

Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement (EJPD)  
Bundesamt für Justiz  
Fachbereich Strafrecht und  
Strafprozessrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

**per Email versandt:**  
[annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

RR/jsa

312

Bern, den 13. März 2018

## **SAV Stellungnahme zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) dankt Ihnen für die Einladung, zum genannten Vorentwurf Stellung zu nehmen.

### **A. Résumé**

Wir lehnen den Vorentwurf trotz einzelner begrüssenswerter Änderungsvorschlägen aus grundsätzlichen Überlegungen ab (s. dazu unten, B.).

Unsere Gesamtwürdigung der einzelnen Änderungsvorschläge kommt zudem zum Ergebnis, dass die verfassungsmässig gebotene Waffengleichheit weiter geschwächt wird. Die Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden werden zulasten der Verteidigungsrechte und auch der Justiz erweitert. Angesichts der Tatsache, dass deutlich über 90% aller Verurteilungen nicht mehr durch die Justiz, sondern durch die Exekutive (Strafverfolgungsbehörden) ergehen, ist jede neuerliche Machtverschiebung zugunsten der

Exekutive abzulehnen. Bei der Auseinandersetzung mit den einzelnen Bestimmungen der Vorlage (s. dazu unten, C.) ist daher darauf zu achten, dass Waffengleichheit zumindest nicht noch weiter geschwächt wird.

Im Hinblick auf einen auszuarbeitenden Entwurf samt Botschaft erlauben wir uns schliesslich, eigene Vorschläge zur Diskussion zu bringen, die wir im Einzelnen als sachlich begründet und insgesamt als Korrektur der bislang fehlenden Ausgewogenheit des Vorentwurfs dienlich erachten.

## **B. Grundsätzliche Überlegungen**

Die Schweizerische Strafprozessordnung (in der Folge kurz StPO) ist erst seit gut sieben Jahren in Kraft. Mit der StPO wurde wohl ein einheitliches Gesetz geschaffen. Von einer einheitlichen Praxis in den Kantonen kann hingegen noch keine Rede sein. Das Bonmot, wonach die 26 kantonalen Strafprozessordnungen durch 26 schweizerische Strafprozessordnungen abgelöst wurden, hat angesichts der noch sehr kurzen Gültigkeitsdauer noch immer seine Berechtigung. Das kann angesichts der Tatsache, dass der Gesetzgeber bereits fünf Artikel berichtigt und über 50 geändert bzw. neu eingeführt hat, nicht überraschen. Hinzu kommt, dass das Schweizerische Bundesgericht zu einzelnen Bestimmungen eine Rechtsprechung entwickelt hat, die sich nur schwer mit dem Gesetzestext oder dem Willen des historischen Gesetzgebers vereinbaren lässt. Es wird für alle Beteiligten zusehends schwieriger, den Überblick zu bewahren, was einer vereinheitlichten Rechtsanwendung entgegensteht.

Es fällt daher nicht leicht, der gegenwärtigen Vorlage Vorteile abzugewinnen, zumal sie die Rechtsbeständigkeit gesetzgeberischer Erlasse, die als wichtige rechtsstaatliche Konstante gelten sollte, untergräbt. Dies gilt erst recht, wenn man sich vor Augen führt, dass auch das materielle Strafrecht, dem die StPO dient, in einer nur noch schwer erträglichen Kadenz geändert wird. Gesetzgeberischer Aktivismus in einem gesellschaftlich und rechtsstaatlich derart heiklen Bereich wie dem Straf- und Strafprozessrecht muss wieder sorgfältiger und weitsichtiger Rechtssetzung weichen. Das erscheint uns wichtiger als der Versuch, das Gesetz nun schon wieder punktuell zu ändern, auch wenn einzelne Vorschläge sachlich durchaus gerechtfertigt sind.

## **C. Stellungnahme zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs**

Angesichts der grundsätzlichen Ablehnung der Vorlage äussern wir uns nur denjenigen

Bestimmungen, die uns als besonders beachtenswert erscheinen. Wir verweisen auf die Beilage und unsere darin enthaltenen wichtigen Anliegen unseres Verbands.

Mit bestem Dank für Ihre Kenntnisnahme und mit freundlichen Grüßen  
für den SAV

SAV Präsident

Urs Haegi

SAV Generalsekretär

René Rall

## Stellungnahme und Vorschläge des Schweizerischen Anwaltsverbands SAV|FSA

1.	Art. 76 StPO .....	2
2.	Art. 78a StPO .....	2
3.	Art. 135 StPO .....	3
4.	Art. 143 Abs. 4 und 5 StPO .....	3
5.	Art. 147 StPO .....	3
6.	Art. 147a StPO .....	3
7.	Art. 221 StPO .....	5
8.	Art. 222 und 228a StPO .....	5
9.	Art. 231 Abs. 2 StPO .....	9
10.	Art. 248 StPO .....	9
11.	Art. 251a StPO .....	9
12.	Art. 255 StPO .....	10
13.	Art. 256 StPO .....	11
14.	Art. 318 StPO .....	11
15.	Art. 342 StPO .....	12
16.	Art. 343 Abs. 3 StPO .....	13
17.	Art. 352 und 352a StPO .....	14
18.	Art. 353 und 395 StPO .....	15
19.	Art. 366 StPO .....	15
20.	Art. 388 StPO .....	16
21.	Art. 391 StPO .....	16
22.	Art. 401 StPO .....	16
23.	Art. 442 StPO .....	16
24.	Einführung des Instituts einer «aufgeschobenen Anklageerhebung» .....	17
25.	Art. 366 StGB .....	18
26.	Art. 3 Abs. 2 JStG .....	18
27.	Art. 38 JStG .....	19
28.	Art. 9 IRSG.....	19

## Art. 76 StPO

Wir fordern, dass sämtliche Einvernahmen im Vorverfahren audiovisuell aufgezeichnet werden. Es ist kein einziger sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich, der gegen solche Aufzeichnungen sprechen würde. Die heute praktizierten Einvernahmeprotokolle sind in jeder Hinsicht ungenügend. Protokolliert wird nur, was aus Sicht der einvernehmenden Person als protokollwürdig erachtet wird. Es werden keine Wortprotokolle ausgefertigt. Vielmehr werden die Aussagen der befragten Personen in die Sprache der einvernehmenden Person «übersetzt». Die Praxis lehrt, dass Protokolle ein bisweilen völlig verzerrtes Bild der Einvernahme festhalten, die im Hinblick auf eine richterliche Würdigung des Beweiswertes absolut wertlos sind. Wir erachten es als einen der grössten Mängel des schweizerischen Rechts, dass Einvernahmen in den Wahrheitsfindungsprozess einbezogen werden, die nicht audiovisuell aufgezeichnet wurden. Solche Aufzeichnungen müssten eigentlich auch im Interesse der einvernehmenden Personen sein, die immer wieder mit Vorwürfen im Zusammenhang mit der Protokollierung konfrontiert werden. Es ist bezeichnenderweise aber bis heute primär die Verteidigung, die sich für Aufzeichnungen einsetzt, während sie die Strafverfolgungsbehörden unter Hinweis auf angebliche technische Schwierigkeiten ablehnen.

Das von den Parteien zu lesende und zu bestätigende Protokoll kann durch ein nachträgliches und in Abwesenheit der Parteien erstelltes Transkriptionsprotokoll ersetzt werden, wo ein solches als notwendig erachtet wird.

Der Einsatz von Videotechnik im Strafverfahren, insbesondere im Vorverfahren, erscheint aus den aufgezeigten Überlegungen als systemisch notwendig und im Lichte des in Art. 139 Abs. 1 StPO verankerten Gebots des bestmöglichen Beweismittels im Strafverfahren geradezu zwingend. Art. 76 Abs. 4 StPO böte hierfür zwar eine genügende Grundlage, doch überlässt es die «Kann-Bestimmung» dem Ermessen gerade der Strafverfolgungsbehörden, ob und in welchem Umfang Verfahrenshandlungen audiovisuell aufgezeichnet werden. Wie die Praxis zeigt, tun sie es kaum, was sich aus ihrer Funktion und Perspektive ergibt und deshalb nicht weiter erstaunt.

Das Aufnahmen von Einvernahmen brächte schliesslich eine erhebliche Kostenersparnis, würde dadurch die Dauer der Einvernahmen doch dramatisch verkürzt und damit auch die Kosten etwa für die Anwesenheitsdauer der anwesenheits- bzw. teilnahmeberechtigten Verteidiger und Rechtsvertreter gespart.<sup>1</sup>

## Art. 78a StPO

Wir erachten es als geboten, die vorgesehene Kann-Vorschrift nach lit. a in ein Obligatorium umzuwandeln. Es ist bereits heute üblich, Aufzeichnungen zu transkribieren, was insbesondere bei der Einvernahme Minderjähriger üblich ist. Der entstehende Mehraufwand wird durch das erleichterte Aktenstudium aller Beteiligten mehr als kompensiert. Zu beachten ist dabei auch, dass die Aufzeichnung die Dauer der Befragungen erheblich verkürzt.

---

<sup>1</sup> Vgl. zum Ganzen: MELUNOVIC, Das Erfordernis von audiovisuellen Aufzeichnungen im Strafverfahren als Ausfluss des Gebots des bestmöglichen Beweismittels – Eine Betrachtung insbesondere aus der Perspektive des Richters, in: AJP 5/16 und WEDER, Die audiovisuelle Aufzeichnung von Einvernahmen und andern Verfahrenshandlungen, in: Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 531 ff., 533 ff., 540 ff., 546 ff., 532 f., 537 f., 554.

