



ASSOCIATION  
POUR LA  
JUSTICE  
RESTAURATIVE  
EN SUISSE

A

Camille Perrier Depeursinge  
Av. de Cour 105  
CH-1007 Lausanne  
ajures@bluewin.ch

**Madame la Conseillère  
fédérale**  
**Simonetta Sommaruga**  
Cheffe du Département fédéral  
de justice et police (DFJP)  
Palais fédéral ouest  
CH-3003 Berne

Lausanne, le 9 mars 2018

**Projet de révision du CPP – Introduction de la justice restaurative**

Madame la Conseillère fédérale,

Au nom de l'Association pour la Justice Restaurative en Suisse (AJURES), nous faisons suite à la mise en consultation de l'avant-projet de révision du CPP et nous référons en grande partie à notre courrier du 20 mai 2017 et à son annexe, qui sont joints à la présente.

Nous regrettons vivement que l'avant-projet ne contienne aucune disposition en faveur de la justice restaurative. Nous pensons que l'introduction d'une disposition telle que celle que nous avons proposée le 20 mai 2017 serait particulièrement indiquée, notamment pour les motifs suivants :

**1. La justice restaurative est déjà prévue en Suisse et en étendre le champ d'application serait aisément et peu coûteux**

Le droit suisse prévoit la médiation pénale dans le cadre de la Procédure pénale applicable aux mineurs (art. 17 PPMIn). Il suffirait d'inclure un relais dans le Code de procédure pénale pour les adultes afin que les victimes d'auteurs majeurs puissent également avoir accès à un tel processus. Le coût de l'implémentation pour les cantons serait quasi-nul puisque les structures et les lois d'application sont déjà en place pour les mineurs.

En outre, la proposition de disposition tient compte du fait que, pour les auteurs majeurs, une sanction peut également se révéler nécessaire ; au contraire du droit pénal des mineurs, les autorités pénales ne seraient pas obligées de tenir compte d'un processus de justice restaurative qui a abouti mais pourraient le faire et dans la mesure qu'elles estiment juste.

**2. La justice restaurative fait baisser les coûts de la justice en réduisant le taux de récidive des auteurs**

En plus de réduire le taux de récidive des auteurs d'infractions (baisse de l'ordre de 7%, comme démontré dans le document joint), la justice restaurative permet de réduire significativement les coûts de la justice. Une étude récente a démontré que chaque unité monétaire investie dans un processus de justice restaurative permettait des économies de

3,70 au moins de cette même unité et jusqu'à 8,10 selon les études, en coût de récidive économisé<sup>1</sup>.

### **3. Elle répond aux besoins des victimes et des proches touchés par une infraction**

Comme développé dans le document joint, la justice restaurative permet de tenir compte des besoins des victimes, soit d'être reconnues, écoutées et entendues, ainsi que d'obtenir des réponses à leurs questions, voire de recevoir des excuses. Introduire la justice restaurative en droit suisse des adultes donnerait ainsi plus de droits aux victimes.

Les études citées dans le document joint démontrent que la justice restaurative (sous forme de conférence de groupe, de dialogue restauratif, de médiation ou d'autres processus) donne de très bons résultats en termes de satisfaction des victimes, de réduction du syndrome de stress post-traumatique et d'obtention d'excuses ou d'indemnité.

### **4. La justice restaurative est plébiscitée par les Nations Unies, le Conseil de l'Europe, l'Union Européenne et de très nombreux États européens.**

Enfin, nous nous permettons de rappeler que la Justice restaurative est recommandée par le Conseil de l'Europe depuis dix-neuf ans<sup>2</sup>, par l'Union Européenne depuis dix-sept ans<sup>3</sup> et par les Nations Unies depuis seize ans<sup>4</sup>. Suivant ces recommandations, de nombreux Etats Européens ont introduit une base légale en faveur de la Justice restaurative ainsi que des programmes qui la mettent en œuvre. Le retard important de la Suisse doit être comblé au plus vite.

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre respectueuse considération.

Pour l'AJURES

Camille Perrier Depeuisinge, présidente

Annexes : ment.

<sup>1</sup> Lawrence W. Sherman, Heather Strang, Evan Mayo-Wilson, Daniel J. Woods, Barak Ariel, Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review; Journal of Quantitative Criminology, March 2015, Volume 31, Issue 1, pp 1–24.

<sup>2</sup> Recommandation n° R (99) 19 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la médiation en matière pénale, adoptée par le Comité des Ministres le 15 septembre 1999, lors de la 679e réunion des Délégués des Ministres

<sup>3</sup> Décision-cadre 2001/220/JAI relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, en particulier son article 10 intitulé «Médiation pénale dans le cadre de la procédure pénale » (Journal officiel no L 082 du 22/03/2001, 1–4).

<sup>4</sup> [http://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime\\_Resolutions/2000-2009/2002/ECOSOC/Resolution\\_2002-12.pdf](http://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/2000-2009/2002/ECOSOC/Resolution_2002-12.pdf).



ASSOCIATION  
POUR LA  
JUSTICE  
RESTAURATIVE  
EN SUISSE

A

Camille Perrier Depeursinge  
Av. de Cour 105  
CH-1007 Lausanne  
ajures@bluewin.ch

**Madame la Conseillère  
fédérale**  
**Simonetta Sommaruga**  
Cheffe du Département  
fédéral de justice et police  
(DFJP)  
Palais fédéral ouest  
CH-3003 Berne

Lausanne, le 20 mai 2017

### **Projet de révision du CPP – Introduction de la justice restaurative**

Madame la Conseillère fédérale,

Au nom de l'Association pour la Justice Restaurative en Suisse (AJURES), nous nous permettons respectueusement de suggérer l'introduction d'une nouvelle disposition dans le Code de procédure pénale suisse (CPP) permettant aux parties d'avoir accès à un processus de justice restaurative, telle que la médiation pénale.

Vous trouverez ci-joint un dossier complet, comprenant en particulier une proposition de nouvelle disposition (art. 316a CPP) ainsi qu'un exposé des motifs.

Le CPP étant en passe d'être révisé, le moment est idéal pour introduire, à l'instar de nos voisins européens (France, Belgique, Allemagne, Autriche, etc.), une base légale en faveur la justice restaurative en droit suisse. La Suisse accuse un retard important à cet égard que vous avez l'opportunité de combler.

En termes de politique pénale, l'intérêt est évident. De nombreuses études ont démontré la capacité de la justice restaurative à répondre aux besoins des victimes et à responsabiliser les auteurs d'infraction, en réduisant significativement le taux de récidive.

Dans l'éventualité où vous souhaiteriez nous rencontrer, nous nous tenons bien entendu à votre disposition et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre respectueuse considération.

Pour l'AJURES

Camille Perrier Depeursinge, présidente

Annexe : ment.

# Justice restaurative en Suisse

Introduction dans le CPP d'une base légale permettant la mise en œuvre volontaire de processus de justice restaurative, tels que la médiation pénale.

Dans le présent document, l'AJURES propose un nouvel article 316a CPP, visant à introduire en droit Suisse une disposition servant de base légale à la justice restaurative. La justice restaurative et l'un des processus qui la met en œuvre, à savoir la médiation pénale, seront ensuite définis. On résumera également les bénéfices de la justice restaurative, démontrés par la recherche. Enfin, l'AJURES (Association pour la justice restaurative en Suisse) et les projets concrets que cette association développe actuellement en Suisse romande seront présentés.

## Table des matières

<b>Introduction de la justice restaurative en droit suisse .....</b>	<b>2</b>
Proposition de nouvelle disposition dans le CPP .....	2
Exposé des motifs de la proposition .....	3
<i>La justice restaurative en général.....</i>	3
<i>Les processus de justice restaurative, en particulier la médiation pénale .....</i>	4
<i>Les résultats de la justice restaurative.....</i>	6
Satisfaction et réparation des victimes et des auteurs d'infractions .....	6
Baisse de la récidive des auteurs.....	7
<i>La justice restaurative en Suisse .....</i>	7
<i>Commentaire de la proposition législative .....</i>	9
Art. 316a al. 1 : Introduction de la justice restaurative .....	9
Art. 316a al. 2 : définition de la justice restaurative .....	9
Art. 316a al. 3 : Le médiateur .....	9
Art. 316a al. 4 : Confidentialité du processus.....	10
Art. 316a al. 5 : Conséquence d'un processus de justice restaurative .....	10
Modifications des autres dispositions du CPP et du CP .....	10
<b>L'AJURES .....</b>	<b>11</b>
L'association.....	11
Les projets de l'AJURES .....	11
<i>Médiation carcérale.....</i>	11
<i>Médiation post-sentencelle.....</i>	12
<i>Introduction d'une base légale à la justice restaurative .....</i>	12

## Introduction de la justice restaurative en droit suisse

Proposition de nouvelle disposition dans le CPP

### **Art. 316a Justice restaurative**

<sup>1</sup> A tous les stades de la procédure, le lésé et le prévenu d'une infraction peuvent demander ou se voir proposer un processus de justice restaurative.

<sup>2</sup> Un processus de justice restaurative, telle la médiation pénale, est un processus permettant au(x) lésé(s) et au(x) prévenu(s) de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et en particulier à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Un tel processus ne peut intervenir qu'avec le consentement éclairé des parties.

<sup>3</sup> Le processus est mis en œuvre par un médiateur, soit un tiers indépendant des autorités pénales, impartial et formé à cet effet.

<sup>4</sup> Le processus de justice restaurative est confidentiel, sauf accord contraire des parties.

<sup>5</sup> Les autorités pénales peuvent tenir compte du résultat d'un processus de justice restaurative qui a abouti.

Afin de respecter la systématique du Code, d'autre dispositions sont à modifier :

### **Art. 171 Droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel**

<sup>1</sup> Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs, notaires, médiateurs, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci.

### **Art. 314, al. 1 let. c**

lorsque l'affaire fait l'objet d'une procédure de conciliation ou de justice restaurative dont il paraît indiqué d'attendre la fin;

### **Avant art. 316**

Section 3 Conciliation et processus de justice restaurative

### **Art. 319 al. 1bis**

Il peut, en outre, classer tout ou partie de la procédure, lorsqu'un processus de justice restaurative a eu une issue positive.

### **Art. 422 al. 2 let. a bis**

les frais d'un processus de justice restaurative;

### **Art. 426 al. 4**

Les frais du processus de justice restaurative et de l'assistance judiciaire gratuite de la partie plaignante ne peuvent être mis à la charge du prévenu que si celui-ci bénéficie d'une bonne situation financière.

#### Art. 427 al. 3

Si le plaignant retire sa plainte au cours d'une tentative de conciliation du ministère public ou si un classement intervient suite à un processus de justice restaurative, la Confédération ou le canton supportent en règle générale les frais de procédure.

Afin d'assurer la protection du secret professionnel, le Code pénal doit être modifié

#### Art. 321 ch. 1

1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médiateurs, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

### Exposé des motifs de la proposition

#### La justice restaurative en général

La justice restaurative<sup>1</sup> est un modèle de justice qui considère **l'infraction pénale comme un évènement qui cause des dommages** aux personnes, aux relations et aux biens, et se donne pour objectif de **réparer** ces dommages. La justice restaurative vise ainsi la reconstruction de la victime ou du lésé, la responsabilisation de l'auteur, aussi bien que la prévention de la récidive. Dans un processus de justice restaurative, toutes les personnes touchées par une infraction ont l'occasion de discuter du mal qui a été fait et de ce qui doit être entrepris pour réparer ce mal, pour empêcher qu'il ne se reproduise et pour répondre aux besoins issus de l'infraction<sup>2</sup>. La justice restaurative donne ainsi aux personnes directement touchées par l'infraction un rôle actif. Dans le cas des victimes notamment, cela peut donc leur permettre de sortir de la passivité et du sentiment d'impuissance souvent ressenti lors de l'infraction subie.

Pour la victime d'une infraction, la confrontation aux procédures judiciaires est souvent décevante : elle génère de l'incompréhension et laisse beaucoup de questions ouvertes. Si la

<sup>1</sup> Les termes *restauratrice*, *restaurative* et *réparatrice* sont souvent considérés comme des synonymes. Ils sont tous traduction des termes anglais « Restorative Justice ».

<sup>2</sup> Ces éléments de définition sont tirés de BRAITHWAITE JOHN, Building Legitimacy Through Restorative Justice, in : Tom R. Tyler (éd.) Legitimacy and Criminal Justice : International Perspectives, New York 2007, pp 146 ss, 148 : « *Restorative justice is a process that takes values such as healing, apology, and forgiveness seriously, as well as practical prevention of recurrence, as it seeks to restore victims, restore offenders, and restore communities. It is a process where all the stakeholders in a crime have the opportunity to discuss what harm has been done and what needs to be done to repair that harm, prevent it from happening again, and meet the needs of the stakeholders. Often, both victims and offenders are supported by loved ones who assist them to identify their hurts, their needs, and the remedies they are able to offer* ».

peine infligée par la justice peut apaiser la victime, elle lui paraît la plupart du temps insuffisante au regard de sa propre souffrance. De plus, la victime ressent le besoin d'être écoutée, de comprendre et d'être reconnue, ce qui n'est pas toujours suffisamment pris en compte dans un procès pénal, où sa place est restreinte.

La justice restaurative ouvre un espace sécurisé, préparé, dans lequel la victime peut entrer (sur sa demande ou au minimum avec son accord) et être entendue. Elle peut y exprimer son vécu traumatisque, ses questions, le sens à donner aux événements, le chemin sur lequel elle se trouve ou ses besoins, pour entrer dans un processus de guérison.

Comparée à la justice criminelle, ou ***justice du glaive***, qui tranche le litige de manière à rééquilibrer les positions des parties, on peut voir la justice restaurative comme la ***justice de l'aiguille***, qui tente de recoudre le tissu social déchiré par la commission de l'infraction. La comparaison et la complémentarité entre la justice pénale rétributive et la justice restaurative se résument comme suit<sup>3</sup> :

Justice criminelle	Justice restaurative
L'infraction est définie comme une <b>atteinte à l'Etat</b> et à ses lois.	L'infraction est considérée comme une <b>atteinte à des personnes, des biens et des relations</b> .
La justice se concentre sur l'établissement de la <b>faute</b> .	La justice s'efforce d'identifier des <b>besoins</b> .
Afin de mesurer la <b>peine</b> à infliger.	Afin de trouver un <b>remède</b> à la situation.
La peine vise à <b>dissuader l'auteur</b> de commettre de nouvelles infractions ; la communauté n'est pas impliquée.	La réparation vise la <b>réintégration</b> de l'auteur et de la victime dans la communauté ; on <b>restaure les liens</b> en réparant le tissu social.
La justice est recherchée au cours d'un <b>duel</b> entre adversaires...	La justice encourage le <b>dialogue</b> et l'accord mutuel...
...opposant <b>le prévenu à l'Etat</b> , représenté par le Ministère public.	...et donne à <b>la victime et à l'auteur</b> un rôle central.

Les processus de justice restaurative, en particulier la médiation pénale

Le **Conseil économique et social des Nations Unies**, dans sa Résolution 2002/12 du 24 juillet 2002<sup>4</sup> décrit les programmes de justice restaurative comme tout processus dans lequel la **victime et le délinquant** et, lorsqu'il y a lieu, toute autre personne ou tout autre membre de

<sup>3</sup> V. également ZEHR HOWARD, *Changing lenses : A new focus for crime and justice*, 3<sup>ème</sup> éd., Scottdale 2005 (première édition : 1990) p. 211

<sup>4</sup> Disponible sous le lien suivant : [http://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime\\_Resolutions/2000-2009/2002/ECOSOC/Resolution\\_2002-12.pdf](http://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/2000-2009/2002/ECOSOC/Resolution_2002-12.pdf).

la communauté subissant les conséquences d'une infraction **participant ensemble activement à la résolution** des problèmes découlant de cette infraction, généralement avec l'aide d'un **facilitateur**<sup>5</sup>. Les processus de réparation peuvent englober la médiation, le forum de discussion [conferencing]<sup>6</sup> et le conseil de détermination de la peine [sentencing circle]<sup>7</sup>.

En particulier, la **médiation pénale** consiste à proposer, organiser et encadrer un **échange, voire une rencontre, entre le lésé d'une infraction pénale et l'auteur de cette infraction**. La médiation a lieu uniquement lorsque les deux parties y ont donné leur **consentement** et s'impliquent volontairement dans le processus. La médiation vise à permettre aux parties de donner, ensemble, un sens au délit commis ainsi qu'à définir elles-mêmes les actions nécessaires à la réparation du dommage. Les parties ont ainsi un rôle central. L'échange est **encadré par une tierce personne – le médiateur** – neutre, extérieure au conflit et ne faisant pas partie de l'appareil judiciaire. Seule une telle configuration permet en effet d'offrir un cadre propice à la communication, dans une relation horizontale. En outre, la médiation est confidentielle, à moins que les parties ne souhaitent ensemble communiquer à un tiers sur la médiation.

La justice restaurative offre l'avantage de répondre particulièrement efficacement à deux impératifs de la justice criminelle, à savoir la **reconnaissance du statut et des besoins de la victime** ainsi que la **responsabilisation de l'auteur de l'infraction**. En étant confronté à la victime, l'auteur a en effet la possibilité de prendre acte et de mesurer le tort commis ainsi que d'assumer la responsabilité des conséquences engendrées par l'infraction. Face à l'auteur, la victime a de son côté la possibilité d'exprimer sa souffrance, ses questions, l'incompréhension suscitée par les torts qu'elle a subis, ses besoins pour se reconstruire, etc. Elle peut ainsi reprendre un rôle actif qui l'aidera à se reconstruire, si besoin, et sortir de ce statut de victime. En effet, la procédure pénale usuelle laisse souvent la victime et/ou l'auteur avec le sentiment de ne pas avoir été assez écouté(e) et reconnu(e), de ne pas avoir pu pardonner, ou être pardonné, de ne pas avoir compris les motivations qui ont conduit au délit, ou de ne pas avoir pu exprimer son ressenti à la suite des événements<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Le terme de facilitateur est un terme générique englobant tout tiers indépendant et impartial dont la fonction est d'assurer le bon déroulement d'un processus de justice restaurative, comme l'est le médiateur dans un processus de médiation ou le gardien du cercle (*circle keeper*) dans un cercle de sentence.

<sup>6</sup> Le forum de discussion (*family group conferencing*) consiste en une rencontre entre les auteurs, les victimes, leurs familles et/ou les personnes de soutien proches des parties, ainsi qu'avec tout représentant de la Communauté qui pourrait apporter une aide à la résolution du conflit (policier, assistant social, spécialiste en addictions, etc.). Le but est de soutenir les auteurs alors qu'ils prennent leurs responsabilités et changent leur comportement ; de donner à leurs familles la possibilité de jouer un rôle actif et de prendre en compte les besoins des victimes.

<sup>7</sup> Le conseil de détermination de la peine (*sentencing circle*) ressemble au processus du conferencing, mais implique en outre un juge ou un procureur. L'accent est mis sur le dialogue ; les participants étant placés en cercle. L'objectif est de trouver un accord sur la réparation et l'éventuelle sanction à donner à la suite de l'infraction.

<sup>8</sup> Voir, sur cette question, LANGUIN NOËLLE / ROBERT CHRISTIAN-NILS, Quel rôle pour la victime dans le procès pénal ?, Plaidoyer 2008 n° 3, p. 56 ss.

Un processus de justice restaurative peut avoir lieu à **n'importe quelle étape de la procédure pénale**, avant ou après jugement. Souvent, les programmes de médiation s'inscrivent dans un processus de diversion judiciaire, c'est-à-dire qu'ils interviennent en phase pré-sentencielle, avec parfois le but d'influencer le résultat de la procédure pénale<sup>9</sup>. Les programmes qui s'inscrivent en marge de la procédure pénale sont plus rares, mais sont également envisageables (par exemple en phase d'exécution de peine).

### Les résultats de la justice restaurative

De nombreuses recherches ont été menées, principalement dans le monde anglo-saxon, afin d'évaluer la justice restaurative et de la comparer avec la justice criminelle. Les conclusions sont sans appel : la Justice restaurative répond mieux aux attentes et aux besoins des justiciables que la justice criminelle. Elle va même jusqu'à réduire le taux de récidive des auteurs d'infractions.

#### *Satisfaction et réparation des victimes et des auteurs d'infractions*

Les victimes expriment presque toujours les deux mêmes **motivations** quant à leur participation à un processus de justice restaurative : Besoin de compréhension des circonstances de l'infraction et besoin de partager les conséquences du crime pour amener l'auteur à réaliser l'ampleur de ces conséquences<sup>10</sup>.

Les victimes sont également toujours **très majoritairement satisfaites** des processus de justice restaurative, qu'elles perçoivent comme « juste »<sup>11</sup>. En cas de comparaison avec la justice criminelle, les victimes montrent **toujours un taux de satisfaction plus élevé** après un processus de justice restaurative qu'après un procès pénal<sup>12</sup>.

La justice restaurative est particulièrement bénéfique **en cas de crimes graves**. La recherche a prouvé que les victimes ont effectivement l'occasion de comprendre les circonstances du

---

<sup>9</sup> PELIKAN C., TRENCZENK T., Victim offender mediation and restorative justice: The European landscape, in D. Sullivan, L. Tiffet, éds., *Handbook of restorative justice: A global perspective*, Abingdon, UK: Routledge, 63-90, 2008.

