la police, ni par le ministre public. Ils ne le sont d'ailleurs dans la règle pas non plus par le tribunal des mesures de contrainte, vu le peu de latitude qui lui est laissé par la jurisprudence pour instruire²⁶.

Mots-clés : rôle du tribunal des mesures de contrainte, absence de conformité à l'art. 5 ch. 3 CEDH du recours contre la mise en liberté

Stichwörter : Rolle des Zwangsmassnahmengerichts, Unvereinbarkeit der Beschwerde gegen Freilassungsverfügungen mit Art. 5 Ziff. 3 EMRK

■ **Résumé :** Dans la procédure de détention, le tribunal des mesures de contrainte a pour rôle de veiller au respect des droits fondamentaux du détenu et non pas de garantir le bon déroulement de la procédure pénale. Il ne peut dès lors pas statuer au-delà des conclusions prises par le ministre public. Le droit de recours du ministre public contre les décisions initiales de mise en liberté du tribunal des mesures de contrainte contrevient à l'art. 5 ch. 3 CEDH.

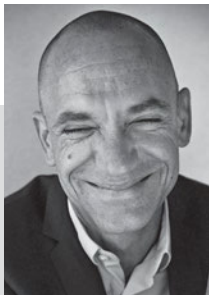
Zusammenfassung : Im Haftverfahren ist es Aufgabe des Zwangsmassnahmengerichts dafür zu sorgen, dass die Grundrechte der inhaftierten Person geachtet werden, nicht aber zu gewährleisten, dass das Strafverfahren ordnungsgemäss verläuft. Das Zwangsmassnahmengericht ist daher an die Anträge der Staatsanwaltschaft gebunden. Das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen ursprüngliche Haftentlassungsentscheide des Zwangsmassnahmengerichts widerspricht Art. 5 Ziff. 3 EMRK.

²³ ATF 139 IV 314 consid. 2.3.3 = JdT 2014 IV 195.

²⁴ Cf. notamment CourEDH 29.3.2010, *Medvedyev et autres c. France*, §124.

²⁵ Cf. ATF 137 IV 92 consid. 3.2.1 = JdT 2011 IV 367 et ATF 137 IV 118 consid. 2.1.

²⁶ Cf. ATF 137 IV 122 consid. 3.2.



Rechtsanwalt Thomas Fingerhuth, Zürich

BGE-Praxis II/2016

BGE 142 IV 137 und 142 I 93 sowie eine Auswahl nicht amtlich publizierter Entscheide des Bundesgerichts bis und mit 31.8.2016

Inhaltübersicht:

- I. Strafrecht
 - 1. Allgemeiner Teil
 - 2. Besonderer Teil
- II. Strafverfahren

I. Strafrecht

1. Allgemeiner Teil

Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB (Stationäre therapeutische Behandlung von psychischen Störungen, Beginn der fünfjährigen Dauer): Der mit der stationären Behandlung verbundene Freiheitsentzug im Sinne von Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB umfasst auch den Freiheitsentzug zwischen der rechtskräftigen sowie vollstreckbaren Massnemeanordnung und dem effektiven Behandlungsbeginn.¹

Art. 59 Abs. 3 StGB (Stationäre therapeutische Behandlung von psychischen Störungen in einer geschlossenen Einrichtung oder Strafanstalt, Zuständigkeit): Ob ein Täter gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB in einer geschlossenen Einrichtung oder Strafanstalt nach Art. 76 Abs. 2 StGB unterzubringen ist, ist eine Vollzugsfrage, die von den Vollzugsbehörden zu beurteilen ist.²

Art. 61 und 59 Abs. 3 StGB (Unterbringung in einer Einrichtung für junge Erwachsene, Behandlung von psychischen Störungen in einer geschlossenen Einrichtung; Voraussetzungen einer Massnahme für junge Erwachsene gemäss Art. 61 StGB): Die zum alten Recht entwickelte Rechtsprechung findet weiterhin Anwendung. Im vorliegenden Fall ist der Beschwerdeführer gefährlich und dessen Persönlichkeit derart gestört, dass diese nur schwer veränderbar ist; seine Unterbringung in einer Einrichtung für junge Erwachsene ist somit nicht zweckmässig. Unter diesen Voraussetzungen erweist sich die Anordnung einer stationären Massnahme in einer geschlossenen Einrichtung

zur Behandlung psychischer Störungen eines jungen Erwachsenen nicht als bundesrechtswidrig.³

Art. 64 Abs. 1 StGB (Lebenslängliche Freiheitsstrafe, Verwahrung; Verhältnis): Die Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB ist auch bei Ausfällung einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe anzuordnen, wenn die in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind.⁴

2. Besonderer Teil

Art. 111, 113 und 117 StGB; Art. 15 f. StGB (Tötung in Notwehrexzess; Verhältnis zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Tötung sowie Totschlag): Ob der Angegriffene den Angriff provoziert hat, ist bei der Zulässigkeit bzw. der Verhältnismässigkeit der Notwehr und der Entschuldbarkeit eines allfälligen Notwehrexzesses zu berücksichtigen. Ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Tötung mit der Begründung, der Täter habe die Notwehrsituation selbst verschuldet, wenn auch nur fahrlässig, kommt nicht in Betracht. Totschlag und Notwehrlage schliessen sich nicht gegenseitig aus. Liegt die heftige Gemütsbewegung in der Aufregung oder Bestürzung über einen unrechtmässigen Angriff, gelangen Art. 113 und 16 Abs. 1 StGB jedoch nicht gleichzeitig zur Anwendung; die Tat ist als vorsätzliche Tötung nach Art. 111 StGB, begangen in Notwehrexzess, zu qualifizieren.⁵

Art. 146 Abs. 1 StGB (Betrug): Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass der Regelfall des Geschäftsalltags nicht aus dem Schutzbereich des Betrugstatbestands ausgeklammert werden darf.⁶ Entgegen ihren Erwägungen handelt es sich bei der vom Beschwerdeführer getätigten Bestellung allerdings gerade nicht um einen Regelfall des Geschäftsalltags. Wenn eine Privatperson einen leistungsstarken Drucker der Mittelklasse für rund CHF 2200.– bestellt, kann nicht mehr von einem Alltagsgeschäft gesprochen werden. Im Jahr 2009 betrug das mittlere verfügbare Einkommen der Privathaushalte in der Schweiz CHF 6650.–. Der Preis des dem

¹ BGE 142 IV 105.

² BGE 142 IV 1.

³ BGE 142 IV 49.

⁴ BGE 142 IV 56.

⁵ BGE 142 IV 14.

⁶ Vgl. Urteil 6B_497/2014 v. 6.3.2015, E. 3.4.2.



Beschwerdeführer gelieferten Druckers belief sich demnach auf rund einen Drittel des damals pro Monat im Mittel verfügbaren Einkommens eines Privathaushaltes. Dass der Kauf eines solchen Druckers durch eine Privatperson nicht alltäglich ist, ergibt sich auch aus den Aussagen des Vertreters der Verkäuferin im vorinstanzlichen Verfahren, wonach er sich noch gedacht habe, ein Privater benötige nicht unbedingt ein solch leistungsstarkes Gerät. Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen unterhielt der Beschwerdeführer vor dem fraglichen Geschäft keine Geschäftsbeziehung zu der Verkäuferin und es lag somit kein Vertrauensverhältnis irgendwelcher Art vor. Die Lieferung auf Rechnung bei über das Internet bestellter Ware ist generell eher unüblich, jedenfalls bei Bestellungen von Produkten mit einem – wie vorliegend – höheren Warenwert. Üblich ist die Bezahlung der Ware per Kreditkarte oder Vorkasse, ehe diese versandt wird. Indem die Verkäuferin den für eine Privatperson unüblich leistungsstarken und entsprechend teuren Drucker auf Rechnung an eine ihr unbekannt Privatperson lieferte, ging sie bewusst ein gewisses Risiko ein. Zusätzlich tätigte sie keinerlei Abklärungen hinsichtlich der Bonität des Beschwerdeführers. Es wäre der Verkäuferin indes ohne erheblichen zusätzlichen Aufwand möglich gewesen, das Gerät erst nach gesicherter Bezahlung zu versenden oder die Bonität des Beschwerdeführers zumindest rudimentär zu prüfen. Eine entsprechende Prüfung hätte gezeigt, dass der Beschwerdeführer angesichts seiner finanziellen Verhältnisse zur Erfüllung des Kaufvertrags offensichtlich nicht fähig war und somit auch nicht ernsthaft leistungswillig sein konnte.⁷ Dieser zusätzliche Aufwand kann angesichts der konkreten Umstände nicht als unverhältnismässig oder unzumutbar bezeichnet werden. Die Verkäuferin hat sich gegenüber dem Beschwerdeführer, der sich keiner besonderen Machenschaften bediente, auch nicht in einer untergeordneten Stellung befunden.⁸ Das Verhalten der Verkäuferin muss deshalb unter Berücksichtigung der Gegebenheiten als leichtfertig eingestuft werden. Von einer arglistigen Täuschung durch den Beschwerdeführer kann nicht gesprochen werden.⁹ Die Missachtung grundlegendster Vorsichtsmassnahmen durch die Verkäuferin lässt dessen Verhalten vorliegend ausnahmsweise in den Hintergrund rücken^{10,11}

Art. 173 und 178 Abs. 1 i. V. m. 98 lit. a StGB: (Üble Nachrede begangen durch einen im Internet publizierten Text, Verfolgungsverjährung): Die üble Nachrede, begangen durch eine ehrverletzende Äusserung in einem Blog auf einer Internetseite, ist ein Zustandsdelikt. Die Verfolgungsverjährung beginnt mit der Publikation.¹²

Art. 1096–1099 OR; Art. 110 Abs. 4 und 251 Ziff. 1 StGB (Eigener Wechsel, Urkunde, Urkundenfälschung): Sofern keine besonderen Umstände vorliegen, kann aus einer in einem eigenen Wechsel enthaltenen Zahlungsverpflichtung nicht auf die Absicht des Ausstellers geschlossen werden, die darin verkörperte Schuld zu bezahlen. Hinsichtlich des Zahlungswillens ist der eigene Wechsel keine Urkunde im Sinne von Art. 110 Abs. 4 und Art. 251 Ziff. 1 StGB.¹³

Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Amtsgeheimnisverletzung): Die Verpflichtung zur Geheimhaltung ergibt sich aus der besonderen Stellung des Behördenmitgliedes bzw. des Beamten. Es bedarf hierfür keiner besonderen ausserstrafrechtlichen Grundlage in dem für die Ausübung des Amtes massgebenden Gesetz.¹⁴

II. Strafverfahren

Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 3 Abs. 2 lit. a und b StPO (Überspitzter Formalismus bei fehlender gültiger Unterschrift): Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum überspitzten Formalismus bei nicht formgültig unterzeichneten Rechtsmitteleingaben¹⁵ ist auch bei der Anwendung der Strafprozessordnung zu beachten. Ist eine Rechtsmittelschrift einer Partei nicht rechtsgültig von dieser oder ihrem Vertreter unterschrieben, hat das Gericht eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels anzusetzen. Ausgenommen sind Fälle des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs.¹⁶

Art. 69 und 405 StPO (Art des Berufungsverfahrens nach Rückweisung durch das Bundesgericht): Im Falle eines bundesgerichtlichen Rückweisungsurteils richtet sich die Art des Berufungsverfahrens gemäss der Rechtsprechung ebenfalls nach Art. 405 f. StPO. Entscheidend für die Frage, ob das Rückweisungsverfahren mündlich oder schriftlich zu führen ist, sind der Rahmen des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts und dessen für das Berufungsgericht verbindlichen Erwägungen. Das Verfahren kann insbesondere schriftlich geführt werden, wenn die Rückweisung ausschliesslich Rechtsfragen betrifft.^{17,18}

Art. 83 Abs. 1 StPO (Erläuterung und Berichtigung eines Entscheides): Erläuterung und Berichtigung bezwecken nicht die materielle Überprüfung eines Entscheids, sondern dessen Klarstellung beziehungsweise die Korrektur offensichtlicher Versehen. Ein solches liegt vor, wenn aus der Lektüre des Textes eines gerichtlichen Entscheids eindeutig hervorgeht, dass das, was das Gericht aussprechen oder anordnen wollte, nicht übereinstimmt mit dem, was es tat-

⁷ Vgl. BGE 118 IV 359, E. 2, 361 mit Hinweisen.

⁸ Vgl. BGE 125 IV 124, E. 3b, 128.

⁹ Vgl. Urteil 6B_663/2011 v. 2.2.2012 E. 2.3.3 mit Hinweis auf BGE 118 IV 359, E. 2.

¹⁰ Vgl. BGE 135 IV 76, E. 5.2, 81 mit Hinweisen.

¹¹ Urteil 6B_887/2015 v. 8.3.2016.

¹² BGE 142 IV 18.

¹³ BGE 142 IV 119.

¹⁴ BGE 142 IV 65.

¹⁵ Vgl. BGE 120 V 413.

¹⁶ BGE 142 I 10.

¹⁷ Urteile 6B_1220/2013 v. 18.9.2014, E. 1.4; 6B_4/2014 v. 28.4.2014, E. 4; 6B_76/2013 v. 29.8.2013, E. 1.1.

¹⁸ Urteil 6B_57/2016 v. 26.5.2016.

sächlich ausgesprochen oder angeordnet hat.¹⁹ Es muss sich mit andern Worten um einen Fehler im Ausdruck und nicht in der Willensbildung des Gerichts handeln. Eine Entscheidung, die so gewollt war, wie sie ausgesprochen wurde, die aber auf einer irrtümlichen Sachverhaltsfeststellung oder auf einem Rechtsfehler beruht, kann nicht berichtigt werden.^{20, 21}

Art. 113 Abs. 1 Sätze 1–2 StPO, 265 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 StPO (Zwangsmassnahmen und Verweigerung der Mitwirkung; Verhältnis): Zwar können beschuldigte Personen weder zu einer Aussage noch zur Edition von Beweisunterlagen unter Strafandrohung verpflichtet werden (Selbstbelastungsprivileg). Keiner strafbewehrten Pflicht zur (eigenhändigen) Herausgabe unterliegen auch andere Personen, die zur Aussage- und Zeugnisverweigerung berechtigt sind (Art. 265 Abs. 2 lit. b StPO) sowie (auch noch nicht beschuldigte) Unternehmen, wenn sie sich durch eine Edition selbst derart belasten würden, dass sie strafrechtlich oder zivilrechtlich verantwortlich gemacht werden könnten.²² Dies bedeutet jedoch nicht, dass die genannten Personen und Unternehmen eine Duldung der gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen abwenden könnten, die zur Aufklärung von Straftaten notwendig erscheinen.²³ Insbesondere kann die Staatsanwaltschaft nötigenfalls (anstelle einer Edition) die zwangsweise Sicherstellung, Entsiegelung und förmliche Beschlagnahmung von Beweisunterlagen anordnen.^{24, 25}

Art. 9 BV; Art. 354 Abs. 1, 353 Abs. 3 und 85 Abs. 2 StPO (Zustellung eines Strafbefehls mittels einfacher Postsendung; Beweislast der Zustellung): Stellt die Strafbehörde einen Strafbefehl entgegen der gesetzlichen Zustellungsmodalitäten gemäss Art. 85 Abs. 2 StPO mittels einfacher Postsendung zu, trägt sie die Beweislast für die erfolgte Zustellung und deren Datum. Der Nachweis des für den Fristenlauf zur Einsprache massgebenden Empfangsdatums des Adressaten kann nicht durch den Hinweis auf die übliche Beförderungsdauer bei Postsendungen erbracht werden.²⁶

Art. 116 Abs. 2 StPO (Dem Opfer in ähnlicher Weise nahe stehende Personen): Unter dem Opfer nach Art. 116 Abs. 2 StPO in ähnlicher Weise nahestehende Personen sind solche des nahen Umfelds gemeint, die nicht notwendig durch verwandtschaftliche Beziehungen verbunden sind.

Massgebend sind die sich aus den konkreten Lebensverhältnissen ergebenden faktischen Bindungen, so zum Beispiel beim Konkubinat, aber unter Umständen auch bei besonders engen Freundschaften sowie dem Opfer besonders nahestehenden Geschwistern.²⁷ Ausschlaggebend ist die Intensität der Bindung zum Opfer.²⁸ Diese ist danach zu prüfen, ob sie in ihrer Qualität jener in Art. 116 Abs. 2 StPO ausdrücklich erwähnten entspricht.²⁹ Bei Neffen und Nichten kommt es in erster Linie darauf an, ob sie dem Onkel oder der Tante in ähnlicher Weise nahestehen wie deren Kinder. So verhält es sich namentlich, wenn der Onkel oder die Tante einen Elternersatz darstellt und den Neffen oder die Nichte grosszieht, weil die Eltern verstorben oder nicht in der Lage sind, sich um ihre Kinder zu kümmern. Dabei handelt es sich um Ausnahmefälle. Art. 116 Abs. 2 StPO anerkennt nicht einmal Geschwister ohne Weiteres als Angehörige. Damit Neffen und Nichten als solche gelten können, müssen somit umso mehr besondere Verhältnisse vorliegen, da man zu Onkeln und Tanten in der Regel einen weniger engen Kontakt hat. Ob eine Person dem Opfer im Sinne von Art. 116 Abs. 2 StPO in ähnlicher Weise nahesteht, ist aufgrund der Umstände zu beurteilen. Dabei geht es um eine Wertungsfrage, die – da die Übergänge fliessend sind – gegebenenfalls heikel zu beantworten sein kann. Der sachnäheren kantonalen Behörde steht insoweit ein Beurteilungsspielraum zu.^{30, 31}

Art. 121 StPO (Wirkungen der Rechtsnachfolge; Legitimation der Angehörigen): Die Angehörigen einer verstorbenen geschädigten Person sind in der Reihenfolge der Erbberechtigung kumulativ oder alternativ zur Zivil- und Strafklage berechtigt. Im Unterschied zum Zivilpunkt ist im Strafpunkt kein gemeinsames Vorgehen der Erben erforderlich. Der Angehörige einer verstorbenen geschädigten Person kann sich im Strafverfahren allein als Privatkläger im Strafpunkt konstituieren.³²

Art. 140 und 141 StPO (Feststellung der Unverwertbarkeit von Beweismitteln; Zeitpunkt; rechtlich geschütztes Interesse): Ein Entscheid über die Verwertbarkeit von Beweismitteln schliesst das Strafverfahren nicht ab. Es handelt sich um einen Zwischenentscheid. Dagegen ist die Beschwerde in Strafsachen unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zulässig. Erforderlich ist somit ein nicht wiedergutzumachender Nachteil. Die Anwendung von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG kommt vorliegend nicht in Be-

¹⁹ Urteil 6B_727/2012 v. 11. 3. 2013, E. 4.2.1.

²⁰ STÖHNER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 83 StPO; BRÜSCHWEILER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 83 StPO.

²¹ Urteil 6B_115/2016 v. 25. 5. 2016.

²² Vgl. Art. 265 Abs. 2 lit. c StPO.

²³ Art. 113 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 StPO; vgl. Botschaft StPO, BBl 2006 1085 ff., 1245 Ziff. 2.5.7.

²⁴ Art. 113 i. V. m. Art. 197, Art. 248, Art. 263 f. und Art. 265 Abs. 4 StPO; vgl. auch Art. 7 Abs. 2 GwG.

²⁵ Urteil 1B_249/2016 v. 30. 5. 2016.

²⁶ BGE 142 IV 125.

²⁷ MAZZUCHELLI/POSTIZZI, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., 2014, N. 17 zu Art. 116 StPO.

²⁸ GUY-ECABERT, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, N. 14 zu Art. 116 StPO.

²⁹ ZEHNTNER, in: Kommentar zum Opferhilfegesetz, 3. Aufl., 2009, N. 51 zu Art. 1 OHG.

³⁰ Vgl. zum Ganzen Urteil 1B_137/2015 v. 1. 9. 2015, E. 2.1 mit Hinweisen.

³¹ Urteil 6B_81/2016 v. 2. 6. 2016.

³² BGE 142 IV 82.



tracht, da die Gutheissung der Beschwerde nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen würde. Im Strafrecht muss es sich beim nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG um einen solchen rechtlicher Natur handeln. Ein derartiger Nachteil liegt vor, wenn er auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen späteren End- oder anderen Entscheid nicht mehr behoben werden kann.³³ Der alleinige Umstand, dass ein Beweismittel, dessen Verwertbarkeit der Beschwerdeführer bestreitet, in den Akten bleibt, stellt grundsätzlich keinen rechtlicher Natur dar, da der Beschwerdeführer seinen Einwand bis zum Abschluss des Strafverfahrens erneut vorbringen kann. Er kann die Frage der Verwertbarkeit des Beweismittels namentlich dem Sachrichter unterbreiten.³⁴ Von diesem kann erwartet werden, dass er in der Lage ist, die unzulässigen Beweise von den zulässigen zu unterscheiden und sich bei der Würdigung ausschliesslich auf Letztere zu stützen. Der Betroffene kann das Urteil des Sachrichters in der Folge mit Berufung anfechten³⁵ und die Angelegenheit schliesslich an das Bundesgericht weiterziehen.³⁶ Von dieser Regel bestehen jedoch Ausnahmen. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn das Gesetz ausdrücklich die sofortige Rückgabe aus den Akten bzw. Vernichtung rechtswidriger Beweise vorsieht.³⁷ Ebenso verhält es sich, wenn aufgrund des Gesetzes oder der Umstände des Einzelfalls die Rechtswidrigkeit des Beweismittels ohne Weiteres feststeht. Derartige Umstände können nur angenommen werden, wenn der Betroffene ein besonders gewichtiges rechtlich geschütztes Interesse an der unverzüglichen Feststellung der Unverwertbarkeit des Beweises geltend macht.^{38, 39}

Art. 31, 141 Abs. 2 und 3 und 216 Abs. 1 StPO (Verwertbarkeit einer von der örtlich nicht zuständigen Kantonspolizei angeordneten Blutprobe; Nacheile): Die Zuständigkeitsordnung dient der Wahrung der Souveränität des Kantons bei der Organisation der polizeilichen Aufgaben. Ihrer Missachtung kommt gegenüber der Durchsetzung des Strafverfolgungsinteresses ein geringeres Gewicht zu. Die Kontrolle eines Fahrzeuglenkers auf seine Fahrfähigkeit dient der Verkehrssicherheit. Bei ihr besteht als unaufschiebbare Massnahme – namentlich im Grenzgebiet zweier Kantone – stets eine gewisse Dringlichkeit. Der Anhaltung und Kontrolle des Fahrzeuglenkers durch die unzuständige Polizei kommt lediglich die Bedeutung der Verletzung einer blossen Ordnungsvorschrift zu.⁴⁰

Art. 226 Abs. 4 lit. c, 227 Abs. 5 und 237 Abs. 1 StPO (Anordnung von Ersatzmassnahmen anstelle der Untersuchungshaft): Das Zwangsmassnahmengericht kann keine Untersuchungshaft anordnen, wenn die Staatsanwaltschaft lediglich Ersatzmassnahmen beantragt hat.⁴¹

Art. 241 Abs. 4 StPO (Sicherheitsdurchsuchung): Gestützt auf Art. 241 Abs. 4 StPO kann die Polizei eine angehaltene oder festgenommene Person durchsuchen, insbesondere um die Sicherheit von Personen zu gewährleisten. Eine Durchsuchung kann selbst dann erfolgen, wenn sich die angehaltene Person freiwillig auf den Polizeiposten begeben hat, keines Delikts verdächtigt wird und sich über ihre Identität ausgewiesen hat.⁴²

Art. 248 StPO (Fernmeldeüberwachung oder Siegelung?): Wenn Handys und Smartphones physisch beschlagnahmt oder vorläufig sichergestellt werden und die Staatsanwaltschaft die gespeicherten Daten auswerten will (Kontaktnummern, Verbindungsdaten, vom Empfänger abgerufene SMS- und Internet-Korrespondenz usw.), liegt nach der Praxis des Bundesgerichtes grundsätzlich keine Fernmeldeüberwachung⁴³ vor und auch keine rückwirkende Randdatenerhebung.⁴⁴ Der Rechtsschutz läuft hier in der Weise, dass die betroffene Person die Siegelung⁴⁵ des edierten oder sichergestellten Gerätes verlangen kann (wie z. B. bei PCs, Notebooks, Servern usw.). Die Staatsanwaltschaft, welche die elektronischen Aufzeichnungen durchsuchen will, muss dann beim Zwangsmassnahmengericht ein Entsiegelungsgesuch stellen.⁴⁶ Anders ist die Rechtslage, wenn keine Geräte physisch sichergestellt und ausgewertet (und keine gespeicherten Nachrichten nach dem Kommunikationsvorgang ediert und gesichtet) werden, sondern wenn die Staatsanwaltschaft E-Mails und SMS geheim abfangen bzw. «aktiv», noch während des Kommunikationsvorgangs, beim Provider edieren lässt. Solange die betreffenden Nachrichten vom Empfänger noch nicht auf dem Gerät abgerufen worden sind, liegt in diesen Fällen grundsätzlich eine Fernmeldeüberwachung vor.^{47, 48}

Art. 13 Abs. 1 BV; Art. 197 Abs. 2, 269, 270 lit. b, 273 und Art. 274 Abs. 1 lit. b StPO (Rückwirkende Randdatenerhebung betreffend den Mobiltelefonanschluss eines Privatklägers; Unterscheidung zwischen der inhaltlichen Überwachung des Fernmeldeverkehrs, der aktiven Erhe-

³³ BGE 137 IV 172 E. 2.1 S. 173 f.