## Art. 135 StPO

Wir begrüssen die Stossrichtung des Vorschlags. Er behebt aber nicht die inakzeptable Interessenkollision, in der sich die amtliche Verteidigung befindet, wenn sie selbst gegen die Höhe des festgesetzten Honorars, das ihr ad personam zusteht, ein Rechtsmittel ergreifen will. Solche Honorarbeschwerden richten sich auch nach dem Vorentwurf notwendigerweise gegen die Interessen der verurteilten Person. Wir schlagen daher vor, das Honorar der amtlichen Verteidigung mit separater Entscheidung, anfechtbar nur durch die amtliche Verteidigung, festsetzen zu lassen.<sup>2</sup> Der Ausgang des Rechtsmittelverfahrens darf die verurteilte Person nicht benachteiligen.

## Art. 143 Abs. 4 und 5 StPO

Es ist wichtig, dass sich die einzuvernehmende Person zuerst frei zum Gegenstand der Befragung äussern kann. Nur so ist eine zuverlässige Würdigung der Glaubhaftigkeit der Aussagen möglich, zumal nur der freie Bericht unbeeinflusste Aussagen aus eigener Erinnerung ermöglicht. Wir schlagen daher folgende Ergänzungen vor:

Abs. 4: «Sie fordert zuerst die einzuvernehmende Person auf, sich **frei** zum Gegenstand der Einvernahme zu äussern.»

Abs. 5: «*Nach der freien Äusserung gemäss Abs. 4 strebt sie durch klar formulierte ...*»

## Art. 147 StPO

Gegen die Neufassung von Art. 147 StPO ist nichts einzuwenden, insbesondere die Einschränkung der Umgehungsmöglichkeiten der Teilnahmerechte durch die Strafverfolgungsbehörden im Fall einer Art. 29 StPO verletzenden Verfahrenstrennung (vgl. Art. 147 Abs. 3 lit. b VE StPO) ist zu begrüssen.

## Art. 147a StPO

Die Formulierung von Art. 147a StPO muss als missglückt bezeichnet werden. Die vorgesehene Regelung ist viel zu unscharf und unbestimmt und öffnet einer willkürlichen Handhabung seitens der Strafverfolgungsbehörden Tür und Tor. Die unpräzise Regelung steht im Widerspruch zu der im Bericht (S. 12) vertretenen Auffassung, die gesetzliche Einschränkung des Teilnahmerechts massvoll zu gestalten. Danach sollen die in der geltenden StPO stipulierten gestärkten Partei- und Teilnahmerechte den «vom Gesetzgeber angestrebten Ausgleich zu der in der geltenden StPO ausgebauten starken Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren» ausgleichen. An diesem Gleichgewicht soll offenbar nichts verändert werden (vgl. Bericht, S. 12 f.), was grundsätzlich richtig ist.

Die Einschränkung der Teilnahmerechte muss deshalb viel klarer umschrieben werden und unbestimmte Begriffe wie «befürchten» und «anpassen» sind zu vermeiden. Die Gefahr, dass die einzuvernehmende Person ihre Aussagen anpasst, besteht grundsätzlich bei jeder Befragung. Zudem ist völlig unklar, wie lange resp. für wie viele Einvernahmen ein Ausschluss verfügt werden kann.

Der vorgesehenen Formulierung liegt ein Missverständnis zugrunde. Sie besagt suggeriert, dass

---

<sup>2</sup> Vgl. dazu BSK StPO – RUCKSTUHL, Art. 135 N 12.

durch das Aussageverhalten der beschuldigten Person(en) die Suche nach dem (vermeintlichen) Urzustand der Wahrheit erschwert werden könnte. Wir schlagen deshalb vor, sich vom inquisitorisch geprägten Wahrheitsbegriff und dem «Gespenst» der materiellen Wahrheit zu lösen und die Regelung in Art. 147a StPO einem modernen dualistischen Strafrechtssystem anzugleichen (Wahrheit als Prozess, als Ergebnis eines herrschaftsfreien, fairen Dialogs zwischen den Prozessbeteiligten). U.E. können Teilnahmerechte die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht behindern. Gesetzlich erklärtes (theoretisches) Ziel des Strafverfahrens ist die Erforschung der materiellen objektiven Wahrheit. Dieses Ziel haben die Strafbehörden nicht mit allen, sondern nur mit den vom Gesetz vorgegebenen Instrumenten, in der vom Gesetz vorgegebenen Form zu erreichen, weshalb man präziser von der «prozessualen Wahrheit» spricht. Professor Detlef Krauss spricht treffend von der «Konstruktion des Rechtsfalles», bei der die den Sachverhalt ermittelnde Person einen entscheidenden Einfluss auf die spätere Wertung des Ermittlungsergebnisses hat. Wahrheit ist damit notwendigerweise immer ein Konstrukt prozessualer Ermittlungstätigkeit, die sich stets am Interesse der Verfahrenssubjekte orientiert: Es gibt immer nur Schilderungen, Erzählungen, Interpretationen, Wertungen, kurz: Kommunikation. Der «relevante Sachverhalt» ist somit unmittelbar von der Wahrnehmung und Interpretation der an diesem Vorgang bzw. am Verfahren beteiligten Akteure abhängig. Jeder der Akteure gibt diesen Kommunikationen Sinn, reduziert durch die Komplexität und konstruiert seine eigene Wahrheit, seine eigene Vorstellung der Wirklichkeit.<sup>3</sup> Deshalb ist es als Ausgleich zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren sowie der eingeschränkten Unmittelbarkeit im Hauptverfahren zentral, dass Mitbeschuldigte und ihre Verteidigung im Vorverfahren an der Rekonstruktion der prozessualen Wahrheit durch ihre Partizipation mitwirken können. Vor diesem Hintergrund wird auch klar, dass die Teilnahmerechte von Mitbeschuldigten der Konstruktion des prozesserheblichen Sachverhalts dienlich sind, denn sie stellen sicher, dass der Sachverhalt nicht im Sinne einer einseitigen, vorgefertigten Haltung der Staatsanwaltschaft konstruiert wird. Dazu kommt schliesslich, dass aufgrund der technologischen und kriminaltechnischen Fortschritte der ohnehin «schwache» Personalbeweis zunehmend an Bedeutung verliert. Das Bundesgericht spricht sich jedenfalls für ein grundsätzliches Mitwirkungsrecht der Parteien bei der Aufarbeitung des strafrechtlich relevanten Tatsachenfundaments und damit für die beschuldigte Person als Subjekt und nicht mehr als Objekt in einem rechtstaatlichen Verfahren aus (vgl. BGE 139 IV 25; Urteile des Bundesgerichts 1B\_404/2012 vom 4. Dezember 2012 sowie 6B\_450/2014 und 459/2014 vom 18. Mai 2015). Vorgeschlagen wird deshalb, entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Beschränkung der Teilnahmerechte nur solange verfügt werden kann, bis die entsprechende mitbeschuldigte Person selber erstmals (einlässlich) zur Sache befragt worden ist. Nach der ersten, einlässlichen Befragung der beschuldigten Person können die Teilnahmerechte (grundsätzlich) nicht mehr eingeschränkt werden. Zudem ist der Ausschluss der Teilnahmerechte vor der entsprechenden Einvernahme (d.h. vorgängig) von der Verfahrensleitung schriftlich zu verfügen, damit die Rechtmässigkeit des verfügten Ausschlusses durch ein Gericht überprüft werden kann, bevor die umstrittene Beweiserhebung vorgenommen wird. Eine solche Regelung ist unseres Erachtens auch deshalb völlig opportun, weil die Teilnahmerechte im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren bekanntlich nicht gelten, sondern nur nach Eröffnung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung. Wir

---

<sup>3</sup> KRAUSS, Die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung im schweizerischen Strafverfahren, 1. Teil, recht 1986, S. 81.

unterbreiten Ihnen deshalb folgenden Formulierungsvorschlag:

*«Art 147a StPO            Einschränkung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person*

*<sup>1</sup> Die Staatsanwaltschaft kann eine beschuldigte Person und ihre Verteidigung von der Teilnahme an einer Einvernahme ausschliessen, wenn die beschuldigte Person selber seitens der Untersuchungsbehörden noch nicht zur Sache befragt worden ist und die konkrete Gefahr einer Absprache besteht.*

*<sup>2</sup> Ein Ausschluss ist von der Staatsanwaltschaft schriftlich zu verfügen und den Parteien vor der Durchführung der entsprechenden Einvernahme zu eröffnen.*

*<sup>3</sup> Die Einvernahme wird in Bild und Ton aufgezeichnet, sofern die von der Einvernahme ausgeschlossene Person nicht auf die Aufzeichnung verzichtet.»*

## Art. 221 StPO

Bei dieser Bestimmung geht es um die grundsätzliche Frage, ob sich der Gesetzgeber dem Bundesgericht beugen soll, das mit seiner Rechtsprechung vom Gesetz abgewichen ist. Der heute geltende Text trägt der Unschuldsvermutung und dem Recht auf persönliche Freiheit Rechnung, ohne die öffentliche Sicherheit zu gefährden. Er basiert im Übrigen nebst den rechtsstaatlichen Bedenken gegen Präventivhaft auf den positiven Erfahrungen des früheren kantonalen Rechts, das die Wiederholungsgefahr nur zurückhaltend als besonderen Haftgrund anerkannt hatte. Es gibt keinen sachlichen Grund, den Gesetzestext an die mit dem Gesetz kaum zu vereinbarende Rechtsprechung des Bundesgerichts anzupassen. Vielmehr ist klarzustellen, dass Bundesgesetze für das Bundesgericht verbindlich sind.

Wir benützen die Gelegenheit zum Hinweis, dass der Haftgrund der Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO nicht strafprozessualer Natur ist und damit aus der Strafprozessordnung zu streichen ist. Wir stellen uns nicht gegen den Schutz der Polizeigüter. Diesem Schutz dient das Polizeirecht, möglicherweise auch das Zivilrecht. Dem Strafprozessrecht ist er fremd.