<sup>10</sup> UMBREIT/Vos/COATES/BROWN, Facilitated dialogue on death row: family members of murder victims and inmates share their experiences. In : Acker, J./Karp, D. *Wounds that do not bind: victim-based perspectives on the death penalty*, 2006, Carolina Academic Press, Chapter 18, p. 349-375; GUSTAFSON, Exploring Treatment and Trauma recovery Implications of Facilitating Victim-Offender Encounters in Crimes of Severe Violence: Lessons From the Canadian Experience, in, Elliott, E. And Gordon, R. (Eds.), *New Directions in Restorative Justice: Issues, Practice, Evaluation*, 2004, p. 193-227 ; UMBREIT/BRADSHAW/COATES, Victims of Severe Violence in Dialogue with the Offender: Key Principles, Practices, Outcomes and Implications, In Weitekamp, G.M./Kerner, H. (Eds.), *Restorative Justice in Context: International Practice and Directions*, 2003, Wilan Publishing, p. 123-144.; WHITE, *Hope in process: a qualitative study of victim-offender mediation/dialogue in Texas*, 2001, The University of Texas.

<sup>11</sup> SHERMAN L., STRANG H., *Restorative justice: the evidence*, The Smith Institute, Londres 2007, p. 62ss.

<sup>12</sup> Au cours d'une médiation en effet, les victimes obtiennent des informations sur l'acte, le sentiment d'avoir été écoutées et reconnues comme victimes et l'impression d'avoir repris le contrôle de leur vie en réglant elles-mêmes le conflit : v. VAN CAMP T., WEMMERS J.-A., *Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice*.

crime et d'obtenir une reconnaissance de leurs souffrances. Elles expriment même un sentiment de libération et ne regrettent pas leur participation<sup>13</sup>.

Enfin, une étude a démontré que les victimes ayant participé à un processus de justice restaurative présentent un **score plus faible** à des tests mesurant le **stress post traumatique** que celles n'y ayant pas eu accès. En outre, les victimes que l'infraction a traumatisées retournent significativement plus rapidement travailler si elles ont pris part à un programme de justice restaurative que si elles n'ont vécu qu'un procès criminel<sup>14</sup>.

Les **prévenus** souhaitent participer à un processus de justice restaurative pour, d'une part, exprimer leurs regrets et s'excuser auprès de leur victime et l'aider dans son processus de guérison, et d'autre part, pour favoriser leur propre réhabilitation et expliquer les circonstances de l'acte et leur parcours de vie. Le taux de **satisfaction** des auteurs d'infraction qui participent au processus est extrêmement élevé (entre 80 et 97%, suivant les études)<sup>15</sup>. De même, le sentiment de justice est ressenti par plus de 80% des auteurs<sup>16</sup>.

#### *Baisse de la récidive des auteurs*

La participation à un processus de justice restaurative **réduit significativement le risque de récidive** de l'auteur.

Une méta-analyse, combinant les résultats de 25 études effectuées à travers le monde et concernant au total 4741 auteurs d'infraction, a montré que le passage par un processus de justice réparatrice réduisait la récidive de façon systématique, lorsque l'infraction en cause était une infraction violente (non une simple infraction contre la propriété)<sup>17</sup>. Une méta-analyse plus récente, datée de 2013 et basée sur 10 études impliquant 1879 auteurs d'infraction, a mis en évidence une baisse systématique du taux de récidive **variant de 7% à 45%** suivant les diverses études reprises dans l'analyse<sup>18</sup>.

#### *La justice restaurative en Suisse*

Il n'existe aucune base légale au niveau fédéral qui permette, même sur une base purement volontaire, aux justiciables d'avoir accès à la justice restaurative et aux bénéfices exposés ci-dessus – du moins lorsque le prévenu est un adulte<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> CHARRETTE-DUCHESNEAU SARA-EVE, L'expérience des victimes et du médiateur impliqués dans un processus de médiation pour des crimes « graves » au Québec, Université de Montréal, 2009, p. 174ss.

<sup>14</sup> ANGEL CAROLINE M., Crime victims meet their offenders: Testing the impact of restorative justice conferences on victims' post-traumatic stress symptoms (January 1, 2005).

<sup>15</sup> UMBREIT MARK S., The Handbook of Victim Offender Mediation, San Francisco 2001, p. 164ss.

<sup>16</sup> UMBREIT MARK S., The Handbook of Victim Offender Mediation, San Francisco 2001, p. 167.

<sup>17</sup> SHERMAN L.W., STRANG H., Restorative Justice : The Evidence, London 2007, p. 68ss.

<sup>18</sup> STRANG H., SHERMAN L.W., MAYO-WILSON E., WOODS D., ARIEL B., Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review, Campbell Systematic Reviews 2013:12.

<sup>19</sup> Notons toutefois que la médiation pénale est possible en procédure pénale des mineurs (art. 17 PPMIn).

La médiation pénale est cependant plébiscitée par le Conseil de l'Europe depuis 1999<sup>20</sup>. Depuis 2002, les Nations Unies reconnaissent la justice restaurative<sup>21</sup>, comme mouvement englobant la médiation pénale, et la recommandent depuis 2016 à tous ses Etats membres<sup>22</sup>. En particulier, la France a introduit en 2014 une disposition introduisant la justice restaurative dans le Code de procédure pénale<sup>23</sup>, étant précisé que depuis 1993 déjà, le droit français permet l'usage de la médiation en droit pénal des adultes<sup>24</sup>. L'Allemagne connaît depuis 1994 une disposition qui prévoit un processus de justice restaurative pour les adultes : le Täter-Opfer-Ausgleich<sup>25</sup>.

La Suisse a introduit en 2007, et uniquement en droit pénal des mineurs, la médiation pénale (art. 8 aDPMIn). Entre décembre 2005 et l'automne 2007, l'introduction de la médiation pénale pour les adultes fut âprement débattue devant les chambres fédérales. Elle a été finalement rejetée à une courte majorité, les parlementaires ayant invoqué les motifs suivants<sup>26</sup> :

- Le respect du fédéralisme, en refusant d'imposer la mise en place (et le coût) de la médiation pénale aux cantons et ;
- Le monopole de la Justice à l'Etat, rendant prétendument impossible la médiation en cas d'infractions poursuivies d'office.

La proposition exposée ci-dessus tient compte de ces réticences en visant la seule introduction d'une base légale permettant **l'usage facultatif** de la justice restaurative (sous forme de médiation pénale) et le **respect du monopole de la justice à l'Etat**, en n'obligant jamais les juges à tenir compte du résultat du processus restauratif.

En outre, la Suisse dispose désormais d'un certain recul depuis l'introduction de la médiation pénale en faveur des mineurs. Les cantons qui ont fait un usage substantiel de ce processus de justice restaurative ont tous relevé les impacts positifs de la médiation, la satisfaction des

---

<sup>20</sup> V. Recommandation R (99) 19 du Conseil de l'Europe du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière pénale.

<sup>21</sup> ECOSOC, Resolution 2002/12 "Basic principles on the use of restorative justice programs in criminal matters ».

<sup>22</sup> ECOSOC, Resolution 2016/17 adoptée le 26 juillet 2016 " Restorative justice in criminal matters" selon laquelle, point 3, le Conseil « Encourage les États Membres à faciliter, selon qu'il conviendra, les processus de justice réparatrice, conformément au droit national, y compris en mettant en place des procédures ou lignes directrices concernant les conditions d'accès à ces services ».

<sup>23</sup> Art. L 10-1 du Code de procédure pénale.

<sup>24</sup> Art. L 41-1 du Code de procédure pénale français.

<sup>25</sup> Art. 46a du Code pénal allemand, complété en 1999 par des dispositions du Code de procédure pénale allemand : art. 153a, 155a et 155b.

<sup>26</sup> V. FALLER CATHERINE, Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse: de son introduction à sa suppression, RPS 2009/1, p. 18ss.

parties, l'importance pour l'auteur d'être mis face aux conséquences du délit et le rôle éducatif du processus<sup>27</sup>.

#### Commentaire de la proposition législative

##### *Art. 316a al. 1 : Introduction de la justice restaurative*

Le premier alinéa de la disposition indique d'emblée que le processus de justice restaurative est une possibilité (*Kannvorschrift*). L'une ou l'autre des parties peut demander un processus de justice restaurative, sans y avoir droit. Les cantons ne sont ainsi pas obligés de mettre en place une offre de processus de justice restaurative. En revanche, si certains cantons décident de laisser cette possibilité ouverte aux parties, ces dernières pourraient y avoir accès. En outre, la proposition envisage que autorités pénales puissent proposer un tel processus aux parties, pour autant que le cas leur semble s'y prêter. On souligne qu'il ne s'agit que d'une proposition, que les parties sont libres de refuser, leur consentement étant expressément réservé (art. 316a al. 2 CPP).

##### *Art. 316a al. 2 : définition de la justice restaurative*

Le second alinéa définit les processus de justice restaurative. La définition est large, de sorte qu'elle pourrait inclure d'autres processus de justice restaurative et non uniquement la médiation pénale. La définition proposée respecte cependant les principes fondamentaux de la justice restaurative, en insistant sur la participation active des parties et l'objectif de réparation des préjudices de toute nature résultant de l'infraction.

En particulier, il serait possible d'envisager d'autres processus de justice restaurative, telles que les conférences de groupe familial (qui impliquent les proches des parties), la médiation carcérale (qui intervient en exécution de peine) ou le dialogue restauratif<sup>28</sup>.

En outre, le consentement des parties est expressément réservé, étant entendu que ce consentement doit être « éclairé ». Cela suppose que les parties soient informées sur le processus et sa portée. L'information devrait leur être donnée par le médiateur, une fois la proposition faite par les autorités pénales, selon l'alinéa 1<sup>er</sup>. C'est donc le médiateur qui recueillera le consentement éclairé des parties, les autorités pénales n'ayant qu'à suggérer cette possibilité, à l'instar de ce qui se pratique actuellement en procédure civile, spécialement en droit de la famille.

##### *Art. 316a al. 3 : Le médiateur*

L'alinéa 3 précise que les processus de justice restaurative, quels qu'ils soient, seront mis en œuvre par un médiateur.

<sup>27</sup> Évaluation de l'efficacité du nouveau droit pénal des mineurs, Haute école spécialisée bernoise, Rapport du 8 mai 2012, p. 2 ; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/URS THALMANN/VEIO ZANOLINI, *Mediation im Strafrecht: Erfahrungen im Kanton Zürich*, 2006.

<sup>28</sup> Dans un dialogue restauratif, des victimes et des auteurs sans relation les uns avec les autres se rencontrent pour discuter des effets du crime sur les individus et la communauté, le mal qui en résulte, ce que cela signifie d'accepter sa responsabilité et comment réparer. Il ne s'agit donc pas pour un auteur de rencontrer « sa » victime, mais plutôt une ou des victimes d'une infraction similaire. V. également les notes 6 et 7.

Aujourd’hui, la Suisse reconnaît le métier de médiateur, depuis l’introduction de la médiation pénale pour les mineurs et, surtout, des art. 213 à 218 CPC. Dans de nombreux cantons, il existe une liste des médiateurs agréés par les autorités judiciaires, qui ont ainsi vérifié les compétences des médiateurs. Il n’est donc pas nécessaire d’imposer aux cantons d’édicter des règles supplémentaires.

On souligne également que la Fédération Suisse des Association de Médiation (SDM-FSM) dispense le titre de « médiateur FSM », qui ne peut être obtenu que lorsque la formation et la pratique du médiateur donnent des garanties de qualité. En particulier, le médiateur FSM dispose d’une formation de 200 heures, dont 160 heures de cours et 40 heures de pratique supervisée. Sans faire du titre « médiateur FSM » une obligation, on attire l’attention des cantons sur la possibilité de se fier aux règles édictées par le milieu associatif.

#### *Art. 316a al. 4 : Confidentialité du processus*

Afin de permettre aux parties de s’exprimer librement, il est nécessaire de garantir la confidentialité du processus. Le prévenu pourra ainsi endosser pleinement la responsabilité de ses actes sans craindre de voir ses propos révélés aux autorités pénales.

Toutefois, les parties peuvent souhaiter communiquer aux autorités pénales le résultat du processus de justice restaurative ou, simplement, un élément issu du processus. Il est toutefois indispensable que les parties s'accordent sur le contenu de toute forme de communication.

#### *Art. 316a al. 5 : Conséquence d'un processus de justice restaurative*

La justice restaurative ne remplace en aucun cas la justice pénale ; en cas d’aboutissement, les processus mis en œuvre en application de l’art. 316a proposé n’entraîneraient ainsi ni le classement automatique de la procédure pénale ni même une réduction de la sanction. Les autorités pénales gardent ainsi la maîtrise de la procédure mais peuvent tenir compte du résultat du processus. Par exemple, en cas d'accord, les autorités pénales pourraient considérer que l'intérêt privé à la poursuite pénale s'est éteint, mais qu'il subsiste un intérêt public. La sanction éventuelle serait adaptée en conséquence.

Enfin, la proposition de disposition ne permet pas aux autorités pénales de tenir compte d'un processus de justice restaurative qui a échoué. L'« échec » peut en effet avoir des causes diverses et multiples (exigences trop élevées du lésé ; difficultés linguistiques des parties ; refus de la victime, etc.), de sorte que l'on ne saurait pénaliser le prévenu en lien avec l'échec.

#### *Modifications des autres dispositions du CPP et du CP*

Les modifications proposées assurent le respect du secret professionnel du médiateur, qui ne doit en aucun cas pouvoir être astreint à témoigner. Un processus de justice restaurative doit rester confidentiel, à l’unique exception de ce que les parties auraient souhaité communiquer.

En outre, il est prévu d’insérer les frais de la médiation dans les frais de procédure, lesquels sont en règle générale supportés par le prévenu condamné, pour autant que sa situation financière le permette. En cas de non-paiement par le prévenu, la charge financière qui en résulterait ne doit pas être exagérée ; les médiateurs travaillent sur la base d'un tarif horaire

de l'ordre de 150 francs environ (140 francs à Neuchâtel) et, en moyenne, une médiation se tient sur une fourchette de deux à trois séances d'une heure à une heure et demie.

Enfin, la proposition de modification de l'art. 314 CPP offre la possibilité à la direction de la procédure de suspendre celle-ci si un processus de justice restaurative est engagé.

## L'AJURES

### L'association

L'AJURES (Association pour la Justice Restaurative en Suisse) a pour buts de promouvoir et développer en Suisse la justice restaurative en général ainsi que de mettre en œuvre des pratiques de justice restaurative, telle que la médiation pénale. Les statuts de l'association sont disponibles sur son site Internet, [www.ajures.ch](http://www.ajures.ch).

Le Comité de l'AJURES est formé de dix membres réunissant des compétences pointues en médiation pénale, à savoir :

- Mme Géraldine Bugnon, à Neuchâtel, docteure en sociologie, auteur d'une thèse sur les mesures de milieu ouvert dans le système de justice des mineurs au Brésil, évaluatrice du projet ;
- M. Gérard Demierre, médiateur pénal dans le Canton de Fribourg ;
- Mme Emmanuelle Granzotti, psychologue psychothérapeute FSP à Genève, spécialisée dans le suivi de détenus et de victimes ;
- Mme Catherine Jaccottet-Tissot, à Lausanne, docteure en droit, avocate de droit de la famille et médiatrice ;
- Mme Véronique Jaquier Erard, Maître assistante à l'Université de Neuchâtel, docteure en criminologie et psychologue, spécialiste des questions de victimologie, violences domestiques et violences sexuelles ;
- M. Jean-Marc Knobel, médiateur pénal dans le Canton de Vaud ;
- M. André Kuhn, professeur de droit pénal, procédure pénale, criminologie et modes amiables de résolution des conflits en matière pénale (MARC) à l'Université de Neuchâtel ;
- M. François Kohler, à Lausanne, juriste et cinéaste ;
- Mme Camille Perrier Depeursinge, docteure en droit, avocate à Lausanne et chargée de cours en Modes amiables de résolution des conflits en matière pénale (MARC) à l'Université de Lausanne, auteure d'une thèse sur la médiation en droit pénal suisse et ;
- M. Michel Schadt, pasteur et aumônier de prison dans le Canton de Vaud.

### Les projets de l'AJURES

#### Médiation carcérale

Depuis 2014, l'AJURES tente de mettre en place une offre de médiation dans le milieu pénitentiaire romand.

Trois cantons y ont montré de l'intérêt, soit les cantons de Genève, Valais et de Fribourg. Une collaboration est en cours à la prison de La Brenaz à Genève, ainsi qu'à Crételongue en Valais. Tous les intervenants soutiennent le projet de façon enthousiaste et regrettent que le projet n'en soit qu'à ses débuts. Un canton a abandonné le projet en invoquant l'absence de base légale de la médiation carcérale.

#### Médiation post-sentencielle

L'AJURES tente également de mettre en place des médiations pénales dans le cadre de la fondation vaudoise de probation. Les médiations proposées auraient lieu entre des détenus en liberté et leur ancienne victime, pour autant qu'elle le souhaite. Le projet a pris tout son sens depuis l'introduction de l'art. 92a CP (information de la victime, notamment sur la mise en liberté du détenu).

#### Introduction d'une base légale à la justice restaurative

Enfin, l'AJURES œuvre en faveur de l'introduction d'une base légale à la justice restaurative en Suisse. Outre le projet défendu dans ce document, l'introduction d'une base légale en droit de l'exécution des peines est à l'étude.

Ueli Arbenz

Bundesamt für Justiz  
Zu Handen von Frau Annemarie Gasser  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Winterthur, den 13. März 2018

## **Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383) - Vernehmlassung**

Sehr geehrte Damen und Herren

Obwohl ich nicht formell dazu eingeladen bin, gestatte ich mir mich zur Gesetzesvorlage vernehmen zu lassen. Ich habe mich beruflich während Jahrzehnten in verschiedenem Zusammenhang mit dem Strafrecht und der Strafprozessgesetzgebung auseinandergesetzt.

Die Revision ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Praxis hat gezeigt, dass die erste Eidgenössische Strafprozessordnung Mängel aufweist, die es rasch zu beheben gilt. Einerseits geht es darum, dass die Strafprozessordnung grundsätzlich die Abläufe eines fairen Verfahrens unter Respektierung der klar festzulegenden Rechte der aller Parteien so regeln soll, dass das materielle Strafrecht durchgesetzt werden kann, andererseits soll der Missbrauch der Justiz innerhalb des Verfahrens möglichst verhindert werden können.

Der Rechtsausbau darf allerdings nicht so weit gehen, dass Parteien und andere Verfahrensbeteiligte in ihren Freiheiten durch wohlmeinende Vorschriften beschränkt oder entmündigt werden oder gar unter Zwang geraten. Gewisse Tendenzen beim Ausbau von Rechten, die gleichzeitig zu Pflichten werden, zeigen, dass die in einem Verfahren beteiligten Menschen teils in unwürdiger Weise zu Statisten degradiert werden. Die ohnehin von allen Seiten (Parteien und ihren Vertretern, Aufsichtsbehörden, Rechtsmittelinstanzen, Medien, politischen Parteien) kontrollierten Strafbehörden wiederum werden zu unnötigen Formalien und Vorgehen gedrängt, die zu einem routinemässigen Handeln verleiten, und von der verantwortungsvollen und wirkungsorientierten Verfahrensführung ablenken. Die Verteidiger dagegen sind von keiner Seite kontrolliert. Die Aufsichtsbehörden wachen praktisch nur über wettbewerbsrechtliche Angelegenheiten und ein Aufdecken von im Hintergrund praktizierten Verfahrensverstössen oder gar strafrechtlich relevanter Beeinflussungen ist praktisch ausgeschlossen, genauso wie eine Nachprüfung des in den Honorarnoten verrechneten Aufwandes. Mit andern Worten: Anwälten wird in der Gesetzgebung faktisch das uneingeschränkte und nicht zu hinterfragende Vertrauen eingeräumt. In den meisten Fällen zu recht. Das Vertrauen verdienen allerdings auch die Mitarbeitenden der Strafbehörden, wobei man diesen von ihrer Stellung her noch eher vertrauen müsste, weil sie keine andern Interessen zu verfolgen haben, als unter Anwendung des Prozessrechtes die materielle Wahrheit zu erforschen und gestützt darauf Entscheide zu fällen. Bizarr erscheint deshalb,

amtlichen Verteidigern bei Freispruch oder Einstellung eine höhere Entschädigung zuzugestehen. Im Gegensatz dazu haben die Staatsanwälte ergebnisoffen zu untersuchen und erhalten keinen vom Ergebnis abhängigen Lohn.

