

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

A-Post Plus
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

7. März 2018

Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 haben Sie uns zur Vernehmlassung des obengenannten Geschäfts eingeladen. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und nehmen diese gerne wahr.

1. Vorbemerkungen

In Bezug auf den Umgang mit und die Anwendung der Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 ist festzustellen, dass verschiedene Bestimmungen der StPO verunglückt und nicht praktikabel sind, unnötig Kosten verursachen und eine wirksame Strafverfolgung behindern. Ziel muss sein, die Strafverfolgung effizienter, allenfalls kostengünstiger und schneller und jedenfalls wirksamer auszugestalten. Als Massstab gilt dabei die materielle Wahrheit. Auf Formalien jedweder Art, welche die Annäherung an die materielle Wahrheit verhindern, behindern, verteuern und nicht befördern, ist zu verzichten, bestehende Hindernisse sind zu vermeiden.

Mit den vorliegenden Revisionsvorschlägen wird dieses Ziel bei Weitem nicht erreicht. Zwar ergäben sich in einzelnen Bereichen gegenüber heute punktuelle Verbesserungen, doch stehen diesen in anderen Bereichen deutliche Verschlechterungen gegenüber. Für die Strafverfolgungsbehörden stellt die vorliegende Revision in der Summe eine massive Verschlechterung dar. Es ergäbe sich ein deutlicher Mehraufwand, vorab aus formellen oder nicht praktikablen rechtstheoretischen Gründen. Mit diesen Vorschlägen kann die Strafverfolgung der materiellen Wahrheit nicht näher kommen, im Gegenteil, man entfernt sich von der materiellen Wahrheit zugunsten einer formellen Korrektheit. Das kann und darf sich der Staat als Inhaber des Gewaltmonopols nicht leisten. Hinzu kommt, dass bei den Strafverfolgungsbehörden und der Justiz insgesamt mit erheblichen Mehrkosten zu rechnen ist, ohne dass ein Mehrwert für die Parteien oder die materielle Wahrheit ersichtlich ist.

Der Regierungsrat des Kantons Aargau lehnt deshalb zahlreiche Änderungsvorschläge ab, welche zu einem personellen und/oder finanziellen Mehraufwand führen, ohne dass sie im Ergebnis unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten notwendig wären oder zu einer Verbesserung der Strafverfolgung beitragen würden. Dies zeigt sich beispielsweise in den nachfolgenden Stellungnahmen zu den Themenkreisen der Eröffnung der Strafbefehle (Art. 88 StPO), der notwendigen und amtlichen Verteidigung (Art. 130, 133 und 135 StPO), der Teilnahmerechte (Art. 147 und 147a StPO), des Abchlusses der Untersuchung (Art. 318 StPO) sowie des Strafbefehlsverfahrens (Art. 352 ff. StPO).

2. Hauptpunkte

2.1 Änderungen gemäss Vernehmlassungsentwurf

Art. 88 Abs. 4 Vorentwurf der revidierten Strafprozessordnung (VE StPO)

Gemäss der revidierten Bestimmung in Art. 88 Abs. 4 des Vorentwurfs der revidierten StPO (VE StPO) sollen Strafbefehle ohne Veröffentlichung nicht mehr als zugestellt gelten, wenn die Zustellung aus einem der in Art. 88 Abs. 1 lit. a–c StPO genannten Gründen nicht erfolgen kann. Die Änderung ist zwar gut gemeint, erscheint aber in der Praxis als nutzlos, personalaufwendig, verfahrensverzögernd und teuer. Kaum eine beschuldigte Person wird ausgerechnet während der 10-tägigen Einsprachefrist das kantonale Amtsblatt lesen und anschliessend Einsprache erheben. Damit ist das Ergebnis dasselbe wie heute: die beschuldigte Person hat keine Kenntnis vom Strafbefehl. Zudem wird in einer Vielzahl der Fälle der Eintritt der Rechtskraft verzögert (im Kanton Aargau wären dies ca. 600 Fälle) und neben den zusätzlichen Publikationskosten entsteht auch ein nicht zu unterschätzender zusätzlicher Personalaufwand. Durch die Änderung würden somit nur unnötige Kosten verursacht. Die bisherige spezielle Regelung für das Strafbefehlsverfahren sollte deshalb unbedingt beibehalten werden. Die Aufhebung der Spezialregelung bei Strafbefehlen ist daher abzulehnen.

Art. 123 Abs. 2 VE StPO

Es ist tatsächlich problematisch, dass nach geltendem Recht eine Zivilklage auch erst im Parteivortrag begründet und beziffert werden kann, was sowohl die beklagte Partei als auch das urteilende Gericht vor Schwierigkeiten stellt, wenn sie sich mit einer grossen Zahl von Belegen und komplexen zivilrechtlichen Fragen konfrontiert sehen, deren Prüfung einer gewissen Zeit bedarf. Eine Vorverlegung dieses Zeitpunkts erscheint deshalb sinnvoll, nicht aber die geplante Vorverlegung bereits bis zum Abschluss des Vorverfahrens. Dies würde in der Praxis dazu führen, dass Verfahrensabschlüsse durch die Staatsanwaltschaft mit zahlreichen zusätzlichen Fristerstreckungsgesuchen belastet und in die Länge gezogen würden.

Es wird deshalb beantragt, den entsprechenden Zeitpunkt in der Zeitspanne nach Abschluss der Untersuchung, jedoch vor der Hauptverhandlung, beispielsweise mit einer Frist nach der Anklageerhebung, vorzusehen. Denkbar und in einfacher Form praktikabel wären beispielsweise folgende Regelungen: Innert 20 Tagen seit Zustellung der Anklage, innert 20 Tagen seit Zustellung der Beweisverfügung, bis spätestens 10 Tage vor der Hauptverhandlung, etc.

Art. 130 lit. d VE StPO

Auch wenn es das geltende Recht in besonderen Konstellationen ermöglicht, der beschuldigten Person speziell für das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht eine amtliche Verteidigung beizuordnen, erscheint es sachgerecht, das persönliche Auftreten der Staatsanwaltschaft vor dem Zwangsmassnahmengericht explizit als Fall einer notwendigen Verteidigung zu nennen. In der Praxis ist diese Konstellation selten anzutreffen, weil zumeist bereits aus anderen Gründen ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. Es sollte allerdings klar festgehalten werden, dass in solchen Fällen die Verfahrensleitung des Zwangsmassnahmengerichts und nicht die für die Bestellung der amtlichen Verteidigung im Vorverfahren zuständige Stelle die notwendige Verteidigung sicherzustellen hat.

Art. 133 VE StPO

Diese Änderung ist unnötig und wird daher abgelehnt. Bereits mit der heutigen Regelung haben die Kantone die Möglichkeit, differenzierte Regelungen zu treffen. So ist im Kanton Aargau bis zum Abschluss des Vorverfahrens die Oberstaatsanwaltschaft für die Bestellung der amtlichen Verteidigung zuständig. Auch ist durch die Pikettliste des Anwaltsverbands gewährleistet, dass die Verfahrensleitung nicht willkürlich bestimmen kann, wen sie als amtliche Verteidigung einsetzt.

Art. 135 Abs. 1, 3 und 4 VE StPO

Soweit die beschuldigte Person ganz freigesprochen wird, ist die vorgesehene Regelung problemlos anwendbar. Bei teilweisem Obsiegen hingegen wird die Aufteilung des Honorars zu verschiedenen Stundenansätzen in all jenen Kantonen mit Schwierigkeiten verbunden und kaum mit vernünftigem Aufwand umsetzbar sein, in welchen, wie im Kanton Aargau, der frei gewählte ebenso wie der amtliche Verteidiger nach dem angemessenen Stundenaufwand mit unterschiedlichem Stundenansatz entschädigt wird. Es wird bei einem teilweisen Freispruch notwendig sein, den Aufwand für die Verteidigung zu den Vorwürfen auszumitteln, für die der Freispruch gilt.

Die vorgeschlagene obligatorische Angleichung der Honorare der amtlichen und privaten Verteidigung im Fall eines Freispruchs oder der Einstellung gemäss Art. 135 Abs. 1 VE StPO greift unnötig in die kantonale Tarifautonomie ein, welche in den Erläuterungen zu Recht auch zur Begründung der Änderung von Absatz 4 herangezogen wird, und ist deshalb abzulehnen.

Die Vereinheitlichung des Rechtsmittelwegs in Absatz 3 und die Streichung von Litera b in Absatz 4 sind dagegen zu unterstützen.

Art. 147 Abs. 3 VE StPO

Die vorgesehene Ausweitung der Wiederholung einer Beweiserhebung auf Verfahren, welche gegen Mittäterinnen und Mittäter oder Teilnehmerinnen und Teilnehmer ohne sachliche Gründe getrennt geführt wurden, wird in der Praxis zu einer wesentlichen Einschränkung führen und die Strafbehörden vermehrt dazu zwingen, Beweiserhebungen zu wiederholen. Zumindest sollte es in solchen Fällen analog zu Art. 147a ebenfalls möglich sein, dass auch in getrennten Verfahren Mittäterinnen und Mittäter oder Teilnehmerinnen und Teilnehmer von Einvernahmen ausgeschlossen werden können, wenn zu befürchten ist, dass sie ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen werden. In solchen Fällen gilt es sicherzustellen, dass keine Wiederholungen verlangt werden können.

Art. 147a VE StPO

Die vorgesehene Ausschlussmöglichkeit in Art. 147a VE StPO wird sehr begrüsst. Diese Neuerung wird dazu führen, dass künftig Befragungen zeitnah durchgeführt werden können und diese nicht durch Teilnahmerechte von mitbeschuldigten Personen oder deren Verteidigung unnötig verzögert werden. Die Möglichkeit, dass die von der Einvernahme ausgeschlossene Person die Aufzeichnung der Einvernahme in Bild und Ton verlangen kann, ist sinnvoll, zumal eine Wiederholung der Einvernahme in solchen Fällen nicht verlangt werden kann. Es erscheint prüfenswert, ob nicht in einem zusätzlichen Absatz 4 festgehalten werden sollte, dass Einvernahmen unter Ausschluss von Personen nicht zu wiederholen sind, wenn die Vorschriften gemäss den Absätzen 1–3 eingehalten wurden.

Die Revisionsvorschläge gehen dennoch zu wenig weit. Insgesamt vertreten wir die Ansicht, dass die Teilnahmerechte auf das Niveau der Garantie des Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) festzulegen sind. Die Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK durch die Konventionsorgane ist seit Jahren durch eine grosse Dynamik und durch sehr weitgehende verfahrensrechtliche Konsequenzen geprägt. Der verfahrensrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör darf als sehr weit ausgebaut betrachtet werden. Von einem blossen "Minimalstandard" kann bei den direkt aus Art. 6 EMRK abgeleiteten Garantien und Ansprüchen eigentlich nicht mehr die Rede sein. Damit gibt es auch keine Argumente mehr dafür, den bereits sehr hohen Standard von Art. 6 EMRK landesrechtlich noch zu übertreffen. Somit soll der beschuldigten Person das Recht eingeräumt werden, wenigstens einmal im Verfahren mit Belastungszeugen (oder der sie belastenden Mittäterschaft) konfrontiert zu werden und diesen Personen selber Fragen zu stellen. Das Teilnahmerecht der beschuldigten Person sollte daher analog zu Art. 101 Abs. 1 StPO vor der ersten einlässlichen Einvernahme nicht gewährt werden müssen. Dies würde auch in Kohärenz mit der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts stehen.

Sofern die Teilnahmerechte nicht auf das gemäss EMRK-Rechtsprechung geforderte Minimum zurückgefahren werden, ist die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung zumindest insoweit zu ergänzen, dass ein Ausschluss von Beweiserhebungen ohne weitere Voraussetzungen immer möglich ist, solange die betreffende Person selber zum fraglichen Sachverhalt noch nicht befragt wurde und auch sonst die wichtigsten Beweise noch nicht erhoben wurden.

Ausserdem wäre zu prüfen, ob die Bild- und Tonaufnahme von Einvernahmen nicht bloss auf Verlangen der ausgeschlossenen Person erfolgen sollte, statt dieser eine blosser Verzichtsmöglichkeit einzuräumen.

Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3 VE StPO

Der Vorschlag ist abzulehnen. Der angebliche Grund für diese Bestimmung, wonach sich die Opfer nicht rechtzeitig als Privatkläger konstituieren könnten, weil die Mehrzahl der Verfahren mit dem Erlass eines Strafbefehls beendet werde, existiert nicht. Opfer werden in der Praxis gemäss Art. 117 Abs. 1 lit. e StPO gleich zu Beginn des Verfahrens und über Art. 305 StPO hinaus umfassend über ihre Rechte informiert. Dies muss genügen. Einzuräumen ist allerdings, dass sich Opfer, aber auch andere Geschädigte, oft noch nicht entscheiden können, ob sie sich nun beteiligen wollen oder nicht. Dies ist aber vorab ein Problem der betroffenen Personen. Es ist nicht einsichtig, weshalb die Opfer, nicht aber die anderen Geschädigten, von der Strafverfolgungsbehörde ein zweites Mal aufgefordert werden sollen. Es kommt hinzu, dass mit dieser Regelung dem Opfer sogar mehr Rechte zukämen als der beschuldigten Person, weil dieser gegenüber keine Pflicht zur Abschlussmitteilung vor Erlass von Strafbefehlen besteht. Die Regelung würde zudem einen erheblichen Zusatzaufwand verursachen, müsste doch diese Mitteilungen jährlich in bis zu tausend Verfahren erfolgen. Es besteht kein Revisionsbedarf, da die bisherigen gesetzlichen Regelungen ausreichend sind. Zusätzliche Regelungen führen zu einer Verkomplizierung und Verlangsamung des Verfahrens. Die neuen Bestimmungen gemäss Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3 VE StPO werden daher abgelehnt.

Art. 352 ff. VE StPO

Der Bundesrat schlägt zahlreiche Änderungen in Bezug auf das Strafbefehlsverfahren vor. Das Strafbefehlsverfahren gemäss den Art. 352 ff. VE StPO wird dabei wesentlich eingeschränkt und erschwert, was im Sinne einer effizienten Verfahrenserledigung bei klaren und eingestandenen Straftaten schwer zu verstehen ist. Zudem ist im Vornherein auch nicht immer klar, ob eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten oder eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen im Sinne von Art. 352a VE StPO auszufällen ist, weshalb viele Einvernahmen, die polizeilich stattgefunden haben, durch die Staatsanwaltschaft praktisch wiederholt werden müssen. Ebenso werden säumige Personen durch die Aufhebung der Art. 355 Abs. 2 und 356 Abs. 4 VE StPO dadurch belohnt, dass sie einer Einspracheverhandlung unentschuldigt fernbleiben können, ohne dass dies einem Rückzug der Einsprache gleichkommt. Die Folge wird sein, dass viele Verfahren sich vor allem bei Massengeschäften in die Länge ziehen und nicht abgeschlossen werden können.

Es handelt sich bei den vorgeschlagenen Änderungen insgesamt ausschliesslich um ressourcenintensive Erschwerungen und Einschränkungen beim bewährten Strafbefehlsverfahren. Die Änderungen würden ohne grossen Nutzen, allenfalls sogar mit Schaden, massiv Ressourcen bei den Strafverfolgungsbehörden und teils auch bei den Gerichten binden und können deshalb nicht unterstützt werden. Im Weiteren wird bezweifelt, ob die vorgeschlagenen Änderungen auch im Interesse der beschuldigten Person und der übrigen Parteien liegen.

Art. 352 Abs. 1, 1^{bis} und 3 VE StPO

Gemäss Vorentwurf soll der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens auf 120 Tagessätze Geldstrafe oder vier Monate Freiheitsstrafe eingeschränkt werden, wenn sich Opfer als Privatkläger beteiligen. Dieser Vorschlag wird abgelehnt. Es wäre mit einem erheblichen Zusatzaufwand für die Staatsanwaltschaften und Gerichte zu rechnen, ohne dass dies einen klaren Mehrwert für die Opfer bedeuten würde. Ausserdem ist völlig unklar, wie die Sache zu handhaben wäre, wenn im gleichen

Verfahren mehrere Delikte mit Bagatelldeliktcharakter zu behandeln sind, an denen nur zum Teil Opfer beteiligt sind, und welche erst in ihrer Gesamtheit zu einer Strafe von mehr als vier Monaten führen müssten. Weiter ist unklar, ob allfällige Widerrufe ebenfalls in die so eingeschränkte Kompetenz eingerechnet werden müssten. Wenn ja, würde dies zu einer weiteren nicht nachvollziehbaren Einschränkung des Strafbefehlsverfahrens führen. Überhaupt nicht ersichtlich ist schliesslich, weshalb bei einer Strafenkombination gemäss Absatz 3 eine noch tiefere Strafbefehlsgrenze (drei statt vier Monate) gesetzt werden soll (sofern es sich dabei nicht um einen redaktionellen Fehler handeln sollte). Im Ergebnis dürfte die hier vorgeschlagene Änderung in der Praxis dazu führen, dass der Abschluss von Strafverfahren mit Opfern mittels Strafbefehl zukünftig wohl eher die Ausnahme als die Regel sein wird. Der dadurch generierte Aufwand bei der Staatsanwaltschaft und vor allem bei den Gerichten wäre massiv.

Art. 352a VE StPO

Der Vorschlag, wonach vor Erlass von Strafbefehlen mit mehr als 120 Tagessätzen Geldstrafe oder vier Monaten Freiheitsstrafe oder dem Widerruf eines bedingt gewährten Vollzugs einer Freiheitsstrafe obligatorisch eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme stattfinden soll, wird abgelehnt. Es muss im Ermessen der Staatsanwaltschaft bleiben, ob jeweils im konkreten Fall polizeiliche Einvernahmen genügen. Betroffen wären zumeist Routinefälle aus dem Bereich des Strassenverkehrsrechts (schwerere Fälle von Überschreiten der Höchstgeschwindigkeit sowie von Fahren unter Alkohol- oder Drogeneinfluss); hier wäre ohne klaren Mehrwert mit einem erheblichen Zusatzaufwand zu rechnen.

Art. 354 Abs. 1 lit. a^{bis}, 1^{bis} und 1^{ter} VE StPO

Eine Verlängerung der Einsprachefrist auf 20 Tage gemäss Art. 354 Abs. 1^{ter} lit. b VE StPO erscheint nicht gerechtfertigt. Sie würde bloss den Eintritt der Rechtskraft unnötig hinauszögern, weshalb sie abgelehnt wird. Es muss jedoch auf eine rasche Rechtskraft der Strafbefehle tendiert werden. Beispielsweise ist es bei Kriminaltouristen wichtig, dass die Strafbefehle rasch in Rechtskraft erwachsen und anschliessend die notwendigen Massnahmen ergriffen werden können. Eine zehntägige Frist ist zudem gemäss Art. 396 Abs. 1 StPO auch für die wesentlich anforderungsreichere Beschwerde vorgesehen. Es wird daher beantragt, die bisherige 10-tägige Frist für alle Konstellationen beizubehalten.

Die Einführung von zwei unterschiedlichen Einsprachefristen für den gleichen Entscheid erscheint unnötig kompliziert, erschwert zudem die Rechtskraftkontrolle und verursacht unnötigen Aufwand. Wenn die heutige Regelung geändert werden soll, so muss eine einheitliche und für alle Zustellkonstellationen einheitliche Frist gewählt werden.

Art. 355 Abs. 2 VE StPO

Die Rückzugsfiktion für den Fall, dass die Einsprache erhebende Person trotz Vorladung unentschuldig der Einvernahme fern bleibt, hat sich in der Praxis bewährt und ist beizubehalten. Rechtsstaatlichen Bedenken hat das Bundesgericht mit seiner eher restriktiven Handhabung genügend Rechnung getragen. Die Aufhebung der Rückzugsfiktion bedeutet zudem für die Gerichte einen nicht zu unterschätzenden Mehraufwand, da die Anzahl gerichtlicher Verfahren zunehmen wird. Der Vorschlag gemäss Art. 355 Abs. 2 VE StPO wird deshalb abgelehnt.

Art. 356 Abs. 4 VE StPO

Dieser Vorschlag wird unter Verweis auf die Ausführungen zu Art. 355 Abs. 2 VE StPO ebenfalls abgelehnt.

2.2 Weiterer notwendiger Revisionsbedarf

Art. 255 Abs. 1 StPO

Die einschränkenden gesetzlichen Formulierungen in Art. 255 ff. StPO, wonach sich die Erstellung eines DNA-Profiles nur auf die sogenannte Anlasstat bezieht, sollten unbedingt ausgedehnt werden. Die Erfassung eines DNA-Profiles sollte etwa auch zulässig sein, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die betroffene Person in andere – auch künftige – Verbrechen oder Vergehen verwickelt sein könnte (siehe auch Urteil BGer 1B_57/2013 vom 2. Juli 2013 E. 2.3 und 3.2). Diese gesetzliche Anpassung wird als dringend notwendig erachtet, nicht zuletzt auch deshalb, weil das Bundesgericht die Voraussetzungen für die DNA-Profilierung in jenen Fällen erhöht hat, in welchen diese Daten nicht zur Klärung der Anlasstat nötig sind. Das Bundesgericht verlangt in solchen Fällen nicht mehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit, sondern erhebliche und konkrete Anhaltspunkte, dass die betroffene Person in andere Vergehen oder Verbrechen von gewisser Schwere – auch künftige – verwickelt sein könnte (BGE 141 IV 87 E. 1.3.1 und 1.4.1). Beispielsweise muss bei dieser Gesetzesauslegung ein Einbrecher, der die Anlasstat gesteht, nicht mehr mit einer DNA-Profilierung rechnen. Er würde dabei besser fahren als ein Täter, der anfänglich unbekannt ist und später bei Vorliegen eines konkreten Tatverdachts einer DNA-Profilierung unterzogen wird. Dies stellt eine Ungleichbehandlung dar, die der Gesetzgeber korrigieren sollte. Es wird daher die entsprechende Revision von Art. 255 StPO beantragt.

Art. 269 Abs. 2 lit. a und Art. 286 Abs. 2 lit. a StPO

Es wird beantragt, die Strafnorm von Art. 2 des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen "Al-Qaïda" und "Islamischer Staat" sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014 in Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO und Art. 286 Abs. 2 lit. a StPO aufzunehmen, dies als Übergangsbestimmung, bis Art. 260^{sexies} des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB) über die Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (gemäss Vorentwurf zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll und die Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität vom 21. Juni 2017) in Kraft tritt.

Ebenfalls in Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO und Art. 286 Abs. 2 lit. a StPO aufzunehmen sind Art. 220 StGB (Entziehen von Minderjährigen) und Art. 143^{bis} StGB ("Datenhacking"), weil sich weiterführende und rasche Ermittlungsansätze sehr oft nur dank entsprechenden Überwachungsmaßnahmen ergeben.

Schliesslich ist der Katalog der verdeckten Ermittlung (Art. 286 Abs. 2 lit. a StPO) zu ergänzen in Bezug auf Art. 197 Abs. 1 StGB (Pornografie). Die Einschränkung auf die Absätze 3–5 führt zur Problematik, dass die verdeckte Ermittlung in Fällen, bei denen die Täterschaft pornografische Bildaufnahmen an Minderjährige verschickt (typischer Fall: Bildaufnahmen der Täterschaft von ihrem Geschlechtsteil), in dieser Phase noch nicht möglich ist und so die IP-Adresse und entsprechend die Identität nicht festgestellt werden können.

Art. 327 StPO

Gemäss Art. 327 Abs. 1 StPO verschickt die Staatsanwaltschaft die Anklageschrift an die Parteien und die nicht also solche konstituierten Opfer. Anschliessend erfolgt gemäss den Art. 329 und 333 StPO eine Anklageprüfung durch die Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts, welche allenfalls eine Rückweisung und Verbesserung der Anklage anordnet mit der Folge, dass die Parteien und Opfer später eine neue Version der Anklageschrift erhalten. Dies führt insbesondere bei Laien zu Verwirrung und verursacht etwa bei Grossverfahren aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität mit zahlreichen, und oft auch im Ausland wohnhaften, Privatklägern einen erheblichen Mehraufwand.

Dieser Mehraufwand und diese Konfusion sind unnötig und können einfach und ohne jeglichen Nachteil für die Parteien vermieden werden, wenn der Versand der Anklageschrift erst nach erfolgter positiver Anklageprüfung durch das erstinstanzliche Gericht erfolgt.

Art. 398 ff. StPO

Das heutige Berufungsverfahren, welches der früheren kantonalzürcherischen Strafprozessordnung entlehnt wurde, erscheint mit den Schritten (1) Anmeldung, (2) Erklärung, (3) Schriftenwechsel zur Eintretensfrage und allfälliger Erklärung einer Anschlussberufung und schliesslich (4) mündlicher oder schriftlicher materieller Begründung unnötig lang und aufgesplittert.

Das Berufungsverfahren sollte betreffend den Ablauf der Erstattung der Begründung dem Verfahren im Zivilprozess angenähert werden. Die Zweiteilung "blosse Berufungserklärung" und zeitlich nachfolgende "Berufungsbegründung" hat sich in der Praxis nicht bewährt. Naheliegender wäre – wie im Zivilrecht – die Regelung, dass die Berufung bereits mit der Berufungserklärung zu begründen und durch die Gegenpartei(-en) zu beantworten wäre (allenfalls unter Verlängerung der heutigen Frist von 20 Tagen auf eine solche von 30 Tagen). Eine derartige Regelung wäre sinnvoller und effizienter. In derselben Weise könnte auch die Begründung einer allfälligen Anschlussberufung und der entsprechenden Beantwortung erfolgen. Damit ist der Prozessstoff für eine anschliessende mündliche Hauptverhandlung abgesteckt und die Hauptverhandlung könnte sich schwergewichtig auf die erneute Einvernahme der beschuldigten Person und weitere Beweiserhebungen sowie ergänzende rechtliche Ausführungen beschränken. An der Berufungsverhandlung wäre den Parteien noch die Möglichkeit zur Ergänzung der schriftlichen Eingaben zu gewähren. Eine solche Änderung würde den Parteien und dem Berufungsgericht eine bessere Vorbereitung auf die Hauptverhandlung ermöglichen, was letztlich im Interesse der materiellen Wahrheit liegt. Zugleich könnte damit der Tendenz der Berufungsgerichte entgegengewirkt werden, wegen der bisher schwierigen Vorbereitung auf die erst mündlich vorzubringenden Begründungen der Berufungen und Antworten wenn immer möglich auf das schriftliche Verfahren nach Art. 406 StPO auszuweichen und von der – an sich wünschbaren – Parteiverhandlung ganz abzusehen.

Soll nicht dieser Weg eingeschlagen werden, wäre für den Regelfall des mündlichen Berufungsverfahrens eine Bestimmung aufzunehmen, die es dem Berufungsgericht erlaubt, die die Berufung erhebende Partei zur vorgängigen schriftlichen Begründung der gestellten Berufungsanträge zu verpflichten. Dies würde zwar das Verfahren verlängern, hingegen entfielen an der Berufungsverhandlung bei beiden Varianten das oftmals lang dauernde, blosse Vorlesen der Begründung beziehungsweise der Antworten. Das Beweisverfahren mit der Befragung der beschuldigten Person (beziehungsweise Zeugen, etc.) würde in Kenntnis der Begründung stattfinden, woran sich die Stellungnahmen zum Beweisergebnis als Parteivorträge anschliessen würden.

Art. 422 ff. StPO

Die Revision der StPO sollte zusätzlich unbedingt dazu genutzt werden, die Kostenverlegung und Parteientschädigung im Berufungsverfahren zu vereinfachen und klarzustellen. Insbesondere die Aufteilung bei Privatklägern zwischen Anteil im Strafpunkt und Zivilpunkt und die Folgen, wenn die Berufung teilweise gutgeheissen wird, bedürften einer einfacheren und griffigeren Regelung. Angezeigt wäre dabei auch eine Differenzierung zwischen den Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren einerseits und im Beschwerdeverfahren andererseits – die geltende Kostenregelung passt schlicht nicht auf das Beschwerdeverfahren und hält daher vor dem Gebot der Rechtssicherheit für die Betroffenen nicht stand. Zudem sollte im Revisionsverfahren eine klare eigenständige Regelung statuiert werden.

Art. 426 StPO

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (zum Beispiel BGE 6B_993/2016 vom 24. April 2017 E. 5.3) sind die Kosten anteilmässig aufzuerlegen, wenn bei mehreren angeklagten Straftaten nur teilweise ein Schuldspruch erfolgt, im Übrigen aber freigesprochen oder eingestellt wird. Dies geht aus Art. 426 Abs. 1 StPO nicht eindeutig hervor, weshalb die Bestimmung zu präzisieren ist.

Art. 81 Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG)

Gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) ist die "Staatsanwaltschaft" zur Beschwerde in Strafsachen vor Bundesgericht legitimiert. Gemäss Bundesgerichtspraxis (vgl. BGE 142 IV 196 mit dazu leider missverständlicher Regeste und weiteren Hinweisen) ist bei Kantonen mit einer Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft nur diese zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, selbst wenn sie das vorausgegangene kantonale Rechtsmittelverfahren nicht geführt hat, sondern die Anklage von einer ihr untergeordneten Behörde vertreten wurde, so etwa im Kanton Aargau.

Dieses Vorgehen schadet der Effizienz, indem es zwingend einen Handwechsel im Rechtsmittelverfahren bedingt und damit einem Grundanliegen der Schweizerischen Strafprozessordnung widerspricht, bei welcher mit der Wahl des Staatsanwaltschaftsmodells gegenüber dem Untersuchungsrichtermodell Handwechsel im Verfahren möglichst verhindert werden sollten. Art. 81 BGG sollte deshalb dahingehend ergänzt werden, dass einzig das kantonale Organisationsrecht bestimmt, wer beziehungsweise welche Behörde unter dem Titel "Staatsanwaltschaft" zur Beschwerde in Strafsachen vor Bundesgericht legitimiert ist.

3. Stellungnahme zu weiteren Änderungen gemäss Vernehmlassungsentwurf

3.1 Strafprozessordnung

Art. 59 Abs. 1 Einleitungssatz VE StPO

Durch die Änderung in Art. 59 Abs. 1 Einleitungssatz VE StPO soll das Double Instance Prinzip auch für Ausstandsentscheide geschaffen werden. In den Fällen von Art. 59 Abs. 1 lit. b–d StPO (Entscheide der Beschwerdeinstanz, des Berufungsgerichts und des Bundesstrafgerichts je als erste Instanz) fehlt es in der StPO jedoch an einer zweiten Instanz, weshalb unklar ist, wie solche Fälle künftig zu behandeln sind. Hier müsste die Revision eine Klärung bringen.

Art. 78a VE StPO

Die Änderung, wonach nicht nur im Hauptverfahren, sondern auch bereits im Vorverfahren die Einvernahme aufgezeichnet und das Protokoll nach der Einvernahme gestützt auf die Aufzeichnungen erstellt werden kann, wird ausdrücklich begrüsst. Gemäss Ausführungen im Erläuternden Bericht (Seite 18) wird dabei kein Wortprotokoll vorausgesetzt, sondern die Einvernahme kann sinngemäss wiedergegeben werden. Dieser Grundsatz ist im Gesetzestext festzuhalten. Dass das Protokoll nicht mehr vorgelesen oder zum Lesen vorgelegt und von der einvernommenen Person unterzeichnet werden muss, bedeutet eine wesentliche Zeitersparnis bei Einvernahmen und wird daher befürwortet.

Art. 136 Abs. 1^{bis} VE StPO

Die Überführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ins Gesetz ist zu begrüssen. Die Regelung sollte jedoch ausdrücklich auf den Fall von bedürftigen Opfern beschränkt werden, denen eine Konstituierung als Zivilkläger nicht möglich ist.

Prüfenswert erscheint dem Regierungsrat des Kantons Aargau hier zudem die Möglichkeit, die unentgeltliche Rechtspflege für Opfer von Straftaten ausschliesslich im Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 23. März 2007 zu regeln und sämtliche Anwalts-

kosten in Opferfällen darüber zu entschädigen. Nach dem geltenden System muss das Opfer mit tiefem Einkommen bei der Strafverfahrensleitung ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellen, bevor es Opferhilfeleistungen für Anwaltskosten beantragen kann (Subsidiarität der Opferhilfe). Die Voraussetzungen an die finanzielle Bedürftigkeit sind dabei im Opferhilferecht viel tiefer. Dieses bestehende System führt zu einer Doppelspurigkeit.

Art. 221 Abs. 1 lit. c VE StPO

Die Präzisierung, wonach es sich um "schwere Vergehen" und nicht um "schwere Verbrechen" handelt, wird als sinnvoll erachtet. Auch die Neuregelung, wonach beim Haftgrund der Wiederholungsgefahr nur noch eine Vortat gefordert ist und nicht mehr mehrere Vortaten verlangt werden, um Untersuchungs- oder Sicherheitshaft anzuordnen, wird grundsätzlich begrüsst. Die Regelung geht unseres Erachtens aber zu wenig weit. So muss es effektiv möglich sein, Untersuchungs- oder Sicherheitshaft auch ohne bereits rechtskräftig beurteilte frühere Straftaten anzuordnen, wenn die beschuldigte Person im laufenden Strafverfahren eines Verbrechens oder schweren Vergehens dringend verdächtig ist und (namentlich gestützt auf gutachterliche Feststellungen) ernsthaft zu befürchten ist, dass sie die öffentliche Sicherheit durch die Wiederholung solcher Delikte erheblich gefährdet (zum Beispiel bei pädophilen Straftätern).

Art. 222 Abs. 2 VE StPO

Gemäss Vorentwurf ist in Art. 222 Abs. 2 VE StPO vorgesehen, der Staatsanwaltschaft ein Rechtsmittel gegen die Nichtanordnung, die Nichtverlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft einzuräumen. Diese neue Regelung ist richtig und wird befürwortet. Es ist aber sicherzustellen, dass der Staatsanwaltschaft auch das Recht eingeräumt wird, eine zu kurz bemessene Haftdauer beschwerdeweise anfechten zu können. Dies ist im Gesetzestext entsprechend zum Ausdruck zu bringen.

Art. 228a VE StPO

Art. 228a Abs. 2 VE StPO legt fest, dass die Staatsanwaltschaft innert dreier Stunden seit der Eröffnung des Entscheids eine schriftlich begründete Beschwerde beim Zwangsmassnahmengericht zuhanden der Beschwerdeinstanz einreicht. Diese Frist von drei Stunden nach der mündlichen Eröffnung ermöglicht allerdings bloss das Verfassen einer rudimentär begründeten Beschwerde gegen einen regelmässig ebenfalls rudimentär mündlich begründeten Entscheid. Deshalb sollte sichergestellt sein, dass eine Ergänzung der rudimentär begründeten Beschwerde nach Vorliegen des schriftlich begründeten Entscheids des Zwangsmassnahmengerichts im Rahmen des Verfahrens vor der Beschwerdeinstanz möglich ist.

Die vorgeschlagene Regelung erscheint zudem aus zwei Gründen höchst problematisch und stellt die Rechtsprechung unnötig und mit negativen Folgen für die Rechtsstaatlichkeit vor grosse praktische Probleme. Einerseits erweist sich ein einheitliches beschleunigtes Beschwerdeverfahren für alle Fälle von Beschwerden der Staatsanwaltschaft als unpassend, da sich die Vorgaben der EMRK und der Bundesverfassung für das erstmalige Haftanordnungsverfahren und die Haftverlängerungs- beziehungsweise Haftentlassungsverfahren unterscheiden. Diesem Umstand sollte im Rahmen der gesetzlichen Normierung eines beschleunigten Beschwerdeverfahrens Rechnung getragen werden, indem den unterschiedlichen Verfahren auch mit unterschiedlichen Regeln begegnet wird.

Andererseits und mit schwerwiegenden negativen Folgen verbunden bedeutet der Verweis in Absatz 4 auf die Verfahrensvorschriften nach den Art. 225 und 226 Abs. 1–5 StPO, dass die Beschwerdeinstanz im Regelfall eine Verhandlung durchführen müsste und spätestens innert 48 Stunden nach Eingang der Akten (samt Beschwerde und begründetem Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts) den Entscheid zu fällen hätte. Die Beschwerdeinstanz dürfte in den meisten Kantonen ein Kollegialorgan sein (im Aargau besteht der Spruchkörper aus drei Oberrichterinnen beziehungsweise Oberrichtern und einem Obergerichtsschreiber beziehungsweise einer Obergerichtsschreiberin), das für die Durchführung einer derart kurzfristigen Verhandlung und für eine derart kurzfristige Entscheid-

fällung als völlig ungeeignet erscheint. Abgesehen von den praktischen Problemen ist bei den erwähnten zeitlichen Vorgaben eine Qualitätseinbusse der Beschwerdeentscheide unvermeidlich – in derart kurzen Fristen kann keine genügend tiefe Auseinandersetzung mit den geltend gemachten Beschwerdegründen stattfinden.

Den erwähnten Problemen könnte mit der Streichung der im Regelfall durchzuführenden Verhandlung und der Verlängerung der Frist auf ein für ein Kollegialorgan angemessenes Mass begegnet werden. Alternativ könnte die vom Bundesgericht vorgezeichnete und von den Kantonen praktizierte Lösung ins Gesetz übernommen werden, wonach die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz (superprovisorisch) über die (vorläufige) Aufrechterhaltung der Haft entscheidet und danach das (ordentliche) Beschwerdeverfahren mit Entscheid der Beschwerdeinstanz durchgeführt wird.

Art. 230 Abs. 3 und 4 VE StPO

Neu entscheidet nur noch das Zwangsmassnahmengericht über eine Haftentlassung und nicht mehr die Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts. Diese Regelung erscheint zwar in der Theorie richtig. In der Praxis wird man sich aber durchaus fragen können, ob die erstinstanzliche Verfahrensleitung mit einem eigenen Entscheid über eine Haftentlassung in ihrer Unbefangenheit schon beeinträchtigt wird, zumal sie ja auch mit der vorgeschlagenen Lösung nicht mindestens um eine Stellungnahme oder Antragstellung zuhanden des Zwangsmassnahmengerichts herumkommt, was sich qualitativ wenig von einem Entscheid in der Sache unterscheidet. So gesehen führt die vorgeschlagene Lösung im Ergebnis bloss zu einem entbehrlichen und kostenträchtigen Umweg.

Art. 231 Abs. 2, 232 Abs. 1–2 und 233 VE StPO

Der Vorentwurf will wegen des Gebots der Funktionstrennung von Haft- und Sachrichter auch die Zuständigkeit für Entscheide über die Sicherheitshaft während des Berufungsverfahrens von der Verfahrensleitung der Berufungsinstanz auf diejenige der Beschwerdeinstanz übertragen. Es wird diesbezüglich auf die Ausführungen zu Art. 230 Abs. 3 und 4 VE StPO verwiesen. Das entsprechende Anliegen in Bezug auf Art. 231 Abs. 2, 232 Abs. 1–2 und 233 VE StPO erscheint in der Praxis entbehrlich.

Art. 236 Abs. 1 VE StPO

Die vorgeschlagene Änderung, wonach der vorzeitige Straf- oder Massnahmenvollzug nur zu bewilligen ist, wenn er auch im ordentlichen Vollzugsregime vollzogen werden kann, wird ausdrücklich begrüsst. Damit wird einerseits verhindert, dass der vorzeitige Strafvollzug mit Auflagen verbunden wird, bei deren Umsetzung der Vollzug weiterhin dem Regime einer Untersuchungshaft entsprechen würde. Andererseits sollte dies auch dazu führen, dass der vorzeitige Sanktionsvollzug nur dann bewilligt wird, wenn eine realistische Aussicht auf eine zeitnahe Versetzung in das ordentliche Vollzugsregime besteht. Die korrekte Umsetzung dieser Bestimmung bedingt allerdings, dass die Bewilligungsbehörde vor ihrem Entscheid Rücksprache mit den Vollzugsbehörden nimmt.

Art. 251a VE StPO

Die neue Bestimmung in Art. 251a VE StPO wird befürwortet. Sie legitimiert die Polizei zur Kontrolle der Fahrfähigkeit von Fahrzeugführerinnen und Fahrzeugführern, Urin sicherzustellen und eine Blutprobe anzuordnen. Es wird auch als sinnvoll erachtet, dass bei Widersetzung der betroffenen Person die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu informieren ist und diese über eine allfällige zwangsweise Entnahme zu entscheiden hat.

Art. 263 Abs. 1 und 268 VE StPO

Die Überführung der Ersatzforderungsbeschlagnahme gemäss Art. 71 Abs. 3 StGB in Art. 268 VE StPO wird begrüsst. Der Vollständigkeit und Klarheit halber ist sie auch in der Aufzählung der zulässigen Beschlagnahmegründe gemäss Art. 263 Abs. 1 StPO aufzuführen.

Art. 273 Abs. 1 VE StPO

Die Anpassung gemäss Art. 273 Abs. 1 VE StPO wird befürwortet.

Art. 364a und 364b VE StPO

1. Allgemeine Bemerkungen

Mit den neuen Bestimmungen in Art. 364a und 364b VE StPO sollen die folgenden Konstellationen geregelt werden:

- Haft zwischen rechtskräftigem Urteil und erstmaligem Antritt in einer geeigneten Institution
- Haft zwischen Austritt aus der bisherigen Einrichtung bis zum Eintritt in eine neue Einrichtung
- Haft zwischen Erreichung der Regelhöchstdauer und der Anordnung der Verlängerung der Massnahme.

In Art. 440 StPO ist bereits heute das erste Erscheinungsbild normiert. Prüfwert erscheint, ob diese Bestimmungen (Art. 364a und 364b VE StPO sowie Art. 440 StPO) nicht besser in einem thematisch ausgesonderten vollzugsrechtlichen Abschnitt des Gesetzes zusammengefasst werden sollten.

2. Art. 364a VE StPO

Die neue Bestimmung in Art. 364a VE StPO wird befürwortet. Sie dient vor allem dem Schutz der Öffentlichkeit vor einer verurteilten Person, die sich dem Vollzug entziehen oder erneut eine schwere Straftat begehen könnte. Insbesondere scheint es auch sachgerecht, dass die für die Einleitung eines Verfahrens auf Erlass eines nachträglichen richterlichen Entscheids zuständige Behörde die verurteilte Person unter bestimmten Voraussetzungen direkt (ohne Zwischenschaltung der Staatsanwaltschaft) festnehmen lassen kann, da damit unnötige zeitliche Verzögerungen vermieden werden können.

3. Art. 364b VE StPO

Mit der Einführung dieser Bestimmung wird die bundesgerichtlich entwickelte Praxis, wonach bei selbstständigen Nachentscheiden Haftverfahren in analoger Anwendung von Art. 221 ff. StPO durchgeführt werden, im Gesetz verankert, was ausdrücklich befürwortet wird.

In Bezug auf die denkbaren Vollzugskonstellationen wäre aber begrüssenswert, wenn zudem explizit festgehalten würde, dass Personen, die sich bereits in einer bestimmten Institution respektive Progressionsstufe befinden, mit dem Hafttitel der Sicherheitshaft gemäss Art. 364b VE StPO unter den bestehenden Bedingungen weiter untergebracht werden können. Der Gesetzestext impliziert eine Verhaftung mit Unterbringung in einem Gefängnis, was im Zeitrahmen zwischen Erreichen des Termins der Regelhöchstdauer und der rechtskräftigen Anordnung der Verlängerung oder Änderung der Massnahme in der Praxis oftmals nicht angezeigt ist. Es zeigt sich immer wieder, dass das bestehende Vollzugssetting bei Nachentscheiden betreffend Verlängerungen von stationären Massnahmen nach Art. 59 StGB während einer allenfalls nötigen vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft sinnvollerweise aufrechtzuerhalten ist.

Art. 365 Abs. 3 VE StPO

Die Festlegung der Berufung als Rechtsmittel gegen nachträgliche richterliche Entscheide erscheint sachgerecht, nachdem das Beschwerdeverfahren auch in der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohnehin immer mehr dem Berufungsverfahren angenähert wurde (vgl. etwa BGE 6B_799/2017 vom 20. Dezember 2017). Ausserdem führt die vorgeschlagene Änderung dazu, dass die Vollzugsbehörde in mündlichen Nachentscheidverhandlungen vor der Rechtsmittelinstanz nicht mehr mit dem Hinweis auf die Nichtöffentlichkeit des Beschwerdeverfahrens als ZuhörerIn ausgeschlossen werden kann. Die neue Regelung in Art. 365 Abs. 3 VE StPO wird daher unterstützt.

Art. 440 VE StPO

Die vorgeschlagenen Anpassungen und Änderungen sind im Sinne einer konsequenten Umsetzung des Grundsatzes der "double instance" nachvollziehbar und werden unterstützt. Zu begrüßen ist insbesondere die ausdrückliche Regelung der Zuständigkeit für die Entlassung aus der Sicherheitshaft in Absatz 4.

Art. 442 Abs. 4 VE StPO

Die vorgesehene Änderung (Ausdehnung der Verrechnungsmöglichkeit auf Genugtuungsforderungen) wird begrüßt. Nicht einsichtig ist jedoch, weshalb die Verrechnung nach wie vor nicht mit Forderungen aus anderen Strafverfahren der betreffenden Person oder gar mit weiteren Forderungen des Staats an die Person zulässig sein soll. Die bisherige Einschränkung der Verrechnungsmöglichkeit nur innerhalb des gleichen Strafverfahrens sollte deshalb aufgehoben werden.

3.2 Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (Jugendstrafprozessordnung, JStPO)

Art. 10 Abs. 3 Vorentwurf Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (Jugendstrafprozessordnung, JStPO) (VE JStPO)

Der wieder eingeführte Grundsatz in Art. 10 Abs. 3 der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (Jugendstrafprozessordnung, JStPO) vom 20. März 2009 ("Die Behörde des Ortes, an dem die Straftat begangen worden ist, nimmt die dringend notwendigen Ermittlungshandlungen vor.") ist sehr zu begrüßen. Allerdings ist zu befürchten, die Reduzierung auf die nur dringend notwendigen Ermittlungshandlungen könnte zu unbestimmt und zu auslegungsbedürftig sein, sodass die Zuständigkeit betreffend Umfang gewisser Ermittlungshandlungen weiterhin umstritten bleiben wird. Die Reduzierung auf die "dringend notwendigen Ermittlungshandlungen" kann – nämlich gerade dann, wenn die Kantone von der Distanz her weiter auseinander liegen – zu stossenden Situationen führen. Diese können sich etwa dann ergeben, wenn die für die dringenden Ermittlungshandlungen zuständige Behörde am Tatort den Wortlaut zu eng auslegt und sich die zuständige Behörde am Aufenthaltsort an den weit entfernten Tatort in einem anderen Kanton begeben müssen, um dort die Ermittlungen vor Ort durchzuführen. Es wird deshalb in Anlehnung an Art. 352 StPO die "Vollermittlungs-Lösung" vorgeschlagen, wonach der Sachverhalt vor Ort bis zur "Entscheidungreife", das heisst bis der Sachverhalt eingestanden oder anderweitig ausreichend geklärt ist, ermittelt werden soll. Dies ist – unabhängig von organisatorischen und personellen Zwängen vor Ort – in den allermeisten Fällen von der Sache her das weitaus Sinnvollste. Zudem wird damit ein konfliktbeladenes Zusammenarbeitsgebiet der kantonalen Jugendstrafbehörden auf klare und unmissverständliche Weise geregelt.

3.3 Bundesgerichtsgesetz

Art. 80 Abs. 2 dritter Satz VE BGG

In Bezug auf Art. 80 Abs. 2 BGG soll der dritte Satz aufgehoben werden. Die Formulierung des Vorentwurfs erweckt jedoch den Anschein, als würde der ganze Absatz 2 aufgehoben. Es dürfte sich dabei wohl um ein redaktionelles Versehen handeln.

3.4 Opferhilfegesetz

Art. 8a VE OHG

Das Entfallen der Anzeigepflicht auf nationaler Ebene ist sowohl aus Behörden- wie auch aus Opfersicht zu begrüßen.

4. Zusätzlicher Revisionsbedarf

Art. 210 Abs. 4 StPO

Die Regelung in Art. 210 Abs. 4 StPO, wonach die Staatsanwaltschaft das Ausschreiben von Deliktsgut im automatisierten Polizeifahndungssystem (RIPOL) schriftlich anordnen müsste, hat sich in der Praxis als untauglich erwiesen. Diese Massnahme ist im Interesse der geschädigten Person und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb hierfür eine staatsanwaltschaftliche Anordnung nötig wäre. In der Praxis wird diese Bestimmung denn auch oftmals ignoriert, was aus rechtstaatlicher Sicht allerdings problematisch ist. Entsprechend drängt sich hier eine Bereinigung auf.

Art. 288 StPO

Mit der Offenlegung der Identität laufen Mitarbeitende von Interventions- und Observationseinheiten Gefahr, in der entsprechenden Spezialeinheit nicht mehr eingesetzt werden zu können. Zudem besteht das Risiko, dass sie und ihre Angehörigen bei Bekanntwerden der Identität Vergeltungsschläge zu befürchten haben. Sie sollten daher mittels Gewährung der Anonymität analog zu Art. 288 Abs. 2 StPO im Rahmen eines Gerichtsverfahrens geschützt werden, wobei eine solche Regelung allenfalls im 4. Abschnitt des 4. Titels "Schutzmassnahmen" einzufügen wäre.

Art. 294 StPO

Die Praxis zeigt, dass verdeckt Ermittlende in einschlägige Foren nur Einlass erhalten, wenn sie kinderpornografisches Material liefern. Derzeit wäre dies strafbar. Unter strengen Voraussetzungen sollte es möglich sein, dass verdeckt Ermittlende pornografisches Material, welches jedoch nur fiktive und nicht real existierende Personen zeigt, liefern könnte, um sich so Zugang zu den einschlägigen Foren zu verschaffen. Art. 294 StPO sollte daher um einen weiteren Absatz ergänzt und die Überschrift der Norm sollte weiter gefasst werden.

Art. 329 Abs. 2 und 356 Abs. 5 StPO

Gemäss neuerer Bundesgerichtspraxis (vgl. BGE 143 IV 175) und entgegen der Praxis vieler kantonalen Beschwerdeinstanzen soll es sich bei Rückweisungsentscheiden gemäss Art. 329 Abs. 2 und 356 Abs. 5 StPO um verfahrensleitende Entscheide gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. b Teilsatz 2 StPO handeln, die im Regelfall gemäss Art. 65 Abs. 1 StPO nur mit dem Endentscheid angefochten werden können. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Strafverfolgungsbehörden von den Verfahrensleitungen der erstinstanzlichen Gerichte praktisch unbeschränkt mit jeglichem Zusatzaufwand belastet werden können, ohne dass deren Nutzen je überprüft werden kann, weil überflüssiger Aufwand ja die materielle Richtigkeit eines Endurteils nicht beeinflusst und damit auch nicht Gegenstand einer Berufung und einer daran anschliessenden Strafrechtsbeschwerde ans Bundesgericht werden kann.

Im Sinne eines haushälterischen Umgangs mit den Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden beziehungsweise der Ressourcenaufteilung zwischen Strafverfolgung und Strafjustiz erscheint es deshalb notwendig, ein entsprechendes Beschwerderecht ausdrücklich ins Gesetz aufzunehmen, damit in den Kantonen weiterhin eine sachgerechte Praxis zu diesen Fragen ausgebildet werden kann.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Änderungsanträge bei der Erarbeitung der definitiven Botschaft.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

Alex Hürzeler
Landammann

Vincenza Trivigno
Staatsschreiberin

Kopie

- annemarie.gasser@bj.admin.ch



Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei
Marktgasse 2
9050 Appenzell
Telefon +41 71 788 93 24
Telefax +41 71 788 93 39
michaela.inauen@rk.ai.ch
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

Appenzell, 8. März 2018

Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Anpassung der Strafprozessordnung) Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Anpassung der Strafprozessordnung) zukommen lassen.

Die Standeskommission hat die Unterlagen geprüft und nimmt dazu wie folgt Stellung:

Gemäss Bericht lassen sich die personellen Auswirkungen auf die Kantone nur schwer abschätzen. Es ist mit einem Mehraufwand für die Staatsanwaltschaften zu rechnen, aber auch für die Gerichte sind aufgrund der ausnahmslosen Beachtung des Grundsatzes der «double instance» mit mehr Beschwerdeverfahren zu erwarten. Auch für das Zwangsmassnahmengericht und somit auch für die kantonsgerichtliche Kommission als Rechtsmittelinstanz dürfte der Aufwand zunehmen (Anordnung Sicherheitshaft im Zusammenhang mit Nachverfahren; neue Aufgaben im Bereich der internationalen Rechtshilfe). Der Kanton Appenzell I.Rh. lehnt deshalb alle Änderungsvorschläge ab, welche zu einem personellen oder finanziellen Mehraufwand führen. Dies insbesondere bei den Themen der notwendigen und amtlichen Verteidigung (Art. 130 und 133 StPO), der Teilnahmerechte (Art. 147 StPO) sowie des Strafbefehlsverfahrens (Art. 352 f. StPO).

Besonders wichtig ist die Korrektur der Teilnahmerechte an Einvernahmen sowie die Beibehaltung des Strafbefehlsverfahrens in seiner heutigen Form. Die Teilnahmerechte in der StPO gehen weiter als diejenigen der EMRK. Daher sind die Teilnahmerechte an Einvernahmen, insbesondere bei mitbeschuldigten Personen, gemäss der EMRK und der dazugehörigen Rechtsprechung in dem Sinne auszugestalten, dass jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht hat, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen. Art. 147 Abs. 1 StPO wäre entsprechend abzuändern, Art. 147 Abs. 2 und 3 StPO wären aufzuheben.

Im Übrigen wird die Vernehmlassungsantwort der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren unterstützt.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme, bitten um Berücksichtigung unserer Anliegen und grüssen Sie freundlich.

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:



Markus Dörig

Zur Kenntnis an:

- annemarie.gasser@bj.admin.ch
- Justiz-, Polizei- und Militärdepartement Appenzell I.Rh., Marktgasse 10d, 9050 Appenzell
- Ständerat Ivo Bischofberger, Ackerweg 4, 9413 Oberegg
- Nationalrat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell



Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Dr. iur. Roger Nobs
Ratschreiber
Tel. +41 71 353 63 51
roger.nobs@ar.ch

Herisau, 16. März 2018

Eidg. Vernehmlassung; Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung); Stellungnahme des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 wurden die Kantonsregierungen vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) eingeladen, zur eingangs erwähnten Vorlage Stellung zu nehmen.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkungen

Das Vertrauen in den Staat, in seine Institutionen und damit auch in die Justiz hat in den letzten Jahren gelitten, was zahlreiche Initiativen, Gesetzesvorstösse und Meinungsäusserungen zeigen. Diese Tendenz darf nicht durch weitere Gesetzesbestimmungen verstärkt werden, die die Arbeit der staatlichen Behörden und der Justiz weiter erschweren oder sogar verunmöglichen und damit deren Glaubwürdigkeit und deren Legitimation in Frage stellen. Genauso wichtig erscheint es, dass die Verteidigungs- und Parteirechte dahingehend ausgestaltet sind, dass die Parteien als Subjekte im Strafverfahren agieren können und man insgesamt ein faires Verfahren sicherstellt. Der Regierungsrat ist überzeugt, dass beiden Ansprüchen Genüge getan werden kann.

Die Strafverfolgung ist eine Kernaufgabe des Staates. Sie liegt gemäss Bundesverfassung im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Kantone (Art. 123 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 22 und 15 f. StPO). Mit deren Umsetzung gewährleisten die Kantone unter anderem die öffentliche Sicherheit (sog. Polizeihöhe im Rahmen der inneren Sicherheit) (Art. 57 BV i.V.m. Art. 3 und 42 BV). Deshalb tragen die 26 Kantone die hauptsächlichen finanziellen Lasten, welche durch die Umsetzung der Aufgabe der Strafverfolgung entstehen, denn sie führen weit über 90 % der Strafverfahren. Dieser Ausgangslage hat der Bundesgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Strafprozessordnung Rechnung zu tragen, indem er nicht nur rechtsstaatlich einwandfreie, sondern auch praktisch umsetzbare Lösungen vorschlägt. Zudem müssen bei allen Revisionen immer auch deren Ausführungskosten in den Kantonen im Auge behalten werden.



Andernfalls läuft man Gefahr, einer Zweiklassenjustiz Vorschub zu leisten, bei welcher nicht mehr die Suche der materiellen Wahrheit und ein rechtsstaatliches Verfahren im Zentrum stehen, sondern die Frage, ob die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel ausreichen, einen Fall an die Hand zu nehmen. Eine solche Entwicklung gilt es bereits im Ansatz zu unterbinden. Der Regierungsrat steht denjenigen Änderungsvorschlägen, die zu einem markanten personellen und / oder finanzielle Mehraufwand führen, kritisch gegenüber, wenn damit nicht bedeutende Vorteile für das rechtsstaatliche Verfahren erzielt werden.

Der Regierungsrat stellt fest, dass sich die StPO in der Praxis grundsätzlich gut bewährt und zu einer gewollten Harmonisierung der Strafverfahren in den 26 Kantonen sowie dem Bund geführt hat. Die StPO trägt zu einer einfacheren und somit im Grundsatz effizienteren Strafverfolgung bei. Im Zentrum der vorliegenden Revision darf es deshalb nur – aber immerhin – darum gehen, die aus Sicht der Praxis als stossend und einer effizienten Wahrheitsfindung entgegenstehenden Bestimmungen anzupassen. Eine weitergehende oder umfassende Revision, im Sinne einer Totalrevision, wie vereinzelt gefordert wird, lehnt der Regierungsrat ab. Alles, was einer raschen Anpassung der Strafprozessordnung entgegensteht, ist zurückzuweisen. Es geht darum, die in der Praxis wirklich störenden Vorschriften rasch anzupassen und praxistauglicher zu machen.

Der vorgelegte Botschaftstext zeichnet teilweise ein merkwürdiges Zerrbild der Staatsanwaltschaft. Bürgerinnen und Bürger werden gleichsam als wehrlose Objekte dargestellt, welche einem übermächtigen Strafverfolgungsapparat gegenüberstehen und vor der Staatsanwaltschaft geschützt werden müssen. Dieses Bild entspricht nicht der Realität. Institutionell ist es die Aufgabe der Staatsanwaltschaft, Straffälle unabhängig, objektiv und fair zu untersuchen (Art. 4 Abs. 1 StPO) und bei erfüllten Voraussetzungen Anklage beim zuständigen Gericht zu erheben sowie diese sodann zu vertreten – im Interesse letztlich allein der Bürgerinnen und Bürger. Der Regierungsrat beurteilt deshalb die Botschaft in mancher Hinsicht als fast schon tendenziös.

Gleichzeitig kann der Regierungsrat festhalten und positiv würdigen, dass wesentliche Revisionsanliegen der Kantone in die vorliegende Revisionsvorlage eingearbeitet wurden:

- Insbesondere befriedigend gelöst erscheint das Problem mit der Protokollierung von Einvernahmen in Art. 78a VESiPO. Erfreulich ist dabei, dass von einer nachträglichen vollständigen Verschriftung abgesehen wird, wobei sich dies allerdings nur aus dem Begleitbericht (S. 10, 18) ergibt. Sollte diese Regelung nicht noch in den Gesetzestext eingefügt werden, müsste eine entsprechende Erläuterung zumindest in die Botschaft übernommen werden. Allerdings ist aus Sicht der Opfer darauf zu achten, dass dort, wo die Gefahr besteht, dass Aussagen – weil sie nicht wortwörtlich protokolliert werden – falsch zusammengefasst und interpretiert werden, sich dies nicht nachteilig auf das weitere Untersuchungsverfahren auswirkt und seitens der Strafverfolgungsbehörden die nötige Sensibilität an den Tag gelegt wird.
- In Bezug auf Art. 221 Abs. 1 Bst. c VESiPO (Wiederholungsgefahr als Haftgrund) ist es richtig, entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Vortäterfordernis auf eine Straftat zu beschränken, sofern es sich dabei um ein Verbrechen oder ein schweres Vergehen handelt.

Betreffend Art. 222 Abs. 2 VESiPO begrüsst der Regierungsrat, dass dieser der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angepasst wird. Das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen vom Zwangsmassnahmengericht (ZMG) abgelehnte Haft wird damit ins Gesetz übernommen. Zusätzlich ist jedoch anzumerken, dass der vorliegende Entwurf in Art. 228a das Verfahren für diesen Fall zwar definiert, dies jedoch nur teilweise in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe dazu kritisch unter Ziff. 2.5.2).



2. Revisionspostulate

2.1 Verteidigung

2.1.1 Art. 130 Bst. d (Notwendige Verteidigung)

Der Regierungsrat lehnt den in der Vorlage vorgesehenen Ausbau der notwendigen Verteidigung im Verfahren vor ZMG ab, wenn der Staatsanwalt persönlich auftritt. Dass eine Vertretung der Staatsanwaltschaft im Haftverfahren vor ZMG auftritt, macht wegen des relativ engen Verfahrensgegenstands, aber auch aufgrund der ohnehin häufig gegebenen anderen Gründe für eine notwendige Verteidigung (Art. 130 lit. a-c) die vorgeschlagene Erweiterung eben dieser unnötig. Sofern die anderen Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung nicht gegeben sind, müsste diese konsequenterweise nach abgeschlossenem Verfahren vor dem ZMG so gleich wieder aufgehoben werden.

2.1.2 Art. 131 Abs. 2 (Zeitpunkt, ab welchem eine notwendige Verteidigung bestehen muss)

Die vorgeschlagene Regelung des Zeitpunkts, ab welchem eine notwendige Verteidigung bestehen muss, wird begrüsst. Diese schafft eine gewisse Klarheit. Allerdings fehlt weiterhin eine Klärung der Frage, wann die Untersuchung als eröffnet gelten soll. Das wäre jedoch das Ziel einer «technischen Gesetzesrevision». Eine diesbezügliche Präzisierung von Art. 309 ist angebracht.

2.1.3 Art. 131 Abs. 3 (Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung)

Der Vernehmlassungsentwurf löst die heute bestehende Diskrepanz zwischen deutsch-italienischem Text einerseits und französischem Text andererseits zugunsten des französischen Textes auf. Es geht um die Frage, ob die Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung dazu führen, dass die Einvernahme ungültig wird oder nicht verwertbar ist. Das Bundesgericht hat diese Frage offen gelassen (BGE 141 IV 289 E. 2.4). Der Vernehmlassungsentwurf entscheidet sich für die absolute Unverwertbarkeit des mangelbehafteten Beweismittels. Diesen weiteren Schritt weg von einer Suche nach der materiellen Wahrheit zu einer bloss formellen Wahrheit lehnt der Regierungsrat ab. Die Unklarheit zwischen den Gesetzestexten ist zugunsten der bisherigen deutsch / italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer relativen Unverwertbarkeit aufzulösen. Der Richter soll weiterhin eine Güterabwägung machen können. Es darf keine automatische Ungültigkeit eintreten. Entgegen dem Vernehmlassungsentwurf darf deshalb die Rechtsfolge „nur“ die Ungültigkeit sein. Der Umstand, dass eine Mehrheit der Lehrmeinungen eine andere Auffassung vertritt, erscheint wenig relevant. Nicht nachvollziehbar erscheint zudem die Logik des Begleitberichts (S. 22), wonach in einem solchen Fall anders als im Regelfall (Art. 141 Abs. 2) keine Güterabwägung stattfinden soll.

2.1.4 Art. 133 (Bestellung der amtlichen Verteidigung)

Obschon die heutige Regelung, die vorsieht, dass die Staatsanwaltschaft die amtlichen Verteidiger bestellt, nicht wirklich Probleme aufwirft, soll diese Kompetenz einer anderen Instanz übertragen werden. Dabei wurde nicht besehen, dass die Entscheide der Staatsanwaltschaft an die Beschwerdeinstanz – ein Gericht – weitergezogen werden können. Es ist festzuhalten, dass mit dem vorgeschlagenen Gesetzestext die Kantone immerhin Lösungen wählen können, die den praktischen Bedürfnissen entgegenkommen.



Verfehlt erscheint dem Regierungsrat hingegen, dass bei der Benennung des amtlichen Verteidigers nicht nur den Wünschen des Beschuldigten Rechnung zu tragen ist, sondern auch noch der Eignung als Verteidiger geprüft werden muss. Dieses zusätzliche Kriterium eröffnet einen neuen Schauplatz für Streitigkeiten und wird mit Sicherheit zu Erschwernissen und zu Beschwerden führen, die das Verfahren zuungunsten aller Parteien in einer Phase verzögern, in der dies besonders störend ist. Diese Regelung ist zu streichen.

2.1.5 Art. 135 Abs. 1 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung bei Einspruch und Einstellung)

Im Gegensatz zur gewählten Verteidigung trägt die amtliche Verteidigung kein Inkassorisiko. Sie kann davon ausgehen, dass alle ihre Bemühungen entschädigt werden. Es entsteht ein Rechtsverhältnis mit dem Staat, dessen Abgeltung in den jeweiligen Tarifordnungen festgelegt wird. Es drängt sich somit nicht ein Vergleich mit den Wahlverteidigungen, sondern viel eher mit den Staatsanwältinnen und Staatsanwälten auf. Warum die Höhe der Entschädigung vom Ausgang des Verfahrens abhängig gemacht werden soll, kann daher nicht nachvollzogen werden. Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft aufgrund des Grundsatzes „in dubio pro duriore“ verpflichtet ist, auch Fälle anzuklagen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch führen, oder aber aufgrund des fehlenden Vorabklärungsverfahrens frühzeitig Verfahren eröffnen muss, die dann wieder einzustellen sind. Die Staatsanwaltschaft muss somit tätig werden, auch wenn sie weiss oder davon ausgeht, dass sie mutmasslich „unterliegt“. Demgegenüber sind die geltenden Regelungen der Strafprozessordnung und der dazugehörigen Rechtsprechung derart, dass die amtlichen Verteidigungen sehr frühzeitig und in zahlreichen Verfahren involviert sind und ihnen damit insgesamt auch Gewähr für eine verlässliche Einnahmequelle geboten wird. Davon zeugt auch der Anstieg der entsprechenden kantonalen Kosten seit Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung.

Der Regierungsrat beantragt daher, diese Bestimmung zu streichen.

2.2 Teilnahmerechte der Parteien (Art. 147 und 147a)

Hier handelt es sich neben dem Strafbefehlsverfahren um einen der zentralen Punkte der aktuellen StPO-Revision. Die Ausgestaltung der Teilnahmerechte der Parteien stellt in der Praxis eine der wichtigsten Bestimmungen für die Untersuchungsführung dar. Der Regierungsrat begrüsst, dass auch das Bundesamt für Justiz (BJ) den entsprechenden Revisionsbedarf sieht und anerkennt, dass immerhin die von der KKJPD als «*second best*» bezeichnete Variante übernommen worden ist. Diese kann indes nicht genügen. Vielmehr fordert der Regierungsrat, dass die Teilnahmerechte klar definiert, einfach ausgestaltet und effizient umsetzbar sind.

Der Regierungsrat bekennt sich zu den grundlegenden Standards, welche die EMRK im Verfahrensrecht festlegt. Diese sind für einen Rechtsstaat wie die Schweiz von zentraler Bedeutung. Er lehnt jedoch den im Vorwurf vorgeschlagenen und über diese Standards hinausgehenden «Swiss-Finish» ab. Dieser verkompliziert die Verfahren unnötigerweise, verteuert sie und führt zu längeren Verfahrensdauern. Zudem gibt es aus rechtlicher Sicht keinen Grund, über den von der EMRK festgelegten Standard hinaus zu legiferieren. Dies bedeutet, dass die Teilnahmerechte an Einvernahmen, insbesondere bei mitbeschuldigten Personen, so auszugestalten sind, dass jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht hat, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen.



Der Regierungsrat fordert, dass sowohl aus Kosten- und Praktikabilitätsgründen als auch aus Gründen der materiellen Wahrheitsfindung, die der eigentliche Zweck der Regelung in der StPO ist, die Teilnahmerechte dem Niveau der Garantie des Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK anzupassen sind. Art. 147 Abs. 1 E StPO ist entsprechend abzuändern, Art. 147 Abs. 2 und 3 E StPO sind aufzuheben.

2.3 Strafbefehlsverfahren (Art. 352)

Das Strafbefehlsverfahren steht von Anfang an in der Kritik, dies allerdings zu Unrecht. Es mag in diesem Verfahren in Einzelfällen zu Fehlern kommen, wie dies überall geschieht. Diese können aber ohne Probleme korrigiert werden. Doch der Grundgedanke und die aktuelle Ausgestaltung sind überzeugend und rechtsstaatlich korrekt. Der Regierungsrat verweist an dieser Stelle auf BGer 6B_1139/2014 Erwägung 1.2.:

„Der Strafbefehl beruht auf einer bloss summarischen Beurteilung von Täter und Tat durch die Staatsanwaltschaft. Er kann schon vor Eröffnung ergehen (Art. 309 Abs. 4 StPO) und setzt lediglich das Eingeständnis des Beschuldigten oder eine anderweitig ausreichende Klärung des Sachverhalts voraus (Art. 352 Abs. 1 StPO). Die Durchführung eines Beweisverfahrens ist somit nicht unbedingt erforderlich, und insbesondere wird keine staatsanwaltschaftliche Einvernahme des Beschuldigten verlangt. Auch ein formeller Abschluss der Untersuchung vor Erlass des Strafbefehls ist nicht vorgesehen (Art. 318 Abs. 1 StPO). Die Rechtsstaatlichkeit des Strafbefehlsverfahrens ist dennoch gegeben, weil auf Einsprache hin ein Gericht mit voller Kognition unter Beachtung der für das Strafverfahren geltenden Mindestrechte über den erhobenen Vorwurf entscheidet (...)“.

Das Strafbefehlsverfahren stellt den zentralen Pfeiler einer effizienten schweizerischen Strafverfolgung dar, werden doch über 97 % der Fälle mit diesem Prozessinstrument abgeschlossen. Die heutige Lösung hat sich aus Sicht des Regierungsrates bewährt. Sie stellt ein effizientes, einfaches und rasches Mittel der Verfahrenserledigung im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität dar. Mit dem einfach ausgestalteten Einspracheverfahren ist eine rechtsstaatliche Überprüfung des Entscheides durch ein unabhängiges Gericht ohne weiteres möglich. Eine Änderung an der heutigen Ausgangslage führt zu erheblichen Mehrkosten für die Kantone ohne einen rechtsstaatlichen Zugewinn. Zudem dürften die Verfahren viel länger dauern als heute. Der Regierungsrat lehnt die vorgeschlagenen Änderungen aus diesen Gründen ab.

Erfreulich und zu begrüßen ist immerhin, dass die Strafbefehlskompetenz nicht reduziert werden soll.

2.3.1 Art. 352a (Obligatorische Einvernahme vor Erlass eines Strafbefehls)

Der Regierungsrat lehnt aus Kostengründen eine Änderung im Sinne einer obligatorischen Einvernahme durch den Staatsanwalt ab.

2.3.2 Art. 353 Abs. 2 (Inhalt und Eröffnung des Strafbefehls)

Der Regierungsrat begrüsst es, dass die Staatsanwaltschaft gemäss dem Wortlaut des Vorentwurfs unter bestimmten Voraussetzungen im Strafbefehl über Zivilforderungen entscheiden kann.



2.3.3 Art. 354 Abs. 1^{ter} (differenzierte Einsprachefrist)

Art. 354 Abs. 1^{ter} lit. b des vorliegenden Entwurfes sieht für den Fall der schriftlichen Eröffnung des Strafbefehls eine im Vergleich zur heutigen Regelung längere Einsprachefrist von 20 Tagen vor. Im Begleittext wird hierzu ausgeführt, dass die kurze Einsprachefrist in Lehre und Rechtsprechung zu Kritik geführt habe und dass aus den tiefen Einsprachequoten nicht auf die Akzeptanz der Strafbefehle geschlossen werden könne. Hierzu ist zu bemerken, dass die Einsprachefrist nur vereinzelt zu Kritik geführt hat und es problematisch erscheint, wenn aufgrund einzelner kritischer Stimmen eine bewährte und rechtsstaatlich korrekte Regelung geändert wird. Dass aus den tiefen Einsprachequoten nicht zwingend auf die Akzeptanz der Strafbefehle geschlossen werden kann, ist sicher richtig. Allerdings kann auch nicht darauf geschlossen werden, dass dem nicht so ist. Dass die tiefe Einsprachequote auch darin begründet sein könne, dass Zeit für eine vertiefte Abklärung fehle oder der Strafbefehl aus unterschiedlichsten Gründen nicht verstanden werde, wie ebenfalls im Begleitbericht ausgeführt, sind Spekulationen. Sie entsprechen jedenfalls nicht den Erfahrungen in der Praxis. Grundsätzlich verhält es sich so, dass die beschuldigte Person ohne weitere Begründung praktisch formlos Einsprache erheben kann. Im Rahmen des darauffolgenden Einspracheverfahrens besteht ausreichend Zeit, sich mit den Prozessrisiken und -chancen und der weiteren Begründung auseinanderzusetzen, und die Einsprache kann jederzeit zurückgezogen werden, oftmals ohne weitere Kostenfolgen. Es mag vorkommen, dass einzelne Adressaten den Inhalt eines Strafbefehls intellektuell nicht verstehen, doch würde dies gleichermassen für sämtliche Verfügungen oder Verfahrenshandlungen zutreffen, welche ebenfalls mit einer zehntägigen Beschwerdefrist anzufechten sind. Für Sprachschwierigkeiten gilt dasselbe. Dass amtliche Verfügungen, Entscheidungen oder Urteile in einer Amtssprache ergehen, entspricht zudem einem allgemeinen Selbstverständnis und wird auch in anderen Bereichen nicht in Frage gestellt. Sobald ein Verfahren eröffnet wird, besteht ohnehin der Anspruch auf Übersetzung (Art. 68 StPO).

Der Regierungsrat lehnt diesen Vorschlag ab. Aus seiner Sicht ist vor allem im Umgang mit ausländischen Straftätern ohne Aufenthaltstitel («Kriminaltouristen») eine möglichst rasche Rechtskraft wichtig, damit diese umgehend ausgeschafft werden können. In jedem Fall gilt es jedoch zu verhindern, dass im Strafbefehlsverfahren zwei unterschiedliche Fristen zur Anwendung kommen. Es wird daher beantragt, auf die unterschiedlichen Einsprachefristen bei persönlicher bzw. nicht persönlicher Aushändigung zu verzichten, ebenso auf die Verlängerung der Einsprachefrist.

2.4 Opferrechte

Der Regierungsrat begrüsst die punktuellen Änderungen zu Gunsten der Opfer, die sich aus den Erkenntnissen der Evaluation des Opferhilfegesetzes ableiten. Allerdings darf die Beachtung der Opferrechte nicht dazu führen, dass die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden erschwert wird, ohne dass die Opfer von diesem Mehraufwand erheblich profitieren.

2.5 Weitere Revisionspunkte

2.5.1 Art. 88 Abs. 4 (Rechtskraft von Strafbefehlen auch ohne Zustellung)

Kann ein Entscheid aus bestimmten Gründen nicht zugestellt werden, so ist er nach geltender Regelung im Amtsblatt zu veröffentlichen und gilt mit der Veröffentlichung als zugestellt. Diese Pflicht zur Publikation gilt heute jedoch nicht für Strafbefehle, vielmehr gelten diese bereits ohne Veröffentlichung als zugestellt. Die Lehre steht dieser Regelung sehr kritisch gegenüber.



Neu sollen nach Intention des Bundesrates für Strafbefehle, die nicht zugestellt werden können, die gleichen Regeln der Veröffentlichung gelten wie für Urteile oder andere Entscheide. Bezüglich der Einstellungsverfügungen soll dagegen keine Änderung gegenüber heute erfolgen. Der Regierungsrat lehnt die vorgeschlagene Regelung ab. Die Veröffentlichungen der Strafbefehle im Amtsblatt führt zu sehr hohen Publikationskosten ohne Nutzen für die Betroffenen.

2.5.2 Art. 118^{bis} (für Verfahren mit sehr grosser Zahl von Privatklägern)

Der Regierungsrat fordert, eine Lösung zu suchen für Verfahren mit einer sehr grossen Anzahl von Privatklägern, um dem enormen Aufwand und vor allem dem grossen Zeitverlust aus dem Umgang mit derart vielen Privatklägern zu begegnen. Für den Regierungsrat sind zwei Lösungsansätze denkbar: Die Verpflichtung ausländischer Privatkläger, sich ein schweizerisches Zustelldomizil zu wählen, und/oder die Möglichkeit, diese zu verpflichten, einen gemeinsamen Vertreter zu bestimmen. Den Entscheid darüber soll im Vorverfahren der Staatsanwalt und im Hauptverfahren die Verfahrensleitung treffen.

2.5.3 Art. 123 Abs. 2 (Bezifferung und Begründung)

Die Frist zur Bezifferung und Begründung der Zivilforderung wird verkürzt. Dies ist nach Ansicht des Regierungsrates nicht nachteilig für das Opfer, da das Gericht damit die Möglichkeit hat, sich vor der Hauptverhandlung mit der substantiierten Forderung zu befassen und sich vorzubereiten. Er ist daher mit der Änderung explizit einverstanden.

2.5.4 Art. 228a Abs. 4 (Verfahren bei Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen Haftentlassungsentscheid des ZMG)

Der Vorschlag geht viel weiter als die heutige bundesgerichtliche Rechtsprechung. Diese verlangt eine rasche Reaktion für den vorsorglichen Entscheid über Aufrechterhaltung der Haft oder Entlassung durch die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz und lässt im Übrigen das normale Beschwerdeverfahren genügen (BGE 137 IV 245, 138 IV 98 f.). Neu soll die Beschwerdeinstanz wie das ZMG in erster Instanz ebenfalls innert 48 Stunden entscheiden. Dafür ist das grundsätzlich schriftliche Verfahren vor der Beschwerdeinstanz nicht geeignet. Es muss zwingend mündlich verhandelt werden, obschon bereits vor dem ZMG eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Der Aufwand auf der Ebene der Beschwerdeinstanzen nimmt für diese (eher seltenen) Fälle deutlich zu. Die bundesgerichtliche Lösung ist mit Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 EMRK konform und genügt (BGE 137 IV 230 E. 2,1). Der Regierungsrat spricht sich gegen eine Regelung aus, welche über die Anforderungen der EMRK hinausgeht. Eine solche führte unnötigerweise zu zusätzlichen Kosten.

2.5.5 Art. 248 (Siegelung)

In der Praxis wird von den Betroffenen häufig die Siegelung grosser Mengen elektronischer Daten oder schriftlicher Unterlagen verlangt, obschon sich darin nichts oder nur sehr wenig befindet, was gemäss Art. 264 StPO nicht beschlagnahmt werden dürfte. Häufig machen die Betroffenen auch gar keinen Siegelungsgrund im engeren Sinn (Beschlagnahmeverbot) geltend, sondern bestreiten pauschal den Tatverdacht, die Beweisrelevanz der sichergestellten Unterlagen oder die Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme.



Die ZMG sind aufgrund ihrer technischen und personellen Ressourcen mit der Triage grosser Mengen elektronisch gesicherter Daten regelmässig überfordert. Aufgrund ihrer beschränkten Aktenkenntnis sind sie bei komplexen Sachverhalten (z.B. Wirtschaftsdelikten) zudem auch nicht in der Lage, die Beweisrelevanz sichergestellter Unterlagen rasch und zuverlässig zu beurteilen. Bis ein endgültiger Entsiegelungsentscheid vorliegt, dauert es deshalb in der Praxis oft viele Monate. Während dieser Zeit stehen die gesiegelten Unterlagen der Staatsanwaltschaft für die weiteren Ermittlungen nicht zur Verfügung.

Das Instrument der Siegelung kann so missbraucht werden, um die Auffindung deliktisch erlangter Vermögenswerte oder die Sicherstellung flüchtiger elektronischer Daten (Webmail, IP-Adressen etc.) zu vereiteln.

Die Möglichkeiten der Siegelung sind deshalb gegenüber der heutigen Regelung deutlich einzuschränken. Eine Siegelung sollte nur noch dann möglich sein, wenn sich der Berechtigte auf ein spezifisches Beschlagnahmeverbot der StPO berufen kann. Dieses wäre vom Berechtigten im Entsiegelungsverfahren auch zu beweisen. Da der Berechtigte als einziger den Inhalt der sichergestellten Unterlagen kennt, wäre er zu verpflichten, nach der Siegelung binnen einer Frist von 10 Tagen sämtliche Daten und Unterlagen exakt zu bezeichnen, die nach seiner Auffassung nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen. Nur über diese wäre anschliessend im Entsiegelungsverfahren zu befinden. Für die restlichen Daten und Unterlagen wäre die Siegelung ex lege aufzuheben und sie wären der Staatsanwaltschaft umgehend zur Durchsuchung und Auswertung zu überlassen. Im Entsiegelungsverfahren sollte spätestens innerhalb von 30 Tagen (nach erfolgter Siegelung) ein endgültiger Entscheid vorliegen.

Aus den dargelegten Überlegungen ist eine Anpassung der Bestimmung zur Siegelung vorzunehmen.

2.5.6 Art. 255 StPO (DNA-Analysen – Voraussetzungen im Allgemeinen)

Das Bundesgericht fordert als Voraussetzung für die DNA-Profilerstellung in jenen Fällen, in welchen diese Daten nicht zur Klärung der Anlasstat nötig sind, erhebliche und konkrete Anhaltspunkte, dass der Betroffene in andere Delikte von gewisser Schwere – auch künftige – verwickelt sein könnte (BGE 141 IV 87). Ein Einbrecher ohne Wohnsitz in der Schweiz, der in flagranti angehalten wird, muss aufgrund dieser Rechtsprechung nicht mehr mit der Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) rechnen. Diese Praxis führt zu einer deutlichen Abnahme der Aufklärungsquote. Art. 255 StPO ist deshalb in dem Sinne zu ergänzen, dass die Abnahme des WSA auch dann möglich ist, wenn eine «gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Betroffene in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte».

2.5.7 Art. 269 Abs. 2 Bst. a (Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs) und 286 Abs. 2 Bst. a (Verdeckte Ermittlung – Voraussetzungen)

Die sogenannte Al-Qaida Strafnorm sowie das Datenhacking nach Art. 143^{bis} StGB fehlen in der gesetzlichen Aufzählung. Der Deliktskatalog muss dahingehend erweitert werden. Diese Erweiterung ist insbesondere wirkungsvoll bei der Bekämpfung der schweren Kriminalität (kriminelle Organisationen, Terrorismus).



2.5.8 Art. 303a (Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikten)

Der Regierungsrat begrüsst den Vorschlag, die Sicherheitsleistung auf Ehrverletzungsdelikte zu beschränken

3. Technische Mängel

Art. 59 Abs. 1 (Double Instance-Prinzip in Ausstandsachen)

Mit dem vorgeschlagenen Text soll das Double Instance-Prinzip auch für Ausstandsentscheide geschaffen werden. Allerdings gelingt das nur sehr beschränkt, nämlich im Fall von Art. 59 Abs. 1 lit. a, wenn die Staatsanwaltschaft entscheidet. Indem das Wort «endgültig» gestrichen wird, kann der Entscheid des Staatsanwalts gestützt auf Art. 393 Abs. 1 lit. a an die Beschwerdeinstanz weitergezogen werden. In den Fällen von lit. b–d (Entscheide der Beschwerdeinstanz, des Berufungsgerichts und des Bundesstrafgerichts je als erste Instanz) fehlt es in der StPO an einer zweiten Instanz. Es wird damit unklar, wie solche Fälle künftig zu behandeln sind. Hier müsste die Revision eine Klärung bringen.

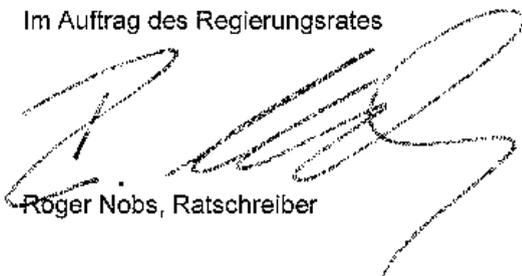
251a Abs. 2 (Blut- und Urinuntersuchung)

Abs. 2 enthält eine Unklarheit: Widersetzt sich die betroffene Person, so informiert die Polizei unverzüglich die Staatsanwaltschaft. Entgegen dem Begleittext ergibt sich aus dieser Formulierung nicht, dass die Staatsanwaltschaft dann zur Anordnung zuständig sein soll. Das ist explizit zu machen: „In diesem Fall entscheidet die Staatsanwaltschaft.“

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates



Roger Nobs, Ratschreiber

Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8
www.rr.be.ch
info.regierungsrat@sta.be.ch

Eidgenössisches Justiz- und Poli-
zeidepartement EJPD
Bundesrain 20
3003 Bern

Per E-Mail
(*annemarie.gasser@bj.admin.ch*)

14. März 2018

RRB-Nr.: 287/2018
Direktion Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion
Unser Zeichen 11.36-17.79
Ihr Zeichen
Klassifizierung Nicht klassifiziert



Vernehmlassung des Bundes: Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung)
Stellungnahme des Kantons Bern

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Gelegenheit, zur erwähnten Vorlage Stellung nehmen zu können.
Der Kanton Bern möchte dazu folgende Bemerkungen anbringen:

1 Grundsätzliches

Auch wenn die Strafprozessordnung (StPO) den herausfordernden Paradigmenwechsel von den 26 kantonalen zur Bundesstrafprozessordnung gut bewältigt und sich in der Praxis grundsätzlich bewähren konnte, ist aus Sicht des Regierungsrats und der kantonalen Strafverfolgungsbehörden eine punktuelle Revision angezeigt. Erfahrungen aus der Praxis haben gezeigt, dass die StPO in ihrer heutigen Fassung gewisse Mängel aufweist und die Ermittlungsarbeiten der Strafverfolgungsbehörden auf der Suche nach der materiellen Wahrheit teilweise erschwert. Bei der Optimierung der StPO muss es darum gehen, die aus Sicht der Praxis stossenden und mit der effizienten Wahrheitsfindung nicht zu vereinbarenden Bestimmungen zu ändern. Deshalb sollte sich die Anpassung der StPO nach Ansicht des Regierungsrats auf die diskussionswürdigen Fragen und Optimierungsmöglichkeiten beschränken.

Die entsprechenden Änderungsvorschläge bezüglich des **punktuellen Anpassungsbedarfs** werden vom Regierungsrat ausdrücklich begrüsst. So besteht ein Revisionsbedarf in Bezug

auf die Parteirechte gemäss Art. 147 StPO. Es ist als positiv zu werten, dass dieser Aspekt den Anliegen der Strafverfolgungsbehörden zumindest in Teilen Rechnung trägt. Begrüssert wird auch die Stärkung der Rechte der Privatklägerschaft im Strafbefehlsverfahren, insbesondere die Möglichkeit, dass auch im Strafbefehl Zivilansprüche beurteilt werden können (Art. 353 Abs. 2 VE-StPO). Dies stärkt nicht nur die Rechte der Opfer, sondern tendenziell auch die Rechte der Kantone, die gestützt auf das Opferhilfegesetz Leistungen an die Opfer erbringen müssen. Wenn über den Zivilanspruch im Strafbefehl entschieden werden kann, wird es dem Kanton aufgrund der gesetzlichen Subrogation in solchen Fällen leichter gemacht, auf die Täterschaft Rückgriff zu nehmen. Auch die indirekte Änderung des Opferhilfegesetzes, wonach die kantonalen Stellen, welche über finanzielle Hilfe entscheiden, sowie die kantonalen Entschädigungs- und Genugtuungsbehörden keiner Anzeigepflicht unterliegen, ist aus Sicht des Regierungsrats begrüssenswert. Diese Regelung entspricht dem Sinn der Opferhilfe, Sekundärtraumatisierungen möglichst zu vermeiden und zu verhindern, dass Opfer ihnen zustehende Hilfe nicht in Anspruch nehmen, weil sie fürchten in einem Strafverfahren mit den erlittenen Taten oder Tätern konfrontiert zu werden. Weitere begrüssenswerte Änderungen betreffen namentlich Art. 251a und Art. 365 Abs. 3 VE-StPO.

Aus Sicht des Regierungsrats vermittelt der erläuternde Bericht stellenweise ein falsches Verständnis der **Rolle der Staatsanwaltschaft** im Strafverfahren, was zur Verfolgung von Revisionsbestrebungen führt, für welche keine Notwendigkeit besteht und die teilweise etwas weit gehen. In diesem Punkt verweist der Regierungsrat auf die Vernehmlassungsantwort der KKJPD vom 5. Februar 2018 Ziff. 1.

Hinsichtlich der **Kritik am Strafbefehlsverfahren** und den nun daraus fliessenden Anpassungen ist grundsätzlich festzuhalten, dass das Strafbefehlsverfahren – ähnlich wie das abgekürzte Verfahren – auch ausgeprägt im Interesse der beschuldigten Person liegt. Diese wird rasch und transparent mit ihrem Fehlverhalten und einem Urteilsvorschlag konfrontiert. In diesen wenig komplexen Konstellationen weiss die beschuldigte Person, um was es geht, umso mehr in den meisten Fällen die Ausgangslage per se klar oder durch die Information der Polizei eine Klärung erfolgt ist.

Dass Strafbefehle von den Empfängern nicht verstanden werden sollen, wird zu Unrecht als allgemeines Problem dargestellt. In Tat und Wahrheit kommt diese Problematik im Grossteil der Fälle (im Kanton Bern werden jährlich rund 92'000 Strafbefehle erlassen) überhaupt nicht zum Tragen. Sie betrifft sehr wenige sprachunkundige Personen oder wenige Personen im Drogen- und Randständigenmilieu. Es ist somit heikel, dem Bürger mit diesem überdehnten Argument weitgehend die Kompetenz abzusprechen, zu verstehen, was ihm die Strafverfolgungsbehörden vorwerfen.

Hinzu kommt, dass im Strafbefehlsverfahren eine hinreichende Überprüfungsmöglichkeit durch das Einspracherecht besteht, welches letztlich in die richterliche Kontrolle über die Staatsanwaltschaft mündet. Schon das datierte und unterzeichnete Hinschreiben von «nicht einverstanden» oder «Einsprache» genügt, um das Einspracheverfahren einzuleiten, Erläuterungen zu erhalten oder eben die richterliche Kontrolle auszulösen. Einer das Verständnis fördernden Verlängerung der Einsprachefrist bedürfte es daher nicht. Es widerspricht sich grundsätzlich, ein schnelles und unkompliziertes Verfahren zu verlangen, gleichzeitig aber das Strafbefehlsverfahren einzuschränken oder zu verkomplizieren.

Die **Problematik der Grossverfahren mit vielen Privatklägern** (mehrere hundert) wurde leider nicht in den Vorschlag aufgenommen. Der Kanton Bern unterstützt die Idee der Schaf-

fung eines neuen Art. 118^{bis} StPO. Auf diese Weise kann dem enormen Aufwand und vor allem dem grossen Zeitverlust aus dem Umgang mit vielen Privatklägern begegnet werden. Zwei Lösungsansätze sind dabei denkbar: Die Verpflichtung ausländischer Privatkläger, ein schweizerisches Zustelldomizil zu wählen, und/oder die Möglichkeit, sie zu verpflichten, einen gemeinsamen Vertreter zu bestimmen. Dabei sollte den Entscheid im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft bzw. im Hauptverfahren das Gericht treffen.

Die **finanzielle Last** der Strafverfahren tragen hauptsächlich die Kantone. Unter Berücksichtigung dessen darf die Strafprozessordnung nicht nur rechtsstaatlich einwandfreie, sondern muss auch praktikable und umsetzbare Regelungen vorsehen. Jede Umsetzung einer Gesetzesrevision ist ausserdem mit Ausführungskosten verbunden, welche ebenfalls zum grössten Teil die Kantone treffen. Weil aber nicht die Frage der Verfügbarkeit der finanziellen Mittel für ein Strafverfahren sondern die Suche nach der materiellen Wahrheit und des rechtsstaatlichen Verfahrens im Mittelpunkt stehen sollen, lehnt der Regierungsrat Änderungsvorschläge ab, welche einen personellen und/oder finanziellen Mehraufwand für die Kantone bedeuten.

2 Bemerkungen zu ausgewählten Punkten/Bestimmungen der StPO und des VE-StPO

2.1 Art. 78a VE-StPO

Der Regierungsrat begrüsst die Regelung von Art. 78a VE-StPO, wobei insbesondere positiv zur Kenntnis genommen wird, dass keine Pflicht zur technischen Aufzeichnung oder Verschriftung der Aufzeichnungen eingeführt werden soll.

2.2 Art. 123 Abs. 2 VE-StPO

Weil bei der heutigen Rechtslage die Zivilklage durch das Gericht gar nicht korrekt bzw. eingehend behandelt werden kann, begrüsst der Regierungsrat diese Änderung.

2.3 Art. 131 Abs. 2 und 3 VE-StPO

Die deutsche Fassung sollte an die französische Fassung angepasst werden („verwertbar“ statt „gültig“). Konsequenterweise sollte auch die italienische Fassung angepasst werden, so dass neu anstelle von „valide“ die Wendung „non ... utilizzate“ (vgl. Art. 141 Abs. 1) verwendet wird, weil andernfalls eine Differenz zwischen den verschiedenen Fassungen besteht.

2.4 Art. 133 VE-StPO

Die neue Regelung von Art. 133 Abs. 1 VE-StPO sollte nur für das Vorverfahren gelten, denn es ist nicht ersichtlich, warum Abs. 1 auch für die urteilenden Gerichte, welche unparteiisch sowie unabhängig sind und gegenüber der beschuldigten Person eine Fürsorgepflicht haben, ebenfalls gelten soll. Der erläuternde Bericht enthält deshalb auch keine Ausführungen zur Einsetzung eines amtlichen Verteidigers durch das Gericht, sondern erläutert die Revision aus dem Blickwinkel der Staatsanwaltschaft. Um den Eindruck zu vermeiden, die Staatsanwaltschaft setze eine ihr möglichst genehme Verteidigung ein, soll das geltende Recht so geändert werden, dass nicht mehr die Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung auswählt, sondern eine Stelle, die von der im jeweiligen Verfahrensstadium zuständigen Verfahrensleitung unabhängig ist. Diese Aufgabe könne an Dritte übertragen werden. Mit dem in Art. 133 Abs. 1 VE-StPO verwendeten Begriff «Auswahl» soll sichergestellt werden, dass die unabhängige Stelle die Verteidigung nicht allein nach dem Zufallsprinzip oder gemäss einer festgelegten

Reihenfolge bestimmt, sondern danach, ob die Verteidigung für den bestimmten Fall geeignet ist.

Die Gefahr der Auswahl einer der Verfahrensleitung genehmen Verteidigung ist trotz der allgemeinen Fürsorgepflicht gemäss Art. 3 StPO und deren Konkretisierung im Zusammenhang mit dem Widerruf und dem Wechsel der amtlichen Verteidigung gemäss Art. 134 StPO nicht gänzlich auszuschliessen. Die vorgeschlagene Regelung schafft jedoch gegenüber dem heutigen Zustand erhebliche zusätzliche Probleme. Die angesichts der Organisationsautonomie der Kantone sehr allgemein gehaltenen bundesrechtlichen Vorgaben lassen einen derart grossen Spielraum zu, dass das Ziel einer möglichst wirksamen Verteidigung deutlich stärker gefährdet wird als nach geltendem Recht.

Das Interesse der beschuldigten Person an einer wirksamen Verteidigung ist nur dann gewahrt, wenn die Wahl auf einen Rechtsbeistand fällt, der das für den fraglichen Fall allenfalls notwendige Spezialwissen, beispielsweise in Wirtschaftsstrafsachen oder im Jugendstrafrecht, mit sich bringt. Die im erläuternden Bericht erwähnten kantonalen Regelungen stellen eine solche Auswahl jedoch nur dann sicher, wenn die Hauptverantwortung weiterhin bei der Verfahrensleitung oder einer vorgesetzten Behörde liegt. Dies ist beispielsweise beim Modell des Kantons Zürich der Fall, ist doch davon auszugehen, dass das Büro für amtliche Mandate sowohl die Anforderungen an die Fachkenntnisse im konkreten Straffall als auch die diesbezüglichen Qualifikationen der zur Verfügung stehenden Anwältinnen und Anwälte kennt. Der Nachteil des Zürcher Modells besteht lediglich darin, dass zusätzliche personelle Ressourcen notwendig sind. Das Modell der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft mit einer anonymisierten Pikettliste und das Modell des Kantons St. Gallen mit einer personalisierten Pikettliste sind indessen nur dann tauglich, wenn die Verfahrensleitung bei ungenügenden Spezialkenntnissen von der Pikettliste abweichen kann. Eine entsprechende Vereinbarung besteht zwischen der Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern und dem Bernischen Anwaltsverband. Letzterer stellt eine Liste von Pikettanwältinnen und Pikettanwälten zur Verfügung, an welche sich die Verfahrensleitung in aller Regel hält. Es steht der Verfahrensleitung aber zu, in begründeten Fällen von dieser Liste abzuweichen. Die beiden Vertragspartner führen ein Controlling zur Vergabe der amtlichen Mandate und besprechen die Ergebnisse jährlich miteinander. Dieses Vorgehen hat sich bewährt.

Mit Art. 133 StPO soll die Verantwortung der Auswahl der amtlichen Verteidigung der Verfahrensleitung nun aber vollständig entzogen und einer unabhängigen Stelle zugeordnet werden. Sowohl eine Behörde als auch eine private Stelle müsste nicht nur das nötige Wissen zur Sicherstellung einer geeigneten Verteidigung im konkreten Fall haben, sondern auch die nötige zeitliche Disponibilität. Denn nicht selten ist über das Wochenende, an Feiertagen oder auch unter der Woche innert weniger Stunden eine notwendige Verteidigung sicherzustellen. Dies spricht grundsätzlich gegen den Einbezug einer weiteren Behörde und noch mehr gegen die Mandatsvergabe durch eine «private» Stelle.

Als private Stelle ist nur ein kantonaler Anwaltsverband oder ein anderer Zusammenschluss von Anwältinnen und Anwälten denkbar. Solche privaten Stellen, die der Fürsorgepflicht nach Art. 3 StPO nicht unterliegen, sind zwar unabhängig von der Verfahrensleitung, aber den Interessen ihrer Mitglieder verpflichtet und somit versucht, diesen möglichst viele amtliche Mandate zu vermitteln oder die amtlichen Mandate im Sinne der Gleichbehandlung möglichst breit zu streuen. Es kommt daher nicht von ungefähr, dass bei den bestehenden privaten Modellen das Zufallsprinzip oder die feste Reihenfolge im Vordergrund steht. Ob jemand über das nötige Spezialwissen verfügt, wird – wenn überhaupt – nur anhand einer Selbstdeklaration der

Anwältinnen und Anwälte beurteilt. Der Regierungsrat ist daher der Überzeugung, dass eine Mandatsvergabe im Zusammenwirken mit einer anderen Behörde oder einer privaten Stelle durchaus sinnvoll sein kann, dass der endgültige Entscheid aber bei der Verfahrensleitung bleiben muss.

2.5 Art. 147 StPO

Begrüsst wird, dass das Bedürfnis der Strafverfolgungsbehörden nach Einschränkung des Teilnahmerechts im Rahmen der Revision gehört worden ist. Mit Blick auf den hohen gesellschaftlichen Anspruch nach materieller Wahrheitsfindung vertritt der Regierungsrat aber die Meinung, dass die Teilnahmerechte auf das Niveau der Garantie von Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK festzulegen bzw. zu beschränken sind. Gemäss Art. 6 Ziff. 3 Bst. d EMRK hat die beschuldigte Person das Recht, wenigstens einmal im Verfahren an Belastungszeugen (auch Mitbeschuldigte) Fragen zu stellen. Auf ein generelles Teilnahmerecht der beschuldigten Person (analog Art. 101 Abs. 1 StPO) vor deren erster staatsanwaltlichen Einvernahme ist zu verzichten. Für den über die EMRK-Rechte hinausgehenden Alleingang der StPO sind keine überwiegenden Gründe ersichtlich. Neben der Erschwerung der materiellen Wahrheitsfindung verkompliziert und verteuert die Regelung der StPO die Verfahren unnötigerweise durch die längere Verfahrensdauer. Für eine Einschränkung der Teilnahmerechte spricht ausserdem die Kohärenz mit der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts. Ausdrücklich begrüsst wird, dass der Ausschluss auch für die Verteidigung gilt.

2.6 Art. 147a VE-StPO

Auch im Zusammenhang mit den Teilnahmerechten ist es vertretbar, eine weniger weit gehende Lösung entsprechend den Voraussetzungen der EMRK vorzusehen. Es ist nicht einzu- sehen, weshalb der schweizerische Gesetzgeber nun eine einschränkendere und komplizier- tere Lösung verfolgt. Allerdings füllt der neu eingefügte Artikel 147a VE-StPO die vom Bun- desgericht in BGE 139 IV 25 erkannte Gesetzeslücke auf befriedigende Art und Weise und trägt dem Zielkonflikt zwischen der strafprozessualen Wahrheitsfindung einerseits und den Parteirechten sowie der prozessualen Gleichbehandlung von Mitbeschuldigten andererseits Rechnung. So gibt die neue Bestimmung der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, die Wahr- heitsfindung vor unerwünschter Beeinflussung durch die beschuldigte Person zu schützen, ohne dabei den Kerngehalt der Teilnahmerechte von Art. 147 StPO zu beschneiden.

Indes wird im erläuternden Bericht (Ziff. 2.1.21, letzter Absatz) zu der vorgeschlagenen Ände- rung ausgeführt, die Videobefragung erfolge nicht in erster Linie deshalb, damit die ausge- schlossene Partei möglichst vollständige Kenntnis vom Inhalt der Einvernahme nehmen kann, sondern um zu überprüfen, ob der einvernommenen Person nicht protokollierte Vorhalte und Versprechungen gemacht worden sind. Dem ist entgegen zu halten, dass die Durchführung einer Videobefragung diesbezüglich nicht zielführend ist. Sollte die Staatsanwaltschaft oder die Polizei tatsächlich unzulässige Versprechungen oder Vorhalte machen wollen, könnte sie dies bereits vorgängig zur Einvernahme machen. Es ist daher ausreichend, die Einvernahme der beschuldigten Person wie üblich zu protokollieren. Die vorgeschlagene Videobefragung würde somit sowohl bei der Staatsanwaltschaft als auch bei der Polizei (in delegierten Einver- nahmen) lediglich zu einem unnötigen Mehraufwand führen.

2.7 Änderungsbedarf von Art. 101 StPO im Zusammenhang mit Art. 147 und Art. 147a VE-StPO

In BGE 139 IV 25 hat das Bundesgericht die fehlende Möglichkeit, Teilnahmerechte einer mitbeschuldigten Person aus sachlichen Gründen vorübergehend zu beschränken, als Gesetzeslücke erkannt und dahingehend geschlossen, als dies zulässig ist, «wenn im Hinblick auf noch nicht erfolgte Vorhalte eine konkrete Kollusionsgefahr gegeben ist» (siehe auch die Ausführungen im erläuternden Bericht zu Art. 147a VE-StPO). Diese Lücke wurde im VE-StPO dann auch durch den neu eingefügten Art. 147a VE-StPO auf befriedigende Art und Weise geschlossen, welcher es im Interesse der strafprozessualen Wahrheitsfindung erlaubt, die Teilnahmerechte der beschuldigten Person vorübergehend einzuschränken.

Da das Bundesgericht beim Füllen der erwähnten Gesetzeslücke den Art. 101 Abs. 1 StPO analog heranzieht, einen sachlich engen Zusammenhang zwischen ihm und Art. 147 StPO anerkennt (BGE 139 IV 25 E. 5.5.2) und eine «Kohärenz zwischen den inhaltlich konnexen Bestimmungen betreffend Akteneinsicht und Teilnahme an Beweiserhebungen» als erstrebenswert erachtet (BGE 139 IV 25 E. 5.5.4.1), darf Art. 101 Abs. 1 StPO bei der vorliegenden Gesetzesrevision nicht ausser Acht gelassen werden. Ohne eine entsprechende Anpassung würde er den Sinn und Zweck des neuen Art. 147a VE-StPO untergraben. Wenn man der beschuldigten Person unter bestimmten Voraussetzungen die Teilnahme an einer Einvernahme verweigern darf, um (vorübergehend) zu verhindern, dass sie von den Aussagen der befragten Person Kenntnis erhält (Art. 147a VE-StPO), dann darf man der beschuldigten Person nicht gleichzeitig das Recht belassen, unmittelbar nach der fraglichen Einvernahme über die Akteneinsicht Kenntnis von diesen Aussagen zu erhalten. Daher muss Art. 101 Abs. 1 StPO an die neue Bestimmung von Art. 147a VE-StPO angepasst werden. Vorstellbar wäre die folgende Ergänzung von Art. 101 Abs. 1 StPO:

«Die Parteien können [...] einsehen: Danach kann die Akteneinsicht nur noch in Bezug auf neue wichtige Beweise beschränkt werden, zu denen die beschuldigte Person bisher nicht Stellung nehmen konnte.»

Alternativ dazu könnte auch ein neuer Art. 101 Abs. 1^{bis} StPO eingefügt werden:

«Ist zu befürchten, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an neu erhobene Beweise anpassen wird, kann die Staatsanwaltschaft diese Beweise von der Akteneinsicht ausnehmen, bis sie der beschuldigten Person vorgehalten worden sind.»

2.8 Art. 210 Abs. 4 StPO

Der Regierungsrat bedauert, dass Art. 210 Abs. 4 StPO nicht bereinigt wird, zumal diese Bestimmung das nicht unwesentliche Randthema des Ausschreibens von Deliktsgut im RIPOL auf schriftlichen Antrag der Staatsanwaltschaft hin betrifft. Diese Massnahme liegt im Interesse der geschädigten Person und es ist kein Grund ersichtliche, weshalb hierfür eine staatsanwaltschaftliche Anordnung nötig wäre. In der Praxis wird diese Bestimmung deshalb auch oft ignoriert, was aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch ist.

2.9 Art. 211 StPO

Einen dringenden Regelungsbedarf sieht der Regierungsrat im Bereich von Art. 211 StPO hinsichtlich der Internetfahndung. Die Regelung dieses Bereichs sollte den Vorgaben der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz (SSK) folgen.

2.10 Art. 221 Abs. 1 Bst. c VE-StPO

Die Vorlage sieht einerseits eine materiell völlig berechnete und unbestrittene redaktionelle Bereinigung («Verbrechen oder schwere Vergehen» statt «schwere Verbrechen oder Vergehen») und andererseits eine Änderung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr in dem Sinne vor, dass das Vortatenerfordernis gelockert wird. Mit der vorgeschlagenen Fassung wird nicht mehr verlangt, dass die beschuldigte Person früher mehrere und zudem gleichartige Straftaten begangen hat. Diese Neuerung wird ausdrücklich begrüsst. Allerdings muss sich laut erläuterndem Bericht die Annahme der Wiederholungsgefahr zwingend aus dem Umstand ergeben, dass die beschuldigte Person schon früher ein Verbrechen oder schweres Vergehen begangen hat. Damit wird das – zwar abgeschwächte – Vortatenerfordernis verabsolutiert.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat ab BGE 137 IV 13 erkannt, dass die Haft wegen Wiederholungsgefahr auch ohne vorhergehende Straftaten zulässig sein könne, sofern ein schweres Verbrechen oder Delikt vorliege und eine ernsthafte und konkrete Gefahr für potenzielle Opfer bestehe. In einem solchen Fall sei die öffentliche Sicherheit nicht weniger gefährdet als bei dem in Art. 221 Abs. 2 StPO festgehaltenen Haftgrund der Drohung. Es könne nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, im ersten Fall die Sicherheit Dritter einer ernsthaften Gefährdung auszusetzen. Damit schloss die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Lücke, was gemäss FORSTER (BSK-StPO, Art. 221 N. 15) sachlich und kriminalpolitisch dringend geboten war, aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit aber durch den Gesetzgeber nachvollzogen werden sollte. Dies ist nun aber nicht geschehen. Entgegen dem erläuternden Bericht, der auf BGE 137 IV 339 verweist, vermag der Haftgrund von Art. 221 Abs. 2 StPO die Lücke nicht vollständig zu füllen.

Der Regierungsrat schlägt deshalb eine Ergänzung der neuen Bestimmung in dem Sinne vor, als dass Haft wegen Wiederholungsgefahr auch ohne Vortat zulässig ist, sofern die beschuldigte Person dringend verdächtig ist, ein schweres Verbrechen begangen oder versucht zu haben, und eine ernsthafte und konkrete Gefahr weiterer gleichartiger Straftaten für potentielle Opfer besteht.

2.11 Art. 228a VE-StPO

Nach Ansicht des Regierungsrats birgt der letzte Satz von Art. 228a Abs. 1 VE-StPO (Haft Missbrauchsgefahr, weshalb dieser zu streichen ist. Aus Sicht der Strafgerichtsbarkeit darf die Haft nicht unabhängig von den Erfolgsaussichten über die Länge des Beschwerdeverfahrens von Gesetzes wegen aufrechterhalten werden. Deshalb sollte festgeschrieben werden, dass die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde resp. die Anordnung von Haft für die Dauer des Beschwerdeverfahrens entscheidet.

Was Art. 228a Abs. 2 VE-StPO betrifft, so entspricht die Beschwerdefrist von drei Stunden seit der Eröffnung des Entscheides des Zwangsmassnahmengerichts den Vorgaben des Bundesgerichts in BGer 1B_442/2011 vom 4. Januar 2012 (publiziert in BGE 138 IV 92 ff.). Die seither gemachten Erfahrungen zeigen aber, dass eine derart kurze Frist für die Staatsanwaltschaft nur schwer zu handhaben ist und mitunter gar prohibitiv wirkt. Ergeht der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts am späten Nachmittag, am Abend, am Wochenende oder an einem Feiertag, dann stellt die Fristwahrung einen sinnentleerten Automatismus dar, wird doch die Beschwerdeinstanz, soweit dies innerhalb der 48-Stundenfrist gemäss Art. 228a Abs. 4 VE-StPO i.V.m. Art. 226 Abs. 1 StPO möglich ist, in der Regel erst an einem der folgenden Arbeitstage entscheiden. Handelt es sich um einen komplizierten Fall, reicht die drei-

stündige Frist für eine ausreichend sorgfältige Beschwerdebeurteilung meistens nicht aus. Aber auch bei einfacheren Fällen ist die Fristwahrung schwierig oder gar unmöglich, wenn die zuständige Staatsanwältin oder der zuständige Staatsanwalt bspw. in einem anderen Fall vor Gericht aufzutreten hat. Um sowohl dem grundrechtlichen Beschleunigungsanspruch als auch einer effizienten Strafverfolgung Genüge zu tun, erachtet der Regierungsrat daher eine leicht längere Beschwerdefrist von 12 Stunden als angezeigt.

Der Verweis von Abs. 4 auf Art. 226 StPO mit der dort angeführten 48-Stundenregel übersieht, dass die Beschwerdeinstanz in den meisten Kantonen, anders als das Zwangsmassnahmengericht, ein Kollegialgericht ist. Eine Entscheidung innert 48 Stunden seit Eingang der Beschwerde ist schwerlich möglich. Abs. 4 ist deshalb anzupassen. Der Regierungsrat schlägt die Einführung einer 5-Tage-Regel, wie in Art. 233 StPO, vor.

2.12 Art. 233 Abs. 3 VE-StPO

Der Regierungsrat schlägt folgende sprachliche Präzisierung vor: „Diese leitet das Gesuch an die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz weiter. Die Verfahrensleitung entscheidet innert 5 Tagen seit Eingang des Gesuchs bei ihr.“

2.13 Art. 248 Abs. 3 Bst. b VE-StPO

Der Regierungsrat schlägt bezüglich Abs. 2 Bst. b folgende sprachliche Präzisierung vor: „im Rechtsmittelverfahren“ anstatt „in anderen Fällen“.

2.14 Art. 251a VE-StPO

Aus der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass es sich bei Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit aufgrund des Verdachts einer Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz oder anderer Gesetze um Beweisabnahmen im Sinne der StPO handelt. Weil die StPO auch die Zuständigkeit für die Durchführung und Anordnung solcher Massnahmen regelt, enthält das Strassenverkehrsgesetz keine entsprechenden Bestimmungen mehr. Für die Anordnung der Blutentnahme ist nach Art. 198 Abs. 1 Bst. a StPO die Staatsanwaltschaft zuständig. Eine solche Anordnung kann gemäss Art. 241 Abs. 1 StPO auch zunächst mündlich, mithin telefonisch durch den Pikettstaatsanwalt erfolgen. Bei der Blutentnahme handelt es sich um eine Zwangsmassnahme, die selbst dann von der Staatsanwaltschaft angeordnet werden muss, wenn der Betroffene in diese einwilligt. Für eine kantonale Bestimmung, welche die Zuständigkeit für die Anordnung einer Blutprobe unter bestimmten Bedingungen der Polizei überträgt, besteht folglich kein Raum (BGer 6B_942/2016 vom 7. September 2017, E. 5.2, zur Publikation vorgesehen, publ. in: ius.focus 11/2017 S. 29). Unter diesen Umständen ist es zu begrüssen, dass nunmehr eine gesetzliche Grundlage geschaffen wird, die der Polizei neu die Kompetenz zur Blutentnahme in denjenigen Fällen einräumt, in welchen der Staatsanwaltschaft aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben ohnehin kein Ermessen zusteht. Ebenso begrüssenswert ist die neu der Polizei eingeräumte Kompetenz zur Sicherstellung von Urin zur späteren Untersuchung, bei welcher es sich nicht um eine eingreifende Massnahme handelt.

2.15 Art. 255 StPO

Ein dringender Handlungsbedarf besteht bezüglich der vom VE-StPO nicht tangierten Bestimmung von Art. 255 StPO über DNA-Proben und Profilerstellung. Die heute bestehende rudimentäre gesetzliche Regelung hat zu einer rigiden Rechtsprechung des Bundesgerichts geführt, was sich mittelbar negativ auf die Aufklärungsquote im Bereich der Verbrechensbe-

kämpfung auswirken wird und nicht hingenommen werden darf. Die Bestimmung von Art. 255 StPO ist in dem Sinne zu ergänzen, dass die Abnahme einer DNA-Probe auch dann möglich sein muss, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die betroffene Person in andere Delikte von einer gewissen Schwere verwickelt sein könnte. Der Regierungsrat schlägt deshalb die Ausarbeitung einer angemessenen Formulierung von Art. 255 StPO durch das EJPD in Zusammenarbeit mit den interkantonalen Fachgremien vor.

2.16 Art. 269 Abs. 2 Bst. a und 286 Abs. 2 Bst. a VE-StPO

Es drängt sich eine Erweiterung der Deliktskataloge unter Art. 269 Abs. 2 Bst. a und Art. 286 Abs. 2 Bst. a VE-StPO auf. Aufzunehmen ist die AQ/IS-Strafnorm als Übergangsbestimmung bis Art. 260^{sexies} StGB in Kraft tritt. Auch fallen Art. 220 StGB (Entziehung von Minderjährigen) und Art. 143^{bis} StGB (Datenhacking) nicht unter die erwähnten Deliktskataloge, obschon sich hier weiterführende und rasche Ermittlungsansätze sehr oft nur dank entsprechender Überwachungsmassnahmen ergeben. Der Katalog der verdeckten Ermittlung (Art. 269 Abs. 2 Bst. a VE-StPO) ist ausserdem in Bezug auf Art. 197 Abs. 1 StGB (Pornografie) zu ergänzen. Die Einschränkung auf die Absätze 3 bis 5 führt zur Problematik, dass in Fällen, bei denen die Täterschaft pornographische Bildaufnahmen an Minderjährige verschickt, typisch sind Bildaufnahmen der Täterschaft von ihrem Geschlechtsteil, die verdeckte Ermittlung in dieser Phase noch nicht möglich ist und so die IP-Adresse und entsprechend die Identität nicht festgestellt werden können.

2.17 Art. 288 StPO

Ein weiterer Regelungsbedarf besteht im Bereich der Anonymitätssicherung für Interventionseinheiten, so dass ein neuer Art. 288 StPO zu schaffen ist. In der Vergangenheit hat sich wiederholt gezeigt, dass Mitarbeitende von Interventions- und Observationseinheiten, welche im Rahmen ihrer Tätigkeit in einem Gerichtsverfahren auftreten müssen, aufgrund der Offenlegung ihrer Identität, Gefahr laufen, in der entsprechenden Spezialeinheit, vor allem bei Observationen, nicht mehr einsetzbar zu sein. Zudem besteht angesichts der oftmals gefährlichen Täterschaft ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass Mitglieder von Interventionseinheiten und ihre Familienangehörigen bei Bekanntwerden der Identität Vergeltungsschläge zu befürchten haben. Es ist deshalb ein grosses Bedürfnis, Mitarbeitende von Interventionseinheiten mittels Gewährung der Anonymität im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu schützen. Das heisst bspw., dass deren Personalien ausschliesslich dem Gericht bekannt zu geben und von den Hauptakten separat und nicht partei-öffentlich aufzubewahren und zu bearbeiten sind. Andere europäische Länder, wie bspw. Frankreich und Belgien, handhaben dies bereits so.

2.18 Art. 294 Abs. 2 StPO

Es besteht Bedarf für einen neuen Art. 294 Abs. 2 StPO, in dem die Spezialthematik der Verdeckten Ermittlung im Bereich von Kinderpornografie geregelt wird. Oftmals steht die Kantonspolizei in diesem Bereich vor dem Problem, dass Polizisten in den einschlägigen Foren nur Einlass erhalten, wenn sie kinderpornografisches Material liefern. Wer dies nicht kann, wird umgehend ausgeschlossen. Entsprechend besteht für die verdeckten Ermittler keine Möglichkeit, sich einzuschleusen, zumal sie sich nach heutigem Recht strafbar machen würden, kämen sie der entsprechenden Aufforderung nach. Zum Zweck der Ermittlung wäre es jedoch sehr dienlich, wenn hier unter strengen Voraussetzungen Ausnahmen möglich wären (bspw. Weiterleitung von pornografischem Material, welches jedoch fiktive und nicht real existiert).

tierende Personen zeigt). Der Regierungsrat würde deshalb die Ergänzung von Art. 294 StPO um einen weiteren Absatz und die Erweiterung der Sachüberschrift (Verzicht auf die Eingrenzung auf das BetmG) begrüssen.

2.19 Art. 318 Abs. 1^{bis} und Abs. 3 VE-StPO

Das Opfer wird nach Art. 143 Abs. 1 Bst. c StPO schon bei der ersten Einvernahme umfassend über seine Rechte belehrt. Dazu gehört auch die Belehrung darüber, dass sich das Opfer als Kläger konstituieren kann. Aus der Sicht des Regierungsrats besteht keine Veranlassung, dem Opfer bei Abschluss der Untersuchung nochmals mitzuteilen, dass es sich als Kläger konstituieren kann. Insbesondere in den praktisch nicht seltenen Fällen, bei denen nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens ohne Eröffnung einer Untersuchung direkt ein Strafbefehl erlassen werden kann, führt die erneute Belehrung des Opfers über die Möglichkeit, sich als Kläger zu konstituieren, mit entsprechender Fristansetzung zu einer Verzögerung des Verfahrens, die nicht erforderlich ist, zumal bei dieser Konstellation das Opfer durch die Straftat in der Regel eine relativ geringfügige Beeinträchtigung erlitten hat.

2.20 Art. 352 VE-StPO

Die Vorlage sieht vor, die Strafbefehlskompetenz der Staatsanwaltschaft auf 120 Strafeinheiten herabzusetzen, sofern sich ein Opfer als Privatkläger am Strafverfahren beteiligt. Begründet wird dies mit dem Anliegen, die Situation von Opfern im Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens zu verbessern. Für das Opfer sei es wichtig, dass es das Strafverfahren nicht als summarische Erledigung einer nach seinem Empfinden sehr wichtigen Angelegenheit wahrnehme. Der Kanton Bern empfiehlt, auf diese Einschränkung des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens zu verzichten.

Der im erläuternden Bericht zitierte Schlussbericht über die Evaluation des Opferhilfegesetzes kommt zum Schluss, es sei je nach Opfer für die persönliche Verarbeitung von Bedeutung, dass eine öffentliche Verhandlung stattfinde. Es kann hingegen nicht behauptet werden, Opfer wünschten generell zwecks besserer Verarbeitung die Durchführung einer (öffentlichen) Verhandlung. Für sie bedeutet die Teilnahme an einer Verhandlung nicht selten eine zusätzliche Belastung, auf die sie gerne verzichten würden. In diesem Zusammenhang wird nicht von ungefähr von sekundärer Viktimisierung durch das Verfahren gesprochen.

Die vermeintliche Verbesserung würde im Übrigen nur eine geringe Zahl von Opfern betreffen. Im Strafbefehlsverfahren geahndete Delikte mit Opferbeteiligung im Bereich zwischen 120 und 180 Strafeinheiten fallen zahlenmässig nicht ins Gewicht. Den Opferanliegen wird in diesen relativ seltenen Fällen im Übrigen durch den Ausbau ihrer Rechte genügend Rechnung getragen, ohne dass die Strafbefehlskompetenz eingeschränkt werden müsste:

- Der Regierungsrat interpretiert den bereits zitierten Schlussbericht in dem Sinne, als dass das Strafbefehlsverfahren bei Opfern in erster Linie deshalb auf Kritik stösst, weil bisher bestrittene Zivilforderungen nicht beurteilt werden konnten. Dieser Mangel soll aber mit der neuen Fassung von Art. 353 Abs. 2 StPO behoben werden.
- Sollte entgegen den oben zu Art. 318 Abs. 1^{bis} VE-StPO gemachten Ausführungen an dessen Revision festgehalten werden, werden die Opfer im Rahmen der Frist von Art. 318 StPO über die staatsanwaltschaftlichen Absichten zum weiteren Verfahrensgang informiert und es wird ihnen eine Frist eingeräumt, sich als Privatkläger zu konstituieren und Beweisangebote zu stellen. Auch dieses zusätzliche Mitwirkungsrecht lässt eine summarische Erledigung ohne Berücksichtigung von Opferaspekten nicht zu.

- Ferner soll das durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisierte Einspracherecht der Opfer gesetzlich verankert werden. Ein Opfer, dem an einer Verfahrenserledigung in einer Verhandlung gelegen ist, hat die Möglichkeit, dies durch blosser Einlegung des Rechtsbehelfs zu erzwingen. Hierbei wird die Position des Opfers zusätzlich insofern gestärkt, als ihm neu auch zur Durchsetzung seiner Strafklage die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird.

Es zeigt sich also, dass die vorgeschlagene Einschränkung des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens bei Delikten mit Opferbeteiligung in Anbetracht des anderweitigen Ausbaus der Opferrechte überflüssig ist.

Weiter erscheinen die vorgeschlagenen Abs. 1^{bis} und 3 auch aus anderen Gründen nicht glücklich. In einem Strafbefehl werden häufig mehrere Delikte beurteilt, von denen vielleicht nur eines eine Opferbeteiligung aufweist. Es käme dann das ordentliche Verfahren zur Anwendung, obwohl die gesonderte Beurteilung der einzelnen Delikte eigentlich in der Strafbefehlskompetenz liegen würde. Dies widerspricht dem berechtigten Anliegen rascher und kostengünstiger Verfahren. Nicht nachvollziehbar ist ferner, weshalb bei der Verbindung von Strafen bei Opferbeteiligung eine Freiheitsstrafe von höchstens drei Monaten ausgesprochen werden dürfte, obgleich die Strafkompentenz in solchen Fällen bei 120 Strafeinheiten läge.

Zusammengefasst ergibt sich, dass die vorgeschlagene Revision von Art. 352 StPO sachlich unnötig ist und überdies ungereimte Ergebnisse produzieren würde. Der Regierungsrat empfiehlt deshalb, darauf zu verzichten.

2.21 Art. 352a VE-StPO

Die Änderung ist sachgerecht, sie wird allerdings Zusatzaufwand mit sich bringen. Unklar bleibt bei der vorgeschlagenen Lösung, ob man einen Strafbefehl erlassen kann, wenn die beschuldigte Person durch ihren Anwalt mitteilen lässt, dass sie ihre Aussage verweigert oder am Einvernahmetermin nicht erscheint.

Wenn jemand keine Aussagen macht, kommt dies einem Verzicht auf die Einvernahme gleich. In diesen Fällen muss es möglich sein, trotz fehlender Einvernahme einen Strafbefehl zu erlassen. Daher unterbreitet der Regierungsrat den folgenden Formulierungsvorschlag:

«Wurde der Beschuldigte durch die Polizei bereits befragt, kann er auf eine Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft verzichten.»