³⁴ Art. 339 Abs. 2 lit. d StPO.

³⁵ Art. 398 StPO.

³⁶ BGE 141 IV 284, E. 2.2, 287, 289; E. 1.2, 291 f.

³⁷ Vgl. z. B. Art. 248, Art. 271 Abs. 3, Art. 277 und Art. 289 Abs. 6 StPO.

³⁸ BGE 141 IV 284, E. 2.3, 287, 289, E. 1.3, 292.

³⁹ Urteil 1B_76/2016 v. 30.3.2016.

⁴⁰ BGE 142 IV 23.

⁴¹ BGE 142 IV 29.

⁴² BGE 142 IV 129.

⁴³ Art. 269 StPO.

⁴⁴ Art. 273 StPO.

⁴⁵ Art. 248 StPO.

⁴⁶ Vgl. Urteile des Bundesgerichtes 1B_52/2015 v. 24.8.2015, E. 1.2; 1B_131/2015 v. 30.7.2015, E. 1.2; s. a. 1B_432/2013 v. 17.2.2013.

⁴⁷ BGE 140 IV 181; vgl. zu dieser Praxis FORSTER, Marksteine der Bundesgerichtspraxis zur strafprozessualen Überwachung des digitalen Fernmeldeverkehrs, in: GSCHWEND/HETTICH/MÜLLER-CHEN/SCHINDLER/WILDHABER [Hrsg.], Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich 2015, S. 615 ff., 623–625.

⁴⁸ Urteil 1B_347/2105 v. 29.3.2016.

bung von Randdaten in Echtzeit und der rückwirkenden Randdatenerhebung. Gesetzliche Regelung und Voraussetzungen der Überwachung von Drittanschlüssen, insbesondere der Randdatenerhebung bei Geschädigten): Im vorliegenden Fall waren die Voraussetzungen einer rückwirkenden Randdatenerhebung betreffend den Mobiltelefonanschluss eines Privatklägers nicht erfüllt, zumal die Überwachung bloss indirekt der Aufklärung der untersuchten Straftaten diene. Die gesetzlichen Voraussetzungen einer strafprozessualen Randdatenerhebung bei Dritten, insbesondere das richterliche Genehmigungserfordernis, sind grundsätzlich auch dann zu beachten, wenn die verfahrensleitende Staatsanwaltschaft sich um eine Zustimmung des Inhabers des überwachten Fernmeldeanschlusses bemüht hat. Es empfiehlt sich, dass die Staatsanwaltschaft eine allfällige schriftliche Zustimmung des betroffenen Dritten zusammen mit dem Genehmigungsgesuch beim Zwangsmassnahmengericht einreicht.⁴⁹

Art. 17 Abs. 1 und Art. 311 Abs. 1 Satz 2 StPO (Zuständigkeit für den Erlass von Übertretungsstrafbefehlen): Art. 17 Abs. 1 und Art. 311 Abs. 1 Satz 2 StPO richten sich an den kantonalen Gesetzgeber. Hat ein Kanton von der in Art. 17 Abs. 1 und Art. 311 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgesehenen Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, gelangen für die Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen die gewöhnlichen Bestimmungen der StPO zur Anwendung, d. h., für die Beweiserhebung und den Erlass des Strafbefehls ist der mit dem Fall befasste Staatsanwalt zuständig. Die Kantone können den Erlass von Übertretungsstrafbefehlen in analoger Anwendung von Art. 17 Abs. 1 StPO an Untersuchungsbeauftragte der Staatsanwaltschaft delegieren. Eine kantonale Regelung, wonach bei Übertretungen innerhalb der Staatsanwaltschaft nicht die Staatsanwälte, sondern andere Mitarbeiter für den Erlass von Strafbefehlen zuständig sind, verstösst nicht gegen übergeordnetes Recht. Erforderlich ist jedoch ein gültiger kantonaler Erlass, der dies explizit vorsieht.⁵⁰

Art. 343 Abs. 3 i. V. m. 405 Abs. 1 StPO (Unmittelbare Kenntnis von Beweismitteln im Berufungsverfahren): Nach Art. 343 Abs. 3 i. V. m. Art. 405 Abs. 1 StPO hat eine unmittelbare Beweisabnahme im Rechtsmittelverfahren unter anderem dann zu erfolgen, wenn die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Beweiskraft des Beweismittels in entscheidender Weise vom Eindruck abhängt, der bei seiner Präsentation entsteht, beispielsweise wenn es in besonderem Masse auf den unmittelbaren Eindruck einer Zeugenaussage ankommt, so etwa bei Aussage gegen Aussage. Das Gericht verfügt bei der Frage, ob eine erneute Beweisabnahme erforderlich ist, über einen Ermes-

sensspielraum.⁵¹ Ist die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig, gilt dies sowohl für das erstinstanzliche als auch für das Berufungsverfahren, denn die Beweiserhebung durch das Erstgericht kann die erforderliche unmittelbare Kenntnis des Berufungsgerichts nicht ersetzen.^{52,53}

Art. 347 Abs. 1 StPO (Verwertbarkeit des «letzten Wortes»): Die Vorinstanz stützt sich auf eine in der Literatur vertretene Meinung, wonach beweisrelevante Äusserungen oder Geständnisse im Rahmen des letzten Wortes prozessual nicht verwertbar seien, aber zur Beweisergänzung gestützt auf Art. 349 StPO führen können.⁵⁴ Zur Begründung verweisen die Autoren auf die Urteile 6B_805/2011 vom 12. 7. 2012 und 6P.11/2001 vom 18. 9. 2001, in welchen das Bundesgericht erwägt, dass das letzte Wort dem Angeklagten ermögliche, nach formellem Abschluss des Beweisverfahrens zur Anklage Stellung zu nehmen. Das Gericht solle unter dem Eindruck des Schlusswortes in die Beratung gehen. Neue Beweisanträge soll der Angeklagte in diesem Verfahrensabschnitt jedoch grundsätzlich nicht mehr stellen können.⁵⁵ Diese Entscheide sind in Anwendung des damals noch kantonalen Prozessrechts ergangen. Ihnen ist nicht zu entnehmen, dass Aussagen im Rahmen des Schlusswortes nicht verwertbar sein sollen. Auch sind keine Gründe ersichtlich, inwiefern dies der Fall sein soll. Nicht zu hören ist die Beschwerdeführerin, wenn sie geltend macht, die Privatklägerschaft oder die Staatsanwaltschaft könne zu diesem Zeitpunkt zu den Aussagen der angeklagten Person nicht mehr Stellung nehmen. Es ist Aufgabe des urteilenden Gerichts, den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren, und die Beschwerdeführerin legt nicht dar, inwiefern dieses im vorliegenden Fall verletzt worden sei. Der Beschwerdegänger hat im Rahmen seines Schlusswortes keine Beweisanträge gestellt, weshalb die Frage offenbleiben kann, ob solche unter der Herrschaft der am 1. 1. 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Strafprozessordnung zulässig sind.⁵⁶

Art. 354 Abs. 3 StPO; Art. 97 Abs. 3 StGB (Strafbefehl; Verjährung): Ein Strafbefehl, gegen welchen Einsprache erhoben wurde, ist kein erstinstanzliches Urteil im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB, nach dessen Ausfällung die Verjährung nicht mehr eintritt.⁵⁷

⁵¹ BGE 140 IV 196 E. 4.4.2 mit Hinweisen.

⁵² Urteil 6B_70/2015 v. 20. 4. 2016, E. 1.4.2.

⁵³ Urteil 6B_1319/2016 v. 26. 5. 2016.

⁵⁴ GUT/FINGERHUTH, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 347 StPO.

⁵⁵ Urteile 6B_805/2011 v. 12. 7. 2012, E. 4.3.2; 6P.11/2001 v. 18. 9. 2001, E. 2b/bb.

⁵⁶ Urteil 6B_1319/2016 v. 26. 5. 2016.

⁵⁷ BGE 142 IV 11.

⁴⁹ BGE 142 IV 34.

⁵⁰ BGE 142 IV 70.



Art. 360 Abs. 1 lit. c StPO (Abgekürztes Verfahren und Massnahmen): Die Anordnung von therapeutischen Massnahmen im Rahmen eines abgekürzten Verfahrens erscheint mit Blick auf den Gesetzeswortlaut⁵⁸ grundsätzlich nicht ausgeschlossen zu sein^{59,60}

Art. 360 StPO (Abgekürztes Verfahren und nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme): Der Beschwerdeführer hat nicht nur sein Einverständnis zum abgekürzten Verfahren und zum ausgehandelten Urteil abgegeben. Vielmehr wurde im ursprünglichen Verfahren die Anordnung einer therapeutischen Massnahme ausdrücklich thematisiert und in der Folge verworfen. Der Staatsanwalt führte vor Schranken ausdrücklich aus, dem Beschwerdeführer sei auf den Weg zu geben, «dass es jetzt das letzte normale Verfahren ist. Wenn er weiter straffällig wird, dann denke ich, wäre er ein Kandidat für eine stationäre Massnahme.» Der Staatsanwalt stellte mithin in Aussicht, dass der kooperierende Beschwerdeführer dann (und nur dann) mit einer therapeutischen Massnahme zu rechnen hat, wenn er inskünftig weiter delinquirieren sollte. Damit hielt der Staatsanwalt im Ergebnis fest, dass die beurteilten Straftaten weder im abgekürzten Verfahren noch zu einem späteren Zeitpunkt zu einer Massnahme führen würden, was durch das erkennende Gericht unwidersprochen blieb. Es zeigt sich somit, dass Staatsanwaltschaft und Gericht zum Zeitpunkt des Urteils im abgekürzten Verfahren die Frage nach dem Erfordernis einer allfälligen therapeutischen Massnahme durchaus in Erwägung gezogen hatten. Im Interesse einer vereinfachten Verfahrenserledigung hatten sie damals darauf verzichtet, der Frage näher nachzugehen und eine sachverständige Begutachtung des Beschwerdeführers anzuordnen. Erst nachdem der Beschwerdeführer die mit dem Urteil im abgekürzten Verfahren vom 15. 8. 2013 ausgefallte Freiheitsstrafe praktisch vollständig verbüsst hatte, stellte die Staatsanwaltschaft am 9. 7. 2015, vier Tage vor Ablauf der Strafe, gestützt auf ein bei der Psychiatrischen Klinik Königsfelden inzwischen eingeholtes Gutachten vom 25. 6. 2015 ein Gesuch um Umwandlung des Vollzugs der Freiheitsstrafe in eine stationäre therapeutische Massnahme. Im angefochtenen Urteil findet sich kein Hinweis darauf, weshalb dieses Gutachten erst kurz vor Beendigung des Strafvollzugs, nicht aber schon während der ordentlichen Strafuntersuchung und damit vor dem Urteil im abgekürzten Verfahren eingeholt wurde. Beim Gutachten vom 25. 6. 2015 handelt es sich zwar um ein neues Beweismittel. Es beschlägt aber eine Thematik, die bereits Gegenstand der Verhandlungen um das abgekürzte Verfahren gebildet hatte. Sowohl der Staatsanwaltschaft wie auch

dem Gericht war zum Zeitpunkt des Urteils vom 15. 8. 2013 bekannt, dass sich die Frage nach der Ausfällung einer stationären therapeutischen Massnahme ernsthaft stellen könnte. Sie haben aber in Kenntnis der Umstände auf weitere Abklärungen verzichtet und sich für eine Freiheitsstrafe entschieden. Der vorinstanzliche Entscheid verstösst gegen den Grundsatz «ne bis in idem», und das von der Staatsanwaltschaft gewählte Vorgehen verletzt das Fairnessprinzip. Über die Gründe, die zur Einigung im abgekürzten Verfahren geführt hatten, kann zwar nur spekuliert werden. Es bestehen indessen gewichtige Gründe für die Annahme, dass die dem Beschwerdeführer damals in Aussicht gestellte Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme ein wesentliches Motiv für seine Einwilligung in das abgekürzte Verfahren war. In diesem Vertrauen ist er zu schützen, sodass nicht im Rahmen eines nachträglichen Verfahrens auf die damaligen, in Kenntnis der massgebenden Fakten unterlassenen Abklärungen zurückgekommen werden darf.⁶¹

Art. 363 ff. StPO (Nachträgliche gerichtliche Entscheidungen; Beschwerdeverfahren und mündliche Verhandlung): Aus BGE 141 IV 396 ergibt sich, dass ein schriftliches Beschwerdeverfahren der Tragweite gewisser selbstständiger nachträglicher gerichtlicher Entscheidungen unter Umständen nicht zu genügen vermag. In diesen Fällen drängt sich, was BGE 141 IV 396 E. 4.1 erkennen lässt, aufgrund der Eingriffsintensität des Entscheids und der Art der zur Prüfung anstehenden Fragen analog zum Berufungsverfahren eine mündliche Verhandlung auf.⁶²

Art. 391 Abs. 2 StPO (Verbot der reformatio in peius): Verweigert die Rechtsmittelinstanz – im Gegensatz zur ersten Instanz – den bedingten Strafvollzug, ist das Verschlechterungsverbot verletzt, auch wenn die Dauer der Strafe gesamthaft kürzer ist. Satz 2 von Art. 391 Abs. 2 StPO ermöglicht der Rechtsmittelinstanz Tatsachen, die der ersten Instanz noch nicht bekannt sein konnten, wie beispielsweise eine Verurteilung bei der Prüfung der Legalprognose beim bedingten Strafvollzug zu berücksichtigen.⁶³

Art. 429 StPO (Entschädigung der beschuldigten Person, die über eine Rechtsschutzversicherung verfügt): Einer beschuldigten Person die Entschädigung bei Einstellung des Verfahrens alleine deswegen zu verweigern, weil sie über eine Rechtsschutzversicherung verfügt, verstösst gegen Art. 429 StPO.⁶⁴

Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO (Entschädigung der beschuldigten Person bei Freispruch oder Einstellung; Verteidigungskosten; angemessene Ausübung der Verfahrensrechte): Dass die beschuldigte Person, die in Anwendung von Art. 292 StGB mittels Strafbefehls zu einer Busse ver-

⁵⁸ Vgl. Art. 360 Abs. 1 lit. c StPO.

⁵⁹ GREINER/JAGGI, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 108 zu Art. 358 StPO und N. 6 zu Art. 360 StPO.

⁶⁰ Urteil 6B_171/2016 v. 13. 6. 2016.

⁶¹ Urteil 6B_171/2016 v. 13. 6. 2016.

⁶² Urteil 6B_320/2016 v. 26. 5. 2016.

⁶³ BGE 142 IV 89.

⁶⁴ BGE 142 IV 42.

urteilt wurde, ohne vorher von der Staatsanwaltschaft angehört worden zu sein, zu ihrer Verteidigung einen Anwalt bezieht, erscheint angemessen.⁶⁵

Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO (Anzuwendender Stundenansatz für die Entschädigung der Verteidigung): Die Entschädigung nach Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO, insbesondere der anzuwendende Stundenansatz, richtet sich nach dem Reglement bzw. dem üblichen Tarif des Kantons am Ort des Prozesses.⁶⁶ Soweit ins Feld geführt wird, es handle sich nicht um eine amtliche, sondern um eine erbetene Verteidigung, und deshalb ein höherer Stundenansatz beansprucht wird, ist darauf hinzuweisen, dass bei der Vorinstanz für beide der gleiche Ansatz gilt (Art. 10 BStKR)⁶⁷, was nicht zu beanstanden ist.⁶⁸

Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO (Entschädigung für wirtschaftliche Einbussen infolge eines Strafverfahrens): Weder aus dem offenen Wortlaut der Norm noch aus den Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft ergibt sich, dass gestützt auf Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO nur diejenigen wirtschaftlichen Einbussen entschädigt werden, die in einem Kausalzusammenhang mit einer bestimmten Verfahrenshandlung stehen. In der Lehre wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass nicht nur der unmittelbar aus einer bestimmten Verfahrenshandlung (insbesondere einer Zwangsmassnahme) entstandene Schaden, sondern auch die mittelbar aus dem Strafverfahren sich ergebenden wirtschaftlichen Einbussen, beispielsweise aufgrund des Verlusts der Arbeitsstelle, zu entschädigen sind. Die in der Literatur und teilweise in der (kantonalen) Rechtsprechung erkennbare Stossrichtung, dass der Staat den gesamten sich aus dem Strafverfahren ergebenden Schaden wiedergutzumachen hat, wenn die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen wird, erscheint indessen sachlich gerechtfertigt. Der Umstand, dass ein Strafverfahren geführt wird, ist (na-

türlich) kausal für alle damit in Zusammenhang stehenden Verfahrenshandlungen und die sich daraus allenfalls ergebenden wirtschaftlichen Einbussen der beschuldigten Person. Gerade für den Verlust der Arbeitsstelle dürfte zudem oftmals nicht eine einzelne Verfahrenshandlung ursächlich sein, sondern eine Kombination der mit dem Strafverfahren einhergehenden Verfahrenshandlungen beziehungsweise der Umstand an sich, dass eine Strafuntersuchung geführt wird. Müsste die beschuldigte Person belegen, dass die erlittene wirtschaftliche Einbusse auf eine ganz bestimmte Verfahrenshandlung zurückzuführen ist, wäre eine Entschädigung in vielen Fällen illusorisch. Ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Einbusse und dem Strafverfahren muss deshalb genügen. Es wäre stossend, wenn die (teilweise) zu Unrecht verfolgte Person einen aus der Strafverfolgung resultierenden Schaden selbst zu tragen hätte oder ausserhalb des Strafverfahrens geltend machen müsste, wenn dieser nicht einer bestimmten Verfahrenshandlung zugeordnet werden kann. Dem Gesetzestext und den Materialien zu Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO lässt sich nichts entnehmen, was gegen eine derartige Auslegung sprechen würde. Sie steht zudem im Einklang mit der Bestimmung von Art. 420 StPO, welche die Ausschliesslichkeit der staatlichen Ersatzpflicht verankert. Demnach ist nur der Bund oder der Kanton, der das Verfahren geführt hat, dazu verpflichtet, die der beschuldigten Person zustehenden Entschädigungen oder Genugtuungen zu zahlen. Dem Staat steht in der Folge gegebenenfalls ein Rückgriffsrecht auf jene Personen zu, welche diese Kosten vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt haben.⁶⁹ Ein allfälliger Rückgriff des Gemeinwesens auf Personen, die im Namen und zulasten einer Behörde gehandelt haben, richtet sich demgegenüber nicht nach der StPO, sondern nach dem Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen.⁷⁰

⁶⁵ BGE 142 IV 45.

⁶⁶ Urteil 6B_928/2014 v. 10.3.2016, E. 3.1.2, zur Publikation vorgelesen.

⁶⁷ Vgl. 173.713.162.

⁶⁸ Urteil 6B_657/2016 v. 1.6.2016.

⁶⁹ Urteil 6B_5/2013 v. 19.2.2013, E. 2.6 mit Hinweisen; BBl 2006 1325 Ziff. 2.10.1; DOMEISEN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 2 f. zu Art. 420 StPO.

⁷⁰ 6B_1061/2014 v. 18.4.2016.





Prof. Dr. Frank Meyer, Universität Zürich,
mgr Marta Więckowska, Universität Zürich

Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2015

Inhaltsübersicht:

- I. Art. 3 EMRK
- II. Art. 5 EMRK
 - 1. Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs
 - 2. Präventiver Freiheitsentzug
- III. Art. 6 EMRK
- IV. Art. 7 EMRK
- V. Art. 8 EMRK
- VI. Art. 10 EMRK

I. Art. 3 EMRK

Der Fall *Cestaro* befasst sich mit dem nächtlichen Sturm einer Spezialeinheit der italienischen Polizei auf eine Schule während des G 8-Gipfels in Genua im Jahr 2001, der damals international für Aufsehen sorgte und viele Beobachter schockierte.¹ In dem Schulgebäude hatten sich rechtmässig friedliche Demonstranten aufgehalten, die auf brutale Weise mit Schlagstöcken traktiert wurden. Der Beschwerdeführer erlitt mehrere Knochenbrüche und trug eine dauerhafte Behinderung seines rechten Armes und Beines davon.² Der EGMR macht keinen Hehl daraus, dass er den Einsatz für einen masslos brutalen, völlig willkürlichen Revancheakt der Polizei hält, und qualifiziert das Vorgehen daher als «Folter». Auch unter Berücksichtigung der damaligen, extrem aufgeheizten Umstände und der hasserfüllten Gewalttätigkeiten autonomer Gipfelgegner, die der Polizei in den Tagen zuvor entgegengeschlagen waren, lässt sich ein derartiges Versagen jeglicher rechtsstaatlicher und ethischer Hemmschwellen kaum erklären. Rechtlich interessiert der Fall vor allem, weil der EGMR ihn zum Anlass für prägnante Ausführungen zum Wesen der Folter nimmt. Es wird klargestellt, dass neben der objektiven Schwere ein *purposive element* (z.B. Aussageerpressung, Bestrafung; vgl. Art. 1 UNCAT) als subjektives Element ein notwendiges Tatbestandsmerkmal von Folter und als solches indisponibel ist.³ Deutlich gemacht wird aber auch, dass der beson-

dere Zweck nicht zwingend der überwiegende, prägende Faktor sein muss. Das objektive Moment der schweren Gewaltanwendung kann nicht nur ebenso schwer wiegen, sondern im Einzelfall sogar entscheidend für die Einstufung als Folter sein. Die Verschiebung der Gewichte zeigt sich auch darin, dass der EGMR das intentionelle Element der Folter aus den objektiven Umständen gewinnt, weil diese hinsichtlich der Motivation der Polizisten nur einen einzigen Schluss zulassen.⁴ Hierdurch sichert der Gerichtshof die Bewertung zugleich gegen allfällige Schutzbehauptungen (z. B. vorgebliche Putativirrtümer) ab. Diese Vorgehensweise dürfte auch für künftige Fälle wichtig werden, in denen, wie vielfach bei Fällen unter Art. 3, keine Klarheit über die Motivationslage zu gewinnen ist.

Über den Fall *Bouyid v. Belgium* war bereits in der Übersicht für das Jahr 2013 berichtet worden.⁵ Am 28.9.2015 hat nun die Grosse Kammer entschieden. Sie weicht ganz erheblich von den Bewertungen der Kammer ab. Zwei minderjährige Brüder waren an unterschiedlichen Tagen bei einer Identitätsfeststellung resp. Befragung auf einer Polizeiwache von einem Polizisten geohrfeigt worden. Die Ohrfeigen liessen sich vorliegend weder als unmittelbarer Zwang noch als Notwehr/-hilfe rechtfertigen. Sie standen nicht einmal im Konnex mit einer bestimmten Verfügung oder Zwangsmassnahme. Den atmosphärischen Hintergrund der Ohrfeigen bildete eine von beiden Beschwerdeführern bewusst betriebene Provokation. Die Polizisten reagierten auf die fortgesetzten Respektlosigkeiten frustriert mit einer Ohrfeige, um sich gewissermassen Satisfaktion zu verschaffen. Die Schläge hinterliessen zwar keine gravierenden physischen Spuren. Umso mehr Aufmerksamkeit mass die Grosse Kammer aber den Folgen für die persönliche und psychische Integrität zu. Sie nutzt die Gelegenheit, die Beeinträchtigungsform der erniedrigenden Behandlung ausdrücklichs und stärker als zuvor mit dem Schutz der Menschenwürde in Verbindung zu setzen.⁶ Während die Menschenwürde bei den beiden anderen Beeinträchtigungs-

1 EGMR v. 7.4.2015, *Cestaro v. Italy*, § 190.

2 EGMR, *Cestaro v. Italy*, § 178.

3 EGMR, *Cestaro v. Italy*, §§ 171 f.

4 EGMR, *Cestaro v. Italy*, § 177.

5 EGMR (GK) v. 21.11.2013, *Bouyid v. Belgium*; s.a. MEYER/WIECKOWSKA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2013 (Teil 1), FP 2014, 369, 375.