## Art. 222 und 228a StPO

Gemäss dem neu vorgesehenen Abs. 2 von Art. 222 StPO soll die Staatsanwaltschaft Entscheide, die zur Wiederherstellung der Freiheit der betroffenen Person führen, mittels Beschwerde anfechten können. Der bisherige einzige Absatz 1 erwähnt nur das Beschwerderecht der verhafteten Person. Das Bundesgericht hingegen anerkennt auch ein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide, die den Freiheitsentzug beenden. Aus diesem Grund will die Revisionsvorlage diese Rechtsprechung umzusetzen versuchen, was aber bereits deshalb misslingen muss, weil die Begründung eines Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft nicht gelingen kann.

Die Begründung dieses Beschwerderechts durch das Bundesgericht, wie sie in BGE 137 IV 22 zu finden ist, ist nicht stichhaltig. Zum ersten behauptet das Bundesgericht, die Nichterwähnung der Staatsanwaltschaft als beschwerdelegitimierte Partei sei ein Versehen des Gesetzgebers. Der Entwurf zu einer StPO habe zuerst ein kantonales Beschwerderecht gegen die Haft nur dann vorgesehen, wenn diese drei Monate gedauert habe. Um eine direkte Beschwerde an das Bundesgericht, wenn diese Frist noch nicht abgelaufen war, zu vermeiden, sei Art. 222 vor Inkrafttreten des BG über die Organisation der Strafbehörden des Bundes geändert worden, um dem Prinzip der «Double Instance» Rechnung zu tragen. Diese Ergänzung gebe keinen Sinn, wenn nicht auch die Staatsanwaltschaft ein Beschwerderecht habe, da diese vor Bundesgericht gestützt auf das BGG beschwerdebefugt sei. Diese Begründung überzeugt aus mehreren

Gründen nicht.

Zum Ersten ist nicht ersichtlich, inwiefern die Staatsanwaltschaft nach dem BGG zur Strafrechtsbeschwerde befugt sein soll. Art. 81 BGG Abs. 1 lit. b verlangt für die Legitimation zur Strafrechtsbeschwerde zuerst ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids. Ein solches wird dann explizit auch der Staatsanwaltschaft zugebilligt. Trotz Erwähnung der Staatsanwaltschaft als namentlich zur Beschwerde legitimierte Partei entbindet das aber nicht vom Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzung des rechtlich geschützten Interesses. Dieses ist nicht ex lege vorhanden, sondern muss für die infrage stehende Problematik jeweils von jeder beschwerdeführenden Partei dargetan werden, andernfalls das Erfordernis des rechtlich geschützten Interesses für sämtliche in Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG genannten Parteien immer und automatisch gegeben wäre. Dann aber würde die Erwähnung dieses Interesses in Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG keinen Sinn machen und wäre überflüssig.

Das Bundesgericht argumentiert weiter, dass der Staatsanwaltschaft im öffentlichen Interesse einer guten Strafrechtspflege das Recht zur kantonalen Haftbeschwerde einzuräumen sei, denn die Staatsanwaltschaft müsse ihre Aufgabe, ein Verfahren bis zum Ende zu verfolgen, erfüllen können. Dies sei nicht gewährleistet, wenn gegen einen Haftentlassungsentscheid kein kantonaler Rechtsmittelweg offenstehe. Die Strafverfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft steht ausser Zweifel. Nicht nachvollziehbar ist hingegen, inwiefern diese Pflicht in Frage gestellt werden soll durch einen Haftentlassungsentscheid. Dieser bewirkt einzig, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren halt nicht als Haftfall weiterführen kann. Behindert wird die Strafverfolgung dadurch überhaupt nicht, zumal die Haftentlassung durch ein Gericht erfolgt und erfahrungsgemäss nicht leichtfertig angeordnet wird. Und selbst wenn eine zweite Instanz die Haftfrage auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin ein zweites Mal prüft, ist damit noch lange nicht gesagt, dass deren Entscheid „richtiger“ ist als jener des ZMG, da die zweite Instanz genauso falsch (oder richtig) entscheiden kann wie die erste, womit nichts gewonnen ist.

Das rechtliche geschützte Interesse an der Anfechtung von Haftentscheiden liegt einzig bei der Person, welcher durch den Haftentscheid die Freiheit entzogen wird. Die Haftbeschwerde stammt historisch aus dem englischen Habeas Corpus Act von 1679. Gemäss dieser Bestimmung konnten Freiheitsentzüge, welche von Beauftragten des Königs (die Sheriffs, die mit der Strafverfolgung beauftragt waren, somit die vergleichbare Rolle wie Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft heute haben) angeordnet wurden, durch die Betroffenen von einem Gericht überprüft werden lassen. Verfügte das Gericht die Aufhebung der Haft, war der Betroffene auf freien Fuss zu setzen (i.d.R. gegen Kautions, sofern eine solche beim entsprechenden Delikt nicht von Gesetzes wegen ausgeschlossen war). Nichts anderes wollte die altrechtliche staatsrechtliche Beschwerde gegen Freiheitsentzüge: das Recht auf persönliche Freiheit stand und steht nur natürlichen Personen zu, sodass nur solche gegen einen Freiheitsentzug mit einer Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte ans Bundesgericht gelangen konnten. Wäre die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts richtig, wäre der Staatsanwaltschaft vorher über Jahrzehnte das Recht, gegen haftbeendende Entscheide Beschwerde führen zu können, vorenthalten worden, was nicht einmal die Staatsanwaltschaften im Ernst behaupten. Dieselbe Konzeption wie dem Habeas Corpus Act und der Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte liegt Art. 5 Ziff. 4 EMRK zugrunde. Gemäss dieser Bestimmung hat jede Person *«die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, [hat] das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der*

*Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist*». Die Einräumung eines Beschwerderechts an die Staatsanwaltschaft verkennt somit den Ursprung des Beschwerderechts gegen Haftentscheide vollkommen und ist bereits deshalb abzulehnen.

Das Problem beim Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen haftbeendende Entscheide liegt nun nicht nur darin, dass die Staatsanwaltschaft dazu mangels rechtlich geschütztem Interesse gar nicht legitimiert ist. Die Systemwidrigkeit des Beschwerderechts manifestiert sich insbesondere auch darin, dass ein Beschwerderecht einen ganzen Rattenschwanz an Problemen nach sich zieht:

- Das erste Problem liegt darin, dass jenes Gericht, das Art. 5 Ziff. 4 EMRK für die Haftprüfung, auch die Möglichkeit und das Recht haben muss, die Haftentlassung anzuordnen. Diese Möglichkeit ist dem Haftrichter aber durch die Einräumung eines Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft entzogen worden, denn der Haftrichter kann den Verhafteten nicht freilassen, wenn die Staatsanwaltschaft dagegen Beschwerde führt, sonst wäre das Beschwerderecht ein rein theoretisches. Also muss der Verhaftete, trotz anderslautendem Entscheid des Haftrichters, in Haft bleiben (was so auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt). Der Haftrichter ist somit kein Richter, wie ihn Art. 5 Ziff. 4 EMRK fordert, da er nicht die absolute Kompetenz hat, die Haftentlassung anzuordnen. Dies verkennt das BJ in seinen Erläuterungen zur Revision, wenn es Art. 5 Ziff. 4 EMRK so verstehen will, dass damit nur die physische Vorführung vor den Richter (innert kurzer Frist) gemeint sei, die Garantie für die Betroffenen also nur eine rasche gerichtliche Haftprüfung umfasse. Dem steht aber der Wortlaut von Art. 5 Ziff. 4 EMRK klar entgegen: es geht nicht nur um eine raschmögliche gerichtliche Haftprüfung, sondern um eine Haftprüfung durch ein Gericht, das auch die Haftentlassung definitiv verfügen kann. Auch die Lehre scheint – entgegen der Ansicht des BJ – dieser Auffassung zuzuneigen (vgl. Meyer-Ladewig, EMRK, Handkommentar, Nomos-Kommentar, Art. 5 Rz. 34 ff., 3. Aufl., Baden-Baden 2011).
- Räumt man der Staatsanwaltschaft dennoch ein Beschwerderecht ein, gerät man unweigerlich in das nächste Problem, nämlich wie man die in Art. 5 Ziff. 4 EMRK verlangte kurze Frist einhält, innert welcher das zuständige Gericht über «die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet» und die Entlassung der festgenommenen Person anordnet, «wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist». Wie gesagt müsste das die Beschwerdeinstanz sein und tun, wenn man der Konzeption des BJ folgen will, denn das ZMG darf ja nicht mehr unangefochten die Haftentlassung anordnen.
- Das BJ schlägt vor, dass die Staatsanwaltschaft innert 3 Stunden schriftlich begründet Beschwerde gegen den Haftentscheid erheben muss, dass dann das ZMG den Haftentscheid ausfertigt und diesen mit der begründeten Beschwerde und samt den Akten unverzüglich an die Beschwerdeinstanz übermittelt. Die Beschwerdeinstanz soll dann analog zu Art. 225 und 226 Abs. 1-5 StPO vorgehen, d.h. nichts anderes, als dass die Beschwerdeinstanz ein zweites mündliches Haftprüfungsverfahren innert analoger Frist (also innert max. 2 Tagen) durchführen muss. Dies ist aus diversen Gründen nicht machbar und zudem rechtswidrig.
- Die Beschwerdeinstanz wird innert 48 Std. seit Eingang der Akten bei ihr entscheiden müssen. Das setzt einen Pikettdienst bei der Beschwerdeinstanz voraus, welcher heute nicht existiert. Haben die Kantone keine Einzelrichterkompetenzen bei den Beschwerdeinstanzen vorgesehen, wird sich ein 3-er-Spruchkörper mit der Sache befassen müssen, der zuerst innert 48 Std. gefunden werden muss, was bei Gerichten mit nebenamtlichen Richtern nicht ohne weiteres, insbesondere nicht ohne Pikettdienst, möglich ist, was zudem auch weitere Kosten verursacht.