2.22 Art. 354 Abs. 1^{ter} VE-StPO

Der Vorentwurf sieht hinsichtlich der Einsprache gegen den Strafbefehl neu zwei unterschiedliche Fristen vor: Eine 10-tägige in denjenigen Fällen, in welchen der Strafbefehl von der Staatsanwaltschaft ausgehändigt wird, und eine 20-tägige in den übrigen Fällen. Dem Umstand, dass die 10-tägige Frist gemäss geltendem Recht in Praxis und Lehre als «zu kurz» bzw. als «grenzwertig» erachtet wird, kann ohne weiteres mit der vorgeschlagenen Verlängerung auf 20 Tage Rechnung getragen werden.

Aus Sicht des Regierungsrats erscheint es nicht sinnvoll, inskünftig zwischen zwei verschiedenen Fristen differenzieren zu müssen. Dadurch entstünde insbesondere für die beschuldigte Person eine unübersichtliche Situation, wohingegen eine einheitliche Fristenregelung Klarheit und Rechtssicherheit schaffen würde. Ferner hätte eine solche Differenzierung einen beträchtlichen, nicht zuletzt auch fehleranfälligen Mehraufwand bei der Fristenkontrolle zur Folge. Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass der Strafbefehl nur in einem Bruchteil aller

Fälle von der Staatsanwaltschaft ausgehändigt wird. Eine Ausweitung der Einsprachefrist auf 20 Tage auch in diesen Fällen würde mithin verfahrensmässig nicht ins Gewicht fallen, würde aber das Erfordernis der raschen Rechtskraft im einfachen, vom Gesetzgeber gewollt effizient gewünschten Strafbefehlsverfahren tangieren. Aufgrund dieser Überlegungen hält der Regierungsrat dafür, die Frist einheitlich auf 10 oder aber 20 Tage festzusetzen.

2.23 Art. 355 Abs. 2 VE-StPO

Die Rückzugsfiktion bei unentschuldigtem Fernbleiben von der Einvernahme nach Einsprache ist im Zusammenhang mit dem Umstand zu sehen, dass die beschuldigte Person ihre Einsprache nicht begründen muss. Wird sie nicht (mit Hilfe der Rückzugsfiktion) verpflichtet, zur Einvernahme zu erscheinen, dann kann dies zur Folge haben, dass gar nicht klar wird, wieso Einsprache erhoben wurde.

In der Praxis sind rein querulatorische Einsprachen in Bagatellfällen relativ häufig. Die bisherige Regelung ermöglichte es, solche Verfahren einfach zu erledigen, wenn die beschuldigte Person nach Einsprache nicht zur Einvernahme erschien, um zu erklären, aus welchem Grund sie Einsprache erhob.

Demgegenüber wird die Streichung der Rückzugsfiktion bei unentschuldigtem Fernbleiben von Einvernahmen nach Einsprache eine Vielzahl von längeren und aufwendigeren Strafbefehlsverfahren nach sich ziehen. Zudem ist davon auszugehen, dass die Einsprachequote ansteigen wird, wenn eine beschuldigte Person einfach Einsprache erheben, aber anschliessend ohne Konsequenzen auf eine weitere Mitwirkung verzichten und das Verfahren so behindern und verzögern kann (durch Nichterscheinen, Nichtannahme von Vorladungen, Abmelden bei Behörden ohne neue Wohnsitznahme, etc.).

Bleibt die beschuldigte Person der Einvernahme fern, sind vor allem bei Bagatelldelikten eine Zuführung zur Einvernahme bzw. ein Verhaftsbefehl und die Ausschreibung zur Verhaftung nicht verhältnismässig. Sollte die Rückzugsfiktion wegfallen, werden die Strafbefehlsverfahren in der Regel sistiert werden müssen und in der Folge vor allem bei Übertretungen angesichts der kurzen Fristen verjähren. Daneben bliebe nur die unsachgemässe Möglichkeit, am Strafbefehl festzuhalten und die Angelegenheit dem Gericht zur Beurteilung zu überweisen, obwohl die Gründe der Einsprache nicht vorgängig durch die Staatsanwaltschaft geklärt werden konnten. Dies verursacht sowohl bei der Staatsanwaltschaft als auch beim Gericht einen unnötigen Mehraufwand, der im Bagatelldeliktbereich nicht gerechtfertigt ist. Zudem dürfte in der Folge vor Gericht nicht ohne weiteres ein Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden können. Dieses setzt unter anderem voraus, dass die beschuldigte Person im bisherigen Verfahren ausreichend Gelegenheit gehabt hat, sich zu den ihr vorgeworfenen Straftaten zu äussern. In den meisten Strafbefehlsverfahren liegen einzig polizeiliche, nicht staatsanwaltschaftliche Einvernahmen vor, was den Voraussetzungen für ein Abwesenheitsverfahren nicht genügen dürfte.

Die vom Bundesgericht überprüften Fälle betrafen Konstellationen, bei denen klar war, dass und warum die beschuldigte Person hatte Einsprache erheben wollen und eine Beurteilung durch das Gericht verlangte. Bei solchen Konstellationen ist die Rückzugsfiktion tatsächlich störend. Wo Einschränkungen notwendig sind, relativiert die Praxis des Bundesgerichts Art. 355 Abs. 2 und 356 Abs. 4 StPO, lässt aber immer noch Raum für eine sinnvolle Anwendung der Rückzugsfiktion namentlich bei nicht begründeten Einsprachen im Bagatellbereich. Wenn eine Person die Rechtsmittelbelehrung im Strafbefehl versteht und entsprechend han-

delt, ist anzunehmen, dass diese Person auch eine Vorladung mit den entsprechenden Konsequenzen verstehen kann.

Die angemessene Lösung wäre, nur diejenigen Personen zum Erscheinen zur Einvernahme zu verpflichten (und dies mit der Rückzugsfiktion abzusichern), welche die Einsprache nicht begründet hat oder die Rückzugsfiktion auf Bagatelldelikte einzuschränken.

2.24 Art. 356 Abs. 4 VE-StPO

Die Streichung des Absatzes 4 ist abzulehnen: Wer durch Einsprache gegen den Strafbefehl erzwingt, dass das Gericht den Fall überprüfen muss, soll verpflichtet sein, dort zu erscheinen. Diese Regel gilt ja auch für das Berufungsverfahren. Die Streichung von Abs. 4 hätte zur Folge, dass auch in solchen Bagatellfällen ein normales Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden müsste, was mit Blick auf den Aufwand keinen Sinn macht.

2.25 Art. 388 VE-StPO

Der Regierungsrat wendet sich nicht gegen die Einfügung des vorgeschlagenen Art. 388 Abs. 2 StPO. Hingegen ist er der Ansicht, dass Art. 388 Abs. 1 Bst. b StPO aus Gründen der Kohärenz mit dem zu revidierenden Art. 232 StPO neu lauten müsste:

«die Haft beantragen».

2.26 Art. 395 Bst. b VE-StPO

Die vorgesehene Ausweitung der Verfahrenskompetenz von Fr. 5'000.– auf Fr. 30'000.– und damit oft auf wichtige vermögensrechtliche resp. materiell-rechtliche Fragen lehnt der Regierungsrat mangels Änderungsbedarf ab.

2.27 Art. 10 Abs. 3 VE-JStPO

Die Streichung der alten Normierung, womit auch für sämtliche Übertretungen die Behörden am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts (Wohnsitz-Prinzip) der jugendlichen beschuldigten Person für die Strafverfolgung zuständig sind, wird ausdrücklich begrüsst.

Hingegen sei der Hinweis erlaubt, dass eine Zuständigkeit bei Übertretungen am Begehungs-ort nach wie vor, auch unter dieser neuen Regelung, verbleiben wird. Es handelt sich dabei um Widerhandlungen gegen kantonale Strafbestimmungen, welche nach bisheriger Praxis nie von einem anderen Kanton auch bei durchgeführten Gerichtsstandsverfahren zur Strafverfolgung und Sanktionierung übernommen wurden. Zu denken ist hierbei beispielsweise an kantonale Strafbestimmungen bezüglich Vermummungsverbot oder Teilnahme an einer unbewilligten Demonstration, Nachtruhestörung etc.

2.28 Art. 32 Abs. 5 und 5^{bis} VE-JStPO

Wenn neuerdings die Privatklägerschaft auch im Schuldpunkt zur Einsprache legitimiert wird, ist eine Revision von Art. 20 Abs. 2 JStPO ernsthaft zu prüfen. Nach dieser Regelung ist der Privatklägerschaft die Anwesenheit bei der Hauptverhandlung grundsätzlich untersagt. Bloss bei Vorliegen besonderer Umstände, kann die Teilnahme ausnahmsweise gestattet werden. Diese Ausschlussregelung ist nun aber bei der einsprechenden Privatklägerschaft im Schuldpunkt zumindest fraglich. Wird das Verfahren durch Festhalten am Strafbefehl zur Anklage beim Jugendgericht erhoben, könnte sich eine persönliche Teilnahme der Privatklägerschaft an der Hauptverhandlung geradezu aufdrängen, ohne dass noch weitere besondere Umstände vorliegen müssten, welche eine Teilnahme ausnahmsweise gestatten würden.

Der Regierungsrat dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident

Bernhard Pulver

Der Staatsschreiber

Christoph Auer

Verteiler

- Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion
- Gesundheits- und Fürsorgedirektion
- Polizei- und Militärdirektion
- Justizleitung

Regierungsrat BL, Rathausstrasse 2, 4410 Liestal

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Bern
Per E-Mail an:
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Liestal, 6. März 2018

Vernehmlassung
zum Entwurf einer Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383
"Anpassung der Strafprozessordnung")

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Meinungsäusserung und teilen in erwähnter Angelegenheit Folgendes mit:

1. Grundsätzliche Bemerkungen

Grundsätzlich betrachten wir die Strafprozessordnung (StPO) als revisionsbedürftig, da die Praxis gezeigt hat, dass die StPO in ihrer heutigen Fassung gewisse Mängel aufweist. Grundsätzlich ist es daher richtig, die StPO zu revidieren. Bei genauerer Prüfung der vorgeschlagenen Revisionspunkte zeigt sich allerdings, dass der Revisionsentwurf in einigen Bereichen nicht hinnehmbare Verschlechterungen bringt.

Generell ist bei der Revision der StPO darauf zu achten, dass keine zusätzlichen Kosten ausgelöst und die Verfahren nicht unnötig verlängert werden. Die StPO soll ein griffiges Werkzeug darstellen, um das Strafverfahren fair, straff, effizient und auch kostengünstig durchführen zu können.

Mit der vorliegenden Revision werden die Verfahren noch komplizierter und der formalistische Aufwand nimmt nochmals zu.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass mit dem vorliegenden Entwurf eine Chance nicht ergriffen wurde, die StPO effizienter, mehr der materiellen Wahrheit verpflichtet und kostengünstiger auszugestalten.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

2.1.1. Art. 52 und 53 Verfahrenshandlungen in einem anderen Kanton

Diese Bestimmungen wurden beim Erlass der StPO etwas rudimentär verfasst. Daher ist heute das Verständnis in den Kantonen unterschiedlich, ob eine Staatsanwaltschaft „ihrer“ Polizei in Auftrag geben kann, in einem fremden Kanton tätig zu werden, ohne die dortige Staatsanwaltschaft im Sinne von Art. 53 darum zu ersuchen, die lokale Polizei beizuziehen.

Zwei Gründe sprechen für eine restriktive Auslegung dieser Bestimmungen:

1. Verfassungsmässige Staatsordnung: Der Föderalismus ist grundlegendes Merkmal unseres Staates. Die Polizeihöhe liegt bei den Kantonen. Die Zuständigkeit einer Polizei beschränkt sich somit grundsätzlich nur auf das Gebiet ihres Kantons.
2. Risiko: Bei der Eskalation einer Situation muss die lokale Polizei handeln können. Ist sie aber nicht von Anfang an beigezogen, kann sie kaum zeitgerecht tätig werden. Handelt eine „fremde“ Polizei ohne vorherige Information in einem anderen Kanton, ist es umständlich und langwierig, im Notfall die lokale Polizei beizuziehen. Es kann zu Missverständnissen und gefährlichen Situationen führen. So kann z.B. bei der Verhaftung und Abführung einer Person durch zivile Polizisten eines anderen Kantons für Nichtbeteiligte der Eindruck entstehen, dass diese Person von Unbekannten entführt wird. Ohne Kenntnis des Zusammenhanges dürfte dann die lokale Polizei zur Bekämpfung dieser Entführung beigezogen werden und ggf. versuchen, das vermeintliche Entführungsoffer zu befreien, wobei dies zu potentiell sehr gefährlichen Situationen führen kann.

Wir sind der Meinung, dass in Analogie zu Art. 216 bei Amtshandlungen – insbesondere Zwangsmassnahmen – einer Polizei in einem anderen Kanton immer die lokale Polizei beizuziehen ist und dies auch ausdrücklich in der StPO festgehalten sein muss.

2.1.2. Art. 55 Sachüberschrift und Art. 55a Zuständigkeit des ZMG bei Ersuchen um (1) Durchführung einer rechtshilfeweisen Massnahme im Ausland und (2) Beschlagnahme von Vermögenswerten im Ausland

Diese zusätzliche Hürde (Zuständigkeit Zwangsmassnahmengericht im internationalen Verhältnis) verkompliziert und verlängert das Verfahren unnötig.

Wir beantragen, diesen Revisionsvorschlag zu streichen.

2.1.3. Art. 75 Mitteilung an andere Behörden

Zu prüfen ist eine Erweiterung von Art. 75 StPO. Dieser erlaubt nur Mitteilungen an Behörden. Es gibt aber Bereiche, in denen der Gesetzgeber nach der Verurteilung einem besonderen Schutzbedürfnis Rechnung trägt, indem er ein Berufs- oder Tätigkeitsverbot vorsieht (Art. 67 Abs. 1 StGB). Eine Meldung eines laufenden Strafverfahrens an Private ist nach dem geltenden Art. 75 StPO nicht möglich. Das bedeutet, dass beispielsweise ein Sportverein keine Kenntnis hat von Übergriffen eines Trainers auf Jugendliche und deshalb auch keine entsprechenden Massnahmen treffen kann, die Übergriffe also trotz laufendem Verfahren noch jahrelang andauern können. Dasselbe trifft auf private Arbeitgeber zu. Inwieweit dies in der Praxis anderweitig gelöst wird wie allenfalls ein Tätigkeitsverbot mittels Ersatzmassnahme/Weisung nach Art. 237 StPO. Dies bedingt aber, dass die Voraussetzungen für eine Untersuchungshaft vorliegen, was eine hohe Schwelle darstellt.

Im Übrigen besteht eine Inkohärenz zwischen Art. 75 und Art. 101 StPO: Erstere lässt Meldungen über laufende Verfahren nur an Behörden zu, letzterer aber eine Akteneinsicht auch für Dritte, wenn sie ein schützenswertes Interesse geltend machen können. Da stellt sich die Frage, wie man bei schützenswertem Interesse eine Akteneinsicht beantragen kann, wenn man keine Meldung betreffend das Strafverfahren erhalten darf.

2.1.4. Art. 78a sowie Ziff. 1.3.3 und 2.1.5 des erläuternden Berichts: Ausweitung der Aufzeichnung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln

Neu soll die Verpflichtung zur laufenden Protokollierung während der aufgezeichneten Einvernahme im Vorverfahren aufgehoben werden. Bei Aufzeichnung der Einvernahme soll ein Protokoll auch nachträglich erstellt werden können, wobei dieses bloss sinngemäss zu sein hat. Es wird sogar zur Diskussion gestellt, auf eine nachträgliche Überführung des Aufgezeichneten in Schriftform ganz zu verzichten. Diesfalls wären - so der erläuternde Bericht in Ziff. 1.3.3 - einzig die Aufzeichnungen zu den Akten zu nehmen und die Mitglieder des Gerichts sowie die Parteivertreter gehalten, die Aufzeichnungen abzuhören und sich persönliche Notizen zu machen. Wenn sich die Einvernahme tatsächlich ohne ständige Unterbrechung durch Nachführung des Protokolls flüssiger gestaltet und zudem nonverbale Kommunikation erfasst wird, wie in Ziff. 2.1.5 des erläuternden Berichts ausgeführt wird, ist nichts dagegen einzuwenden, dass die Möglichkeit der technischen Aufzeichnung ohne gleichzeitige Protokollierung auch für das Vorverfahren gelten soll. Allerdings soll in jedem Fall obligatorisch nachträglich eine schriftliche Protokollierung stattfinden, und zwar nicht nur eine sinngemässe, sondern ein Wortprotokoll, das durch die einvernommene Person zu unterschreiben ist. Gerade in den ersten Einvernahmen, wenn die Erinnerungen an den Tatablauf noch frisch sind, kann es mitunter auf jedes einzelne Wort ankommen. Die bloss sinngemässe, nachträgliche Protokollierung birgt hingegen die Gefahr, zu kurz und insbesondere sinnentstellend auszufallen. Auch beinhaltet das nochmalige Durchlesen und Unterschreiben durch die einvernommene Person eine erhöhte Verbindlichkeit und es werden Situationen vermieden, in denen die einvernommene Person später im gerichtlichen Verfahren bereits gemachte Aussagen bestreitet.

Es entspricht denn auch der derzeitigen Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte, während der Gerichtsverhandlung neben einer Audioaufnahme ein Schriftprotokoll führen, welches sehr detailliert ist. Es liesse sich nicht nachvollziehen, dass für Einvernahmen im Vorverfahren weniger strenge Anforderungen gelten sollen als für solche im Hauptverfahren. Als völlig abwegig und schlechthin nicht umsetzbar zu bezeichnen ist die Variante, auf das nachträgliche Protokollieren gänzlich zu verzichten. Dann müssten die Mitglieder des Gerichts sowie die Parteivertreter allen Ernstes stunden-, tage- oder gar wochenlang die Aufzeichnungen abhören und sich dazu persönliche Notizen machen. Dies würde nicht im Geringsten zu einer Kostenminderung für die Kantone führen, sondern sich im Gegenteil massiv auf die Personal- und Verfahrenskosten niederschlagen, nimmt doch das Abhören einer Aufzeichnung zeitlich ein Vielfaches in Anspruch als das Durchlesen eines Einvernahmeprotokolls. Ganz abgesehen davon müssten sämtliche mit dem Fall befassten Personen und Behörden über die erforderlichen technischen Einrichtungen verfügen, was wiederum Kosten verursacht. Dieses Vorgehen wäre somit für niemanden praktikabel. Wenn künftig nur noch die Aufzeichnungen Aktenbestandteil bilden sollen, so gilt es im Weiteren zu bedenken, dass in den Rechtsschriften der Parteien und in den gerichtlichen Entscheiden kein Verweis mehr auf eine bestimmte Aktenstelle möglich sein wird, sondern auf mühsame Art und Weise die genaue Fundstelle in der Ton- bzw. Bildaufnahme bezeichnet werden muss. Abschliessend sei daran erinnert, dass die vorgesehene Gesetzesänderung die Position der beschuldigten Person klar schwächt; von einer Waffengleichheit gegenüber der Staatsanwaltschaft kann hier keine Rede mehr sein.

Antrag: Unveränderte Beibehaltung der bisherigen Regelung, welche sich bewährt hat.

Sollte Art. 78a StPO dennoch eingeführt werden, so hat zumindest eine obligatorische nachträgliche Protokollierung unmittelbar im Anschluss an die Einvernahme samt Unterschrift der einvernommenen Person stattzufinden.

2.1.5. Art. 88 Abs. 4 Öffentliche Bekanntmachung

Die Annahme, dass Strafbefehle, die nicht zugestellt werden können, im Amtsblatt gelesen werden, erscheint als wenig realistisch. Diese Massnahme verursacht Kosten und Aufwand ohne erkennbaren Nutzen.

Antrag: Streichung der Bestimmung.

2.1.6. Art. 118^{bis} Verfahren mit sehr grosser Zahl von Privatklägern (zusätzlicher Vorschlag)

Zumindest in grossen Wirtschaftsstraffällen mit mehreren hundert oder über tausend Geschädigten/Privatklägern (z.B. Fall Behring) - vielfach mit Wohnsitz im Ausland - entstehen bei den Strafverfolgungsbehörden und beim Gericht grosse Bearbeitungsprobleme. Der Umgang mit den Privatklägern und vor allem die Gewährung all ihrer Verfahrensrechte (in jedem Verfahrensstadium)

lösen einen sehr grossen Arbeitsaufwand aus. Er steht in keinem Verhältnis zur Ausübung dieser Verfahrensrechte und verzögert das Verfahren stark. Es sind jeweils alle Privatkläger zu bedienen, obschon sich nur ganz wenige über das Geltendmachen ihres finanziellen Anspruchs hinaus am Verfahren beteiligen.

Diesem Problem kann begegnet werden, indem an die Ausübung von Rechten durch Privatkläger Anforderungen gestellt werden. So könnte von im Ausland wohnhaften Privatklägern verlangt werden, dass diese ein Schweizer Zustelldomizil errichten, wenn sie ihre Rechte im Verfahren ausüben wollen. Bei einer Vielzahl von Privatklägern sollten diese durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht verpflichtet werden können, ihre Rechte über einen gemeinsamen Vertreter wahrzunehmen.

2.1.7. Art. 123 Abs. 2 Zeitpunkt der Bezifferung und Begründung der Zivilklage

Die vorgeschlagene Schlechterstellung der Opfer (Privatklägerschaft) kann nicht nachvollzogen werden.

Es gibt keinen Anlass, die Abklärungen im Zusammenhang mit Sachbeschädigung; Rechnungserhebungen, die Einforderung von Dokumenten usw. ausschliesslich auf das Vorverfahren zu beschränken.

Antrag: Verzicht auf den Revisionsvorschlag.

2.1.8. Art. 126 Abs. 2 Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren

Es ist mit erheblichem Mehraufwand für die Polizei (und die Staatsanwaltschaft) zu rechnen. Ausserdem dürfte diese Massnahme zu vermehrten Beschwerdeverfahren aus rein finanziellen Gründen führen, wodurch die Verfahren in die Länge gezogen werden und dem Beschleunigungsgebot nur unzureichend Rechnung getragen werden kann.

Antrag: Verzicht auf den Revisionsvorschlag.

2.1.9. Art. 131 Abs. 2 und 3 Sicherstellung der notwendigen Verteidigung

Ein Vorverfahren wird nicht formell eingeleitet. Wir regen daher an, auf diesen Terminus bzw. überhaupt auf die Nennung eines Zeitpunkts zu verzichten und stattdessen einzig auf das Vorliegen der Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung abzustellen.

Antrag: Gesetzestext:

„Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung erfüllt, so ist diese umgehend sicherzustellen“.

2.1.10. Art. 133 Bestellung der amtlichen Verteidigung

Die vorgeschlagene Regelung, wonach für die Bestellung der amtlichen Verteidigung das Zwangsmassnahmengericht oder eine von der Verfahrensleitung unabhängige Stelle zuständig sein soll, wird abgelehnt, insbesondere da die bisherige Regelung zu keinen nennenswerten Problemen geführt hat. Die vorgeschlagene Regelung ist schwerfällig und auch erheblich aufwändiger als wenn die Zuständigkeit für die Bestellung der amtlichen Verteidiger im Vorverfahren bei der Staatsanwaltschaft verbleibt, wenn auch nicht bei der fallführenden. Zudem vermag die Argumentation, die Staatsanwaltschaft setze eine ihr möglichst genehme Verteidigung ein, nicht zu überzeugen und stellt vielmehr eine Geringschätzung der Anwaltschaft dar. Es darf doch davon ausgegangen werden, dass die prozessbeteiligten Verteidigungen und die jeweiligen Verfahrensleitungen ihre - ihnen vom Strafprozessrecht zuge dachte - Rolle professionell wahrnehmen.

Schliesslich gilt es zu beachten, dass die Entscheide der Staatsanwaltschaft an die Beschwerdeinstanz weitergezogen werden können.

Die heutige Lösung ist deshalb so zu belassen. Es entscheidet im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft sowohl über die amtliche Verteidigung als auch über die Person des amtlichen Verteidigers. Diese Regelung hat den Vorteil der Einfachheit und Raschheit: Für Bestellung, Wechsel, Widerruf sowohl des notwendigen (Art. 132 Abs. 1 lit. a) wie des nicht notwendigen amtlichen Verteidigers (Art. 132 Abs. 1 lit. b) ist immer die gleiche Behörde zuständig. Die Notwendigkeit, unter Umständen (bei schweren Delikten) innert weniger Stunden eine notwendige Verteidigung sicherzustellen, spricht gegen den Einbezug einer weiteren Behörde. Die organisatorische Regelung soll dabei den Kantonen überlassen bleiben.

Nur am Rande sei auf die zusätzlichen Kosten hingewiesen, falls eine zusätzliche Behörde neu ein 24h/365 Tage-Pikett einrichten müsste.

Wir weisen darauf hin, dass sowohl das Zwangsmassnahmengericht als auch das Kantonsgericht Basel-Landschaft in zeitlich dringenden Fällen praxisgemäss die amtliche Verteidigung jeweils aufgrund der anonymisierten Pikettliste des Anwaltsverbandes einsetzen und damit keinerlei Einfluss auf die konkrete Person der amtlichen Verteidigung ausüben. Diese Praxis hat sich bisher bewährt.

Antrag: Verzicht auf den Revisionsvorschlag, Belassung der bisherigen Regelung.

2.1.11. Art. 135 Abs. 1 zweiter Satz VE-StPO: Entschädigung der amtlichen Verteidigung

In dieser Bestimmung ist vorgesehen, dass die amtliche Verteidigung bei Obsiegen neu Anspruch auf ein Honorar in der Höhe der Wahlverteidigung haben soll. Der kantonale Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, dass die durch den Staat finanzierte amtliche Verteidigung eine tiefere Entschädigung erhält als die privat finanzierte Wahlverteidigung. Wenn der Ausgang des Verfah-

rens neu daran etwas ändern soll, wird dies unweigerlich zu einer weiteren Zunahme der Verteidigerkosten zu Lasten der Staatskasse führen.

Antrag: Ablehnung des Revisionsentwurfs.

2.1.12. Art. 147 Abs. 3 und 3^{bis} StPO, Art. 147a StPO: Teilnahmerechte

Die Teilnahmerechte in ihrer aktuellen Ausgestaltung erschweren den Auftrag der Staatsanwaltschaft enorm und führen zudem zu einer Verteuerung und einer Verlängerung des Verfahrens. So wurde beispielsweise in einem einfacheren Verfahren mit fünf Beschuldigten berechnet, dass alleine in den ersten zwei Monaten des Verfahrens Mehrkosten in der Höhe von CHF 30'000.00 angefallen sind, ohne Berücksichtigung des Mehraufwands für die Staatsanwaltschaft. Diese Kosten belasten in erster Linie die Kantone und den Steuerzahler. Es ist auch zu beobachten, dass höhere Kosten beim Vorliegen von amtlichen Verteidigungen anfallen, als bei gewählten Verteidigungen. Letztere nehmen die Teilnahmerechte grundsätzlich seltener wahr. Problematischer als die finanziellen Auswirkungen sind jedoch die Auswirkungen auf die Wahrheitsfindung, was im Folgenden kurz darzustellen ist:

Durch das mit der Strafprozessordnung gewählte Staatsanwaltschaftsmodell und insbesondere mit den Artikeln 307 und 309 StPO ist die Staatsanwaltschaft sehr früh in zahlreiche Strafverfahren involviert. So hat die Polizei gemäss Art. 307 StPO die Staatsanwaltschaft unverzüglich über schwere Straftaten und andere schwer wiegende Ereignisse zu informieren und die Staatsanwaltschaft hat gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO eine Untersuchung zu eröffnen, wenn sie im Sinne von Art. 307 durch die Polizei informiert worden ist. Da diese Informationspflicht „unverzüglich“ zu erfolgen hat, steht der massgebliche Sachverhalt zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest. Die genauen Tatumstände, die Tatbeteiligungen bei mehreren Tätern, die Motivlage und subjektive Elemente müssen somit erst ermittelt werden. Ein wichtiges Instrument zur Klärung des Sachverhalts stellen dabei Einvernahmen dar. Diese werden miteinander und mit allfällig vorhandenen Sachbeweisen oder weiteren Indizien abgeglichen und allfällige Widersprüche werden geklärt. Dabei ist ein Strafverfahren äusserst dynamisch. Je nach Entwicklung stellt sich der Sachverhalt immer wieder anders dar oder es zeigen sich im Verlaufe des Verfahrens weitere Aspekte, die zu Beginn des Verfahrens nicht bekannt gewesen waren. Um herauszufinden, was wirklich passiert ist, sind die Staatsanwaltschaften in einer ersten Phase darauf angewiesen, Aussagen unbeeinflusst erhalten zu können. Die Beschuldigten erhalten selbstverständlich zu einem späteren Zeitpunkt das Recht, zu diesen Aussagen Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen. Es geht somit schlicht darum, mehrere Personen zur gleichen Sache zu befragen, bevor sich diese haben absprechen können oder auf andere Weise Kenntnis von den Aussagen der anderen Beteiligten erhalten. Aus allfälligen Abweichungen ergeben sich dann Anhaltspunkte dafür, ob jemand die Wahrheit sagt oder nicht. Umgekehrt kann aber auch davon ausgegangen werden, dass man sehr nahe an der Wahrheit dran ist, wenn mehrere Personen dasselbe aussagen, ohne dass sie sich zuvor haben absprechen können oder auf andere Weise Kenntnis von allfälligen anderen Aussagen erhalten haben. Wichtig für die Ermittlung der materiellen Wahrheit kann aber auch ein Wissensvorsprung

sein. Vielleicht nennt zum Beispiel der eine Mittäter eines Raubüberfalls ein wichtiges Detail, das zu weiteren Beweismitteln führt. Gerade wenn sich Personen nicht in Untersuchungshaft befinden, brauchen die Strafverfolgungsbehörden Zeit, um solche Beweismittel zu sichern, bevor sie anderen Mittätern zur Kenntnis gelangen. Insbesondere schwere Straftaten werden zudem oft nicht von Einzeltätern begangen. Bis man weiss, wer in welcher Hierarchiestufe gehandelt hat bzw. wer welchen Tatbeitrag geleistet hat, müssen oftmals zahlreiche Sach- und Personalbeweise erhoben werden. Es ist sicherlich gut vorstellbar, dass ein Mittäter unterer Hierarchiestufe kaum dazu bereit ist, in Anwesenheit seines „Vorgesetzten“ irgendwelche Aussagen zu machen.

Aus all diesen Gründen sollten daher Aussagen – zumindest in der ersten Phase der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen bzw. solange es überhaupt um die Sachverhaltsermittlung geht – ohne Teilnahmerechte und vor allem auch zeitnah erhoben werden können, wenn sie dem Ziel der Wahrheitsfindung auch wirklich dienen sollen.

Beim Kernanliegen, die aktuelle Regelung der Teilnahmerechte zu überdenken, geht es nicht um die Verhinderung eines fairen Verfahrens. Die Strafprozessordnung geht mit den Teilnahmerechten weiter, als dies gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens gewährleistet werden müsste und die Schweiz steht mit dieser Lösung auch international ziemlich isoliert dar. Selbstverständlich muss das Frage- und Konfrontationsrecht der beschuldigten Person unverändert erhalten bleiben, doch soll es zeitlich etwas nach hinten versetzt werden. Unverändert soll auch das Recht der beschuldigten Person bleiben, bereits von der ersten Einvernahme an einen Anwalt beiziehen zu können.

Die nun vorgeschlagene Lösung bietet Verbesserungen, doch bringt sie auch bekannte und neue Fragestellungen mit sich. Das Teilnahmerecht von beschuldigten Personen soll im Grundsatz unverändert beibehalten werden, neu soll aber eine Einschränkung des Teilnahmerechts dann möglich sein, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird. Grundsätzlich ist das jedoch immer zu befürchten, da man im Vorfeld einer Einvernahme deren Inhalte ja noch nicht kennt. Dies gilt im besonderen Masse in der Anfangsphase einer Strafuntersuchung. Wenn dies aber immer zu befürchten ist, dann bedeutet dies nichts anderes als einen grundsätzlichen Ausschluss der Teilnahme. Zudem stellt sich die Frage, welcher Nachweis für diese Befürchtung zu erbringen ist bzw. ob dieser Nachweis überhaupt erbracht werden kann. Bei der vorgeschlagenen Lösung handelt es sich um den Versuch, eine scheinbare Zwischenlösung zu schaffen, welche den Anwendungsbereich jedoch zu wenig klar umschreibt und daher in der Praxis ständig zu unterschiedlichen Auffassungen und Rechtsstreitigkeiten führen dürfte.

Wie bereits in den Vorbemerkungen ausgeführt, vermag die Begründung im Begleitbericht für die grundsätzliche Beibehaltung des Teilnahmerechts, nämlich dass dieses Ausdruck des angestrebten „Gleichgewichts“ der Parteien sei, nicht zu überzeugen. Die Staatsanwaltschaft ist im Vorverfahren gerade nicht Partei, sondern hat einen übergeordneten Auftrag zu erfüllen. Die Verteidigungsrechte und das faire Verfahren werden dabei bereits umfassend durch die Mitwirkungsrechte an den Beweiserhebungen, die ausgedehnten Beschwerderechte und durch den Anwalt der ersten Stunde gewährleistet.

Seit das Bundesgericht das Teilnahmerecht auch auf Mitbeschuldigte ausgedehnt hat (aus dem Gesetzeswortlaut wäre auf ein solches an sich noch nicht zwingend zu erkennen gewesen, was auch aus damaligen Entscheiden von kantonalen Beschwerdeinstanzen hervorging), gab es in der Folge zahlreiche Entscheidungen, welche diesen Grundsatz wieder zu relativieren suchten (bei Trennung des Verfahrens, unmittelbar nach der Tat bei Vorliegen von Kollusion u.a.m.). Diese Rechtsprechung hat zu einer allgemeinen Rechtsunsicherheit und zu zahlreichen Beschwerdeverfahren geführt, welche die Strafbehörden auf allen Ebenen beanspruchen und belasten sowie die Verfahren verlängern und verteuern. Eine klare und einfache gesetzliche Regelung wäre dringend nötig. Mit der gesetzlichen Normierung des EMRK-Standards wäre allen gedient. Der EMRK Standard ist klar, gewährleistet ein faires Verfahren und unterstützt den Auftrag der Staatsanwaltschaft. Gemäss EGMR braucht es zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens keine Teilnahmerechte.

Antrag:

- Teilnahmerechte an Einvernahmen, insbesondere bei mitbeschuldigten Personen, gemäss der EMRK und der dazugehörigen Rechtsprechung auszugestalten in dem Sinne, dass jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht hat, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen.

- Art. 147 Abs. 1 E StPO ist entsprechend abzuändern.

- Art. 147 Abs. 2 und 3 E StPO ist aufzuheben.

2.1.13. Art. 147a Abs. 3 Aufzeichnung von Einvernahmen in Bild und Ton

Artikel 147a Abs. 3 ist aufgrund der dafür notwendigen Technik, die die Kantone in mengenmässig grossem Umfang anschaffen müssten, der damit verbundenen Kosten (Anschaffung, Ausbildung usw.), der Funktionszuverlässigkeit (was, wenn aus welchen Gründen auch immer eine Einvernahme nicht aufgezeichnet wird?) und Räumlichkeiten nicht praktikabel. Zudem ist durchaus denkbar, dass gewisse - zumal zuvor ausgeschlossene - Parteien dem Verzicht auf eine Aufzeichnung aus Prinzip nicht zustimmen, ohne dafür sachliche Gründe zu haben. Wenn in derartigen Fällen immer eine Aufzeichnung in Bild und Ton notwendig wird, ist nicht nur der administrative und technische Aufwand entsprechend hoch, sondern es fragt sich auch, welche Wirkungen (Verhalten, Befinden, Authentizität usw.) eine Aufzeichnung auf die Betroffenen hat.

Insbesondere aber erschliesst sich nicht, welchen Nutzen die Regelung für die Strafverfolgung an sich, auch für die Verteidigungsrechte, generell die Wahrung der Rechte des Beschuldigten oder des Opfers etc. haben soll. Ein professionell geführtes schriftliches Protokoll vermag die Rechte jener Partei, die von einer Befragung ausgeschlossen war, genügend zu wahren. Die Regelung von Abs. 3 ist ganz offensichtlich von Misstrauen gegenüber einer professionellen Arbeit der Behörden geprägt, was weder gerechtfertigt ist (bzw. diesfalls fachlich oder administrativ anderweitig

gerügt oder beseitigt werden könnte), noch als Haltung so in ein Gesetz transportiert werden sollte.

Antrag: Ersatzlose Streichung von Artikel 147a Absatz 3.

2.1.14. Art. 210 Abs. 4 Ausschreiben von Deliktsgut (zusätzlicher Vorschlag)

Die Regelung, wonach die Staatsanwaltschaft das Ausschreiben von Deliktsgut im RIPOL schriftlich anordnen müsste, hat sich in der Praxis als untauglich erwiesen. Diese Massnahme erfolgt im Interesse des Geschädigten und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb hierfür eine staatsanwaltschaftliche Anordnung nötig sein soll. In der Praxis wird diese Bestimmung denn auch oftmals ignoriert, was aus rechtstaatlicher Sicht problematisch ist. Entsprechend drängt sich hier eine Bereinigung auf.

Antrag: Ersatzlose Streichung der Pflicht zur Einholung einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung für die Ausschreibung von Deliktsgut.

2.1.15. Art. 211 Internetfahndung

Für die Internetfahndung sollte eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen werden.

2.1.16. Art. 221 Wiederholungsgefahr

In Ausnahmefällen sollte auch auf das Vortatenerfordernis verzichtet werden können. Dies wurde auch vom Bundesgericht anerkannt (vergleiche BGE 137 IV 13 E. 3 f.).

Antrag: Verzicht auf das Vortatenerfordernis für die Untersuchungs-/Sicherheitshaft.

2.1.17. Art. 228a sowie Ziff. 2.1.30. des erläuternden Berichts: Beschwerde der Staatsanwaltschaft und Verfahren

Unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots (Art. 5 Abs. 2 StPO) ist ein beschleunigtes Verfahren in Haftsachen grundsätzlich nicht zu beanstanden. Jedoch erscheint nicht nachvollziehbar, warum bei einer Beschwerdeerhebung seitens der Staatsanwaltschaft kürzere Fristen gelten sollen als bei einer solchen des Beschuldigten (so die Gesetzesvorlage). Dass laut erläuterndem Bericht Ziff. 1.3.8) die Rechtsprechung des Bundesgerichts in die StPO überführt werden soll, trifft gerade nicht zu: Lediglich die Absätze 1 bis 3 von Art. 228a VE-StPO entsprechen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Haftbeschwerde seitens der Staatsanwaltschaft und der Handhabung bei den kantonalen Obergerichten.

So besteht bereits ohne gesetzliche Grundlage die Praxis, dass die Staatsanwaltschaft die Beschwerde gegen einen Haftentscheid unverzüglich nach der Eröffnung des Entscheides schriftlich oder mündlich zu Protokoll dem Zwangsmassnahmengericht anzumelden hat (so nun Art. 228a

Abs. 1 Satz 1 VE-StPO). Ebenfalls durch das Bundesgericht bereits vorgegeben ist die Anleitung, dass die Staatsanwaltschaft innert dreier Stunden seit der Eröffnung des Entscheides eine schriftlich begründete Beschwerde beim Zwangsmassnahmengericht zuhanden der Beschwerdeinstanz einzureichen hat (so nun Art. 228a Abs. 2 VE-StPO; die Frist von 3 Stunden hat sich in der Praxis allerdings als kurz erwiesen) und dass das Zwangsmassnahmengericht die Beschwerde sowie die Begründung des Entscheids zusammen mit den Akten unverzüglich der Beschwerdeinstanz übermittelt (so nun Art. 228a Abs. 3 VE-SIPO). Gemäss geltender Praxis trifft die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz anschliessend innert weniger Stunden ohne Verhandlung einen superprovisorischen Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde und damit über eine allfällige Entlassung. Dauert die Phase der arbeitsfreien Tage länger, z.B. an Festtagsbrücken, hat das Kantonsgericht Basel-Landschaft bereits heute einen „Pikettdienst“ eingerichtet. Nach Erlass der superprovisorischen Verfügung erhält die beschuldigte Person Gelegenheit, sich zum Antrag der Staatsanwaltschaft auf aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu äussern. Danach ergeht seitens der Beschwerdeinstanz ein provisorischer Entscheid, der die superprovisorische Verfügung entweder bestätigt oder aufhebt. Damit wird auch bei Haftbeschwerden der einstweilige Rechtsschutz sichergestellt, und zwar in einem beschleunigten Verfahren. Die 10-tägige Frist zur Beschwerdebegründung gemäss Art. 396 Abs. 1 StPO läuft parallel weiter. Nach Eingang der Beschwerdebegründung erhält die beschuldigte Person aus Gründen der Waffengleichheit ebenfalls eine 10-tägige Frist zur Stellungnahme. Erst nach Eingang derselben entscheidet der ordentliche Spruchkörper der Beschwerdeinstanz in einem schriftlichen Verfahren definitiv über die Haftbeschwerde, wobei sich die beschuldigte Person zum Zeitpunkt des Entscheids durchaus nicht mehr zwingend in Haft befinden muss (je nach superprovisorischem bzw. provisorischem Entscheid).

Die Beschwerdeinstanz ist dabei in Beachtung des Beschleunigungsgebots (Art. 5 Abs. 2 StPO) darauf bedacht, den Entscheid spätestens innerhalb eines Monats seit Beschwerdeerhebung zu fällen. Der Entscheid wird noch am selben bzw. am folgenden Werktag im Dispositiv den Parteien per Fax zur Kenntnis gebracht und danach innerhalb von 1-2 Wochen schriftlich begründet eröffnet. Dieses Vorgehen wurde bisher von keiner Seite beanstandet und hat sich bewährt. Das Bundesgericht hat dieses Vorgehen explizit geschützt (vergleiche BGer 1B_273/2011 vom 31. August 2011, bestätigt unter anderem in BGE 139 IV 314, 138 IV 92).

Eine ganz wesentliche Abweichung zur derzeitigen Praxis beinhaltet Art. 228a Abs. 4 des Revisionsentwurfs, wonach sich das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz sinngemäss nach den Artikeln 225 und 226 Absätze 1-5 StPO richten soll. Dies würde insbesondere zur Konsequenz haben, dass die Beschwerdeinstanz nach Eingang der Beschwerde und der Akten unverzüglich grundsätzlich - sofern kein ausdrücklicher Verzicht seitens der beschuldigten Person vorliegt - eine nicht öffentliche Verhandlung mit der Staatsanwaltschaft, der beschuldigten Person und deren Verteidigung ansetzen (analog Art. 225 Abs. 1 und Abs. 5 StPO) sowie unverzüglich, spätestens aber innert 48 Stunden nach Eingang der Beschwerde und Akten entscheiden muss (analog Art. 226 Abs. 1 StPO).

Wie der erläuternde Bericht (Ziff. 2.1.30) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR ausführt, soll mit „unverzüglich“ eine Frist von 48 Stunden für die Haftüberprüfung durch die Be-

schwerdeinstanz gemeint sein, obwohl sich weder aus der EMRK und der BV noch aus Lehre und Rechtsprechung eindeutig ergibt, ob die Fristvorgabe der EMRK von 48 Stunden bereits mit der Vorführung der betroffenen Person als eingehalten gelten kann oder erst mit dem Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts bzw. der Beschwerdeinstanz. **Wie ein Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zeigt, liegen sehr wohl Kriterien betreffend die Fristvorgaben der EMRK in Rechtsmittelverfahren bei Haftsachen vor, welche auf eine Frist von deutlich länger als lediglich 48 Stunden schliessen lassen.** Dass die Frist bis zum Entscheid der Beschwerdeinstanz nun lediglich 48 Stunden betragen soll, stellt eine völlig unnötige Verschärfung der Vorgehensweise dar. Die Beschwerdeinstanz müsste bei einem Beschwerdeeingang an einem Freitag im Verlaufe des Wochenendes entscheiden und dafür einen durchgehenden Pikett-Dienst durch Präsidien, weitere Mitglieder des Spruchkörpers und Gerichtsschreiber/innen einrichten. Dies würde die kantonalen Obergerichte, insbesondere in kleineren Kantonen, vor unüberwindbare personelle, organisatorische und administrative Probleme stellen und sich letztendlich höchst negativ auf die Staatskasse auswirken. Dabei ist namentlich in Rechnung zu stellen, dass in vielen Kantonen ein nebenamtliches Richterkollegium eingesetzt wird.

Nicht einmal das Bundesgericht verlangt derartige Einsätze am Wochenende, wenn es in BGE 138 IV 98 empfiehlt, dass das Zwangsmassnahmengericht Haftentlassungsentscheide an Vortagen von arbeitsfreien Tagen möglichst am Vormittag trifft, damit die Staatsanwaltschaft noch rechtzeitig Beschwerde einreichen und die Beschwerdeinstanz noch am selben Tag superprovisorisch im Sinne von Art. 388 Buchstabe b StPO über die Anordnung der Haft entscheiden kann (vergleiche BGer a.a.O., Erwägung 3.4). Nicht kohärent wäre eine 48-Stunden-Frist zudem zu Art. 233 StPO, wonach die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts über ein Haftentlassungsgesuch der beschuldigten Person innert 5 Tagen einen Entscheid fällen muss. Ebenso wenig drängt sich die Durchführung eines mündlichen Verfahrens auf der Stufe der Beschwerdeinstanz auf: Gemäss den Vorgaben von Art. 5 Abs. 3 EMRK und Art. 31 Abs. 3 BV muss die von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffene Person unverzüglich einem Richter vorgeführt werden. Daraus ist abzuleiten, dass die einmalige Anhörung durch den Haftrichter genügt. Wenn nun eine solche bereits vor dem Zwangsmassnahmengericht stattgefunden hat, ist nicht einzusehen, warum eine nochmalige Vorführung vor die Beschwerdeinstanz vonnöten sein soll. Zudem sind die Vorgaben in der EMRK und der Bundesverfassung nur im Falle einer erstmaligen Haftanordnung, nicht aber bei einer Haftverlängerung zu beachten. Schliesslich gilt es, Art. 397 Abs. 1 StPO zu beachten, wonach das Beschwerdeverfahren grundsätzlich schriftlich ist. Daraus hat das Bundesgericht abgeleitet, dass kein Anspruch auf eine persönliche Anhörung besteht (vgl. BGE 137 I 186).

- ***Aus den genannten Gründen lehnen wir die vorgesehene Bestimmung dezidiert ab und sprechen uns für ein Beibehalten der bisherigen Praxis aus, welche sich bewährt hat. Eventualiter beantragen wir die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage in Art. 395 StPO, die es den Kantonen mit einer Kollegialbehörde als Beschwerdeinstanz erlaubt, für einzelne, genau zu bezeichnende Funktionen ausnahmsweise der Verfahrensleitung allein die Kompetenz zum Erlass eines Beschwerdeentscheids einzuräu-***

men, da die Beschwerdeinstanz nicht innert 48 Stunden in der Lage sein wird, ein Kollegialgericht aufzubieten.

- **Wir bitten Sie, eine Verlängerung der Frist von drei Stunden zur Einreichung einer schriftlich begründeten Beschwerde durch die Staatsanwaltschaft beim Zwangsmassnahmengerecht zu prüfen.**

2.1.18. Art. 231 Abs. 2, Art. 232, Art. 233 Abs. 2 und 3 sowie Ziff. 2.1. Seiten 32-34 des erläuternden Berichts: Zuständigkeit zum Entscheid über Haftanordnung und -entlassung im Berufungsverfahren

Neu soll in Berufungsverfahren die Zuständigkeit zum Entscheid über die Haftanordnung bzw. -entlassung nicht mehr bei der Verfahrensleitung des Berufungsgerichts, sondern bei derjenigen der Beschwerdeinstanz liegen. Zur Begründung wird im erläuternden Bericht (Ziff. 2.1.31,32 und 33) ausgeführt, bei Privatklägern oder Opfern könnte betreffend die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts der Anschein der Befangenheit entstehen. Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung die personelle Identität von Haft- und Sachrichter bislang nie beanstandet, da der Haftrichter nicht die gleichen Fragen wie der erkennende Richter zu behandeln hat, insbesondere nicht die für den Ausgang des Hauptverfahrens entscheidende Frage der Schuld (vgl. nur BGE 117 Ia 182; BGer 18_96/2009 vom 11. August 2009, 18_34712010 vom 10. November 2010, BGE 138 I 425 und 1B_689/2012 vom 20. Dezember 2012). Darauf weist auch der erläuternde Bericht hin. Die im Vorentwurf vorgesehene Änderung dahingehend, dass neu die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts die an sie gerichteten Haftanträge bzw. Haftentlassungsgesuche jeweils der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz zum Entscheid weiterleiten soll, stellt eine völlig unnötige Verkomplizierung der Abläufe dar, welche sich in kleineren kantonalen Obergerichten mit nur einem Präsidium faktisch gar nicht umsetzen liesse. Zudem sind die Gerichtspräsidien nicht in allen kantonalen Obergerichten auf Beschwerdeinstanz und Berufungsgericht fest aufgeteilt.

Schliesslich leuchtet nicht ein, warum gemäss Art. 233 Abs. 3 VE-StPO die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz nunmehr ausdrücklich innert 5 Tagen seit der Gesuchseinreichung entscheiden muss, nachdem nicht einmal das Bundesgericht eine derart kurze Frist verlangt hat: Gemäss den klaren Vorgaben des höchsten Gerichts (vgl. BGer 18_34712017 vom 1. September 2017, Erw. 2.4; 18_17912014 vom 5. Juni 2014, Erw. 3.2, sowie 18-72212011 vom 16. Januar 2013, Erw. 4.3) erscheint eine Frist von 5 Tagen für den Haftprüfungsentscheid durch die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts als zu kurz für eine sorgfältige Prüfung der Haftvoraussetzungen in einem kontradiktorischen Verfahren. Daher ist der Entscheid innert 5 Tagen seit Abschluss des Schriftenwechsels, d.h. seit Eingang einer allfälligen Replik der beschuldigten Person (analog Art. 228 Abs. 4 SIPO) zu fällen (vgl. Bundesgericht a.a.O.). Bezeichnenderweise wird auf diese Rechtsprechung im erläuternden Bericht (Ziff. 2.1.34) mit keinem Wort eingegangen. Auch an dieser Stelle werden im VE-StPO absolut unnötigerweise bereits bestehende kurze Frist weiter verkürzt.

Gemäss Art. 231 Abs. 2 VE-StPO kann die Staatsanwaltschaft die Fortsetzung der Sicherheitshaft beantragen, wenn die inhaftierte Person freigesprochen und das erstinstanzliche Gericht deren

Freilassung beantragt. Der Staatsanwaltschaft ist nicht nur bei der Freispruch und Freilassung der inhaftierten Person, sondern auch wenn die inhaftierte Person zu einer kurzen oder einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt und freigelassen wird, das Recht zu gewähren, die Fortsetzung der Sicherheitshaft zu verlangen.

- 1. Antrag: Verzicht auf eine Änderung, grundsätzliche Beibehaltung der bisherigen Regelung.**
- 2. Antrag: Der Staatsanwaltschaft soll auch bei Verurteilung der inhaftierten Person zu einer kurzen oder einer bedingten Freiheitsstrafe und Freilassung das Recht gewährt werden, die Fortsetzung der Sicherheitshaft zu beantragen.**

2.1.19. Art. 248 Abs. 1, 2 und 3 / Siegelung

In der Praxis besteht eine gewisse Tendenz, mit der Siegelung die Verfahren verzögern und anschliessend eine Verletzung des Beschleunigungsgebots zu rügen. Im Weiteren kann die Siegelung missbraucht werden, um die Auffindung deliktisch erlangter Vermögenswerte oder die Sicherstellung von Beweisen zu verhindern.

Antrag: Einschränkung der materiellen Voraussetzungen zur Geltendmachung einer Siegelung.

2.1.20. Art. 251a / Blut- und Urinuntersuchung

Der Polizei muss grundsätzlich die Kompetenz erteilt werden, sowohl eine Blut- als auch eine Urinabnahme inklusive der jeweiligen Untersuchung selbst anzuordnen. Absatz 2 ist zu streichen: Die Staatsanwaltschaft ist ohnehin grundsätzlich für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig.

Antrag 1: Grundsätzliche Kompetenz der Polizei für die Anordnung von Blut- und Urinabnahme.

Antrag 2: Streichung von Absatz 2.

2.1.21. Art. 255 ff DNA-Analysen – Voraussetzungen im Allgemeinen

Die rudimentären gesetzlichen Grundlagen zur erkennungsdienstlichen Erfassung sowie der Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs bzw. Auswertung eines DNA-Profiles stellen ein erhebliches Problem dar: Der Gesetzestext in der StPO (Art. 260ff. sowie 255 ff.) bezieht sich explizit nur auf jene Fälle, in welchen Dakty- oder DNA-Spuren bei der Tat vorhanden sind, auf welche sich der Tatverdacht bezieht (sog. Anlasstat). Bei der Ausarbeitung der StPO bestand jedoch nie die Absicht, den damaligen Status Quo (gemäss den kantonalen Strafprozessordnungen, dem DNA-Profilgesetz sowie der Rechtsprechung des Bundesgerichtes) zu ändern. Dementsprechend hat das Bundesgericht – zumindest anfangs - auch nach Inkrafttreten der StPO an seiner Rechtsprechung festgehalten, wonach die Erfassung eines DNA-Profiles auch zulässig ist, wenn "eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Betroffene in andere – auch künftige – Verbrechen oder Vergehen verwickelt sein könnte" (Urteil 1B57/2013 vom 2.7.2013 E. 2.3 und 3.2).

Leider hat das Bundesgericht in den letzten Jahren die Voraussetzungen für die ED-Erfassung sowie DNA-Profilerstellung für all jene Fälle erhöht, in welchen diese Daten nicht zur Klärung der Anlasstat nötig sind. Nun verlangt das Bundesgericht nicht mehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit, sondern "erhebliche und konkrete Anhaltspunkte", dass der Betroffene in andere "Delikte von gewisser Schwere" – auch künftige – Vergehen oder Verbrechen verwickelt sein könnte (BGE 141 IV 87, E. 3.2 und 3.3; Lienhard et al., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 2015 und 2016, ZBJV 2016, Seite 718).

Damit bestätigt sich leider die von VOSER bereits 2008 geäusserte Befürchtung, dass die rudimentäre gesetzliche Regelung zu einer einschränkenden Auslegung führen könnte (vergleiche VOSER, Polizeiliche Ermittlung, VSKC-Handbuch, Zürich 2008, Seite 371). Die aus Sicht der Strafverfolgung absolut untragbare Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, dass ein Einbrecher (selbst wenn er keinen Wohnsitz in der Schweiz hat), der in flagranti angehalten wird, nicht mehr mit der Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) rechnen muss. Zur Klärung der Anlasstat ist nämlich die DNA des Täters nicht erforderlich – er wurde ja in flagranti angehalten und ist für diese Tat "überführt". Dies im Gegensatz zum Täter, welcher erst nach der Tat bspw. auf Hinweis von Zeugen angehalten wird. In diesen Fällen ist die WSA-Abnahme und DNA-Profil Auswertung in der Regel unproblematisch. Eine derartige Ungleichbehandlung erscheint jedoch wenig logisch, insbesondere da in aller Regel der Täterschaft in beiden Konstellationen weitere Delikte zugeordnet werden könnten.

Antrag 1: Ergänzung von Art. 255 StPO, Abnahme des Wangenschleimhautabstrichs muss auch dann möglich sein, wenn eine "gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass der/die Betroffene in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte." Die heutige, untragbare Praxis wird ansonsten unweigerlich eine signifikante Abnahme der Aufklärungsquote, insbesondere bei den in der Schweiz überproportional stark vertretenen Einbruchdiebstählen, nach sich ziehen.

Antrag 2: Neubeurteilung der Anordnungskompetenz bezüglich der Profilauswertung nach einer WSA-Abnahme. Vor Einführung der StPO lag die Anordnungskompetenz bei der Polizei. Unter dem Aspekt der Praxistauglichkeit sollte die Polizei die Erstellung eines DNA-Profiles wieder selbst anordnen können. Weigert sich die betroffene Person, kann sodann die Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft vorbehalten bleiben.

2.1.22. Art. 269 Abs. 2 Bst. a Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs

2.1.23. Art. 286 Abs. 2 Bst. a Verdeckte Ermittlung – Voraussetzungen

Die Deliktskataloge betreffend Überwachung des Post-/Fernmeldeverkehrs sowie zur verdeckten Ermittlung sind zu ergänzen. Aufzunehmen ist die AQ/IS-Strafnorm (als Übergangsbestimmung, bis Art. 260^{sexies} StGB in Kraft tritt). Auch fallen Art. 220 StGB (Entziehen von Minderjährigen) und Art. 143^{bis} StGB (Datenhacking) nicht darunter, obschon sich hier weiterführende und rasche Ermittlungsansätze sehr oft nur dank entsprechenden Überwachungsmaßnahmen ergeben. Und gerade Delikte im Bereich des Datenhacking können eine Dimension schädigender Auswirkungen erreichen, welche sich der Gesetzgeber bei der Revision der „Computer-Delikte“ 1994 nicht vorstellen konnte.

Antrag: Ergänzung der Deliktskataloge.

2.1.24. Art. 294 Sachüberschrift, Ausweitung im Bereich Kinderpornografie

Verdeckte Ermittler stehen im Bereich der Kinderpornografie oftmals vor dem Problem, dass sie in den einschlägigen Foren nur Einlass erhalten, wenn sie kinderpornografisches Material liefern. Wer dies nicht kann, wird umgehend ausgeschlossen. Entsprechend besteht für die verdeckten Ermittler keine Möglichkeit, sich einzuschleusen, zumal sie sich nach heutigem Recht strafbar machen würden, kämen sie der entsprechenden Aufforderung nach. Zum Zwecke der Ermittlung wäre es jedoch sehr dienlich, wenn hier unter strengen Voraussetzungen Ausnahmen möglich wären (z.B. Weiterleiten von pornografischem Material, welches jedoch fiktive und nicht real existierende Personen zeigt).

Antrag: Ergänzung von Artikel 294, Sachüberschrift weiter fassen (Erweiterung Möglichkeiten bei der Kinderpornografie, Verzicht auf Eingrenzung auf Betäubungsmittelgesetz).

2.1.25. Art. 301 Strafanzeige, Kopie einer mündlich eingereichten Strafanzeige für das Opfer

Es besteht kein Revisionsbedarf. Ausserdem ist nicht klar, ob mit einer „mündlich zu Protokoll gegebenen Anzeige“ eine Kopie der Einvernahme gemeint ist. Einvernahmen sollten aus Gründen der Kollusionsgefahr zu Beginn einer Untersuchung nicht ausgehändigt werden.

Antrag: Beibehaltung heutiges Recht.

2.1.26. Art. 303a / Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikten

Antrag: Prüfung, ob die Pflicht zur Sicherheitsleistung nicht auf weitere Antragsdelikte auszudehnen ist. Weiter ist zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die Sicherheitsleistung zu Gunsten der Staatskasse verfällt.

2.1.27. Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3 Abschluss der Untersuchung – zusätzliche Info und Frist für Opfer

Die aktuellen Bestimmungen der StPO zu den geschädigten Personen und Opfern innerhalb der StPO genügen. Zusätzliche Regelungen führen zu einer Verkomplizierung und dadurch einer Verlangsamung sowie Verteuerung der Verfahren, was sicherlich nicht im Sinne der Opfer sein kann.

Antrag: Beibehaltung heutiges Recht.

2.1.28. Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3 / Schlussmitteilung und erneute Information zur Konstituierung als Privatklägerschaft und Stellung von Beweisanträgen

Als Opfer gilt gemäss Art. 116 StPO die *geschädigte Person*, die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist. Gemäss Art. 118 Abs. 4 StPO hat die Staatsanwaltschaft die *geschädigte Person* (also auch die Opfer), die von sich aus keine Erklärung bezüglich der Konstituierung als Privatklägerschaft abgegeben hat, nach Eröffnung des Vorverfahrens auf diese Möglichkeit hinzuweisen. Zudem wird das Opfer bei der ersten Einvernahme umfassend über seine Rechte belehrt (Art. 143 Abs. 1 Buchstabe c StPO). Da in denjenigen Fällen, in denen eine Schlussmitteilung ergeht, ein Verfahren eröffnet worden sein muss (und nicht in Anwendung von Art. 309 Abs. 4 StPO ohne Eröffnung ein Strafbefehl erlassen wurde), wurden die Opfer somit bereits mehrfach über ihre Rechte informiert und erhalten zudem vielfach auch noch Informationen über die Opferhilfe (Art. 8 OHG). Haben sie sich von sich aus noch nicht als Privatkläger konstituiert, werden sie sogar nach Eröffnung des Vorverfahrens auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht. Es ist nicht nachzuvollziehen und führt nur zu unnötigem administrativem Aufwand, diese Belehrungen vor Abschluss des Vorverfahrens nochmals zu machen.

Antrag: Verzicht auf eine Revision.

2.1.29. Strafbefehlsverfahren (Artikel 352 ff.)

Das Strafbefehlsverfahren steht seit Anfang an in der Kritik. Dies zu Unrecht. Auch wenn nicht auszuschliessen ist, dass es in Einzelfällen zu Fehlern kommt und das interne Controlling nicht immer greift, sind der Grundgedanke und die aktuelle Ausgestaltung überzeugend und rechtsstaatlich korrekt.

In der überwiegenden Mehrheit betreffen die Strafbefehlsverfahren Übertretungen und Massengeschäfte wie Zuwiderhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, Ladendiebstähle, einfache

Körperverletzungen, Tötlichkeiten und andere mengenmässig eher häufig vorkommende Delikte, und zwar auch im Bereich von über 120 Tagessätzen bzw. 4 Monaten Freiheitsstrafen. Die tiefen Einsprachequoten deuten auf eine hohe Akzeptanz der Strafbefehle hin. Es ist klar festzustellen, dass ein schnelles und rechtsstaatlich korrektes Verfahren im Interesse aller Beteiligten liegt und von diesen gewünscht und erwartet wird. Auch im Strafbefehlsverfahren kann jeder Entscheid und jede Verfahrenshandlung der Staatsanwaltschaft angefochten werden. Der Rechtsstaat stünde ohne das Strafbefehlsverfahren vielfach still. Diese Errungenschaften sollten nicht ohne zwingende Gründe wieder aufgegeben werden.

2.1.30. Art. 126 Abs. 2 Bst. a und a^{bis} in Verbindung mit Art. 353 Abs. 2 sowie Art. 354 Abs. 1 Bst. a^{bis} und 1^{bis} Zivilklage im Strafbefehlsverfahren

Neu soll im Strafbefehlsverfahren auch über strittige Zivilforderungen entschieden werden, wenn der strittige Betrag CHF 30'000.00 nicht übersteigt und deren Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich ist. Diese letztere Einschränkung ist zu begrüssen, doch wird diese neue Regelung trotzdem dazu führen, dass es zu mehr Beschwerdeverfahren und Einsprachen kommen wird, die sich einzig um die Zivilforderungen drehen. Dadurch gerät die Sicherstellung des staatlichen Strafanspruchs zu Gunsten der Unterstützung von finanziellen Partikularinteressen in den Hintergrund und die verhältnismässig rasche Erledigung der Strafsache als eines der primären Ziele des Strafbefehlsverfahrens wird dadurch erschwert oder sogar verunmöglicht.

Antrag: Beibehaltung der bisherigen Regelung, wonach unbestrittene Zivilforderungen im Strafbefehl vorgemerkt werden.

2.1.31. Art. 268 Abs. 1 Buchstabe c und 4 Beschlagnahme zur Kostendeckung

Mit dem Änderungsvorschlag in Buchstabe c wird neu eine Ersatzforderungsbeschlagnahme nur noch zur Deckung von Ersatzforderungen gegenüber beschuldigten Personen, nicht aber gegenüber Drittpersonen möglich sein, was eine Verschlechterung gegenüber der heutigen Situation darstellt. Da im erläuternden Bericht auf diesen Umstand nicht Bezug genommen wird, ist wohl von einem redaktionellen Versehen auszugehen. Die Ersatzforderungsbeschlagnahme betreffend Dritte ist ein wichtiges Instrument für die Durchsetzung des Grundsatzes „Straftaten dürfen sich nicht lohnen“. Dadurch wird verunmöglicht, dass eine beschuldigte Person Vermögenswerte bei einem Strohmann und Familienangehörigen in Sicherheit bringt und sie dadurch dem Zugriff der Strafbehörden entzieht. Die im Bericht (S. 37) genannte Unklarheit bezüglich Anwendung von Art. 268 Abs. 2 StPO beruht auf einer überholten Rechtsprechung des Kantons Bern und wurde zwischenzeitlich an die bundesgerichtliche Rechtsprechung angepasst, wonach Art. 268 Abs. 2 StPO nicht auf die Ersatzforderungsbeschlagnahme anwendbar ist.

Antrag: Da sich die rechtliche Grundlage im geltenden Recht für alle Beschlagnahmungen in Art. 263 StPO befindet, wird beantragt, Art. 263 Abs. 1 StPO mit einer lit. e wie

folgt zu ergänzen „zur Sicherstellung einer Ersatzforderung gebraucht werden“, und den Revisionsvorschlag zu streichen.

Weiter wird beantragt, Art. 268 Abs. 4 StPO zu streichen, da bereits Art. 442 StPO in der heute geltenden Form vorsieht, dass Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und weitere im Zusammenhang mit einem Strafverfahren zu erbringenden finanziellen Leistungen nach den Bestimmungen des SchKG, und damit grundsätzlich ohne ein staatliches Vorzugsrecht, durchzusetzen sind.

Antrag: Streichung von Artikel 268 Absatz 4.

2.1.32. Art. 352 Abs. 1 Einleitungssatz 1^{bis} und 3 / Ausschluss des Strafbefehlsverfahrens bei Strafen von mehr als 120 Tagessätzen bzw. 4 Monaten

Die im Begleittext für diese Änderung angeführte Begründung divergiert vollständig mit den Erfahrungen in der Praxis. Zunächst ist die weite Opferdefinition in Erinnerung zu rufen. Es gibt viele unterschiedliche Arten von Opfern. Nicht nur, aber insbesondere Opfer von sexueller oder häuslicher Gewalt erleben anlässlich der Hauptverhandlung häufig, dass ihr Vorleben, ihr Leumund und ihre Glaubwürdigkeit in Frage gestellt werden. Dieser zusätzlichen Belastung wollen sich viele Opfer nicht aussetzen. Nicht ohne Grund spricht man in denjenigen Deliktsbereichen, in denen eine Anklage zwingend erhoben werden muss, von der Gefahr einer Sekundärviktimsierung durch das Verfahren und die Gerichtsverhandlung. Viele Opfer möchten auch eine (erneute) Begegnung mit der Täterin oder dem Täter vermeiden und erleben eine Begegnung anlässlich der Hauptverhandlung zusätzlich als Belastung. Dass bis zu einem Strafmass von sechs Monaten keine Hauptverhandlung zwingend ist, entspricht nach den Erfahrungen der Praxis einem Bedürfnis der betroffenen Opfer.

Auf jeden Fall muss das Jugendstrafverfahren von der Geltung dieses Artikels ausgenommen werden. Zum einen sind auch die ordentlichen Anklageverfahren im Jugendstrafrecht nicht öffentlich (was zumindest bei Sexualdelikten ja auch für Verfahren bei Erwachsenen gilt), zum anderen ergeben sich in der Praxis des Jugendstrafrechts viel öfter umgekehrte Situationen, wonach das Opfer eben gerade kein „grosses“ Aufsehen erregen möchte bzw. gar Angst davor hat. Wird auf diese Befindlichkeit keine Rücksicht genommen, ist ein guter Verfahrensabschluss im Sinne des Jugendstrafrechts gefährdet.

Antrag: Erneute Prüfung, Berücksichtigung der Interessen der Opfer, eine erneute Begegnung mit der Täterin oder dem Täter zu vermeiden.

2.1.33. Art. 352a Obligatorische Einvernahme der beschuldigten Person

Das Strafmass ist kein taugliches Kriterium für die Frage der obligatorischen Einvernahme. Entscheidend ist vielmehr, ob der Sachverhalt auch ohne Einvernahme erstellt werden kann oder nicht.

Antrag: Streichung der Bestimmung.

2.1.34. Art. 354 Abs. 1 Buchstabe a^{bis} / Einsprachelegitimation

Siehe die Bemerkungen zu Art. 32 Abs. 5 Bst. b und 5^{bis} der Jugendstrafprozessordnung

2.1.35. Art. 354 Abs. 1^{ter} Einsprachefristen

Im Begleittext wird hierzu ausgeführt, dass die kurze Einsprachefrist in Lehre und Rechtsprechung zu Kritik geführt habe und dass aus den tiefen Einsprachequoten nicht auf die Akzeptanz der Strafbefehle geschlossen werden könne. Hierzu ist zu bemerken, dass die Einsprachefrist nur vereinzelt zu Kritik geführt hat und es problematisch erscheint, wenn aufgrund einzelner kritischer Stimmen eine bewährte und rechtsstaatlich korrekte Regelung geändert wird. Dass aus den tiefen Einsprachequoten nicht zwingend auf die Akzeptanz der Strafbefehle geschlossen werden kann, ist sicher richtig. Allerdings kann auch nicht darauf geschlossen werden, dass dem nicht so ist. Dass die tiefe Einsprachequote auch darin begründet sein könne, dass Zeit für eine vertiefte Abklärung fehle oder der Strafbefehl aus unterschiedlichsten Gründen nicht verstanden werde, wie ebenfalls im Begleitbericht ausgeführt, sind Spekulationen und entspricht nicht den Erfahrungen in der Praxis. Grundsätzlich verhält es sich so, dass die beschuldigte Person ohne weitere Begründung praktisch formlos Einsprache erheben kann. Im Rahmen des darauffolgenden Einspracheverfahrens besteht ausreichend Zeit, sich mit den Prozessrisiken und –chancen und der weiteren Begründung auseinanderzusetzen und die Einsprache kann jederzeit zurückgezogen werden, oftmals ohne weitere Kostenfolgen. Es mag vorkommen, dass einzelne Adressaten den Inhalt eines Strafbefehls intellektuell nicht verstehen, doch würde dies gleichermassen für sämtliche Verfügungen oder Verfahrenshandlungen zutreffen, welche ebenfalls mit einer zehntägigen Beschwerdefrist anzufechten sind und man nicht daran denkt, diese zu verlängern. Für Sprachschwierigkeiten gilt dasselbe. Dass amtliche Verfügungen, Entscheidungen oder Urteile in einer Amtssprache ergehen, entspricht zudem einem allgemeinen Selbstverständnis und wird auch in anderen Bereichen nicht in Frage gestellt. Sobald ein Verfahren eröffnet wird, besteht ohnehin der Anspruch auf Übersetzung (Art. 68 StPO).

Eine Verlängerung der Einsprachefristen ist vor allem im Umgang mit ausländischen Straftätern ohne Aufenthaltstitel (Kriminaltouristen) wichtig. Es ist eine möglichst rasche Rechtskraft anzustreben, damit diese umgehend ausgeschafft werden können bzw. bei wiederholter Tatbegehung bereits als vorbestraft gelten.

Auch aus jugendstaatsanwaltschaftlicher Sicht ist die vorgeschlagene Revision abzulehnen. Noch weniger zumutbar als für den Einsprecher nämlich, innerhalb von 10 Tagen seine Einsprache zu formulieren bzw. begründen, ist es für den betroffenen Jugendlichen, nach Mitteilung des Entscheids noch beinahe einen Monat warten zu müssen, bis sein Strafbefehl rechtskräftig ist. Entsprechend würde sich auch der Vollzug seiner Strafe unverhältnismässig lange (und pädagogisch wenig sinnvoll) verzögern.

Antrag 1: Verzicht auf unterschiedlichen Einsprachefristen bei persönlicher bzw. nicht persönlicher Aushändigung.

Antrag 2: Verzicht auf eine Verlängerung der Einsprachefrist.

2.1.36. Art. 364 Abs. 5 Verfahren bei nachträglichen Entscheiden

Auch die Staatsanwaltschaft kann für den Entscheid eines nachträglich richterlichen Entscheids zuständig sein. In diesen Fällen kann sich das Verfahren nicht nach den Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahren richten.

2.1.37. Art. 364a Sicherheitshaft im Hinblick auf einen selbständigen nachträglichen Entscheid des Gerichts

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

Zusätzlich regen wir an, generell die Frage der Parteistellung in diesen Nachverfahren bundesrechtlich zu regeln. Das StGB sagt im Massnahmerecht lediglich, dass „die zuständige Behörde“ entsprechende Anträge ans Gericht zu stellen habe (z.B. Art. 64a Abs. 2 oder 3 StGB). Die Festlegung dieser „zuständigen Behörde“ obliegt den Kantonen. Das Bundesrecht sollte festlegen, dass dieser „zuständigen Behörde“ dann auch in den durch ihre Anträge ausgelösten Nachverfahren Parteistellung zukommt. Insofern ist die Vorlage in dieser Hinsicht unvollständig und muss, beispielsweise in einem zusätzlichen Absatz in Art. 364, entsprechend ergänzt werden.

2.1.38. Art. 365 Abs. 3 sowie Ziff. 2.1.57 des erläuternden Berichts: Rechtsmittel gegen selbstständige nachträgliche Entscheide

Nachdem jahrelang Unsicherheit über das richtige Rechtsmittel gegen selbstständige nachträgliche Entscheide herrschte und diese Unklarheit mit neueren Bundesgerichtsentscheiden, wonach die Beschwerde das richtige Rechtsmittel darstellt, ausgeräumt worden ist (zuletzt BGE 141 IV 396, Erw. 3.4), ist nicht einmal ansatzweise nachvollziehbar, warum nun in Anlehnung an eine Mindermeinung in der Doktrin die Berufung das passende Rechtsmittel darstellen soll. Im erläuternden Bericht (Ziff. 2.1.57) selbst wird ausgeführt, dass sich der überwiegende Teil der Lehre für die Beschwerde ausspricht und das Bundesgericht ebenfalls die Beschwerde als das richtige Rechtsmittel ansieht. Im zuvor genannten bundesgerichtlichen Entscheid wird zu Recht darauf hingewiesen, dass den Verfahrensbeteiligten bei einem Beschwerdeverfahren keinerlei Nachteile entstehen: Die Beschwerde stellt ebenso wie die Berufung ein ordentliches, vollkommenes und

devolutives Rechtsmittel dar, bei welchem Noven zulässig sind. Ebenso besteht die Möglichkeit eines zweiten Schriftenwechsels, der Erhebung von weiteren Beweisen wie auch der Durchführung eines mündlichen Verfahrens je nach Tragweite des Falles (vgl. Art. 390 Abs. 3-5 und Art. 393 Abs. 2 StPO). Einzig die Begründungsfrist von 10 Tagen (Art. 396 Abs. 1 StPO) erscheint auf den ersten Blick eher kurz. Dies wird jedoch angesichts der Tatsache, dass bei den nachträglichen gerichtlichen Entscheiden nur ein klar umgrenzter Ausschnitt eines bereits vorliegenden früheren Strafurteils neu geregelt wird, relativiert. Zusammenfassend sprechen somit keine vernünftigen Gründe für einen Wechsel zur Berufung als das richtige Rechtsmittel gegen selbstständige nachträgliche Entscheide.

Antrag: Ablehnung des Revisionsentwurfs. Die „Berufung“ in Art. 365 Abs. 3 des Revisionsentwurfs ist durch die „Beschwerde“ zu ersetzen.

2.1.39. Art. 366 sowie Ziff. 2.1.58 des erläuternden Berichts: Voraussetzungen des Abwesenheitsverfahrens / Art. 356 Abs. 4 StPO (aufgehoben) sowie Ziff. 2.1.53 des erläuternden Berichts: Aufhebung der Rückzugsfiktion im Einspracheverfahren

Neu soll das Gericht bei Ausbleiben der ordnungsgemäss vorgeladenen beschuldigten Person bereits anlässlich der ersten Hauptverhandlung ein Abwesenheitsverfahren durchführen können, sofern sie im bisherigen Verfahren ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu den ihr vorgeworfenen Straftaten zu äussern, und die Beweislage ein Urteil ohne ihre Anwesenheit zulässt.

Aus Gründen der Verfahrensökonomie ist diese Änderung vorbehaltlos zu begrüßen.

Hingegen ist eine Aufhebung des bisherigen Art. 356 Abs. 4 StPO, welcher dieselbe Rückzugsfiktion für das Einspracheverfahren enthielt, vorgesehen. Dies erscheint wenig sinnvoll, da das erstinstanzliche Gericht in den meisten derartigen Einsprachefällen bei Abwesenheit der beschuldigten Person (z.B. Strafbefehlsverfahren im SVG-Bereich betreffend ausländische Automobilisten, sog. Radarfälle) keinen Entscheid fällen bzw. den Fall nicht erledigen könnte, zumal die Staatsanwaltschaft in diesen Fällen die beschuldigten Personen gar nicht zur Sache einvernommen hat.

Antrag: Auf die Aufhebung von Art. 356 Abs. 4 StPO ist zu verzichten.

2.1.40. Art. 399 Abs. 3 StPO Anmeldung der Berufung und Berufungserklärung

Betreffend das Berufungsverfahren ist darauf hinzuweisen, dass die in Art. 399 Abs. 3 StPO normierte 20-tägige Frist zur Berufungserklärung mit Antragstellung, aber ohne Begründung des Rechtsmittels, wenig sinnvoll erscheint. In der Praxis wird den Parteien ohnehin jeweils nach Eingang der Berufungserklärung eine richterliche Frist zur Berufungsbegründung gewährt, damit sich sowohl das Gericht als auch die Parteien besser auf die Hauptverhandlung vorbereiten können. Eine einmalige Frist von 30 Tagen zur Erklärung und gleichzeitigen Begründung der Berufung, wie dies bei der Beschwerde bereits der Fall ist (vgl. Art. 396 Abs. 1 StPO: Frist von 10 Tagen) würde unseres Erachtens mehr Sinn machen. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung auch in zivil-

prozessualen Verfahren innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen.

Antrag: Vorsehen einer 30-tägigen Frist zur schriftlichen und begründeten Berufung in Art. 399 Abs. 3 StPO.

2.1.41. Art. 40 Abs. 1, Art. 59 Abs. 1, Art. 150 Abs. 2 zweiter Satz, Art. 186 Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 3, Art. 222 Abs. 2, Art. 248, Art. 393 Abs. 1 Buchstabe c und Art. 440 Abs. 3 VE-StPO sowie Ziff. 1.3.2, 2.1.36 und 3.2 des erläuternden Berichts/ Keine Ausnahmen vom Grundsatz der „doppelten Instanz“

Künftig sollen ausschliesslich Entscheide kantonaler Obergerichte beim Bundesgericht angefochten werden können, was mit der Entlastung des Bundesgerichts begründet wird (vgl. Ziff. 1.3.2. des erläuternden Berichts). Zudem wird darauf hingewiesen, dass dies beispielsweise Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts oder des urteilenden Gerichts über die Entsigelung, die stationäre Begutachtung oder die Zusicherung der Anonymität einer geschützten Person betrifft.

Gerade bezüglich der Entscheide über die Entsigelung wird im erläuternden Bericht (Ziff. 2.1.36 betreffend StPO 248 StPO) selbst ausgeführt, dass in solchen Verfahren umfangreiche Akten oder Datenmengen zu sichten und zu prüfen sind, was regelmässig nicht innert Monatsfrist zu bewältigen ist. Zudem wird darauf hingewiesen, dass Entsigelungsverfahren – namentlich wenn es um Datenträger geht - das Bundesgericht vor „grosse praktische Herausforderungen“ stellen. Mit der vorgesehenen Verlagerung der Zuständigkeit zur Entlastung des Bundesgerichts wird es jedoch unweigerlich zu einer erheblichen Mehrbelastung bei den kantonalen Obergerichten kommen. Davon geht auch der erläuternde Bericht (Ziff. 3.2) aus, wenn dort ausgeführt wird, dass die ausnahmslose Beachtung des Grundsatzes der „double instance“ bei den kantonalen Rechtsmittelinstanzen zu zusätzlichen Fällen führen dürfte. Demgegenüber hat sich die bisherige Regelung bewährt, so dass zusammenfassend kein Grund für eine Gesetzesänderung ersichtlich ist.

Antrag: Beibehaltung der bisherigen Regelung.

2.1.42. Art. 10 Abs. 3 Jugendstrafprozessordnung; Gerichtsstand Wohnort-Prinzip

Ausgeweitetes Wohnortprinzip

Der Grundsatz, dass für die Strafverfolgung die Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der beschuldigten Jugendlichen zuständig ist, ist unbestritten und entspricht der Ausgestaltung des Jugendstrafgesetzes als «täterorientiertem» Gesetz.

Die vorgesehene Streichung der heutigen Ausnahmeregelung für Übertretungen in Absatz 3 wird begrüsst. Sie entspricht bereits weitgehend der heutigen Praxis aufgrund der Empfehlungen der Schweizerischen Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege (SVJ).

Wenn neu für die Strafverfolgung sämtlicher Straftaten, also auch von Übertretungen, die Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes zuständig sein soll, ist aus Sicht der Praxis allerdings da-

rauf hinzuweisen, dass diese Regelung nicht für Übertretungen *gegen die Kantonale Gesetzgebung* gelten kann. Deren Verfolgung und Beurteilung *kann nicht* in die Zuständigkeit eines anderen Kantons fallen.

Denkbar wäre auch das Belassen eines Ordnungsbussenverfahrens (für Jugendliche ab dem 15. Altersjahr auch anwendbar) im Tatort-Kanton (mit Kantonswechsel, sobald ein ordentliches Verfahren eingeleitet wird).

Antrag für eine Ergänzung der vorgeschlagenen Bestimmung: Für die Strafverfolgung im Bereich der kantonalen Gesetzgebung und des Ordnungsbussenverfahrens ist die Behörde am Tatort zuständig.

Erstermittlung

Gemäss Vorentwurf soll der geltende Absatz 3 durch eine *ausdrückliche Regelung* betreffend Zuständigkeit für *erste Ermittlungen am Tatort* ersetzt werden. Wir schlagen vor, die Änderung zu präzisieren, um den erwarteten Umfang der ersten Ermittlungshandlungen durch den Tatortkanton besser sichtbar zu machen (grundsätzliche Übernahme der Beispiele aus dem erläuternden Bericht, S. 57).

Antrag betreffend Änderung von Art. 10 Abs. 3 Jugendstrafprozessordnung: Die Behörde am Tatort ist zuständig für die ersten Ermittlungen zur Tat, so insbesondere für das Sicherstellen von Spuren am Tatort, das Anordnen von Zwangsmassnahmen, erste medizinische Abklärungen, die erste Einvernahme der beschuldigten Person, von Auskunftspersonen, Geschädigten, Opfer und Zeugen.

2.1.43. Art. 32 Abs. 5 Bst. b und 5^{bis} Jugendstrafprozessordnung; Strafbefehlsverfahren – Erweiterung der Einsprachelegitimation der Privatklägerschaft (siehe auch Art. 354 Abs. 1 Bst. a^{bis} StPO)

Das schützenswerte Interesse der Privatklägerschaft an einem Rechtsmittel *bloss gegen den Schuldspruch* in Strafbefehlen ist grundsätzlich hinter das Interesse der jugendlichen Betroffenen zu stellen ist, wonach das Strafverfahren *rasch durchgeführt* und die ausstehenden Sanktionen *schnell* (möglichst unmittelbar) *vollzogen* werden sollen, so dass die Jugendlichen zum einen die Folgen ihrer Tat sofort spüren (beste präventive Wirkung der Strafe) und sich zum anderen nach zügigem Abschluss des Strafverfahrens ihrer (fortan hoffentlich weniger beschwerten) Zukunft widmen können. Da in Strafbefehlen grundsätzlich kleine und mittelschwere Straftatbestände abgewickelt werden, ist eine hypothetische Ungleichbehandlung der Privatklägerschaft betreffend Rechtsmittel gegenüber dem schwerere Straftaten beinhaltenden Anklageverfahren gerechtfertigt, zumal sich die Privatklägerschaft betreffend finanzielle Interessen (Zivilforderungen, Kosten- und Entschädigungsfolge) bereits heute auch im Strafbefehlsverfahren mittels Einsprache schadlos halten kann.

Gerade in Jugendstrafverfahren kann die Einsprachelegitimation der Privatklägerschaft hinsichtlich des Schuldspruchs (etwa in Streitfällen) zu schikanösen oder querulatorischen Einspracheverfahren führen, die einzig die Verzögerung des Verfahrens und die Verlängerung der Ungewissheit für den Jugendlichen zum Ziel haben. Es sind hinsichtlich des Schuldspruchs kaum Szenarien denkbar (vielleicht versicherungs- oder betriebsrechtliche Fragen), die ein geschütztes Interesse der Privatklägerschaft erkennen lassen bzw. schwerer wiegen lassen als die strikte Einhaltung des besonderen Beschleunigungsgebots im Jugendstrafrecht. Kein Strafverfahren soll dazu missbraucht werden, etwa reine versicherungs- oder sonstige zivilrechtliche bzw. betriebsrechtliche Beweisführung durch den Staat vornehmen zu lassen.

Sollte an der Einsprachelegitimation der Privatklägerschaft hinsichtlich des Schuldspruchs auch im Jugendstrafrecht festgehalten werden, so wäre diese Einsprache zwingend mit einem geschützten Interesse zu verbinden und der Einsprecher hätte dieses in der Einsprache zusätzlich zu begründen. Selbstredend müsste der einsprechende Privatkläger bei Abweisung der Einsprache auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu tragen haben.

Antrag: Von den vorgeschlagenen Änderungen gemäss Art. 32 nAbs. 5 Bst. b und 5^{bis} Jugendstrafprozessordnung ist abzusehen.

2.1.44. Art. 9 Rechtshilfegesetz / Schutz des Geheimbereichs und Siegelung

Es besteht kein Revisionsbedarf, die vorgeschlagene Revisionsbestimmung ist zu unbestimmt. Die Rechte sind im Hauptverfahren im Ausland geltend zu machen und nicht im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens.

Antrag: Streichung der Revisionsbestimmung.

Hochachtungsvoll



Dr. Sabine Pegoraro
Regierungspräsidentin



Nic Kaufmann
2. Landschreiber



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 85 62
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD),
Bundesamt für Justiz

per Email an:
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Basel, 7. März 2018

Präsidialnummer: P171876

Regierungsratsbeschluss vom 6. März 2018

Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung); Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Änderung der Strafprozessordnung zukommen lassen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

A. Grundsätzliche Bemerkungen

Der Kanton Basel-Stadt begrüsst einige Änderungsvorschläge. Wir möchten aber bereits einleitend unsere Besorgnis äussern, dass mit dem vorliegenden Vernehmlassungsentwurf (nachfolgend: VE) der Strafprozess und das Strafverfahren analog eines Zivilprozesses ausgestaltet werden sollen, an dem sich alle Parteien gleichermaßen beteiligen können.

Bei einer solchen Ausgestaltung geht es nicht mehr darum, danach zu forschen, was wirklich geschehen ist, sondern vielmehr um die «Wahrheit», die im Rahmen des konkreten Parteiprozesses erstellt werden kann. Auch wird das Strafprozessrecht so von einer zunehmenden und teilweise unüberschaubaren Formalisierung durchdrungen und in vielen Bereichen geradezu zum Selbstzweck. Beim Strafprozessrecht sollten unserer Ansicht nach nicht die Einhaltung von Formalien, sondern die Durchsetzung der materiellen Bestimmungen des Strafrechts im Vordergrund stehen.

Abschliessend ist noch darauf hinzuweisen, dass zahlreiche Vorschläge in der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage zu einer Verlängerung und Verteuerung der Verfahren führen würden, ohne dass Handlungsbedarf ausgewiesen wäre.

B. Zu den einzelnen Änderungen in der Strafprozessordnung

Art. 55a VE StPO (Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts)

Die Formulierung in Bst. a ist unklar. Gemeint sein dürfte:

«...wenn: a. das schweizerische Recht dies für die entsprechende Zwangsmassnahme im Inland verlangt; ...»

Soweit eine Zwangsmassnahme nach dem Recht des ersuchten Staates einer Bewilligung des Gerichts bedarf, entscheidet das dortige Gericht nach eigenem Recht. An einen vorgängigen Entscheid eines schweizerischen Gerichts wäre es dabei nicht gebunden. Die vorgeschlagene Änderung führt deshalb zu unnötigem Mehraufwand bei den hiesigen Gerichten und zusätzlichen Kosten (z.B. für Übersetzungen) und ist deshalb abzulehnen.

Soweit Behörden im Ausland für ein Ersuchen um bestimmte Zwangsmassnahmen auf einer Genehmigung durch ein Gericht im ersuchenden Staat bestehen sollten, wäre mit den entsprechenden Staaten bilateral zu regeln, ob die Schweiz dieser Forderung nachkommt.

Art. 78a VE StPO (Einvernahme mit technischen Mitteln)

Gemäss erläuterndem Bericht soll ein Protokoll sinngemäss nach den Aufzeichnungen erstellt werden können. Dies ist aber dem Gesetzestext so nicht zu entnehmen. Deshalb ist Art. 78 Bst. a. um das Wort «*sinngemäss*» zu ergänzen (...«*gestützt auf die Aufzeichnungen sinngemäss erstellt...*»).

Art. 88 Abs. 4 VE StPO (Öffentliche Bekanntmachung)

Die vorgeschlagene Regelung, neu auch Strafbefehle öffentlich bekanntzumachen, wenn die Voraussetzungen von Art 88 Abs. 1 StPO erfüllt sind, würde einen massiven administrativen Aufwand und erhebliche Kosten verursachen.

Da keinerlei Differenzierung vorgenommen wird, müssten auch Strafbefehle wegen Bagatellen (z.B. einer nicht bezahlten Parkbusse) publiziert werden. Ein tatsächlicher Nutzen ist nicht ersichtlich: die Vorstellung, dass Personen, denen ein Entscheid nicht auf dem ordentlichen Weg zugestellt werden kann, Amtsblätter des Bundes und von 26 Kantonen in Sprachen lesen, die sie möglicherweise nicht einmal verstehen, ist theoretisch und illusorisch. Es liegt grundsätzlich in der Verantwortung der betroffenen Personen, die sich wissentlich in einem Prozessverhältnis befinden, ihre ständige Erreichbarkeit sicherzustellen bzw. ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen. Schliesslich ist auch festzuhalten, dass Betroffene jederzeit nachträglich noch eine Kopie des nicht veröffentlichten Strafbefehls anfordern können.

Zudem gilt es zu bedenken, dass die öffentliche Bekanntmachung im Internet-Amtsblatt erfolgen würde. Damit gelangen Angaben zur Person sowie zum Strafverfahren in die virtuelle Welt. Dies erscheint unter datenschutzrechtlicher Betrachtung als stossend, zumal es sich beim Strafbefehl um einen Urteilsvorschlag handelt, und die Gerichte aller Instanzen ihre Urteile aus Gründen des Datenschutzes nur in anonymisierter Form in das Internet stellen. Obschon je nach Richtlinien der kantonalen Datenschutzbeauftragten die Personendaten im Kantonsblatt im Internet innert einer Zeitspanne gelöscht werden, gilt «Einmal im Netz, immer im Netz».

Eine Revision von Art. 88 Abs. 4 StPO ist demnach abzulehnen. Strafbefehle sollen (neben Einstellungsverfügungen) weiterhin ohne Veröffentlichung als zugestellt gelten.

Art. 123 Abs. 2 VE StPO (Bezifferung und Begründung der Zivilforderung)

Diese Regelung wird teilweise und insbesondere in Bezug auf nicht anwaltlich vertretene Geschädigte als zu streng abgelehnt, wobei der jetzt geltende Zeitpunkt, d.h. mit dem Parteivortrag, ebenfalls als nicht befriedigend angesehen wird, da sich die Gegenseite so auf die vorgebrachte Forderung nicht genügend vorbereiten kann. Statt dessen könnte man der Verfahrensleitung die Kompetenz einräumen, der Privatklägerschaft bei der Instruktion des Verfahrens zur Bezifferung und Begründung ihrer Forderung eine verbindliche Frist einzuräumen (z.B. spätestens 10 Tage vor der Hauptverhandlung), innert der die Bezifferung und Begründung erfolgen soll. Bei Nichteinhalten der Frist wäre die Beurteilung der Forderung im Adhäsionsverfahren verwirkt.

Art. 126 Abs. 2 Bst. a^{bis} VE StPO (Entscheid)

Die Bestimmung ist zu streichen. Im Strafbefehlsverfahren soll weiterhin kein Entscheid über Zivilforderungen erfolgen, da damit ein erheblicher Mehraufwand für die Strafverfolgung verbunden wäre und die Effizienz dieser Erledigungsart deutlich abnehmen würde.

Art. 130 lit. d VE StPO

Zwangsmassnahmengericht ist ohne «h» geschrieben.

Art. 131 Abs. 3 VE StPO (Sicherstellung der notwendigen Verteidigung)

Die bestehende Formulierung in Abs. 3 «*gültig*» ist zu belassen. Die vorgeschlagene Formulierung «*verwertbar*» bedeutet eine Verschärfung. In Fällen schwerer Kriminalität muss dem urteilenden Gericht im Einzelfall die Möglichkeit offen gelassen werden, stossende Unverwertbarkeiten zu vermeiden.

Art. 133 VE StPO (Bestellung der amtlichen Verteidigung)

Auf die Schaffung einer unabhängigen Stelle für die Bestellung der amtlichen Verteidigung ist zu verzichten. Dies würde für die Kantone einen bürokratischen, unnötigen und kostspieligen Mehraufwand bedeuten und auch für eine beschuldigte Person kaum einen Mehrwert bringen. Diese hat bereits de lege lata jederzeit die Möglichkeit, ein Gesuch um Wechsel der amtlichen Verteidigung zu stellen. Das System mit dem Verteidigerpikett, wie in Basel-Stadt praktiziert, funktioniert bestens und verhindert de facto jegliche Einflussmöglichkeit der Verfahrensleitung auf die Wahl der Person des Verteidigers. Überdies sind im Verteidigerpikett bereits heute solche Verteidigerinnen und Verteidiger organisiert, die die Strafverteidigung als eines ihrer Schwerpunktgebiete sehen und dementsprechend als grundsätzlich ausreichend qualifiziert für diese Funktion erscheinen. Viel sinnvoller wäre es, die kantonalen Anwaltsverbände explizit zur Aufstellung eines gut funktionierenden Verteidigerpiketts zu verpflichten und sich dabei am Basler Modell zu orientieren.

Art. 135 Abs. 1 VE StPO (Entschädigung der amtlichen Verteidigung)

Es besteht kein sachlicher Grund, die Entschädigung der amtlichen Verteidigung je nach Ausgang des Verfahrens zu verschiedenen Ansätzen zu vergüten. Auch im Falle eines Freispruchs trägt bzw. trug die Privatverteidigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens ein Kostenrisiko, falls der Freispruch nicht ausnahmsweise bereits bei der Übernahme des Mandats mit Sicherheit feststeht.

Die vorgeschlagene Revision würde nicht nur zu Mehrkosten führen, sondern auch zu einer Art «Erfolgshonorar». Sie würde einen finanziellen Anreiz schaffen, der beschuldigten Person zu empfehlen, eine Verurteilung nicht zu akzeptieren, und ist deshalb strikte abzulehnen. Abgesehen davon würde die neue Regelung im Falle von Teilfreisprüchen zu komplizierten Berechnungen resp. Schätzungen führen, was sie als wenig praktikabel erscheinen lässt.

Art. 136 Abs. 1^{bis} VE StPO (Voraussetzungen unentgeltliche Rechtspflege für die Privatklägerschaft)

Die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs obliegt der Staatsanwaltschaft. Es ist aus diesem Grund nicht erforderlich, einzig zur Durchsetzung desselben Zwecks dem Opfer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, zumal damit de facto bloss hohe Zusatzkosten generiert würden. Dem Bundesgericht verbleibt immer noch die Möglichkeit, solches ausnahmsweise direkt auf Art. 29 BV zu stützen. Auf diese Ausweitung ist demzufolge zu verzichten.

Art. 147 Abs. 3 und 3^{bis} VE StPO (Im Allgemeinen)

Hierbei handelt es sich im Interesse der materiellen Wahrheitsfindung um das zentralste und dringlichste Revisionsanliegen seitens der Strafverfolgungsbehörden. Die Teilnahmerechte in ihrer aktuellen Ausgestaltung erschweren den Auftrag der Staatsanwaltschaft enorm und führen zudem zu einer Verteuerung und einer Verlängerung des Verfahrens. Diese Kosten belasten in erster Linie die Kantone und den Steuerzahler.

Es ist auch zu beobachten, dass bei amtlichen Verteidigungen im Vergleich zu Wahlverteidigungen höhere Kosten anfallen, da Letztere die Teilnahmerechte grundsätzlich seltener wahrnehmen. Problematischer als die finanziellen Auswirkungen sind jedoch die Auswirkungen auf die Wahrheitsfindung.

Eine klare und einfache gesetzliche Regelung ist dringend angezeigt. Der Standard der Europäischen Menschenrechtskonvention (nachfolgend: EMRK) gewährleistet einerseits ein faires Verfahren und unterstützt andererseits den Auftrag der Staatsanwaltschaft. Deshalb sind die Teilnahmerechte an Einvernahmen, insbesondere bei mitbeschuldigten Personen, gemäss der EMRK und der diesbezüglichen Rechtsprechung dahin gehend auszugestalten, dass jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht hat, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen.

Abs. 3^{bis}: Die vorgeschlagene Regelung ist aus prozessökonomischer Sicht an sich zu begrüssen. Allerdings ist sie nicht bloss auf Fälle von Abs. 3 lit. a zu beschränken, sondern auch auf Konstellationen gemäss lit. b auszuweiten, zumal der mit Wiederholungen verbundene Aufwand in diesen Fällen regelmässig ungleich grösser ist und die Konstellationen gemäss lit. a zumeist nur eine einzelne Einvernahme betreffen.

Art. 147a Abs. 1 VE StPO (Einschränkung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person)
Kollusionsgefahr und -möglichkeit bilden den Hauptgrund, weshalb das Teilnahmerecht nach Art. 147 wieder auf das konventionsrechtliche Minimum zu reduzieren ist. Es wäre daher falsch, für die bei Mittätern/Teilnehmern *generell* bzw. praktisch immer vorliegende Kollusionsgefahr nunmehr eine blosser Ausnahmeregel zu schaffen, die im Einzelfall zudem formell verfügt werden müsste. Kommt hinzu, dass die vorgeschlagene Regelung zu kurz greift: Nicht nur die Gefahr einer Anpassung der Aussagen kann einen Ausschluss rechtfertigen, sondern mindestens ebenso sehr die Gefahr, dass die einzuvernehmende Person in Anwesenheit des «Teilnahmeberechtigten» aus Angst anders aussagen könnte, als wenn sie alleine einvernommen würde. Überlegenswert wäre deshalb, das Teilnahmerecht auf das Konfrontationsrecht zu beschränken (vgl. 6B_764/2015 vom 06. Januar 2016 E 1.7.2 und 1.7.3). Zumindest aber sollte Art. 147a Abs. 1 VE StPO ergänzt werden durch: «(...) oder ist zu befürchten, dass die einzuvernehmende Person durch die Anwesenheit der beschuldigten Person in ihrem Aussageverhalten beeinflusst wird (...)».

Art. 210 Abs. 2 VE StPO

Aufgrund dieses neuen Einschubs («Haftbefehl») stellt sich die Frage, ob neben dem Ausschreiben im RIPOL auch ein schriftlicher Haftbefehl in den Akten verlangt wird. Falls ja, führt diese zu einem administrativen Mehraufwand.

Ausserdem sind der Staatsanwaltschaft insbesondere der Kriminalpolizei die im erläuternden Bericht genannten Probleme im Rahmen der internationalen Rechtshilfe nicht bekannt, weshalb auf die Ergänzung zu verzichten ist.

Art. 222 Abs. 2 ff. VE StPO

Im erläuternden Bericht (S. 32) wird es als sinnvoll erachtet, dass das Zwangsmassnahmengericht in den Fällen, in denen es eine Haftentlassung in Erwägung zieht, eine mündliche Verhandlung ansetzt und die Staatsanwaltschaft zur Teilnahme verpflichtet. Die Staatsanwaltschaft sollte schon von Gesetzes wegen nur dann zur Beschwerdeerhebung legitimiert sein, wenn sie an der Verhandlung des Zwangsmassnahmengerichts teilgenommen hat. Die Beschwerde soll nicht dazu dienen können, eine in der Verhandlung verpasste Replik nachzuholen. Eine derartige Regelung ist in Basel-Stadt gemäss einer Vereinbarung zwischen den Gerichten und der Staatsanwaltschaft bereits heute Praxis. Sie dient der Verfahrensbeschleunigung und hat auch den Vorteil, dass das Beschwerdegericht frühzeitig weiss, ob eventuell mit einer Beschwerde zu rechnen ist (Organisation des Pikettdienstes).

Art. 228a VE StPO (Beschwerde der Staatsanwaltschaft und Verfahren)

Abs. 2: Die «Drei-Stundenfrist» ist für eine begründete Beschwerde zu kurz bemessen, zumal die Staatsanwältin oder der Staatsanwalt, die/der bei der Urteilseröffnung vor dem Zwangsmassnahmengericht anwesend gewesen ist, sich zur Ausarbeitung einer begründeten Beschwerdeschrift zunächst wieder an den Arbeitsplatz begeben muss. Es verbleibt somit nicht ausreichend Zeit, um eine fundiert *begründete* Beschwerdeschrift zu verfassen.

Das Bundesgericht hat die «Drei-Stunden-Frist» unseres Erachtens nur deshalb so kurz bemessen, weil es aus Not und wider Willen selbst als Gesetzgeber tätig werden musste und mit seiner Regelung – ohne formelles Gesetz – einschneidend in die Rechtsstellung des Beschuldigten eingegriffen hat. Eine Frist von mindestens sechs Stunden erachten wir als angemessen.

Abs. 4: Mit dieser Regelung soll der Staatsanwaltschaft auch dann eine Beschwerdemöglichkeit eingeräumt werden, wenn sie auf die Teilnahme an einer Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht verzichtet und an der Verhandlung vor Zwangsmassnahmengericht nicht teilnimmt mit der Folge, dass die beschuldigte Person in jedem Fall nach der Anordnung einer Haftentlassung nicht unverzüglich aus der Haft entlassen werden kann. Es bestehen Zweifel, ob dies überhaupt EMRK-konform ist. Auf jeden Fall geht die vorgeschlagene Erweiterung der Beschwerdemöglichkeit weiter als die BGE-Rechtsprechung. So wird in BGE 1B_442/2011 (Urteil vom 4. Januar 2012) explizit festgehalten, dass die Staatsanwaltschaft «persönlich vertreten sein muss und sich nicht mit schriftlichen Anträgen begnügen kann» (E. 3.3), damit dem Erfordernis «unmittelbar nach Kenntnis des Haftentlassungsentscheides» Rechnung getragen wird. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sollte daher für die Staatsanwaltschaft weiterhin nur dann möglich sein, wenn sie bei der Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht anwesend war und direkt Kenntnis vom Haftentlassungsentscheid genommen hat.

Hinsichtlich des Verfahrens verweist der VE auf Art. 225 und 226 Abs. 1-5 StPO. Der Verweis auf Art. 226 Abs. 1 StPO (Entscheid innert 48 Stunden nach Eingang des Antrags) ist nicht gerechtfertigt. Um diese Frist auch im Beschwerdeverfahren einhalten zu können, müssten alle Beschwerdegerichte wie die Zwangsmassnahmengerichte für jedes Wochenende einen Pikettdienst einrichten, was für ein zweitinstanzliches Verfahren nicht angemessen ist und zu massiven Mehrkosten führen würde. Sinnvoll und angemessen erscheint vielmehr eine Frist von fünf Tagen, analog zur vergleichbaren Situation gemäss Art. 231 Abs. 2 StPO. Der Kanton Basel-Stadt beantragt daher, in Art. 228a Abs. 4 VE bezüglich des Verfahrens auf Art. 225 und 226 Abs. 2-5 StPO sowie bezüglich der Frist auf *Art. 231 Abs. 2 StPO* zu verweisen.

Art. 230 Abs. 4 VE StPO (Entlassung aus der Sicherheitshaft während des erstinstanzlichen Verfahrens)

Das rechtliche Gehör der Staatsanwaltschaft als Partei im Hauptverfahren ist zu kodifizieren:

«[...] so entscheidet das Zwangsmassnahmengericht **nach Anhörung** der Staatsanwaltschaft.».

Art. 231 Abs. 2 VE StPO

Dieser Artikel ist (wie bereits der geltende Art. 231 Abs. 2 StPO) zu eng formuliert. Eine Haftentlassung durch das Gericht kann nicht nur bei einem Freispruch, sondern auch bei der Verurteilung zu einer Strafe, die im Zeitpunkt der Verhandlung durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft bereits (zu einem grossen Teil) verbüsst ist, erfolgen. Dies müsste aus dem Gesetzestext hervorgehen.

Art. 233 VE StPO

Abs. 1: Vorschlag zur redaktionellen Verbesserung: Genitiv statt Dativ nach «während»: «Während *des Verfahrens* vor dem Berufungsgericht».

Abs. 3: Es wird beantragt, die Frist von fünf Tagen ganz zu streichen, eventualiter «*seit Eingang des Gesuchs*» durch «*nach Eingang der Replik*» oder «*nach Abschluss des Schriftenwechsels*» zu ersetzen. Es ist nicht einsehbar, warum Haftentlassungsgesuche während eines Verfahrens vor Berufungsgericht rascher bearbeitet werden müssen als Beschwerden gegen Haftanordnungen oder -verlängerungen durch das Zwangsmassnahmengericht, bei denen die StPO keine Fünf-Tage-Frist vorsieht. Zumindest aber darf die Frist nicht mit dem Gesuchseingang zu laufen beginnen, sondern erst nach Abschluss des Schriftenwechsels, analog zu Art. 228 Abs. 4 StPO (vgl. BGE 137 IV 186 E. 3, BGer 1B_200/2012 vom 20. April 2012 E. 2.1).

Art. 236 Abs. 1 VE StPO

Mit dieser Regelung soll der vorzeitige Straf- und Massnahmenvollzug nur dann angeordnet werden können, wenn die Strafe oder die Massnahme im ordentlichen Vollzugsregime vollzogen werden kann. Was mit der Nennung der zusätzlichen Voraussetzung «im ordentlichen Vollzugsregime vollzogen werden kann» gemeint ist, ist nicht klar. Die Formulierung legt nahe, dass die Verfahrensleitung zuerst beim Straf- und Massnahmenvollzug abklären muss, ob ein Vollzug möglich ist bzw. ein Vollzugsplatz vorhanden ist. Abgesehen davon, dass damit in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde eingegriffen würde, ist zu berücksichtigen, dass in der Regel sowohl in den geschlossenen Vollzugsanstalten, als auch in den Massnahmeninstitutionen längere Wartezeiten bestehen, so dass der vorzeitige Straf- und Massnahmenvollzug nur in den seltensten Fällen sofort angetreten werden kann. Allerdings stellt gerade der vorzeitige Strafvollzug auch wenn er vorübergehend in einem Untersuchungsgefängnis oder in einer nicht spezifisch ausgestalteten Justizvollzugsanstalt durchgeführt werden kann, für die Betroffenen eine wesentliche Erleichterung der Haftbedingungen (Besuchsrecht etc.) dar, auf die sie bei Anwendung der neuen Bestimmung verzichten müssten. Es stellt sich daher die Frage, ob diese zusätzliche Voraussetzung wirklich Sinn macht.

Art. 248 VE StPO

Die Zuweisung der zweitinstanzlichen Zuständigkeit zur Behandlung von Entsiegelungsgesuchen an die Beschwerdeinstanz wird zu einer massiven Mehrbelastung der Beschwerdegerichte führen, da Entsiegelungsverfahren oft sehr umfangreich und komplex sind (vgl. erläuternder Bericht S. 36). Es wird beantragt, dass das Bundesamt für Justiz beim Bundesgericht Informationen darüber einholt, welchen Aufwand Beschwerden gegen Entsiegelungsentscheide der einzelnen Kantone bis anhin verursacht haben, damit die Kantone den entsprechenden Ressourcenbedarf abschätzen können.

Art. 251a VE StPO (Blut- und Urinuntersuchung)

Die Revision ist sinnvoll und notwendig. Die neue Bestimmung sollte allerdings auf Schiffsführerinnen und Schiffsführer ausgeweitet werden, da auch in diesen Fällen der Staatsanwaltschaft kein Ermessen zusteht [vgl. Art. 24b BSG (SR 747.201) und Art. 40d BSV (SR 747.201.1)].

Art. 266 Abs. 3 VE StPO (Liegenschaften)

Der Änderungsvorschlag ist berechtigt und verdient Unterstützung.

Art. 268 Abs. 4 VE StPO (Beschlagnahme zur Kostendeckung)

Dieser Änderungsvorschlag ist abzulehnen. Einerseits ist er systematisch falsch und andererseits bedeutet er einen empfindlichen Rückschlag im Vergleich zum heutigen Recht, indem neu eine Ersatzforderungsbeschlagnahme nur noch zur Deckung von Ersatzforderungen gegenüber beschuldigten Personen, nicht aber gegenüber Drittpersonen möglich wären.

Berechtigt ist das Anliegen, dass die gesetzliche Grundlage für die Ersatzforderungsbeschlagnahme, die im StGB systematisch am falschen Ort ist, in die StPO überführt werden soll. Allerdings findet sich die rechtliche Grundlage für alle Beschlagnahmearten im geltenden Recht nicht in Art. 268 StPO, sondern in Art. 263 StPO. Dorthin ist die Ersatzforderungsbeschlagnahme denn auch zu überführen, und zwar systematisch richtig in einem den Abs. 1 ergänzenden Buchstaben:

Art. 263 Abs. 1 lit. e (neu) «zur Sicherstellung einer Ersatzforderung gebraucht werden.»

Da in Art. 263 Abs. 1 StPO explizit nicht nur Vermögenswerte einer beschuldigten Person, sondern auch einer Drittperson genannt werden, ist mit der Einordnung der Ersatzforderungsbeschlagnahme in diesem Artikel sichergestellt, dass auch Vermögenswerte von Drittpersonen, die Schuldner einer Ersatzforderung werden können, der Beschlagnahme unterliegen. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts. Würde die Ersatzforderungsbeschlagnahme hingegen wie vorgeschlagen in Art. 268 StPO überführt, fielen die heute bestehende

Rechtsgrundlage für die Beschlagnahme von Vermögenswerten von Drittperson ersatzlos dahin, da in Art. 268 Abs. 1 StPO nur von «*Vermögen der beschuldigten Person*» die Rede ist.

Die im erläuternden Bericht auf S. 37 genannte angebliche Unklarheit bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 268 Abs. 2 StPO auf die Ersatzforderungsbeschlagnahme beruht auf einer inzwischen überholten Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Bern.

Abzulehnen ist auch der neu vorgeschlagene Absatz 4 zu Art. 268 StPO:

«Die Beschlagnahme begründet bei der Zwangsvollstreckung kein Vorzugsrecht des Staates oder Dritter».

Dieser Revisionsvorschlag übersieht Art. 442 StPO, in dessen Abs. 1 bereits Folgendes bestimmt ist: «*Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und weitere im Zusammenhang mit einem Strafverfahren zu erbringende finanzielle Leistungen werden nach den Bestimmungen des SchKG eingetrieben*». In Art. 442 Abs. 1 StPO in seiner heute geltenden Form ist daher - entgegen dem Bericht S. 37 - bereits klar enthalten, dass Verfahrenskosten, Bussen, Geldstrafen und Ersatzforderungen auf dem Wege des Schuld- und Konkursgesetzes und damit eben grundsätzlich – zur Ausnahme gleich anschliessend – ohne staatliches Vorzugsrecht durchzusetzen sind.

Hingegen ist es heute tatsächlich so, dass der Staat bezüglich der Tilgung der Kosten des Strafverfahrens privilegiert ist. Dieses Privileg gründet jedoch nicht auf einer blossen Rechtsprechung des Bundesgerichts, sondern auf Art. 442 Abs. 4 StPO, der festhält, dass «*die Strafbehörden Forderungen aus Verfahrenskosten mit (...) beschlagnahmten Vermögenswerten*» decken können.

Da der Revisionsvorschlag zwar einen neuen Art. 268 Abs. 4 StPO vorschlägt, der ein staatliches Vorzugsrecht auch für Verfahrenskosten verneint, aber Art. 442 Abs. 4 StPO belässt, der das Gegenteil anordnet, schafft der Revisionsvorschlag eine widersprüchliche Gesetzeslage. Dies gilt es zu vermeiden. Unverständlicherweise verschärft der Revisionsvorschlag den Widerspruch überdies mit dem Änderungsvorschlag zu Art. 442 Abs. 4 StPO, wonach in Zukunft die Verfahrenskosten nicht nur mit beschlagnahmten Vermögenswerten, sondern zusätzlich auch mit Genugtuungsansprüchen sollen verrechnet werden können (siehe unten). Statt Art. 268 StPO zu revidieren und auszuweiten, sollte die Bestimmung ganz gestrichen werden.

Dessen erster Absatz ist bereits in Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO enthalten, wo er systematisch richtig auch hingehört. Ebenso einen rein deklaratorischen Gehalt hat der dritte Absatz (siehe oben). Nur der zweite Absatz von Art. 268 StPO hat einen Gehalt, der allenfalls nicht rein deklaratorischer Natur ist. Man kann ihn so interpretieren, dass die Strafbehörden über die Regeln der Pfändbarkeit hinaus auf die «*Einkommens- und Vermögensverhältnisse der beschuldigten Person und ihrer Familie Rücksicht zu nehmen*» haben. Die praktische Wirkung dieses Absatzes ist jedoch unbedeutend.

Art. 301 Abs. 1^{bis} VE StPO (Anzeigeaushändigung an Opfer)

Ein Begehren der «*Schweizerischen Verbindungsstellen-Konferenz Opferhilfegesetz*» wird - ohne Bedarf von Lehre und Praxis - übernommen und im Entwurf auf sämtliche anzeigenden Personen ausgeweitet. Sollte dies auch die Person umfassen, die «*Anzeige erstattet hat*» (Art. 105 Abs. 1 lit. b StPO) so widerspricht es Art. 301 Abs. 2 und 3 StPO, wonach der anzeigenden (nicht geschädigten Person) keine weiteren Verfahrensrechte zustehen.

Auch eine über die Akteneinsicht von Art. 101 StPO hinausgehende Pflicht der Strafverfolgungsbehörden zur Herausgabe von einzelnen Aktenstücken ist zu unterbinden. In den Anzeigen der Polizei können auch Informationen wie bspw. Spontanaussagen von beschuldigten Personen oder weiteren Auskunftspersonen enthalten sein, die der anzeigestellenden Person (z.B. der Geschädigten) zu einem frühen Zeitpunkt nicht bekannt werden dürfen, um die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht zu gefährden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Aussagen anlässlich der ersten unterschriftlichen Befragung an die in der Anzeige stehenden Spontanaussagen der beschuldigten Person oder von Auskunftspersonen angepasst werden. Durch eine sol-

che Regelung wird auch die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Geschädigten massiv untergraben. Die Bestimmung ist gänzlich zu streichen.

Art. 303a VE StPO (Sicherheitsleistung)

Dieser Vorschlag ist zu begrüßen, zumal er praxisnah und verhältnismässig erscheint und zum zeitnahen sowie effizienten Abschluss von Delikten der teilweise niedrig angesiedelten Kriminalität beitragen kann.

Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3 VE StPO (Abschluss der Untersuchung)

Eine zusätzliche Mitteilungspflicht an (sämtliche) Opfer vor dem Erlass eines Strafbefehls «torpediert» das Strafbefehlsverfahren als einfaches und rasches Verfahren, generiert unnötigen Aufwand und verursacht Zusatzkosten. Zu beachten ist ausserdem, dass Geschädigte (und damit auch Opfer) gemäss Art. 118 Abs. 4 StPO bereits heute über die Möglichkeit, sich als Privatklägerschaft zu konstituieren, informiert werden müssen und jederzeit Beweisanträge stellen können (Art. 109 Abs. 1 StPO). Eine derartige Ausweitung wird abgelehnt.

Art. 352 Abs. 1 Einleitungssatz, 1^{bis} und 3 VE StPO (Voraussetzungen für das Strafbefehlsverfahren)

Gemäss Vorentwurf sollen Fälle, in denen sich Opfer als Privatkläger beteiligen, nur dann noch im Strafbefehlsverfahren erledigt werden können, wenn maximal 120 Strafeinheiten ausgesprochen werden. Alle anderen seien anzuklagen.

Die Begründung im erläuternden Bericht auf S. 40 f., warum Fälle, in denen Strafen ab 121 Einheiten ausgesprochen werden, neu angeklagt und im Hauptverfahren beurteilt werden sollen, vermag nicht zu überzeugen: Zu verweisen ist nämlich darauf, dass rechtskräftige Strafbefehle genauso zu Urteilen werden wie Gerichtsentscheide (Art. 354 Abs. 3 StPO). Strafbefehle unterliegen ebenfalls dem Grundsatz der Öffentlichkeit (Art. 69 Abs. 2 StPO) und auch die Staatsanwaltschaft ist in der Rechtsanwendung unabhängig (Art. 4 Abs. 1 StPO).

Die vorgeschlagene Bestimmung würde somit ohne erkennbaren Mehrwert lediglich einen erheblichen unnötigen Aufwand bei den Strafverfolgungsbehörden und den erstinstanzlichen Gerichten generieren und zusätzliche Ressourcen erfordern. Ausserdem würde sie in der Praxis zu zusätzlichen – durch die skizzierte Regelung nicht beabsichtigten – Anklagen führen, da das Strafbefehlsverfahren auch dann ausgeschlossen wäre, wenn die beschuldigte Person neben einem Delikt zum Nachteil eines als Privatkläger konstituierten Opfers, das für sich allein mit höchstens 120 Strafeinheiten abgegolten würde, zusätzlich andere Delikte begeht, die aufgrund des Grundsatzes der Verfahrenseinheit (Art. 29 Abs. 1 Bst. a StPO) gleichzeitig zu beurteilen sind und zu einer gesamthaften Sanktion von 121 bis 180 Strafeinheiten führen. Falls es sich nicht um ein Redaktionsversehen handelt, ist schliesslich nicht nachvollziehbar, weshalb in Abs. 3 das zulässige Maximum für verbundene Strafarten nur noch 90 Einheiten betragen soll, wenn sich Opfer als Privatkläger im Verfahren beteiligen (und nicht 120 Einheiten wie in Abs. 1^{bis}).

Im Übrigen ist auch nicht einzusehen, inwiefern die vorgeschlagene Novelle im Interesse des Opfers liegen sollte: Dieses kann durchaus ein erhebliches Interesse daran haben, dass der Fall ohne Gerichtsverhandlung (und somit ohne seine Teilnahme an der Hauptverhandlung) abgeschlossen werden kann. Ist das Opfer mit dem Strafbefehl nicht einverstanden, so ist es ihm weiterhin unbenommen, Einsprache zu erheben und den Fall so einer gerichtlichen Beurteilung zuzuführen. Auf eine Revision von Art. 352 StPO ist deshalb zu verzichten.

Abs. 3: Erster Satz am Ende: «(...) in Fällen von Absatz 1^{bis} von höchstens 3 Monaten (...)» ist u.E. ein (Tipp-)Fehler. Wie in Art. 352 Abs. 1^{bis} VE und in Art. 132 Abs. 3 StPO sollte es 4 Monate heissen.

Art. 352a VE StPO (Obligatorische Einvernahme der beschuldigten Person)

Der Vorentwurf will neu im Strafbefehlsverfahren eine generelle Einvernahmepflicht durch die Staatsanwaltschaft vorschreiben, falls eine Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe von mehr als 120 Einheiten angemessen erscheint oder sich der Widerruf einer bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe abzeichnet.

Festzuhalten ist, dass Strafbefehle mit einer Sanktion von 121 bis 180 Strafeinheiten immer noch im Bereich des Massengeschäfts liegen und vielfach Konstellationen mit einfacher sowie eindeutiger Sach- und Rechtslage umfassen (z.B. Strassenverkehr). Das einfache und unkomplizierte Strafbefehlsverfahren dient gerade hier dazu, Strafverfahren gegen häufig einsichtige Täterschaft rasch und unkompliziert zu erledigen. Es ist nicht ersichtlich, welchen Mehrwert eine zweite staatsanwaltschaftliche Einvernahme bringt, wenn die beschuldigte Person bereits selbständig durch die Polizei ausführlich zum Sachverhalt befragt und ihr das rechtliche Gehör gewährt wurde.

Eine systematische Pflicht zur Einvernahme wäre nur mit erheblichen zusätzlichen Ressourcen zu bewältigen und insbesondere für einen Grenzkanton bei der Vielzahl der im Ausland wohnhaften beschuldigten Personen, falls überhaupt, nur mit grossem Aufwand umsetzbar. Infolgedessen muss weiterhin Raum für individuelle kantonale Regelungen offen bleiben, die allenfalls auch delikt- und/oder täterspezifisch (und nicht von der Sanktion abhängig) ausgestaltet werden können. Zu verweisen ist ausserdem darauf, dass die Polizei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens ebenfalls Einvernahmen durchführt. Ob danach eine zusätzliche staatsanwaltschaftliche Einvernahme erforderlich ist, hängt ebenfalls nicht von der Sanktion, sondern von der Beurteilung der Beweislage im Einzelfall ab.

Eine «schlanke» Erledigung ohne förmliche Beschuldigtenbefragung in klaren Fällen kann im Übrigen durchaus auch im Interesse des Beschuldigten liegen, indem er eben ohne persönliche Mitwirkung zu einem raschen und kostengünstigen Urteil kommt.

Die Bestimmung in lit. c ergibt keinen zusätzlichen Sinn. Die Staatsanwaltschaft muss bei zu widerrufenden Freiheitsstrafen eine Gesamtstrafe bilden. Eine Einvernahme ist nur dann durchzuführen, wenn die Gesamtstrafe mehr als vier Monate Freiheitsstrafe beträgt. Diese Konstellation wird unseres Erachtens jedoch durch lit. a. abgedeckt.

Schliesslich ist auch festzuhalten, dass Empfängerinnen und Empfänger von Strafbefehlen durch das Beilegen eines Merkblattes in verschiedenen Sprachen gradeso gut über die Konsequenzen des Strafbefehls belehrt werden können wie im Rahmen einer Befragung.

Auf obligatorische Einvernahmen von beschuldigten Personen vor dem Erlass eines Strafbefehls ist vollständig zu verzichten.

Art. 353 Abs. 2 VE StPO (Beurteilung von Zivilforderungen im Strafbefehl)

Auch wenn der erläuternde Bericht auf S. 43 festhält, die bisherige Regelung werde als «geschädigten- und opferunfreundlich sowie bei Gesamtbetrachtung der Rechtspflege als ineffizient kritisiert», ist festzuhalten, dass es als problematisch empfunden wird, wenn sich Strafverfolgungsbehörden mit Zivilforderungen befassen müssen. Deshalb ist die bisherige Regelung beizubehalten.

Art. 354 Abs. 1 Bst. a^{bis}, 1^{bis} und 1^{ter} VE StPO (Einsprache)

Die Anpassung der Einsprachelegitimation der Privatklägerschaft wird ausdrücklich begrüsst.

Hingegen ist die bisherige Frist zur Erhebung der Einsprache gegen einen Strafbefehl von zehn Tagen im ressourcenintensiven Massengeschäft beizubehalten und nicht auf 20 Tage zu verlängern, wenn der Strafbefehl nicht von der Staatsanwaltschaft persönlich ausgehändigt worden ist. Die Frist steht im Einklang mit anderen Rechtsmitteln im Strafverfahren, die ebenfalls innert zehn Tagen zu ergreifen sind. Selbst bei Gerichtsurteilen, die umfangmässig komplexer und materiell komplizierter sind, gilt eine Zehn-Tagesfrist.

Die Praxis zeigt überdies, dass rechtsunkundige und fremdsprachige Empfänger namentlich dank des Internets oder telefonischer Rückfragen bei der Staatsanwaltschaft heute ohne weiteres in der Lage sind, zeitnah die Bedeutung und den Inhalt eines Strafbefehls zu verstehen und so weit als nötig zu übersetzen.

Im Übrigen kann auch der weiteren Argumentation im Bericht auf S. 44, «*Inhalt und Tragweite*» von Strafbefehlen würden oftmals aus «*Sprachunkundigkeit, Leseschwierigkeiten oder intellektuellen Defiziten nicht verstanden*» werden, entgegnet werden, dass den Strafbefehlen Übersetzungshilfen beiliegen, Personen mit Leseschwierigkeiten oder intellektuellen Defiziten jemanden an ihrer Seite haben - sei es nun in Form eines Beistands, Vormunds oder in schweren Fällen eines amtlichen Verteidigers - der ihnen den Strafbefehl erklären kann.