6 EGMR (GK), *Bouyid v. Belgium*, §§ 45 ff., 89 ff.

formen in Art. 3 EMRK implizit mitgeschützt wird, mutiert sie bei der Erniedrigung nun zum unmittelbar entscheidungserheblichen Gradmesser. Jede Menschenwürdebeeinträchtigung sei erniedrigend.⁷ Eine verallgemeinerbare Ausdifferenzierung des Menschenwürdetests bleibt die Grosse Kammer indessen schuldig. Deutlich wird aber, dass die Bedeutung der tatsächlich messbaren Schwere relativiert wird. Die Bewertung des fraglichen Verhaltens muss stärker kontextualisiert und normativiert werden, um dessen Menschenwürderelevanz erfassen zu können. Die Grosse Kammer hebt daher auf die besonderen Umstände ab, in denen es zur Ohrfeige kam. Erst daraus lässt sich auf ihre Tiefenwirkung schliessen. Besonders sensibel zeigt sich die Grosse Kammer dabei für den Eindruck der Unterlegenheit und die besondere Verletzlichkeit, die sich beim Bürger einstelle, wenn er zu Identitätsfeststellungen oder Befragungen auf eine Polizeiwache gebracht wird. Bei Minderjährigen sei diese Verletzlichkeit besonders hoch. Die durch einen Polizisten verabreichte Ohrfeige für eine Privatperson, die sich zu diesem Zeitpunkt unter der vollständigen Kontrolle der Polizei befindet, sei deshalb ein schwerer Angriff auf die Würde des Einzelnen.⁸

Die Kammer hatte die Ohrfeige dagegen zwar zutreffend für rechtswidrig bewertet, stellte aber letztlich darauf ab, dass die Polizeibeamten aus persönlichen Gründen gehandelt hätten und daher der Bezug zur dienstlichen Funktion in den Hintergrund trat. Es war daher danach gemutmasst worden, ob der EGMR damit im Kontext von Art. 3 gewisse Ausfälle von Polizeibeamten als nicht gravierend genug hinnehmen würde. Dem schiebt die Grosse Kammer einen Riegel vor. Die Menschenwürderelevanz der Ohrfeige verschwindet nicht allein dadurch, dass man sie als privaten, nicht dienstlichen Akt interpretiert, solange die Übergriffe in Situationen besonderer Verletzlichkeit erfolgen. Die Grosse Kammer scheint mit ihrer Einschätzung richtig zu liegen, da es den Eindruck der Unterlegenheit und Verletzlichkeit gerade erhöhen muss, wenn sich Bürger in der räumlichen Sphäre der Strafverfolgungsorgane vor persönlichen Racheakten einzelner Polizisten jenseits des gesetzgebundenen dienstlichen Handelns fürchten müssen.

Gleichwohl fragt sich, ob der EGMR die Schwelle für die hinreichende Demütigungswirkung nicht zu niedrig ansetzt. Zwar wird von Polizisten mit Recht erwartet, dass sie auch permanenten und bösartigen Provokationen standhalten, es muss aber doch die Frage erlaubt sein, ob man derartiges Verhalten ex post dadurch adeln sollte, selbst leichte physische Übergriffe als Menschenwürdeverletzung zu behandeln und nicht nur als einfache rechtswidrige Eingriffe in körperliche Integrität und Ehre. In diese Richtung scheint aber die Grosse Kammer generell zu tendieren, wie sich zumindest obiter an einer Schlüsselstelle der Entscheidung

andeutet. Grundsätzlich könne allgemein bezüglich aller Personen, denen gegenüber Strafverfolgungsbehörden auftreten, in jeder nicht streng verhältnismässigen Anwendung physischer Gewalt eine Menschenwürdebeeinträchtigung liegen.⁹ Diese Auffassung überzeugt nicht, weil damit jedes rechtswidrige Handeln gegenüber einem Individuum zu einer Menschenwürdeverletzung wird. Einfache Grundrechtsverstösse (z. B. Verhältnismässigkeitsüberschreitungen) werden zu Dignitätsverletzungen überhöht, wollte man bei jedem Zusammentreffen mit Strafverfolgungsbehörden eine besondere Unsicherheit und Verletzlichkeit annehmen. Das wird weder dem Begriff der Menschenwürde noch dem Kern des Schutzgehalts von Art. 3 gerecht. Man trivialisierte damit die Mindestschwelle für die erniedrigende Behandlung. Es ist zu begrüssen, wenn der EGMR durch die schärfere Herausarbeitung des Menschenwürdebezugs das Wesen der erniedrigenden Behandlung besser konturiert. Er sollte sie aber nicht im nächsten Schritt gleich wieder banalisieren, sondern auf eine Mindestgravität achten.

Im Fall *Varga* befasst sich der EGMR mit dem Problem des *prison overcrowding*.¹⁰ Die Entscheidung lenkt die Aufmerksamkeit auf die harten Realitäten des Strafvollzugs in vielen europäischen Ländern. Die Thematik hat zuletzt insbesondere für die internationale Zusammenarbeit grosse Bedeutung erlangt. Die Missstände bereiten im Auslieferungrecht häufig Probleme, weil grundsätzlich keine Auslieferung erfolgen darf, wenn die Haftbedingungen im ersuchenden Staat Art. 3 EMRK verletzen würden. Besondere Aufmerksamkeit hat die Behandlung dieser Sachfrage jüngst in der EU erfahren, weil der Rb-EuHb keinen besonderen Versagungsgrund für solche Situationen vorsieht. Auf Vorlage des OLG Bremen musste daher der EuGH entscheiden,¹¹ ob sich ein ungeschriebenes Auslieferungshindernis aus Art. 4 GRC (der Parallelnorm zu Art. 3 EMRK in der Grundrechtecharta) ergab, was dieser überzeugend bejahte und damit ein Stück europäische Rechtsgeschichte schrieb.¹² Auffallend ist, dass sowohl für die nationalen Gerichte als auch für den EuGH die Rechtsprechung des EGMR die entscheidende Referenzmarke war, u. a. die Rechtssache *Varga*. In seinem Urteil verfestigt der EGMR seine Massstäbe für die Prüfung von Überbelegungsfällen. Darüber hinaus nutzt der Gerichtshof die Piloturteilstechnik, um ein Handlungsprogramm dafür zu formulieren, auf welchen Wegen sich die Gefängnispopulation abbauen liesse. Diese Leitlinien basieren in wesentlichen Teilen auf einer Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats.¹³ Sie sind daher für alle Staaten von Interesse, die

⁹ EGMR (GK), *Bouyid v. Belgium*, § 88.

¹⁰ EGMR v. 10.3.2015, *Varga and Others v. Hungary*.

¹¹ OLG Bremen, 1. Aufl. A 3/15, Vorlagebeschluss v. 23.6.2015 sowie 1. Aufl. A 23/15, Vorlagebeschluss v. 8.12.2015.

¹² EuGH, Urteil v. 5.4.2016 (Aranyosi u. Căldăraru), Rs. C-404/15 u. C-659/15 (PPU); dazu MEYER JZ 2016, 621.

¹³ Recommendation No. R (99) 22 concerning prison overcrowding and prison population inflation.

⁷ EGMR (GK), *Bouyid v. Belgium*, §§ 87, 101.

⁸ EGMR (GK), *Bouyid v. Belgium*, § 103.



mit hohen Gefangenzahlen zu kämpfen haben. Massive Überbelegung führt nicht nur zu gravierenden Einschränkungen der Bewegungsfreiheit, sondern nimmt Gefangenen auch den Raum für Entfaltung und Schutz ihrer eigenen Persönlichkeit. Sie kann daher erniedrigend i. S. d. Art. 3 EMRK wirken. Die praktische Schwierigkeit liegt in der Beurteilung der erniedrigenden Wirkung im Einzelfall. Der EGMR verzichtet auf die Anordnung einer bestimmten zwingenden Haftraumgrösse. Er bestätigt vielmehr den Drei-Elemente-Test aus dem *Ananyev*-Entscheid. Ob Art. 3 EMRK verletzt ist, hängt danach primär vom Vorhandensein eines eigenen Schlafplatzes, einer Haftraumfläche von mind. 3 m² pro Häftling und der im konkreten Fall bestehenden Bewegungsfreiheit zwischen den Einrichtungsgegenständen ab.¹⁴ Zwar liegt bei 3 m² ein neuralgischer Schwellenwert, weshalb bei einer Unterschreitung eine starke Vermutung für die Konventionswidrigkeit streitet.¹⁵ Am Ende ist gleichwohl eine abschliessende kumulative Betrachtung vorzunehmen, bei der auch alle übrigen relevanten Umstände (insbesondere Dauer der Haft, Bewegungsraum ausserhalb der Zelle) einbezogen werden.¹⁶ Umstände, die der Bewegungsfreiheit und Persönlichkeitsentfaltung dienlich sind, können dabei zur Entkräftung der Vermutung führen.¹⁷ In den konkreten Fällen stellte der EGMR aber durchweg Verletzungen von Art. 3 EMRK fest. Entscheidende Faktoren waren dabei neben der zu geringen Zellengrösse die Dauer der unzureichenden Unterbringung, der Zustand der sanitären Anlagen und Zellen sowie die mangelnden Bewegungsmöglichkeiten ausserhalb der Hafträume.¹⁸ Da derartige Zustände in vielen ungarischen Haftanstalten anzutreffen sind und beharrlich andauern und wirksame interne Abhilfemechanismen fehlen, greift der EGMR auf die Piloturteilstechnik zurück¹⁹. Die *Piloturteilstechnik* ist eine innovative Entscheidungsform, die gezielt strukturelle Mängel aufgreifen soll und damit über die normale Inter-partes-Wirkung von EGMR-Urteilen hinauszureichen versucht.²⁰ Da sich über Art. 46 EMRK aber nur solche Massnahmen bindend anordnen lassen, die sich direkt aus den Primärverpflichtungen nach der Konvention ergeben, muss der EGMR in der Sache gleichwohl eine gewisse Zurückhaltung walten lassen. Soweit seine Ausführungen auf die Reduzierung der Gefangenzahlen abzielen, müssen sie daher in Empfehlungsform gehalten werden. Als allgemeine Massnahmen schlägt der EGMR u. a. den häufigeren Gebrauch nicht-freiheitsentziehender Sanktionen, die seltenere Anordnung von Untersuchungshaft sowie eine Redu-

zierung der Haftzeit zur Kompensation erlittener menschenunwürdiger Haft vor.²¹ Der Gerichtshof setzt Ungarn eine Frist von sechs Monaten zur Ausarbeitung eines detaillierten Abhilfepfandes, um auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er die zahlreichen Parallelfälle aussetzen bzw. aus dem Register streichen will. Für den Moment sieht er von dieser üblichen Vorgehensweise bei Piloturteilen ab. Hierzu hat ihn neben dem hohen Rechtsschutzinteresse der Betroffenen die Überlegung bewogen, den Druck auf die Vertragspartei überpendente Fälle besser aufrechterhalten zu können.²²

II. Art. 5 EMRK

1. Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs

Im Schweizer Fall *Papillo*²³ ging es um die therapeutische Massnahme der stationären psychiatrischen Behandlung. Der Beschwerdeführer wurde als schuldunfähige Person zunächst in einer psychiatrischen Anstalt platziert. Nach einiger Zeit wurde er jedoch in ein Gefängnis verlegt, da sein weiterer Aufenthalt für die Klinik «nicht mehr tragbar» war und der Gefangene eine ihm angebotene stationäre medizinische Versorgung in einer anderen Klinik ablehnte. Seine Behandlung wurde sodann in der Strafanstalt durchgeführt. Mit der Beschwerde vor dem EGMR rügte er, dass seine Behandlung in einem Gefängnis statt in einer medizinischen Anstalt die Voraussetzungen des Art. 5 Ziff. 1 EMRK nicht erfülle und der Freiheitsentzug somit Art. 5 EMRK verletze.

Der Gerichtshof verneinte eine Verletzung einstimmig. Er nahm v. a. Rücksicht darauf, dass die Ursache für die Unterbringung des Beschwerdeführers in einer Strafanstalt darin lag, dass er nach der Ausweisung aus der ihn behandelnden Klinik eine ihm angebotene Behandlung in einer anderen psychiatrischen Klinik ohne vernünftigen Grund ablehnte.²⁴ Der EGMR betonte jedoch, dass fehlende Kooperationsbereitschaft seitens des Patienten den Staat nicht davon befreit, sich ausreichend um die bestmögliche Behandlung des Gefangenen zu bemühen.²⁵ Da die schweizerischen Behörden dem Beschwerdeführer u. a. ausreichende ärztliche Versorgung in der Strafanstalt zur Verfügung stellten, hielt der Gerichtshof den Freiheitsentzug im konkreten Fall für EMRK-konform.²⁶ Die Vollzugsbedingungen der therapeutischen Massnahmen in der Schweiz weisen generell keine strukturellen Mängel auf.²⁷ Gleichwohl bleibt grundsätzlich zu beachten, dass die Behörden auch in Fällen, in denen eine optimale Behandlung aus vom Staat unabhängigen Gründen unmöglich ist, verpflichtet bleiben,

¹⁴ EGMR, *Varga and Others v. Hungary*, § 74; zuvor EGMR v. 10. 1. 2012, *Ananyev and Others v. Russia*, § 148.

¹⁵ EGMR, *Varga and Others v. Hungary*, § 74.

¹⁶ EGMR, *Varga and Others v. Hungary*, § 72.

¹⁷ EGMR, *Varga and Others v. Hungary*, § 77 m. w. N.

¹⁸ EGMR, *Varga and Others v. Hungary*, §§ 88 ff.

¹⁹ Regel 61 der Verfahrensordnung des EGMR vom 1. 11. 2003.

²⁰ Dazu SCHMAHL, Piloturteile als Mittel der Verfahrensbeschleunigung beim EGMR, EuGRZ 2008, 369.

²¹ EGMR, *Varga and Others v. Hungary*, §§ 104 ff.

²² EGMR, *Varga and Others v. Hungary*, § 116.

²³ EGMR v. 21. 1. 2015, *Papillo v. Switzerland*.

²⁴ EGMR, *Papillo v. Switzerland*, § 46.

²⁵ EGMR, *Papillo v. Switzerland*, § 47.

²⁶ EGMR, *Papillo v. Switzerland*, § 50.

²⁷ EGMR, *Papillo v. Switzerland*, § 46.

dem Patienten eine möglichst gleichwertige Behandlung zur Verfügung zu stellen.

Um die EMRK-Konformität des Freiheitsentzugs ging es auch im Urteil *Messina*.²⁸ Der wegen mehrerer Delikte verurteilte Beschwerdeführer beantragte in Bezug auf die verhängten Freiheitsstrafen die Gewährung einer gesetzlich vorgesehenen Strafreduktion. Für eine dieser Freiheitsstrafen wurde die Strafreduktion mit der Begründung verweigert, der Gefangene habe während der relevanten Zeit eine neuerliche Straftat begangen. Wie sich später ergab, beruhte diese Feststellung auf einem falschen Strafregistereintrag. Nach Feststellung des Fehlers wurde dem Beschwerdeführer die Strafreduktion gewährt. Insgesamt dauerte aber der Freiheitsentzug ca. acht Monate länger, als wenn über die Strafreduktion von Anfang an anhand der richtigen Angaben entschieden worden wäre.²⁹ Gemäss dem Vorbringen des Beschwerdeführers war der Freiheitsentzug deshalb ab dem Zeitpunkt der (korrekten) hypothetischen Entlassung EMRK-widrig.

Der Gerichtshof wiederholte in der Entscheidung *Messina*, dass der Art. 5 EMRK grundsätzlich keinen Anspruch auf frühzeitige Entlassung oder Amnestie gewährleistet.³⁰ Eine Ausnahme besteht in Fällen, in denen ein obligatorischer gesetzlicher Grund für eine Strafreduktion vorgesehen ist und dem Staat somit bei der Entscheidung über die Strafreduktion kein Ermessensspielraum zukommt.³¹ Im vorliegenden Fall war der gesetzliche Anspruch auf frühere Entlassung an die Bedingung geknüpft, dass der Gefangene tatsächlich (d. h. nicht nur fiktiv, für «Alibi»-Zwecke) an Resozialisierungsprogrammen teilgenommen hatte. Bei Erfüllung dieser Voraussetzung besteht kein Ermessensspielraum und die frühzeitige Entlassung ist zu gewähren.

Der Gerichtshof stufte deswegen den die Fortdauer der Haft nach der Überschreitung des (korrekten) hypothetischen Entlassungszeitpunkts als unrechtmässigen Freiheitsentzug i. S. v. Art. 5 Ziff. 1 EMRK ein.³² Die Entscheidung des EGMR ruft in Erinnerung, dass während des Entlassungsverfahrens das Beschleunigungsgebot eine besondere Rolle spielt. Zwar lassen sich gelegentliche Fehler (wie im vorliegenden Fall der fehlerhafte Strafregistereintrag) nicht vermeiden; deren Behebung im Laufe des Rechtsmittelverfahrens sollte jedoch möglichst vor dem hypothetischen Entlassungsdatum erfolgen, um unrechtmässigen Freiheitsentzug zu vermeiden.

2. Präventiver Freiheitsentzug

In der auf einem etwas untypischen Sachverhalt beruhenden Entscheidung *Lecomte*³³ äusserte sich der EGMR zu

den Bedingungen eines präventiven Freiheitsentzugs.³⁴ Eine für ihre Kletter-Protestaktionen bekannte Umweltaktivistin war nach ihrer Festnahme durch die Polizei in Präventivhaft genommen worden, da laut den Polizeibehörden eine grosse Wahrscheinlichkeit dafür bestand, dass sie durch Erklettern einer Brücke versuchen würde, einen Transport mit radioaktivem Abfall zu behindern.³⁵ Nach ca. drei Tagen wurde sie entlassen, da ärztlich festgestellt wurde, dass sie infolge ihres aktuellen Gesundheitszustandes zu einer solchen Kletteraktion gar nicht fähig war. Die Beschwerdeführerin beanstandete eine Beeinträchtigung ihrer Rechte aus Art. 5 und Art. 3 EMRK und brachte u. a. vor, dass die Zelle, in der sie untergebracht war, nicht genügend Tageslicht einliess und dass ihr weder ausreichende Bewegungsmöglichkeit noch genügend Angebote für andere Aktivitäten gewährt worden waren.³⁶

Der EGMR verneinte im konkreten Fall eine unmenschliche Behandlung mit Blick auf die relativ kurze Haftdauer, obwohl gewisse Mängel in Bezug auf die Haftbedingungen feststellbar waren (v. a. geringer Zugang zu Tageslicht in der Zelle und zeitweises Fehlen sinnvoller Beschäftigungsmöglichkeiten³⁷). Der Gerichtshof schloss sich insofern der Meinung des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter (CPT) an, wonach für die Haftbedingungen bei kürzerem Freiheitsentzug weniger strenge Massstäbe gelten.³⁸ Es wurde unterstrichen, dass sich die Behörden erfolgreich darum bemüht hatten, die Bedingungen der präventiven Haft unter vielen Aspekten wenig belastend zu gestalten (gestattet wurden u. a. das Mitnehmen von persönlicher Kleidung und Medikamenten, mehrere begleitete Spaziergänge trotz des unkooperativen Verhaltens der Gefangenen sowie rasche medizinische Versorgung bei Gesundheitsbeschwerden). Aus der Entscheidung ergeben sich jedoch keine konkreten Abgrenzungskriterien in Bezug auf ausreichende bzw. nicht ausreichende Bemühungen des Staates bei kurzer Präventivhaft. Aus der allgemein gehaltenen Feststellung, dass für eine relativ kurze Freiheitsentziehung andere Anforderungen gelten als für eine längerfristige, lassen sich keine konkreten Kriterien der Rechtmässigkeit ableiten; stattdessen wird jeweils anhand der Umstände des konkreten Falles zu entscheiden sein.

Mit den Informations- und Teilnahmerechten (Art. 5 Ziff. 4 EMRK) setzte sich der Gerichtshof in *Sher and Others*

²⁸ EGMR v. 24. 3. 2015, *Messina v. Italy*.

²⁹ EGMR, *Messina v. Italy*, § 43.

³⁰ EGMR, *Messina v. Italy*, § 45.

³¹ EGMR, *Messina v. Italy*, § 45.

³² EGMR, *Messina v. Italy*, § 49.

³³ EGMR v. 6. 10. 2015, *Lecomte v. Germany*.

³⁴ Der EGMR hatte infolge der Überschreitung der Beschwerdefrist keine Möglichkeit, sich zur Begründetheit der Präventivhaft als solcher zu äussern. Dies ist zu bedauern, da einer Untersuchung der Verhältnismässigkeit und der Notwendigkeit der Freiheitsentziehung (v. a. der zur Verfügung stehenden alternativen Massnahmen) angesichts der zunehmenden Beliebtheit solcher Massnahmen eine wichtige Leitfunktion hätte zukommen können.

³⁵ EGMR, *Lecomte v. Germany*, §§ 16 ff.

³⁶ EGMR, *Lecomte v. Germany*, §§ 76 ff.

³⁷ EGMR, *Lecomte v. Germany*, §§ 100, 111.

³⁸ EGMR, *Lecomte v. Germany*, § 111.



auseinander.³⁹ Die Beschwerdeführer, welche sich mit einem Studentenvisum im Vereinigten Königreich aufhielten, wurden in Rahmen einer landesweiten, auf den *Terrorism Acts 2000* gestützten Aktion zur Abwehr eines unmittelbar drohenden Terroranschlags verhaftet und für insgesamt dreizehn Tage festgehalten. Die gegen sie erhobenen Vorwürfe wurden ihnen nur in äusserst allgemeiner Form mitgeteilt. Ihre Inhaftierung (sowie deren Verlängerung) wurde mit der Notwendigkeit einer langwierigen Beweisauswertung begründet. Von der Verhandlung über die Haftverlängerung wurden sie und ihre Verteidiger teilweise ausgeschlossen.⁴⁰ So durften sie u. a. nicht anwesend sein, als die Notwendigkeit weiterer Ermittlungshandlungen geprüft wurde. Die Beschwerdeführer rügten daher, dass ihnen das Recht auf Teilnahme an der Verhandlung teilweise nicht gewährt wurde. Überdies sei ihnen (trotz des partiellen Ausschlusses ihrer Verteidiger) kein Sonderbeistand bestellt worden.⁴¹

Der Gerichtshof stellte klar, dass Art. 5 EMRK nicht auf eine Weise ausgelegt werden darf, die den Behörden eine effiziente Bekämpfung des Terrorismus wesentlich erschweren oder verunmöglichen würde;⁴² das gilt insb. im Angesicht unmittelbar bevorstehender Anschläge. Nur die Abwesenheit der Verdächtigen habe es dem nationalen Gericht erlaubt, die relevanten Informationen und Beweise in der Verhandlung gründlich zu prüfen, ohne gleichzeitig die Durchführung der Ermittlung zu gefährden. Für den Schutz des Rechts auf Freiheit war laut EGMR mit der vorgesehenen gerichtlichen Kontrolle ausreichend gesorgt. In deren Rahmen sei u. a. überprüft worden, ob ausreichende Gründe bestanden, um den Verdächtigen Beweismittel vorzuenthalten.⁴³ Auch sah der Gerichtshof in der Einschränkung der Teilnahmerechte der Verhafteten und ihrer Verteidiger keinen Grund für die Bestellung einer Ersatzverteidigung.⁴⁴ Vielmehr reiche die nach nationalem Recht mögliche Ernennung eines besonderen Verteidigers aus. Die Beschwerdeführer hatten jedoch keine solche Bestellung beantragt.