- Weiter ist Folge davon, dass das ganze EMRK-Haftprüfungsverfahren um mindestens 3 Tage verlängert wird (72 Std. bzw. 4 Tage bis zum Entscheid des ZMG, 1 Tag für Ausfertigung des Entscheides und die Übermittlung der Akten etc. an die Beschwerdeinstanz, 48 Std. für die Beschwerdeinstanz für einen neuen Entscheid), d.h. total 7 Tage, bis ein EMRK-konformer Entscheid vorliegt. Eine solche 7-Tage-Frist läuft auch an den Wochenenden, sodass – wenn der ZMG-Entscheid von einem Donnerstag datiert – die Beschwerdeinstanz samstags und sonntags durcharbeiten muss, um die Frist gegebenenfalls einzuhalten. Auch das ist illusorisch. Selbst wenn die 7-Tages-Frist eingehalten werden könnte, ist selbst das BJ nicht sicher, ob diese Frist noch EMRK-konform ist, da nach der EMRK-Rechtsprechung diese Frist maximal 4 Tage betragen darf (vgl. Begleitbericht, S. 31 zu Fn. 56). Wenn also eine EMRK-konforme Frist nicht eingehalten werden kann, dann sollte man lieber auf das Experiment verzichten, wenn es ohnehin rechtlich nicht geboten ist.
- Zu guter Letzt wird durch Art. 228a StPO ein Spezialrecht zur Behandlung von Haftbeschwerden geschaffen: die Haftbeschwerde wird in einem mündlichen Verfahren entschieden (statt im vom Gesetz vorgesehenen schriftlichen Verfahren), allerdings gilt das nur dann, wenn die Staatsanwaltschaft Beschwerde führt. Führt hingegen die inhaftierte Person gegen den Freiheitsentzug Beschwerde, gilt das normale schriftliche Verfahren, das bekanntlich – je nach Kanton – inkl. Schriftenwechsel sicher zwischen 4 und 8 Wochen dauert. Wie diese Rechtsungleichheit zu rechtfertigen ist, darüber schweigt sich der Begleitbericht aus. So gut wie ein haftbeendender Entscheid falsch sein kann (und wogegen die Staatsanwaltschaft will Beschwerde führen können), so gut kann ein haftbegründender Entscheid falsch sein. Warum aber für die Anfechtung desselben Entscheides ein anderes Verfahren gelten soll, je nach dem, wer Beschwerde führt, und das insbesondere massiv unterschiedliche Fristen kennt, wird nicht begründet und ist auch nicht zu begründen, insbesondere dann nicht, wenn das nachteilige, längere Verfahren gerade dann zur Anwendung kommt, wenn die eigentlich beschwerdebefugte, schwächere und schutzbedürftigere Partei Beschwerde führt. Das gewählte «mündliche» Haftbeschwerdeverfahren zu Gunsten der Staatsanwaltschaft erweist sich somit als EMRK- und verfassungswidrig, da rechtsungleich.

Es zeigt sich einmal mehr, dass man einen falschen Entscheid nicht umsetzen kann, ohne dabei noch weitere Fehler zu begehen. Es wäre also klüger, den ersten Fehler zuzugestehen und an den Anfang zurück zu buchstabieren: kein Beschwerderecht für die Staatsanwaltschaft. Im Endeffekt kommt man mit dem Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft ja auch keinen Schritt weiter: anstatt dass ein Haftrichter die Haftfrage beurteilt, beurteilt sie dann halt die Beschwerdeinstanz. Das sind aber Richter wie der Haftrichter, sie können sich irren wie dieser auch. Also müsste die Staatsanwaltschaft, wenn sie den Entscheid der Beschwerdeinstanz auch falsch findet, die Sache nochmals weiterziehen können, ohne dass der Betroffene entlassen werden darf. Das Beschwerderecht eröffnet eine Endlosschleife, aus der man nicht mehr herausfindet.

Schliesslich erstaunt, dass das BJ die Meinung der Mehrheit der vorberatenden Kommission zur Revision der StPO zum Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft völlig ausser Acht gelassen hat. Als ablehnend werden seitens des BJ selbst folgende Personen zitiert: Ruckstuhl, Hansjakob, Perugini, Oberholzer, Jeker, Guidon. Ebenso hingewiesen wird auf die Kritik in der Lehre zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Donatsch/Hiestand, ZStrR 2014, 1 ff.) und dass dementsprechend wohl in der StPO (und den Materialien) der Wille des Gesetzgebers nochmals verdeutlicht werden müsse. In der vorgelegten Revisionsvorlage ist davon kein Wort

mehr zu finden, diese Kritik wird nicht einmal mehr erwähnt, was doch erstaunt und die Arbeit dieser Kommission marginalisiert.

#### Art. 231 Abs. 2 StPO

Nicht nachvollziehbar ist, warum nach einem freisprechenden Urteil noch Sicherheitshaft angeordnet werden kann. Sicherheitshaft verlangt – nicht anders als Untersuchungshaft – als allgemeine Voraussetzung einen dringenden Tatverdacht darauf, dass die zu inhaftierende oder in Haft zu belassende beschuldigte Person ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat. Der Tatverdacht unterliegt bloss einer prima-facie-Prüfung, es wird also vom Haftrichter nicht erschöpfend abgeklärt, ob ein solcher vorliegt oder nicht, sondern nur, ob genügend Hinweise vorliegen, die auch einen unabhängigen Dritten davon überzeugen, dass der Beschuldigte die Tat begangen haben dürfte.

Im Gegensatz zu dieser prima-facie-Prüfung hat das erstinstanzliche Gericht eine umfassende Prüfung aller für und wider die Täterschaft des Angeklagten sprechende Beweise vorgenommen und kommt dabei zum Schluss, dass die Täterschaft nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist. Es ist nun bereits rein gedanklich und logisch schon gar nicht mehr nachvollziehbar, inwiefern dennoch ein «dringender Tatverdacht» dahingehend bestehen kann, dass diese Person ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, wurde sie davon doch gerade eben freigesprochen. Etwas anderes zu behaupten erscheint widersinnig und unlogisch, ja schlicht nicht nachvollziehbar.

In der Konsequenz ist somit Art. 231 Abs. 2 StPO ganz einfach zu streichen und Abs. 3 wird neu zu Abs. 2.

#### Art. 248 StPO

Wir begrüssen die Ausdehnung des Siegelungsrechts auf die berechtigten Personen. Dies und das Erfordernis, die Siegelung «unverzüglich» geltend machen zu müssen, führt aber zu neuen Rechtsunsicherheiten. Nicht gelöst ist beispielsweise die Frage, wie zu verfahren ist, wenn erst bei der Durchsuchung der Aufzeichnungen erkannt wird, dass es berechnigte Personen gibt, die von der Sicherstellung keine Kenntnis hatten. «Unverzüglich» ist im Übrigen auch kein sachliches Kriterium. Wird beispielsweise mit der Durchsuchung der sichergestellten Aufzeichnungen erst Monate nach der Sicherstellung begonnen (das ist bei elektronischen Datenträgern durchaus nicht unüblich), ist nicht einzusehen, wieso man bis zum Beginn der Durchsuchung nicht noch die Siegelung verlangen kann. Als zeitliches Kriterium rechtfertigt sich sachlich nur, dass die Siegelung vor Beginn der Durchsuchung geltend gemacht wird. Danach wird man auch kein Rechtsschutzinteresse mehr ausmachen können.

Wir schlagen deshalb vor, das Wort «unverzüglich», welches einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt, nicht in den Gesetzestext einzuführen. Der ohnehin nicht ersichtliche Gewinn wird durch neue Unsicherheiten und daraus resultierenden Verfahren mehr als kompensiert.

#### Art. 251a StPO

Gemäss Absatz 1 des Entwurfs zu Art. 251a soll die Polizei in Fällen, in denen das Bundesrecht eine Blutuntersuchung vorschreibt, eine solche anordnen können. Der erläuternde Bericht (S. 36) verweist auf Art. 12 Abs. 1 der Strassenverkehrskontrollverordnung, wo geregelt wird, in

welchen Fällen zur Kontrolle der Fahrfähigkeit zwingend eine Blutuntersuchung anzuordnen ist. Da in diesen Fällen der Staatsanwaltschaft aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben kein Ermessen zustehe, ergebe es offenkundig keinen Sinn, wenn die Polizei eine Blutuntersuchung nicht selbständig anordnen könne, sondern die Staatsanwaltschaft um die Durchführung ersuchen müsse.

Der erläuternde Bericht ist ungenau und irreführend. Ein Ermessensentscheid ist lediglich bei Fällen gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. a der Strassenverkehrskontrollverordnung ausgeschlossen, nicht aber beispielsweise bei lit. b derselben Bestimmung. Auch gemäss lit. b schreibt das Bundesrecht zwar die Durchführung einer Blutuntersuchung vor, es liegt aber auf der Hand, dass die Bejahung des Verdachts, die betroffene Person habe zwei Stunden oder mehr vor der Kontrolle ein Fahrzeug in angetrunkenem Zustand geführt, eine Würdigung der gesamten Umstände voraussetzt. Diese Würdigung darf nicht alleine durch die Polizei vorgenommen werden. Dasselbe gilt für Art. 12a der Strassenverkehrskontrollverordnung, wonach eine Blutprobe anzuordnen ist, wenn Anzeichen von Fahrunfähigkeit oder Hinweise auf Fahrunfähigkeit vorliegen, die nicht oder nicht allein auf Alkoholeinfluss zurückzuführen sind. Auch für diese Fälle schreibt das Bundesrecht eine Blutuntersuchung vor. Ob die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, ist indessen ebenfalls aufgrund der gesamten Umstände zu entscheiden.