Viel wichtiger als der Ausbau der Rechte ist allen Parteien erfahrungsgemäss ein zwar korrektes, aber rasches Verfahren. Die Parteien – und nicht ihre Vertreter – sollen und wollen verstehen, was und weshalb wie entschieden wurde. Damit die Strafverfahren ihre spezialpräventive Wirkung entfalten, sollen sich die beschuldigten Personen mit den Vorwürfen, den Folgen ihrer Tuns, den Auswirkungen für die Geschädigten, der Bedeutung der ausgesprochenen Strafe, dem Verfahrensabschluss und den Vollzugsfragen befassen, befassen müssen. Eine blosse Zustellung von Strafbefehlen auf dem Postweg, insbesondere an Fremdsprachige, erfüllt diese Anforderungen nicht. Solche Verfahren sind meist wirkungslos. Sie führen unter anderem dazu, dass verurteilte Personen nach kurzer Zeit nur noch wissen, wieviel sie zahlen mussten. Dabei nennen sie dann das Total von Bussen, Geldstrafen und Kosten. Die wahre Bedeutung der Verurteilung ist völlig an ihnen vorbeigegangen. Im Falle einer erneuten Straffälligkeit droht dann erneut eine Strafe mit bedingtem Vollzug, weil die beschuldigte Person wohl das Wesen des ersten bedingten Strafvollzugs noch nicht ganz begriffen habe. Der Hinweis der Strafbehörden auf das kaum zu bewältigende Massengeschäft, das eine rationelle Verfahrenserledigung nur im schriftlichen Verfahren ermögliche, geht an der Sache vorbei, denn es geht nicht primär um die möglichst rasche Abwicklung der Pendenzenliste, sondern um die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs gegenüber und mit den beschuldigten Personen. Allerdings sollen die prozessualen Vorschriften die Strafbehörden nicht mit unnötigen Formalitäten behindern. Zu diesen gehört auch der Versand schwer verständlicher oder inhaltsleerer Verfügungen oder der Erlass von Verfügungen, obwohl die betroffene Person die beabsichtigte und nur sie betreffende Massnahme verstanden hat und mit dem sofortigen Vollzug einverstanden ist (wie bei Hausdurchsuchung, Blut- und Urinproben, DNA-Wattenabstrich, DNA-Auswertung).

Es gilt zu vermeiden, dass das materielle Strafrecht stets ausgebaut, seine Durchsetzung indes laufend, praxisuntauglich und praxisfremd durch das Prozessrecht eingeschränkt wird. Das untergräbt das Vertrauen in den Staat und sein Gewaltmonopol und damit auch die ihm an sich zugesetzte Friedensfunktion.

Im Folgenden beschränke ich mich darauf, zu jenen Punkten Stellung zu nehmen, die die Strafverfolgung an sich erschweren oder deren Wirkung schmälern, unnötig formal sind oder beteiligte Personen beeinträchtigen. Diese Änderungen entwickeln die Strafprozessordnung in Richtung eines Verfahrens, das der Verwirklichung des materiellen Rechts, des Täter-/Opferausgleichs und der präventiven Wirkung der Strafverfolgung entgegensteht.

Zu Art. 126

Werden im Strafbefehlsverfahren auch die Geschädigten als Parteien ernst genommen, so soll wenn möglich auch über den Zivilanspruch entschieden und die geschädigte Partei nicht auf den Zivilweg verwiesen werden. Das Strafbefehlsverfahren soll auch zwischen den Parteien Klarheit schaffen. Wenn möglich soll der geschädigten Partei mit Abschluss des Strafbefehlsverfahrens ein Rechtsöffnungstitel zur Verfügung stehen. Beweiserhebungen zum Zivilanspruch soll es allerdings nicht geben. Die vorgesehenen Formulierung führt zu unnötigen Weiterungen und Verzögerungen. Besonders störend wäre es, wenn ein Verfahren mit Strafbefehl abgeschlossen und z.B. einer auszuschaffenden Person oder einer Person ohne Wohnsitz in der Schweiz wegen der Klärungen des Zivilpunktes nicht ausgehändigt werden kann. Vorgeschlagen wird folgende Formulierung:

Art. 126 Abs. 2

*a<sup>bis</sup> darüber nicht im Strafbefehlsverfahren aufgrund der Anerkennung der Zivilklage oder ohne weitere Beweiserhebung sofort entschieden werden kann*

## Zu Art. 130

Abs. 2 ist unlogisch: Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so hat die Staatsanwaltschaft die Frage der Verteidigung mit der beschuldigten Person in einer Einvernahme zu klären. Eine solche Einvernahme erfolgt jedoch meist nach formeller Eröffnung der Untersuchung, sei es, weil die Staatsanwaltschaft eine Zwangsmassnahme angeordnet hat (z.B. die Zuführung oder Vorladung der beschuldigten Person oder eine verdeckte Zwangsmassnahme), sei es bei einem Brandtourdelikt (Art. 307 Abs. 1).

Der Einschub „jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung“ steht im Widerspruch zu den Mechanismen der Verfahrenseröffnung und ist zu streichen.

Bei einer ersten Einvernahme in einem Verfahren mit notwendiger Verteidigung bei der die Verteidigung noch nicht bestellt oder nicht anwesend ist, wäre es dagegen im Sinne einer späteren Kontrollmöglichkeit dafür, dass alles korrekt abgelaufen ist, angezeigt, die Einvernahme aufzuzeichnen.

Einfügung eines weiteren Absatzes von Art. 157:

## Art. 157 Abs. 3

<sup>3</sup> *Erfolgt in einem Fall notwendiger Verteidigung eine Einvernahme, auch im Rahmen des Haftanhörungsverfahrens, in Abwesenheit der Verteidigung, ist die Einvernahme mit technischen Hilfsmitteln aufzuzeichnen.*

## Zu Art. 147

Die Gewährung von Teilnahmerechten an allen Einvernahmen einer Person ist höchst problematisch. Gerade bei Mittäterschaft oder bei der Bandenkriminalität wird dadurch genau der Effekt erzielt, der mit den höheren Strafminima im materiellen Strafrecht bei der Bandenkriminalität bekämpft werden soll: die Solidarisierung und damit verbunden der erschwerete Ausstieg aus der Bande. Im Strafverfahren muss jede einzelne beschuldigte Person für sich entscheiden können, welche Verantwortung sie übernehmen und welche Antwort sie deshalb geben will. Es muss einer beschuldigten Person zudem zugestanden werden, nur in eigener Sache aussagen zu wollen, ohne zugleich Beweismittel im Verfahren gegen eine andere Person zu sein. Deshalb ist jeder beschuldigten Person grundsätzlich Gelegenheit zu geben, vorerst ohne Teilnahmerechte anderer Verfahrensbeteiliger auszusagen. Das dient nicht nur der Ermittlung der materiellen Wahrheit, sondern auch dem Recht jeder beschuldigten Person über seine Verfahrensbeteiligung zu entscheiden. Die Teilnahmerechte der andern Parteien haben demnach hintanzustehen. Das Recht zur einmaligen Konfrontation mit der Möglichkeit Fragen zu stellen, bleibt unausgetastet. Mehr verlangt die EMRK nicht. Eine Änderung von Art. 147 und ein Art. 147a sind nicht erforderlich, dagegen eine Präzisierung von Art. 157 Abs. 2:

Neuformulierung von Art. 157 Einvernahme der beschuldigten Person / Grundsatz

<sup>2</sup> *Sie geben ihr dabei Gelegenheit, sich zu diesen Straftaten mindestens einmal ohne Gewährung der Teilnahmerechte umfassend ausserhalb eines allfälligen Haftanhörungsverfahrens zu äussern.*

## Zu Art. 241

Durchsuchungen und Untersuchungen / Allgemeine Bestimmungen/ Anordnung

Die stricke Formalisierung aller Untersuchungs- und Durchsuchungsbefehle ist einem raschen Fortgang des Verfahrens hinderlich. Die neue Praxis des Bundesgerichtes, dass alle diese Maßnahmen in Einzelverfügungen angeordnet werden müssen, führt zu einer

Bevormundung der betroffenen Personen. Bisher wurden Hausdurchsuchungen durch die Polizei im Einverständnis der berechtigen Personen ohne Hausdurchsuchungsbefehl durchgeführt. Diese Formerfordernisse wirken sich vor allem zu Lasten der Betroffenen aus: Muss eine Hausdurchsuchung durchgeführt werden, würde das mit Einholen des entsprechenden Befehls fast regelmässig zu einer längeren vorläufige Festnahme oder gar zu Untersuchungshaft führen. Zudem wird der beschuldigten Person die Möglichkeit genommen durch Kooperation Einsicht zu zeigen. Und letztlich kommt es einer Bevormundung einer betroffenen Person gleich, wenn man sie nicht selber entscheiden lässt, ob sie durchsucht, untersucht oder gestochen werden darf oder ob bei ihr nach Beweisen gesucht bzw. ein Beweismittel abgeholt werden darf. Die Formalisierung führt zu einem Unverständnis Betroffener gegenüber den staatlichen Institutionen generell.

Einfügen eines Abs. 1<sup>bis</sup>

*1<sup>bis</sup> Erklärt die zu durchsuchende oder zu untersuchende oder die berechtigte Person ihr ausdrückliches Einverständnis mit der Durchführung der Massnahme, ist der Erlass eines formellen Befehls nicht erforderlich.*

Zu Art 154 (neu)

Die Opferrechte sollen mit dieser Änderung der Strafprozessordnung weiter ausgebaut werden. Dabei wird von falschen Vorstellungen der Bedürfnisse der Opfer ausgegangen. Kinder als Opfer von Sexualstrafen, die das realisieren, fühlen sich durch die Videoaufzeichnung unter Umständen gedemütigt, wenn sie sich vorstellen, dass ihre Geschichte für alle Zeit aufgezeichnet bleibt und abgespielt werden kann. Straftätern, die Kinderpornographie konsumieren, wirft man vor, sie würden mit jedem Abspielen die Würde des Kindes missachten und jede Betrachtung stelle einen Missbrauch dar. Genau diese Überlegungen stellen sich auch Kinder an, die über ihre Opferrolle berichten. Wer wird wohl alles diese Aufzeichnung ansehen und wie lange noch? Solange es bei diesem Verfahren bleibt, scheint die Authentizität der Aussagen, die durch die Aufnahme gewährleistet werden soll, für die Beurteilung gerade von solchen Delikten ohne weitere Zeugen oder vielfach auch ohne Sachbeweise, erforderlich. Werden die Akten aber später beigezogen oder archiviert, entfällt die Notwendigkeit, die Aufzeichnung aufzubewahren. Zum Schutz der Kinder ist deshalb folgende Bestimmung aufzunehmen:

Art. 154 Abs. 4

*g) Bild- und Tonaufnahmen werden nach Eintritt der Rechtskraft des Verfahrens vernichtet.*

Zu Art. 318 Abs. 1<sup>bis</sup>

In Fällen, in denen einer beschuldigten Person, oft in Haftfällen oder nach einer Zuführung, ein Strafbefehl sofort ausgehändigt werden kann, ist die schriftliche Einräumung einer Frist an ein Opfer, sich noch als Privatklägerschaft zu konstituieren oder Beweisanträge zu stellen, meist für das Opfer nicht zweckmässig, weil der Strafbefehl ohnehin zu erlassen ist. Hilfreich kann es jedoch sein, wenn das Opfer kurz kontaktiert und über den Verfahrensgang informiert wird.

Formulierungsvorschlag:

*Art. 318 Abs. 1<sup>ter</sup>*

*Befindet sich die beschuldigte Person in Haft oder verfügt diese nicht über einen festen Wohnsitz in der Schweiz und soll ihr der Strafbefehl umgehend persönlich ausgehändigt werden, informiert die Staatsanwaltschaft das Opfer wenn möglich telefonisch über den Verfahrensabschluss.*

Zu Art. 352 Abs. 1 <sup>bis</sup>

Diese Bestimmung ist aus dem Entwurf zu streichen. Es ist unerfindlich, weshalb die Idee aufgebracht oder aufgenommen wurde, den Opfern zwingend in den vorgeschlagenen Fällen ein gerichtliches Verfahren zuzumuten, wenn dieses im Strafbefehlsverfahren abgeschlossen werden könnte. Auch Opfer sind nicht zu bevormunden. Es steht ihnen frei eine Einsprache zu erheben, wenn sie wünschen, dass der Fall vor Gericht zu behandeln ist. Um diese Fragen zu besprechen, haben Opfer hinreichend Gelegenheit, sich von allen Seiten beraten zu lassen. Der Vorschlag zeigt, wie wenig die Gesetzgebung die Anliegen der direkt Betroffenen wahrnimmt.

## Zu Art. 352a

Die Einvernahme einer beschuldigten Person ist das zentrale Wirkungselement eines mit Strafbefehl abschliessbaren Strafverfahrens: Zentral ist, dass sich die beschuldigte Person einlässlich mit der ihr vorgeworfenen Straftat auseinandersetzen muss. Wird Sie vorgeladen, hat sie sich zu Hause und am Arbeitsort zu organisieren. Sie hat anzureisen, bei der Staatsanwaltschaft hat sie sich mit den ihr vorgelegten Akten auseinanderzusetzen (für wen und weshalb sind die denn eigentlich wirklich verfasst?). Sie ist angehalten, diese zu überprüfen, auch um sich zu vergewissern, dass alles korrekt festgehalten wurde. Sie kann zu den Akten Fragen stellen. Ihre Identität wird nochmals geprüft. Allenfalls ist eine ausführliche oder gar formelle Einvernahme tatsächlich nicht mehr erforderlich. Dann wird der Strafbefehl eröffnet, erläutert, auch dass ein Eintrag im Strafregister erfolgt. Besonders wichtig ist dies bei Personen, die der Verfahrenssprache nicht mächtig sind. Mit der Aushändigung des Strafbefehls sind gleich alle Zustellungsprobleme gelöst. Die beschuldigte Person reist nach Hause, hat zu erklären, „wie es gewesen ist“, wahrscheinlich sowohl zu Hause, wie am Arbeitsort, allenfalls im Bekanntenkreis. Dies entfällt alles bei Zustellung des Strafbefehls auf dem Postweg. Die beschuldigte Person hat dafür einen Aufwand zu leisten, von allenfalls einem halben Tag. Wenn es bei der Aushändigung des Strafbefehls bleibt, kostet das den Staatsanwalt dagegen eine Viertelstunde, mit einer Einvernahme vielleicht drei Mal so viel. Ein Aufwand, der sich jedenfalls für ein rechtsstaatliches, verständliches Verfahren lohnt, und wesentlich mehr Wirkung erzielt und Eindrücke hinterlässt als der postalisch zugestellte Strafbefehl. Der Erlass eines Strafbefehls auf dem Postweg ist deshalb stark einzuschränken.

Es wird daher folgende Formulierung vorgeschlagen:

## Art. 352a

<sup>1</sup> *Die Staatsanwaltschaft vernimmt die beschuldigte Person oder eröffnet ihr den Strafbefehl persönlich, wenn der beabsichtigte Strafbefehl zur Folge hat:*

- a) eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Monat
- b) eine Geldstrafe von mehr als 30 Tagessätzen; oder
- c) den Widerruf eines bedingt gewährten Vollzugs einer Geld- oder Freiheitsstrafe.

<sup>2</sup> *Dasselbe gilt, wenn die beschuldigte Person die Verfahrenssprache nicht versteht oder sich darin nicht genügend ausdrücken kann.*

Vorzügliche Hochachtung

Ueli Arbenz

(elektronisch als Word und PDF an annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Madame, Monsieur,

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

Se fondant sur l'expérience très positive des cantons de Fribourg et du Valais concernant la médiation en droit pénal des mineurs (art. 17 PPMIn), l'Association valaisanne de médiation (AVdM) souhaite qu'une procédure de médiation pénale soit également introduite dans le CPP. Le canton de Fribourg 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 a également permis à ce canton 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. Le canton du Valais connaît également, certes depuis moins de temps et à plus petite échelle, une expérience favorable avec la médiation dans le domaine de la justice juvénile. Selon les chiffres fournis par le Tribunal des mineurs du canton du Valais pour les quatre dernières années (2014 à 2017), 158 médiations ont été ordonnées, dont 60% ont abouti avec succès et permis le classement de la procédure. Ce pourcentage est provisoire et devra certainement être revu à la hausse, dans la mesure où une dizaine de médiation débutées en 2017 sont encore en cours à l'heure où nous écrivons ces lignes. Les juges valaisans relèvent par ailleurs n'avoir relevé aucun retard dans les délais fixés pour les médiations.

Au-delà des chiffres, les arguments suivants plaident en faveur de l'introduction d'une procédure de médiation dans le CPP :

1. 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) ;
2. Une réponse plus soutenue aux besoins de réinsertion et de réhabilitation des auteurs par une responsabilisation personnelle des actes commis ;
3. La pratique de cette justice réparatrice (*Restorative Justice*) bien ancrée en Suisse dans le droit pénal des mineurs depuis 2007
- 4.-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.

Au nom de l'Association valaisanne de médiation, nous vous remercions de l'attention que vous porterez à la présente et vous adressons nos meilleures salutations.

Pour le comité de l'AVdM  
Laure Clivaz Strehmel  
[www.avdm.ch](http://www.avdm.ch)

**Paolo Bernasconi**

Prof. em. - Dr. h. c.

**Au Comité de AJURES**

Association pour la justice  
restaurative en Suisse  
Av. de Cour 105  
1007 Lausanne

*Ant. par email [ajures@bluewin.ch](mailto:ajures@bluewin.ch)*

Lugano, le 2 mars 2018

PB/ca/sb

**Projet de révision du Code suisse de procédure pénale**  
**Introduction de la justice restaurative**

Mesdames,  
Messieurs,

Nous avons pris connaissance de votre lettre du 20 mai 2017, envoyée à Mme la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga, dans sa qualité de Cheffe du Département fédéral de justice et police (DFJP).

Nous avons examiné votre projet pour un nouvel article 316a CPP, visant à introduire en droit suisse une disposition servant de base légale à la justice restaurative.

Votre Rapport, ses motivations et ses conclusions, ainsi que le texte du projet de loi nous paraissent fort intéressants, complets et détaillés ainsi que convaincants.

Nous estimons que votre initiative mérite le soutien des autorités politiques ainsi que des associations académiques et professionnelles de ce secteur d'activité.

Par conséquent, nous estimons que votre projet mérite aussi d'être utilisé comme base de travail pour conduire des recherches approfondies, sur le plan théorique ainsi qu'expérimental, en vue de corroborer le contenu de votre initiative.

Je demeure à votre disposition en vous priant de nous tenir au courant des développements à court et à moyen terme.

Avec mes salutations les meilleures.

Paolo Bernasconi



## Revision der Strafprozessordnung (StPO)

Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates,  
Anpassung Strafprozessordnung

### Vernehmlassung der Bundesanwaltschaft (BA)

#### I. Grundsätzliche Vorbemerkungen

Die BA begrüßt grundsätzlich die Entwicklung im modernen Strafprozessrecht, wonach die Parteien im Strafverfahren als Subjekte zu behandeln und ihnen dementsprechend auch diverse Mitwirkungs- und Anhörungsrechte einzuräumen sind. Während die Parteien jedoch naturgemäß ihren eigenen Interessen verpflichtet sind, ist für die Staatsanwaltschaft die Erforschung der materiellen Wahrheit sowie die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafantrags Ziel und Motivation für jegliches Handeln. Die Staatsanwaltschaft erfüllt einen übergeordneten Auftrag und fühlt sich diesem auch in besonderem Masse verpflichtet. Nur wenn die Staatsanwaltschaft diesen Auftrag auch wirksam zu erfüllen vermag, kann sie zur Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung und zur Gewährleistung des Gesellschaftsfriedens beitragen. Diesem übergeordneten Auftrag trägt die Strafprozessordnung unter anderem dadurch Rechnung, dass der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren gerade **keine** Parteistellung zukommt. In diesem Verfahrensabschnitt kann und darf es nicht um die „Gewährleistung des Gleichgewichts der Parteien“ gehen, wie dies im erläuternden Bericht zur Vorlage bei den Teilnahmerechten zu lesen ist. Die Staatsanwaltschaft beteiligt sich gerade nicht wie die anderen Parteien an diesem Verfahren, sondern sie hat quasi einen überparteilichen Standpunkt. In diesem Sinne sollten die gesetzlichen Bestimmungen auf die Unterstützung dieses Auftrags der Staatsanwaltschaft ausgerichtet sein; selbstverständlich unter gleichzeitiger Sicherstellung eines „fair trials“.

Die BA verfolgt mit Besorgnis die Tendenz, und findet diese auch in der aktuellen Vernehmlassungsvorlage bestätigt, dass der Strafprozess und das Strafverfahren analog eines Zivilprozesses ausgestaltet werden sollen, an dem sich alle Parteien, zu welchen zunehmend auch die Staatsanwaltschaft gezählt wird, gleichermaßen beteiligen können. Bei einer derartigen Ausgestaltung geht es dann nicht mehr darum, danach zu forschen, was wirklich geschehen ist, sondern es geht nur noch um diejenige „Wahrheit“, die im Rahmen dieses Parteiprozesses erstellt werden kann. Auch wird das Strafprozessrecht von einer zunehmenden und teilweise unüberschaubaren Formalisierung durchdrungen und wird in vielen Bereichen geradezu zum Selbstzweck. Es kann keine Rede mehr davon sein, dass das Prozessrecht dazu dienen sollte, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Es interessiert immer weniger, was materiell geschehen ist, sondern es geht darum sicherzustellen, ob alle Formalien eingehalten sind. Sind diese nicht eingehalten, interessiert die zu Grunde liegende historische Wahrheit nicht mehr.