Hinzu kommt, dass der Strafbefehl auch nicht «aus heiterem Himmel» eintrifft. Die beschuldigte Person stand bereits zuvor im Verfahren mit den Strafverfolgungsbehörden in Kontakt und muss mit der Zustellung eines Strafbefehls rechnen. Abschliessend ist noch darauf zu verweisen, dass die Anforderungen an Einsprachen beschuldigter Personen nicht hoch sind, da diese die Einsprache gemäss Art. 354 Abs. 2 StPO nicht begründen müssen.

Art. 355 Abs. 2 bzw. 356 Abs. 4 VE StPO (Verfahren bei Einsprache)

Die Beibehaltung der Rückzugsfiktion in der vom Bundesgericht entwickelten Form der widerlegbaren Vermutung ist im ressourcenrelevanten Massengeschäft gerechtfertigt: Wer den Rechtsbehelf der Einsprache gegen einen Strafbefehl ergreift, dann aber entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben sein Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bekundet, verzichtet damit auf seinen Rechtsschutz.

Dem erläuternden Bericht ist auch zu widersprechen, wenn er zur Begründung der Streichung dieser beiden Absätze auf S. 45 vorbringt, die betroffene Person hätte in einem ordentlichen Verfahren selbst bei unentschuldigtem Fernbleiben Anspruch auf gerichtliche Beurteilung, falls die Voraussetzungen für die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens erfüllt seien: Zum einen stellt das Strafbefehlsverfahren ein besonderes Verfahren mit entsprechend abweichenden Bestimmungen dar und liegt das durchaus im Interesse der betroffenen Person: Das Strafbefehlsverfahren ist kürzer, weniger aufwendig, man erspart sich den Gang an das Gericht und zu guter Letzt steht die Obergrenze der Strafe fest – während bei einer Gerichtsverhandlung immer noch das Risiko besteht, dass die Strafe höher als erwartet ausfallen könnte.

Eine Streichung der Rückzugsfiktion könnte zu vermehrten Zwangsmassnahmen führen, müssten doch die beschuldigten Personen nach einer Einsprache bei Nichterscheinen auf Vorladung vermehrt vorgeführt und/oder gar zur Verhaftung ausgeschrieben werden, andernfalls Verfahren durch Nichterscheinen in die Verjährung getrieben werden könnten.

Zum anderen wird dem erwähnten Anspruch auf gerichtliche Beurteilung auch im Strafbefehlsverfahren Genüge getan, indem diese Beurteilung an die Staatsanwaltschaft delegiert und von dieser durchgeführt worden ist. Und nicht zuletzt sei auf Art. 407 Abs. 1 StPO hingewiesen, der die Konsequenzen für die säumigen Parteien im Berufungsverfahren analog regelt.

Den im erläuternden Bericht genannten Bedenken kann durch eine der Hauptverhandlung angelehnten Regelung begegnet werden, indem die Rückzugsfiktion nach Nichterscheinen nach zwei zugestellten Vorladungen angenommen wird. Art. 355 StPO sollte daher in seiner heutigen Fassung beibehalten werden, wobei die Ausführungen auch für Art. 356 Abs. 4 StPO gelten.

Art. 366 VE StPO (Voraussetzungen)

Das Revisionsvorhaben bei Abwesenheitsverfahren ist zu begrüssen.

Art. 436 geltende StPO (Kostentragungspflicht der Privatklägerschaft)

Der Kanton Basel-Stadt beantragt, dass die Privatklägerschaft in Fällen, in denen sie allein ein Rechtsmittelverfahren verursacht hat und dabei unterliegt, zur Zahlung der Verteidigungskosten der obsiegenden beschuldigten Person verurteilt werden kann (Verursacherprinzip). Das Bundesgericht hat eine solche Entschädigungspflicht in BGE 139 IV 45 E. 1.2 (Pra 2013 Nr. 60) in

einer «ausdehnenden Interpretation» von Art. 432 StPO anerkannt. Nicht überzeugend erscheint die vom Bundesgericht in BGE 141 IV 476 (Pra 2016 Nr. 41) vorgenommene Einschränkung dieser Praxis auf Berufungen und deren Ausschluss bei Beschwerden (vgl. dazu den überzeugenden Aufsatz von Stefan Christen, Keine Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft im kantonalen Beschwerdeverfahren in Strafsachen?, in: *forum poenale* 3/2016 S. 160). Es sind ja gerade die klar ungerechtfertigten Strafanzeigen, die zu Nichtanhandnahme- oder Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft führen, und die Beschwerden gegen diese Verfügungen erweisen sich oft als querulatorisch. Es erscheint stossend, dass die (teils hohen) Verteidigungskosten von obsiegenden Angeschuldigten in diesen Fällen vom Staat übernommen werden müssen.

Art. 442 Abs. 4 VE StPO (Vollstreckung von Entscheiden über Verfahrenskosten)

Das Revisionsvorhaben, wonach inskünftig auch mit Genugtuungsforderungen verrechnet werden darf, ist berechtigt und verdient Unterstützung. Dafür spricht unter anderem auch der aus dem Verbot des Schuldverhafts abgeleitete Grundsatz, wonach Zahlungen der beschuldigten Person in erster Linie mit der Busse/Geldstrafe und erst in zweiter Linie mit Verfahrenskosten zu verrechnen sind. Zum Widerspruch zu den Änderungsvorschlägen betreffend Art. 268 wird auf die Ausführungen zu Art. 268 verwiesen.

Änderungen im Jugendstrafgesetz

Art. 3 Abs. 2 VE JStG (Persönlicher Geltungsbereich)

Der vorgesehene Änderung ist nicht zuzustimmen, eine Revision ist indessen angezeigt.

Die vorgesehene Änderung sieht Folgendes vor: Falls ein Jugendstrafverfahren hängig ist und während dieses Verfahrens bekannt wird, dass der Beschuldigte *nach* dem 18. Altersjahr erneut delinquent hat, so soll eine Trennung der Verfahren erfolgen. Das Jugendstrafverfahren wird zu Ende geführt und die nach dem 18. Altersjahr begangene Tat wird von den Erwachsenenbehörden nach StPO verfolgt und nach StGB beurteilt (separate Verfahrensführung und Sanktionierung). Diesem Grundsatz ist beizupflichten.

Weiter ist vorgesehen, dass, wenn ein Erwachsenenstrafverfahren hängig ist und während dieses Verfahrens bekannt wird, dass der Beschuldigte schon *vor* dem 18. Altersjahr delinquent hat, keine Trennung erfolgen soll. Die Jugendstraftat wird im Rahmen des hängigen Erwachsenenstrafverfahrens nach den Regeln der StPO verfolgt und nach denjenigen des StGB beurteilt. Es ist stossend, wenn bei einer Sanktionsausfällung selbst für Straftaten, die noch im jugendlichen Alter begangen wurden, allein das StGB angewendet werden soll. Sachgerechter wäre es, eine durchgängige Trennung der beiden Verfahren einzuführen, so dass sämtliche Straftaten bis zum 18. Altersjahr durch die Jugendstrafbehörde (nach JStPO und JStG) und sämtliche Straftaten nach dem 18. Altersjahr durch die Erwachsenenbehörde (nach StPO und StGB) zu behandeln und zu beurteilen wären. Die Koordination der beiden Urteile würde schliesslich im Zeitpunkt des Vollzugs erfolgen.

Abs. 36 Abs. 1^{bis} VE JStG (Erstinstanzliches Urteil und Verjährung)

Der vorgesehene Änderung ist zuzustimmen. Es stellt sich die Frage, ob es ein Versehen des Gesetzgebers war, dass das Jugendstrafrecht von dem Verjährungsausschluss von Art. 97 Abs. 3 StGB ausgenommen wurde. Den Materialien zur JStG-Gesetzgebung sind diesbezüglich keinerlei Ausführungen zu entnehmen.

In der Praxis ist der Ausschluss verschiedentlich kritisiert worden, da es stossend ist, wenn sich Jugendliche durch Dispositionen in die Verjährung retten können. Die im StGB kodifizierte Regelung, dass die Verjährung nicht mehr eintritt, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist, gilt nun nach einem Grundsatzentscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2017 (BGE 6B_646/2016 vom 03.01.2017) durch Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 lit. j JStG e contrario) auch im Jugendstrafrecht. Das Bundesgericht ging von einer echten Gesetzeslücke aus. Ob die Kodifizierung im Gesetz als neuer Absatz 1^{bis} von Art. 36 JStG entsprechend dem Art. 97 Abs. 3 StGB aufgenommen werden soll oder als Querverweis in Art. 1 Abs. 2 lit. j JStG,

spielt letzten Endes keine Rolle. Es dient indes mit Sicherheit der Klarheit, wenn auf ein Quer-
verweis verzichtet und der Verjährungsausschluss ausdrücklich in einem neuen Absatz geregelt
wird.

Art. 43a VE JStG (Ergänzende Bestimmungen des Bundesrates, VE Art. 38)

Der vorgesehenen Änderung ist zuzustimmen. Auch im Erwachsenenstrafrecht kann es zu meh-
reren gleichzeitig vollziehbaren Einzelstrafen und Massnahmen kommen. Sofern der Bundesrat
keine Anordnungen getroffen hat, sind die Kantone verpflichtet, die notwendigen Regelungen zur
Durchführung des Strafvollzugs zu erlassen. Dasselbe sollte auch gelten, wenn es um gleichzei-
tig vollziehbare Strafen und Massnahmen der Behörden des Jugend- und des Erwachsenen-
rechts geht. Die Kompetenz des Bundesrates sollte auch hier fakultativ sein.

Änderungen in der Jugendstrafprozessordnung

Art. 1 VE JStPO (Gegenstand)

Der vorgesehenen Änderung ist zuzustimmen. Nicht erst die vorgesehene Änderung von
Art. 3 Abs. 2 JStG bedingt eine Anpassung von Art. 1 JStPO. Bereits nach geltendem Recht kann
es vorkommen, dass Straftaten, die von Jugendlichen begangen wurden, von Behörden der Er-
wachsenenstrafrechtspflege verfolgt und beurteilt werden. Dies gilt für den Fall, dass ein Verfah-
ren gegen einen Erwachsenen eingeleitet wurde und sich erst nach Einleitung des Verfahrens
herausstellt, dass der Beschuldigte bereits vor Vollendung des 18. Altersjahres eine Tat began-
gen hat.

Gemäss dem geltenden Art. 3 Abs. 2 Satz 5 JStG bleibt für Beschuldigte, die nach Erreichen des
18. Altersjahres eine strafbare Handlung begangen haben und gegen die deshalb ein Erwachse-
nenstrafverfahren eingeleitet worden ist, das Verfahren gegen Erwachsene anwendbar, auch
wenn sich im Vorverfahren herausstellt, dass sie schon vor Erreichen des 18. Altersjahres Taten
begangen haben. Der vorgesehenen Änderung von Art. 1 JStPO ist somit zuzustimmen.

Art. 10 VE JStPO (Gerichtsstand)

ad Abs. 1 [Vorentwurf Abs. 3 neu] Die vorgesehene Änderung ist unwesentlich. Der Entwurf des
Bundesrates sah noch explizit den ergänzenden Gerichtsstand des Orts der Begehung der Straf-
tat vor, sofern dringende Untersuchungshandlungen vorgenommen werden mussten. Den Erläu-
terungen des Bundesrates ist die Streichung dieses explizit erwähnten, ergänzenden Ge-
richtsstandes zu entnehmen.

Die Streichung erfolgte jedoch nicht, weil der ergänzende Gerichtsstand als solches abgeschafft
wurde, sondern weil er sich bereits aus den allgemeinen prozessualen Grundsätzen herleiten
lässt und daher keiner expliziten Erwähnung bedarf. Vorgesehen ist nun, dass der oben genannte
Passus zur Klärung von Kompetenzkonflikten wieder eingeführt werden soll.

Welches indessen die «dringenden Untersuchungshandlungen» resp. «die dringend notwendigen
Ermittlungshandlungen» sind, bleibt offen, so dass es auch bei einer Einfügung des im Entwurf
des Bundesrates noch enthaltenen Satzes in der Praxis weiterhin zu Konflikten über den Umfang
der Ermittlungshandlungen zwischen den Kantonen kommen kann. Gemäss dem erläuternden
Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung fallen unter die dringend notwendigen Ermitt-
lungshandlungen Handlungen, die so wichtig sind, dass deren Vornahme keinen Aufschub dul-
den, um die Untersuchung nicht zu gefährden.

ad. Abs. 3 (Streichung): Der vorgesehenen Änderung ist zuzustimmen. Gemäss der geltenden
Regelung ist die Strafverfolgung für Übertretungsstraftatbestände der Aufenthaltsbehörde zu
übertragen, wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Schutzmassnahmen angeordnet oder
geändert werden müssen.

Um dies abzuklären, hat jedoch die Behörde am Begehungsort eingehendere Abklärungen der
persönlichen Verhältnisse vorzunehmen, was nicht ihre Aufgabe sein kann. Zudem ist es für die
Aufenthaltsbehörde essentiell, volle Kenntnis über die umfassende deliktische Vergangenheit

eines Jugendlichen zu haben, um sich ein umfassendes Bild über dessen Gefährdung zu machen. Sowohl aus pädagogischer wie auch aus praktischer Sicht ist es daher sinnvoll, wenn sämtliche Straftaten – seien es Übertretungen, Verbrechen oder Vergehen – durch die Jugendstrafbehörden am Aufenthaltsort des Jugendlichen behandelt und beurteilt werden. Die geltende, unterschiedlich gehandhabte Absprachepraxis unter den Kantonen würde sich so erübrigen.

Art. 32 Abs. 5 lit. b und Art. 5^{bis} VE JStPO (Einsprachelegitimation)

Der vorgesehenen Änderung ist zuzustimmen. Eine Erweiterung der Einsprachelegitimation der Privatklägerschaft auf den Schuldpunkt, nicht indes auf den Bestrafungspunkt, erscheint angezeigt.

Änderungsvorschläge

Art. 80 Abs. 1 geltende StPO

Überlegenswert erscheint, den Begriff «Urteil» neu zu definieren. Einerseits besteht mit der heutigen Definition («Entscheide, in denen materiell über Straf- und Zivilfragen befunden wird») eine Diskrepanz zum Verständnis des Begriffs «Urteil» im StGB. So gilt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 97 Abs. 3 StGB jeder Entscheid, der auf einer umfassenden Grundlage beruht und in einem kontradiktorischen Verfahren erlassen wird, als erstinstanzliches Urteil, nach dem die Verjährung eines Delikts nicht mehr eintreten kann (vgl. BGE 133 IV 112 E. 9.4.4. S. 117, Donatsch-Kommentar zum StGB, Art. 97 N 9). Eine Definition in diesem Sinne erscheint auch geeignet, neue Unstimmigkeiten innerhalb der StPO zu vermeiden, die sonst dadurch entstehen würden, dass gemäss Art. 365 Abs. 3 und 377 Abs. 4 VE StPO selbständige nachträgliche Entscheide des Gerichts und selbständige Einziehungsentscheide neu mit Berufung angefochten werden sollen (vgl. dazu erläuternder Bericht S. 48 f., 50), die nach der Definition von Art. 80 Abs. 1 StPO keine Urteile darstellen. Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist jedoch die Berufung nur gegen erstinstanzliche Urteile zulässig.

Art. 82 geltende StPO

Nach der geltenden StPO sind Urteile grundsätzlich schriftlich zu begründen (Art. 80 und Art. 81 Abs. 3 StPO). Gemäss Art. 82 StPO verzichtet das erstinstanzliche Gericht aber auf eine schriftliche Begründung, wenn es das Urteil mündlich begründet (Abs. 1 lit. a), wenn es keine allzu gravierenden Sanktionen ausspricht (Abs. 1 lit. b; dies soll gemäss dem VE etwas modifiziert werden) und wenn keine der Parteien eine schriftliche Begründung verlangt oder ein Rechtsmittel ergreift (Abs. 2). Für das zweitinstanzliche Verfahren ist eine solche Einschränkung der Begründungspflicht bisher nicht vorgesehen. Sie würde aber einem Bedürfnis nicht nur der Gerichte (deren knappe Ressourcen und stets steigende Arbeitslast bekannt sind), sondern oft auch der Parteien entsprechen, die bei einem ohnehin beabsichtigten Verzicht auf ein Rechtsmittel einerseits von reduzierten Urteilsgebühren, andererseits von einer rascheren Feststellung der Rechtskraft profitieren könnten. Infolge der Unterschiede zwischen dem Berufungsverfahren und dem bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren (Berufungsanmeldung innert 10 Tagen seit Eröffnung des Dispositivs; Beschwerde ans Bundesgericht erst nach Zustellung des schriftlich begründeten Urteils) erscheint eine direkte Anwendung von Art. 82 Abs. 1 und 2 StPO auf das zweitinstanzliche Verfahren allerdings nicht gangbar. Ausserdem sollte der Verzicht auf die schriftliche Begründung im zweitinstanzlichen Verfahren bei gegebenen Voraussetzungen nach Abs. 1 nicht zwingend, sondern ins Ermessen des Gerichts gestellt sein, damit dieses die Möglichkeit hat, auch dann, wenn die Voraussetzungen zum Verzicht auf eine schriftliche Begründung gegeben sind, zum Zweck der Rechtsfortbildung und/oder der Transparenz (Publikation zweitinstanzlicher Entscheide im Internet) schriftliche Urteile zu verfassen und darin Fragen von grundlegender Bedeutung oder allgemeinem Interesse zu behandeln (wobei sich der Rechtsmittelverzicht in diesen Fällen trotzdem in den Gebühren niederschlagen sollte). Wir schlagen daher vor, vor dem heute geltenden Absatz 4, der neu zu Absatz 5 werden (und eventuell sprachlich etwas angepasst werden) soll, einen neuen Absatz 4 mit folgendem Inhalt einzufügen: «Das zweitinstanzliche Gericht kann auf eine schriftliche Begründung verzichten, wenn die Voraussetzungen

von Abs. 1 erfüllt sind. Den Parteien wird nachträglich ein schriftlich begründetes Urteil zugestellt, wenn eine der Parteien dies innert 10 Tagen seit Zustellung des Dispositivs verlangt. Verlangt nur die Privatklägerschaft ein begründetes Urteil, gilt Absatz 3 analog.» Art. 112 BGG müsste dann mit einem entsprechenden Vorbehalt versehen werden.

Art. 100 Abs. 2 geltende StPO (Aktenverzeichnis)

Die fortlaufende Erstellung bzw. Anpassung eines Aktenverzeichnisses führt bei grossen und komplexen Fällen zu erheblichem administrativen Aufwand. Die Pflicht, ein Aktenverzeichnis zu erstellen, sollte deshalb erst bei Abschluss des Untersuchungsverfahrens und nach Mitteilung darüber gemäss Art. 318 StPO greifen. Bei dynamischen und umfangreichen Fällen wäre so eine flexiblere und damit im Ergebnis bessere Aktenordnung möglich.

Art. 102 geltende StPO (Vorgehen bei Begehren um Akteneinsicht)

Die Strafverfolgungsbehörden sind an das Amtsgeheimnis gebunden. Das Vorverfahren ist gemäss Art. 69 StPO nicht öffentlich. Heute liegt es aber aufgrund der grosszügigen Regelung der Akteneinsicht de facto im Belieben der Parteien, über die Weitergabe von Verfahrensakten an die Öffentlichkeit zu entscheiden. Es kommt immer wieder vor, dass Kopien von Aktenstücken aus Strafverfahren den Medien zugespielt werden oder gar im Internet auftauchen. Dies ist problematisch im Hinblick auf den Datenschutz und das «Recht auf Vergessen» und hat zudem einen negativen Einfluss auf die Kooperationsbereitschaft der Parteien und Dritter im Strafverfahren. Letztere müssen immer damit rechnen, dass alles, was zu den Akten genommen wird, irgendwann an die breite Öffentlichkeit gelangen könnte. Dies selbst dann, wenn das Verfahren schlussendlich eingestellt wird.

Um dies zu verhindern, verlangt die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt von den Anwälten vor Gewährung der Akteneinsicht in der Regel die Unterzeichnung eines sogenannten «Revers». Mit diesem verpflichten sich die Anwälte, ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft keine Akten bzw. Kopien davon an ihre Klienten oder an Dritte herauszugeben. Die StPO sollte die Möglichkeit eines solchen Revers als Voraussetzung für die Gewährung der Akteneinsicht explizit vorsehen.

Art. 118 Abs. 4 StPO (Privatklägerschaft)

Aufgrund ihrer Parteistellung im Strafverfahren verursacht die Privatklägerschaft insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren mit zahlreichen Geschädigten oft einen erheblichen administrativen Aufwand. Dies obschon sich in der Regel nur ganz wenige Privatkläger über die Geltendmachung ihrer Zivilansprüche hinaus aktiv am Verfahren beteiligen. Schon das Anschreiben hunderter potentiell Geschädigter gestaltet sich als überaus aufwändig.

Dieser Aufwand liesse sich reduzieren, wenn Art. 118 Abs. 4 StPO als Kann-Vorschrift formuliert würde «*Hat die geschädigte Person von sich aus keine Erklärung abgegeben, kann sie die Staatsanwaltschaft nach Eröffnung des Vorverfahrens auf diese Möglichkeit hinweisen.*»

Art. 135 Abs. 4 und 138 Abs. 1 StPO (noch nicht im aktuellen Änderungsentwurf der Strafprozessordnung aufgenommen)

Die Pflicht des Opfers aus Art. 135 Abs. 4 und Art. 138 Abs. 1 StPO, dem Staat die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zurückzuzahlen widerspricht der spezialgesetzlichen prozessualen Bestimmung in Art. 30 Abs. 3 OHG. Die in Art. 30 Abs. 3 OHG vorgesehene Befreiung des Opfers und seiner Angehörigen von der Pflicht, die Kosten für einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu erstatten, gilt auch im Rahmen eines Straf- und/oder Zivilverfahrens gegen den Täter. Art. 30 Abs. 3 OHG geht als lex specialis Art. 135 Abs. 4 und Art. 138 Abs. 1 StPO vor. Es ist nicht zulässig, vom Opfer die Rückzahlung der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes an den Staat zu verlangen. Die Rechtsprechung vom 23. Juni 2015 im Bundesgerichtsurteil BGE 141 IV 262 ist in die Strafprozessordnung aufzunehmen.

Art. 248 StPO (Siegelung)

In der Praxis wird von den Betroffenen häufig die Siegelung grosser Mengen elektronischer Daten oder schriftlicher Unterlagen verlangt, obschon sich darin nichts oder nur sehr wenig befindet, das gemäss Art. 264 StPO nicht beschlagnahmt werden dürfte.

Häufig machen die Betroffenen auch gar keinen Siegelungsgrund im engeren Sinn (Beschlagnahmeverbot) geltend, sondern bestreiten pauschal den Tatverdacht, die Beweisrelevanz der sichergestellten Unterlagen oder die Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme.

Die kantonalen Zwangsmassnahmengerichte sind aufgrund ihrer technischen und personellen Ressourcen mit der Triage grosser Mengen elektronisch gesicherter Daten regelmässig überfordert. Aufgrund ihrer beschränkten Aktenkenntnis sind sie bei komplexen Sachverhalten (z.B. Wirtschaftsdelikten) zudem auch nicht in der Lage, die Beweisrelevanz sichergestellter Unterlagen rasch und zuverlässig zu beurteilen. Bis ein endgültiger Entsiegelungsentscheid vorliegt, dauert es deshalb in der Praxis oft viele Monate. Während dieser Zeit stehen die gesiegelten Unterlagen der Staatsanwaltschaft für die weiteren Ermittlungen nicht zur Verfügung. Das Instrument der Siegelung kann so missbraucht werden, um die Auffindung deliktisch erlangter Vermögenswerte oder die Sicherstellung flüchtiger elektronischer Daten (Webmail, IP-Adressen etc.) zu vereiteln.

Die Möglichkeiten der Siegelung sind deshalb gegenüber der heutigen Regelung deutlich einzuschränken. Eine Siegelung sollte nur noch dann möglich sein, wenn sich der Berechtigte auf ein spezifisches Beschlagnahmeverbot der StPO berufen kann. Dieses wäre vom Berechtigten im Entsiegelungsverfahren auch zu beweisen. Da der Berechtigte als einziger den Inhalt der sichergestellten Unterlagen kennt, wäre er zu verpflichten, nach der Siegelung binnen einer Frist von zehn Tagen sämtliche Daten und Unterlagen exakt zu bezeichnen, die nach seiner Auffassung nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen. Nur über diese wäre anschliessend im Entsiegelungsverfahren zu befinden. Für die restlichen Daten und Unterlagen wäre die Siegelung ex lege aufzuheben und sie wären der Staatsanwaltschaft umgehend zur Durchsuchung und Auswertung zu überlassen. Im Entsiegelungsverfahren sollte spätestens innerhalb von 30 Tagen nach erfolgter Siegelung ein endgültiger Entscheid vorliegen.

Art. 329 Abs. 2, 3 und 4 StPO

Zudem möchten wir anregen, dass auch die Revision von Art. 329 Abs. 2, 3 und 4 StPO geprüft werden sollte. Dies mit der analogen Argumentation wie sie beim neuen Art. 342 Abs. 1^{bis} VE StPO vorgebracht wird. Auch für eine Rückweisung der Anklageschrift zwecks Ergänzung oder Berichtigung/Sistierung (allenfalls auch Einstellung) des Verfahrens zwischen der Rechtshängigkeit und der Eröffnung der Hauptverhandlung sollte die Verfahrensleitung (und nicht das Gericht) zuständig sein.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Elisabeth Ackermann
Präsidentin



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Par PDF et sous format Word à :
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Fribourg, le 6 mars 2018

**Modification du code de procédure pénale (exécution de la motion 14.3383,
Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, adaptation du code de
procédure pénale)
Réponse à la consultation**

Madame, Monsieur,

En réponse à la lettre du 1^{er} décembre 2017 de Madame la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga, concernant la procédure de consultation citée en titre, nous vous faisons part de nos observations.

L'avant-projet a fait l'objet d'une large consultation interne notamment auprès des autorités du Pouvoir judiciaire de notre canton et a donné lieu à de nombreuses remarques, en particulier de la part du Tribunal cantonal, du Tribunal des mesures de contrainte et du Ministère public.

Notre prise de position est structurée comme suit :

- I. Remarques générales
- II. Code de procédure pénale
 1. Remarques par article de l'avant-projet de CPP
 2. Autres dispositions du CPP qui devront être modifiées
- III. Remarques concernant les autres lois modifiées
 1. Droit pénal des mineurs
 2. Procédure pénale applicable aux mineurs
 3. Loi sur le Tribunal fédéral
 4. Loi sur l'aide aux victimes
 5. Code pénal

I. Remarques générales

L'Office fédéral de la justice a été chargé d'examiner la praticabilité des dispositions du code de procédure pénale et de proposer des modifications pour en améliorer l'efficacité. Cependant, force est de constater qu'il s'est éloigné de sa mission, en proposant des modifications de pratiques non contestées et qui ont fait leurs preuves, à l'instar du système de l'ordonnance pénale ou de la

désignation des défenseurs d'office. D'une manière générale, il faut rappeler que la population et les personnes concernées par une procédure pénale attendent qu'elle soit rapide, conformément au principe de célérité ancré dans la loi. Rares sont les personnes à apprécier que leur cause prenne des années avant tout jugement. Il y a dès lors lieu de s'opposer fermement à toutes les dispositions qui ont pour effet de ralentir les procédures ou de les compliquer sans amélioration sensible de la recherche de la vérité. De même, il y a lieu de s'opposer aux propositions qui ont pour unique effet d'augmenter les coûts de procédure à la charge des cantons (cf. p.ex. art. 135 al. 1 de l'avant-projet).

Selon les comptes de l'Etat de Fribourg, le montant dédié à l'administration de la justice en 2010, soit avant l'entrée en vigueur du CPP, était de 60'501'289 francs (charges), contre 77'729'757 francs en 2016, soit une augmentation de 28%. Les frais d'assistance judiciaire sont passés de 1'251'317 francs en 2010 à 3'792'769 francs en 2016, soit une augmentation de 203%. C'est dire que la présence massive d'avocats pour contrebalancer le pouvoir supposé du Ministère public entraîne des augmentations massives de coûts.

II. Code de procédure pénale

1. Remarques par article d'avant-projet de CPP

Article 55a

Ayant été confronté à la problématique mise en avant dans le rapport, nous soutenons entièrement cette modification qui comble une lacune de la loi. Cela dit, il y aurait lieu de préciser ce que l'on entend par « approuver ». S'agit-il d'une approbation sur le fond ou simplement d'une constatation que le Ministère public est l'autorité compétente en Suisse pour rendre une ordonnance de séquestre ?

Articles 78, titre et al. 5^{bis} et article 78a

Le Conseil d'Etat prend acte des nouvelles possibilités d'enregistrement offertes par le projet à tous les stades de la procédure. Il salue le fait que l'enregistrement des procès-verbaux d'audition demeure une possibilité et n'est pas une manière de travailler qui est imposée aux autorités judiciaires.

Cependant, les nouvelles possibilités d'enregistrement ne vont pas sans poser quelques problèmes pratiques:

- > Nous y voyons le risque que les avocats contestent par la suite la transcription dès lors que celle-ci ne sera pas littérale, mais que les dépositions seront consignées « en substance ». D'ailleurs, puisque le rapport explicatif mentionne à juste titre que les procès-verbaux établis ultérieurement ne sont pas nécessairement des procès-verbaux intégraux, mais doivent restituer les dépositions en substance (ch. 2.1.5 i.f.), le texte légal devrait le préciser. Nous tenons à préciser que depuis que les procès-verbaux sont signés séance tenante par les personnes auditionnées, que ce soit dans un premier temps à l'instruction, puis devant les tribunaux de première instance, il n'y a plus eu de contestations en la matière.
- > Lorsque les auditions s'enchaînent, que les débats ont duré ou en cas d'auditions de plusieurs personnes, il y aura des difficultés pour le procureur, le tribunal de première instance ou pour l'autorité d'appel de se souvenir exactement de ce qui a été dit. Cela va nécessiter de réécouter l'ensemble de l'enregistrement pour voir si telle ou telle déclaration a été faite, dès lors que le procès-verbal n'aura pas encore été retranscrit.

Article 88, al. 4

La solution proposée paraît justifiée ; elle adapte la loi à la jurisprudence du Tribunal fédéral (p.ex. ATF 6B_141/2017). Cependant, il ne faut pas perdre de vue qu'elle engendrerait des coûts supplémentaires occasionnés par la publication dans la Feuille officielle, que les personnes concernées ne lisent pas.

Article 117, al. 1, let. g

Cette adjonction représente une amélioration concrète et peu coûteuse des droits de la victime, ce d'autant que la transmission du jugement ne devra pas s'opérer de manière systématique mais uniquement sur requête de la victime. Cela n'amènera ainsi pas à une surcharge automatique de travail.

Article 123, al. 2

La possibilité actuelle consistant à permettre aux parties civiles de chiffrer et de motiver leurs conclusions civiles lors des plaidoiries n'est pas satisfaisante et pose effectivement les problèmes relevés par le rapport. Cependant, le terme prévu par l'avant-projet de le faire au plus tard à la fin de l'instruction est prématurée. Il serait plus judicieux de permettre aux parties civiles de compléter leurs conclusions jusqu'au début des débats. Pour ce faire, il suffirait de compléter l'article 331, al. 2 CPP comme suit « *Elle [la direction de la procédure] fixe en même temps un délai aux parties pour présenter et motiver leur réquisition de preuves en attirant leur attention sur les frais et indemnités qu'entraîne le non-respect du délai. Elle impartit un délai identique à la partie civile pour le calcul et la motivation de ses conclusions civiles* ». Cette adjonction permettrait de libeller l'article 123, al. 2 CPP dans les termes suivants : « *Le calcul et la motivation des conclusions civiles doivent être présentés dans le délai fixé par la direction de la procédure en application de l'article 331, al. 2 CPP* ».

Article 126, al. 2 let. a et a^{bis}

Cette modification peut être approuvée, pour autant que, conformément à la formulation proposée à l'article 353 al. 2 AP-CPP, la compétence du Ministère public pour traiter les conclusions civiles demeure une « *Kannvorschrift* ». En tout état de cause, cette modification constitue une amélioration sensible des droits de la victime qui pourra désormais, dans le cadre d'une seule procédure et pour des affaires de gravité limitée, obtenir une décision sur ses prétentions civiles.

Article 130, let. d

Cette modification ne doit pas être retenue. Devant le Tribunal des mesures de contrainte, le Ministère public assume un rôle d'autorité judiciaire et non de pure partie, puisque la direction de la procédure lui revient ensuite. Le CPP prévoit déjà la défense obligatoire pour les personnes détenues plus de 10 jours, ce qui est une garantie suffisante qu'il n'y a pas lieu d'étendre.

Par ailleurs, les audiences du Tribunal des mesures de contrainte sont assignées à très brève échéance (parfois quelques heures à l'avance, voire par téléphone, sans citation écrite), de sorte qu'il sera extrêmement difficile de garantir une défense efficace. Aussi, la disposition créera une inégalité de traitement choquante, car la désignation ou non d'un défenseur nécessaire ne dépendra pas de la gravité du cas, mais du choix du procureur en charge du dossier de comparaître ou non devant le Tribunal des mesures de contrainte. A tout le moins, nous proposons de ne pas mentionner le Tribunal des mesures de contrainte.

Article 131 al. 2 et 3

Le moment de la mise en œuvre de la désignation du défenseur n'est pas suffisamment précis et la solution proposée n'amène pas plus de clarté. Devant la police, le prévenu a le droit de faire appel à un défenseur (art. 159 CPP). Il s'agit d'un droit, que la formulation de l'article 131 CPP transforme en obligation sans motif compréhensible. Il arrive en outre que la première audition de police se fasse sans que le Ministère public ne soit encore averti de l'existence même de la procédure. La question du moment de l'ouverture de l'instruction doit être enfin précisée, ce qui impliquera également une précision de l'art. 309 CPP.

S'agissant de l'alinéa 3, une audition effectuée sans le défenseur nécessaire serait nulle. Cette solution n'est pas adaptée. Il existe des cas dans lesquels l'existence d'une défense nécessaire n'est pas immédiatement décelable. En début d'instruction, il n'est pas toujours possible de savoir si le prévenu encourt une peine supérieure à 12 mois. La solution de l'inexploitabilité relative, selon les textes allemand et italien actuels garantit une meilleure sécurité du droit, au service de la recherche de la vérité matérielle.

Article 133

Cette proposition est formulée de manière peu claire, voire contradictoire et impraticable et ne doit pas être retenue. Elle dénote un pur acte de méfiance envers les procureurs, sans justification pratique. La solution fribourgeoise (choix du défenseur par le Procureur général) est satisfaisante et non contestée.

Tout d'abord, il n'est pas clair ce qu'il faut comprendre par « choix ». Confier le choix du défenseur d'office à un autre organe que la direction de la procédure signifie que cet organe doit connaître le dossier de la cause et les souhaits du prévenu, afin de pouvoir respecter la règle de l'alinéa 2. Il est partant inconcevable de confier cette tâche à une organisation privée comme l'ordre des avocats ou à une autorité administrative sans potentiellement violer le secret de fonction de façon systématique.

Distinguer le choix de la désignation du défenseur d'office et attribuer ces compétences à deux entités différentes est un non-sens et alourdit inutilement la procédure. Nous rappelons que la désignation du défenseur d'office doit se faire rapidement, parfois aussi durant les jours fériés (cf. p.ex. art. 130 let. a CPP). Il ne sera pas toujours possible de désigner le défenseur d'office en temps utile si l'organe qui opère le choix doit d'abord prendre connaissance du dossier de la cause et se renseigner auprès du prévenu quant à ses souhaits. Ce problème est particulièrement manifeste dans la variante de l'article 130 let. d CPP telle que proposée par l'avant-projet : au cas où le Ministère public envisage de comparaître devant le Tribunal des mesures de contrainte, celui-ci devrait informer l'organe qui choisit le défenseur de l'objet de la cause et des souhaits du prévenu, puis formellement désigner le défenseur d'office qui devra prendre connaissance du dossier et s'entretenir avec son client. Il est évident que cela n'est pas faisable dans le délai maximum de 48 heures prévu à l'article 226 al. 1 CPP et qu'il faudra dans la pratique systématiquement faire appel à des avocats de première heure pour garantir la défense du prévenu, ce qui met à néant l'intention de l'avant-projet, à tout le moins pour le Tribunal des mesures de contrainte.

La désignation du défenseur d'office après la clôture de l'instruction peut sans autre être effectuée par le tribunal saisi, car celui-ci n'est, contrairement au Ministère public, pas partie à la procédure. Cela vaut également pour le Tribunal des mesures de contrainte au cas où celui-ci sera amené à désigner un défenseur d'office pour la seule procédure pendante devant lui.

Article 135, al. 1, 2^e phr., al. 3 et 4

Alinéa 1 : Cette modification ne doit pas être retenue. Le projet fait totalement abstraction de la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral en la matière (ATF 139 IV 261), sans même la mentionner ou la discuter. Or, cette jurisprudence donne satisfaction en pratique et il convient de la codifier dans le projet de modification du CPP.

La rémunération des avocats commis d'office à un tarif inférieur à celui des défenseurs choisis doit être considérée comme une contrepartie du monopole des avocats. De plus, le système proposé engendrerait une augmentation sensible des coûts de l'assistance judiciaire, lesquels ont déjà connu une hausse très importante depuis l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse le 1^{er} janvier 2011. Il ne faut pas perdre de vue que le CPP oblige le Ministère public à ouvrir des instructions très rapidement (art. 309 CPP), sur la base de simples soupçons, sans possibilité d'entendre des personnes avec un statut de témoin assisté, comme cela se pratique en France. Il est dès lors régulier que certaines infractions dont on pouvait soupçonner l'existence soient abandonnées en cours d'instruction. La solution proposée reviendra à devoir calculer dans chaque procédure la part des infractions abandonnées qui justifierait une rémunération supérieure par rapport au travail consenti pour les infractions qui seront sanctionnées. Cela entraînera une charge de travail importante, sans motif. Le travail de l'avocat est souvent le même, indépendamment du résultat d'acquiescement ou de condamnation, ce qui ne justifie pas une rémunération différenciée.

Il y va de la cohérence du système : soit on se trouve dans un cas de défense d'office et les règles de la défense d'office s'appliquent quelle que soit l'issue de la procédure, soit on se trouve dans un cas de défense choisie, et d'autres règles s'appliquent. D'autant qu'à suivre le texte, celui qui est condamné pour brigandage, mais acquitté pour ivresse au volant, verrait l'ensemble de son indemnité fixée au plein tarif. En revanche, celui qui gagne en appel sur des points importants, mais pas sur le principe de la condamnation, resterait au tarif de la défense d'office. En d'autres termes, le projet de modification n'est pas logique et doit être rejeté.

Alinéa 3 : Il est justifié de simplifier l'enchevêtrement des voies de droit ouvertes contre la fixation de l'indemnité du défenseur d'office (suppression du recours à l'autorité de recours et du recours au Tribunal pénal fédéral).

Alinéa 4 : Nous soutenons la solution proposée à l'alinéa 4, essentiellement pour un des motifs exposé dans le rapport (ch. 2.1.16 *i.f.*). La fonction de défenseur d'office implique une relation de droit public entre le défenseur et l'Etat qui le commet ; de ce fait, il est juste de supprimer le droit de l'avocat du prévenu condamné d'obtenir de ce dernier la différence entre l'indemnité de défenseur d'office et le tarif conventionnel.

Article 136, al. 1^{bis}

Nous soutenons cette modification qui a pour effet d'intégrer la jurisprudence du Tribunal fédéral dans la loi. L'expérience démontre que des victimes, notamment en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle, éprouvent de la réticence à demander une indemnisation financière et, partant, à se constituer partie civile. Ces victimes, pour faire aboutir leur plainte pénale et pouvoir bénéficier de l'aide d'un mandataire gratuit, doivent alors se résigner à se constituer partie civile. Dans ce type de situation, la modification proposée leur permettrait de se constituer uniquement partie plaignante au pénal tout en pouvant bénéficier de l'assistance judiciaire.

Article 141, al. 4

Cette précision doit être approuvée car elle clarifie une situation qui est actuellement floue.

Articles 147, al. 3 et 3^{bis}

Le droit de participation des parties aux actes de procédure, tel qu'il existe actuellement dans le CPP, est une entrave majeure à la recherche de la vérité. La volonté de modifier l'article 147 CPP est à saluer, mais pas la manière dont le législateur entend remédier au problème.

En effet, d'une part, le fait de prétendre, comme le fait le rapport, que le droit de participation du co-prévenu, tel que garanti par l'article 147 CPP, pose problème car il désavantage le prévenu entendu après les autres, lequel ne pourrait pas bénéficier d'une atténuation de sa peine puisque ses aveux ne découleraient que de ceux déjà faits auparavant par les autres prévenus, dénote une vision angélique de la réalité procédurale et de l'instruction pénale. Nous n'avons encore jamais entendu un prévenu se plaindre d'avoir été défavorisé car il n'avait pas pu faire ses aveux en premier. Le problème qui se pose, et qui doit être résolu, est bien celui qui découle du fait que le prévenu qui a participé aux auditions des co-prévenus ou de témoins a la possibilité d'adapter sa version des faits aux éléments de preuves déjà recueillis, ce qui constitue une entrave importante à la recherche de la vérité.

D'autre part, les modifications proposées se fondent sur la prémisse que le Ministère public jouit d'un immense pouvoir dans la procédure pénale, pouvoir qu'il convient d'atténuer systématiquement. Cela n'est pas la réalité dans la pratique. Chaque décision du Ministère public est sujette à recours et un contrôle permanent est exercé sur les activités des procureurs. Les voies de droit ont été simplifiées en 2011 (opposition sans motif, recours en appel sans motivation) et l'accès à un défenseur dans de nombreuses situations garantit au justiciable le déroulement correct de la procédure, à commencer par l'instauration de l'avocat de la 1^{ère} heure que nul ne remet en question. De nombreuses mesures de contrainte sont soumises à l'accord du Tribunal des mesures de contrainte.

Le rapport explicatif invoque régulièrement l'égalité des parties pour justifier l'extension des droits des prévenus. Cette vision doit être fermement contestée : les prévenus et les autres parties à la procédure pénale ne défendent rien d'autre que leur propre intérêt, alors que le Ministère public représente l'Etat. Il est une autorité judiciaire qui doit instruire à charge et à décharge. Sa mission légale est de *découvrir la vérité matérielle*, et non d'aboutir à la condamnation à tout prix de personnes innocentes ou l'acquittement de personnes coupables. Pour mener à bien cette *mission centrale de l'Etat*, et éviter ainsi le recours à la justice privée par les particuliers qui seraient déçus, le Ministère public doit disposer des instruments nécessaires. Or, force est de relever que, dans la pratique, de nombreuses procédures ne se jouent plus sur le terrain de la recherche de la vérité, mais sur celui de la recherche de la disposition de procédure qui aurait été violée et qui empêcherait l'exploitation de moyens de preuve. Il est essentiel de reconnaître au Ministère public sa mission d'intérêt public et de ne pas le considérer comme l'égal d'un prévenu qui souvent ne cherche qu'à se faire acquitter, même lorsque les faits lui donnent tort. Le Ministère public ne devient une partie que durant la phase des débats devant le tribunal. Parler d'égalité des armes en procédure préliminaire est dès lors un non-sens.

Dans la mesure où le CPP garantit déjà des droits étendus aux prévenus, notamment celui de faire contrôler toutes les décisions du Ministère public par l'autorité de recours ou encore celui de faire appel à un avocat de la première heure, il y a lieu de s'en tenir, s'agissant du droit de participation des parties aux actes de procédure, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette jurisprudence garantit à tout prévenu le droit d'être confronté aux témoins à charge au moins une fois en cours d'instruction, à un stade où il peut préparer cette confrontation et faire poser toutes les questions pertinentes, notamment aux fins d'établir la crédibilité du témoin. Le CPP va bien au-

delà de ce standard minimal, et les prévenus se voient garantir en Suisse des droits que nul autre pays ne leur offre de manière aussi large.

Concernant l'alinéa 3, la répétition de l'administration des preuves, lorsqu'elle concerne la phase d'enquête devant le Ministère public, devrait intervenir au plus tard jusqu'à la clôture de l'instruction (art. 318 CPP). Le fait qu'actuellement la répétition des actes de procédure liés à l'instruction puisse être formulée encore devant la première instance, voire en appel, crée une incertitude qui ne profite à personne, voire favorise des manœuvres abusives et dilatoires.

Il est proposé dès lors de limiter le droit de participation aux auditions, en particulier pour les prévenus, aux seules exigences de la CEDH, à savoir le droit d'être confronté aux personnes à charge au moins une fois en cours d'instruction. Cela implique une modification de l'article 147 al. 1 CPP dans ce sens, et la suppression des articles 147 al. 2 et 3 CPP.

Article 147a

Dans la mesure où il est proposé d'adapter l'art. 147 CPP aux exigences minimales de la CEDH, il faut renoncer à l'introduction de cette disposition.

Article 221, al. 1, let. c

Selon la jurisprudence, la détention provisoire ou la détention pour des motifs de sûreté ne doit être ordonnée qu'avec retenue (ATF 137 IV 13 ; 135 I 71). La proposition fait fi de cette exigence. Le texte légal devrait reprendre la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, qui donne satisfaction. La détention provisoire doit pouvoir être ordonnée pour prévenir un risque de récidive même dans les cas où le prévenu n'a pas déjà commis des infractions du même genre par le passé (ATF 137 IV 13 consid. 3 et 4). Il y a donc lieu de renoncer à la commission d'une infraction préalable.

La formulation du nouvel article 221 al. 1 let. c CPP est confuse. Elle ne permet pas de comprendre si le soupçon pour le prévenu d'avoir commis une infraction (pour laquelle la détention est demandée) est un antécédent suffisant pour justifier la détention. Ainsi qu'il a été exposé ci-avant, il n'y a pas à exiger un antécédent en plus de celui qui fait l'objet de l'actuelle instruction.

De ce fait, nous vous proposons la formulation suivante:

« c. qu'il compromette sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou par des délits graves qu'il pourrait commettre. »

Article 222, al. 2

Il s'agit d'une adaptation à la jurisprudence nécessaire. Le Ministère public, en tant qu'autorité judiciaire en charge de l'établissement de la vérité matérielle, doit être en mesure de contester une décision du Tribunal des mesures de contrainte qui mettrait en péril son instruction.

Selon la teneur de la norme proposée, le Ministère public ne peut pas recourir contre des décisions de ne pas ordonner, de ne pas prolonger ou de lever *une mesure de substitution*. Afin d'éviter tout doute, nous proposons d'également mentionner cette possibilité dans le texte de la loi.

Article 228a

Alinéa 1 : Nous prenons acte que le recours du Ministère public devra être adressé au Tribunal des mesures de contrainte et non à l'autorité de recours. Bien que s'écartant de règles habituelles en matière de notification des recours, ce mode de procéder présente un avantage de simplification lors du dépôt d'un recours hors des heures de bureau. Cependant, l'alinéa 1 devrait régler de manière plus précise la communication de la décision du Tribunal des mesures de contrainte ainsi que le

délai d'annonce du recours et donner la possibilité à l'autorité de recours saisie d'exceptionnellement libérer le prévenu avant la clôture de la procédure de recours s'il estime que les conditions pour maintenir la détention ne sont manifestement pas réunies.

Alinéa 2 : Le délai de 3 heures pour déposer un recours motivé s'avère extrêmement court en pratique et pourrait être allongé à 12 heures, sans dommage pour le prévenu puisqu'un effet suspensif est automatiquement conféré au recours. Par ailleurs, l'alinéa 2 ne précise pas si le délai légal court à partir de la notification du dispositif ou à partir de la notification de la décision motivée. Si le Tribunal des mesures de contrainte statue séance tenante, après les plaidoiries des parties, voire l'audition de témoins, il n'est en règle générale pas possible de notifier directement la décision motivée, la motivation dépendant évidemment des résultats de l'audience. Or, le Ministère public ne sera pas en mesure de motiver correctement son recours s'il ne connaît pas les motifs qui ont amené le Tribunal des mesures de contrainte à ordonner la libération du prévenu. Il n'y a pas de motif pertinent pour traiter de manière différente le cas où ledit Tribunal notifie sa décision directement par écrit motivée de celui où il statue séance tenante. Contrairement à ce qui est dit dans le rapport explicatif, il n'est pas indiqué d'assigner une audience au cas où le Tribunal des mesures de contrainte envisagerait la libération du prévenu. D'une part, cela ne rendra pas service au Ministère public qui ne sera dans ces cas pas non plus en possession d'une décision écrite et motivée lui permettant de motiver correctement son recours. D'autre part, il serait contraire au principe de célérité d'assigner une audience alors que le Tribunal des mesures de contrainte envisage de libérer le prévenu et que ce dernier a renoncé à une audience. L'assignation d'une audience pourrait dans ce cas considérablement retarder la libération du prévenu au cas où le Ministère public renoncerait à recourir. On pourrait par exemple prévoir de distinguer entre les cas où il y a audience et les cas de procédure écrite, ou alors prévoir que le délai de 3 ou 12 heures court à partir de la notification de la décision motivée.

Alinéa 4 : nous nous opposons à l'analogie prévue par cette disposition qui renvoie aux articles 225 et 226 al. 1 à 5 CPP. Contrairement à ce qui est affirmé dans le rapport explicatif, ni la Constitution, ni la CEDH n'exigent que le prévenu ait la possibilité d'être entendu personnellement par l'autorité de recours, alors qu'il déjà eu cette possibilité devant le Tribunal des mesures de contrainte. Par ailleurs, il est inexact de dire que, durant la procédure de recours, le prévenu reste en détention sans base légale, puisque l'article 228a, al. 1 2^{ème} phrase constitue précisément une base légale suffisante à cet égard. A cela s'ajoute le fait que le respect d'un délai de 48 heures pour statuer paraît impraticable pour une autorité collégiale, moins encore s'il y a lieu de tenir une audience et de respecter le droit d'être entendu des parties. Enfin, cette disposition semble exclure un droit de recours du Ministère public s'il n'annonce pas immédiatement son intention de recourir. On ne comprend pourtant pas pourquoi le Ministère public ne devrait pas pouvoir recourir, comme le prévenu, dans les 10 jours après notification de l'ordonnance du Tribunal des mesures de contrainte et après la libération du prévenu, au risque évidemment que le prévenu ait entretemps pris le large ou commis des actes de collusion.

De ce fait, il y a lieu de prévoir des règles spécifiques pour le recours. Le CPP prévoit un recours motivé et une procédure écrite devant l'autorité de recours. Il ne paraît donc pas nécessaire de procéder à une nouvelle audition dans chaque cas. Une nouvelle audition du prévenu devant l'autorité de recours ne devrait intervenir que dans des cas particuliers, notamment si des faits nouveaux sont invoqués. Dans tous les cas, il faut prévoir un délai plus large pour permettre à l'autorité collégiale de se réunir et de statuer. Un délai de 5 jours, par symétrie avec l'article 231 al. 2 CPP, paraît indiqué.

Article 231, al. 2

Sur le principe, nous soutenons la règle prévue par cette disposition. Celle-ci évite notamment toute question quant à une future récusation et est en conformité avec le reste du CPP, où ce n'est pas l'autorité qui doit encore statuer sur le fond qui statue sur la question de la détention.

Cependant, la modification ne prévoit un recours du Ministère public qu'en cas d'acquiescement du prévenu. Or, cette possibilité devrait également être ouverte en cas de condamnation à une peine inférieure à celle requise.

Article 248, al. 1 à 3

La suppression du caractère définitif des décisions en matière de scellés et, partant, l'introduction d'un droit de recours à l'autorité de recours n'est pas justifiée, car elle est contraire au principe de célérité. Selon l'expérience de nos tribunaux, les procédures de levée des scellés durent régulièrement plusieurs mois, notamment si elles portent sur des supports informatiques. Introduire en plus la possibilité d'un recours à l'autorité de recours permettra encore davantage aux prévenus, notamment dans des affaires complexes et/ou de criminalité économique, de prolonger inutilement la procédure, parfois jusqu'à ce que la prescription soit acquise. Il est hautement contradictoire de vouloir accélérer la procédure en prévoyant que la mise sous scellés doit être demandée « aussitôt », puis d'introduire un droit de recours qui ralentira la procédure de plusieurs mois. Nous proposons dès lors que le caractère définitif de la décision du juge de la levée des scellés soit maintenu.

Le projet propose de renoncer au délai d'un mois, prévu actuellement dans la loi, pour que l'autorité saisie de la demande de levée des scellés prenne sa décision. Le rapport explique que ce délai est difficile à tenir dans la pratique et qu'il est donc plus honnête d'y renoncer. Cette proposition doit être abandonnée. En effet, le plus souvent, la demande de mise sous scellés est formulée par l'ayant droit au début de l'instruction pénale dans le cadre d'une perquisition. Dans les affaires économiques, le Tribunal des mesures de contrainte sera alors fréquemment confronté à devoir analyser un grand volume de données suite à une demande du Ministère public de levée des scellés. Il est donc important de garder à l'esprit que la procédure pénale peut être complètement bloquée par une demande de mise sous scellés et que, en droit pénal économique, la prescription est une problématique récurrente. Partant, nous estimons peu judicieux de renoncer au délai (d'ordre !) d'un mois. Ce d'autant que, si la situation le justifie, le délai d'ordre peut toujours être prolongé (Petit Commentaire CPP, 2^{ème} édition, ad art. 248, n° 21).

Article 251a

Le texte légal proposé ne correspond pas au rapport explicatif. Il doit être précisé que la police a la compétence de faire analyser les échantillons qu'elle a prélevés.

Article 273, al. 1 let. a

La modification proposée ouvre la porte à la surveillance de tiers sans fixer le moindre critère pour en définir les conditions. Ceci est inacceptable dans un état de droit. Le tiers non prévenu est ainsi moins bien protégé que le prévenu! Les conditions dans lesquelles le tiers peut être surveillé doivent être définies. On peut par exemple se laisser inspirer par la proposition formulée par Forster (cf. rapport explicatif).

Article 301, al. 1^{bis}

Cette modification doit être abandonnée. Le dénonciateur n'a aucun accès au dossier. Lui remettre une copie de son procès-verbal d'audition ne repose sur aucune nécessité et peut mettre en péril la

procédure, si ledit procès-verbal est présenté à la personne dénoncée avant toute audition, voire si ce procès-verbal se retrouve sur les réseaux sociaux ou dans la presse. Il ne faut pas perdre de vue que le Ministère public est tenu au secret de fonction lors de l'instruction, alors que les parties se permettent de diffuser largement les actes de procédures, soit en médiatisant les affaires, soit en montrant leur dossier à d'autres personnes impliquées, de manière à leur permettre d'adapter leurs déclarations au dossier constitué.

Article 303a

Nous approuvons et soutenons cette proposition de modification, qui devrait stopper net une série de plaintes pour atteinte à l'honneur. La question peut même se poser concernant un catalogue plus large d'infractions, comme la loi sur la concurrence déloyale et pour les plaintes contraventionnelles (art. 126 CP).

Article 316, al. 1

Il est regrettable de devoir ouvrir une procédure pénale pour pouvoir procéder à une tentative de conciliation. Parfois, même en l'absence d'une infraction, la conciliation peut aboutir à l'apaisement d'une situation tendue. Il est proposé de remplacer le terme « le prévenu » par « la personne dénoncée », ce qui laisse la porte ouverte à une conciliation sans ouverture de procédure préliminaire.

Article 318, al. 1^{bis} et 3

La proposition de modification doit être rejetée. En effet, dans l'hypothèse où le procureur entend rendre une ordonnance pénale, la modification proposée donnerait un droit supplémentaire à la victime dont ne dispose ni le prévenu ni la victime déjà constituée partie plaignante. Cela consacre une véritable inégalité des armes. Par ailleurs, cette obligation d'avis est de nature à notablement prolonger la procédure, ce qui paraît contraire à l'objectif de célérité qui sous-tend l'institution de l'ordonnance pénale. Enfin, la modification proposée, lorsque le procureur entend clore la procédure par une ordonnance de classement ou un acte d'accusation, paraît redondante avec ce qui est d'ores et déjà prévu par l'article 118 al. 4 CPP.

Article 342, al. 1, phr. intr., let. a et b, 1^{bis}, 1^{er} et 2

Cette modification peut être abandonnée car elle ne répond à aucun besoin effectif. Une telle requête de scission peut intervenir sous l'angle de l'article 331 al. 2 CPP sans travail supplémentaire pour la direction de la procédure. A la place de modifier l'article 342, il faudrait compléter l'article 331 al. 2.

Remarques générales ad articles 352 à 356 : procédure d'ordonnance pénale

A titre liminaire, il doit être relevé que le système de l'ordonnance pénale – qui est globalement bien conçu dans le CPP – doit être maintenu si l'on ne veut pas faire s'effondrer tout l'édifice de la justice. Plus de 90% des affaires sont réglées par ordonnance pénale et le faible taux d'opposition, alors même que cette démarche n'a pas à être motivée, laisse entendre un taux d'acceptation élevé. Vouloir transférer la charge de juger sur les tribunaux nécessitera l'engagement de personnel supplémentaire de manière massive. De même, obliger le Ministère public à procéder à l'audition de certains prévenus avant de rendre une décision amènera à devoir repenser la dotation en personnel de cette autorité. Toutes ces mesures iraient en outre à l'encontre de l'attente de parties (y compris des victimes) à voir les affaires être jugées rapidement.

Il est peu opportun de la compliquer par diverses variantes, que ce soit au niveau du délai d'opposition, de l'obligation d'une audition à partir d'une certaine peine ou de procéder à des différenciations si le lésé est victime ou pas. Cela complexifie inutilement un système qui a fait ses preuves et qui doit rester appréhendable pour tous.

En particulier, le fait de prévoir un délai d'opposition différencié selon que l'ordonnance pénale a été notifiée personnellement ou non ne fera que compliquer les choses. Dans une même procédure, le délai d'opposition pourrait ainsi être différent pour plusieurs co-prévenus, pour le prévenu et la partie plaignante, voire pour les différentes parties plaignantes, ce qui n'est pas concevable.

Article 352, al. 1, phr. intr., 1^{bis} et 3

La proposition de modification doit être rejetée, car il n'y a pas de raison d'introduire un traitement particulier pour une seule catégorie de parties à la procédure. Le cas de figure évoqué dans cette disposition est celui d'une victime ayant subi des actes de moindre gravité sur le plan pénal, puisque l'affaire pourrait être réglée par ordonnance pénale. Les cas de viols, contraintes sexuelles, lésions corporelles graves etc., ne seraient pas concernés, puisqu'ils font l'objet de renvois en jugement. Ces victimes souhaitent le plus souvent un règlement rapide de la procédure et n'aspirent pas à une publicité de la cause par des débats.

De plus, la proposition de modification repose sur la constatation qu'une victime peut ressentir comme très grave une atteinte à son intégrité physique, psychologique ou sexuelle qui, sous l'angle pénal, est de moindre importance. Or, ce sentiment relève soit d'une appréciation subjective ou de facteurs particuliers de vulnérabilité qui n'ont, en règle générale, pas à être pris en compte dans le cadre de la fixation de la peine. Celle-ci dépend en effet de nombreux autres critères, en particulier les antécédents de l'auteur (cf. art. 47 CP).

En conclusion, une peine peut dépasser 120 jours-amende jusqu'à atteindre 180 jours-amende sans pour autant sanctionner des faits objectivement plus graves.

Article 352a

La révision projetée dénote une large méfiance à l'encontre le Ministère public et elle est construite sur la prémisse que les cantons disposent de ressources illimitées en personnel, en moyens financiers et en temps. Ce postulat est d'emblée irréaliste. Le système de l'ordonnance pénale – comme tout autre système d'ailleurs – présente certes des faiblesses, celles-ci ne peuvent toutefois pas être corrigées par un coup de balai. La difficulté principale consiste à se demander comment le prévenu comprend la proposition de jugement. Ceci est, d'une part, un problème de langue et, d'autre part, un problème intellectuel. L'audition automatique, à partir d'un seuil déterminé de peine, ne résoudra aucun de ces problèmes. Il est important de préciser que la grande majorité des cas concernés par l'ordonnance pénale consistent en la violation des règles de la LCR.

Après une opposition, l'instruction peut être à nouveau ouverte et mener, si nécessaire, à une audition. En l'occurrence, ce qui importe est moins une approche schématique qu'une approche individuelle.

La modification envisagée entraînera un problème massif d'infrastructure. Les seuls cas de graves dépassements de vitesse auraient pour conséquence une forte augmentation des auditions ou alors les procédures doivent être suspendues car la problématique concerne souvent des conducteurs étrangers de passage en Suisse. Dans les faits, la poursuite pénale se résumerait à la seule inscription dans RIPOL, et peut-être à la délivrance d'un mandat d'arrêt !

Article 353, al. 2

Certes, la solution proposée aurait pour effet de générer plus de prétentions civiles et, parfois, de confronter le Ministère public à des questions juridiques inhabituelles. Cependant, dans la mesure où une administration complémentaire de preuves ne devrait pas être nécessaire pour qu'une décision puisse être rendue, l'importance de cette augmentation ne devrait pas être surestimée. L'intérêt du demandeur à obtenir facilement et rapidement une décision et la diminution de la charge de travail de la justice civile l'emportent. D'ailleurs, aujourd'hui déjà, on prend en considération des prétentions civiles incontestées. La nouvelle solution ne devrait pas aller beaucoup plus loin que la solution actuelle.

Article 354, al. 1, phr. intr., let. a^{bis}, 1^{bis} et 1^{ter}

Alinéa 1 let. a^{bis} : Accorder à la partie plaignante le droit de former opposition sur la qualification juridique ancre dans la loi la solution retenue par la doctrine et la jurisprudence, ce qui est une bonne chose.

Alinéa 1^{ter} : L'augmentation du délai d'opposition à 20 jours n'est pas nécessaire. L'opposition n'est compliquée ni formellement, ni matériellement, et comme l'expérience le démontre, peut être faite par tout un chacun. Elle peut être comparée à l'opposition dans le domaine de la poursuite pour dettes, où le délai d'opposition est aussi de 10 jours.

En pratique il n'est pas rare que l'opposition soit faite à titre préventif, pour être retirée plus tard, parfois après quelques semaines. Souvent un avocat est mandaté, lequel demande à consulter le dossier, en discute avec son client etc. L'augmentation du délai de recours ne changerait pratiquement rien à ce cours des choses.

De toute façon, le problème n'est pas le délai, mais son point de départ, car la notification présente souvent des difficultés.

Articles 355 et 366

La proposition de modification va plus loin que la jurisprudence. Cela impliquera une augmentation sensible des procédures de défauts. Il faut maintenir la présomption légale actuelle, en la nuanciant le cas échéant en fonction des exigences de la jurisprudence, à savoir le fait que l'opposant doit être conscient des conséquences de sa non-comparution.

Articles 364a et 364b

Ce complément est nécessaire et doit être approuvé, vu la jurisprudence (ATF 137 IV 333 consid. 2 ; ATF 141 IV 49 consid. 2.6). Il est toutefois discutable de confier, dans le cas de figure de l'article 364a, la procédure de détention à une autorité administrative qui n'a souvent pas l'expérience nécessaire pour une telle tâche. L'on pourrait également confier cette tâche au Ministère public.

Article 365, al. 3

Le projet propose que les décisions judiciaires indépendantes ultérieures ne soient plus soumises au recours mais à l'appel car le recours ne permettrait pas d'embrasser la portée matérielle de nombreuses décisions judiciaires et restreindrait de manière inopportune les droits procéduraux des personnes concernées. Cette proposition ne convainc pas. Là encore, il existe un arrêt de principe du Tribunal fédéral (ATF 141 IV 396) et l'on ne comprend pas pourquoi le projet cherche à s'en écarter.

Il faut rappeler que le recours, tout comme l'appel, est une voie de droit large, avec pleine cognition en fait, en droit et en opportunité. La tenue de débats publics devant l'autorité de recours est également possible (art. 390 al. 5 CPP), voire exigée par la jurisprudence du Tribunal fédéral dans certaines situations de l'article 363 CPP (ATF 6B_320/2016 du 26 mai 2016).

Article 388, al. 2

La compétence octroyée à la direction de la procédure (de l'autorité de recours ou d'appel) de statuer seule sur la non-entrée en matière en cas de recours/appels manifestement irrecevables, dont la motivation est manifestement insuffisante, procéduriers ou abusifs, doit être saluée.

Article 391, al. 2, 1^{ère} phr.

Les raisons pour lesquelles le projet s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'interdiction de la *reformatio in pejus* nous échappent. Cette jurisprudence, qui interdit non seulement une aggravation de la sanction, mais également une aggravation de la qualification juridique, est pertinente. A cet égard, il y a lieu de se référer au Message relatif à l'unification du droit de procédure pénale du 21 décembre 2005 (p. 1295).

Article 393, al. 1, let. c

Cela signifie que toutes les décisions du Tribunal des mesures de contrainte pourront dorénavant faire l'objet d'un recours. Cela n'est pas justifié pour les décisions relatives aux levées des scellés (art. 248 CPP). Cf. également les remarques ad article 248 AP-CPP ci-dessus.

Article 395, let. b

Nous approuvons l'augmentation de la valeur litigieuse de la compétence présidentielle à 30'000 francs.

Article 410, al. 1, let. a

Le Ministère public a pour mission la recherche de la vérité et l'exercice de l'action pénale. A ce titre, il devrait être légitimé à demander une révision, tant en faveur qu'en défaveur d'un prévenu. Il est proposé d'ajouter en début d'article « *Le Ministère public ainsi que toute personne lésée...*[le reste est inchangé] ».

Article 440

Les précisions apportées sont à approuver dans leur principe. Par contre, il faudrait prévoir une limite dans le temps à l'alinéa 3, afin d'éviter que la personne condamnée reste en détention durant des mois avant de pouvoir commencer l'exécution de la peine, notamment en cas de manque de place dans un établissement approprié (en cas de mesures notamment). Nous proposons de limiter la détention à 3 mois, prolongeable sur requête.

Article 442 al. 4

Nous ne pouvons qu'approuver la possibilité offerte de compenser aussi avec l'indemnité versée pour tort moral. Nous sommes d'avis que la disposition légale doit faire un pas de plus en ne limitant pas la possibilité de compensation à la même procédure pénale.

2. Autres dispositions du CPP qui devront être modifiées

Article 309

Cf., ci-dessus, remarque ad article 131 al. 2 et 3 AP-CPP.

Article 331, al. 2

Cf., ci-dessus, remarque ad articles 123 al. 2 et 342 AP-CPP.

Articles 356, al. 2 et 94, al. 2

En cas d'opposition tardive à une ordonnance pénale, la procédure veut que le Ministère public transmette le dossier au tribunal de première instance pour qu'il statue sur la question (ATF 140 IV 192 consid. 1.4). Le plus souvent, la partie qui a fait opposition tardivement formule également une demande de restitution de délai. Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est alors le Ministère public qui est compétent pour statuer sur la restitution du délai. Il est censé suspendre l'examen de cette question jusqu'à droit connu sur la validité de l'opposition avant de se prononcer sur la restitution de délai (ATF 6B_1155/2014 du 19 août 2015 ; 6B_1074/2015 du 19 novembre 2015).

Cette façon de faire est inutilement compliquée. Il conviendrait de mettre l'entier des compétences (statuer sur la validité d'une opposition tardive et sur la restitution de délai) auprès de la même autorité, en l'occurrence le tribunal de première instance. La solution actuelle est source de confusion et d'erreur; il n'est en effet pas rare de voir le tribunal de première instance statuer également sur la question de la restitution du délai alors qu'il n'est pas saisi de cet objet.

Article 399, al. 2 et 3

Alinéa 2 : Il conviendrait de ne prévoir la saisine de la Cour d'appel, et partant la transmission du dossier, non pas à l'issue de la rédaction intégrale du jugement comme c'est actuellement le cas, mais uniquement en cas de déclaration d'appel. Cela éviterait, rien que pour le canton de Fribourg, quelques dizaines de cas par année où des dossiers, souvent volumineux, sont transférés inutilement car les annonces d'appel ne sont pas suivies de déclarations d'appel. Cela éviterait également, en plus du transfert physique des dossiers, des inscriptions inutiles au rôle d'une nouvelle autorité, avec la nécessité de rendre ensuite une décision de radiation, soit un travail administratif fastidieux et dispensable.

Alinéa 3 : Le CPP n'impose pas de motiver par écrit un appel, avec comme conséquence que les recourants ne se limitent souvent pas à contester un point précis du jugement de première instance, mais le contestent dans son intégralité, tant en ce qui concerne l'établissement des faits qu'en ce qui concerne la qualification juridique et la fixation de la peine. L'absence totale de motivation des appels implique pour les juges, en particulier lorsqu'il s'agit de réexaminer l'ensemble des faits d'une procédure volumineuse, une augmentation très importante du temps de préparation des séances par rapport à celui qui serait nécessaire pour préparer une audience sur la base d'un recours motivé, exigence standard dans les autres domaines du droit.

Au vu de ces éléments, nous souhaitons que l'exigence d'une déclaration d'appel motivée soit inscrite dans le CPP.

Article 406, al. 3

Lorsque la procédure écrite est ordonnée, il serait judicieux de prévoir un délai légal, par exemple de 20 jours, pour déposer la motivation au sens de l'article 406 al. 3 CPP. Ce n'est actuellement pas

le cas et les avocats ne se privent pas de demander de fréquentes prolongations de délais, de sorte que dans les faits, le recourant bénéficie d'un délai quasi *ad libitum* pour motiver son appel.

Article 432, al. 2

Dans le cas d'un acquittement prononcé à l'issue d'une procédure complète devant des tribunaux au sens de l'article 13 CPP, le Tribunal fédéral a considéré que lorsque l'appel avait été formé par la seule partie plaignante, et qu'il n'y avait alors plus aucune intervention de l'Etat tendant à la poursuite de la procédure en instance de recours, il était conforme au système élaboré par le législateur que ce soit la partie plaignante qui assume les frais de défense du prévenu devant l'instance d'appel (ATF 139 IV 45 consid. 1.2). Il conviendrait de codifier cette jurisprudence dans le cadre de la révision.

Le Tribunal fédéral a toutefois refusé d'appliquer cette même règle au cas du recours interjeté par la partie plaignante à l'encontre d'une décision de classement (ATF 141 IV 476 consid. 1.2). Pour le Tribunal cantonal, la distinction opérée ne se justifie pas; elle encourage les parties plaignantes à déposer des recours sans encourir de réelles conséquences financières.

Article 437

La façon dont est formulé l'article 437 CPP est peu claire et manque de coordination avec la LTF. En particulier, l'incidence d'un recours au Tribunal fédéral contre un arrêt de l'autorité d'appel ou de recours n'est pas réglée à satisfaction. La question de savoir précisément si un recours au Tribunal fédéral suspend l'entrée en force de l'arrêt cantonal de dernière instance devrait être réglée, d'autant que des jurisprudences contradictoires ont été prononcées sur ce point (ATF 1B_208/2014, 1B_58/2014 consid. 3.1 ; contra 6B_135/2012 consid. 1.6 et 6B_440/2008 consid. 3.3).

De plus, la question de la date d'entrée en force a des conséquences pratiques importantes, notamment en ce qui concerne le calcul de délais en rapport avec différentes mesures de la partie générale du Code pénal.

Introduction de la médiation pénale pour les adultes

Le projet initial du CPP prévoyait une procédure facultative de médiation pour les adultes. Cette possibilité a été biffée du projet lors des délibérations aux Chambres fédérales, principalement par crainte de coûts qu'elle pourrait engendrer.

Nous fondant sur l'expérience très positive de notre canton de la médiation en droit pénal des mineurs (art. 17 PPMIn), nous souhaitons qu'une procédure de médiation pénale soit également introduite au CPP. En effet, notre canton a été pionnier en la matière, puisque la médiation pénale des mineurs y existe depuis 2004 déjà. Depuis lors, plus de 1'100 procédures du Tribunal des mineurs ont été traitées par les médiateurs avec un taux de réussite de 75%. Le recours à la médiation nous a également permis de réaliser une économie réelle des ressources en personnel judiciaire du Tribunal des mineurs dont les effectifs n'ont pas augmenté entre 2004 et 2014, ce contrairement aux autres cantons romands.

Les arguments suivants plaident en faveur de l'introduction d'une procédure de médiation dans le CPP :

- > l'évolution de la justice pénale répressive vers une justice négociée plus adaptée aux besoins des victimes, validée dans de nombreux autres Etats (Belgique, Autriche, Allemagne, France) ;
- > une réponse plus soutenue aux besoins de réinsertion et de réhabilitation des auteurs par une responsabilisation personnelle des actes commis ;

- > la pratique de cette justice réparatrice (*Restorative Justice*) bien ancrée en Suisse dans le droit pénal des mineurs depuis 2007 ;
- > plusieurs études internationales montrent que grâce à la médiation, les taux de récidive sont en baisse dans les pays où elle est mise en œuvre.

III. Remarques concernant les autres lois modifiées

1. Droit pénal des mineurs

Article 3, al. 2

Les modifications envisagées nous apparaissent fondées. Nous saluons le fait qu'elles tendent vers une simplification de notre pratique et apportent davantage de clarté. Au surplus, nous nous référons aux arguments invoqués dans le rapport (en particulier p. 51 ss), dont nous saluons la pertinence.

Le rapport explicatif pointe une réelle problématique et la solution qu'il préconise va dans le bon sens, soit dans celui d'une stricte séparation entre les faits commis avant 18 ans et qui sont jugés selon le PPMIn/DPMIn et ceux commis après 18 ans qui doivent être jugés selon le CPP/CP.

Toutefois, la façon dont est formulé l'article 3 al. 2 DPMIn n'est pas satisfaisante, pour ne pas dire incompréhensible. Le texte légal, tel qu'il est proposé, ne fait pas suffisamment état de la séparation alors qu'il s'agit d'une nouveauté à intégrer à tous les niveaux de la chaîne pénale.

En outre, le rapport évoque une exception à la séparation (lorsque l'autorité a connaissance de faits commis avant 18 ans après l'ouverture d'une procédure pour un acte commis après 18 ans), une exception qui ne ressort pas du texte légal.

A cela s'ajoute que le rapport n'aborde pas la question de la détention pour des cas mixtes. Le Tribunal fédéral a constaté, dans son arrêt 1B_62/2015, que la loi ne règle pas expressément la question des dispositions applicables en matière de détention provisoire dans les cas mixtes. Cette question devrait être réglée à l'occasion de cette révision.

Nous proposons que la formulation de l'article 3 DPMIn soit entièrement revue, clarifiée et complétée, et que la question de la détention dans les cas mixtes soit abordée.

2. Procédure pénale applicables aux mineurs

Les modifications envisagées paraissent fondées. Nous saluons le fait qu'elles tendent vers une simplification de la pratique du Tribunal des mineurs et apportent davantage de clarté. Nous nous référons aux arguments invoqués dans le rapport (en particulier p. 51 ss), dont nous saluons la pertinence.

Cependant, il est hautement regrettable que l'occasion de la présente révision législative n'ait pas été saisie pour préciser quelques dispositions du PPMIn peu claires et prêtant à confusion dans la pratique quotidienne des tribunaux, dont également le Tribunal des mesures de contrainte. Il s'agit des dispositions suivantes :

Articles. 26 et 27 PPMIn

Il faudrait absolument préciser à l'alinéa 1^{er} de l'article 27 PPMIn dans quel délai (24 heures, 48 heures, un autre délai) le juge des mineurs doit ordonner la détention provisoire. Le renvoi général aux dispositions du CPP (art. 3 al. 1 PPMIn) n'est d'aucune utilité et le Tribunal fédéral ne s'est pas

encore prononcé sur cette question. Vu le caractère exceptionnel de la détention des mineurs, nous proposons un délai de 24 heures dès l'arrestation :

Art. 27 al. 1 : « (...) La détention provisoire est ordonnée dans un délai de 24 heures à compter de l'arrestation. »

Dans le même ordre d'idée, il faudrait absolument préciser comment le délai de 7 jours de l'alinéa 2 doit être calculé : depuis l'arrestation (cf. BÄNZIGER/BURKHARD/HAENNI, Der Strafprozess im Kanton Bern, 2010, n. 1293 s.) ?, depuis la mise en détention ?, à partir du jour suivant la mise en détention (cf. JOSITSCH ET AL., Schweizerische Jugendstrafprozesordnung, Kommentar, 2010, p. 95)? Nous proposons de calculer ce délai de 7 jours à compter du jour de l'arrestation, car il s'agit là du point de départ le plus clair :

Article 27 al. 2 : « Si elle estime que la détention provisoire doit être prolongée au-delà de sept jours à compter du jour de l'arrestation, l'autorité d'instruction adresse une demande au tribunal des mesures de contrainte avant l'expiration de ce délai. (...) »

Il faudrait également préciser quelle autorité est compétente pour placer le mineur en détention pour des motifs de sûreté (cf. ATF 139 IV 48) et si cette détention est limitée dans le temps ou non (cf. à ce sujet d'ordonnance du Tribunal des mesures de contrainte du 10 janvier 2018 destinée à la publication). Pour des raisons de cohérence et afin d'éviter une éventuelle mise en récusation du Tribunal des mineurs, nous proposons de confier la compétence pour détention pour des motifs de sûreté au Tribunal des mesures de contrainte et de limiter la détention pour des motifs de sûreté à trois mois, à l'instar de la détention pour des motifs de sûreté des adultes (ATF 137 IV 180). Nous proposons de compléter l'art. 26 al. 2 et l'al. 27 al. 1 PPMIn en ce sens :

Article 26 al. 2 : « Le tribunal des mesures de contrainte est compétent pour ordonner ou autoriser les autres mesures de contrainte, ainsi que la détention pour des motifs de sûreté. »

Article 27 al. 1 : « (...) La détention pour des motifs de sûreté est ordonnée selon les dispositions du CPP. »

L'art. 229 CPP, ainsi que la jurisprudence y relative, s'appliquera dès lors également en procédure pénales des mineurs.

3. Loi sur le Tribunal fédéral

Article 80, al. 2, 3^e phr.

Le souhait de supprimer les exceptions au principe de la double instance paraît en accord avec le système de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) et le rôle d'autorité suprême que doit assurer le Tribunal fédéral.

Cela étant, il faut relever que les exceptions au principe de double instance avaient été introduites afin de ne pas perdre de temps dans les cas où il était nécessaire, en raison du type de décision, de connaître rapidement l'issue du recours, conformément au principe de célérité prévu à l'article 5 CPP. Cet argument n'est plus mentionné dans le rapport explicatif.

Il faut également être conscient que cette modification, qui généralise le recours au Tribunal cantonal, entraînera une charge de travail supplémentaire notamment pour son autorité de recours (conflit de for, recours contre les récusations, surtout recours contre toutes les décisions du Tribunal des mesures de contrainte).

4. Loi sur l'aide aux victimes

De manière générale, les propositions relatives à la LAVI intégrées au projet font suite et correspondent dans les grandes lignes à celles du rapport d'évaluation LAVI de décembre 2015 (https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2016/ref_2016-11-230.html), reprises pour certaines d'entre elles par la CSOL-LAVI. Partant, nous pouvons saluer la démarche et soutenir globalement le texte.

5. Code pénal

Article 71, al. 3

Le séquestre de l'article 71 alinéa 3 CP concerne le séquestre pour exécution de la créance compensatrice. Il est abrogé et remplacé par l'article 268 alinéa 1 lettre c CPP.

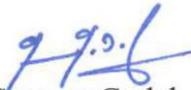
La question qui se pose est de savoir s'il est opportun de modifier l'article 268 CPP (séquestre en couverture des frais), ou s'il ne devrait pas figurer sous l'article 263 CPP (principe). En effet, la créance compensatrice a pour but de remplacer un objet qui aurait pu être séquestré en vue de sa confiscation. Or, ce principe se trouve à l'article 263 CPP ; l'article 268 CPP concerne le séquestre en couverture des frais.

De plus, l'article 71 CP est lié à l'article 70 CP qui concerne également la confiscation des biens d'un tiers. Contrairement aux autres types de séquestres, seuls les biens du prévenu peuvent être séquestrés en couverture des frais, à l'exception des cas où un tiers est solidairement responsable de ces frais selon l'article 418 alinéa 3 CPP (Commentaire romand, ad art. 268 CPP, n. 8 et références citées).

Par conséquent, il y a lieu de croire qu'en modifiant l'article 268 CPP, seuls les biens du prévenu pourraient désormais être séquestrés pour exécution de la créance compensatrice.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

Au nom du Conseil d'Etat :


Georges Godel
Président



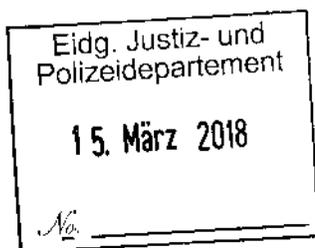

Danielle Gagnaux-Morel
Chancelière d'Etat



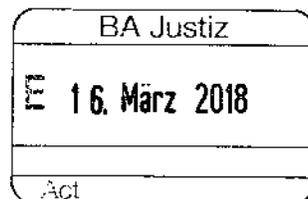
Genève, le 14 mars 2018

Le Conseil d'Etat

1036-2018



Département fédéral de justice et police
Madame Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Palais fédéral Ouest
3003 Berne



Concerne : consultation fédérale – modification du code de procédure pénale

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons à votre courrier du 1^{er} décembre 2017 concernant la procédure de consultation mentionnée en exergue et vous en remercions.

A titre liminaire, il sied de rappeler que le projet de révision a été lancé pour rectifier, à la demande des autorités de poursuite pénale, les normes du code de procédure pénale (CPP) jugées trop contraignantes en matière d'instruction contradictoire : dans certains cantons, ces normes sont appliquées de façon si stricte qu'en cas d'arrestation simultanée de plusieurs auteurs, le ministère public ne les entend jamais séparément. La recherche de la vérité matérielle s'en trouve entravée, allant à l'encontre même d'une poursuite pénale efficace. Une rapide correction législative était demandée par les autorités de poursuite pénale et soutenue par la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP).

L'Office fédéral de la justice (OFJ) explique la présente démarche de révision, laquelle est finalement plus volumineuse que celle demandée à l'origine par les praticiens, par le fait qu'elle a saisi l'occasion pour effectuer un certain nombre d'autres ajustements facilement transposables. Ceux-ci sont apportés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce qui est louable, ou par la satisfaction de revendications sectorielles exprimées par la corporation des avocats, ce qui l'est moins.

Globalement, nous sommes d'avis que le texte mis en consultation est déséquilibré : rares sont les modifications qui renforcent l'efficacité de la poursuite pénale. Nous saluons à ce propos les modifications relatives à l'établissement d'un procès-verbal pour les auditions enregistrées (art. 78a CPP), aux conditions pour le placement en détention provisoire en raison du risque de récidive (art. 221 al. 1 let. c CPP), à la légitimation du ministère public à interjeter recours contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte (art. 222 al. 2 CPP), à la possibilité offerte au ministère public de se prononcer dans l'ordonnance pénale sur les prétentions civiles (art. 353 al. 2 CPP) et à la limitation aux délits contre l'honneur pour pouvoir exiger du plaignant de fournir des sûretés (art. 303a CPP). Nombreuses sont, au contraire, les modifications qui accroîtraient encore la complexité de notre procédure, qui se caractérise aujourd'hui déjà par sa lourdeur et les obstacles qu'elle impose à l'exercice de l'action publique.

Fondamentalement, nous rejoignons la position des autorités de poursuite pénale et des cantons, lesquels refusent toute modification législative qui occasionnerait un surplus de travail, des coûts supplémentaires ou un affaiblissement de l'efficacité de la poursuite. Cela concerne en particulier les modifications proposées relatives à la défense obligatoire (art. 130 et 133 CPP), aux droits de participation à la procédure (art. 147 et 147a CPP), ainsi qu'à l'ordonnance pénale (art. 352 ss CPP).

La présente révision devrait dès lors uniquement corriger les dispositions qui empêchent, de manière choquante selon les praticiens, une poursuite pénale efficace. Une révision totale du code de procédure pénale n'est ni nécessaire, ni désirée, et toute modification qui ne serait pas rapidement et facilement transposable est à rejeter.

Toutefois, si cette voie devait absolument être empruntée, ce n'est qu'au prix de modifications nombreuses et substantielles que le texte serait susceptible d'être acceptable. Vous trouverez en annexe nos propositions à cet égard.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Anja Wyden Guelpa

Le président :



François Longchamp

République et canton de Genève

Consultation fédérale – modification du code de procédure pénale (CPP)

Examen de détail

Art. 55a

L'introduction de l'art. 55a let. b est compréhensible pour les cas où un État étranger exige qu'une mesure (par exemple une perquisition) ait été validée par un tribunal de l'état requérant; en effet, il est utile que le Tribunal des mesures de contrainte (TMC) soit compétent pour ordonner cette mesure, même si cette dernière n'exigerait pas la validation par un tribunal en droit suisse.

En revanche, il n'est pas adéquat de prévoir que le TMC est compétent pour valider la mesure de contrainte si le droit suisse le prévoit, car cela laisse entendre que le procureur devrait systématiquement requérir l'approbation du TMC avant de solliciter une mesure de contrainte à l'étranger, si cette mesure est sujette à l'approbation du TMC en droit suisse. Ainsi, une demande de contrôle téléphonique devrait d'abord être validée par le TMC avant d'être transmise à une autorité étrangère, qui le cas échéant la soumettra derechef à une autorité judiciaire en vertu de son propre droit. Tel n'est pas le cas aujourd'hui, et il n'y a aucune raison d'introduire cette lourdeur supplémentaire.

Le texte remodelé de ce nouvel article 55a CPP devrait par conséquent se limiter à tenir compte du cas de figure décrit à la lettre b.

Art. 59

L'alinéa 1 let. d de l'article 59 est à rejeter, dès lors qu'il érige le Tribunal pénal fédéral en instance de récusation des membres de la juridiction d'appel. Il n'y a pas lieu d'imbriquer les juridictions cantonale et fédérale, la seconde n'étant pas hiérarchiquement supérieure à la première.

La lettre d doit être biffée et les lettres b et c modifiées en sorte que l'autorité de recours et la juridiction d'appel traitent les demandes de récusation de leurs membres, et que l'une traite les demandes de récusation de l'ensemble des membres de l'autre et réciproquement. Ceci se justifie en particulier parce que notre canton connaît deux instances séparées, l'une de recours, l'autre d'appel.

Art. 60

L'article 60 alinéa 1 in fine CPP devrait faire l'objet d'une modification.

En effet, le texte français "après qu'elle a eu connaissance du motif de récusation" ne correspond pas aux textes allemand et italien, lesquels correspondraient plutôt à "après qu'elle a eu connaissance de la décision sur récusation".

Art. 78a

Le texte français de l'alinéa 1 lettre a n'est pas satisfaisant : le procès-verbal doit être établi "après" l'audition, et non "à l'issue" de cette dernière, car cette expression implique une forme d'immédiateté.

Les modalités temporelles régissant la rédaction du procès-verbal pourraient également être précisées : la mention du type "à bref délai" permettrait d'être interprétée en fonction des besoins des parties, suivant le stade de la procédure.

Art. 117

L'alinéa 1 lettre g parle de "considérants" alors que le CPP parle de manière générale de "motivation".

Par ailleurs, dans le cadre du droit de la victime à la protection de sa personnalité (art. 117 let. a CPP), la loi devrait lui réserver la possibilité de demander aux autorités qu'elles ne fassent connaître son adresse et son numéro de téléphone qu'avec son consentement, tel que cela était possible sous le régime de l'ancienne loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (art. 5 al. 2 aLAVI).

Or, depuis l'entrée en vigueur du CPP, ces données personnelles figurent d'office dans la procédure pénale, consultable par toutes les parties à la procédure, et donc aussi par l'auteur de l'infraction. Cette pratique a souvent pour effet de dissuader les victimes de porter plainte, afin d'éviter toute mise en danger de leur personne.

Art. 123

Le texte actuel permet à la partie plaignante de chiffrer ses conclusions civiles au plus tard durant les plaidoiries.

Si le délai actuel est trop tardif, celui qui est proposé est trop précoce, dès lors qu'un temps important peut s'écouler entre la clôture de l'instruction et la tenue des débats, temps pendant lequel le dommage est susceptible d'évoluer.

Il faut en conséquence requérir de la partie plaignante qu'elle chiffre son dommage en même temps qu'elle doit fournir au tribunal ses réquisitions de preuves, soit dans le délai de l'article 331 alinéa 2 CPP, ce qui permettra au juge, mais également aux autres parties, de se préparer de façon adéquate.

Art. 131

Cette disposition qui, porte sur la défense obligatoire, est aujourd'hui mal rédigée et il se justifie de la corriger. Toutefois, la formulation proposée n'est guère plus heureuse : on place sur le même plan l'ouverture de la procédure préliminaire et l'ouverture de l'instruction, si bien que la formule est toujours confuse. Pour que la phrase ait un sens, il faut indiquer que si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de la procédure préliminaire, la défense doit être mise en œuvre au plus tard lors de l'ouverture de l'instruction. De cette façon, quel que soit le stade de la procédure préliminaire pendant lequel les conditions de la défense obligatoire apparaissent, cette dernière doit immédiatement être ordonnée, sauf si l'instruction n'a pas encore été ouverte, auquel cas c'est lors de l'ouverture de l'instruction que la défense obligatoire est mise en œuvre.

Art. 133

La proposition tient très justement compte de la nécessaire apparence d'impartialité que doit revêtir le ministère public dans ce contexte. Le canton de Genève a déjà dissocié, en pratique, l'instance qui procède au choix du défenseur de l'instance de nomination, soit la direction de la procédure.

Il faut toutefois rectifier l'art. 133 CPP de sorte qu'il n'exige pas de législation cantonale d'application. L'alinéa premier devrait ainsi être rédigé de la manière suivante : "Le défenseur d'office est choisi par un organe indépendant de la direction de la procédure compétente au stade considéré".

Il faudrait en outre inscrire dans la loi le fait que seul l'acte de nomination de la direction de la procédure constitue une décision sujette à recours. Un double recours, contre le choix par l'organe indépendant, puis contre la décision de nomination par la direction de la procédure, est à éviter absolument.

Art. 135

Cette proposition est inadmissible et nous la rejetons avec fermeté. Elle tend à instaurer deux niveaux de rémunération différents du défenseur d'office, selon qu'un acquittement total ou partiel est obtenu ou non. Dans cette deuxième hypothèse, il devrait être rémunéré au taux prévu pour l'indemnisation du défenseur privé au sens de l'article 429 CPP.

La proposition repose sur l'idée qu'un acquittement total ou partiel est un succès pour le défenseur et, partant, que l'Etat a eu tort de diligenter une procédure. Rappelons que l'exercice de l'action publique est un devoir de l'Etat, à fortiori à remplir selon l'adage "in dubio pro durore", et que souvent la procédure est déclenchée par une plainte, dont il n'a pas à endosser la responsabilité, car il est très difficile, en début de procédure, de circonscrire au plus juste les faits et les infractions pertinents, de sorte que les abandons ou réductions en cours de procédure sont fréquents, sans qu'il y ait faute de l'Etat ou grande habileté du défenseur.

Nous ajouterons que cette proposition est particulièrement perverse : il s'agit d'instaurer une sorte de prime au résultat - lequel ne relève pas forcément de l'action du défenseur d'office - alors que la défense d'office représente une forme d'engagement social dont les inconvénients sont contrebalancés par la garantie d'un débiteur solvable, soit l'Etat.

De plus, si la norme devait être interprétée dans le sens que seule la part pour laquelle l'acquittement a été prononcé doit être rémunérée au taux de l'article 429 CPP, on aboutirait à des calculs d'une invraisemblable complexité.

Enfin, la proposition générerait d'importantes dépenses supplémentaires pour la Confédération et les cantons, ce qu'il y a lieu d'éviter.

Art. 136

Le nouvel alinéa 1bis vise à accorder l'assistance judiciaire à la victime, si cela est nécessaire pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir.

Cette formulation est à rejeter, car le texte est confus et utilise des notions erronées. Ainsi, l'on ne voit pas très bien en quoi consiste, pour une plainte pénale, le fait d'aboutir. De plus, ce n'est pas la plainte pénale stricto sensu qui est concernée, mais de manière plus générale la position de la partie plaignante, y compris dans le cadre des infractions poursuivies d'office. Enfin, la proposition n'exige pas que la victime soit indigente, ce qui doit probablement constituer un oubli.

Il apparaît que la proposition est faite pour donner suite à la jurisprudence du Tribunal fédéral, lequel a admis la possibilité d'obtenir l'assistance judiciaire même en l'absence de prétentions civiles à l'encontre du prévenu, notamment lorsque ce dernier est un agent public et que le droit cantonal exclut toute possibilité d'agir au civil contre lui. C'est ce dispositif qu'il y a lieu de corriger, et il ne concerne pas seulement les victimes.

Nous sommes favorables à la suppression pure et simple de l'exigence liée aux prétentions civiles. La partie plaignante doit en effet obtenir l'assistance judiciaire même si elle n'agit qu'au pénal. Il s'agit de transposer dans la loi les trois conditions que le Tribunal fédéral déduit directement de l'article 29 alinéa 3 de la Constitution fédérale, à savoir les exigences d'impécuniosité, de gravité et de nécessité.

Ainsi, l'article 136 alinéa 1 pourrait être formulé de la manière suivante :

"La direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante, aux conditions suivantes :

- a) la partie plaignante est indigente ;
- b) le cas n'est pas de peu de gravité."

A noter que la condition de la nécessité existe déjà à l'alinéa 2 lettre c, si bien qu'elle n'a pas à être reprise à l'alinéa 1.

Art. 147

Le nouvel alinéa 3 lettre b ne fait guère sens. Il s'agit d'une réaction à la pratique de certains cantons alémaniques, lesquels ont pensé trouver une parade à l'exigence absolue du contradictoire en ouvrant une procédure par prévenu, les procédures étant ensuite jointes dans un deuxième temps. Or, le CPP ne doit pas constituer une réponse aux errements cantonaux et il n'y a pas lieu de rendre plus compliquée la jonction ou la disjonction de procédures en introduisant la notion de "motifs impérieux".

Art. 147a

La manière dont l'Office fédéral de la justice (OFJ) répond à la demande des autorités de poursuite pénale concernant le contradictoire laisse apparaître que le problème est mal compris. Ce n'est pas seulement le prévenu qui risque d'adapter ses déclarations à celles de la personne à entendre; c'est également le témoin, que l'on souhaite pouvoir auditionner sans qu'il subisse de pression de la part du prévenu ou des prévenus.

En outre, le ministère public peut souhaiter procéder à des auditions séparées lorsqu'il a reçu un rapport de police portant sur des faits nouveaux. Il peut également confier de telles auditions à la police au sens de l'article 312 CPP et ne pas souhaiter que le policier doive interroger le témoin en présence des prévenus et de leurs avocats. Ainsi, de nombreuses circonstances doivent conduire à un allègement de l'exigence du contradictoire, et non la seule hypothèse du prévenu qui adapterait ses propos.

Le contrepoids proposé, soit l'obligation d'enregistrer l'audition sur un support audiovisuel, est absurde. Il s'agit ni plus ni moins d'un geste de défiance de la part de l'OFJ envers les ministères publics, l'OFJ semblant imaginer que les procureurs vont s'empresse de commettre des abus. Il est pour le moins piquant de constater que cette même défiance n'existe pas à l'égard de la police, dont les auditions ne sont pas enregistrées, alors que tel est le cas dans de très nombreuses procédures pénales modernes.

En résumé, il y a lieu de revenir à la proposition de la conférence des procureurs de suisse, qui limite le contradictoire aux exigences de la CEDH. Au pire, il serait préférable de ne rien modifier sur ce point.

Art. 170 al. 2

La proposition fait un lien, formulé maladroitement, entre l'obligation de dénoncer et l'absence de nécessité d'autorisation pour pouvoir témoigner.

La jurisprudence du Tribunal fédéral citée dans le rapport explicatif concerne le cas d'une policière qui est entendue par le tribunal, lequel juge l'affaire qu'elle a elle-même traitée (ATF 140 IV 177). Le Tribunal fédéral retient que "keine Ermächtigung der vorgesetzten Behörde erforderlich ist, wenn ein Polizist im Zuge des Strafverfahrens Aussagen über Feststellungen am Tatort macht, sofern er diesbezüglich einer Anzeigepflicht unterliegt.". Or, l'art. 302 CPP prévoit que les autorités pénales sont tenues de dénoncer les infractions sous certaines conditions, l'alinéa 2 donnant, entre autre, aux cantons la possibilité d'obliger certains fonctionnaires qui ne sont pas membres des autorités pénales de dénoncer des infractions sous certaines conditions.

Il apparaît que la proposition ne reprend pas uniquement la jurisprudence citée et qu'il n'y a aucun lien entre l'obligation de dénoncer d'un fonctionnaire non membre d'une autorité pénale et les informations qu'il est susceptible de fournir à une autorité pénale qui l'interroge.

La proposition doit donc être rejetée.

Art. 221

L'OFJ propose d'adoucir la teneur de l'alinéa 1 lettre c, qui ne permet d'ordonner la détention provisoire en vertu du risque de réitération que si le prévenu a déjà commis plusieurs infractions du même genre.

Toutefois, la formulation est maladroite dans la mesure où la lettre c mentionne l'exigence de compromettre "la sécurité d'autrui par des crimes ou par des délits graves". Une formulation au singulier est souhaitée, car le risque de réitération peut exister lorsque la personne commet sa première infraction.

La proposition est à modifier dans ce sens.

Art. 228a

Concernant l'alinéa 1, la version française n'est pas correcte, en ce sens que le ministère public ne doit pas "communiquer" son recours mais l'"annoncer".

Par ailleurs, toujours au niveau de la formulation, la réaction du ministère public se fera "contre la décision" et non "contre la décision de mise en détention", puisque le recours concernera autant les décisions refusant la mise en détention que celles qui la prononcent pour une durée jugée trop courte.

Si le délai de trois heures institué à l'alinéa 2 n'est que la transposition de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut bien se rendre compte que les contingences pratiques imposent raisonnablement de prolonger sensiblement ce délai, au minimum à six heures. En effet, il n'est pas sérieux d'exiger, dans tous les cas, du ministère public qu'il rédige en quelques heures un recours complet et motivé sur une question aussi fondamentale que la liberté du prévenu.

Concernant l'alinéa 4, nous constatons que la proposition va inutilement plus loin que la jurisprudence actuelle (ATF 137 IV 230, consid. 2.1). Dans la mesure où la conformité avec la CEDH est acquise, il y a lieu de reformuler la proposition en reprenant le cadre de la jurisprudence actuelle.

Art. 231

La possibilité pour le ministère public de demander la prolongation de la détention pour des motifs de sûreté ne vaut pas seulement en cas d'acquiescement du prévenu, mais également lorsque le prévenu est condamné à une peine avec sursis ou à une peine ferme dont la quotité impose sa mise en liberté immédiate.

De manière plus générale, c'est dans tous les cas où le tribunal ordonne la mise en liberté que le ministère public doit pouvoir agir, si bien que les termes "le prévenu en détention est acquitté et que" doivent être biffés.

Art. 232

Le transfert de compétence de la juridiction d'appel à l'autorité de recours pourrait poser un problème en pratique lorsque le prévenu comparait libre mais présente un risque de fuite évident en cas de condamnation en appel (prévenu acquitté en première instance) ou d'aggravation de la peine.

Le président de la juridiction d'appel, d'office ou à la demande du ministère public, devrait pouvoir ordonner la mise en détention pour la durée des débats, au début ou au cours de ceux-ci, y compris juste avant de rendre le verdict, ce qui lui permettra ensuite d'ordonner le maintien en détention pour des motifs de sûreté, lors du prononcé du verdict. Ce rôle peut difficilement être dévolu à l'autorité de recours sans paralyser les débats d'appel.

Par conséquent, il est indispensable de conserver une compétence exceptionnelle de la direction de la procédure de la juridiction d'appel de procéder à l'arrestation à l'audience d'appel.

Art. 248

La procédure relative à la levée des scellés constitue aujourd'hui un véritable obstacle à l'efficacité de la poursuite pénale. Le projet ne répond en rien aux difficultés rencontrées par les ministères publics en la matière. La situation ne pourra que s'aggraver, dès lors qu'à l'alinéa 3, la suppression du mot "définitivement" ouvrira la voie à une procédure devant l'autorité de recours et que la suppression du délai d'un mois donnera l'impression que le législateur n'impose plus aucune exigence de célérité au Tribunal des mesures de contraintes.

Nous ne nous opposons pas à l'ouverture d'une voie de recours, mais estimons en revanche que le texte doit impérativement rappeler l'exigence de célérité et préciser qu'il appartient à celui qui demande la mise sous scellés de désigner lui-même les actes qu'il estime couverts par le secret.

Art. 268

Nous nous opposons fermement à l'alinéa 4, qui péjore la situation de l'Etat. Il y a lieu de s'en tenir à la teneur actuelle de l'article 71 alinéa 3 CP.

Art. 269

Il y a lieu de profiter de la réforme pour compléter la liste de l'article 269 alinéa 2 lettre a, qui se caractérise aujourd'hui par son incohérence. Nous souhaitons qu'il soit ajouté :

- l'art. 117 CP : il n'est aujourd'hui pas possible de mettre sous écoute le prévenu soupçonné d'une course poursuite mortelle, par exemple;
- les art. 133 et 134 CP : les rixes et agressions peuvent entraîner de très graves conséquences et il y a lieu de les mettre sur le même pied que les lésions corporelles graves de l'art. 122 CP;
- l'art. 143bis CP : il est impossible de lutter contre la cybercriminalité dans les conditions actuelles;
- l'art. 305bis CP : il est absurde que le cas aggravé figure dans la liste, alors qu'il est difficile, en début d'enquête, de savoir si l'on a à faire à un cas simple ou à un cas aggravé de blanchiment d'argent;
- l'art. 320 CP : la lutte contre les violations du secret de fonction est aujourd'hui largement paralysée;
- les art. 322quinquies, 322sexies, 322octies et 322novies CP : la lutte contre la corruption commande l'ajout de ces dispositions à la liste.

Art. 286

Il s'agit d'ajouter les mêmes dispositions qu'à l'article 269.

Art. 301

L'alinéa 1bis doit être rejeté, dès lors qu'il n'y a aucune raison de déroger au principe selon lequel seules les parties à la procédure ont accès à cette dernière.

Art. 318

L'alinéa 1bis prétend obliger le ministère public à adresser un avis de prochaine clôture aux victimes s'il entend rendre une ordonnance pénale, une "ordonnance de mise en accusation" (soit un acte d'accusation) ou une ordonnance de classement. Il leur fixe un délai pour se constituer parties plaignantes et présenter leurs réquisitions de preuves.

Cette disposition n'a pas d'utilité, car l'article 118 alinéa 4 oblige d'ores et déjà le ministère public à s'adresser à tous les lésés (et non seulement aux victimes) dès l'ouverture de la procédure préliminaire, pour les informer de leur droit de se porter partie plaignante. Ainsi, toutes les victimes auront d'ores et déjà été interpellées et eu la possibilité de participer à la procédure, si bien qu'il ne fait pas de sens de les interpellier une nouvelle fois. Toutes celles qui ont choisi d'être partie à la procédure recevront un avis de prochaine clôture en cas de classement ou de renvoi en jugement.

Enfin, il ne se justifie pas d'instaurer un avis de prochaine clôture en cas d'ordonnance pénale, les parties disposant de la voie de l'opposition si elles ne sont pas satisfaites de la décision. Il serait pour le moins étrange que la victime soit invitée à présenter des réquisitions de preuves avant le prononcé d'une ordonnance pénale, alors que le prévenu ne le serait pas.

L'occasion devrait être saisie de supprimer, dans tout le CPP, l'expression "ordonnance de mise en accusation", qui ne correspond à rien dans la culture judiciaire de langue française.

Art. 342

A l'alinéa 2, la formulation "la décision de scinder" devrait être remplacée par "la décision sur la scission". A défaut, cela pourrait signifier que le refus de scinder est susceptible de recours, par opposition à la décision de le faire.

Art. 352

Le sens et le but des modifications proposées sont incompréhensibles. En substance, le ministère public ne pourrait pas rendre d'ordonnance pénale comportant une sanction de plus de quatre mois si une victime participe à la procédure.

Nous rejetons cette proposition, car nous ne voyons pas en quoi la protection des droits de la victime exigerait que le ministère public fût limité dans sa compétence de rendre une ordonnance pénale. Si le ministère public envisage de rendre une ordonnance pénale, c'est parce que les faits sont de peu de gravité. Ils restent de peu de gravité si la peine prononcée est de six mois plutôt que de quatre. Les victimes d'actes graves verront toujours l'auteur renvoyé en jugement. Il n'est d'ailleurs pas dans l'intérêt des victimes de les forcer à vivre systématiquement un procès pénal, alors que l'affaire peut être réglée par voie d'ordonnance pénale.

La limitation de la compétence du ministère public à quatre mois risque d'engendrer un biais de politique criminelle, à savoir la tendance, dans les affaires de peu de gravité, à infliger systématiquement la quotité de la peine qui permet de statuer par ordonnance pénale.

Enfin, il sied de relever que la proposition accroîtrait massivement la charge des tribunaux de première instance.

A noter qu'à l'alinéa 3, il est question d'un maximum de trois mois, sans que l'on comprenne quelle différence justifie ce maximum différent.

Art. 352a

Cette proposition est rejetée fermement. L'OFJ entend bouleverser le système de l'ordonnance pénale en exigeant que le prévenu soit entendu lorsque la peine prononcée est supérieure à quatre mois, respectivement en cas de révocation de sursis à une peine privative de liberté.

De deux choses l'une : soit le législateur maintient le régime de l'ordonnance pénale tel qu'il existe aujourd'hui, à savoir que si l'audition du prévenu est possible avant le prononcé de l'ordonnance pénale, elle n'est pas obligatoire, et cela quel que soit le contenu de l'ordonnance. Soit il estime que la procédure de l'ordonnance pénale doit être abolie et il assume son choix, à savoir que des dizaines de milliers de procédures ne pourront plus être traitées simplement mais devront être renvoyées devant les tribunaux, avec l'explosion du nombre de procureurs et de juges qui en découlera.

Il va sans dire que la modification proposée entraînerait elle aussi le risque d'un biais, à savoir que pour éviter la charge que représente l'audition du prévenu avant le prononcé de l'ordonnance pénale, une peine systématiquement inférieure à quatre mois soit choisie. Alternativement, l'obligation de procéder à une audition obligerait les ministères publics à tenir des audiences qui ne sont aujourd'hui pas sollicitées, faute d'opposition, avec les coûts et besoins en personnel qui en résulteraient.

Enfin, et pour le cas où l'audition n'est pas possible, par exemple parce que le prévenu est en fuite, la proposition aboutirait à ce résultat particulièrement malvenu de remplacer une ordonnance pénale du ministère public par une procédure par défaut devant le tribunal.

Art. 354

Le délai de recours différencié institué par l'alinéa 1bis n'a aucun sens. Que l'ordonnance pénale soit remise en mains propres ou qu'elle soit notifiée par un autre moyen, les démarches que le prévenu doit entreprendre sont les mêmes. L'existence d'un délai de recours différencié ne peut engendrer que des confusions nuisant à la sécurité du droit.

Art. 364

L'alinéa 5 est mal rédigé. En effet, le ministère public est également appelé à rendre des décisions judiciaires ultérieures, auquel cas ce ne sont pas les dispositions relatives à la procédure de première instance qui devraient s'appliquer.

Art. 364a

A l'alinéa 1, la notion de sanction privative de liberté n'est pas adéquate, le code parlant systématiquement de peine ou de mesure privative de liberté.

En outre, il sied de relever l'impact qu'aurait cette proposition en pratique sur le canton de Genève, lequel a fait usage de l'art. 363 CPP pour désigner le Tribunal d'application des peines et des mesures (TAPEM) compétent pour connaître des décisions ultérieures qui ne sont pas de la compétence du tribunal. Le TAPEM peut notamment être saisi par le ministère public, le condamné ou le lésé (art. 36 de la loi d'application du code pénal; LaCP).

Lorsque des motifs de détention apparaissent dans le cadre d'une procédure postérieure au jugement pendante devant le TAPEM conformément à l'art. 36 LaCP, la direction de la procédure exécute la procédure de détention en appliquant par analogie l'art. 224 CPP et demande au TMC d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté (art. 36A al. 1 LaCP).

S'il y a péril en la demeure et qu'aucune procédure postérieure au jugement n'est encore pendante, le ministère public peut décerner un mandat d'amener à l'encontre du condamné et proposer au TMC, sans retard mais au plus tard dans les 48 heures à compter de l'arrestation, d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté ou une mesure de substitution. Dans le même délai, il doit saisir le TAPEM (art. 36A al. 2 LaCP).

L'art. 41A LaCP, se trouvant sous le chapitre exécution des décisions, a la même teneur que l'article précité et concerne les mêmes autorités.

Au vu de ce qui précède, on ne peut que constater que l'autorité d'exécution du canton de Genève, soit le service de l'application des peines et mesures (SAPEM), n'a aucune compétence dans les décisions ultérieures.

En effet, le SAPEM pourrait saisir le TAPEM, mais il ne peut en aucun cas ordonner une privation de liberté. Par ailleurs, ce n'est pas le rôle du SAPEM qui n'est pas une autorité de poursuite pénale. De plus, une procédure a été mise en place, dans les cas visés aux articles 36A et 41A LaCP, entre l'Office cantonal de la détention (OCD) et le ministère public qui ne souffre d'aucun problème en particulier, bien au contraire. On ne voit dès lors pas la valeur ajoutée d'une mise en détention par le SAPEM.

Avec la proposition faite, le canton de Genève serait contraint d'une part, de modifier la législation actuelle et, pour ce motif, un délai suffisant devrait être octroyé aux cantons, avant

l'entrée en vigueur de la modification. D'autre part, cela impliquerait de modifier l'organisation actuelle et d'octroyer la compétence d'ordonner des mesures de contrainte relevant des autorités pénales au SAPEM. Cette nouvelle compétence engendrerait un travail considérable pour le SAPEM et empièterait sur les compétences des autorités pénales.

Au vu de l'impact important, tant sur la répartition des compétences entre les autorités pénales et administratives que sur la législation cantonale et l'organisation des autorités genevoises, nous sommes d'avis que la proposition faite doit tenir compte de la liberté offerte précédemment aux cantons, lesquels ont choisi le ministère public comme autorité compétente dans les cas de figure concernés.

Art. 365

D'un point de vue de la systématique, tout comme l'article 351 ne précise pas que le jugement est susceptible d'appel, il n'est pas nécessaire de préciser ici que la voie de recours est celle de l'appel. L'unique disposition idoine est l'article 398 alinéa 1 nouveau.

Art. 440

Dans le canton de Genève, la compétence d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté et déferer le cas au tribunal compétent (art. 440 al. 1 et 2 CPP) revient au ministère public en vertu de l'art. 39 de la loi d'application du code pénal (LaCP).

La proposition faite doit tenir compte de la liberté offerte précédemment aux cantons, lesquels ont choisi le ministère public comme autorité compétente dans les cas de figure concernés.

Modification de la loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP)

Art. 9

L'idée selon laquelle il y a lieu de limiter la procédure de mise sous scellés en cas d'entraide est pertinente. La disposition proposée ne va toutefois pas assez loin. Il est en effet impératif de supprimer toute possibilité de mise sous scellés en Suisse, le tri devant intervenir auprès de l'autorité étrangère requérante.

Concrètement, les deux exceptions proposées ne se justifient pas : la présence des autorités étrangères ne justifie en rien la création d'un droit supplémentaire pour le titulaire et ne doit surtout pas être utilisée pour leur imposer un tri à faire. Par ailleurs, le fait qu'une procédure nationale soit ouverte en parallèle ne doit en aucun cas empêcher l'exécution de l'entraide. En outre, la formulation choisie ("dans la même affaire") est particulièrement imprécise, et juridiquement fautive : si l'autorité suisse ouvre une procédure, ce n'est évidemment pas pour traiter "la même affaire", mais pour traiter une affaire qui s'inscrit dans un contexte de faits similaires. On ajoutera à cela qu'il serait particulièrement aberrant que les ministères publics doivent renoncer à ouvrir des procédures nationales ou retarder leur ouverture pour ne pas entraver l'exécution des demandes d'entraide.

Modifications de la procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009 (PPMin)

Art. 32 al. 5 et 5bis

Nous soutenons les modifications apportées à l'article 32 PPMIn.

Il est en outre proposé de profiter de celles-ci pour changer également la teneur de l'article 32 alinéa 3 PPMIn, dont les termes vagues ont pu poser des problèmes d'interprétation, en reprenant telle quelle la formulation du nouvel article 353 alinéa 2 lettre a CPP.

Le nouvel article 32 alinéa 3 PPMIn devrait ainsi être libellé comme suit : "Elle peut statuer dans l'ordonnance pénale sur les prétentions civiles lorsqu'aucune administration supplémentaire de preuves n'est nécessaire."

S'agissant du montant plafond de CHF 30'000.- fixé dans le CPP au-delà duquel le ministère public n'a pas à statuer sur des prétentions civiles (article 353 alinéa 2 lettre b CPP), s'il y avait lieu de le fixer également pour les mineurs, il devrait être sensiblement inférieur à celui des majeurs.

Glarus, 13. März 2018
Unsere Ref: 2017-281

Vernehmlassung zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung)

Hochgeachtete Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie gaben uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

1. Unverhältnismässiger Mehraufwand

Die Strafverfolgung liegt gemäss Bundesverfassung im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Kantone (Art. 123 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 22 und 15 f. StPO). Sie gewährleisten damit unter anderem die öffentliche Sicherheit, deren Wahrung zu den wesentlichen hoheitlichen kantonalen Aufgaben zählt (Art. 57 BV i.V.m. Art. 3 und 42 BV). Deshalb tragen die 26 Kantone die hauptsächlichen finanziellen Lasten, die durch die Erfüllung der Aufgabe der Strafverfolgung entsteht. Dieser Ausgangslage hat der Bundesgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Strafprozessordnung Rechnung zu tragen. Wir lehnen entsprechend alle Änderungsvorschläge ab, die zu einem personellen oder finanziellen Mehraufwand führen. Hierzu gehören folgende Bestimmungen:

Art. 130 Bst. d (Notwendige Verteidigung)

Ein Ausbau der notwendigen Verteidigung im Verfahren vor Zwangsmassnahmengericht (ZMG) wird abgelehnt, wenn der Staatsanwalt persönlich auftritt. Dass eine Vertretung der Staatsanwaltschaft im Haftverfahren vor ZMG auftritt, macht wegen des relativ engen Verfahrensgegenstands, aber auch aufgrund der ohnehin häufig gegebenen anderen Gründe für eine notwendige Verteidigung (Art. 130 lit. a – c) die vorgeschlagene Erweiterung eben dieser unnötig.

Art. 131 Abs. 3 (Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung)

Die Unklarheit zwischen den Gesetzestexten ist zugunsten der bisherigen deutsch/italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer relativen Unverwertbarkeit aufzulösen. Der Richter soll weiterhin eine Güterabwägung machen können. Es darf keine automatische Ungültigkeit eintreten.

Art. 133 (Bestellung der amtlichen Verteidigung)

Obschon die heutige Regelung, die vorsieht, dass die Staatsanwaltschaft die amtlichen Verteidiger bestellt, im Kanton Glarus keine Probleme aufwirft, soll diese Kompetenz einer anderen Instanz übertragen werden. Dabei wurde ignoriert, dass die Entscheide der Staatsanwaltschaft an die Beschwerdeinstanz – ein Gericht – weitergezogen werden können. Im Kanton Glarus müsste als Folge dieser Regelung bei einer anderen Stelle ein Pikettdienst an 365 Tagen während 24 Stunden am Tag eingerichtet oder eine solche neu geschaffen werden. Mit Blick auf den zusätzlich entstehenden Aufwand wird diese Regelung als unverhältnismässig abgelehnt. Unabhängig davon erscheint uns auch verfehlt, bei der Benennung des amtlichen Verteidigers auch noch deren Eignung als Verteidiger geprüft werden muss. Dieses zusätzliche Kriterium eröffnet einen neuen Schauplatz für Streitigkeiten und wird mit Sicherheit zu Erschwernissen und zu Beschwerden führen, die das Verfahren zuungunsten aller Parteien in einer Phase verzögern, wo dies besonders störend ist. Auch diese Regelung ist zu streichen. Wir erachten die vorgesehene Regelung in Art. 133 als einen völlig unverhältnismässigen Eingriff in die verfassungsmässige Organisationskompetenz der Kantone.

Art. 147 f. (Teilnahmerechte der Parteien)

In Art. 147 und Art. 147a finden sich Anpassungen zu den Teilnahmerechten der Parteien. In der Praxis handelt es sich hierbei um zentrale Punkte in der Untersuchungsführung. Die vorgeschlagenen Regelungen gehen über den von der EMRK festgelegten Standard hinaus. Hierfür gibt es keinen Grund. Es sollen deshalb sowohl aus Kosten- und Praktikabilitätsgründen als auch aus Gründen der materiellen Wahrheitsfindung die Teilnahmerechte auf das Niveau der EMRK hinunter korrigiert werden.

Art. 248 Abs. 3 (Entsiegelung)

Die Umsetzung des Grundsatzes der "doppelten Instanz" lehnen wir im Bereich der Entsiegelung entschieden ab. Die Entlastung des Bundesgerichts als hauptsächliches Argument für Anpassung überzeugt nicht, zumal umgekehrt den Kantonen diese Aufgabe zufallen soll und ihnen damit zusätzlicher Aufwand überbürdet wird. Da es sich bei der Entsiegelung um einen Zwischenentscheid handelt, dürfte dies hier durch die Einführung von zwei Rechtsmittelinstanzen gerade in komplexen Fällen zu einer spürbaren Verlängerung des Verfahrens führen. Neben der prozessökonomischen besteht auch aus rechtsstaatlicher Sicht keine Notwendigkeit den Rechtsschutz auszubauen. Der Entsiegelungsentscheid ergeht bereits durch ein Gericht. Die Möglichkeit einer doppelten richterlichen Überprüfung dürfte keine Vorteile hinsichtlich Feststellung der materiellen Wahrheit bringen, sondern vielmehr prozesstaktischen Ausschöpfung der Rechtsmittel Vorschub leisten.

Art. 352 Abs. 1bis (Ausschluss des Strafbefehlsverfahrens)

Den Vorschlag in Art. 352 Abs. 1bis des vorliegenden Entwurfes, wonach das Strafbefehlsverfahren mit Freiheitsstrafe von über 4 Monaten oder Geldstrafe von mehr als 120 Tagesstrafen zwingend ausgeschlossen ist, wenn sich ein Opfer als Privatkläger am Verfahren beteiligt, lehnen wir ab. Einerseits kann es sein, dass die das Opfer betreffenden Tatvorwürfe nur einen (geringen) Teil der abzuurteilenden Delikte betreffen. Andererseits wünschen Opfer oft nicht, dass ihr Fall in der Öffentlichkeit verhandelt wird. Gerade dies kann in der Praxis zu Anreizen mit unerwünschten Wirkungen führen, indem tiefere Strafen als eigentlich angebracht in Betracht gezogen werden, um die Sache im einfacheren Strafbefehlsverfahren abwickeln zu können.

Art. 352a (Obligatorische Einvernahme vor Erlass eines Strafbefehls)

Wir lehnen aus Kostengründen eine Änderung im Sinne einer obligatorischen Einvernahme durch den Staatsanwalt ab. Über die Durchführung einer Einvernahme ist fallbezogen und nicht abstrakt anhand der im Gesetz angedrohten Geld- bzw. Freiheitsstrafe zu befinden. Die Komplexität des Falles und das Vorliegen eines Geständnisses sollen die wesentlichen Kriterien bilden.

Art. 354 Abs. 1ter (Differenzierte Einsprachefrist)

Die im Vergleich zur heutigen Regelung vorgesehene längere Einsprachefrist von 20 Tagen wird abgelehnt. Vor allem im Umgang mit «Kriminaltouristen» ist eine möglichst rasche Rechtskraft wichtig, damit diese umgehend ausgeschafft werden können. Eine solche Differenzierung ist in keinem anderen Verfahrensrecht bekannt, wo es um ähnliche Fallzahlen geht. Die Kontrolle würde durch die vorgesehene Regelung massiv verkompliziert und der Aufwand vergrößert.

Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4 (Rückzugsfiktion)

Die Streichung der Rückzugsfiktion ist entschieden abzulehnen. Die Rückzugsfiktion stellt ein vernünftiges Mittel dar, um vorschnell erhobene Einsprachen faktisch ungeschehen zu machen. Die Änderung würde bei Staatsanwaltschaften und Gerichten die Geschäftslast insbesondere im Bagatellbereich erheblich erhöhen, wodurch ihre Kapazitäten für die Bearbeitung gewichtiger Fälle geschmälert würden.

Opferrechte im Allgemeinen

Opferrechte sind zweifelsohne wichtig. Die in der Vorlage vorgesehene Vermischung der Teilnahmerechte mit den Mitwirkungsrechten der Opfer betrachten wir aber nicht als ausreichend durchdrungen. Insbesondere sind die Regelungen im Opferhilfegesetz nicht einbezogen. Es ist zu beachten, dass die Gesamtheit der für sich jeweils geringfügigen Verbesserungen der prozessualen Rechte der Opfer bei den Behörden immer viel Aufwand auslöst.

2. Anpassungen formeller bzw. technischer Natur

Art. 228a Abs. 2 (Beschwerde der Staatsanwaltschaft und Verfahren)

„Eröffnung des Entscheides“ sollte ersetzt werden durch „Eröffnung des schriftlich begründeten Entscheides“. Der Haftentscheid kann im Dispositiv eröffnet werden, beschwerdefähig dürfte jedoch nur der schriftlich begründete Entscheid sein.

Art. 251a (Blut- und Urinuntersuchung)

An der Stelle des Begriffs der Blut- bzw. Urinuntersuchung ist Blut- und Urinprobe analog wie im SVG zu verwenden.

Art. 3 Abs. 2 JStG (Persönlicher Geltungsbereich)

Ohne Beizug der Materialien lassen sich nicht alle diesen Bereich betreffenden Rechtsfragen beantworten. Insbesondere ergibt sich aus dem Gesetzestext nicht, dass in der relativ häufig auftretenden Situation, in der bei einem Jugendlichen die Taten vor dem 18. Altersjahr noch nicht definitiv beurteilt wurden und zusätzlich neue Taten nach 18. Altersjahr hinzukommen, letztere gesondert im strafrechtlichen Verfahren für Erwachsene zu beurteilen sind. Der Gesetzestext ist diesbezüglich entsprechend zu ergänzen.

3. Weitere Bemerkungen

Bezüglich der weiteren Bestimmungen der Vorlage verweisen wir auf die von uns geteilte Stellungnahme der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren vom 5. Februar 2018.

Genehmigen Sie, hochgeachtete Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Für den Regierungsrat

Two handwritten signatures in blue ink. The first signature is 'Rolf Widmer' and the second is 'Hansjörg Dürst'.

Rolf Widmer
Landammann

Hansjörg Dürst
Ratsschreiber

E-Mail an: annemarie.gasser@bj.admin.ch

versandt am: **15. März 2018**



Sitzung vom

10. April 2018

Mitgeteilt den

10. April 2018

Protokoll Nr.

279

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Auch per Mail zustellen als PDF und Word-Dokument:
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 geben Sie uns die Gelegenheit, uns zu den geplanten Änderungen der Strafprozessordnung zu äussern. Dafür danken wir Ihnen.