Verallgemeinernd ist zu vermuten, dass es für die Bewertung von Einschränkungen regelmässig auf den Einzelfall ankommen wird, wobei der Grad der Terrorgefahr und die konkret verfügbaren Informationen (inkl. ihrer Quellen) eine erhebliche Rolle spielen werden.

Eine weitere, das Anwesenheitsrecht betreffende Entscheidung ist der Fall *Baratta v. Italy*,⁴⁵ in welchem der Beschwerdeführer Rechtsmittel gegen seine Auslieferung nach

Italien erhob. Die daraus folgende Verzögerung des Auslieferungsverfahrens erachtete das italienische Hauptverfahrensgericht als durch den Beschwerdeführer verursachte Abwesenheit, die dessen Verurteilung *in absentia* ermöglichte. Ein Antrag auf Wiederholung des Verfahrens in Anwesenheit des Beschwerdeführers wurde abgelehnt, da das Ausbleiben des Verurteilten laut den nationalen Behörden durch ihn selbst verschuldet war. Gegenstand der Rüge vor dem EGMR war eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 Lit. a EMRK durch unrechtmässigen Freiheitsentzug.

Der Gerichtshof erinnerte zunächst daran, dass das Teilnahmerecht des Angeklagten einen unentbehrlichen Teil des *fair trial* (Art. 6 EMRK) darstellt. Sofern kein wirksamer Verzicht auf die Teilnahmerechte vorliege, sei die Möglichkeit der Teilnahme in einem (nach der Verurteilung *in absentia*) wiederholten Verfahren zu gewährleisten. Das Fehlen der Teilnahmemöglichkeit sei als *flagrant denial of justice* einzustufen, weshalb die in einem solchen Verfahren verhängte Freiheitsstrafe nicht als rechtmässig i. S. v. Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK betrachtet werden könne.⁴⁶ Im konkreten Fall merkte der Gerichtshof zudem an, dass die Erhebung eines Rechtsmittels im Auslieferungsverfahren durch die verfolgte Person (und die daraus folgende Verlängerung des Rechtshilfverfahrens) nicht als selbstverschuldete Abwesenheit oder als konkludenter Verzicht auf das Teilnahmerecht interpretiert werden kann.⁴⁷

III. Art. 6 EMRK

Die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens wird dem EGMR immer bewusster.⁴⁸ Dies zeigt sich im Berichtszeitraum an einer Reihe von Entscheidungen, die den Schutz des Rechts auf Verteidigung in praktisch wegweisenden Situationen in dieser Verfahrensphase fortschreiben.

Im Fall *A. T.* war dem amtlich bestellten Verteidiger vor der Vernehmung des Beschuldigten durch den Untersuchungsrichter weder eine Beratung mit seinem Mandanten noch Akteneinsicht gewährt worden.⁴⁹ Der EGMR hielt Letzteres für vereinbar mit Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK, da es in dieser frühen Phase zum Schutz des Interesses an einer effektiven Durchführung der Ermittlungen zu rechtfertigen sei, noch keine Einsicht zu gewähren. Diese Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten sei durch den kurze Zeit später eröffneten Aktenzugang ausgeglichen worden. Dagegen verletze es das Recht auf effektive Verteidigung, wenn das Gericht Verteidigerbestellung und Vernehmung nicht auf eine Weise koordiniert, die es dem Beschuldigten

³⁹ EGMR v. 20.10.2015, *Sher and Others v. The United Kingdom*.

⁴⁰ EGMR, *Sher and Others v. The United Kingdom*, § 74.

⁴¹ Zu einem weiteren Problem, ob die Beschwerdeführer über den gegen sie bestehenden Vorwürfen ausreichend informiert wurden, durfte sich der EGMR infolge des nicht ausgeschöpften nationalen Rechtswegs nicht äussern (EGMR, *Sher and Others v. The United Kingdom*, § 139).

⁴² EGMR, *Sher and Others v. The United Kingdom*, § 149.

⁴³ EGMR, *Sher and Others v. The United Kingdom*, § 153.

⁴⁴ EGMR, *Sher and Others v. The United Kingdom*, § 154 ff.

⁴⁵ EGMR v. 13.10.2015, *Baratta v. Italy*.

⁴⁶ EGMR v. 24.3.2005, *Stoichkov v. Bulgaria*, §§ 51 ff.; EGMR, *Baratta v. Italy*, § 114.

⁴⁷ EGMR, *Baratta v. Italy*, § 116.

⁴⁸ EGMR v. 15.12.2015, *Schatschaschwili v. Germany*, § 104.

⁴⁹ EGMR v. 9.4.2015, *A. T. v. Luxembourg*.

ermöglicht, sich vor der richterlichen Vernehmung von seinem Anwalt beraten zu lassen und eine Verteidigungsstrategie zu entwickeln. Der Verteidiger war erst unmittelbar am Morgen des Vernehmungstags bestellt worden.

Im Fall *Zachar u. Čierny* ging es um die Wirksamkeit des Verzichts auf einen Rechtsbeistand und letztlich um die Umgehung der Voraussetzungen notwendiger Verteidigung seitens der Verfahrensleitung durch geschickte Gestaltung der Tatverdachtsbewertung.⁵⁰ Die Beschuldigten waren zwar über das Recht auf einen Anwalt belehrt worden und hatten dieses nicht in Anspruch genommen, machten aber geltend, dass man sie dabei über die wirkliche Schwere der Anklagevorwürfe im Unklaren gelassen habe und sie daher in dieser Phase der Ermittlungen nicht von der eigentlich notwendigen Verteidigung profitieren konnten.⁵¹ Der EGMR untersuchte daraufhin die Wirksamkeit des Verzichts und wiederholte, dass ein Verzicht auf anwaltliche Vertretung zulässig ist, wenn dieser dem Willen der Rechtsinhaber entspricht, von hinreichenden verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen begleitet wird und öffentlichen Interessen nicht zuwiderläuft. Konkret war entscheidend, dass die schriftliche Belehrung über die einzelnen Verfahrensrechte vor dem Hintergrund der Informationen über den Gegenstand der Vorwürfe erfolgte. Dieser lautete auf gewöhnliche Delikte (*ordinary crimes*), obgleich sich der Verdacht auf eine schwere Straftat bereits deutlich abzeichnete und später auch der Anklage zugrunde gelegt wurde. Da die Beschuldigten hierüber im Unklaren belassen wurden, sei der Verzicht unwirksam. Um eine informierte Entscheidung über einen Rechtsverzicht zu ermöglichen, hätten die Behörden auf die mögliche dynamische Entwicklung der Verdachtsschwere und ihre Folgen hinweisen müssen.⁵²

Durch diesen Eingriff in das Recht auf effektive Verteidigung gilt der Beschuldigte für den EGMR als unwiederbringlich benachteiligt, wenn sich herausstellt, dass die Verletzung Einfluss auf die gerichtliche Entscheidung hatte.⁵³ Hiervon ging der EGMR aus, weil Einlassungen der Beschuldigten Eingang in das Urteil gefunden hatten. Zwar hielt das nationale Gericht die ersten Aussagen für unverwertbar, doch berücksichtigte es ein späteres, neuerliches Geständnis, das zunächst wieder ohne Verteidiger erfolgte, tags darauf aber nach Verteidigerbestellung wiederholt wurde.⁵⁴ Die nationalen Behörden hätten es versäumt, für eine rechtzeitige Kompensation des Mangels zu sorgen. Insgesamt sind die Ausführungen des EGMR etwas kryptisch. In der Sache geht es hier um das Problem der Fortwirkung von Verfahrensmängeln und ihre effektive Beseitigung. Von einem Einfluss auf das Urteil kann nur ausgegangen wer-

den, wenn den Beschuldigten bei den späteren Aussagen nicht bewusst war, dass die ursprünglichen Angaben unverwertbar waren und sie fortan, ohne Nachteile aufgrund ihrer früheren Einlassungen fürchten zu müssen, schweigen oder sich gänzlich anders hätten verteidigen dürfen. Dies ist seitens des Staates durch sog. qualifizierte Belehrungen sicherzustellen, um damit die Fortwirkung des anfänglichen Verfahrensfehlers zu unterbrechen.

Im Fall *Dvorski* stand nicht die Verweigerung eines Anwalts bei der Vernehmung (*denial of access*), sondern die Beeinträchtigung des Auswahlrechts (*denial of choice*) des Beschuldigten im Blickpunkt.⁵⁵ Für diese Fälle, die der EGMR grundsätzlich als weniger schwer einstuft als die Unterbindung des Zugangs zu einem Verteidiger vor der ersten Vernehmung, hat der Gerichtshof einen zweistufigen Test entwickelt. Konkret war dem Anwalt, den die Eltern des Beschuldigten ohne dessen Wissen beauftragt hatten, der Zugang zum Beschuldigten auf der Polizeiwache verwehrt worden. Dieser hatte stattdessen einen von der Polizei vorgeschlagenen Anwalt bevollmächtigt. Der EGMR prüft in solchen Fällen, ob im konkreten Fall relevante und hinreichende Gründe (*relevant and sufficient grounds*) dafür vorliegen, das Wahlrecht des Beschuldigten zu verkürzen.⁵⁶ Liegen keine derartigen Gründe vor, bleibt zu klären, ob die Verteidigungsrechte (Art. 6 Ziff. 1 i. V. m. Ziff. 3 lit. c EMRK) in einem solchen Masse negativ beeinträchtigt wurden, dass die Fairness des Verfahrens insgesamt unterminiert erscheint.⁵⁷

Dabei ist es dem EGMR wichtig, dass dem Betroffenen eine wirksame Möglichkeit offen stand, die Umstände seiner ersten Befragung zu rügen, und dass die Behörden sorgfältig geprüft haben, ob die Beeinträchtigung des Wahlrechts spätere selbstbelastende Aussagen beeinflusst haben könnte. Die Bestellung eines anderen als des gewünschten Anwalts allein führt nicht zur Unfairness des gesamten Verfahrens, denn immerhin war die Vertretung durch einen fachlich qualifizierten, den Standesregeln unterworfenen Juristen gesichert. Vorliegend war vielmehr entscheidungserheblich, dass der Beschuldigte nach Ansicht des EGMR mit einem anderen Anwalt wohl von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hätte. Stattdessen legte er ein Geständnis ab, das für die Urteilsfindung verwertet wurde.

Zwei weitere interessante Entscheidungen betrafen die Unschuldsvermutung gem. Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Im Fall *El Kaada* war zu klären, auf welche Weise eine erneute Straftat nachgewiesen sein muss, um den Widerruf einer bedingten Strafe auf diese stützen zu können.⁵⁸ Der Beschwerdeführer hatte ein während der Probezeit begangenes Delikt zunächst im Ermittlungsverfahren gestanden, ohne

⁵⁰ EGMR v. 21. 7. 2015, *Zachar and Čierny v. Slovakia*.

⁵¹ EGMR, *Zachar and Čierny v. Slovakia*, § 61.

⁵² EGMR, *Zachar and Čierny v. Slovakia*, §§ 72 f.

⁵³ EGMR, *Zachar and Čierny v. Slovakia*, §§ 78 f. unter Verweis auf EGMR v. 28. 10. 2010, *Leonid Lazarenko v. Ukraine*, § 57.

⁵⁴ EGMR, *Zachar and Čierny v. Slovakia*, §§ 76 f.

⁵⁵ EGMR v. 20. 10. 2015, *Dvorski v. Croatia*.

⁵⁶ EGMR, *Dvorski v. Croatia*, § 82.

⁵⁷ EGMR, *Dvorski v. Croatia*, § 81.

⁵⁸ EGMR v. 12. 11. 2015, *El Kaada v. Germany*.



dass es später zu einer Anklage gekommen wäre. Die Aussetzung seiner Freiheitsstrafe zur Bewährung wurde dennoch unter Bezugnahme auf dieses Geständnis widerrufen. Der EGMR sah darin einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung, weil das Gericht damit negative Rechtsfolgen auf eine nicht gerichtlich festgestellte Tat gestützt hatte. Das Urteil zwingt diejenigen Staaten zu einer Änderung ihrer Justizpraxis, die für den Widerruf einer bedingten Strafe bereits ein glaubhaftes Geständnis (vor einem Ermittlungsrichter) als gesetzlichen Nachweis hinreichen lassen.⁵⁹ Ohnehin dürfte diese Problematik aber nur in solchen Ländern auftreten, in denen – anders als in der Schweiz – nicht der Zweirichter, sondern der Erstrichter über den Widerruf entscheidet (wie eben in Deutschland). Für die Schweiz könnte die Berücksichtigung der erneuten Delinquenz durch den Erstrichter allenfalls gem. Art. 95 Abs. 5 StGB als Indikator für das Risiko der Begehung neuer Taten relevant werden.

Deutlich kniffliger war die Rechtssache *Cleve*.⁶⁰ Der Beschwerdeführer war vom Vorwurf des sexuellen Missbrauchs aus Mangel an Beweisen freigesprochen worden und rügte, dass in den Urteilsgründen dennoch explizit festgestellt worden war, dass es nach Überzeugung des Gerichts «zu sexuellen Übergriffen» gekommen war.⁶¹ Die Entscheidung des EGMR ist von erheblicher Bedeutung, weil sie den Schutz der Unschuldsvermutung nunmehr eindeutig auch auf die Urteilsgründe erstreckt. Dies gilt sowohl für freisprechende Urteile, wenn in den Gründen Feststellungen getroffen wurden, wonach der Angeklagte die Straftat doch begangen hat, als auch im Falle einer Verurteilung, wenn die Urteilsgründe neben der Begründung des Schuldspruchs weitere Feststellungen zu eigenständigen strafbaren Verhaltensweisen enthalten, die nicht vom Schuldspruch umfasst sind.

Diese Ausdehnung ist überzeugend, weil Dispositiv und Gründe integrierende Teile des Gesamturteils sind und die Gründe mithin auch eine wichtige sanktionstheoretische Funktion haben.⁶² Sie bilden zugleich Basis und Teil des sozialetischen staatlichen Unwerturteils, das sich im Urteil ausdrückt. Es ist zwar möglich, dass hier künftig weitere Differenzierungen geboten sein können, weil das Konzept der Kriminalstrafe und die (kommunikativ-expressive) Funktion des Urteils in Europa keinesfalls einheitlich sind. Für Deutschland als beschwerdegegnerische Vertragspartei lässt sich aber ebenso wie für die Schweiz sagen, dass auch den Urteilsgründen grundrechtsdogmatisch Eingriffsqualität zukommt, da sie eine zentrale Rolle für die Erläuterung der Strafbarkeit des angeklagten Verhaltens und die Kom-

munikation seines Unwertgehalts gegenüber Täter und Allgemeinheit spielen. Richtig ist deshalb auch, dass rechtliche und tatsächliche Ausführungen und Feststellungen im Urteil auch bei Freisprüchen nicht als solche unzulässig sind, sondern eine wichtige rechtsstaatliche Funktion haben. Zur Legitimation von Strafurteilen ist eine intersubjektiv überzeugende, umfassende Begründung unerlässlich. Ein Strafgericht ist deshalb auch nicht daran gehindert, (fort-)bestehende Verdachtsmomente zu erwähnen. Nationale Strafgerichte werden also weiterhin den jeweiligen nationalen Begründungserfordernissen genügen können. Unzulässig sind indes Feststellungen, die im Widerspruch zum Dispositiv stehen und den Eindruck entstehen lassen, der Freigesprochene sei doch einer Straftat schuldig. Diese Einschränkung ist notwendig, weil es dem Gericht sonst möglich wäre, den Betroffenen durch geschickte Formulierungen in den Gründen gezielt doch mit einem Kainsmal zu versehen.

So überzeugend die abstrakten Ausführungen des EGMR sind, so sehr bieten sie Anlass zur Kritik bezüglich ihrer konkreten Umsetzung. Die vom Landgericht getroffene Feststellung, es habe tatsächlich «sexuelle Übergriffe» des Angeklagten auf das Opfer gegeben, konterkariert nicht den Freispruch wegen sexuellen Missbrauchs, da dieser Übergriffe von einer gewissen Erheblichkeit verlangt, von deren Vorliegen sich das Landgericht ausdrücklich nicht überzeugen konnte. Die Feststellung insinuiert auch nicht die Begehung eines anderen Straftatbestandes. Das Landgericht formuliert keine Geschehnisse als bewiesen, bei deren Subsumtion unter die Tatbestände des Sexualstrafrechts sich eine Strafbarkeit ergäbe. Dass das Landgericht dieses Geschehen in eindeutiger, keinen Zweifel zulassender Weise dargestellt hat, ist rechtlich unerheblich, solange sich kein Widerspruch gegenüber dem Dispositiv ergibt.⁶³ Die insofern fehlgehende Bewertung des EGMR lässt aber darauf aufmerksam werden, dass die in Rechtsprechung und Schrifttum zur Abgrenzung des Zulässigen gebräuchliche Trennlinie zwischen (zulässiger) Verdachtsäusserung und (unzulässiger) Schuld feststellung zu ungenau ist. Es gibt nämlich eine dritte Kategorie zulässiger Feststellungen, in welche der vorliegende Fall gehört: Es sind dies Konstellationen, in denen das Gericht die Überzeugung von Tatsachen gewonnen hat, denen aber keine Schuld feststellung i. S. d. Unschuldsvermutung innewohnt, weil sie nicht für eine Subsumtion unter den objektiven Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens genügen. Es wäre unsinnig, vom Gericht in einer solchen Situation zu verlangen, seine Überzeugung sprachlich als Verdacht zu darzustellen, um in der Dichotomie des EGMR auf der richtigen Seite zu landen.

Dass der EGMR Unbehagen wegen der klaren Ausführungen des Landgerichts hegt, ist andererseits nicht unverständlich. Ihm unterläuft dabei aber ein Fehler bei der Bestimmung des tatsächlich betroffenen Konventionsrechts.

⁵⁹ Vgl. BVerfG 9. 12. 2004 – 2 BvR 2314/04, NStZ 2005, 204; OLG Düsseldorf 19. 12. 2003 – III-3 Ws 469/03, NStZ 2004, 269; OLG Hamm 30. 4. 2012 – 3 Ws 101/12, 3 Ws 102/12.

⁶⁰ EGMR v. 15. 1. 2015, *Cleve v. Germany*; dazu ROSTALSKI, HRRS 2015, 315, 324.

⁶¹ EGMR, *Cleve v. Germany*, § 59.

⁶² Dazu eingehend auch ROSTALSKI, HRRS 2015, 315, 318 ff.

⁶³ Anders EGMR, *Cleve v. Germany*, § 61.

Durch Verwischung der Linie zwischen der Feststellung von ehrenrührigen und allgemein vorwerfbaren Handlungen und der Feststellung tatbestandlichen Handelns wird der spezifische Charakter dieser Beeinträchtigung offenbar übersehen. Dem Gerichtshof ist sicherlich zuzugestehen, dass auch derartige Darlegungen, wie der konkrete Fall selbst zeigt, negative externale Wirkungen haben können. So knüpfte vorliegend ein Familiengericht bei einer Sorgerechtsentscheidung gegen den Beschwerdeführer an die Urteilsbegründung des Strafgerichts an.⁶⁴ Es besteht mithin ein Spannungsverhältnis zwischen exakter und intersubjektiv überzeugender Begründung und den negativen Aussenwirkungen der Formulierungen für Persönlichkeitsrechte des Betroffenen. Betroffen sind damit aber Art. 8 oder Art. 10 EMRK und nicht die Unschuldsvermutung. Das wirkliche Problem lag vorliegend nicht darin, dass staatliche Stellen den Freigesprochenen so behandelt hätten, als habe er die Tat tatsächlich begangen. Vielmehr wurde bei der Entscheidung des Familiengerichts an dargelegte Tatsachen und Verdachtsmomente angeknüpft, die aus rechtsstaatlichen Gründen im Strafurteil geboten waren (ohne dass sich aus ihnen eine Strafbarkeit ergab). Insofern muss bei Folgeentscheidungen sauber zwischen tatbestandlicher und tatsächlicher Anknüpfung unterschieden werden. Tatsachen dürfen (und müssen aufgrund von Schutzpflichten evtl. sogar) berücksichtigt werden. Die entscheidende Frage in diesen Fällen ist vor allem, ob die strafgerichtlichen Feststellungen bindend sind oder ob Familiengerichte oder Jugendämter sich selbst von deren Richtigkeit zu überzeugen haben, bevor sie sich diese bei ihrer Entscheidung zu eigen machen. Was hier im Einzelnen verfahrenstechnisch erforderlich ist, bemisst sich nach den berührten materiellen Konventionsrechten.

Die wohl wichtigste Entscheidung des letzten Jahres im Bereich der Verteidigungsrechte betraf das Konfrontationsrecht. In der Rechtssache *Schatschaschwili*⁶⁵ entwickelte der EGMR den Drei-Stufen-Test aus dem Urteil *Al Khawaja und Tahery* weiter und äusserte sich zur Konventionskonformität der sog. Beweiswürdigungslösung als Mittel zur Kompensation einer nicht erfolgten Konfrontation. Auffällig ist die nochmalige Flexibilisierung der Teststandards. Es droht ein Aufgehen der einzelnen, anfänglich distinkten Prüfungsstufen in einer Globalprüfung der Gesamtfairness. Konkret hält der EGMR fest, dass das Fehlen eines triftigen Grundes für die Nichtgewährung des Konfrontationsrechts (*good reason*) isoliert betrachtet nicht ausreichen soll, um eine Konventionsverletzung zu begründen. Auch von der Prüfungsreihenfolge könne nach den Bedürfnissen des Einzelfalls abgewichen werden, da die einzelnen Stufen letztlich nur als (nicht abschliessende) Teilelemente einer umfassenden Prüfung der *overall fairness* zu verstehen seien.⁶⁶

Damit gehen freilich nicht nur die distinkten (Schutz-)Gehalte der einzelnen Stufen verloren, sondern sukzessive auch der besondere Charakter der strafrechtlichen Verteidigungsgarantien des Art. 6 Ziff. 3 EMRK.⁶⁷

Bei den Ausgleichsmechanismen als dritter Teststufe stand die sog. Beweiswürdigungslösung auf dem Prüfstand; d. h., ob bei grundsätzlicher Anerkennung eines reduzierten Beweiswerts das Fehlen einer Konfrontation durch besonders sorgfältige Beweiswürdigung ausgeglichen werden kann. Hierbei handelt es sich um eine der Rationalisierungstechniken, die der deutsche Bundesgerichtshof mit der Zeit entwickelt hat, um nach Verfahrensverstössen die Verwertbarkeit von Beweismitteln zu retten und die scharfe Rechtsfolge der Unverwertbarkeit zu vermeiden. Für den EGMR steht auf dieser Stufe im Vordergrund, die Verlässlichkeit des Beweismittels zu sichern, ohne damit freilich ein autonomes dogmatisches Konzept für das Konfrontationsrecht zu entwickeln. Grundsätzlich können auf dieser Stufe Spezifika und tradierte Rechtsfiguren der nationalen Systeme berücksichtigt werden. Es stellte sich vorliegend freilich von vornherein die Frage, wie die Verlässlichkeit eines Beweismittels durch besonders gründliche Beweiswürdigung sichergestellt werden können soll. Die Beweiswürdigung kann letztlich nur rekapitulieren, was an Ausgleichsmassnahmen im Verfahren geleistet wurde, aber nicht ihrerseits selbst als Verlässlichkeitstest (anstelle von effektiven Kompensationsversuchen im Hauptverfahren) fungieren. Während eine Minderheit unter den Richtern dies jedoch durchaus für plausibel hielt, liess die Mehrheitsmeinung die Frage letztlich offen, weil im konkreten Fall eine spezielle gesetzliche Vorschrift (§ 168c Abs. 2 dStPO) für die Bewältigung des eingetretenen Risikos bestanden habe und von den nationalen Behörden im Ermittlungsstadium nicht genutzt worden sei. Gestattet das Prozessrecht dem Beschuldigten und seinem Verteidiger die Anwesenheit bei Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren, nicht zuletzt, um frühzeitig eine effektive Verteidigung zu ermöglichen, dann müssen diese Optionen auch effektiv eröffnet werden, insbesondere wenn allgemein damit gerechnet werden muss, dass Zeugen später nicht mehr verfügbar sind. Das Versäumnis, bestehende gesetzliche Kompensationsmechanismen zu nutzen, könne insofern nicht durch eine besonders gründliche Beweiswürdigung kompensiert werden.⁶⁸ Die Botschaft des EGMR ist klar: Wenn ein Gesetzgeber Regelungen vorsieht, um eine frühzeitige Konfrontation zu ermöglichen, dann müssen diese auch effektiv realisiert werden. Entscheiden sich Behörden dagegen, tragen sie das Risiko des späteren Nichterscheinsens.⁶⁹

⁶⁴ EGMR, *Cleve v. Germany*, § 63.