Die nachfolgenden Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen sind auch als Ausdruck dieser Sorge zu verstehen. Es erscheint der BA wichtig, dass der Auftrag der Staatsanwaltschaft zur Gewährleistung der sozialen Ordnung durch den Gesetzgeber bestmöglichst unterstützt wird. 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. Die BA ist überzeugt, dass beiden Ansprüchen Genüge getan werden kann.

## II. Die einzelnen Bestimmungen

### 1. Art. 23 StPO

#### 1.1. Art. 23 Abs. 1 Bst. a und Bst. b StPO / Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen sowie Räumlichkeiten, Archive oder Schriftstücke diplomatischer Missionen und konsularischer Posten

Gemäss Art. 22 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen vom 18.4.1961 hat der Empfangsstaat die *besondere Pflicht*, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um die Räumlichkeiten der Mission vor jedem Eindringen und jeder Beschädigung zu schützen und um zu verhindern, dass der Friede der Mission gestört oder ihre Würde beeinträchtigt wird. Art. 33 Abs. 3 des Wiener Übereinkommens sieht dieselbe Regelung hinsichtlich der konsularischen Räumlichkeiten vor. Die Verpflichtung zum Schutz umfasst zwei Aspekte: 1. den Schutz vor schädigenden Handlungen und, sofern solche bereits erfolgt sind, 2. die Verfolgung der Täter. Die Nichtumsetzung dieser Pflichten stellt eine Unterlassung dar, welche die internationale Verantwortung des Empfangsstaats nach sich zieht. Laut Übereinkommen über die Verhütung, Verfolgung und Bestrafung von Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen, einschliesslich Diplomaten, vom 14.12.1973 werden die dort in Art. 2 genannten Delikte von jedem Vertragsstaat unter Strafe gestellt und verfolgt; unabhängig davon bestehen die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsstaaten, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um sonstige Angriffe auf die Person, Freiheit oder Würde einer völkerrechtlich geschützten Person zu verhindern.

Die Verpflichtung zum Schutz der Räumlichkeiten von Missionen und konsularischen Posten wie auch von völkerrechtlich geschützten Personen ist Bundesaufgabe. Dementsprechend soll deren Umsetzung in der Strafverfolgung generell in Bundeskompetenz fallen. Die Einführung der Bundeskompetenz für die Verfolgung aller Straftaten, die sich gegen völkerrechtlich geschützte Personen sowie Räumlichkeiten, Archive oder Schriftstücke (wie auch elektronische Datenträger) diplomatischer Missionen und konsularischer Posten richten, gewährleistet zudem die einheitliche Rechtsanwendung, was gerade in diesem für den Bund speziell bedeutsamen Rechtsgebiet wichtig ist.

Die BA beantragt daher, Art. 23 Abs. 1 Bst. a StPO insoweit zu ändern, als die Passage „völkerrechtlich geschützte Personen“ dort gestrichen wird, und Art. 23 Abs. 1 Bst. b StPO wie folgt angepasst wird: *die Straftaten, die sich gegen völkerrechtlich geschützte Personen oder Räumlichkeiten, Archive oder Schriftstücke (sowie elektronische Datenträger) diplomatischer Missionen und konsularischer Posten richten.*

Mit Bezug auf die Antragsdelikte des schweizerischen Strafgesetzbuchs ist es angesichts der gemäss den oben erwähnten Wiener Übereinkommen bestehenden Pflichten der Schweiz als Empfangsstaat für die Entsendestaaten bzw. deren Vertreter kaum nachvollziehbar, weshalb eine Anzeigerstattung durch sie nicht in jedem Fall ausreicht zur Einleitung der Strafverfolgung und sie, bei Antragsdelikten nach Schweizer Recht, zusätzlich einen Strafantrag zu stellen haben, damit die Schweizer Strafverfolgungsbehörden die Täterschaft verfolgen. Dies ist für die Entsendestaaten umso unverständlicher in jenen Fällen, in denen Beweismittel vorhanden sind, die auf die Täterschaft hinweisen könnten. Die Strafverfolgung der Täterschaft unter der Voraussetzung, dass ein Strafantrag vorliegt (Antragsdelikte), ist zudem für die Schweiz mit Risiken verbunden, sollte z.B. der mangels

Strafantrags nicht verfolgte Täter eine ausgesprochene Drohung wahr machen und dies ernsthafte Folgen haben.

Die BA regt daher an, für Straftaten, die als Antragsdelikte ausgestaltet sind, die Verfolgung von Amtes wegen vorzusehen, sofern sich die Straftaten gegen völkerrechtliche geschützte Personen oder Räumlichkeiten, Archive oder Schriftstücke (sowie elektronische Datenträger) diplomatischer Missionen und konsularischer Posten richten. Es wäre zu prüfen, ob z.B. im StGB eine entsprechende ergänzende Bestimmung einzufügen wäre, z.B. als 21. Titel des 2. Buches, und gegebenenfalls in der Nebenstrafgesetzgebung.

## **1.2. Art. 23 Abs. 1 Bst. d StPO / Konzentration auf Kernaufgaben - Sprengstoffdelikte**

Bereits die Einführung der kantonalen Zuständigkeit zur Verfolgung und Beurteilung von Fällen der Fälschung von Autobahnvignetten auf den 1.1.2018 erfolgte in der Erkenntnis, dass die BA mit Blick auf die Konzentration auf ihre Kernaufgaben ihre beschränkten Ressourcen nicht in der Verfolgung von Bagatelldelikten einsetzen soll.

Nach geltendem Recht ist die BA für die Verfolgung sämtlicher Sprengstoffdelikte im Sinne von Art. 224-226ter StGB zuständig (Art. 23 Abs. 1 Bst. d StPO). Unter den Begriff Sprengstoff fallen nach Praxis und Lehre Sprengmittel (Sprengstoffe und Zündmittel) sowie auch pyrotechnische Gegenstände, sofern sich letztere bei entsprechender Verwendung wegen der in ihnen enthaltenen Substanzen zum Zerstören eignen und grösseren Schaden anrichten können. Die BA erledigte z.B. im Berichtsjahr 2013 236 Bagatellfälle im Sprengstoffbereich, d.h. Strafverfahren betreffend Anschläge gegen Robidog-Behälter, Briefkästen, Parkuhren oder ähnliche Einrichtungen unter Verwendung von Pyrotechnik. Die allermeisten dieser Straftaten waren weder gegen den Bund, Bundesbeamte, Bundesbehörden oder Bundesinteressen gerichtet, noch konnten diese Taten mit politischen Forderungen in Zusammenhang gebracht werden, noch waren grössere Objekte des Wirtschaftslebens oder der Infrastruktur, und damit einhergehend viele Personen, betroffen. Solche Straffälle beanspruchen in erheblicher Weise die Ressourcen der BA, die dringend für die Verfolgung «eigentlicher» Bundesdelikte benötigt würden. Solche Delikte entsprechen nicht den Kernaufgaben der BA und sollten nicht der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen. Vernünftigerweise müssten diese Delikte von den kantonalen Strafverfolgungsbehörden vor Ort verfolgt werden.

Eine Konzentration auf die Kernaufgaben der BA beabsichtigte auch die Motion Caroni 14.3441 («Fokussierung der Bundesgerichtsbarkeit auf echte Interessen des Bundes»). Dementsprechend sollte die BA von Bagatellfällen im Sprengstoffbereich der oben aufgeführten Art entlastet werden. In seiner Stellungnahme vom 3.9.2014 beantragte der Bundesrat die Ablehnung der Motion. Er räumte dabei ein, dass sich die BA nicht mit Straftaten befassen solle, deren Unrechtsgehalt gering ist. Nach Ansicht des Bundesrates könnte sich die BA aber selber entlasten, indem sie vermehrt von ihrer Delegationsmöglichkeit an die Kantone nach Art. 25 Abs. 1 StPO Gebrauch macht.

Wie die praktische Erfahrung der BA zeigt, ist indes bereits mit der Delegation ein erheblicher und mit Blick auf den Bagatellcharakter der Straftat unverhältnismässiger Aufwand verbunden, sind doch bei der Anzeigeerhebung zunächst die kantonalen Polizeibehörden mit der Sache befasst, worauf die zuständige kantonale Behörde die Anzeige der BA zukommen lässt, wonach schliesslich die BA die Beurteilung wieder an die kantonale Behörde delegiert. Nicht zuletzt bei der BA führt dieses Vorgehen zu einem erheblichen Mehraufwand für das administrative und das juristische Personal.

Die BA regt deshalb eine Einschränkung von Art. 23 Abs. 1 Bst. d StPO an, indem die Verbrechen und Vergehen der Art. 224-226ter StGB der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen, sofern diese gegen den Bund, die Behörden des Bundes, die Bundesgewalt oder die

Bundesrechtspflege gerichtet sind oder wenn die Taten einen politischen Hintergrund haben, oder sofern sie sich gegen grössere Objekte der Wirtschaft oder der Infrastruktur richten.

### **1.3. Art. 23 Abs. 2<sup>bis</sup> StPO**

Vor dem Hintergrund der Strafanzeige des Bundesamts für Verkehr (BAV) vom 14.2.2018 bei der BA (wie auch bei der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland) wegen mutmasslich zu hoher Subventionsbezüge der PostAuto Schweiz AG ergibt sich die Frage, ob in komplexen Fällen, die grundsätzlich in die Verfolgungszuständigkeit einer Verwaltungsbehörde fallen, diese jedoch in der konkreten Konstellation als befangen erscheint, die Verfolgung der BA übertragen werden könnte, die als von der Bundesverwaltung unabhängige Strafverfolgungsbehörde die notwendige Unbefangenheit besitzt. Die in der Strafanzeige geltend gemachten mutmasslichen Straftaten fallen unter das Verwaltungsstrafverfahren und sind vom zuständigen Bundesamt zu verfolgen. Der Bundesrat kann eine andere Verwaltungseinheit des Bundes als zuständig für die Untersuchung bezeichnen. In besonders komplexen Fällen kann sich die Übertragung der Strafverfolgung an die BA empfehlen, sofern ansonsten keine befriedigende Lösung betreffend die zu bezeichnende Verwaltungseinheit gefunden werden kann. Die Übertragung der Strafverfolgung an die BA würde ein Ersuchen des Bundesrats und sodann das Einverständnis der BA voraussetzen; die Eröffnung der Untersuchung durch die BA würde Bundesgerichtsbarkeit begründen (in Anlehnung an die Regelung in Art. 24 Abs. 3 StPO) und die Durchführung des Strafverfahrens richtet sich nach der StPO. Es handelt sich um eine Abweichung von der ansonsten bestehenden gesetzlichen Regelung. Jedoch kann diese Sonderregelung in Anbetracht des übergeordneten Staatsinteresses an der Durchführung solcher Untersuchungen durch eine unbefangene Behörde eine Lösung für diese absoluten Ausnahmefälle bieten, die nur in geringer Zahl vorkommen dürften.

Die BA regt deshalb an, eine solche Sonderregelung der Bundeszuständigkeit zu prüfen.

### **2. Art. 318<sup>bis</sup> StPO**

Die BA schlägt vor, unter dem 6. Titel (Vorverfahren) / 3. Kapitel (Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft) neu einen 5. Abschnitt mit einem Art. 318<sup>bis</sup> StPO einzufügen und damit die Möglichkeit einer aufgeschobenen Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen (AAU) zu schaffen.

Die BA verweist dazu auf den separaten Vorschlag im Anhang.

### **3. Art. 65 Abs. 2 StBOG**

Die Bestimmungen in Abs. 2 beziehen sich gemäss ihrem Wortlaut lediglich auf das Vorverfahren. Diese Umschreibung ist zu eng. Die Regelung in Abs. 2 muss sowohl die Strafverfahren wie auch die Rechtshilfeverfahren, welche die BA führt, umfassen. Entsprechend sind sowohl in Bst. a wie auch Bst. b die Strafverfahren und die Rechtshilfeverfahren, welche die BA führt, aufzuführen.

Die BA beantragt deshalb, den Begriff Vorverfahren durch *Strafverfahren und Rechtshilfeverfahren* zu ersetzen.

Um den beabsichtigten Zweck zu erfüllen und die Bestimmung nicht zu eng zu fassen, ist zudem in Bst. b nicht an den Sitz der BA i.S.v. Art. 8 Abs. 1 StBOG anzuknüpfen.

Die BA beantragt dementsprechend, die Formulierung wie folgt anzupassen:  
*das ZMG des Kantons Tessin bei Strafverfahren und Rechtshilfeverfahren, die in italienischer Sprache geführt werden.*

Die BA schlägt schliesslich i.S. einer zu prüfenden Variante vor, grundsätzlich an der Verfahrenssprache anzuknüpfen. Die Bedeutung des Ortes der Verfahrensführung durch die BA oder gar ihres Sitzes ist angesichts des schweizweiten Tätigkeitsfelds der BA bei der Verfahrensführung relativ. Oftmals bedeutsamer ist die Verfahrenssprache. Sie drängt sich als Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeitsregelung beim ZMG eher auf. Dementsprechend erscheint es sachlich angezeigt, der Verfahrensleitung die Wahl des geeigneten ZMG, unter Berücksichtigung der Verfahrenssprache in Kombination mit den Erfordernissen des Einzelfalls, zu überlassen.

#### **4. Teilnahmerechte**

##### **4.1 Art. 147 Abs. 3 und 3<sup>bis</sup> StPO, Art. 147a StPO**

Die BA begrüßt, dass der Revisionsbedarf erkannt worden ist, und ist der Ansicht, dass die Teilnahmerechte klar definiert, einfach ausgestaltet und effizient umsetzbar sein müssen.

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 wie auch den Bund 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 allfälligen 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 beziehen zu können.

Die nun vorgeschlagene Lösung bietet aus Sicht der BA Verbesserungen, was sie begrüßt, doch bringt sie auch bekannte und neue Fragestellungen mit sich. Das Teilnahmerecht von beschuldigten Personen soll laut vorliegender Neuerung 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, die den Anwendungsbereich jedoch zu wenig klar umschreibt und daher in der Praxis ständig zu unterschiedlichen Auffassungen und Rechtsstreitigkeiten führen dürfte. Die Begründung im Begleitbericht für die grundsätzliche Beibehaltung des Teilnahmerechts, nämlich dass dieses Ausdruck des angestrebten „Gleichgewichts“ der Parteien sei, vermag 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, die 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!

Die BA beantragt, die Teilnahmerechte an Einvernahmen, insbesondere bei mitbeschuldigten Personen, gemäss der EMRK und der dazugehörigen Rechtsprechung auszustalten 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. Die BA hat sich bereits früher dafür ausgesprochen, dass Aussagen zulasten einer Partei verwertbar sein sollen, wenn diese wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, ihr Fragerecht auszuüben (vgl. Tätigkeitsbericht BA 2014, S. 7/8).

Die BA beantragt zudem, dass die Teilnahmerechte an Einvernahmen generell, und damit insbesondere auch für die Privatkläger, im Sinne der soeben aufgeführten Regelung auszustalten sind. Denn Strafuntersuchungen, wie sie die BA führt, in denen eine Vielzahl von Parteien, namentlich Geschädigte bzw. Privatkläger, involviert sind, stellen grosse Herausforderungen bei der Gewährung von Teilnahmerechten und sind bei Hunderten oder gar Tausenden Privatklägern nur mit überaus hohem Aufwand zu führen und praktisch nur schwer zu meistern. Der sehr hohe Aufwand mit entsprechendem Ressourceneinsatz geht zudem mit einer Verzögerung des Verfahrens einher.

Aus all diesen Gründen ist es notwendig, die oben aufgeführte klare und einfache gesetzliche Regelung grundsätzlich für alle Parteien einzuführen; das faire Verfahren ist damit gewährleistet und die Staatsanwaltschaft kann ihren Auftrag besser erfüllen.

Zusammenfassend beantragt die BA, die Teilnahmerechte der Privatkläger an Einvernahmen so auszustalten, dass sie das Recht haben, sich mindestens einmal im Verfahren äussern und Fragen stellen zu können, wobei dem Anspruch auf rechtliches Gehör auf schriftlichem Weg Rechnung getragen werden können soll.

#### **4.2 Art. 148 Abs. 1 Bst. a StPO / Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen im Rechtshilfeverfahren**

Die BA regt an, Bst. a zu ergänzen und festzuhalten, dass mit der Möglichkeit der Einreichung von schriftlichen Fragen dem Recht, zuhanden der ersuchten ausländischen Behörde Fragen formulieren zu können, Genüge getan ist.

#### **5. Strafbefehlsverfahren**

Die BA legt grossen Wert auf die rechtsstaatlich korrekte Anwendung des Strafbefehlsverfahrens. Das Strafbefehlsverfahren steht seit Anfang an in der Kritik. Auch aus Sicht der BA jedoch mehrheitlich zu Unrecht. Wenn auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass es in Einzelfällen zu Fehlern kommt und das interne Controlling versagt, sind der Grundgedanke und die aktuelle Ausgestaltung überzeugend und rechtsstaatlich korrekt. Die BA 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 (...)"*

In der überwiegenden Mehrheit betreffen die Strafbefehlsverfahren Übertretungen und Massengeschäfte bzw. 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.

### **5.1 Art. 126 Abs. 2 Bst. a und a<sup>bis</sup> i.V.m. Art. 353 Abs. 2 StPO sowie Art. 354 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> und 1<sup>bis</sup> StPO / Zivilklage im Strafbefehlsverfahren**

Neu soll im Strafbefehlsverfahren auch über strittige Zivilforderungen entschieden werden, wenn der strittige Betrag CHF 30'000 nicht übersteigt und deren Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich ist. Diese letztere Einschränkung ist grundsätzlich zu begrüssen, doch wird sie 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 Strafanpruchs 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.

Die BA beantragt daher, die bisherige Regelung beizubehalten in dem Sinne, dass unbestrittene Zivilforderungen im Strafbefehl vorgemerkt werden.

### **5.2 Art. 352a StPO / Obligatorische Einvernahme im Strafbefehlsverfahren**

Die BA legt aus rechtsstaatlichen Gründen grundsätzlich Wert darauf, dass Einvernahmen durchgeführt werden, wenn die Aufklärung des Sachverhalts oder generell die Entscheidfindung dies im Einzelfall erfordert. Eine Einvernahmepflicht in diesem Sinn ist unterstützungswürdig. Hingegen bietet das Strafmaß kein taugliches Kriterium dafür, ob eine Einvernahme obligatorisch zu erfolgen hat.

Die BA beantragt daher, auf die obligatorische Einvernahme in Abhängigkeit vom Strafmaß (Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten oder Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen) zu verzichten; sie unterstützt die Einvernahmeverpflichtung bei in Frage stehendem Widerruf.

### **5.3 Art. 354 Abs. 1 - 1ter StPO**

Im Gegensatz zu den Ausführungen im erläuternden Bericht 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 könnte, dass Zeit für eine vertiefte Abklärung fehle oder der Strafbefehl aus unterschiedlichsten Gründen nicht verstanden werde, wie ebenfalls im erläuternden Bericht 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, die 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).

Die Einsprachefristen müssen auf jeden Fall einheitlich geregelt sein und die BA beantragt deshalb, auf die vorgesehenen unterschiedlichen Einsprachefristen bei persönlicher bzw. nicht persönlicher Aushändigung zu verzichten.

## **6. Ausbau der Opferrechte**

### **6.1 Art. 318 Abs. 1<sup>bis</sup> und 3 StPO / Schlussmitteilung und erneute Information zur Konstituierung als Privatkläger und Stellung von Beweisanträgen**

Gemäss Art. 118 Abs. 4 StPO hat die Staatsanwaltschaft die *geschädigte Person* - also auch das 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.

Die BA beantragt daher, diese Neuerung von Abs. 1<sup>bis</sup> mit der erneuten Gelegenheit für das Opfer, sich als Privatkläger zu konstituieren, zu streichen.

Die BA verweist betreffend Strafuntersuchungen mit einer Vielzahl von Privatklägern zudem auf ihre Anregung zur Ergänzung der Bestimmungen zur Privatklägerschaft mit einem Art. 118a StPO (sh. unten, Ziffer 8).

## **6.2 Art. 352 Abs. 1 Einleitungssatz, 1<sup>bis</sup> und 3 StPO / Ausschluss des Strafbefehlsverfahrens bei Strafen von mehr als 120 Tagessätzen bzw. 4 Monaten**

Die BA stellt fest, dass diese neu vorgeschlagene Regelung weitreichende Folgen auf mehreren Ebenen zeitigen würde und die Erfahrungen in der Praxis von den Erkenntnissen aufgrund der Evaluation des Opferhilfegesetzes, wie sie der erläuternde Bericht erwähnt, augenfällig divergieren.

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 Sekundärviktimalisierung 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.

Zudem ist zu bedenken, dass in einem Verfahren häufig mehrere Sachverhalte zu beurteilen sind, von denen lediglich ein Teil mit Opfern bzw. den Privatklägern in Zusammenhang stehen, wie beispielsweise Gewalt und Drohung gegen Beamte in Kombination mit Strassenverkehrs- oder Betäubungsmitteldelikten.

Die vorgesehene zusätzliche Begrenzung der Voraussetzungen zum Erlass eines Strafbefehls in Abhängigkeit von opferbezogenen Delikten ist weder nötig, noch entspricht sie den Erfahrungen der Praxis zu den Bedürfnissen der Opfer.