1. Allgemeine Bemerkungen

Die Regierung des Kantons Graubünden erachtet es bei der Vorlage als zentral, dass die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs Ziel und Motivation jeglichen Handelns im Bereich der Strafverfolgung sein muss. Die Strafverfolgung liegt im Wesentlichen im Kompetenzbereich der Kantone, die auch die finanziellen Lasten tragen, die aus der Umsetzung der Aufgaben der Strafverfolgung entstehen. Der Bundesgesetzgeber hat diesen Umstand bei Vorschlägen zur Änderung der Strafprozessordnung in dem Sinne zu berücksichtigen, als dass die aus entsprechenden Revisionen resultierenden Ausführungskosten für die Kantone berücksichtigt werden. Die Bündner Regierung lehnt alle Änderungsvorschläge ab, welche zu finanziellem und/oder personellem Mehraufwand für die Kantone führen. Die Strafprozessordnung hat sich in der Praxis gut bewährt und vor allem zu der angestrebten

Harmonisierung der Strafverfahren in den Kantonen geführt. Der Bundesgesetzgeber soll sich demnach darauf beschränken, lediglich jene Bestimmungen zu ändern, die in der Praxis tatsächlich zu stossenden Ergebnissen geführt haben oder der materiellen Wahrheitsfindung entgegenstehen. Zahlreiche Vorschläge in der vorliegenden Vorlage führen zu einer Verlängerung und einer Verteuerung der Verfahren, ohne dass ein zwingender Handlungsbedarf ausgewiesen wäre. Betroffen sind hier insbesondere die Bestimmungen zur notwendigen und amtlichen Verteidigung (Art. 130 und Art. 133 StPO), die Teilnahmerechte (Art. 147 StPO) sowie das Strafbefehlsverfahren (Art. 352 f. StPO).

Es geht nicht an, dass das Strafverfahren analog eines Zivilprozesses ausgestaltet werden soll, an welchem sich alle Parteien, zu welchen zunehmend auch die Staatsanwaltschaften gezählt werden, gleichermassen beteiligen können. Bei einer derartigen Ausgestaltung des Strafverfahrens geht es nicht mehr um die Erforschung der materiellen Wahrheit, sondern lediglich darum, diejenige "Wahrheit" zu finden, die im Rahmen dieses Parteiprozesses erstellt werden kann. Auch wird das Strafprozessrecht zunehmend von einer teilweise unüberschaubaren Formalisierung durchdrungen. Es scheint, dass das Prozessrecht kaum mehr dazu dienen soll, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Es interessiert immer weniger, was materiell geschehen ist, vielmehr geht es darum, sicherzustellen dass alle Formalien eingehalten sind. Dieser Tendenz ist entgegenzuwirken. Es ist das Ziel im Auge zu behalten, dem staatlichen Strafanspruch zum Durchbruch zu verhelfen. Dieses Ziel wiederum ist durch den Gesetzgeber bestmöglich zu unterstützen.

In diesem Zusammenhang sind auch die vorgeschlagenen Änderungen der Opferrechte zu sehen. Die Wahrung der Interessen von Opfern von Straftaten ist der Regierung ein wichtiges Anliegen. In den vorgeschlagenen Bestimmungen finden sich jedoch verschiedene Änderungsvorschläge, welche tendenziell zu einer Verlängerung und Verkomplizierung der Verfahren führen. Dies ist nicht im Sinne der Opfer, weshalb die Regierung die vorgesehenen Änderungen der Opferrechte ablehnt.

2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen der StPO

Art. 88 Abs. 4

Bereits heute kann über den Mechanismus von Art. 88 Abs. 4 StPO eine Zustellung nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen von Art. 88 Abs. 1 lit. a, b oder c StPO erfüllt sind (BGer 6B_141/2017 vom 22. Dezember 2017, E. 2.1). Ein Strafbefehl wird, auch wenn er im Amtsblatt ausgeschrieben wird, durch den Beurteilten nicht gelesen. Die Publikation ist daher eine reine Alibiübung. Sie führt zu einem administrativen Leerlauf und verursacht ausschliesslich Kosten und Aufwand, ohne dass ein erkennbarer Nutzen geschaffen wird.

Antrag: *Die bisherige Regelung ist beizubehalten.*

Art. 131 Abs. 2

Wir begrüssen, dass die widersprüchliche Fassung von Art. 131 Abs. 2 StPO beseitigt wird. Allerdings ist die vorgeschlagene Formulierung in zweierlei Hinsicht problematisch:

Die notwendige Verteidigung soll mit Eröffnung des Verfahrens sichergestellt werden. Seit BGE 141 IV 20 ist dies der Zeitpunkt, in welchem sich die Staatsanwaltschaft erstmals mit dem Fall befasst. Beginnt die Strafuntersuchung bspw. mit einer Ausschreibung oder einer Telefonüberwachung, müsste nach dem Wortlaut der neuen Bestimmung dem Beschuldigten bereits mit dieser Anordnung ein Verteidiger bestellt werden, also bevor er überhaupt um die Strafuntersuchung wissen darf. Der Untersuchungszweck wird damit vereitelt und die Lösung ist in der Praxis nicht umsetzbar.

Antrag: *Der Gesetzestext ist wie folgt zu ändern:*

"Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung erfüllt, so ist diese umgehend, jedenfalls spätestens nach der ersten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme, sicherzustellen."

Art. 133

Mit dieser Regelung wird in die Organisationsautonomie der Kantone eingegriffen, obschon die heutige Regelung zu keinen Problemen geführt hat. Es ist zudem daran zu erinnern, dass jederzeit gegen die Einsetzungsverfügungen Beschwerde erhoben werden kann.

Eine Änderung von Art. 134 Abs. 2 StPO, wonach ein allfälliger Verteidigerwechsel in der Zuständigkeit der Verfahrensleitung liegt, ist nicht vorgesehen. Die vorgeschlagene Regelung ist daher unvollständig. Sie wäre zudem inkonsequent, sofern der Entwurf davon ausgehen sollte, dass bei einem Wechsel der amtlichen Verteidigung deren Auswahl nicht mehr bei der "unabhängigen Stelle" liegen sollte.

Im erläuternden Bericht (S. 11, Ziff. 1.3.5) wird die Übertragung der Verteidigerauswahl auf die unabhängige Stelle damit begründet, dass sich die Staatsanwaltschaft und die beschuldigte Person im späteren Hauptverfahren als Parteien gegenüberstehen und die Anklagebehörde es damit in der Hand habe, die Vertretung der Gegenpartei selbst zu bestimmen. Dieses Argument trifft für das Gerichtsverfahren nicht zu. Es besteht daher keine Notwendigkeit, im Gerichtsverfahren von der bisherigen Regelung abzuweichen.

Die vorgeschlagene Regelung lässt sodann verschiedene Fragen offen. Beispielsweise ist nicht geregelt, ob, von wem und wo die Auswahl der "unabhängigen Stelle" selbständig angefochten werden könnte. Mit dem Beschleunigungsgebot nicht vereinbar ist es, wenn ein doppelter Anfechtungsweg angedacht wäre in dem Sinne, dass sowohl die Wahl als auch die Einsetzung unabhängig voneinander angefochten werden könnten.

Antrag: *Die vorgesehenen Modalitäten der amtlichen Verteidigung müssen überprüft und die Abläufe präzisiert werden.*

Art. 135 Abs. 1

Die vorgeschlagene Änderung führt zu Mehrkosten. Zudem überzeugt die Begründung nicht: Im Gegensatz zur gewählten Verteidigung trägt die amtliche Verteidigung kein Inkassorisiko. Sie kann davon ausgehen, dass alle ihre Bemühungen entschädigt werden. Es entsteht ein Rechtsverhältnis mit dem Staat, dessen Abgeltung in den jeweiligen Tarifordnungen festgelegt wird. Warum die Höhe der Entschädigung vom Ausgang des Verfahrens abhängig gemacht werden soll, ist daher nicht nachvollziehbar. Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft aufgrund des Grundsatzes "in dubio pro duriore" verpflichtet ist, auch Fälle anzuklagen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch führen, oder sie muss aufgrund des fehlenden Vorabklärungsverfahrens frühzeitig Verfahren eröffnen, die dann wieder einzustellen sind. Die Staatsanwaltschaft muss somit tätig werden, auch wenn sie weiss oder davon ausgeht, dass sie mutmasslich unterliegt.

Antrag: *Die vorgeschlagene Bestimmung ist zu streichen.*

Art. 147 und 147a

Das Teilnahmerecht von beschuldigten Personen soll im Grundsatz unverändert beibehalten werden. Neu soll aber eine Einschränkung dann möglich sein, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird. Als Kriterium für die Beschränkung der Teilnahmerechte taugt diese Umschreibung allerdings nicht. Die Staatsanwaltschaft kann weder voraussehen, wie die beschuldigte Person aussagen wird, nachdem sie an der Einvernahme von Zeugen oder Mitbeschuldigten teilgenommen hat, noch weiss sie, wie die beschuldigte Person ohne Gewährung der Teilnahmerechte ausgesagt hätte. Die Prognose, welche der Gesetzgeber verlangt, ist faktisch unmöglich zu machen. Es besteht die Gefahr der Anpassung von Aussagen an diejenigen von schon befragten Personen. Und es stellt sich die Frage, welcher Nachweis für diese "Befürchtung" zu erbringen ist. Bei der vorgeschlagenen Lösung handelt es sich um den Versuch, eine scheinbare Zwischenlösung zu schaffen, welche den Anwendungsbereich jedoch zu wenig klar umschreibt und daher in der Praxis ständig zu unterschiedlichen Auffassungen und Rechtsstreitigkeiten führen dürfte. Die Begründung im erläuternden Bericht (S. 27, Ziff. 2.1.21) für die grundsätzliche Beibehaltung des Teilnahmerechts, die "Wahrung des Gleichgewichts zwischen den Parteien", überzeugt schon deshalb nicht, weil die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren gerade nicht Partei ist. Seit das Bundesgericht das Teilnahmerecht auch auf Mitbeschuldigte ausgedehnt hat, gab es zahlreiche Entscheidungen, welche diesen Grundsatz wieder zu relativieren suchten. Diese Rechtsprechung hat zu Rechtsunsicherheit und zu Beschwerdeverfahren geführt, welche die Verfahren verlängern und verteuern. Hier ist eine klare und einfache gesetzliche Regelung im Sinne der Normierung des EMRK-Standards zu fordern.

Als Kompensationsmassnahme für die Einschränkung der Teilnahmerechte wird die Bild- und Tonaufzeichnung der Einvernahme verlangt. Das mag in Fällen von Schwerekriminalität sinnvoll sein. Geht es um gemeinschaftlich ausgeführte Massendelikte wie Ladendiebstähle, ist der Aufwand für Bild- und Tonaufzeichnungen deutlich zu hoch. Staatsanwaltschaften sind heute nicht darauf eingestellt, in Massengeschäften alle Ersteinvernahmen in Bild und Ton aufzuzeichnen. Zudem ist Folgendes zu bedenken: Beschuldigte stehen regelmässig in einem Interessenkonflikt

zwischen Loyalität gegenüber den Mitbeschuldigten und einem vollumfänglichen Geständnis. Wird die Befragung erkennbar auf Bild und Ton aufgezeichnet, wird dies das Aussageverhalten der betroffenen Person zu Gunsten der Loyalität gegenüber dem Mitbeschuldigten beeinflussen und damit die Wahrheitsfindung beeinträchtigen.

Antrag: *Anstelle der vorgeschlagenen Formulierungen von Art. 147 VE-StPO und Art. 147a VE-StPO ist eine der EMRK entsprechende Lösung ins Gesetz aufzunehmen. Danach hätte jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen.*

Art. 147a VE-StPO ist in der vorgeschlagenen Form zu streichen.

Art. 228a Abs. 2

Die vorgeschlagene kurze Frist von drei Stunden muss als praxisfremd bezeichnet werden und stellt die involvierten Behörden vor unnötige Probleme. Für die Staatsanwaltschaft wird es schwierig sein, eine Beschwerde gegen einen Entscheid innert so kurzer Zeit zu begründen. Dies umso mehr als der Entscheid selbst innert dieser Frist noch gar nicht schriftlich begründet vorliegen sollte. Der Staatsanwaltschaft wird mit der vorgeschlagenen Lösung faktisch verunmöglicht, ihr Beschwerderecht wirksam wahrzunehmen.

Antrag: *Die Begründungspflicht von drei Stunden ist auf mindestens sechs Stunden zu verlängern.*

Art. 230 Abs. 3 und 4

Mit der vorgeschlagenen Lösung wird unnötigerweise ein neuer Befangenheitstatbestand geschaffen. Das Bundesgericht hat die Personalunion von Haft- und Sachrichter bislang nie beanstandet. Die neue Regelung wird damit begründet, dass sich der Richter im Rahmen der Prüfung der Haftentlassung unter anderem mit der Frage des dringenden Tatverdachts zu befassen habe, die im Rahmen der Hauptverhandlung wiederum Gegenstand des Verfahrens sei (vgl. erläuternder Bericht S. 33, Ziff. 2.1.31). Diese Argumentation überzeugt nicht. Zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens werden die beteiligten Richter sich mit den zu beurteilenden Fragen zu befassen haben und sich eine Meinung bilden. Und zwar auch schon vor der Hauptverhandlung. Inwieweit dadurch eine Befangenheit entstehen soll, ist nicht nachvollziehbar.

Antrag: *Auf die vorgesehene Lösung ist zu verzichten.*

Art. 231 Abs. 2

Die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, die Fortführung der Sicherheitshaft zu beantragen, sollte ihr immer dann zukommen, wenn sie Berufung anmeldet und das erstinstanzliche Gericht die Freilassung des Beschuldigten anordnet. Also beispielsweise auch bei einer Verurteilung zu einer kürzeren oder einer bedingten Freiheitsstrafe und nicht nur bei einem Freispruch.

Antrag: *Die vorgeschlagene Formulierung ist entsprechend anzupassen.*

Art. 236 Abs. 1

Eine eigentliche Änderung der bisherigen Praxis ist durch die Anpassung der Bestimmung nicht ersichtlich. Die Klarstellung betreffend das ordentliche Vollzugsregime ist jedoch zu begrüßen.

Art. 248

Die Möglichkeit der Siegelung kann trotz der 30-tägigen Ordnungsfrist Verfahren längere Zeit blockieren. Diese Problematik akzentuiert sich, wenn grosse Mengen an elektronischen Daten sicherzustellen sind. Die Siegelung kann so missbraucht werden, um die Auffindung deliktisch erlangter Vermögenswerte oder die Sicherstellung von Beweisen zu verhindern.

Antrag: *Es ist zu prüfen, ob die Möglichkeiten der Siegelung nicht einzuschränken ist. Beispielsweise dahingehend, dass diese Möglichkeit nur besteht, wenn man sich auf ein Beschlagnahmeverbot nach StPO berufen kann.*

Art. 251a

Der Gesetzestext ist dahingehend abzuändern, als dass die Polizei sowohl eine Blut- wie auch eine Urinabnahme mitsamt der jeweiligen Untersuchung anordnen kann. Absatz 2 ist überflüssig, da die Staatsanwaltschaft für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig ist und die Polizei sie entsprechend informiert, sollte eine solche erforderlich sein.

Antrag: *Absatz 1 ist dahingehend anzupassen, als dass die Polizei Blut- und Urinabnahmen mitsamt der jeweiligen Untersuchung anordnen kann.*

Absatz 2 ist zu streichen.

Art. 268

Dass die Rechtsgrundlage für die Ersatzforderungsbeschlagnahme in die StPO überführt werden soll, ist zu begrüßen. Gesetzssystematisch korrekt müsste diese Aufnahme jedoch in Art. 263 StPO (z.B. als lit. e) integriert werden. Die beiden Bestimmungen unterscheiden sich in einem entscheidenden Punkt: Nach Art. 268 StPO können nur Vermögenswerte der beschuldigten Person beschlagnahmt werden. Dies machte bisher auch Sinn, weil sich Art. 268 StPO auf finanzielle Leistungen bezieht, welche nur die beschuldigte Person treffen können (Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen, Entschädigungen). Auf die Ersatzforderungsbeschlagnahme trifft dies jedoch nicht zu. Die vorgeschlagene Regelung bringt somit eine gravierende Beschneidung der Ersatzforderungsbeschlagnahme mit sich. Heute können Vermögenswerte von allen Personen beschlagnahmt werden, welche möglicherweise zur Zahlung einer Ersatzforderung verurteilt werden. Also nicht nur Vermögenswerte beschuldigter Personen, sondern auch tatunbeteiligter Dritter.

Antrag: *Die Ersatzforderungsbeschlagnahme ist in Art. 263 StPO zu integrieren.*

Art. 301 Abs. 1^{bis}

Die neue Bestimmung ist in zweifacher Hinsicht problematisch. Sie durchbricht den Grundsatz, dass in den meisten Kantonen nur die Staatsanwaltschaft und nicht die Polizei über die Aushändigung von Aktenkopien entscheidet. Zudem ist nicht klar, wie diese Bestimmung zu verstehen ist: Gegen die Aushändigung einer Anzeige ist nichts einzuwenden. Die Überlassung eines Einvernahmeprotokolls ist hingegen problematisch, da insbesondere zu Beginn eines Verfahrens Kollusionsgefahr besteht.

Antrag: *Die bestehende Regelung ist beizubehalten.*

Art. 303a

Die Bestimmung führt die Möglichkeit von Kostenvorschüssen bei Ehrverletzungsdelikten wieder ein, was zu begrüßen ist. Allerdings sollte die Erhebung eines Kostenvorschusses nicht als Kann-Bestimmung ausgestaltet werden. Vielmehr ist ein Mindestvorschuss (z.B. CHF 500.00) für obligatorisch zu erklären. Frühere derartige Regelungen hatten sich in der Praxis bewährt. Mit einem zwingenden Kostenvorschuss lassen sich Beschwerdeverfahren über Zulässigkeit und Höhe der Kaution vermeiden.

Die Formulierung der Bestimmung ist sodann nicht ganz durchdacht: Ehrverletzungsdelikte werden normalerweise durch die Polizei vollständig ermittelt, eine Untersuchungseröffnung ist nicht erforderlich. Die Polizei müsste deshalb nach Eingang der Anzeige die Staatsanwaltschaft informieren, damit diese einen Kostenvorschuss verlangen kann, bevor die Polizei das Ermittlungsverfahren durchführt. Das führt zur Frage, ob durch diese Verfügung die Untersuchung eröffnet wird, was nicht zielführend ist.

Die vorgeschlagene Regelung ist zudem unvollständig: Es müsste geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen die Sicherheitsleistung zu Gunsten der Staatskasse verfällt. Zudem ist zu prüfen, ob die Pflicht zur Sicherheitsleistung nicht auf weitere Antragsdelikte auszudehnen ist.

Antrag: *Die Erhebung eines Kostenvorschusses in einem bestimmten Umfang ist zwingend vorzusehen. Weiter ist zu präzisieren, dass die Erhebung des Kostenvorschusses nicht automatisch zur Eröffnung der Untersuchung führt. Zu regeln ist schliesslich das Schicksal der Kaution.*

Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3

Das Opfer wird nach Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO bei der ersten Einvernahme umfassend über seine Rechte belehrt, auch darüber, dass es sich als Kläger konstituieren kann. Es besteht keine Veranlassung für eine nochmalige derartige Belehrung bei Untersuchungsabschluss. Insbesondere in den nicht seltenen Fällen, bei welchen nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens ohne Untersuchungseröffnung direkt ein Strafbefehl erlassen werden kann, führt die erneute Belehrung des Opfers mit entsprechender Fristansetzung zu einem unnötigen administrativen Mehraufwand und einer Verzögerung des Verfahrens.

Antrag: *Es ist an der bisherigen Formulierung von Art. 318 StPO festzuhalten.*

Art. 352 Abs. 1 Einleitungssatz, 1^{bis} und 3

Die Begründung im erläuternden Bericht divergiert mit den Erfahrungen in der Praxis. Nicht nur, aber insbesondere Opfer von sexueller oder häuslicher Gewalt erleben anlässlich der Hauptverhandlung häufig, dass ihr Vorleben, ihr Leumund und ihre Glaubwürdigkeit in Frage gestellt werden. Nicht ohne Grund spricht man in denjenigen Deliktsbereichen, in denen eine Anklage zwingend erhoben werden muss, von der Gefahr eine Sekundärviktimisierung. Viele Opfer möchten auch eine (erneute)

Begegnung mit dem Täter vermeiden und erleben eine Begegnung anlässlich der Hauptverhandlung zusätzlich als Belastung. Dass bis zu einem Strafmass von sechs Monaten keine Hauptverhandlung zwingend ist, entspricht nach den Erfahrungen der Praxis einem Bedürfnis der betroffenen Opfer. Ist das Opfer mit dem Strafbefehl nicht einverstanden und hat es sich als Kläger konstituiert, kann es durch Einsprache die gerichtliche Beurteilung erzwingen. Es besteht deshalb kein Anlass, die zahlreichen Fälle, die bisher auch im Interesse des Opfers mit Strafbefehl erledigt werden konnten, durch das Gericht beurteilen zu lassen. Es erscheint darüber hinaus nicht sachlogisch, weshalb die Staatsanwaltschaft eine weitergehende Kompetenz haben soll, je nachdem, ob sich ein Opfer als Privatkläger konstituiert oder nicht. Im Übrigen ist es widersprüchlich, wenn Art. 352 Abs. 3 VE-StPO die Höchstgrenze für den Erlass eines Strafbefehls "in Fällen von Absatz 1^{bis}" bei höchstens drei Monaten ansetzt, während Absatz 1^{bis} von vier Monaten spricht.

***Antrag:** Da die vorgeschlagene Regelung weitreichende Folgen auf verschiedenen Ebenen zeitigen würde und hier die Erfahrungen in der Praxis von den Erkenntnissen aufgrund der Evaluation des Opferhilfegesetzes augenfällig divergieren, ist eine erneute sorgfältige Prüfung und Evaluation vorzunehmen.*

Art. 352a

Es besteht kein Zweifel, dass in einigen Fällen Einvernahmen erforderlich sind, jedoch bietet das Strafmass hierfür kein taugliches Kriterium und führt zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens in denjenigen Fällen, in denen ein Beweisverfahren gerade nicht notwendig gewesen wäre. Gemäss dem vorgeschlagenen Wortlaut und dem erläuternden Bericht scheint eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme obligatorisch zu sein. Deren Fehlen dürfte daher den Verfahrensforgang hemmen und zu ungerechtfertigten Sistierungen führen. Die Änderung würde zudem zu zweierlei Recht führen. Ausserdem ist nicht nachvollziehbar, weshalb im Unterschied zur vorgeschlagenen Regelung eine Befragung bei einem Widerruf einer Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder im Fall einer Anklage, insbesondere im Abwesenheitsverfahren gemäss Art. 366 StPO, nicht nötig ist. Die vorgeschlagene Änderung würde in der Praxis in manchen Fällen auch zu unnötigem Aufwand führen. Steht beispielsweise fest, dass der Beschuldigte, selbst wenn er vorgeladen würde, keine Aussagen machen wird, macht es auch aus seiner Sicht keinen Sinn, eine staatsanwaltschaftliche "Alibi-Einvernahme" durchzuführen. Darüber hinaus ist nicht zu über-

sehen, dass der Betroffene in vielen Fällen gar kein Interesse an der Wahrnehmung dieses Verfahrensrechts hat.

Antrag: *Die Einvernahmepflicht in der vorgesehenen Form ist zu streichen. Als Lösungsansatz könnte dem Beschuldigten das Recht auf eine Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft eingeräumt werden, auf welches er ausdrücklich oder konkludent verzichten kann, etwa durch ungerechtfertigtes Nichterscheinen.*

Art. 353 Abs. 2

Neu soll im Strafbefehlsverfahren auch über strittige Zivilforderungen von höchstens 30'000 Franken entschieden werden, wenn deren Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich ist. Diese letztere Einschränkung ist zu begrüßen. Trotzdem wird der Vorschlag dazu führen, dass es zu Beschwerdeverfahren und Einsprachen kommen wird, die sich einzig um die Zivilforderungen drehen. Dadurch gerät die Sicherstellung des staatlichen Strafanspruchs zu Gunsten der Unterstützung von finanziellen Partikularinteressen in den Hintergrund und die verhältnismässig rasche Erledigung der Strafsache als eines der primären Ziele des Strafbefehlsverfahrens wird dadurch erschwert.

Antrag: *Es ist die bisherige Formulierung von Art. 353 Abs. 2 StPO beizubehalten.*

Art. 354 Abs. 1^{ter}

Die Einsprachefrist hat in der Praxis kaum zu Kritik geführt. Wenn im Begleitbericht (S. 44) ausgeführt wird, dass die tiefe Einsprachequote auch darin begründet sein könne, dass die Zeit für eine vertiefte Abklärung fehle oder der Strafbefehl nicht verstanden werde, entspricht dies nicht den Erfahrungen in der Praxis. Die beschuldigte Person kann ohne weitere Begründung praktisch formlos Einsprache erheben. Im Rahmen des darauffolgenden Einspracheverfahrens besteht ausreichend Zeit, sich mit den Prozessrisiken und -chancen und der weiteren Begründung auseinanderzusetzen. Die Einsprache kann sodann jederzeit zurückgezogen werden, oftmals ohne weitere Kostenfolgen. Es mag vorkommen, dass einzelne Adressaten den Inhalt eines Strafbefehls nicht verstehen, doch würde dies gleichermassen für sämtliche Verfügungen oder Verfahrenshandlungen zutreffen, welche ebenfalls mit einer zehntägigen Beschwerdefrist anzufechten sind und man nicht daran denkt, diese zu verlängern.

Antrag: *Auf die unterschiedlichen Einsprachefristen bei persönlicher bzw. nicht persönlicher Aushändigung ist zu verzichten. Die 10-tägige Einsprachefrist ist beizubehalten.*

Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4

Rein querulatorische Einsprachen in Bagatellfällen sind in der Praxis relativ häufig. Die bisherige Regelung ermöglichte es, solche Verfahren einfach zu erledigen, wenn der Beschuldigte nach Einsprache nicht zur Einvernahme erschien, um zu erklären, aus welchem Grund er Einsprache erhob.

Der erläuternde Bericht (S. 45) behandelt diesen in seinen Auswirkungen wohl folgenreichsten Teil der vorgesehenen Revision nur kurz, indem er auf die in der Lehre an der Rückzugsfiktion geäußerte Kritik hinweist. Demnach sei diese nicht mit dem Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Ziffer 1 EMRK zu vereinbaren. Dieser Einwand könnte für das gesamte Strafbefehlsverfahren erhoben werden. Ohnehin hat das Bundesgericht in der Entscheidung 6B_152/2013, Erw. 4.5.1, den heutigen Mechanismus nur dann als zulässig erachtet, sofern sich "der Beschuldigte der Konsequenzen seiner Unterlassung bewusst ist und er in Kenntnis der massgebenden Rechtslage auf die ihm zustehenden Rechte verzichtet". Damit wurde der Anwendungsbereich der Rückzugsfiktion eingeschränkt. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, warum nun ein Totalverzicht auf die entsprechenden Bestimmungen, für welche das Bundesgericht eine sinnvolle und konventionsgerechte Auslegung entwickelt hat, postuliert wird. Mit der vollständigen Aufhebung würde nicht die bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert, sondern es würde eine zulässige und sinnvolle Bestimmung ohne zwingenden Grund aufgehoben. Deren Folgen wären gravierend: Im Bereich der mittelschweren Kriminalität und im Strassenverkehrsrecht, wo in der Regel keine Untersuchungshaft angeordnet wird, dürfte sich ein Zwei-Klassen-Strafprozessrecht entwickeln. Beschuldigte Personen mit Wohnsitz im Ausland können eine Verurteilung durch blosses Nichterscheinen faktisch verunmöglichen. Die Instrumente der Rechtshilfe sind in diesem Gebiet sachlich und länderbezogen beschränkt und dürften aus ökonomischen Gründen oft nicht ergriffen werden. Auch der Hinweis auf das Abwesenheitsverfahren ist nicht hilfreich. Art. 366 Abs. 4 lit. a StPO wird dahingehend ausgelegt, dass die beschuldigte Person nicht nur Gelegenheit zur ausreichenden Äusserung hatte, sondern diese auch tatsächlich wahrgenommen hat und überdies die Beweislage ein Urteil ohne ihre Anwesenheit er-

laubt. Die gravierende Folge wäre hier eine weitgehende Aussetzung der inländischen Sanktionsordnung für Personen im Ausland. Die Konsequenzen daraus dürften gerade im Bereich des Strassenverkehrsrechts negativ ausfallen.

Wer durch Einsprache gegen den Strafbefehl erzwingt, dass das Gericht den Fall überprüfen muss, soll verpflichtet sein, dort zu erscheinen. Diese Regel gilt auch für das Berufungsverfahren. Die Streichung hätte zur Folge, dass auch in solchen Bagatellfällen ein normales Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden müsste, was mit Blick auf den Aufwand keinen Sinn macht.

Antrag: *Es sind die bisherigen Formulierungen von Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4 StPO beizubehalten.*

Art. 364 Abs. 5

Auch die Staatsanwaltschaft kann für den Entscheid eines nachträglich richterlichen Entscheids zuständig sein. In diesen Fällen kann sich das Verfahren nicht nach den Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahren richten.

Antrag: *Die Gesetzesbestimmung ist entsprechend anzupassen.*

Art. 364a

Die vorgesehene Bestimmung normiert bundesrechtlich die Möglichkeit der Anordnung von Sicherheitshaft durch die Vollzugsbehörde. Der Kanton Graubünden kennt ein analoges Verfahren bereits gestützt auf Art. 20 Abs. 2 des Justizvollzugsgesetzes (JVG; BR 350.500). Die vorgeschlagene Bestimmung sieht vor, dass die Anordnung von Sicherheitshaft möglich ist, wenn die betroffene Person "erneut eine schwere Straftat begehen könnte". Hier erscheint unklar, wie die Begriffe "erneut" und "schwere Straftat" zu verstehen sind. Die Begriffe sind zu konkretisieren und "schwere Straftat" ist allenfalls durch "Verbrechen und Vergehen" zu ersetzen. Allerdings werden andernorts in der StPO wiederum andere Begriffe verwendet bzw. bestehen ähnliche Auslegungsprobleme, was eine schwere Straftat ist (vgl. Art. 221 lit. c StPO ["schwere Verbrechen oder Vergehen"], Art. 307 StPO ["schwere Straftaten"]). Es wäre wünschenswert, hier allgemein eine Vereinheitlichung der Begrifflichkeiten anzustreben.

Antrag: *Die Gesetzesbestimmung ist entsprechend zu präzisieren.*

Im Übrigen verweisen wir auf die Stellungnahme der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) vom 5. Februar 2018, welcher sich die Regierung vollumfänglich anschliesst.

Abschliessend bedanken wir uns nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme.



Namens der Regierung

Der Präsident:

A handwritten signature in black ink, appearing to read "M. Cavigelli".

Dr. Mario Cavigelli

Der Kanzleidirektor:

A handwritten signature in black ink, appearing to read "W. Frizzoni".

i.V. lic. iur. W. Frizzoni

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Département fédéral de Justice et Police
Office fédéral de la justice
3003 Berne

Delémont, le 6 mars 2018

**Modification du code de procédure pénale (exécution de la motion 14.3383, Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, adaptation du code de procédure pénale)
Procédure de consultation**

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

Le Gouvernement de la République et Canton du Jura vous transmet sa réponse relative à la procédure de consultation citée en marge.

De manière générale, nous avons constaté que depuis l'entrée en vigueur du Code procédure pénale (CPP) le 1^{er} janvier 2011, de nombreuses voix, venant en particulier du domaine judiciaire, s'étaient élevées pour dire que le nouveau CPP était compliqué, bureaucratique et trop procédural. En effet, le CPP a entraîné une augmentation significative du nombre de magistrats et d'employés affectés à la poursuite pénale, ainsi que du coût de la défense d'office. En faisant une lecture globale du projet de modification qui nous a été soumis, nous constatons avec regret que la présente révision partielle du CPP ne va pas dans le sens d'une simplification des procédures, mais rendra encore certaines procédures plus complexes, plus lentes et plus coûteuses. De ce fait, les modifications proposées engendreront une augmentation importante de la charge de travail de toutes les instances judiciaires et, cas échéant, auront un impact négatif sur les finances cantonales.

Au vu du nombre important d'articles modifiés, nous avons renoncé à faire un commentaire pour chaque proposition. Dès lors, toutes les propositions qui ne font pas l'objet d'un commentaire particulier sont en principe approuvées.

Cela étant, compte tenu de ce qui précède et de ce qui suit, nous enjoignons clairement le Conseil fédéral à reprendre l'avant-projet en profondeur dans l'optique d'un allègement des procédures. Nous précisons encore que la présente réponse se fonde notamment sur l'appréciation des autorités judiciaires cantonales.

Les propositions suivantes appellent des commentaires de notre part.

- Art. 19, al. 2, let. b, CPP

Dans la mesure où le prononcé d'un traitement institutionnel fait toujours suite à une expertise psychiatrique, tant le prévenu que le Ministère public savent si l'expert psychiatre préconise un traitement institutionnel dans un établissement psychiatrique approprié ou dans un établissement fermé. Par ailleurs, les conclusions du Ministère public contenues dans l'acte d'accusation sont en principe claires quant au mode de traitement préconisé. Dès lors, il est aisé de déterminer, dans le système actuel, si le renvoi doit avoir lieu auprès d'un juge unique (juge pénal) ou d'un tribunal collégial (Tribunal pénal). Si tel ne devait pas être le cas dans un cas d'espèce (p. ex. si les conclusions du Ministère public ne sont pas assez précises), le Tribunal de première instance demande au Ministère public de se prononcer et, en cas de doute, le Tribunal pénal est saisi. Cette manière de procéder est pragmatique, respecte les droits du prévenu ainsi que le principe de l'économie de procédure. Si la modification proposée devait être retenue, cela entraînera une saisie plus large du Tribunal pénal avec des coûts supplémentaires à la charge des cantons.

De plus, s'il apparaît justifié que seul un tribunal collégial se prononce sur une mesure en milieu fermé (art. 59, al. 3, CP), mesure qui peut s'apparenter à un internement (art. 64 CP) au niveau des conditions de privation de liberté, tel n'est pas le cas du traitement institutionnel dans un établissement psychiatrique (art. 59, al. 2, CP), par analogie avec le traitement des addictions (art. 60 CP) ou les mesures applicables aux jeunes adultes (art. 61 CP).

De ce fait, même s'il n'est pas contesté qu'il appartient au final à l'autorité d'exécution des peines et mesures de déterminer si le traitement doit s'effectuer dans un établissement psychiatrique approprié ou un établissement d'exécution des mesures (art. 59, al. 2, CP), ou dans un établissement fermé (art. 59, al. 3, CP), cette autorité dispose toutefois d'une marge de manœuvre restreinte dans le choix de l'établissement et devra tenir compte de tous les éléments figurant dans le dossier (en particulier l'expertise psychiatrique) avant de déterminer l'établissement approprié. Les risques de voir une personne placée dans un établissement fermé au sens de l'article 59, alinéa 3, CP, alors que la mesure a été prononcée par un juge unique, sont quasiment inexistantes avec le système actuel.

Nous proposons de ne pas retenir cette modification.

- Art. 78 et 78a CPP

La possibilité de recourir à l'enregistrement audiovisuel des audiences d'instruction est approuvée. Toutefois, il faut être conscient que ces auditions doivent être réservées à des cas spécifiques, dans la mesure où elles entraînent un surcroît de travail important pour l'autorité qui y recourt, contrairement à ce que le rapport explicatif laisse à penser (p. 57). En effet, un greffier devra visionner l'intégralité de l'audition pour en extraire les passages importants dans un procès-verbal écrit. Ce surcroît de travail doit ainsi rester l'exception.

- Art. 82, al. 1, let. b, CPP

Comme nous préconisons le maintien du système actuel prévu à l'article 19, alinéa 2, lettre b, CPP, **nous proposons également de ne pas retenir cette modification** qui alourdirait la charge de travail du Tribunal de première instance.

- Art. 117, al. 1, let. g, CPP

Le droit pour la victime d'exiger que le dispositif du jugement lui soit fourni gratuitement n'est pas remis en cause. Toutefois, cette nouvelle disposition, telle que rédigée, pose plusieurs problèmes.

En premier lieu, la disposition laisse entendre que le tribunal devra rédiger des considérants lorsque la victime, qui pourrait ne pas s'être constituée partie plaignante dans la procédure, le demande alors même qu'il n'aurait pas l'obligation de le faire selon l'article 82, alinéa 1, CPP.

En second lieu, telle que libellée, la transmission porte sur le dispositif du jugement et les considérants, et uniquement sur les infractions subies par la victime. Une telle restriction nécessite un caviardage des parties du jugement qui ne concernent pas la victime. Ces impératifs alourdiront le travail administratif des tribunaux. En effet, il sera compliqué dans certaines situations de caviarder les considérants et de faire un choix sur ceux qui ont un lien avec l'infraction subie par la victime et les autres. Dans ce cadre, nous sommes d'avis que la transmission du dispositif doit suffire à la victime qui n'est pas partie à la procédure et qu'il doit être renoncé au caviardage du dispositif.

En troisième lieu, comme il est mentionné qu'il appartient au « tribunal » de fournir le dispositif et les considérants du jugement rendu, une difficulté survient si le Ministère public rend une ordonnance pénale dans une affaire où il y a une victime. En effet, le libellé actuel peut prêter à confusion et il conviendrait de mentionner qu'il appartient à « l'autorité qui a rendu la décision » de satisfaire à cette demande.

Nous proposons ainsi la nouvelle formulation suivante :

Art. 117¹ La victime jouit de droits particuliers, notamment :

g. le droit d'exiger que l'autorité qui a rendu la décision lui fournisse gratuitement le dispositif du jugement.

- Art. 123, al. 2, CPP

La solution préconisée permet effectivement d'améliorer la situation de la défense et du tribunal puisqu'il arrive fréquemment que les conclusions civiles soient chiffrées et motivées durant les débats. En revanche, il n'est pas rare que des éléments nouveaux surviennent au stade des débats et qu'ils aient un impact sur les conclusions civiles, comme par exemple lorsque la partie plaignante a des problèmes de santé qui sont évolutifs. La nouvelle formulation peut donc poser des problèmes à la partie plaignante dont le montant du dommage évolue entre la clôture de l'instruction et les débats.

Nous proposons d'ajouter à la fin de l'alinéa 2 « sous réserve d'une modification ultérieure des conclusions liées à des faits et moyens de preuve nouveaux » ou de faire un renvoi aux règles prévalant en procédure civile, en particulier les articles 84 et suivants ainsi que 227 CPC (obligation de chiffrer les conclusions et possibilité de les modifier).

- Art. 126, al. 2, let. a et a^{bis}, et 353, al. 2, CPP

Après avoir effectué une pesée des intérêts, nous sommes finalement favorables à ce que le Ministère public puisse statuer sur les prétentions civiles par ordonnance pénale. En effet, cette norme est potestative et il s'agit d'une possibilité qui était offerte au Ministère public dans le système qui prévalait avant l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale unifié. Cependant, comme il est rare que les prétentions civiles ne demandent pas d'actes d'instruction supplémentaires

(demandes de compléments de preuve, contrôle de la déclaration de sinistres aux assurances, demandes de pièces médicales, etc.), il est nécessaire que les procureurs puissent appliquer de manière stricte la règle prévue à l'article 353, alinéa 2, lettre a, CPP, car ils n'ont pas pour vocation d'instruire et de statuer sur des questions civiles. Dans le cas contraire, cette nouvelle tâche attribuée au Ministère public entraînera une importante charge de travail avec des coûts supplémentaires en personnel à la charge des cantons. En d'autres termes, il doit s'agir d'une faculté laissée à la libre appréciation du procureur, dans une optique d'économie de procédure. Ce point devrait par ailleurs être expressément mentionné dans le message.

En outre, nous estimons que le montant de Fr. 30'000.- est beaucoup trop élevé et nous proposons de fixer la limite du montant litigieux entre Fr. 5'000.- (valeur litigieuse maximale en matière de proposition de jugement de l'autorité de conciliation en procédure civile) et Fr. 10'000.- (valeur litigieuse limite pour la recevabilité d'un appel en procédure civile).

- Art. 133 CPP

Nous tenons tout d'abord à relever que la question soulevée par cette modification relève de l'organisation judiciaire qui est de la compétence des cantons (art. 123, al. 2, de la Constitution fédérale).

Le système proposé pose de nombreux problèmes pratiques. En effet, le fait de confier le choix du défenseur d'office à un organe indépendant n'est pas adapté à l'organisation prévue dans les petits cantons.

D'une part, dans le canton du Jura, le système proposé suppose la délégation d'une décision de procédure pénale à un organisme privé (p. ex. l'Ordre des avocats) et les avocats ne sont pas voués à cette tâche. Par ailleurs, cette délégation nécessite une certaine professionnalisation de la tâche dont la gestion sur les plans techniques, logistiques (système de permanence) et financiers sera compliquée, en particulier dans un petit canton. En outre, nous estimons qu'un organisme extérieur comme l'Ordre des avocats ne sera pas moins soumis à une hypothétique tentation de choisir un défenseur sur la base de critères subjectifs qu'un magistrat, car la personne en charge de l'examen de cette question devra choisir le défenseur d'office parmi ses confrères.

D'autre part, la saisie d'un organe indépendant prendra du temps et rallongera la procédure en ajoutant une étape supplémentaire pour la mise en œuvre de la défense obligatoire dans des situations qui, par définition, ne souffrent d'aucun retard.

Dans le canton du Jura, en cas d'interpellation, la police, sur ordre du Ministère public, fait appel à l'avocat de permanence, selon un tableau établi par l'Ordre des avocats. Lorsque l'affaire n'est pas urgente (dans de rares cas), il est fait appel à l'avocat dont la permanence est prévue le jour de l'audition. De plus, il est rare que la direction de la procédure déroge à la désignation de l'avocat prévu dans la liste de permanence. La pratique jurassienne actuelle est ainsi adaptée à la réalité d'un petit canton et donne satisfaction à toutes les parties.

Nous demandons de ne pas retenir cette modification.

- Art. 135, al. 1, 3 et 4, CPP

Après avoir effectué une pesée des intérêts, nous estimons qu'il convient de s'en tenir à la jurisprudence actuelle et que le défenseur d'office peut être indemnisé au tarif réduit, quelle que soit l'issue de la procédure. En effet, le statut du mandataire d'office et du mandataire privé n'est pas identique de telle sorte qu'il convient de maintenir la possibilité d'une indemnisation du mandataire

d'office à un tarif réduit. En tout état de cause, le mandataire d'office du prévenu est dans un rapport de droit public avec l'Etat, qui peut fixer son propre tarif, le résultat du procès ne venant pas le changer. Par ailleurs, le mandataire d'office n'a pas de risque en tant que créancier, car il est certain d'être taxé et payé par l'Etat à l'issue de la procédure, et ce quel que soit le résultat du procès. En d'autres termes, dès qu'il y a un mandat d'office, la rémunération doit se faire selon le tarif applicable à ce mandat, indépendamment de l'issue de la procédure.

Nous demandons de ne pas retenir la modification des alinéas 1 et 4.

- Art. 136, al. 1bis, CPP

Sur le principe, nous approuvons cette modification. Cependant, la formulation proposée ne correspond pas aux explications figurant dans le rapport (p. 22) ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal fédéral. En effet, si le but recherché est de réserver l'octroi de l'assistance judiciaire à une victime pour lui permettre de faire aboutir sa plainte pénale **uniquement** dans les cas où elle n'a pas pu faire valoir de prétentions civiles ni se constituer partie sur le plan civil (p. ex. le cas d'une procédure contre des fonctionnaires de police), cela doit être prévu de manière claire dans le texte légal. De plus, nous proposons de mentionner dans la nouvelle disposition que la victime doit être indigente et s'être constituée partie plaignante demanderesse au pénal.

Nous proposons ainsi la nouvelle formulation suivante :

Art. 136^{1bis} Elle accorde l'assistance judiciaire à la victime indigente qui se constitue partie plaignante si cela est nécessaire pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir et pour autant qu'elle ne puisse pas faire valoir de prétentions civiles déduites de l'infraction par adhésion à la procédure pénale.

- Art. 147a CPP

Les deux premiers alinéas ne font l'objet d'aucune remarque. En revanche, l'alinéa 3 doit être supprimé. En effet, il est courant que des instructions impliquent plusieurs prévenus. A la lecture du rapport (p. 24), l'enregistrement de l'audition d'un co-prévenu sur un support audiovisuel obéirait à la nécessité de savoir si des reproches ou des promesses qui ne ressortiraient pas d'un procès-verbal d'audition ont été faites à la personne entendue. Dès lors que la personne entendue ne se plaint pas de l'avoir été selon des procédés illicites, nous comprenons mal qu'un co-prévenu puisse le faire. Dans tous les cas, l'obligation d'enregistrer l'audition sur support audiovisuel entraînera un surcroît de travail important pour les autorités d'instruction car, comme expliqué dans notre commentaire relatif à l'article 78a CPP, l'audition devra être visualisée ultérieurement dans son intégralité par le greffier chargé d'en tenir procès-verbal. De plus, dans la mesure où le procès-verbal ne sera pas exhaustif, l'enregistrement audiovisuel devra certainement être visionné par les autorités de jugement et de recours, ce qui entraînera également un surcroît de travail. A notre sens, le fait que le prévenu exclu de l'audition soit en mesure ultérieurement de poser ou de faire poser des questions au co-prévenu suffit à garantir le respect des droits de procédure.

Nous proposons de supprimer l'alinéa 3 du projet de nouvel article 147a CPP.

- Art. 221, al. 1, let. c, CPP

La jurisprudence du Tribunal fédéral admet le risque de récidive même en l'absence d'antécédents. En pratique, il n'est pas rare d'être en présence d'une infraction grave, sans antécédents, avec une problématique psychiatrique et qu'un expert conclut au fait que la personne compromet la sécurité d'autrui en raison du risque de récidive. **Nous proposons ainsi la nouvelle formulation suivante :**

c. qu'il compromette sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou par des délits graves notamment après avoir déjà commis une telle infraction.

- **Art. 231, al. 2, 232, al. 1 et 2, et 233 CPP**

Nous proposons de confier toutes les demandes de détention et de mise en liberté au tribunal des mesures de contrainte et non à la direction de la procédure de l'autorité de recours.

En effet, nous ne voyons pas en quoi le fait que le tribunal des mesures de contrainte soit situé dans une autorité inférieure à la juridiction d'appel dans la hiérarchie judiciaire serait problématique d'un point de vue juridique. Selon nous, il est important que le prévenu ait droit à ce que sa cause soit portée devant l'autorité spécialisée en matière de mesures de contrainte et ce à tous les stades de la procédure au fond.

- **Art. 251a CPP**

L'alinéa 1 du nouvel article 251a CPP est approuvé. En revanche, le fondement de l'alinéa 2 n'est pas expliqué dans le rapport et nous ne comprenons pas pourquoi l'opposition à une prise de sang ordonnée par la police nécessite un avis immédiat au Ministère public. En effet, si la personne s'oppose à la prise de sang ordonnée par la police dans un premier temps sur la base l'article 251a, alinéa 1, CPP, elle s'opposera également dans un deuxième temps à une prise de sang qui aura été ordonnée par le Ministère public. A ce titre, le délit d'entrave aux mesures de constatation de l'incapacité de conduite prévu à l'article 91a LCR sera consommé si la personne s'oppose à la prise de sang ordonnée par la police en application l'article 251a, alinéa 1, CPP.

Le système proposé à l'alinéa 2 ne simplifie donc pas la procédure, car l'agent de police devra appeler l'officier de service pour qu'il ordonne la prise de sang, et ensuite le Ministère public pour l'informer que le prévenu s'oppose à la mesure ordonnée.

Nous proposons de supprimer l'alinéa 2 du projet de nouvel article 251a CPP.

- **Art. 268 CPP**

Nous proposons de supprimer l'alinéa 4 du projet de modification de l'article 268 CPP. Nous estimons que la jurisprudence du Tribunal fédéral doit être suivie lorsque ce dernier prévoit que le séquestre en couverture des frais prévaut sur celui relevant de la LP. En effet, l'Etat a engagé des frais souvent conséquents pour permettre le jugement du prévenu. Il paraît logique que l'Etat soit privilégié. En outre, la créance porte fréquemment sur un enrichissement illégitime du prévenu et le fait de ne pas prévoir un droit de préférence de l'Etat reviendrait à éteindre des dettes privées du prévenu avec un enrichissement issu indirectement du crime, ce qui nous paraît trop favorable au prévenu.

- **Art. 301, al. 1^{bis}, CPP**

Dans la mesure où la dénonciation est orale, il est difficile de savoir quel procès-verbal devrait être fourni au dénonciateur. La mention de la dénonciation orale est tout au plus retranscrite dans un rapport de police, qui ne saurait être transmis intégralement au dénonciateur. En outre, au vu des explications prévues dans le rapport (p. 35), il conviendrait de prévoir le terme « victime » dans la disposition légale.

- Art. 318, al. 1^{bis} et 3, CPP

La victime est informée de ses droits de procédure dès sa première audition, et tout au long de la procédure. Elle est notamment rendue attentive à son droit de se constituer partie, ainsi qu'à l'existence des centres d'aide aux victimes d'infractions. De ce fait, il ne nous semble pas nécessaire de rendre une nouvelle fois la victime attentive à son droit de se constituer partie plaignante lors de la clôture de l'instruction. Cela alourdirait la procédure, notamment dans les nombreux cas où une ordonnance pénale peut être rendue. En outre, nous relevons que le CPP n'impose pas d'avis selon l'article 318 CPP lorsque le Ministère public a l'intention de rendre une ordonnance pénale. Le système proposé aurait pour conséquence d'imposer un avis à la victime qui ne s'est pas constituée partie plaignante, alors que la victime qui s'est constituée partie plaignante et le prévenu ne reçoivent pas cet avis.

Nous proposons de ne pas retenir cette modification.

- Art. 352, al. 1, 1^{bis} et 3, CPP

Même si cette modification part d'une bonne intention, nous n'y sommes pas favorables. En effet, le rapport (p. 37-38) présuppose qu'une victime préfère une procédure ordinaire beaucoup plus longue et des débats publics à une reconnaissance de culpabilité par le biais d'une ordonnance pénale. Or, dans de nombreux cas selon les constatations du Ministère public jurassien, c'est le contraire qui se produit. En effet, de nombreuses victimes déclarent que le plus important pour elles est d'être reconnues comme telles et que l'auteur soit reconnu coupable, la longueur des procédures étant une réelle souffrance pour elles.

De ce fait, limiter la compétence de statuer par ordonnance pénale au Ministère public lorsqu'une victime participe à la procédure pénale aura pour conséquence d'alourdir la tâche des autorités de jugement, de ralentir les procédures et impliquera une tendance au lissage des peines vers le bas lorsque la peine qui pourrait être prononcée excède de peu les 120 jours-amende ou les 4 mois de peines privatives de liberté. Cet effet n'est certainement pas souhaité par les victimes.

Nous proposons de ne pas retenir cette modification.

- Art. 352a CPP

Comme pour l'article 352 CPP ci-dessus, la proposition part d'une bonne intention, mais elle se heurte à des problèmes pratiques. En effet, l'ordonnance pénale est conçue comme une proposition de jugement. Il est exact qu'elle ne garantit pas l'application de toutes les règles de procédure protégeant les droits du prévenu, mais c'est justement la raison pour laquelle le simple fait de s'y opposer peut déclencher une procédure ordinaire. Le fait d'imposer au Ministère public d'auditionner le prévenu avant de rendre une ordonnance pénale pourrait vider l'ordonnance pénale de son sens pour des peines comprises entre 120 et 180 jours-amende ou entre 4 et 6 mois de peine privative de liberté, ce qui n'est pas souhaitable. Il convient également de rappeler que le prévenu a en principe été entendu par la police, de telle sorte que ses droits de procédure ne sont pas violés.

S'agissant de l'obligation d'entendre le prévenu pour la révocation du sursis à une peine privative de liberté, nous estimons que, si la modification devait être retenue à la suite de la consultation, il faudrait fixer une durée de peine minimum (plusieurs mois), car la réforme du droit des sanctions, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, prévoit que le Ministère public peut prononcer des peines privatives de liberté avec sursis de 3 jours.

Nous proposons de ne pas retenir cette modification.

- **Art. 354, al. 1, let. a^{bis}, 1^{bis} et 1^{ter}, CPP**

Le droit pour la partie plaignante de former opposition contre l'ordonnance pénale est approuvé.

En revanche, nous ne sommes pas favorables à prévoir deux délais différents pour former opposition. En effet, nous ne voyons pas en quoi le fait de recevoir une ordonnance pénale en mains propres ou par voie postale nécessite un délai différent pour décider d'y former opposition. En outre, il est rappelé que l'opposition à l'ordonnance pénale n'a pas besoin d'être motivée lorsqu'elle émane du prévenu. Le fait d'introduire deux délais d'opposition différents en fonction du mode de notification nous semble arbitraire.

Nous proposons de ne pas retenir la modification prévue à l'alinéa 1^{er}.

- **Art. 355, al. 2, et 356, al. 4, CPP**

Ces deux dispositions sont régulièrement appliquées par le Ministère public et le Tribunal de première instance et il est impératif pour la bonne marche de la justice pénale de ne pas les abroger.

Si le prévenu fait opposition à une ordonnance pénale, il convient légitimement d'attendre de sa part qu'il se présente à une audition ou aux débats, ou du moins s'excuse et demande un report. Il est évident que les personnes qui font défaut se désintéressent de la procédure, même si elles ont formé opposition. En outre, les citations sont notifiées sous pli recommandé. Si la disposition en cause était abrogée, il existerait une lacune juridique. En effet, dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale, respectivement lorsque l'article 356 est appliqué, la procédure par défaut des articles 366ss CPP ne s'applique pas puisqu'il s'agit également d'une procédure spéciale. Ainsi, dans le cadre de l'article 356 CPP, le juge se verra confronté à une grande difficulté puisqu'aucune disposition ne permettra de pallier l'absence du prévenu et ce sont les principes généraux de l'article 336 CPP (à l'exception de l'al. 4 concernant la procédure par défaut) qui prévaudront. Partant, le prévenu devra obligatoirement participer aux débats à moins qu'il ne demande sa dispense. Il est donc évident que certains prévenus profiteront de cette situation pour paralyser la procédure.

Dans le système actuel, les droits du prévenu sont préservés car il peut toujours faire une demande de restitution de délai pour être à nouveau cité s'il le demande et s'il justifie que son absence n'est imputable à aucune faute de sa part.

Nous demandons de ne pas retenir ces modifications.

- **Art. 35, al. 5, let. b, et 5^{bis}, PPMIn**

Au vu du renvoi de l'article 32, alinéa 6, PPMIn, il n'est pas possible de savoir si le délai de 20 jours pour former opposition prévu dans certains cas par le projet de modification de l'article 354 CPP s'appliquera également aux mineurs. De ce fait, si le délai de 20 jours devait tout de même être retenu au terme de la consultation, nous proposons de maintenir dans tous les cas le délai d'opposition à 10 jours pour les mineurs en précisant par exemple dans le message que le renvoi de l'article 32, alinéa 6, PPMIn, ne s'appliquera pas au délai d'opposition.

Pour le reste, nous ne sommes pas favorables à ce que la partie plaignante en droit pénal des mineurs puisse faire opposition sur la question de la faute. En effet, il convient de rappeler qu'une des particularités du droit pénal des mineurs est de mettre l'accent sur l'auteur (« droit pénal de l'auteur ») plutôt que l'acte répréhensible (« droit pénal de l'acte »), comme c'est le cas dans le droit pénal des adultes. En principe, il ne prévoit pas de condamnation pénale en fonction de l'acte commis et du tort à réparer, mais des suites juridiques à buts exclusivement préventifs, afin de

ramener le délinquant mineur dans le droit chemin (Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787, p. 2023).

S'agissant de la partie plaignante, ses droits peuvent être restreints en procédure pénale des mineurs et cela à tous les stades de la procédure. Par exemple, l'article 20 PPMIn précise que la partie plaignante peut participer à l'instruction si les intérêts du prévenu mineur ne s'y opposent pas; mais elle ne participe toutefois en principe pas aux débats. Le raisonnement est le même en ce qui concerne le droit de consulter des informations sur la situation personnelle du prévenu mineur qui peut être restreint pour la partie plaignante (art. 15, al. 1, let. c, PPMIn), ce qui sera toujours le cas en pratique. Ainsi, la situation personnelle du mineur est un élément confidentiel qui n'est pas porté à la connaissance de la partie plaignante. En effet, celle-ci n'a pas à connaître les conditions de vie du mineur, les problèmes familiaux et difficultés en tout genre qu'il rencontre, les autres infractions qu'il a commises, etc. C'est pourquoi, en pratique, dans la plupart des cantons (à tout le moins des cantons latins), les parties plaignantes ne sont pas informées de la condamnation prononcée (autant en ce qui concerne la peine qu'en ce qui concerne les éventuelles mesures prises), dès lors qu'elles ne peuvent pas l'apprécier (faute de connaître la situation personnelle du mineur), ni la contester. Elles sont uniquement informées de la reconnaissance de culpabilité, du sort réservé aux conclusions civiles ainsi que des éventuels frais et indemnités mis à leur charge.

Partant, étendre les possibilités pour la partie plaignante de former opposition à une ordonnance pénale reviendrait à devoir lui communiquer l'ordonnance pénale dans son entier, voire lui accorder un accès complet au dossier, ce qui porterait atteinte aux droits du prévenu mineur, notamment à sa personnalité. De plus, en cas d'opposition, comme la cause est en principe renvoyée à un tribunal collégial pour jugement, cela prolongerait considérablement la procédure et augmenterait la charge de travail ainsi que les frais de justice. Un tel renvoi empêcherait d'atteindre ou rendrait l'atteinte des buts éducatifs recherchés par le droit pénal des mineurs plus difficiles, car plus l'infraction date, plus il s'avère problématique, d'un point de vue psychologique et pédagogique, de l'invoquer comme motif fondant l'application d'une mesure éducative ou d'une sanction.

Nous demandons de ne pas retenir ces modifications.

Pour le surplus, nous avons également quelques propositions de modifications à formuler.

- Art. 219 CPP – Avis obligatoire au Ministère public en cas d'arrestation

Nous proposons d'ajouter un alinéa à l'article 219 CPP afin de permettre au Ministère public de dispenser la police de l'aviser sans délai de l'arrestation d'un prévenu dans des cas où il est certain que les arrestations seront immédiatement suivies d'une libération, soit dans des affaires simples et standards.

Par exemple, les arrestations en matière de conduite d'un véhicule en état d'ébriété nécessitent fréquemment une privation de liberté le temps des contrôles d'usage, de l'audition et/ou de la prise de sang. Dans la grande majorité des cas, il est évident que la personne sera libérée après l'accomplissement des formalités. Il nous semble donc inutile d'aviser le Ministère public dans ces cas. **Nous proposons la modification suivante :**

Art. 219^{1bis} Le Ministère public peut dispenser la police de tout avis dans des cas simples pour lesquels la remise en liberté de la personne arrêtée apparaît vraisemblable.

- **Art. 229 CPP – Requête de mise en détention pour des motifs de sûreté**

Il arrive fréquemment qu'un acte d'accusation soit déposé très peu de temps après que le juge des mesures de contrainte ait statué sur une prolongation de la détention provisoire. En pratique, le Ministère public est contraint de reformuler la requête sous la forme d'une demande de détention pour des motifs de sûreté. Le juge des mesures de contrainte doit ensuite rendre une nouvelle décision et dans la majorité des cas reprendre les considérants qu'il a rendus peu de temps auparavant. Dans la mesure où il existait un titre de détention avant le dépôt de l'acte d'accusation, que le prévenu est assisté d'un mandataire et qu'il peut demander sa mise en liberté en tout temps, **cette étape devrait être supprimée et l'article 229 CPP modifié dans ce sens**. Il faudrait ainsi admettre que le titre de détention provisoire vaut également après l'acte d'accusation.

- **Art. 130 et 252 CPP – Défense obligatoire et compétence pour prononcer l'expulsion obligatoire d'un prévenu sans séjour en Suisse**

Nous proposons les modifications suivantes :

Art. 130 Le prévenu doit avoir un défenseur dans les cas suivants :

b) il encourt une peine privative de liberté de plus d'un an, une mesure entraînant une privation de liberté ou une expulsion **sauf s'il ne séjournait pas durablement en Suisse au moment de la commission de l'infraction et s'il n'a pas d'attache personnelle avec la Suisse;**

Art. 352² Chacune de ces peines peut être ordonnée conjointement à une mesure au sens des art. 66 et 67e à 73 CP **ou au sens des art. 66a et 66a^{bis} CP lorsque le prévenu ne séjournait pas durablement en Suisse au moment de la commission de l'infraction et qu'il n'a pas d'attache personnelle avec la Suisse.**

Le fait de confier la mesure d'expulsion du territoire suisse au juge pénal et non au Ministère public est légitime lorsque la personne concernée est domiciliée en Suisse, voire bénéficie d'un droit de présence en Suisse. L'expulsion nécessite effectivement un examen approfondi qui n'est guère compatible avec l'instrument de l'ordonnance pénale.

Toutefois, nous estimons que le Ministère public devrait rester compétent pour prononcer une telle mesure lorsque le prévenu ne séjourne pas en Suisse durablement et qu'il n'a aucune attache personnelle avec notre pays. Nous songeons ici à la criminalité itinérante qui tombe sous le coup de l'article 66a CP mais dont la peine prévisible est compatible avec une ordonnance pénale. Tel est le cas notamment de l'auteur d'un cambriolage domicilié à l'étranger (par exemple interpellé en flagrant délit) et qui n'est venu en Suisse que dans le but d'y commettre des infractions. Dans ce cadre, le Ministère public devrait pouvoir renoncer à lui désigner un défenseur d'office (si les autres conditions de l'article 130 CPP ne sont pas remplies), à lui notifier un avis de prochaine clôture (art. 318 CPP) et enfin à le renvoyer devant le juge pénal qui devra lui-même citer une audience de jugement, parfois à deux reprises lorsque le prévenu fait défaut (art. 366 CPP). La solution actuelle est impérative, très lourde et coûte cher.

- **Art. 19, al. 2, CPP - Compétence du juge unique en procédure simplifiée**

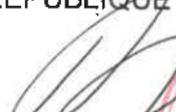
Dans le but de diminuer le volume de travail des instances judiciaires et de réduire les coûts de la procédure, tout en respectant les droits des prévenus et des autres parties, nous proposons que l'article 19, alinéa 2, CPP soit modifié en prévoyant que les cantons peuvent prévoir la compétence d'un juge unique pour statuer en première instance en procédure simplifiée (art. 358 et suivants CPP) lorsque le Ministère public requiert une peine privative de liberté jusqu'à 5 ans.

- Art. 416 et suivants CPP – Dispositions relatives aux frais de procédure et aux indemnités

Nous estimons qu'il pourrait être opportun de revoir en partie la réglementation relative aux frais et dépens. En effet, le système actuel pose de nombreux problèmes pratiques qui ne sont pas réglés dans le CPP, lesquels découlent principalement du fait que les frais imputables à la défense d'office et à l'assistance judiciaire gratuite font partie des frais de procédure (art. 422, al. 2, CPP). Ainsi, selon la logique du CPP, les dépens des mandataires d'office devraient suivre le sort des frais de la procédure et être mis à la charge de la partie qui succombe en procédure d'appel (art. 428 CPP). Les règles en matière de dépens, en cas de défense privée, sont toutefois plus complexes et le sort des dépens ne suit que rarement le sort des frais en appel. Dans la même situation, en particulier lorsque la partie plaignante succombe suite à un appel interjeté par le prévenu, les dépens du mandataire d'office du prévenu pourraient ainsi être mis à la charge de la partie plaignante, mais non pas ceux du mandataire privé du prévenu (cf. ATF 139 IV 45 ad art. 432 et 436 CPP).

Nous vous remercions de nous avoir associés à la présente procédure de consultation et vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, nos sentiments les meilleurs.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


David Eray
Président




Gladys Winkler Docourt
Chancelière d'État

Copie par courriel à annemarie.gasser@bj.admin.ch

Justiz- und Sicherheitsdepartement

Bahnhofstrasse 15
Postfach 3768
6002 Luzern
Telefon 041 228 59 17
Telefax 041 228 67 27
justiz@lu.ch
www.lu.ch

Frau Bundesrätin
Simmonetta Sommaruga
Vorsteherin des Eidgenössischen
Justiz- und Polizeidepartementes
Bundeshaus
3003 Bern

Luzern, 6. März 2018

Protokoll-Nr.: 241

**Strafrecht: Änderungen der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung)
Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns im Namen und Auftrag des Regierungsrates wie folgt:

1. Grundsätzliche Vorbemerkungen

Nach der Bundesverfassung ist die Gesetzgebung des Strafprozessrechts Sache des Bundes, hingegen liegt die Strafverfolgung im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Kantone (Artikel 123 Absatz 2 BV). Der Bundesgesetzgeber hat damit rechtsstaatlich konforme Verfahren in der Strafverfolgung festzulegen. Da die Hauptlast der Strafverfolgung bei den Kantonen liegt, erwarten die Kantone, dass bei der Ausgestaltung der Verfahren auch der finanzielle Aspekt berücksichtigt wird, dass die Verfahren kostenmässig noch verkraftet werden können.

Wir haben in unserer Vernehmlassung vom 18. Januar 2002 die Vereinheitlichung der Strafprozessordnungen zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) begrüsst. Bereits damals haben wir die Regelungsdichte des Entwurfes der Schweizerischen Strafprozessordnung generell in Frage gestellt und bemängelt, dass der Gesetzesentwurf von Misstrauen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zeuge. Die extensive Ausgestaltung der Verteidigungsrechte, welche mitunter über die durch die EMRK gewährten Garantien hinausgingen, haben wir damals in Frage gestellt. Das Ziel der Harmonisierung des Schweizerischen Strafprozessrechts in der Schweiz wurde erreicht, allerdings um den Preis einer hohen Regelungsdichte, die bereits damals in der Praxis zu spürbaren finanziellen und personellen Mehraufwendungen und verzögerten Abläufen führte.

Nach der aktuell vorliegenden Vernehmlassungsvorlage soll die Regelungsdichte in der StPO noch grösser, der Staatsanwaltschaft sollen noch mehr Formalien auferlegt werden. Vom Staatsanwalt wird grundsätzlich mit dem Beschleunigungsgebot (Artikel 5 StPO) ein schnelles Verfahren verlangt, aber gleichzeitig wird ein schnelles Verfahren mit einer übermässigen Regulierung unterbunden. Dieser Tendenz muss Einhalt geboten werden. Das Strafprozessrecht sollte dazu dienen, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Das überregulierte Strafprozessrecht stellt indessen heute vermehrt Stolpersteine und verhindert zunehmend die Erforschung der materiellen Wahrheit sowie die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches. Das Vertrauen in den Staat und in die Justiz hat durch diese Überregulierung in den letzten Jahren stark gelitten, was zahlreiche parlamentarische Vorstösse in den Eidgenössischen Räten (siehe Seite Ziffer 1.1.1 des erläuternden Berichtes) und verschiedene Berichte in den Medien zeigen.

Nach der Chronologie sind seit Inkrafttreten der StPO in 24 Gesetzesvorlagen bereits 57 Bestimmungen dieses Prozessrechts geändert worden. Nun soll die seit sieben Jahren geltende StPO bereits in Revision gezogen werden; dieser Umstand ist bedenklich und der Rechtssicherheit nicht förderlich. Gerade im Straf- und im Strafprozessrecht wären mehr Konstanz und Verlässlichkeit sehr gefragt.

Die StPO soll keine grundlegende Revision, sondern nur punktuelle Änderungen einzelner Bestimmungen, deren Anwendung in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen geführt haben, erfahren. Aus unserer Sicht sind diejenigen Bestimmungen anzupassen, die einer effizienten Wahrheitsfindung entgegenstehen. Die Strafprozessordnung muss praxistauglicher werden.

2.1. Sinnvolle Revisionspunkte

2.1.1. Ausweitung der Aufzeichnung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln (Ziffer 1.3.3 und 2.1.5 des Berichtes)

Grundsätzlich ist nichts dagegen einzuwenden, dass die Einvernahme mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden kann. Das nachträgliche Erstellen eines Einvernahmeprotokolls bindet über die Verhandlung hinaus eine fachkundige Schreibkraft. Bei der audiovisuellen Einvernahme eines Kindes muss heute für eine Verschreibung durchschnittlich mit einem Aufwand von rund 3000 Franken pro Fall gerechnet werden. Wenn Aufzeichnungen mit technischen Hilfsmitteln im Massengeschäft zum Standard werden sollten, müsste indessen mit hohen Verschreibungskosten gerechnet werden; zudem müssten videoüberwachte Räume eingerichtet werden. Die Gerichte müssten ebenfalls so eingerichtet werden, dass sie auf solche Aufzeichnungen jederzeit Zugriff haben. Es stellt sich die Frage, wie der beschuldigten Person das rechtliche Gehör gegeben werden kann, wenn auf eine Verschreibung verzichtet wird. Der Aufwand der Gerichte dürfte insgesamt nicht abnehmen, sondern tendenziell zunehmen.

2.1.2. Vorverschiebung des Zeitpunktes zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage (1.3.4 und 2.1.10 des Berichtes)

Die Vorverschiebung des Zeitpunktes zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage ist begründet und nachvollziehbar (Artikel 123 Absatz 2 E-StPO).

2.1.3. Sicherheitshaft im Zusammenhang mit dem Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden (Ziffer 1.3.10 des Berichtes)

Der Kanton Luzern hat diese Regelung bisher im Gesetz über den Justizvollzug bereits eingeführt.

2.1.4. Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikten (Ziffer 2.1.44 des Berichtes)

Diese Neuregelung wird grundsätzlich begrüsst. Sie statuiert keine Pflicht zur Einforderung einer Sicherheitsleistung; der Staatsanwaltschaft steht sowohl bei der Frage, ob eine Sicherheitsleistung zu verlangen ist, als auch bei der Frage, wie hoch diese anzusetzen ist, ein Ermessen zu. Es versteht sich, dass eine Sicherheitsleistung dem Verhältnismässigkeitsprinzip unterliegt.

2.2. Kritische Revisionspunkte

2.2.1. Ausbau der Opferrechte: Artikel 117 Absatz 1 Bst. g, Artikel 136 Absatz 1^{bis}, Artikel 301 Absatz 1^{bis}, Artikel 318 Absatz 1^{bis} und 3 sowie Artikel 352 Absatz 1 Einleitungssatz, 1^{bis} und 3 E-StPO

Ein Evaluationsbericht des Opferhilfegesetzes der Universität Bern vom 21. Dezember 2015 hat zahlreiche Aspekte der Opfer zur vertieften Prüfung empfohlen; zur Verbesserung der Opfer sollte der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens bei Fällen mit Opfern generell auf 90 Strafeinheiten beschränkt, beziehungsweise das Strafbefehlsverfahren sollte bei der Beurteilung von Verbrechen und Vergehen mit Opfern ausgeschlossen werden. Zudem sollte das Strafbefehlsverfahren (bei bestimmten Tatbeständen) vom Einverständnis des Opfers mit dieser Verfahrensform abhängig gemacht werden. Schliesslich soll der Staatsanwaltschaft durch eine Revision von Artikel 353 Abs. 3 StPO die Kompetenz eingeräumt werden, über bestrittene Zivilforderungen zu entscheiden.

Im Vernehmlassungsbericht sind verschiedene Empfehlungen dieses Evaluationsberichtes übernommen worden, ohne die Auswirkungen auf das Strafverfahren vertieft zu prüfen und im Bericht nachvollziehbar darzustellen. Es ist schlicht nicht nachvollziehbar, weshalb das Strafverfahren, bei dem sich ein Opfer als Privatkläger beteiligt, nur noch mit einem Strafbefehl abgeschlossen werden kann, wenn eine Geldstrafe von nicht mehr als 120 Tagessätzen oder eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als vier Monate in Betracht kommt. Die Reduzierung der Strafkompentenz des Staatsanwalts führt ausgehend vom Grundsatz einer Strafkompentenz von sechs Monaten (Freiheitsstrafe) zu einer gewillkürten Ausnahme von vier Monaten (Freiheitsstrafe) beziehungsweise 120 Tagessätzen (Geldstrafe). Wenn ein Staatsanwalt in einem Strafverfahren über bestrittene Zivilforderungen zu entscheiden hätte, führt dies zu einer grossen Verzögerung des Strafverfahrens und steht im Widerspruch zum Beschleunigungsgebot von Artikel 5 StPO. Es ist nicht einzusehen, weshalb nach Artikel 301 Absatz 1^{bis} E-StPO die Pflicht zur Aushändigung des Protokolls einer mündlich eingereichten Strafanzeige auf Anzeigsteller mit einer tatsächlichen Opfereigenschaft eingegrenzt werden soll. Es besteht bei der Aushändigung eines solchen Protokolls im Ermittlungsverfahren die Gefahr, dass mit einem «übereilten» Gang durch einen Anzeigsteller an die Medien mit schriftlichen Detailinformationen Strafuntersuchungen gefährdet werden können.

Dass die Rechte der Opfer im Strafprozess wichtig sind, stellen wir nicht in Frage. Wir vermischen in der Vorlage eine umfassende Auslegeordnung der Empfehlungen des Evaluationsberichtes. Die Rechte der Opfer sind mit der Inkraftsetzung der StPO bereits umfassend geregelt worden. Ein weiterer Ausbau der prozessualen Rechte der Opfer steht im krassen Missverhältnis zum höheren Aufwand bei den Strafbehörden. Wir beantragen, die vorgeschlagenen Änderungen zum Ausbau der Opferrechte insgesamt ersatzlos zu streichen.

2.2.2. Keine Ausnahmen vom Grundsatz der doppelten Instanz (Ziffer. 1.3.2 des Berichtes)

Nach der StPO entscheidet heute das Zwangsmassnahmengericht (ZMG) in vielen Fällen als einzige Instanz. Dies führt dazu, dass Entscheide des ZMG direkt beim Bundesgericht angefochten werden. Damit sind dem Bundesgericht Aufgaben der ersten Rechtsmittelinstanz übertragen, was der primären Aufgabe des Bundesgerichtes als höchstes Gericht widerspricht. Gemäss Vorlage sollen neu alle Entscheide des ZMG mit Beschwerde bei der

kantonalen Beschwerdeinstanz (Artikel 20 SPO) angefochten werden können. Bereits in der Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes ist eine Ausweitung der kantonalen Beschwerdemöglichkeiten vorgeschlagen worden. Wir haben in unserer Vernehmlassung vom 16. Februar 2016 eine Ausweitung dieser Beschwerdemöglichkeit abgelehnt, weil eine zusätzliche Rechtsmittelinstanz zu einer erheblichen Verzögerung und zu längeren Verfahrensdauer führen würde. Die Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes liegt noch nicht vor.

Die Staatsanwaltschaft stellt beim ZMG nur in begründeten Fällen Antrag auf Inhaftierung der beschuldigten Person; deshalb wird denn auch nur sehr selten ein Antrag abgelehnt. Gegen einen abweisenden Entscheid könnte die Staatsanwaltschaft bei der kantonalen Beschwerdeinstanz Beschwerde führen. Wenn neu gegen den Entscheid des ZMG Beschwerde bei der kantonalen Beschwerdeinstanz geführt werden kann, kann eine solche Beschwerde auch durch die betroffene Person eingelegt werden. In diesen Fällen wird die Staatsanwaltschaft aufgefordert werden, sich zur Beschwerde zu äussern, was zu Mehrarbeit bei der Staatsanwaltschaft führen wird. Damit diese Mehrarbeit aufgefangen werden kann, müssen in der Strafprozessordnung an anderer Stelle zwingend bestimmte Vereinfachungen eingeführt werden.

2.2.3. Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des ZMG (Ziffer 1.3.8 des Berichtes)

Wenn der Grundsatz der doppelten Rechtsmittelinstanz neu auch im Strafprozessrecht gelten soll, dann müssen Entscheide des ZMG nicht nur von der beschuldigten Person, sondern auch von der Staatsanwaltschaft bei der Beschwerdeinstanz des Kantonsgerichtes angefochten werden können (Artikel 393 Absatz 1 Bst. c E-StPO). Wie unter Ziffer 2.2.2 erwähnt, führt dies indessen zu Mehrarbeit bei der Staatsanwaltschaft und bei der kantonalen Beschwerdeinstanz.

Wenn in einem nachträglichen Verfahren die Vollzugsbehörde beim ZMG Antrag auf Sicherheitshaft stellen muss, sollte dieser Behörde die Beschwerdelegitimation ebenfalls zukommen. Nach der Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (SR 173.110) ist in Artikel 81 Absatz 4 vorgesehen, dass die Kantone vorsehen können, dass eine mit Aufgaben im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs betraute Behörde zur Beschwerde gegen kantonale Entscheide nach Artikel 78 Absatz 2 Buchstabe b E-BGG berechtigt sein soll. Es versteht sich, dass diese Vollzugsbehörde auch im kantonalen Beschwerdeverfahren legitimiert werden soll.

2.2.4. Ausbau der notwendigen Verteidigung: Artikel 130 Bst. d E-StPO

Aus rechtsstaatlicher Sicht sind keine Gründe ersichtlich, die einen noch weiteren Ausbau der notwendigen Verteidigung erfordern. Allein der Umstand, dass der Staatsanwalt vor Zwangsmassnahmengericht auftritt, macht in Anbetracht des engen Verfahrensgegenstandes und der ohnehin häufig gegebenen anderen Gründe (Bst. a – c) eine notwendige Verteidigung nach der vorgeschlagenen Bestimmung nicht erforderlich.

2.2.5. Notwendige Verteidigung und Folgen der nicht notwendigen Verteidigung: Artikel 130 Absatz 3 E-StPO und 131 Absatz 3 E-StPO

Die vorgeschlagene Verschärfung der Folgen einer nicht rechtzeitigen Sicherstellung der notwendigen Verteidigung überzeugt nicht. Geht es um die Aufklärung von schweren Straftaten, darf die Verwertbarkeit nicht vom Verzicht der beschuldigten Person auf Wiederholung abhängen. Täter von schweren Straftaten dürfen nicht von einem Versehen der Strafverfolgungsbehörden profitieren können. Die bisherige Regelung ist ausreichend. Wir lehnen den in der Vorlage vorgesehenen Ausbau der notwendigen Verteidigung im Verfahren vor dem ZMG ab.

Bei Artikel 131 Absatz 3 E-StPO geht es um die Frage, ob die Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung dazu führen, dass die Einvernahme ungültig oder nicht verwertbar wird. Das Bundesgericht hat diese Frage bisher offengelassen (BGE 141 IV 289 E. 2.4). Nach der Vernehmlassungsvorlage soll diese Einvernahme absolut unverwertbar sein. Die absolute Unverwertbarkeit einer solchen Einvernahme führt vom Grundsatz der Suche nach der materiellen Wahrheit neu zu einer bloss formellen Wahrheit. Diesen Sinneswandel lehnen wir klar ab. Die Unklarheit zwischen den Gesetzestexten soll zugunsten der bisherigen deutsch/italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer relativen Unverwertbarkeit aufgelöst werden. Der Richter soll weiterhin eine Güterabwägung machen können. Nicht nachvollziehbar erscheint die Logik des Begleitberichtes, wonach in einem solchen Fall anders als im Regelfall (Artikel 141 Absatz 2 StPO) keine Güterabwägung stattfinden soll.

2.2.6. Bestellung der amtlichen Verteidigung durch eine von der Verfahrensleitung unabhängigen Stelle: Artikel 133 E-StPO

Wir erachten eine von der Verfahrensleitung unabhängigen Stelle zur Bestellung der amtlichen Verteidigung nicht als zwingend. Eine Neuorganisation hätte einen finanziellen und personellen Mehraufwand sowie eine Verlängerung des Verfahrens zur Folge. Bei Verfahren mit mehreren beschuldigten Personen besteht die Gefahr, dass die unabhängige Stelle einen amtlichen Verteidiger bestimmt, ohne zu wissen, dass der amtliche Verteidiger bereits Rechtsvertreter einer anderen beschuldigten Person ist. Es ist weiter unklar, unter welchen Voraussetzungen eine solche Stelle als «unabhängig» bezeichnet werden kann. Es stellt sich die Frage, ob diese unabhängige Stelle einer staatlichen Aufsichts- und Kontrollbehörde unterstellt sein müsste, damit den Interessen des Beschuldigten hinreichend und unabhängig Rechnung getragen würde. Es ist auch unklar, ob und wie diese «unabhängige Stelle» finanziert wird?

Der Kanton Luzern verfügt bereits über eine gleichwertige andere Lösung. Der Regierungsrat stellt in einem Auswahlverfahren aus den im Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten eine Liste von amtlichen Verteidigern zusammen. Als Anforderungsprofil wird unter anderem sehr gute Kenntnisse im Strafrecht und Strafprozessrecht verlangt. Die Verfahrensleitung hat nach Weisung der Oberstaatsanwaltschaft der beschuldigten Person eine Liste vorzulegen, aus welcher die beschuldigte Person die amtliche Verteidigung selber auswählen kann. Bei der im Vorentwurf vorgeschlagenen Stelle würde sich gegenüber der im Kanton Luzern praktizierten Lösung nichts Wesentliches ändern, da eine unabhängige Stelle die Wünsche der beschuldigten Person nach Möglichkeit ebenfalls zu berücksichtigen hätte. Sollte neu eine unabhängige Stelle für die Bestellung der amtlichen Verteidigung zuständig sein, muss auch geregelt werden, welche Rolle diese unabhängige Stelle einnimmt, wenn die betroffene Person einen Antrag auf Wechsel der amtlichen Verteidigung stellt. Der Vorschlag zur Bestellung der amtlichen Verteidigung durch eine von der Verfahrensleitung unabhängigen Stelle ist nicht durchdacht, verkompliziert die Verfahren und wird abgelehnt.

2.2.7. Einschränkung der Teilnahmerechte

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist dem Anspruch der beschuldigten Person, Belastungszeugen (worunter auch Mitbeschuldigte gehören) zu konfrontieren Genüge getan, wenn die beschuldigte Person oder ihre Verteidigung im Verlaufe des Verfahrens einmal eine angemessene und geeignete Gelegenheit erhalten hat, von ihrem Konfrontationsrecht Gebrauch zu machen. Gemäss Vernehmlassungsvorlage soll eine gewisse Beschränkung der Teilnahmerechte der Parteien auf Grund der starken Stellung der Staatsanwaltschaft zwar nunmehr erfolgen; wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird, so soll die Staatsanwaltschaft sie von dieser Einvernahme ausschliessen können. Der Ausschluss soll auch für die Verteidigung gelten.

Diese gewählte Formulierung der vorgeschlagenen Einschränkung der Teilnahmerechte ist stark auslegungsbedürftig und schreibt zu wenig klar vor, inwieweit die Teilnahmerechte begrenzt werden können. Im Bericht wird ausgesagt, dass die Gefahr einer Anpassung durch die beschuldigte Person insbesondere solange bestehe, bis sie selber noch nicht zum Sachverhalt befragt worden sei. Damit wird aber auch ausgesagt, dass keine Gefahr der Anpassung der Aussagen mehr besteht, wenn eine beschuldigte Person bereits einvernommen worden ist und dass die Teilnahme einer erstvernommenen beschuldigten Person an der späteren Einvernahme eines Mitbeschuldigten nicht eingeschränkt werden könnte. Ein solches Verständnis der vorgeschlagenen Regelung würde im Ergebnis eine Verschlechterung darstellen. Die Gefahr der Anpassung von Aussagen einer beschuldigten Person besteht auch dann, wenn eine beschuldigte Person vor der ersten Einvernahme einer mitbeschuldigten Person zu bestimmten Vorwürfen bereits einvernommen worden ist. Vor der ersten Einvernahme ist stets offen, ob die mitbeschuldigte Person neue Aspekte vorbringt oder ein Geständnis über neue Tatvorwürfe ablegt, zu welchen die bereits einvernommene beschuldigte Person noch nicht hat Stellung nehmen müssen. Eine Gefahr der Anpassung von Aussagen besteht aber auch bei den Äusserungen von Mitbeschuldigten und Auskunftspersonen sowie Zeugen durch die blossе Anwesenheit der beschuldigten Person bei solchen Einvernahmen. Gravierend ist die Tatsache, dass die ersteinvernommene Person den Wissensvorsprung nicht hat, den die nachfolgenden beteiligten Personen zu ihrer Verteidigung haben. Der Gesetzgeber hat mit dieser grosszügigen Teilnahmerechtsregelung eine Ungleichbehandlung geschaffen, die wohl kaum gewollt sein kann. Es besteht mit der vorliegenden Formulierung die Gefahr, dass eine Einschränkung sofort angefochten wird. Damit wird die Ermittlung verzögert und verhindert.

Wir stellen den Antrag, die Teilnahmerechte zwingend auf das von der EMRK verlangte Minimum zu beschränken, nach welcher eine beschuldigte Person gestützt auf die EMRK das Recht hat, mindestens einmal einem «Belastungszeugen» konfrontiert zu werden. Zumindest muss aber sichergestellt werden, dass mehrere Mitbeschuldigte je getrennt voneinander einvernommen werden können, wenn sie zum ersten Mal mit Vorwürfen konfrontiert werden, und dass jeder von ihnen die Möglichkeit hat, zu diesen Vorwürfen selber zu Beginn des Verfahrens ein spontanes Geständnis abzulegen. Eine solche Regelung würde die Ungleichbehandlung der ersteinvernommenen Person eliminieren, den administrativen Aufwand entlasten und die Verfahrenskosten spürbar senken. Zudem würde es die materielle Wahrheitsfindung erleichtern.

Die Formvorschrift von Artikel 147a Absatz 3 E-StPO, wonach eine Einvernahme mit Bild und Ton aufgezeichnet werden müsste, sofern die von der Einvernahme ausgeschlossene Person nicht auf die Aufzeichnung verzichtet, ist Ausdruck eines unberechtigten Misstrauens gegenüber den Strafverfolgungsbehörden und erhöht ohne Not den Verfahrensaufwand und damit die Verfahrenskosten.

2.3. Strafbefehlsverfahren

2.3.1. Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens

Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Opfer im Strafbefehlsverfahren anders zu behandeln sein sollten, als die übrigen Geschädigten. Entweder fällt eine Strafe unter die Strafbefehlskompetenz des Staatsanwalts oder nicht. Eine partielle Einschränkung des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens knapp oberhalb des Bagatellbereichs verkompliziert die Arbeit der Strafjustiz massiv und bewirkt erheblichen Mehraufwand für die Staatsanwaltschaft und die Gerichte. Mit der vorgeschlagenen Einschränkung des Strafbefehlsverfahrens zeichnet sich eine Tendenz zu tieferen Strafen im Bereich der Strafbefehlskompetenz ab, was nicht anzustreben ist.

2.3.2. Beurteilung von Zivilforderungen im Strafbefehl

Strafverfahren sind keine Zivilverfahren. Im Strafverfahren gilt das Beschleunigungsgebot (vgl. Art. 5 StPO). Nicht anerkannte Forderungen müssen deshalb konsequent, wie es die geltende Rechtslage vorsieht, an den Zivilrichter überwiesen werden. Die Beurteilung von Zivilforderungen im Strafverfahren führt zu mehr Einsprachen, insbesondere auch des Zivilklägers, und damit zu mehr Aufwand, längeren Verfahren und mehr Gerichtsfällen. Das kann nicht im Interesse einer schnellen Abwicklung von einfachen Strafverfahren sein. Dies gilt analog auch für das Jugendstrafrecht.

2.3.3. Obligatorische Einvernahme der beschuldigten Person

Das Strafbefehlsverfahren ist als schnelles Verfahren konzipiert. Die vorgeschlagene Regelung ordnet eine sehr weitgehende Einvernahmepflicht an, welche sogar für bedingte Strafen gelten soll. Eine Einvernahmepflicht für bedingte Strafen erweist sich aber als nicht angezeigt, da die Strafe nicht unmittelbar spürbar ist. Es ist auch nicht sachgerecht, eine Einvernahmepflicht lediglich damit zu begründen, dass einer beschuldigten Person die Bedeutung und die Folgen der bedingten Strafe über die Bagatellfallgrenze erklärt werden können. Es ist zudem widersprüchlich, dass für die Ausfällung einer Freiheitsstrafe bis zu vier Monaten keine Einvernahmepflicht vorzusehen ist, hingegen generell für den Widerruf eines bedingt gewährten Vollzugs einer Freiheitsstrafe, obschon die widerrufenen Freiheitsstrafe weniger als vier Monate betragen könnte. Die Grenze von vier Monaten Freiheitsstrafe sollte hinsichtlich der Einvernahmepflicht auch für den Widerruf der Vorstrafe gelten, als dass die widerrufenen Strafe sowie die neue Strafe zusammen die Bagatellfallgrenze nicht überschreiten dürfen. Die vorgeschlagene Regelung erscheint willkürlich, führt zu unnötigen Einvernahmen in Konstellationen, wo diese gar nicht wirklich angezeigt sind. Die Regelung ist nicht praxistauglich und ersatzlos zu streichen.

2.3.4. Rückzugsfiktion der Einsprache bei Fernbleiben der Einvernahme

Der Vorschlag wird mit einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen dem Strafbefehlsverfahren und dem ordentlichen Verfahren begründet. Das Strafbefehlsverfahren ist indessen gegenüber dem ordentlichen Verfahren ein besonderes Massengeschäft, welches als schnelles Verfahren konzipiert ist. Vom Wesen des Strafbefehlsverfahren als schnelles Verfahren ist eine Rückzugsfiktion einer Einsprache durchaus sachgerecht. Es sind denn auch keine relevanten rechtsstaatlichen Bedenken auszumachen, zumal das Bundesgericht festgehalten hat, dass ein konkludenter Rückzug der Einsprache auf einen Strafbefehl nur dann angenommen werden darf, wenn sich aus dem gesamten Verhalten des Betroffenen der Schluss aufdrängt, er verzichte mit seinem Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bewusst auf den ihm zustehenden Rechtsschutz. Bei unverschuldetem Fernbleiben besteht die Möglichkeit der Wiederherstellung der Frist. Für die Staatsanwaltschaft ermöglicht die Praxis einer Rückzugsfiktion, ein Strafverfahren abzuschliessen, wenn eine beschuldigte Person sich nicht mehr um den formell korrekten Abschluss eines Strafverfahrens bemüht. Dies trifft in der Regel dann zu, wenn die beschuldigte Person nicht mehr gegen einen Strafbefehl opponiert, gegen welchen sie zunächst Einsprache erhoben hat. In solchen Fällen soll die beschuldigte Person auch die Konsequenzen, inklusive Kostenfolgen tragen. Ohne die Rückzugsfiktion könnte sich die Staatsanwaltschaft nicht darauf beschränken, der beschuldigten Person eine Vorladung zukommen zulassen, sondern müsste die beschuldigte Person letztlich zwangsweise vorführen lassen, was einen erheblichen Mehraufwand darstellt. Die geltende Regelung fördert die rasche Erledigung von Verfahren, ohne die Rechte der beschuldigten Person einzuschränken. Wir beantragen, die geltende Regelung beizubehalten.

2.3.5. Einsprachefrist von 20 Tagen, wenn der Strafbefehl nicht von der Staatsanwaltschaft persönlich ausgehändigt wird

Die bisherige Regelung mit der Einsprachefrist von 10 Tagen hat sich für das Strafbefehlsverfahren, bei welchem es sich um ein Massengeschäft handelt, bewährt. Die Zustellung des Strafbefehls erfolgt eingeschrieben. Es werden keine stichhaltigen Gründe vorgebracht, warum von dieser bewährten Regelung abgewichen werden sollte. Insbesondere kommt es in der Praxis kaum vor, dass Strafbefehle ohne vorgängige Anhörung der beschuldigten Person durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft erlassen werden. Zudem erweist sich die vorgeschlagene Regelung in der Praxis als zu kompliziert, ist nicht praxistauglich und fehleranfällig. Es ist ernsthaft zu befürchten, dass es nach der Zustellung von Strafbefehlen aufgrund der verschiedenen Einsprachefristen zu zahlreichen Rückfragen von beschuldigten Personen und Privatklägern betreffend die Einsprachefrist von 10 oder 20 Tagen kommt. Vor allem im Umgang mit ausländischen Straftätern ohne Aufenthaltstitel (Kriminaltouristen) ist eine möglichst rasche Rechtskraft eines Strafbefehls wichtig. Die geltende Regelung ist daher beizubehalten.

2.3.6. Pflicht zur Publikation von nicht zustellbaren Strafbefehlen im Amtsblatt

Die Bestimmung betrifft lediglich nicht zustellbare Strafbefehle im Sinne von Artikel 88 Absatz 1 Bst. a-c StPO, insbesondere wenn eine Zustellung nach den Art. 85-87 StPO nicht erfolgen kann. Die Fälle der fiktiven Zustellung nach Artikel 85 Absatz 4 StPO fallen nicht darunter. Es betrifft somit lediglich Fälle, in welchen in der Praxis so vorgegangen wird, dass ein Strafbefehl gegen eine beschuldigte Person ausgeschrieben wird, weil ihr Aufenthalt unbekannt ist oder weil der Strafbefehl mangels entsprechender staatsvertraglicher Vereinbarung nicht direkt an den bekannten Aufenthaltsort im Ausland zugestellt werden kann und kein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet ist. Fraglich ist, ob auch bei einer Pflicht zur Publikation von nicht zustellbaren Strafbefehlen die praktizierte, effiziente Ausschreibung des Strafbefehls weiterhin möglich ist. Nach Auffassung unserer Staatsanwaltschaft muss diese Möglichkeit weiterhin bestehen bleiben, da die Publikation des Strafbefehls gegenüber der Ausschreibung weder für die Staatsanwaltschaft noch für die beschuldigte Person relevante Vorteile aufweist, für die beschuldigte Person vielmehr sogar als nachteilig zu beurteilen ist. Die geltende Regelung von Artikel 88 Absatz 4 StPO soll deshalb beibehalten werden.

2.4. Ausschluss Verzicht auf Wiederholung einer Beweiserhebung bei Verletzung Teilnahmerechte mittels unzulässiger Verfahrenstrennung

Der darin enthaltene Vorwurf an die Staatsanwaltschaft, planmässig Teilnahmerechte mittels Verfahrenstrennungen zu umgehen, ist unbegründet. Es ist unverständlich, für diesen Fall eine Sonderregelung zu treffen, wonach die beschuldigte Person, anders als in anderen Fällen der Verletzung von Teilnahmerechten, nicht auf eine Wiederholung der Beweiserhebung verzichten kann. Es besteht der Eindruck, dass bei dieser Legiferierung das Mass und das Wesentliche aus den Augen verloren gegangen sind. Wenn es zu einer Verletzung der Teilnahmerechte aufgrund einer Verfahrenstrennung kommen sollte, kann dieser Entscheid der Staatsanwaltschaft sofort angefochten werden. Zudem ist eine beschuldigte Person bei Verletzung von Teilnahmerechten durch das Recht, die Wiederholung von Beweiserhebungen zu verlangen, ausreichend geschützt. Der geplante Ausschluss, auf die Wiederholung einer Beweiserhebung verzichten zu können, erweist sich als eine unnötige Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der beschuldigten Person. Es ist nicht einzusehen, wieso die beschuldigte Person im konkreten Fall nicht auf eine Wiederholung soll verzichten können, wenn sie darin für sich keine Nachteile sieht. Die Legiferierung unter Bst. b erweist sich auch systematisch als Unfall. Denn das statuierte Recht, die Wiederholung einer Beweiserhebung verlangen zu können, setzt sinnlogisch gerade die Möglichkeit eines Verzichts voraus. Artikel 147 Absatz 3 Bst. b StPO ist ersatzlos zu streichen.

3. Bemerkungen zu weiteren vorgeschlagenen Bestimmungen

3.1. Artikel 222 Absatz 2 und Artikel 228a E-StPO

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen vom ZMG abgelehnte Haft ins Gesetz überführt. In Artikel 228a wird das Verfahren für diesen Fall definiert. Der Vorschlag geht viel weiter als die heutige bundesgerichtliche Rechtsprechung. Diese verlangt eine rasche Reaktion für den vorsorglichen Entscheid für den vorsorglichen Entscheid über Aufrechterhaltung der Haft oder Entlassung durch die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz und lässt im Übrigen das normale Beschwerdeverfahren genügen (BGE 137 IV 245, 138 IV 98 f.). Neu soll die Beschwerdeinstanz wie das ZMG in erster Instanz ebenfalls innert 48 Stunden entscheiden. Dafür ist das grundsätzlich schriftliche Verfahren vor Beschwerdeinstanz kaum geeignet. Es muss zwingend mündlich verhandelt werden, obschon bereits vor dem ZMG eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Der Aufwand auf der Ebene der Beschwerdeinstanzen nimmt mit dem vorgeschlagenen Verfahren (aber eher seltenen Fällen) deutlich zu. Die bundesgerichtliche Lösung ist mit Artikel 31 Absatz 3 BV und Artikel 5 Absatz 3 beziehungsweise 4 EMRK konform und genügt (Artikel 137 IV 230 E.2.1). Wir lehnen vorliegend eine Regelung, welche über die Anforderungen der EMRK hinausgeht, strikte ab. Eine solche führt unnötigerweise zu zusätzlichen Kosten.

Gemäss Artikel 237 Absatz 4 StPO richten sich die Anordnung und die Anfechtung von Ersatzmassnahmen sinngemäss nach den Vorschriften über die Untersuchungs- und die Sicherheitshaft. Es stellt sich die Frage, ob dieses Prozedere nach Artikel 228a E-StPO ebenfalls greift, wenn das ZMG entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft keine Ersatzmassnahmen anordnet und die Staatsanwaltschaft dagegen Beschwerde erhebt. Bei einschneidenden Ersatzmassnahmen (wie Hausarrest oder Kontaktverbot) mag dies sinnvoll sein, bei weniger einschneidenden Ersatzmassnahmen (wie wöchentliche telefonische Meldepflicht) hingegen kaum.

3.2. Artikel 230 Absatz 3 und 4 E-StPO

Haftentlassungen durch die Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts – notabene mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft – erfolgen in der Praxis nie wegen fehlenden Tatverdachts, sondern meist wegen drohender Überhaft. Somit besteht keine Befangenheitsproblematik. Auf die vorgeschlagene Neuregelung ist zu verzichten.

3.3. Artikel 268 E-StPO

Die vorgeschlagene Änderung in Artikel 268 E-StPO widerspricht dem Wortlaut von Artikel 71 StGB. Artikel 71 StGB erlaubt die Beschlagnahme von Vermögenswerten beim Betroffenen und nicht nur beim Beschuldigten, wie dies in Artikel 268 E-StPO vorgesehen ist.

4. Weitere Vorschläge

4.1. Vertraulichkeit von Akten im Rahmen des Vorverfahrens

Die StPO ist in diesem Punkt zu wenig eindeutig, resp. zu wenig klar geregelt. Verschiedene Beispiele haben in der Vergangenheit gezeigt, dass ein zwingender Handlungsbedarf besteht. In der StPO-Revision ist deshalb unbedingt Klarheit zu schaffen. Es muss sichergestellt werden, dass im Rahmen der Akteneinsicht zugängliche Dokumente nicht vor der Anklageerhebung zur Veröffentlichung weitergegeben werden können und dürfen.

4.2. Verfahren mit sehr grosser Zahl von Privatklägern (Artikel 118^{bis} StPO)

Bei grossen Wirtschaftsfällen mit mehreren hundert oder über tausend Beschwerdeführern – vielfach mit Wohnsitz im Ausland – entstehen bei den Strafverfolgungsbehörden und beim Gericht grosse Bearbeitungsprobleme. Der Umgang mit den Privatklägern und vor allem die Gewährung all ihrer Verfahrensrechte (in jedem Verfahrensstadium) lösen einen sehr grossen Arbeitsaufwand aus. Dieser Aufwand besteht in keinem Verhältnis zur Ausübung dieser

Verfahrensrechte und verzögert das Verfahren stark. Es sind jeweils alle Privatkläger zu bedienen, obschon sich nur ganz wenige über das Geltend machen ihres finanziellen Anspruchs hinaus am Verfahren beteiligen. Wir unterstützen die von der KKJPD vorgebrachten Lösungsansätze, wonach ausländische Privatkläger verpflichtet werden können, sich ein schweizerisches Zustelldomizil zu wählen und/oder die Privatkläger zu verpflichten, einen gemeinsamen Vertreter zu bestimmen. Der Entscheid darüber soll im Vorverfahren der Staatsanwalt oder im Hauptverfahren die Verfahrensleitung treffen können.

4.3. Siegelung (Artikel 248 StPO)

In der Praxis wird häufig von Betroffenen die Siegelung grosser Mengen elektronischer Daten oder schriftlicher Unterlagen verlangt, obschon sich darin nicht oder nur sehr wenig befindet, welches gemäss Artikel 264 StPO nicht beschlagnahmt werden dürfte. Häufig machen die Betroffenen gar keinen Siegelungsgrund im engeren Sinn (Beschlagnahmeverbot) geltend, sondern bestreiten pauschal den Tatverdacht, die Beweisrelevanz der sichergestellten Unterlagen oder die Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme.

Bis ein endgültiger Entsiegelungsentscheid vorliegt, dauert es oft viele Monate. Während dieser Zeit stehen die gesiegelten Unterlagen der Strafverfolgungsbehörde für die weiteren Ermittlungen nicht zur Verfügung. Die Möglichkeiten der Siegelung sind deshalb gegenüber der heutigen Regelung deutlich einzuschränken. Eine Siegelung sollte nur noch dann möglich sein, wenn sich der Berechtigte auf ein spezifisches Beschlagnahmeverbot der StPO berufen und es im Entsiegelungsverfahren auch beweisen kann. Der Berechtigte kennt als einziger den Inhalt der sichergestellten Unterlagen. Er sollte verpflichtet werden, nach der Siegelung innert 10 Tagen sämtliche Daten und Akten exakt zu bezeichnen, die nach seiner Auffassung nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen. Nur über diese wäre anschliessend im Entsiegelungsverfahren zu befinden. Für die restlichen Daten und Unterlagen wäre die Siegelung ex lege aufzuheben und sie wären der Staatsanwaltschaft umgehend zur Durchsuchung und Auswertung zu überlassen.

Wie oben erwähnt, werden Strafuntersuchungen häufig wegen hängiger Entsiegelungsverfahren blockiert und verzögert. Befindet sich eine Person in Untersuchungshaft und ist im selben Zusammenhang ein Entsiegelungsverfahren hängig, ist eine schnelle Durchführung dieses Verfahrens eminent wichtig, damit nicht wegen des Entsiegelungsverfahrens die Haft verlängert wird. Das Bundesgericht hat beispielsweise im Fall 1B_146/2017 vom 2. Mai 2017 Kollusionsgefahr bis zum Abschluss des Entsiegelungsverfahrens bejaht.

Wie die KKJPD ersuchen auch wir, die Bestimmung zur Siegelung entsprechend anzupassen. Die vorgeschlagene neue Regelung in dieser Sache wird zu einer spürbaren Mehrbelastung des ZMG und der Beschwerdeinstanz zur Folge haben.

4.4. Ausschreiben von Deliktsgut (Artikel 210 Absatz 2 und Absatz 4 StPO)

Die Regelung in Absatz 4, wonach die Staatsanwaltschaft das Ausschreiben von Deliktsgut schriftlich anzuordnen hat, hat sich in der Praxis als untauglich erwiesen. Diese Massnahme ist im Interesse der Geschädigten und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb hierfür eine staatsanwaltschaftliche Anordnung nötig wäre.

4.5. DNA-Analysen- Voraussetzungen im Allgemeinen (Artikel 255 StPO)

Das Bundesgericht fordert als Voraussetzung für die DNA-Profilierung in jenen Fällen, in welchen diese Daten nicht zur Klärung der Anlasstat nötig sind, erhebliche und konkrete Anhaltspunkte, dass der Betroffene in andere Delikte von gewisser Schwere – auch künftige – verwickelt sein könnte (BGE 141 IV 87). Ein Einbrecher ohne Wohnsitz in der Schweiz, der in flagranti angehalten wird, muss aufgrund dieser Rechtsprechung nicht mehr mit der Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) rechnen. Diese Praxis führt zu einer klaren Abnahme der Aufklärungsquote. Artikel 255 StPO sollte unserer Meinung nach in dem Sinne ergänzt werden, dass die Abnahme des WSA auch dann möglich ist, wenn eine «gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Betroffene in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte».

4.6. Zusicherungen der Anonymität für Interventionseinheiten (Artikel 288 StPO)

In der Vergangenheit hat sich wiederholt gezeigt, dass Mitarbeitende von Interventions- und Observationseinheiten, welche im Rahmen ihrer Tätigkeiten in einem Gerichtsverfahren auftreten müssen, aufgrund der Offenlegung ihrer Identität Gefahr laufen, in der entsprechenden Spezialeinheit nicht mehr einsetzbar zu sein. Angesichts der oftmals gefährlichen Täterschaft besteht zudem ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass sie und ihre Familienangehörigen bei Bekanntwerden der Identität Vergeltungsschläge zu befürchten haben. Mitarbeitende von Interventionseinheiten sollten im Rahmen der Gerichtsverfahren so geschützt werden, dass deren Personalien ausschliesslich dem Gericht bekannt zu geben, von den Hauptakten separiert und nicht parteiöffentlich aufzubewahren und zu bearbeiten sind.

4.7. Ausweitung im Bereich Kinderpornographie, Sachüberschrift in Artikel 294 StPO

Verdeckte Ermittler im Bereich von Kinderpornographie stehen oftmals vor dem Problem, dass sie in den einschlägigen Foren nur Einlass erhalten, wenn sie kinderpornographisches Material liefern. Wer dies nicht kann, wird umgehend ausgeschlossen. Entsprechend besteht für verdeckte Ermittler keine Möglichkeit, sich einzuschleusen, zumal sie sich nach heutigem Recht strafbar machen würden, wenn sie der entsprechenden Aufforderung nachkämen. Zum Zwecke der Ermittlung müssten hier Ausnahmen möglich werden, allerdings unter strengen Voraussetzungen. In Artikel 294 StPO müsste die Sachüberschrift weiter gefasst werden. Zudem müsste diese Bestimmung mit einem weiteren Absatz ergänzt werden.

5. Finanzielle Auswirkungen

Im Vernehmlassungsbericht wird ausgeführt, dass sich der Mehr- und der Minderaufwand nicht quantifizieren lasse und es sich deshalb nicht sagen lasse, ob die Änderungen letztlich zu einer Mehr- oder Minderbelastung führen oder ob im Ergebnis sogar keine Veränderung zu gewärtigen sein werde. Diese Einschätzung erweist sich als falsch. Dass eine Vereinfachung des Abwesenheitsverfahrens zu einem Minderaufwand führen wird, wird nicht in Frage gestellt. Die vorgeschlagenen Änderungen beim Strafbefehlsverfahren werden insgesamt noch komplexer, noch aufwändiger und mehrheitlich länger. Diese Änderungen wie auch die Einführung der Beschwerdemöglichkeit gegen ZMG-Entscheide an die kantonale Beschwerdeinstanz werden zu einem markanten Mehraufwand sowohl bei der Staatsanwaltschaft wie auch bei der Beschwerdeinstanz führen. Dem Staatsanwalt als «Schnellrichter» im Massengeschäft werden unverständlicherweise «Bremsen» angelegt, was dem Beschleunigungsgebot von Artikel 5 StPO diametral entgegenläuft. Damit ohne Verletzung des Beschleunigungsgebotes die Strafverfahren noch innert vernünftiger Frist abgeschlossen werden können, müsste es mittelfristig sowohl bei der Strafverfolgungsbehörde wie bei den Gerichtsbehörden mehr Personal brauchen, was zu einer Kostensteigerung in der Strafverfolgung sowie bei der Justiz führen würde. Wir sind nicht bereit, kostensteigernde Massnahmen im vorliegenden Ausmass weiter zu unterstützen. Wir ersuchen Sie eindringlich, bei allen Revisionsarbeiten auch deren Ausführungskosten in den Kantonen im Auge zu behalten. Wir lehnen vorliegend alle Änderungsvorschläge ab, welche zu einem personellen und/oder finanziellen Mehraufwand führen.

Wir bitten Sie, unsere Anträge und Bemerkungen bei der weiteren Bearbeitung der Vorlage gebührend zu berücksichtigen und danken Ihnen dafür.

Freundliche Grüsse



Paul Winiker
Regierungsrat

Zustellung an: annemarie.gasser@bj.admin.ch

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Modification du code de procédure pénale (exécution de la motion 14.3383, Commission des affaires juridiques du Conseil des États, adaptation du code de procédure pénale)

**N/Réf : CONSU.2017.00017/GS/sgf
(à rappeler dans toute correspondance)**

Madame la conseillère fédérale,

Nous faisons suite au courrier que vous avez adressé le 1^{er} décembre 2017 aux gouvernements cantonaux et avons l'avantage de vous remettre ci-après la réponse de la République et Canton de Neuchâtel dans le cadre de la consultation susmentionnée.

Sur le principe

Sans aborder ici le fond, nous regrettons que le dispositif pénal suisse connaisse encore un changement. Domaine du droit essentiel portant fortement atteinte aux libertés individuelles et aux forts impacts sociétaux, le droit pénal doit être stable, compréhensible et sûr. À l'instar des nombreuses adaptations du code pénal depuis 2007, cette modification du droit de la procédure ne répond hélas pas à ces nécessités.

Nombre des modifications proposées auront un impact organisationnel et financier important pour les cantons, ce qui n'est pas admissible pour notre Autorité.

En préambule, nous pouvons relever que le coût de l'indemnisation du défenseur d'office du prévenu acquitté selon les articles 429ss CPP qui augmenterait significativement en cas d'acceptation du nouvel article 135 CPP. En effet actuellement, dans le canton, conformément au décret fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (TFrais), du 6 novembre 2012, l'avocat d'office est indemnisé au tarif horaire de 180 francs. Ainsi, en cas d'acceptation, l'avocat serait indemnisé au tarif horaire moyen pratiqué dans le canton, soit 270 francs. Cette modification engendrera des coûts supplémentaires importants que l'État ne peut pas accepter.

Commentaires détaillés

Après consultation des autorités judiciaires et des services concernés par cette adaptation, nous vous soumettons les observations sur les dispositions qui nous paraissent mériter un examen.

Article 19, alinéa 2, lettre b (Tribunal de première instance)

À notre sens, il appartient au juge de définir si la mesure relève de l'article 59, alinéa 2 CP ou de l'article 59, alinéa 3 CP.

Article 123, alinéa 2 (délai de dépôt des conclusions civiles)

La règle actuelle prévoit le dépôt de la motivation et des conclusions civiles au plus tard durant les plaidoiries. Ce mode de faire ne laisse parfois pas suffisamment de temps au juge pour rendre un jugement rapidement. Dans pareille situation, le renvoi à l'instance civile est systématique, quand bien même aucune instruction supplémentaire ne serait nécessaire. Lorsqu'il prend connaissance durant l'audience de jugement des conclusions civiles de la partie plaignante, le prévenu lui-même manque du recul nécessaire pour faire valoir sa position et en préparer la motivation. La règle proposée renverse complètement ce paradigme puisqu'elle fixe le moment ultime du dépôt à la clôture de l'instruction. Cela risque de générer, dans bien des cas, l'impossibilité du dépôt de conclusions civiles pendant le procès pénal, en particulier lorsque les effets de l'infraction s'inscrivent quelque peu dans le temps. À l'instar de ce qui prévaut actuellement, une part de conclusions civiles « simples » sera renvoyée à l'instance civile. Notre proposition est de prévoir qu'au moment où la direction de la procédure fixe les débats (art. 331, al. 4), elle assigne simultanément un délai à la partie civile pour déposer par écrit le calcul et la motivation de ses conclusions civiles.

Article 131, alinéas 2 et 3 (mise en œuvre de la défense obligatoire)

On comprend que la proposition de mettre en œuvre la défense obligatoire au moment de l'ouverture d'instruction a été introduite en lien avec la problématique des prévenus susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'expulsion. Toutefois, les conditions légales de l'exigence de défense obligatoire n'apparaissent pas forcément au moment de l'ouverture. Proposition : le remplacement de la locution « lors de l'ouverture de l'instruction » par « dès que les conditions apparaissent remplies ».

Article 133 (désignation du défenseur d'office)

La création et mise en place d'un organe indépendant sont compliquées. D'une part, sa création occasionnera des frais supplémentaires pour l'État et, d'autre part, sa mise en place engendrera des délais et retards peu compatibles avec la nécessité de désigner des avocats en tout temps. Cette modification complique inutilement la procédure et ne se justifie pas (en tous les cas, pas dans le Canton de Neuchâtel). Il faut donc renoncer au changement proposé, en particulier au nouvel alinéa 1 de l'article 133.

Article 135, alinéa 1 (indemnisation du défenseur d'office du prévenu acquitté)

Comme indiqué en préambule, cette modification va engendrer des coûts supplémentaires importants pour l'État et nous recommandons donc de renoncer à ce changement légal. Subsidiairement, l'introduction d'une réglementation limitant le tarif horaire des indemnités de l'article 429 CPP devient d'autant plus urgent.

Article 136, alinéa 1bis (assistance judiciaire gratuite pour la partie plaignante)

L'assistance judiciaire accordée à la victime ne devrait être limitée qu'aux mêmes affaires que celles permettant l'octroi d'un défenseur d'office au prévenu.

Article 147, alinéas 3 et 3bis (droit de participer à l'administration des preuves)

Les règles proposées vont plus loin que les standards définis par la CEDH et par le Tribunal fédéral (TF). On rappelle que dans la procédure préliminaire, le ministère public n'est pas une partie comme les autres à mesure qu'elle est assignée à la vérité du dossier et des éléments de preuve qui composent le dossier. L'exclusion d'un participant à la procédure doit toujours être possible lorsque la personne en question n'a pas encore été entendue.

Article 147a, alinéa 3 (restriction du droit de participer du prévenu)

La restriction du droit du prévenu à participer aux auditions des co-prévenus ou des témoins lorsqu'il y a lieu de craindre qu'il adapte sa déposition à celle de la personne à entendre est saluée. Néanmoins, il convient de relever que l'obligation de l'enregistrement audiovisuel nécessitera l'acquisition de caméras et la formation du personnel quant à leur fonctionnement.

Article 221, alinéa 1, lettre c (conditions)

Cette modification aura des effets réels pour les cantons quant à l'augmentation prévisible des journées de détention exécutées et des expertises de dangerosité. L'enjeu financier peut être majeur et il serait souhaitable que la Confédération prévoie un mode de financement ou de soutien. Au surplus, la notion de « sécurité sérieusement compromise » n'est pas précise et, si elle n'est pas complétée, laissera une importante marge d'appréciation aux juges ou aux cantons, peu souhaitable en l'espèce. Une rédaction intégrant au moins aussi la probabilité du risque serait bienvenue.

Article 222, alinéa 2 (voies de droit)

Il est préconisé l'introduction d'une voie de recours ouverte également aux autorités désignées pour exécuter ou surveiller les mesures de substitution. Elles sont directement touchées par ce type de décisions, qui laissent une marge de manœuvre très large aux Tribunaux des mesures de contrainte (TMC) pour définir les règles aux termes de l'article 237 CPP. Des décisions impossibles à mettre en œuvre pratiquement doivent pouvoir être contestées devant un tribunal.

Article 228a (délai de recours du ministère public)

Le projet prévoit que le ministère public adresse son recours motivé contre une décision prise par le TMC dans les trois heures qui suivent la notification de la décision. Ce délai s'avérera impraticable dans bien des situations. Un délai de six heures semble plus réaliste.

De plus, au sens de cette modification, l'autorité de recours en matière pénale (ARMP) devra :

- a) d'une part, convoquer le ministère public, le prévenu et son défenseur à une audience à huis clos, et accorder sur demande et avant l'audience au prévenu et à son défenseur le droit de consulter le dossier en sa possession : cette procédure va engendrer des difficultés logistiques (déplacement du prévenu détenu, organisation d'une audience). De plus, comme le prévenu et son défenseur ont déjà eu l'occasion d'être entendus et de

consulter le dossier devant le TMC, il semble que ces prescriptions sont inutiles et uniquement susceptibles à ouvrir la voie à des demandes dilatoires ;

b) d'autre part, statuer immédiatement, mais au plus tard dans les 48 heures suivant la réception du dossier. Or, à l'heure actuelle, l'ARMP statue très rapidement, mais pas forcément dans les 48 heures, ce qui lui permet de fouiller davantage que le TMC les questions de fait et de droit. Grâce à cela, les jugements de l'ARMP posent souvent des jalons fiables pour la suite de la procédure. Si le délai de 48 heures devrait être institué, cette faculté serait abandonnée :: l'ARMP ne pourrait se fonder que sur les éléments de fait décrits dans la demande, la décision querellée et le recours. Le gain de temps se fera au détriment de la qualité et c'est finalement au TF que se fera le réel examen matériel conduisant – paradoxalement – à moins bien protéger le prévenu.

Article 230, alinéas 3 et 4 (libération de la détention pour des motifs de sûreté durant la procédure de première instance)

Cette modification complique inutilement la procédure et ne se justifie pas : la direction de la procédure de l'autorité de jugement peut statuer sur la détention sans paraître partielle ; c'est de plus oublier que le TMC se sera prononcé sur la détention peu avant, au moment du renvoi de la cause devant le tribunal.

Article 233 (demande de libération pendant la procédure devant la juridiction d'appel)

Cette clarification est saluée.

Article 236, alinéa 1 (exécution anticipée des peines et des mesures)

Cette précision est essentielle, bienvenue et soutenue : elle consacre la pratique majoritairement en vigueur dans les cantons.

Article 248, alinéa 3 (mise sous scellés)

Il est regrettable que le délai d'un mois ait été supprimé. Il est à craindre que sans délai, la demande de levée des scellés prenne encore plus de temps et prêterite ainsi l'enquête.

Article 251a (prise de sang et d'urine)

Nous saluons la possibilité pour la police d'ordonner une prise de sang ou d'urine lorsque les conditions sont remplies. S'il est juste que le ministère public reste l'autorité compétente pour ordonner une prise de sang ou d'urine en cas d'opposition à celle-ci, l'alinéa 2 consistant à informer le ministère public en cas d'opposition est malgré tout inutile et il convient donc de le supprimer.

Article 301 (information au dénonciateur)

Le projet prévoit de fournir au dénonciateur (à sa demande) une copie de son procès-verbal. Cette manière de faire générerait un risque de collusion qui ne serait d'ailleurs pas pleinement déterminable au début de la procédure. Les procès-verbaux, qu'ils fussent du dénonciateur ou de tout autre participant à la procédure, sont une partie du dossier et seules les parties à la procédure doivent pouvoir en avoir connaissance. Proposition est faite d'en rester au statu quo.

Article 318, alinéa 1bis (clôture de l'instruction)

Cette modification complique inutilement la procédure et ne se justifie pas : il appartient à la victime, sans interpellation du ministère public, de décider si elle veut être plaignante ou non.

Articles 352 et 352a (conditions portant sur l'ordonnance pénale).

Le projet prévoit une limitation à 120 jours-amende ou quatre mois de peine privative de liberté au ministère public dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale au cas où une victime est partie à la procédure. Dans le même ordre d'idée, le projet prévoit l'audition obligatoire du prévenu en cas de peine privative de liberté de plus de quatre mois ou de plus de 120 jours-amende. Cette nouvelle règle va non seulement compliquer le travail du ministère public mais va susciter des actes supplémentaires et quelque peu charger les tribunaux. En plus de cela, le projet ne va pas vraiment servir la cause des victimes. À cet égard, on rappelle qu'il y a différents degrés d'atteintes psychiques, physiques ou sexuelles qui font que les personnes ayant un statut de victime sont plus ou moins gravement touchées par les conséquences de l'infraction. Le fait que le prévenu puisse lui aussi avoir un statut de victime (par hypothèse dans une rixe) n'est pas non plus pour simplifier la mise en place de la règle proposée. En rester donc au statu quo paraît la meilleure solution.

Articles 355, alinéa 2 et 356, alinéa 4

Ces modifications ne sont pas justifiées à mesure qu'elles ne font que soutenir les prévenus qui se désintéressent de la procédure.

Article 364a (détention pour des motifs de sécurité ordonnée en vue d'une décision judiciaire ultérieure)

La saisine prévue d'un TMC paraît superflue lorsqu'une peine ou un solde de peine privative de liberté reste à exécuter (ce qui constitue la majorité des cas : libération conditionnelle, sursis ou mesures ambulatoires suspendant une peine privative de liberté). La mise en détention prévue par cette disposition peut donc s'effectuer sur la seule base du jugement définitif ayant initialement ordonné une détention. Une analogie peut être faite avec ce que prévoit par exemple l'article 79b, alinéa 3. Dans ces cas, il doit donc être renoncé à la saisine d'un TMC.

Article 365, alinéa 3 (décision)

La voie du recours contre les décisions postérieures au jugement doit être maintenue. L'appel doit rester limité aux jugements « initiaux » de 1^{ère} instance ; on risque de se trouver dans une situation où la procédure de 1^{ère} instance (en principe, écrite) sera plus sommaire que celle menée devant la juridiction d'appel. Le rôle du ministère public devrait dans tous les cas être clarifié.

Article 388, alinéa 2 (compétence de la direction de la procédure en matière d'ordonnances de procédure, de mesures provisionnelles et de décisions de non-entrée en matière)

Cette nouvelle disposition propose d'étendre la compétence de la direction de la procédure de l'autorité de recours à certaines décisions de non-entrée en matière (let. a à c). Les cas visés sont ceux dans lesquels il y a lieu, pour des raisons formelles, de ne pas mener la procédure de recours ou de la clore prématurément. Il n'y a pas d'entrée en matière sur le fond. Pour des raisons d'économie de procédure, il paraît donc peu cohérent de laisser un

collège se pencher sur ces recours. Une règle analogue régit la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 108 LTF).

En conclusion, nous pouvons soutenir toute volonté de rendre plus pragmatique le code de procédure pénale. Par contre, nous nous opposons aux modifications qui vont alourdir, souvent inutilement, les tâches des acteurs étatiques parties prenantes à la procédure. Ces propositions engendrent des adaptations organisationnelles et des coûts que notre canton ne saurait sans autre accepter.

En vous remerciant de nous avoir donné la possibilité de prendre position sur cet objet, nous vous prions d'agréer, Madame la conseillère fédérale, l'expression de notre haute considération.

Neuchâtel, le 5 mars 2018

Au nom du Conseil d'État :

Le président,

L. FAVRE

La chancelière,

S. DESPLAND





CH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

Eidgenössisches Justiz- und Polizei-
departement
Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

Telefon 041 618 79 02
staatskanzlei@nw.ch
Stans, 6. März 2018

Justiz- und Sicherheitsdirektion. Änderung der Strafprozessordnung. Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung. Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sie haben uns mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 zur Vernehmlassung zu oben genannter Vorlage eingeladen. Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Mitwirkung und äussern uns gerne wie folgt, wobei wir uns eng an die Stellungnahme der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz angelehnt haben:

1. Grundsätzliche Vorbemerkungen

Nach der Bundesverfassung ist die Gesetzgebung des Strafprozessrechts Sache des Bundes, hingegen liegt die Strafverfolgung im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Kantone (Artikel 123 Absatz 2 BV). Der Bundesgesetzgeber hat damit rechtsstaatlich konforme Verfahren in der Strafverfolgung festzulegen. Da die Hauptlast der Strafverfolgung bei den Kantonen liegt, erwarten die Kantone, dass bei der Ausgestaltung der Verfahren auch der finanzielle Aspekt berücksichtigt wird, dass die Verfahren kostenmässig noch verkraftet werden können.

Bereits anlässlich der Vernehmlassung vom 18. Januar 2002 zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnungen zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) wurde die Regeldichte des Entwurfes der Schweizerischen Strafprozessordnung generell in Frage gestellt und bemängelt, dass der Gesetzesentwurf von Misstrauen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zeuge. Die extensive Ausgestaltung der Verteidigungsrechte, welche mitunter über die durch die EMRK gewährten Garantien hinausgingen, wurden schon damals in Frage gestellt.

Nach der Vernehmlassungsvorlage soll die Regeldichte in der StPO noch grösser, der Staatsanwaltschaft sollen noch mehr Formalien auferlegt werden. Vom Staatsanwalt wird grundsätzlich mit dem Beschleunigungsgebot (Artikel 5 StPO) ein schnelles Verfahren verlangt, aber gleichzeitig wird ein schnelles Verfahren mit einer übermässigen Regulierung unterbunden. Dieser Tendenz muss Einhalt geboten werden. Das Strafprozessrecht sollte dazu dienen, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Das überregulierte Strafprozessrecht stellt indessen heute vermehrt Stolpersteine und verhindert zunehmend die Erfor-

schung der materiellen Wahrheit sowie die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches. Das Vertrauen in den Staat und in die Justiz hat durch diese Überregulierung in den letzten Jahren stark gelitten, was zahlreiche parlamentarische Vorstösse in den Eidgenössischen Räten (siehe Seite Ziffer 1.1.1 des erläuternden Berichtes) und verschiedene Berichte in den Medien zeigen.

Nach der Chronologie sind seit Inkrafttreten der StPO in 24 Gesetzesvorlagen bereits 57 Bestimmungen dieses Prozessrechts geändert worden. Nun soll die seit sieben Jahren geltende StPO bereits in Revision gezogen werden; dieser Umstand ist bedenklich und der Rechtssicherheit nicht förderlich. Gerade im Straf- und im Strafprozessrecht wären mehr Konstanz und Verlässlichkeit sehr gefragt.