Sollte Art. 251a nicht vollständig gestrichen und an der bisherigen Regelung, wonach Blutuntersuchungen ausnahmslos von der Staatsanwaltschaft anzuordnen sind, festgehalten werden, müsste jedenfalls klargestellt werden, dass die Polizei ausschliesslich in den Fällen von Art. 12 Abs. 1 lit. a der Strassenverkehrskontrollverordnung eine Blutuntersuchung selbständig anordnen darf.

#### Art. 255 StPO

Art. 255 StPO ist wie folgt zu ergänzen: «Zur Aufklärung eines Verbrechens oder Vergehens kann bei entsprechendem Tatverdacht auf dieses eine Probe genommen werden.»

Es ist zwar unbestritten, dass es für eine DNA-Probenahme eines Tatverdachts bedarf. Das Bundesgericht lässt aber einen beliebigen, nicht auf das untersuchte Delikt bezogenen Tatverdacht bereits genügen mit der Folge, dass selbst dann eine DNA-Probe genommen und analysiert werden darf, wenn es für die Klärung desjenigen Deliktes, das Gegenstand des Strafverfahrens ist, gar keiner DNA-Probe bedarf. Das hat zur Folge, dass in jenem Strafverfahren eine DNA-Probe genommen und mit dem DNA-Register (insbesondere mit den gespeicherten Spuren nicht aufgeklärter Delikte) abgeglichen werden darf mit der Folge, dass laufend Zufallsfunde – also Treffer zu Spuren von ganz anderen Delikten, die gar nicht Gegenstand der Strafuntersuchung gegen die getestete Person sind – generiert werden, ohne dass ein Tatverdacht bei der betroffenen Person bestanden hätte, dass sie dieses Delikt auch begangen hat. Die beliebige, ja vorsätzliche Produktion von Zufallsfunden ist eines Rechtsstaates unwürdig. Zufallsfunde sind nach der generellen Konzeption in der StPO immer nur dann verwertbar, wenn sie als Nebenprodukt rechtmässiger Zwangsmassnahmen entstehen. Hier hingegen besteht der eigentliche Zweck der Massnahme gerade darin, Zufallsfunde zu provozieren. In anderen Bereichen nennt man diese Methode der Beweisgewinnung „fishing expedition“ (oder „Beweisforschung“) und erklärt sie für unzulässig. Dasselbe muss auch hier gelten.

## Art. 256 StPO

Bei der Massen-DNA ist die Frage der Anfechtbarkeit dieser Massnahme durch die Betroffenen nicht geregelt. Auch der Verweis auf das DNA-Gesetz in Art. 259 StPO hilft nicht, da im DNA-Gesetz keine Rechtmittelbestimmungen enthalten sind.

Gemäss Art. 241 Abs. 1 StPO sind Durchsuchungen und Untersuchungen, somit auch die DNA-Analyse, mittels eines schriftlichen Befehls, in dringenden Fällen vorerst auch nur mündlich, anzuordnen. Klar ist, dass dieser Befehl anfechtbar ist. Unklar ist, inwiefern die Anordnung des ZMG, dass eine Massen-DNA vorgenommen werden darf, damit auch anfechtbar ist, denn im Falle einer Massen-DNA stützt sich die Anordnung im Einzelfall ja auf die generelle Bewilligung des ZMG. Der ZMG-Entscheid als solcher ist nicht anfechtbar, weil er nicht gegenüber den Betroffenen eröffnet werden kann, da diese noch gar nicht feststehen. Allerdings muss der Betroffene nun bei der Anfechtung der konkreten Probeentnahme einwenden können, dass er entweder nicht unter die vom ZMG definierte Zielgruppe falle, oder aber dass der Entscheid des ZMG rechtswidrig sei. Das kann er nur, wenn er mit der Anfechtung im Einzelfall vorfrageweise auch die Rechtmässigkeit des ZMG-Entscheidunges in Frage stellen kann und wenn ihm zudem dieser Entscheid samt den massgeblichen Erwägungen zugestellt wird, andernfalls er die Überlegungen des ZMG ja nicht kennt und somit auch nicht begründet in Frage stellen kann.

Wir halten deshalb dafür, dass Art. 256 StPO um einen Abs. 2 erweitert wird, der folgenden Wortlaut haben kann:

*«<sup>2</sup> Der Entscheid über die Massenuntersuchung kann vorfrageweise mit der Beschwerde gegen die konkrete Anordnung einer DNA-Analyse angefochten werden. Die Verfahrensleitung übergibt der betroffenen Person auf Verlangen eine Kopie des Entscheides des Zwangsmassnahmengerichts, in welchem die Massenuntersuchung bewilligt worden ist.»*

## Art. 318 StPO

Das Beweisantragsrecht der Verteidigung liegt ganz grundsätzlich im Argen. Es ist unwirksam und erfüllt wohl auch die Minimalanforderungen der EMRK nicht. Das Recht wird zwar mehrfach in der StPO erwähnt und kann während des Verfahrens wiederholt geltend gemacht werden. Abgelehnte Beweismittel sind aber grundsätzlich nicht beschwerdefähig (ausser bei drohendem Verlust des Beweismittels). Die EMRK verlangt demgegenüber in Art. 6 Ziff. 3 lit. c, dass der Beschuldigte das Recht hat, «die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten.» Dieses Recht hat er aber effektiv nicht. Belastungszeugen kann die Staatsanwaltschaft nach eigenem Gutdünken einvernehmen, sie ist im Vorverfahren Herrin des Verfahrens. Der Beschuldigte ist nie Herr des Verfahrens. Insofern kann er nie unter denselben Bedingungen die Befragung von Entlastungszeugen bewirken wie das die Staatsanwaltschaft für die Befragung von Belastungszeugen kann. Dies verletzt u.E. zudem auch das Prinzip der Waffengleichheit, wie es in Art. 6 Ziff. 1 EMRK zum Ausdruck kommt.

Das Beweisantragsrecht ist auch in Kombination mit anderen Beteiligungsrechten der Beschuldigten zu sehen. Diese Rechte werden nun wieder geschwächt. Das bis jetzt geltende Teilnahmerecht und seine Ausgestaltung wurde ursprünglich gerade damit begründet, dass die dominante Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren und die beschränkte Mittelbarkeit in der Hauptverhandlung etwas ausgeglichen werden sollen. Baut man nun die

Mitwirkungsrechte ab, muss zwingend eine Stärkung der Verteidigungsrechte andernorts stattfinden, ansonsten die Balance zwischen Beschuldigtenrechten einerseits und Einschränkung dieser zugunsten einer effizienten Strafverfolgung andererseits verloren geht. Ein durchsetzbares Beweisantragsrecht ist dafür eine geeignete Massnahme, um wenigstens einigermassen eine Art Waffengleichheit wiederherzustellen.

Der geeignete Zeitpunkt für ein Beschwerderecht gegen abgewiesene Beweisanträge ist dabei die Schlussmitteilung: dort gestellte Beweisanträge können von der Staatsanwaltschaft zwar abgelehnt werden, die Ablehnung muss aber wenigstens begründet werden, was sonst im Verfahren nicht der Fall ist, und es besteht ein Verbot der antizipierten Beweiswürdigung. Erst diese Begründung der Staatsanwaltschaft erlaubt eine ihrerseits begründete Anfechtung der Ablehnung des Beweisantrages. Eine Anfechtung jedes abgelehnten Beweisantrags irgendwann im Verfahren trägt zudem die Gefahr der Verfahrensverschleppung in sich, weshalb die konzentrierte Anfechtung am Schluss des Vorverfahrens der richtige Ort und Zeitpunkt darstellt.

Zur Verwirklichung dieser Anfechtungsmöglichkeit muss nur der Wortlaut von Art. 318 Abs. 3 StPO leicht angepasst werden, etwa: «Mitteilungen nach Abs. 1 sind nicht anfechtbar, Entscheide nach Abs. 2 unterliegen der Beschwerde.»

#### Art. 342 StPO

Die Zweiteilung der Hauptverhandlung ist nach einhelligem Meinungsstand in der Literatur vor allem bei bestrittenen Anklagen gleich aus mehreren Gründen sinnvoll.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass mit einer Zweiteilung der Hauptverhandlung der Persönlichkeitsschutz der beschuldigten Person besser gewahrt wird, werden doch Umstände aus der Privatsphäre der beschuldigten Person nur im Fall eines Schuldspruchs in der öffentlichen Hauptverhandlung ausgebreitet. Sodann verhindert eine Zweiteilung der Hauptverhandlung das sogenannte Verteidigerdilemma. Gemeint ist damit, dass die auf Freispruch plädierende Verteidigung entweder keinerlei Ausführungen zu einem allfälligen Strafmass bzw. allfälligen Massnahmen tätigen kann oder sich mit entsprechenden Vorbringen in Widerspruch zum Hauptstandpunkt setzt. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass mit einer Vermengung der Sachverhaltserstellung und der Rechtsfolgen im selben Verfahrensabschnitt eine Unterminierung der Unschuldsvermutung droht, da bereits die Beweiswürdigung ergebnisorientiert erfolgen könnte. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine beschuldigte Person bereits vorbestraft ist und das Gericht davon Kenntnis hat. Akzentuiert wird dies noch, wenn ein ungünstiges psychiatrisches Gutachten bei den Akten liegt; hier droht bei nicht geständigen beschuldigten Personen grundsätzlich ein regelrechter Belastungszirkelschluss. Der Gutachter wird in der Regel im Vorverfahren zu einem Zeitpunkt mit dem Auftrag betraut, in dem noch nicht feststeht, was sich abgespielt hat. Der Gutachter geht in diesem Fall vom maximalen Untersuchungsverdacht aus und gibt seine Einschätzung darauf basierend ab. Allfällige Korrekturen der Sachverhaltshypothese und gar Freisprüche fliessen nicht in das Gutachten ein. Auf diesem «Worst-Case-Szenario» fusst seine Expertise. Diese wird wiederum von Staatsanwaltschaft und Gericht gelesen und rezipiert. Ein solch belastendes Gutachten droht rechtstatsächlich auf zweierlei Weise Einfluss auf die Beweiswürdigung zu nehmen. Eine erste Gefahr besteht darin, dass von einer Charaktereigenschaft, die auf ungesicherten Sachverhaltshypothesen beruht, auf die Begehungswahrscheinlichkeit geschlossen wird. Dies läuft der Unschuldsvermutung diametral