Die BA beantragt daher, auf die Neuerung zu verzichten.

## **7. Verteidigung**

### **7.1 Art. 131 Abs. 2 und 3 StPO**

Da das Vorverfahren nicht formell eröffnet wird, ist auf diesen Terminus bzw. auf die Nennung eines Zeitpunkts zu verzichten und stattdessen einzig auf das Vorliegen der Voraussetzung für eine notwendige Verteidigung abzustellen. Der Gesetzestext könnte dann bspw. lauten „*Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung erfüllt, so ist diese umgehend sicherzustellen.*“

### **7.2 Art. 133 StPO / Auswahl der amtlichen Verteidigung**

Die bisherige Regelung hat sich gemäss Erfahrung der BA in der Praxis bewährt. Es entspricht nicht der Erfahrung der BA, dass der Eindruck besteht, die Verfahrensleitung bestelle eine ihr genehme Verteidigung. Die BA legt bei der Auswahl bewusst Wert auf sorgfältiges, rechtsstaatlich korrektes Vorgehen; sie berücksichtigt soweit möglich die Wünsche der beschuldigten Person ebenso wie die Eignung der Anwältin/des Anwalts im konkreten Fall, insbesondere angesichts der Anforderungen der von der BA geführten häufig komplexen Verfahren und der Vielseitigkeit der Verfahrenssprachen. Die BA greift bei der Auswahl auf die zur Verfügung gestellten Angaben von kantonalen Behörden sowie Verbänden zurück zu Anwälten, die für die Übernahme von amtlichen Verteidigungen zur Verfügung stehen, ebenso wie auf die entsprechenden individuellen Mitteilungen von Anwälten. Eine allfällige Bevorzugung wird vermieden.

Es besteht keine Notwendigkeit für die ins Auge gefasste Änderung, weshalb die Neuerung lediglich unnötige Kosten verursacht.

Die BA beantragt daher, die bisherige Regelung in Art. 133 Abs. 1 StPO beizubehalten.

Hingegen begrüsst die BA die Anpassung von Abs. 2 gemäss Vorschlag, wonach bei der Auswahl – nebst der soweit möglichen Berücksichtigung der Wünsche der beschuldigten Person – die Eignung der amtlichen Verteidigung zu berücksichtigen ist. Dies entspricht, wie bereits erwähnt, der bestehenden Praxis der BA.

## **8. Strafuntersuchungen mit einer Vielzahl an Privatklägern**

### **Art. 118a StPO**

In Strafuntersuchungen mit einer Vielzahl an Privatklägern, wie sie die BA führt, stellen sich generell grosse Herausforderungen im Umgang mit den vielen Privatklägern. Bei Hunderten oder gar Tausenden Privatklägern erfordert bereits jede Mitteilung einen hohen Aufwand und ist praktisch nur schwer zu meistern. Der sehr hohe Aufwand mit entsprechendem Ressourceneinsatz geht zudem mit einer Verzögerung des Verfahrens einher. Aus all diesen Gründen ist es notwendig, die schriftliche Mitteilung an eine Vielzahl von Privatklägern zu vereinfachen unter gleichzeitiger Wahrung von deren grundlegenden Rechten.

Die BA regt deshalb an, die Möglichkeit zu schaffen für die Verfahrensleitung, in Strafuntersuchungen mit einer Vielzahl von Privatklägern Mitteilungen an Privatkläger und Rechtsbeistände mit Wohnsitz, gewöhnlichem Aufenthalt oder Sitz im Ausland ausschliesslich an das von ihnen bezeichnete Zustellungsdomizil machen zu können. Alternativ dazu könnte die Möglichkeit geprüft werden, ob ausländische Privatkläger verpflichtet werden können sollten, einen gemeinsamen Vertreter zu bestimmen.

## **9. Weitere Bestimmungen / Bemerkungen**

### **9.1 Art. 55a StPO / Zuständigkeit Zwangsmassnahmengericht bei Rechtshilfe**

#### **Art. 55a Bst. a StPO**

Bedeutung und Tragweite von Bst. a sind unklar. Sollte es lediglich darum gehen, vom ZMG die Bestätigung dafür zu erhalten, dass die Voraussetzungen der StPO erfüllt sind, wenn die Massnahme in der Schweiz durchgeführt würde, dann wäre Bst. a überflüssig, da das IRSRG bereits entsprechende Bestimmungen enthält, auf die sich die Schweizer Behörden regelmässig berufen (vgl. Art. 76 Bst. c IRSRG und Art. 31 IRSV).

#### **Art. 55a Bst. b StPO**

Die BA begrüsst grundsätzlich diese Neuerung.

Allerdings ist dabei vorzusehen, dass die Genehmigung einer Zwangsmassnahme durch das ZMG den Parteien erst nach dem rechtshilfeweisen Vollzug der Zwangsmassnahme eröffnet wird, um diese nicht zu kompromittieren.

### **9.2 Art. 78a StPO / Einvernahmeprotokolle, Aufzeichnungen**

Die BA begrüsst die Neuerung, die im Sinne der von der BA bereits früher angeregten Vereinfachung der Formalitäten für Einvernahmen (vgl. Tätigkeitsbericht 2013, S. 17/18) die

Möglichkeit schafft, die Protokollierungspflicht mit der Aufnahme der Aussage auf Ton- und Bildträger sowie nachträglicher Transkription ersetzen zu können. Dieses Vorgehen ist namentlich bei komplexen und in Fremdsprachen durchzuführenden Einvernahmen prozessökonomisch sinnvoll und trägt zugleich den Verteidigungsrechten in hohem Masse Rechnung. Dabei bleibt es nach wie vor möglich, auch bei Einvernahmen, die aufgezeichnet werden, das schriftliche Protokoll laufend zu erstellen, was in Konstellationen, da das schriftliche Protokoll umgehend bzw. zeitnah (z.B. am folgenden Tag) zur Verfügung stehen muss, notwendig ist (z.B. Fortsetzung der Einvernahme am folgenden Tag oder Durchführung einer Konfrontationseinvernahme am folgenden Tag).

### **9.3 Art. 88 Abs. 4 StPO / 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 Veröffentlichungen verursachen daher ausschliesslich Kosten, z.B. Veröffentlichung im Bundesblatt ca. CHF 500/Veröffentlichung, und Aufwand, ohne dass ein Nutzen für irgendjemanden geschaffen wird.

Die BA beantragt daher, die bisherige Regelung beizubehalten und den Vorschlag zu streichen.

### **9.4 Art. 136 Abs. 1<sup>bis</sup> StPO / Unentgeltliche Rechtspflege für die Privatklägerschaft, Voraussetzungen**

Gemäss erläuterndem Bericht soll einem Opfer, das sich als Privatkläger im Strafpunkt konstituiert, bei Bedürftigkeit die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden, sofern es andernfalls seinen Strafan spruch nicht geltend machen könnte.

Die derzeitige Formulierung der Neuregelung in Abs. 1<sup>bis</sup> bringt diese Voraussetzungen jedoch nicht klar zum Ausdruck. Die BA beantragt daher die Formulierung zu präzisieren, beispielsweise wie folgt:

*1bis Die Verfahrensleitung gewährt der Privatklägerschaft für die Durchsetzung ihres Strafan spruchs ganz oder teilweise die unentgeltliche Rechtspflege, wenn:*

- a. die Privatklägerschaft nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, und*
- b. die Strafklage nicht aussichtslos erscheint.*

### **9.5 Art. 228a Abs. 2 StPO / Beschwerde der Staatsanwaltschaft und Verfahren**

Die Frist von 3 Stunden hat sich in der Praxis als zu kurz erwiesen. Das gilt umso mehr bei Haftrichterverhandlungen, an denen die Staatsanwaltschaft teilnimmt, da nicht zuletzt auch Wegzeiten zu berücksichtigen sind.

Die BA beantragt daher, die Frist zu verlängern (auf maximal 12 Stunden). Der Gesetzestext in Abs. 2 wäre wie folgt zu formulieren: „*Die Staatsanwaltschaft reicht unverzüglich, jedoch spätestens innerhalb von 12 Stunden (...)*“.

### **9.6 Art. 248 Abs. 1, 2 und 3 StPO / Siegelung**

Die Möglichkeit der Siegelung blockiert bereits heute, trotz der 30-tägigen Ordnungsfrist, die Verfahren oft monat lang. Die Zwangsmassnahmengerichte sind aufgrund fehlender Ressourcen oftmals nicht in der Lage, diese Frist einzuhalten. Die 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.

Die BA beantragt deshalb die Prüfung, ob die Möglichkeiten, die Siegelung zu verlangen, eingeschränkt werden sollten, z.B. dass diese Möglichkeit nur besteht, wenn man sich auf ein Beschlagnahmeverbot nach StPO berufen kann. So oder so ist jedoch unbedingt festzuhalten, dass über die Siegelung in einem beschleunigten Verfahren zu entscheiden ist.

#### **9.7 Art. 268 Abs. 1 Bst. c und Abs. 4 StPO / Beschlagnahme Kostendeckung, Ersatzforderungsbeschlagnahme**

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.

Da sich die rechtliche Grundlage im geltenden Recht für alle Beschlagnahmungen in Art. 263 StPO befindet, beantragt die BA, Art. 263 Abs. 1 StPO mit einer lit. e wie folgt zu ergänzen „zur Sicherstellung einer Ersatzforderung gebraucht werden“, und den Vorschlag zu streichen.

Die BA beantragt überdies die Streichung des Art. 268 Abs. 4 StPO, 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.

#### **9.8 Art. 269 Abs. 2 Bst. a StPO / Voraussetzungen Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr**

Mit Einführung der Art. 322<sup>octies</sup> und Art. 322<sup>novies</sup> StGB wurde das schweizerische Korruptionsstrafrecht punktuell korrigiert angesichts der nicht unerheblichen Auswirkungen, welche die Privatbestechung vor allem in schwer wiegenden Fällen haben kann. Davon ist die Schweiz nicht zuletzt insofern betroffen, als die Schweizer Wirtschaft stark auf internationalen Märkten engagiert ist. Auch haben zahlreiche internationale Sportverbände ihren Sitz in der Schweiz, deren Tätigkeit in der Vergangenheit gelegentlich durch Korruptionsskandale in Verruf gebracht wurde (sh. zum Ganzen: Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs [Korruptionsstrafrecht] vom 30. April 2014, BBI 2014 3592f.). Die Erfahrungen der BA zeigen, dass Fälle von Privatbestechung, vor allem im internationalen Kontext, ohne Weiteres die in Art. 269 Abs. 1 Bst. b StPO verlangte Schwere annehmen könnten, die eine Überwachung rechtfertigt, und deren Verfolgung die Möglichkeit erfordert, den Post- und Fernmeldeverkehr überwachen zu können. Die Täterschaft bei Korruptionshandlungen bedient sich ebenso wie z.B. bei der Ausnutzung von Insiderinformationen und der Kursmanipulation eher des mündlichen Austauschs. Angesichts dessen sowie der Tatsache, dass Art. 322<sup>ter</sup>, 322<sup>quater</sup> und 322<sup>septies</sup> StGB wie auch Art. 154 und 155 FinfraG bereits im Katalog von Art. 269 Abs. 2 Bst. a und j StPO aufgeführt sind, ist nicht einsichtig, weshalb nicht auch die Privatbestechung gemäss Art. 322<sup>octies</sup> und 322<sup>novies</sup> StGB Eingang in den Katalog gefunden haben.

Die BA beantragt daher, Art. 269 Abs. 2 StPO mit der Aufnahme von Art. 322<sup>octies</sup> und 322<sup>novies</sup> StGB zu ergänzen.

## 9.10 Art. 353 Abs. 2 StPO / Inhalt und Eröffnung Strafbefehl

Die BA beantragt, die bisherige Regelung beizubehalten in dem Sinne, dass unbestrittene Zivilforderungen im Strafbefehl vorgemerkt werden (vgl. oben, Ziffer 5.1).

## 9.11 Art. 355 Abs. 2 StPO / Verfahren bei Einsprache gegen den Strafbefehl

Die BA beantragt, die bestehende Regelung mit der Rückzugsfiktion beizubehalten. Die im erläuternden Bericht für die vorgeschlagene Neuerung angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts relativiert nicht die Rückzugsfiktion als solche, sondern erinnert daran, dass ein konkludenter Rückzug der Einsprache gegen den Strafbefehl nur 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. Deshalb besteht kein Anlass, die Rückzugsfiktion gemäss Abs. 2 aufzuheben.

Dasselbe trifft auch auf Art. 356 Abs. 4 StPO zu.

## 9.12 Art. 366 Abs. 1 – 3 StPO

Die BA begrüßt diese Neuerungen ausdrücklich, welche die Voraussetzungen für das Abwesenheitsverfahren vereinfachen.

## 9.13 Art. 381 Abs. 4 StPO

Die BA regt an, die Rechtsmittelkompetenz der BA in Art. 381 Abs. 4 Bst. a StPO (und Art. 81 Abs. 2 BGG) zu streichen. Es besteht für die BA als Staatsanwaltschaft des Bundes kein Anlass, in Strafverfahren einzugreifen, die kantonaler Gerichtsbarkeit unterliegen, und die befasste kantonale Staatsanwaltschaft zu "übersteuern". Die Regelung geht auf die historisch motivierte Oberaufsicht des Bundes in bestimmten Strafrechtsbereichen des Bundesverwaltungsrechts zurück, darf jedoch heute, soweit sie in der Rechtsmittelkompetenz der Bundesanwaltschaft gemäss Art. 381 Abs 4 StPO zum Ausdruck kommt, als nicht mehr zeitgemäß bezeichnet werden, zumal der BA heute andere Schwerpunkte in der Strafverfolgung zukommen. Die Gerichte stellen die einheitliche Anwendung des materiellen Bundesstrafrechts sicher; formell-rechtlich werden die Verfahren nunmehr ohnehin schweizweit einheitlich nach StPO geführt.

Bei Streichung der Rechtsmittelkompetenz der BA in Art. 381 Abs. 4 Bst. a StPO bestünde die Möglichkeit, eine selbstständige Rechtsmittelkompetenz der Verwaltung, wenn sie einen entsprechenden Bedarf äussert, in den betreffenden Spezialgesetzen zu verankern. Dies in Anlehnung an die Überlegungen bei der Einführung derselben im Verwaltungsstrafverfahren (Art. 80 Abs. 2 VStrR; SR 313.0), für die folgende Argumente angeführt wurden: «Die Prüfung und Anfechtung kantonaler Entscheide in Verwaltungsstrafsachen des Bundes setzt regelmässig besondere Fachkenntnisse voraus, über die nur die beteiligte Bundesverwaltung verfügt. Die Bundesanwaltschaft ist deshalb in solchen Fällen auf die Unterstützung der zuständigen Verwaltung angewiesen, welche insbesondere die fachbezogene Begründung des Rechtsmittels beisteuern muss. Faktisch handelt es sich dann weitgehend um ein von der Bundesanwaltschaft unterzeichnetes und eingereichtes Rechtsmittel der Verwaltung. Sachgerechter als dieses ineffiziente Vorgehen ist die (...) Schaffung einer gesetzlichen Grundlage, wonach (...) die beteiligte Verwaltung (...) den kantonalen Entscheid selbstständig anfechten kann (...).» (BBI 1998 II 1529, S. 1560).

Die BA regt an, mit Blick auf die Neuregelung die Bedürfnisse der Fachämter zu eruieren; in diesem Zusammenhang könnte das Ergebnis der im Jahr 2017 vom BJ durchgeführten Umfrage zur Verordnung über die Mitteilung kantonaler Entscheide hilfreich sein und

Anhaltspunkte dafür liefern, bei welchen Fachämtern überhaupt ein Mitteilungs- und Rechtsmittelbedürfnis besteht.

Die Ineffizienz der gegenwärtigen Regelung und die Parallele zum VStrR hat die BA bereits in ihrem Tätigkeitsbericht 2015 (S. 8) aufgezeigt.

Die BA beantragt ebenfalls die Streichung ihrer Rechtsmittelkompetenz gemäss Bst. b des genannten Art. 381 Abs. 4 StPO. Angesichts der Delegationspraxis der BA besteht keine Notwendigkeit für die BA, diese Rechtsmittelkompetenz beizubehalten.

## **10. Rechtshilfegesetz (IRSG /EIMP)**

En principe, le MPC salue les modifications législatives proposées en matière d'entraide, qui vont dans le sens d'une entraide plus rapide, tout en continuant à garantir une protection juridique conséquente aux personnes concernées.

Il considère toutefois que la rédaction de certains articles est de nature à **prêter à confusion** sur la volonté réelle de la révision ; ces articles pourraient être interprétés comme introduisant des **obstacles** supplémentaires à l'octroi de l'entraide judiciaire.

### **10.1 Art. 9 EIMP / Protection du domaine secret et mise sous scellés**

L'**alinéa 1** reprend le texte actuel. La nouvelle rédaction de l'article devrait être l'occasion de clarifier que les dispositions sur le droit de refuser de témoigner applicables sont celles de la procédure pénale applicable, CPP ou DPA, et non plus de la PCF<sup>1</sup>. Compte tenu de l'unification de la procédure pénale intervenue depuis l'entrée en force de l'EIMP, il apparaît contreproductif de soumettre les autorités administratives fédérales à des règles différentes des autorités cantonales.

Un nouveau **paragraphe 2** est ajouté aux règles sur les scellés. Il intègre la règle jurisprudentielle, selon laquelle l'autorité d'exécution qui mène également une procédure pénale doit apposer les scellés si on lui demande (al. 2 lit. a). Il prévoit également que les scellés ne peuvent être demandés que si l'autorité étrangère risque d'avoir accès aux informations avant le prononcé de la décision de clôture (65a EIMP ou entraide dynamique). Selon le rapport explicatif, il s'agit de limiter le nombre de situations dans lesquels les scellés sont susceptibles d'être apposés.

La **formulation** proposée n'apparaît toutefois **pas adéquate** à atteindre les buts recherchés. Elle met en effet sur le même pied :

- La situation dans laquelle il existe le risque qu'une autorité étrangère accède aux documents avant la clôture de la procédure d'entraide ;
- La situation dans laquelle l'autorité d'exécution mène une procédure pénale, et dans laquelle l'apposition de scellés est obligatoire.

Cette structure laisse entendre que dans les deux cas, il sera obligatoire de donner suite à une demande de pose de scellés.

Or, de jurisprudence constante, la participation des fonctionnaires étrangers au tri des documents avant la clôture (art. 65a EIMP) a justement pour but d'identifier les moyens de preuves utiles, qui feront l'objet de la procédure d'entraide, et écarter ceux sans pertinence pour la procédure étrangère<sup>2</sup>. La formulation actuelle pourrait donc être lue comme vidant de

<sup>1</sup> Application de la PCF aux autorités administratives fédérales par renvoi de l'art. 16 al. 1 PA, lui-même applicable par renvoi de l'art. 12 EIMP. [TPF RR.2009.229](#) du 16 décembre 2009 ; c. 5 [TPF RR.2011.37](#) du 17 mai 2011 (c. 4).

<sup>2</sup> ATF [130 II 14](#) c. 4.4.

toute portée l'art. 65a EIMP puisqu'elle confie dorénavant ce tri au TMC, avec la surcharge de travail et les retards qui en découlent. Certes, le MPC pourrait refuser d'apposer les scellés, mais cette possibilité n'est prévue que dans des cas tout à fait exceptionnels<sup>3</sup>.

Par ailleurs, la formulation actuelle fait croire que les hypothèses formulées aux al. 1 et 2 présentent, pour la personne concernée, une atteinte de même intensité à son domaine secret. Or, tel n'est pas le cas : dans la première hypothèse, l'autorité étrangère ne peut accéder que brièvement, sous la forme d'un tri grossier (« grobtriage »), aux actes récoltés. Elle a signé en outre des engagements de confidentialité, lui faisant interdiction d'utiliser les informations en question avant la décision de clôture<sup>4</sup>. L'accès aux actes intervient finalement sous le contrôle de l'autorité suisse, qui empêchera que des notes ou des copies soient emportées. Dans la seconde hypothèse, l'autorité de poursuite est libre de perquisitionner et d'exploiter à sa guise des documents qui, autrement, auraient dû être soumis au TMC.

Qui plus est, la rédaction proposée permet de faire obstacle à toute entraide dynamique<sup>5</sup>, puisqu'il suffirait de requérir les scellés pour bloquer la procédure.

Un autre problème est que la révision parallèle du CPP propose une extension du champ des personnes susceptibles de demander les scellés, celui-ci passant du seul détenteur à l'ensemble des ayants-droits potentiellement touchés<sup>6</sup>. Or, en matière d'entraide judiciaire, seule la personne directement et personnellement visée par la mesure de contrainte a qualité de partie à la procédure – et est donc susceptible de requérir l'apposition de scellés<sup>7</sup>. La modification proposée, qui se limite à renvoyer à l'art. 248 a-p CPP, peut donc être lue comme autorisant toute personne intéressée à participer à la procédure des scellés, et donc à la procédure d'entraide.

La modification proposée n'intègre pas non la jurisprudence actuelle, selon lesquelles le but de l'art. 9 EIMP est de protéger les **secrets absous ou qualifiés** (321 CP, 171 CPP), mais non les simples secrets d'affaire ou le secret bancaire - ces derniers devant être pris en compte ultérieurement, dans l'examen de la proportionnalité<sup>8</sup>.