Die StPO soll keine grundlegende Revision, sondern nur punktuelle Änderungen einzelner Bestimmungen, deren Anwendung in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen geführt haben, erfahren. Aus unserer Sicht sind diejenigen Bestimmungen, die einer effizienten Wahrheitsfindung entgegenstehen, anzupassen. Die Strafprozessordnung muss praxistauglicher werden.

2. Zu den einzelnen Bestimmungen

2.1. Einvernahmeprotokolle bei Aufzeichnung der Einvernahme Art. 78a

Es ist richtig, die Möglichkeit der technischen Aufzeichnung unter gleichzeitiger Befreiung von der Pflicht fortlaufender Protokollierung nicht mehr auf das Hauptverfahren zu beschränken. Die neue Regelung hat zum Vorteil, dass auch im Vorverfahren Aufzeichnungen erfolgen können.

Fraglich ist jedoch, ob eine nachträgliche Erstellung eines Protokolls aus den Aufzeichnungen tatsächlich in jedem Fall sinnvoll und praktikabel ist. Wichtig erscheint uns, dass nachträglich kein Wortprotokoll erstellt werden muss. Grundsätzlich sollte es ausreichen, nur die Kernaussagen der Einvernahme zu verschriftlichen.

2.2. Teilnahmerechte, Art. 147 Abs. 3 und 3bis StPO, Art. 147a StPO

Die Teilnahmerechte in ihrer aktuellen Ausgestaltung erschweren den Auftrag der Staatsanwaltschaft enorm und führen zudem zu einer Verteuerung und einer Verlängerung des Verfahrens. So wurden beispielsweise in einem einfacheren Verfahren mit fünf Beschuldigten berechnet, dass alleine in den ersten zwei Monaten des Verfahrens Mehrkosten in der Höhe von CHF 30'000.00 angefallen sind, ohne Berücksichtigung des Mehraufwands für die Staatsanwaltschaft. Diese Kosten belasten in erster Linie die Kantone und den Steuerzahler. Es ist auch zu beobachten, dass höhere Kosten beim Vorliegen von amtlichen Verteidigungen anfallen, als bei gewählten Verteidigungen. Letztere nehmen die Teilnahmerechte grundsätzlich seltener wahr. Problematischer als die finanziellen Auswirkungen sind jedoch die Auswirkungen auf die Wahrheitsfindung, was im Folgenden kurz darzustellen ist:

Durch das mit der Strafprozessordnung gewählte Staatsanwaltschaftsmodell und insbesondere mit den Artikeln 307 und 309 StPO ist die Staatsanwaltschaft sehr früh in zahlreiche Strafverfahren involviert. So hat die Polizei gemäss Art. 307 StPO die Staatsanwaltschaft unverzüglich über schwere Straftaten und andere schwerwiegende Ereignisse zu informieren und die Staatsanwaltschaft hat gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO eine Untersuchung zu eröffnen, wenn sie im Sinne von Art. 307 durch die Polizei informiert worden ist. Da diese Informationspflicht „unverzüglich“ zu erfolgen hat, steht der massgebliche Sachverhalt zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest. Die genauen Tatumstände, die Tatbeteiligungen bei mehreren Tätern, die Motivlage und subjektive Elemente müssen somit erst ermittelt werden. Ein wichtiges Instrument zur Klärung des Sachverhalts stellen dabei Einvernahmen dar. Diese werden miteinander und mit allfällig vorhandenen Sachbeweisen oder weiteren Indizien abgeglichen und allfällige Widersprüche werden geklärt. Dabei ist ein Strafverfahren äusserst dynamisch. Je

nach Entwicklung stellt sich der Sachverhalt immer wieder anders dar oder es zeigen sich im Verlaufe des Verfahrens weitere Aspekte, die zu Beginn des Verfahrens nicht bekannt gewesen waren. Um herauszufinden, was wirklich passiert ist, sind die Staatsanwaltschaften in einer ersten Phase darauf angewiesen, Aussagen unbeeinflusst erhalten zu können. Die Beschuldigten erhalten selbstverständlich zu einem späteren Zeitpunkt das Recht, zu diesen Aussagen Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen. Es geht somit schlicht darum, mehrere Personen zur gleichen Sache zu befragen, bevor sich diese haben absprechen können oder auf andere Weise Kenntnis von den Aussagen der anderen Beteiligten erhalten. Aus allfälligen Abweichungen ergeben sich dann Anhaltspunkte dafür, ob jemand die Wahrheit sagt oder nicht. Umgekehrt kann aber auch davon ausgegangen werden, dass man sehr nahe an der Wahrheit dran ist, wenn mehrere Personen dasselbe aussagen, ohne dass sie sich zuvor haben absprechen können oder auf andere Weise Kenntnis von allfälligen anderen Aussagen erhalten haben. Wichtig für die Ermittlung der materiellen Wahrheit kann aber auch ein Wissensvorsprung sein. Vielleicht nennt zum Beispiel der eine Mittäter eines Raubüberfalls ein wichtiges Detail, das zu weiteren Beweismitteln führt. Gerade wenn sich Personen nicht in Untersuchungshaft befinden, brauchen die Strafverfolgungsbehörden Zeit, um solche Beweismittel zu sichern, bevor sie anderen Mittätern zur Kenntnis gelangen. Insbesondere schwere Straftaten werden zudem oft nicht von Einzeltätern begangen. Bis man weiss, wer in welcher Hierarchiestufe gehandelt hat bzw. wer welchen Tatbeitrag geleistet hat, müssen oftmals zahlreiche Sach- und Personalbeweise erhoben werden. Es ist sicherlich gut vorstellbar, dass ein Mittäter unterer Hierarchiestufe kaum dazu bereit ist, in Anwesenheit seines „Vorgesetzten“ irgendwelche Aussagen zu machen.

Aus all diesen Gründen sollten daher Aussagen – zumindest in der ersten Phase der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen bzw. solange es überhaupt um die Sachverhaltsermittlung geht – ohne Teilnahmerechte und vor allem auch zeitnah erhoben werden können, wenn sie dem Ziel der Wahrheitsfindung auch wirklich dienen sollen.

Beim Anliegen, die aktuelle Regelung der Teilnahmerechte zu überdenken, geht es nicht um die Verhinderung eines fairen Verfahrens. Die Strafprozessordnung geht mit den Teilnahmerechten weiter, als dies gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens gewährleistet werden müsste und die Schweiz steht mit dieser Lösung auch international ziemlich isoliert dar. Selbstverständlich muss das Frage- und Konfrontationsrecht der beschuldigten Person unverändert erhalten bleiben, doch soll es zeitlich etwas nach hinten versetzt werden. Unverändert soll auch das Recht der beschuldigten Person bleiben, bereits von der ersten Einvernahme an einen Anwalt beiziehen zu können.

Die nun vorgeschlagene Lösung bietet aus unserer Sicht Verbesserungen, was wir sehr begrüssen, doch bringt sie auch bekannte und neue Fragestellungen mit sich. Das Teilnahmerecht von beschuldigten Personen soll im Grundsatz unverändert beibehalten werden, neu soll aber eine Einschränkung des Teilnahmerechts dann möglich sein, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird. Grundsätzlich ist das jedoch immer zu befürchten, da man im Vorfeld einer Einvernahme deren Inhalte ja noch nicht kennt. Dies gilt im besonderen Masse in der Anfangsphase einer Strafuntersuchung. Wenn dies aber immer zu befürchten ist, dann bedeutet dies nichts anderes als einen grundsätzlichen Ausschluss der Teilnahme. Zudem stellt sich die Frage, welcher Nachweis für diese Befürchtung zu erbringen ist bzw. ob dieser Nachweis überhaupt erbracht werden kann. Bei der vorgeschlagenen Lösung handelt es sich um den Versuch, eine scheinbare Zwischenlösung zu schaffen, welche den Anwendungsbereich jedoch zu wenig klar umschreibt und daher in der Praxis ständig zu unterschiedlichen Auffassungen und Rechtsstreitigkeiten führen dürfte.

Wie bereits in den Vorbemerkungen ausgeführt, vermag die Begründung im Begleitbericht für die grundsätzliche Beibehaltung des Teilnahmerechts, nämlich dass dieses Ausdruck des angestrebten „Gleichgewichts“ der Parteien sei, nicht zu überzeugen. Die Staatsanwaltschaft ist im Vorverfahren gerade nicht Partei, sondern hat einen übergeordneten Auftrag zu erfüllen.

Die Verteidigungsrechte und das faire Verfahren werden dabei bereits umfassend durch die Mitwirkungsrechte an den Beweiserhebungen, die ausgedehnten Beschwerderechte und durch den Anwalt der ersten Stunde gewährleistet.

Seit das Bundesgericht das Teilnahmerecht auch auf Mitbeschuldigte ausgedehnt hat (aus dem Gesetzeswortlaut wäre auf ein solches an sich noch nicht zwingend zu erkennen gewesen, was auch aus damaligen Entscheiden von kantonalen Beschwerdeinstanzen hervorging), gab es in der Folge zahlreiche Entscheidungen, welche diesen Grundsatz wieder zu relativieren suchten (bei Trennung des Verfahrens, unmittelbar nach der Tat bei Vorliegen von Kollusion u.a.m.). Diese Rechtsprechung hat zu einer allgemeinen Rechtsunsicherheit und zu zahlreichen Beschwerdeverfahren geführt, welche die Strafbehörden auf allen Ebenen beanspruchen und belasten sowie die Verfahren verlängern und verteuern. Eine klare und einfache gesetzliche Regelung wäre dringend nötig. Mit der gesetzlichen Normierung des EMRK-Standards wäre allen gedient. Der EMRK Standard ist klar, gewährleistet ein faires Verfahren und unterstützt den Auftrag der Staatsanwaltschaft. Gemäss EGMR braucht es zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens keine Teilnahmerechte!

Wir beantragen daher, die Teilnahmerechte an Einvernahmen, insbesondere bei mitbeschuldigten Personen, gemäss der EMRK und der dazugehörigen Rechtsprechung auszugestalten in dem Sinne, dass jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht hat, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen. Art. 147 Abs. 1 E StPO wäre entsprechend abzuändern, Art. 147 Abs. 2 und 3 E StPO wären aufzuheben.

2.3. Strafbefehlsverfahren

Das Strafbefehlsverfahren steht seit Anfang an teilweise in der Kritik. Auch wenn wir nicht ausschliessen können, dass es in Einzelfällen zu Fehlern kommt und das interne Controlling versagt, sind der Grundgedanke und die aktuelle Ausgestaltung überzeugend und rechtsstaatlich korrekt. Wir verweisen an dieser Stelle auf BGer 6B_1139/2014 Erwägung 1.2.:

„Der Strafbefehl beruht auf einer bloss summarischen Beurteilung von Täter und Tat durch die Staatsanwaltschaft. Er kann schon vor Eröffnung ergehen (Art. 309 Abs. 4 StPO) und setzt lediglich das Eingeständnis des Beschuldigten oder eine anderweitig ausreichende Klärung des Sachverhalts voraus (Art. 352 Abs. 1 StPO). Die Durchführung eines Beweisverfahrens ist somit nicht unbedingt erforderlich, und insbesondere wird keine staatsanwaltschaftliche Einvernahme des Beschuldigten verlangt. Auch ein formeller Abschluss der Untersuchung vor Erlass des Strafbefehls ist nicht vorgesehen (Art. 318 Abs. 1 StPO). Die Rechtsstaatlichkeit des Strafbefehlsverfahrens ist dennoch gegeben, weil auf Einsprache hin ein Gericht mit voller Kognition unter Beachtung der für das Strafverfahren geltenden Mindestrechte über den erhobenen Vorwurf entscheidet (...).“

In der überwiegenden Mehrheit betreffen die Strafbefehlsverfahren Übertretungen und Minsengeschäfte wie Zuwiderhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, Ladendiebstähle, einfache Körperverletzungen, Tötlichkeiten, sexuelle Belästigungen und andere mengenmässig eher häufig vorkommende Delikte, und zwar auch im Bereich von über 120 Tagessätzen bzw. 4 Monaten Freiheitsstrafen. Die tiefen Einsprachequoten deuten auf eine hohe Akzeptanz der Strafbefehle hin. Es ist immer wieder festzustellen, dass ein schnelles und rechtsstaatlich korrektes Verfahren im Interesse aller Beteiligten liegt und von diesen gewünscht und erwartet wird. Auch im Strafbefehlsverfahren kann jeder Entscheid und jede Verfahrenshandlung der Staatsanwaltschaft angefochten werden. Der Rechtsstaat stünde ohne das Strafbefehlsverfahren vielfach still. Diese Errungenschaften sollten nicht ohne zwingende Gründe wieder aufgegeben werden.

2.3.1. Art. 126 Abs. 2 Bst. a und a^{bis} in Verbindung mit Art. 353 Abs. 2 EStPO sowie Art. 354 Abs. 1 Bst. a^{bis} und 1^{bis} EStPO / Zivilklage im Strafbefehlsverfahren

Neu soll im Strafbefehlsverfahren auch über strittige Zivilforderungen entschieden werden, wenn der strittige Betrag CHF 30'000.00 nicht übersteigt und deren Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich ist. Diese letztere Einschränkung ist zu begrüssen, doch wird diese neue Regelung trotzdem dazu führen, dass es zu mehr Beschwerdeverfahren und Einsprachen kommen wird, die sich einzig um die Zivilforderungen drehen. Dadurch gerät die Sicherstellung des staatlichen Strafanspruchs zu Gunsten der Unterstützung von finanziellen Partikularinteressen in den Hintergrund und die verhältnismässig rasche Erledigung der Strafsache als eines der primären Ziele des Strafbefehlsverfahrens wird dadurch erschwert oder sogar verunmöglicht.

Wir beantragen daher, die bisherige Regelung beizubehalten in dem Sinne, dass unbestrittene Zivilforderungen im Strafbefehl vorgemerkt werden.

2.3.2. Art. 269 Abs. 2 Bst. a

Wir begrüssen die Aufnahme der beiden Tatbestände von Artikel 226bis StGB (Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen) sowie Artikel 226ter StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen) in die Deliktskataloge.

Die Kataloge sind jedoch unseres Erachtens mit weiteren Artikeln zu ergänzen. Aufzunehmen ist die AQ/IS-Strafnorm (als Übergangsbestimmung bis Art. 260sexies StGB in Kraft tritt). Auch fallen Art. 220 StGB (Entziehen von Minderjährigen) und Art. 143bis StGB (Datenhacking) bisher nicht darunter, obschon sich hier weiterführende und rasche Ermittlungsansätze sehr oft nur dank entsprechenden Überwachungsmassnahmen ergeben. Und gerade Delikte im Bereich Datenhacking können eine Dimension schädigender Auswirkungen erreichen, welche sich der Gesetzgeber bei der Revision der "Computer-Delikte" 1994 nicht vorstellen konnte.

Im Weiteren ist der Katalog der verdeckten Ermittlung (Art. 286 Abs. 2 Bst. a) zu ergänzen in Bezug auf Art. 197 Abs. 1 StGB (Pornografie). Die Einschränkung auf die Absätze 3-5 führt zur Problematik, dass in Fällen, bei denen die Täterschaft pornographische Bildaufnahmen an Minderjährige verschickt (typisch hier Bildaufnahmen der Täterschaft von ihrem Geschlechtsteil), die verdeckte Ermittlung in dieser Phase noch nicht möglich ist und so die IP-Adresse und entsprechend die Identität nicht festgestellt werden können. Derartige Handlung zeigen jedoch ein gefährliches Potential für weitere gravierende strafbare Handlungen im Bereich von sexuellen Handlungen mit Minderjährigen und müssen den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit eröffnen, die Person möglichst rasch ausfindig zu machen.

2.3.3. Art. 352 a EStPO / Obligatorische Einvernahme im Strafbefehlsverfahren

Ob im Strafbefehlsverfahren Einvernahmen nötig sind, hängt von der Konstellation des Einzelfalles ab. Es besteht kein Zweifel, dass in einigen Fällen Einvernahmen erforderlich sind, jedoch bietet das Strafmass hierfür kein taugliches Kriterium und führt zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens in denjenigen Fällen, in denen ein Beweisverfahren gerade nicht notwendig gewesen wäre. Dies unter anderem auch deshalb, weil bei einer Einvernahme zwingend ein Verfahren zu eröffnen und Art. 309 Abs. 4 StPO nicht mehr anwendbar ist. Wir schlagen daher vor, die Einvernahmeverpflichtung ganz zu streichen und den Kantonen zu überlassen, diese in einer Weisung zu regeln, wie dies bereits vielfach gemacht worden ist, oder einzig die Einvernahmeverpflichtung bei in Frage stehendem Widerruf zu normieren.

2.3.4. Art. 354 Abs. 1^{ter} EStPO / Einsprachefristen

Auf die unterschiedlichen Einsprachefristen bei persönlicher bzw. nicht persönlicher Aushändigung ist zu verzichten, ebenso auf eine Verlängerung der Einsprachefrist. Im Begleittext wird hierzu ausgeführt, dass die kurze Einsprachefrist in Lehre und Rechtsprechung zu Kritik geführt habe und dass aus den tiefen Einsprachequoten nicht auf die Akzeptanz der Strafbefehle geschlossen werden könne. Hierzu ist zu bemerken, dass die Einsprachefrist nur vereinzelt zu Kritik geführt hat und es problematisch erscheint, wenn aufgrund einzelner kritischer Stimmen

eine bewährte und rechtsstaatlich korrekte Regelung geändert wird. Dass aus den tiefen Einsprachequoten nicht zwingend auf die Akzeptanz der Strafbefehle geschlossen werden kann, ist sicher richtig. Allerdings kann auch nicht darauf geschlossen werden, dass dem nicht so ist. Dass die tiefe Einsprachequote auch darin begründet sein könne, dass Zeit für eine vertiefte Abklärung fehle oder der Strafbefehl aus unterschiedlichsten Gründen nicht verstanden werde, wie ebenfalls im Begleitbericht ausgeführt, sind reine Spekulationen und entspricht nicht den Erfahrungen in der Praxis. Grundsätzlich verhält es sich so, dass die beschuldigte Person ohne weitere Begründung praktisch formlos Einsprache erheben kann. Im Rahmen des darauffolgenden Einspracheverfahrens besteht ausreichend Zeit, sich mit den Prozessrisiken und –chancen und der weiteren Begründung auseinanderzusetzen und die Einsprache kann jederzeit zurückgezogen werden, oftmals ohne weitere Kostenfolgen. Es mag vorkommen, dass einzelne Adressaten den Inhalt eines Strafbefehls intellektuell nicht verstehen, doch würde dies gleichermaßen für sämtliche Verfügungen oder Verfahrenshandlungen zutreffen, welche ebenfalls mit einer zehntägigen Beschwerdefrist anzufechten sind und man nicht daran denkt, diese zu verlängern. Für Sprachschwierigkeiten gilt dasselbe. Dass amtliche Verfügungen, Entscheidungen oder Urteile in einer Amtssprache ergehen, entspricht zudem einem allgemeinen Selbstverständnis und wird auch in anderen Bereichen nicht in Frage gestellt. Sobald ein Verfahren eröffnet wird, besteht ohnehin der Anspruch auf Übersetzung (Art. 68 StPO).

2.4. Ausbau der Opferrechte

2.4.1. Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3 / Schlussmitteilung und erneute Information zur Konstituierung als Privatklägerschaft und Stellung von Beweisanträgen

Als Opfer gilt gemäss Art. 116 StPO die *geschädigte Person*, die durch die Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist. Gemäss Art. 118 Abs. 4 StPO hat die Staatsanwaltschaft die *geschädigte Person* (also auch die Opfer), die von sich aus keine Erklärung bezüglich der Konstituierung als Privatklägerschaft abgegeben hat, nach Eröffnung des Vorverfahrens auf diese Möglichkeit hinzuweisen. Zudem wird das Opfer bei der ersten Einvernahme umfassend über seine Rechte belehrt (Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO). Da in denjenigen Fällen, in denen eine Schlussmitteilung ergeht, ein Verfahren eröffnet worden sein muss (und nicht in Anwendung von Art. 309 Abs. 4 StPO ohne Eröffnung ein Strafbefehl erlassen wurde), wurden die Opfer somit bereits mehrfach über ihre Rechte informiert und erhalten zudem vielfach auch noch Informationen über die Opferhilfe (Art. 8 OHG). Haben sie sich von sich aus noch nicht als Privatkläger konstituiert, werden sie sogar nach Eröffnung des Vorverfahrens auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht. Es ist nicht nachzuvollziehen und führt nur zu unnötigem administrativem Aufwand, diese Belehrungen vor Abschluss des Vorverfahrens nochmals zu machen. Diese Bestimmung ist daher zu streichen.

2.4.2. Art. 352 Abs. 1 Einleitungssatz 1^{bis} und 3 EStPO / Ausschluss des Strafbefehlsverfahrens bei Strafen von mehr als 120 Tagessätzen bzw. 4 Monaten

Die im Begleittext für diese Änderung angeführte Begründung divergiert vollständig mit den Erfahrungen in der Praxis. Zunächst ist die weite Opferdefinition in Erinnerung zu rufen. Es gibt viele unterschiedliche Arten von Opfern. Nicht nur, aber insbesondere Opfer von sexueller oder häuslicher Gewalt erleben anlässlich der Hauptverhandlung häufig, dass ihr Vorleben, ihr Leumund und ihre Glaubwürdigkeit in Frage gestellt werden. Dieser zusätzlichen Belastung wollen sich viele Opfer nicht aussetzen. Nicht ohne Grund spricht man in denjenigen Deliktsbereichen, in denen eine Anklage zwingend erhoben werden muss, von der Gefahr eine Sekundärviktimsierung durch das Verfahren und die Gerichtsverhandlung. Viele Opfer möchten auch eine (erneute) Begegnung mit dem Täter vermeiden und erleben eine Begegnung anlässlich der Hauptverhandlung zusätzlich als Belastung. Dass bis zu einem Strafmass von sechs Monaten keine Hauptverhandlung zwingend ist, entspricht nach den Erfahrungen der Praxis einem Bedürfnis der betroffenen Opfer. Da diese neu vorgeschlagene Regelung weitreichende Folgen auf mehreren Ebenen zeitigen würde und hier die Erfahrungen in der Praxis

von den Erkenntnissen aufgrund der Evaluation des Opferhilfegesetzes augenfällig divergieren, regen wir eine erneute sorgfältige Prüfung und Evaluation an.

2.5. Verteidigung

2.5.1. Art. 131 Abs. 2 und 3 EStPO

Ein Vorverfahren wird nicht formell eingeleitet. Wir regen daher an, auf diesen Terminus bzw. überhaupt auf die Nennung eines Zeitpunkts zu verzichten und stattdessen einzig auf das Vorliegen der Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung abzustellen. Der Gesetzestext könnte dann beispielsweise wie folgt lauten:

„Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung erfüllt, so ist diese umgehend sicherzustellen“.

2.5.2. Art. 133 EStPO / Bestellung der amtlichen Verteidigung

Mit dieser Regelung wird in die Organisationsautonomie der Kantone eingegriffen, obschon die heutige Regelung zu keinen Problemen geführt hat. Bisher haben alle Kantone Systeme entwickelt, die es ihnen ermöglichen, den Anforderungen der Strafprozessordnung mit Bezug auf die Bestellung der amtlichen Verteidigung zu genügen. Insbesondere im Pikett müssen Anwälte rasch ausgewählt und eingesetzt werden können, weil ansonsten Beweisverluste drohen oder Fristen nicht eingehalten werden können. Eine Organisation innerhalb der Staatsanwaltschaften ist daher am zweckmässigsten. Es ist zudem daran zu erinnern, dass jederzeit gegen die Einsetzungsverfügungen Beschwerde erhoben werden kann. Wir regen daher an, es bei der bisherigen Regelung zu belassen.

2.5.3. Art. 135 Abs. 1 EStPO zweiter Satz 3 und 4 / Entschädigung der amtlichen Verteidigung bei Einspruch und Einstellung

Im Gegensatz zur gewählten Verteidigung trägt die amtliche Verteidigung kein Inkassorisiko. Sie kann davon ausgehen, dass alle ihre Bemühungen sicher entschädigt werden. Es entsteht ein Rechtsverhältnis mit dem Staat, dessen Abgeltung in den jeweiligen Tarifordnungen festgelegt wird. Es drängt sich somit nicht ein Vergleich mit den Wahlverteidigungen, sondern viel eher mit den Staatsanwältinnen und Staatsanwälten auf. Warum die Höhe der Entschädigung vom Ausgang des Verfahrens abhängig gemacht werden soll, kann daher nicht nachvollzogen werden. Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft aufgrund des Grundsatzes „in dubio pro duriore“ verpflichtet ist, auch Fälle anzuklagen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch führen oder aufgrund des fehlenden Vorabklärungsverfahrens frühzeitig Verfahren eröffnen muss, die dann wieder einzustellen sind. Die Staatsanwaltschaft muss somit tätig werden, auch wenn sie weiss oder davon ausgeht, dass sie mutmasslich „unterliegt“. Demgegenüber sind die geltenden Regelungen der Strafprozessordnung und der dazugehörigen Rechtsprechung derart, dass die amtlichen Verteidigungen sehr frühzeitig und in zahlreichen Verfahren involviert sind und ihnen damit insgesamt auch Gewähr für eine verlässliche Einnahmequelle geboten wird. Davon zeugt auch der Anstieg der entsprechenden kantonalen Kosten seit Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung. Die Bestimmung ist daher zu streichen.

2.6. Weitere Bestimmungen / Bemerkungen und technische Anpassungsvorschläge

2.6.1. Art. 55a lit. b EStPO / Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengericht bei aktiver Rechtshilfe

Dieser Vorschlag wird abgelehnt. Die Verfahren werden damit unnötig verkompliziert und verlängert. In der Schweiz gehört die Staatsanwaltschaft zudem zur Justiz bzw. hat Aufgaben, die in anderen Ländern der Justiz zukommen. Zu dieser Tradition sollte man sich auch im internationalen Verhältnis bekennen.

2.6.2. Art. 88 Abs. 4 EStPO / Rechtskraft von Strafbefehlen auch ohne Zustellung

Auch wenn ein Strafbefehl im Amtsblatt ausgeschrieben wird, wird er von den Beurteilten nicht gelesen. Es handelt sich daher um eine nicht zielführende Alibiübung. Die Ausschreibungen

verursachen daher ausschliesslich Kosten und Aufwand, ohne dass ein Nutzen für irgendjemanden geschaffen wird. Die bisherige Regelung ist daher beizubehalten.

2.6.3. Art. 221 EStPO / Wiederholungsgefahr

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach in Ausnahmefällen auch auf das Vortatenerfordernis verzichtet werden kann, sei auch hier zu übernehmen (z.B. BGE 137 IV 13 E. 3 f.).

2.6.4. Art. 222a Abs. 2 EStPO / Haftverfahren

Die Begründungspflicht von drei Stunden sei angemessen zu verlängern (nicht mehr als zwölf Stunden). Die Frist von drei Stunden hat sich in der Praxis als sehr kurz erwiesen.

2.6.5. Art. 231 Abs. 2 EStPO / Fortsetzung der Sicherheitshaft nach erstinstanzlichem Urteil

Die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, die Fortführung der Sicherheitshaft zu beantragen, sollte ihr immer dann zukommen, wenn sie Berufung anmeldet und das erstinstanzliche Gericht die Freilassung des Beschuldigten anordnet. Also beispielsweise auch bei einer Verurteilung zu einer kurzen oder einer bedingten Freiheitsstrafe und nicht nur bei einem Freispruch.

2.6.6. Art. 248 Abs. 1, 2 und 3 EStPO

Die Möglichkeit der Siegelung blockiert bereits heute, trotz der 30-tägigen Ordnungsfrist, die Verfahren oft monatelang. Die Zwangsmassnahmengerichte sind aufgrund fehlender Ressourcen oftmals nicht in der Lage, diese Frist einzuhalten. Diese Problematik akzentuiert sich, wenn grosse Mengen an elektronischen Daten sicherzustellen sind. Die Siegelung kann so missbraucht werden, um die Auffindung deliktisch erlangter Vermögenswerte oder die Sicherstellung von Beweisen zu verhindern. Es sollte deshalb geprüft werden, ob die Möglichkeiten der Siegelung nicht eingeschränkt werden sollten, z.B. dass diese Möglichkeit nur besteht, wenn man sich auf ein Beschlagnahmeverbot nach StPO berufen kann. So oder so sollte jedoch unbedingt festgehalten werden, dass über die Siegelung in einem beschleunigten Verfahren zu entscheiden ist.

2.6.7. Art. 251a EStPO/ Blut- und Urinuntersuchung

Der Gesetzestext sollte dahingehend abgeändert werden, als dass die Polizei sowohl eine Blut- als auch eine Urinabnahme inklusive der jeweiligen Untersuchung anordnen können soll.

Der Abs. 2 könnte gestrichen werden, da die Staatsanwaltschaft ja grundsätzlich für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig ist und die Polizei sie entsprechend informiert, sollte eine Zwangsmassnahme erforderlich sein.

2.6.8. Art. 301 Abs. 1^{bis} EStPO / Aushändigung einer Kopie der Anzeige

Hier ist nicht ganz klar, wie diese Bestimmung zu verstehen ist. Gegen die Aushändigung einer Anzeige ist nichts einzuwenden, gegen die Aushändigung eines Einvernahmeprotokolls jedoch schon, da insbesondere zu Anfang eines Verfahrens Kollusionsgefahr besteht. Wir empfehlen daher die Beibehaltung der aktuellen Regelung.

2.6.9. Art. 303a / Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikte

Es ist zu prüfen, ob die Pflicht zur Sicherheitsleistung nicht auf weitere Antragsdelikte auszuweiten ist. Zudem ist zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die Sicherheitsleistung zu Gunsten der Staatskasse verfällt.

2.6.10. Art. 364 Abs. 5 EStPO / Verfahren bei nachträglichen Entscheiden

Auch die Staatsanwaltschaft kann für den Entscheid eines nachträglich richterlichen Entscheids zuständig sein. In diesen Fällen kann sich das Verfahren nicht nach den Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahren richten. Die Gesetzesbestimmung ist entsprechend anzupassen.

2.6.11. Art. 9 Rechtshilfegesetz / Schutz des Geheimbereichs und Siegelung

Diese Bestimmungen sind zu streichen, da viel zu unbestimmt. Es sollte wie heute dabeibleiben, dass diese Rechte im Hauptverfahren im Ausland geltend zu machen sind und nicht im Rahmen des Rechtshilfeverfahrens.

3. **Schlussbemerkungen**

Abschliessend ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass zahlreiche Vorschläge in der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage zu einer Verlängerung und einer Verteuerung der Verfahren führen würden, ohne dass ein zwingender Handlungsbedarf ausgewiesen wäre. Es ist daher fraglich, ob derartige Konsequenzen tatsächlich gewollt und im Interesse der Gesellschaft sind. Es ist auch in Erinnerung zu rufen, dass das Strafprozessrecht als Prozessrecht dazu dienen sollte, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen und nicht, dessen Durchsetzung zu behindern. Wenn ein Tatbestand formuliert wird, der bestraft werden soll, dann müssen den vollziehenden Behörden mit dem Prozessrecht auch diejenigen Instrumente in die Hand gegeben werden, die es ihr ermöglichen den Sachverhalt zu beweisen. Selbstverständlich müssen das faire Verfahren und die Parteirechte ebenfalls gewährleistet werden. Dies geschieht in der geltenden Strafprozessordnung aber bereits in umfangreichem Masse. Bei den Teilnahmerechten hat man nun die Parteirechte gegenüber dem gesetzlichen Auftrag zu stark in den Vordergrund gestellt, was sich nachteilig auf die Wahrheitsfindung auswirkt. Die angeblich starke Stellung und Machtfülle der Staatsanwaltschaft wird bereits ausreichend begrenzt und kontrolliert durch die übrigen Mitwirkungsrechte der Parteien, die ausgedehnten Beschwerderechte und die Zwangsmassnahmengerichte.

Freundliche Grüsse
NAMENS DES REGIERUNGSRATES



Yvonne von Deschwanden
Landammann



lic. iur. Hugo Murer
Landschreiber

Geht an:
- annemarie.gasser@bj.admin.ch



CH-6061 Sarnen, Postfach 1561, SJD

Per E-Mail an:

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

annemarie.gasser@bj.admin.ch

Referenz/Aktenzeichen: OWSTK.3065
Unser Zeichen: fu

Sarnen, 12. März 2018

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, *geschätzte Simonetta*
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit der Stellungnahme zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Änderung der Strafprozessordnung) danken wir Ihnen.

Die Eidgenössische StPO ist seit 2011 in Kraft. Für die Gerichte hat sich die StPO im grossen Ganzen bewährt, jedoch hat sich das geltende Bundesrecht verglichen mit dem geltenden kantonalen Recht als nachteilig ausgewirkt. Für die Strafverfolgungsbehörden haben sich etliche Mängel gezeigt, welche die Arbeit massiv erschweren und verteuern. Damit laufen sie dem Kernanliegen der Strafverfolgung, nämlich der Suche nach der materiellen Wahrheit, diametral entgegen.

Grundsätzlich wird eine Revision der StPO begrüsst, da diverse Unstimmigkeiten und Mängel der geltenden StPO beseitigt werden sollen. Einige Artikel der vorliegenden Revision führen jedoch zu einer Verschlechterung der Situation, weshalb sämtliche Änderungen der Vorlage abgelehnt werden, die zu Mehrkosten und zur Verzögerung von Verfahren führen. Zudem war die Sicht der Strafverfolgungsbehörden in der eingesetzten Arbeitsgruppe untervertreten und den Eingaben der Strafverfolgungsbehörden wurde kaum Gewicht beigemessen



CH-6061 Sarnen, Postfach 1561, SJD

Per E-Mail an:

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

annemarie.gasser@bj.admin.ch

Referenz/Aktenzeichen: OWSTK.3065
Unser Zeichen: fu

Sarnen, 12. März 2018

Anhang

Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung)

Nachfolgend zeigen wir Ihnen gerne auf, welche Punkte in der Änderung der StPO aus der Sicht des Kantons Obwalden zu berücksichtigen sind.

Art. 59 Abs. 1 Einleitungssatz StPO

Soweit im erläuternden Bericht ausgeführt wird, es widerspreche dem Grundsatz der doppelten Instanz gemäss Art. 80 Abs. 2 BGG, wenn ein Entscheid über ein Ausstandsgesuch als "endgültig" bezeichnet werde, ist darauf hinzuweisen, dass Entscheide der Beschwerdeinstanz und des Berufungsgerichts nach Art. 59 Abs. 1 lit. b und c StPO auch weiterhin als Entscheide einer einzigen Instanz an das Bundesgericht weitergezogen werden könnten. Die StPO sieht gegen deren Entscheide kein Rechtsmittel vor. Alles andere wäre denn auch systemwidrig.

Art. 78 und 78a Protokollierung und Aufzeichnung von Einvernahmen

Es ist richtig, die Möglichkeit der technischen Aufzeichnung unter gleichzeitiger Befreiung von der Pflicht fortlaufender Protokollierung nicht mehr auf das Hauptverfahren zu beschränken. Die neue Regelung hat den Vorteil, dass auch im Vorverfahren Aufzeichnungen erfolgen können. Fraglich ist jedoch, ob eine nachträgliche Erstellung eines Protokolls aus den Aufzeichnungen tatsächlich in jedem Fall sinnvoll und praktikabel ist. Die Formvorschrift bezüglich Bildaufnahmen generiert einen erheblichen technischen und administrativen Mehraufwand und ist ersatzlos zu streichen.

Art. 117 Abs. 1 lit. g StPO

Die Gründe für die Wiedereinführung sind aus dem erläuternden Bericht nicht ersichtlich und es resultiert ein Mehraufwand für die Gerichte.

Art. 123 Zeitpunkt der Bezifferung und Begründung der Zivilklage

Es ist zu erwarten, dass der Arbeitsaufwand für die Polizei weiter zunimmt, wenn die Zivilansprüche bereits im Vorverfahren beziffert werden müssen (Abklärungen im Zusammenhang mit Sachbeschädigung; Rechnungen erheben, Dokumente einfordern, Nachtragsrapporte verfassen etc.). Diese Regelung ist zu streichen.

Art. 126 Abs. 2 Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren

Im Strafverfahren gilt das Beschleunigungsgebot. Die Behandlung nicht anerkannter Forderungen verzögert das Verfahren erheblich; es führt zu mehr Einsprachen und mehr Strafgerichtsfällen. Dies kann nicht im Interesse einer schnellen Abwicklung einfacherer Strafverfahren sein.

Art. 130 lit. d StPO

Der Entwurf nennt neu das persönliche Auftreten der Staatsanwaltschaft vor dem Zwangsmassnahmengericht explizit als Fall einer notwendigen Verteidigung. Es ist darauf hinzuweisen, dass durch die neue Regelung Mehraufwand für die Staatsanwaltschaft entsteht, welche in der ohnehin kurz bemessenen Zeit nach der Festnahme neu in allen Fällen für die Auswahl und Einsetzung einer amtlichen Verteidigung besorgt sein müsste. Es sollte deshalb geprüft werden, ob auf die Änderung verzichtet oder ob sie auf schwerere Fälle beschränkt werden sollte.

Art. 131 Abs. 3 Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung

Diese Unklarheit zwischen den Gesetzestexten muss nach Ansicht der Kantonspolizei Obwalden, entgegen der Auffassung des BJ, zugunsten der bisherigen deutsch/italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer relativen Unverwertbarkeit (Art. 141 Abs. 2 StPO) aufgelöst werden. Es soll weiterhin eine Güterabwägung erfolgen und keine automatische Ungültigkeit eintreten.

Art. 133 Bestellung der amtlichen Verteidigung

Die vorgeschlagene Regelung, wonach für die Bestellung der amtlichen Verteidigung das Zwangsmassnahmengericht oder eine von der Verfahrensleitung unabhängige Stelle zuständig sein soll, wird abgelehnt. Diese Regelung ist schwerfällig und auch erheblich aufwändiger als die bisherige.

Art. 135 Abs. 1, 3 und 4 StPO

Die hier vorgesehene Änderung ist zu begrüßen. Sie führt in vielen Fällen zu einer Vereinfachung (vgl. etwa BGE 140 IV 213, E. 1.6). Ferner ist die heute geltende Regelung, wonach gegen den Entscheid der Beschwerdeinstanz oder des Berufungsgerichts eines Kantons über die Entschädigung der amtlichen Verteidigung beim Bundesstrafgericht Beschwerde geführt werden kann, systemwidrig. Es handelt sich dabei im gesamten Gebiet des Strafprozessrechts um eine singuläre Bestimmung. In keinem andern Fall kann der Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts an das Bundesstrafgericht weitergezogen werden.

Art. 136 Abs. 1 bis StPO

Auch die hier vorgesehene Ausdehnung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege des Opfers wird abgelehnt.

Art. 141 Abs. 4 Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise

Einverstanden. Sie ist juristisch korrekt und sachgerecht.

Art. 147 und Art. 147a Teilnahmerechte der Parteien, Ausnahmen vom Teilnahmerecht der Parteien

Die Teilnahmerechte sind auf das Niveau der Garantie des Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK festzulegen. Danach hat der Beschuldigte das Recht, wenigstens einmal im Verfahren an Belastungszeugen (auch

Mitbeschuldigte) Fragen zu stellen. Entsprechend ist generell auf ein Teilnahmerecht des Beschuldigten (analog Art. 101 Abs. 1 StPO) vor dessen erster staatsanwaltlicher Einvernahme zu verzichten. Für eine solche Einschränkung spricht auch die Kohärenz mit der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts.

Ausdrücklich begrüsst wird, dass der Ausschluss auch für die Verteidigung gilt. Klar abzulehnen oder mindestens fakultativ auszugestalten ist jedoch das Erfordernis der Aufzeichnung in Bild und Ton, wenn die Teilnahmerechte beschränkt wurden.

Art. 210 Abs. 2 und Abs. 4 Ausschreiben von Deliktsgut

Keine Bemerkungen zu Absatz 2.

Die Regelung in Absatz 4, wonach die Staatsanwaltschaft das Ausschreiben von Deliktsgut im RIPOL schriftlich anordnen müsste, hat sich in der Praxis als untauglich erwiesen. Diese Massnahme ist nicht im Interesse des Geschädigten und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb hierfür eine staatsanwaltschaftliche Anordnung nötig wäre.

Art. 221 Voraussetzungen für Untersuchungshaft

Die Anpassung der Bestimmung wird begrüsst.

Art. 248 Abs. 1, 2 und 3 Siegelung

Der Entwurf sieht vor, dass das Zwangsmassnahmengericht nicht nur wie heute im Vorverfahren über die Entsigelung entscheidet, sondern auch im erstinstanzlichen Verfahren. Im Rechtsmittelverfahren dagegen soll diese Kompetenz der Verfahrensleitung des Gerichts zukommen, bei dem der Fall hängig ist. Das ist inkonsequent. Bei Art. 231 Abs. 2 StPO wird im Entwurf vorgeschlagen, dass die Verfahrensleitung der Berufungsinstanz nicht mehr eigenständig über eine allfällige Haftentlassung entscheiden können, sondern dass der Entscheid der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz übertragen werden soll (vgl. erläuternder Bericht, S. 34). Es ist nicht ersichtlich, weshalb bei der Siegelung nicht ebenfalls diese naheliegende Lösung in Betracht gezogen wird. Wir schlagen vor, dass Art. 248 StPO in diesem Sinne ergänzt und der Entwurf in diesem Punkt abgeändert wird.

Art. 251 Bst. a Blut- und Urinuntersuchung

Diese Änderung wird ausdrücklich begrüsst.

Art. 269 Abs. 2 Bst. a Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs

Art. 286 Abs. 2 Bst. a Verdeckte Ermittlung – Voraussetzungen

Die Kataloge sind jedoch unseres Erachtens mit weiteren Artikeln zu ergänzen. Aufzunehmen ist die AQ/IS-Strafnorm (als Übergangsbestimmung bis Art. 260sexies StGB in Kraft tritt). Auch fallen Art. 220 StGB (Entziehen von Minderjährigen) und Art. 143bis StGB (Datenhacking) bisher nicht darunter, obschon sich hier weiterführende und rasche Ermittlungsansätze sehr oft nur dank entsprechenden Überwachungsmassnahmen ergeben. Und gerade Delikte im Bereich Datenhacking können eine Dimension schädigender Auswirkungen erreichen, welche sich der Gesetzgeber bei der Revision der „Computer-Delikte“ 1994 nicht vorstellen konnte.

Im Weiteren ist der Katalog der verdeckten Ermittlung (Art. 286 Abs. 2 Bst. a) zu ergänzen in Bezug auf Art. 197 Abs. 1 StGB (Pornografie). Die Einschränkung auf die Absätze 3-5 führt zur Problematik, dass in Fällen, bei denen die Täterschaft pornographische Bildaufnahmen an Minderjährige verschickt (typisch hier Bildaufnahmen der Täterschaft von ihrem Geschlechtsteil), die verdeckte Ermittlung in dieser Phase noch nicht möglich ist und so die IP-Adresse und entsprechend die Identität nicht festgestellt werden können. Derartige Handlungen zeigen ein gefährliches Potential für weitere gravierende strafbare Handlungen im Bereich von sexuellen Handlungen mit Minderjährigen und müssen den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit eröffnen, die Person möglichst rasch ausfindig zu machen.

Art. 273 Abs. 1 Erhebung von Randdaten

Die angestrebte Änderung ist ausdrücklich zu begrüssen.

Art. 352a Obligatorische Einvernahme der beschuldigten Person

Aus prozessökonomischen Überlegungen, welche bereits in der ersten Beratung der StPO zu einem Verzicht auf eine explizite Regelung geführt haben, ist diese Änderung abzulehnen.

Art. 353 Abs. 2 Beurteilung von Zivilforderungen im Strafbefehl

Die vorgeschlagene Änderung dürfte insgesamt zu einer erheblichen Entlastung der Justiz beitragen und ist im Interesse des Geschädigten. Für die Zusammenstellung der Forderungen wird jedoch eine Mehrbelastung bei der Polizei erwartet (vgl. Bemerkungen zu Art. 123 und Art. 126). Diesem Umstand muss Rechnung getragen werden.

Art. 354 Abs. 1-1ter Einsprache

Der Art. 354 Abs. 1ter lit. b sieht für den Fall der schriftlichen Eröffnung des Strafbefehls eine längere Einsprachefrist von 20 Tagen vor, was klar abzulehnen ist. Vor allem im Umgang mit ausländischen Straftätern ohne Aufenthaltstitel (Kriminaltouristen) ist eine möglichst rasche Rechtskraft wichtig, damit diese umgehend ausgeschafft werden können.

Im Entwurf wird eine differenzierte Einsprachefrist vorgeschlagen. In allen Fällen, in denen der Strafbefehl z.B. per Post oder öffentliche Bekanntmachung zugestellt wird, soll die Einsprachefrist neu 20 Tage betragen. Eine unterschiedliche Einsprachefrist je nach der Art der Eröffnung eines Entscheids erscheint als singular und systemfremd. Hinzu kommt, dass Einsprachen der beschuldigten Person nicht begründet werden müssen. Es genügt in diesen Fällen ein einfacher Satz. Ferner besteht in vielen Fällen schon eine rechtliche Vertretung, welche die beschuldigte Person über Chancen und Risiken eines Weiterzugs informieren kann. Zehntägige Rechtsmittelfristen sind beispielsweise auch in den zahlreichen summarischen Verfahren der Zivilprozessordnung massgebend. Auch in diesen Verfahren stehen teilweise einschneidende Konsequenzen in Frage. Die Einsprachefrist sollte deshalb einheitlich bei 10 Tagen belassen, eventualiter auf 14 Tage festgesetzt werden. Wird an der vorgesehenen neuen Regelung festgehalten, so ist auf die Begründung im erläuternden Entwurf hinzuweisen, dass heute gegen Strafbefehle in der Praxis relativ selten Einsprache erhoben werde. Der Entwurf geht somit von der Annahme aus, dass die Änderung zu einer Zunahme von Einsprachen führen wird. Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass eine Zunahme von Einsprachen zu einer Mehrbelastung der Staatsanwaltschaft und der Gerichte führen würde. Die Folge wären Mehrkosten, für welche der Steuerzahler aufzukommen hätte, weil die Verfahrensgebühren nicht kostendeckend sind und die Beschuldigten oftmals für die von ihnen verursachten Kosten nicht aufkommen können.

Art. 364a Sicherheitshaft im Hinblick auf einen selbständigen nachträglichen Entscheid des Gerichts

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

Art. 391 Abs. 2 StPO

Es ist richtig, dass das Verschlechterungsverbot nun auf die ausgesprochene Sanktion beschränkt werden soll. Zu beachten ist aber, dass die Rechtsmittelinstanz den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren hat, wenn sie in Betracht zieht, eine Verurteilung durch einen Tatbestand mit höherer Strafdrohung oder durch eine härtere rechtliche Qualifikation im Sinne einer höheren Strafdrohung zu ersetzen. Es wird vorgeschlagen, dieses Erfordernis im Gesetz festzuhalten.

Art. 34 Abs. 1 Gerichtsstand der schwersten Straftat

Aus polizeilicher Sicht ist eine geringfügige Änderung des Absatzes anzustreben. Die derzeitige Formulierung führt zum Teil dazu, dass Behörden qualifizierende Merkmale der Tat wie Banden- und Gewerbmässigkeit bewusst nicht untersuchen um nicht plötzlich eine Vielzahl von Tatbeständen aus anderen Kantonen abhandeln zu müssen. Der Absatz sollte dahingehend geändert werden, dass bei mehreren gleichgelagerten Delikten, bspw. Einbruchdiebstahl, ungeachtet qualifizierter Varianten, diejenige Behörde Verfolgung und Beurteilung übernimmt, die als erste Verfolgungshandlungen vorgenommen hat.

Art. 73 Geheimhaltungspflicht – Rechtsvertreter der Parteien

Die Geheimhaltungspflicht, ungeachtet einer expliziten Anordnung, sollte auch für die Rechtsvertreter der Parteien gelten. Dies immerhin immer dann, wenn eine Haft mit dem Haftgrund der Kollusionsgefahr besteht. Es kann nicht sein, dass in solchen Fällen die Verteidigung den Zweck der U-Haft untergräbt, in dem sie Akten an Dritte herausgibt oder diese in anderer Weise über das Verfahren und dessen Inhalte orientiert.

Art. 118bis Verfahren mit sehr grosser Zahl von Privatklägern

Zumindest in grossen Wirtschaftsstraffällen mit mehreren hundert oder über tausend Beschwerdeführern (z.B. Fall Behring) - vielfach mit Wohnsitz im Ausland - entstehen bei den Strafverfolgungsbehörden und beim Gericht grosse Bearbeitungsprobleme. Der Umgang mit den Privatklägern und vor allem die Gewährung all ihrer Verfahrensrechte (in jedem Verfahrensstadium) lösen einen sehr grossen Arbeitsaufwand aus. Er steht in keinem Verhältnis zur Ausübung dieser Verfahrensrechte und verzögert das Verfahren stark. Es sind jeweils alle Privatkläger zu bedienen, obschon sich nur ganz wenige über das Geltendmachen ihres finanziellen Anspruchs hinaus am Verfahren beteiligen. Diesem Problem kann begegnet werden, indem an die Ausübung von Rechten durch Privatkläger Anforderungen gestellt werden. So könnte von im Ausland wohnhaften Privatklägern verlangt werden, dass diese ein Schweizer Zustelldomizil errichten, wenn sie ihre Rechte im Verfahren ausüben wollen. Bei einer Vielzahl von Privatklägern sollten diese durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht verpflichtet werden können, ihre Rechte über einen gemeinsamen Vertreter wahrzunehmen. Insbesondere kleine Kantone, wie auch den Kanton Obwalden, kann die Wahrung sämtlicher Teilnahmerechte in grösseren Wirtschaftsverfahren überfordern.

Art. 255 DNA-Analysen – Voraussetzungen im Allgemeinen

Analog der KKPKS wird die Revision von Art. 255 StPO gefordert. Dieser ist in dem Sinne zu ergänzen, dass die Abnahme des WSA auch dann möglich ist, wenn eine "gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Betroffene in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte." Bis vor Kurzem wurde in Übereinstimmung mit der damaligen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach genau der obgenannten Praxis DNA abgenommen. Nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nun "erhebliche und konkrete Anhaltspunkte" gefordert. Dies ist nicht im Sinn der Strafverfolgung und war wohl auch nie im Sinn des Gesetzgebers. Ist es doch heute in den meisten Fällen die DNA, welche den Täter überführt oder Beschuldigte entlastet. So wurden schon viele, auch schwere Delikte, durch DNA geklärt die aufgrund leichterer Vergehen abgenommen worden ist. Weiter wäre es aus Praktikabilitäts- und Effizienzgründen wünschenswert, wenn auch die WSA-Abnahme durch die Polizei angeordnet werden könnte. So würde die gesamte erkennungsdienstliche Behandlung durch die selbe Stelle angeordnet. Es ist nicht ersichtlich, wieso die Abnahme von DNA anders gehandhabt werden sollte als diejenige von Fingerabdrücken, welche ja auch der Klärung möglicher zukünftiger Delikte dienen kann. Verweigert eine Person die erkennungsdienstliche Behandlung durch die Polizei, so wird diese, wie bereits heute, durch die Staatsanwaltschaft angeordnet.

Art. 246 ff. Durchsuchung von Aufzeichnungen – Einwilligung

Für die Hausdurchsuchung ist, gemäss Gesetzestext und bundesgerichtlicher Rechtsprechung, eine Einwilligung des Betroffenen möglich. Für die Durchsuchung von Aufzeichnungen wie auch generell für Durchsuchungen und Untersuchungen fehlt eine analoge Formulierung im Gesetzestext. Im Gegenteil kommt das Obergericht Bern in seinem Beschluss BK 15 350 BED zum Schluss, dass bei der

Durchsuchung von Auszeichnungen die Einwilligung des Betroffenen das Erfordernis des schriftlichen Durchsuchungsbefehls der Staatsanwaltschaft nicht zu ersetzen vermag.

Diese Auffassung verstösst unseres Erachtens einerseits gegen das Recht auf Selbstbestimmung und ist überdies kaum praktikabel. Mag sie in Bezug auf den Beschuldigten allenfalls noch knapp sachgerecht sein, so ist sie in Bezug auf die Geschädigten nur störend. Diese verlangen die Durchsuchung von Aufzeichnungen regelmässig um die Strafverfolgungsbehörden in der Wahrheitssuche zu unterstützen. Es kann nicht angehen, dass die Polizei bspw. zum Lesen eines Drohbriefes – auch dieser ist eine Aufzeichnung im Sinne des Gesetzes – einen schriftlichen Durchsuchungsbefehl benötigt. Insbesondere steht dieses Erfordernis wieder im Widerspruch zum Grundsatz, dass Zwangsmassnahmen – und um eine solche handelt es sich beim Lesen eines Briefes nach Auffassung des Obergerichts Bern auf jeden Fall – gegen nicht Beschuldigte sehr zurückhaltend anzuordnen sind. Die Kantonspolizei Obwalden regt deshalb eine Präzisierung der StPO an. Die Einwilligung Durchsuchung und Untersuchung soll, nach entsprechender Rechtsbelehrung, explizit möglich sein. Damit würde die derzeit in vielen Kantonen übliche Praxis auch von der StPO klar legitimiert.

Art. 288 Zusicherung der Anonymität für Interventionseinheiten

In der Vergangenheit hat sich wiederholt gezeigt, dass Mitarbeitende von Interventions- und Observationseinheiten, welche im Rahmen ihrer Tätigkeit in einem Gerichtsverfahren auftreten müssen, aufgrund der Offenlegung ihrer Identität Gefahr laufen, in der entsprechenden Spezialeinheit nicht mehr einsetzbar zu sein. Angesichts der oftmals gefährlichen Täterschaft besteht zudem ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass sie und ihre Familienangehörigen bei Bekanntwerden der Identität Vergeltungsschläge zu befürchten haben. Es ist deshalb ein grosses Bedürfnis, Mitarbeitende von Interventionseinheiten mittels Gewährung der Anonymität analog zu Art. 288 Abs. 2 im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu schützen. Das heisst bspw., dass deren Personalien ausschliesslich dem Gericht bekannt zu geben und von den Hauptakten separiert und nicht parteiöffentlich aufzubewahren und zu bearbeiten sind. Dies analog dem Beispiel anderer europäischer Länder (bspw. Frankreich und Belgien).

Art. 294 Sachüberschrift, Ausweitung im Bereich Kinderpornografie

Verdeckte Ermittler im Bereich von Kinderpornografie stehen oftmals vor dem Problem, dass sie in den einschlägigen Foren nur Einlass erhalten, wenn sie kinderpornografisches Material liefern. Wer dies nicht kann, wird umgehend ausgeschlossen. Entsprechend besteht für die verdeckten Ermittler keine Möglichkeit, sich einzuschleusen, zumal sie sich nach heutigem Recht strafbar machen würden, kämen sie der entsprechenden Aufforderung nach. Zum Zwecke der Ermittlung wäre es jedoch sehr dienlich, wenn hier unter strengen Voraussetzungen Ausnahmen möglich wären (bspw. Weiterleiten von pornografischem Material, welches jedoch fiktive und nicht real existierende Personen zeigt).

Vorgeschlagen wird deshalb, Artikel 294 um einen weiteren Absatz zu ergänzen und die Sachüberschrift weiterzufassen (Verzicht auf Eingrenzung auf BetmG).

Möglichkeit der digitalen Signatur

Im Hinblick auf die derzeitigen Entwicklungen im Bereich der Informatik, die Bestrebungen vieler Polizeikörpers polizeiliche Vorgangsbearbeitungssysteme zukünftig von Mobilien Geräten aus bedienen zu können und den elektronischen Aktenweg, welcher mit den HPI/HIS-Projekten angestrebt wird, sollte man bereits heute die Möglichkeit einer digitalen Unterschrift in der StPO vorsehen. So könnte man den Strafantrag bspw. direkt bei der Tatbestandsaufnahme vor Ort digital unterzeichnen lassen ohne ihn im Nachhinein noch einscannen zu müssen.

Im Anhang zur Stellungnahme zeigen wir Ihnen gerne auf, welche Punkte in der Änderung der StPO aus Sicht des Kantons Obwalden zu berücksichtigen sind.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Ausführungen.“

Freundliche Grüsse



Christoph Amstad
Regierungsrat

Beilagen:

- Änderung der StPO: Ausführungen zu den einzelnen Artikeln

Kopie an:

- Kantonale Mitglieder der Bundesversammlung
- Obergericht
- Staatsanwaltschaft
- Kantonspolizei
- Amt für Justiz
- Staatskanzlei mit den Akten (OWSTK.3065)



Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen
Regierungsgebäude
9001 St.Gallen
T +41 58 229 32 60
F +41 58 229 38 96

St.Gallen, 13. März 2018

Änderung der Strafprozessordnung; Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 laden Sie uns zur Vernehmlassung zur Änderung der Schweizerischen Strafprozessordnung (SR 312.0; abgekürzt StPO) ein. Wir danken für diese Gelegenheit und nehmen gern wie folgt Stellung:

Wir begrüssen es, dass die StPO in Bereichen revidiert werden soll, in denen sich in der Praxis tatsächlich Schwierigkeiten zeigen. Allerdings werden beispielsweise bei den Teilnahmerechten oder bei der geplanten Abschaffung der Rückzugsfiktion im Strafbefehlsverfahren mit den vorgeschlagenen Regelungen Anwendungsschwierigkeiten nicht gelöst, sondern bloss verlagert.

Wir lehnen den Vorschlag ab, den Grundsatz der «doppelten Instanz» konsequent durchzusetzen und Ausnahmen von diesem Grundsatz auch bei sämtlichen prozessualen Zwischenentscheiden künftig auszuschliessen. Damit schiesst der Vorentwurf über das Ziel hinaus und missachtet andere Aspekte wie das Beschleunigungsgebot oder verfahrensökonomische Überlegungen. Wir sind nicht bereit, teilweise neue kantonale Rechtsmittel und Rechtsmittelinstanzen zu schaffen.

Ebenfalls lehnen wir es ab, dass die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz für das Berufungsgericht haftrechtliche Entscheide treffen muss. Auch dieser Vorschlag brächte eine Mehrbelastung, obwohl die bisherige Regelung kaum zu praktischen Schwierigkeiten geführt hat.

Ausdrücklich begrüsst werden verschiedene Verbesserungen für die Opfer von Gewalt.

Weitere Hinweise und Erläuterungen wollen Sie dem beiliegenden Anhang entnehmen.



Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens.

Im Namen der Regierung


Fredy Fässler
Präsident


Canisius Braun
Staatssekretär



Beilage:
Anhang

Zustellung auch per E-Mail (pdf- und Word-Version) an:
annemarie.gasser@bj.admin.ch



Anhang zur Vernehmlassungsantwort «Änderung der Strafprozessordnung»

Die Regierung des Kantons St.Gallen weist im Zusammenhang mit der genannten Vorlage im Einzelnen auf folgende Punkte hin:

Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)

Art. 19 Abs. 2 Bst. b. Die Anpassung wird begrüsst.

Art. 55a. Die Bestimmung wird begrüsst. Sie beseitigt eine Unklarheit im Rechtshilfeverfahren auf vernünftige Weise.

Art. 59 Abs. 1. Die Bestimmung führt zwar in Einzelfällen zu einer Verlängerung der Ausstandsverfahren. Dies ist aber hinzunehmen.

Art. 78 und 78a. Die Änderung schafft bei der Frage der Aufzeichnung und Protokollierung für das Vor- und das Hauptverfahren gleiche Regeln und übernimmt die Regelung des Hauptverfahrens, die sich mittlerweile bewährt hat. Diese Vereinfachung wird begrüsst. Wichtig ist, dass keine Pflicht zur technischen Aufzeichnung und zur nachträglichen Erstellung eines Wortprotokolls der Aufzeichnung eingeführt wird. Wird eine audiovisuelle Aufzeichnung gemacht, muss diese den Strafakten beigelegt bleiben, um der einvernommenen Person bei nachträglicher Erstellung eines Protokolls zu ermöglichen, die Korrektheit und Vollständigkeit der Niederschrift im Streitfall überprüfen zu lassen.

Art. 82 Abs. 1 Bst. b. Diese Folgekorrektur zu Art. 19 Abs. 2 Bst. b wird begrüsst.

Art. 88 Abs. 4. Angesichts der Kritik aus der Lehre ist es verständlich, dass unzustellbare Strafbefehle künftig veröffentlicht werden müssen.

Art. 117 Abs. 1 Bst. g. Auch wenn die Anpassung nur Opfer betrifft, die sich weder als Privatkläger am Verfahren beteiligt noch die Straftat zur Anzeige gebracht haben, sind wir mit der Ergänzung einverstanden. Das Opfer muss, auch wenn es sich nicht als Privatkläger konstituiert hat, auf Wunsch auch über den Verfahrensausgang im Strafbefehlsverfahren informiert werden. Warum einem Opfer, welches sich nicht konstituiert hat, zwar das Urteilsdispositiv, nicht aber das Dispositiv eines Strafbefehls zugeschickt wird, ist nicht nachvollziehbar.

Art. 118^{bis} (neu) Verfahren mit einer grossen Anzahl von Privatklägern. Vor allem in Wirtschaftsstrafverfahren kommt es immer häufiger vor, dass sich eine sehr grosse Zahl von Strafkägern am Verfahren beteiligt. Mit den Möglichkeiten der digitalen Tatausführung wird sich der Trend zu vielen Geschädigten noch verstärken. Es ist deshalb eine gesetzliche Regelung zu schaffen, wonach gleichermassen betroffenen Klägern auferlegt werden kann, sich über einen gemeinsamen Vertreter ins Verfahren einzubringen.



Anhang

Art. 123 Abs. 2. Dass der Zeitpunkt für die Bezifferung und Begründung der Zivilklage ververschoben werden soll, wird grundsätzlich begrüsst. Dieser Zeitpunkt muss aber nicht in die Untersuchung vorverlegt werden, da sich die Grundlagen für Schadenersatz- oder Genugtuungsforderungen, namentlich bei Körperverletzungen, im Verlauf des Strafverfahrens verändern können. Es genügt, wenn das erstinstanzliche Gericht der Privatklägerschaft rechtzeitig vor der Hauptverhandlung Frist zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage ansetzt. Damit ist eine ausreichende Vorbereitung der Hauptverhandlung durch die übrigen Verfahrensbeteiligten und das Gericht gewährleistet.

Art. 125 Abs. 2. Siehe Bemerkungen zum Bundesgerichtsgesetz.

Art. 126 Abs. 2. Wenn die Voraussetzungen vorliegen, soll die Staatsanwaltschaft über die Zivilforderungen entscheiden und diese nicht auf den Zivilweg verweisen können. Vgl. die Bemerkungen zu Art. 353 Abs. 2.

Art. 130 Bst. d. Die Anpassung ist angesichts des Anspruchs auf notwendige Verteidigung in allen Fällen, wo sich die beschuldigte Person vor Gericht einer Vertretung der Staatsanwaltschaft gegenüber sieht, folgerichtig. Sie wird aber dazu führen, dass noch mehr notwendige Verteidigungen angeordnet werden müssen. Zwar kann die Staatsanwaltschaft vor dem Zwangsmassnahmengericht weniger auftreten. Damit würden aber einerseits ihre Argumente weniger gehört und andererseits würde es ihr angesichts der knappen Fristen wesentlich erschwert oder gar verunmöglicht, einen entlassenden Entscheid anzufechten, wenn sie an der Verhandlung nicht anwesend war.

Art. 131 Abs. 2 und 3. Dass die widersprüchliche Formulierung von Art. 131 Abs. 2 StPO beseitigt wird, wird begrüsst, ebenso die Anpassung in Abs. 3 an den französischen Wortlaut.

Art. 133. Der Vorschlag berücksichtigt, dass die Auswahl der amtlichen Verteidigung aus Fairnessgründen nicht durch die Verfahrensleitung erfolgen sollte, gleichwohl aber eine rasche Bestellung notwendig ist. Wir sind mit dem Vorschlag grundsätzlich einverstanden, zumal damit die bewährte Praxis im Kanton St. Gallen weitergeführt werden kann. Die vorgeschlagene Eignungsprüfung mag auf den ersten Blick sympathisch wirken, führt aber zu praktischen Schwierigkeiten. Es ist nicht ersichtlich, wie eine solche Prüfung verfahrensbezogen (vgl. erläuternder Bericht S. 23) objektiv erfolgen könnte. Wir lehnen eine solche Prüfung deshalb ab. Eingetragene Anwälte müssen zugelassen werden. Die Verfahrensleitung hat einzugreifen, wenn sie feststellt, dass die beschuldigte Person im konkreten Fall nicht gehörig verteidigt ist.

Art. 135. Mit dieser Regelung wird eingeführt, dass das Honorar der amtlichen Verteidigung vom Ergebnis des Verfahrens abhängt, was nicht sachgerecht ist. Die Verteidigung kann bei Mandatsübernahme entscheiden, ob sie die amtliche Verteidigung beantragen oder das Inkassorisiko selber tragen will.

Die Rückzahlungsverpflichtung in Abs. 4, «sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben», bereitet in der Praxis Schwierigkeiten beim Inkasso der Verfahrenskosten. Nach dieser Regelung können der verurteilten Person vorerst gewöhnlich nur die übrigen Ver-



fahrenskosten in Rechnung gestellt werden. In der Folge muss immer wieder geklärt werden, ob die verurteilte Person wirtschaftlich nun in die Lage gekommen ist, auch die Forderung aus der amtlichen Verteidigung zu bezahlen. Dieses zweistufige Inkassoverfahren ist aufwändig und für die verurteilte Person nicht verständlich. Zahlt sie die Verfahrenskosten beispielsweise in Raten ab, so versteht sie nicht, wenn sie später doch noch mit der Forderung für die Verteidigungskosten konfrontiert wird. Besser ist es, für das Inkasso der gesamten Verfahrenskosten auf das Betreibungsrecht abzustellen. Mit der amtlichen Verteidigung soll nämlich sichergestellt werden, dass die bedürftige beschuldigte Person im Strafverfahren ordentlich verteidigt ist. Nach Abschluss des Strafverfahrens besteht kein Grund mehr, sie bezüglich der Rückforderung der Verteidigungskosten besonders zu schützen. Der Nebensatz «sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben» ist deshalb zu streichen. Damit muss gleichzeitig in Art. 426 Abs. 1 der zweite Satz gestrichen werden.

Art. 136 Abs. 1^{bis}. Wir halten daran fest, dass die Durchsetzung des Strafanspruchs Kernaufgabe der Staatsanwaltschaft ist. Die aus Art. 29 BV abgeleiteten Ansprüche genügen.

Art. 141 Abs. 4. Dass das absolute Fernwirkungsverbot auch für Beweise nach Abs. 1 gilt, ist folgerichtig. Die Mehrfachverneinungen führen aber nicht zu mehr Klarheit. Es wird folgende Neuformulierung vorgeschlagen: *«Ermöglichte ein Beweis, der nach Absatz 1 oder 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nur dann verwertbar, wenn er auch ohne die vorhergehende Beweiserhebung möglich gewesen wäre.»*

Art. 147 Abs. 3 und 3^{bis}. Art. 147 Abs. 3 Bst. b will verhindern, dass Verfahren gegen Mitäter abgetrennt werden, um die Teilnahmerechte von Mitbeschuldigten zu unterlaufen. Die Regelung ist unnötig, weil eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 Bst. b (missbräuchliche Verfahrenstrennung) mit Beschwerde angefochten werden kann. Es ist davon auszugehen, dass der sachlich unbegründete Ausschluss von den Teilnahmerechten eine Unverwertbarkeit nach Art. 147 Abs. 4 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 zur Folge hat. Unklar bleibt, welche Auswirkungen die Wiederholung einer Beweiserhebung auf frühere Beweiserhebungen hat. Es braucht diesbezüglich dringend Klarheit, namentlich betreffend Verwertbarkeit einer Ersteinvernahme.

Art. 147a. Das *Problem* der geltenden Regelung wurde richtig erkannt: Werden volle Teilnahmerechte schon zu Beginn der Untersuchung gewährt, dann besteht die Gefahr, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen denjenigen von schon einvernommenen Personen anpasst, an deren Befragung sie oder ihre Verteidigung teilnehmen konnte. Dadurch wird die Wahrheitsfindung offensichtlich stark erschwert. Als *Kriterium* für die Beschränkung der Teilnahmerechte taugt die vorgeschlagene Umschreibung allerdings nicht, denn die Staatsanwaltschaft kann weder voraussehen, wie die beschuldigte Person aussagen wird, nachdem sie an der Einvernahme von Zeugen oder Mitbeschuldigten teilgenommen hat, noch weiss sie, wie die beschuldigte Person ohne Gewährung der Teilnahmerechte ausgesagt hätte. Die Prognose, die der Gesetzgeber verlangen will, ist nicht möglich. Eine zweckmässige Regelung kann nur darin bestehen, dass zumindest die erste staatsanwaltliche Einvernahme einer Person zu einem bestimmten Sachverhalt ohne Gewährung von Teilnahmerechten erfolgen kann. Da am Anfang des Verfahrens in den meisten Fällen nicht konkret begründet werden kann, ob die Gefahr einer Angleichung von Aussagen



besteht, muss in dieser ersten Phase, solange die jeweils ersten sachdienlichen Einvernahmen noch nicht durchgeführt sind, ein Ausschluss von der Teilnahme lediglich mit dem Verfahrensstand begründet werden. Ist danach weiter zu befürchten, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird, so muss in einer zweiten Phase der Ausschluss konkret begründet werden.

Die in Abs. 3 vorgeschlagene Kompensationsmassnahme mit Bild- und Tonaufzeichnung ist für schwere Fälle gerechtfertigt, nicht aber für gemeinschaftlich ausgeführte Massendelikte wie Ladendiebstähle. Aus verfahrensökonomischen Gründen und weil gerade in denjenigen Fällen, wo die Einschränkung greifen sollte (Ersteinvernahmen von beschuldigten Personen), der Zeitfaktor wesentlich ist, sollen Bild- und Tonaufzeichnungen auf die Fälle beschränkt werden, bei denen eine notwendige Verteidigung gewährt werden muss. Dieses Abgrenzungskriterium ist auch Polizeibehörden klar und damit praxistauglich.

Art. 170. Die Änderung übernimmt die zutreffende bundesgerichtliche Praxis.

Art. 210 Abs. 2. Wir sind einverstanden, dass der vor allem im Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland gebräuchliche Begriff «Haftbefehl» für die Ausschreibung und Zuführung ins Gesetz aufgenommen wird.

Art. 221 Abs. 1 Bst. c. Wir begrüßen die Präzisierung dieser Bestimmung.

Art. 222 Abs. 2. Wir begrüßen, dass die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide ins Gesetz aufgenommen wird.

Art. 225 Abs. 5 gibt dem Zwangsmassnahmengericht die Möglichkeit, eine mündliche Verhandlung auch dann durchzuführen, wenn die beschuldigte Person ausdrücklich darauf verzichtet. Das ermöglicht dem Gericht eine flexible Handhabung, was wir begrüßen.

Art. 228a. Das Verfahrenskonzept bei Haftbeschwerden der Staatsanwaltschaft ist an sich überzeugend, räumt allerdings verschiedene praktische Schwierigkeiten nicht aus: Es ist richtig, dass die Staatsanwaltschaft eine Beschwerde gegen einen Haftentscheid unverzüglich nach dessen Eröffnung anzumelden hat. Es ist aber nicht möglich, diese Beschwerde sachgerecht zu begründen, bevor der Haftentscheid selber schriftlich begründet vorliegt. Kommt dazu, dass die «3-Stunden-Regel» absolut gelten soll, selbst wenn gar kein Zwangsmassnahmenrichter mehr arbeitet, der die Beschwerde entgegen nehmen könnte. Die Zwangsmassnahmengerichte haben keinen Pikettdienst rund um die Uhr. Auch die Beschwerdeinstanz (ohne Pikettorganisation und auch mit nebenamtlichen Richtern besetzt) ist an Wochenenden nicht so organisiert, dass sie eine mündliche Verhandlung durchführen und spätestens innert 48 Stunden nach Eingang des Antrages entscheiden kann. Mit der vorgeschlagenen Regelung wird ein sorgfältiger Rechtsmittelentscheid unter Beachtung der Parteirechte – was die Aufgabe der Beschwerdeinstanz ist – verhindert. Praktische Schwierigkeiten werden also nicht beseitigt, sondern geschaffen. Eine Organisation aufzubauen, welche die vorgeschlagenen zeitlichen Vorgaben erfüllen könnte, lehnen wir angesichts der wenigen zu erwartenden Fälle als unverhältnismässig ab.



Wir fordern eine stärkere Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung, nämlich einen möglichst raschen (allenfalls zunächst superprovisorischen) Entscheid der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz über vorsorgliche Massnahmen (vgl. Art. 388), gefolgt von einem «normalen» Beschwerdeverfahren. Dass die Beschwerdeinstanz dabei die Vorgaben der EMRK, namentlich auch das Beschleunigungsgebot einhalten muss, ist selbstverständlich.

Art. 230 Absätze 3 und 4, Art. 231 Abs. 2, Art. 232 Absätze 1 und 2 sowie Art. 233. Die vorgeschlagenen Änderungen erachten wir aus den im Bericht (S. 33 ff.) genannten Überlegungen grundsätzlich als sachgerecht. Namentlich sollen die Haft- und Sachrichterfunktion auch im Berufungsverfahren voneinander getrennt werden. Die sachliche Zuständigkeit für Haftentscheide in diesem Verfahrensstadium soll aber, trotz der im Bericht geäusserten «hierarchischen» Bedenken, nicht der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz, sondern ebenfalls dem Zwangsmassnahmengericht übertragen werden. Die Beschwerdeinstanz soll als Verfahrensgericht weiter schwergewichtig angefochtene Verfügungen, Verfahrenshandlungen und Beschlüsse der Polizei, der Staatsanwaltschaft, der Zwangsmassnahmengerichte sowie der erstinstanzlichen Gerichte als Rechtsmittelinstanz überprüfen (Art. 393 StPO). Das Zwangsmassnahmengericht ist organisatorisch für rasche Entscheide eingerichtet und kennt den Haftfall oft bereits aufgrund früherer Entscheide. Kommt dazu, dass bei der vorgeschlagenen Zuständigkeit der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz bei Beachtung des Grundsatzes der «doppelten Instanz» ein neues kantonales Rechtsmittel eingeführt werden müsste, was wir ablehnen. Damit wird auch die entsprechende Änderung von Art. 440 Abs. 2 Bst. c und Abs. 4 abgelehnt.

Art. 236 Abs. 1 und 4. Grundsätzlich wird die Klärung begrüsst. Sie soll aber nicht verhindern, dass ein vorzeitiger *Strafvollzug* angeordnet werden kann, auch wenn die beschuldigte Person aufgrund von Wartezeiten für den Eintritt in eine geschlossene Vollzugseinrichtung in einem Gefängnis untergebracht bleibt. In vielen Gefängnissen besteht die Möglichkeit, das Haftregime für solche Gefangenen zu lockern, auch wenn ein ordentliches Vollzugsregime nicht vollumfänglich gewährleistet werden kann. *Abs. 4* steht im Widerspruch zu *Abs. 1*: Wenn der Zweck der Untersuchungs- und Sicherheitshaft dem vorzeitigen Sanktionsvollzug entgegensteht, darf dieser konsequenterweise nicht angeordnet werden. Da die Vollzugseinrichtungen innerhalb der gleichen Haftart nicht unterschiedliche Regimes nebeneinander führen können, ist zu verhindern, dass die Verfahrensleitung im vorzeitigen Sanktionsvollzug weiter besondere Anordnungen treffen kann. Der letzte Nebensatz ist deshalb zu streichen.

Art. 248. Die Anpassung des Gesetzes an die Praxis des Bundesgerichtes ist an sich folgerichtig. Die Ausdehnung der Aktivlegitimation kann jedoch zu einem mehrstufigen Vorgehen führen, wenn erst im Rahmen des Entsiegelungsverfahrens nachträglich festgestellt wird, dass weitere Personen siegelungsberechtigt sind und ihrerseits ein Siegelungsbegehren stellen können, um die Zulässigkeit der Beschlagnahme in Bezug auf ihre Rechte prüfen zu lassen. Die Ausdehnung der Aktivlegitimation steht also der Verfahrensbeschleunigung entgegen. Kommt dazu, dass die früher oft praktizierte und taktisch wichtige Kontenedition bei Banken ohne Benachrichtigung des Konteninhabers (und mit der ausdrücklichen Anweisung an die Bank, den Konteninhaber nicht zu benachrichtigen) nicht mehr zulässig ist. Das sollte mit einer entsprechenden Regelung geändert werden.



Für eine solche Massnahme könnte eine Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht vorgesehen werden.

Das Prinzip der doppelten Instanz bei Entsiegelungen lehnen wir ab, da sich die schon heute häufig langwierigen Verfahren sonst noch zusätzlich in die Länge ziehen. Ohnehin stellt sich die Frage, ob die Siegelungsrechte nicht eingeschränkt werden müssten. Die sichergestellten Datenmengen werden in Zukunft deutlich zunehmen. So können Siegelungen dazu führen, dass grosse Wirtschaftsstrafverfahren über Jahre hinweg einzig wegen des Siegelungsverfahrens blockiert werden. Es kann dem Sachrichter zugetraut werden, dass er Daten, die einem Beschlagnahmeverbot unterliegen, nicht zur Beweisführung zulässt. Zudem besteht über das Beschwerderecht (Art. 393 ff.) eine genügende Möglichkeit, zu Unrecht beschlagnahmte Beweismittel aus den Akten entfernen zu lassen.

Art. 251a. Wir sind damit einverstanden, dass die Staatsanwaltschaft angesichts des ohnehin geringen Ermessensspielraums nur dann eine Blutentnahme anordnen muss, wenn die betroffene Person sich der Untersuchung widersetzt.

Art. 268. Die rechtliche Grundlage für alle Beschlagnahmearten findet sich in Art. 263. Dort ist die Ersatzforderungsbeschlagnahme zu regeln. Damit wird sichergestellt, dass auch Vermögenswerte von Drittpersonen, die Schuldner einer Ersatzforderung werden können, der Beschlagnahme unterliegen. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts.¹ Mit der vorgeschlagenen Regelung fiel die heute bestehende Rechtsgrundlage für die Beschlagnahme von Vermögenswerten von Drittperson weg, da nur von «*Vermögen der beschuldigten Person*» die Rede ist.

Art. 269 Abs. 2 Bst. a, Art. 286. Die Anpassung der Deliktskataloge korrigiert ein früheres Versehen des Gesetzgebers beim Erlass des Kernenergiegesetzes und wird deshalb begrüsst.

Art. 273 Abs. 1. Die neue Formulierung erlaubt auch die Erhebung von Randdaten beim Opfer, was einem praktischen Bedürfnis entspricht.

Art. 301 Abs. 1^{bis}. Die Bestimmung dürfte über die eigentlichen Opfereinvernahmen hinaus praktische Bedeutung erlangen. Insbesondere wer einen Diebstahl anzeigt, benötigt in der Regel eine Kopie der Anzeige für seine Versicherung. Die neue Bestimmung durchbricht allerdings den Grundsatz, dass nur die Staatsanwaltschaft und nicht die Polizei über die Aushändigung von Aktenkopien entscheidet. Die Opfer sind durch die Strafverfolgungsbehörde über ihr Recht aufzuklären.

¹ BGer, Urteil 1B_185/2007 vom 30. November 2007, Erw. 10.1; BGer, Urteil 1B_408/2012 vom 28. August 2012, Erw. 3.3; BGer, Urteil 1B_583/2012 vom 31. Januar 2013, Erw. 2.1; BGer, Urteil 1B_213/2013 vom 27. September 2013, Erw. 4.1; BGer, Urteil 1B_214/2013 vom 27. September 2013, Erw. 2.1; BGE 140 IV 57, Erw. 4.1.2 (= Pra 2014 Nr. 71); BGer, Urteil 1B_215/2016 vom 25. Juli 2016, Erw. 2.3; BGer, Urteil 6B_934/2014 vom 6. März 2017, Erw. 4.1. Gl.M. BStGer, Entscheid BB.2011.70 vom 10. November 2011, Erw. 4.1; BStGer, Entscheid BB.2012.8 vom 2. März 2012, Erw. 2.4.1; BStGer, Entscheid BB.2012.134 vom 10. Mai 2013, Erw. 2.1; BStGer, Entscheid BB.2014.123 vom 17. Juni 2015, Erw. 5.3.



Art. 303a. Die Einführung der Möglichkeit, von der antragstellenden Person eine Sicherheitsleistung für Kosten und Entschädigung zu verlangen, macht nur Sinn, wenn die antragstellende Person bei Einstellung des Verfahrens oder bei einem Freispruch auch tatsächlich kosten- und entschädigungspflichtig wird. Nach geltendem Recht ist die antragstellende Person, die sich nicht als Privatklägerschaft aktiv am Verfahren beteiligt, nur kostenpflichtig, wenn sie mutwillig oder grob fahrlässig die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 427 Abs. 2; BGE 138 IV 248 Erw. 4). Gleiches gilt für die Entschädigungspflicht (Art. 432 Abs. 2). Wir begrüssen die Einführung einer Kostenvorschusspflicht und fordern eine entsprechende Anpassung der erwähnten weiteren Bestimmungen.

Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3. Auch wenn die erneute Belehrung des Opfers (es ist nach Art. 143 Abs. 1 Bst. c bereits bei der ersten Einvernahme über seine Rechte zu informieren) zu einer Verzögerung des Verfahrens führen kann, sind wir mit der Stärkung der Opferrechte einverstanden. Es kommt immer wieder vor, dass Opfer ihre Rechte nicht wahrnehmen, weil sie anfänglich noch nicht über die notwendigen Informationen verfügten.

Art. 342 Abs. 1, 1^{bis}, 1^{ter} und 2. Die neue Zuständigkeit der Verfahrensleitung zur Zweiteilung der Hauptverhandlung entspricht einem praktischen Bedürfnis und wird begrüsst.

Art. 352. Abs. 1 Bst. c ist zu streichen (die gemeinnützige Arbeit ist als Sanktion weggefallen). Es ist fraglich, ob das effiziente Strafbefehlsverfahren unabhängig vom Willen des Opfers ausgeschlossen werden soll, da viele Opfer kein Interesse an einer Gerichtsverhandlung haben. Zudem kann das Opfer, das sich als Privatklägerschaft konstituiert hat, mit Einsprache eine gerichtliche Beurteilung verlangen. Falls an der Regelung festgehalten wird, ist in Abs. 1^{bis} und 3 die Grenze der Freiheitsstrafe einheitlich auf vier Monate festzulegen.

Art. 352a. Mit der vorgeschlagenen Regelung sind wir einverstanden, auch wenn die beschuldigte Person vielfach gar kein Interesse hat, ihre Verfahrensrechte wahrzunehmen. Es ist zu prüfen, ob auf die Einvernahme verzichtet werden kann, wenn die beschuldigte Person darum ersucht.

Art. 353 Abs. 2. Wir begrüssen es, dass die Staatsanwaltschaft im Strafbefehl auch über bestrittene Zivilforderungen entscheidet. Angesichts der Voraussetzungen nach Bst. a und b ist der Einleitungssatz wie folgt zu formulieren; «Die Staatsanwaltschaft entscheidet im Strafbefehl über Zivilforderungen, sofern:» Das Opfer soll nur auf den mit Zusatzaufwand und einem Kostenrisiko verbundenen Zivilweg verwiesen werden, wenn die Zivilforderung nicht ohne weitere Beweiserhebungen beurteilt werden kann oder den Streitwert übersteigt.

Art. 354. Wir sind mit der Erweiterung des Einspracherechts der Privatklägerschaft einverstanden. Nicht zweckmässig sind jedoch unterschiedliche Einsprachefristen. Im Interesse der Rechtssicherheit soll die Einsprachefrist generell 20 Tage betragen.

Art. 355 Abs. 2. Die ersatzlose Streichung dieser Bestimmung lehnen wir ab. Da die Einsprache nicht begründet werden muss, kennt die Staatsanwaltschaft ohne Einvernahme



Anhang

der Einsprache erhebenden Person deren Motivation für die Einsprache nicht. Eine Zuführung zur Einvernahme ist gerade bei Bagatelldelikten oder bei Privatklägern nicht verhältnismässig. An der Rückzugsfiktion ist deshalb dann festzuhalten, wenn die Einsprache nicht begründet wird und die Einsprache erhebende Person in der Folge einer Vorladung trotz Hinweis auf die Rechtsfolgen bei Missachtung keine Folge leistet.

Art. 356 Abs. 4. Auch diese Streichung lehnen wir ab: Wer durch Einsprache gegen den Strafbefehl bewirkt, dass das Gericht den Fall überprüfen muss, ist zum Erscheinen verpflichtet. Sonst müsste auch in Bagatellfällen ein aufwändiges Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden.

Art. 364 Abs. 5. Die Bestimmung beseitigt eine Unklarheit und wird begrüsst.

Art. 364a und Art. 364b. Eine einheitliche Regelung der Sicherheitshaft in den Verfahren bei nachträglichen richterlichen Entscheiden wird begrüsst. Sie lösen ein zwar seltenes, aber in den betroffenen Fällen sehr drängendes Problem.

Art. 365 Abs. 3. Dass nachträgliche Entscheide des Gerichts nicht mehr der Beschwerde, sondern der Berufung unterliegen sollen, begrüssen wir ausdrücklich als sachgerecht.

Art. 366. Die Vereinfachung des Abwesenheitsverfahrens wird ebenfalls begrüsst.

Art. 377 Abs. 4. Die Ergänzung ist folgerichtig und wird begrüsst.

Art. 388 Abs. 2. Die Ergänzungen entsprechen einem praktischen Bedürfnis und sind sinnvoll.

Art. 391 Abs. 2. Das Verschlechterungsverbot soll auf die ausgesprochene Sanktion beschränkt werden. Damit könnte das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil im Schuldpunkt zum Nachteil der beschuldigten Person ändern, auch wenn die Staatsanwaltschaft keine Anschlussberufung erhoben hat. Dies ist fragwürdig. Die neue Bestimmung kann zu Eintragungen im Strafregister führen, bei denen die Strafe nicht mehr zum Schuldspruch passt (z.B. wenn das Berufungsgericht einen bandenmässigen Diebstahl annimmt, der gemäss Art. 139 Ziff. 3 StGB zwingend mit Freiheitsstrafe zu ahnden wäre, die Vorinstanz jedoch auf mehrfachen Diebstahl gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB mit einer Geldstrafe erkannt hat). Es kann sich sogar die Situation ergeben, dass die Verschlechterung im Schuldspruch überhaupt erst den Eintrag im Strafregister bewirkt (z.B. wenn das Berufungsgericht statt einer einfachen grobe Verkehrsregelverletzung annimmt). Auf jeden Fall sollte ausgeschlossen werden, dass Anklagepunkte, bei denen die Vorinstanz zu einem Freispruch gelangte, im Berufungsverfahren ohne Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft wieder aufgenommen werden können.

Art. 395 Bst. b. Die Erweiterung der Kompetenzen der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz ist auch in Berücksichtigung von Art. 353 Abs. 2 sinnvoll.

Art. 398 Abs. 1. Die Änderung ist folgerichtig und wird begrüsst.

Art. 431 Sachüberschrift. Diese redaktionelle Anpassung ist sinnvoll.



Art. 440. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung bleibt unklar. Rechtskräftige freiheitsentziehende Sanktionen können nach Art. 439 Abs. 3 sofort vollzogen werden, sodass ein Haftverfahren nicht nötig ist. Sollen Fälle erfasst werden, bei denen die Sanktion trotz rechtskräftiger Verurteilung mangels Vollzugsplatz nicht sofort in Vollzug gesetzt werden kann und die verurteilte Person deshalb in einem Gefängnis verbleiben muss, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts: Dieses erachtet die Unterbringung einer zu einer freiheitsentziehenden Massnahme verurteilten Person in einer Straf- oder Haftanstalt nur zur kurzfristigen Überbrückung einer Notlage als zulässig. Zumindest müsste in Abs. 3 «bis zum Antritt» gestrichen werden, weil der Bedarf nach einer vorübergehenden Unterbringung in einem Gefängnis nicht nur zu Beginn eines Vollzugs besteht, sondern sich auch im Vollzugsverlauf ergeben kann (z.B. bei Festnahme nach einer Flucht oder bei Problemen während des Vollzugs einer Massnahme, wenn geklärt werden muss, ob die Massnahme weitergeführt werden kann oder ein Nachverfahren einzuführen ist, wo dann Art. 364a Grundlage für die Anordnung von Sicherheitshaft wäre). Was die Zuständigkeit nach Abs. 2 Bst. c und Abs. 4 betrifft, verweisen wir auf die Bemerkungen zu Art. 230 ff.

Art. 442 Abs. 4. Die Möglichkeit, Verfahrenskosten nicht nur mit Entschädigungs-, sondern auch mit Genugtuungsansprüchen verrechnen zu können, begrüssen wir. Allerdings wird die Verrechnung nur mit Forderungen «aus dem gleichen Strafverfahren» zugelassen. Es sollen auch Verrechnungen mit Forderungen aus früheren Verfahren ermöglicht werden.

Jugendstrafgesetz (JStG)

Art. 3 Abs. 2 und Art. 38. Die Änderung beseitigt Unklarheiten bei Übergangstätern auf pragmatische Weise, was wir begrüssen.

Art. 36 Abs. 1^{bis} und 2 erster Satz überführt sinnvollerweise die neuste bundesgerichtliche Praxis ins Gesetz.

Jugendstrafprozessordnung (JStPO)

Art. 1. Die Änderung ist folgerichtig.

Art. 10 Abs. 3. Die Änderung beseitigt mögliche Kompetenzkonflikte betreffend den Gerichtsstand bei Übertretungen und in Pikettfällen zweckmässig. Sie wird begrüsst.

Bundesgerichtsgesetz (BGG)

Wir lehnen die Streichung von Art. 80 Abs. 2 dritter Satz BGG ab. Damit soll der Grundsatz der «doppelten Instanz» konsequent durchgesetzt und Ausnahmen künftig ausgeschlossen werden. Damit schiesst der Vorentwurf über das Ziel hinaus. Nach Art. 32 Abs. 3 der Bundesverfassung (SR 101) hat jede strafrechtlich *verurteilte* Person das



Anhang

Recht, das Urteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen. Der Grundsatz der «doppelten Instanz» bezieht sich also auf verurteilende Erkenntnisse (vgl. BGE 133 I 12 Erw. 5; BGer 1F_41/2016 Erw. 3.3). Es ist deshalb keineswegs zwingend, ihn auch für sämtliche prozessualen Zwischenentscheide als anwendbar zu erklären.

Es ist auch unklar, wie dieser Grundsatz umgesetzt werden soll. Nach Art. 363 Abs. 1 StPO, der mit der Revision nicht geändert werden soll, trifft das Gericht, welches das erstinstanzliche Urteil gefällt hat, auch die einer gerichtlichen Behörde übertragenen selbstständigen nachträglichen Entscheide, *sofern Bund oder Kantone nichts anderes bestimmen*. Der Kanton St. Gallen hat von dieser Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Nach Art. 51 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung (sGS 962.1) ist für nachträgliche richterliche Anordnungen das Gericht zuständig, welches das rechtskräftige Urteil gefällt hat. Soweit das Urteil im Berufungsverfahren erging, ist somit das Kantonsgericht für die nachträgliche richterliche Anordnung zuständig. Der damit verbundene Verzicht auf eine kantonale Rechtsmittelmöglichkeit ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zulässig (vgl. BGE 139 IV 175 Erw. 1.1 mit Hinweisen; BGer 1B_270/2017 Erw. 1.2; 1B_186/2015 Erw. 4.2; 6B_462/2013 Erw. 2.2). Ferner fallen Entscheide über Revisionsgesuche nach Art. 21 Abs. 1 Bst. b StPO in die Zuständigkeit des Berufungsgerichts. Es fehlen ein kantonales Rechtsmittel und eine Rechtsmittelinstanz gegen solche Entscheide. Gleiches gilt für Verfahrensentscheide des Berufungsgerichts, die als Zwischenentscheide mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden können (vgl. Art. 93 f. BGG), beispielsweise Entscheide über Ausstandsbegehren nach Art. 59 Abs. 1 Bst. c StPO.

Telefon +41 (0)52 632 71 11
Fax +41 (0)52 632 72 00
staatskanzlei@ktsh.ch

Regierungsrat

Bundesamt für Justiz

per E-Mail an:
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Schaffhausen, 13. März 2018

Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, uns in der erwähnten Angelegenheit äussern zu können. Der Regierungsrat ist mit der Vorlage im Grossen und Ganzen einverstanden, abgelehnt werden aber die vorgesehene Einschränkung des Strafbefehlsverfahrens bei der Beteiligung von Opfern, die Beurteilung von Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren, die Wahl der amtlichen Verteidigung durch eine unabhängige Stelle sowie die vorgesehene bundesrechtliche Regelung zur Anordnung der Sicherheitshaft. Gerne nehmen wir wie folgt im Detail Stellung:

I. Zu den Bestimmungen der Strafprozessordnung

Art. 19 Abs. 2 lit. b Einzelgericht als erstinstanzliches Gericht

Wir begrüssen diese Neuerung, da die Art des Vollzugs der stationären Massnahme (Art. 59 Abs. 2 und 3 StGB) sowie die Suche nach einer geeigneten Vollzugseinrichtung im Einzelfall Sache des Straf- und Massnahmenvollzugs ist.

Art. 40 Abs. 1 Gerichtsstandskonflikte

Wir begrüssen die vorgeschlagene Änderung, da dadurch das Bundesgericht ohne ersichtlichen Nachteil entlastet wird.

Art. 55a lit. b Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts bei aktiver Rechtshilfe

Der neue Artikel schafft Klarheit darüber, wann ein Entscheid des Zwangsmassnahmengerichtes für Rechtshilfeersuchen um Anordnung einer Zwangsmassnahme im Ausland erforderlich ist. Allerdings wird das Verfahren dadurch verkompliziert und verlängert. Die Regelung ist deshalb nochmals zu prüfen, dies vor folgendem Hintergrund:

Bei Überwachungsmaßnahmen müssen in grenznahen Gebieten bereits im Zuge des ersten Angriffs aktive Telefonüberwachungen geschaltet werden, damit wichtige Beweise nicht verlorengelangen. Auch wenn das Zwangsmassnahmengericht mit einer Pikett-Organisation versehen ist, wird es einige Zeit dauern, bis ein Entscheid vorliegt. Gemäss Art. 274 Abs. 1 StPO hat die Staatsanwaltschaft auch "erst" innert 24 Stunden seit der Anordnung der Überwachung dem Zwangsmassnahmengericht das Genehmigungsersuchen einzureichen. Analog hierzu müsste es – um spätere Beschwerdeverfahren seitens der Beschuldigten zu vermeiden – im Gesetzestext für zulässig erklärt werden, auch in Fällen von Art. 55a lit. a StPO bereits gestützt und unter Beilage der Anordnungsformulare der Staatsanwaltschaft (diese sind vorhanden, falls die gleiche Rufnummer in der Schweiz auch überwacht werden soll) ein Rechtshilfeersuchen an den ersuchten Staat zu richten. Bedarf es nach dem Prozessrecht des ersuchten Staates keiner richterlichen Genehmigung, könnte sogar auf die Beilage der Anordnungsformulare im Rechtshilfeersuchen verzichtet werden. Verweigert später das Zwangsmassnahmengericht die Genehmigung der Überwachung, wären die so gewonnenen Beweise ohnehin unverwertbar, wenn die neue Regelung von Art. 55a lit. a eingeführt wird.

Verlangt das Prozessrecht des ersuchten Staates keine richterliche Genehmigung für eine Überwachungsmaßnahme, fragt sich, weshalb in diesen Fällen nunmehr für die Staatsanwaltschaft eine zusätzliche Hürde eingebaut wird. Dies führt immer dann zu unnötigen Verzögerungen und zu Beweisverlusten, wenn Gefahr in Verzug ist respektive ein sofortiges Handeln notwendig ist. Diese Beweisverluste lassen sich auch nicht durch die Rechte des Beschuldigten rechtfertigen, zumal diesem verdeckte Zwangsmassnahmen ohnehin erst spätestens bei Abschluss des Vorverfahrens (Art. 279 Abs. 1 StPO) eröffnet werden müssen. Entsprechend muss es im Interesse der Strafverfolgungsbehörden und im Interesse des Staates liegen, dass Art. 55a lit. a so angepasst wird, dass zumindest sichergestellt ist, dass im Ausland umgehend eine aktive Telefonüberwachung geschaltet werden kann (z. B. sofortige mündliche Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht mit später folgender schriftlicher Genehmigung analog zur Regelung bei Hausdurchsuchungen).

Art. 78a Einvernahmeprotokolle bei Aufzeichnung der Einvernahme

Gegen diese Neuerung ist nichts einzuwenden, solange sichergestellt ist, dass nachträglich tatsächlich ein Protokoll der aufgezeichneten Einvernahmen erstellt und nicht lediglich die Aufzeichnung zu den Akten genommen wird. Die Erstellung des Protokolls ist sowohl für die Staatsanwaltschaft im Rahmen des Plädoyers als auch für die Gerichte im Rahmen der Verhandlungen und Urteilsverfassungen unerlässlich, da ansonsten keine konkreten Verweise und Vorhalte auf Aussagen in den Befragungen möglich sind.

Art. 82 Einschränkungen der Begründungspflicht

Gegen die vorgeschlagene Änderung von Art. 82 Abs. 1 lit. b ist nichts einzuwenden. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen drängt sich eine *weitere Änderung* von Art. 82 StPO auf. Nach der geltenden Fassung kann nur das *erstinstanzliche* Gericht gegebenenfalls auf eine schriftliche Begründung verzichten (Art. 82 Abs. 1 Einleitung StPO). Das *zweitinstanzliche* Gericht muss dagegen sein Urteil in jedem Fall schriftlich begründen. Das bedeutet für die oberen kantonalen Gerichte einen *erheblichen Mehraufwand*, der sich auch mit Blick auf die bei der Schaffung dieser Differenzierung angegebenen Gründe nicht rechtfertigt. Immerhin steht es den Parteien frei, *nachträglich* eine Begründung zu verlangen (Art. 82 Abs. 2 lit. a StPO). Die Möglichkeit, auf eine schriftliche Begründung zu *verzichten*, ist daher auch den oberen kantonalen Gerichten zuzugestehen. Eine entsprechende kantonale Regelung vor Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung hatte zu keinen Problemen geführt.

Art. 88 Abs. 4 Rechtskraft von Strafbefehlen auch ohne Zustellung

Die Änderung wird abgelehnt. Grund: Mit diesem Artikel wird eine Publikationspflicht für Strafbefehle eingeführt, welche nicht im Sinne von Art. 88 Abs. 1 StPO zustellbar sind. Damit soll verhindert werden, dass eine Person eine Freiheitsstrafe antreten muss, ohne dass sie den Strafbefehl je gesehen hat oder zur Kenntnis nehmen konnte. Mit der Publikationspflicht wird rechtsstaatlichen Bedenken Rechnung getragen, auch wenn in der Praxis kaum je eine betroffene Person aufgrund der Publikation im Amtsblatt vom Strafbefehl Kenntnis erlangen dürfte. Davon abgesehen differenziert der Gesetzesentwurf nicht zwischen Übertretungsstrafbefehlen und Vergehensstrafbefehlen. Demnach müssten künftig auch beim Massengeschäft "Übertretungsstrafbefehle" Veröffentlichungen im Amtsblatt erfolgen, damit der Strafbefehl in Rechtskraft erwachsen kann. Aufgrund des damit verbundenen unverhältnismässigen Aufwandes besteht die Gefahr, dass aus Opportunitätsüberlegungen auf eine Bestrafung verzichtet wird und diese Verfahren formlos bis zum Eintritt der Verjährung sistiert werden. Rein formaljuristisch gesehen müsste nach Eintritt der Verjährung das bis dahin sistierte Verfahren aufgrund des Prozesshindernisses noch formell eingestellt werden, was indes erneut – zumindest bei Übertretungen – zu einem unverhältnismässigen Aufwand führen würde. Wir beantragen daher, für Übertretungsstrafbefehle die bisherige Regelung beizubehalten.

Art. 123 Abs. 2 Bezifferung und Begründung der Adhäsionsklage

Zivilforderungen sollen künftig bis zum Abschluss der Untersuchung und nicht erst an der Hauptverhandlung beziffert und begründet werden. Diese Änderung ist im Kontext zur geplanten Änderung von Art. 353 Abs. 2 (Behandlung von Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren) zu sehen. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf unsere Bemerkungen zu Art. 353 Abs. 2. Unabhängig davon wird diese Änderung grundsätzlich begrüsst, klärt sie doch gerade in umfangreichen Verfahren der Vermögensdelinquenz mit oft sehr zahlreichen Zivilklägern die prozessuale Situation und entlastet dadurch in diesen Fällen die Hauptverhandlung. Bezifferung und Begründung müssen jedoch nicht gleichzeitig erfolgen, zumal sich insbesondere bei Körperverletzungen auch Veränderungen ergeben können. Wichtig und richtig ist, dass von der Zivilklägerschaft verlangt wird, die Zivilklage spätestens bis zum Abschluss der Untersuchung zu beziffern, d. h. das Rechtsbegehren zu stellen (Änderung des Rechtsbegehrens nur noch unter den Voraussetzungen der Klageänderung bei zulässigen Noven, eventuell unter dem Vorbehalt der Nachklage auf dem Zivilweg) und die *notwendigen Beweismittel* zur Begründung der Zivilklage einzureichen (z. B. Rechnungen für Schadensbehebung, Arztzeugnisse zur Bemessung der Genugtuung). Die eigentliche Klagebegründung könnte wie bisher im Parteivortrag erfolgen, allfällige zulässige echte und unechte Noven könnten wie im Zivilprozess (Art. 229 ZPO) ausnahmsweise auch nachher noch berücksichtigt werden. Das Gesetz könnte daher beispielsweise wie folgt angepasst werden:

Art. 123 Bezifferung und Begründung

¹ Die in der Zivilklage geltend gemachte Forderung ist nach Möglichkeit in der Erklärung nach Artikel 119, *spätestens aber bis zum Abschluss der Untersuchung*, zu beziffern und, unter Angabe der angerufenen Beweismittel, kurz schriftlich zu begründen.

² *Neue Beweismittel, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher angerufen werden konnten, können noch bis zum Beginn der Hauptverhandlung vorgebracht werden. Ergänzungen der Begründung haben spätestens im Parteivortrag zu erfolgen.*

Art. 126 Abs. 2 Bst. a und a^{bis} Entscheid

Es wird auf die Bemerkungen zu Art. 353 Abs. 2 verwiesen.

Art. 130 lit. d Notwendige Verteidigung im Zwangsmassnahmeverfahren

Diese Bestimmung kann zu einem spürbaren Mehraufwand und einem komplizierteren Verfahren v. a. bei den Zwangsmassnahmengerichten führen, indem unter Umständen unter grossem Zeitdruck eine Verteidigung bereitgestellt werden muss. Diese Problematik wird mit dem neuen Art. 133 zusätzlich verschärft.

Art. 131 Abs. 2 Sicherstellung der notwendigen Verteidigung

Nur die *Untersuchung* wird gegebenenfalls formell eröffnet (Art. 309 StPO). Das *Vorverfahren* als solches wird dagegen nicht formell eingeleitet. Auf die Nennung dieses Begriffs als massgebenden Zeitpunkt sollte daher verzichtet und die Bestimmung verallgemeinert bzw. der Hinweis auf die Eröffnung der Untersuchung in Abs. 1 integriert werden.

Art. 133 Bestellung der amtlichen Verteidigung

Wir lehnen die geplante Neuerung ab, wonach die amtliche Verteidigung nicht mehr von der Verfahrensleitung, sondern nur noch von einer unabhängigen Stelle bestellt werden darf. Damit wird ohne Not in die Organisationsautonomie der Kantone eingegriffen. Der Umstand, dass "einzelne" (grössere) Kantone Vorschriften in diesem Sinn kennen (vgl. erläuternden Bericht, S. 22 f., Ziff. 2.1.15), rechtfertigt nicht, allen Kantonen ein derart kompliziertes System vorzuschreiben, das im Ergebnis auch eine *zusätzliche Pikettlösung* nur für die Auswahl der amtlichen Verteidigung erfordert und zu *Mehrkosten* führt. Die schwerfällige Regelung erscheint jedenfalls für kleinere Kantone nicht praktikabel, insbesondere zur Bestimmung des "Anwalts der ersten Stunde", etwa im Hinblick auf eine rasche erste Einvernahme zur Vermeidung von Beweisverlusten oder zur Fristwahrung. Da ohnehin ein allfälliger Wunsch der beschuldigten Person sowie die Eignung der amtlichen Verteidigung für den fraglichen Fall zu eruieren ist (was einer Drittstelle ohne Fallkenntnis kaum möglich ist) und die Verteidigung auch gemäss Bericht (S. 23) gerade nicht (allein) nach dem Zufall bestimmt werden soll, ist nicht ersichtlich, welcher Vorteil mit einer Trennung von Auswahl und Einsetzung der amtlichen Verteidigung verbunden sein könnte. Im Kanton Schaffhausen gibt es vergleichsweise wenige Anwältinnen und Anwälte, die regelmässig für Strafverteidigungen zur Verfügung stehen. Dafür besteht eine Pikettliste, welche die Strafbehörden bei der kurzfristig erforderlichen Einsetzung einer amtlichen Verteidigung (etwa als "Anwalt der ersten Stunde") berücksichtigen. Gegen die Einsetzungsverfügung kann jederzeit Beschwerde erhoben werden. Damit wird allfälligen rechtsstaatlichen Bedenken im Rahmen des Möglichen bereits hinreichend Rechnung getragen. Demgegenüber würde die vorgeschlagene Regelung für den Kanton Schaffhausen zu zusätzlichen Problemen führen, was dem Grundanliegen der Revision, Anwendungsschwierigkeiten zu vermeiden bzw. zu vermindern, widerspricht.

Art. 135 Abs. 1 Entschädigung der amtlichen Verteidigung bei Einspruch und Einstellung

Wir lehnen die neue Regelung, wonach die Entschädigung der amtlichen Verteidigung bei einer Verfahrenseinstellung oder einem Freispruch gleich wie bei einer privaten Verteidigung und damit i. d. R. höher ausfallen soll, ab, weil sie der Rolle der Staatsanwaltschaft nicht gerecht wird. Die Staatsanwaltschaft ist für die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs verantwortlich (Art. 16 Abs. 1 StPO). Über Schuld oder Unschuld soll in Zweifelsfällen nicht die Staatsanwaltschaft, sondern das Gericht befinden (BGE 6B_879/2010 vom 24. März 2011).

Eine Einstellung darf einzig bei klarer Straflosigkeit bzw. offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen verfügt werden (BGE 137 IV 226 E. 7.1). Die Staatsanwaltschaft hat daher nach der Entscheidungsregel *in dubio pro duriore* ("im Zweifel für die Anklageerhebung") auch Fälle anzuklagen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch führen. Die Staatsanwaltschaft ist sodann aufgrund des fehlenden Vorabklärungsverfahrens verpflichtet, frühzeitig Verfahren mit dem Risiko zu eröffnen, dass sie später eingestellt werden. Den Umfang der Entschädigung der amtlichen Verteidigung an den Ausgang des Verfahrens zu knüpfen, halten wir daher für verfehlt. Geradesogut könnte für den tieferen Ansatz der amtlichen Verteidigung ins Feld geführt werden, dass der amtliche Verteidiger nie ein Inkassorisiko trägt und ihm damit eine verlässliche Einnahmequelle zur Verfügung steht.

Sodann greift die vorgeschlagene Regelung in den kantonalen Hoheitsbereich ein und trägt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die kantonalen Anwaltstarife auch Pauschalansätze respektive Obergrenzen des Honorars vorsehen können, keine Rechnung. Der notwendige Verteidiger kennt die kantonal geltenden Entschädigungsregelungen und er geht letztlich ein Vertragsverhältnis mit dem Kanton (und nicht mit dem Mandanten) ein. Dass hinsichtlich der Entschädigung des notwendigen Verteidigers unter den Kantonen eine unterschiedliche Praxis besteht, trägt auch den unterschiedlichen finanziellen Möglichkeiten sowie den unterschiedlichen Lebenshaltungskosten in den einzelnen Kantonen Rechnung. So gibt es denn auch Unterschiede zwischen den Kantonen hinsichtlich des Stundenansatzes des amtlichen Verteidigers. Gerade in kleineren Kantonen – wie dem Kanton Schaffhausen – hat die Einführung der schweizerischen Strafprozessordnung resp. der Ausbau der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person zu einem grossen Mehraufwand geführt.

Art. 136 Abs. 1^{bis} Unentgeltliche Rechtspflege für die Privatklägerschaft

Diese Neuregelung macht die Ausnahme zur Regel und ist deshalb abzulehnen. Es gibt keinen Grund, weshalb das Opfer bessergestellt werden soll als andere Privatkläger. Für ausreichenden Schutz von Opfern in besonderen Konstellationen sorgt bereits die geltende Rechtsprechung. Es ist systemwidrig, die unentgeltliche Rechtspflege allein zur Durchsetzung der Strafklage zu gewähren, könnte doch der Entscheid hinsichtlich der ausgesprochenen Sanktion ohnehin nicht angefochten werden (Art. 382 Abs. 2 StPO). Das Institut der Privatklage hat nichts daran geändert, dass die Strafverfolgung ausschliesslich dem Staat zusteht (im Gegensatz zum früheren kantonalrechtlichen Privatstrafklageverfahren). Aus dem im erläuternden Bericht (S. 25, Ziff. 2.1.17) erwähnten bundesgerichtlichen Urteil 1B_355/2012 lässt sich die vorgeschlagene *allgemeine* Erweiterung im Übrigen nicht ableiten. Das Urteil befasste sich einzig mit dem spezifischen, auch völkerrechtlich gebotenen Rechtsschutz für mutmassliche Opfer staatlicher Gewalt (vgl. auch Bemerkungen in Pra 2013 Nr. 1, wo die Erweiterung in Bezug gesetzt wird zu

den in diesem Fall in Frage stehenden *öffentlich-rechtlichen Staatshaftungsansprüchen*, die im Strafverfahren nicht adhäsionsweise durchgesetzt werden können). Zudem führt auch diese angedachte Gesetzesänderung zu nicht kalkulierbaren Mehrkosten für die Kantone.

Art. 137 StPO Bestellung, Widerruf und Wechsel

Dieser Artikel bildet nicht Gegenstand der Revisionsvorlage. Wir schlagen aber vor, ausdrücklich vorzuschreiben, dass die unentgeltliche Rechtspflege *in jeder Instanz neu* zu beantragen ist (analog zu Art. 119 Abs. 5 ZPO). Diese Angleichung an die zivilprozessualen Regeln rechtfertigt sich, weil es dabei um die Durchsetzung der Zivilansprüche geht (Art. 136 Abs. 1 StPO). Der allgemeine Verweis in der heutigen Fassung von Art. 137 StPO ist diesbezüglich unklar.

Art. 147 Abs. 3 und 3^{bis}, Art. 147a Teilnahmerechte

Die Teilnahmerechte in ihrer aktuellen Ausgestaltung erschweren den Auftrag der Staatsanwaltschaft erheblich und führen zu einer Verteuerung und Verlängerung des Verfahrens. Ausserdem beeinträchtigen sie die Wahrheitsfindung: Durch das mit der Strafprozessordnung gewählte Staatsanwaltschaftsmodell und insbesondere mit den Artikeln 307 und 309 StPO ist die Staatsanwaltschaft sehr früh in zahlreiche Strafverfahren involviert. Gemäss Art. 307 StPO hat die Polizei die Staatsanwaltschaft unverzüglich über schwere Straftaten und andere schwerwiegende Ereignisse zu informieren. Die Staatsanwaltschaft muss dann gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO eine Untersuchung eröffnen. Zu diesem Zeitpunkt steht der massgebliche Sachverhalt noch nicht fest. Die genauen Tatumstände, die Tatbeteiligungen bei mehreren Tätern, die Motivlage und subjektive Elemente müssen somit erst ermittelt werden. Ein wichtiges Instrument zur Klärung des Sachverhalts stellen dabei Einvernahmen dar. Diese werden miteinander und mit allfällig vorhandenen Sachbeweisen oder weiteren Indizien abgeglichen. Allfällige Widersprüche werden geklärt. Dabei ist ein Strafverfahren äusserst dynamisch. Je nach Entwicklung stellt sich der Sachverhalt immer wieder anders dar oder es zeigen sich im Verlaufe des Verfahrens weitere Aspekte, die zu Beginn des Verfahrens nicht bekannt gewesen waren. Um herauszufinden, was wirklich passiert ist, sind die Staatsanwaltschaften in dieser ersten Phase darauf angewiesen, unbeeinflusste Aussagen zu erhalten. Es muss daher gewährleistet werden, mehrere Personen zur gleichen Sache zu befragen, bevor sich diese absprechen konnten oder auf andere Weise Kenntnis von den Aussagen der anderen Beteiligten erhalten. Aus allfälligen Abweichungen ergeben sich dann Anhaltspunkte dafür, ob jemand die Wahrheit sagt oder nicht. Umgekehrt kann aber auch davon ausgegangen werden, dass man sehr nahe an der Wahrheit ist, wenn mehrere Personen dasselbe aussagen, ohne dass sie sich zuvor absprechen konnten oder auf andere Weise Kenntnis von allfälligen anderen Aussagen erhalten haben. Wichtig für die Ermittlung der materiellen Wahrheit kann aber auch ein Wissensvorsprung sein. Vielleicht nennt zum Beispiel der eine Mittäter eines Raubüberfalls ein wichtiges Detail, das zu weiteren Beweismitteln führt. Gerade wenn sich Personen nicht in Untersuchungshaft befinden, brauchen

die Strafverfolgungsbehörden Zeit, um solche Beweismittel zu sichern, bevor sie anderen Mittätern zur Kenntnis gelangen. Insbesondere schwere Straftaten werden zudem oft nicht von Einzeltätern begangen. Bis man weiss, wer in welcher Hierarchiestufe gehandelt hat bzw. wer welchen Tatbeitrag geleistet hat, müssen oft zahlreiche Sach- und Personalbeweise erhoben werden. Es ist nachvollziehbar, dass ein Mittäter einer unteren Hierarchiestufe kaum dazu bereit ist, in Anwesenheit seines "Vorgesetzten" irgendwelche Aussagen zu machen. Aus diesen Gründen sollten daher Aussagen – zumindest in der ersten Phase der staatsanwaltlichen Ermittlungen bzw. solange es überhaupt um die Sachverhaltsermittlung geht – ohne Teilnahmerechte und vor allem auch zeitnah erhoben werden können, wenn sie dem Ziel der Wahrheitsfindung auch wirklich dienen sollen. Beim Anliegen, die aktuelle Regelung der Teilnahmerechte zu überdenken, geht es nicht um die Verhinderung eines fairen Verfahrens. Selbstverständlich muss das Frage- und Konfrontationsrecht der beschuldigten Person unverändert erhalten bleiben, doch sollte es zeitlich nach hinten versetzt werden. Unverändert soll auch das Recht der beschuldigten Person bleiben, bereits von der ersten Einvernahme an einen Anwalt beiziehen zu können.

Die vorgeschlagene Lösung bietet zwar Verbesserungen, was wir sehr begrüßen, doch bringt sie auch neue Fragestellungen mit sich. Neu soll eine Einschränkung des Teilnahmerechts dann möglich sein, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird. Grundsätzlich ist das jedoch immer zu befürchten, da im Vorfeld einer Einvernahme deren Inhalt nicht bekannt ist. Dies gilt im besonderen Masse in der Anfangsphase einer Strafuntersuchung. Wenn dies aber immer zu befürchten ist, dann bedeutet dies nichts anderes als einen grundsätzlichen Ausschluss der Teilnahme. Zudem stellt sich die Frage, welcher Nachweis für diese Befürchtung zu erbringen ist bzw. ob dieser Nachweis überhaupt erbracht werden kann. Bei der vorgeschlagenen Lösung handelt es sich um den Versuch, eine scheinbare Zwischenlösung zu schaffen, welche den Anwendungsbereich jedoch zu wenig klar umschreibt und daher in der Praxis ständig zu unterschiedlichen Auffassungen und Rechtsstreitigkeiten führen dürfte. Wenn die Ausschlussverfügung der Staatsanwaltschaft nach allgemeinem Grundsatz angefochten werden kann (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO), wird dies im Übrigen zu vermehrten Beschwerden und damit verbundenen Verfahrensverzögerungen führen. Dies sollte möglichst verhindert werden.

Die Begründung im Begleitbericht für die grundsätzliche Beibehaltung des Teilnahmerechts, wonach dieses Ausdruck des angestrebten "Gleichgewichts" der Parteien sei, vermag nicht zu überzeugen. Die Staatsanwaltschaft ist im Vorverfahren nicht Partei, sondern hat einen übergeordneten Auftrag zu erfüllen. Die Verteidigungsrechte und das faire Verfahren werden durch die Mitwirkungsrechte an den Beweiserhebungen, die ausgedehnten Beschwerderechte und den Anwalt der ersten Stunde gewährleistet.

Seit das Bundesgericht das Teilnahmerecht auch auf Mitbeschuldigte ausgedehnt hat, gab es zahlreiche Entscheide, welche diesen Grundsatz wieder zu relativieren suchten (bei Trennung des Verfahrens, unmittelbar nach der Tat bei Vorliegen von Kollusion etc.). Diese Rechtsprechung hat zu einer allgemeinen Rechtsunsicherheit und zu zahlreichen Beschwerdeverfahren geführt, welche die Strafbehörden auf allen Ebenen beanspruchen und belasten sowie die Verfahren verlängern und verteuern. Eine klare und einfache gesetzliche Regelung wäre dringend angezeigt. Mit der gesetzlichen Normierung des EMRK-Standards könnte allen Anliegen Rechnung getragen werden. Der EMRK-Standard ist klar, gewährleistet ein faires Verfahren und unterstützt den Auftrag der Staatsanwaltschaft. Wir beantragen daher, die Teilnahmerechte an Einvernahmen, insbesondere bei mitbeschuldigten Personen, gemäss der EMRK und der dazugehörigen Rechtsprechung in dem Sinne auszugestalten, dass jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht hat, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen. Demnach wäre Art. 147 Abs. 1 entsprechend anzupassen und die Absätze 2 und 3 von Art. 147 wären aufzuheben. Ungeachtet dessen erscheint die Regelung in Art. 147 Abs. 3 lit. b problematisch. Sie darf jedenfalls nicht dazu führen, dass erst nachträglich, allenfalls erst im Rechtsmittelverfahren eine Wiederholung der Beweiserhebung verlangt und damit im Ergebnis ein Beweisverwertungsverbot erwirkt werden kann, wenn die getrennte Verfahrensführung seinerzeit nicht angefochten worden ist.

Art. 221 Wiederholungsgefahr

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach in Ausnahmefällen auf das Vortatenerfordernis verzichtet werden kann, sollte übernommen werden (z. B. BGE 137 IV 13 E. 3 f.).

Art. 228a Abs. 2 Haftverfahren

Der Staatsanwaltschaft liegt zum Zeitpunkt, in welchem sie Beschwerde erheben muss, kein begründetes Urteil des Zwangsmassnahmengerichtes vor. Sie kann in Unkenntnis der Ablehnungsgründe den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichtes lediglich bestreiten und hinsichtlich des dringenden Tatverdachts sowie der besonderen Haftgründe nochmals die Begründung des Haftantrages vorbringen. Die dafür vorgesehene Frist von drei Stunden hat sich in der Praxis als sehr kurz erwiesen. Die Begründungspflicht von drei Stunden sollte daher angemessen verlängert werden (nicht mehr als zwölf Stunden).

Abgelehnt wird aber auf jeden Fall die Neuregelung des Beschwerdeverfahrens durch Verweis auf Art. 225 und 226 StPO (Absatz 4). Während heute zunächst nur unverzüglich über eine allfällige vorsorgliche Haftanordnung zu entscheiden ist (Art. 388 lit. b StPO) und hierfür ein Pickett nur für die Verfahrensleitung gelten muss, müsste neu die (ganze) Beschwerdeinstanz innert 48 Stunden den Hauptentscheid fällen (vgl. erläuternden Bericht, S. 33, Ziff. 2.1.30; Art. 226

Abs. 1 StPO). Zudem müsste grundsätzlich nochmals eine Verhandlung durchgeführt sowie der beschuldigten Person und der Verteidigung gegebenenfalls nochmals Akteneinsicht gewährt werden (Art. 225 Abs. 1 und 2 StPO). Mit andern Worten: Die Beschwerdeinstanz als Rechtsmittelinstanz wäre den Regeln eines erstinstanzlichen Gerichts unterworfen, obwohl mit dem Zwangsmassnahmengericht bereits ein Gericht geurteilt hat. Dafür müsste eine umfassende Pikettlösung bereitgestellt werden. Das ist zumindest für kleinere Kantone wie dem Kanton Schaffhausen schlicht nicht machbar. Art. 228a Abs. 4 würde somit erhebliche neue Schwierigkeiten bei der Anwendung der Strafprozessordnung schaffen. Die Bestimmung widerspricht somit dem Grundanliegen der Revision. Das Beschwerdeverfahren soll weiterhin den allgemeinen Verfahrensregeln unterliegen, unter Berücksichtigung des generellen Beschleunigungsgebots für Haftsachen.

Art. 231–233 Sicherheitshaft

Der Einbezug der Beschwerdeinstanz bzw. deren Verfahrensleitung ins Berufungsverfahren ist abzulehnen. Auch hier würde die *Beschwerdeinstanz* gleichsam zum *erstinstanzlichen* Zwangsmassnahmengericht. Sie wäre kurzen Entscheidungsfristen unterworfen (was insbesondere auch eine erweiterte Pikettlösung erfordert), obwohl sie den Fall – im Gegensatz zur Verfahrensleitung des Berufungsgerichts – nicht kennt. Im erläuternden Bericht (S. 33, Ziff. 2.1.31) wird zutreffend darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht die Personalunion von Haft- und Sachrichter nie beanstandet habe. Die vorgeschlagene Regelung drängt sich daher keineswegs auf. Sie widerspricht vielmehr dem Grundanliegen der Revision (vgl. ergänzend auch die Bemerkungen zu Art. 228a StPO).

Die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, die Fortführung der Sicherheitshaft zu beantragen (Art. 231 Abs. 2), sollte ihr immer dann zukommen, wenn sie Berufung anmeldet und das erstinstanzliche Gericht die Freilassung des Beschuldigten anordnet. Also beispielsweise auch bei einer Verurteilung zu einer kurzen oder einer bedingten Freiheitsstrafe und nicht nur bei einem Freispruch.

Art. 248 Abs. 1, 2 und 3 Siegelung

Eine Siegelung blockiert ein Verfahren oft monatelang. Diese Problematik akzentuiert sich, wenn grosse Mengen an elektronischen Daten sicherzustellen sind. Die Siegelung kann so missbraucht werden, um die Auffindung deliktisch erlangter Vermögenswerte oder die Sicherstellung von Beweisen zu verhindern. Es sollte deshalb eine Einschränkung der Siegelungsmöglichkeit geprüft werden, z. B. dass diese Möglichkeit nur besteht, wenn sich die berechtigte Person auf ein Beschlagnahmeverbot nach der StPO berufen kann. Unabhängig davon sollte jedoch verankert werden, dass über die Siegelung in einem beschleunigten Verfahren zu entscheiden ist.

Art. 251a Blut- und Urinuntersuchung

Diese Änderung wird begrüsst. Sie verhindert unnötige Anrufe im Pikettdienst und korrigiert die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung. Der Gesetzestext sollte dahingehend abgeändert werden, dass die Polizei sowohl eine Blut- als auch eine Urinabnahme inklusive der jeweiligen Untersuchung anordnen kann.

Art. 273 Abs. 1 Erhebung von Randdaten

Diese Neuregelung wird begrüsst. Sie schliesst eine Lücke (Erhebung von Randdaten von Opfern und Geschädigten), die in Strafuntersuchungen immer wieder zu Problemen führt.

Art. 301 Abs. 1^{bis} Aushändigung einer Kopie der Anzeige

Gegen die Aushändigung einer Anzeige ist nichts einzuwenden, gegen die Aushändigung eines Einvernahmeprotokolls oder gar des Tatbestandsrapportes jedoch schon, da insbesondere zu Anfang eines Verfahrens Kollusionsgefahr besteht. Wir sprechen uns daher für die Beibehaltung der aktuellen Regelung aus.