⁶⁵ EGMR, *Schatschaschwili v. Germany*.

⁶⁶ EGMR, *Schatschaschwili v. Germany*, § 118.

⁶⁷ Vgl. auch Joint Concurring Opinion of Judges SPIELMANN, KARAKAS, SAJÓ and KELLER, EGMR, *Schatschaschwili v. Germany*.

⁶⁸ EGMR, *Schatschaschwili v. Germany*, § 163.

⁶⁹ Vgl. EGMR, *Schatschaschwili v. Germany*, § 160.



Dieses strikte Vorgehen ist zu begrüßen. Ohne scharfe Konsequenzen lässt sich ein praktischer wirksamer Schutz der Konventionsrechte nicht erreichen. Der Schwerpunktverlagerung der Strafverfolgung auf das Vorverfahren muss durch Strenge bei den Schutzstandards Rechnung getragen werden.⁷⁰ Missachtung und Nichtgewährung von Rechten wiegen gerade in dieser Phase besonders schwer und können nicht einfach durch Beweiswürdigung oder Strafmilderung bei fortgesetzter Nichtgewährung des Rechts ausgeglichen werden. Die Zulassung weicher Gegenmassnahmen wie der Beweiswürdigungslösung würde zu einer weiteren Relativierung der Verteidigungsrechte beitragen. Sie müssen daher auch unabhängig von der Existenz bzw. Nichtbeachtung spezifischer nationaler Anwesenheitsrechte als unzulässig angesehen werden.

IV. Art. 7 EMRK

Im Blickpunkt der Rechtssache *Berland* stand die Anordnung einer Massnahme, deren Rechtsgrundlage erst im Jahr nach der Tat eingeführt worden war.⁷¹ Der Beschwerdeführer hatte seine Freundin in schuldunfähigem Zustand getötet. Die Staatsanwaltschaft beantragte daher die zwangsweise Aufnahme in eine spezielle geschlossene Einrichtung zur Sicherung und Behandlung der festgestellten psychischen Störung (sowie u. a. ein langjähriges Kontaktverbot zu den Nebenklägern). Der Beschwerdeführer sah darin eine von Art. 7 Ziff. 1 EMRK verbotene rückwirkende Bestrafung. Der EGMR hatte daher zu prüfen, ob die verhängte Massnahme eine Strafe i. S. v. Art. 7 EMRK ist.⁷² Über die entscheidungserheblichen Aspekte des Einzelfalls hinaus lassen sich seine Ausführungen für alle sichernden und therapeutischen Massnahmen verallgemeinern. Massgeblich für die rechtliche Einordnung sind danach Begründung und (intendierte) Wirkung der Massnahme. Die Begründung darf keine repressiv-kriminalrechtlichen Konnotationen aufweisen und insbesondere kein sozialetisches Unwerturteil aussprechen bzw. implizieren. Nicht verwehrt und in der Regel unerlässlich ist aber das Eingehen auf die Anlagentat.⁷³ Deren materielle Elemente dürfen ebenso wie der Grund der Schuldunfähigkeit rekapituliert werden, soweit ihr Nachweis für die Begründung der Massnahme nötig ist. Zu unterlassen sind dagegen Zuweisungen persönlicher Schuld und persönlicher Tadel. Was die Wirkung betrifft, kommt es neben der Intention des Gesetzgebers und der Ausgestaltung der Rechtsgrundlagen auf die konkrete Durchführung an. Wie die Fälle zur deutschen Sicherungs-

verwahrung gezeigt haben, kann auch die Art und Weise des Vollzugs dazu führen, dass einer Massnahme im Nachhinein die Qualität einer Strafe zuwächst. Dem gilt es durch eine massnahmegerechte Vollzugspraxis zu begegnen. Wird dieses Abstandsgebot wie im vorliegenden Fall eingehalten, ist der sachliche Anwendungsbereich von Art. 7 EMRK wegen des präventiven Charakters der Massnahme nicht eröffnet. Für sichernde und therapeutische Massnahmen gilt das Rückwirkungsverbot nicht.

In der Rechtssache *Vasiliauskas*⁷⁴ ging es um die Frage, ob eine Verurteilung wegen Völkermords auf der Grundlage eines Jahrzehnte nach der Tat geschaffenen Straftatbestandes mit Art. 7 EMRK vereinbar war. Der Beschwerdeführer war seit 1952 als hoher Polizeioffizier im litauischen Ministerium für Staatssicherheit tätig. In dieser Funktion befahl er 1953 eine Operation gegen zwei litauische Partisanen der antikommunistischen Befreiungsbewegung LKKS, die sich gegen die sowjetische Wiederbesetzung und die Annexion Litauens als sozialistische Sowjetrepublik auflehnte. Beide widersetzten sich der Festnahme mit Waffengewalt und wurden bei dem Einsatz getötet. Hierfür wurde der Beschwerdeführer 1953 belobigt und 2001 wegen Völkermordes angeklagt. Konkret lautete die Anklage auf Versuch der Vernichtung eines Teils der litauischen Bevölkerung, der zu einer bestimmten politischen Gruppe gehörte. Diese Tatvariante sah der objektive Tatbestand der zwischenzeitlich geschaffenen litauischen Völkermordnorm (Art. 71 Abs. 2 litStGB) ausdrücklich vor. Am 1. 5. 2003 trat dann ein neues Strafgesetz in Kraft, das den Völkermord seither in Art. 99 litStGB unter Strafe stellt. Dieser neue Artikel sah ebenfalls den Tatbestand des Genozids an politischen Gruppen vor. Am 4. 2. 2004 wurde der Beschwerdeführer nach dieser Tatvariante zu sechs Jahren Freiheitsstrafe verurteilt.

Beschränkt man sich auf die technischen Rechtsfragen, scheinen die Dinge klar. Der nationale Tatbestand existierte zur Tatzeit nicht, sodass eine Bestrafung auf dieser Grundlage nur dann zulässig gewesen wäre, wenn das Verhalten zum Tatzeitpunkt zumindest nach internationalem Recht strafbar war. Der EGMR fordert zudem, dass diese zur Tatzeit einfach-rechtlich nicht fixierte Strafbarkeit für den Täter auch erkennbar gewesen sein muss.⁷⁵ Vorliegend fehlt es schon an der ersten Voraussetzung. Die Völkermorddefinition der litauischen Norm reicht weiter als diejenige der Völkermordkonvention und des Völkergewohnheitsrechts.⁷⁶ Weder zur Tatzeit noch heute gehören politische Gruppen nach h. M. zu den völkerstrafrechtlich gegen Vernichtung geschützten Gruppen des Völkermordtatbestandes. Auch wenn man den Begründungsgang des EGMR nicht in allen

⁷⁰ Erfreulich deutlich Joint Concurring Opinion of Judges SPIELMANN, KARAKAŞ, SAJÓ AND KELLER, EGMR, *Schatschaschwili v. Germany*.

⁷¹ EGMR v. 3. 9. 2015, *Berland v. France*, §§ 8 ff.

⁷² EGMR, *Berland v. France*, §§ 37 ff.

⁷³ Vgl. EGMR, *Berland v. France*, §§ 41 f.

⁷⁴ EGMR (GK) v. 20. 10. 2015, *Vasiliauskas v. Lithuania*; dazu VEST, Völkermord durch Tötung zweier litauischer Partisanen? Besprechung von EGMR (GC), Urt. v. 20. 10. 2015 – 35343/05 (*Vasiliauskas v. Lithuania*), ZIS 2016, 487.

⁷⁵ EGMR (GK), *Vasiliauskas v. Lithuania*, §§ 162, 186.

⁷⁶ Zur völkerrechtlichen Rechtslage VEST, ZIS 2016, 487, 489 ff.

Details vollends überzeugend finden mag, ist das Ergebnis doch eindeutig und richtig.

Spannender und lehrreich ist der historische und rechtspolitische Hintergrund des Falles. Bereits seit einigen Jahren ist der EGMR immer wieder dazu aufgerufen, über Fälle aus osteuropäischen Staaten zu entscheiden, in denen Angehörige und Handlanger sowjetischer Sicherheitskräfte für Taten während und nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs nachträglich zur Verantwortung gezogen werden sollen.⁷⁷ Diese Bemühungen können auch in den noch grösseren Kontext der Aufarbeitung kommunistischer Straftaten nach dem Ende der Sowjetherrschaft gerückt werden. Diese Bemühungen gleichen einem juristischen Hindernislauf. Für viele Delikte nach gemeinem Strafrecht sind bereits Verfahrenshindernisse eingetreten (Verjährung, Immunität) und nicht selten können sich die Täter darauf berufen, dass ihr Verhalten nach damaligem nationalem Recht erlaubt war. Die strafrechtlichen Aufarbeitungsversuche stützen sich daher verstärkt auf das Völkerstrafrecht, das diese Hürden überwinden helfen soll. Auch dies ist aber wie gesehen nicht leicht, weil die massgeblichen Straftatbestände zu den Tatzeitpunkten noch gar nicht oder nicht in dieser Form völkervertraglich statuiert waren. Für die Prüfung von Art. 7 EMRK stehen Gerichte vor der Herkulesaufgabe, nachträglich beurteilen zu müssen, welcher völkerrechtliche Straftatbestand in welcher Form ab welchem Zeitpunkt völkergeohnheitsrechtlich galt und ob diese Rechtsentwicklung damals für den individuellen Täter vorhersehbar war. Dies hat der EGMR bereits für Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit⁷⁸ und nun für den Völkermord durchexerziert.

V. Art. 8 EMRK

Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Zusammenhang mit einer Durchsuchung von Computersystemen stand im Mittelpunkt des Verfahrens *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL and Others v. Portugal*.⁷⁹ Konkret ging es um Sicherung von elektronischen Dateien und E-Mail-Korrespondenz für Beweiszwecke. Die zu sichernden Dateien und E-Mails wurden anhand von 35 im Durch-

suchungsbefehl genannten Stichwörtern ausgesondert. Darunter befanden sich auch ziemlich häufig benutzte Worte (bspw. «payments», «funding»). Die Beschwerdeführer brachten vor, dass der Durchsuchungsbefehl zu weit formuliert und die Sicherung der Informationen in solchem Umfang unverhältnismässig war. Sie beschwerten sich überdies wegen des Fehlens von Ausgleichsmechanismen, die den Schutz des Anwaltsgeheimnisses bei einer solchen Durchsuchung gewährleisten würden.⁸⁰

Der Gerichtshof stellte fest, dass die Beweissicherung anhand von teilweise sehr allgemeinen Kriterien erfolgte. Die Menge der beschlagnahmten Dateien war nach Meinung des EGMR relativ gross, aber nicht unverhältnismässig (89 000 Dateien und 29 000 E-Mails; hiervon wurden 850 Dateien nach der Kontrolle durch den Untersuchungsrichter als für das Verfahren nicht relevant gelöscht).⁸¹ Auch genügende gesetzliche Schutzmechanismen seien vorgesehen gewesen, namentlich Anwesenheitsrechte der Beschwerdeführer sowie eines Vertreters der Rechtsanwaltskammer, nachträgliche Kontrolle des gesicherten Materials durch den Untersuchungsrichter und Prüfung der Entscheidung des Untersuchungsrichters durch eine höhere Instanz. Die entsprechenden Verfahrensvorschriften seien formell eingehalten worden.⁸² Zweifelhaft war jedoch die Vorgehensweise bei der Kontrolle des gesicherten Beweismaterials durch den Untersuchungsrichter, der allein für das aussergewöhnlich umfangreiche Verfahren zuständig war. Das Material, über dessen Verfahrensrelevanz er entscheiden sollte, umfasste ca. 118 000 Dateien und E-Mails. Aus Sicht des EGMR war aber nicht ausreichend glaubhaft gemacht worden, dass die Kontrolle durch den Untersuchungsrichter (infolgedessen) lückenhaft war.

Die Eindeutigkeit und Kürze, mit der der Gerichtshof feststellt, dass dem Schutz der Privatsphäre ausreichend genügt wurde,⁸³ vermag jedoch nicht ganz zu überzeugen. Wie in einem Sondervotum bemerkt wurde,⁸⁴ hat die Kammer einige Fragen ignoriert bzw. übersehen. Die schiere Menge gesicherter Informationen (ca. 118 000 Dateien) sowie die Art, wie diese Informationen herausgefiltert wurden (mittels z. T. sehr allgemeinen Schlagwörtern), lassen bezweifeln, ob diesem Material mehrheitlich eine direkte oder zumindest indirekte Relevanz für das Verfahren zukommt. Eine nähere Untersuchung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, insbesondere der Problematik

⁷⁷ EGMR (GK) v. 17. 5. 2010, *Kononov v. Latvia*; EGMR v. 17. 1. 2006, *Kolk and Kislyiy v. Estonia*; EGMR v. 24. 1. 2006, *Penart v. Estonia*.

⁷⁸ S. Fn. 77.

⁷⁹ EGMR v. 3. 9. 2015, *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL and Others v. Portugal*; um andere wichtige Aspekte der Privatsphäre bei der Ausübung der Anwaltstätigkeit ging es bei: EMRK v. 27. 10. 2015, *R. E. v. the United Kingdom* (betreffend Voraussetzungen einer Überwachung von Kommunikation mit einem Anwalt sowie betreffend Aufbewahrung des auf diesem Weg erlangten Beweismaterials; Verletzung von Art. 8 EMRK bejaht) und EGMR v. 1. 12. 2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portugal* (Anwesenheitsrecht; Gewährleistung der Überprüfbarkeit; Erlanger der Bankunterlagen eines Anwalts; Verletzung des Art. 8 EMRK bejaht).

⁸⁰ EGMR, *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL and Others v. Portugal*, §§ 83 ff., 108.

⁸¹ EGMR, *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL and Others v. Portugal*, §§ 103 f.

⁸² EGMR, *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL and Others v. Portugal*, § 105.

⁸³ EGMR, *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL and Others v. Portugal*, § 110.

⁸⁴ Sondervotum des Richters SARAGOÇA DA MATTA (Portugal) zu der Entscheidung EGMR, *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL and Others v. Portugal*.



einer eventuellen unerlaubten Beweisausforschung, wäre daher angebracht gewesen. Wenig überzeugend ist auch die Feststellung, dass im konkreten Fall ausreichende Schutzmechanismen griffen. Die Annahme, dass ein einzelner Untersuchungsrichter in der Lage ist, die Relevanz von 118 000 Beweisstücken binnen kurzer Frist zuverlässig abzuschätzen, ist kaum realistisch. Unter pragmatischen Gesichtspunkten lässt sich die Entscheidung des EGMR jedoch nachvollziehen. Angesichts des immer höheren Digitalisierungsgrads und des häufig unübersichtlichen Umfangs zur Verfügung stehender Informationen (gerade auch anwaltlicher Arbeitsunterlagen) ist es wohl unausweichlich, dass an die Überprüfung der Beweisrelevanz nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden können.

Auf eine ähnliche Problematik wie *Sérvulo & Associados* bezieht sich die Entscheidung *Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services v. France*. Sie bot dem EGMR Gelegenheit, einige Standards für die Beschlagnahme von umfangreichen elektronischen Daten auszuarbeiten.⁸⁵ Im Rahmen eines Kartellrechtverfahrens war sämtliche E-Mail-Korrespondenz mehrerer Unternehmensangestellter beschlagnahmt worden, darunter solche, die durch das Anwaltsgeheimnis geschützt war. Anders als in *Sérvulo & Associados* stand die Verhältnismässigkeit dieser Durchsuchung und Beweissicherung grundsätzlich ausser Zweifel.⁸⁶ Die Beschwerdeführer brachten jedoch vor, das ihnen vorgelegte Verzeichnis der beschlagnahmten Dateien sei unvollständig gewesen. Da sie somit nicht zuverlässig wussten, welche Korrespondenz beschlagnahmt worden war und inwieweit sich darunter auch anwaltlicher Schriftverkehr befand, sei es ihnen nicht möglich gewesen, die Notwendigkeit der Beschlagnahme wirksam anzufechten.

Der Gerichtshof erachtete die bei der Beschlagnahme getroffenen organisatorischen Vorkehrungen insgesamt als ausreichend (u. a. waren im Verzeichnis der beschlagnahmten Beweismittel Dateiname, Dateiondung, Dateipfad, digitaler Fingerabdruck aufgeführt und eine Kopie der Datei abgelegt).⁸⁷ Der EGMR stellte jedoch fest, dass die Beschwerdeführer zur Zeit der Beschlagnahme keine effektive Möglichkeit der Einsicht in den Inhalt der Dateien hatten. Daher müsse eine Kontrolle der Verhältnismässigkeit (v. a. der Relevanz der beschlagnahmten Anwaltskorrespondenz für das Verfahren) *a posteriori* gewährleistet werden. In dem konkreten Fall beschränkte sich die richterliche Überprüfung aber auf die blosser Feststellung, dass die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden.⁸⁸ Da mithin die Ver-

hältnismässigkeit (insbesondere die potenzielle Relevanz der Korrespondenz für die Massnahme) nicht geprüft worden war, bejahte der Gerichtshof eine Verletzung des Art. 8 EMRK.

In den Entscheidungen *M. N. v. San Marino*⁸⁹ und *G. S. B. v. Switzerland*⁹⁰ setzte sich der EGMR mit dem Schutz der Privatsphäre bei der internationalen Zusammenarbeit in Straf- bzw. Steuerstrafsachen auseinander. In *M. N. v. San Marino* ging es um ein Rechtshilfeersuchen der italienischen Behörden an San Marino auf Lieferung von Bankunterlagen. Die Beschwerdeführer waren im zugrunde liegenden Hauptverfahren nicht involviert gewesen, ihre Namen fanden sich jedoch in den rechtshilfeweise gelieferten Bankunterlagen. Ihnen fehlte nach dem Recht von San Marino jedoch die nötige Legitimation («*interested Person*»),⁹¹ um die Herausgabe der entsprechenden Dokumente anzufechten. Sie brachten zudem vor, dass die ihre Namen enthaltenden Unterlagen für das Hauptverfahren im ersuchenden Staat irrelevant seien. Aus diesem Grund sei der Rechtshilfeantrag als eine unerlaubte Beweisausforschung (*«fishing expedition»*) einzustufen.⁹² Die Beschwerdeführer warfen den Behörden von San Marino daher eine Verletzung ihrer Privatsphäre vor. Der EGMR führte dazu aus, dass auch in Bankunterlagen enthaltene Informationen unter den Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK fallen.⁹³ Eine materielle Beschlagnahme und Übergabe der Bankunterlagen sei nicht erforderlich, um die Privatsphäre der potenziell Betroffenen zu tangieren.⁹⁴ Er kritisierte daher die enge Ausgestaltung der Beschwerdelegitimation im Rechtshilfeverfahren des ersuchten Staates. Nach Meinung des EGMR hat eine solche Beschränkung zur Folge, dass die Rechte gewisser durch die Rechtshilfemassnahme betroffenen Person schlechter geschützt werden als jene der direkt Involvierten (und dadurch beschwerdefähigen).⁹⁵ Darin liegt eine Verletzung des Rechts auf Privatleben i. S. v. Art. 8 EMRK.⁹⁶

Die Entscheidung des EGMR kann auch für die Schweiz von Relevanz sein. Der Begriff des Beschwerdeberechtigten nach schweizerischem Rechtshilfeverfahren wird u. U. etwas en-

⁸⁵ EGMR v. 2.4.2015, *Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services v. France*.

⁸⁶ EGMR, *Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services v. France*, §§ 69 f., 71 ff., 74.

⁸⁷ EGMR, *Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services v. France*, § 76.

⁸⁸ EGMR, *Vinci Construction and GTM Génie Civil et Services v. France*, §§ 78 ff.

⁸⁹ EGMR v. 7.7.2015, *M. N. v. San Marino*.

⁹⁰ EGMR v. 22.12.2015, *G. S. B. v. Switzerland*.

⁹¹ Dieser Begriff bedeutet nach der ständigen Rechtsprechung der nationalen Gerichte: eine Person, die in das durch den ersuchten Staat geführte Rechtshilfeverfahren involviert war («Objekt des Verfahrens»), oder eine Person, die der Rechtshilfemassnahme unterworfen wurde («subjected to the measure»).

⁹² EGMR, *M. N. v. San Marino*, §§ 15, 59.

⁹³ EGMR, *M. N. v. San Marino*, § 51.

⁹⁴ EGMR, *M. N. v. San Marino*, §§ 53 f.

⁹⁵ EGMR, *M. N. v. San Marino*, §§ 83 f.

⁹⁶ Auf die Problematik der eventuellen unerlaubten Beweisausforschung ging der EGMR leider nicht genauer ein. Der Umstand, dass der Rechtshilfeantrag relativ breit formuliert war, hätte laut EGMR jedoch bewirken müssen, dass dem umfassenden Schutz der Rechte der durch die Rechtshilfemassnahmen betroffenen Personen ein umso grösserer Stellenwert zukam (vgl. EGMR, *M. N. v. San Marino*, §§ 77, 83).

ger ausgelegt, als es dem EGMR in *M. N. v. San Marino* vorschwebt.⁹⁷ Zwar werden unter dem Begriff der «persönlich und direkt betroffenen Person» mit «schutzwürdigem Interesse» nach Art. 80h lit. b IRSG neben dem Beschuldigten auch eventuelle Drittpersonen verstanden; geht es jedoch um die Erhebung von Kontoinformationen, ist mit dem «betroffenen Dritten» ausschliesslich der Kontoinhaber selbst gemeint (Art. 9a lit. a IRSV). Eventuelle Drittpersonen, deren Identität sich aus den Bankunterlagen ergibt, sind nach der aktuellen Schweizer Rechtsprechung nicht beschwerdeberechtigt.⁹⁸ Diese relativ enge und strikte Auslegung des Betroffenenbegriffs wird v. a. mit dem Interesse des Staates an einer effizienten Erledigung von Rechtshilfeersuchen gerechtfertigt.⁹⁹ Da gerade das Argument der Verfahrenseffizienz auf Kosten der Beteiligtenrechte in *M. N. v. San Marino* beim EGMR auf wenig Verständnis stiess,¹⁰⁰ erscheint die geltende schweizerische Praxis aus menschenrechtlicher Sicht problematisch.¹⁰¹

Günstig für die Schweiz fiel die Entscheidung *G. S. B. v. Switzerland*¹⁰² aus. Konkret ging es um die Lieferung von Bankunterlagen an die amerikanischen Steuerbehörden aufgrund des durch die Bundesversammlung am 27.6.2010 genehmigten Abkommens über Amtshilfe in der Sache UBS (sog. «UBS-Abkommen»)¹⁰³. Der Gerichtshof bestätigte, dass das UBS-Abkommen eine gültige rechtliche Grundlage für die Beschränkung des Rechts auf Privatleben durch Amtshilfemassnahmen ist¹⁰⁴ und dass der Eingriff in die Privatsphäre betroffener Personen einen legitimen Zweck (Schutz der substanziellen wirtschaftlichen Interessen der Schweiz) verfolgt.¹⁰⁵ Das Interesse an der Erhaltung eines für den Staat bedeutenden Wirtschaftszweigs überwog im konkreten Fall das Recht des Beschwerdeführers auf Schutz seiner Privatsphäre, weshalb auch die Notwendigkeit der Massnahme bejaht wurde.¹⁰⁶

Die Entscheidung bezieht sich allerdings auf Sachverhalte, die laut Angaben des Bundesverwaltungsgerichts nicht mehr Gegenstand von laufenden Verfahren sind.¹⁰⁷ Bemerkenswert ist jedoch die Eindeutigkeit, mit der der EGMR im konkreten Fall den Vorrang wichtiger wirtschaftlicher Staatsinteressen vor den Rechten des Individuums feststellt.