Le MPC constate que l'apposition de scellés en procédure d'entraide revient à faire traiter les mêmes griefs devant le TMC puis devant l'autorité d'exécution<sup>9</sup>, et est très souvent utilisée à des fins dilatoires. Elle devrait dès lors être réservée aux situations dans lesquelles la personne directement touchée par la mesure de contrainte rend vraisemblable que les moyens de preuve saisis contiennent des secrets absous qui s'opposeraient à la perquisition, conformément aux règles figurant à l'art. 264 CPP. A défaut, les scellés pourront être refusés.

#### Proposition :

#### *Art. 9 Protection du domaine secret et mise sous scellés*

<sup>3</sup> TF, [1B\\_464/2012](#) du 7 mars 2013, c. 3. « Ausnahmen können nur in liquiden Fällen in Frage kommen, etwa wenn das Siegelungsbegehr offenbarlich unbegründet bzw. rechtsmissbräuchlich erhoben erscheint und ein förmliches Entsiegelungsverfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht geradezu einem Prozessleerlauf gleichkäme».

<sup>4</sup> L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, Directives, OFJ, N. 6.5 p. 84.

<sup>5</sup> Telle que proposée dans la révision législative dans le cadre de la ratification de la Convention contre le terrorisme, respectivement telle que reconnue par le Tribunal fédéral (ATF [143 IV 186](#) c. 2.3) ou la loi (art. 18 EIMP).

<sup>6</sup> Art. 248 al. 1 a-p CPP.

<sup>7</sup> BSK-STPO THORMANN/BRECHBUEHL, N 71 ad art. 248.

<sup>8</sup> TPF, [RR.2012.283](#) du 22 mars 2013, c. 2.1 ; TPF, [RR.2011.12](#) du 11 juillet 2011, c. 6.

<sup>9</sup> BSK-STPO THORMANN/BRECHBUEHL, N 72 ad art. 248.

<sup>1</sup> *Lors de l'exécution de la demande, la protection du domaine secret est régie par les dispositions sur le droit de refuser de témoigner prévues par la procédure pénale applicable.*

<sup>2</sup> *La mise sous scellés ne peut être demandée que dans les cas suivants:*

*a. lorsque des personnes qui participent à la procédure à l'étranger assistent aux actes d'entraide ou sont autorisées à consulter le dossier avant la clôture de la procédure d'entraide, pour autant que la personne touchée par la mesure rende vraisemblable l'existence de motifs de restrictions au séquestré (art. 264 CPP);*

*b. lorsque l'autorité d'entraide judiciaire suisse mène une procédure dans la même affaire que celle sur laquelle porte la demande d'entraide judiciaire étrangère.*

<sup>3</sup> *Les art. 246 à 248, CPP s'appliquent par analogie à la perquisition de documents et à leur mise sous scellés. La qualité de partie à la procédure de scellés est régie par l'EIMP.*

## **10.2 Art. 30, al. 2 et 5 EIMP**

Le remplacement du terme « autorité cantonale » par « autorité requérante suisse » (**alinéa 2**) est à saluer. Conséquemment, la même modification devrait être apportée à l'art. 25 al. 3 EIMP, qui traite du droit de recours de l'autorité requérante cantonale<sup>10</sup>. Compte tenu de l'importance prise par les autorités fédérales on peut d'ailleurs se demander si un toilettage plus généralisé ne devrait pas s'imposer<sup>11</sup>.

L'**alinéa 5** concerne la configuration particulière où le Procureur suisse adresse une demande d'entraide à l'étranger, mais que l'autorité requise ne peut donner suite à certaines mesures (en particulier un séquestré de biens) que si celles-ci sont approuvées par un tribunal. Cet alinéa doit être lu en conjonction avec le nouvel art. 55a CPP.

Sur le fond, il n'appelle aucun commentaire en particulier. Sur la forme, sa terminologie devrait suivre celle de l'art. 55a CPP.

Proposition :

<sup>5</sup> *L'OFJ informe immédiatement l'autorité requérante suisse si l'Etat requiert que la mesure d'entraide demandée soit autorisée par un tribunal.*

Die BA bedankt sich für die Gelegenheit zur Vernehmlassung.

Bundesanwaltschaft BA

**sig. M. Lauber**

Michael Lauber  
Bundesanwalt

**Anhang:** Aufschub der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen (AAU)

---

<sup>10</sup> Il s'agit d'intégrer dans le texte le droit de recours de l'autorité fédérale, qui est d'ores et déjà reconnu par la jurisprudence : ATF [1A.103/2005](#) du 11 juillet 2005, consid. 2.2.

<sup>11</sup> Cf. les références aux seules autorités cantonales contenues dans les art. [77](#) et [79a](#) EIMP, ainsi que art. [4](#) OEIMP.

## **Revision der Strafprozessordnung (StPO): Aufschub der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen (AAU)**

Gemäss den Erfahrungen der Bundesanwaltschaft (BA) im Bereich des Unternehmensstrafrechts besteht in der Strafverfolgungspraxis das Bedürfnis, in der StPO – in Anlehnung an das aus dem angelsächsischen Recht bekannte Institut des "Deferred Prosecution Agreement" (DPA) – die Möglichkeit einer aufgeschobenen Anklageerhebung zu schaffen. Es handelt sich dabei um eine aussergerichtliche Einigung, nach welcher die Staatsanwaltschaft einstweilen auf eine Anklageerhebung verzichtet, solange das Unternehmen die vereinbarten Verpflichtungen erfüllt.

Vorgespräche mit dem Schweizerischen Anwaltsverband (SAV) haben ergeben, dass die Anwaltschaft das Bedürfnis nach einer aufgeschobenen Anklageerhebung in der StPO teilt.<sup>1</sup>

Nachfolgend unterbreitet die BA ihren Vorschlag für die Einführung eines Aufschubs der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen (AAU).

Anders als der SAV vertritt die BA die Ansicht, dass die Möglichkeit einer aufgeschobenen Anklageerhebung auf Strafverfahren im Bereich von Art. 102 des Strafgesetzbuches (StGB) und damit auf Unternehmen nach Art. 102 Abs. 4 StGB zu beschränken ist. Gegenstand des Verfahrens sind die Straftatbestände des Katalogs von Art. 102 Abs. 2 StGB bzw. subsidiär die Verbrechen oder Vergehen in der Konstellation von Art. 102 Abs. 1 StGB.<sup>2</sup>

Die BA geht mit dem SAV einig, dass insbesondere in Verfahren gegen international tätige Unternehmen eine Verurteilung zu tiefgreifenden Kollateralschäden führen kann bis hin zum Verlust von ausländischen behördlichen Bewilligungen. Zum Schutz der Interessen von Schweizer Unternehmen und in der Folge der Schweizer Volkswirtschaft soll daher die Möglichkeit geschaffen werden, eine Anklageerhebung aufzuschieben und bei Einhaltung der vereinbarten Nebenfolgen auf eine Anklage nach Ablauf der Probezeit zu verzichten.

Der AAU gestützt auf eine Vereinbarung zwischen Staatsanwaltschaft und beschuldigtem Unternehmen verfolgt mehrere *rechtsstaatliche Ziele* im Strafverfahren:

### **1) Aufklärung von Straftaten in der Verantwortlichkeit von Unternehmen**

Unternehmen sollen ermutigt werden, mutmassliche Fälle im Bereich des Unternehmensstrafrechts selbst anzuzeigen bzw. sich auf eine entsprechende Untersuchung rasch einzulassen und mit den Strafverfolgungsbehörden im Rahmen der Strafuntersuchung offen und umfassend zu kooperieren. Die Staatsanwaltschaft ist (weiterhin) verpflichtet, die Untersuchung vollständig durchzuführen; ein AAU kommt erst nach ordentlichem Abschluss der Untersuchung in Betracht. Damit wird gleich mehreren Prozessmaximen – dem Verfolgungswang, dem Untersuchungsgrundsatz und dem Beschleunigungsgebot – besondere Nachachtung verschafft.

<sup>1</sup> Stellungnahme des SAV zur Änderung der Strafprozessordnung vom 13. März 2018, S. 17, [https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/312\\_stellungnahme-sav\\_fsa\\_stpo-revision-cpp\\_201803\\_web.pdf](https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/312_stellungnahme-sav_fsa_stpo-revision-cpp_201803_web.pdf).

<sup>2</sup> Auf einen eigenen Deliktskatalog, wie ihn z.B. die englische "Crime and Courts Act 2013" (Schedule 17, Part 2, [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/pdfs/ukpga\\_20130022\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/pdfs/ukpga_20130022_en.pdf)) als Grundlage für das hiesige DPA vorsieht, kann in der StPO dank der Verbindung mit Art. 102 StGB verzichtet werden.

## 2) Ausgleich für begangenes Unrecht

Es geht beim Institut des AAU keinesfalls um eine einseitige Bevorzugung von Unternehmen im Strafverfahren. Das Ziel der StPO, "einen gesetzlichen Rahmen zu schaffen, der es erlaubt, in jedem Einzelfall zwischen den im Strafverfahren involvierten, diametral entgegenstehenden Interessen einen gerechten Ausgleich zu finden"<sup>3</sup>, verfolgt auch die vorgeschlagene Lösung für einen AAU in seinem spezifischen Anwendungsbereich.

Zwar steht bei einem AAU die einstweilige Vermeidung der negativen Folgen einer Verurteilung im Vordergrund. Ausgleichend sollen aber alle Nebenfolgen, die auch bei einer Verurteilung angeordnet werden könnten, Platz greifen. Zu denken ist in monetärer Hinsicht an die Entrichtung einer Busse, Einziehungen bzw. Ersatzforderungen oder Schadenersatzzahlungen; ferner kann mit Weisungen und Auflagen der Ausgleich begangenen Unrechts, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und die Vermeidung künftiger Straftaten gewährleistet werden. Dem rechtsstaatlichen Grundsatz, dass strafbares Verhalten Konsequenzen haben soll, würde daher auch mit dem Institut des AAU unter Berücksichtigung aller Interessen im Einzelfall Geltung verschaffen.

## 3) Besondere Ziele des Unternehmensstrafrechts

Das Institut des AAU stellt ein effektiveres und effizienteres prozessuales Mittel dar zur Durchsetzung des Unternehmensstrafrechts. Bei letzterem geht es um die strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine mangelhafte Organisation des Unternehmens, die ursächlich war für das in Frage stehende Delikt. Dabei werden sämtliche "Spielarten organisierter Unverantwortlichkeit" erfasst.<sup>4</sup> Nebst dem monetären Ausgleich für begangenes Unrecht ist die nachhaltige Behebung von Organisationsmängeln zwecks Verhinderung künftiger Straftaten ein Hauptziel. Im Rahmen der dem AAU zugrundeliegenden Vereinbarung kann das Unternehmen gleichsam "massgeschneidert" zur Verbesserung seiner Compliance-Prozesse bzw. Einführung wirksamer Compliance-Programme verpflichtet werden. Erfüllt das Unternehmen sämtliche Verpflichtungen zur Behebung von Organisationsmängeln, stärkt es damit seine Reputation im wirtschaftlichen Wettbewerb und den Ruf des schweizerischen Finanzplatzes.

Sind diese drei Ziele erfüllt, entfällt das staatliche Bedürfnis nach einem zusätzlichen, formellen Urteilsspruch gegen das Unternehmen.

Voraussetzungen einer Vereinbarung über den AAU sind eine Selbstanzeige des Unternehmens oder dessen rasche Einlassung auf die Strafuntersuchung und volle Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden. Das Unternehmen anerkennt den strafrelevanten Sachverhalt und allfällige Zivilansprüche, muss aber kein formelles Schuldeingeständnis abgeben. Sodann muss das Unternehmen bereit sein, interne Abläufe und Kontrollmechanismen zu verbessern, um künftige Straftaten zu vermeiden.

Es liegt nach Abschluss der Untersuchung im Ermessen der Staatsanwaltschaft, das beschuldigte Unternehmen einzuladen, in Verhandlungen zu treten oder auf eine entsprechende Initiative des Unternehmens einzutreten. Über den Abschluss einer Vereinbarung über den AAU entscheidet die Staatsanwaltschaft endgültig. Die periodische Kontrolle namentlich von vereinbarten Compliance-Auflagen erfolgt durch einen von der Staatsanwaltschaft eingesetzten unabhängigen Prüfbeauftragten, der vom Unternehmen finanziert wird.

<sup>3</sup> Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBI 2006 1085, S. 1087.

<sup>4</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBI 1999 II 1979, S. 2143.

Wenn sich das Unternehmen in der festgelegten Probezeit bewährt, indem es alle vereinbarten Bedingungen erfüllt bzw. sämtliche Nebenfolgen einhält, wird die Untersuchung eingestellt und ein Schulterspruch entfällt. Die Nichtbewährung, d.h. das Nichteinhalten der Vereinbarung soll als Prozessvoraussetzung gelten. Hat sich das Unternehmen bewährt, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung für eine Anklageerhebung und das Verfahren ist von der Staatsanwaltschaft einzustellen (Art. 319 Abs. 1 Bst. d StPO).

Hält sich das Unternehmen in der Probezeit nicht an die Bedingungen der abgeschlossenen Vereinbarung, stellt die Staatsanwaltschaft die Nichtbewährung fest und schreitet zur Anklageerhebung nach Art. 324 ff. StPO. Die Anerkennung des Sachverhalts in der Vereinbarung bleibt im Hauptverfahren verwertbar. Das Gericht kann Bussen und Einziehungen bei abweichender Würdigung der dem beschuldigten Unternehmen vorgeworfenen Taten neu festlegen. Vom Unternehmen bereits geleistete Entschädigungszahlungen an die Privatklägerschaft gelten als erledigt, wodurch das Gericht entlastet wird.

In Bezug auf den Inhalt der Vereinbarung ist es wichtig, dass genügend Spielraum besteht, um den Besonderheiten und Interessen im Einzelfall Rechnung tragen zu können. In der Vereinbarung sind namentlich folgende Punkte zu regeln:

- Darstellung des strafrelevanten, d.h. für die rechtliche Würdigung wesentlichen Sachverhalts, der dem beschuldigten Unternehmen nach Abschluss der Untersuchung zur Last gelegt wird sowie dessen Anerkennung durch das Unternehmen.
- Festlegung und Bemessung einer Busse im Rahmen von Art. 102 StGB.
- Die Bezeichnung beschlagnahmter Gegenstände und Vermögenswerte, die freigegeben oder (gegebenenfalls unter Festlegung einer Ersatzforderung) eingezogen werden.
- Anerkennung von Zivilansprüchen durch das Unternehmen und Festlegung einer Entschädigung, womit die Interessen einer Privatklägerschaft berücksichtigt werden. Eine allfällige kumulative Strafklage der Privatklägerschaft gilt diesfalls als zurückgezogen.
- Verpflichtung des Unternehmens zur dauerhaften Behebung festgestellter Organisationsmängel und Einleitung der hierfür notwendigen Massnahmen (beispielsweise die Implementierung oder Verstärkung von Compliance-Programmen).
- Einsetzung eines unabhängigen Prüfbeauftragten und Periodizität der Berichterstattung zuhanden der Staatsanwaltschaft unter Kostentragungspflicht des Unternehmens.
- Festlegung einer Probezeit von zwei bis fünf Jahren (in Anlehnung an Art. 44 Abs. 1 StGB).
- Folgen der Nichteinhaltung der Vereinbarung (Anklagerhebung).
- Verlegung der bisherigen Kosten.

**Die BA schlägt vor, unter dem 6. Titel (Vorverfahren) / 3. Kapitel (Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft) neu einen 5. Abschnitt mit einem Art. 318<sup>bis</sup> StPO einzufügen:**

## 5. Abschnitt: Aufschub der Anklageerhebung bei Verfahren gegen Unternehmen

### Art. 318<sup>bis</sup>

<sup>1</sup> Sind nach Abschluss der Untersuchung gegen das Unternehmen die Voraussetzungen für eine Anklage erfüllt, kann die Staatsanwaltschaft die Anklageerhebung aufschieben, wenn:

- a. das Unternehmen bei der Feststellung des Sachverhalts und der Identifikation der natürlichen Person oder Personen, der oder denen die Tat zuzurechnen ist, volumnfänglich mitgewirkt hat; und
- b. das Unternehmen mit der Staatsanwaltschaft eine Vereinbarung gemäss Absatz 2 abschliesst.

<sup>2</sup> Die Vereinbarung über den Aufschub der Anklageerhebung enthält insbesondere folgende Angaben:

- a. den Sachverhalt, der dem Unternehmen zur Last gelegt und von diesem anerkannt wird;
- b. die Höhe der vom Unternehmen zu bezahlenden Busse;
- c. die Bezeichnung beschlagnahmter Gegenstände und Vermögenswerte, die freigegeben oder eingezogen werden;
- d. die Höhe der Entschädigung aus zivilrechtlichen Ansprüchen zugunsten der Privatklägerschaft;
- e. die vom Unternehmen zu treffenden Vorkehren zur Behebung des Organisationsmangels und zur Verhinderung künftiger Straftaten;
- f. die Einsetzung eines unabhängigen Prüfbeauftragten zur periodischen Kontrolle der vom Unternehmen getroffenen Vorkehren gemäss Buchstabe e;
- g. die Periodizität der Berichterstattung des Prüfbeauftragten an die Staatsanwaltschaft;
- h. die Bestimmung einer Probezeit von zwei bis fünf Jahren und die Bezeichnung der Folgen einer Nichtbewährung (Anklageerhebung);
- i. die Kosten- und Entschädigungsfolgen.

<sup>3</sup> Die Kosten eines Prüfbeauftragten sind vom Unternehmen zu tragen. Das Unternehmen hat dem Prüfbeauftragten Zugang zu seinen Räumlichkeiten zu gewähren und ihm alle Auskünfte zu erteilen, die er zur Erfüllung seines Prüfauftrags benötigt. Vorbehalten bleiben Unterlagen und Gegenstände nach Artikel 264 StPO.

<sup>4</sup> Verletzt das Unternehmen die Vereinbarung innerhalb der Probezeit und behebt es die Verletzung nicht innerhalb einer angemessenen, von der Staatsanwaltschaft angesetzten Frist, stellt diese die Nichtbewährung fest und erhebt beim zuständigen Gericht Anklage.

<sup>5</sup> Die Nichtbewährung gilt als Prozessvoraussetzung. Ihre Feststellung ist nicht anfechtbar.

<sup>6</sup> Hat das Unternehmen die Vereinbarung innerhalb der Probezeit erfüllt, verfügt die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens (Art. 319 Abs. 1 Bst. d StPO).

Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

Tribunal federal



---

Die Präsidentenkonferenz  
CH - 1000 Lausanne 14  
Tel. 021 318 91 02  
Fax 021 323 37 00  
Korrespondenznummer 10.9

An die Vorsteherin des Eidg. Justiz-  
und Polizeidepartement EJPD  
Frau Bundesrätin  
Simonetta Sommaruga  
Bundeshaus West  
3003 Bern

[PDF und Word-Version per E-Mail an:](#)  
[annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Lausanne, 13. März 2018 / wai

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sie haben das Bundesgericht eingeladen, bis zum 14. März 2018 zur Änderung der Strafprozessordnung Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen dafür und nehmen diese Gelegenheit gerne wahr.

***Grundsatz der "doppelten Instanz"***

Die Strafprozessordnung soll keine Ausnahmen vom Grundsatz der "doppelten Instanz" mehr enthalten. Dies ist sehr zu begrüßen. Die Neuerung verbessert den Rechtsschutz des Bürgers und entlastet das Bundesgericht. Dies gilt entgegen dem Erläuternden Bericht (Ziff. 3.1) auch dann, wenn der Entscheid der Beschwerdeinstanz an das Bundesgericht weitergezogen wird. Hat bereits eine Beschwerdeinstanz die vorgetragenen Rügen näher geprüft hat, erleichtert dies in aller Regel die Arbeit des Bundesgerichts.

***Art. 60 Abs. 1 VE-StPO***

Nach der deutschsprachigen Fassung dieser Bestimmung sind Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Person mitgewirkt hat, aufzuheben und zu wiederholen, sofern dies eine Partei innert fünf Tagen verlangt, nachdem sie vom

*Entscheid* über den Ausstand Kenntnis erhalten hat. Dem entspricht die italienischsprachige Fassung ("... *entro cinque giorni da quello in cui è venuta a conoscenza della decisione di ricusazione*"). Die französischsprachige Fassung weicht davon ab. Danach muss die Partei die Aufhebung und Wiederholung der Verfahrenshandlungen verlangen spätestens fünf Tage "*après qu'elle a eu connaissance du motif de la récusation*". Dies ergibt keinen Sinn. Die Worte "du motif" sind zu ersetzen durch "*de la décision*".

#### **Art. 133 VE-StPO**

Die vorgeschlagene Regelung zur Bestellung der amtlichen Verteidigung erscheint kompliziert und könnte Anwendungsprobleme bieten. Es sollte vermieden werden, dass – wozu das in Absatz 2 vorgesehene Kriterium der Eignung führen könnte – in grösseren und schwierigeren Fällen fast immer die gleichen bekannten Anwälte als amtliche Verteidiger bestellt werden.