zuwider. Ferner kann das zuständige Gericht, gerade wenn der Gutachter eine Massnahme empfiehlt, in ein Moraldilemma geraten. Juristisch wäre allenfalls ein Freispruch angezeigt. Aber dem Beschuldigten wird eine Massnahmebedürftigkeit attestiert. Da die Massnahme zumindest in objektiver Hinsicht einen Schuldspruch verlangt, muss der Freispruch verworfen werden, andernfalls die Massnahme nicht angeordnet werden könnte. Das Pferd droht vom Schwanz her aufgezümt zu werden. In solchen Konstellationen drängt sich daher die systematische Durchführung einer Zweiteilung des Verfahrens geradezu auf. Nach einem Schuld- bzw. Tatinterlokut ist die Auftragsvergabe an den psychiatrischen Gutachten erst nach Würdigung und Feststellung des Sachverhalts durch das Sachgericht vorzunehmen. Der Gutachter soll die Arbeit dann aufnehmen, wenn der relevante Sachverhalt sachgerichtlich feststeht, auf den er seine Expertise stützen soll. Nicht zuletzt würde die Installierung eines Schuld- und Tatinterlokuts insbesondere bei aufwändigen Verfahren auch der Prozessökonomie dienen, müssten doch bei Freisprüchen teure und zeitintensive Beweise gar nicht erst erhoben werden.

Die Praxis zeigt nun, dass trotz dieser zahlreichen unbestrittenen Vorteile Gerichte von Amtes wegen kaum je, und selbst auf Antrag einer Partei äusserst selten, ein Schuld- oder Tatinterlokut anordnen. Diese gewichtige Frage dem Ermessen der Gerichte anheimstellen, hat sich daher nicht bewährt; zumal kein Rechtsmittel gegen diesen Entscheid offensteht. Wir sind daher der Auffassung, dass in Fällen zwingender kollegialgerichtlicher Zuständigkeit bei nicht geständigen beschuldigten Personen stets ein Schuldinterlokut bzw. wenn die Schuldfrage strittig ist, ein Tatinterlokut zu erfolgen hat und dies gesetzlich festzuhalten ist. Sicherzustellen ist dabei zudem, dass das Gericht die Personalakten, Akten aus früheren Verfahren sowie allfällige Vollzugsakten in dem Stadium nicht kennt, das heisst diese nicht bei den Verfahrensakten liegen. Zu kodifizieren ist überdies, dass bei nicht geständigen beschuldigten Personen psychiatrische Expertisen erst nach dem Entscheid über die Schuld- und Tatfrage und nicht im Vorverfahren in Auftrag gegeben werden.

In allen anderen Fällen kann die bisherige Lösung beibehalten werden, dass ein Schuld- und Tatinterlokut von Amtes wegen bzw. auf Antrag einer Partei gewährt werden kann. Wird dies aber angeordnet, so hat u.E. das Gerichtspersonal, welches bereits Einsicht in die Personalakten, Akten aus früheren Verfahren sowie allfällige Vollzugsakten hatte, zwingend in den Ausstand zu treten. Es ist sicherzustellen, dass das urteilende Gericht vor der Urteilsfällung gerade keinen Einblick in diese Akten hatte, ansonsten ein wesentlicher Zweck des Schuld- und Tatinterlokus geradezu unterlaufen wird.

### [Art. 343 Abs. 3 StPO](#)

In den kantonalen Strafprozessordnungen war die Unmittelbarkeit bekanntlich sehr unterschiedlich geregelt. Mit Inkrafttreten der StPO wurde das gerichtliche Hauptverfahren im Vergleich zu den früheren kantonalen Lösungen allein wegen der ausgedehnten Strafbefehlskompetenz und dem abgekürzten Verfahren in nahezu allen Kantonen deutlich abgewertet. In den verhältnismässig wenigen Verfahren, die heute überhaupt noch in regulären Gerichtsverfahren verhandelt werden, zeigt sich nun in der Praxis, dass die gerichtliche Unmittelbarkeit sehr unterschiedlich interpretiert wird. Tendenziell erheben Gerichte in Kantonen, die früher eine weitgehende Unmittelbarkeit kannten, viel mehr Beweise vor Schranken als in Kantonen, die vorher von einer stark beschränkten Unmittelbarkeit geprägt waren; in letzteren Kantonen sehen sich Gerichte entgegen der Konzeption der

eidgenössischen Strafprozessordnung oftmals eher in der Rolle einer blossen Beweismittelkontrollinstanz. Zusammenfassend wurde hier in praxi die kodifizierte Rechtsvereinheitlichung noch nicht eingelöst, wovon auch zahlreiche Bundesgerichtsentscheide zu dieser Frage zeugen.

Sichtet man die Literatur dürfte sich der Meinungsstand ungefähr auf die Formel bringen lassen, dass vor Schranken nochmals sämtliche zentralen Beweise zu erheben seien, die das Gericht für eine seriöse Beweiswürdigung persönlich abnehmen müsse. Zu bedenken ist allerdings, dass die ursprüngliche gesetzliche Lösung sowie die dazu erschienene Literatur auf der Annahme basieren, das Vorverfahren sei konsequent kontradiktorisch ausgestaltet. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat nun diese gesetzliche Anlage bereits empfindlich begrenzt und nun sollen nach dem Vorentwurf weitere Einschränkungen erfolgen. Teilnahmerechte im Vorverfahren und die Unmittelbarkeit im Hauptverfahren müssen in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren in einer vernünftigen Balance stehen, ansonsten die strafprozessuale Wahrheitssuche zu stark von der Belastungsperspektive geprägt wäre, was der Unschuldsvermutung zuwiderläuft.

Es drängt sich daher auch zur Klärung der rechtswissenschaftlichen Kontroversen und zur Vereinheitlichung der Praxis auf, in Art. 343 Abs. 3 explizit festzuhalten: «Das Gericht erhebt alle im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobenen, für die Urteilsfindung wesentlichen Beweise selbst, sofern die beschuldigte Person nicht ausdrücklich darauf verzichtet.»

#### Art. 352 und 352a StPO

Das Strafbefehlsverfahren kann bei Lichte besehen nur mit Effizienzgewinn und rein fiskalischen Interessen begründet werden. Nebst dem Staat haben nur Beschuldigte, die die Öffentlichkeit einer Hauptverhandlung vor dem Richter und die Kosten eines ordentlichen Verfahrens scheuen, Interesse an einem faktisch geheimen Strafbefehlsverfahren. Dabei darf nicht übersehen werden, dass dies auch für beschuldigte Personen gilt, die durchaus mit einem Freispruch rechnen könnten. Eine Verurteilung trotz faktischer Unschuld ist ihnen – je nach vorgeworfener Straftat – allemal lieber als die stigmatisierende Wirkung einer öffentlichen Verhandlung. Strafbefehle werden mitunter auch akzeptiert, um die wahre Täterschaft (bspw. Familienangehörige) zu schützen. Die Fehleranfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens ist evident. Die nun vorgeschlagenen Änderungen sind letztlich ein blosser Versuch, die fehlende Rechtsstaatlichkeit aus der Sicht der Opfer zu mildern. Sie können die Rechtsstaatlichkeit aber nicht herstellen. Die vorgeschlagenen Schwellen gemäss Abs. 1<sup>bis</sup> und Art. 352a verkennen das weite Ermessen, das der Staatsanwaltschaft auch im Bereich der Sanktionen zusteht. Die Schwelle wird in der Praxis dazu führen, dass die Strafen reduziert werden, um die Verfahren mit Strafbefehl und ohne Einvernahmen erledigen zu können.

Ähnlich wie beim Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Haftentlassungsentscheide stellen wir auch hier fest: es ist falsch, grundsätzlich falsche gesetzgeberische Entscheide korrigieren zu wollen. Was falsch ist, gehört aus dem Gesetz gestrichen. Das Strafbefehlsverfahren ist ein strafprozessualer Irrläufer, der die überwältigende Mehrheit der Strafverfahren durch die Exekutive untersuchen und entscheiden lässt. Es ist ein Schritt zurück vor die Zeit der Aufklärung und der Erkenntnis, untersuchende und entscheidende Behörden personell trennen zu müssen.

Mit dem Strafbefehlsverfahren an sich lehnen wir auch kosmetische Korrekturen an diesem Verfahren ab, zumal auch sie nicht geeignet sind, die Opferrechte zu verbessern.

Die einzige Gesetzesänderung, die bei Beibehaltung des Strafbefehlsverfahrens in Frage kommen darf, ist eine registerrechtliche. Die fehlende Rechtsstaatlichkeit einer Verurteilung im Strafbefehlsverfahren kann dadurch abgemildert werden, dass Strafbefehle nicht mehr erfasst werden dürfen.

Wir schlagen bei Beibehaltung des Strafbefehlsverfahrens vor, Art. 366 Abs. 1 StGB in dem Sinne zu ändern, dass nur Personen aufgeführt werden, die von einem Gericht i.S.v. Art. 18 ff. StPO verurteilt wurden.