Art. 303a Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikten

Wir begrüssen die vorgeschlagene Regelung. Zudem ist zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die Sicherheitsleistung zu Gunsten der Staatskasse verfällt.

Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3 / Schlussmitteilung und erneute Information zur Konstituierung als Privatklägerschaft und Stellung von Beweisanträgen

Das geltende Recht sieht vor, dass keine Parteimitteilung an die Parteien versandt werden muss, wenn ein Strafbefehl erlassen werden kann (Basler Kommentar StPO, Art. 318 StPO N 2). Dies ist nur im Falle einer Anklageerhebung sowie einer Einstellung des Verfahrens vorgesehen. Dies soll nun einseitig zugunsten der Opfer geändert werden, indem diesen – und nur diesen – der beabsichtigte Abschluss des Verfahrens mittels Strafbefehl mitgeteilt werden muss. Die Opfer sollen die Möglichkeit haben, sich als Privatkläger zu konstituieren und Beweisanträge zu stellen. Letzteres ist nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 318 Abs. 1 StPO) den anderen Parteien, insbesondere dem Beschuldigten, verwehrt, was zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Parteien führt und dem Gebot der Waffengleichheit widerspricht.

Hintergrund der geplanten Änderung ist gemäss dem erläuternden Bericht, dass Opfern im Strafbefehlsverfahren häufig gar nicht die Möglichkeit geboten werde, sich als Privatkläger zu konstituieren. Dabei wird jedoch übersehen, dass gerade bei Antragsdelikten die Unterzeichnung des Strafantrages als Konstituierung als Privatkläger gilt (Art. 118 Abs. 2 StPO). Zudem

sind bei Officialdelikten die geschädigten Personen nach Eröffnung der Strafuntersuchung darauf hinzuweisen, dass sie sich als Privatkläger konstituieren können (Art. 118 Abs. 4 StPO). Verzichtet eine geschädigte Person auf die Konstituierung als Privatkläger, obwohl sie auf diese Möglichkeit hingewiesen wurde, so ist dieser Verzicht endgültig (Art. 120 StPO). Durch den Verzicht bringt die geschädigte Person zum Ausdruck, dass sie kein weiteres Interesse – weder zivil- noch strafrechtlicher Art – am Strafverfahren hat. Es gibt keinen Grund, bei Opfern, welche auf die Konstituierung als Privatkläger verzichtet haben, von einer anderen Annahme auszugehen.

Auch die zweite Begründung des Gesetzgebers verfängt nicht. So soll dem Opfer – wohl mit Blick auf den geänderten Art. 123 Abs. 2 StPO – die Möglichkeit geboten werden, seine Zivilforderungen einzureichen, damit im Strafbefehlsverfahren darüber entschieden werden kann. Dies wird jedoch ohnehin kaum je vernünftig und seriös möglich sein (vgl. Bemerkungen zu Art. 123 Abs. 2). Zudem entsteht eine nicht zu rechtfertigende Ungleichheit zu rein finanziell geschädigten Personen, welche sich ebenfalls als Privatkläger konstituiert haben, weil diesen keine Parteimitteilung zugesandt werden muss. Um die dargestellten Ungleichheiten zu beseitigen, gibt es folgende zwei Möglichkeiten:

- a. Art. 318 Abs. 1 StPO wäre dergestalt anzupassen, dass allen Parteien auch bei einem vorgesehenen Verfahrensabschluss mittels Strafbefehl in jedem Fall eine Parteimitteilung zugesandt werden muss.

Diese Variante ist abzulehnen, da dies – konsequent umgesetzt – zur Folge hätte, dass auch bei reinen Übertretungsstrafsachen (also im Massengeschäft) sämtlichen Parteien eine Parteimitteilung zugesandt und die Möglichkeit eröffnet werden müsste, Beweisanträge zu stellen. Dies ist mit dem ursprünglichen Sinn und Zweck des Strafbefehlsverfahrens nicht zu vereinbaren und würde zu einem grossen Mehraufwand bei den Staatsanwaltschaften führen, der nicht zu bewältigen wäre.

- b. Es wird auf die geplante Änderung von Art. 318 Abs. 1^{bis} verzichtet und stattdessen Art. 118 Abs. 4 StPO so angepasst, dass dessen Einleitung lautet: "Hat die geschädigte Person oder das Opfer von sich aus ...". Dadurch würde sichergestellt, dass dem Opfer die gleiche Stellung wie jedem anderen Privatkläger zukommt. Eine Besserstellung trotz Verzicht auf die Privatklägerstellung ist nicht zu rechtfertigen.

Ungeachtet der vorangegangenen Ausführungen dürfte künftig die Definition, wer als Opfer gilt und wer nicht, zu einigen Schwierigkeiten führen. Als Opfer gilt, wer in seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt wurde (Art. 116 Abs. 1 StPO). Dies kann im Einzelfall sogar bei reinen Übertretungen (Tätlichkeit, sexuelle Belästigung) der Fall sein. Mit Blick auf Vergehen, welche i. d. R. im Strafbefehlsverfahren erledigt werden, trifft dies

hauptsächlich die Tatbestände der einfachen Körperverletzung, der fahrlässigen Körperverletzung und nicht gravierende Sexualdelikte. Wesentlich ist jeweils das Ausmass der Integritätsverletzung, was gerade bei geltend gemachten Beeinträchtigungen der psychischen Integrität schwer zu beurteilen ist und wohl häufig durch einen spezialisierten Arzt abgeklärt werden muss (im Streitfall mittels Gutachtensauftrag der Staatsanwaltschaft). Auch dies wird zu Verzögerungen und zu einem finanziellen Mehraufwand des Staates führen, der entweder der beschuldigten Person nicht auferlegt werden kann oder aber im Falle der Auferlegung i. d. R. uneinbringlich ist.

Muss Anklage erhoben werden, erfolgt in jedem Fall gemäss Art. 318 Abs. 1 StPO eine Parteiliste an alle Parteien. Weshalb diese Pflicht im Falle des Vorhandenseins von Opfern auch auf Bagatellfälle ausgeweitet werden soll, ist nicht ersichtlich, zumal sich diese bei Antragsdelikten durch den Strafantrag bereits als Privatkläger konstituiert haben und sich der Privatkläger neu durch die Ergreifung der Einsprachemöglichkeit (neuer Art. 354 Abs. 1 a^{bis}) zumindest im Zivilpunkt zur Wehr setzen kann.

Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass Privatkläger gemäss Art. 433 StPO Entschädigungsansprüche von sich aus beantragen müssen und diese nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden. Gleiches darf und muss auch in Bezug auf Zivilforderungen – egal ob von "normalen" Geschädigten oder von Opfern – gelten.

Aus den dargelegten Gründen lehnen wir die geplante Änderung von Art. 318 Abs. 1^{bis} ab, womit auch die Änderung von Abs. 3 obsolet würde.

Art. 352 Abs. 1 Einleitungssatz 1^{bis} und 3 Ausschluss des Strafbefehlsverfahrens bei Strafen von mehr als 120 Tagessätzen bzw. 4 Monaten

Mit den neuen Regelungen soll dem Anliegen der Opfer, dass die Straftat von einem Gericht in einem ordentlichen Verfahren und nicht im Strafbefehlsverfahren beurteilt wird, Rechnung getragen werden. Die Einschränkung des Strafbefehlsverfahrens aus Gründen der Opferrücksichtnahme erscheint nicht angezeigt (Art. 352 Abs. 1^{bis}). Die Unterscheidung der minderen von der schwereren Kriminalität fusst auf objektiven, gesamtgesellschaftlich seit Langem akzeptierten Grenzen bei der Bestrafung (6 Monate Freiheitsstrafe, 180 Tagessätze Geldstrafe). Diese Grenzen hat auch der subjektiv konkret von einem Vergehen Betroffene hinzunehmen. Ihm ist nicht die Wahl der Verfahrensart für Strafen im Bereich zwischen 4 und 6 Monaten zuzuhalten. Hinzu kommt, dass es viele unterschiedliche Arten von Opfern gibt. Nicht nur, aber insbesondere Opfer von sexueller oder häuslicher Gewalt erleben anlässlich der Hauptverhandlung häufig, dass ihr Vorleben, ihr Leumund und ihre Glaubwürdigkeit in Frage gestellt werden. Dieser zusätzlichen

Belastung wollen sich viele Opfer nicht aussetzen. Nicht ohne Grund spricht man in denjenigen Deliktsbereichen, in denen eine Anklage zwingend erhoben werden muss, von der Gefahr einer Sekundärviktimisierung durch das Verfahren und die Gerichtsverhandlung. Viele Opfer möchten auch eine (erneute) Begegnung mit dem Täter vermeiden und erleben eine Begegnung anlässlich der Hauptverhandlung als zusätzliche Belastung. Dass bis zu einem Strafmaß von sechs Monaten keine Hauptverhandlung zwingend ist, entspricht nach den Erfahrungen der Praxis einem Bedürfnis der betroffenen Opfer. Viele Opfer konstituieren sich daher gar nicht erst als Privatkläger. Aus dem erläuternden Bericht geht nicht hervor, welche statistischen Erhebungen dem mehrfach zitierten Schlussbericht über die Evaluation des Opferhilfegesetzes zugrunde liegen. Bereits heute entspricht es dem Regelfall, dass bei gravierenden Delikten mit Opferbeteiligung Anklage erhoben werden muss. Für das Opfer muss letztlich entscheidend sein, dass der Täter eine gerechte und angemessene Strafe erleidet. Sieht ein Opfer, welches sich als Privatkläger konstituiert hat, die im Strafbefehl ausgesprochene Strafe als unangemessen tief an, so könnte ihm im Sinne der Wahrung der Opferrechte allenfalls auch die Möglichkeit eingeräumt werden, gegen den Strafbefehl Einsprache (Art. 354 Abs. 1 lit. a^{bis} StPO) zu erheben mit der Folge, dass der Strafbefehl der gerichtlichen Beurteilung unterbreitet werden muss. Mit einer solcherart ausgestalteten Regelung in Art. 354 Abs. 1^{bis} StPO könnte das Opfer sogar bei Bagatelldfällen eine gerichtliche Beurteilung erwirken. Diese Vorgehensweise würde völlig ausreichen (respektive der Sache sogar gerechter werden), um den Opferinteressen Rechnung zu tragen. Das Opfer könnte selber darüber befinden, ob es sich einer öffentlichen Verhandlung aussetzen will. Diese Option hat das Opfer bei der vorgesehenen Regelung in Art. 352 Abs. 1^{bis} nicht.

Bei Abs. 3 ist nicht ersichtlich, weshalb die Strafe in den Fällen von Abs. 1^{bis} höchstens 3 Monate betragen darf, wenn in Abs. 1^{bis} von einer Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten gesprochen wird. Wir gehen davon aus, dass es sich um ein gesetzgeberisches Versehen handelt und eigentlich beabsichtigt war, dass die Höchstgrenze mit Art. 1^{bis} korrespondiert, wie dies auch in Bezug auf Abs. 1 mit der Höchstgrenze von 6 Monaten der Fall ist.

Da die neu vorgeschlagene Regelung weitreichende Folgen auf mehreren Ebenen zeitigen würde und hier die Erfahrungen in der Praxis von den Erkenntnissen im Schlussbericht über die Evaluation des Opferhilfegesetzes augenfällig divergieren, regen wir eine erneute sorgfältige Prüfung und Evaluation an.

Art. 352 a Obligatorische Einvernahme im Strafbefehlsverfahren

Neu wird die Einvernahme der beschuldigten Person ab einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten, einer Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen und beim Widerruf eines bedingt gewährten

Strafvollzuges zwingend vorgesehen. Ob im Strafbefehlsverfahren Einvernahmen nötig sind, hängt von der Konstellation des Einzelfalles ab. Es besteht kein Zweifel, dass in einigen Fällen Einvernahmen erforderlich sind, jedoch bietet das Strafmass hierfür kein taugliches Kriterium und führt zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens in denjenigen Fällen, in denen ein Beweisverfahren gerade nicht notwendig war. Dies unter anderem auch deshalb, weil bei einer Einvernahme zwingend ein Verfahren zu eröffnen und Art. 309 Abs. 4 StPO nicht mehr anwendbar ist. Weiter ist Folgendes anzumerken:

- Eine von zwei alternativen Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls ist die Geständigkeit der beschuldigten Person. Diese ergibt sich häufig bereits aus den delegierten polizeilichen Einvernahmen. Weshalb in diesen Fällen zusätzlich eine staatsanwaltliche Einvernahme durchgeführt werden soll, ist nicht ersichtlich. Dies bedeutet sowohl für die beschuldigte Person als auch für die Staatsanwaltschaft einen nicht unerheblichen Mehraufwand, der schlicht unnötig ist, unabhängig davon, ob sich das Strafmass zwischen 4 und 6 Monaten oder darunter bewegt.
- Anders verhält es sich bei der zweiten Alternative, wo die Staatsanwaltschaft aufgrund einer anderweitigen Klärung des Sachverhaltes (also wenn der Sachverhalt aufgrund von Beweismitteln liquid ist) einen Strafbefehl erlässt. Hier kann sich die Einvernahme der beschuldigten Person aufdrängen, um sie mit den vorhandenen Beweismitteln zu konfrontieren und sich so ein persönliches Bild von ihr zu verschaffen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob es nicht der beschuldigten Person anheimgestellt werden soll, ob sie auch in diesen Fällen eine persönliche Einvernahme wünscht oder nicht. Wünscht sie dies nicht, muss im Strafbefehlsverfahren darauf verzichtet werden können.
- Gänzlich unnötig ist sodann eine staatsanwaltliche Einvernahme, nur um der beschuldigten Person das rechtliche Gehör zum Widerruf einer bedingten Freiheitsstrafe zu gewähren. Das rechtliche Gehör kann ohne Weiteres auf dem schriftlichen Weg erfolgen, was sowohl der beschuldigten Person wie auch der Staatsanwaltschaft unnötigen Zeitaufwand erspart. Diese Vorgehensweise entspricht der geltenden kantonalen Praxis.

Wir schlagen daher vor, die Einvernahmepflicht ganz zu streichen und es den kantonalen Staatsanwaltschaften zu überlassen, diese wie im Kanton Schaffhausen in einer Weisung zu regeln. Auf jeden Fall wäre aber lit. c zu streichen. Bei Geständigkeit des Täters sollte die Möglichkeit bestehen, auf die staatsanwaltliche Einvernahme zu verzichten. Zudem müsste ebenfalls vorgesehen werden, dass die beschuldigte Person auch in den anderen Fällen auf eine Einvernahme verzichten kann. Dass ein solcher Verzicht unter vollständiger Aktenkenntnis und schriftlich zu erfolgen hätte, wird vorausgesetzt.

Art. 353 Abs. 2 sowie Art. 354 Abs. 1 Bst. a^{bis} und 1^{bis} Zivilklage im Strafbefehlsverfahren

Neu soll im Strafbefehlsverfahren auch über strittige Zivilforderungen entschieden werden, wenn der strittige Betrag 30'000 Franken nicht übersteigt und deren Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich ist. Nur diese letztere Einschränkung ist zu begrüssen, denn die neue Regelung wird dazu führen, dass es zu mehr Beschwerdeverfahren und Einsprachen kommen wird, die sich einzig um die Zivilforderungen drehen. Dadurch gerät die Sicherstellung des staatlichen Strafanspruchs zu Gunsten der Unterstützung von finanziellen Partikularinteressen in den Hintergrund und die verhältnismässig rasche Erledigung der Strafsache als eines der primären Ziele des Strafbefehlsverfahrens wird dadurch erschwert oder gar verunmöglicht:

- Der Privatkläger muss neu seine Forderung bis zum Abschluss der Untersuchung beziffern und begründen (vgl. Art. 123 Abs. 2). Diese Eingabe (mit den entsprechenden Belegen) muss zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs zwingend der beschuldigten Person eröffnet werden. Wird die Forderung mit allfälligen Gegenargumenten (und Belegen) bestritten, wird dies – nicht zuletzt aufgrund des Grundsatzes des unbedingten Gehörs – mindestens einen weiteren Schriftenwechsel zur Folge haben.
- Der erläuternde Bericht zur Änderung von Art. 123 Abs. 2 hält selber fest, dass das urteilende Gericht bei bestrittenen Forderungen vor der Situation steht, sich mit einer grossen Zahl von Belegen und komplizierten zivilrechtlichen Fragen konfrontiert zu sehen, deren Prüfung eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Diese aufwendige Prüfung soll nun ins Strafbefehlsverfahren vorverlagert werden und der Staatsanwalt wird zum Zivilrichter (sogar bei bestrittenen Forderungen) im Sinne eines Einzelrichters (vgl. Bericht zu Art. 353 Abs. 2). Genau dies wollte man bei Einführung der schweizerischen Strafprozessordnung vermeiden, weshalb man einzig die beiden Varianten "Vormerknahme einer anerkannten Forderung" und "Verweis der Forderung auf den Zivilweg" vorsah. Es kann nicht Aufgabe des Staatsanwaltes sein, über bestrittene Zivilforderungen zu entscheiden. Darüber ist vielmehr im ordentlichen Zivilverfahren oder aber adhäsionsweise im strafrechtlichen Hauptverfahren zu befinden. Dies gilt umso mehr, als der vorgeschlagene Art. 353 Abs. 2 lit. a vorsieht, dass die Staatsanwaltschaft keine weiteren Beweisabnahmen zum Zivilpunkt vornimmt.
- Der neue Art. 353 sieht zudem keine der ursprünglichen Möglichkeiten "Vormerknahme einer anerkannten Forderung" und "Verweis der Forderung auf den Zivilweg" mehr vor. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren einerseits aufgrund der vorhandenen, einzig von den Parteien eingereichten Belegen darüber entscheiden muss, ob sie die Forderung als liquid betrachtet und somit die beschuldigte Person im Strafbefehl zur Zahlung der Forderung verpflichtet, oder ob sie die Forderung im Strafbefehl gestützt auf den geänderten Art. 126 Abs. 2 lit. a^{bis} auf den Zivilweg verweist. Beide Varianten laufen auf dasselbe Resultat hinaus. Wenn trotz bestrittener Forderung ein Strafbefehl erlassen wird, würde in diesem Fall die beschuldigte Person bereits wegen dem

Zivilpunkt Einsprache erheben, obwohl der Strafpunkt von der beschuldigten Person womöglich unangefochten bliebe. Wird die Forderung auf den Zivilweg verwiesen, wird dies in jedem Fall eine Einsprache seitens des Privatklägers zur Folge haben, wird diesem doch im geänderten Art. 354 Abs. 1 lit. a^{bis} für genau diesen Fall die Einsprachelegitimation zuerkannt. Entsprechend wird die Staatsanwaltschaft auch in diesen Fällen nicht umhinkommen, die Angelegenheit letzten Endes dem erstinstanzlichen Gericht zu unterbreiten. Es stellt sich somit die Frage, ob bei bestrittenen Forderungen nicht direkt Anklage erhoben werden müsste.

Insgesamt werden die neuen Regelungen zur Zivilklage im Strafverfahren (Art. 123 Abs. 2, Art. 126 Abs. 2 lit. a^{bis}, Art. 353 Abs. 2 und Art. 354 Abs. 1 lit. a^{bis}) zur Folge haben, dass

- deutlich weniger Straffälle auf Stufe Staatsanwaltschaft erledigt werden können,
- alleine wegen des Zivilpunktes die Untersuchungsverfahren deutlich länger dauern werden,
- sich die Staatsanwaltschaft mit teils komplexen zivilrechtlichen Fragen auseinandersetzen müssen und dies mit den bestehenden personellen Ressourcen der Staatsanwaltschaften, insbesondere der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen, nicht bewältigt werden kann,
- auch die Arbeitslast der Strafgerichte steigen wird, weil alleine aufgrund des Zivilpunktes auch bedeutend mehr Straffälle beurteilt werden müssen,
- die ursprüngliche Idee eines schnellen Strafbefehlsverfahrens (um die beschuldigte Person nicht unnötig lange zu belasten) über Bord geworfen wird.

In Anbetracht dieser Umstände ist Art. 123 Abs. 2 auf Fälle zu beschränken, in welchen ohnehin Anklage erhoben werden muss und das Strafbefehlsverfahren ausser Betracht fällt, wobei gleichzeitig Art. 353 Abs. 2 StPO und Art. 126 Abs. 2 lit. a StPO in der heute geltenden Fassung zu belassen wären.

Art. 354 Abs. 1^{ter} Einsprachefristen

Die unterschiedlichen Einsprachefristen je nach Art der Eröffnung eines Strafbefehls (persönlich oder nicht persönlich) ist systemwidrig und führt in der Praxis bei der Überprüfung der Fristwahrung zu unnötigem Mehraufwand, weil nicht nur die Frist, sondern auch die Art der Eröffnung überprüft werden muss (Art. 354 Abs. 1^{ter}). Wir lehnen diese Neuerung daher ab. Im erläuternden Bericht wird zur Verlängerung der Einsprachefrist ausgeführt, dass die kurze Einsprachefrist in Lehre und Rechtsprechung zu Kritik geführt habe und dass aus den tiefen Einsprachequoten nicht auf die Akzeptanz der Strafbefehle geschlossen werden könne. Hierzu ist zu bemerken, dass die Einsprachefrist nur vereinzelt zu Kritik geführt hat und es problematisch erscheint, wenn

aufgrund einzelner kritischer Stimmen eine bewährte und rechtsstaatlich korrekte Regelung geändert wird. Dass aus den tiefen Einsprachequoten nicht zwingend auf die Akzeptanz der Strafbefehle geschlossen werden kann, ist sicher richtig. Allerdings kann auch nicht darauf geschlossen werden, dass dem nicht so ist. Dass die tiefe Einsprachequote auch darin begründet sein könne, dass Zeit für eine vertiefte Abklärung fehle oder der Strafbefehl aus unterschiedlichsten Gründen nicht verstanden werde, wie ebenfalls im Begleitbericht ausgeführt wird, ist reine Spekulation und entspricht nicht den Erfahrungen in der Praxis. Grundsätzlich verhält es sich so, dass die beschuldigte Person ohne weitere Begründung praktisch formlos Einsprache erheben kann. Im Rahmen des darauf folgenden Einspracheverfahrens besteht ausreichend Zeit, sich mit den Prozessrisiken und -chancen und der weiteren Begründung auseinanderzusetzen. Die Einsprache kann jederzeit zurückgezogen werden, in aller Regel ohne weitere Kostenfolgen. Es mag vorkommen, dass einzelne Adressaten den Inhalt eines Strafbefehls intellektuell nicht verstehen, doch würde dies gleichermassen für sämtliche Verfügungen oder Verfahrenshandlungen zutreffen. Diese sind ebenfalls mit einer zehntägigen Beschwerdefrist anzufechten. Diese Fristen sollen indes nicht verlängert werden. Für Sprachschwierigkeiten gilt dasselbe. Dass amtliche Verfügungen, Entscheidungen oder Urteile in einer Amtssprache ergehen, entspricht zudem einem allgemeinen Selbstverständnis und wird auch in anderen Bereichen nicht in Frage gestellt.

Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4 Rückzugsfiktion

Die Rückzugsfiktion bei Nichterscheinen der beschuldigten Person zur staatsanwaltlichen Einvernahme ist zum Teil auch Ausfluss der Tatsache, dass eine beschuldigte Person die Einsprache nicht zu begründen braucht. Wird die Einsprache nicht begründet, steht die Staatsanwaltschaft vor dem Problem, dass sie nicht weiss, ob sie zusätzliche Beweise abnehmen muss oder ob lediglich das Strafmass bestritten wird. Es ist somit konsequent, wenn die beschuldigte Person im Einspracheverfahren zur Einvernahme erscheinen muss, um der Staatsanwaltschaft ihre Gründe für die Einsprache darzulegen. Diese minimale Mitwirkungspflicht ist zu verlangen, selbst wenn der Beschuldigte in der Sache selbst von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machen sollte. Die Aufhebung dieser Bestimmungen ist abzulehnen. Sie wäre mit einem Mehraufwand für Staatsanwaltschaft und Gerichte verbunden. Mit den Einschränkungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der mit der Rückzugsfiktion verbundenen Problematik hinreichend Genüge getan.

Art. 360 Abs. 4, Art. 361, Art. 362 Abs. 1 StPO

Diese Bestimmungen sind nicht Gegenstand der Revision. Beim abgekürzten Verfahren schlagen wir aber *folgende Änderung* vor: Wenn schon vor der Hauptverhandlung ersichtlich ist, dass die Voraussetzungen des abgekürzten Verfahrens nicht erfüllt sind, sollte die Rückweisung bereits in diesem Stadium von der Verfahrensleitung verfügt werden können (analog zum

vorgeschlagenen Art. 342 Abs. 1^{bis} lit. a bezüglich der Zweiteilung der Hauptverhandlung). Damit kann im Einzelfall vermieden werden, dass auch in insoweit klaren Fällen zunächst die Hauptverhandlung durchgeführt und das Verfahren unnötig verzögert wird.

Art. 364 Abs. 5 Verfahren bei nachträglichen Entscheiden

Auf Absatz 5 kann unseres Erachtens gänzlich verzichtet werden. Es ist fraglich, ob damit die im erläuternden Bericht (S. 46, Ziff. 2.1.54) angesprochene Unklarheit wirklich beseitigt wird. Auch ist nicht ersichtlich, inwieweit die Regeln über das erstinstanzliche Hauptverfahren im Einzelfall mit dem in Art. 365 Abs. 1 StPO vorgegebenen schriftlichen Verfahren (wie im Beschwerdeverfahren) vereinbar sind. Im Übrigen stehen nicht alle nachträglichen Entscheide dem Gericht zu (vgl. Art. 363 Abs. 2 und 3 StPO). Auch die Staatsanwaltschaft kann für den Entscheid eines nachträglichen richterlichen Entscheids zuständig sein. In diesen Fällen kann sich das Verfahren nicht nach den Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahren richten. Für diese Fälle ist die vorgeschlagene Regelung offensichtlich nicht geeignet.

Art. 364a Sicherheitshaft

Wir erachten es als artfremd und als Eingriff in die kantonalen Kompetenzen, in der Strafprozessordnung Sicherungsmassnahmen für den Strafvollzug zu definieren. Hinzu kommt, dass der Gesetzesentwurf den effektiven Regelungsbedarf in den einzelnen Kantonen nur ungenügend abdeckt. Wir beantragen daher die Streichung von Art. 364a. Sollte an dieser Bestimmung festgehalten werden, so ist sie explizit als Auffangtatbestand auszugestalten, welcher durch kantonale Bestimmungen ergänzt werden kann.

Art. 364b Sicherheitshaft während des Gerichtsverfahrens

Dieser Änderung ist im Grundsatz zuzustimmen. Ist das Verfahren beim Berufungsgericht hängig, sollte jedoch die Haftanordnung analog zum *heutigen* Art. 232 StPO durch die Verfahrensleitung selber getroffen werden können. Der Einbezug der *Beschwerdeinstanz* bedeutet insbesondere für einen kleinen Kanton wie Schaffhausen eine ungerechtfertigte Komplizierung. Er widerspricht dem Grundanliegen der Revision, (nur) praktische Schwierigkeiten zu eliminieren (vgl. auch Bemerkungen zu Art. 228a und Art. 231–233 StPO). Die vorgeschlagene Regelung (insbesondere Abs. 2) ist entsprechend anzupassen.

Art. 365 Abs. 3 Entscheid

Diese Regelung wird abgelehnt. Im erläuternden Bericht (S. 48 f., Ziff. 2.1.57) wird darauf hingewiesen, dass sich der überwiegende Teil der Lehre und das Bundesgericht für die *Beschwerde* ausgesprochen haben. In dieser Situation besteht kein Grund, allein aufgrund einer Kritik aus der Lehre (demnach wohl einer Minderheit), d. h. nicht aus spezifischen Praxisüberle-

gungen, die *Berufung* vorzuschreiben. Wird der nachträgliche Entscheid nicht vom Gericht, sondern etwa von der Staatsanwaltschaft gefällt (vgl. Art. 363 Abs. 2 StPO), kommt ohnehin nur die Beschwerde in Frage.

Art. 377 Abs. 4 dritter Satz Verfahren

Die vorgeschlagene Regelung ist abzulehnen (vgl. Bemerkungen zu Art. 365 Abs. 3).

Art. 389 Abs. 3 StPO

Diese Bestimmung ist nicht Gegenstand der Revision. Wir schlagen *zusätzlich* eine Änderung dieser Bestimmung vor. Aufgabe der Rechtsmittelinstanz ist im Strafrecht wie in allen Rechtsbereichen die Überprüfung der Rechtsanwendung und die Würdigung der bestehenden Beweislage durch die Vorinstanzen. In diesem Sinn ist eine erneute Einvernahme von Personen einzuschränken, die in der Untersuchung und vor Vorinstanz bereits mehrfach befragt worden sind. Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sollen im Rechtsmittelverfahren nicht ohne Weiteres die Bestimmungen zur Hauptverhandlung anwendbar sein. Primär muss es den Parteien obliegen, die notwendigen Beweisanträge vor der Rechtsmittelinstanz zu stellen. Das könnte etwa wie folgt neu geregelt werden:

Art. 389 Abs. 3

³ Die Rechtsmittelinstanz erhebt *auf Antrag oder von Amtes wegen die für die Wahrheitsfindung notwendig erscheinenden* zusätzlichen Beweise.

Art. 395 lit. b Kollegialgericht als Beschwerdeinstanz

Grundsätzlich ist gegen die Änderung nichts einzuwenden. Wir verweisen aber auf unsere Bemerkungen zu Art. 353 Abs. 2 resp. 123 Abs. 2, wonach die Beurteilung der Zivilforderung nicht Sache der Staatsanwaltschaft sein und daher die geltende Regelung beibehalten werden sollte. Dies würde auch die Änderung von Art. 395 lit. b obsolet machen.

Art. 398 Abs. 1 Zulässigkeit und Berufungsgründe

Die Berufung gegen selbständige nachträgliche Entscheide und selbständige Einziehungsentscheide ist abzulehnen. Das Bundesgericht hat die anfangs umstrittene Rechtslage zugunsten der Beschwerde entschieden. Das Beschwerdeverfahren erscheint denn auch nach wie vor besser geeignet als das grundsätzlich mündliche Berufungsverfahren. Daher besteht kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf (vgl. ergänzend oben zu Art. 365 Abs. 3 StPO).

Art. 440 Abs. 2 lit. c und Abs. 4 Sicherheitshaft

Es geht hier, soweit es die gerichtliche Haftprüfung betrifft, generell um (erstinstanzliche) *nachträgliche Entscheide*, nicht um Entscheide im Rahmen eines noch hängigen Gerichtsverfahrens. Daher ist es angezeigt, auch zur Sicherung von Urteilen des Berufungsgerichts das *Zwangsmassnahmengericht* als zuständig zu erklären. Jedenfalls ist es auch hier nicht

sachgerecht, dass die *Beschwerdeinstanz* gegebenenfalls wie ein erstinstanzliches Gericht handeln soll (vgl. zu dieser Problematik ergänzend die Bemerkungen zu Art. 228a und Art. 231–233 StPO).

II. Zu weiteren Bestimmungen

Art. 80 Abs. 2 dritter Satz des Bundesgerichtsgesetzes / Vorinstanzen

Die *ersatzlose* Aufhebung dieser Bestimmung ist problematisch. Es gibt auch *systemimmanente* Ausnahmen vom Grundsatz der "double instance", die weiterhin gerechtfertigt sind. Wenn ein *oberes* kantonales Gericht von Gesetzes wegen als einzige kantonale Instanz entscheidet – etwa bei Anordnungen im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens – muss der Entscheid, allenfalls unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG, weiterhin direkt beim Bundesgericht angefochten werden können (vgl. etwa Art. 40 Abs. 1 am Ende, Art. 59 Abs. 1 lit. b und c sowie für verfahrensleitende Anordnungen im Berufungsverfahren Art. 125 Abs. 2, Art. 186 Abs. 3 und Art. 248 Abs. 3 lit. b StPO).

Art. 9 des Rechtshilfegesetzes / Schutz des Geheimbereichs und Siegelung

Die vorgesehenen Bestimmungen sind viel zu unbestimmt. Es sollte wie heute dabei bleiben, dass diese Rechte im Hauptverfahren im Ausland geltend zu machen sind und nicht im Rahmen des Rechtshilfeverfahrens.

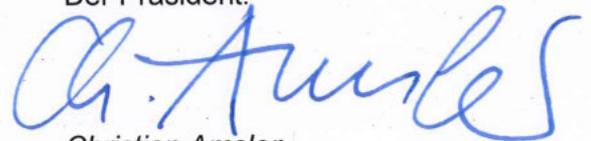
Für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Stellungnahme danken wir Ihnen.



Freundliche Grüsse

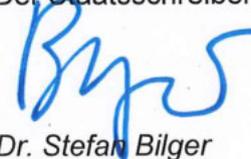
Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:



Christian Amsler

Der Staatsschreiber:



Dr. Stefan Bilger

Regierungsrat

Rathaus / Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
www.so.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

13. März 2018

Vernehmlassung zur Änderung der Strafprozessordnung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 1. Dezember 2017 in oben genannter Angelegenheit, danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns dazu gerne wie folgt:

A. Grundsätzliches

Wir begrüssen die mit der vorliegenden Teil-Revision verfolgten Ziele. Sieben Jahre nach Inkrafttreten der StPO erscheint uns eine Prüfung von deren Praxistauglichkeit sinnvoll und angezeigt. Wir teilen die Ansicht des Bundesrates, dass Bestimmungen, welche in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen geführt haben, zu revidieren sind. Änderungen sollten jedoch nicht ohne ein dringendes Bedürfnis aus der Praxis vorgenommen werden und möglichst nicht zu Mehrkosten für die Kantone führen. Wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt, können wir den vorgeschlagenen Änderungen nur teilweise zustimmen. In einigen wesentlichen Punkten lehnen wir die Vorschläge ab.

Mit der Änderung der StPO wird vorgeschlagen, die Ausnahmen vom Grundsatz der "doppelten Instanz" aufzuheben. Dies würde zu Verfahrensverlängerungen und Mehraufwand für die Kantone führen und wird deshalb abgelehnt. Bei der Einführung der StPO wurden bewusst Ausnahmen vom Grundsatz der "doppelten Instanz" vorgesehen. Die Ausnahmen dienen der Verfahrensbeschleunigung und haben sich in der Praxis bewährt. Sie sollten deshalb belassen werden.

Wir begrüssen die neue Möglichkeit, auch während des Vorverfahrens Einvernahmen technisch aufzuzeichnen. Um den Effizienzgewinn nicht von vornherein zu Nichte zu machen, sollte jedoch vorgesehen werden, dass die nachträgliche Erstellung eines Protokolls gestützt auf die Aufzeichnungen nur in Ausnahmefällen erforderlich ist. In der Regel ist ein Protokoll nicht nötig und es genügt die Verschriftlichung der aufgezeichneten Kernaussagen. Ein Obligatorium zur technischen Aufzeichnung würde aufgrund der Kostenfolgen entschieden abgelehnt.

Die Vorverschiebung des Zeitpunktes zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage erachten wir als sinnvoll. Nicht einverstanden sind wir mit der vorgeschlagenen Regelung zur Einsetzung der amtlichen Anwälte. Mit Art. 133 VE-StPO wird in die Organisationsautonomie der Kantone eingegriffen, obschon die heutige Regelung zu keinen Problemen geführt hat. Insbesondere im Pikett müssen Anwälte rasch ausgewählt und eingesetzt werden können, weil ansonsten Beweisverluste drohen oder Fristen nicht eingehalten werden können. Eine Organisation innerhalb der Staatsanwaltschaften ist daher am zweckmässigsten. Ferner wurde im Kanton Solothurn eine Lösung eingeführt, gemäss welcher die amtlichen Verteidigungen in der Regel nach einem vom Solothurnischen Anwaltsverband organisierten Pikett eingesetzt werden, in begründeten Ausnahmefällen jedoch von der Verfahrensleitung. Diese differenzierte und kostenneutrale Lösung könnte nach dem aktuellen Vorschlag nicht weitergeführt und müsste durch eine teure Variante abgelöst werden. Die vorgeschlagene Änderung lehnen wir deshalb ab.

Wir stimmen zu, dass die Regelung der Teilnahmerechte von beschuldigten Personen in der Praxis zu Problemen führt. Eine Einschränkung der Teilnahmerechte ist dringend notwendig und dient der Wahrheitssuche. Der aktuelle Gesetzesvorschlag geht jedoch eine ganze Reihe von Problemen nicht an und könnte für die Wahrheitssuche sogar einen Schritt zurück bedeuten. Wir beantragen, die Teilnahmerechte gemäss der EMRK auszugestalten in dem Sinne, dass jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht hat, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen.

Wir befürworten die Lockerung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr. Begrüssenswert ist ebenso die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts. Zu überdenken ist hingegen die Einschränkung des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens. Von solchen Einschränkungen ist abzusehen.

Die vorgesehene Regelung, dass unter gewissen Voraussetzungen Zivilansprüche im Strafbefehlsverfahren beurteilt werden können, wird begrüsst, da sie im Interesse der Geschädigten liegt und der Effizienz der Justiz dient. Abzulehnen ist hingegen die Einvernahmeverpflichtung ab einer gewissen Strafgrenze, da sie in vielen Fällen zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens und zu Mehraufwand führt. Auch die Aufhebung der Rückzugsfiktion bei Nichterscheinen der einsprechenden Person zur Einvernahme respektive zur Hauptverhandlung ist abzulehnen, da sie zu Verfahrensverzögerungen sowie Mehrkosten führt. Der Schutz der Beschuldigten kann in genügender Weise durch Wiederherstellung der Frist in berechtigten Fällen erreicht werden. Schliesslich erachten wir die vorgesehene Kompetenzerweiterung im Bereich der Sicherheitshaft bei nachträglichen Verfahren als sinnvoll. Die Kompetenz für den Entscheid über die Anordnung von Sicherheitshaft sollte jedoch bei der Verfahrensleitung des für den nachträglichen Entscheid zuständigen Gerichts angesiedelt werden.

Wir weisen darauf hin, dass für Anpassungen im kantonalen Recht und organisatorische Änderungen eine genügend lange Übergangsfrist vorzusehen ist (mindestens 18 Monate seit Verabschiedung der Änderungen in der Schlussabstimmung von National- und Ständerat). Neben Ausführungen zu den Vorschlägen des Bundesrates erlauben wir uns, Anregungen zu weiteren Bestimmungen zu machen, welche unseres Erachtens ebenfalls im Rahmen dieser Teilrevision berücksichtigt werden sollten.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Art. 78 und Art. 78a StPO

Wir begrüssen die neue Möglichkeit, auch während des Vorverfahrens Einvernahmen technisch aufzuzeichnen, unter gleichzeitiger Befreiung von einer fortlaufenden Protokollierungspflicht. Um den Effizienzgewinn nicht von vornherein zu Nichte zu machen oder den Administrationsaufwand sogar zu erhöhen, sollte vorgesehen werden, dass die nachträgliche Erstellung eines

Protokolls gestützt auf die Aufzeichnungen nur in Ausnahmefällen erforderlich ist. In der Regel ist ein Protokoll nicht nötig und es genügt die Verschriftlichung der aufgezeichneten Kernaussagen. Ein Obligatorium zur technischen Aufzeichnung würde aufgrund der Kostenfolgen entschieden abgelehnt.

Art. 88 Abs. 4 StPO

Die Aufhebung der Regelung, wonach Strafbefehle auch ohne Veröffentlichung als zugestellt gelten, wird befürwortet. Werden Strafbefehle rechtskräftig, haben sie die Wirkung eines Urteils. Eine Unterscheidung bei der Zustellung von Strafbefehlen und Urteilen ist deshalb nicht gerechtfertigt, zumal mit einem Strafbefehl Freiheitsstrafen bis zu 6 Monaten ausgesprochen werden können.

Art. 117 Abs. 1 lit. g StPO

Die unentgeltliche Zustellung der bezeichneten Auszüge des Urteils auf Verlangen ist geboten. Dasselbe sollte auch für Strafbefehle gelten.

Anregung zu Art. 118^{bis} StPO

In grossen Wirtschaftsstraffällen können sich regelmässig mehrere hundert oder über tausend Geschädigte, vielfach mit Wohnsitz im Ausland, als Privatkläger konstituieren (z.B. Fall Behring). Dies stellt die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte vor Bearbeitungsprobleme. Der Umgang mit den Privatklägern und insbesondere die Gewährung ihrer Verfahrensrechte (in jedem Verfahrensstadium) bedeuten einen erheblichen Arbeitsaufwand. Dieser steht unseres Erachtens nicht immer in einem vernünftigen Verhältnis zur Ausübung der Verfahrensrechte, zumal es zu starken Verzögerungen des Verfahrens kommt, was letztlich einen Nachteil für alle Verfahrensbeteiligten darstellen kann. Obwohl sich in aller Regel nur die wenigsten Privatkläger über den finanziellen Anspruch hinaus am Strafverfahren beteiligen wollen, sind sie grundsätzlich alle gleichermassen zu bedienen. Die Geltendmachung der Rechte durch einen Privatkläger sollte unseres Erachtens an bestimmte Anforderungen geknüpft werden, beispielsweise die Nennung eines Schweizer Zustelldomizils bei einem im Ausland wohnhaften Privatkläger. Bei einer Vielzahl von Privatklägern sollten sie zur Wahrnehmung ihrer Rechte über einen gemeinsamen Vertreter verpflichtet werden.

Art. 123 Abs. 2 StPO

Die Vorverschiebung des Zeitpunktes zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage erachten wir als sinnvoll.

Art. 126 Abs. 2 StPO

Die vorgesehene Regelung liegt im Interesse der Parteien und dient der Prozessökonomie, sie wird begrüsst. Als Korrelat zur weit gefassten Strafbefehlskompetenz ist die Prüfung der Zivilansprüche im Strafbefehlsverfahren unseres Erachtens folgerichtig, ansonsten lässt sich kein austariertes Gleichgewicht zwischen Beschuldigten- und Geschädigtenrechten erzielen.

Art. 130 lit. d StPO

Die notwendige Verteidigung ausschliesslich wegen des persönlichen Auftritts der Staatsanwaltschaft vor dem Zwangsmassnahmengericht wäre ein unnötiger Kostentreiber, den in erster Linie die beschuldigten Personen und in zweiter Linie die Kantone zu finanzieren hätten. Sie ist abzulehnen.

Art. 131 Abs. 2 und 3 StPO

Die Unklarheit zwischen den Gesetzestexten in Art. 131 Abs. 3 StPO sollte zugunsten der bisherigen deutschen und italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer relativen Unverwertbarkeit (Art. 141 Abs. 2 StPO) aufgelöst werden. Es sollte weiterhin eine Güterabwägung erfolgen und keine automatische Ungültigkeit eintreten. Die vorgeschlagene Änderung ist entschieden abzulehnen.

Art. 133 StPO

Mit Art. 133 StPO wird in die Organisationsautonomie der Kantone eingegriffen, obschon die heutige Regelung zu keinen Problemen geführt hat. Insbesondere im Pikett müssen Anwälte rasch ausgewählt und eingesetzt werden können, weil ansonsten Beweisverluste drohen oder Fristen nicht eingehalten werden können. Eine Organisation innerhalb der Staatsanwaltschaften ist daher am zweckmässigsten. Zudem ist daran zu erinnern, dass gegen die Einsetzungsverfügungen jederzeit Beschwerde erhoben werden kann. Wir regen daher an, es bei der bisherigen Regelung zu belassen. Ferner wurde im Kanton Solothurn eine Lösung eingeführt, gemäss welcher die amtlichen Verteidigungen in der Regel nach einem vom Solothurnischen Anwaltsverband organisierten Pikett eingesetzt werden, in begründeten Ausnahmefällen jedoch von der Verfahrensleitung. Diese differenzierte und kostenneutrale Lösung könnte nach dem aktuellen Vorschlag nicht weitergeführt und müsste durch eine teure Variante abgelöst werden. Der vorgeschlagene Art. 133 StPO ist deshalb abzulehnen.

Art. 135 StPO

Auch die Ergänzung von Art. 135 Abs. 1 StPO ist zu streichen. Im Gegensatz zur gewählten Verteidigung trägt die amtliche Verteidigung kein Inkassorisiko. Sie kann davon ausgehen, dass alle ihre Bemühungen sicher entschädigt werden. Es entsteht ein Rechtsverhältnis mit dem Staat, dessen Abgeltung in den jeweiligen Tarifordnungen festgelegt wird. Es drängt sich somit nicht ein Vergleich mit den Wahlverteidigungen, sondern viel eher mit den Staatsanwältinnen und Staatsanwälten auf. Warum die Höhe der Entschädigung vom Ausgang des Verfahrens abhängig gemacht werden soll, kann daher nicht nachvollzogen werden. Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft aufgrund des Grundsatzes "in dubio pro duriore" verpflichtet ist, auch Fälle anzuklagen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch führen oder aufgrund des fehlenden Vorabklärungsverfahrens frühzeitig Verfahren eröffnen muss, die dann wieder einzustellen sind. Die Staatsanwaltschaft muss somit tätig werden, auch wenn sie weiss oder davon ausgeht, dass sie mutmasslich "unterliegt". Demgegenüber sind die geltenden Regelungen der Strafprozessordnung und der dazugehörigen Rechtsprechung derart, dass die amtlichen Verteidigungen sehr frühzeitig und in zahlreichen Verfahren involviert sind und ihnen damit insgesamt auch Gewähr für eine verlässliche Einnahmequelle geboten wird. Davon zeugt auch der Anstieg der entsprechenden kantonalen Kosten seit Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung.

Die in Art. 135 Abs. 3 StPO vorgesehene Vereinheitlichung des Rechtsmittelweges erachten wir als sinnvoll. Hingegen sollte Art. 135 Abs. 4 lit. b nicht aufgehoben werden. Zwar verzichtet in der Praxis ein grosser Teil der Anwaltschaft zufolge Uneinbringlichkeit auf die Geltendmachung der Differenz zum vollen Honorar, doch sollte diese Möglichkeit nicht zum Vorneherein durch das Gesetz verwehrt werden. Im Kanton Solothurn hat sich auch eine Praxis entwickelt, mit der die Differenz zum vollen Honorar bestimmbar ist. So können die Anwälte die Honorarvereinbarung mit dem vereinbarten Stundenansatz beim Gericht einreichen. Der Stundenansatz wird dann (unter Vorbehalt der Angemessenheit) beim Festsetzen der Differenz berücksichtigt.

Art. 136 Abs. 1^{bis}

Es wird begrüsst, dass die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege auch für Opfer vorgesehen wird, welche sich nur als Strafkkläger beteiligen. Die Bestimmung sollte jedoch gleich in

Absatz 1 und 2 integriert werden. Bei einem separaten Absatz 1^{bis} besteht die Gefahr, dass Unklarheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Absätzen entstehen.

Art. 147 und Art. 147a StPO

Die Teilnahmerechte in ihrer aktuellen Ausgestaltung führen zu einer Verteuerung und einer Verlängerung des Verfahrens. Problematischer als die finanziellen Auswirkungen sind jedoch die Auswirkungen auf die Wahrheitsfindung, was im Folgenden kurz darzustellen ist:

Durch das mit der Strafprozessordnung gewählte Staatsanwaltschaftsmodell und insbesondere aufgrund von Art. 307 und 309 StPO ist die Staatsanwaltschaft sehr früh in zahlreiche Strafverfahren involviert. So hat die Polizei gemäss Art. 307 StPO die Staatsanwaltschaft unverzüglich über schwere Straftaten und andere schwerwiegende Ereignisse zu informieren und die Staatsanwaltschaft hat gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO eine Untersuchung zu eröffnen, wenn sie im Sinne von Art. 307 StPO durch die Polizei informiert worden ist. Da diese Information "unverzüglich" zu erfolgen hat, steht der massgebliche Sachverhalt zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest. Die genauen Tatumstände, die Tatbeteiligungen bei mehreren Tätern, die Motivlage und subjektive Elemente müssen somit erst ermittelt werden. Ein wichtiges Instrument zur Klärung des Sachverhalts stellen dabei Einvernahmen dar. Diese werden miteinander und mit allfällig vorhandenen Sachbeweisen oder weiteren Indizien abgeglichen und allfällige Widersprüche werden geklärt. Dabei ist ein Strafverfahren äusserst dynamisch. Je nach Entwicklung stellt sich der Sachverhalt immer wieder anders dar oder es zeigen sich im Verlaufe des Verfahrens weitere Aspekte, die zu Beginn des Verfahrens nicht bekannt gewesen waren. Um herauszufinden, was wirklich passiert ist, sind die Staatsanwaltschaften in einer ersten Phase darauf angewiesen, Aussagen unbeeinflusst erhalten zu können. Sie müssen mehrere Personen zur gleichen Sache befragen können, bevor sich diese haben absprechen können oder auf andere Weise Kenntnis von den Aussagen der anderen Beteiligten erhalten. Aus allfälligen Abweichungen ergeben sich dann Anhaltspunkte dafür, ob jemand die Wahrheit sagt oder nicht. Umgekehrt kann aber auch davon ausgegangen werden, dass man sehr nahe an der Wahrheit dran ist, wenn mehrere Personen dasselbe aussagen, ohne dass sie sich zuvor haben absprechen können oder auf andere Weise Kenntnis von allfälligen anderen Aussagen erhalten haben. Wichtig für die Ermittlung der materiellen Wahrheit kann aber auch ein Wissensvorsprung sein. Vielleicht nennt zum Beispiel der eine Mittäter eines Raubüberfalls ein wichtiges Detail, das zu weiteren Beweismitteln führt. Gerade wenn sich Personen nicht in Untersuchungshaft befinden, brauchen die Strafverfolgungsbehörden Zeit, um solche Beweismittel zu sichern, bevor sie anderen Mittätern zur Kenntnis gelangen. Insbesondere schwere Straftaten werden zudem oft nicht von Einzeltätern begangen. Bis man weiss, wer in welcher Hierarchiestufe gehandelt hat bzw. wer welchen Tatbeitrag geleistet hat, müssen oftmals zahlreiche Sach- und Personalbeweise erhoben werden. Es ist sicherlich gut vorstellbar, dass ein Mittäter unterer Hierarchiestufe kaum dazu bereit ist, in Anwesenheit seines "Vorgesetzten" irgendwelche Aussagen zu machen.

Aus all diesen Gründen sollten daher Aussagen – zumindest in den ersten Phasen der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen bzw. solange es überhaupt um die Sachverhaltsermittlung geht – ohne Teilnahmerechte und vor allem auch zeitnah erhoben werden können, wenn sie dem Ziel der Wahrheitsfindung auch wirklich dienen sollen.

Die Strafprozessordnung geht mit den Teilnahmerechten weiter, als dies gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens gewährleistet werden müsste und die Schweiz steht mit dieser Lösung international ziemlich isoliert da. Selbstverständlich muss das Frage- und Konfrontationsrecht der beschuldigten Person unverändert erhalten bleiben, doch soll es zeitlich etwas nach hinten versetzt werden. Unverändert soll auch das Recht der beschuldigten Person bleiben, bereits von der ersten Einvernahme an einen Anwalt beiziehen zu können.

Die aktuell vorgeschlagene Lösung bietet aus unserer Sicht lediglich eine punktuelle Verbesserung: Das Teilnahmerecht von beschuldigten Personen soll im Grundsatz unverändert beibehalten werden, neu soll aber eine Einschränkung des Teilnahmerechts dann möglich sein, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird. Diese Lösung ist nur dann praktikabel, wenn davon ausgegangen wird, dass die Gefahr der Anpassung der eigenen Aussagen namentlich in der Anfangsphase der Untersuchung immer besteht, weil man im Vorfeld einer Einvernahme deren Inhalte ja noch nicht kennt. Für die Praxis unbrauchbar wäre diese Lösung indessen, wenn die Staatsanwaltschaft die Gefahr der Aussagenanpassung für jeden Einzelfall konkret beweisen müsste. Bei der vorgeschlagenen Lösung handelt es sich um den Versuch, eine scheinbare Zwischenlösung zu schaffen, welche den Anwendungsbereich jedoch zu wenig klar umschreibt und daher in der Praxis ständig zu unterschiedlichen Auffassungen und Rechtsstreitigkeiten führen dürfte.

Es stellen sich im Übrigen eine Reihe von problematischen Aspekten, von welchen hier nur ein paar aufgezählt werden können. Nicht nur bei der beschuldigten Person ist zu verhindern, dass sie ihre Aussagen anpasst, dies gilt auch für die Privatklägerschaft. Dabei geht es beiderseits nicht nur um eine bewusste Anpassung der Aussagen, sondern es besteht die grosse Gefahr, dass die Parteien dem extrem grossen Suggestionseffekt erliegen, den die Aussage einer anderen Person darauf hat, wie die Parteien selber ihr Erlebnis erinnern. Insbesondere die Erinnerung an für die Glaubhaftigkeitsbewertung zentrale Aussagedetails kann dadurch verändert werden, was eine massive Entwertung der Aussagen bewirken kann. Verhindert werden muss zudem nicht nur die Möglichkeit zur Aussagenanpassung, sondern beispielsweise auch diejenige der Einschüchterung von Zeugen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass bei der ersten Befragung eines Zeugen noch gar nicht bekannt sein kann, ob eine Situation besteht, in welcher allenfalls sogar Zeugenschutzmassnahmen geprüft werden müssten. Weiter trägt der aktuelle Vorschlag dem Umstand keinerlei Rechnung, dass Einvernahmen zum Teil auch in Prozessphasen erhoben werden müssen, in welchen die Untersuchung zwar eröffnet ist (z.B., weil geheime Überwachungsmassnahmen angeordnet wurden), die beschuldigten Personen jedoch noch nichts davon wissen und auch nichts wissen dürfen, wenn der Erfolg der Ermittlung nicht vereitelt werden soll.

Die in Art. 147a StPO vorgeschlagene gesetzliche Regelung birgt sogar die Gefahr, dass die Wahrheitssuche im Vergleich zur aktuellen Praxis noch stärker eingeschränkt würde. Soweit die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Beschränkung der Parteiöffentlichkeit in Anlehnung an die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts für eine gewisse Zeit zulässt, knüpft sie diese an das Vorliegen von "sachlichen Gründen für die Beschränkung der Parteiöffentlichkeit" (vgl. BGE 139 IV 25, E. 5.5.4.1). Diese sachlichen Gründe umfassen nicht nur die Gefahr der Anpassung von Aussagen im Sinne von Art. 147a StPO. Dies zeigt, dass der aktuelle Gesetzesvorschlag nicht nur eine ganze Reihe von Problemen nicht angeht, sondern für die Wahrheitssuche sogar einen Schritt zurück bedeuten könnte.

Des Weiteren vermag die Begründung im Begleitbericht für die grundsätzliche Beibehaltung des Teilnahmerechts, nämlich, dass dieses Ausdruck des angestrebten "Gleichgewichts" der Parteien sei, nicht zu überzeugen. Die Staatsanwaltschaft ist im Vorverfahren gerade nicht Partei, sondern hat einen übergeordneten Auftrag zu erfüllen. Die Verteidigungsrechte und das faire Verfahren werden dabei bereits umfassend durch die Mitwirkungsrechte an den Beweiserhebungen, die ausgedehnten Beschwerderechte und durch den Anwalt der ersten Stunde gewährleistet. Das Argument, mit der umfassenden Ausgestaltung der Teilnahmerechte würde kompensiert, dass die Staatsanwaltschaft die Kompetenz zum Erlass von Strafbefehlen habe, geht ins Leere. Denn in den grossen Verfahren (z.B. Tötungsdelikte, bandenmässige Vermögensdelinquenz, organisierte Kriminalität), in welchen die Staatsanwaltschaft von Anfang an die Führung des Verfahrens übernimmt, kommt das Strafbefehlsverfahren gerade nicht zur Anwendung. Und gleichzeitig spielen in den relativen Bagatellsachen, welche regelmässig Gegenstand des Strafbefehlsverfahrens sind, die Teilnahmerechte weitgehend keine störende Rolle, weil die

fraglichen Delikte in erster Linie im polizeilichen Ermittlungsverfahren aufgeklärt werden können.

Seit das Bundesgericht das Teilnahmerecht auch auf Mitbeschuldigte ausgedehnt hat (aus dem Gesetzeswortlaut wäre auf ein solches an sich noch nicht zwingend zu erkennen gewesen, was auch aus damaligen Entscheiden von kantonalen Beschwerdeinstanzen hervorging), gab es in der Folge zahlreiche Entscheidungen, welche diesen Grundsatz wieder zu relativieren suchten (bei Trennung des Verfahrens, unmittelbar nach der Tat bei Vorliegen von Kollusion u.a.m.). Diese Rechtsprechung hat zu einer allgemeinen Rechtsunsicherheit und zu zahlreichen Beschwerdeverfahren geführt, welche die Strafbehörden auf allen Ebenen beanspruchen und belasten sowie die Verfahren verlängern und verteuern. Eine klare und einfache gesetzliche Regelung wäre dringend nötig. Mit der gesetzlichen Normierung des EMRK-Standards wäre allen gedient. Der EMRK-Standard wurde durch eine intensive, um einen Ausgleich zwischen den teilweise divergierenden Interessen der Wahrheitsfindung und der Partizipation der Parteien bemühte Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes entwickelt. Dieser Standard hat sich durchgesetzt und er ist praktikabel.

Wir beantragen daher, die Teilnahmerechte an Einvernahmen, insbesondere bei mitbeschuldigten Personen, gemäss der EMRK und der dazugehörigen Rechtsprechung auszugestalten in dem Sinne, dass jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht hat, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen. Art. 147 Abs. 1 StPO wäre entsprechend abzuändern, Art. 147 Abs. 2 und 3 StPO wären aufzuheben.

Auch der Vorschlag gemäss Art. 147a Abs. 3 StPO, wonach nicht parteiöffentliche Aufnahmen unter Vorbehalt eines ausdrücklichen Verzichts zwingend auf Video aufgezeichnet werden müssten, lehnen wir ab. Ein Zwang zur Videoaufzeichnung geht indessen zu weit. Für manche Befragungen, beispielsweise die Befragung zu buchhalterischen Vorgängen im Bereich der Wirtschaftskriminalität, eignet sich eine Videoaufzeichnung kaum. Auch muss beispielsweise berücksichtigt werden, dass es für Zeuginnen und Zeugen einen enormen Eingriff bedeuten kann, wenn ihre Zeugenaussagen nicht nur protokolliert, sondern zusätzlich auf Video aufgezeichnet werden. Denn die Möglichkeit, dass diese Aufnahmen in falsche Hände, beispielsweise jene einer gefährlichen Verbrecherbande, geraten könnten, kann nie ganz ausgeschlossen werden.

Anregung zu Art. 210 Abs. 4 StPO

Die Bestimmung, wonach das Ausschreiben von Deliktsgut im automatisierten Fahndungssystem des Bundes (RIPOL) von der Staatsanwaltschaft anzuordnen ist, hat sich als nicht praktikabel erwiesen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb für eine Sachfahndung im Interesse des Geschädigten eine Verfügung der für Zwangsmassnahmen zuständigen Behörde nötig sein soll. Deshalb sollte die Gelegenheit zur Anpassung dieser Gesetzesbestimmung genutzt werden.

Anregung zu Art. 211 StPO

Für die Internetfahndung sollte unseres Erachtens eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Dies würde der Medienrealität Rechnung tragen und zur Rechtssicherheit beitragen.

Art. 221 StPO

Wir begrüssen sowohl die Beschränkung des Vortaterfordernisses auf eine Straftat als auch die redaktionelle Anpassung, wonach sich "schwer" auf Vergehen bezieht.

Art. 222 Abs. 2 StPO

Die Überführung der Rechtsprechung des Bundesgerichts in das Gesetz wird begrüsst.

Art. 228a Abs. 2 StPO

Die in Absatz 2 statuierte Frist von 3 Stunden ist unseres Erachtens zu knapp bemessen und sollte angemessen auf 12 Stunden ausgedehnt werden.

Art. 231 Abs. 2, Art. 232 und Art. 233 StPO

Wir sind der Meinung, dass die Kompetenz für den Entscheid über die Anordnung von Sicherheitshaft bei der Verfahrensleitung des Berufungsgerichtes belassen werden sollte. Eine Ausstandsproblematik orten wir diesbezüglich nicht. Die Verfahrensleitung des Berufungsgerichtes muss sich auch in anderen Konstellationen mit Fragen befassen, welche später in der Hauptverhandlung wieder zum Thema werden können (z.B. Entscheid über Beweisanträge). Das Bundesgericht hat unseres Wissens denn auch noch nie eine Ausstandsproblematik moniert. Zudem müsste die Verfahrensleitung des Berufungsgerichtes bei der vorgesehenen Gesetzesänderung ohnehin der Beschwerdeinstanz Antrag stellen und somit ihre vorläufige Position und Einschätzung offenlegen. Die heutige Regelung führt zu effizienten, schnellen Entscheiden. Gerade kürzlich wurde die Flucht eines Beschuldigten verhindert, indem er aufgrund einer Meldung sofort vorgeführt und Sicherheitshaft angeordnet werden konnte. Ob diese schnelle Aktion möglich gewesen wäre, wenn zuerst noch ein Antrag bei der Beschwerdeinstanz hätte gestellt, begründet und entschieden werden müssen, ist zweifelhaft. Die Zuständigkeiten sollten deshalb wie im geltenden Recht belassen werden. Folgt man diesen Erwägungen, sind entsprechend auch Art. 364b Abs. 2 sowie Art. 440 Abs. 2 lit. c VE-StPO anzupassen.

Im Übrigen sollte der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, die Fortführung der Sicherheitshaft zu beantragen, immer dann zukommen, wenn sie Berufung anmeldet und das erstinstanzliche Gericht die Freilassung der beschuldigten Person anordnet. Also beispielsweise auch bei einer Verurteilung zu einer kurzen oder einer bedingten Freiheitsstrafe und nicht nur bei einem Freispruch.

Falls diesen Erwägungen nicht gefolgt würde und es bei der vorgesehenen Gesetzesänderung bleiben würde, müsste das Berufungsgericht zumindest im Urteilsfall Sicherheitshaft anordnen können. Ausserdem wäre wohl auch Art. 413 Abs. 4 StPO (Sicherheitshaft im Revisionsverfahren) anzupassen. Zudem erschiene die neue Regelung von Art. 248 Abs. 3 lit. b widersprüchlich, soll doch dort die Verfahrensleitung des Gerichts, bei dem der Fall hängig ist, über das Entsiegelungsgesuch entscheiden.

Art. 248 StPO

Wir regen an, einschränkende Siegelungsgründe zu prüfen, so dass einer rein verfahrensverzögernden Siegelung besser Einhalt geboten werden kann.

Art. 251a StPO

Die Bestimmung begrüssen wir. Allerdings sollte Art. 251a StPO so abgeändert werden, dass, analog zur erkennungsdienstlichen Erfassung nach Art. 260 Abs. 4 StPO nur dann eine staatsanwaltschaftliche Einzelverfügung erforderlich ist, wenn sich die betroffene Person der Anordnung durch die Polizei widersetzt.

Der Abs. 2 kann gestrichen werden, da die Staatsanwaltschaft grundsätzlich für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig ist und die Polizei sie entsprechend informiert, sollte eine Zwangsmassnahme erforderlich sein, weil sich die betroffene Person widersetzt.

Anregung zu Art. 255 StPO

Die rudimentären gesetzlichen Grundlagen zur erkennungsdienstlichen Erfassung sowie zur Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs bzw. zur Auswertung eines DNA-Profiles stellen ein gravierendes Problem dar und sie können die Aufklärungsquoten negativ beeinflussen.

Art. 255 ff. sowie Art. 260 ff. StPO beziehen sich nur auf jene Fälle, in welchen daktyloskopische oder DNA-Spuren der Tat vorhanden sind, auf welche sich der Tatverdacht bezieht (sog. Anlass-tat). Bei der Ausarbeitung der StPO war es nie die Absicht, den damaligen Status Quo (gemäss kant. StPO, DNA-Profilgesetz sowie Rechtsprechung des Bundesgerichts) zu ändern. Dementsprechend hat das Bundesgericht – zumindest anfangs – auch nach Inkrafttreten der StPO an seiner Rechtsprechung festgehalten, wonach die Erfassung eines DNA-Profiles auch zulässig ist, wenn "eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Betroffene in andere – auch künftige – Verbrechen oder Vergehen verwickelt sein könnte" (Urteil 1B_57/2013 vom 2.7.2013, E. 2.3 und 3.2).

In den letzten Jahren hat das Bundesgericht begonnen, die Voraussetzungen für die erkennungsdienstliche Erfassung sowie DNA-Profilerstellung für all jene Fälle einzuschränken, in welchen diese Daten nicht zur Klärung der Anlasstat nötig sind. Nunmehr genügt nicht mehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Betroffene in andere "Delikte von gewisser Schwere" – auch künftige – verwickelt sein könnte. Vielmehr verlangt das Bundesgericht entsprechende "erhebliche und konkrete Anhaltspunkte". Die untragbare Konsequenz dieser Rechtsprechung ist diejenige, dass ein Einbrecher (selbst wenn er keinen Wohnsitz in der Schweiz hat), der in flagranti angehalten wird, nicht mehr mit der Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs rechnen muss. Zur Klärung der Anlasstat ist nämlich die DNA des Täters nicht erforderlich – er wurde ja in flagranti angehalten und ist für diese Tat "überführt". Dies im Gegensatz zum Täter, welcher erst nach der Tat, beispielsweise auf Hinweis von Zeugen, angehalten wird. In diesen Fällen sind die Wangenschleimhautabstrich-Abnahme und DNA-Profil Auswertung in der Regel unproblematisch. Eine derartige Ungleichbehandlung erscheint jedoch wenig logisch, insbesondere da in aller Regel der Täterschaft in beiden Konstellationen weitere Delikte zugeordnet werden könnten.

Aus diesem Grund sollte die Gelegenheit genutzt werden Art. 255 StPO zu revidieren. Dieser ist so zu ergänzen, dass die Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs und die Erstellung eines DNA-Profiles auch dann möglich sind, wenn eine "gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Betroffene in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte". Die heutige Praxis wird ansonsten unweigerlich eine signifikante Abnahme der Aufklärungsquote nach sich ziehen.

Ein weiteres Anliegen ist die Neubeurteilung der Anordnungs-kompetenz bezüglich der Profilauswertung nach einer Wangenschleimhautabstrich-Abnahme. Vor Einführung der StPO lag die Anordnungs-kompetenz bei der Polizei. Unter dem Aspekt der Praxistauglichkeit sollte die Polizei die Erstellung eines DNA-Profiles wiederum selbst anordnen können. Für den Fall, dass sich die betroffene Person weigert, kann die Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft vorbehalten bleiben.

Anregung zu Art. 267 StPO

Im Zusammenhang mit der Herausgabe beschlagnahmter Daten stellen sich immer wieder Probleme. Die Bestimmung sollte mit einer praktikablen Lösung für Daten und Datenträger ergänzt werden. Insbesondere sollten selektive Datenherausgaben, welche mit einem enormen Aufwand verbunden sind, grundsätzlich unmöglich, respektive (im Sinne einer Minimalvariante) nur auf Vollkostenrechnung des Antragstellers vorzunehmen sein.

Art. 268 StPO

Die in Absatz 1 vorgeschlagene Änderung würde dazu führen, dass eine Ersatzforderungsbeschlagnahme neu nur noch gegenüber der beschuldigten Person möglich wäre. Die Ersatzforderungsbeschlagnahme sollte jedoch weiterhin auch gegenüber Dritten möglich sein. Die Bestimmung sollte entsprechend angepasst werden.

Abzulehnen ist auch der neu vorgeschlagene Absatz 4. Der Revisionsvorschlag übersieht Art. 442 Abs. 1 StPO. In Art. 442 Abs. 1 StPO ist bereits klar enthalten, dass Verfahrenskosten, Bussen, Geldstrafen und Ersatzforderungen auf dem Wege des SchKG und damit eben grundsätzlich – zur Ausnahme gleich anschliessend – ohne staatliches Vorzugsrecht durchzusetzen sind.

Hingegen ist es heute tatsächlich so, dass der Staat bezüglich der Tilgung der Kosten des Strafverfahrens privilegiert ist. Dieses Privileg gründet jedoch nicht auf einer blossen Rechtsprechung des Bundesgerichts, sondern auf Art. 442 Abs. 4 StPO, welcher festhält, dass "die Strafbehörden Forderungen aus Verfahrenskosten mit (...) beschlagnahmten Vermögenswerten" verrechnen können. Indem mit dem neuen Art. 268 Abs. 4 StPO ein staatliches Vorzugsrecht für Verfahrenskosten verneint wird, Art. 442 Abs. 4 StPO aber unverändert belassen werden soll, entstehen gesetzgeberische Widersprüche, welche es zu vermeiden gilt.

Art. 269 Abs. 2 lit. a und Art. 286 Abs. 2 lit. a StPO

Es wird angeregt, die Kataloge mit weiteren Artikeln zu ergänzen. Aufzunehmen ist die AQ/IS-Strafnorm (bis Art. 260^{sexies} StGB in Kraft tritt). Ferner sollte der Katalog der verdeckten Ermittlung (Art. 286 Abs. 2 lit. a) in Bezug auf Art. 197 Abs. 1 StGB (Pornografie) ergänzt werden. Die Einschränkung auf die Absätze 3-5 führt zur Problematik, dass in Fällen, bei denen die Täterschaft pornografische Bildaufnahmen an Minderjährige verschickt (typisch Bildaufnahmen der Täterschaft von ihrem Geschlechtsteil), die verdeckte Ermittlung in dieser Phase noch nicht möglich ist und so die IP-Adresse und entsprechend die Identität nicht festgestellt werden können. Derartige Handlungen zeigen jedoch ein gefährliches Potential für weitere gravierende strafbare Handlungen im Bereich von sexuellen Handlungen mit Minderjährigen. In solchen Fällen sollte es den Strafverfolgungsbehörden ermöglicht werden, die Person möglichst rasch ausfindig zu machen.

Des Weiteren ist zu bemängeln, dass Art. 220 StGB (Entziehen von Minderjährigen) und Art. 143^{bis} StGB (Datenhacking) nicht darunterfallen, obschon sich hier regelmässig weiterführende und rasche Ermittlungsansätze nur dank entsprechenden Überwachungsmaßnahmen ergeben. Und gerade Delikte im Bereich Datenhacking können eine Dimension schädigender Auswirkungen erreichen, welche sich der Gesetzgeber bei der Revision der "Computer-Delikte" 1994 nicht vorstellen konnte.

Anregung zu Art. 288 StPO

In der Vergangenheit hat sich wiederholt gezeigt, dass Mitarbeitende von Interventions- und Observationseinheiten, welche im Rahmen ihrer Tätigkeit in einem Gerichtsverfahren auftreten müssen, aufgrund der Offenlegung ihrer Identität Gefahr laufen, in der entsprechenden Spezialeinheit nicht mehr einsetzbar zu sein. Angesichts der oftmals gefährlichen Täterschaft – nur in solchen Fällen kommen in der Regel solche Mitarbeitende zum Einsatz – besteht zudem ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass sie und ihre Familienangehörigen bei Bekanntwerden der Identität Repressionen zu befürchten haben. Es ist deshalb ein grosses Bedürfnis, Mitarbeitende von Interventionseinheiten mittels Gewährung der Anonymität analog zu Art. 288 Abs. 2 StPO im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu schützen. Das heisst beispielsweise, dass deren Personalien ausschliesslich dem Gericht bekannt zu geben und von den Hauptakten separiert und nicht parteiöffentlich aufzubewahren und zu bearbeiten sind. Dies analog dem Beispiel anderer europäischer Länder (beispielsweise Frankreich und Belgien).

Anregung zu Art. 294 StPO

Verdeckte Ermittler im Bereich von Kinderpornografie stehen oftmals vor dem Problem, dass sie in den einschlägigen Foren nur Einlass erhalten, wenn sie kinderpornografisches Material liefern. Wer dies nicht kann, wird umgehend ausgeschlossen. Entsprechend besteht für die verdeckten Ermittler keine Möglichkeit, sich einzuschleusen, zumal sie sich nach heutigem Recht strafbar machen würden, kämen sie der entsprechenden Aufforderung nach. Zum Zwecke der Ermittlung wäre es jedoch sehr dienlich, wenn hier unter strengen Voraussetzungen Ausnahmen möglich wären (z.B. Weiterleiten von pornografischem Material, welches jedoch fiktive und nicht real existierende Personen zeigt). Es wird vorgeschlagen, Artikel 294 StPO um einen weiteren Absatz zu ergänzen und die Sachüberschrift weiter zu fassen.

Art. 301 Abs. 1^{bis} StPO

Wir begrüssen die vorgesehene Regelung, da bei den Opfern diesbezüglich ein grosses Bedürfnis besteht.

Art. 352 StPO

Das Strafbefehlsverfahren funktioniert in der Praxis sehr gut und ist unverändert zu belassen. Die Gründe, mit welchen die vorgeschlagene Änderung begründet werden, sind u.E. nicht stichhaltig.

Art. 352a StPO

Ob im Strafbefehlsverfahren Einvernahmen nötig sind, die von der Staatsanwaltschaft selber gemacht werden müssen – polizeiliche Befragungen liegen in Fällen in welchen Freiheitsstrafen ausgesprochen werden praktisch immer vor –, hängt von der Konstellation des Einzelfalles ab. Es besteht kein Zweifel, dass in einigen Fällen weitere Einvernahmen erforderlich sind, jedoch bietet das Strafmass hierfür kein taugliches Kriterium. Die vorgeschlagene Lösung führt zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens in denjenigen Fällen, in denen ein Beweisverfahren gerade nicht notwendig gewesen wäre. Dies unter anderem auch deshalb, weil bei einer Einvernahme zwingend ein Verfahren zu eröffnen und Art. 309 Abs. 4 StPO nicht mehr anwendbar ist. Wir schlagen daher vor, die Einvernahmeverpflichtung ganz zu streichen. Dies namentlich im Interesse der zu verurteilenden Personen, welche für den unnötigen Mehraufwand kostenpflichtig würden.

Art. 353 Abs. 2 StPO

Die vorgesehene Regelung, dass unter gewissen Voraussetzungen Zivilansprüche im Strafbefehlsverfahren beurteilt werden können, wird begrüsst. Die Möglichkeit der Beurteilung von Zivilansprüchen im Strafbefehlsverfahren liegt im Interesse der Geschädigten und dient der Effizienz der Justiz.

Art. 354 StPO

Aus unserer Sicht macht es keinen Sinn, zwei unterschiedliche Einsprachefristen zu statuieren. Zwei unterschiedliche Fristen für das gleiche "Rechtsmittel" wären ein gesetzgeberisches Novum und ein Unding. Es müsste in jedem Fall aufwändig abgeklärt werden, ob der Strafbefehl tatsächlich von der Staatsanwaltschaft persönlich ausgehändigt worden ist. Auch garantiert die persönliche Aushändigung durch die Staatsanwaltschaft nicht die Aufklärung über die Rechtsfolgen. Auch dies müsste im Zweifelsfall aufwändig abgeklärt werden.

Eine längere Einsprachefrist von 20 Tagen lehnen wir ebenfalls ab. Insbesondere im Umgang mit ausländischen Straftätern ohne Aufenthaltstitel (Kriminaltouristen) ist eine möglichst rasche Rechtskraft wichtig, damit diese umgehend ausgeschafft werden können.

Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4 StPO

Wer nicht zur Einvernahme erscheint, bekundet sein Desinteresse an der weiteren Fortführung des Verfahrens und soll die entsprechenden Rechtsfolgen gewärtigen. Die vorgesehene Änderung führt zu einer Ausweitung des Verfahrens sowie Mehrkosten und ist deshalb abzulehnen. Der Schutz der Beschuldigten kann in genügender Weise durch entsprechende Hinweise auf der Vorladung sowie durch Wiederherstellung der Frist in berechtigten Fällen (Art. 94 StPO) erreicht werden.

Art. 364 Abs. 5 StPO

Für den Entscheid in einem Nachverfahren kann auch die Staatsanwaltschaft zuständig sein. In diesen Fällen kann sich das Verfahren nicht nach den Bestimmungen über das erstinstanzliche Hauptverfahren richten. Die Gesetzesbestimmung ist entsprechend anzupassen.

Art. 364a StPO

Die vorgesehene Kompetenzerweiterung im Bereich der Sicherheitshaft bei nachträglichen Verfahren wird begrüsst. Der tragische Fall von Lucie Trezzini hat gezeigt, dass ein Erfordernis nach einer Regelung besteht, um der Gefahr für die Öffentlichkeit, die von einer verurteilten Person ausgehen kann, möglichst rasch begegnen zu können.

Art. 364b Abs. 2 StPO

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Art. 231 Abs. 2, Art. 232 und Art. 233 StPO.

Art. 365 Abs. 3 StPO

Das vorgeschlagene Rechtsmittel der Berufung gegen selbständige nachträgliche Entscheide betrachten wir als sinnvoll und entspricht der früheren Praxis im Kanton Solothurn.

Art. 440 Abs. 2 lit. c StPO

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Art. 231 Abs. 2, Art. 232 und Art. 233 StPO.

Art. 3 Abs. 2 Jugendstrafgesetz

Die bisherige Regelung für Übergangstäter führte in der Praxis immer wieder zu Unklarheiten und zu ungleicher Behandlung von beschuldigten Gleichaltrigen. Die neu vorgesehene Regelung, wonach Straftaten von Übergangstätern in zwei voneinander getrennten Verfahren beurteilt und sanktioniert werden sollen, ist deshalb zu begrüessen. Die Zuständigkeit zur Verfahrensführung soll sich nicht mehr – wie heute – aus dem Zufall eines noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Jugendstrafverfahrens ergeben, sondern allein aus dem Alter der beschuldigten Person.

Art. 36 Abs. 1^{bis} und 2 Jugendstrafgesetz

Wir begrüessen die Schliessung der bestehenden Lücke hinsichtlich der Verfolgungsverjährung. Dies umso mehr, weil die Verjährung der Strafverfolgung im Jugendstrafverfahren ohnehin relativ rasch eintritt.

Art. 10 Abs. 3 JStPO (Neuformulierung)

Die Praxis zur aktuellen JStPO hat gezeigt, dass sich betreffend die Vornahme von Ermittlungshandlungen am Tatort Unklarheiten und (negative) Kompetenzkonflikte ergeben. Es ist deshalb zu begrüessen, dass der Bund eine klare Regelung finden will. Allerdings ist der vorgeschlagene Art. 10 Abs. 3 JStPO für die Lösung der Problematik nicht wirklich hilfreich. Spätestens im Fall

eines schweren Delikts, welches auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden zu umfangreichen Ermittlungshandlungen führt, genügt die vorgeschlagene Formulierung nicht. Was "dringend notwendig" und was nur "notwendig" ist – darüber lässt sich streiten. Nicht nur zwischen den involvierten Behörden, sondern auch zwischen diesen und dem Verteidiger des beschuldigten Jugendlichen bestehen unterschiedliche Auffassungen von "Dringlichkeit" und somit Zuständigkeit. Vorrangiges Ziel der Strafverfolgung muss in einer ersten Phase die Verfolgung / Untersuchung einer strafbaren Handlung sein. Die Behörde am Ort der Tat verfügt über die besten Voraussetzungen zur Durchführung der Ermittlungen. Diese sollen nicht durch Fragen zur Zuständigkeit (Beschwerdeverfahren) behindert werden, sondern zügig durchgeführt werden können. Wie im Verfahren gegen Erwachsene, sollen Straftaten dort untersucht werden, wo sie sich ereignet haben und nicht dort, wo die mutmassliche Täterschaft ihren Aufenthaltsort hat. Die Zuständigkeit hinsichtlich der Abklärung der persönlichen Situation und der Beurteilung bei der Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes des beschuldigten Jugendlichen bleibt davon unangetastet. Währenddem die Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes über die besten Voraussetzungen zur Einschätzung der persönlichen Situation des Jugendlichen verfügt, verfügt die Behörde am Tatort über die besten Voraussetzungen zur Ermittlung der Straftat. Es wird deshalb der folgende Gesetzestext vorgeschlagen: "Die Behörde am Tatort ist zuständig für die Ermittlungen zur Tat".

Art. 10 Abs. 3 JStPO (Streichung)

Die Regelung ist grundsätzlich zu begrüssen. In der Umsetzung ergibt sich aber hinsichtlich der Übertretungen gegen die kantonale Gesetzgebung ein Problem. Deren Verfolgung und Beurteilung kann nicht unbedingt in die Zuständigkeit eines anderen Kantons fallen. Ebenfalls kaum praktikabel ist die vorgeschlagene Regelung im Bereich des Ordnungsbussenverfahrens. Für diese beiden Bereiche sollte deshalb die Behörde am Tatort zuständig sein.

Art. 32 Abs. 5 JStPO

Die vorgeschlagene Änderung bedingt eine Präzisierung in Art. 20 Abs. 2 JStPO. Es wird der folgende Gesetzestext vorgeschlagen: "Sie kann an der Hauptverhandlung teilnehmen, soweit ihre Anträge behandelt werden".

Gerne hoffen wir auf eine Berücksichtigung unserer Anliegen im weiteren Gesetzgebungsverfahren.

Mit freundlichen Grüssen

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.
Roland Heim
Landammann

sig.
Andreas Eng
Staatsschreiber



6431 Schwyz, Postfach 1260

An das
Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD

elektronisch an: annemarie.gasser@bj.admin.ch

Schwyz, 6. März 2018

Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung)
Vernehmlassung des Kantons Schwyz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 lädt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) die Kantonsregierungen ein, zur oberwähnten Vernehmlassungsvorlage bis 14. März 2018 Stellung zu nehmen. Der Vorentwurf sieht vor, die Strafprozessordnung (StPO) punktuell anzupassen.

Der Regierungsrat begrüsst eine Revision der Strafprozessordnung, jedoch nicht in der vorliegenden Form. Er unterstützt grundsätzlich die von der Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten (KKPKS), von der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz (SSK) sowie von der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) eingereichten Stellungnahmen. Dies unter dem kritischen Blickwinkel, dass nach der Vernehmlassungsvorlage die Regelungsdichte in der StPO noch grösser und der Staatsanwaltschaft noch mehr Formalien auferlegt werden sollen. Vom Staatsanwalt wird mit dem Beschleunigungsgebot (Art. 5 StPO) grundsätzlich ein schnelles Verfahren verlangt, aber gleichzeitig wird ein schnelles Verfahren mit einer übermässigen Regulierung unterbunden. Dieser Tendenz muss Einhalt geboten werden. Das Strafprozessrecht sollte dazu dienen, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Das überregulierte Strafprozessrecht stellt heute indessen vermehrt Stolpersteine und verhindert zunehmend die Erforschung der materiellen Wahrheit sowie die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches. Das Vertrauen in den Staat und in die Justiz hat durch diese Überregulierung in den letzten Jahren teilweise stark gelitten.

Speziell hinzuweisen gilt es aus Sicht des Regierungsrates noch auf Folgendes:

- Art. 55a Bst. b VE-StPO (Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts bei aktiver Rechtshilfe): In Abweichung der Meinung der SSK erachtet der Regierungsrat die vorgesehenen Anpassungen als notwendig; anderenfalls müsste damit gerechnet werden, dass der ersuchte Staat die Ausführung der ersuchten Massnahme ablehnt (vgl. Bst. b) oder der innerstaatliche Sachrichter einen Beweis aufgrund des formellen Mangels als nicht verwertbar taxiert (vgl. Bst. a).
- Art. 131 Abs. 2 und 3 VE-StPO (Sicherstellung der notwendigen Verteidigung): Die vorgeschlagene Anpassung schafft neue Abgrenzungsprobleme und ist wenig praktikabel. Mit Ausstellung eines Hausdurchsuchungsbefehls beispielsweise gilt ein Verfahren als eröffnet; ab welchem Zeitpunkt in einem solchen Fall die Verteidigung sicherzustellen wäre, ist unklar.
- Art. 132 Abs. 1 Bst. a StPO (Amtliche Verteidigung): Diese Bestimmung ist ebenfalls zu revidieren, weil sie in der Praxis von den Wahlverteidigern oft mit dem Verweis auf BGE 139 IV 113 ad absurdum geführt wird, indem mit der Niederlegung des Mandats gedroht wird, sollte der betreffende Rechtsanwalt nicht als amtlicher Verteidiger eingesetzt werden. Diese Bestimmung sollte daher wie folgt lauten: „bei notwendiger Verteidigung, falls die beschuldigte Person keine Wahlverteidigung bestimmt hat oder diese die Einsetzung als notwendige Verteidigung beantragt“.
- Art. 133 VE-StPO (Bestellung amtliche Verteidigung): Die vorgeschlagene Änderung trägt der unterschiedlichen Organisationen und Grösse der Kantone keine Rechnung; es sollte den Kantonen überlassen werden, wie sie diese Vorschrift organisatorisch umsetzen wollen. Die Verfahrensleitung im Kanton Schwyz beispielsweise hält sich bei der Auswahl der amtlichen Verteidigung an eine innerkantonal festgelegte Vorgehensweise. Wird eine Auswahlkompetenz einer anderen Stelle als der Verfahrensleitung übertragen, kann es zu unnötigen Verzögerungen kommen. Die unabhängige Stelle hätte wohl mittels Pikettdienstes sicherzustellen, dass die Auswahl auch an Wochenenden und Feiertagen sichergestellt ist.
- Art. 147 und Art. 147a VE-StPO (Einschränkung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person): Die Praktikabilität und damit der Nutzen dieser Neuerung dürfte erheblich eingeschränkt werden, wenn eine Aufzeichnung in Bild und Ton notwendig ist. Die ausgeschlossene Person dürfte auf eine Aufzeichnung wohl nicht verzichten, so dass der Nutzen im Alltag für die Strafverfolgungsbehörden mit dieser formalen Hürde schmelzen dürfte. Die Ausführungen in den Erläuterungen unterstellen den Strafverfolgungsbehörden, bei Einvernahmen mit unrechtmässigen oder zumindest mit unredlichen Mitteln zu arbeiten bzw. die Protokollierungsvorschriften gemäss Art. 78 StPO zu ignorieren. Diese Sicht wird entschieden zurückgewiesen. Falls die einvernehmende Person die einvernommene Person mit (nicht in den Akten erscheinenden) Versprechungen zu Aussagen verleiten möchte, könnte sie dies auch vor Eröffnung der Einvernahme tun; eine Videoaufzeichnung der formellen Befragung könnte dies auch nicht verhindern. Der Aufwand einer Videoaufzeichnung ist deshalb nicht zu rechtfertigen bzw. auch die Videoaufzeichnung ist ein untaugliches Mittel, um „schmutzige Tricks“ zu verhindern. Art. 147a Abs. 3 VE-StPO ist deshalb ersatzlos zu streichen. Die vorgeschlagene Möglichkeit, die Teilnahmerechte bei Kollusionsgefahr einzuschränken, ist namentlich bei Verfahren mit mehreren Beschuldigten im Interesse der Wahrheitsfindung zu begrüssen.
- Art. 147 Abs. 3 Bst. b VE-StPO (Teilnahmerechte im Allgemeinen): Die vorgeschlagene Formulierung „ohne sachliche Gründe“ ist schwammig und führt in der Praxis zu Rechtsunsicherheit. Es bedürfte zumindest einer beispielhaften (allenfalls nicht abschliessenden) Aufzählung von „sachlichen“ Gründen – wenn nicht im Gesetzestext, so jedenfalls im erläuternden Bericht.
- Art. 228a Abs. 2 VE-StPO (Haftverfahren): Der Überführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ins Gesetz kann grundsätzlich zugestimmt werden, nicht jedoch etwas Darüberhinausgehendem. Die dreistündige Frist zur Anhebung der Beschwerde dürfte sich in der Praxis jedoch als zu kurz erweisen. So darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass bei Fällen von Mitäterschaft mehrere Rechtsschriften verfasst werden müssten.

- Art. 251a VE-StPO (Blut- und Urinuntersuchung): Als Begrifflichkeit sollte „Blut- bzw. Urinprobe“ analog der Begriffsverwendung in der Strassenverkehrsgesetzgebung verwendet werden (vgl. Art. 91a SVG).
- Art. 303a VE-StPO (Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungen): Die Möglichkeit zur Abnahme einer Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikten ist zu begrüssen. Ebenso unterstützt der Regierungsrat die Anregung der SSK, die Pflicht zur Sicherheitsleistung auf weitere Antragsdelikte auszudehnen.
- Art. 352 Abs. 1, Abs. 1bis und Abs. 3 VE-StPO (Voraussetzungen Strafbefehlsverfahren) sowie Art. 352a VE-StPO (Obligatorische Einvernahme der beschuldigten Person): Der Regierungsrat hält dafür, die Ausgestaltung des Strafbefehlsverfahrens sowie die Voraussetzungen für dessen Anwendung insoweit in der heutigen Form zu belassen. Es ist kein begründeter Handlungsbedarf ausgewiesen.
- Art. 354 Abs. 1ter VE-StPO (Einsprachefristen): Eine (teilweise) Verlängerung der Einsprachefristen wird abgelehnt.
- Art. 355 Abs. 2 VE-StPO und Art. 356 Abs. 4 VE-StPO (Verfahren bei Einsprachen bzw. vor dem erstinstanzlichen Gericht): Die vorgesehene Aufhebung dieser Bestimmungen wird abgelehnt.
- Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Rückzugsfiktion schützt die einsprechende Person ausreichend vor ungerechtfertigtem Rechtsverlust. Ein konkludenter Rückzug der Einsprache auf einen Strafbefehl darf demnach nur dann angenommen werden, wenn sich aus dem gesamten Verfahren der Schluss aufdrängt, die betroffene Person verzichte mit ihrem Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bewusst auf den ihr zustehenden Rechtsschutz. Bei unverschuldetem Fernbleiben besteht sodann die Möglichkeit der Wiederherstellung der Frist. Eine gewollte Verzögerung durch unbegründetes Nichterscheinen zur Einvernahme bzw. zur Hauptverhandlung verdient dagegen keinen Rechtsschutz, zumal die betroffene Person Kenntnis davon hat, was ihr im Falle ihrer Passivität droht.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Im Namen des Regierungsrates:

Othmar Reichmuth, Landammann



Dr. Mathias E. Brun, Staatsschreiber

Kopie:

- Schwyzer Mitglieder der Bundesversammlung.

Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Frau Simonetta Sommaruga
Bundesrätin
Bundeshaus West
3003 Bern

Frauenfeld, 13. März 2018

Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung)

Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zum Entwurf für eine Änderung der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) sowie weiterer Erlasse und teilen Ihnen mit, dass wir mit der Revision in der vorgeschlagenen Form nicht einverstanden sind.

Vorab gestatten wir uns insbesondere darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Schweizerischen Strafprozessordnung in der Fassung, wie sie per 1. Januar 2011 in Kraft trat, zu Recht einige Ausnahmen vom Grundsatz der „doppelten Instanz“ geschaffen hat. Diese Ausnahmen, wie sie im erläuternden Bericht aufgezählt sind, sollten einer Beschleunigung des Verfahrens dienen, indem gewisse Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts und des urteilenden Gerichts als grundsätzlich endgültig bezeichnet wurden, gleichwohl jedoch eine Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht bestand. Gemäss dem nun vorliegenden Entwurf sollen keine Ausnahmen vom Grundsatz dieser „doppelten Instanz“ mehr möglich sein. Dafür sind Anpassungen in den Art. 40 Abs. 1, 59 Abs. 1, 150 Abs. 2 zweiter Satz, 186 Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 3, 222 Abs. 2, 248, 393 Abs. 1 Bst. c und 440 Abs. 3 StPO notwendig. Diese generelle Durchsetzung des erwähnten Grundsatzes lehnen wir ab.

Der Grundsatz der „doppelten Instanz“ hat unbestritten seine Berechtigung für Endentscheide und die wichtigsten Zwischenentscheide, damit die Rechtssuchenden ihre Anliegen innerhalb des Kantons einer zweiten Instanz unterbreiten können. Zudem ist bei zwei Instanzen die Fehleranfälligkeit geringer und die Legitimation höher. Dies bedeutet aber nicht, dass jeder Zwischenentscheid, der ohne Probleme auch mit dem Endent-

scheid über zwei Instanzen korrigiert werden kann, diesem Grundsatz unterworfen werden muss. Ausnahmen rechtfertigen sich insbesondere aufgrund der Maximen der Verfahrensbeschleunigung, der Prozessökonomie, der Kosten- und Nutzenrechnung sowie der Verhältnismässigkeit. Die Abschaffung der wenigen noch bestehenden Ausnahmen vom Grundsatz der „doppelten Instanz“ wird denn auch lediglich mit der Belastung des Bundesgerichts begründet. Die Nachteile für die Kantone überwiegen die angestrebte und nur vermeintliche Entlastung des Bundesgerichts aber bei Weitem. Für die Rechtssuchenden bestehen aufgrund der aktuellen Situation keine ernsthaften Probleme, und die Abschaffung des erwähnten Grundsatzes ist denn auch kaum ein Wunsch aus der Praxis, sondern vielmehr ein Vorschlag aus der Rechtstheorie. Zudem schliesst auch die vorgeschlagene generelle Aufhebung der Ausnahmen vom Grundsatz der „doppelten Instanz“ nicht aus, dass das Bundesgericht gleichwohl, einfach zu einem späteren Zeitpunkt mit entsprechenden Fällen beschäftigt wird.

Für die weiteren Rechtsetzungsaufgaben bitten wir Sie zudem, die nachfolgenden Bemerkungen zum Revisionsentwurf der StPO und des Jugendstrafgesetzes (JStG; SR 311.1) sowie die von uns unter Ziff. III. aufgelisteten zusätzlichen Revisionsanliegen zur StPO zu beachten:

I. Bemerkungen zur StPO

Art. 55a

Aufgrund der Formulierung von Art. 55a Bst. a des Entwurfs ist für uns unklar, ob die Bewilligung des Zwangsmassnahmengerichts bereits vor der Unterbreitung eines Rechtshilfeersuchens eingeholt werden muss. Insbesondere in grenznahen Gebieten müssen in der Praxis bereits im Zuge des ersten Angriffs Zwangsmassnahmen (allen voran aktive Telefonüberwachungen) angeordnet und durchgeführt werden können, damit nicht wichtige Beweise verloren gehen. Bis ein Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts vorliegt, wird dies trotz Pikett-Organisation eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Um allfällige Beschwerdeverfahren seitens der Beschuldigten zu vermeiden, ist es unumgänglich, dass auch in Fällen von Art. 55a Bst. a StPO sofort, d.h. vor der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht, ein Rechtshilfeersuchen an den ersuchten Staat gerichtet werden darf. Verweigert das Zwangsmassnahmengericht in der Folge die Genehmigung der Überwachung, sind die so gewonnenen Beweise nach innerstaatlichem Recht nicht verwertbar. Um solche Fragestellungen zu vermeiden ist Bst. a in Art. 55a des Entwurfs zu streichen und Art 55a wie folgt zu fassen:

„Stellt eine schweizerische Behörde ein Rechtshilfeersuchen für eine Zwangsmassnahme im Ausland, so ist zur Genehmigung der Massnahme das Zwangsmassnahmengericht nur zuständig, wenn der um Rechtshilfe ersuchte Staat für eine von

3/12

der Strafverfolgungsbehörde angeordnete Zwangsmassnahme den Entscheid eines Gerichts verlangt.“

Art. 78 und 78a

Wir erachten es als richtig, die Möglichkeit der technischen Aufzeichnung unter gleichzeitiger Befreiung von der Pflicht fortlaufender Protokollierung nicht mehr auf das Hauptverfahren zu beschränken. Die vorgeschlagene neue Regelung hat zum Vorteil, dass auch im Vorverfahren Aufzeichnungen erfolgen können. Nicht nachvollziehbar ist für uns hingegen, dass nachträglich trotzdem ein schriftliches Protokoll erstellt werden muss. Eine solche Nachprotokollierung führt bei den Strafverfolgungsbehörden zu einem beträchtlichen Mehraufwand und beschränkt den Nutzen der Aufzeichnung der Einvernahme massiv. Daran ändert auch nichts, wenn in den Erläuterungen festgehalten wird, es brauche kein Wortprotokoll erstellt zu werden, sondern es reiche die sinn-gemässe Wiedergabe der Einvernahme. Eine solche sinn-gemässe Wiedergabe der Einvernahme führt unweigerlich zu einem nicht unerheblichen Beschwerdepotential sei-tens der beschuldigten Personen, und es befreit weder das Gericht noch die Anwalt-schaft davon, sich die Aufzeichnungen anzusehen.

Art. 123

Grundsätzlich ist zu begrüessen, dass Zivilforderungen bereits vor der gerichtlichen Hauptverhandlung zu beziffern und zu begründen sind. Dadurch können sich sowohl die übrigen Parteien als auch das Gericht gehörig mit den Forderungen auseinander-setzen. Dennoch erscheint die in Art. 123 Abs. 2 des Entwurfs vorgeschlagene Rege-lung aus unserer Sicht als nicht praktikabel. Müssten die Zivilforderungen bis zum Ab-schluss der Untersuchung erfolgen, so wäre einerseits im Vorverfahren aufgrund allfäl-liger Fristerstreckungsgesuche zwecks Bezifferung und Begründung der Zivilforderung und der Einräumung des rechtlichen Gehörs mit Verzögerungen zu rechnen. Anderer-seits handelt es sich bei der Behandlung von Zivilforderungen klar um eine gerichtliche Aufgabe.

Art. 126

Problematisch erscheint uns beim Vorschlag zu Art. 126 Abs. 2 Bst. a und a^{bis} des Ent-wurfs, dass die Beurteilung von Zivilklagen durch die Staatsanwaltschaft zu einer heik-len Machtkonzentration der Strafverfolgungsbehörden führen könnte. Dementsprechend lehnen wir die beabsichtigte Änderung ab und sprechen uns für die Beibehaltung der geltenden Regelung aus. Im Übrigen verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu Art. 353 StPO.

Art. 130

Die vorgeschlagene Regelung in Art. 130 Bst. d des Entwurfs erscheint in dieser Abso-lutheit als überzogen. Es ist nicht als sachgerecht, in jedem Fall, wo die Staatsanwalt-

4/12

schaft an einer Haftverhandlung teilnimmt, zwingend von einem Fall der notwendigen Verteidigung auszugehen. Dies mag zwar für Fälle gelten, wo die Staatsanwaltschaft von sich aus an der Haftverhandlung auftreten will. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb einer beschuldigten Person auch dann ein notwendiger Verteidiger bzw. eine entsprechende Verteidigerin beigegeben werden soll, wenn die Staatsanwaltschaft nur auf Anordnung des Zwangsmassnahmengerichts an einer Haftverhandlung teilnimmt, etwa weil das Gericht von der Staatsanwaltschaft vor Schranken ergänzende Fragen beantwortet wissen möchte oder wenn es ohnehin beabsichtigt, einen von der Staatsanwaltschaft gestellten Haftantrag abzuweisen und die Staatsanwaltschaft nur deshalb zugehen haben möchte, um ihr unmittelbar nach der Verhandlung den Ablehnungs- bzw. Freilassungsentscheid zu eröffnen. Wir beantragen daher folgende Änderung dieser Bestimmung:

„d. die Staatsanwaltschaft auf eigenen Wunsch vor dem Zwangsmassnahmengericht und in allen Fällen vor dem erstinstanzlichen Gericht oder dem Berufungsgericht persönlich auftritt;“

Art. 131

Eine Änderung des geltenden Abs. 2 von Art. 131 StPO erachten wir als zwingend notwendig, um den bestehenden Widerspruch in diesem Absatz zu beseitigen. Dennoch lehnen wir die vorgeschlagene Formulierung, wonach eine notwendige Verteidigung bei Eröffnung der Untersuchung sicherzustellen ist, ab. Eine Untersuchung wird gemäss Art. 309 Abs. 1 Bst. b StPO unter anderem durch die Anordnung von Zwangsmassnahmen – wozu auch verdeckte Zwangsmassnahmen gehören – eröffnet. Nach dem vorgeschlagenen Wortlaut zu Art. 131 Abs. 2 StPO müsste auch in diesen Fällen eine notwendige Verteidigung eingesetzt werden, was den Untersuchungszweck geradezu vereiteln würde. Zudem kann die Bestimmung auch bei unbekannter Täterschaft zu Schwierigkeiten führen. Folglich wäre es sachgerechter, den Zeitpunkt der Einsetzung der notwendigen Verteidigung auf die erste Befragung der beschuldigten Person zu legen. Dies würde auch mit Art. 158 Abs. 1 StPO korrespondieren, erfährt die beschuldigte Person in der Regel doch erst zu diesem Zeitpunkt von der gegen sie geführten Strafuntersuchung. Gleichzeitig wäre eine solche Regelung mit Art. 309 Abs. 1 StPO vereinbar. Aus diesem Grund schlagen wir folgende Neuformulierung vor:

„² Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung nach Eröffnung der Untersuchung, spätestens vor der ersten Einvernahme der beschuldigten Person, durch die Staatsanwaltschaft sicherzustellen.“

5/12

Bei einer solchen Anpassung von Art. 131 Abs. 2 StPO stünde auch der vorgeschlagenen Änderung von Abs. 3 dieser Bestimmung nichts im Wege. Andernfalls würde Abs. 3 wohl zu aufwändigen Beschwerdeverfahren über die Verwertung von Beweisen führen.

Art. 133

Wir lehnen die vorgeschlagene Regelung, wonach für die Bestellung der amtlichen Verteidigung das Zwangsmassnahmengericht oder eine von der Verfahrensleitung unabhängige Stelle zuständig sein soll, ab. Die Gefahr, dass die Staatsanwaltschaft bei der Bestellung der Officialverteidigung eine ihr „genehme“ Verteidigung einsetzt, ist sehr gering. Im Übrigen würde mit einer solchen Bestimmung der Strafprozess noch komplizierter und teurer.

Art. 135

Der Vorschlag zu Art. 135 Abs. 1 zweiter Satz des Entwurfs würde für den Kanton Thurgau bedeuten, dass die amtliche Verteidigung bei einem Obsiegen ihrer Mandantschaft Fr. 250.– pro Stunde anstelle des Officialanwaltsansatzes von Fr. 200.– pro Stunde erhalten müsste. Abgesehen von der damit verbundenen Verteuerung der Strafprozesse verwandelt sich das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Staat und amtlicher Verteidigung mit einem Freispruch oder einer Verfahrenseinstellung nicht auf einmal in ein Privatrechtsverhältnis zwischen Verteidigung und Mandantschaft um. Dazu kommen die praktischen Schwierigkeiten bei der Kostenaufteilung zwischen Unterliegen und Obsiegen bei Teilfreisprüchen. Die bisherige Praxis des Bundesgerichts, die den Kantonen einen Ermessensspielraum einräumt, muss aus unserer Sicht nicht korrigiert werden, weshalb wir den entsprechenden Änderungsvorschlag ablehnen.

Art. 136

Die vorgeschlagene Neuregelung von Art. 136 Abs. 1^{bis} StPO macht die Ausnahme zur Regel und ist deshalb abzulehnen. Der im erläuternden Bericht zitierte Bundesgerichtsentscheid spricht ausdrücklich von einer Ausnahme, und es gibt keinen vernünftigen Grund, weshalb das Opfer bessergestellt werden soll als andere Privatkläger oder Privatklägerinnen. Dem Schutz von Opfern in besonderen Konstellationen genügt bereits die geltende Rechtsprechung. Ungeachtet dessen führt auch diese Gesetzesänderung zu nicht kalkulierbaren Mehrkosten für die Kantone.

Art. 147 und 147a

Wir begrüßen zwar, dass das Bedürfnis der Strafverfolgungsbehörden nach einer Einschränkung des Teilnahmerechtes aufgenommen worden ist. Hinsichtlich der materiellen Wahrheitsfindung vertreten wir jedoch die Meinung, dass die Teilnahmerechte auf dem Niveau der Garantie von Art. 6 Ziff. 3 lit. d der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) festzulegen sind. Danach hat der Beschuldigte das Recht, wenigstens einmal im Verfahren an Belastungszeugen (auch



6/12

Mitbeschuldigte) Fragen zu stellen. Der im erläuternden Bericht auf S. 27 geäußerten Ansicht, die EMRK-Regelung sei zu stark zu Gunsten der Strafverfolgungsbehörden ausgefallen, kann aus unserer Sicht nicht gefolgt werden. Entsprechend sind wir der Ansicht, dass generell auf ein Teilnahmerecht der beschuldigten Person (analog zu Art. 101 Abs. 1 StPO) vor der ersten staatsanwaltlichen Einvernahme zu verzichten ist. Für eine solche Einschränkung spricht auch die Kohärenz mit der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts.

Art. 222 und 228a

Die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts ist aus unserer Sicht abzulehnen. Der Gesetzgeber sah sie ursprünglich auch nicht vor. Die eigentliche Idee der Haftüberprüfung (zu Beginn und während des Strafverfahrens) entspricht dem Prinzip, dass niemand, der nicht rechtskräftig verurteilt ist, ohne Entscheid eines unabhängigen Richters oder einer unabhängigen Richterin in Haft genommen werden darf. Dieses Prinzip verlangt keine Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts, mit denen die Haft (oder allfällige Ersatzmassnahmen) abgelehnt wird. Nachdem sie die Möglichkeit hat, mit neuem Aktenmaterial erneut Haft zu beantragen, muss die Staatsanwaltschaft solche Entscheide akzeptieren.

Die beabsichtigte Regelung ist auch aus praktischer Sicht und aus Kosten- sowie Nutzenüberlegungen abzulehnen. Die Strukturen der Obergerichte der kleineren und mittleren Kantone können die Anforderungen der neuen Regelung nicht erfüllen. Die vorgeschlagene Bestimmung würde die Schaffung von zusätzlichen kantonalen Pikettdienstleistungen über alle Wochenenden bedingen, dies verbunden mit den entsprechenden personellen und finanziellen Ressourcen. Die Schaffung von solchen Pikettlösungen rechtfertigt sich insbesondere auch nicht mit Rücksicht auf den Umstand, dass bis anhin im Kanton Thurgau nur ganz wenige Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts von der Staatsanwaltschaft angefochten worden sind.

Unserem Antrag entsprechend erübrigen sich auch Verfahrensbestimmungen zur Ausgestaltung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft. Sollte gleichwohl auf diesem Beschwerderecht beharrt werden, genügt die Übernahme der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts. Auf jeden Fall wäre der Beschwerdeinstanz aus Gründen der Praktikabilität für den Entscheid mindestens eine Woche Zeit zuzugestehen. Ein Entscheid der Beschwerdeinstanz eines Kollegialgerichts innert 48 Stunden seit Eingang der Beschwerde z. B. an einem Freitagabend lässt sich nicht umsetzen.

Art. 230

Wir stellen die Notwendigkeit von Abs. 4 zu Art. 230 StPO in Frage. Wir können nicht nachvollziehen, weshalb ein Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts als erforder-

7/12

lich erachtet wird, wenn sich niemand – ausser allenfalls die Staatsanwaltschaft – gegen die Haftentlassung wehrt. Die im erläuternden Bericht dafür vorgebrachte Erklärung, aus dem Entlassungsentscheid resultiere möglicherweise eine Befangenheit des Sachgerichts, lässt sich nicht aufrechterhalten, denn in den Akten wäre ja auch ein entsprechender Antrag der Verfahrensleitung des Sachgerichts enthalten. Entsprechend lehnen wir die Änderung von Abs. 3 ab und beantragen die Beibehaltung der bisherigen Norm.

Art. 232

Die bisherige Doppelfunktion von Haft- und Sachrichter wurde vom Bundesgericht für das Berufungsverfahren bislang akzeptiert. Wenn schon Änderungsbedarf bestünde, so wäre für den Entscheid nicht die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz, sondern vielmehr das Zwangsmassnahmengericht als erste Instanz einzusetzen, geht es doch in Bezug auf die Haft um ein erstinstanzliches Verfahren. Beim Zwangsmassnahmengericht ist die notwendige Infrastruktur für kurzfristige Entscheide vorhanden; dies im Gegensatz zur Beschwerdeinstanz.

Art. 268

Die Erweiterung der bisherigen Regelung gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung erachten wir als sinnvoll. Hingegen ist Abs. 4 ersatzlos zu streichen, zumal die bundesgerichtliche Rechtsprechung dem Staat – entgegen der Ergänzung im Entwurf – ein Vorzugsrecht zuspricht, was auch absolut gerechtfertigt ist.

Art. 303a

Wir begrüssen ausdrücklich die Möglichkeit, bei Ehrverletzungsdelikten die strafantragstellende Person zur Sicherheitsleistung zu verpflichten. Bei solchen Delikten liegt der Antrieb für eine Anzeige oftmals eher im Wunsch nach persönlicher Vergeltung als in der Tatsache einer Rechtsgutverletzung. Allerdings ist diese Bestimmung insofern auszudehnen, als zusätzlich auch Immaterialgüterdelikte aufzunehmen sind. Dies begründet sich damit, dass die Strafverfolgungsbehörden im Bereich von Immaterialgüterdelikten heute immer wieder für die Sammlung von Beweismitteln „missbraucht“ werden, indem der Strafantrag nach erfolgten Beweiserhebungen zurückgezogen wird.

Art. 318

Die aktuellen Bestimmungen der Strafprozessordnung zu den geschädigten Personen und Opfern erscheinen als genügend. Zusätzliche Regelungen führen zu einer Verkomplizierung und dadurch zu einer Verlangsamung sowie Verteuerung der Verfahren, was nicht im Interesse der Opfer sein kann.

8/12

Art. 352a

Damit ein Strafbefehl erlassen werden kann, muss eine von zwei alternativen Voraussetzungen gegeben sein (Art. 352 Abs. 1 StPO), d.h. entweder muss die beschuldigte Person geständig oder der Sachverhalt muss anderweitig liquid sein. Bereits heute wird jede beschuldigte Person mindestens einmal einvernommen, sei dies anlässlich einer polizeilichen Befragung oder einer staatsanwaltlichen Einvernahme. Diesbezüglich wurde bei der Einführung der Strafprozessordnung ausdrücklich die delegierte Einvernahme durch die Polizei vorgesehen. Insbesondere wenn Einsprache gegen den Strafbefehl erhoben wird, wird in der Regel ohnehin eine erneute Einvernahme durchgeführt. In der nun vorgeschlagenen „doppelten Einvernahme“ vor Erlass eines Strafbefehls sehen wir keinen Mehrwert. Dies gilt umso mehr als die Bestimmung auch auf klare Fälle anwendbar ist und der beschuldigten Person daraus unnötige Mehrkosten und ein unnötiger Mehraufwand entstehen. Dies gilt unabhängig davon, ob sich das Strafmass zwischen vier und sechs Monaten oder darunter bewegt oder ob es um den Widerruf einer bedingten Freiheitsstrafe geht.

Art. 353

Gemäss geltendem Recht kann im Erwachsenenstraftprozess im Strafbefehlsverfahren nicht über Zivilforderungen entschieden werden. Nicht anerkannte Forderungen werden auf den Zivilweg verwiesen. Diese Regelung ist weder geschädigtenunfreundlich noch ineffizient. Wir lehnen daher die vorgeschlagene Lösung ab, wonach die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren über Zivilforderungen entscheiden muss. Die Staatsanwaltschaft ist keine zivilrichterliche Behörde, und der Charakter des Strafbefehlsverfahrens als Standardverfahren für Bagatelldelikte wird mit dem Änderungsvorschlag unterlaufen, weil das Verfahren komplizierter wird.

Art. 354

Die in Art. 354 Abs. 1^{ter} des Entwurfs vorgeschlagene differenzierte Einsprachefrist beim Strafbefehl lehnen wir ab. Zum einen kann die beschuldigte Person ohne grossen Aufwand Einsprache erheben. Zum anderen sollte – wollte man eine Verlängerung der Einsprachefrist befürworten – für alle Fälle dieselbe, längere Frist vorgesehen werden. Im erläuternden Bericht fehlen im Übrigen die für einen Revisionsbedarf notwendigen Erhebungen.

Art. 355 und 356

Nach geltendem Recht gilt die Einsprache als zurückgezogen, wenn die betroffene Person trotz Vorladung unentschuldig der Einvernahme oder der Hauptverhandlung fernbleibt. Neu soll diese Regelung aufgehoben werden. Es trifft nach unserer Auffassung nicht zu, dass diese Regelung der EMRK widerspricht. Es liegt auch keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung im Verhältnis zum ordentlichen Verfahren vor, denn das

9/12

Strafbefehlsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren für die geringere Kriminalität. Die Sicherungen, die das Bundesgericht eingebaut hat (Annahme eines Rückzugs nur, wenn sich aus dem gesamten Verhalten der betroffenen Person der Schluss aufdrängt, sie verzichte mit ihrem Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bewusst auf den ihr zustehenden Rechtsschutz) genügen vollauf.

Art. 395

Mit Verweis auf unsere Ausführungen insbesondere zu Art. 353 des Entwurfs, wonach die Beurteilung der Zivilforderung nicht Sache der Staatsanwaltschaft sein kann und daher die geltende Regelung beibehalten werden sollte, ist auch die Änderung von Art. 395 Bst. b des Entwurfs obsolet.

II. Bemerkungen zum Jugendstrafgesetz

Art. 3

Die in Abs. 2 zu Art. 3 JStG vorgeschlagene Regelung hätte zur Konsequenz, dass es bei einer beschuldigten Person, die sowohl vor als auch nach dem 18. Altersjahr eine Tat begangen hat, im Regelfall zu einer Aufspaltung des Strafverfahrens kommen würde. Demnach ist für diejenigen Straftaten, die sie vor dem 18. Lebensjahr verübt hat, das Verfahren gemäss Jugendstrafprozessordnung und die Strafen nach Jugendstrafgesetz anwendbar. Demgegenüber sind für diejenigen Strafen, die nach dem 18. Altersjahr verübt worden sind, die für Erwachsene anwendbaren Bestimmungen massgeblich. Somit ist für die vor dem 18. Lebensjahr verübten Delikte die Jugendanwaltschaft, für die späteren Delikte die Staatsanwaltschaft zuständig. Nur im Ausnahmefall – nämlich dann, wenn die Straftaten, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres begangen worden sind, erst zum Zeitpunkt bekannt werden, nachdem bereits ein Strafverfahren nach Erwachsenenstrafrecht eingeleitet worden ist – fällt die Beurteilung sämtlicher Delikte in die alleinige Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft. Da es mitunter vom Zufall abhängig ist, ob ein Jugendlicher noch ein offenes Jugendstrafverfahren hat oder nicht, erscheint die vorgesehene Zuständigkeitsregelung als willkürlich. Kommt hinzu, dass insbesondere unter dem Gesichtspunkt des EMRK-Grundsatzes, wonach die beschuldigte Person Anspruch auf gemeinsame Beurteilung ihrer Delikte hat, die angedachte Neuregelung bzw. die konkrete Umsetzung in der Praxis als äusserst problematisch erscheint, weshalb wir die revidierte Bestimmung ablehnen.

II. Ergänzungsvorschläge zur Revision der StPO

Art. 118^{bis}

Zumindest in grossen Wirtschaftsstraffällen mit mehreren hundert oder über tausend Beschwerdeführern und -führerinnen – vielfach mit Wohnsitz im Ausland – entstehen bei den Strafverfolgungsbehörden und den Gerichten grosse Bearbeitungsprobleme. Der Umgang mit den Privatklägern bzw. -klägerinnen und vor allem die Gewährung all ihrer Verfahrensrechte lösen einen sehr grossen Arbeitsaufwand aus. Dieser steht in

10/12

keinem Verhältnis zur Ausübung der Verfahrensrechte und verzögert das Verfahren stark. Es sind jeweils alle Privatkläger und -klägerinnen zu bedienen, obschon sich nur ganz wenige über die Geltendmachung ihres finanziellen Anspruchs hinaus effektiv am Verfahren beteiligen. Diesem Problem kann damit begegnet werden, indem an die Ausübung von Rechten durch Privatkläger und -klägerinnen Anforderungen gestellt werden. So könnte von im Ausland wohnhaften Personen verlangt werden, dass diese ein Schweizer Zustelldomizil errichten, wenn sie ihre Rechte im Verfahren ausüben wollen. Bei einer Vielzahl von Privatklägern und -klägerinnen sollten diese zudem durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht verpflichtet werden können, ihre Rechte über eine gemeinsame Vertretung wahrzunehmen.

Art. 210

Die geltende Regelung in Art. 210 Abs. 4 StPO, wonach die Staatsanwaltschaft das Ausschreiben von Deliktsgut im System „RIPOL“ schriftlich anordnen müsste, hat sich in der Praxis als untauglich erwiesen. Diese Massnahme ist nicht im Interesse der Geschädigten, und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb hierfür eine staatsanwaltschaftliche Anordnung nötig wäre. In der Praxis wird diese Bestimmung denn auch oftmals ignoriert, was aus rechtsstaatlicher Sicht allerdings problematisch ist. Entsprechend drängt sich aus unserer Sicht eine Bereinigung auf.

Art. 211

Nach unserer Auffassung ist im Sinne der Empfehlungen der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz (SSK) eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für die Internetfahndungen zu schaffen.

Art. 255

Aus unserer Sicht stellen die aktuellen rudimentären gesetzlichen Grundlagen zur erkennungsdienstlichen Erfassung sowie zur Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) bzw. zur Auswertung eines DNA-Profiles ein gravierenderes Problem dar. Der Gesetzestext in der StPO bezieht sich explizit nur auf jene Fälle, in welchen Daktyloskopie- oder DNA-Spuren bei der Tat vorhanden sind, auf welche sich der Tatverdacht bezieht (so genannte Anlasstat).

Bei der Ausarbeitung der Strafprozessordnung war jedoch nie die Rede davon, den damaligen Status Quo gemäss den kantonalen Strafprozessordnungen, dem damaligen DNA-Profilgesetz und der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu ändern. Dementsprechend hat das Bundesgericht auch nach Inkrafttreten der StPO anfänglich an seiner Rechtsprechung festgehalten, wonach die Erfassung eines DNA-Profiles auch zulässig ist, wenn „eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Betroffene in andere – auch künftige – Verbrechen oder Vergehen verwickelt sein könnte“. Leider hat das Bundesgericht in den letzten Jahren die Voraussetzungen für all jene Fälle erhöht, in denen diese Daten nicht zur Klärung der Anlasstat nötig sind. Aus diesem Grunde

11/12

fordern wir eine Revision von Art. 255 StPO, damit die Abnahme eines WSA auch dann möglich ist, wenn eine „gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die betroffene Person in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte“. Zudem ist die Anordnungs-kompetenz bezüglich der Profilauswertung nach einer WSA-Abnahme neu zu definieren. Vor Einführung der Strafprozessordnung lag diese Anordnungs-kompetenz bei der Polizei. Unter dem Aspekt der Praxistauglichkeit sollte die Polizei die Erstellung eines DNA-Profiles wiederum selbst anordnen können. Weigert sich die betroffene Person, kann immer noch die Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft vorbehalten bleiben.

Art. 269 und 286

Die Kataloge von Art. 269 Abs. 2 Bst. a und Art. 286 Abs. 2 Bst. a StPO sind aus unserer Sicht mit weiteren Artikeln zu ergänzen. Aufzunehmen ist zusätzlich das Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen „Al-Quaida“ und „Islamischer Staat“ sowie verwandter Organisationen (SR 122); dies zumindest als Übergangsbestimmung bis Art. 260^{sexies} des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) in Kraft tritt. Auch fallen Art. 220 StGB und Art. 143^{bis} StGB aktuell nicht unter den Katalog, obschon sich hier weiterführende und rasche Ermittlungsansätze sehr oft nur dank entsprechenden Überwachungs-massnahmen ergeben.

Im Weiteren ist der Katalog von Art. 269 Abs. 2 Bst. a StPO mit Art. 164 Ziff. 1 StGB zu ergänzen. Der Katalog von Art. 286 Abs. 2 Bst. a StPO ist zudem in Bezug auf Art. 197 Abs. 1 StGB zu komplettieren. Die Einschränkung auf die Abs. 3-5 von Art. 197 StGB führt zur Problematik, dass in Fällen, bei denen die Täterschaft pornographische Bild-aufnahmen an Minderjährige verschickt, die verdeckte Ermittlung in dieser Phase noch nicht möglich ist und so die IP-Adresse und dementsprechend die Identität nicht festgestellt werden können. Derartige Vorkehrungen zeigen jedoch ein gefährliches Potential für weitere gravierende Straftaten im Bereich der sexuellen Handlungen mit Minder-jährigen und müssen den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit eröffnen, die Person möglichst rasch ausfindig zu machen.

Art. 288

In der Vergangenheit hat sich wiederholt gezeigt, dass Mitarbeitende von Interventions- und Observationseinheiten, die im Rahmen ihrer Tätigkeit in einem Gerichtsverfahren auftreten müssen, aufgrund der Offenlegung ihrer Identität, Gefahr laufen, in der entsprechenden Spezialeinheit nicht mehr einsetzbar zu sein. Angesichts der oftmals gefährlichen Täterschaft besteht zudem ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass sie und ihre Familienangehörigen bei Bekanntwerden der Identität Vergeltungsschläge zu befürchten haben. Aus unserer Sicht ist es deshalb notwendig, Mitarbeitende von Interventionseinheiten mittels Gewährung der Anonymität analog zu Art. 288 Abs. 2 StPO im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu schützen. Dies bedeutet beispielsweise, dass deren Personalien ausschliesslich dem Gericht bekannt zu geben und von den Hauptakten separiert sowie nicht parteiöffentlich aufzubewahren und zu bearbeiten sind.

12/12

Art. 294

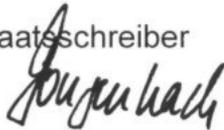
Verdeckte Ermittler und Ermittlerinnen im Bereich von Kinderpornografie stehen oftmals vor dem Problem, dass sie in den einschlägigen Foren nur Einlass erhalten, wenn sie kinderpornografisches Material liefern. Wer dies nicht kann, wird umgehend ausgeschlossen. Entsprechend besteht für die verdeckten Ermittler und Ermittlerinnen keine Möglichkeit, sich einzuschleusen, zumal sie sich nach heutigem Recht strafbar machen würden, kämen sie der entsprechenden Aufforderung nach. Zum Zwecke der Ermittlung wäre es jedoch sehr dienlich, wenn hier unter strengen Voraussetzungen Ausnahmen möglich wären (z. B. Weiterleiten von pornografischem Material, das jedoch fiktive und nicht real existierende Personen zeigt). Wir schlagen deshalb vor, Art. 294 StPO um einen weiteren Absatz zu ergänzen und die Sachüberschrift weiter zu fassen (Verzicht auf die Eingrenzung des Betäubungsmittelgesetzes).

Mit freundlichen Grüssen

Die Präsidentin des Regierungsrates



Der Staatschreiber



Il Consiglio di Stato

Signora Consigliera federale
Simonetta Sommaruga
Dipartimento federale di giustizia e polizia
Palazzo federale ovest
3001 Berna

Procedura di consultazione concernente la modifica del Codice di procedura penale (attuazione della mozione 14.3383 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati, Adeguamento del Codice di procedura penale)

Stimata Consigliera federale,
Gentili Signore ed egregi Signori,

vi ringraziamo per averci interpellato in merito alla procedura di consultazione concernente la modifica del Codice di procedura penale (CPP) e per averci concesso la proroga del termine per esprimere le nostre osservazioni.

Premessa

Il perseguimento penale costituisce un compito chiave dello Stato demandato ai Cantoni dal Legislatore federale, al quale compete la legislazione nel campo del diritto penale e della procedura penale (art. 123 della Costituzione federale). Ritenuto come spetti principalmente ai Cantoni caricarsi degli oneri finanziari derivanti dal perseguimento penale, è importante che allorquando viene legiferato in materia, si tenga presente la sostenibilità finanziaria per i Cantoni delle modifiche legislative proposte.

Il Canton Ticino, sentite le Autorità penali cantonali in particolare, ha preso atto dell'avamprogetto di modifica del CPP che contiene diversi adeguamenti terminologici, sistematici o ripresi dalla giurisprudenza che appaiono condivisibili e non richiedono osservazioni particolari. Accogliamo quindi con favore la volontà di emendare singole disposizioni del CPP la cui applicazione pratica ha determinato problemi o risultati indesiderati. Non possiamo tuttavia non esprimere la nostra preoccupazione per rapporto a diverse proposte indicate nell'avamprogetto che comportano un aggravio di competenze e di conseguenza un accresciuto onere lavorativo e delle implicazioni a livello finanziario, comportando di fatto l'obbligo di disporre di personale aggiuntivo, dei relativi spazi e attrezzature. Esprimiamo quindi di principio la nostra contrarietà all'adozione di alcune norme che verranno indicate nel seguito (in particolare, gli artt. 130, 133, 147, 147a, 352ss. CPP), ritenuto come esse comporteranno un onere lavorativo superiore all'attuale con un aumento dei costi nonché una dilatazione dei tempi decisionali, senza una reale necessità e in taluni casi, anche con una diminuzione dell'efficacia del perseguimento penale.