Die französische Version von Absatz 3 enthält im Vergleich zum deutschen Text ausserdem eine Ungenauigkeit. Der deutsche Text präzisiert mit den Worten "*Die ausgewählte Verteidigung wird (...) eingesetzt*", dass die Verfahrensleitung den Verteidiger aus den von der unabhängigen Stelle ausgewählten Verteidigern bezeichnet. Das Wort "*choisi*" ist auch in die französische Version aufzunehmen. Sonst könnte man nach der französischen Fassung annehmen, dass die Verfahrensleitung in der Bezeichnung des Verteidigers frei bleibt, was offensichtlich nicht der Sinn der vorgeschlagenen Neuerung ist.

#### **Art. 135 Abs. 1 und 3 VE-StPO**

Die Änderung in Art. 135 Abs. 1 E-StPO bezieht sich auf den amtlichen Verteidiger bei einem Freispruch oder einer Verfahrenseinstellung so zu entschädigen wie es nach Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO für die frei gewählte Verteidigung gilt. Diese Änderung, die darauf abzielt, bei der Entschädigung eine Ungleichbehandlung zwischen dem amtlichen und dem frei gewählten Verteidiger zu beseitigen, schafft eine neue Ungleichbehandlung unter den amtlichen Verteidigern selber. Denn der amtliche Verteidiger, dessen von ihm vertretener Angeklagter schliesslich verurteilt wird, wird schlechter entschädigt als der amtliche Anwalt, dessen von ihm vertretener Angeklagter freigesprochen wird oder in den Genuss einer Verfahrenseinstellung kommt. Diese Differenzierung berücksichtigt die vom amtlichen Verteidiger geleistete Arbeit in keiner Weise und ist nicht gerechtfertigt.

Die vorgeschlagene Streichung der geltenden lit. b von Art. 135 Abs. 3 StPO ist aus systematischer Sicht kohärent. Sie wird jedoch die Beschwerdezahl vor der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, die bereits überlastet ist, weiter erhöhen. Die in Art. 135 Abs. 3 StPO geregelten Beschwerden fallen heute in die Zuständigkeit der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Art. 37 Abs. 1 StBOG); die Beschwerde ans Bundesgericht ist gemäss Art. 79 BGG ausgeschlossen.

### **Art. 147 und Art. 147a VE-StPO**

Die in diesen Bestimmungen vorgesehenen Neuerungen sind zu begrüßen.

### **Art. 221 Abs. 1 lit. c VE-StPO**

Die vorgeschlagene neue Bestimmung zur Wiederholungsgefahr verlangt eine Vortat (*"bereits früher eine solche Straftat verübt hat"*). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann dann, wenn sich die Risiken für mögliche Opfer als untragbar hoch erweisen, vom Vortatenerfordernis ganz abgesehen werden (BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 13; 137 IV 13 E. 4 S. 19 ff.). Würde die vorgeschlagene Neuregelung Gesetz, könnte das Bundesgericht diese Rechtsprechung nicht weiterführen. Für die Revision von Art. 221 Abs. 1 lit c StPO sollte nicht die frühere Regelung der Zürcher Strafprozessordnung massgeblich sein (Erläuternder Bericht Ziff. 2.1.27), sondern die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

In der vorgeschlagenen Fassung dürfte Art. 221 Abs. 1 lit. c VE-StPO zudem kaum praxistauglich sein. Im Vorentwurf fehlt eine Regelung der "qualifizierten" Wiederholungsgefahr im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 137 IV 13 E. 3 und 4; vgl. auch die späteren kantonalen Regelungen, beispielsweise in Zürich ab 2005). Anstatt die qualifizierte Wiederholungsgefahr als Erfordernis zu formulieren, bleibt der Vorentwurf auf dem Boden der einfachen Wiederholungsgefahr stehen.

### **Art. 222 Abs. 2 und Art. 228a VE-StPO**

Diese Bestimmungen übernehmen die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die sich in der Praxis bewährt hat.

Nach dem vorgeschlagenen Art. 222 Abs. 2 VE-StPO kann die Staatsanwaltschaft Entscheide unter anderem über die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten. Nach dem heutigen Art. 222 StPO, der zu Art. 222 Abs. 1 StPO werden soll, kann ebenso die verhaftete Person Entscheide über die *Aufhebung* der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten. Insoweit ist die verhaftete Person jedoch nicht beschwert. Gemeint ist offenbar, dass die verhaftete Person dann, wenn sie unter Anordnung von *Ersatzmassnahmen* aus der Haft entlassen wird, gegen die Ersatzmassnahmen Beschwerde führen kann. Dies sollte im Gesetzestext klarer zum Ausdruck gebracht werden.

### **Art. 352 Abs. 3 VE-StPO**

Nach dem Erläuternden Bericht (Ziff. 2.1.48 am Schluss) ist die Anpassung in dieser Bestimmung durch die neue Regelung in Absatz 1<sup>bis</sup> bedingt. In Absatz 3 müsste deshalb, wie in Absatz 1<sup>bis</sup>, von "4 Monaten" und nicht von "3 Monaten" die Rede sein.

**Art. 364a und Art. 364b VE-StPO**

Diese Bestimmungen schliessen eine Lücke in der Strafprozessordnung und sind zu begrüssen.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Hinweisen dienen zu können, und stehen Ihnen für weitere Erläuterungen gerne zur Verfügung.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, den Ausdruck unserer ausgezeichneten Hochschätzung.

**SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT**  
**Die Präsidentenkonferenz**

Der Vorsitzende



Nicolas von Werdt

Der Generalsekretär



Paul Tschümperlin

**Orientierungskopie**

– Bundesstrafgericht



---

Präsident und Generalsekretärin

Viale Stefano Franscini 7  
CH-6500 Bellinzona  
Tel. +41 58 480 68 68  
Fax +41 58 480 68 42  
info@bstger.ch

Registratur-Nummer: 1.1.1.8

**Per E-Mail**

annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bellinzona, 9. März 2018

**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

Wir danken für die Möglichkeit, zur Revision der Strafprozessordnung (StPO) Stellung nehmen zu können. Soweit wir zu den von Ihnen vorgeschlagenen Änderungen keine Bemerkungen anbringen, drücken wir damit unsere Zustimmung aus. Soweit Revisionsvorschläge ausschliesslich oder grossmehrheitlich die kantonale Strafrechtspflege anbetreffen, verzichten wir auf eine Stellungnahme.

**Art. 59 Abs. 1 (Prinzip der «double instance» in Ausstandsangelegenheiten)**

Mit dem vorgeschlagenen Text soll das Prinzip der «double instance» auch für Ausstandsentscheide eingeführt werden. Allerdings gelingt das nur sehr beschränkt, nämlich ausschliesslich für den Anwendungsfall des Art. 59 Abs. 1 lit. a, dann 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 völlig unklar, wie solche Fälle künftig zu behandeln sind.

*Das BStGer beantragt, Art. 59 Abs. 1 zu überdenken und eine Lösung zu schaffen, die das Prinzip der «double instance» für alle Fälle implementiert.*

#### **Art. 78a (Protokollierung)**

Befriedigend gelöst erscheint das Problem mit der Protokollierung von Einvernahmen in Art. 78a VE-StPO: Erfreulich ist insbesondere, dass von einer nachträglichen vollständigen Verschriftung abgesehen wird, wobei sich dies allerdings nur aus dem Begleitbericht (S. 10, 18) ergibt. Sofern Art. 78a VE-StPO nicht ins Gesetz aufgenommen würde, wäre der bisherige Art. 78 Abs. 5<sup>bis</sup> beizubehalten.

*Das BStGer beantragt, dass Art. 78a VE-StPO genauer ausformuliert wird. Im Gesetz soll festgehalten werden, dass nur die entscheidenden Fragen und Antworten wörtlich protokolliert werden müssen (vgl. Art. 78 Abs. 3 StPO); im Übrigen sollen die Einvernahmen nur sinngemäss verschriftet werden.*

#### **Art. 100 Abs. 2 (Aktenführung)**

**Neu**

Nach bestehendem Recht kann in einfachen Fällen von einem Aktenverzeichnis abgesehen werden. Daran kann grundsätzlich festgehalten werden. Geht die Strafsache indessen an eine andere Behörde, sei es nach Einsprache gegen Strafbefehl, sei es im Rechtsmittelverfahren, so erschwert ein fehlendes Aktenverzeichnis der später mit dem Verfahren befassten Behörde ihre Arbeit erheblich. Allfälligen Zweifeln über die Vollständigkeit der Akten kann damit begegnet werden.

*Das BStGer beantragt deshalb, Art. 100 mit einem Abs. 3 zu ergänzen: «Bei Beurteilung der Strafsache durch eine andere Behörde oder bei Weiterzug oder Überweisung an eine andere Behörde soll immer ein Verzeichnis erstellt werden.»*

#### **Art. 118<sup>bis</sup> (für Verfahren mit sehr grosser Zahl von Privatklägern)**

**Neu**

Die bestehenden Regelungen betreffend Privatklägerschaft sind bei grosser Anzahl (mehrere Hundert) Geschädigter bzw. Privatkläger kaum praktikabel. Es soll eine Regelung gefunden werden, um dem enormen, teilweise nicht zielführenden Aufwand und vor allem dem grossen Zeitverlust aus dem Umgang mit vielen Privatklägern zu begegnen. Zwei Lösungsansätze – durchaus kombinierbar – erscheinen zweckmässig: Erstens bestünde ganz generell die Möglichkeit, ausländische Privatkläger zu

verpflichten, ein schweizerisches Zustellungsdomizil zu wählen, was bspw. im Bereich des IRSG der Fall ist (Art. 9 IRSV, SR 351.11). Zweitens wäre zu erwägen, ob bei einer grossen Zahl von Privatklägern die Möglichkeit geschaffen würde, diese zu verpflichten, einen gemeinsamen Vertreter zu bestimmen. Solche zusätzlichen Anforderungen sind verhältnismässig und Privatklägern zuzumuten. Es soll nicht übersehen werden, dass die adhäsionsweise Behandlung von Zivilforderungen ein strafprozessuales «Entgegenkommen» im Verhältnis zur Zivilklage darstellt. Den Entscheid über ein Schweizer Zustellungsdomizil oder einen gemeinsamen Rechtsvertreter soll im Vorverfahren der Staatsanwalt, im Hauptverfahren die Verfahrensleitung treffen.

Das Bundesstrafgericht hat schon in seinem Geschäftsbericht 2015 diesbezüglich folgende Anregung festhalten: «Aus der praktischen Sicht der Strafkammer als erstinstanzlichem Strafgericht für häufig komplexe Fälle mit internationalen Bezügen ist unter diesem Titel [...] anzuregen: [...] Die Parteirechte von Geschädigten sind für bestimmte Delikte – insbesondere gewerbsmässige Vermögensdelikte mit einer Vielzahl von Privatklägern, bis über tausend, wovon ein grosser Teil im Ausland – zu weit gehend und sie sind daher sowohl für Staatsanwaltschaften als auch Strafgerichte mit verhältnismässigem Aufwand kaum mehr zu gewährleisten. Sie stellen insofern ein ernsthaftes Hindernis für die Verfahrensbeschleunigung dar und sollten deshalb durch die Verfahrensleitung auf ein praktikables Mass eingeschränkt werden können.»

*Das BStGer beantragt, mit einem Art. 118<sup>bis</sup> in einem Abs. 1 ausländische Privatkläger oder ihren Rechtsbeistand, die im Ausland wohnen oder Geschäftssitz haben, zu verpflichten, ein Schweizer Zustellungsdomizil zu bezeichnen. Unterlassen sie dies, kann die Zustellung unterbleiben.*

*In Abs. 2 soll der Verfahrensleitung die Möglichkeit eingeräumt werden, bei einer grossen Zahl von Privatklägern, diese zu verpflichten, einen gemeinsamen Rechtsvertreter zu bestimmen.*

#### **Art. 123 Abs. 2 (Zeitpunkt der Bezifferung der Zivilklage)**

Die Vorverlegung des Zeitpunkts für die Bezifferung der Zivilklage ist sowohl im Interesse der beschuldigten Person als auch des Gerichts.

*Das BStGer begrüßt die vorgeschlagene Änderung sehr.*

### **Art. 130 Bst. d (Notwendige Verteidigung)**

Es erfolgt hier ein Ausbau der notwendigen Verteidigung im Verfahren vor Zwangsmassnahmengericht (ZMG), wenn der Staatsanwalt persönlich auftritt. Wegen des relativ engen Verfahrensgegenstands, aber auch aufgrund der ohnehin häufig gegebenen anderen Gründe für eine notwendige Verteidigung (Art. 130 lit. a – c) ist eine Erweiterung unnötig. Sofern die anderen Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung nicht gegeben sind, müsste konsequenterweise nach abgeschlossenem Verfahren vor dem ZMG diese sogleich wieder aufgehoben werden.

*Das BStGer lehnt die Ausdehnung der notwendigen Verteidigung ausschliesslich für den Fall ab, dass die Staatsanwaltschaft vor ZMG auftritt.*

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

Der Vernehmlassungsentwurf löst die 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 absolute Unverwertbarkeit des mängelbehafteten Beweismittels. Dieser weitere Schritt weg von einer Suche nach der materiellen Wahrheit zu einer bloss formellen Wahrheit wird abgelehnt. Die Unklarheit zwischen den Gesetzesresten soll zugunsten der bisherigen deutsch/italienischen Gesetzesresten und damit zugunsten einer **relativen** Unverwertbarkeit aufgelöst werden. Der Richter soll weiterhin eine Güterabwägung machen können, und es soll keine automatische Ungültigkeit eintreten. Entgegen dem Vernehmlassungsentwurf soll deshalb die Rechtsfolge «nur» die Ungültigkeit sein. Der Umstand, dass eine Mehrheit der Lehrmeinungen eine andere Auffassung vertritt, erscheint wenig relevant. Nicht nachvollziehbar ist die Logik des Begleitberichts (S. 22), wonach gerade in diesem Fall in Abweichung vom Regelfall (Art. 141 Abs. 2) keine Güterabwägung stattfinden soll.

*Das BStGer beantragt, dass der französische Text dem deutschen Text angepasst wird.*

### **Art. 133 (Bestellung der amtlichen Verteidigung)**

Obschon die heutige Regelung (Staatsanwalt benennt amtlichen Verteidiger) in der Praxis keine wirklichen Probleme aufwirft, will man diese Kompetenz einer anderen Instanz übertragen. Eine Spaltung dieser Funktionen würde personell und administrativ zu unnötiger Erschwernis führen. Ignoriert wurde auch, dass die Entscheide der Staatsanwaltschaft auf Beschwerde hin gerichtlich überprüft werden können. Abzulehnen ist vor allem, dass bei der Benennung des amtlichen Verteidigers nicht nur den Wünschen der beschuldigten Person Rechnung zu tragen ist, sondern auch noch die **Eignung** des Verteidigers geprüft werden muss. Dieses zusätzliche Kriterium wird mit Sicherheit zu zusätzlichen Erschwernissen bei der Bestimmung des amtlichen Verteidigers und zu zusätzlichen Beschwerden führen, welche das Verfahren in einer Phase verzögern, wo dies besonders störend ist.

*Das BStGer lehnt die vorgeschlagene Regelung ab. Sollte daran festgehalten werden, so ist immerhin zu ergänzen, dass die mit der Wahl des Verteidigers betraute Stelle die ausgewählte Verteidigung auch einsetzt und die Verfahrensleitung informiert. Ferner soll festgehalten werden, dass die Stelle auch für die Entlassung und für die Änderung der amtlichen Verteidigung zuständig erklärt wird. Eine entsprechende Anpassung wäre auch in Art. 134 Abs. 2 anzubringen.*

### **Art. 204 (Freies Geleit)**

### **Neu**

In der Praxis kommt es vor, dass eine beschuldigte Person unbekannten Aufenthalts ist (ob im Ausland oder im Inland untergetaucht, ist unklar), jedoch die Familie oder der Verteidiger die beschuldigte Person sehr wohl kontaktieren können. Auch in diesen Fällen sollte freies Geleit zugesichert werden können. Nicht selten kann das Verfahren gegen eine beschuldigte Person ohne dessen Anwesenheit nicht fortgesetzt werden, etwa weil dessen Einvernahme zwingend ist oder ein psychiatrisches Gutachten zu erstellen ist.

*Das BStGer beantragt, Art. 204 Abs. 1 zu ergänzen mit dem Zusatz «... oder an einem unbekannten Ort, ...».*

#### **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 Aufrechthaltung 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 aber das grundsätzlich schriftliche Verfahren vor Beschwerdeinstanz nicht geeignet. Es muss zwingend mündlich verhandelt werden, obschon bereits vor ZMG eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Der Aufwand und die praktischen Schwierigkeiten gerade in Fällen der Bundesstrafgerichtsbarkeit nehmen massiv zu. Die heutige 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). Es soll nicht über die Anforderungen der EMRK hinaus legiferiert werden.

*Das BStGer lehnt die vorgeschlagene Regelung ab.*

#### **Art. 231 Abs. 1<sup>bis</sup> (Verlängerung der Sicherheitshaft)**

**Neu**

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zu Art. 231 StPO (BGE 139 IV 94 E. 2.3.1, 2.3.2) festgehalten, dass auch die Sicherheitshaft auf maximal drei Monate zu befristen und Art. 224 Abs. 2 StPO sachgemäss anzuwenden ist. Wie bei anderen Bestimmungen sollte die Praxis, mit der das Bundesgericht aktuelle Bestimmungen ergänzt, kodifiziert werden.

*Entsprechend schlägt das BStGer vor, Art. 231 mit einem Abs. 1<sup>bis</sup> zu ergänzen des Inhalts, dass die Sicherheitshaft auf maximal drei Monate zu befristen ist und Verlängerungen in sinngemässer Anwendung von Art. 224 Abs. 2 StPO nach mündlicher oder schriftlicher Stellungnahme des Inhaftierten zu erfolgen haben.*

#### **Art. 231 Abs. 2 (Freilassung bei schuldig gesprochener Person)**

**Neu**

Die Bestimmung bezieht sich ausschliesslich auf die freigesprochene Person. Sie gilt aber auch im Falle der Freilassung nach Schulterspruch (BGE 139 IV 314 E. 2.2.2 mit Verweisen). Ferner kann die Staatsanwaltschaft nicht nur die Fortsetzung der Sicherheitshaft, sondern auch die Fortsetzung des vorzeitigen Strafvollzuges beantragen (Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., 2018, Art. 236 N 8).

*Das BStGer beantragt, die Regelung in Art. 231 Abs. 2 StPO so anzupassen, dass der Fall einer Entlassung bei Schuldspruch und bei vorzeitigem Strafvollzug explizit miterfasst sind.*

#### **Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> (Aushändigung Anzeigeprotokoll an Anzeiger)**

Die Frage einer Aushändigung der Anzeige stellt sich nur bei mündlich zu Protokoll gegebenen oder bei der Polizei auf Formular vom Anzeiger deponierten Anzeigen. Eine Aushändigung des Protokolls selbst drängt sich unseres Erachtens nicht zwingend auf, zumal bei einem ins Detail gehenden Protokoll dies aus untersuchungstaktischen Überlegungen unter Umständen nicht angezeigt sein kann. Es würde genügen, dem Anzeiger eine Bestätigung seiner Anzeige auszuhändigen.

*Das BStGer beantragt, Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> wie folgt umzuformulieren: «... auf deren Wunsch eine Bestätigung der Anzeige aus.»*

#### **Art. 318 Abs. 1 (Gleiches Vorgehen bei Abschluss in der Untersuchung, unabhängig davon, welche Abschlussart gewählt wird)** **Neu**

Mit der heutigen Regelung besteht für den Strafbefehl eine Sonderregelung, indem anders als bei den anderen Abschlussarten des Vorverfahrens darauf verzichtet wird, vorgängig des Erlasses der Abschlussverfügung (Einstellung, Anklage oder Strafbefehl) die Parteien zu informieren und ihnen Frist anzusetzen, Beweisanträge zu stellen. Beides kann aber von Relevanz auch bei beabsichtigtem Strafbefehl sein, weil ein Strafbefehl auch ohne Geständnis erlassen werden kann (Art. 352 Abs. 1 StPO), an diesem Verfahren auch Privatkläger beteiligt sein können oder weil der Strafbefehl als Anklage dem Gericht überwiesen werden kann. Die Einladung zur Stellung von Beweisanträgen an die Parteien drängt sich somit auch bei einem Strafbefehl auf, wenn Einsprache gegen den Strafbefehl erhoben wird.

Mit neu Art. 318 Abs. 1<sup>bis</sup> soll die Staatsanwaltschaft verpflichtet werden, bei jeder Art von Abschlussverfahren dem Opfer das Recht einzuräumen, Beweisanträge zu stellen. Es widerspricht dem Grundsatz der Gleichbehandlung, dieses Recht den anderen Parteien beim Strafbefehl vorzuenthalten.