### Art. 353 und 395 StPO

Bei allem Verständnis für die Anliegen von Geschädigten und von Opfern müssen wir auf die Ausführungen zu Art. 352 hiavor verweisen. Hinzu kommt hier, dass Strafverfolger nicht qualifiziert sind, über Zivilforderungen zu entscheiden. Sie werden sich zudem auch deshalb davor hüten, über Zivilforderungen zu entscheiden, weil dies die Wahrscheinlichkeit von Einsprachen erhöhen und Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege im Zivilpunkt provozieren wird. Es mag sein, dass die Lösung de lege lata ineffizient ist. Ordentliche Zivilprozesse, Adhäsionsprozesse und alle anderen rechtstaatlich ausgestaltete Verfahren sind dies aber auch. Nur dass Strafverfahren mit der Möglichkeit des Strafbefehls aus reinen Effizienzgründen der Rechtsstaatlichkeit entzogen werden, rechtfertigt nicht, dies nun auch noch auf Zivilforderungen anzuwenden. Entscheidend für die Ablehnung des Vorschlags bleibt aber, dass er bloss vorgibt, er würde die Privatkläger (inkl. Opfer) besserstellen. In Wirklichkeit wird er die Verfahren komplizierter und – auch für die Opfer – teurer machen.

### Art. 366 StPO

Der erläuternde Bericht argumentiert auf Seite 49, dass neu aufgrund der Prozessökonomie grundsätzlich bereits bei erstmaliger Säumnis ein Abwesenheitsverfahren möglich sein soll. Wir sind der Ansicht, dass eine Änderung von Art. 366 nicht angezeigt ist und treten für die Beibehaltung der bisherigen Lösung ein.

Die Anwesenheit der beschuldigten Person in einem Strafverfahren gegen sie und die Möglichkeit einer effektiven Partizipation ist ein sehr hohes rechtsstaatliches Gut. Strafverfahren sind möglichst so einzurichten, dass die faktischen Chancen zum rechtlichen Gehör sichergestellt bleiben. Mit der Möglichkeit bereits bei erstmaligen Säumnis ein Abwesenheitsverfahren durchzuführen, würde die Chance auf rechtliches Gehör vor Schranken empfindlich beschnitten. Der prozessökonomische Gewinn bereits hier ein Abwesenheitsverfahren durchführen zu können, ist überdies äusserst gering: Es ist nicht ersichtlich, dass eine nennenswerte Zeit- und Kostenersparnis einträte, wenn man nicht mehr ein zweites Mal vorladen müsste und erst dort die Säumnisfolgen androhen könnte. Entgegen dem Vorbringen im Bericht auf Seite 49 wird die bisherige in der Literatur und Praxis nicht breit, sondern nur sehr vereinzelt kritisiert.

Es kommt dazu, dass das Hauptverfahren in der StPO im Vergleich zu den früheren kantonalen Lösungen wegen des ausgedehnten Strafbefehlsverfahrens, des abgekürzten Verfahrens und der beschränkten Unmittelbarkeit faktisch bereits stark abgewertet wurde. Die vorgeschlagene Lösung in Art. 366 würde diesen ohnehin rechtsstaatlich bedenklichen Trend weiter akzentuieren.

Der vorgeschlagene Art. 366 ist daher nicht sachgerecht und widerspricht zudem der allgemeinen Erfahrung: Während ein einmaliges Säumnis durchaus in verschiedenen

Lebenskontexten immer wieder vorkommt und damit gewissermassen stets entschuldbar ist, sieht dies bei einem zweimaligen Säumnis bereits anders aus. Der bisherige Art. 366 Abs. 3 bietet zudem einen Schutz, dass die Obliegenheit einer zweiten Vorladung nicht missbraucht werden kann. Die bisherige gesetzliche Regelung trifft damit im Ergebnis eine vernünftige Güterabwägung und entspricht bewährter Praxis.

#### Art. 388 StPO

Wir haben keine grundsätzlichen Einwendungen gegen die Kompetenz der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz. Das angestrebte Ziel kann aber mit folgenden Einschränkungen ebenso erreicht werden:

- Offensichtlich unzulässige Rechtsmittel
- Fehlende Begründung (statt Fehlen einer hinreichenden Begründung), wobei in einem ersten Schritt dem Beschwerdeführer gemäss Art. 110 Abs. 4 StPO eine Nachfrist einzuräumen ist, auf jeden Fall bei Laienbeschwerden. Übermässige Knappheit soll nicht strenger als Weitschweifigkeit geahndet werden.

#### Art. 391 StPO

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht nicht nur dem Gesetz, sie ist auch sachlich richtig. Eine unbefriedigende Situation ergibt sich letztlich nur durch die u.E. systemwidrige Berechtigung der Staatsanwaltschaft, Rechtsmittel gegen richterliche Entscheide zu ergreifen. Es gibt keinen sachlichen Grund für die vorgeschlagene Änderung.

Der Hinweis auf die Vertrauenswürdigkeit des Strafregisters im Bericht ist aus mehreren Gründen unverständlich. «Materiell richtige Schuldsprüche» sind – insbesondere aus registerrechtlicher Sicht – immer nur rechtskräftige Schuldsprüche. Dass Rechtsmittelverfahren die Wahrscheinlichkeit «materiell richtiger Schuldsprüche» erhöhen würde, ist durch nichts belegt. Wir verweisen hier auch darauf, dass selbst rechtskräftige Strafbefehle zu Eintragungen im Strafregister führen, obwohl bekannt (und erforscht) ist, dass die Fehlurteilsrate hoch ist.

#### Art. 401 StPO

Wir schlagen die Streichung von Art. 401 StPO vor. Das Institut der Anschlussberufung hat sich in der Praxis nicht bewährt und dient einzig dazu, das Verschlechterungsverbot («reformatio in peius») zu untergraben und die Parteien zum Verzicht auf Rechtsmittel zu bewegen. Es muss möglich sein, ein Rechtsmittel ergreifen zu können, ohne das Risiko einer Verschlechterung eingehen zu müssen. Das mit einem Rechtsmittel verbundene Kostenrisiko wird schon prohibitiv genug. Das bestehende Berufungsrecht reicht, um die Überprüfung von Urteilen zu veranlassen.

#### Art. 442 StPO

Eine Verrechnung der Forderungen der Strafbehörde mit Genugtuungsansprüchen der zahlungspflichtigen Partei ist abzulehnen. Das durch die parlamentarische Initiative 13.466 vorgebrachte Argument der Prozessökonomie verfängt nicht:

Eine Genugtuung gleicht erlittene Unbill aus. Sie ist persönlicher Natur und hat zum Ziel, den

erlittenen Nachteil einer Verletzung des moralischen Wohlbefindens, auszugleichen. Zurecht sind Genugtuungszahlungen denn auch nicht steuerpflichtig. Genugtuungsleistungen sind Leistungen, die keinen materiellen, sondern eben einen ideellen Schaden ausgleichen. Das Argument der Prozessökonomie gründet jedoch ausschliesslich auf materiellen Überlegungen und erweist sich daher vorliegend als untauglich und nicht plausibel.

### Einführung des Instituts einer «aufgeschobenen Anklageerhebung»

Wir haben aufgrund von Gesprächen mit der Bundesanwaltschaft Kenntnis davon, dass Letztere vorschlagen wird, eine dem angelsächsischen Recht nachgebildete Form eines sog. «Deferred Prosecution Agreement» (nachfolgend als Arbeitstitel "aufgeschobene Anklageerhebung" genannt) in die Strafprozessordnung aufzunehmen. Obschon uns der Wortlaut der von der Bundesanwaltschaft vorgeschlagenen Bestimmung nicht bekannt ist, schliessen wir uns diesem Vorschlag grundsätzlich an.

Anlass zu diesem Vorschlag gab insbesondere der Umstand, dass in Verfahren gegen international tätige Unternehmen eine Verurteilung zu tiefgreifenden Kollateralschäden führen konnte, bis hin zum Verlust von ausländischen behördlichen Bewilligungen. Zum Schutz der Interessen von Schweizerischen Unternehmen ist daher die von der Bundesanwaltschaft vorgeschlagene Lösung vordringlich.

Die Möglichkeit, eine Anklageerhebung aufzuschieben und bei Einhaltung der vereinbarten Nebenfolgen auf eine Anklage nach Ablauf der Probezeit schliesslich zu verzichten, darf aber nach unserer Auffassung nicht Unternehmen vorbehalten bleiben. Es wäre nicht einzusehen, weshalb einem Unternehmen zur Vermeidung einer Verurteilung das neu zu schaffende Institut einer aufgeschobenen Anklageerhebung zur Verfügung stehen sollte, nicht aber beispielsweise den Mitarbeitern dieses Unternehmens. Auch natürlichen Personen können im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung existenzbedrohende Nachteile erwachsen.

Das geltende Recht sieht in Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) vor, dass unter bestimmten Umständen von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung abgesehen werden kann. Diese Bestimmung – die nach unserer Auffassung zu Unrecht kritisiert wird<sup>4</sup> – zielt jedoch hauptsächlich auf den Ausgleich zwischen Täter und Geschädigten; eine Konstellation, die aus den verschiedensten Gründen nicht bei allen Strafverfahren gegeben ist. Die zusätzliche Schaffung des Instituts einer aufgeschobenen Anklageerhebung hat daher durchaus eine eigenständige Berechtigung.

Im Vordergrund steht bei einer aufgeschobenen Anklageerhebung, dass zwar die negativen Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung vermieden werden können, dass aber gleichzeitig alle Nebenfolgen, die auch bei einer Verurteilung angeordnet werden könnten, Platz greifen würden. Zu denken ist dabei nicht nur an Einziehungen bzw. Ersatzforderungen und Schadenersatzzahlungen, sondern insbesondere auch an den Erlass von Weisungen und Auflagen, die den Ausgleich begangenen Unrechts, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sowie die Vermeidung künftiger Straftaten garantieren sollen. Dem Grundsatz, dass strafbares Verhalten Konsequenzen haben soll, würde daher durchaus auch bei der Schaffung des Instituts der aufgeschobenen Anklageerhebung nachgelebt. Rechtsstaatliche Bedenken sind nicht ersichtlich.

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu auch die Stellungnahme des SAV vom 30. Januar 2017 zur Parlamentarischen Initiative 10.519: Modifizierung von Artikel 53 StGB.