VI. Art. 10 EMRK

Im Verfahren *Haldimann and Others v. Switzerland* hat der EGMR die Verurteilung mehrerer Journalisten zu geringen Geldstrafen wegen Verstosses gegen Art. 179^{quater} StGB für unvereinbar mit der Meinungsfreiheit befunden.¹⁰⁸ Die Verurteilten hatten ein Interview mit einem Versicherungsmakler heimlich gefilmt und später unter Berufung auf das öffentliche Interesse an der Offenlegung von Qualitätsmängeln beim Vertrieb von Lebensversicherungen ausgestrahlt. Ausschlaggebend bei der Abwägung zwischen Informationsinteresse und Persönlichkeitsrechten des ohne Zustimmung Aufgenommenen war, dass die Reportage einerseits einer wichtigen Frage des Verbraucherschutzes diene und die aufgenommene Person andererseits nicht persönlich angegriffen und auch seine Geschäftsstelle nicht gezeigt wurde. Die Ausstrahlung erfolgte ferner verpixelt und mit veränderter Stimme. Der EGMR befand das Verhalten der Journalisten daher wegen des überwiegenden öffentlichen Interesses an der Thematik für konventionsrechtlich erlaubt, weshalb es auch eingedenk der einschüchternden Wirkung auf künftige journalistische Recherchetätigkeiten nicht zum Anlass für (selbst lediglich geringfügige) strafrechtliche Sanktionen genommen werden durfte.

Ebenfalls im Berichtszeitraum fand die *Perinçek*-Saga ihr Ende. Die Grosse Kammer bestätigte die Auffassung der Kammer, dass die Bestrafung von Äusserungen, welche die rechtliche Einstufung der grausamen Verbrechen an den Armeniern während des 1. Weltkriegs als Genozid bestreiten, wegen Rassendiskriminierung Art. 10 verletzt.¹⁰⁹ Die Äusserungen seien als Beitrag zu einer öffentlichen Debatte anzusehen. Da sie nicht zu Hass und Gewalt anstachelten und die Würde der armenischen Gemeinschaft nicht wesentlich berührten, liesse sich eine strafrechtliche Verurteilung nicht als notwendig zum Schutz wichtiger Interessen rechtfertigen. Die Schweiz sei auch nicht völkerrechtlich zu einem solchen Vorgehen verpflichtet gewesen. Erst kürzlich wurde die Verurteilung *Perinçeks* vom Bundesgericht folgerichtig aufgehoben.¹¹⁰

⁹⁷ Nach Art. 80h lit. b) IRSG ist beschwerdeberechtigt, wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

⁹⁸ BUSSMANN, in: Niggli/Heimgartner (Hrsg.), BSK IRSG GwÜ, Basel 2015, Art. 80h N 38; BGE 122 II 130, 133.

⁹⁹ BUSSMANN, BSK IRSG GwÜ, (Fn. 98), Art. 80h N 26, 32.

¹⁰⁰ EGMR, *M. N. v. San Marino*, §§ 69, 80, 83.

¹⁰¹ Dasselbe gilt für den Begriff des Beschwerdeberechtigten bei der Amtshilfe in Steuersachen nach Art. 19 Abs. 2 StAhiG. Nach aktueller Rechtsprechung sind Drittpersonen, deren Identität sich aus den Bankunterlagen ergibt, die aber vom Verfahren nicht direkt betroffen sind, nicht beschwerdeberechtigt (vgl. SCHODER, StAhiG Praxiskommentar, Zürich 2014, 124 f.; BGE 139 II 404, 446).

¹⁰² EGMR v. 22.12.2015, *G. S. B. v. Switzerland*.

¹⁰³ Abkommen vom 19.8.2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft (SR 0.672.933.612).

¹⁰⁴ EGMR, *G. S. B. v. Switzerland*, §§ 68 ff.

¹⁰⁵ EGMR, *G. S. B. v. Switzerland*, §§ 83 ff.

¹⁰⁶ EGMR, *G. S. B. v. Switzerland*, §§ 92 ff.

¹⁰⁷ Jusletter v. 11.1.2016, Schweiz durfte Bankdaten an USA weitergeben.

¹⁰⁸ EGMR v. 24.2.2015, *Haldimann and Others v. Switzerland*, §§ 66 f.

¹⁰⁹ EGMR (GK) v. 15.10.2015, *Perinçek v. Switzerland*, zusammenfassend § 280.

¹¹⁰ BGer v. 25.8.2016, 6F_6/2016.



Sandra Hadorn, MLaw

Straf- und Massnahmenvollzug – Verwahrung

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) hat sich mit mehreren Geschäften im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzuges auseinandergesetzt, insbesondere auch mit dem Thema der Verwahrung.¹

Die RK-N spricht sich dafür aus, die Schändung gemäss Art. 191 StGB als Tatbestand für eine lebenslängliche Verwahrung in Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB aufzuführen.²

Die RK-N hält weiterhin an der parlamentarischen Initiative fest, welche eine restriktivere Praxis für bedingte Entlassungen aus der Verwahrung verlangt.³ Die heutige Formulierung in Art. 64a Abs. 1 StGB lautet: «Der Täter wird aus der Verwahrung bedingt entlassen, sobald zu erwarten ist, dass er sich in Freiheit bewährt». Somit bleibt Raum für eine Entlassung des Täters aus der Verwahrung und die Gewährung entsprechender Strafvollzugslockerungen, obwohl das Risiko eines Rückfalls nicht ausgeschlossen werden kann. Der erste Satz in Art. 64a Abs. 1 StGB soll wie folgt geändert werden: «Der Täter darf aus der Verwahrung erst bedingt entlassen werden, wenn praktisch sicher ist, dass er sich in der Freiheit bewährt.» Die RK-N stellt sich auf den Standpunkt, dass für die Bevölkerung keine Gefahr mehr bestehen darf. Lässt sich die Frage, ob die erforderliche praktische Sicherheit vorliegt, nicht eindeutig beantworten, soll im Zweifel für die Sicherheit entschieden werden.⁴ Bereits am 16. 10. 2014 hat die RK-N der Initiative Folge gegeben, die Rechtskommission des Ständerates (RK-S) hat hingegen am 1. 9. 2015 die Initiative abgelehnt.⁵

Die RK-N spricht sich einstimmig dafür aus, die Motion «Sicherheitslücke im Jugendstrafrecht schliessen» anzuneh-

men.⁶ Der Bundesrat wird beauftragt, die nötigen Gesetzesänderungen vorzuschlagen, damit gegenüber Jugendlichen, deren jugendstrafrechtliche Schutzmassnahmen wegen Erreichen der Altersgrenze beendet werden müssen,⁷ trotzdem die nötigen Massnahmen angeordnet bzw. weitergeführt werden können, die für die Sicherheit Dritter notwendig sind. Im geltenden Recht enden alle Massnahmen, sobald der Jugendliche das 22. (bzw. seit dem 1. Juli 2016 das 25.⁸) Altersjahr vollendet hat. Die Anordnung geeigneter vormundschaftlicher Massnahmen kann zwar gemäss Art. 19 Abs. 3 JStG⁹ beantragt werden, dies allerdings nur in Konstellationen, wo der Täter wegen psychischer Störung bzw. geistiger Behinderung oder schwerer Verwahrlosung persönlich des Schutzes bedarf.¹⁰ Um Dritte vor schwerwiegender Gefährdung auch in Fällen, wo weder eine psychische Krankheit noch eine Selbstgefährdung vorliegt, zu schützen, soll künftig die Möglichkeit eingeführt werden, dass auch nach altersbedingter Beendigung der Massnahmen die notwendigen Massnahmen angeordnet bzw. weitergeführt werden können.

Keine Aktivlegimitation für Minderheitenschutzorganisationen

Minderheitenschutzorganisationen sollen auch künftig keine Parteistellung in Verfahren zur Verfolgung von Straftaten gegen Art. 261^{bis} StGB erhalten. Dies hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) im Rahmen der Vorprüfung einer parlamentarischen Initiative¹¹ entschieden.¹² Diese Initiative fordert, dass Organisationen, die sich bspw. für die Bekämpfung von Rassismus und Homophobie einsetzen, Parteistellung verliehen und ihnen somit die Möglichkeit geboten wird, Straftaten anzuzeigen und Beschwerde führen zu können. Dadurch soll gewährleistet werden, dass die Strafnorm gegen Rassendiskri-

¹ Vgl. Medienmitteilung der RK-N vom 19. 8. 2016, Straf- und Massnahmenvollzug: Die RK-N besucht eine Strafanstalt, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2016-08-19.aspx> (22. 8. 2016).

² Curia Vista, 15.494 – Parlamentarische Initiative. Lebenslängliche Verwahrung, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150494> (22. 8. 2016).

³ Curia Vista, 13.462 – Parlamentarische Initiative. Bedingte Entlassung aus der Verwahrung nur bei praktischer Sicherheit, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20130462> (22. 8. 2016).

⁴ Curia Vista, 13.462 – Parlamentarische Initiative. Bedingte Entlassung aus der Verwahrung nur bei praktischer Sicherheit, Begründung, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20130462> (23. 8. 2016).

⁵ Vgl. Medienmitteilung der RK-S vom 2. 9. 2015, Verschärfung des geltenden Rechts, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2015/mm-rk-s-2015-09-02.aspx> (22. 8. 2016).

⁶ Curia Vista, 16.3142 – Motion. Sicherheitslücke im Jugendstrafrecht schliessen, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20163142> (22. 8. 2016).

⁷ Art. 19 Abs. 2 JStG (SR 311.1).

⁸ HASLER, Gesetzgebungsbericht, FP 2010, 319; HADORN, Gesetzgebungsbericht, FP 2016, 243.

⁹ SR 311.1.

¹⁰ Art. 426 ZGB (SR 210).

¹¹ Curia Vista, 15.460 – Parlamentarische Initiative. Bekämpfung von Rassendiskriminierung, Antisemitismus und Homophobie. Beschwerderecht für Minderheitenschutzorganisationen, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150460> (22. 8. 2016).

¹² Vgl. Medienmitteilung der RK-N vom 19. 8. 2016, Kein strafprozessuales Beschwerderecht für Minderheitenschutzorganisationen, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2016-08-19.aspx> (22. 8. 2016).

minierung gemäss Art. 261^{bis} StGB auch tatsächlich zur Anwendung gelangt. Nach geltendem Recht ist es Minderheitenschutzorganisationen lediglich möglich, die Einleitung einer Untersuchung zu fordern, allerdings können sie nicht als Partei im Verfahren auftreten. Aus der Sicht der Initianten ist eine solche Parteistellung gerade bei nicht individualisierten rassistischen Äusserungen von Bedeutung.

Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen mit Kindern

Die parlamentarische Initiative «Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen gegenüber Kindern unter 16 Jahren»¹³ sieht zwei Änderungen im Strafgesetzbuch vor. Erstens soll zwischen Taten gegenüber Jugendlichen unter 16 und gegenüber Kindern unter 12 Jahren unterschieden werden. Zweitens sollen im Gesetz für sexuelle Handlungen mit Opfern dieser Altersgruppen Mindeststrafen vorgesehen werden. Betroffen sind die Tatbestände der Art. 187 StGB (Sexuelle Handlungen mit Kindern), Art. 189 StGB (Sexuelle Nötigung), Art. 190 StGB (Vergewaltigung) und Art. 191 StGB (Schändung). Für sexuelle Handlungen mit Kindern beträgt die Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, wenn das Opfer das 12. Altersjahr noch nicht vollendet hat. Für sexuelle Nötigung und Schändung soll das Gesetz mindestens zwei Jahre, für Opfer unter 16 Jahren ein Jahr als Freiheitsstrafe vorsehen. Für Vergewaltigung ist die Strafe eine Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren, wenn das Opfer das 16. Altersjahr noch nicht vollendet hat, und nicht unter drei Jahren, sofern das Opfer das 12. Altersjahr noch nicht vollendet hat. Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) hat beschlossen, der Initiative Folge zu geben.¹⁴

Vollzug der Strafen von gefährlichen Tätern – Strafvollzugskonkordate sollen zuständig bleiben

Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) lehnt die Motion des Nationalrates «Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern»¹⁵ ab, welche den Bundesrat auffordert, in Zusammenarbeit mit den Kantonen und unter Berücksichtigung der Konkordate Kriterien und Mindeststandards für einen einheitlichen Vollzug der Strafen von gefährlichen Tätern festzulegen. Die Mehrheit der RK-S begrüsst, dass die drei Strafvoll-

zugskonkordate bereits Schritte zur Harmonisierung im Straf- und Massnahmenvollzug eingeleitet haben und somit den Schutz der Öffentlichkeit gewährleisten können.¹⁶

Damit folgt die RK-S dem Bundesrat, welcher in seiner Stellungnahme vom 24.2.2016 ausführt, dass die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) bereits gemeinsame Grundlagen für den schweizerischen Sanktionenvollzug verabschiedet hat. Die KKJPD verlangt in ihrem Grundlagenpapier von den Konkordaten, dass die Vollzugsarbeit systematisch auf das Rückfallrisiko und den Interventionsbedarf der verurteilten Personen ausgerichtet wird. Durch ein adäquates Informationsmanagement soll zudem sichergestellt werden, dass alle an einem Vollzug beteiligten Stellen über die erforderlichen Unterlagen verfügen. Die KKJPD hat bereits im November 2013 die Realisierung eines schweizerischen Kompetenzzentrums für den Justizvollzug (SKJV) beschlossen, welches sich um die Koordination und Harmonisierung im Straf- und Massnahmenvollzug kümmern und entsprechende Empfehlungen, Standards und Richtlinien entwickeln und erlassen wird. Mitte 2018 soll das Kompetenzzentrum seinen Betrieb aufnehmen. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die Kantone und die Strafvollzugskonkordate den Handlungsbedarf erkannt haben und die Verantwortung wahrnehmen und deshalb kein Bedarf für eine Regulierung auf Bundesebene besteht.¹⁷

Der Ständerat hat am 29.9.2016 der Motion entgegen der Empfehlung seiner Kommission mit 28 zu 14 Stimmen zugestimmt.¹⁸

Mehr Spielraum bei der Bestrafung von Rasern

Der Nationalrat befürwortet eine Anpassung des SVG, die es den Richterinnen und Richtern ermöglichen soll, das Verschulden und die Verhältnismässigkeit der Strafe bei Raserdelikten nach ihrem Ermessen zu beurteilen.¹⁹ Die Motion²⁰ verlangt vom Bundesrat einen Gesetzesentwurf zur Aufhe-

¹³ Curia Vista, 16.408 – Parlamentarische Initiative. Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen gegenüber Kindern unter 16 Jahren, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?tAffairId=20160408> (5.9.2016).

¹⁴ Vgl. Medienmitteilung der RK-S vom 31.8.2016, Sexuelle Handlungen mit Kindern sollen härter bestraft werden, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2016-08-31.aspx> (5.9.2016).

¹⁵ Curia Vista, 16.3002 – Motion. Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?tAffairId=20163002> (5.9.2016).

¹⁶ Vgl. Medienmitteilung der RK-S vom 31.8.2016, Vertrauen in die Arbeit der Strafvollzugskonkordate, <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2016-08-31.aspx> (5.9.2016).

¹⁷ Vgl. Curia Vista, 16.3002 – Motion. Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern, Stellungnahme des Bundesrates vom 24.2.2016, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?tAffairId=20163002> (5.9.2016).

¹⁸ Vgl. Medienmitteilung des Parlamentes vom 29.9.2016, Parlament will einheitlichen Strafvollzug bei gefährlichen Tätern, https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/20160929113641538194158159041_bsd090.aspx (30.9.2016).

¹⁹ Vgl. Medienmitteilung des Nationalrates vom 21.9.2016, Der Nationalrat will nicht alle Raser drakonisch bestrafen, https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/20160921131328684194158159041_bsd115.aspx (27.9.2016).

²⁰ Curia Vista, 15.3125 – Motion. Via sicura. Verhältnismässigkeit der strafrechtlichen und administrativen Sanktionen wiederherstellen, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?tAffairId=20153125> (27.9.2016).



bung von Art. 90 Abs. 4 SVG²¹ in der Fassung Via sicura²² vorzulegen, damit die Verhältnismässigkeit der strafrechtlichen und administrativen Sanktionen wiederhergestellt wird. Im Vergleich zu den Geldstrafen für andere ähnliche schwere Delikte seien die Strafen für Raser besonders streng und ungeachtet der Umstände des Einzelfalls erfolgt die Bestrafung beim Tatbestand des Rasens nach einem starren Tarif. Die Anwendung dieses Tarifs kann für fehlbare Lenkerinnen und Lenker dramatische Folgen haben, da Sanktionen wie Entzug des Fahrerausweises von mindestens zwei Jahren, Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und hohe Geldstrafen drohen. Der Ständerat, der nun über die Motion zu befinden hat, lehnte eine ähnliche Initiative im Juni 2016 ab,²³ forderte aber vom Bundesrat einen Bericht zur Wirksamkeit des Massnahmepaketes Via sicura, der im Frühling 2017 vorliegen soll.

Aggressionen gegen Beamte sollen härter bestraft werden

Wer eine Behörde, ein Mitglied einer Behörde oder einen Beamten bedroht oder tätlich angreift, soll mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft werden. Wird die Tat von einem zusammengerotteten Haufen begangen, so wird jeder, der an der Zusammenrottung teilnimmt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren bestraft. Die Motion «Strengere Bestrafung bei Aggressionen gegen Beamte und Behörden» fordert die Anpassung von Art. 285 StGB, der im geltenden Recht eine Freiheitsstrafe bis drei Jahre oder eine Geldstrafe vorsieht.²⁴ Der Nationalrat hat den Vorstoss angenommen.²⁵

Der Bundesrat hingegen erachtet die geforderte Erhöhung aus zahlreichen Gründen als nicht angezeigt und lehnt die Motion in seiner Stellungnahme vom 12. 11. 2014 ab. Es sei

nicht erwiesen, dass härtere Strafen zu einer Abnahme der Zahl der Straftaten führen, und der Strafraum von drei Jahren werde zudem von den Gerichten bereits ausgeschöpft.²⁶

Kostenteilung im Strafvollzug bleibt Sache der Kantone

Die Motion «Wohnsitzprinzip bei den Kosten des Straf- und Massnahmenvollzugs» verlangt, dass bei Straftäterinnen und Straftäter mit Schweizer Wohnsitz die Kosten des Straf- und Massnahmenvollzuges vom Wohnsitzkanton getragen werden sollen. Hierdurch würde die heute geltende Regelung abgelöst, wonach der Kanton die Kosten zu tragen hat, in dem die Straftat begangen wurde. In einem zweiten Punkt fordert die Motion, dass bei Straftäterinnen und Straftätern ohne Wohnsitz in der Schweiz der Bund die Kosten des Straf- und Massnahmenvollzugs übernehmen soll.²⁷

Der Ständerat hat am 24. 9. 2015 die Motion zur Prüfung an seine Kommission zurückgewiesen, welche die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) zu diesem Thema angehört hat. Die KKJPD betont, dass die Kantone bereits heute frei seien, auf dem Konkordatsweg die nötigen Änderungen der heute geltenden Kostenverteilung vorzunehmen. Die Regelung, wonach der Bund bei Straftätern ohne Schweizer Wohnsitz die Kosten tragen soll, widerspricht dem aktuellen Prinzip der Kostenregelung zwischen Bund und Kantonen, wonach die Kantone die Kosten für diejenigen Sachbereiche übernehmen, für die sie verantwortlich sind. Der Bundesrat hatte die Ablehnung der Motion beantragt.

Der Ständerat sieht ebenfalls keinen Handlungsbedarf auf Bundesebene und lehnt die Motion am 29. 9. 2016 einstimmig ab.²⁸

²¹ SR 741.01.

²² Curia Vista, 10.092 – Geschäft des Bundesrates, Via sicura. Mehr Sicherheit im Strassenverkehr, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20100092> (27. 9. 2016); BBl 2010 8447.

²³ Curia Vista, 15.413 – Parlamentarische Initiative. Via Sicura. Rasche Beseitigung der Exzesse und unerwünschten Nebeneffekte des Raserdelikts, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150413> (27. 9. 2016).

²⁴ Curia Vista, 14.3995 – Motion. Strengere Bestrafung bei Aggressionen gegen Beamte und Behörden, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143995> (27. 9. 2016).

²⁵ Vgl. Medienmitteilung des Nationalrates vom 27. 9. 2016, Nationalrat will härtere Strafen bei Aggressionen gegen Beamte, https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/20160927122936209194158159041_bsd110.aspx (27. 9. 2016).

²⁶ Curia Vista, 14.3995 – Motion. Strengere Bestrafung bei Aggressionen gegen Beamte und Behörden, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143995> (27. 9. 2016).

²⁷ Curia Vista, 15.3629 – Motion. Wohnsitzprinzip bei den Kosten des Straf- und Massnahmenvollzugs, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153629> (3. 10. 2016).

²⁸ Vgl. Medienmitteilung des Ständerates vom 29. 9. 2016, Kostenteilung im Strafvollzug soll Sache der Kantone bleiben, https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/20160929110402362194158159041_bsd077.aspx (3. 10. 2016).

Ausgewertete Zeitschriften – Liste des revues dépouillées – Lista delle riviste consultate

a) Schweiz – Suisse – Svizzera: Aktuelle Juristische Praxis (AJP); Anwaltsrevue (AwR); Journal des Tribunaux (JdT); Jusletter; plädoyer; recht: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis; Schweizerische Juristenzeitung (SJZ); Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER); Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (SZK); Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR); Semaine Judiciaire (SJ); Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV); Zeitschrift für Europarecht (EuZ); Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR).

b) Ausland – Etranger – Estero: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ); Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA); Juristenzeitung (JZ); Juristische Blätter (JBI); Juristische Rundschau (JR); Kriminalistik; Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV); Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim); Neue Kriminalpolitik (NK); Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ); NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht (NStZ-RR); Österreichische Juristenzeitung (ÖJZ); Österreichische Richterzeitung (RZ); Strafverteidiger (StV); Strafverteidiger Forum (StraFo); Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW); Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS); Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra).

1. Internationales Strafrecht, EMRK und Verfassungsrecht – Droit pénal international, CEDH et droit constitutionnel

1. FUCHS, BERND: Patientin Europäische Union, Kriminalistik 2016, 426.
2. KÜHNE, HANS-HEINER: Der strafrechtliche Ehrenschatz ausländischer Staatsoberhäupter als Instrument des Imports freiheitsfeindlicher Vorstellungen?, GA 2016, 435.

2. Strafverfahrensrecht – Procédure pénale

3. BELINA, BERND: Predictive Policing, MschrKrim 2016, 85.
4. DAVID, GJON: «Eine groteske Regelung» – Amtliche Verteidigung, plädoyer 4/2016, 15.
5. DEHNE-NIEMANN, JAN: Wider die wahrunterstellende Einbeziehung neuer Strafzumessungstatsachen in der Angemessenheitsprüfung des Revisionsgerichts (§ 354 Abs. 1a S. 1 StPO), StV 2016, 601.
6. DE SOUSA MENDES, PAULO: Die Finanzmarktaufsicht und der Transfer von Informationen aus dem Verwaltungungsverfahren in das Strafverfahren, GA 2016, 380.
7. DONATSCH, ANDREAS/ARNOLD, IRENE: Entwicklungen im Strafprozessrecht/Le point sur le droit de la procédure pénale, SJZ 2016, 403.
8. EYMANN, STEPHANIE/GETH, CHRISTOPHER/KANYAR, ANDRÉ/LANZA, GIOVANNA: Fallsammlung Strafrecht AT und StPO, 19 Übungsfälle mit Lösungsvorschlägen, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, ISBN 978-3-7190-3779-6.
9. GLASSEY, DAVID: Jurisprudence pénale des Tribunaux cantonaux de Genève, du Jura et de Neuchâtel, Chronique thématique de prononcés rendus en 2014, Jusletter 12. 9. 2016.