I. Osservazioni alle singole disposizioni

1. Art. 55a CPP (Decisioni preventive del Giudice dei provvedimenti coercitivi in materia di rogatorie attive del Ministero pubblico)

L'introduzione dell'obbligatorietà (secondo il diritto svizzero) di una decisione preventiva in materia di provvedimenti coercitivi, riguarderebbe sostanzialmente i casi di arresto e di controlli delle telecomunicazioni da effettuare all'estero. Tale formalità comporta per le autorità giudiziarie un inutile aggravio procedurale, motivo per cui non è qui condivisa. In effetti, le richieste del Procuratore pubblico devono comunque essere esaminate dal giudice straniero in sede rogatoria e la loro preventiva sottoposizione al Giudice dei provvedimenti coercitivi non assicurerà alcuna garanzia supplementare per l'imputato, che (in caso di arresto) verrà comunque sentito dal Giudice dei provvedimenti coercitivi dopo l'estradizione, mentre (in caso di controlli telefonici) non verrà neppure interpellato dal citato giudice. L'obbligatorietà (secondo il diritto straniero) di una decisione giudiziaria preventiva in materia di provvedimenti coercitivi, è un problema comunque (ma molto raramente) già esistente, che il Procuratore pubblico rogante deve verificare o (in caso di rifiuto della rogatoria) sanare mediante istanza al Giudice dei provvedimenti coercitivi.

2. Art. 78a CPP (Verbali in caso di registrazione dell'interrogatorio)

La norma è condivisa. Ciononostante rileviamo che una trascrizione abbia senso solo se integrale: eventuali riassunti aprirebbero difatti la porta a manipolazione e a contestazioni di ogni sorta.

3. Art. 123 cpv. 2 CPP (Quantificazione e motivazione dell'azione civile)

L'obbligo di quantificare e motivare le pretese civili alla chiusura dell'istruzione non risolve affatto il problema delle successive difficoltà di istruzione, contestazione e decisione delle pretese stesse in sede dibattimentale. In effetti l'accusatore privato potrà comunque successivamente adeguarle, completarle e provarle, senza alcun sostanziale vantaggio per la Corte e per le parti ma dilatando e ritardando inutilmente la chiusura dell'istruzione.

4. Art. 130 lett. d CPP (Difesa obbligatoria)

Non condividiamo l'estensione della difesa obbligatoria al caso in cui il Pubblico ministero intervenga personalmente dinanzi al Giudice dei provvedimenti coercitivi, ritenendola non necessaria, nella misura in cui sono date le altre condizioni della difesa obbligatoria.

5. Art. 131 cpv. 1 e 3 CPP in relazione all'art. 133 CPP (Garanzia della difesa obbligatoria, designazione del difensore d'ufficio)

Prendiamo atto che l'avamprogetto propone di affidare la designazione del difensore d'ufficio ad un'autorità terza ed indipendente piuttosto che a quella che dirige il procedimento, esprimendo una riserva su tale proposta, per questioni di ordine organizzativo in generale, ma anche finanziario, rammentando altresì che contro le decisioni del Ministero pubblico è data facoltà di ricorso.

Nel caso in cui tale incombenza dovesse quindi essere attribuita ad un'autorità giudiziaria (come peraltro era previsto dalla legislazione del Cantone Ticino prima dell'entrata in vigore del CPP), riteniamo che possa entrare in considerazione l'Ufficio del Giudice dei provvedimenti coercitivi. Di primo acchito questa soluzione – esclusa nel commento all'art. 133 CPP del rapporto esplicativo – parrebbe praticabile pur tenendo conto del sostanziale accorciamento dei tempi introdotto dalla modifica proposta all'art. 131 cpv. 2 CPP, che impone la difesa d'ufficio già al momento dell'apertura della procedura preliminare

vale a dire – di regola – ben prima del primo interrogatorio da parte del Ministero pubblico, come sino ad oggi. Basterebbero però dei semplici accorgimenti operativi per ovviare alla necessità di interventi urgenti da parte del Giudice dei provvedimenti coercitivi durante la notte, ritenuto come durante i fine settimana è già in funzione il picchetto volto principalmente alle domande di carcerazione preventiva. Il conferimento della competenza ad un'autorità giudiziaria non deve a nostro avviso necessariamente comportare il trasferimento della competenza di tassazione delle note d'ufficio, che implica l'esame delle prestazioni ed è quindi più agevolmente e celermente effettuato dal Procuratore pubblico (fino al termine dell'istruzione) e della Corte di merito (per la fase dibattimentale). Opportuna sarà pertanto la codificazione, a livello cantonale, della prassi di emettere una tassazione della nota d'onorario al momento della chiusura dell'istruzione.

Siamo infine contrari alla proposta di modifica dell'art. 133 cpv. 2 CPP secondo cui nello scegliere il difensore d'ufficio bisogna tenere conto della sua idoneità e, se possibile, dei desideri dell'imputato. Chiediamo che venga tolto il criterio supplementare dell'idoneità del difensore d'ufficio, in quanto creerebbe liti e complicazioni che rallenterebbero il procedimento. Chiediamo altresì che venga depennato il criterio aggiuntivo di tener conto dei desideri dell'imputato che implicherebbe tenere conto del suo parere. Un criterio che potrebbe comportare contestazioni di sorta e che pertanto non può essere ritenuto.

6. Artt. 147 e 147a CPP (Limitazione del diritto di partecipare all'assunzione delle prove dell'imputato)

L'adeguamento alla giurisprudenza federale è opportuno, benché vada oltre alle garanzie della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nondimeno complica il procedimento, lo rende più caro e ne dilata i tempi. La nuova formalità introdotta "a compensazione dell'esclusione" (registrazione audiovisiva salvo rinuncia preventiva) è inutilmente farraginoso e contraddittorio. Il diritto di essere sentito, compreso il confronto, è infatti già garantito indipendentemente dalla registrazione o verbalizzazione dell'udienza. Esprimiamo dunque una riserva sulle modifiche afferenti il diritto di partecipare all'assunzione delle prove di cui all'avamprogetto, per questioni di praticabilità e pure di ordine finanziario.

7. Art. 221 cpv. 1 lett. c CPP (Presupposti della carcerazione preventiva)

Si riconosce la rilevanza dell'allentamento dei presupposti del rischio di recidiva per la gestione cantonale delle minacce.

8. Art. 222 cpv. 2 CPP (Rimedi giuridici)

L'avamprogetto codifica la giurisprudenza federale volta ad assicurare la doppia istanza ricorsuale a livello cantonale. Per quel che attiene specificatamente al reclamo del Ministero pubblico avverso le decisioni di scarcerazione dell'imputato dalla detenzione preventiva o di sicurezza o di esecuzione anticipata della pena, corre l'obbligo di segnalare che in questo caso l'introduzione di una doppia istanza cantonale comporta una sostanziale dilatazione dei tempi decisionali ritardando le procedure e mettendo in pericolo la corretta e tempestiva applicazione dell'art. 5 cpv. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

9. Artt. 225 cpv. 3 e 5 e 228a (nuovo) CPP (Domanda di scarcerazione, reclami del pubblico ministero e procedura)

La decisione di concedere la facoltà di reclamo al Procuratore pubblico nei casi di detenzione preventiva e di sicurezza, combinata alla necessità di rendere conforme questa modifica con i dettami di cui all'art. 5 cpv. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, comprimendo il più possibile i termini, sfocia in una procedura nell'ambito della quale si accolla addirittura al Giudice dei provvedimenti coercitivi il compito di aspettare sino a 3 ore (magari in tarda serata o durante i giorni festivi) dalla comunicazione della decisione di scarcerazione per eventualmente ricevere il reclamo scritto e motivato indirizzato dal Ministero pubblico all'autorità di reclamo, ritenuto poi che – sempre il Giudice dei provvedimenti coercitivi – deve portare fisicamente il gravame e gli atti all'autorità di reclamo. Questa procedura, seppur conforme a quanto stabilito dal Tribunale federale nella decisione 1B_254/2012 del 24 maggio 2012, consid. 3.2, è macchinosa e dispendiosa per il Giudice dei provvedimenti coercitivi e non può qui essere condivisa.

Sicuramente da preferire è la prassi applicata nel nostro Cantone senza problema alcuno, che prevede l'introduzione del reclamo direttamente alla competente autorità, accorciando così ulteriormente i tempi decisionali. Aggiungasi che, in caso di ricorso del Procuratore pubblico, la giurisdizione di reclamo deve decidere entro 48 ore. La proposta esige pertanto che, in 48 ore, la Corte (tre giudici e non più il solo presidente) debba decidere non solo la cautelare ma direttamente il merito con sentenza motivata. È evidente che il termine è manifestamente troppo breve per prendere conoscenza dell'incarto da parte di tre giudici, discuterne l'esito, motivarlo e deliberare. Alternativamente, la competenza a decidere può essere attribuita a chi dirige il procedimento in sede di reclamo.

10. Art. 230 cpv. 3 e 4 CPP (Scarcerazione nel procedimento di primo grado)

La modifica proposta che andrà a gravare l'Ufficio del Giudice dei provvedimenti coercitivi non chiarisce gli aspetti procedurali nebulosi già attualmente esistenti, con riferimento all'eventuale presa di posizione sulla domanda di scarcerazione da parte di chi dirige il procedimento in giudizio (che sembrerebbe essere ora escluso al fine di garantire l'imparzialità del tribunale giudicante) e sul ruolo del Ministero pubblico che non è più nemmeno menzionato all'art. 230 CPP, ma che è verosimilmente da considerare quale parte nel procedimento visto che può impugnare la decisione del Giudice dei provvedimenti coercitivi.

11. Art. 236 cpv. 1 CPP (Esecuzione anticipata di pene e misure)

La normativa proposta – apparentemente innocua e positiva, in quanto permette di chiarire un testo che sino ad ora è soggetto a interpretazione – potrebbe rappresentare una grave condizione ostativa alla concessione del regime di esecuzione anticipata della pena. Infatti nei periodi di sovraffollamento delle strutture carcerarie in Svizzera, non sarebbe possibile collocare l'imputato in regime ordinario e di conseguenza in esecuzione anticipata di pena, posto che il Procuratore pubblico prima di decidere se accettare o meno la richiesta dell'imputato di accedere a questa particolare forma di detenzione preventiva, dovrà accertare la concreta esistenza di un posto in esecuzione ordinaria. Ne consegue un importante aggravio lavorativo anche a carico dell'Ufficio del Giudice dei provvedimenti coercitivi, che si vedrebbe recapitare ulteriori e numerose istanze di proroga della carcerazione preventiva.

12. Art. 248 cpv. 1, 2 e 3 CPP (Apposizione di sigilli)

Da una parte la normativa proposta si allinea alla giurisprudenza del Tribunale federale che ha allargato ad ogni avente diritto, e non più solo al detentore, la facoltà di richiedere l'apposizione di sigilli su carte, registrazioni ed altri oggetti che non possono essere perquisiti o sequestrati, e d'altro canto aggrava ulteriormente il Giudice dei provvedimenti coercitivi attribuendogli ora anche la competenza decisionale sulle domande di dissigillamento presentate durante la procedura dinnanzi al tribunale di primo grado.

13. Art. 303a CPP (Cauzione in caso di reati contro l'onore)

La proposta ha sicuramente un fondamento (per limitare i querulomani) ma dovrebbe essere estesa anche agli altri reati a querela di parte (danneggiamenti, violazioni di domicilio, ecc.).

14. Art. 352ss CPP (Proposte in materia di decreto d'accusa)

In generale riteniamo che l'attuale procedura del decreto d'accusa costituisca un mezzo efficiente, semplice e rapido per evadere i procedimenti nell'ambito della piccola e media criminalità. A nostro modo di vedere le modifiche proposte comportano importanti costi supplementari per i Cantoni senza che lo Stato di diritto ne tragga un effettivo valore aggiunto.

L'avamprogetto introduce difatti un'importante estensione delle formalità in caso di decreto d'accusa: obbligatorietà di pubblicazione (art. 88 cpv. 4 CPP), decisione sulle pretese civili (art. 126 cpv. 2 e art. 353 cpv. 2 CPP), chiusura dell'istruzione (art. 318 cpv. 1^{bis} CPP), interrogatorio obbligatorio dell'imputato (sopra i 4 mesi, art. 352a CPP); impugnazione da parte dell'accusatore privato (art. 354 CPP) e validità dell'opposizione anche in caso di mancata comparizione (artt. 355 e 356 cpv. 4 CPP). *De facto*, tutte queste modifiche riducono l'opportunità e la celerità della procedura e ne complicano inutilmente l'attuazione senza reali garanzie per l'imputato, pertanto non sono qui accolte favorevolmente.

In particolare, l'obbligo di notificazione tramite pubblicazione (art. 88 cpv. 4 CPP), preceduto da "*debite, ragionevoli ricerche*" e tentativi di notificazione, comporterebbe seri aggravii procedurali in tutti i casi di persone domiciliate all'estero colpevoli di reati minori e condannati con pene comunque sospese, senza reali garanzie supplementari. Quanto alle decisioni sulle pretese civili (e conseguente facoltà di impugnazione quando il valore litigioso non supera fr. 30'000.--, cfr. artt. 126 cpv. 2 e 353 cpv. 3 CPP) si complica la procedura del decreto d'accusa (limitata alla condanna penale dei casi minori); aumenterà il numero di processi penali per le sole conseguenze civilistiche, peraltro comunque demandabili al foro civile da parte del giudice del merito. Anche la chiusura obbligatoria dell'istruzione e l'interrogatorio obbligatorio dell'imputato sopra i quattro mesi (artt. 318 cpv. 1^{bis} e 352a CPP) denatura e contraddice la *ratio legis* medesima dell'istituto del decreto d'accusa e potrebbe addirittura comportare un effetto di "*net widening*" tra i 4 e i 6 mesi di condanna, oltre che causare un aumento dei costi. Inoltre, se può essere condivisa l'abrogazione della presunzione di ritiro dell'opposizione in caso di mancata comparsa alla citazione del Procuratore pubblico (artt. 355 e 356 cpv. 4 CPP), lo stesso non vale in caso di successiva ulteriore assenza al dibattimento, che confermerebbe il disinteresse dell'imputato alla condanna, giustificando di comparare l'assenza al ritiro dell'opposizione senza procedere ad una procedura contumaciale. Non condividiamo dipoi la proposta contenuta nel nuovo capoverso 1^{bis} dell'art. 352 CPP: a nostro modo di vedere, il fatto che un procedimento possa essere chiuso con un decreto d'accusa non può dipendere dal fatto che si tratti di un delitto con vittime. Respingiamo infine la proposta di prevedere un termine differenziato per l'opposizione (art. 354 cpv. 1^{ter} CPP), postulandone la definizione di uno solo, senza quindi differenze a seconda dei casi.

15. Art. 364a CPP (Carcerazione di sicurezza in vista di una decisione giudiziaria indipendente successiva)

Prendiamo atto della modifica che ha anche come conseguenza un ulteriore aggravio di competenze a carico dell'Ufficio del Giudice dei provvedimenti coercitivi.

II. Osservazioni alla Legge federale sull'organizzazione delle autorità penali della Confederazione (LOAP)

1. Art. 65 cpv. 2 LOAP (Competenza del giudice dei provvedimenti coercitivi in caso di procedimenti del Ministero pubblico della Confederazione)

Lo scrivente Consiglio respinge tale proposta di modifica legislativa che crea un'eccezione alla regola che prevede la competenza del giudice dei provvedimenti coercitivi del luogo in cui si svolge o si è svolto il procedimento. Innanzitutto si fa notare come dal profilo logistico una simile scelta non sia efficiente, comporti dei costi importanti e difficilmente sia praticabile (trasporto di detenuti, trasmissione degli atti istruttori, ecc.). Da sottolineare inoltre il problema della traduzione in lingua italiana di tutti i documenti che compongono i voluminosi incarti del Ministero pubblico della Confederazione redatti in altra lingua e che rischiano di essere la maggioranza in quanto imputato/i e altre parti coinvolte nelle diverse procedure risiedono Oltralpe. Si chiede quindi di soprassedere a tale modifica di legge, visto anche le recenti discussioni con il Ministero pubblico della Confederazione sul tema.

III. Osservazioni alle modifiche della Legge federale sul diritto penale minorile del 20 giugno 2003 (DPMin)

Sono accolte favorevolmente le modifiche proposte (art. 3 cpv. 2, art. 36 cpv. 1^{bis} e 2 primo periodo e art. 38) che corrispondono a quelle presentate allo specifico gruppo di lavoro convocato dall'Ufficio federale di giustizia.

IV. Osservazioni alle modifiche della Legge federale di diritto processuale penale minorile del 20 marzo 2009 (PPMin)

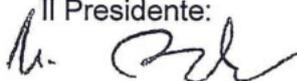
1. Art. 10 cpv. 3

Riguardo agli atti di indagine urgentemente necessari, si attira l'attenzione sulla differenza tra le versioni in lingua italiana e tedesca, per rispetto a quella francese. L'aggettivo "necessari" ("*notwendig*") manca nella versione in lingua francese che deve quindi essere completata per evitare confusione e conflitti di competenza futuri.

Vogliate gradire l'espressione della nostra massima stima.

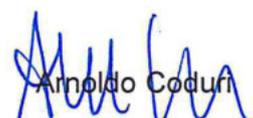
PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente:



Manuele Bertoli

Il Cancelliere:



Arnoldo Coduri

Copia per conoscenza a:

- Divisione della giustizia (di-dg@ti.ch);
- Segreteria generale del Dipartimento delle istituzioni (di-sg@ti.ch);
- Comando della Polizia cantonale (polizia-segr@polca.ti.ch);
- Deputazione ticinese alle Camere federali (can-relazioniesterne@ti.ch);
- Pubblicazione in Internet.



Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats); Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 1. Dezember 2017 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens die Kantonsregierungen eingeladen, zur geplanten Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen) Stellung zu nehmen. Wir äussern uns dazu wie folgt.

1. Vorbemerkungen

Mit der Einführung der Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) per Ende Januar 2011 wurden die Beschuldigtenrechte sowie die Rechte der anderen Parteien und Verfahrensbeteiligten umfassend ausgebaut.

Mit grosser Sorge verfolgen wir die auf Bundesebene laufenden Bestrebungen zur Revision der StPO. Die in der Vernehmlassungsvorlage vorgeschlagenen Änderungen der StPO, die einen weiteren Ausbau der Parteirechte, höheren bürokratischen Aufwand für die Staatsanwaltschaften und Mehraufwendungen für den Kantonshaushalt zur Folge haben, erachten wir politisch nicht als verantwortbar. Die Vernehmlassungsvorlage führt - entgegen der in Aussicht gestellten Verbesserung der Praxistauglichkeit - zwangsläufig zu administrativ aufwendigeren Verfahrensabläufen, längeren Verfahren und höheren Kosten. In der vorliegenden Form lehnen wir die Vernehmlassungsvorlage ab.

2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Zu Artikel 55a

Wir lehnen die vorgeschlagene Regelung ab. Sie verkompliziert und verlängert das Verfahren auf unnötige Weise.

Zu Artikel 88 Absatz 4

Wir lehnen die vorgeschlagene Regelung ab. Die damit verbundene Veröffentlichung des Strafbefehls im Amtsblatt führt in Uri bei der Staatsanwaltschaft zu Publikationskosten von rund 300 Franken. Bei mehreren hundert Fällen pro Jahr entstehen massive Mehrkosten, notabene ohne jeglichen Nutzen für die Betroffenen.

Wir lehnen den vorgeschlagenen weiteren Ausbau der Opferrechte im Verfahren ab. Der vorgeschlagene Ausbau steht im Missverhältnis zum höheren administrativen Aufwand der Staatsanwaltschaft.

Zu Artikel 126 Absatz 2 Buchstabe a und a^{bis}

Wir lehnen die vorgeschlagene Bestimmung ab und beantragen, die bisherige Regelung in dem Sinne beizubehalten, als unbestrittene Zivilforderungen im Strafbefehl vorgemerkt werden. Strafverfahren sind keine Zivilverfahren. Aufgrund des Beschleunigungsgebots müssen nicht anerkannte Forderungen daher an den Zivilrichter verwiesen werden können. Die Beurteilung von Zivilforderungen im Strafverfahren führt zwangsläufig zu mehr Einsprachen, insbesondere des Zivilklägers, und damit zu mehr Aufwand, längerer Verfahrensdauer und mehr Gerichtsfällen. Es liegt nicht im Interesse einer speditiven Abwicklung von einfachen Strafverfahren.

Es sind keine Gründe ersichtlich, welche den Ausbau der notwendigen Verteidigung im Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht, bei dem der Staatsanwalt persönlich auftritt, rechtfertigen würden. Beim Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht handelt es sich um einen eng begrenzten Verfahrensgegenstand und es sind ohnehin häufig die anderen Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung (Bst. a bis c) bereits verwirklicht.

Zu Artikel 131 Absatz 2 und 3

Ein Vorverfahren wird nicht formell eingeleitet. Auf die Nennung eines Zeitpunkts ist deshalb zu verzichten und stattdessen einzig auf das Vorliegen der Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung abzustellen.

Zu Artikel 133

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt. Denn die beschuldigte Person kann bereits heute aus einer Liste der zur Verfügung stehenden Rechtsanwälte selber frei auswählen. Daran ändert die Einsetzung einer unabhängigen Stelle nichts. Diese hat die Wünsche der beschuldigten Person nach Möglichkeit ebenfalls zu berücksichtigen. Vielmehr führt diese Regelung zu einem administrativen

Mehraufwand und in Fällen von Dringlichkeit wie z. B. Haftfälle oder Fälle in Pikettdienst, zu einer unnötigen Verfahrensverzögerung. Die vorgeschlagene Regelung lässt ausser Acht, dass die zu bestimmende Stelle (Behörde oder private Stelle wie z. B. Anwaltsverband) Pikettdienst zu leisten hätte, damit die Bestellung der amtlichen Verteidigung auch an Wochenenden und Feiertagen lückenlos gewährleistet ist. Erfahrungsgemäss sind in der Praxis solche Stellen dazu nicht in der Lage oder nicht bereit. Dies im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft, welche bereits heute einen entsprechenden Pikettdienst leistet. Auch gilt es in Betracht zu ziehen, dass die beschuldigte Person jederzeit gegen die Einsetzungsverfügungen Beschwerde erheben kann. Die bisherige Regelung ist somit beizubehalten.

Zu Artikel 147 Absatz 3 und 3^{bis}

Wir lehnen die vorgeschlagene Regelung ab. Der Vorhalt an die Staatsanwaltschaft, planmässig Teilnahmerechte mittels Verfahrenstrennungen zu umgehen, ist haltlos. Deshalb ist es unverständlich, für diesen Fall die Sonderregelung zu treffen, dass die beschuldigte Person, anders als in anderen Fällen der Verletzung von Teilnahmerechten, nicht auf eine Wiederholung der Beweiserhebung verzichten kann. Sollte es zu einer Verletzung der Teilnahmerechte aufgrund einer Verfahrenstrennung kommen, kann der Entscheid der Staatsanwaltschaft angefochten werden. Zudem ist eine beschuldigte Person bei Verletzung von Teilnahmerechten durch das Recht, die Wiederholung von Beweiserhebungen zu verlangen, hinreichend geschützt. Der vorgesehene Ausschluss, auf die Wiederholung einer Beweiserhebung verzichten zu können, erweist sich als eine unnötige Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der beschuldigten Person. Es ist nicht einsehbar, wieso die beschuldigte Person im konkreten Fall nicht auf eine Wiederholung verzichten können soll, wenn sie darin für sich keine Nachteile sieht.

Zu Artikel 147a

Die vorgesehene Einschränkung der Teilnahmerechte stellt eine notwendige gesetzgeberische Klarstellung dar. Die vorgeschlagene Formulierung beschreibt jedoch zu wenig deutlich, inwieweit die Teilnahmerechte begrenzt werden können. Es sollte sichergestellt werden, dass mehrere Mitbeschuldigte je getrennt voneinander vernommen werden können, wenn sie zum ersten Mal mit Vorwürfen konfrontiert werden. Jeder der Mitbeschuldigten sollte die Möglichkeit haben, zu den Vorwürfen selber bei Verfahrensbeginn ein spontanes Geständnis abzulegen.

Zu Artikel 251a

Absatz 2 ist zu streichen, da die Staatsanwaltschaft grundsätzlich für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig ist und von der Polizei entsprechend informiert wird, wenn eine Zwangsmassnahme erforderlich ist. Die vorgeschlagene Regelung ist redaktionell dahingehend abzuändern, als dass die Polizei eine Blut- als auch Urinabnahme einschliesslich der jeweiligen Untersuchung anordnen können soll.

Zu Artikel 255

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt. Die Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) muss auch möglich sein, wenn «eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Betroffene

in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte». Die Anordnungskompetenz soll - analog zu Artikel 251a - vollumfänglich bei der Polizei liegen. Die Staatsanwaltschaft ist erst dann beizuziehen, wenn sich die betroffene Person der WSA-Abnahme verweigert.

Zu Artikel 103 Absatz 1^{bis}

Wir lehnen die vorgeschlagene Regelung ab. Sie würde den aufgrund der StPO bereits heute bestehenden Formalismus zusätzlich fördern.

Zu Artikel 318 Absatz 1^{bis} und 3

Wir lehnen die vorgeschlagene Regelung ab. Die Opfer werden bereits heute mehrfach über ihre Rechte informiert und erhalten zusätzlich von Seiten der Opferhilfe Beratung (Art. 8 Opferhilfegesetz [OHG]; SR 312.5). Dies führt zu unnötigem administrativem Aufwand, wenn die entsprechenden Belehrungen vor Abschluss des Vorverfahrens ein weiteres Mal gemacht werden müssen.

Zu Artikel 352 Absatz 1 Einleitungssatz, 1^{bis} und 3

Die vorgeschlagene Regelung ist nicht praxistauglich und wird abgelehnt. Es ist nicht einsehbar, weshalb die Opfer im Strafbefehlsverfahren anders zu behandeln sind, als die übrigen Geschädigten. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens knapp oberhalb des Bagatellbereichs verkompliziert die Arbeit der Strafjustiz massiv und bewirkt einen erheblichen Mehraufwand für die Staatsanwaltschaft und die Gerichte. Mit der vorgeschlagenen Einschränkung des Strafbefehlsverfahrens zeichnet sich auch eine Tendenz zu tieferen Strafen im Bereich der Strafbefehlskompetenz ab, was nicht erstrebenswert ist. Die mit der Einschränkung des Anwendungsbereichs des Strafverfahrens verbundenen Nachteile überwiegen die vorgebrachten Interessen der Opfer nach einer gerichtlichen Beurteilung deutlich.

Zu Artikel 352a

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt. Das Strafbefehlsverfahren ist als schnelles Verfahren konzipiert. Die vorgeschlagene Bestimmung ordnet eine sehr weitgehende Einvernahmepflicht an, welche sogar für bedingte Strafen gelten soll. Eine derartige Einvernahmepflicht erweist sich jedoch nicht als angezeigt, weil die Strafe nicht unmittelbar spürbar ist. Zudem ist es widersprüchlich, dass über die Ausfällung einer Freiheitsstrafe von bis zu vier Monaten keine Einvernahmepflicht vorgesehen ist, hingegen generell für den Widerruf eines bedingt gewährten Vollzugs einer Freiheitsstrafe, obschon die widerrufenen Freiheitsstrafe weniger als vier Monate betragen kann. Die vorgeschlagene Regelung führt zu unnötigen Einvernahmen in Fällen, wo diese nicht wirklich angezeigt sind.

Zu Artikel 353 Absatz 2

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt. Die bisherige Regelung ist in dem Sinne beizubehalten, als unbestrittene Zivilforderungen im Strafbefehl vorgemerkt werden.

Zu Artikel 354 Absatz 1 Buchstabe a^{bis}, 1^{bis} und 1^{ter}

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt. Die bisherige Regelung mit der Einsprachefrist von zehn Tagen hat sich für das Strafbefehlsverfahren bewährt. Es werden keine überzeugenden Gründe dargelegt, weshalb von der bewährten Regelung abgewichen werden soll. Bei einer Verlängerung der Einsprachefrist wäre im Kanton Uri mit einem Zuwachs von rund 200 bis 300 Fällen pro Jahr zu rechnen.

Zu Artikel 355 Absatz 2 und Artikel 356 Absatz 4

Die geltende Regelung ist beizubehalten. Vom Wesen des Strafbefehlsverfahrens als schnelles Verfahren ist eine Rückzugsfiktion der Einsprache durchaus sachgerecht. Bei unverschuldetem Fernbleiben besteht zudem die Möglichkeit der Wiederherstellung der Frist. Die geltende Regelung fördert die rasche Erledigung von Verfahren, ohne die Rechte des Beschuldigten einzuschränken.

3. Schlussbemerkungen

Die StPO soll dazu dienen, dem materiellen Strafrecht zur Durchsetzung zu verhelfen und nicht, dessen Durchsetzung zu erschweren. Ein faires Verfahren und die Parteirechte werden bereits mit der geltenden StPO ausreichend gewährleistet.

Ein Grossteil der in der Vernehmlassungsvorlage neu vorgeschlagenen Regelungen haben eine Verlängerung und Verteuerung des Verfahrens zur Folge. Insoweit die Vernehmlassungsvorlage zu längeren Verfahrensdauern, steigender Pendenzenlast und für den Staatshaushalt zu Mehraufwendungen führt, findet sie nicht unsere Unterstützung.

Sehr geehrter Herr Direktor, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie mit vorzüglicher Hochachtung.

Altdorf, 2. März 2018



Im Namen des Regierungsrats
Der Landammann Der Kanzleidirektor

Beat Jörg

Roman Balli

CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Eidg. Justiz- und
Polizeidepartement

26. März 2018

A. G.

BA Justiz

E 27. März 2018

Act

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Cheffe du Département fédéral de justice
et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Réf. : CS/15023468

Lausanne, le 21 mars 2018

**Modification du code de procédure pénale (exécution de la motion 14.3383,
Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, adaptation du code de
procédure pénale) : procédure de consultation**

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud vous remercie d'avoir sollicité son avis sur le projet de modification du code de procédure pénale.

Après avoir mené une consultation auprès des organismes concernés du canton, il a l'honneur de vous faire part de ses déterminations.

I. Remarques d'ordre général

Le Conseil d'Etat comprend et soutient de façon générale le but poursuivi par cette révision législative, à savoir adapter différentes dispositions dont l'application pose des problèmes dans la pratique ou qui produit des effets indésirables. Le Conseil d'Etat estime toutefois que quelques modifications proposées ne sont pas opportunes, de sorte que le système actuel devrait être maintenu dans certains cas. En revanche, d'autres modifications, bienvenues, pourraient même être poussées plus avant. Comme les différentes adaptations du code de procédure pénale ont trait à des aspects très divers de celui-ci, il n'est pas possible de se prononcer, d'une manière générale, sur l'entier de l'avant-projet.

Cela étant, le Conseil d'Etat regrette que la présente révision n'ait pas été l'occasion d'étudier l'opportunité d'introduire la médiation dans le code de procédure pénale. Un tel processus, qui relève de la justice restaurative, existe en droit pénal des mineurs (art. 5 et 17 PPMIn). Constituant une forme de réparation, il pourrait par exemple permettre de renoncer à toute poursuite pénale (art. 8 CPP et 53 CP).

II. Remarques particulières

Le Conseil d'Etat renvoie, pour les remarques particulières, aux commentaires des dispositions qu'il joint à la présente réponse.

III. Conclusion

Le Conseil d'Etat soutient pleinement la démarche de révision du code de procédure pénale, mais n'adhère pas à toutes les modifications proposées. Paraissent en particulier inopportunes la suppression des exceptions du CPP au principe de la double instance, le changement de l'autorité de désignation du défenseur d'office et des principes d'indemnisation, l'audition obligatoire du prévenu dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale, l'obligation de suivre la procédure ordinaire au lieu de celle de l'ordonnance pénale en présence d'une victime ou la dissociation poussée entre juge du fond et celui appelé à trancher des questions accessoires (détention ou scellé). En revanche, le Conseil d'Etat est favorable à d'autres aspects de la révision (l'uniformisation des voies de recours en matière d'indemnité du défenseur d'office, la suppression de l'exigence d'une deuxième audience dans les affaires par défaut, etc.), parfois avec quelques réserves liées à la formulation ou à un affinement nécessaire (p. ex. droit de recours du Ministère public contre les décisions en matière de détention provisoire ou pour des motifs de sûreté, calcul et motivation des conclusions civiles, etc.). Enfin, le Conseil d'Etat regrette que le projet, en certains endroits, n'ait pas codifié de manière plus fidèle la jurisprudence du Tribunal fédéral (assistance judiciaire au profit de la partie plaignante et assouplissement des conditions de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté en cas de risque de récidive).

Vu l'hétérogénéité des modifications proposées, qui ont trait à des dispositions très diverses du code de procédure pénale, le Conseil d'Etat considère qu'il n'est pas possible de se déterminer d'une manière générale et de porter une appréciation globale sur l'avant-projet. Tout au plus peut-il une fois encore rappeler qu'il approuve la démarche de révision, en renvoyant, pour le détail, au commentaire qu'il a fait, article par article, sur le projet.

En vous remerciant de l'accueil que vous réserverez aux observations du Canton de Vaud, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE

Nuria Gorrite

LE CHANCELIER

Vincent Grandjean

Annexe

- Commentaires des dispositions

Copies

- Office des affaires extérieures
- Service juridique et législatif

Modification du code de procédure pénale (exécution de la motion 14.3383, Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, adaptation du code de procédure pénale) : procédure de consultation – annexe à la Réponse du Conseil d'Etat

Commentaires des dispositions :

Art. 40 al. 1, 59 al. 1, 150 al. 2, 186 al. 2, 248 al. 3, 393 al.1 let. c et 440 al. 3 AP-CPP :

Certaines décisions urgentes peuvent actuellement être contestées directement devant le Tribunal fédéral, le CPP disposant qu'elles sont rendues à titre définitif sur le plan cantonal. L'avant-projet supprime ce caractère définitif, de sorte qu'un recours au Tribunal fédéral ne sera recevable que contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance.

Même si le principe de la double instance doit être consacré de manière générale, la suppression des exceptions prévues par le CPP est contestable. Le caractère définitif de ces décisions sur le plan cantonal s'explique par l'urgence des incidents à trancher et le principe de célérité risquerait de ne pas être respecté en instituant un échelon supplémentaire.

S'agissant de la garantie d'anonymat par exemple, elle intervient principalement dans des affaires graves et sensibles. Or, comme les preuves administrées sous une telle garantie pourraient être déclarées non exploitables en cas de refus d'approbation du Tribunal des mesures de contrainte, il est essentiel que cette question soit définitivement tranchée, de façon à éviter que des actes de procédure importants effectués dans l'intervalle soient finalement invalidés. Il en va de même en matière de récusation, vu le risque que des pans entiers de la procédure, voire même des décisions de fond, soient réduits à néant au cas où le dénouement sur ce point ne pourrait pas intervenir rapidement. Quant à la détention pour des motifs de sûreté ordonnée par l'autorité d'exécution, elle impose des opérations extrêmement rapides, qui s'accommoderaient mal de trois instances (deux au niveau cantonal, plus une au niveau fédéral).

Par ailleurs, l'avant-projet est lacunaire et même contradictoire, dès lors qu'il supprime le caractère définitif de la décision sur demande de récusation (art. 59 al. 1 AP-CPP), mais qu'il maintient les compétences des autorités cantonales (art. 59 al. 1 let. b et c CPP), pour statuer sur la requête. C'est incompatible avec un double degré de juridiction et, si cette solution devait être finalement retenue en matière de récusation, il conviendrait alors de prévoir une autorité intermédiaire dont les décisions pourraient être contestées devant l'autorité de recours, respectivement la juridiction d'appel. Il

pourrait s'agir éventuellement d'un membre de ces cours qui statuerait en qualité de juge unique (même si un double degré de juridiction au sein d'un même tribunal est rarement la meilleure solution).

Art. 78 et 78a AP-CPP :

L'enregistrement des auditions par des moyens techniques offre des avantages indéniables (fluidité de l'audition, spontanéité des déclarations et précision des retranscriptions, prise en compte de la communication non verbale, absence de contestation portant sur la retranscription des déclarations, effet préventif quant à d'éventuels comportements problématiques de certains protagonistes). Cependant, le Conseil d'Etat est d'avis que l'établissement d'un procès-verbal signé (séance tenante ou ultérieurement si le procès-verbal a été rédigé sur la base des enregistrements) doit rester la règle. Dans le cas contraire, soit en présence d'un procès-verbal non signé, toute personne consciencieuse qui souhaiterait prendre connaissance des déclarations serait contrainte de visionner ou d'écouter l'ensemble de l'enregistrement. En effet, si le procès-verbal n'est pas signé, il n'est pas garanti qu'il reproduise fidèlement le contenu des déclarations figurant sur l'enregistrement. Le visionnage ou l'écoute de l'ensemble de l'enregistrement entraîne un accroissement de travail pour les parties et leurs conseils et une augmentation des coûts pour l'Etat dans le cadre de l'assistance judiciaire. Il convient donc de ne renoncer qu'exceptionnellement à l'établissement d'un procès-verbal signé.

88 al. 4 AP-CPP :

Il convient d'être assez prudent sur la question de la notification des ordonnances pénales par publication officielle, car il n'est pas certain que le Tribunal fédéral fasse partir le délai d'opposition le jour suivant la publication d'une ordonnance pénale dans la Feuille officielle désignée par le canton ou la Confédération (surtout si l'annonce est en français et que le prévenu s'exprime uniquement dans une autre langue). Ce changement ne paraît dès lors pas apporter une solution beaucoup plus favorable, sauf à augmenter les coûts de la justice.

Le maintien de l'ancienne réglementation pour l'ordonnance de classement paraît admissible dans un contexte de dénouement favorable au prévenu sur le plan pénal (cela pourrait paraître un peu plus discutable lorsque les conséquences économiques accessoires sont très lourdes pour le prévenu, notamment lorsque celui-ci est condamné à de très importants frais de procédure en application de l'art. 426 al. 2 CPP).

Art. 123 AP-CPP :

Selon le droit en vigueur, le calcul et la motivation des conclusions civiles doivent être présentés au plus tard durant les plaidoiries (art. 123 al. 2 CPP). Cela a pour conséquence, dans les affaires complexes, que le tribunal et la défense se retrouvent confrontés au dernier moment à des productions et des écritures volumineuses. Il est alors souvent impossible, surtout pour la défense, d'étudier les prétentions et les justificatifs avec toute l'attention nécessaire. Il ne lui reste plus alors qu'à s'opposer aux prétentions civiles dans leur globalité. Le tribunal se retrouve dans la même situation: il

ne peut trancher l'action civile que sur le principe et doit renvoyer à agir au civil pour le surplus. Cette manière de faire n'est dans l'intérêt ni des parties, qui doivent subir une nouvelle procédure judiciaire, ni de l'économie de la procédure.

L'avant-projet prévoit donc que la partie plaignante doit présenter le calcul et la motivation des conclusions civiles au plus tard à la clôture de l'instruction. Le tribunal saisi de l'affaire pourra de la sorte ordonner à temps les mesures d'administration des preuves qui s'imposent en rapport avec l'action civile. Le Conseil d'Etat est donc favorable à cette modification.

En revanche, cette innovation représente une certaine contrainte pour le lésé non assisté, qui souvent peine à comprendre le déroulement de la procédure. Pour protéger la partie plaignante, il conviendrait donc de prévoir une interpellation d'office du MP, qui pourrait intervenir simultanément à l'avis à la victime prévu par l'art. 318 AP-CPP. Par ailleurs, le texte légal devrait être complété, afin de permettre de tenir compte des cas où la situation n'est pas stabilisée à la clôture de l'instruction, par exemple en permettant à la partie de modifier ses conclusions d'ici à l'audience ou de s'en réserver la possibilité.

Art. 130 let. d AP-CPP :

Le Conseil d'Etat est favorable à cette modification, nécessaire pour assurer un équilibre entre les parties.

Art. 133 AP-CPP :

Le Conseil d'Etat est favorable au maintien du système actuel.

En effet, aucun dysfonctionnement concret ne semble avoir été porté devant les tribunaux depuis que le système actuel existe et on peut admettre que celui-ci fonctionne bien globalement. À partir du moment où l'on exclut toute désignation aléatoire, problématique lorsque la cause nécessite l'assistance d'un avocat ayant des compétences ou une expérience spécifiques, on ne voit pas très bien qui d'autre que la direction de la procédure pourrait efficacement exercer cette tâche. On ne saurait en effet la déléguer à une autorité privée, comme un ordre des avocats, qui serait lui-même mal placé pour se prononcer sur les capacités de tel ou tel de ses membres, ou à une autre autorité. En outre, la procédure de désignation se trouverait grandement ralentie, l'organe indépendant étant contraint d'obtenir de la direction de la procédure des explications détaillées ou même des pièces en vue d'appréhender les caractéristiques et les impératifs de l'affaire, de façon à pouvoir désigner le défenseur d'office en connaissance de cause. Enfin, vu le nombre important des désignations, les coûts de fonctionnement d'un tel organe seraient importants.

Art. 135 al. 1 AP-CPP :

L'AP-CPP prévoit d'indemniser différemment le défenseur d'office en fonction du résultat obtenu (classement/acquittement ou condamnation). Cette différence paraît difficilement compréhensible. Il serait même choquant qu'un avocat ayant fourni une assistance de qualité soit indemnisé par l'Etat à un tarif inférieur uniquement en raison

de la condamnation de son client dans le cadre d'un mandat qu'il n'a pas choisi. Une telle rémunération s'apparenterait à une prime au résultat. Il ne faut pas perdre de vue que tout avocat est tenu par une obligation de moyen et non de résultat. En outre, il n'y a aucune nécessité d'augmenter les indemnités des défenseurs d'office, dont la rémunération actuelle, admise par la jurisprudence du Tribunal fédéral, s'avère déjà très coûteuse pour l'Etat au vu de l'accroissement des opérations engendrées par le CPP et de la très faible part des frais qui peuvent être récupérés à l'issue de la procédure.

L'avocat d'office, qui se trouve dans une relation de droit public avec l'Etat qui le commet, exerce une tâche étatique d'intérêt public. Il n'a donc pas le même statut qu'un avocat de choix et il ne paraît pas choquant qu'il soit indemnisé sur la base de critères plus restrictifs, cela d'autant moins que les avocats bénéficient d'un monopole sur la défense du prévenu (art. 127 al. 5 CPP).

Enfin, cette modification poserait des problèmes pratiques insurmontables lorsque le prévenu bénéficie d'une libération partielle de la poursuite pénale et qu'il est condamné pour le surplus. Dans un tel cas de figure, il serait extrêmement difficile, sinon impossible, de distinguer les opérations devant être indemnisées selon l'une ou l'autre des tarifications.

Le Conseil d'Etat s'oppose donc à cette modification.

Art. 135 al. 3 AP-CPP :

Le projet d'uniformiser la voie de recours est incontestablement un progrès, qui permet d'éviter la collision de deux procédures simultanées, devant l'autorité de recours (indemnité du conseil d'office) et devant l'autorité d'appel (contestation de la décision sur le fond).

Art. 136 al. 1^{bis} AP-CPP :

L'assistance judiciaire ne peut actuellement être accordée à la partie plaignante que pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles. Le Tribunal fédéral a cependant posé le principe selon lequel l'assistance judiciaire peut, dans certains cas de figure particuliers (notamment lorsqu'une personne présente des indices concrets susceptibles d'établir qu'elle a été victime de mauvais traitements d'une autorité) et directement sur la base de l'art. 29 al. 3 Cst., être accordée à la victime pour lui permettre de faire aboutir sa plainte pénale et cela indépendamment des aspects civils. Toutefois, la jurisprudence du Tribunal fédéral, rendue dans des cas particuliers exceptionnels, ne saurait être codifiée de cette manière, qui tend à accorder systématiquement à la victime un droit à l'assistance judiciaire. Pour autant qu'elle apparaisse vraiment indispensable, la codification devrait s'en tenir aux cas définis par la jurisprudence.

On relève en outre que la condition de l'indigence, pourtant mentionnée dans le rapport, n'est pas reprise à l'art. 136 al. 1^{bis} AP-CPP, et que l'expression "*si cela est nécessaire pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir*" est vague.

Art. 147 et 147a AP-CPP :

Pour le Conseil d'Etat, la préoccupation de contrebalancer le pouvoir du MP dans la procédure préliminaire ne paraît pas entièrement fondée : les droits de la défense ont été considérablement étendus par le CPP et on peut même sérieusement se demander si le maintien d'un droit de participation aussi large ne risque pas de continuer à compliquer, voire à paralyser l'action des autorités de poursuite pénale et s'il ne serait pas suffisant de se calquer sur les garanties de procédure découlant de l'art. 6 ch. 3 let. d CEDH, selon lequel le droit de participer est respecté dès que le prévenu ou son défenseur a eu au moins une occasion de faire usage de son droit de confrontation avec les autres parties.

Si les parties estiment que le Ministère public cherche à restreindre leur droit de participation en ouvrant des procédures distinctes, elles peuvent demander la jonction des causes ou recourir contre une disjonction injustifiée (art. 30 CPP). Elles disposent ainsi déjà de voies de droit suffisantes pour s'assurer qu'une scission des procédures n'est pas "illicite". La réglementation de l'art. 147 al. 3 let. b CPP est donc une facilité injustifiée et superflue, qui permet de revenir sur une question devant être tranchée en amont. Si cette réglementation devait être maintenue, le correctif de l'art. 147 al. 3^{bis} AP-CPP devrait également être prévu dans la seconde hypothèse (scission des procédures injustifiée); cette hypothèse, pour laquelle il existe déjà un correctif procédural (requête de jonction des causes ou recours contre une scission) n'est pas plus dommageable que celle de l'al. 3 let. a.

Le Conseil d'Etat approuve les art. 147a al. 1 et 2 AP-CPP, mais propose la suppression de l'art. 147a al. 3 AP-CPP. En effet, l'enregistrement de l'audition risque de rendre impossible, pour des raisons d'équipement technique, toute restriction du droit de participer du prévenu dans certaines procédures. En outre, l'enregistrement de l'audition serait requis systématiquement, ce qui engendrerait des coûts importants.

Le Conseil d'Etat relève encore que le prévenu ou son défenseur pourraient facilement contourner la réglementation prévue par l'art. 147a AP-CPP en demandant à consulter le dossier immédiatement après l'audition dont ils ont été exclus; le dossier comprendrait alors le procès-verbal de l'audition et l'enregistrement. Pour éviter une telle manœuvre, l'art. 147a AP-CPP ou l'art. 108 CPP (restriction du droit d'être entendu) pourrait être complété en ce sens que le prévenu et son défenseur n'ont pas accès à ces éléments jusqu'à l'audition suivante du prévenu exclu.

Art. 221 al. 1 let. c AP-CPP :

Le maintien de la double exigence de l'art. 221 al. 1 let. c CPP, supposant que la détention provisoire puisse être ordonnée si le prévenu compromet sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou des délits graves et qu'il a déjà commis un acte du même genre par le passé, est regrettable. Cette double exigence ne permet pas de prévenir toutes les situations dans lesquelles un risque de récidive existe malgré l'absence d'antécédents. L'avant-projet ne concrétise ainsi pas entièrement la jurisprudence du Tribunal fédéral, qu'il convient d'entériner. La détention provisoire doit pouvoir être ordonnée s'il existe un risque de récidive, même sans antécédents judiciaires, c'est-à-dire dès que le prévenu est fortement soupçonné d'avoir commis ou

tenté de commettre un crime ou un délit et qu'il existe une menace sérieuse et concrète qu'il commette un nouveau crime ou un délit grave.

Le Conseil d'Etat propose donc de supprimer les termes "*après avoir déjà commis une telle infraction*" de l'art. 221 al. 1 let. c AP-CPP.

Art. 222 al. 2 AP-CPP :

Cette modification, qui comble une lacune criante du CPP, était attendue.

Art. 228a AP-CPP :

Il y aurait lieu de procéder à une modification rédactionnelle de l'alinéa 1, dès lors que la décision attaquée n'est pas uniquement une "décision de mise en détention", mais une "décision de ne pas ordonner, de ne pas prolonger ou de lever la détention provisoire ou la détention pour des motifs de sûreté" (cf art. 222 al. 2 AP-CPP). Le Conseil d'Etat propose de modifier les termes "décision de mise en détention" par "décision relative à la détention".

On comprend difficilement que cette procédure accélérée ne pas s'applique pas seulement en cas de refus du Tribunal des mesures de contrainte d'ordonner la détention, hypothèse revêtant un degré d'urgence certain, mais également en cas de refus de prolongation de la détention ou de mise en liberté, situation dans laquelle un titre de détention existe déjà avec des effets s'étendant encore généralement pour plusieurs jours.

Quoi qu'il en soit, le délai de trois heures prévu à l'alinéa 2 est trop court pour permettre de rédiger un recours correctement motivé. Cette brièveté se justifie d'autant moins que l'autorité de recours dispose ensuite de 48 heures pour statuer. Un délai de 12 heures apparaît ainsi non seulement opportun, mais bien adéquat.

Finalement, le Conseil d'Etat estime que le terme "communiqué" (al. 1) est inapproprié et devrait être remplacé par "annonce", correspondant au texte allemand (*anmelden*).

Art. 230 al. 3 et 4, 231 al. 2, 232 et 233 AP-CPP :

L'avant-projet prévoit que le Tribunal des mesures de contrainte est compétent pour statuer même lorsque la direction de la procédure du tribunal de première instance décide de libérer le prévenu de la détention pour des motifs de sûreté indépendamment de toute demande de sa part.

La dissociation entre le juge du fond et le juge de la détention apparaît un peu extrême dans ce cas particulier. Sur ce point, l'avant-projet va très loin dans la prévention de toute apparence de partialité et on peut se demander si cette innovation se justifie réellement, cela d'autant plus qu'elle entraîne d'importantes complications pratiques (transmission et double examen du dossier), alors que la cause est en état d'être jugée. On rappellera enfin, même si le débat a moins cours depuis l'institution du Tribunal des mesures de contrainte, qui statue de manière générale sur la détention durant la

procédure préliminaire conduite par le Ministère public, puis la procédure devant le tribunal de première instance, que le Tribunal fédéral n'a jusqu'à maintenant pas condamné l'union personnelle du juge de la détention et du juge du fond, considérant que les questions à résoudre sont suffisamment distinctes.

L'avant-projet institue la compétence de la direction de la procédure de l'autorité de recours pour statuer sur la détention pour des motifs de sûreté apparus pendant la procédure devant la juridiction d'appel, ainsi que sur les demandes du Ministère public de prolongation de la détention pour des motifs de sûreté en cas d'acquiescement et les demandes de libération du prévenu déposées pendant la procédure d'appel. Actuellement, ces décisions relèvent de la compétence de la direction de la procédure de l'autorité d'appel. Cette innovation, à l'instar de celle introduite par l'art. 230 al. 4 AP-CPP précité, ne paraît pas s'imposer car elle va entraîner un ralentissement important de la procédure à un stade où, précisément, la cause est en état d'être jugée sur le fond et où les exigences de célérité sont encore plus grandes (notamment en cas d'acquiescement suivi d'un appel du Ministère public). Dans ce contexte particulier, on peut également se demander s'il est vraiment raisonnable de retirer à la direction de la procédure de l'autorité d'appel, qui aura déjà entamé son analyse du dossier et dont l'appréciation pourra éventuellement être revue peu après par l'autorité d'appel *in corpore* lorsqu'elle rendra sa décision sur le fond, de se dessaisir du dossier au profit de la direction de la procédure de l'autorité de recours pour que celle-ci procède quasiment au même examen avant de restituer le dossier à l'autorité d'appel, qui poursuivra alors son propre examen et statuera sur le fond. Cette solution qui, on l'a vu plus haut, n'est pas imposée par la jurisprudence, se révèle donc disproportionnée et risque d'entraîner bien des complications, qui seront en fin de compte préjudiciables au prévenu.

Art. 236 AP-CPP :

Le Conseil d'Etat approuve cette modification, qui correspond à l'interprétation que les autorités du Canton de Vaud ont faite de l'art. 236 al. 4 CPP.

Il propose toutefois la formulation suivante, reprise de l'allemand, dont la tournure passive, qui met l'accent sur la peine et la mesure et non le prévenu, est plus proche de l'idée du rapport explicatif : "... *si le stade de la procédure le permet et que la peine ou la mesure peuvent être exécutées sous le régime ordinaire de l'exécution*".

Art. 248 AP-CPP :

L'avant-projet prend en compte la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle ce n'est pas seulement le détenteur des documents qui peut déposer une demande de mise sous scellés mais aussi toute autre personne pouvant se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret du contenu des documents, et étend la légitimation pour requérir une mise sous scellés à l'ayant droit. Cette reprise de la jurisprudence paraît s'imposer.

Le Conseil d'Etat relève une incertitude quant aux voies de recours dans le cadre d'une demande de levée des scellés durant la procédure devant le tribunal de première instance (art. 248 al. 3 let. a AP-CPP). Dans un tel cas, selon le texte légal proposé, le Tribunal des mesures de contrainte est compétent pour statuer (art. 248 al. 3 let. a AP-

CPP); sa décision peut être contestée devant l'autorité de recours (art. 393 al. 1 let. c AP-CPP). Toutefois, le rapport explicatif, ambigu sur ce point, semble indiquer que l'autorité compétente pour statuer sur le recours formé contre la décision du Tribunal des mesures de contrainte serait le tribunal saisi de la cause, et non l'autorité de recours (cf. rapport explicatif, p. 32 : "*Il est donc proposé que le tribunal des mesures de contrainte statue sur la levée des scellés non seulement dans le cadre de la procédure préliminaire, comme c'est le cas actuellement, mais aussi dans le cadre de la procédure devant le tribunal de première instance (let. a). Le tribunal saisi de la cause doit en revanche être habilité à diriger la procédure de recours.*"). Le Conseil d'Etat est fortement défavorable à cette seconde solution – qui résulte peut-être d'une mauvaise compréhension du rapport – puisqu'elle manquerait complètement son but, à savoir soustraire les objets sous scellés de la connaissance du tribunal appelé à statuer sur le fond.

Cela étant, même si les voies de recours correspondent bien à celles qui ressortent du texte légal (Tribunal des mesures de contrainte, puis autorité de recours cantonale puis Tribunal fédéral), le Conseil d'Etat est défavorable à la solution proposée. En effet, on impose un système de "cloisons étanches" qui double le travail des autorités pénales en retirant le dossier au juge du fond, en le transmettant à trois instances successives (Tribunal des mesures de contrainte, autorité de recours cantonale et Tribunal fédéral) qui devront appréhender l'entier de la cause pour pouvoir saisir les enjeux de la production de la ou des pièce(s) incriminée(s). On saisit dès lors difficilement les avantages concrets d'une telle innovation, qui va inévitablement ralentir considérablement le dénouement du procès au moment même où le juge du fond est sur le point de tenir l'audience de jugement.

Enfin, comme cela a déjà été exposé ci-dessus, l'instauration d'une double instance au niveau cantonal se révèle problématique dans un domaine où les décisions doivent être prises rapidement. Il apparaît dès lors préférable de maintenir le système actuel sur ce point.

Art. 251a AP-CPP :

Le Conseil d'Etat est favorable à l'art. 251a al. 1 AP-CPP, qui crée une base juridique claire conférant à la police la compétence de procéder à des prélèvements sanguins dans les cas où, à l'aune des dispositions fédérales, le Ministère public ne dispose d'aucun réel choix quant à la décision à prendre.

En revanche, le Conseil d'Etat suggère de supprimer l'adverbe "immédiatement" de l'art. 251a al. 2 CPP, qui est inutilement restrictif. Il n'apparaît en effet pas nécessaire que le Ministère public soit averti sans délai du refus exprimé par le prévenu, puisque rares sont les cas où il se justifie d'ordonner une prise de sang sous la contrainte. La police devrait donc demeurer libre de choisir le moment de l'avis au procureur, et de réserver les avis immédiats aux cas où une mesure de contrainte apparaît indispensable.

Art. 268 al. 1 let. c et al. 4 AP-CPP :

Cette modification, qui se calque sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, apporte une clarification bienvenue. La formulation du titre de l'art. 268 CPP devrait aussi être revue,

dès lors que la nature de ce séquestre est désormais plus large que la seule "couverture des frais".

Art. 303a AP-CPP :

Le Conseil d'Etat est d'avis que cette innovation pourrait se justifier. Des procédures dans ce domaine seraient peut-être évitées si certains plaignants étaient un peu responsabilisés au moment où ils entament leur démarche.

Cependant, le Conseil d'Etat ne comprend pas pourquoi la possibilité prévue par l'art. 303a AP-CPP devrait être réservée au domaine des infractions contre l'honneur. Le désir de revanche, cité dans le rapport, ne paraît pas moins présent dans le cadre de d'autres infractions poursuivies sur plainte, par exemple contre l'intégrité corporelle ou contre la liberté. Et, à la connaissance du Conseil d'Etat, les délits contre l'honneur ne donnent pas plus souvent lieu à des plaintes abusives. On peut dès lors s'interroger sur l'opportunité de l'élargissement de la possibilité prévue par l'art. 303a AP-CPP à toutes les infractions poursuivies sur plainte, de manière cohérente avec l'art. 427 al. 2 CPP.

Art. 318 AP-CPP :

Sur le plan pratique, cette modification aura inévitablement pour effet d'alourdir la charge du Ministère public et de ralentir la marche de la procédure. Cependant, cet inconvénient ne paraît pas déterminant sous l'angle du droit des victimes et tout dépendra en réalité de l'attitude concrète de la personne prétendant agir en cette qualité. Si les faits sont avérés et que la victime connue du Ministère public n'a pas renoncé à se constituer partie plaignante, ce qui démontre qu'elle entend participer activement la procédure, il paraît justifié de lui donner la possibilité de procéder avant que le Ministère public rende sa décision.

Le Conseil d'Etat propose, à l'art. 381 al. 1^{bis} CPP, de remplacer la formule "*connues de lui*" par "*dont il a connaissance*".

Art. 352 AP-CPP :

Le Conseil d'Etat est défavorable à l'introduction de l'art. 352 al. 1^{bis} AP-CPP. Outre la charge de travail supplémentaire pour les autorités pénales et l'allongement de certaines procédures que cet ajout entraînera, il n'est pas certain qu'il réponde à une attente des victimes, qui, pour certaines, ne souhaitent ni auditions successives ni débats publics, mais que l'auteur soit puni rapidement.

Si cette modification devait être maintenue, il conviendrait de prévoir la faculté pour les victimes de renoncer sans condition à la procédure ordinaire lorsque les limites minimales fixées par l'art. 352 al. 1^{bis} AP-CPP sont dépassées.

Art. 352a AP-CPP :

Cette modification entrainera une augmentation de travail importante pour le Ministère public. En matière de coûts, il ressort des chiffres bruts obtenus de la part de l'OFS que les autorités vaudoises ont prononcé en moyenne annuelle, entre 2015 et 2017, environ

1'400 sanctions dans la quotité visée par la révision. Même si ce nombre prend également en compte les décisions rendues par les tribunaux, ou celles dans lesquelles une audition par le Ministère public a de toute manière déjà eu lieu, il impliquera forcément des centaines d'auditions supplémentaires. Le temps qui y sera consacré (qui peut être estimé à une heure d'audition par dossier), exigera des moyens accrus en personnel (procureurs et secrétaires) pour y procéder, sans compter les coûts liés à la présence d'éventuels avocats ou interprètes.

En outre, expérience faite lorsque le Code de procédure pénale vaudois était encore en vigueur, les prévenus eux-mêmes ne voient pas bien à quoi leur sert de venir répéter au procureur ce qu'ils ont déjà complètement expliqué lors de leur audition par la police, et se plaignent du dérangement occasionné par cette audition supplémentaire. Au surplus, l'audition obligatoire du prévenu présente certaines difficultés pratiques, en particulier lorsque l'intéressé est de passage en Suisse ou sans domicile connu.

Le Conseil d'Etat est en conséquence défavorable à l'introduction de cet article.

Il serait dès lors préférable de prévoir un système plus souple permettant au prévenu d'être personnellement entendu s'il le souhaite dans les cas de figure envisagés par l'AP-CPP. Dans cette perspective, le texte légal pourrait prévoir qu'il lui appartient de présenter une demande écrite en ce sens dans un certain délai et qu'il sera réputé y renoncer s'il n'agit pas dans ce sens en temps utile. Une autre possibilité serait une modification de l'article 355 al. 1 CPP en ce sens que le prévenu doit être entendu lorsqu'il fait opposition à l'ordonnance pénale rendue à son encontre.

Art. 353 AP-CPP :

Le Conseil d'Etat estime souhaitable que le Ministère public puisse statuer sur les conclusions civiles dans certaines affaires de peu d'importance. Cependant, la limite maximale de 30'000 fr. peut se discuter dans une procédure aussi sommaire et mettant aux prises des parties qui ne sont pas toujours assistées. Il y aurait en conséquence lieu de prévoir au moins une interpellation de la partie civile avant la clôture de l'instruction, de façon à ce qu'elle puisse concrètement procéder selon l'art. 123 al. 2 AP-CPP.

Le Conseil d'Etat relève encore que, si le Ministère public entend statuer sur les conclusions civiles, le prévenu doit être invité se déterminer avant que l'ordonnance pénale soit rendue. La règle de l'art. 124 al. 2 CPP, qui dispose que le prévenu doit pouvoir s'exprimer sur les conclusions civiles au plus tard lors des débats de première instance, doit être adaptée.

Art. 354 al. 1^{er} AP-CPP :

Le Conseil d'Etat ne comprend pas la raison pour laquelle il conviendrait de prévoir un délai de recours différencié pour les ordonnances pénales. Les motifs invoqués dans le rapport explicatif ne convainquent pas. On ne voit pas en quoi le fait de disposer de vingt jours au lieu de dix pour former opposition permettrait à un prévenu illettré, de langue étrangère ou de faible niveau intellectuel, de mieux comprendre le contenu et la portée de l'ordonnance pénale rendue à son encontre. L'opposition du prévenu n'a pas à être motivée; il s'agit donc d'une opération qui peut être accomplie très rapidement

par une simple déclaration écrite. L'art. 354 al. 1^{er} AP-CPP risquerait par ailleurs d'être source de confusion en pratique. Le Conseil d'Etat est donc défavorable à cette modification.

Art. 355 al. 2 et 356 al. 4 AP-CPP :

L'avant-projet envisage de supprimer la présomption légale selon laquelle le défaut du prévenu régulièrement cité à comparaître vaut retrait d'opposition. Cette modification entraînera une augmentation de la charge des tribunaux de police, de même qu'un allongement des procédures qui profitera en particulier aux prévenus qui forment opposition à des fins purement dilatoires, notamment dans les affaires de délinquance itinérante. L'impact de cette modification est toutefois atténué par la modification de l'art. 366 al. 1 CPP.

Art. 364 al. 5, 364a, 364b et 365 al. 3 AP-CPP :

L'avant-projet comble les lacunes du CPP en se calquant dans une large mesure sur la jurisprudence du Tribunal fédéral. La procédure de détention sera menée par analogie avec les dispositions ordinaires (art. 224 à 227 et 230 à 233 AP-CPP). C'est une clarification bienvenue, l'absence de règles expresses concernant cette forme de détention pendant la procédure ultérieure représentant une lourde atteinte aux droits de la personne concernée lorsque la peine a été entièrement exécutée. Il en va de même pour la voie de droit : il est cohérent que ce soit un appel, dès lors qu'il n'y a pas de raison de traiter différemment les mesures prononcées en première instance, par exemple l'internement, qui peuvent faire l'objet d'un appel, et celles prononcées dans le cadre de décisions judiciaires ultérieures indépendantes. De plus, un recours ne permettrait pas d'embrasser la portée matérielle de nombreuses décisions judiciaires et restreindrait de manière inopportune les droits procéduraux des personnes concernées.

Cependant, la (nouvelle) procédure spécifique applicable au recours du Ministère public introduite par l'art. 228a AP-CPP n'est pas prise en compte par le renvoi des art. 364a al. 2 et 364b al. 2 AP-CPP et il conviendrait d'intégrer cet article dans ces deux dispositions, afin d'éviter que le Tribunal fédéral soit contraint, à nouveau, de fixer lui-même dans sa jurisprudence des règles de procédure particulières pour le Ministère public.

Le renvoi de l'art. 364 al. 5 AP-CPP (application par analogie, pour le surplus, des dispositions relatives à la procédure de première instance) omet de tenir compte du Ministère public et des autorités compétentes en matière de contraventions, pourtant également amenés à rendre des décisions judiciaires ultérieures indépendantes (art. 363 al. 2 CPP).

Art. 366 AP-CPP :

La suppression de l'exigence d'une deuxième audience dans les affaires par défaut est très positive pour les tribunaux en termes de gestion d'agenda, de traitement et de durée des procédures, dès lors qu'actuellement, le tribunal ne peut en principe prononcer un jugement par défaut qu'après avoir fixé de nouveaux débats auxquels le

prévenu demeure absent. Cette modification constitue donc un progrès par rapport au droit en vigueur.

Art. 388 AP-CP :

Il s'agit d'une innovation bienvenue, inspirée de la procédure suivie par le Tribunal fédéral (art. 108 LTF) : un juge unique peut ainsi rendre une ordonnance de non-entrée en matière lorsque le recours est manifestement irrecevable (tardiveté, défaut de paiement de sûretés, défaut de légitimation, notamment), lorsque la motivation du recours est clairement insuffisante (simple annonce de l'intention de recourir par exemple) ou lorsque le recours est procédurier ou abusif (mise à contribution de manière récurrente de l'autorité judiciaire pour des motifs insignifiants, comportements querulents ou ayant pour seul but de gagner du temps). Cette modification permettra des économies de procédure, dès lors qu'il est peu cohérent de laisser un collège se pencher sur ce type de recours.

Art. 391 al. 2 AP-CPP :

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de la *non reformatio in pejus* n'interdit pas seulement l'aggravation à l'occasion d'un recours de la sanction prononcée initialement mais aussi de la faute attribuée à l'auteur. Le Tribunal fédéral refuse donc de n'appliquer ce principe qu'à la sanction. Cela a pour conséquence qu'une juridiction d'appel ne peut pas condamner la personne concernée du fait d'une infraction pour laquelle la peine encourue serait plus élevée que celle prononcée initialement ni rendre la qualification juridique plus sévère (ce qui impliquerait une sanction plus lourde). Le Ministère public se retrouve donc à devoir parfois déposer un appel joint même s'il est satisfait de la sanction prononcée, de façon à permettre à l'autorité d'appel de se prononcer également sur la faute.

L'avant-projet restreint donc le champ d'application de ce principe, qui porte désormais uniquement sur la peine prononcée. Cette modification paraît justifiée, la juridiction d'appel devant être en mesure de corriger un jugement juridiquement inexact au niveau de la faute commise et cela indépendamment d'un éventuel appel joint du Ministère public.

Art. 395 let. b AP-CPP :

Dans la mesure où l'art. 353 al. 2 let. b AP-CPP autorise le Ministère public à statuer sur les prétentions civiles lorsque le montant litigieux n'excède pas 30 000 fr., il n'y a pas de raison de ne pas élever de la même mesure la compétence *ratione valoris* de la direction de la procédure de l'autorité de recours en matière de conséquences économiques accessoires.

Art. 440 AP-CPP :

Le Conseil d'Etat est favorable à cette modification, qui paraît justifiée, dès lors qu'il s'agit d'une pure problématique d'exécution de peine ou de mesure qui échappe à la compétence du tribunal de première instance et de la juridiction d'appel.

Art. 442 al. 4 AP-CPP :

Le Conseil d'Etat relève que cette modification semble être contraire à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral.

Art. 3 al. 2 AP-DPMin :

La clarification souhaitée est bienvenue. Toutefois, la formulation proposée est ambiguë. Il arrive souvent que les autorités aient "connaissance" d'un acte avant d'identifier son auteur et de constater qu'il n'avait pas encore 18 ans au moment où il a agi. Une interprétation littérale conduirait à ne pas appliquer cet alinéa à ce cas de figure, contrairement à la volonté affichée dans le rapport explicatif.

Le Conseil d'Etat propose de modifier la formulation de cet alinéa, par exemple dans ce sens : "*Lorsque plusieurs infractions commises avant et après l'âge de 18 ans doivent être jugées en même temps et que les autorités n'ont identifié l'auteur d'un acte commis avant l'âge de 18 ans qu'après l'ouverture d'une procédure pour un acte commis après l'âge de 18 ans [...]*".

* * *

Madame
Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Cheffe du Département fédéral
de justice et police
Palais fédéral
3003 Berne

Références DB/nf
Date 14 MARS 2018

**Modification du code de procédure pénale (exécution de la motion 14.3383, Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats)
Procédure de consultation**

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat valaisan vous remercie de l'avoir consulté concernant la modification visée sous rubrique.

De manière générale, il constate en procédure pénale la tendance à accorder une place croissante aux droits des parties autres que le ministère public (lequel n'a pas le statut de partie au stade de la procédure préliminaire). La tâche de ce dernier, à savoir la recherche de la vérité et l'exercice uniforme de la répression pénale, en est rendue plus difficile. Elle est pourtant essentielle au maintien de l'ordre public et de la paix sociale. Le Conseil d'Etat souligne l'importance de garder l'équilibre entre les exigences du procès équitable, d'une part, et la nécessité de ne pas entraver l'activité du ministère public, d'autre part.

A ce titre, la restriction au droit du prévenu de participer à l'administration des preuves, envisagée à 147a de l'avant-projet, est la bienvenue. Cette disposition prévoit que le ministère public peut exclure un prévenu de l'audition d'une personne à entendre « s'il y a lieu de craindre que le prévenu adapte ses déclarations ». Un tel risque paraît exister en toute hypothèse, si bien qu'il serait préférable d'exclure par principe la participation du prévenu dans ce cas. L'alinéa 3 de la même disposition prévoit que si l'exclusion est décidée, l'audition doit être enregistrée sur un support audiovisuel. Cette mesure a pour effet malheureux de jeter le doute sur la probité des procureurs assermentés en charge de mener les auditions et, à travers eux, sur la justice pénale elle-même. Elle apparaît d'autant moins justifiée que l'article 147 alinéa 3 de l'avant-projet prévoit le droit pour les parties de demander qu'une administration des preuves soit répétée.

Le Gouvernement valaisan constate au surplus que certaines modifications proposées entraîneraient un alourdissement des procédures pénales et des coûts supplémentaires. Il est d'avis que celles-ci ne sont pas indispensables et que le législateur devrait par conséquent y renoncer.

Il en va ainsi de la possibilité de statuer sur les prétentions civiles dans la procédure de l'ordonnance pénale (art. 126 al. 2 let. a et a^{bis}, 353 al. 2 de l'avant-projet). Cela exigerait du ministère public qu'il déploie une activité dans un domaine qui sort de son champ d'action propre, et ne manquerait pas d'entraîner des recours qui ralentiraient plus ou moins fortement la procédure.

L'audition obligatoire du prévenu dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale en fonction des conséquences de celle-ci (art. 352a de l'avant-projet) ne semble pas non plus souhaitable : la nécessité d'une telle audition dépend des circonstances de l'espèce plutôt que de la conséquence de l'ordonnance.

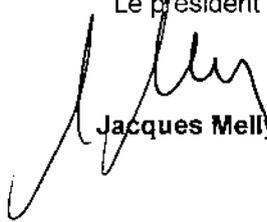
En outre, on comprend mal le besoin d'exiger du ministère public qu'il indique par écrit aux victimes connues de lui qu'il entend rendre une ordonnance pénale ou clore l'instruction afin de vérifier si celles-ci souhaitent ou non se constituer parties plaignantes. En effet, le Code de procédure pénal impose déjà au ministère public de faire cette vérification au cours de l'instruction (art. 118 al. 4 CPP).

Il est également peu heureux d'interdire purement et simplement au ministère public de rendre une ordonnance pénale si une victime participe à la procédure pénale en qualité de partie plaignante et qu'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou une peine privative de liberté de plus de quatre mois est envisagée (art. 352 al. 1^{bis} de l'avant-projet). A tout le moins, il serait souhaitable de prévoir la possibilité de déroger à la règle moyennant l'accord de la victime.

Etant d'avis que le code de procédure pénale dans sa forme actuelle garantit largement les droits des diverses parties au procès pénal, le Conseil d'Etat valaisan souligne la nécessité d'éviter des modifications qui, par trop de zèle en ce domaine, alourdiraient excessivement les procédures pénales et entraîneraient des frais injustifiés.

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

Au nom du Conseil d'Etat

Le président

Jacques Melly



Le chancelier

Philipp Spörri

Regierungsrat, Postfach 156, 6301 Zug

Nur per E-Mail

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Zug, 6. März 2018 hs

**Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für
Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung)
Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 haben Sie die Kantonsregierungen eingeladen, sich bis 14. März 2018 zur oben genannten Änderung der Strafprozessordnung vernehmen zu lassen. Wir nehmen diese Gelegenheit zur Stellungnahme gerne wahr.

Die Vorlage ist sehr umfangreich und betrifft eine grosse Zahl punktueller Änderungen der Strafprozessordnung. Wir sind mit diesen Änderungen grundsätzlich einverstanden, soweit wir nicht nachfolgend abweichende Anträge stellen. In einigen Punkten stellen wir Anträge zur Änderung von Bestimmungen der Strafprozessordnung, welche bislang nicht Gegenstand der Vorlage bilden. Unseres Erachtens besteht auch in diesen Punkten Änderungsbedarf, welcher in die Vorlage aufzunehmen ist.

Generell ist bei allen Änderungen darauf zu achten, dass jede Verkomplizierung und damit jeder Mehraufwand für die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte vermieden wird. Die Kantone tragen die hauptsächlichen finanziellen Lasten, welche durch die Strafverfolgung entstehen. Diesem Umstand muss der Bundesgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Strafprozessordnung Rechnung tragen, indem er praxistaugliche Regelungen vorschlägt, die von den Kantonen auch aus finanzieller Sicht getragen werden können, so dass die Durchführung von rechtsstaatlichen Verfahren weiterhin gewährleistet ist und nicht etwa wegen fehlender finanzieller Ressourcen gewisse Strafuntersuchungen gar nicht erst an die Hand genommen werden können. Bürgerinnen und Bürger, Beschuldigte und Geschädigte sind gleichermassen daran interessiert, dass die Verfahren zügig und innert nützlicher Frist durchgeführt und abgeschlossen werden können. Dies wird heute aufgrund der teilweise schwerfälligen Regelungen verhindert. Die in der Vorlage vorgeschlagenen Änderungen gehen teilweise in die falsche Richtung und führen zu noch längeren, unübersichtlicheren und aufwändigeren Verfahren, was zu einer zu-

sätzlichen Belastung der Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte führt. Änderungsvorschläge, die zu einem personellen und/oder finanziellen Mehraufwand führen, lehnen wir daher ab.

Anträge

1. Auf die Änderung von Art. 59 Abs. 1 StPO sei zu verzichten.
2. Art. 78a Bst. a StPO sei dahingehend zu ergänzen, dass kein Wortprotokoll erstellt werden muss, sondern ein Protokoll mit dem sinngemässen Inhalt der Einvernahme ausreichend ist.
3. Auf die Änderung von Art. 88 Abs. 4 StPO sei zu verzichten.
4. Es sei ein neuer Art. 118^{bis} StPO aufzunehmen, welcher bestimmt, dass in Verfahren mit einer sehr grossen Zahl von Privatklägerinnen und Privatklägern diese ein schweizerisches Zustelldomizil (bei Wohnsitz im Ausland) und/oder eine gemeinsame Vertretung zu bestimmen haben.
5. Auf die Änderung von Art. 125 Abs. 2 erster Satz StPO sei zu verzichten.
6. Auf die Änderung von Art. 130 Bst. d StPO sei zu verzichten.
7. Auf die Änderung von Art. 131 Abs. 2 StPO sei zu verzichten.
8. Auf die Änderung von Art. 131 Abs. 3 StPO sei zu verzichten.
9. Die Änderung von Art. 133 StPO sei auf das Vorverfahren zu beschränken.
10. Auf die Änderung von Art. 135 StPO sei zu verzichten.
11. Auf den vorgeschlagenen Art. 136 Abs. 1^{bis} StPO sei zu verzichten und stattdessen sei Absatz 1 wie folgt zu ergänzen:
«¹Die Verfahrensleitung gewährt der Privatklägerschaft für die Durchsetzung ihrer ~~Zivilansprüche~~ Straf- oder Zivilklage ganz oder teilweise die unentgeltliche Rechtspflege, wenn:
a. die Privatklägerschaft nicht über die erforderlichen Mittel verfügt; und
b. die Straf- oder Zivilklage nicht aussichtslos erscheint.»
12. Art. 147 Abs. 3^{bis} StPO sei wie folgt zu ändern:
«In den Fällen von Absatz 3 ~~Buchstabe a~~ kann auf eine Wiederholung verzichtet werden, wenn sie mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden wäre und dem Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, insbesondere dem Recht, Fragen zu stellen, auf andere

Weise Rechnung getragen werden kann.»

13. Die Bestimmung von Art. 147a Abs. 3 StPO sei auf Strafverfahren mit notwendiger Verteidigung zu beschränken.
14. Art. 178 StPO sei mit folgendem Buchstaben h zu ergänzen:
«ohne selber beschuldigt zu sein, von Einziehungsmassnahmen betroffen sein könnte.»
15. Auf die Änderung von Art. 230 Abs. 3 und 4 StPO sei zu verzichten.
16. Art. 248 StPO sei gemäss unseren Ausführungen zu überarbeiten.
17. Art. 251a Abs. 2 StPO sei wie folgt zu ergänzen: «Widersetzt sich die betroffene Person, so informiert die Polizei unverzüglich die Staatsanwaltschaft. In diesem Fall entscheidet die Staatsanwaltschaft.»
18. Art. 255 StPO sei dahingehend zu ergänzen, dass die Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs auch dann möglich ist, wenn bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die betroffene Person in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte. Zudem soll die Polizei die Erstellung eines DNA-Profiles anordnen können, soweit sich die betroffene Person nicht weigert. Im Weigerungsfall soll die Staatsanwaltschaft den Entscheid über die Erstellung eines DNA-Profiles treffen.
19. Auf die vorgeschlagene Änderung von Art. 268 StPO sei zu verzichten. Stattdessen sei Art. 268 StPO gänzlich aufzuheben.
20. Art. 269 Abs. 2 Bst. a StPO sei zusätzlich mit den Tatbeständen von Art. 143^{bis} StGB (Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem) und Art. 220 StGB (Entziehen von Minderjährigen) sowie als Übergangsbestimmung (bis Art. 260^{sexies} StGB in Kraft tritt) mit der Al-Qaida/IS-Strafbestimmung zu ergänzen.
21. Art. 286 Abs. 2 Bst. a StPO sei mit dem Tatbestand von Art. 197 Abs. 1 StGB (Pornografie) zu ergänzen.
22. Art. 288 StPO sei gemäss unseren Ausführungen zu überarbeiten.
23. Der Anwendungsbereich des Rechtfertigungsgrunds in Art. 294 StPO sei auf den Bereich Kinderpornografie zu erweitern.
24. Art. 303a StPO sei dahingehend zu ergänzen, dass die Erhebung eines Kostenvorschusses durch die Staatsanwaltschaft nicht automatisch zur Eröffnung einer Untersuchung führt.

25. Auf die Änderung von Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3 StPO sei zu verzichten.
26. Auf die Änderung von Art. 352 Abs. 1, 1^{bis} und 3 StPO sei zu verzichten.
27. Auf die Änderung von Art. 352a StPO sei zu verzichten.
28. Art. 353 Abs. 2 StPO sei wie folgt zu formulieren:
«Die Staatsanwaltschaft muss im Strafbefehl über Zivilforderungen entscheiden, sofern:
a. deren Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich ist; und
b. der strittige Betrag 30 000 Franken nicht übersteigt.»
29. Auf die Änderung von Art. 354 Abs. 1^{ter} StPO sei zu verzichten.
30. Auf die Änderung von Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4 StPO sei zu verzichten.
31. Art. 388 Abs. 2 Bst. a–c StPO sei dahingehend zu ergänzen, dass auch der Rückzug des Rechtsmittels, die Gegenstandslosigkeit des Rechtsmittels, die Nichtleistung des Kostenvorschusses und ähnliche Konstellationen erfasst werden.
32. Die Strafprozessordnung sei an die Erfordernisse der Digitalisierung anzupassen und es sei insbesondere die digitale Signatur einzuführen.

Begründung

1. Es ist fraglich, ob es sinnvoll ist, das Prinzip der doppelten Instanz bei Ausstandsentscheiden durchzusetzen. Die Praxis zeigt nämlich, dass Ausstandsbegehren oftmals zum Zwecke der Verfahrensverzögerung eingereicht werden. Es sollte daher keine zusätzliche Möglichkeit zur Verfahrensverzögerung geschaffen werden.
2. Die Ausweitung der Möglichkeit einer mit technischen Hilfsmitteln (Video und Ton oder Ton allein) unterstützten Befragung auf alle Verfahrensstadien wird begrüsst. Erfreulich ist insbesondere, dass von einer nachträglichen vollständigen Verschriftlichung (Wortprotokoll) abgesehen wird und nur die Kernaussagen der Einvernahme zu verschriftlichen sind. Dies ergibt sich allerdings nur aus dem erläuternden Bericht und nicht aus dem Gesetzestext selbst. Wir sind der Auffassung, dass diese Regelung auch im Gesetzestext ausdrücklich genannt werden muss.
3. Die vorgeschlagene Änderung von Art. 88 Abs. 4 StPO bedeutet, dass unzustellbare Strafbefehle künftig veröffentlicht werden müssen (Zustellfiktion), was wiederum mit unnötigem Mehraufwand und Mehrkosten verbunden ist. Im erläuternden Bericht wird unter Ziffer 1.3.1 unter dem Titel «Einleitung» festgehalten, dass die StPO nur in denjenigen Bereichen revidiert werden soll, wo sich in der Praxis Schwierigkeiten zeigen. Dies ist bei

der heute geltenden Regelung gerade nicht der Fall. Anlass für die Änderung bildet offenbar einzig der Umstand, dass die Lehre dieser Regelung kritisch gegenüber stehe (erläuternder Bericht, Ziffer 2.1.8, S. 19). Die vorgesehene Änderung, wonach inskünftig auch Strafbefehle im Amtsblatt veröffentlicht werden müssen, um als zugestellt zu gelten, schafft einen immensen administrativen Mehraufwand, führt zu Amtsbüchern anstelle von Amtsblättern und wird wohl in keinem einzigen Fall etwas daran ändern, dass gegebenenfalls Personen ohne Kenntnis des Strafbefehls verhaftet werden und den Strafvollzug antreten müssen.

4. Es ist ein Änderungsbedarf auszumachen für Verfahren mit einer grossen Zahl von Privatklägerinnen und Privatklägern (mehrere Hundert), um dem grossen Aufwand und auch Zeitverlust aus dem Umgang mit derart vielen Personen zu begegnen. Aus unserer Sicht sind zwei Lösungsansätze möglich: Die Verpflichtung für Privatklägerinnen und Privatkläger mit Wohnsitz im Ausland, ein schweizerisches Zustelldomizil zu bestimmen, und/oder die Möglichkeit, eine gemeinsame Vertretung zu bestimmen. Den Entscheid hierüber soll im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft und im Hauptverfahren die Verfahrensleitung treffen.
5. Die geltende Regelung, wonach die Verfahrensleitung über den Antrag der beschuldigten Person auf Sicherheitsleistung durch die Privatklägerschaft endgültig entscheidet, mithin kein kantonales Rechtsmittel möglich ist, ist sachgerecht und soll beibehalten werden. Mit einem zusätzlichen kantonalen Rechtsmittel kann das Verfahren unnötig verzögert werden.
6. Den vorgesehenen Ausbau der notwendigen Verteidigung im Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft persönlich auftritt, lehnen wir ab. Der relativ enge Verfahrensgegenstand vor dem Zwangsmassnahmengericht und der Umstand, dass ohnehin häufig andere Gründe für eine notwendige Verteidigung vorliegen (Art. 130 Bst. a–c StPO), machen die vorgeschlagene Erweiterung der notwendigen Verteidigung unnötig. Sofern die anderen Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung nicht gegeben sind, müsste bei der vorgeschlagenen Regelung konsequenterweise nach abgeschlossenem Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht die notwendige Verteidigung sogleich wieder aufgehoben werden. Dies ergäbe keinen Sinn.
7. Die in Art. 131 Abs. 2 StPO vorgeschlagene Formulierung geht zu weit. Gerade in Fällen von schweren, aber von vornherein wenig plausiblen Vorwürfen von potentiellen Opfern kann es sinnvoll sein, die beschuldigte Person vorerst dazu Stellung nehmen zu lassen, um besser beurteilen zu können, ob die Vorwürfe berechtigt sind oder nicht. Bei dieser Konstellation ist es nicht notwendig, schon zu dieser Ersteinvernahme eine notwendige Verteidigung anzubieten. In diesem Sinn wäre es auch denkbar, in Art. 131 Abs. 2 StPO nur den Einschub «jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung» zu streichen, um der Staatsanwaltschaft zu ermöglichen, in unklaren Fällen vorerst alle Parteien anzuhören,

bevor über den Anspruch auf eine notwendige Verteidigung entschieden wird.

8. Es geht um die Frage, ob die Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung dazu führt, dass die Einvernahme ungültig wird oder nicht verwertbar ist. Das Bundesgericht hat diese Frage offen gelassen (BGE 141 IV 289 E. 2.4). Die Vorlage entscheidet sich für die absolute Unverwertbarkeit eines mangelbehafteten Beweismittels, was wir entschieden ablehnen. Die Unklarheit in den verschiedensprachigen Gesetzestexten ist zugunsten der bisherigen deutschen und italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer relativen Unverwertbarkeit aufzulösen. Das Gericht soll weiterhin eine Güterabwägung vornehmen können, ohne dass automatisch die Unverwertbarkeit eintritt. Die Rechtsfolge darf daher «nur» die Ungültigkeit sein. Nicht nachvollziehbar ist sodann die Begründung im erläuternden Bericht (S. 22), wonach in einem solchen Fall anders als im Regelfall (Art. 141 Abs. 2 StPO) keine Güterabwägung stattfinden soll.
9. Die Regelung von Art. 133 StPO, wonach die Auswahl der amtlichen Verteidigung durch eine von der Verfahrensleitung unabhängige Stelle zu erfolgen hat, muss unbedingt auf das Vorverfahren beschränkt werden. Die geltende Regelung wurde kritisiert, weil die Staatsanwältin oder der Staatsanwalt, welche im Vorverfahren mit der Verfahrensleitung betraut sind, sich mit der Bestellung der amtlichen Verteidigung quasi ihren eigenen Gegner aussuchen. Das Risiko, dass eine möglichst genehme Verteidigung eingesetzt wird, besteht jedoch nur im Vorverfahren, bei dem die fallführende Staatsanwältin oder der fallführende Staatsanwalt die Verfahrensleitung innehat. Nur in diesem Verfahrensstadium könnte sich die Verfahrensleitung dem Vorwurf aussetzen, einen ihr genehmen Prozessgegner einzusetzen. Im Hauptverfahren sowie im Berufungs- und Beschwerdeverfahren präsentiert sich die Situation völlig anders. Hier liegt die Verfahrensleitung bei einem unparteiischen Gericht. Daher ist die in Art. 133 StPO vorgesehene Regelung für das Hauptverfahren unpassend und würde dieses deutlich verkomplizieren, ohne dass ein Grund dazu bestünde.
10. Die geplante Anpassung von Art. 135 Abs. 1 StPO dürfte grosse Mehrkosten zur Folge haben. Mit der Änderung hätte die Verteidigung künftig auch in jenen Kantonen, die heute amtliche Mandate nicht vollumfänglich entschädigen, bei ganzem oder teilweise Freispruch der beschuldigten Person sowie bei Einstellung des Verfahrens Anspruch auf das volle Honorar, analog zur privaten Verteidigung. Diese Änderung hat nicht bloss eine Verteuerung der Verfahren zur Folge, sondern ist unseres Erachtens auch nicht überzeugend begründet. Die Verteidigung wird sich bei der Mandatsübernahme entscheiden müssen, ob sie eine amtliche Verteidigung beantragen oder das Inkassorisiko selbst tragen will.
11. Es wird begrüsst, dass die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege auch für Opfer vorgesehen wird, welche sich nur als Strafklagende beteiligen. Die Bestimmung sollte jedoch gleich in den bestehenden Absatz 1 integriert werden. Bei einem separaten Absatz 1^{bis} besteht die Gefahr, dass Unklarheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten zwi-

schen den Absätzen entstehen. Von grosser Wichtigkeit bei der Änderung ist sodann, dass auch für die Strafküblerschaft die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes möglich sein wird. Derzeit müssen jeweils Gesuche um längerfristige Hilfe nach OHG gestellt werden und es müssen sich folglich mehrere kantonale Behörden damit beschäftigen, was sehr ineffizient ist. Damit diese Bestimmung aber überhaupt Anwendung findet, sollten in der Praxis keine unrealistisch hohen Anforderungen an die Voraussetzung einer Notwendigkeit gestellt werden. Die Staatsanwaltschaft verneint heute regelmässig die Notwendigkeit einer anwaltlichen Unterstützung für Opfer. Es ist zu befürchten, dass dies auch zukünftig so sein wird, da nach Auffassung der Strafverfolgungsbehörden die Interessen der Opfer bereits durch die Staatsanwaltschaft wahrgenommen werden. In Anbetracht dessen, dass die Staatsanwaltschaft häufig Strafverfahren gegen den Wunsch des Opfers einstellt, gilt es diesbezüglich eine Waffengleichheit (im Vergleich zur Täterschaft) herzustellen. Häufig kann ein Opfer mangels Rechtskenntnissen seine Rechte (z.B. Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen) nicht wahrnehmen. Gerade Opfer von häuslicher Gewalt sind zudem oft verängstigt und eingeschüchtert, wenn sie der amtlich verteidigten Person ohne anwaltliche Unterstützung gegenüber treten müssen. Dies kann zu einer sekundären Viktimisierung und dazu führen, dass Aussagen nicht oder nur abschwächend gemacht werden, was letztlich der Suche nach der materiellen Wahrheit nicht dienlich ist. In der Praxis finanzieren in solchen Fällen daraufhin häufig trotz Ablehnung des Gesuchs durch die Staatsanwaltschaft die subsidiär zuständigen Opferhilfebehörden einen Rechtsbeistand. Dieses System ist jedoch widersprüchlich und aufgrund der doppelten Gesuche höchst ineffizient. Auf dieses Problem sollte in den Materialien ausdrücklich hingewiesen werden.

12. Es ist sinnvoll, dass eine Wiederholung von Beweismassnahmen verlangt werden kann, wenn bei Mittäterschaft oder Teilnahme Strafverfahren ohne sachlichen Grund getrennt wurden. Dass allerdings ein Verzicht auf die Wiederholung ausgeschlossen sein soll, erscheint als unnötige Disziplinierungsmassnahme, zumal im neuen Art. 147a explizite Ausnahmen vom Teilnahmerecht statuiert werden, die eine Verfahrenstrennung zwecks Umgehung der Teilnahmerechte nicht mehr als notwendig erscheinen lassen.
13. Die Einschränkung der Teilnahmerechte in Art. 147 Abs. 1 und 2 StPO ist zu begrüessen, zumal damit Verfahrensabtrennungen begrenzt werden können. Die in Absatz 3 vorgesehene Neuregelung betreffend Aufnahme der Einvernahme auf Bild und Ton sollte aber auf Strafverfahren betreffend schwere Delikte beschränkt sein, ansonsten der Aufwand und die Kosten unverhältnismässig hoch werden. Als praxistaugliches Abgrenzungskriterium kann die Erforderlichkeit einer notwendigen Verteidigung genommen werden.
14. Massnahmen der Vermögenseinziehung können nicht nur gegenüber beschuldigten Personen angeordnet werden, sondern auch gegenüber Drittpersonen, welche an der Straftat nicht beteiligt waren. Kauft beispielsweise der Täter mit dem deliktisch erlangten Geld einen Personenwagen und schenkt diesen seiner Ehefrau, so kann dieser Personenwagen eingezogen werden (Art. 70 Abs. 1 und 2 StGB). Ist der Personenwagen nicht mehr

vorhanden, so kann die Ehefrau zur Leistung einer Ersatzforderung verpflichtet werden (Art. 71 Abs. 1 StGB). In den von der Staatsanwaltschaft für Vermögenssicherung geführten Verfahren kommen derartige Konstellationen häufig vor. Es stellt sich die Frage, in welcher Eigenschaft die betroffenen Drittpersonen einzuvernehmen sind. Nicht in Frage kommt eine Einvernahme als beschuldigte Person (Art. 157 ff. StPO). In Anlehnung an den Nemo-Tenetur-Grundsatz wäre es angemessen, einziehungsbetroffenen Drittpersonen ein Aussageverweigerungsrecht zuzugestehen. Passend wäre daher deren Einvernahme als Auskunftsperson im Sinne von Art. 178 StPO. Die im bisherigen Recht umfassten Konstellationen (Art. 178 Bst. a–g StPO) finden jedoch auf Drittpersonen, gegenüber welchen Massnahmen der Vermögenssicherung im Raum stehen, keine Anwendung. Da es sich bei den im heutigen Art. 178 StPO geregelten Konstellationen um einen Numerus clausus handelt, müssen derartige Drittpersonen nach geltendem Recht als Zeugen im Sinne von Art. 162 StPO befragt werden. Damit unterstehen sie der Aussage- und Wahrheitspflicht, was nicht adäquat ist. Aus diesem Grund sind Drittpersonen, welche von Einziehungsmassnahmen betroffen sein könnten, in den Katalog der Auskunftspersonen aufzunehmen. Wir schlagen daher die Ergänzung von Art. 178 StPO mit einem neuen Buchstaben h mit dem folgenden Wortlaut vor: «ohne selber beschuldigt zu sein, von Einziehungsmassnahmen betroffen sein könnte».

15. Es macht keinen Sinn, dass das Zwangsmassnahmengericht in jedem Fall über eine Haftentlassung während des erstinstanzlichen Verfahrens entscheiden muss. Die Befangenheitsargumentation im erläuternden Bericht verfängt nicht. Kommt die Verfahrensleitung, welche sich auch gemäss Bericht «laufend über die Rechtmässigkeit der Sicherheitshaft zu vergewissern hat», zum Schluss, dass eine Fortführung der Haft nicht mehr angebracht ist (wobei dies wohl meist Verhältnismässigkeitsüberlegungen und weniger die Frage nach dem dringenden Tatverdacht sein dürfte), so müsste sie nach dem neuen Vorschlag dem Zwangsmassnahmengericht ein begründetes Haftentlassungsgesuch unterbreiten. Ob nun ein Gesuch oder aber ein Haftentlassungsentscheid begründet wird, ist hinsichtlich der Frage nach der Vorbefassung in etwa das Gleiche.
16. Art. 248 Abs. 1 StPO: Der Ersatz des Begriffs «Inhaberin» bzw. «Inhaber» durch «berechtigte Person» erscheint uns sinnvoll, ebenso die Ergänzung, wonach das Siegelungsgesuch unverzüglich nach Kenntnis der Sicherstellung zu stellen ist. Hilfreich wäre indessen, die Frist im Gesetz zu benennen, da «unverzüglich» nicht wirklich bestimmt ist. Nicht geklärt ist zudem die Frage, was passiert, wenn eine «berechtigte Person» z.B. erst nach einem halben Jahr von der Sicherstellung erfährt und die Strafverfolgungsbehörden schon alle Unterlagen ausgewertet haben.

Art. 248 Abs. 3 StPO: Die Aufgabe der Ordnungsfrist begrüssen wir. Ob im erstinstanzlichen Verfahren weiterhin die Verfahrensleitung oder neu das Zwangsmassnahmengericht zuständig sein soll, spielt unseres Erachtens keine Rolle, da bislang keine entsprechenden Fälle aufgetreten sind und auch in Zukunft nicht mit einer grossen Zahl solcher Fälle zu rechnen ist. Nicht nachvollziehbar ist indessen die Differenzierung zwischen ers-

ter und zweiter Instanz. Konsequenterweise müsste auch im Rechtsmittelverfahren nicht die Verfahrensleitung des urteilenden Gerichts, sondern diejenige der Beschwerdeinstanz in Berufungsfällen (bzw. diejenige des Berufungsgerichts in Beschwerdefällen) als zuständig erklärt werden. Diese Zuständigkeitsregelung wird ja auch bei Haftentscheiden vorgeschlagen.

Bei der Überarbeitung der Bestimmungen der Siegelung sollte sodann die Gelegenheit genutzt werden, um die Regelung des Entsiegelungsverfahrens im Gesetz zu vervollständigen. Es ist angezeigt, dass die Aufgaben des Zwangsmassnahmengerichts in der Strafprozessordnung selbst und nicht vom Bundesgericht definiert werden (welches dem Zwangsmassnahmengericht beispielsweise auch Befugnisse bzw. Pflichten übertragen will, die an sich der Beschwerdeinstanz zukämen, namentlich im Rahmen von Beschwerden gegen Hausdurchsuchungen).

Schliesslich weisen wir darauf hin, dass schon die Präzisierung der Praxis durch das Bundesgericht dazu geführt hat, dass die früher oft praktizierte und taktisch wichtige Kontenedition bei Banken ohne Benachrichtigung (und mit der ausdrücklichen Anweisung an die Bank, die Konteninhaber nicht zu benachrichtigen) nicht mehr zulässig ist. Dies erschwert in der Praxis die Beweiserhebung sehr stark. Wir beantragen daher die Einführung einer neuen geheimen Zwangsmassnahme unter Art. 284 ff. StPO. Diese neue Gesetzesbestimmung soll es ermöglichen, die Edition von Kontenunterlagen ohne vorherige Benachrichtigung der Konteninhaber zu verlangen. Dafür könnte ohne weiteres eine Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht vorgesehen werden.

17. Art. 251a Abs. 2 StPO enthält eine Unklarheit. Widersetzt sich die betroffene Person einer Blut- und Urinuntersuchung, so informiert die Polizei unverzüglich die Staatsanwaltschaft. Entgegen dem Begleittext ergibt sich aus dieser Formulierung nicht, dass die Staatsanwaltschaft dann zur Anordnung zuständig sein soll. Dies ist explizit zu benennen durch den Zusatz: «In diesem Fall entscheidet die Staatsanwaltschaft.» Im Übrigen ist diese Bestimmung sehr zu begrüessen, weil die bisherige Praxis des Bundesgerichts dazu geführt hat, dass die Staatsanwaltschaft eine grosse Anzahl von Blutentnahmen im Strassenverkehr verfügen musste, obwohl ihr gar kein Ermessensspielraum zukam. In solchen Fällen kann daher ohne weiteres die Polizei als zuständig erklärt werden.
18. Das Bundesgericht fordert als Voraussetzung für die DNA-Profilierstellung in jenen Fällen, in welchen diese Daten nicht zur Klärung der Anlasstat nötig sind, erhebliche und konkrete Anhaltspunkte, dass die betroffene Person in andere Delikte von gewisser Schwere – auch künftige – verwickelt sein könnte (BGE 141 IV 87). Ein Einbrecher ohne Wohnsitz in der Schweiz, der in flagranti angehalten wird, muss aufgrund dieser Rechtsprechung nicht mehr mit der Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) rechnen. Zur Klärung der Anlasstat ist die DNA der beschuldigten Person nämlich nicht mehr erforderlich, da sie ja in flagranti angehalten und für die entsprechende Tat somit überführt werden konnte. Dies im Gegensatz zu einer beschuldigten Person, die erst nach der

Tat z.B. aufgrund von Zeugenhinweisen angehalten wird. Im letzteren Fall ist die WSA-Abnahme und DNA-Profil-Auswertung in der Regel unproblematisch. Eine derartige Ungleichbehandlung ist jedoch unlogisch, insbesondere weil oftmals der Täterschaft in beiden Konstellationen weitere Delikte zugeordnet werden könnten. Diese untragbare Praxis führt ansonsten unweigerlich zu einer deutlichen Abnahme der Aufklärungsquote. Art. 255 StPO ist deshalb in dem Sinne zu ergänzen, dass die Abnahme des WSA auch dann möglich ist, wenn bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die betroffene Person in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte.

Ein weiteres Anliegen ist sodann die Neubeurteilung der Anordnungscompetenz bezüglich der Profilauswertung nach einer WSA-Abnahme. Vor Einführung der Strafprozessordnung lag die Anordnungscompetenz bei der Polizei. Unter dem Aspekt der Praxistauglichkeit sollte die Polizei die Erstellung eines DNA-Profiles wiederum selbst anordnen können, zumindest beschränkt auf einen Deliktekatalog. Weigert sich die betroffene Person, kann sodann die Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft vorbehalten werden.

19. Den Vorschlag zur Änderung von Art. 268 Abs. 1 Bst. c StPO lehnen wir strikt ab. Einerseits ist er systematisch falsch und andererseits bedeutet er einen empfindlichen Rückschritt im Vergleich zum geltenden Recht, indem neu eine Ersatzforderungsbeschlagnahme nur noch zur Deckung von Ersatzforderungen gegenüber beschuldigten Personen, nicht aber gegenüber Drittpersonen möglich wäre.

Berechtigt ist das Anliegen, dass die gesetzliche Grundlage für die Ersatzforderungsbeschlagnahme, welche im Strafgesetzbuch systematisch am falschen Ort ist, in die Strafprozessordnung überführt werden soll. Allerdings findet sich die rechtliche Grundlage für alle Beschlagnahmearten im geltenden Recht nicht in Art. 268 StPO, sondern in Art. 263 StPO. Daher sollte die Ersatzforderungsbeschlagnahme dorthin überführt werden in einen den Absatz 1 ergänzenden Buchstaben e mit folgendem Wortlaut: «zur Sicherstellung einer Ersatzforderung gebraucht werden.» Da in Art. 263 Abs. 1 StPO explizit nicht nur Vermögenswerte einer beschuldigten Person, sondern auch einer Drittperson genannt werden, ist mit der Einordnung der Ersatzforderungsbeschlagnahme in diesem Artikel sichergestellt, dass auch Vermögenswerte von Drittpersonen, welche (wie oben erwähnt) Schuldner einer Ersatzforderung werden können, der Beschlagnahme unterliegen. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts¹. Würde die Ersatzforderungsbeschlagnahme hingegen wie vorgeschlagen in Art. 268 StPO überführt, fiel die heute bestehende Rechtsgrundlage für die Beschlagnahme von Vermögenswerten von Drittpersonen ersatzlos dahin, da in Art. 268 Abs. 1 StPO nur von «Vermögen der beschuldigten Person» die Rede ist.

¹ Urteile des Bundesgerichts 1B_185/2007 vom 30. November 2007, E. 10.1; 1B_408/2012 vom 28. August 2012, E. 3.3; 1B_583/2012 vom 31. Januar 2013, E. 2.1; 1B_213/2013 vom 27. September 2013, E. 4.1; 1B_214/2013 vom 27. September 2013, E. 2.1; BGE 140 IV 57, E. 4.1.2 (= Pra 2014 Nr. 71); 1B_215/2016 vom 25. Juli 2016, E. 2.3; 6B_934/2014 vom 6. März 2017, E. 4.1. Gl.M. Entscheide des Bundesstrafgerichts BB.2011.70 vom 10. November 2011, E. 4.1; BB.2012.8 vom 2. März 2012, E. 2.4.1; BB.2012.134 vom 10. Mai 2013, E. 2.1; BB.2014.123 vom 17. Juni 2015, E. 5.3.

Auffallend ist, dass im erläuternden Bericht auf die durch den Revisionsvorschlag bewirkte gravierende Beschneidung der Ersatzforderungsbeschlagnahme nicht hingewiesen wird. Es ist unklar, ob der Revisionsvorschlag diese Beschneidung des Instruments der Beschlagnahme bewusst enthält und ein entsprechender Hinweis im erläuternden Bericht unterlassen wurde, oder ob die dargestellte Problematik bisher schlicht übersehen wurde. Es bleibt zu betonen, dass die Ersatzforderungsbeschlagnahme betreffend Dritte ein sehr wichtiges Instrument für die Durchsetzung des Grundsatzes «Straftaten dürfen sich nicht lohnen» darstellt, welches in der Praxis häufig benutzt wird. Die Rechtsgrundlage für die Einziehung von Vermögenswerten von Drittpersonen, welche diese Vermögenswerte ohne Gegenleistung erhalten haben, wurde im Zuge des «2. Gesetzgebungspakets zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität» im Jahr 1994 ins Gesetz aufgenommen, um den Zugriff der Strafbehörden auf Vermögenswerte, welche eine beschuldigte Person bei einem Strohmännchen (insbesondere auch Familienangehörige) in Sicherheit zu bringen versuchte, zu ermöglichen. Das hat sich in der Praxis bewährt. Es fehlt jeglicher Anlass zur Änderung dieser Rechtslage.

Die im erläuternden Bericht (S. 37) genannte angebliche Unklarheit bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 268 Abs. 2 StPO auf die Ersatzforderungsbeschlagnahme beruht auf einer inzwischen überholten Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Bern. Mit Entscheid vom 15. Dezember 2016 (publiziert in CAN 2017 Nr. 77) hat das Obergericht des Kantons Bern seine Rechtsprechung inzwischen geändert und der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts angepasst. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass Art. 268 Abs. 2 StPO nicht auf die Ersatzforderungsbeschlagnahme anwendbar ist, ist rechtlich korrekt und zu begrüßen. Es besteht keinerlei Anlass, mit einer Gesetzesänderung zur inzwischen vom Obergericht des Kantons Bern selber revidierten Rechtsprechung zurückzukommen.

Abzulehnen ist auch der neu vorgeschlagene Absatz 4 zu Art. 268 StPO. Dieser Revisionsvorschlag übersieht Art. 442 StPO, in dessen Absatz 1 bereits heute Folgendes bestimmt ist: «Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und weitere im Zusammenhang mit einem Strafverfahren zu erbringende finanzielle Leistungen werden nach den Bestimmungen des SchKG eingetrieben.» Zu präzisieren ist, dass gemäss einhelliger Lehre und Rechtsprechung Ersatzforderungen unter «weitere im Zusammenhang mit einem Strafverfahren zu erbringende finanzielle Leistungen» fallen². In Art. 442 Abs. 1 StPO in seiner heute geltenden Form ist daher – entgegen dem erläuternden Bericht auf S. 37 – bereits klar enthalten, dass Verfahrenskosten, Bussen (vgl. auch Art. 106 StGB), Geldstrafen (vgl. auch Art. 35 StGB) und Ersatzforderungen auf dem Wege des SchKG und damit eben grundsätzlich ohne staatliches Vorzugsrecht durchzusetzen sind.

² Zwangsvollstreckungen, welche auf eine Geldzahlung gerichtet sind, werden auf dem Wege der Schuldbetreibung durchgeführt (Art. 38 Abs. 1 SchKG), was auch für öffentlich-rechtliche Forderungen gilt (Urteil des Bundesgerichts 1B_388/2016 vom 6. März 2017, E. 3.3). Betreffend Ersatzforderungen vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 1B_711/2012 vom 14. März 2013, E. 4.1.2; 1B_163/2013 vom 4. November 2013, E. 4.1.4.

Hingegen ist es heute tatsächlich so, dass der Staat bezüglich der Tilgung der Kosten des Strafverfahrens privilegiert ist. Dieses Privileg gründet jedoch nicht auf einer blossen Rechtsprechung des Bundesgerichts, sondern auf Art. 442 Abs. 4 StPO, welcher festhält, dass die Strafbehörden Forderungen aus Verfahrenskosten mit beschlagnahmten Vermögenswerten decken können. Da die Vorlage zwar einen neuen Art. 268 Abs. 4 StPO vorschlägt, welcher ein staatliches Vorzugsrecht auch für Verfahrenskosten verneint, aber Art. 442 Abs. 4 StPO belässt, welcher das Gegenteil anordnet, schafft sie eine widersprüchliche Gesetzeslage. Unverständlicherweise verschärft die Vorlage den Widerspruch überdies mit dem Änderungsvorschlag zu Art. 442 Abs. 4 StPO, wonach in Zukunft die Verfahrenskosten nicht nur mit beschlagnahmten Vermögenswerten, sondern zusätzlich auch mit Genugtuungsansprüchen sollen verrechnet werden können.

Ob die staatlichen Verfahrenskosten zu privilegieren sind, ist ein Entscheid des Gesetzgebers. Es ist aber immerhin darauf hinzuweisen, dass der Vergleich zu den staatlichen Steuerforderungen hinkt, weil Strafverfolgungskosten nur Straftäterinnen und Straftäter treffen, Steuerforderungen jedoch alle. Die bisherigen Erfahrungen mit Einziehungsverfahren zeigen, dass insbesondere Betäubungsmittelhändlerinnen und -händler, aber auch grosse Wirtschaftskriminelle weder willens noch in der Lage sind, die ihnen auferlegten Verfahrenskosten zu tragen. Mit der Verwendung beschlagnahmter Vermögenswerte haben die Strafbehörden ein Instrument zur Hand, um die Verfahrenskosten wenigstens teilweise zu decken. Vermögenswerte, welche zur Deckung von Verfahrenskosten verwendet werden, fliessen in die Staatskasse. Die Abschaffung des staatlichen Deckungsprivilegs bezüglich Verfahrenskosten hätte negative Auswirkungen auf die kantonalen Finanzen und ist darum abzulehnen.

Statt Art. 268 StPO zu revidieren und auszuweiten, sollte dieser gleich ganz gestrichen werden. Dessen erster Absatz ist bereits in Art. 263 Abs. 1 Bst. b StPO enthalten, wo er systematisch richtig hingehört. Ebenso einen rein deklaratorischen Gehalt hat der dritte Absatz: Wie dargestellt bestimmen Art. 442 Abs. 1 StPO und Art. 35 und 106 StGB, dass Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen etc. nach den Bestimmungen des SchKG einzutreiben sind. Im SchKG-Verfahren gelten selbstverständlich die Regeln bezüglich Unpfändbarkeit und beschränkter Pfändbarkeit (Art. 92–94 SchKG), auf welche Art. 268 Abs. 3 StPO verweist. Die Beschlagnahme hat jedoch den Sinn, Vermögenswerte im Hinblick auf das Strafvollzugsverfahren zu sichern. Können Vermögenswerte im Strafvollzugsverfahren nicht verwertet werden, weil diese nicht pfändbar sind, so dürfen diese auch nicht beschlagnahmt werden. Das ergibt sich ohne weiteres aus der Gesetzeslogik. Nur der zweite Absatz von Art. 268 StPO hat einen Gehalt, welcher allenfalls nicht rein deklaratorischer Natur ist. Man kann ihn so interpretieren, dass die Strafbehörden über die Regeln der Pfändbarkeit hinaus auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der beschuldigten Person und ihrer Familie Rücksicht zu nehmen haben. Die praktische Wirkung dieses Absatzes ist jedoch unbedeutend. Uns ist kein einziger Fall bekannt, in welchem bestimmte Vermögenswerte gestützt auf Art. 268 Abs. 2 StPO nicht beschlagnahmt

worden wären. Auch Gerichtsentscheide fehlen praktisch ganz, mit Ausnahme der bereits erwähnten Entscheide des Obergerichts des Kantons Bern.

20. Wir begrüssen die Aufnahme der beiden Tatbestände von Art. 226^{bis} StGB (Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen) sowie Art. 226^{ter} StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen) in den Deliktskatalog von Art. 269 Abs. 2 Bst. a StPO. Der Katalog ist jedoch mit weiteren Tatbeständen zu ergänzen. Aufzunehmen ist die sogenannte Al-Qaida/IS-Strafnorm (als Übergangsbestimmung) bis Art. 260^{sexies} StGB in Kraft tritt. Auch werden Art. 143^{bis} StGB (Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem) und Art. 220 StGB (Entziehen von Minderjährigen) nicht im Delikt katalog aufgeführt, obschon sich hier weiterführende und rasche Ermittlungsansätze sehr oft nur dank entsprechenden Überwachungsmassnahmen ergeben. Der Delikt skatalog sollte entsprechend um diese Tatbestände erweitert werden, dies insbesondere um wirkungsvoll gegen das organisierte Verbrechen vorgehen zu können.
21. Wir begrüssen die Aufnahme der beiden Tatbestände von Art. 226^{bis} StGB (Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen) sowie Art. 226^{ter} StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen) in den Delikt skatalog von Art. 286 Abs. 2 Bst. a StPO. Der Katalog der verdeckten Ermittlung ist indes zusätzlich zu ergänzen in Bezug auf Art. 197 Abs. 1 StGB (Pornografie). Die Einschränkung auf die Absätze 3–5 führt zur Problematik, dass in Fällen, bei denen die Täterschaft pornographische Bildaufnahmen an Minderjährige verschickt (typisch hier Bildaufnahmen der Täterschaft von ihrem Geschlechtstell), die verdeckte Ermittlung in dieser Phase noch nicht möglich ist und so die IP-Adresse und entsprechend die Identität nicht festgestellt werden können. Derartige Handlungen zeigen jedoch ein gefährliches Potential für weitere gravierende strafbare Handlungen im Bereich von sexuellen Handlungen mit Minderjährigen und müssen den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit eröffnen, die Person möglichst rasch ausfindig zu machen.
22. In der Vergangenheit hat sich wiederholt gezeigt, dass Mitarbeitende von Interventions- und Observationseinheiten, welche im Rahmen ihrer Tätigkeit in einem Gerichtsverfahren auftreten müssen, aufgrund der Offenlegung ihrer Identität Gefahr laufen, in der entsprechenden Spezialeinheit nicht mehr einsetzbar zu sein. Angesichts der oftmals gefährlichen Täterschaft besteht zudem ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass sie und ihre Familienangehörigen bei Bekanntwerden der Identität Vergeltungsschläge zu befürchten haben. Es ist deshalb ein grosses Bedürfnis, Mitarbeitende von Interventionseinheiten mittels Gewährung der Anonymität analog zu Art. 288 Abs. 2 StPO im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu schützen. Das heisst beispielsweise, dass deren Personalien ausschliesslich dem Gericht bekannt zu geben und von den Hauptakten separiert und nicht parteiöffentlich aufzubewahren und zu bearbeiten sind. Dies analog dem Beispiel anderer europäischer Länder wie Frankreich und Belgien.

23. Verdeckte Ermittler im Bereich von Kinderpornografie stehen oftmals vor dem Problem, dass sie zu den einschlägigen Foren nur Einlass erhalten, wenn sie selbst kinderpornografisches Material liefern. Wer dies nicht kann, wird umgehend ausgeschlossen. Entsprechend besteht für die verdeckten Ermittler keine Möglichkeit, sich einzuschleusen, zumal sie sich nach heutigem Recht strafbar machen würden, kämen sie der entsprechenden Aufforderung nach. Zum Zwecke der Ermittlung wäre es jedoch sehr dienlich, wenn hier unter strengen Voraussetzungen Ausnahmen möglich wären (z.B. Weiterleiten von pornografischem Material, welches jedoch fiktive und nicht real existierende Personen zeigt). Vorgeschlagen wird deshalb, Art. 294 StPO um einen weiteren Absatz zu ergänzen und die Sachüberschrift weiter zu fassen (Verzicht auf Eingrenzung auf das Betäubungsmittelgesetz).
24. Wir begrüßen den Vorschlag, die Sicherheitsleistung auf Ehrverletzungsdelikte zu beschränken. Allerdings ist die Formulierung nicht ganz durchdacht. Ehrverletzungsdelikte werden normalerweise durch die Polizei vollständig ermittelt. Eine Untersuchungseröffnung ist nicht erforderlich. Die Polizei müsste deshalb nach Eingang der Anzeige die Staatsanwaltschaft informieren, damit diese einen Kostenvorschuss verlangen kann, bevor die Polizei das Ermittlungsverfahren durchführt. Das führt zur Frage, ob durch diese Verfügung die Untersuchung eröffnet wird, was nicht zielführend wäre. Das Gesetz müsste deshalb ausdrücklich vorsehen, dass die Erhebung eines Kostenvorschusses durch die Staatsanwaltschaft nicht automatisch zur Eröffnung der Untersuchung führt.
25. Diese Sonderregelung für Opfer ist nicht erforderlich. Die Staatsanwaltschaft hat bereits gestützt auf Art. 118 Abs. 4 StPO die geschädigte Person, welche von sich aus keine Erklärung abgegeben hat, nach Eröffnung des Vorverfahrens auf die Möglichkeit der Privatklägerschaft hinzuweisen. Gerade im Bereich der Strafbefehlsverfahren ist es dringend angezeigt, unnötigen Mehraufwand zu vermeiden. Dass die vorgesehene Mitteilungspflicht der Staatsanwaltschaft entfällt, wenn das Opfer bereits früher im Verfahren ausdrücklich auf die Beteiligung als Privatklägerschaft verzichtet hat, müsste sodann ebenfalls in den Gesetzestext aufgenommen und nicht bloss im Bericht erwähnt werden.
26. Diese Änderung ist nicht im Interesse einer effizienten Strafverfolgung und verursacht unnötigen Mehraufwand bei den Gerichten. Dem Opfer ist es bereits mit der heutigen Regelung möglich, mit einer Einsprache gegen den Strafbefehl ein gerichtliches Verfahren zu verursachen. Dass es «Opfern von Straftaten für die persönliche Verarbeitung des Geschehenen oft ein Anliegen ist, dass die Straftaten von einem Gericht in einem ordentlichen Verfahren und nicht im Strafbefehlsverfahren beurteilt werden», ist der Erfahrung nach kaum bzw. höchstens im Einzelfall zutreffend. Entsprechend rechtfertigt dies nicht die vorgeschlagene Änderung. Letztlich ist auf einen Fehler hinzuweisen: Mit der Änderung des Sanktionenrechts, welche seit 1. Januar 2018 in Kraft ist, wurde die gemeinnützige Arbeit als eigenständige Strafe aufgehoben. Entsprechend müsste es in Absatz 3 heissen: «Strafen nach Absatz 1 Buchstaben b und d ...».

27. Diese Änderung ist in dieser stringenten Form nicht nötig. Sie würde auch das System des effizienten Schnellrichterverfahrens gefährden. Allfällige Weisungen der leitenden Staatsanwaltschaft sollten anstelle einer Gesetzesänderung genügen. Im Übrigen muss es der fallführenden Staatsanwältin bzw. dem fallführenden Staatsanwalt anheimgestellt sein, ob eine Einvernahme der beschuldigten Person als sinnvoll und notwendig erachtet wird oder nicht. Die vorgeschlagene Änderung führt zu unnötigem Mehraufwand.
28. Die Möglichkeit der Beurteilung von Zivilansprüchen im Strafbefehlsverfahren ist die wichtigste Verbesserung der Opferrechte im vorliegenden Vernehmlassungsentwurf. Damit die Bestimmung aber nicht mangels Bereitschaft der Staatsanwaltschaft toter Buchstabe bleibt, braucht es unbedingt eine verbindliche Vorschrift. Die in den Bst. a (Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich) und Bst. b (strittiger Betrag nicht über 30 000 Franken) vorgesehenen Voraussetzungen schränken den Anwendungsbereich bereits erheblich ein, so dass ohnehin nur einfache und ausreichend belegte Zivilforderungen beurteilt werden müssen.
29. Die Neuregelung der Einsprachefrist mit der teilweisen Verlängerung derselben auf 20 Tage wird abgelehnt. Es erscheint fragwürdig, die Einsprachefrist je nachdem, ob der Strafbefehl ausgehändigt oder zugesandt wird, zu differenzieren. Hinzu kommt, dass mit dem vorgeschlagenen System die Fristen in ein und demselben Fall gegebenenfalls variieren und insofern eine Ungleichbehandlung der Parteien resultiert, z.B. bei Aushändigung des Strafbefehls an die beschuldigte Person und bei Zustellung an die Privatklägerschaft.
30. Die geltende gesetzliche Regelung ist einfach, praktikabel und klar. Wer nach Erhebung einer Einsprache gegen einen Strafbefehl nicht kooperieren will, d.h. nicht zur Einvernahme oder zur Hauptverhandlung erscheint, muss damit rechnen, dass es beim Strafbefehl bleibt. Es besteht kein Anlass, diese gute Lösung über Bord zu werfen. Zumindest in Konstellationen, bei denen die Einsprache nicht begründet wurde, sollte die Rückzugsfiktion unbedingt bestehen bleiben.
31. Wenn schon in die Organisationskompetenz der Kantone eingegriffen und die Zuständigkeit der Verfahrensleitung für den Entscheid über Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige Rechtsmittel geregelt wird, müsste in gleicher Weise auch die Zuständigkeit für den Entscheid bei Rückzug des Rechtsmittels, Gegenstandslosigkeit, Nichtleistung des Kostenvorschusses und allfällige ähnliche Konstellationen geregelt werden.
32. Ein wichtiges Anliegen für die Strafverfolgungsbehörden ist die Thematik der Digitalisierung, die sich in der Protokollierung und in der Zustellung und Mitteilung von Dokumenten zeigt. In diesem Bereich ist eine Anpassung dringend gefordert. So sollte es in der nächsten Zukunft möglich sein, dass mittels digitaler Signatur rechtskräftig unterzeichnet werden kann. Mit der heute entwickelten Technik ist es möglich, eine starke Identifizierung mittels digitaler Signatur zu erwirken. Im Zeitalter der Digitalisierung und der anste-

henden Programme HIS Justitia 4.0 etc. müsste der Datendurchlauf elektronisch möglich gemacht werden. Dazu müssten aber zwingend die gesetzlichen Bestimmungen in der Strafprozessordnung geschaffen werden, die erlauben würden, dass in der Strafuntersuchung die digitale Signatur verwendet werden kann. Die Strafprozessordnung sollte sich dem Zeitgeist entsprechend weiterentwickeln. Gerade die Polizei könnte damit effizienter arbeiten. So könnten beispielsweise Einvernahmen mittels Tablet gemacht werden und von der einvernommenen Person mittels digitaler Signatur unterzeichnet werden. Eine erste Einvernahme könnte dadurch papierlos erfolgen.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Anträge.

Zug, 6. März 2018

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug



Manuela Weichelt-Picard
Frau Landammann



Tobias Moser
Landschreiber

Kopie per E-Mail an:

- Annemarie Gasser (annemarie.gasser@bj.admin.ch; als PDF- und Wordversion)
- Obergericht des Kantons Zug (felix.ulrich@zg.ch)
- Sicherheitsdirektion (info.sd@zg.ch)
- Zuger Polizei (info.polizei@zg.ch)
- Eidgenössische Parlamentarier des Kantons Zug
- Elisabeth Käppeli (elisabeth.kaeppli@zg.ch; zur Aufschaltung der Vernehmlassungsantwort im Internet)



Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

28. März 2018 (RRB Nr. 300/2018)

**Schweizerische Strafprozessordnung, Änderung
(Umsetzung der Motion 14.3383 der Kommission für Rechtsfragen
des Ständerates, Vernehmlassung)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 haben Sie uns den Vorentwurf für eine Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

I. Grundsätzliche Bemerkungen

1. Allgemeines

Die StPO hat sich in der Praxis grundsätzlich gut bewährt und zu einer Harmonisierung der Strafverfahren in den 26 Kantonen sowie dem Bund geführt. Sie trägt zu einer einfacheren und somit im Grundsatz effizienteren Strafverfolgung bei. Im Zentrum der vorliegenden Revision soll es deshalb darum gehen, die aus Sicht der Praxis als stossend und einer effizienten Wahrheitsfindung entgegenstehenden Bestimmungen anzupassen. Eine weitergehende oder umfassende Revision, im Sinne einer Totalrevision, wie vereinzelt gefordert wird, lehnen wir ab. Es geht darum, die in der Praxis wirklich störenden Vorschriften rasch anzupassen und praxistauglicher zu machen, was wir begrüssen.

Allerdings hätten wir erwartet, dass in die Arbeitsgruppe zur Beurteilung der Praxistauglichkeit der geltenden Fassung der StPO und zur Ausarbeitung des sogenannten Normkonzepts auch Vertretungen der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich als der Staatsanwaltschaft, die schweizweit am meisten Strafuntersuchungen durchführt, und der Kantonspolizei Zürich, welche die landesweit meisten Ermittlungen leistet, einbezogen worden wären. Es überrascht deshalb nicht, dass die Analyse des Ist-Zustands der Strafprozessgesetzgebung zu teilweise unzutreffenden Schlüssen geführt hat und die praktischen Bedürfnisse bei grossen Mengen eigentlicher Standardverfahren nicht berücksichtigt werden. Ergänzende Änderungsvorschläge aus staatsanwaltschaftlicher und polizeilicher Sicht knüpfen deshalb auch an diese Thematik an.