Wie bereits erwähnt, ist uns der Wortlaut des von der Bundesanwaltschaft unterbreiteten Vorschlags nicht bekannt. Der SAV geht jedoch davon aus, dass ihm Gelegenheit geboten wird, zu einem späteren Zeitpunkt dazu Stellung zu nehmen.

#### Art. 366 StGB

(s. oben, Art. 352 StPO)

#### Art. 3 Abs. 2 JStG

Bereits der angebliche Grund zur Revision dieses Artikels ist befremdlich. So wird den Jugendstrafbehörden aufgrund fehlender Praxis im Erwachsenenstrafrecht gleichsam die Kompetenz abgesprochen, Straftaten, welche der Täter nach Vollendung des 18. Altersjahres begangen hat, sachgerecht beurteilen zu können. Genauso wenig überzeugt das Argument, es erscheine kaum sinnvoll, wenn die Jugendstrafbehörden beispielsweise ein Tötungsdelikt beurteilen müssten, welches der Täter nach Vollendung des 18. Altersjahres begangen hat. Hierzu gilt es zu bemerken, dass Tötungsdelikte und andere besondere Fälle von Schwerstkriminalität nicht einzig und ausschliesslich von Erwachsenen begangen werden.

Mit der Neuregelung sollen die Straftaten von Übergangstätern formell getrennt beurteilt und sanktioniert werden. Dies hat aber zur Folge, dass damit dem Grundsatz der Verfahrenseinheit (Art. 29 Abs. 1 lit. a StPO) widersprochen wird. Zudem verkompliziert es die Strafzumessung, wenn die zweiturteilende Strafbehörde – als Folge getrennter Verfahren – gedanklich Gesamtstrafen zu bilden und Zusatzstrafen auszufällen hat. Im Weiteren ist wohl in der überwiegenden Mehrheit der Fälle der Übergangstäter die Jugendanwaltschaft bereits seit längerer Zeit mit der hängigen jugendstrafprozessualen Untersuchung gegen den Übergangstäter betraut. Diese Tatsachen stellen die Zweckmässigkeit und Prozessökonomie der vorgeschlagenen Änderung ebenfalls massiv in Frage.

Gemäss der derzeitigen Rechtsprechung ist das Jugendstrafverfahren in jenen Fällen anzuwenden, wenn vor Vollendung des 18. Altersjahres bereits ein Jugendstrafverfahren eingeleitet wurde (1. Voraussetzung) und der Jugendliche einer Massnahme bedarf (2. Voraussetzung). In diesen Fällen steht diejenige Massnahme nach JStG oder nach StGB zur Wahl, die nach den gegebenen Umständen erforderlich ist. Ausschlaggebend ist derzeit das in jedem einzelnen Fall resultierende Ergebnis einer vertieft vorgenommenen Prüfung, welche Massnahme des JStG oder des StGB erforderlich ist, um im konkreten Fall den Massnahmenzweck bestmöglich erfüllen zu können. Das Bundesgericht argumentierte denn auch gerade mit überzeugendem Argument, Sinn und Zweck des Gesetzes sei es, in gemischten Fällen eine sachfragenorientierte, differenzierte und verfahrenseffiziente Lösung anzustreben, anstatt pauschal und nach einem starren Kriterium entweder das Sanktionenrecht des StGB bzw. das Verfahrensrecht für Erwachsene oder das JStG bzw. das Jugendstrafprozessrecht für anwendbar zu erklären (BGE 135 IV 206).

Für die bundesgerichtliche Argumentation ist somit ausschlaggebend, dass ein Übergangstäter einer Massnahme bedarf. Unstrittig ist die Festlegung von Strafen ausschliesslich nach Sanktionenrecht des StGB. Diese differenzierte Regelung in gemischten Fällen trägt gemäss Bundesgericht gerade dem Umstand, dass der bei der Verfolgung bzw. Beurteilung volljährige Täter bei den ersten Straftaten noch minderjährig war, in zweifacher Hinsicht Rechnung, weil zum einen das Jugendstrafprozessrecht anwendbar bleibt und zum anderen bei Übergangstätern auch noch Massnahmen nach JStG angeordnet werden können, wenn diese

sich sachlich aufdrängen.

Die nun vorgeschlagene Änderung widerspricht nun genau diesen höchstrichterlichen Argumenten. Es soll neu nach pauschalen und starren Kriterien verfahren werden. Sie widerspricht ausserdem dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers.

An dieser Stelle ist zu bemerken, dass das Bundesgericht in diversen Entscheiden die Anwendung des Erwachsenenstrafprozessrechts bei Übergangstätern als Ausnahme zur Diskussion stellte (vgl. beispielsweise BGer, Urteil v. 26.3.2015, 1B\_62/2015). Mit der vorgeschlagenen Änderung würde aber die Anwendung des Erwachsenenstrafprozessrechts zur Regel erhoben.

Eine vorgeschlagene konsequente Trennung widerspricht überdies der Zielrichtung des Jugendstrafrechts, die in spezialpräventiven Überzeugungen gründet. Die primäre Orientierung des Jugendstrafrechts an der Täterpersönlichkeit steht dem Primat der Schwere der Tat und damit dem Vergeltungsgedanken im Erwachsenenstrafrecht gegenüber. Die vorgeschlagene Änderung erlaubt für sich bereits im Jugendstrafverfahren befindende Übergangstäter keine sachfragenorientierte Lösung mehr. Sie ist daher abzulehnen.

Unseres Erachtens sollte nur der Wortlaut von Satz 4 der geltenden Fassung von Art. 3 Abs. 2 JStG wie folgt abgeändert werden:

*«In diesen Fällen bleibt das Verfahren gegen Jugendliche anwendbar, das eingeleitet wurde, bevor die nach Vollendung des 18. Altersjahres begangene Tat bekannt wurde.»*

#### Art. 38 JStG

Der Vorschlag wird zu nicht zu unterschätzenden Vollzugsfragen bezüglich rechtskräftiger Urteile führen. In Bezug auf Urteile muss zum Beispiel die Frage beantwortet werden, welcher Vollzugsbehörde (Jugendanwaltschaft oder Vollzugsbehörde für die Erwachsenen) die Entscheidbefugnis zukommen soll, wenn unterschiedliche Massnahmen in gleicher Weise dringlich oder zweckmässig erscheinen. Es müssten aber insbesondere auch Fragen gelöst werden, wie beispielsweise mit durch die Jugendanwaltschaft vorsorglich angeordneten Schutzmassnahmen zu verfahren wäre, wenn die Erwachsenenstrafbehörde in einem zeitlich parallel geführten Verfahren Zwangsmassnahmen anordnen will.

#### Art. 9 IRSG

Gemäss Entwurf soll die Siegelung in Rechtshilfeangelegenheiten nur noch verlangt werden können, wenn Personen, die am ausländischen Prozess beteiligt sind, bei der Rechtshilfehandlung anwesend sind oder vor Abschluss des Rechtshilfeverfahrens in die Akten dieses Verfahrens Einsicht nehmen können (Abs. 2 lit. a), oder die schweizerische Rechtshilfebehörde ein eigenes Verfahren im gleichen Sachzusammenhang führt, wie er dem ausländischen Rechtshilfeverfahren zugrunde liegt (Abs. 2 lit. b).

Wir lehnen diese Beschränkung des Siegelungsrechts entschieden ab. Das Recht auf Siegelung soll insbesondere gewährleisten, dass Aufzeichnungen und Gegenstände, die wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts (Anwaltsgeheimnis, Arztgeheimnis etc.) nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen. Die vorgeschlagene Neuregelung stellt selbst dann, wenn die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 IRSG gegeben wären, eine durch nichts gerechtfertigte Verletzung insbesondere von Berufsgeheimnissen dar. Entgegen der im erläuternden Bericht vertretenen Auffassung (S. 59) geht es nicht nur darum, dass die ausländische Strafverfolgungsbehörde keine Kenntnis von Tatsachen nehmen soll, von denen

sie wegen Geheimhaltungsinteressen keine solche haben dürfte. Das Recht auf Geheimhaltung ist absolut und unteilbar, und es dürfen daher geheimnisgeschützte Unterlagen auch von einer schweizerischen Rechtshilfebehörde nicht durchsucht bzw. zur Kenntnis genommen werden. Hinzu kommt, dass die vorgeschlagene Regelung völlig praxisfremd ist und der Realität keine Rechnung trägt. Der Antrag auf Siegelung ist bekanntlich rasch zu stellen (vgl. dazu nur den erläuternden Bericht, S. 35). Wie dieses Erfordernis mit den im Entwurf vorgesehenen Ausnahmen vom Grundsatz, dass in Rechtshilfeangelegenheiten kein Siegelungsrecht besteht, in Einklang gebracht werden könnte, ist nicht ersichtlich. Weder steht in allen Fällen bereits zum Zeitpunkt einer Sicherstellung von Aufzeichnungen und Gegenständen fest, ob am ausländischen Prozess beteiligte Personen vor Abschluss des Rechtshilfeverfahrens in die Akten dieses Verfahrens Einsicht nehmen können, noch ist immer klar, ob die schweizerische Rechtshilfebehörde ein eigenes Verfahren im gleichen Sachzusammenhang führen wird oder nicht. Ein schweizerisches Strafverfahren im gleichen Sachzusammenhang kann auch erst zu einem späteren Zeitpunkt eröffnet werden. Dann wäre aber nicht nur das Recht auf Siegelung verwirkt, weil ein entsprechendes Gesuch verspätet wäre, es hätte die schweizerische Strafverfolgungsbehörde auch bereits Kenntnis von geheimnisgeschützten Aufzeichnungen und Gegenständen erhalten, die sie gerade nicht haben dürfte. Das ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht hinnehmbar.

Die vorgeschlagenen Änderungen von Art. 9 IRSG sind ersatzlos zu streichen.