10. GREIER, GRUNNAR: Möglichkeiten strafprozessualer Sicherung von Bitcoins gemäss §§ 111b ff. StPO, wistra 2016, 249.
11. HEER, MARIANNE/HABERMEYER, ELMAR/BERNARD, STEPHAN: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Stämpfli Verlag, Bern 2016, ISBN 978-3-7272-3223-7.
12. KUDLICH, HANS: StPO-Reform – Die Ergebnisse der Expertenkommission und der Referentenentwurf des BMJV, JR 2016, 514.
13. NOROUZI, ALI B.: Öffentlichkeit im Strafverfahren, Bemerkungen zur geplanten Reform des § 169 GVG anlässlich des 71. Deutschen Juristentages in Essen, StV 2016, 590.
14. ORDNER, JAKOB: §§ 111b ff. StPO und das staatliche Interesse am Auffangrechtserwerb, wistra 2016, 220.
15. OTTENS, STEPHAN: Möglichkeiten und Grenzen der internetgestützten Strafanzeigenerstattung bei Delikten der Massenkriminalität, Kriminalistik 2016, 485.
16. RAMONI, PRISCILLE: Les «Mussvorschriften» en matière de droit des sanctions: quels effets sur la justice?, Jusletter 15. 8. 2016.
17. REINBACHER, TOBIAS/WENDEL, MATTIAS: Menschenwürde und Europäischer Haftbefehl – Zum ebenenübergreifenden Schutz grundrechtlicher Elementargarantien im europäischen Auslieferungsverfahren, EuGRZ 2016, 333.
18. RIFFEL, ROBERT: Einige Überlegungen zur Verwertbarkeit von Unterlagen von «Parteienvertretern» in der Hauptverhandlung, RZ 2016, 159.
19. RIKLIN, FRANZ: Strafbefehlsverfahren – Effizienz auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit?, ZBJV 2016, 475.
20. ROGGAN, FREDRIK: Straf- und strafprozessrechtliche Aspekte des Einsatzes von Verdeckten Mitarbeitern und V-Leuten nach dem neuen Bundesverfassungsschutzgesetz, Über die Privilegierung geheimdienstlicher Tätigkeit gegenüber strafverfolgender Aufgabenerfüllung, GA 2016, 393.



21. SALIGER, FRANK: Öffentlichkeit im Strafverfahren – Transparenz und Schutz der Verfahrensbeteiligten, JZ 2016, 824.
22. SCHLOTHAUER, REINHOLD: Reform des Ermittlungsverfahrens, StV 2016, 607.
23. SCHMIDT, LARS/WALTER, TIMO: Rechtsschutz der Öffentlichkeit gegen sitzungspolizeiliche Massnahmen, NStZ 2016, 505.
24. SOINÉ, MICHAEL: Identitätsfeststellung und Vernehmung festgenommener Personen nach grenzüberschreitender polizeilicher Verfolgung in den Schengen-Staaten, Kriminalistik 2016, 459.
25. SUMMERS, SARAH/SCHWEIWILLER, ALINE/STUDER, DAVID: Das Recht auf Konfrontation in der Praxis, ZStrR 2016, 351.
26. THIELE, CLEMENS: Tweets aus dem Gerichtssaal, Der Einsatz von «textbasierten Internetdiensten» für die Live-Berichterstattung aus Gerichtsverhandlungen, RZ 2016, 130.
27. WOHLERS, WOLFGANG: Zur (Un-)Verwertbarkeit strafrechtswidrig erhobener Bild- und Audioaufzeichnungen des Tatgeschehens, JR 2016, 509.

3. Kernstrafrecht – Droit pénal primaire

3.1 Schwerpunkt Allgemeiner Teil – Accent sur la partie générale

28. BEDECARRATZ SCHOLZ, FRANCISCO JAVIER: Rechtsvergleichende Studien zur Strafbarkeit juristischer Personen, Eine Untersuchung ihrer Strafzurechnungsmerkmale in den Rechtsordnungen von Chile, Deutschland, England, Frankreich, Spanien und den Vereinigten Staaten, Studien zum Strafrecht, Band 72, Dike Verlag, Zürich 2016, ISBN 978-3-03751-804-5.
29. BOERS, KLAUS/HERLTH, ANNA MAREIKE: Delinquenzabbruch – Hauptaspekte des gegenwärtigen Forschungsstandes, MschKrim 2016, 101.
30. EYMANN, STEPHANIE/GETH, CHRISTOPHER/KANYAR, ANDRÉ/LANZA, GIOVANNA: Fallsammlung Strafrecht AT und StPO, 19 Übungsfälle mit Lösungsvorschlägen, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, ISBN 978-3-7190-3779-6.
31. GROPP, WALTER: Abschied vom «Doppelirrtum», ZIS 2016, 601.
32. HINTERHOFER, HUBERT/WIRTH, BIRGIT JULIA: Begriff und Bedeutung der groben Fahrlässigkeit nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015, ÖJZ 2016, 764.
33. QUERENGÄSSER, JAN/ROSS, THOMAS/BULLA, JAN/HOFFMANN, KLAUS: Neue Wege in die Entziehungsanstalt – Reformvorschläge für den § 64 StGB, NStZ 2016, 508.
34. SCHNEBLI, MARIA/HEIMGARTNER, STEFAN: Eurojust – Unterstützung der schweizerischen Strafbehörden bei Delikten mit Auslandsbezug, AJP 2016, 1056.
35. VAN LESSEN, JAN: Handlungseinheit und Strafklageverbrauch bei mitgliedschaftlicher Beteiligung nach §§ 129, 129a StGB – Besprechung von BGH, Beschl. v. 9.7.2015, 3 StR 537/14, NStZ 2016, 446.
36. WIPE, DANIEL: Wider das Aufleben der Urhorde, Die Strafbarkeit der Teilnahme am Landfriedensbruch – ein anachronistisches Relikt?, ZStrR 2016, 265.

3.2 Schwerpunkt Besonderer Teil – Accent sur la partie spéciale

37. BITTMANN, FOLKER: Betrug und Untreue, wistra 2016, 265.
38. BRÄNDLI, TOBIAS: Parteien – Mehr Transparenz würde Korruption erschweren, plädoyer 4/2016, 27.
39. BÜRGER, SEBASTIAN: Der Arbeitgeberbegriff in § 266a StGB, Ein komplexes normatives Tatbestandsmerkmal – Voraussetzungen und Irrtumsfolgen, wistra 2016, 169.
40. DELNON, VERA/HUBACHER, MARC: Geldwäscherei und Teilkontamination, ZStrR 2016, 326.
41. DUPPER, KRISTIAN/PETZSCHE, ANNEKE: Zur Strafbarkeit des vorläufigen starken Insolvenzverwalters nach § 266a StGB, wistra 2016, 294.
42. EISSING, THOMAS: Cyber-War-Phänomene als Herausforderung an die deutsche Sicherheitsarchitektur, Kriminalistik 2016, 490.
43. ENGLÄNDER, ARMIN: Das selbstfahrende Kraftfahrzeug und die Bewältigung dilemmatischer Situationen, ZIS 2016, 608.
44. FUCHS, BERND: Cybercrime, Kriminalistik 2016, 354.
45. GERHOLD, SÖNKE: Nein zum Referentenentwurf Mord und Totschlag, NK 2016, 231.
46. GLESS, SABINE/JANAL, RUTH: Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung, JR 2016, 561.
47. GLUBA, ALEXANDER/GROSS, EVA/HERMES, NINA/HOPPE, LAURA: Einmalige vs. mehrmalige Wohnungseinbrüche, Ein Test der Flag-Hypothese zur Erklärung wiederholter Viktimisierungen, Kriminalistik 2016, 393.
48. GRA STIFTUNG GEGEN RASSISMUS UND ANTISEMITISMUS (Hrsg.): Gedanken zur Rassismus-Strafnorm, 20 Jahre Art. 261^{bis} StGB, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen 2016, ISBN 978-3-03751-802-1.
49. GRUNDIES, VOLKER/ZHAO, SHUHONG: Strafzumessung bei schwerer Kriminalität in China – Eine Urteilsanalyse bei ausgewählten Raubdelikten, MschKrim 2016, 140.
50. HECKER, BERND: Das strafrechtliche Verbot geschäftsmässiger Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB)?, GA 2016, 455.
51. HERZOG, FELIX: Kriminalitätsfurcht – Kulturrassismus – rechte Kriminalpolitik, Ein Kommentar, NK 2016, 243.
52. HINZ, WERNER: Mord bei einverständlicher Tötung in sexueller Motivation?, JR 2016, 576.
53. HOCHMAYR, GUDRUN: Die Struktur der Vorgesetztenverantwortlichkeit, JBl 2016, 345.
54. HOLENSTEIN, PETER: Videoüberwachung in Liegenschaft mit Mietwohnungen, Ein Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, Kriminalistik 2016, 484.
55. HOPPMANN, GERHARD/PUSPAS, TOBIAS: Tötungsdelikt nach 37 Jahren geklärt – aber nicht gesühnt, Kriminalistik 2016, 427.
56. KAWELOVSKI, FRANK: Die offene Haustür als Einladung für den Einbrecher, Kriminalistik 2016, 391.
57. KIRCHNER, CHRISTIAN: Der neue Straftatbestand der Datenhehlerei nach § 202d StGB, Kriminalistik 2016, 368.
58. KRANZ, UWE G.: 1000 Tage DAESH, Strategischer Schwerpunkt der kommenden Jahre, Teil 2: Die Hydra DAESH – Ein Kampf ohne Ende?, Kriminalistik 2016, 374.

59. KÜHNE, HANS-HEINER: Der strafrechtliche Ehrenschutz ausländischer Staatsoberhäupter als Instrument des Imports freiheitsfeindlicher Vorstellungen?, GA 2016, 435.
60. LADIGES, MANUEL: Die Erlangung von Kontozugangsdaten durch Täuschung – Strafbarkeit des «analogen Phishings», wistra 2016, 180.
61. LAUCK, ROUVEN: Modi Operandi der Produktpiraterie im grenzüberschreitenden Warenverkehr, Kriminalistik 2016, 413.
62. MEIER, DANIEL: «Digitale Erpressung», Kriminalistik 2016, 361.
63. MEYWIRTH, CARSTEN: Crime-as-a-Service, Die kriminelle Cloud verändert das Kriminalitätsgeschehen!, Kriminalistik 2016, 355.
64. MITSCH, WOLFGANG: Teilweise gerechtfertigte Tötung mehrerer Menschen, GA 2016, 472.
65. PAPATHANASIOU, KONSTANTINA: Amtsträgerkorruption unter Beteiligung ausländischer und internationaler Bedienstete – die neue Gleichstellungsklausel des § 335a StGB, wistra 2016, 175.
66. PIETH, MARK/ZERBES, INGBORG: Sportverbände und Bestechung – Sachgerechte Grenzen des Korruptionsstrafrechts?, ZIS 2016, 619.
67. ROGGAN, FREDRIK: Straf- und strafprozessrechtliche Aspekte des Einsatzes von Verdeckten Mitarbeitern und V-Leuten nach dem neuen Bundesverfassungsschutzgesetz, Über die Privilegierung geheimdienstlicher Tätigkeit gegenüber strafverfolgender Aufgabenerfüllung, GA 2016, 393.
68. SCHNEIDER, HENDRIK: Das Unternehmen in der Schildkröten-Formation, Der Schutzbereich des Anwaltsprivilegs im deutschen und US-Strafrecht, ZIS 2016, 626.
69. SCHWEITZER, LUCAS A.: Eingriffe in das GmbH-Vermögen mit Zustimmung aller Gesellschafter – Strafrechtliche Untreue?, Studien zum Strafrecht, Band 70, Dike Verlag, Zürich 2016, ISBN 978-3-03751-750-5.
70. WEGNER, KILLIAN: Betrugsstrafbarkeit bei Missbrauch des «WAP-Billing»-Verfahrens, NStZ 2016, 455.
71. WIPF, DANIEL: Wider das Aufleben der Urhorde, Die Strafbarkeit der Teilnahme am Landfriedensbruch – ein anachronistisches Relikt?, ZStrR 2016, 265.
72. WOLLINGER, GINA ROSA/DREISSIGACKER, ARNE/MÜLLER, JESSICA/BAIER, DIRK: Herausforderungen der Strafverfolgung von Wohnungseinbrüchen aus Sicht der Praxis, Kriminalistik 2016, 384.
73. ZURKINDEN, NADINE: Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko, recht 2016, 144.
- 3.3 Schwerpunkt Strafen und Massnahmen –
Accent sur les peines et les mesures**
74. EINECKER, MARC: Neue Fragen der Strafzumessung im Bereich der kleineren und mittleren Kriminalität: § 47 StGB und Art. 12 Abs. 1 S. 1 EStGB, StV 2016, 595.
75. GRUNDIES, VOLKER/ZHAO, SHUHONG: Strafzumessung bei schwerer Kriminalität in China – Eine Urteilsanalyse bei ausgewählten Raubdelikten, MschKrim 2016, 140.
76. PEGLAU, JENS: Die Sicherungsverwahrung im «Dialog» zwischen EGMR und BVerfG, JR 2016, 491.
77. PEGLAU, JENS: Verfahrensfremde (rechtliche) Folgen einer Tat bzw. ihrer Bestrafung als Strafmilderungsgrund, wistra 2016, 289.
- 4. Nebenstrafrecht – Droit pénal accessoire**
- 4.1 Strassenverkehrsstrafrecht – Droit pénal de la circulation routière**
78. ENGLÄNDER, ARMIN: Das selbstfahrende Kraftfahrzeug und die Bewältigung dilemmatischer Situationen, ZIS 2016, 608.
79. GLESS, SABINE/JANAL, RUTH: Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung, JR 2016, 561.
80. ZURKINDEN, NADINE: Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko, recht 2016, 144.
- 4.2 Betäubungsmittelstrafrecht – Droit pénal des stupéfiants**
81. KOTZ, PETER/OĞLAKCIOĞLU, MUSTAFA TEMMUZ: Aus der Rechtsprechung zum Betäubungsmittelrecht 2015, NStZ-RR 2016, 265.
- 4.4 Wirtschaftsstrafrecht – Droit pénal économique**
82. DEHNE-NIEMANN, JAN: Die Rechtssprechungsänderung zum «Absatzerfolg» – zugleich Entscheidung über die Erfolgsbezogenheit der Absatzhilfe?, wistra 2016, 216.
83. DELNON, VERA/HUBACHER, MARC: Geldwäscherei und Teilkontamination, ZStrR 2016, 326.
84. DE SOUSA MENDES, PAULO: Die Finanzmarktaufsicht und der Transfer von Informationen aus dem Verwaltungsverfahren in das Strafverfahren, GA 2016, 380.
85. EMMENEGGER, SUSAN: Das Yates-Memorandum – Verschärfung im amerikanischen Unternehmensstrafrecht, AJP 2016, 1045.
86. GEHRMANN, PHILIPP: Kapitalmarktstrafrecht, wistra 2016, 185.
87. HESS, JOSEF: Steuerstrafrechtliche Aspekte bei der Manipulation von Pkw-Schadstoffmessungen, wistra 2016, 212.
88. KINDLER, STEFFI: Unternehmensstrafrecht und individuelle sanktionsrechtliche Haftungsrisiken, wistra 2016, 225.
89. MOMSEN, CARSTEN/LAUDIEN, SEBASTIAN: Der Tatbestand der Marktmanipulation zwischen Porsche-Verfahren und 1. Finanzmarktnovellierungsgesetz (1. FiMaNoG), Zugleich zur Frage der Rückwirkungen des Strafverfahrens auf die noch anhängigen zivilrechtlichen Streitigkeiten, ZIS 2016, 646.
90. PIETH, MARK/ZERBES, INGBORG: Sportverbände und Bestechung – Sachgerechte Grenzen des Korruptionsstrafrechts?, ZIS 2016, 619.
91. RHODE, MATTHIAS: Die unendliche Geschichte der Rückgewinnungshilfe, wistra 2016, 258.
92. WEIDEMANN, JÜRIG: Der EuGH und die Sprache – Schafft bzw. vernichtet Sprache Steueransprüche?, wistra 2016, 209.



4.5 Weitere Nebengebiete – Autres domaines accessoires

93. CANCIO MELIA, MANUEL: Die Lehre der objektiven Zurechnung, Claus Roxin und Lateinamerika – Gegenwart und Zukunft, GA 2016, 497.
94. DARMS, MARTIN: Gefährdung Schweizer Spitäler gegenüber Cyberangriffen, Schulthess Verlag, Zürich 2016, ISBN 978-3-7255-7566-4.
95. FREUND, GEORG/ROSTALSKI, FRAUKE: Gesetzlich bestimmte Strafbarkeit durch Verordnungsrecht?, Rückweisklauseln als Verstoss gegen das Delegationsverbot aus Art. 103 II, Art. 104 I 1 GG, GA 2016, 443.
96. GÄRDITZ, KLAUS FERDINAND: Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, JZ 2016, 641.
97. HEFENDEHL, ROLAND: Ordnungswidrigkeiten: Legitimation und Grenzen, Ein vergleichender Blick auf Deutschland und Chile, ZIS 2016, 636.
98. HEINE, SONJA: Bitcoins und Botnetze – Strafbarkeit und Vermögensabschöpfung bei illegalem Bitcoin-Mining, NStZ 2016, 441.
99. HEISSEL, GREGOR: Polizeiliches Staatsschutzgesetz, ÖJZ 2016, 719.
100. KINDHÄUSER, URS: Zur Alternativstruktur des strafrechtlichen Kausalbegriffs, zugleich eine Entgegnung auf Puppes Kritik der *condicio per quam*, ZIS 2016, 574.
101. KRAATZ, ERIK: Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2014/2015, Die Grundsätze der Einwilligung in den ärztlichen Eingriff – 1. Teil, NStZ-RR 2016, 233.
102. MEYER, FRANK: Das neue Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG), oder «Ein gutes Pferd springt nicht höher, als es muss.», ZStrR 2016, 291.
103. MÜLLER-DIETZ, HEINZ: Literarische Erinnerungen an die NS-Diktatur (Teil I), GA 2016, 519.
104. PELLATON, NICOLAS: Le droit disciplinaire des magistrats du siège, Un essai dans une perspective de droit suisse Collection Neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, ISBN 978-3-7190-3869-4.
105. PRITTWITZ, CORNELIUS: Krieg im Frieden?, Grund und Grenzen der Unterscheidbarkeit von Strafrecht und Krieg, ZIS 2016, 594.
106. SANCINETTI, MARCELO A.: Der Handlungsunwert als Grundlage einer rationalen Strafrechtsdogmatik, GA 2016, 411.
107. SCHÜNEMANN, BERND: Das deutsche Strafrecht und seine Wissenschaft vier Menschenalter nach Franz von Liszt's Giessener Lehrbuch, GA 2016, 506.
108. SZESNY, ANDRÉ-M.: Umweltstrafrecht, wistra 2016, 302.

5. Jugendstrafrecht – Droit pénal des mineurs

109. GLAUBITZ, CHRISTOFFER/STEGLICH, FRAUKE/KOCH, MALTE/KLODT, HENNING/KLATT, THIMNA/HAUSMANN, BARBARA/BLIESENER, THOMAS: Was kostet Jugendkriminalität? – Eine Annäherung, wistra 2016, 123.

6. Straf- und Massnahmenvollzug – Exécution des peines et des mesures

110. DAVID, GJON: «Sonderopfer gegenüber der Gesellschaft» – Verwahrung, plädoyer 3/2016, 14.
111. DAVID, GJON/GRAF, MARC: «Wir lehnen uns sehr weit aus dem Fenster» – Verwahrung, plädoyer 3/2016, 16.
112. HOSTETTLER, UELI/MARTI, IRENE/RICHTER, MARINA: Lebensende im Justizvollzug, Gefangene, Anstalten, Behörden, Stämpfli Verlag, Bern 2016, ISBN 978-3-7272-3211-4.
113. NOLL, THOMAS: Strafvollzug, Vom Leben im Gefängnis, Stämpfli Verlag, Bern 2016, ISBN 978-3-7272-3218-3.
114. VOLLBACH, ALEXANDER: Tatort Gefängnis – Gewaltviktimsierung im Justizvollzug, Bewältigung und Prävention in Theorie und Praxis, MschKrim 2016, 158.

7. Internationale Rechtshilfe – Entraide judiciaire internationale

115. SATZGER, HELMUT: Grund- und menschenrechtliche Grenzen für die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls? – «Verfassungsgerichtliche Identitätskontrolle» durch das BVerfG vs. Vollstreckungsaufschub bei «aussergewöhnlichen Umständen» nach dem EuGH, NStZ 2016, 514.
116. SCHNEBLI, MARIA/HEIMGARTNER, STEFAN: Eurojust – Unterstützung der schweizerischen Strafbehörden bei Delikten mit Auslandsbezug, AJP 2016, 1056.
117. SOINÉ, MICHAEL: Identitätsfeststellung und Vernehmung festgenommener Personen nach grenzüberschreitender polizeilicher Verfolgung in den Schengen-Staaten, Kriminalistik 2016, 459.

8. Sammelwerke – Recueils

118. Entscheide des Schweizerischen Bundesstrafgerichts/Arrêts du Tribunal pénal fédéral suisse/Decisioni del Tribunale penale federale svizzero/Decisions dal Tribunale penale federal svizzer, 2015/TPF, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2016, ISBN, 978-3-03751-824-3.

9. Kriminologie – Criminologie

119. AXMANN, STEFAN/SIEGENTHALER, LEA/KNEUBÜHL, BEAT P./JACKOWSKI, CHRISTIAN: Physik vor Gericht, Die forensische Physik am Institut für Rechtsmedizin der Universität Bern, Kriminalistik 2016, 477.
120. BEHRENDEN, UDO: Die Kölner Silvesternacht 2015/2016 und ihre Folgen, Wahrnehmungsperspektiven, Erkenntnisse und Instrumentalisierungen, NK 2016, 322.
121. BELINA, BERND: Predictive Policing, MschKrim 2016, 85.
122. EISSING, THOMAS: Cyber-War-Phänomene als Herausforderung an die deutsche Sicherheitsarchitektur, Kriminalistik 2016, 490.
123. FUCHS, BERND: Cybercrime, Kriminalistik 2016, 354.