Die Strafverfolgung ist eine Kernaufgabe des Staates. Sie liegt gemäss der Bundesverfassung im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Kantone (Art. 123 Abs. 2 BV in Verbindung mit Art. 22 und 15 f. StPO). Mit deren Umsetzung gewährleisten die Kantone unter anderem die öffentliche Sicherheit (sogenannte Polizeihöhe im Rahmen der inneren Sicherheit; Art. 57 BV in Verbindung mit Art. 3 und 42 BV). Die Kantone tragen die hauptsächlichen finanziellen Lasten, die durch die Umsetzung der Aufgabe der Strafverfolgung entstehen, denn sie führen weit über 90% der Strafverfahren. Dieser Ausgangslage hat der Bundesgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Strafprozessordnung Rechnung zu tragen, indem er nicht nur rechtsstaatlich einwandfreie, sondern auch praktisch umsetzbare Lösungen vorschlägt. Zudem müssen bei allen Revisionen immer auch deren Ausführungskosten in den Kantonen im Auge behalten werden. Andernfalls besteht die Gefahr, einer Zweiklassenjustiz Vorschub zu leisten, bei der nicht mehr die Suche der materiellen Wahrheit und ein rechtsstaatliches Verfahren im Zentrum stehen, sondern die Frage, ob die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel ausreichen, einen Fall an die Hand zu nehmen. Ein überproportionaler Mehraufwand für die Untersuchung von qualifizierten und seriellen Tatvorwürfen führt dazu, dass Ermittlung und Untersuchung auf einfache, leicht beweisbare Einzelstraftaten mit geringer, in staatsanwaltschaftlicher Kompetenz ausfällbarer Sanktion beschränkt werden. Solche Auswirkungen dürften insbesondere die für das Strafbefehlsverfahren vorgeschlagenen Anpassungen haben. Die Abklärung der vollständigen materiellen Wahrheit wird dadurch aber ebenso untergraben, wie die Interessenwahrung der Geschädigten, die als Ziel einzelner Änderungsvorschläge angeführt wird. Im Endeffekt führen zahlreiche Vorschläge stattdessen zu einer faktischen Schonung von beschuldigten Personen und können nicht im Interesse der Gerechtigkeit und der Sicherheit der Bevölkerung liegen. Unter diesen Gesichtspunkten sind auch die vorgeschlagenen Anpassungen bezüglich der Stellung der Opfer im Strafverfahren zu betrachten, gerade weil die Interessen und Rechte des Opfers hoch zu gewichten sind. Grundsätzlich lehnen wir daher Änderungsvorschläge ab, die zu einem wesentlichen personellen und/oder finanziellen Mehraufwand und/oder negativen Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Strafverfolgung führen.

Auffallend ist, dass der vorgelegte Botschaftstext teilweise ein merkwürdiges Zerrbild der Strafverfolgungsbehörden zeichnet. Bürgerinnen und Bürger werden als wehrlose Objekte dargestellt, die einem übermächtigen Strafverfolgungsapparat gegenüberstehen. Diese Haltung teilen wir nicht. Institutionell ist es die Aufgabe der Staatsanwaltschaft, Straffälle unabhängig, objektiv und fair zu untersuchen (Art. 4 Abs. 1 StPO) und bei erfüllten Voraussetzungen Anklage beim zuständigen Gericht zu erheben und diese sodann zu vertreten.

2. Vorbemerkungen zu einzelnen Revisionspunkten

2.1 Positiv zu werten ist namentlich, dass versucht wurde, den Anliegen der Einschränkung der Teilnahmerechte von Mitbeschuldigten bei Beweiserhebungen (Art. 147 und 147a VE-StPO) Rechnung zu tragen und die Voraussetzungen für den Haftgrund der Wiederholungsgefahr zu präzisieren (Art. 221 Abs. 1 Bst. c VE-StPO). Beide Regelungen gehen jedoch zu wenig weit bzw. sind unvollständig, wie an entsprechender Stelle dargelegt wird.

2.2 Das Strafbefehlsverfahren stellt den zentralen Pfeiler einer effizienten schweizerischen Strafverfolgung dar, werden doch 97% der Fälle mit diesem Prozessinstrument abgeschlossen. Die heutige Lösung hat sich bewährt. Sie stellt ein effizientes, einfaches und rasches Mittel der Verfahrenserledigung im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität

dar. Es zeigt sich aus den Erfahrungen der Praxis zudem, dass die beschuldigte Person in der überwiegenden Mehrheit der Fälle ein grosses Interesse an einer raschen, unkomplizierten und kostengünstigen Erledigung der Strafuntersuchung hat. Mit dem einfach ausgestalteten Einspracheverfahren ist darüber hinaus auch eine Überprüfung des Entscheides durch ein unabhängiges Gericht möglich. Eine Änderung an der heutigen Ausgangslage führt zu erheblichen Mehrkosten für die Kantone ohne einen wesentlichen rechtsstaatlichen Zugewinn.

Dies gilt auch für Übertretungsstrafverfahren, die sich sinngemäss nach den Vorschriften über das Strafbefehlsverfahren richten (Art. 357 und 352 ff. StPO). Damit dieses Massengeschäft mit den vorhandenen personellen, finanziellen und zeitlichen Mitteln bewältigt werden kann und das Übertretungsstrafverfahren praktikabel ist, sollten etliche der nunmehr vorgeschlagenen Neuerungen für das Strafbefehlsverfahren, sofern daran festgehalten wird, obwohl wir diese Neuerung ablehnen, zumindest im Übertretungsstrafverfahren nicht zur Anwendung gelangen.

2.3 Zur umfassenden Gewährleistung des Grundsatzes der «doppelten Instanz» weisen wir darauf hin, dass sich daraus bezüglich erstinstanzlichen Anordnungen von oberen kantonalen Gerichten ganz erhebliche praktische und prozessuale Probleme ergeben, die bei der Erarbeitung der Vorlage zu wenig beachtet worden sind. Dies gilt, sofern die Meinung besteht, dass auch erstinstanzliche Entscheide oberer kantonalen Gerichte innerkantonale sollen angefochten werden können.

In Art. 20 StPO ist die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz geregelt. Mit Blick auf die vorgesehenen Regelungen ist dies unvollständig. Die Revisionsvorlage führt aufgrund der Umsetzung des Grundsatzes der «doppelten Instanz» in einzelnen Punkten dazu, dass eine Beschwerde wegen Vorbefassung nicht von der Beschwerdeinstanz beurteilt werden kann. So erscheint es z. B. ausgeschlossen, dass über Entscheide der Berufungsinstanz betreffend Ausstand von Richterinnen und Richtern der Beschwerdeinstanz (Art. 59 Abs. 1 Bst. c VE-StPO) die Beschwerdeinstanz zweitinstanzlich entscheiden kann. Gleiches gilt für erstinstanzliche Haftentscheide der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz (vgl. Art. 231 Abs. 2, 232 Abs. 2 und 440 Abs. 2 Bst. c VE-StPO). Art. 20 StPO müsste im Falle einer Beibehaltung der neu vorgesehenen Beschwerdemöglichkeiten deshalb dahingehend ergänzt werden, dass die Kantone hinsichtlich solcher Konstellationen ein Gericht zu bezeichnen haben, das solche Beschwerden behandelt. Damit bestünde eine gesetzliche Grundlage für eine entsprechende Regelung der Kantone, die zurzeit nicht gegeben scheint.

3. Gliederung der Vernehmlassung

Die nachfolgenden Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen der Vorlage (Ziff. II) gliedern sich nicht nach deren Bedeutung, sondern nach der Reihenfolge. In Ziff. III werden ergänzende Änderungsvorschläge in Bereichen gemacht, die nicht im Vorentwurf enthalten sind.

II. Zu den einzelnen Bestimmungen der Vernehmlassungsvorlage

1. Strafprozessordnung

Art. 19 Abs. 2 Bst. b und 82 Abs. 1 Bst. b VE-StPO (Zuständigkeit erstinstanzliches Gericht und Einschränkungen der Begründungspflicht)

Dass nicht mehr zwischen Art. 59 Abs. 2 und Abs. 3 StGB differenziert wird, begrüssen wir. So hat bereits das Bundesgericht entschieden, dass die Massnahme nach Art. 59 Abs. 3 StGB keine Massnahme sui generis ist, sondern vielmehr eine Folge des in den Kompetenzbereich der Vollzugsbehörden fallenden Entscheides darstellt, wo eine Massnahme nach Art. 59 Abs. 1 StGB in Berücksichtigung der konkreten Flucht- und Rückfallgefahr zu vollziehen ist.

Art. 20 StPO (Beschwerdeinstanz)

In Art. 20 Abs. 1 Bst. c StPO wurde offensichtlich vergessen, den Passus «in den in diesem Gesetz vorgesehenen Fällen» – analog zu Art. 393 Abs. 1 Bst. c VE-StPO – zu streichen. Vgl. auch die Ausführungen unter Ziff. I, 2.3.

Art. 55a VE-StPO (Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts in der internationalen Rechtshilfe)

Dieser Vorschlag wird abgelehnt. Die Verfahren werden damit unnötig verkompliziert und verlängert.

Durch den im Entwurf vorgesehenen neuen Art. 55a StPO werden für Verfahren, in denen Rechtshilfeersuchen an das Ausland gestellt werden müssen, unnötige neue Kompetenzen für die Zwangsmassnahmengerichte geschaffen. Einer der Grundsätze der Rechtshilfe besteht darin, dass mit einem Rechtshilfeersuchen im Ausland nur Massnahmen beantragt werden können, deren Vollzug auch nach der eigenen Rechtsordnung des ersuchenden Staates zulässig sind. Das bedeutet, dass der ersuchende Staat gegenüber dem Ausland nachzuweisen hat, dass die auf dem Weg der Rechtshilfe beantragte Massnahme im ersuchenden Staat von der örtlich und sachlich zuständigen Behörde bewilligt und angeordnet würde. Ersucht beispielsweise eine Schweizer Staatsanwaltschaft im Ausland um Anordnung einer geheimen Überwachung des Telefonverkehrs, hat sie nachzuweisen, dass sie berechtigt wäre, die Überwachung anzuordnen und dass das zuständige Zwangsmassnahmengericht die Massnahme genehmigen würde, würde die Überwachung in der Schweiz stattfinden. Aufgrund des Territorialitätsprinzips hat ein solcher Beschluss des Zwangsmassnahmengerichts jedoch lediglich eine *deklaratorische* Wirkung. Er dient dem theoretischen Nachweis, dass die Massnahme nach der Schweizerischen Strafprozessordnung in der Schweiz zulässig ist und unter den gegebenen Voraussetzungen auch angeordnet würde. Die Schaffung neuer Kompetenzen der Zwangsmassnahmengerichte ist nicht notwendig, allenfalls, im Sinne eines Eventualantrages, käme höchstens eine Präzisierung dahingehend infrage, dass die Zwangsmassnahmengerichte im internationalen Verkehr im Rahmen der bisherigen Kompetenzen solche deklaratorischen Beschlüsse erlassen sollen.

Der Forderung ausländischer Staaten, bestimmte Zwangsmassnahmen nur gestützt auf richterliche Beschlüsse des ersuchenden Staates zu vollziehen, sollte nicht mit einer Anpassung der eigenen Strafprozessordnung begegnet werden, sondern mit der konsequenten Anwendung des Gegenrechtsprinzips. Das heisst, es wären nur Rechtshilfeersuchen eines Staates zu vollziehen, der gleiche Vollzugsmassnahmen gestützt auf Ersuchen aus der Schweiz ebenfalls gewährt und vornimmt.

Wird, wie beantragt, Art. 55a VE-StPO nicht umgesetzt, wird auch die neue Bestimmung von Art. 30 Abs. 5 des Rechtshilfegesetzes (IRSG, SR 351.1) hinfällig.

Art. 59 Abs. 1 VE-StPO (Entscheid über Ausstandsgesuch)

Gemäss dem Erläuternden Bericht soll mit dieser Bestimmung vermieden werden, dass gegen Ausstandsentscheide kein Rechtsmittel der StPO zulässig ist (S. 17). Revisionstext und Erläuternder Bericht schweigen sich aber darüber aus, welche Instanz das Rechtsmittel (wohl die Beschwerde) zu beurteilen hätte. Im Anwendungsbereich von Bst. a (Entscheide der Staatsanwaltschaft betreffend Polizei) wäre die Behandlung der Beschwerde durch die Beschwerdeinstanz unproblematisch. Bei Bst. b ist indessen bereits erstinstanzlich die Beschwerdeinstanz zuständig und bei Bst. c geht es unter anderem um den Ausstand der Beschwerdeinstanz selbst. In den Fällen von Bst. b und c kann die Beschwerdeinstanz somit nicht Rechtsmittelinstanz sein. Konzeptionell ist unklar, wie diese Problematik gelöst werden soll. Hier müsste der Gesetzgeber eine klare Lösung aufzeigen. Der Vorentwurf verwischt die bisher klare Aufgabenteilung zwischen Berufungs- und Beschwerdeinstanz. Die sich neu stellenden Fragen sind daher nicht rein organisatorischer Art. Gerade weil der Vorentwurf aber auch die Thematik der Vorbefassung aufgreift, erachten wir es als problematisch, wenn durch die Umsetzung des Grundsatzes der «doppelten Instanz» neue Problemfelder betreffend Vorbefassung geschaffen werden, die im Widerspruch zur ursprünglichen Aufgabenteilung zwischen Berufungs- und Beschwerdeinstanz stehen.

Art. 78 und 78a VE-StPO (Ausweitung der Aufzeichnung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln)

Die Verpflichtung zur laufenden Protokollierung während der aufgezeichneten Einvernahme in der Hauptverhandlung soll aufgehoben werden. Wird eine Einvernahme aufgezeichnet, so *kann* ein Protokoll auch nachträglich erstellt werden. Dieses hat – wie bisher – bloss sinngemäss zu erfolgen; eine wörtliche Transkription der Aufzeichnung ist also nicht gefordert. Diese Regelung soll neu auch im Vorverfahren gelten. Dies begrüssen wir grundsätzlich. Wir beantragen jedoch, dass bei Einvernahmen des Opfers im Untersuchungsverfahren weiterhin laufend protokolliert wird, selbst wenn die Einvernahme aufgezeichnet wird. Das sinngemässe Protokoll ist anschliessend dem Opfer zur Unterschrift vorzulegen.

Die Befragungen der Opfer im Untersuchungsverfahren sind bei Vier-Augen-Delikten von grosser Bedeutung für das weitere Strafverfahren. Ein sinngemässes Protokoll ohne Vorlage und Unterzeichnung durch das einvernommene Opfer legt das Gewicht unverhältnismässig auf die Interpretation durch die Person, welche die Einvernahme nachträglich protokolliert. Es besteht die Gefahr, dass Aussagen falsch verstanden und wiedergegeben werden, was nicht umgehend korrigiert werden kann. So ist es beispielsweise wichtig, zu wissen, wie Aussagen von traumatisierten Personen im Rahmen der Glaubwürdigkeits- und Glaubhaftigkeitsprüfung von Untersuchungs- und Gerichtsbehörden angemessen zu würdigen sind.

Art. 88 Abs. 4 VE-StPO (Öffentliche Bekanntmachung für nicht zustellbare Entscheide)

Die vorgeschlagene Änderung wird für das Übertretungsstrafverfahren abgelehnt. Nach geltendem Recht gilt ein Strafbefehl, der aus bestimmten Gründen nicht zugestellt werden kann, auch ohne Veröffentlichung als zugestellt. Eine Pflicht zur Publikation besteht nicht. Dies soll künftig nur noch für Einstellungen gelten, nicht aber für Strafbefehle. Gemäss dem Erläuternden Bericht kann die heutige Regelung aufgrund der Höhe der Strafe (Strafbefehl mit mehrmonatiger Freiheitsstrafe) problematisch sein. Übertretungen werden mit Busse bestraft (Art. 103 StGB). Die im Erläuternden Bericht zur neu vorgesehenen Pflicht zur Veröffentlichung im Amtsblatt beschriebene Problematik stellt sich bei den Übertretungsbussen nicht. Entsprechend muss für Strafbefehle im Übertretungsstrafverfahren der bisherige Wortlaut von Art. 88 Abs. 4 StPO weiterhin gelten.

Art. 117 Abs. 1 Bst. g VE-StPO (Rechte des Opfers)

Die Änderung wird begrüsst. Das Opfer soll jedoch auch im Strafbefehlsverfahren das Recht haben, zu verlangen, dass ihm das Entscheiddispositiv und jene Teile der Begründung unentgeltlich zugestellt werden, in denen die zum Nachteil des Opfers begangenen Straftaten behandelt werden.

Art. 123 Abs. 2 VE-StPO (Zeitpunkt der Bezifferung und Begründung der Zivilforderung)

Nach geltendem Recht kann eine Zivilklage auch erst im Parteivortrag begründet und beziffert werden. Die Vorverlegung der Begründung und Bezifferung der Zivilklage auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Untersuchung vermag den berechtigten Interessen der Gerichte und der Verteidigung (als beklagter Partei) gerecht zu werden, ohne der Privaklägerschaft unerfüllbare Pflichten aufzuerlegen. Die Stossrichtung der Bestimmung ist daher insofern zu begrüssen, als es damit zu mehr adhäsionsweisen Beurteilungen von Zivilforderungen kommen kann. Problematisch ist jedoch, dass der Privaklägerschaft dadurch weniger Zeit bleibt, um die Zivilansprüche zu begründen und beziffern.

Wir schlagen deshalb vor, dass das Opfer die Zivilforderung bis zum Abschluss der Untersuchung nur soweit als möglich zu begründen und zu beziffern hat, ohne dass dies bereits abschliessend geschehen muss. Kommt es zu einer Anklage, handelt es sich in der Regel um schwerere Delikte, die auch schwerwiegendere Folgen für das Opfer haben. Oft ist zu diesem Zeitpunkt der Endzustand der Heilung noch nicht erreicht und die Schadenssumme steht erst nach Abschluss des Vorverfahrens fest. Das Opfer soll in diesen Fällen die Gelegenheit haben, die Forderungen ergänzend zu beziffern und zu substantizieren.

Art. 126 Abs. 2 VE-StPO (Verweis der Zivilklage auf den Zivilweg, wenn im Strafbefehlsverfahren nicht darüber entschieden werden kann)

Vgl. die Bemerkungen zu Art. 353 Abs. 2 VE-StPO unter Ziff. II.

In dieser Bestimmung ist ferner die Sprachlogik unklar bzw. nicht korrekt. Der Satzteil müsste vielmehr heissen: «darüber nicht im Strafbefehlsverfahren nicht entschieden werden kann». Andernfalls müssten Zivilklagen im gerichtlichen Verfahren stets auf den Zivilweg verwiesen werden.

Art. 130 Bst. d VE-StPO (Notwendige Verteidigung vor dem Zwangsmassnahmengericht)

Die für Art. 130 Bst. d VE-StPO geplante Ergänzung, dass die beschuldigte Person notwendig verteidigt sein muss, wenn die Staatsanwaltschaft persönlich vor dem Zwangsmassnahmengericht auftritt, muss konsequenterweise auch in Art. 24 Bst. e JStPO eingefügt werden. Im Jugendstrafverfahren dürften solche Fälle selten vorkommen.

Art. 131 Abs. 2 und 3 VE-StPO (Sicherstellung der notwendigen Verteidigung)

Der geltende Abs. 2 verlangt die Sicherstellung der notwendigen Verteidigung «nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung». Diese Formulierung ist in der Tat nicht eindeutig. Ist mit Eröffnung die formelle oder die materielle Eröffnung gemeint? Es besteht Bedarf an gesetzgeberischer Klärung. Es beruht jedoch auf einem Irrtum, wenn im Erläuternden Bericht auf S. 21 ausgeführt wird, vor Eröffnung einer Untersuchung gebe es gar keine staatsanwaltliche Einvernahme. Eine zulässige Einvernahme vor formeller Eröffnung einer Untersuchung kann der Staatsanwaltschaft dazu dienen, sich selbst ein Bild von der beschuldigten Person sowie von der Sach- und Rechtslage zu machen und zu beurteilen, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. Dementsprechend soll lediglich der Einschub «..., jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung, ...» im heutigen Abs. 2 weggelassen werden.

Abgelehnt wird ferner die vorgeschlagene Änderung von Abs. 3. Die im Erläuternden Bericht angeführte Begründung für die Verschärfung der Folgen für die Verwertbarkeit von Beweisen, die bei nicht rechtzeitiger Bestellung der notwendigen Verteidigung erhoben wurden, überzeugt nicht. Geht es um die Aufklärung von schweren Straftaten, soll die Verwertbarkeit nicht vom Verzicht der beschuldigten Person auf Wiederholung der Beweiserhebung abhängig werden und sollen Täterinnen oder Täter von schweren Straftaten nicht von einem Versehen der Strafverfolgungsbehörden profitieren können.

Art. 133 VE-StPO (Bestellung der amtlichen Verteidigung)

Für das *Untersuchungsstadium* wenden wir uns nicht gegen die Abtrennung der Auswahl der amtlichen Verteidigung von der Verfahrensleitung und Übertragung dieser Aufgabe an eine von Letzterer unabhängige Stelle. Diese Aufgabe soll aber nur einer staatlichen Behörde übertragen werden können; die Übertragung an Private ist abzulehnen. Diese Trennung ist im Kanton Zürich bereits umgesetzt. Allerdings erscheint es inkonsequent und verursacht es zusätzlichen Aufwand und Abstimmungsschwierigkeiten, wenn die weiteren Geschäfte im Zusammenhang mit amtlichen Mandaten (Einsetzung, Wechsel usw.) nicht auch dieser unabhängigen Stelle, sondern der Verfahrensleitung übertragen werden. Dementsprechend ist auf Abs. 3 zu verzichten.

In höchstem Masse ungeeignet erweist sich die Bestimmung für das *gerichtliche Verfahren*. Hier ist die Konstellation eine andere als im Untersuchungsverfahren. Die Verfahrensleitung des Gerichts und die beschuldigte Person stehen sich nicht als Parteien gegenüber. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern es problematisch sein soll, wenn die Verfahrensleitung des in der Sache urteilenden Gerichts weiterhin für Auswahl, Bestellung und Wechsel der amtlichen Verteidigung zuständig bleibt. Dies gilt insbesondere, weil der beschuldigten Person ein Vorschlagsrecht zukommt. Die Schaffung einer neuen Zuständigkeit für die Auswahl der Verteidigung im gerichtlichen Verfahren führt lediglich zu zusätzlichen Kosten und ineffizienten Abläufen, ohne dass dadurch ein Mehrwert entstehen würde. Sodann wäre es auch kaum mit den Grundsätzen der richterlichen Unabhängigkeit vereinbar, wenn die Gerichte diesbezüglich die Anordnungen einer aussenstehenden Stelle umzusetzen hätten. Im gerichtlichen Verfahren soll daher weiterhin die Verfahrensleitung für Auswahl, Bestellung und Wechsel der amtlichen Verteidigung zuständig bleiben.

Art. 135 Abs. 1, 3 und 4 VE-StPO (Entschädigung der amtlichen Verteidigung)

Strikt abgelehnt wird die vorgeschlagene Änderung von Abs. 1, wonach die amtliche Verteidigung im Falle des Abschlusses des Strafverfahrens durch Freispruch oder Verfahrenseinstellung ein anderes, d. h. ein höheres Honorar erhalten soll, als wenn das Strafverfahren mit einem Schuldspruch endet. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Höhe der Entschädigung der amtlichen Verteidigung vom Ausgang des Strafprozesses abhängig werden soll. Eine solche Regelung führt zu einer Ungleichbehandlung unter den amtlichen Verteidigerinnen und Verteidigern und setzt darüber hinaus finanzielle Anreize, ein bestimmtes Mandat nicht anzunehmen, ein verurteilendes Erkenntnis anzufechten oder kooperatives Verhalten beschuldigter Personen in Strafuntersuchung und Hauptverfahren zu unterbinden. Hier sollten einzig eine sachliche Betrachtungsweise und die Wünsche der beschuldigten Person massgeblich sein und nicht die persönlichen finanziellen Interessen der amtlichen Verteidigung. Die amtliche Verteidigung trägt in jedem Falle und bei jedem Verfahrensausgang anders als eine erbetene Verteidigung kein Inkassorisiko. Bei der Einstellung nur eines Teils der Strafuntersuchung oder bei Teilfreisprüchen ergeben sich zudem erhebliche praktische Probleme. Es dürfte in den seltensten Fällen möglich sein, den genauen, auf den eingestellten Teil oder den Teilfreispruch entfallenden Aufwand der Verteidigung zu ermitteln und die Entschädigung entsprechend korrekt und nachvollziehbar festzulegen.

Alsdann beantragen wir eine Anpassung von Abs. 4. Die beschuldigte Person, die zur Tragung der Verfahrenskosten verurteilt wird, soll grundsätzlich verpflichtet sein, dem Bund oder dem Kanton die Entschädigung der amtlichen Verteidigung zurückzuzahlen. Falls sie im Einzelfall geltend macht, zur Rückzahlung aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage zu sein, ist sie dafür beweispflichtig zu erklären.

Art. 136 Abs. 1^{bis} VE-StPO (Unentgeltliche Rechtspflege für Opfer zur Durchsetzung der Strafklage)

Wir begrüssen, dass die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege auch für Opfer vorgesehen wird, die sich nur als Strafkläger am Strafverfahren beteiligen. Damit die Bestimmung aber überhaupt Anwendung findet, sollten in der Praxis keine unrealistisch strengen Anforderungen an die Voraussetzung einer Notwendigkeit gestellt werden. Heute wird regelmässig die Notwendigkeit einer anwaltlichen Unterstützung für Opfer verneint. Gerade in Fällen, die eingestellt werden, gilt es, eine Waffengleichheit (im Vergleich zur Täterschaft) herzustellen. Häufig kann ein Opfer nämlich mangels Rechtskenntnissen seine Rechte (z. B. Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen) nicht wahrnehmen. Gerade Opfer von häuslicher und sexueller Gewalt sind zudem oft verängstigt und eingeschüchtert, wenn sie der amtlich verteidigten beschuldigten Person ohne anwaltliche Unterstützung gegenüber treten müssen. Dies kann zu einer sekundären Viktimisierung und dazu führen, dass Aussagen nicht oder nur abschwächend gemacht werden, was letztlich der Suche nach der materiellen Wahrheit nicht dient. Auf dieses Problem sollte in den Materialien ausdrücklich hingewiesen werden.

Da dem Opfer die unentgeltliche Rechtspflege nur gewährt wird, wenn dies zur Durchsetzung der Strafklage notwendig ist (Art. 136 Abs. 1^{bis} VE-StPO) bzw. ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nur bestellt wird, wenn dies zur Wahrung seiner Rechte nötig ist (Art. 136 Abs. 2 Bst. c StPO), ist davon auszugehen, dass bei eigentlichen Bagatelldelikten ein sol-

cher Anspruch nicht besteht. Mit dem Erläuternden Bericht gehen wir ferner davon aus, dass auch dem Opfer, das sich als Privatkläger im Strafpunkt konstituiert, nur bei Bedürftigkeit die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird (S. 25). Dies ergibt sich jedoch nicht klar aus dem Gesetzestext.

Art. 147 Abs. 3 und 3^{bis} und Art. 147a VE-StPO (Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen)

2012 hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 146 StPO lediglich die Einvernahme-modalitäten bei mehreren zu befragenden Personen betreffe, jedoch nicht die in Art. 147 und 148 StPO geregelten Teilnahmerechte der Parteien. Gemäss Bundesgericht steht den Parteien gestützt auf den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit prinzipiell das Recht zu, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Diese neue Rechtsprechung erschwert nicht nur die Ermittlung der materiellen Wahrheit, sie stellt die Strafverfolgungsbehörden in Verfahren mit mehreren Beschuldigten auch vor grosse praktische Probleme. Art. 6 Abs. 3 EMRK verlangt lediglich, dass eine beschuldigte Person einmal im Verfahren das Recht haben muss, mit sie belastende Aussagen machenden Personen konfrontiert zu werden. Das einmalige Recht zur Konfrontation, wie es in der früheren zürcherischen Strafprozessordnung vorgeschrieben war, erfüllt die konventionsrechtlichen Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren auch heute, und es besteht kein Anlass, über diese Anforderungen hinauszugehen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, die 2012 zur Ausweitung der Teilnahmerechte führte, hat Bund und Kantone zudem unnötigen administrativen und finanziellen Aufwand beschert. Im Hauptstandpunkt sind wir deshalb der Überzeugung, dass die Teilnahmerechte in diesem Sinne grundsätzlich zu überarbeiten sind. Erfolgt eine grundsätzliche Überarbeitung von Art. 147 Abs. 1 StPO, erübrigen sich auch die Änderung von Abs. 3 und die Einfügung des neuen Abs. 3^{bis}. Gleichzeitig wird dadurch der nachstehend Art. 147a VE-StPO überflüssig.

Wird diesem Hauptstandpunkt nicht gefolgt und auf eine entsprechende Überarbeitung von Art. 147 Abs. 1 StPO verzichtet, sind wenigstens die negativen Auswirkungen von Art. 147 Abs. 1 StPO auf die Möglichkeiten zur Ermittlung der materiellen Wahrheit wirksam zu lindern. Der Vorentwurf erfüllt das Kriterium der Wirksamkeit in keiner Weise. Denn die Möglichkeit, die beschuldigte Person von der Teilnahme an einer Einvernahme auszuschliessen, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen der einvernommenen Person anpassen würde, verankert einzig die schon heute geltende Gerichtspraxis im Gesetz und vermöchte die Erschwernisse für die Strafverfolgungsbehörden bei der Ermittlung der materiellen Wahrheit höchstens unwesentlich zu korrigieren. Vorzuziehen wäre im Sinne eines Eventualstandpunktes die Harmonisierung von Art. 147 Abs. 1 mit Art. 101 Abs. 1 StPO. Dies würde bedeuten, dass das Teilnahmerecht der beschuldigten Person so lange nicht gewährt werden müsste, bis neben einer ersten Einvernahme auch die «Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise» – wozu auch Einvernahmen von Mitbeschuldigten gehören können – erfolgt ist.

Widersprüchlich ist sodann Art. 147a Abs. 3 VE-StPO, wonach beim Ausschluss der beschuldigten Person von der Einvernahme einer mitbeschuldigten Person (Mittäterinnen und Mittäter oder Teilnehmerinnen und Teilnehmer) diese Einvernahme zwingend aufgezeichnet werden müsste, sofern die von der Einvernahme ausgeschlossene Person nicht auf die Aufzeichnung verzichtet. In den Ausführungen zu Art. 78 und 78a VE-StPO auf S. 18 des Erläuternden Berichts wird versichert: «Zu beachten ist jedoch, dass ... keine Pflicht

zur technischen Aufzeichnung eingeführt wird. Ein Obligatorium dürfte ... vor allem bei den Kantonen zu Mehraufwand führen ...» Nur wenige Seiten weiter wird festgehalten, «als Kompensation» für den Ausschluss müsse eine Einvernahme der mitbeschuldigten Person bei Ausschluss der beschuldigten Person in Bild und Ton aufgezeichnet werden, sofern die ausgeschlossene Person nicht darauf verzichtet (Erläuternder Bericht, S. 27). Die Regelung von Abs. 3 erscheint zudem inkonsequent und willkürlich. Mit der gleichen Begründung nämlich, man müsse wissen, auf welche Art und Weise die Aussagen zustande gekommen seien, müsste die Aufzeichnungspflicht für sämtliche Einvernahmen eingeführt werden. Die Regelung setzt zudem voraus, dass sämtliche Beschuldigten im Verfahren erstens bekannt und zweitens erreichbar sind, um eine Erklärung über Verzicht oder Nichtverzicht auf die Aufzeichnung abzugeben. Diese Annahme ist praxisfremd. Die Umsetzung von Abs. 3 würde ferner Bund und Kantonen erheblichen zusätzlichen logistischen und finanziellen Aufwand verursachen.

Art. 170 Abs. 2 VE-StPO (Zeugnisverweigerung aufgrund eines Amtsgeheimnisses)

Die Klarstellung, dass Amtsgeheimnisträgerinnen und -träger dann keine Ermächtigung der vorgesetzten Behörde benötigen, wenn sie der Anzeigepflicht unterliegen, ist zu begrüssen. Beim Vorliegen einer Anzeigepflicht erscheint es tatsächlich problematisch, wenn die vorgesetzte Behörde die Entbindung verweigern und damit die Anzeigeerstattung der zur Anzeige verpflichteten Person verhindern könnte.

Art. 221 Abs. 1 Bst. c VE-StPO (Haftgrund der Wiederholungsgefahr)

Heute lässt das Bundesgericht Haft wegen Wiederholungsgefahr ausnahmsweise auch ohne frühere gleichartige Straftaten zu mit der Begründung, nur so lasse sich der ernsthaften und konkreten Gefahr eines schweren Verbrechens begegnen. Werden die Risiken als untragbar hoch eingestuft, kann das Vortatenerfordernis ausnahmsweise sogar ganz wegfallen. Der Vorentwurf will das Rad der Zeit zurückdrehen und die Rechtsprechung des Bundesgerichts (etwa in BGE 137 IV 13, E. 3 f.) korrigieren, indem gemäss S. 29 des Erläuternden Berichts inskünftig in jedem Falle verlangt werden soll, dass die beschuldigte Person bereits früher ein Verbrechen oder schweres Vergehen begangen und dadurch die Sicherheit anderer gefährdet hat. Der von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte praktische Anwendungsbereich dieses der Verhütung von Straftaten dienenden Haftgrundes hat sich demgegenüber bewährt.

Fazit: Die vorgeschlagene Formulierung von Art. 221 Abs. 1 Bst. c VE-StPO ist im zweiten Nebensatz wie folgt zu ergänzen: «... nachdem sie bereits früher eine solche Straftat verübt hat oder wenn bei ihr aus anderen Gründen untragbare Risiken vorliegen.» Die mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bisher gefüllte Gesetzeslücke wird mit der vorgeschlagenen Formulierung keineswegs geschlossen. Entgegen dem Erläuternden Bericht deckt der Haftgrund der Ausführungsgefahr nicht alle Fälle ab, bei denen bei Ersttäterinnen und -tätern eine Gefährdung der Sicherheit anderer zu befürchten ist. Nicht gedeckt sind die Fälle, in denen keine Drohung seitens der Ersttäterin oder des Ersttäters vorliegt oder in denen mit nicht schweren Verbrechen oder «bloss» mit schweren Vergehen gedroht wird. Schliesslich ist anzumerken, dass das Bundesgericht nach neuerer Rechtsprechung der Staatsanwaltschaft zunehmend Verantwortung auch bei der Verhinderung von schweren Gewaltstraftaten überträgt. Um dieser Verantwortung genügen zu können, benötigt die Staatsanwaltschaft das dafür erforderliche prozessuale Instrumentarium.

Beim Haftgrund der Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO), wo das Gesetz schon vom Wortlaut her keine bereits begangene Tat verlangt, lässt das Bundesgericht sodann eine konkludente Drohung genügen (BGE 137 IV 339, E. 2.4; immerhin muss aber tatsächlich ein Verbrechen angedroht sein: BGE 137 IV 122, E. 5.3). Bei einer zu befürchtenden vorsätzlichen Tötung dürfe – so das Bundesgericht – an die Annahme der Ausführungsgefahr kein allzu strenger Massstab angelegt werden; anders zu entscheiden, hiesse, das potenzielle Opfer einem nicht verantwortbaren Risiko auszusetzen (Urteil des Bundesgerichts 1B_440/2011 vom 23. September 2011, E. 2.2). Mit Blick auf diese Rechtsprechung soll daher in Art. 221 Abs. 2 StPO ausdrücklich erwähnt werden, dass der Haftgrund der Ausführungsgefahr neben ausdrücklichen auch stillschweigende Drohungen mit schweren Verbrechen umfasst.

Art. 228a VE-StPO (Beschwerde der Staatsanwaltschaft und Verfahren)

Wir begrüssen, das von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorgegebene Verfahren in das Gesetz zu überführen (Art. 228a Abs. 1–3 VE-StPO). Im Gegensatz zur vom Bundesgericht vorgegebenen Praxis stellen Art. 228a Abs. 1 letzter Satz VE-StPO, wonach die beschuldigte Person von Gesetzes wegen bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens in Haft verbleibt, sowie die Verweisung von Abs. 4 auf Art. 225 und 226 Abs. 1–5 StPO, wonach die Beschwerdeinstanz wohl unverzüglich eine mündliche Verhandlung anzuordnen und innert 48 Stunden nach Beschwerdeeingang zu entscheiden hat, jedoch Neuerungen dar.

Auch wenn die neue Regelung in Abs. 1 letzter Satz auf den ersten Blick als verfahrensmässige Erleichterung erscheint, indem die vorsorgliche Anordnung der Haft für die Dauer des Verfahrens wegfällt, ist das vorgeschlagene Verfahren insgesamt für eine Rechtsmittelinstanz in zeitlicher Hinsicht nicht praktikabel. Dies gilt insbesondere, wenn die Beschwerdeinstanz wie im Kanton Zürich ein Dreiergericht ist. Der Bundesgesetzgeber hat den Kantonen die Möglichkeit gegeben, die Beschwerdeinstanz als Kollegialbehörde auszugestalten. Davon hat der Kanton Zürich Gebrauch gemacht. Unter grossem Zeitdruck innert 48 Stunden als Kollegialbehörde zu entscheiden, wird einer Haftsache jedoch nicht gerecht. Kommt hinzu, dass bei Beschwerden im Rahmen von Verlängerung von Haft bereits grosse Aktenmengen (z. B. Wirtschaftskriminalität) oder Gutachten (z. B. Tötungsdelikte) vorliegen können. Schränkt die Beschwerdeinstanz aufgrund des Zeitdrucks ihre Überprüfungsbefugnis ein, käme dies einer Gehörsverweigerung gleich. Insgesamt wäre wohl mit mehr Beschwerden beim Bundesgericht zu rechnen. Neben diesen Überlegungen fallen aber auch organisatorische und logistische Argumente ins Gewicht. Eine Beschwerdeinstanz ist nicht auf ein solches Verfahren ausgelegt. Das Beschwerdeverfahren ist denn auch gemäss Art. 397 Abs. 1 StPO grundsätzlich schriftlich. Es müsste ein ressourcenintensiver Betrieb, vergleichbar mit einem erstinstanzlichen Zwangsmassnahmengericht, eingerichtet werden. Ein Wochenend- und Feiertagspikett, um innert 48 Stunden in Dreierbesetzung entscheiden zu können, wäre kaum realisierbar bzw. würde ganz erhebliche personelle und finanzielle Mittel erfordern.

Abgesehen von diesen Überlegungen überzeugt die genannte Verweisung auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht. Art. 225 f. StPO regeln das Verfahren betreffend Haftanordnung vor dem Zwangsmassnahmengericht, mithin das erstinstanzliche gerichtliche Haftanordnungsverfahren, weshalb die Normen für sich nicht (auch nicht sinngemäss) auf das Beschwerdeverfahren zugeschnitten sind. Hinzu kommt, dass eine Beschwerde der Staats-



anwaltschaft gegen alle Haftentscheide möglich ist, d. h. nicht nur gegen solche, mit denen eine Haftanordnung durch das Zwangsmassnahmengericht verweigert wird (so ausdrücklich der Erläuternde Bericht S. 31 oben). Im Kontext mit Haftverlängerungsanträgen und Haftentlassungsgesuchen sind jedoch nicht Art. 225 f. StPO anwendbar, sondern Art. 227 f. StPO. Bei Haftverlängerungs- und Haftentlassungsgesuchen stehen dem Zwangsmassnahmengericht mehrere Tage für die Entscheidungsfindung und -fällung zur Verfügung (Art. 227 Abs. 5 und 228 Abs. 4 StPO). Es ist nicht einzusehen, weshalb der Beschwerdeinstanz bei Anfechtung der Nichtverlängerung der Haft oder der Haftentlassung nur 48 Stunden zur Verfügung stehen sollten. Überdies wird bei Art. 231 StPO (Freispruch und Haftentlassung durch das erstinstanzliche Sachgericht) der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz eine Frist von fünf Tagen seit Antragstellung zum Entscheid über die Fortsetzung der Sicherheitshaft eingeräumt. Da eine Haftentlassung durch das Sachgericht vergleichbar mit der Nichtanordnung oder Nichtverlängerung der Haft oder der Freilassung durch das Zwangsmassnahmengericht ist, erscheint die 48-Stunden-Frist umso mehr nicht sachgerecht. Zufolge Verweisung (auch) auf Art. 225 StPO ist sodann unklar, ob die Beschwerdeinstanz von Gesetzes wegen eine Verhandlung im Sinne von Art. 225 Abs. 1 StPO durchführen müsste. Im Erläuternden Bericht ist jedenfalls die Pflicht zur Durchführung einer Verhandlung nicht ausdrücklich erwähnt. Eine solche Pflicht ist gesetzlich nicht zu verankern. Einerseits besteht bei der vergleichbaren Verfahrenssituation gemäss Art. 231 StPO keine solche Pflicht. Andererseits besteht aufgrund von Art. 390 Abs. 5 StPO die Möglichkeit der Durchführung einer Verhandlung, wenn die Beschwerdeinstanz in Einzelfällen eine Verhandlung als angezeigt erachtet.

Zusammenfassend ist die vorgeschlagene Lösung insgesamt nicht praxistauglich. Insbesondere für Beschwerdeverfahren betreffend Haftverlängerung und Haftentlassung, in denen ein rechtsgültiger Hafttitel vorliegt, wäre die Beibehaltung der bisherigen, auf der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beruhenden Praxis sachgerechter. Im Kanton Zürich entscheidet die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz innert weniger Stunden nach Eingang der begründeten Beschwerde superprovisorisch über die Anordnung von Haft. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs entscheidet die Beschwerdeinstanz regelmässig innert kurzer Frist über die Beschwerde. Dieses Vorgehen hat sich im Kanton Zürich als sinnvoll erwiesen und hat bisher noch zu keinen Beanstandungen geführt. Unseres Erachtens steht dieses Verfahren durchaus im Einklang mit Art. 5 Abs. 4 EMRK bzw. der Rechtsprechung des EGMR. Entsprechend regen wir an, am vom Bundesgericht skizzierten Verfahren festzuhalten: Die Formulierung im letzten Satz in Art. 228a Abs. 1 «bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens» ist zu ersetzen mit «bis zum Vorliegen eines superprovisorischen Entscheids der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz». Zudem ist die Verweisung in Art. 228a Abs. 4 VE-StPO auf Art. 225 und 226 Abs. 1–5 StPO wegzulassen. Stattdessen ist ein zweistufiges Verfahren (superprovisorischer Entscheid sowie Entscheid in der Sache) mit verkürzten Fristen zur Stellungnahme vorzusehen. Der Vorteil einer solchen Lösung liegt darin, dass innert weniger Stunden verfahrensleitend vorsorglich über die Haft entschieden wird und dennoch in der Regel innert weniger Tage ein fundierter und sorgfältig begründeter Entscheid in der Sache ergehen kann, ohne dass hierfür ein unverhältnismässig grosser und kostenintensiver Justizapparat aufgebaut werden muss.

Art. 231 Abs. 2 VE-StPO (Sicherheitshaft nach erstinstanzlichem Urteil)

Art. 231 Abs. 2 VE-StPO sieht vor, dass die Staatsanwaltschaft beim erstinstanzlichen Gericht bei Weiterbestehen eines Haftgrundes zuhanden des Berufungsgerichts den Antrag auf Fortsetzung von Sicherheitshaft stellen kann, wenn die beschuldigte Person freigesprochen wurde und die Staatsanwaltschaft das Urteil anzufechten beabsichtigt. Im Gesetz nicht geregelt ist die Variante, dass zwar kein Freispruch erfolgt, aber dem Antrag der Staatsanwaltschaft nur teilweise gefolgt wird.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts findet Art. 231 Abs. 2 VE-StPO auch auf die zweitgenannte Konstellation Anwendung. Der Gesetzestext ist entsprechend zu ergänzen.

Art. 232 f. VE-StPO (Sicherheitshaft während eines Verfahrens vor dem Berufungsgericht)

Obwohl das Bundesgericht die Personalunion von Haftrichter und Sachrichter nicht beanstandet, schlägt der Entwurf aus Unabhängigkeitsüberlegungen vor, dass die Sicherheitshaft während des Verfahrens vor der Berufungsinstanz nicht mehr von ihrer Verfahrensleitung, sondern innert 48 Stunden von der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz zu beurteilen ist. Auch über Haftentlassungen soll künftig die Beschwerdeinstanz entscheiden. Zugleich soll der Entscheid anfechtbar sein.

Diese Regelung schafft mehr Probleme, als sie löst. Zum einen ist es wenig praktikabel, von der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz, die den Fall und die mutmasslich umfangreichen Akten eines zweitinstanzlichen Verfahrens im Gegensatz zur Berufungsrichterin oder zum Berufungsrichter noch nicht kennt, innert 48 Stunden einen fundierten und seriös begründeten Haftentscheid zu erwarten. Zum anderen soll dieser Entscheid innerkantonale – mutmasslich mit Beschwerde gemäss StPO – angefochten werden können, obwohl er von der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz gefällt worden ist. Der Entwurf äussert sich nicht zum Rechtsmittel oder zur zuständigen Rechtsmittelinstanz. Es zeigt sich, dass der Wille nach einer ausnahmslosen Umsetzung des Grundsatzes der «doppelten Instanz» das grundlegende Konzept der StPO mit einer klaren Aufgabenteilung zwischen Berufungs- und Beschwerdeinstanz unter Beachtung des Beschleunigungsgebots im Strafverfahren letztlich untergräbt. Zudem werden neue Vorbefassungsproblematiken geschaffen. Es erscheint systemwidrig, bei der Beurteilung der Haft aus Unabhängigkeitsüberlegungen die Zuständigkeit von der Berufungs- zur Beschwerdeinstanz zu schieben und gleichzeitig den Grundsatz der «doppelten Instanz» durchsetzen zu wollen.

Der im Entwurf vorgeschlagene Ablauf ist wenig praktikabel und führt zu einer erheblichen Verkomplizierung und Verzögerung des Verfahrens. Das Berufungsgericht müsste die Bearbeitung des Verfahrens bei Eingang eines Haftentlassungsgesuchs jeweils unterbrechen und die Akten der Beschwerdeinstanz übermitteln. Durch jedes neue Haftentlassungsgesuch würde das Verfahren weiter verzögert.

Die Begründung im Erläuternden Bericht erscheint zudem lediglich für das erstinstanzliche Verfahren nachvollziehbar. Im Haftverfahren vor dem Berufungsgericht stellt sich die Situation anders dar, liegt in diesem Zeitpunkt doch bereits ein erstinstanzliches Urteil vor. Der dringende Tatverdacht ist in diesem Verfahrensstadium selten umstritten. Zu dessen Begründung wird regelmässig auf die erstinstanzliche Verurteilung der beschuldigten Person verwiesen. In den Haftverfahren vor Berufungsgericht geht es im Wesentlichen darum, das Vorliegen von Haftgründen sowie die Verhältnismässigkeit der Haft zu überprüfen. Dass die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts diese Prüfung vornimmt, erscheint unproblematisch, zumal lediglich ein Mitglied des Gerichts in das Haftverfahren involviert ist.

Es ist deshalb an der bisherigen Zuständigkeitsregelung festzuhalten, wonach die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts über Sicherheitshaft bzw. Haftentlassungen zu entscheiden hat.



Art. 236 Abs. 1 VE-StPO (Vorzeitiger Straf- und Massnahmenvollzug)

Mit der geplanten Ergänzung, dass der vorzeitige Vollzug voraussetzt, dass die Sanktion im ordentlichen Vollzugsregime vollzogen werden kann, kann der bekannten Problematik entgegengewirkt werden, dass der vorzeitige Antritt mit Auflagen verfügt wird, die im ordentlichen Vollzugsregime gar nicht durchführbar sind (z. B. Besuche nur mit Trennscheibe, umfassende Brief- und Telefonkontrolle). Diese Ergänzung erscheint daher sinnvoll. In diesem Sinne wäre dann auch der letzte Nachsatz im geltenden Art. 236 Abs. 4 StPO auszulegen, der sich wohl nur auf die Gewährung von Vollzugsöffnungen, nicht aber auf die interne Ausgestaltung des Regimes im vorzeitigen Vollzug beziehen kann. Praxisgemäss wird denn gestützt auf diese Bestimmung bereits heute die Verfahrensleitung nur noch im Zusammenhang mit Vollzugsöffnungen in die Entscheidungsfindung miteinbezogen.

Art. 248 VE-StPO (Siegelung)

Die vorgesehene Aufhebung der Monatsfrist für die Behandlung von Entsigelungsanträgen lehnen wir ab. Wenn man sich vor Augen führt, dass es sich bei Entsigelungsverfahren in aller Regel um Ergebnisse aus dem «ersten Angriff» handelt, so scheint es wichtig, am Beschleunigungsgebot und somit auch an kurzen Fristen für die befassten Gerichte festzuhalten. Die geltende, angemessene kurze Frist für den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts ist Ausdruck des in Zwangsmassnahmesachen besonders wichtigen Beschleunigungsgebots und Verhältnismässigkeitsprinzips.

Wir teilen aber die Auffassung der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren in ihrer Vernehmlassungsantwort vom 5. Februar 2018, dass das Siegelungsverfahren bei grossen Datenmengen inzwischen grosses Missbrauchspotenzial hat und deshalb einschränkend zu regeln ist. In der Praxis wird von den Betroffenen häufig die Siegelung grosser Mengen elektronischer Daten oder schriftlicher Unterlagen verlangt, obschon sich darin nichts oder nur sehr wenig befindet, das gemäss Art. 264 StPO nicht beschlagnahmt werden dürfte. Häufig machen die Betroffenen auch gar keinen Siegelungsgrund im engeren Sinn (Beschlagnahmeverbot) geltend, sondern bestreiten pauschal den Tatverdacht, die Beweisrelevanz der sichergestellten Unterlagen oder die Verhältnismässigkeit der Beschlagnahme. Die Zwangsmassnahmengerichte sind aufgrund ihrer technischen und personellen Mittel mit der Triage grosser Mengen elektronisch gesicherter Daten regelmässig überfordert. Aufgrund ihrer beschränkten Aktenkenntnis sind sie bei komplexen Sachverhalten (z. B. Wirtschaftsdelikten) zudem auch nicht in der Lage, die Beweisrelevanz sichergestellter Unterlagen rasch und zuverlässig zu beurteilen. Bis ein endgültiger Entsigelungsentscheid vorliegt, dauert es deshalb in der Praxis oft viele Monate. Während dieser Zeit stehen die gesiegelten Unterlagen der Staatsanwaltschaft für die weiteren Ermittlungen nicht zur Verfügung. Das Instrument der Siegelung kann so missbraucht werden, um die Auffindung deliktisch erlangter Vermögenswerte oder die Sicherstellung flüchtiger elektronischer Daten (Webmail, IP-Adressen usw.) zu vereiteln. Die Möglichkeiten der Siegelung sind deshalb gegenüber der heutigen Regelung deutlich einzuschränken. Eine Siegelung sollte nur noch dann möglich sein, wenn sich die berechtigte Person auf ein spezifisches Beschlagnahmeverbot der StPO berufen kann. Dieses wäre von der berechtigten Person im Entsigelungsverfahren auch zu beweisen. Da sie als einzige den Inhalt der sichergestellten Unterlagen kennt, wäre sie zu verpflichten, nach der Siegelung binnen einer Frist von zehn Tagen sämtliche Daten und Unterlagen genau zu bezeichnen, die nach ihrer Auffassung nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden

dürfen. Nur über diese wäre anschliessend im Entsiegelungsverfahren zu befinden. Für die restlichen Daten und Unterlagen wäre die Siegelung *von Gesetzes wegen* aufzuheben und sie wären der Staatsanwaltschaft umgehend zur Durchsuchung und Auswertung zu überlassen. Im Entsiegelungsverfahren sollte spätestens innerhalb von 30 Tagen (nach erfolgter Siegelung) ein endgültiger Entscheid vorliegen.

Art. 251a VE-StPO (Blut- und Urinuntersuchung)

Mit Inkrafttreten der StPO wurde Art. 55 Abs. 5 SVG aufgehoben. Diese Bestimmung hatte es den Kantonen ermöglicht, die Polizei für die Anordnung von Blut- und Urinproben zuständig zu erklären. Nach der StPO bedarf es seither für die Anordnung einer Blut- und Urinprobe und ihre Auswertung zur Abklärung der Fahrfähigkeit im Strassenverkehr oder für die Abklärung der Urteilsfähigkeit im Tatzeitpunkt eines Delikts des StGB oder der Nebenstrafgesetzgebung einer Einzelverfügung der Staatsanwaltschaft.

Der Vorschlag zur Korrektur dieser unglücklichen Gesetzgebung ist grundsätzlich zu begrüssen. Er geht aber in dreifacher Hinsicht zu wenig weit: Erstens beschränkt er sich auf Anordnungen von Blutuntersuchungen und Sicherstellung von Urin zur Abklärung der Fahrfähigkeit im Strassenverkehr. Zweitens beschränkt er sich bei der Blutuntersuchung auf Sachverhalte, in denen der Polizei gestützt auf Art. 12 Abs. 1 der Strassenverkehrskontrollverordnung (SKV, SR 741.013) kein Ermessen zukommt. Drittens beschränkt er die Kompetenz der Polizei im Zusammenhang mit der Urinuntersuchung auf die Sicherstellung der Urinprobe. Es wäre angesichts der sehr geringen Eingriffstiefe einer Blut- und Urinuntersuchung in das Grundrecht der persönlichen Freiheit sachgerechter und ressourcenschonender, für die Anordnung und Auswertung von Blut- und Urinproben – wie für die erkenntnisdienstliche Erfassung in Art. 260 Abs. 4 StPO vorgesehen – eine staatsanwaltliche Einzelverfügung allgemein nur dann zu verlangen, wenn die betroffene Person sich weigert, sich einer diesbezüglichen Anordnung der Polizei zu unterziehen. Immerhin hat das Bundesgericht mehrfach festgehalten, dass es sich bei der Blutentnahme um einen leichten Eingriff in die persönliche Freiheit handelt (BGE 128 II 259, E. 3.3, und BGE 124 I 80, E. 2d).

Art. 268 VE-StPO (Durchführung der Beschlagnahme)

Art. 268 Abs. 1 Bst. c VE-StPO ist systemisch falsch eingeordnet. Diese Unterbestimmung gehört in Art. 263 StPO integriert, und zwar als neuer Buchstabe e mit der Formulierung «zur Sicherstellung einer Ersatzforderung gebraucht werden». Damit wird sichergestellt, dass auch Vermögenswerte von Drittpersonen, die Schuldnerinnen und Schuldner einer Ersatzforderung werden können, der Beschlagnahme unterliegen, was wiederum der ständigen diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht. Des Weiteren ist Art. 268 Abs. 4 StPO überflüssig, weil bereits in Art. 442 Abs. 1 StPO festgehalten ist, dass Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und weitere im Zusammenhang mit einem Strafverfahren zu erbringende finanzielle Leistungen nach den Bestimmungen des SchKG eingetrieben werden, also ohne staatliches Vorzugsrecht. Eine gewisse Privilegierung des Staates besteht aber doch, weil dieser gestützt auf Art. 442 Abs. 4 StPO seine Forderungen aus Verfahrenskosten mit beschlagnahmten Vermögenswerten decken kann. Der Revisionsvorschlag schafft so einen Widerspruch zu dieser Bestimmung, der mit der Revision von Art. 442 Abs. 4 StPO insofern noch grösser wird, als dass neu die Verfahrenskosten nicht nur mit beschlagnahmten Vermögenswerten, sondern auch mit Genugtuungsansprüchen verrechnet werden können.



Art. 269 Abs. 2 Bst. a VE-StPO (Voraussetzungen für die Anordnung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs)

Wir begrüßen die Ergänzung der Katalogdelikte mit Art. 226^{bis} StGB (Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen) und Art. 226^{ter} StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen). Wir beantragen die zusätzliche Aufnahme nachstehender Straftatbestände in den Katalog:

- Art. 2 des Bundesgesetzes über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen (SR 122). Diese Straftaten können grossen Schaden anrichten bzw. schwerste Rechtsgüterverletzungen nach sich ziehen. Zudem können diese Delikte regelmässig nur mit geheimen Überwachungsmassnahmen ermittelt bzw. nachgewiesen werden.
- Datenhacking nach Art. 143^{bis} StGB. Diese Erweiterung ist insbesondere wirkungsvoll bei der Bekämpfung der schweren Kriminalität (Organisationen, Terrorismus).
- Entziehung von Minderjährigen nach Art. 220 StGB. Die polizeiliche Erfahrung belegt, dass bei Entziehungen von Minderjährigen gerade bei Anzeichen für eine drohende Auslandsverbringung in afrikanische oder arabische Länder Eile geboten ist, zumal deren Erfolg auch eine Kindeswohlgefährdung indiziert. Ortungen und Kommunikationsüberwachungen sind dabei das Mittel der Wahl und müssen auch möglich sein, wenn die Anzeichen für eine Entführung oder anderweitige Kindeswohlgefährdung noch nicht genügen.
- Verletzung des Tatbestandes des Amtsmissbrauchs nach Art. 312 StGB und des Amtsheimnisses nach Art. 320 StGB. Bei diesen Straftaten handelt es sich um Delikte, die das Vertrauen in den Staat in besonderem Masse zu erschüttern vermögen. Der Amtsheimnisverletzung kann immer ein Fall von Korruption zugrunde liegen, ohne dass sich dies von Anfang an zeigt. Je nach Konstellation erfolgt die Informationsübermittlung über den Fernmeldeweg und wird so geheim als möglich gehalten, was indiziert, auch dieses Delikt in den Katalog nach Art. 269 StGB aufzunehmen.

Art. 273 Abs. 1 VE-StPO (Teilnehmeridentifikation)

Neu wird die Erhebung von Verkehrs- und Rechnungsdaten und der Teilnehmeridentifikation deutlicher geregelt, was zu begrüßen ist. Wie dem Erläuternden Bericht (Ziff. 2. Januar 41) zu entnehmen ist, soll nun ausdrücklich geregelt sein, dass auch Randdaten von Drittpersonen erhoben werden dürfen, was ebenfalls zu befürworten ist. Hingegen erscheint es inkonsequent, dies nur in Bezug auf den Fernmeldeverkehr zu regeln, nicht jedoch auch für den Postverkehr. Beim Postverkehr kann die überwachte Person nämlich ebenfalls die Anschrift eines Dritten verwenden. Es ist daher auch in Bezug auf den Postverkehr die Möglichkeit vorzusehen, die Randdaten von Drittpersonen erheben zu können. Der vorgeschlagene Art. 273 Abs. 1 Bst. b VE-StPO ist entsprechend anzupassen.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass aber nach wie vor gewisse Unklarheiten bestehen: Der Begriff «überwachte Person» in Bst. a umfasste bisher als Oberbegriff jede Person, die überwacht wird, sei es die beschuldigte Person oder eine Drittperson, letztere unter den erschwerten Voraussetzungen von Art. 270 Bst. b StPO. Die Bestimmung war bisher deshalb zusammen mit Art. 270 StPO zu lesen. Mit dem neuen Art. 273 Abs. 1 Bst. a StPO werden diese Begrifflichkeiten verwischt, weil in dieser Bestimmung der Begriff «überwachte Person» neben den Begriff «Drittperson» gestellt wird. In Bst. b der neuen Bestimmung ist demgegenüber nur von «überwachter Person» die Rede, was darauf hindeutet, dass

jedenfalls dort der Begriff im bisherigen umfassenden Sinn (Beschuldigte und Drittpersonen, letztere unter den erschwerten Voraussetzungen von Art. 270 Bst. b StPO) zu verstehen ist. Diesfalls wäre mit dem Begriff «überwachte Person» in Bst. a und b je etwas Anderes gemeint, was nicht sinnvoll erscheint. Sollte mit dem Begriff «überwachte Person» in Art. 273 VE-StPO neu nur die beschuldigte Person gemeint sein, käme dies beim Postverkehr (Bst. b) einer Einschränkung der Überwachungsmöglichkeiten gleich (Ausschluss der Überwachung Dritter, selbst wenn die Voraussetzungen von Art. 270 Bst. b StPO erfüllt wären), was wir aber, wie erwähnt, ablehnen. Die Verwendung dieser Begriffe sollte deshalb überdacht werden. Je nach Endfassung ist zudem im Zusammenhang mit den neu in Art. 273 Abs. 1 Bst. a StPO erwähnten Drittpersonen die Mitteilungspflicht nach Art. 279 Abs. 1 StPO entsprechend anzupassen.

Art. 286 Abs. 2 Bst. a VE-StPO (Voraussetzungen für die Anordnung einer verdeckten Ermittlung)

Siehe dazu die Bemerkungen zu Art. 269 Abs. 2 Bst. a VE-StPO unter Ziff. II. Auch die dort erwähnten Straftatbestände sind in den Katalog aufzunehmen.

Art. 301 Abs. 1^{bis} VE-StPO (Strafanzeige)

Nachvollziehbar ist, dass Anzeigerestatterinnen und -erstatte auf Wunsch eine *Bestätigung* der Strafverfolgungsbehörde über die eingereichte Anzeige erhalten sollen, wenn die Anzeige mündlich erstattet wird.

Nicht infrage kommen kann jedoch, dass sie gleich auch eine Kopie des Befragungsprotokolls ausgehändigt erhalten. Mündlich erstattete Strafanzeigen werden praktisch ausnahmslos von der Polizei aufgenommen. Über die Gewährung von Akteneinsicht – und um einen Anwendungsfall von Akteneinsicht handelt es sich bei der Herausgabe von Befragungsprotokollen – entscheidet nach Art. 102 Abs. 1 StPO jedoch nicht die Polizei, sondern die Verfahrensleitung. Es kann nicht angehen, dass eine Anzeigerestatterin oder ein Anzeigerestatter von der Polizei ein Befragungsprotokoll ausgehändigt bekommt, bevor die Verfahrensleitung vom Inhalt dieses Protokolls Kenntnis hat. Es kommt hinzu, dass eine Person, die bei der Polizei ausgesagt hat, später bei der Staatsanwaltschaft nochmals einvernommen werden muss. Im Interesse der Erforschung der materiellen Wahrheit und zur Überprüfung des Aussageverhaltens soll die bei der Staatsanwaltschaft einvernommene Person dort frei aussagen und soll sich nicht anhand des polizeilichen Befragungsprotokolls vorbereiten können.

Auf den neuen Abs. 1^{bis} ist daher zu verzichten.

Art. 303a VE-StPO (Kautionsierungsmöglichkeit bei Ehrverletzungsdelikten)

Die Möglichkeit, inskünftig eine Sicherheitsleistung für Kosten und Entschädigungen von Personen zu verlangen, die den Staatsapparat wegen Ehrverletzungen in Gang setzen, wird begrüsst.

Es erscheint angemessen, die Kautionsierungsmöglichkeit zusätzlich für Anzeigen betreffend als Antragsdelikte ausgestaltete Vermögensdelikte sowie wegen Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) und wegen immaterialgüterrechtlicher Gesetzesverstösse (Urheberrechtsgesetz [URG, SR 231.1], Patentgesetz [PatG, SR 232.14] usw.) einzuführen. Gerade bei Strafanzeigen im UWG-Bereich und im Immaterialgüterrecht steht bei den Anzeigerestatterinnen und -erstatte regelmässig nicht die strafrechtliche Verfolgung der Angezeigten im Vordergrund, sondern die Beschaffung von Beweismitteln auf Kosten des Staates für ein Zivilverfahren.



Zudem erscheint die vorgeschlagene Änderung wenig wirkungsvoll, wenn die Kosten- und Entschädigungspflicht gemäss Art. 427 Abs. 2 StPO bzw. Art. 432 Abs. 2 StPO, wonach nur die mutwillig oder grob fahrlässig prozessierende Privatklägerschaft Kosten zu tragen und die Gegenseite zu entschädigen hat, nicht auch entsprechend angepasst wird. Eine Kautionspflicht ergibt keinen Sinn, wenn eine Kostenaufgabe gar nicht möglich ist. Für Beweiserhebungen im Zusammenhang mit Zivilklagen ist eine Kautionspflicht bereits heute möglich (Art. 313 Abs. 2 StPO).

Art. 318 Abs. 1^{bis} und 3 VE-StPO (Abschluss der Untersuchung)

Wir wenden uns nicht gegen die hinter diesem Vorschlag stehende Absicht, die Stellung von Opfern im Strafbefehlsverfahren zu stärken. Die Opfer (und auch andere Geschädigte von Straftaten) sollen, wenn die weiteren Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls gegeben sind und noch keine Konstituierungserklärung nach Art. 118 StPO vorliegt, von der Staatsanwaltschaft aktiv auf die Konstituierungsmöglichkeit hingewiesen werden, falls Zivilansprüche infrage kommen (so auch Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., N. 3a zu Art. 318).

Die formelle Ankündigung des Abschlusses der Untersuchung nach Art. 318 Abs. 1 VE-StPO mit Fristansetzung für Beweisanträge, wie sie für Verfahrensabschlüsse mit ausdrücklicher Ausnahme des Strafbefehls in der StPO vorgesehen ist, würde dem Strafbefehlsverfahren aber nicht gerecht werden und wird abgelehnt. In den parlamentarischen Beratungen zur StPO war die Ankündigung des Verfahrensabschlusses mit Strafbefehl nicht eingeführt worden, weil Strafbefehle immer wieder auch im sogenannten Schnellrichterverfahren ergehen oder der rasche Eintritt der Rechtskraft entscheidend sein kann für die Möglichkeit, eine mit Strafbefehl belegte Person aus der Schweiz auszuschaffen. In einem Fall, in dem sich eine rasche Verfahrenserledigung mit Strafbefehl aufdrängt, kann die Staatsanwaltschaft im Sinne der Überlegungen von Schmid/Jositsch mit Opfern und Geschädigten telefonisch Kontakt aufnehmen, um einen umgehenden Entscheid über die Konstituierung und das Stellen von Schadenersatzansprüchen zu erhalten. Die Umsetzung des Vorschlags hätte zur Folge, dass sich der Erlass eines Strafbefehls unnötig verzögern würde. Nicht zu vergessen ist, dass das Opfer stets legitimiert ist, gegen einen Strafbefehl Einsprache zu erheben, wenn es damit nicht einverstanden ist. Zusammenfassend würde die neue Regelung ungerechtfertigten zusätzlichen administrativen und anderen Aufwand verursachen und dies auch in Fällen, in denen das Opfer entweder gar keine Zivilforderung stellt oder die Erfüllung einer Zivilforderung durch die Täterin oder den Täter von vornherein ausgeschlossen ist.

Im Eventualstandpunkt beantragen wir, dass bei der Umsetzung des Vorschlags der Staatsanwaltschaft aus Gründen der Effizienz die Möglichkeit eingeräumt wird, bei Strafbefehlen, die sogleich erlassen und ausgehändigt werden können, auf die Ankündigung des Verfahrensabschlusses zu verzichten. Würde die Möglichkeit der direkten Aushändigung des Strafbefehls abgeschafft, hätte dies zur Folge, dass eine Vielzahl von Strafbefehlen gar nie zugestellt und in Rechtskraft erwachsen könnte (Beschuldigte ohne festen Wohnsitz, ausgeschaffte Beschuldigte usw.). Zudem zeigt die Erfahrung, dass ein direkt und persönlich ausgehändigter Strafbefehl bei der beschuldigten Person eine bessere spezialpräventive Wirkung erzeugt als ein postalisch zugestellter Strafbefehl.

Art. 352 VE-StPO (Strafbefehlsverfahren)

Gemäss dem Erläuternden Bericht ist es Opfern von Straftaten ein Anliegen, dass die Straftaten, sofern es nicht Bagateltaten sind, von einem Gericht beurteilt und nicht im Strafbefehlsverfahren erledigt werden, weshalb Verfahren mit Opfern, die sich als Privatklägerschaft beteiligen, künftig nur noch bis 120 Strafeinheiten im Strafbefehlsverfahren erledigt werden können. Nach der Erfahrung der Strafverfolgungsbehörden haben Opfer in aller Regel aber gerade kein Interesse, dass es zu einer meist öffentlichen gerichtlichen Hauptverhandlung kommt, in der sie riskieren, vom Gericht nochmals einvernommen zu werden. Opfer von Straftaten sind erfahrungsgemäss weiter daran interessiert, dass die Täterin oder der Täter schnell und rechtskräftig bestraft wird. Auch diesem Opferinteresse läuft der Vorschlag zuwider und ist bei Lichte betrachtet lediglich eine Scheinbesserstellung der Opfer. Schwierigkeiten in der Praxis würden zudem bei sogenannten gemischten Verfahren entstehen, in denen sowohl ein Delikt mit Opfer (z. B. Drohung) als auch ein Delikt ohne Opfer (z. B. SVG-Widerhandlung) zu verfolgen sind. Nach der vorgeschlagenen Regelung müsste angesichts der in Abs. 1^{bis} genannten Straf Grenzen in solchen Fällen wohl jeweils eine Strafausscheidung vorgenommen werden, was das Verfahren unnötig verkomplizieren würde. Überdies besteht die Gefahr, dass in der Praxis zur Verhinderung des ordentlichen Verfahrens der gesetzliche Strafrahmen im Strafbefehlsverfahren nicht mehr ausgeschöpft würde. Im Hauptstandpunkt lehnen wir den Änderungsvorschlag deshalb grundsätzlich ab: Wir beantragen, auf Abs. 1^{bis} und die damit zusammenhängenden Passagen in Abs. 1 und 3 zu verzichten.

Im Eventualstandpunkt beantragen wir, dass das ordentliche Verfahren nur auf Wunsch des Opfers zum Zuge kommen soll oder dass dem Opfer wenigstens das Recht auf Verzicht auf das ordentliche Verfahren eingeräumt wird. Im Erläuternden Bericht selbst wird denn auch festgehalten, es gebe Opfer, die kein Interesse an einer öffentlichen Verhandlung oder an erneuten Einvernahmen hätten (S. 41). Das ordentliche Verfahren nicht vom Willen des Opfers abhängig zu machen, bedeutet eine ungerechtfertigte Bevormundung des Opfers. Will das Opfer ein ordentliches Verfahren mit gerichtlicher Hauptverhandlung in einem Nichtbagatellfall verhindern, wird es so rechtlich gezwungen, auf die Konstituierung als Privatklägerschaft zu verzichten. Dies aber bewirkt keine Verbesserung der Stellung des Opfers. Ein Versehen liegt wohl in Abs. 3 vor, wo es mit Blick auf die Regelung von Abs. 1^{bis} richtigerweise heissen müsste: ... *respektive in Fällen von Absatz 1^{bis} von höchstens 4 Monaten entspricht.* Ferner ist zu erwähnen, dass Abs. 3 auf die Bst. b–d gemäss Abs. 1 verweist, obwohl Bst. c seit 1. Januar 2018 nicht mehr in Kraft ist.

Art. 352a VE-StPO (Obligatorische Einvernahme vor Erlass eines Strafbefehls)

Dass inskünftig im Strafbefehlsverfahren eine allgemeine Einvernahmepflicht gelten soll, falls nicht ein Bagatellfall (Freiheitsstrafe von über vier Monaten, Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen) vorliegt oder der Strafbefehl den Widerruf eines bedingt gewährten Vollzugs einer Freiheitsstrafe zur Folge hat, wird abgelehnt. Eine solche Vorschrift würde über das Ziel hinausschiessen. Erstens soll diese Regelung selbst bei bedingt ausgesprochenen Strafen greifen. Zweitens ist es den General- und Oberstaatsanwaltschaften unbenommen, für ihre Staatsanwaltschaften interne Weisungen zu Einvernahmen im Strafbefehlsverfahren zu erlassen. So enthalten die Weisungen für das Vorverfahren der Zürcher Oberstaatsanwaltschaft die Anweisung, dass grundsätzlich eine Einvernahme durchzuführen ist, wenn die Anordnung einer vollziehbaren Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten oder der Widerruf

eines bedingten Vollzugs einer Freiheitsstrafe infrage kommt, wenn die beschuldigte Person zur Tatzeit noch nicht 20-jährig ist und allgemein bei Gewaltdelikten. Drittens ist das Strafbefehlsverfahren ein Massengeschäft. 2017 wurden von den neun Staatsanwaltschaften im Kanton Zürich insgesamt 35 328 Erledigungen erarbeitet, 15 841 davon (entsprechen 44,8%) im Strafbefehlsverfahren. Mit den gegenwärtigen personellen Mitteln wäre die Staatsanwaltschaft Kanton Zürich nicht in der Lage, die Einvernahmepflicht gemäss vorliegendem Vorschlag zu bewältigen.

Art. 353 Abs. 2 VE-StPO (Behandlung von Zivilansprüchen im Strafbefehlsverfahren)

Wir begrüssen es, dass die Staatsanwaltschaft gemäss dem Wortlaut des Vorentwurfs unter bestimmten Voraussetzungen im Strafbefehl über Zivilforderungen entscheiden kann.

Art. 354 Abs. 1 Bst. a^{bis}, Abs. 1^{bis} und 1^{ter} VE-StPO (Einsprache)

Der Änderungsvorschlag in Abs. 1 Bst. a^{bis} und Abs. 1^{bis} (Regelung der Einsprachelegitimation der Privatklägerschaft) ist unproblematisch.

Wir sprechen uns aber gegen den Vorschlag gemäss Abs. 1^{ter} aus, die Einsprachefrist beim Strafbefehl bei nicht direkt ausgehändigten Strafbefehlen von 10 auf 20 Tage zu verlängern. Eine Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO ist innert zehn Tagen zu erheben und eine Berufung nach Art. 398 ff. StPO ist innert zehn Tagen anzumelden, weshalb es unlogisch und systemwidrig erscheint, beim Strafbefehl eine 20-tägige Einsprachefrist einzuführen. Der Einheitlichkeit der Dauer von Rechtsmittelfristen ist im Interesse einer transparenten und klaren Gesetzeslage grosses Gewicht beizumessen. Dass die Art der Eröffnung einen Einfluss auf die Frist zur Ergreifung eines Rechtsbehelfs haben soll, wäre in unserem Rechtssystem singulär und ist abzulehnen. Zudem sind gerade im Massengeschäft Verzögerungen jeglicher Art unerwünscht. Abs. 1^{ter} ist deshalb ersatzlos wegzulassen und es ist an der bisherigen Formulierung von Abs. 1 erster Satz festzuhalten.

Art. 355 Abs. 2 und 356 Abs. 4 VE-StPO (Rückzug der Einsprache bei Säumnis)

Art. 355 Abs. 2 und 356 Abs. 4 VE-StPO sehen vor, dass die Einsprache gegen einen Strafbefehl als zurückgezogen gilt, wenn eine beschuldigte Person trotz gehöriger Vorladung unentschuldigt nicht zur Einvernahme oder Hauptverhandlung erscheint. Die Abschaffung der Rückzugsfiktion durch Aufhebung dieser Bestimmungen ist entschieden abzulehnen. Die Ungleichbehandlung von Einsprecherinnen und Einsprechern gegenüber der beschuldigten Person im ordentlichen Verfahren ist sachlich gerechtfertigt, da sie Kenntnis vom Inhalt des Strafbefehls haben und ihnen somit die Rechtsfolgen bekannt sind, wenn sie sich dem auf die Einsprache folgenden Verfahren willentlich entziehen. Wer eine Einsprache erhebt und dadurch ein Verfahren auslöst, sich danach aber in Kenntnis der relevanten Umstände nicht mehr darum kümmert, hat keinen Schutz verdient. Die Rückzugsfiktion muss vorbehältlich hinreichender Androhung und Zustellung der Vorladung daher beibehalten werden.

Art. 364a und 364b VE-StPO (Sicherheitshaft bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts)

Wir befürworten die Schaffung einer entsprechenden Norm auf Bundesebene und auch die Zuständigkeit der Vollzugsbehörden. Der Kanton Zürich verfügt mit § 22 des Straf- und Justizvollzugsgesetzes (StJVg; LS 331) unter der Marginalie «Sicherheitshaft a. Vor nachträglichen Entscheiden des Gerichts» bereits seit 2011 über eine ähnliche Bestimmung, die sich in der Praxis bewährt hat. Der neue Art. 364b VE-StPO wird teilweise ebenfalls bereits

durch § 22 StJVG erfasst, indem dort in Abs. 3 für den Fall, dass die für den Vollzug zuständige Amtsstelle *nach* Einleitung des Verfahrens auf Erlass eines nachträglichen richterlichen Entscheides von Haftgründen erfahren sollte, sie der Verfahrensleitung die Anordnung von Sicherheitshaft beantragen kann.

Problematisch könnte sich die praktische Umsetzung der Bestimmung von Art. 364a Abs. 2 VE-StPO erweisen, wonach die Vollzugsbehörde in sinngemässer Anwendung von Art. 224 StPO ein Haftverfahren durchzuführen und gestützt darauf zu entscheiden hat, ob dem Zwangsmassnahmengericht die Anordnung von Sicherheitshaft beantragt werden soll. In den Fällen, in denen die verurteilte Person noch im Vollzug weilt (z. B. bei nachträglichen Entscheiden im Massnahmenbereich wie Aufhebung, Verlängerung oder Änderung der laufenden Massnahme), ist das kein Problem. Schwieriger könnte es aber in den Fällen werden, bei denen die verurteilte Person entlassen worden ist und sich die Frage einer Rückversetzung in den Vollzug stellt. Liegt Gefahr im Verzug, ist die entlassene Person rasch in Sicherheitshaft zu nehmen und dem Zwangsmassnahmengericht im Hinblick auf das Verfahren vor dem Sachgericht die Anordnung von Sicherheitshaft zu beantragen. Da der Zeitpunkt der möglichen Verhaftung in solchen Fällen offen ist, müsste seitens der Vollzugsbehörde zwecks Einhaltung der Fristen ein Pikettdienst organisiert werden für den Fall, dass die verurteilte Person an einem Samstag verhaftet würde. Ein solcher Pikettdienst wäre mit Kosten verbunden, was nicht nur für den Kanton Zürich, sondern für sämtliche Kantone der Fall wäre. Es handelt sich hier erfahrungsgemäss jedoch um eher seltene Einzelfälle, bei denen dann auch ein gewisser Vorlauf besteht (Prüfung der Sach- und konkreten Gefährdungslage, allenfalls Einleitung einer Risikosprechstunde gemäss dem Konzept des Risikoorientierten Sanktionenvollzugs [ROS], Kontaktierung des Gewaltschutzes der Kantonspolizei, wodurch dieser bereits auf eine mögliche Inhaftierung der betreffenden Person sensibilisiert ist). Die Fälle können mithin bis zu einem gewissen Grade terminiert und die Ausschreibung zur Sicherheitshaft so gelegt werden, dass die Verhaftung möglichst auf einen Arbeitstag fällt. Allerdings gilt im Kanton Zürich gemäss § 22 Abs. 2 StJVG bereits heute für den Fall, dass die verhaftete Person in Haft bleiben soll, dass die Vollzugsbehörde spätestens innert 48 Stunden nach der Festnahme beim zuständigen Zwangsmassnahmengericht die Anordnung von Sicherheitshaft zu beantragen hat. Damit entspricht die Regelung in Art. 364a Abs. 2 VE-StPO der geltenden Regelung im Kanton Zürich.

Ergänzend regen wir in diesem Zusammenhang an, zu prüfen, ob nicht – wie jetzt in Art. 222 Abs. 2 VE-StPO für die Staatsanwaltschaft vorgesehen – neben den Staatsanwaltschaften auch den Vollzugsbehörden in Fällen von Sicherheitshaft im Sinne von Art. 364a VE-StPO ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts betreffend Nichtanordnung der Sicherheitshaft anzufechten.

Bezüglich der Sicherheitshaft während des Gerichtsverfahrens in einem Nachverfahren (Art. 364b VE-StPO) kann ferner auf das vorne zu Art. 232 f. VE-StPO Gesagte verwiesen werden. Ergänzend ist zu bemerken, dass mit der Verweisung in Abs. 4 im Haftverfahren, wenn der erstinstanzliche Sachentscheid im Nachverfahren an die Berufungsinstanz gezogen wurde, Art. 230–233 StPO sinngemäss gelten. Damit wäre wohl die erstinstanzliche Zuständigkeit der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz gegeben, wobei die zweitinstanzliche Zuständigkeit wiederum unklar wäre.

Art. 365 Abs. 3, 377 Abs. 4 und 398 Abs. 1 VE-StPO (Berufung gegen selbstständige nachträgliche Entscheide und Entscheide in Einziehungsverfahren)

Dass gegen selbstständige nachträgliche Entscheide neu das Rechtsmittel der Berufung gegeben sein soll, wird angesichts der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung akzeptiert. Allerdings ist nicht ersichtlich, wieso dies auch im selbstständigen Einziehungsverfahren der Fall sein soll. Materielle Gründe (wie bei den selbstständigen nachträglichen Entscheiden) dafür bestehen nicht, vielmehr erscheint diesbezüglich das grundsätzlich schriftliche Beschwerdeverfahren als sachgerecht.

Gegen selbstständige Einziehungsentscheide sollte deshalb weiterhin das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben sein. Folglich ist auf die Anpassung in Art. 377 Abs. 4 VE-StPO zu verzichten und in Art. 398 Abs. 1 VE-StPO der Passus «[...] oder gegen selbstständige Einziehungsentscheide» wegzulassen.

Art. 393 Abs. 1 Bst. c VE-StPO (Anfechtbarkeit von Entscheiden des Zwangsmassnahmengerichts)

Neu sollen Entscheide der kantonalen Zwangsmassnahmengerichte mit Beschwerde gemäss StPO anfechtbar sein. Dies betrifft insbesondere nicht genehmigte Telefonüberwachungen und verdeckte Ermittlungen (geheime Überwachungen). Das kantonale Beschwerdeverfahren ist ein kontradiktorisches Verfahren. Der Gegenpartei ist grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (vgl. Art. 390 Abs. 2 StPO). Ein kontradiktorisches Verfahren ist bei geheimen Überwachungen vor Eröffnung der Überwachung im Sinne von Art. 279 StPO nicht vorstellbar. Die StPO regelt derartige einseitige Beschwerdeverfahren nicht.

Art. 440 VE-StPO (Sicherheitshaft)

Wir begrüssen diese Präzisierung zur Klärung der Voraussetzungen, der Zuständigkeiten und des Verfahrens.

Gemäss der Verweisung in Abs. 4 richtet sich die Zuständigkeit für Haftentlassungsgesuche sinngemäss nach Art. 230–233 StPO. Somit hätte die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz bei Urteilen der Berufungsinstanz erstinstanzlich über das Haftentlassungsgesuch zu entscheiden, womit erneut die zweitinstanzliche Zuständigkeit unklar wäre.

2. Weitere Bundesgesetze

2.1 Jugendstrafgesetz (JStG, SR 311.1)

Art. 3 Abs. 2 und 38 VE-JStG (Persönlicher Geltungsbereich und ergänzende Bestimmungen des Bundesrates)

Die Änderung von Art. 3 Abs. 2 JStG führt zu einer klaren Aufteilung der Anwendbarkeit des materiellen Rechts (StGB oder JStG) und des geltenden Verfahrensrechts (StPO oder JStPO). Das ist begrüssenswert, weil dadurch jede Untersuchungsbehörde – Staatsanwaltschaft, Jugendanwaltschaft – ausschliesslich jenes Recht anwenden und gegen diejenigen beschuldigten Personen ein Verfahren führen muss, für welche ihr die entsprechenden fachlichen Kompetenzen zukommen. Angebracht ist dies auch deshalb, weil sowohl das materielle als auch das Verfahrensrecht für Jugendliche und Erwachsene unterschiedlichen Grundsätzen und Regeln folgen.

Richtig ist auch die einzige Ausnahme von diesem Trennungsprinzip, dass nämlich eine erwachsene Person auch dann dem StGB und der StPO unterworfen bleibt, wenn sich während des Verfahrens herausstellt, dass sie bereits vor der Vollendung des 18. Altersjahres eine Straftat verübt hat. Diesbezüglich könnte aber ein Hinweis auf Art. 49 Abs. 3 StGB sinnvoll sein, zumal die Anwendbarkeit von Art. 49 StGB im Jugendstrafrecht in Art. 1 Abs. 2 des geltenden JStG nicht ausdrücklich erwähnt wird. Damit würde klargestellt, dass eine Übergangstäterin oder ein Übergangstäter für ihre bzw. seine Jugendstraftaten nicht härter bestraft wird, als wenn diese alleine beurteilt worden wären.

Im Zusammenhang mit der Delegationsnorm von Art. 38 JStG ist zudem darauf hinzuweisen, dass sich die Verordnungskompetenz des Bundesrates auf die Vollzugsproblematik beschränkt. Strafverfahren, die von verschiedenen Untersuchungsbehörden geführt werden, obwohl sie die gleiche beschuldigte Person betreffen, führen aber nicht nur hinsichtlich des Vollzugs von gleichzeitig vollziehbaren Sanktionen zu Problemen; vielmehr dürften sich in der Praxis zahlreiche Fragen ergeben, die bereits die Untersuchungsführung betreffen – zumindest, sofern nicht der erwähnte Ausnahmefall eintritt, dass die Staatsanwaltschaft bereits ein Verfahren eröffnet hat und die im Jugendalter begangenen Delikte erst anschliessend bekannt werden. Wer ordnet, um nur einige Beispiele anzuführen, bei Übergangstäterinnen und -tätern die Erstellung eines Gutachtens an, wenn die beschuldigte Person sowohl vor als auch nach dem 18. Altersjahr ein schweres Delikt gegen Leib und Leben begangen hat? Wer bestellt (und entschädigt hernach) die notwendige Verteidigung, falls die Voraussetzungen nach Art. 24 JStG wie auch diejenigen nach Art. 130 StPO vorliegen – und kann dieselbe Verteidigung gleichzeitig in beiden Verfahren tätig werden? Wie oft darf ein kindliches Opfer von Sexualdelikten zur Sache befragt werden, wenn der Verdacht besteht, dass sich die beschuldigte Person vor und nach ihrem 18. Altersjahr an diesem vergangen hat (vgl. Art. 154 StPO)?

Die Delegationsbestimmung von Art. 38 JStG sollte sich auch auf die Verordnungskompetenz des Bundesrates erstrecken, nach Anhörung der Kantone praktische Fragen des Untersuchungsverfahrens zu regeln, die sich aus der Parallelität der Strafuntersuchungen ergeben. Desgleichen regen wir an, dass dem Gesetz eine Bestimmung hinzugefügt wird, die das Übergangsrecht ausdrücklich regelt.

Art. 36 Abs. 1^{bis} und 2 erster Satz VE-JStG (Verfolgungsverjährung)

Mit der vorgesehenen Ergänzung von Art. 36 JStG durch einen Abs. 1^{bis} würde die bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert, wonach auch im Jugendstrafrecht die Verjährung nicht mehr eintritt, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist (BGE 143 IV 49, E. 1.9). Weil bei Straftaten von Jugendlichen kurze Verjährungsfristen gelten (Art. 36 Abs. 1 JStG), ist diese Neuerung sinnvoll.

Wenn der Erläuternde Bericht auf S. 56 darlegt, bei den für Abs. 2 von Art. 36 JStG vorgesehenen Änderungen handle es sich um rein redaktionelle Anpassungen, so dürfte dies darauf zurückzuführen sein, dass sich der heute in Art. 182 StGB geregelte Tatbestand (Menschenhandel) früher in Art. 196 StGB fand, dieser Artikel heute aber die sexuellen Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt unter Strafe stellt (vgl. Art. 182 und 196 StGB in der bis 30. November 2006 geltenden Fassung). Tatsächlich soll nun der Deliktekatalog in Art. 36 Abs. 2 JStG so angepasst werden, dass neu Art. 182 StGB (Menschenhandel) aufgenommen wird, während Art. 196 StGB (Sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt) wegfällt. Das ist zwar aus den genannten Gründen nachvollziehbar. Materiell ergibt diese Änderung aber wenig Sinn: Menschenhandel durch Jugendliche dürfte äusserst selten vor-

kommen, weshalb sich die Aufnahme dieses Tatbestands in den Katalog zumindest nicht offensichtlich aufdrängt. Zwar handelt es sich auch beim Delikt der sexuellen Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt nicht um ein Massenphänomen unter Jugendlichen; immerhin dürfte es aber doch nicht ganz unwahrscheinlich sein, dass beispielsweise einmal ein 17-Jähriger von einer 15-Jährigen gegen Entgelt sexuelle Dienstleistungen erhält – und sich das Opfer erst nach einer gewissen Zeit zu einer Strafanzeige durchringen kann. Dasselbe gilt für das Fehlen von Art. 187 StGB (Sexuelle Handlungen mit Kindern) im erwähnten Katalog: Anders als in Art. 97 Abs. 2 StGB fehlt dieser Tatbestand, obwohl sich nicht nur Erwachsene, sondern auch Jugendliche der sexuellen Handlungen mit Kindern strafbar machen können.

Beide Tatbestände, Art. 187 und 196 StGB, sollten unseres Erachtens in Art. 36 Abs. 2 JStG aufgenommen werden. Dies gilt auch für Art. 182 StGB trotz der vermutlich geringen praktischen Relevanz.

2.2 Jugendstrafprozessordnung (JStPO, SR 312.1)

Art. 10 Abs. 3 VE-JStPO (Gerichtsstand)

Wir begrüßen die neue Fassung von Art. 10 Abs. 3 JStPO. Zum einen bringt dies eine Vereinfachung mit sich, weil künftig sämtliche Straftaten am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Jugendlichen verfolgt werden. Zum anderen gibt es in der Tat zahlreiche Übertretungen, die Indizien für eine ungute Entwicklung der oder des Jugendlichen sein können und deshalb nicht am Tatort verfolgt werden sollten (z. B. geringfügige Vermögensdelikte, Tätlichkeiten, Betäubungsmittelkonsum, sexuelle Belästigungen).

Im Zusammenhang mit der örtlichen Zuständigkeit ist aus unserer Sicht zu betonen, dass sich die geltende Regelung bewährt hat, wonach die Behörden am Tatort lediglich die dringend notwendigen, nicht verschiebbaren Ermittlungshandlungen vorzunehmen haben (z. B. Spurensicherung, Festnahme der beschuldigten Person), das Strafverfahren hernach aber von den Behörden am gewöhnlichen Aufenthaltsort der oder des Jugendlichen (Art. 10 Abs. 2 JStPO) zu führen ist. Der Bundesgesetzgeber schlägt diesbezüglich mit Recht keine Änderungen vor. Wegleitend für den Entscheid über die örtliche Zuständigkeit muss entsprechend den Grundsätzen des Jugendstrafrechts (vgl. Art. 4 JStPO) immer sein, wo die persönlichen Verhältnisse der oder des Jugendlichen am besten abgeklärt werden können, wo allfällige erzieherische oder therapeutische Massnahmen am sinnvollsten zu vollziehen sind und namentlich wo die gesellschaftliche Integration der oder des Jugendlichen stattfinden soll. Im Zusammenhang der zu untersuchenden deliktischen Tätigkeit von Jugendlichen sind ihr Verhalten und ihr Umfeld eingehend abzuklären (vgl. Art. 2 JStG). Die durchzuführenden Abklärungen erfolgen auch über die Kinderschutz-, Fürsorge- oder Schulbehörden. Diese Umstände rechtfertigen oder verlangen gar die primäre Anknüpfung an den Mittelpunkt der Lebensbeziehungen der oder des Jugendlichen (vgl. Andreas Baumgartner, Die Zuständigkeit im Strafverfahren, Die Bestimmung des Gerichtsstands und das Gerichtsstandsverfahren, Diss. Zürich 2014, S. 562). Wir erlauben uns diese Ausführungen, weil gelegentlich von verschiedener Seite her angeregt wird, die Behörden am Tatort sollten so lange für die Untersuchung zuständig sein, bis die Ermittlungen zum Sachverhalt praktisch das Stadium der Anklage- oder Strafbefehlsreife erreicht haben.

2.3 Rechtshilfegesetz (IRSG, SR 351.1)

Art. 30 Abs. 2 und 5 VE-IRSG

Mit der beantragten Nichtumsetzung von Art. 55a VE-StPO wird auch die neue Bestimmung von Art. 30 Abs. 5 IRSG hinfällig (vgl. Bemerkungen vorne zu Art. 55a VE-StPO unter Ziff. II).

III. Weiterer Änderungsbedarf

Im Folgenden regen wir folgende Gesetzesänderungen an:

1. Akteneinsicht (Art. 101 StPO)

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte versuchen zunehmend, eine Strafuntersuchung in ihrem Sinne zu beeinflussen, indem sie den Medien Kopien von Verfahrensakten zur Verfügung stellen. Es ist befremdlich, dass für die Verfahrensleitung im Strafprozess das Amtsgeheimnis gilt, während Anwältinnen und Anwälte jederzeit Unterlagen an Medien herausgeben können. Vor einer Anklageerhebung oder dem Erlass eines Strafbefehls ist dem Persönlichkeitsschutz und der Unschuldsvermutung aber besondere Rechnung zu tragen. Deshalb soll die Regelung der Akteneinsicht bei hängigem Verfahren (Art. 101 StPO) durch einen Abs. 1^{bis} ergänzt werden, der es den Parteien und ihren Vertreterinnen und Vertretern untersagt, Verfahrensakten vor Abschluss des Vorverfahrens den Medien zur Verfügung zu stellen.

2. Verfahren mit vielen Geschädigten und/oder Privatklägern (Art. 118 StPO)

In grossen Wirtschaftsstrafverfahren mit bis zu über 1000 Privatklägerinnen und -klägern (z. B. Fall Behring), vielfach mit Wohnsitz im Ausland, entstehen bei der Staatsanwaltschaft und beim Gericht grosse Bearbeitungsprobleme. Der Umgang mit diesen Privatklägerinnen und -klägern und vor allem die Gewährung all ihrer Verfahrensrechte (in jedem Verfahrensstadium) löst einen riesigen Arbeitsaufwand aus. Er steht in keinem Verhältnis zur Betätigung dieser Verfahrensrechte und verzögert das Verfahren enorm. Alle Privatklägerinnen und -kläger müssen bedient werden, obschon nur ganz wenige sich über die Geltendmachung ihres finanziellen Anspruchs hinaus am Verfahren beteiligen.

Diesem Problem kann begegnet werden, wenn an die Ausübung von Rechten durch Privatklägerinnen und -kläger Anforderungen gestellt werden, z. B. dass diese ein Schweizer Zustelldomizil errichten, wenn sie ihre Rechte im Verfahren ausüben wollen. Bei einer Vielzahl von Privatklägerinnen und -klägern sollten diese durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht verpflichtet werden können, ihre Rechte über einen gemeinsamen Vertreter bzw. eine gemeinsame Vertreterin wahrzunehmen. Mit nämlicher Begründung sollen, wie dies früher der Fall war, bei Betreibungs- und Konkursdelikten wieder die Betreibungs- und Konkursämter für zuständig erklärt werden, die Interessen der einzelnen und bisweilen zahlreichen Betreibungs- und Konkursgläubigerinnen und -gläubiger zu vertreten.

Des Weiteren verursacht die Anwendung von Art. 118 Abs. 4 StPO Probleme, wenn eine Vielzahl von Geschädigten da ist. Die Pflicht der Staatsanwaltschaft, diese Geschädigten nach Verfahrenseröffnung auf die Möglichkeit zur Konstituierung als Privatklägerschaft aufmerksam zu machen, setzt voraus, dass es überhaupt eine Kontaktadresse gibt. Darum drängt sich auf, die Kontaktnahme der Staatsanwaltschaft mit Geschädigten auch durch Publikation im Amtsblatt zu ermöglichen.

3. Einvernahme als Auskunftsperson (Art. 178 StPO)

Art. 178 Bst. a–g StPO regelt abschliessend, welche Personen als Auskunftspersonen einvernommen werden können. Drittpersonen, denen nach Art. 70 Abs. 1 und 2 StGB eine Vermögensentziehung droht, müssen deshalb nach geltendem Recht als Zeuginnen und Zeugen einvernommen werden. Dies ist nicht sachgerecht, weshalb in Art. 178 StPO eine zusätzliche Unterbestimmung zu schaffen ist, welche die Einvernahme auch dieser Dritten als Auskunftspersonen ermöglicht.

4. Allgemeine Voraussetzungen von DNA-Analysen (Art. 255 StPO)

Das Bundesgericht fordert als Voraussetzung für die DNA-Profilierung in jenen Fällen, in denen diese Daten nicht zur Klärung der Anlasstat nötig sind, erhebliche und konkrete Anhaltspunkte, dass die oder der Betroffene in andere Delikte von gewisser Schwere – auch künftige – verwickelt sein könnte (BGE 141 IV 87). Einbrecherinnen oder Einbrecher ohne Wohnsitz in der Schweiz, die in flagranti angehalten werden, müssen aufgrund dieser Rechtsprechung nicht mehr mit der Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) rechnen. Diese Praxis führt unweigerlich zu einer Abnahme der Aufklärungsquote.

Aus diesem Grunde ist Art. 255 StPO dahingehend zu ergänzen, dass die Abnahme eines WSA auch dann möglich ist, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die betroffene Person in andere Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte.

5. Geheime Erhebung auch von Beweisen ausserhalb des Numerus clausus von Art. 269–298d StPO

Nach geltender StPO sind die geheimen Überwachungsmaßnahmen in Art. 269–298d StPO als Numerus clausus festgelegt. Andere Beweiserhebungsmassnahmen (z. B. Hausdurchsuchung, erkennungsdienstliche Erfassung) haben offen zu erfolgen.

Für die wirksame Strafverfolgung, vor allem im Bereich der schweren und organisierten Kriminalität, ist es erforderlich, dass auch diese grundsätzlich offenen Beweiserhebungsmassnahmen geheim erfolgen können. Dies gilt insbesondere für die Hausdurchsuchung (etwa um allfällige Drogenbunker oder neue Kommunikationsmittel von Zielpersonen zu erkennen), die Durchsuchung (z. B. von Mobiltelefonen) und die Abnahme von Fingerabdrücken oder DNA-Proben. Geheim bedeutet dabei nicht, dass die Massnahmen den Betroffenen gar nicht mitgeteilt werden, sondern, dass sie den Betroffenen erst nachträglich mitgeteilt werden, mit einer entsprechenden Beschwerdemöglichkeit (vgl. dazu etwa die Regelung von Art. 279 StPO). Mit der nachträglichen Mitteilung und der Möglichkeit, gegen die Massnahme Beschwerde einzulegen, bleiben die Rechte der Betroffenen ausreichend geschützt.

6. Verdeckte Ermittlung / Verdeckte Fahndung – Schaffung eines allgemeinen Rechtfertigungsgrunds für Ermittlerinnen und Ermittler

Art. 293 Abs. 3 und 294 StPO grenzen die Tätigkeit von verdeckten Ermittlerinnen und Ermittlern ein. Mit der Verweisung in Art. 298c Abs. 2 StPO gelten diese Bestimmungen auch für verdeckte Fahnderinnen und Fahnder. Diese Bestimmungen sind auf die Durchführung von Betäubungsmittelgeschäften zugeschnitten. Nur für solche gilt denn auch die ausnahmsweise Straflosigkeit von verdeckten Ermittlerinnen und Ermittlern bzw. verdeckten Fahnderinnen und Fahndern.

In der Praxis werden die Mittel der verdeckten Ermittlung und verdeckten Fahndung jedoch zunehmend – insbesondere vor dem Hintergrund der immer schwieriger werdenden technischen Kommunikationsüberwachung – auch in anderen Bereichen eingesetzt, namentlich zur Ermittlung von Geldwäscherei, Raub, Sexualdelikten (vor allem Kindesmissbrauch), Hehlerei, Terrorismus und Cybercrime.

Wollen verdeckte Ermittlerinnen und Ermittler bzw. verdeckte Fahnderinnen und Fahnder in diesen Deliktsbereichen milieuangepasst mit raffinierten Legenden auftreten (was ihnen die höchstrichterliche Rechtsprechung durchaus zubilligt, vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_1293/2015 vom 28. September 2016), müssen sie nicht bloss Betäubungsmittel-

delikte begehen können, sondern z. B. auch Geldwäschereihandlungen (verbrecherisches Geld weiterleiten) begehen, Verstösse gegen Art. 197 StGB (Besitz oder Zugänglichmachen verbotener Pornografie) vornehmen oder gestohlene Waren kaufen können.

Die geltende Regelung verbietet ihnen aber solche Handlungen. Dadurch sind sie für professionelle Tätergruppierungen leicht als ermittelnde Polizistinnen oder Polizisten zu erkennen (sogenannte Keuschheitsproben). Dies darf – gerade in diesen hochkriminellen Bereichen – nicht der Fall sein. Dabei sind die Rechtsgutverletzungen durch die anderen Delikte nicht für sich weiter gehend als diejenigen im Zusammenhang mit Betäubungsmitteldelikten. Daher ist für die Ermittlerinnen und Ermittler, soweit sie im Rahmen einer genehmigten verdeckten Ermittlung bzw. verdeckten Fahndung handeln und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren, ein allgemeiner Rechtfertigungsgrund zu schaffen.

7. Verdeckte Ermittlung / Verdeckte Fahndung – Weiterer Regelungsbedarf

Mit dem Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die verdeckte Ermittlung und Fahndung (AS 2013, 1051; BBI 2012, 5591) wurden insbesondere die Bestimmungen über die verdeckte Fahndung in die StPO eingeführt (Art. 298a–298d StPO) sowie diejenigen über die verdeckte Ermittlung präzisiert (Art. 285a StPO). Die Bestimmungen weisen aber nach wie vor Unklarheiten bzw. Lücken auf, die nun wie folgt beseitigt werden sollten:

- Abgrenzung verdeckte Ermittlung und verdeckte Fahndung
Die gesetzliche Regelung macht nicht klar, wo verdeckte Fahndung aufhört und wo verdeckte Ermittlung anfängt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat hier zwar erste Klärungen gebracht, es besteht aber noch keine Praxis und dementsprechend sind viele Fragen noch offen. Namentlich ist unklar, ob das einzige Abgrenzungskriterium zwischen verdeckter Ermittlung und verdeckter Fahndung darin besteht, dass eine urkundengestützte Legende verwendet wird oder ob zusätzlich ein Vertrauensverhältnis eine Rolle spielt. Das Vertrauensverhältnis ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der sich in der Praxis auch nur in Extremfällen nachweisen lässt. Hingegen ist der Einsatz einer urkundengestützten Legende hinreichend klar und dieses Element lässt sich auch klar belegen. Es sind daher die Definitionen von Art. 285a und 298a StPO dahingehend zu ändern, dass die urkundengestützte Legende die verdeckte Ermittlung als einziges Merkmal von der verdeckten Fahndung unterscheidet.
- Mitteilungspflicht bei verdeckter Fahndung
Art. 298d StPO ist insofern zu ergänzen, dass auch bei der verdeckten Fahndung analog zur Regelung von Art. 298 Abs. 2 StPO die Möglichkeit besteht, die Mitteilung aufzuschieben bzw. ganz zu unterlassen. Konsequenterweise bedürfte dies jedoch nicht der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht, da auch für die Anordnung einer verdeckten Fahndung selbst keine solche notwendig ist, sondern der Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft.
- Zufallsfund bei verdeckter Fahndung
Die Regelungen betreffend die verdeckte Fahndung enthalten keine Bestimmung, wie mit Zufallsfunden umzugehen ist. Diese Regelung müsste analog zu derjenigen in Art. 243 StPO gefasst werden. Eine Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht, wie sie bei der verdeckten Ermittlung in Art. 296 StPO vorgesehen ist, ist nicht notwendig, zumal die Anordnung der verdeckten Fahndung selbst auch keiner solchen bedarf. Es ist daher analog zu Art. 243 StPO zu regeln, wie mit Zufallsfunden bei der verdeckten Ermittlung umzugehen ist.

– Präzisierung des Anwendungsbereichs der verdeckten Fahndung

Im Zuge der Einführung der StPO wurde in verschiedenen Gerichtsurteilen im Zusammenhang mit der verdeckten Ermittlung – namentlich zum Scheinkauf von Betäubungsmitteln – darauf hingewiesen, dass präventive verdeckte Massnahmen neu zwingend im Polizeirecht geregelt werden müssen. Im Polizeirecht des Kantons Zürich wurde mit der Kontaktnahme (§ 32d Polizeigesetz [PolG; LS 550.1]) eine polizeirechtliche Grundlage geschaffen, um die verdeckte Fahndung bzw. die verdeckte Kontaktnahme – neben der Aufklärung begangener Straftaten – auch zur Verhinderung oder Erkennung zukünftig möglicher Delikte einzusetzen.

In BGE 140 I 353 hat das Bundesgericht für die Anwendbarkeit der StPO entschieden, dass diese nicht erst bei Vorliegen eines konkreten, sondern bereits bei einem vagen Tatverdacht greift. Da die StPO unterschiedliche Ausprägungen des Tatverdachts unterscheidet, entstand dadurch eine Unsicherheit, welcher Verdachtsgrad für die Anordnung einer verdeckten Fahndung notwendig sein soll. So setzte das Zürcher Obergericht in zwei Fällen zwar die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend die Anwendbarkeit der StPO bei bloss vagem Tatverdacht um, setzt für die Anordnung einer verdeckten Fahndung gemäss StPO jedoch einen qualifizierten «*hinreichenden Tatverdacht*» voraus, dessen Vorliegen es im Bereich der Scheinkäufe von Betäubungsmitteln als nicht erfüllt betrachtete (vgl. Urteile des Obergerichts vom 11. April 2017 und 25. April 2017). Da die Scheinkäufe (wie auch die Chatroom-Ermittlungen) aber eigentliche Standardanwendungsfälle sowohl der polizeirechtlichen als auch der strafprozessualen verdeckten Fahndung bilden und häufig ineinander übergehen, führt diese Auslegung zu einer faktischen Anwendungslücke zwischen präventiver Kontaktnahme gemäss PolG und strafprozessualer verdeckter Fahndung. Dies war jedoch weder die Intention des Gesetzgebers noch die des Bundesgerichts. So genügt gemäss der Rechtskommission des Nationalrates und den Äusserungen im Parlament ein «*vager Tatverdacht*» (BBI 2012, 5596) für die Anordnung der verdeckten Fahndung. Das Bundesgericht hält entsprechend in BGE 140 I 353 zur verdeckten Fahndung ausdrücklich fest, dass «die neuen Bestimmungen der StPO ausschliesslich jene Fälle erfassen, in denen ein Verdacht auf eine strafbare Handlung besteht. Dieser Verdacht kann auch ein bloss vager sein.» Die lückenlose Anwendbarkeit von Kontaktnahme oder verdeckter Fahndung wird implizit auch in BGE 143 IV 27 bestätigt, indem das Bundesgericht feststellt, dass für die verdeckte Fahndung nach StPO und die präventive Kontaktnahme nach PolG in Bezug auf Anordnungsvoraussetzungen und Zuständigkeiten im Wesentlichen die gleichen Regeln gelten. Deshalb sei es für die Verwertbarkeit erhobener Beweise nicht entscheidend, ob und wie lange die Polizei präventiv oder repressiv tätig ist. Das Bundesgericht hat in diesem Urteil implizit auch anerkannt, dass ein fließender Übergang von der präventiven, d. h. verdachtslosen verdeckten Fahndung gemäss PolG zur strafprozessualen verdeckten Fahndung möglich ist, nämlich, wenn sich im Verlauf der präventiven verdeckten Fahndung Anhaltspunkte ergeben, dass bereits eine Straftat begangen wurde. Dabei kann es aber keine Rolle spielen, ob erst ein vager oder bereits ein konkreter, hinreichender oder gar dringender Tatverdacht vorliegt.

Zur Verdeutlichung der Problematik ein Beispiel: Die sogenannten Chatroom-Ermittlungen der Polizei zur Entdeckung von Erwachsenen, die im Internet gezielt nach Kindern zum Zwecke der Vornahme von sexuellen Handlungen suchen, beginnen – auch gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts – als präventive Kontaktnahmen nach PolG. Erge-

ben sich im Verlaufe der Chat-Kommunikation, z. B. aufgrund von entsprechenden Andeutungen oder aufgrund des Verhaltens, vage Anhaltspunkte, dass sich der Chat-Partner allenfalls bereits früher mit Minderjährigen getroffen haben könnte, muss die präventive verdeckte Fahndung beendet werden. Eine verdeckte Fahndung nach StPO könnte aber wegen eines allenfalls fehlenden hinreichend konkreten Tatverdachts nicht angeordnet und die Ermittlungen müssten abgebrochen werden.

Um das nahtlose Ineinandergreifen von polizeirechtlichen und strafprozessualen Massnahmen sicherzustellen, ist der Anwendungsbereich der verdeckten Fahndung zu präzisieren.

Wir beantragen daher eine Präzisierung des Anwendungsbereiches der Bestimmungen über die verdeckte Fahndung durch Ergänzung von Art. 298b StPO dahingehend, dass für die Anordnung einer verdeckten Fahndung ein vager Verdacht genügt.

8. Genehmigung der Einstellungsverfügung (Art. 322 StPO) und Einsprache gegen den Strafbefehl (Art. 354 Abs. 1 Bst. c StPO)

Die StPO ermöglicht dem Bund und den Kantonen, bei Verfahrensabschluss durch Einstellung die Einstellungsverfügung der Genehmigung der Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft zu unterstellen bzw. die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft mit der Kompetenz auszustatten, gegen Strafbefehle Einsprache zu erheben. Die Einführung und Praktizierung dieses qualitätssichernden Vier-Augen-Prinzips ist sinnvoll und hat sich auch im Kanton Zürich bewährt. Allerdings ist die geltende Regelung, welche die Genehmigungs- bzw. Einsprachekompetenz der Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft zuweist, offensichtlich auf kleine Kantone mit entsprechend geringem Fallaufkommen zugeschnitten. Im Kanton Zürich wäre die Oberstaatsanwaltschaft heillos überlastet, müsste sie – wie 2017 – 15 989 Einstellungsverfügungen und 15 841 Strafbefehle überprüfen.

Mit dieser Begründung sind Art. 322 Abs. 1 und 354 Abs. 1 Bst. c StPO dahingehend zu ergänzen, dass die Genehmigung von Einstellungsverfügungen und Einsprachen gegen Strafbefehle nicht nur durch die Ober- oder Generalstaatsanwaltschaft, sondern auch durch die Leitung der Staatsanwaltschaft erfolgen kann.

9. Vertretung der Anklage durch die Staatsanwaltschaft vor Gericht (Art. 337 Abs. 3 StPO)

Wir beantragen die Änderung dieser Bestimmung wie folgt: «Beantragt sie eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme und bestreitet die beschuldigte Person den angeklagten Sachverhalt, so hat sie die Anklage vor Gericht persönlich zu vertreten.»

Die vorgeschlagene Regelung galt im Kanton Zürich bis zum Inkrafttreten der StPO und hat sich bestens bewährt. In Verfahren, in denen die beschuldigte Person den Sachverhalt anerkennt, reduziert sich der Inhalt des Plädoyers auf Fragen der Strafzumessung und auf Nebenpunkte, was das Erscheinen der Staatsanwaltschaft in aller Regel nicht notwendig erscheinen lässt. Für Ausnahmefälle könnte das Gericht die Staatsanwaltschaft auch bei Umsetzung der beantragten Änderung von Abs. 3 gestützt auf Abs. 4 zur Hauptverhandlung vorladen. Die beantragte Änderung vermöchte die beschränkten Mittel der Staatsanwaltschaft etwas zu schonen, ohne dass die Rechtsstaatlichkeit dadurch eine Einbusse erleiden würde.

10. Regelung der Kostentragungspflicht (Art. 426 Abs. 2 und 427 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a StPO)

In den erwähnten drei Bestimmungen wird die Kostentragungspflicht im Falle eines Freispruchs oder einer Verfahrenseinstellung geregelt. Die gleiche Regelung muss gelten, wenn ein Vorverfahren mit Nichtanhandnahmeverfügung abgeschlossen wird. Die Nichtanhandnahmeverfügung wurde seinerzeit wohl irrtümlich nicht in Art. 426 und 427 StPO erwähnt. Art. 426 Abs. 2 und 427 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a StPO sind in diesem Sinne zu ergänzen.

11. Digitalisierte Schriftlichkeit

Im Zeitalter der elektronischen Geschäftsprozesse und des digitalisierten Arbeitens erstaunt, dass die Revision keinerlei Rechtsgrundlagen für einen verstärkten Einsatz von (mobiler) Technologie bei der Verfahrensführung vorsieht. Es ist unverständlich, dass die einzelnen Massnahmen und Arbeitsprozesse weiterhin ausschliesslich auf analoge Technik und papiergebundene Schriftlichkeit ausgerichtet sind. Dies gilt umso mehr, nachdem die technischen Möglichkeiten soweit fortgeschritten sind, dass sie die Merkmale der Handschriftlichkeit übernehmen und verbessern können. Das gilt insbesondere in Bezug auf die Leistung von Unterschriften.

Der Schriftlichkeitsbegriff der StPO ist nicht konkret definiert, weshalb die Schriftlichkeit gemäss OR zur Anwendung gelangt. Diese sieht eine digitalisierte (≠ digitale) Unterschrift jedoch nicht vor. Eine solche würde den Zweck der Schriftlichkeitserfordernisse im Strafprozess aber erfüllen. Es kann nachgewiesen werden, dass die Überprüfbarkeit der Authentizität von digitalisierten Unterschriften, also solchen, die auf elektronischen Datenträger wie iPad und Tablets angebracht werden, derjenigen von handschriftlichen Unterschrift in nichts nachsteht, sie sogar übertrifft. Die digitale Unterschrift gemäss Signaturgesetz ist demgegenüber viel zu aufwendig und unnötig kompliziert, weshalb sie sich nicht durchgesetzt hat.

In der polizeilichen Praxis hat sich der Einsatz mobiler Geräte längst durchgesetzt und bestens bewährt. Befragungen werden vor Ort durchgeführt und mobil protokolliert. Gleiches gilt für die Erstellung von Formularen und Erklärungen, die zu ihrer Gültigkeit jedoch eine Unterschrift erfordern. Es entspricht einem Gebot der Zeit, für eine wirtschaftliche Dienstleistungserbringung mobile Technik einzusetzen und eine Alternative für die papiergebundene Unterschrift zu ermöglichen. Auch die Leistung von identifizierbaren, fälschungssicheren Unterschriften ist mobil und rechtssicher möglich.

Wir beantragen deshalb die Schaffung einer Regelung zum Schriftlichkeitsbegriff in der StPO und die Schaffung einer Rechtsgrundlage, welche die Zulässigkeit einer definierten, digitalisierten Unterschrift im erwähnten Sinne umfasst.

Die Strafverfolgungsbehörden sind bereit, bei der Umsetzung dieses Anliegens mitzuwirken.

12. Unterzeichnung von Entscheiden in Übertretungsstrafverfahren

Unabhängig vom Anliegen der digitalisierten Schriftlichkeit regen wir an, dass die Bestimmung von Art. 80 Abs. 2 StPO (und/oder Art. 353 Abs. 1 Bst. k StPO), wonach Entscheide von der Verfahrensleitung unterzeichnet werden müssen, für Strafbefehle, Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen, die im Übertretungsstrafverfahren ergehen, insofern geändert wird, als anstelle von handschriftlich unterzeichneten Exemplaren mit (qualifizierter)

elektronischer Signatur versehene Verfügungen erstellt und den Parteien Faksimile-Kopien davon überlassen werden können, sofern sich das Original in physischer oder elektronischer Form in den (elektronischen) Akten befindet. Dies drängt sich wegen der grossen Anzahl von Verfügungen im Strafbefehlsverfahren bei Übertretungen auf, damit sie in der erforderlichen Speditivität erlassen werden können. Alleine die sechs Zürcher Städte mit Befugnis zur Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen erlassen jährlich rund 100 000 Strafbefehle. Die Statthalterämter erledigen ferner pro Jahr insgesamt rund 70 000 Straffälle. Art. 80 StPO ist in diesem Sinne zu ergänzen.

13. Schaden der Privatklägerschaft und Dritter durch Verfahrenshandlungen oder bei der Unterstützung von Strafbehörden (Art. 434 StPO)

Gemäss Art. 434 Abs. 1 StPO haben Dritte Anspruch auf angemessenen Ersatz ihres nicht auf andere Weise gedeckten Schadens sowie auf Genugtuung, wenn sie durch Verfahrenshandlungen oder bei der Unterstützung von Strafbehörden Schaden erlitten haben. Demgemäss sind Staatshaftungsansprüche von Dritten für die unmittelbaren Folgen strafbehördlicher Verfahrenshandlungen im Strafverfahren geltend zu machen und nicht gemäss den kantonalen Bestimmungen zur Staatshaftung. Es gilt dabei der Grundsatz der Exklusivwirkung: Werden solche Ansprüche nicht im Strafverfahren geltend gemacht, sind sie verwirkt (Domeisen, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Vorbemerkungen zu Art. 416–436 N. 8, mit weiteren Hinweisen).

Nach der herrschenden Auffassung gilt jedoch eine als Privatklägerschaft konstituierte Partei nicht als «Dritte» gemäss Art. 434 Abs. 1 StPO. Folglich hat die Privatklägerschaft entsprechende Staatshaftungsansprüche nicht im Strafverfahren geltend zu machen, sondern nach dem kantonalen Staatshaftungsrecht (Schmid, Praxiskommentar StPO, 2. Aufl., Art. 434 N. 1; Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2015.52 vom 1. April 2016, E. 10.2.2; unveröffentlichter Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 15. November 2016 [CG160095], E. 4 f.).

Je nachdem, ob sich eine Partei als Privatklägerschaft konstituiert hat oder nicht, bestehen für die Beurteilung von Staatshaftungsbegehren somit unterschiedliche Zuständigkeiten, unterschiedliche Verfahrensvorschriften und unterschiedliche Haftungsvoraussetzungen. Dadurch ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass es zu unterschiedlichen Entscheidungen kommt. Für diese Ungleichbehandlung besteht kein sachlicher Grund. Privatklägerinnen und -kläger sowie «Dritte» können durch die gleichen strafbehördlichen Verfahrenshandlungen in gleicher Weise unmittelbar geschädigt werden. Auch sonst ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Staatshaftungsansprüche einer Privatklägerschaft – die ohnehin am Strafverfahren beteiligt ist – nicht im Strafverfahren beurteilt werden sollten. So werden denn auch entsprechende Staatshaftungsansprüche der beschuldigten Person im Strafverfahren behandelt (Art. 429 und 431 StPO).

Art. 433 und 434 StPO sollten daher wie folgt angepasst werden (Ergänzungen unterstrichen):

Marginalie zu Art. 433 Aufwendungen der Privatklägerschaft

Art. 434 Schaden der Privatklägerschaft und Dritter

¹Die Privatklägerschaft und Dritte haben Anspruch auf angemessenen Ersatz ihres nicht auf andere Weise gedeckten Schadens sowie auf Genugtuung, wenn sie durch Verfahrenshandlungen oder bei der Unterstützung von Strafbehörden Schaden erlitten haben. Artikel 433 Absatz 2 ist sinngemäss anwendbar.

14. Art. 30 Abs. 3 OHG geht als *Lex specialis* Art. 135 Abs. 4 und 138 Abs. 1 StPO vor (BGE 141 IV 262)

Die in Art. 30 Abs. 3 OHG vorgesehene Befreiung des Opfers und seiner Angehörigen von der Pflicht, die Kosten für einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zurückzuerstatten, gilt gemäss Bundesgericht auch im Rahmen eines Straf- und/oder Zivilverfahrens gegen die Täterschaft. Diese Rechtsprechung ist ins Gesetz zu überführen, da es in der Praxis immer wieder zu Fällen kommt, in denen der genannte Gerichtsentscheid der zuständigen Inkassobehörde nicht bekannt ist. Die Befreiung von der Kostenrückerstattungspflicht soll auch für das Rechtsmittelverfahren gelten, auch wenn BGE 143 IV 154 den Vorrang von Art. 30 Abs. 3 OHG auf das strafprozessuale Untersuchungs- und erstinstanzliche Gerichtsverfahren beschränken will. Der Entscheid wurde von der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts gefällt und steht im Widerspruch zum Geist der Entscheide der für die Beurteilung von opferhilferechtlichen Beschwerden zuständigen öffentlich-rechtlichen Abteilung, wonach für die Gewährung von Opferhilfe entscheidend ist, ob im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Hilfe (hier anwaltliche Unterstützung) von einer Opferstellung auszugehen war, auch wenn es nachträglich zu einem Freispruch kommt (vgl. BGE 125 II 265, E. 2c/bb, BGE 134 II 33, E. 5.4, Urteil des Bundesgerichts 1C_348/212 vom 8. Mai 2013, E. 2.4). Gerade bei Vier-Augen-Delikten muss es dem Opfer ohne Kostenrisiko möglich sein, einen «in dubio pro reo»-Freispruch an die nächsthöhere Instanz weiterzuziehen.

Um Rechtssicherheit zu schaffen, ist in Art. 138 StPO zu verankern, dass Opfer und ihre Angehörigen, denen die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, über alle Instanzen von der Rückerstattungspflicht – sowohl für die Kosten für die unentgeltliche Rechtsverbeiständung als auch für die Verfahrenskosten – befreit sind.

Ganz allgemein sollte das Kostenrisiko für das Opfer und seine Angehörigen minimiert werden, damit sie sich nicht dadurch abhalten lassen, ihre Rechte im Strafverfahren auszuüben. Ihnen sollen daher nur Verfahrenskosten auferlegt werden können, wenn sie die Einleitung des Verfahrens mutwillig oder grob fahrlässig bewirkt oder dessen Durchführung erschwert haben.

IV. Personelle, organisatorische und finanzielle Auswirkungen auf den Kanton

1. Dem Erläuternden Bericht ist zu entnehmen, dass einige der vorgeschlagenen Änderungen für die Kantone zu Mehraufwand führen dürften, andere dagegen zu Entlastungen (S. 61). Die Ausführungen zu den finanziellen Auswirkungen der Vorlage auf Kantone und Gemeinden sind jedoch eher dürftig. So wird im Erläuternden Bericht ausdrücklich offengelassen, ob die vorgeschlagenen Änderungen insgesamt zu einer Mehr- oder Minderbelastung oder zu gar keiner Veränderung führen. Wir ersuchen Sie daher, die finanziellen Auswirkungen in der Botschaft näher darzulegen.

2. An Entlastungen werden im Erläuternden Bericht die Vereinfachung des Abwesenheitsverfahrens und die Möglichkeit der Aufzeichnung von Einvernahmen anstelle der laufenden Protokollierung genannt. Wir bezweifeln, dass die vermehrte technische Aufzeichnung von Einvernahmen mit Erstellung eines sinngemässen Protokolls zu einer merklichen Entlastung führen würde. Des Weiteren wird im Erläuternden Bericht ausgeführt, die ausnahmslose Beachtung des Grundsatzes der «doppelten Instanz» könne bei den Staatsanwaltschaften zu Minderaufwand und damit Entlastung führen, sofern die Erhebung einer Be-



schwerde vor einer kantonalen Instanz weniger aufwendig sei als vor dem Bundesgericht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Beschwerde in gleicher Sache weniger aufwendig sein soll, wenn sie statt für das Bundesgericht für die kantonale Beschwerdeinstanz ausgearbeitet wird. Abgesehen davon erhöht sich durch die umfassende Gewährleistung des Grundsatzes der «doppelten Instanz» die Belastung der Gerichte.

Umgekehrt wird zwar anerkannt, dass die Pflicht zur Einvernahme der beschuldigten Person im Strafbefehlsverfahren bei den Staatsanwaltschaften zu Mehraufwand führen dürfte. Wenn aber weiter ausgeführt wird, die neue Regelung kodifiziere lediglich die Praxis einiger Kantone, so gehört der Kanton Zürich nicht zu diesen Kantonen. Die Vorschläge zum Strafbefehlsverfahren (Einvernahmepflicht, Pflicht zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens bei sich am Verfahren beteiligten Opfern, Erweiterung der Kompetenz zum Entscheid über Zivilansprüche, Anzeige des Verfahrensabschlusses und Fristansetzung für Beweisangebote auch im Strafbefehlsverfahren) würden, auch wenn nicht alle Strafbefehlsverfahren davon betroffen wären, zu einer erheblichen ressourcenmässigen Mehrbelastung der Staatsanwaltschaften im Kanton Zürich und der Übertretungsstrafbehörden führen. Einen finanziellen Mehraufwand verursachen wird auch die mit Art. 136 Abs. 1^{bis} VE-StPO geschaffene Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege für das Opfer zur Durchsetzung seiner Strafklage.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin,
die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:

Die Staatsschreiberin:

Markus Kägi

Dr. Kathrin Arioli