124. GÄDKE, JENS: Aufstieg in den höheren Dienst beim Bundeskriminalamt, Reizvolle Perspektive oder ungewisse Aussichten?, *Kriminalistik* 2016, 418.
125. GLAUBITZ, CHRISTOFFER/STEGLICH, FRAUKE/KOCH, MALTE/KLODT, HENNING/KLATT, THIMNA/HAUSMANN, BARBARA/BLIESENER, THOMAS: Was kostet Jugendkriminalität? – Eine Annäherung, *wistra* 2016, 123.
126. GLUBA, ALEXANDER/GROSS, EVA/HERMES, NINA/HOPPE, LAURA: Einmalige vs. mehrmalige Wohnungseinbrüche, Ein Test der Flag-Hypothese zur Erklärung wiederholter Viktimisierung, *Kriminalistik* 2016, 393.
127. GUHRA, GÖNKE: Oh Mein Gott (OMG) – ein gefährlicher Straftäter!, *NK* 2016, 296.
128. HOLENSTEIN, PETER: Videoüberwachung in Liegenschaft mit Mietwohnungen, Ein Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, *Kriminalistik* 2016, 484.
129. HONEKAMP, WILFRIED/MIELKE, JÖRG: Polizei-Informatik 2016, *Kriminalistik* 2016, 366.
130. HOPPMANN, GERHARD/PUSPAS, TOBIAS: Tötungsdelikt nach 37 Jahren geklärt – aber nicht gesühnt, *Kriminalistik* 2016, 427.
131. KAWELOVSKI, FRANK: Die offene Haustür als Einladung für den Einbrecher, *Kriminalistik* 2016, 391.
132. KIRCHNER, CHRISTIAN: Der neue Straftatbestand der Datenhehlerei nach § 202d StGB, *Kriminalistik* 2016, 368.
133. KRANZ, UWE G.: 1000 Tage DAESH, Strategischer Schwerpunkt der kommenden Jahre, Teil 2: Die Hydra DAESH – Ein Kampf ohne Ende?, *Kriminalistik* 2016, 374.
134. KREUZER, ARTHUR: Flüchtlinge und Kriminalität, Ängste – Vorurteile – Fakten, *Kriminalistik* 2016, 438.
135. KREUZER, ARTHUR: Zur anstehenden Neuregelung der Tötungsdelikte, Erwartungen zwischen Jahrhundertreform und blosser Kosmetik, *NK* 2016, 307.
136. LAUCK, ROUVEN: Modi Operandi der Produktpiraterie im grenzüberschreitenden Warenverkehr, *Kriminalistik* 2016, 413.
137. LIEBL, KARLHANS: Aspekte der Kriminalitätsfurcht, Verhalten und Viktimisierung, *Kriminalistik* 2016, 438.
138. MARKS, ERICH/STEFFEN, WIEBKE: Prävention im Spannungsfeld von Sicherheit und Freiheit, *Kriminalistik* 2016, 452.
139. MARTINZE, ROSA MARIA/THALI, MICHAEL: Forensic Nursing, Eine neue Subdisziplin der modernen Rechtsmedizin?, *Kriminalistik* 2016, 410.
140. MATZDORF, CHRISTIAN FRIEDRICH: Polizeiliche Zusammenarbeit nach dem Vertrag von Lissabon, *Kriminalistik* 2016, 456.
141. MEIER, DANIEL: «Digitale Erpressung», *Kriminalistik* 2016, 361.
142. MEYWIRTH, CARSTEN: Crime-as-a-Service, Die kriminelle Cloud verändert das Kriminalitätsgeschehen!, *Kriminalistik* 2016, 355.
143. OTTENS, STEPHAN: Möglichkeiten und Grenzen der internetgestützten Strafanzeigenerstattung bei Delikten der Massenkriminalität, *Kriminalistik* 2016, 485.
144. ROTTLEUTHNER, HUBERT: Zum Umgang der Justiz mit System-Unrecht in der Bundesrepublik und in der DDR, *NK* 2016, 251.
145. SOINÉ, MICHAEL: Identitätsfeststellung und Vernehmung festgenommener Personen nach grenzüberschreitender polizeilicher Verfolgung in den Schengen-Staaten, *Kriminalistik* 2016, 459.
146. WALDER, STEPHAN: Das Kompetenzzentrum Cybercrime in Zürich – Aktueller Stand, Praxisprobleme und Lösungsansätze, *Kriminalistik* 2016, 403.
147. WIRTH, INGO: Die Ermordung Lemberger Professoren 1941, *Kriminalistik* 2016, 471.
148. WOLLINGER, GINA ROSA/DREISSIGACKER, ARNE/MÜLLER, JESSICA/BAIER, DIRK: Herausforderungen der Strafverfolgung von Wohnungseinbrüchen aus Sicht der Praxis, *Kriminalistik* 2016, 384.
149. WOLLMANN, SUSANNE/SCHAAR, MARTIN: Alles nur eine Frage der Kampagne?, Das Schutzlückenprojekt «Nein heisst Nein!», *NK* 2016, 268.
150. ZABERL, MIROSLAV/POZDEREC, FRANC/OBERMAN, IVANKA: Verhinderung von Gefahren als Grundlage von Sicherheitsbefugnissen nach slowenischem Recht, *Kriminalistik* 2016, 466.

lic. iur. Veronica Lynn



Rezension | Recension | Recensione

NATALIA FERRARA/EDY SALMINA, *Die Weissgeldstrategie wird zum Strafrecht. Der neue Art. 305^{bis} StGB: Die Steuergeldwäscherei und ihre Auswirkungen auf die internationale Rechtshilfe*, Bern 2016, Stämpfli Verlag, ISBN-Nr. 978-3-7272-3208-4, 205 Seiten, CHF 98.–

Die massgeblich auf internationalen Druck zurückgehende Neubestimmung des rechtlichen Status unverteuerter Vermögenswerte hat zu einer auf den 1. Januar 2016 in Kraft getretenen Reform des Geldwäschereitatsbestands geführt, mit der die Erträge aus qualifizierten Steuerdelikten zu tauglichen Tatobjekten des Art. 305^{bis} StGB werden und damit «den Status von *producta sceleris*» erlangen (Vorwort, V). Der vorliegenden Abhandlung liegt die These zugrunde, dass der Gesetzgeber zwar eine im Ansatz restriktive Lösung gewählt habe, dass es aber – so die Befürchtung von Ferrara und Salmina – in der praktischen Umsetzung zu einer deutlich expansiveren Anwendung kommen könnte (Vorwort, VI f.). Die Arbeit ist in vier grössere Abschnitte gegliedert: Zunächst wird die rechtliche Erfassung des unversteuerten Vermögens in der Schweiz im Allgemeinen nachgezeichnet (Teil 1). Dann werden detailliert die Fragen behandelt, inwieweit die neue Geldwäschereistrafnorm die Bekämpfung von Steuerdelikten intensivieren wird (Teil 2) und welche Konsequenzen im Bereich der Rechtshilfe zu erwarten sind (Teil 3). Den Abschluss bilden Ausführungen zur Frage der Einführung der automatischen Rechtshilfe (Teil 4).

Der Gesetzgeber hat sich, nachdem er die ursprüngliche Absicht, das Steuerstrafrecht insgesamt zu reformieren, aufgrund massiven Gegendrucks jedenfalls vorübergehend ad acta gelegt hat, darauf beschränkt, bestimmte schwere Steuerdelikte in Abs. 1^{bis} des Art. 305^{bis} StGB explizit zu tauglichen Vortaten für eine Geldwäscherei zu erklären. Auf dieser Grundlage kann nun auch die Hinterziehung direkter Steuern eine Vortat zur Geldwäscherei darstellen, wenn der Steuerpflichtige durch die Steuerstraftat mindestens 300 000 CHF an Steuern erspart hat. FERRARA und SALMINA zeigen auf, dass schon diese Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm die Praxis gerade bei Auslandstaten vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten stellen wird, weil zum einen auf ausländische Steuersätze abzustellen ist und zum anderen die so ermittelten Steuerersparnisse auch noch umgerechnet werden müssen, was je nach Kurschwankung zu nicht unerheblichen Verzerrungen führen kann (vgl. N 80 f.). Entscheidend werden letztlich aber auch hier wieder die Anforderungen sein, die man an den Nachweis des objektiven und des subjektiven Tatbestands der Geldwäschereistrafnorm stellt (vgl. N 85 ff., 92).

Vor erheblichen praktischen Problemen stehen bei der Umsetzung der Strafnorm nicht nur Finanzintermediäre (zu

den Verhaltenspflichten vgl. N 94 ff., 130 f.), sondern auch Warenhändler, die seit dem 1. 1. 2016 auch dem GwG unterstellt sind (vgl. N 105). Und letztlich sind über Art. 102 StGB sogar Unternehmen betroffen, die selbst gar nicht dem GwG unterstellt sind (vgl. N 132 ff., 140). Für die Praxis stellt sich das Problem, dass die Guidelines der Geldwäschereibekämpfung, die bisher auf das Erkennen der möglichen deliktischen Herkunft der infrage stehenden Vermögenswerte ausgerichtet waren, nun ergänzt werden müssen um Kriterien und Anzeichen, anhand derer man die Steuerehrlichkeit des Kunden/Vertragspartners zu beurteilen hat (vgl. N 106 ff.), was – worauf FERRARA und SALMINA vollkommen zu Recht hinweisen – sehr weitreichende Konsequenzen haben kann (N 109). Der Befürchtung, dass es bei Auslandstaten zu einer erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs der Strafbarkeit kommen könnte (vgl. N 142 ff.) wird man dadurch begegnen können, dass man auch im Hinblick auf die Steuerdelikte des Abs. 1^{bis} die Grundsätze zur Anwendung bringt, die bei der Anwendung der Ziff. 3 des Art. 305^{bis} StGB auch bisher schon gegolten haben: Eine ausländische Steuerstraftat ist nur dann eine taugliche Vortat für die schweizerische Geldwäschereistrafnorm, wenn die Auslandstat gemessen an den Massstäben des schweizerischen Rechts den Anforderungen an eine taugliche Vortat genügt (so im Ergebnis auch N 151 zum Beispiel der in Deutschland gewerbs- oder bandenmässig begangenen Steuerhinterziehung). Dass der Anwendungsbereich der Geldwäschereistrafnorm eine deutliche Ausweitung dadurch erfährt, dass die gewerbsmässig begangene Geldwäscherei als Verbrechen eine taugliche Vortat ist und die für die Gewerbsmässigkeit geltenden Schwellenwerte deutlich unter denen des Abs. 1^{bis} liegen (so N 127 ff.), wird man schon deshalb bezweifeln können, weil die Einstufung als gewerbsmässig begangene Geldwäscherei nicht nur voraussetzt, dass der Täter durch die Geldwäscherei – und nicht durch die Vortat – einen Gewinn von CHF 10 000.– generiert oder einen Umsatz von CHF 100 000.– macht, sondern hinzukommen muss, dass die Geldwäscherei vom Täter berufsmässig betrieben wird.

Neben die schon für sich gesehen nicht zu unterschätzenden praktischen Schwierigkeiten treten aber auch grundlegende dogmatische Probleme, angesichts derer man sich fragen kann, ob die These, der Gesetzgeber habe die Struktur des Art. 305^{bis} StGB nicht verändert, sondern nur den

Kreis der relevanten Vortaten erweitert (vgl. N 42), die Auswirkungen nicht zu sehr bagatellisiert. Während taugliche Tatobjekte für eine Geldwäscherei bisher – jedenfalls dann, wenn man von der Problematik der Surrogate und von der Möglichkeit der Kontaminierung legaler Vermögenswerte absieht – «dreckige» Vermögenswerte darstellen mussten, sind neuerdings nun auch vollkommen legal erwirtschaftete Vermögenswerte taugliche Tatobjekte – wenn und soweit der Vermögensinhaber eine schwere Steuerstraftat begangen hat. Während es bei Drogen- und auch bei Vermögensdelikten relativ problemlos möglich ist zu bestimmen, welche Vermögenswerte aus der Vortat herrühren, und dies auch bei einem durch Korruption zustande gekommenen Vertragsverhältnis durchaus noch möglich erscheint, muss man sich bei Steuerdelikten schon in grundsätzlicher Hinsicht fragen, was eigentlich der aus dem Steuerdelikt «herrührende» Vermögenswert sein soll. Wenn man – was wohl als Konsequenz der Anerkennung von Steuerdelikten als Vortaten für Geldwäscherei unvermeidbar ist – die Steuerersparnis als solche als aus dem Steuerdelikt herrührend anerkennt, hat dies zur Folge, dass wir es mit einem grundlegend neuen Begriff des «Herrührens» zu tun haben.

Abgesehen davon, dass sich die Frage stellt, ob die oben skizzierte Neuausrichtung auf die Steuerdeliktsgeldwäscherei beschränkt bleiben soll oder beschränkt bleiben kann, stellt sich dann noch die weitere – und für die Praxis wohl zentrale – Frage, welche Vermögenswerte eigentlich als kontaminiert anzusehen sind: die Vermögenswerte, die auf dem Konto liegen, das nicht deklariert worden ist, oder das gesamte Vermögen des Steuerhinterziehers. Während für die erstgenannte Lösung der Umstand zu sprechen scheint, dass die anderen (deklarierten) Vermögenswerte allenfalls mittelbar von der Steuerdeliktstvortat betroffen sind, liegt es andererseits doch so, dass der Steueranspruch des Staates nicht konkrete Vermögenswerte trifft, sondern einen Anspruch gegen den Steuerschuldner begründet, für den dessen gesamtes Vermögen haftet. Dass es sich bei den sonstigen Bestandteilen des Vermögens des Steuerhinterziehers um legale Vermögenswerte handelt, ist in diesem Zusammenhang irrelevant, weil es sich auch bei den nicht deklarierten Vermögenswerten um vollkommen legal erworbene Vermögenswerte handeln kann. Die Antwort auf die Frage, an welche Vermögenswerte man die aus dem Steuerdelikt herrührende Steuerersparnis als geldwäschereirechtlich relevanten Vermögensvorteil anheften kann, wird darüber entscheiden, ob die Begehung einer Steuerstraftat de facto dazu führt, dass das Gesamtvermögen des

Steuerschuldners eingefroren und immobilisiert wird oder nicht. Dass diese Frage in ihrer gesamten Brisanz im Gesetzgebungsverfahren offenbar gar nicht gesehen worden ist, ändert nichts daran, dass wir es hier mit einem Paradigmenwechsel im System der Geldwäschereibekämpfung zu tun haben. Dass die Problematik des Herrührens zwar gesehen, dann aber quasi nur als eine «vortatspezifische Frage» im Zusammenhang mit der Geldwäschereitathandlung thematisiert wird (vgl. N 116 f.), dürfte der Bedeutung, die dieser Frage zukommt, nicht ganz gerecht werden.

Ein weiteres bedeutsames Problemfeld bildet die Rechtshilfe in Strafsachen, die für die Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz schon immer von grosser Bedeutung war. Die, wie die Autoren nicht müde werden zu betonen, äusserst rechtshilfefreundliche Haltung der Schweiz hat dazu geführt, dass selbst das der Gewährung von Rechtshilfe theoretisch entgegenstehende Erfordernis der doppelten Strafbarkeit dadurch an praktischer Bedeutung verloren hat, dass die doppelte Strafbarkeit nicht an einem konkreten Massstab gemessen wird, sondern an einem eher abstrakten (vgl. im Zusammenhang mit der Praxis bei Steuerdelikten: N 158, 195, 200 ff.). FERRARA und SALMINA zeigen auf, dass die auf den 1.1.2016 in Kraft getretenen Änderungen eine Ausweitung der Rechtshilfe zur Folge haben werden (vgl. N 170, 193 ff.). Ob die Praxis sich der Forderung anschliesst, dem vom Gesetzgeber gewollten restriktiven Anwendungsbereich der Strafnorm im Bereich der Rechtshilfe dadurch Rechnung zu tragen, dass die doppelte Strafbarkeit nicht abstrakt, sondern konkret(er) geprüft wird (vgl. z.B. N 56, 198), bleibt abzuwarten. Besonders wichtig ist die Antwort auf diese Frage auch deshalb, weil die vom Gesetzgeber getroffene Regelung für Altfälle für die Rechtshilfe keine Geltung hat (vgl. N 172).

Man muss kein Prophet sein um vorherzusehen, dass die Reform der Geldwäschereistrafnorm die Praxis in den nächsten Jahren umtreiben wird. Mit dem vorliegenden Werk zeigen FERRARA und SALMINA die Problembereiche auf und bieten erste bedenkenswerte Lösungsansätze an. Die Praxis wird sich den anstehenden Problemen stellen müssen. Wer meint, darauf vertrauen zu können, dass der automatische Informationsaustausch die Probleme irgendwann und irgendwie obsolet machen wird, könnte genauso eine Überraschung erleben wie diejenigen Finanzintermediäre und/oder Steuerpflichtigen, die auf die Unverhandelbarkeit des Bankgeheimnisses vertraut haben.

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Basel



Veranstaltungen | Manifestations | Manifestazioni
Bericht über Aktuelles aus dem Bundesstrafgericht

20. März 2017, Basel

Referent: Dr. phil. und lic. iur. Daniel Kipfer Fasciati

Organisation: Basler Juristenverein, Postfach 526, 4010 Basel, <http://www.basler-juristenverein.ch>, info@basler-juristenverein.ch

Zeit und Ort: 18.30 Uhr, Zunfthaus zum Schlüssel, Freie Strasse 25, Basel

Behörde – Aufsicht – Regulierung, Gedanken anlässlich des 10-jährigen Bestehens der FINMA

15. Mai 2017, Basel

Referent: Dr. Thomas Bauer

Organisation: Basler Juristenverein, Postfach 526, 4010 Basel, <http://www.basler-juristenverein.ch>, info@basler-juristenverein.ch

Zeit und Ort: 18.30 Uhr, Zunfthaus zum Schlüssel, Freie Strasse 25, Basel

Zwischen Wahrheit und Lüge Strafrecht, Zivilrecht/Familienrecht

20.–21. Juni 2017, Brunnen

Referenten: Dr. phil. Revital Ludewig, Prof. Dr. iur. Thomas Geiser, lic. iur. Michel-André Fels, lic. iur. Kenad Melunovic, Daphna Tavor, M. A. Psych.

Organisation: Universität St. Gallen, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen, Tel.: +41 (0)71 224 24 26, Fax: +41 (0)71 224 28 83, E-Mail: irp@unisg.ch, <http://www.irp.unisg.ch>

Zeit und Ort: 20. Juni 2017: 9.30–21.30 Uhr, 21. Juni 2017: 8.30–17.00 Uhr, Seehotel Waldstätterhof, Brunnen

Gefängnisse der Schweiz



Strafrecht, Freiheitsentzug, Gefängnis

Ein Handbuch zur Entwicklung
des Freiheitsentzuges in der Schweiz.
Kurz, prägnant, aktuell.

Daniel Fink, Peter Schulthess (Herausgeber)

März 2015, CHF 68.–

340 Seiten, gebunden, 978-3-7272-3134-6

Strafrecht, Freiheitsentzug, Gefängnis versteht sich als Handbuch über den Freiheitsentzug in der Schweiz. In über 20 Kapiteln behandelt es den tiefgreifenden Wandel der Sanktionspraxis und die umfassende Modernisierung der Gefängnisse und Vollzugsanstalten. Es berichtet über die nachhaltigen Veränderungen der Insassenpopulation und der Finanzierung der Einrichtungen des Freiheitsentzuges in der Schweiz.

Modern gestaltet und durchgängig vierfarbig gedruckt enthält es zahlreiche Informationsgrafiken und statistische Darstellungen sowie eine Vielzahl von historischen und eigenen Fotografien früherer und zeitgenössischer Vollzugsanstalten und Gefängnisse.

Dieses allgemein verständliche Buch zu einem wenig bekannten Bereich der Kriminalpolitik richtet sich nicht nur an ein grösseres Fachpublikum, sondern wendet sich auch an einen breiten Kreis interessierter Leserinnen und Leser, welche das Thema des Strafens gefangen hält.

Ein Projekt der Gefängnisforschung.Schweiz gefo.ch

Stämpfli

Buchhandlung

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempflishop.com

**20%
Rabatt**

gültig bis
14.1.2017

Auch online einlösbar:

www.staempflishop.com/sfg



Ich bestelle ____ Ex. 978-3-7272-3134-6

Name, Vorname _____

Firma _____

Strasse/PLZ, Ort _____

E-Mail _____

Ich abonniere den Newsletter

Datum, Unterschrift _____

Verschaffen Sie sich einen Einblick in die Welt hinter Gittern



Strafvollzug

Vom Leben im Gefängnis

Thomas Noll

August 2016, CHF 59.–

191 Seiten, gebunden, 978-3-7272-3218-3

Stämpfli

Buchhandlung

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempflishop.com

Das Leben hinter Gittern unterscheidet sich in zahlreichen Aspekten von demjenigen in Freiheit. In seiner Tätigkeit als Gerichtspsychiater, Vollzugschef der grössten Schweizer Justizvollzugsanstalt und Direktor des einzigen Ausbildungszentrums für das Strafvollzugspersonal in der Schweiz war der Autor immer wieder mit Situationen konfrontiert, die diese Andersartigkeit des Gefängnislebens deutlich gemacht haben. Solche Situationen werden in diesem Buch exemplarisch geschildert.

Es werden Problemfelder aufgezeigt, die in der Fachwelt immer wieder zu kontroversen Diskussionen führen: Sollen beispielsweise sexuelle Handlungen zwischen Insassen untersagt, geduldet oder gar erleichtert werden? Was ist der beste Weg, um im Gefängnis, wo auf engstem Raum z.T. hochgefährliche Personen zusammenleben, Gewalt zu verhindern? Wie wird mit suizidalen Insassen umgegangen? Soll und darf der Staat Suizide der Gefangenen überhaupt verhindern? Was passiert mit einem Gefangenen, der in den Hungerstreik getreten ist? Wie erkennt man im Gefängnis einen Simulanten? Etc.

Dieses Buch soll nicht nur Fachpersonen bei der Beantwortung spezifischer Vollzugsfragen behilflich sein, sondern auch interessierten Laien einen Einblick in die Parallelwelt des Strafvollzugs ermöglichen.

Ich bestelle ____ Ex.

Name, Vorname _____

Firma _____

Strasse/PLZ, Ort _____

E-Mail _____

Ich abonniere den Newsletter

Datum, Unterschrift _____

1400-164/16

Aktuelle Orell Füssli Kommentare zum Strafrecht



Inklusive
Kommentierung
nStGB 66a ff.

Marc Spescha / Hanspeter Thür / Andreas Zünd /
Peter Bolzli / Constantin Hruschka / Fanny de Weck
Migrationsrecht Kommentar
Schweizerisches Ausländergesetz (AuG),
Asylgesetz (AsylG) und Freizügigkeits-
abkommen (FZA) mit weiteren Erlassen
4. Auflage, 2015
1312 Seiten, gebunden
Fr. 174.- | 978-3-280-07322-3



Jetzt
in
3. Auflage

Thomas Fingerhuth / Stephan Schlegel /
Oliver Jucker
BetmG Kommentar
Betäubungsmittelgesetz mit weiteren Erlassen
3., vollständig überarbeitete Auflage, 2016
751 Seiten, gebunden
Fr. 168.- | 978-3-280-07271-4

orell füssli
www.ofv.ch

Wie weiter mit der Verschärfung des Strafrechts?



Strafen ohne Augenmass – Punitio sans concession

Strafrecht im Spannungsfeld zwischen
Einzelfallwürdigung, Opferschutz und Nulltoleranz

Franz Riklin (Herausgeber)

Juli 2016, CHF 44.-

Caritas, Fachgruppe Reform im Strafwesen, 9, 99 Seiten,
broschiert, 978-3-7272-3225-1

Medien und Politik geisseln die angebliche Kuscheljustiz. Sie fordern eine Verschärfung des Strafrechts: Straferhöhungen, lebenslänglich und Verwahrung im Wiederholungsfall die automatische Verwahrung. Entscheidungsträger sollen zudem für rückfällig gewordene Straftäter persönlich haften. Damit werden die Unabhängigkeit der Gerichte und das Gewaltenteilungsprinzip fundamental angegriffen. Die Legislative schafft Gesetze; die Exekutive vollzieht diese; die dritte Gewalt, die Judikative, richtet im konkreten Einzelfall. Hierzu prüft sie alle relevanten Umstände. Sie darf nicht nach Automatismen richten. Nun soll die Judikative durch die Gesetzgebung ausgeschaltet werden. Richterinnen und Richter soll verboten werden, den Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen und relevanten Faktoren zu würdigen und angemessene Sanktionen zu verhängen. Damit droht eine Beschädigung des Rechtsstaates.

Stämpfli

Buchhandlung

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1
Postfach
CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77
Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com
www.staempflishop.com

1400-165/16

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA

Nr. 37	BGer v. 26. 5. 2016: Durchführung einer mündlichen Verhandlung bei Beschwerdeentscheiden der Rechtsmittelinstanz in gerichtlichen Nachverfahren (<i>Bemerkungen: Alain Joset</i>)	322
Nr. 38	BGer v. 23. 5. 2016: Nichtigkeit bei unsachlicher Verfahrenstrennung (<i>Bemerkungen: Marko Cesarov</i>)	325
Nr. 39	OGer AG v. 12. 11. 2015: zivilrechtliche Ansprüche im Strafverfahren (<i>Bemerkungen: Matthias Schwaibold</i>)	329
Nr. 40	BGer v. 3. 12. 2015: Haftkaution; Leistung der Sicherheit von einer Drittperson	333
Nr. 41	TF du 16. 3. 2016: clôture de l’instruction; ordonnance pénale; indemnisation de la partie plaignante pour ses dépenses	334
Nr. 42	BGer v. 27. 5. 2016: erstinstanzliche Rückweisung der Anklage an die Staatsanwaltschaft zur Änderung des Sachverhalts; Immutabilitätsprinzip; Frage der Zulässigkeit von Rückweisung und Anklageänderung (<i>Bemerkungen: Rico Nido</i>)	336
Nr. 43	BGer v. 29. 10. 2015: Genugtuung für Überhaft; Anrechnung von Untersuchungshaft	340

GESETZGEBUNG | LEGISLATION | LEGISLAZIONE

Straf- und Massnahmenvollzug – Verwahrung	388
Keine Aktivlegitimation für Minderheitenschutzorganisationen	388
Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen mit Kindern	389
Vollzug der Strafen von gefährlichen Tätern – Strafvollzugskonkordate sollen zuständig bleiben	389
Mehr Spielraum bei der Bestrafung von Rasern	389
Aggressionen gegen Beamte sollen härter bestraft werden	390
Kostenteilung im Strafvollzug bleibt Sache der Kantone	390

REZENSION | RECENSION | RECENSIONE

Natalia Ferrara/Edy Salmina: Die Weissgeldstrategie wird zum Strafrecht. Der neue Art. 305 ^{bis} StGB: Die Steuergeldwäscherei und ihre Auswirkungen auf die internationale Rechtshilfe, Bern 2016 (<i>Wolfgang Wohlers</i>)	396
---	-----