*Das BStGer beantragt, Art. 318 Abs. 1 wie folgt umzuformulieren:*

*«Erachtet die Staatsanwaltschaft die Untersuchung als vollständig, so kündigt sie den Parteien mit bekanntem Wohnsitz schriftlich oder den bei ihr erschienenen Parteien mündlich zu Protokoll den bevorstehenden Abschluss an und teilt ihnen mit, ob sie einen Strafbefehl erlassen, Anklage erheben oder das Verfahren einstellen will. Gleichzeitig setzt sie den Parteien eine Frist, Beweisanträge zu stellen.»*

**Art. 322 Abs. 2 (Einziehung bei Einstellung – Beschwerde ist nicht das geeignete Rechtsmittel)**

**Neu**

Das Rechtsmittel der Beschwerde gegen die Einstellung ist sachgerecht. Daran soll sich auch nichts ändern. Wo aber mit der Einstellung eine Einziehung verbunden wird, drängt es sich auf, für diese einen gesonderten Rechtsmittelweg vorzusehen. Mit dem bisherigen System läuft der *Einziehungsentscheid bei Einstellung* über einen anderen Rechtsweg als beim *selbständigen Einziehungsverfahren*, obschon dafür wegen der praktisch identischen Situation hinsichtlich der Einziehung (Freispruch bzw. kein Strafverfahren) kein sachlicher Grund besteht. Der Staatsanwalt erlässt beim selbständigen Einziehungsverfahren gleich wie bei der Einziehung bei Einstellung eine *Verfügung auf Einziehung*.

Ergeht gegen die *Verfügung im selbständigen Einziehungsverfahren* nun gestützt auf Art. 377 Abs. 4 StPO Einsprache, so geht der *Einziehungsentscheid* an das zuständige Sachgericht zur richterlichen Überprüfung. Gegen dessen Urteil ist die Beschwerde zulässig (aus Art. 377 Abs. 4 StPO). Bei der *Einziehung bei Einstellung* führt die Beschwerde *direkt* an die Beschwerdeinstanz, welche ebenfalls einen sachrichterlichen Entscheid treffen muss. Diese Unterschiede im Rechtsmittelweg sind nicht gerechtfertigt, weshalb dieser vereinheitlicht werden sollte. Zu beachten ist überdies, dass die heutige Regelung bei Einziehung bei Einstellung mit dem Prinzip der «double instance» nicht vereinbar ist.

Entsprechend drängt es sich auf, bei Art. 322 Abs. 2 einen Vorbehalt für den mit der Einstellung verbundenen *Einziehungsentscheid* zugunsten der Einsprache zu machen. Friktionen mit dem Entscheid im Strafpunkt sind insoweit ausgeschlossen, als zur Beschwerde gegen die Einstellung nur der Strafkläger legitimiert ist, gegen den *Einziehungsentscheid* hingegen der Berechtigte, im Regelfall die bisherige beschuldigte Person oder deren Erben, ein Rechtsmittel einlegen können.

*Das BStGer beantragt eine Ergänzung mit Art. 322 Abs. 3 (neu):*

*«Gegen den Entscheid auf Einziehung kann Einsprache erhoben werden. Das Einspracheverfahren richtet sich nach den Bestimmungen über den Strafbefehl. Ein allfälliger Entscheid des Gerichts ergeht in Form eines Beschlusses oder einer Verfügung.»*

#### **Art. 331 Abs. 2 (Ansetzen der Hauptverhandlung)**

#### **Neu**

In der Logik der Abläufe werden in der Praxis die Parteien häufig eingeladen, Beweisanträge zu stellen (Abs. 2), bevor die Verfahrensleitung die Beweisverfügung erlässt bzw. bestimmt, welche Beweise erhoben werden sollen (Abs. 1). Daher ist das Wort «gleichzeitig» in Abs. 2 irreführend und zu streichen.

*Das BStGer beantragt, den Begriff «gleichzeitig» zu streichen.*

#### **Art. 352 Abs. 1<sup>bis</sup> (Strafbefehlsverfahren)**

Art. 352 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-StPO postuliert, dass Strafbefehle mit Freiheitsstrafe von über vier Monaten oder Geldstrafe von mehr als 120 Tagesätzen *zwingend ausgeschlossen sind*, wenn sich ein Opfer als Privatkläger am Verfahren beteiligt. Es ist systemwidrig, die Möglichkeit, einen Strafbefehl zu erlassen, von der Art des Strafklägers abhängig zu machen. Ob ein Verfahren mit Strafbefehl abgeschlossen werden kann, darf nicht davon abhängen, ob es sich um ein Delikt mit Opfern handelt. Zudem kommt es vor, dass die das Opfer betreffenden Tatvorwürfe nur einen (geringen) Teil der abzuurteilenden Delikte betreffen. Im Übrigen wünschen es Opfer oft nicht, dass ihr Fall in der Öffentlichkeit verhandelt wird. Sie sollten nicht ohne Bedarf für die Wahrheitsfindung dazu gezwungen werden, Erlebtes in einer Gerichtsverhandlung öffentlich preiszugeben.

*Das BStGer lehnt die vorgeschlagene Regelung ab.*

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

Auf Bundesebene wird die Verpflichtung, bei einem Teil der Strafbefehle eine Einvernahme durch den Staatsanwalt durchführen zu lassen, nicht zu einem substantiellen Mehraufwand führen.

*Aus Sicht der Bundesstrafrechtflege begrüßt das BStGer die vorgeschlagene Regelung.*

**Ergänzende Variante:** Denkbar wäre auch, das Erfordernis einer persönlichen Einvernahme durch den Staatsanwalt davon abhängig zu machen, ob eine unbedingte Freiheitsstrafe, allenfalls von einer gewissen Höhe, ausgesprochen wird.

#### **Art. 354 Abs. 1<sup>ter</sup> (differenzierte Einsprachefrist)**

Art. 354 Abs. 1<sup>ter</sup> lit. b VE-StPO sieht für den Fall der schriftlichen Eröffnung des Strafbefehls eine längere Einsprachefrist von 20 Tagen vor. Eine differenzierte Einsprachefrist schafft unnötige Unsicherheiten und neue Streitfragen (welche Frist war hier angezeigt).

*Das BStGer lehnt eine Regelung mit unterschiedlichen Einsprachefristen ab.*

#### **Art. 366 Abs. 1 (Abwesenheitsverfahren bei Nichterscheinen der beschuldigten Person)**

Art. 366 Abs. 1 VE-StPO entspricht der Anregung, die das Bundesstrafgericht in seinem Geschäftsbericht 2015 ausgeführt hat: «Die Voraussetzungen für die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens sind wohl zu hoch. Wenn absehbar ist, dass ein abwesender Beschuldigter auch auf eine zweite Ladung hin nicht erscheinen wird, sollte eine solche nicht zwingend sein.»

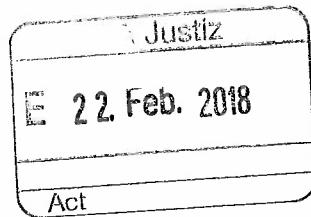
*Das BStGer begrüßt die vorgeschlagene Regelung von Art. 366 Abs. 1 VE-StPO sehr.*

Mit freundlichen Grüßen

  
Tito Ponti  
Präsident



  
Mascia Gregori Al-Barafi  
Generalsekretärin



Madame la Conseillère fédérale  
Simonetta Sommaruga  
Cheffe du Département fédéral de justice  
et police  
Palais fédéral  
3000 Berne

Lausanne, le 20 février 2018

Concerne: procédure consultation relative à la modification du Code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383)

Madame la Conseillère fédérale,

Le CENAC (Centre pour l'action non-violente, <http://www.non-violence.ch/>), très actif en matière de résolution non-violente des conflits, prend la liberté de vous adresser la présente détermination spontanée sur la consultation citée en titre.

En effet, il nous apparaît que la modification envisagée du CPP est une occasion très propice à l'introduction de la justice restaurative dans nos textes légaux.

Largement connue à l'étranger, la justice restaurative (restorative justice) traite l'infraction et ses suites en y faisant intervenir les personnes en cause de manière volontaire, de manière à trouver autant que possible un débouché pacificateur à l'événement qui les a opposés. Au contraire de ce qui se passe dans la procédure pénale classique, la victime et l'expression de sa position sont au centre du processus.

Cela lui permet en général de lutter contre le traumatisme qu'elle peut avoir subi. À cet effet, elle doit bénéficier d'une écoute, d'un soutien, d'un espace où exprimer librement ses attentes et ses émotions et obtenir des réponses à ses questions. À ce prix, elle peut espérer retrouver un sens à ce qu'elle a vécu et reprendre une vie normale. Cela suppose que l'auteur de l'infraction collabore pour donner les réponses attendues. Les «dialogues restauratifs» doivent être très bien préparés.

La méthode, qui repose sur la notion d'autonomisation (empowerment, Ermächtigung), n'est guère pratiquée dans notre pays. Or, les victimes ont un réel besoin de la reconnaissance de leur souffrance, d'être entendues et prises en considération, en sus de la réparation financière de leur préjudice. La justice restaurative rend possible la rencontre, au moins indirecte, entre victime et auteur.

Il ne faut pas non plus sous-estimer la valeur de ces contacts pour les auteurs. Ils parviennent souvent ainsi à mieux percevoir les conséquences de leurs actes et à en assumer la responsabilité, en recherchant des modes de réparation.

Des études démontrent l'effet positif de ces procédés sur les victimes et sur la baisse du taux de récidive. Les coûts restent raisonnables par rapport à celui de la procédure pénale et des thérapies. La méthode peut aussi être utilisée pour la prévention, par exemple dans les écoles ou dans les conflits interculturels.

Fondé sur ce qui précède, le CENAC émet sur le projet de modification du Code de procédure pénale les propositions suivantes.

**Art. 316 a CPP (nouveau)**

1. A tous les stades de la procédure, le lésé et le prévenu d'une infraction peuvent demander ou se voir proposer un processus de justice restaurative.
2. Un processus de justice restaurative permet au lésé, au prévenu et à toute personne concernée par l'infraction de participer activement à la recherche de solutions réparatrices propres à atténuer les préjudices de toute nature résultant de l'infraction.
3. Le processus est mis en œuvre par un facilitateur qui soit un tiers indépendant des autorités pénales, impartial et formé à cet effet.
4. Le processus de justice restaurative est confidentiel sauf accord contraire de toutes les parties.
5. Les autorités pénales peuvent tenir compte d'un processus de justice restaurative qui a abouti.

**Art. 14 al. 1 LAVI (modifié)**

-Les prestations, fournies en Suisse, comprennent l'assistance médicale, psychologique, sociale, matérielle et juridique appropriée, ainsi que l'accès à des processus restauratifs, dont la victime et ses proches ont besoin à la suite de l'infraction.

Les détails peuvent être laissés au niveau de l'ordonnance (OAVI).

Vous remerciant de l'attention portée à notre intervention, nous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

Pour le comité :

*L. Recordon*

Luc Recordon

**CENTRE  
POUR  
L'ACTION  
NON-VIOLENTE**

Rue de Genève 52  
ch-1004 Lausanne  
tél. 021 661 2434  
fax 021 661 2436  
[www.non-violence.ch](http://www.non-violence.ch)  
[info@non-violence.ch](mailto:info@non-violence.ch)  
[facebook.com/centre.cenac](http://facebook.com/centre.cenac)

EJPD  
Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

per E-Mail an: annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bern, 21. März 2018

**Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung),**  
Vernehmlassungsfrist 14. März 2018 / Verlängerung bis 21. März 2017 bewilligt

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Hiermit nehmen die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS) Stellung zur oben aufgeführten Vorlage. Der Stellungnahme liegt eine personelle und inhaltliche Zusammenarbeit mit der vorbereitenden Arbeitsgruppe des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) zu Grunde, auf deren Vorarbeiten die vorliegende Stellungnahme teilweise basiert.

## **1. Vorbemerkung**

Die DJS stehen der geplanten Revision skeptisch gegenüber und lehnen die Änderung in ihrer Gesamtheit ab. Die Vorlage lässt wichtige grundsätzliche Auseinandersetzungen vermissen und unterlässt notwendige Reformen, sie erscheint damit unvollständig und lückenhaft.

Insbesondere vermissen die DJS eine rechtsstaatliche Vermessung verschiedener, seit längerem kritisierte Aspekte des schweizerischen Strafprozessrechts, zu der die Revision Gelegenheit geboten hätte. Besonders besorgt sind die DJS angesichts der ungebremsten Entwicklung hin zu einem *Präventionsstrafrecht*. Das Massnahmenrecht gewinnt rasant an Bedeutung, was mit einer Psychiatrisierung des Strafrechts einhergeht und – u.E. zu Unrecht – zu einer obskuren Verschiebung von Verant-

wortung hin zur forensischen Psychiatrie führt. Dieser Bereich und namentlich die Wechselwirkung zwischen Begutachtung und richterlichem Entscheid bedarf dringend einer Untersuchung, einer Evaluation möglicher Korrekturen und ggf. einer Anpassung der StPO.

Das *Strafbefehlsverfahren* als Ausdruck einer an falsch verstandener Effizienz statt an Rechtsstaatlichkeit orientierten Justiz gehört unseres Erachtens weiterhin abgeschafft, zumindest aber auf echte Bagatellkriminalität limitiert. Die Vorlage verzichtet leider darauf, sich mit der vielfach geäusserten Kritik an diesem Verfahren auseinanderzusetzen und begnügt sich mit kosmetischen Korrekturen. Ebenso unterlassen wurde eine rechtstaatliche und insb. eine rechtswirklichkeitsorientierte Untersuchung des *abgekürzten Verfahrens*. Wenngleich dieses Verfahren in Einzelfällen im Interesse der Verfahrensbeteiligten sein kann, erweist es sich insgesamt vor dem Hintergrund strafrechtlicher und strafprozessualer Grundsätze als sehr problematisch. Das Verfahren hebelt letztlich das Legalitätsprinzip aus, indem übereinstimmende Willenserklärungen für die Schuldfrage massgebend sind, hebt den Untersuchungsgrundsatz auf, indem auf Beweisverfahren verzichtet wird, unterwandert das Öffentlichkeitsprinzip und hindert z.T. die Entwicklung einer zugänglichen Kasuistik. Die Verheissung einer konsensualen (tieferen) Strafe untergräbt sodann das Schuldprinzip und kann finanzschwächere beschuldigte Personen unter Druck setzen. Wo mittellose Personen die Zivilforderung der Privatkläger nicht erfüllen können, bleiben sie von dieser Option ausgeschlossen.

Auf der anderen Seite präsentiert die Vorlage nur gerade 7 Jahre nach Inkraftsetzen einer Schweizerischen Strafprozessordnung teilweise äusserst einschneidende Änderungen (z.B. im Bereich der Teilnahmerechte), womit es für Rechtsanwender zusehends schwieriger wird, den Überblick zu bewahren. Die wenigen Vorteile, die wir der Revision abgewinnen können, vermögen die Nachteile hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit (letztlich dem Bestreben nach einer gesamtschweizerischen Praxis) nicht aufzuwiegen. Angesichts dieser Feststellungen, können die DJS die Stossrichtung der Vorlage nicht unterstützen. Vor diesem Hintergrund beschränken wir unsere Stellungnahme auf einzelnen Bestimmungen, die besondere Beachtung verdienen. Zugleich erlauben wir uns, ergänzende Vorschläge einzubringen.

## 2. Stellungnahme zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs

### *Art. 76 StPO*

Wir fordern, dass sämtliche Einvernahmen im Vorverfahren und psychiatrische Explorationsgespräche bei psychiatrischen Begutachtungen audiovisuell aufgezeichnet werden. Es ist kein einziger sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich, der gegen solche Aufzeichnungen sprechen würde. Die heute praktizierten Einvernahmeprotokolle sind in jeder Hinsicht ungenügend. Protokolliert wird nur, was aus Sicht der einvernehmenden Person als protokollwürdig erachtet wird. Es werden keine Wortprotokolle ausgefertigt. Vielmehr werden die Aussagen der befragten Personen in die Sprache der einvernehmenden Person «übersetzt». Die Praxis lehrt, dass Protokolle ein bisweilen völlig verzerrtes Bild der Einvernahme festhalten, die im Hinblick auf eine richterliche Würdigung des Beweiswertes absolut

wertlos sind. Wir erachten es als einen der grössten Mängel des schweizerischen Rechts, dass Einvernahmen in den Wahrheitsfindungsprozess einbezogen werden, die nicht audiovisuell aufgezeichnet wurden. Solche Aufzeichnungen müssten eigentlich auch im Interesse der einvernehmenden Personen sein, die immer wieder mit Vorwürfen im Zusammenhang mit der Protokollierung konfrontiert werden. Es ist bezeichnenderweise aber bis heute primär die Verteidigung, die sich für Aufzeichnungen einsetzt, während sie die Strafverfolgungsbehörden unter Hinweis auf angebliche technische Schwierigkeiten ablehnen.

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

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

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

#### *Art. 78a StPO*

Wir erachten es als geboten, die vorgesehene Kann-Vorschrift nach lit. a in ein Obligatorium umzuwandeln. Es ist bereits heute üblich, Aufzeichnungen zu transkribieren, was insbesondere bei der Einvernahme Minderjähriger üblich ist. Auch sollte das Protokoll die Einvernahme präzise wiedergeben, und nicht lediglich «sinngemäss» (Bericht, S. 18). Der entstehende Mehraufwand wird durch das erleichterte Aktenstudium aller Beteiligter mehr als kompensiert. Zu beachten ist dabei auch, dass die Aufzeichnung die Dauer der Befragungen erheblich verkürzt.

#### *Art. 126 Abs. 2 StPO*

Die Änderung lehnen wir ab (vgl. Kommentar zu Art. 353 StPO).

---

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

### Art. 133 StPO

Die Bestellung der amtlichen Verteidigung durch eine unabhängige Stelle ist zu begrüßen, allerdings sollte diese nicht nur von der Verfahrensleitung, sondern ganz allgemein von den in einem Verfahren beteiligten Strafbehörden unabhängig sein. Erfolgt eine Delegation dieser öffentlichen Aufgabe an Private, so ist sicherzustellen, dass eine Berücksichtigung durch diese private Organisation (z.B. Verein Pikett Strafverteidigung) nicht an sachfremde Kriterien, wie z.B. eine Mitgliedschaft in einem Anwaltsverband gekoppelt wird.

### Art. 135 StPO

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

### Art. 143 StPO

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

Abs. 5: «*nach der freien Äusserung gemäss Abs. 4 strebt sie ...»*

Diese Änderung soll die falsche und unsägliche Einvernahmetechnik unterbinden, die von Anfang an mit spezifischen Fragen kommt und eben den freien Bericht unterbindet. Dieser ist aber für die Würdigung der Glaubhaftigkeit der Aussage wichtig (was weiss Zeuge/Zeugin noch aus eigener Erinnerung? Wie schildert er/sie das etc.)

### Art. 147 StPO

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

### Art. 147a StPO

Die Formulierung von Art. 147a StPO muss als missglückt bezeichnet werden. Die vorgesehene Regelung ist viel zu unscharf und unbestimmt und öffnet einer willkürlichen Handhabung seitens der

---

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

Strafverfolgungsbehörden Tür und Tor. Die unpräzise Regelung steht im Widerspruch zu der im Bericht (S. 12) vertretenen Auffassung, die gesetzliche Einschränkung des Teilnahmerechts massvoll zu gestalten. Danach sollen die in der geltenden StPO stipulierten gestärkten Partei- und Teilnahmerechte den «vom Gesetzgeber angestrebten Ausgleich zu der in der geltenden StPO ausgebauten starken Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren» ausgleichen. An diesem Gleichgewicht soll offenbar nichts verändert werden (vgl. Bericht, S. 12 f.), was grundsätzlich richtig ist.

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

Der vorgesehenen Formulierung liegt ein Missverständnis zugrunde. Sie suggeriert, dass durch das Aussageverhalten der beschuldigten Person(en) die Suche nach dem (vermeintlichen) Urzustand der Wahrheit erschwert werden könnte. Wir schlagen deshalb vor, sich vom inquisitorisch geprägten Wahrheitsbegriff und dem «Gespenst» der materiellen Wahrheit zu lösen und die Regelung in Art. 147a StPO einem modernen dualistischen Strafrechtssystem anzugeleichen. U.E. können Teilnahmerechte die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht behindern. Gesetzlich erklärt (theoretisches) Ziel des Strafverfahrens ist die Erforschung der materiellen objektiven Wahrheit. Dieses Ziel haben die Strafbehörden nicht mit allen, sondern nur mit den vom Gesetz vorgegebenen Instrumenten, in der vom Gesetz vorgegebenen Form zu erreichen, weshalb man präziser von der «prozessualen Wahrheit» spricht. Professor Detlef Krauss spricht treffend von der «Konstruktion des Rechtsfalles», bei der die den Sachverhalt ermittelnde Person einen entscheidenden Einfluss auf die spätere Wertung des Ermittlungsergebnisses hat. Wahrheit ist damit notwendigerweise immer ein Konstrukt prozessualer Ermittlungstätigkeit, die sich stets am Interesse der Verfahrenssubjekte orientiert: Es gibt immer nur Schilderungen, Erzählungen, Interpretationen, Wertungen, kurz: Kommunikation. Der «relevante Sachverhalt» ist somit unmittelbar von der Wahrnehmung und Interpretation der an diesem Vorgang bzw. am Verfahren beteiligten Akteure abhängig. Jeder der Akteure gibt diesen Kommunikationen Sinn, reduziert durch die Komplexität und konstruiert seine eigene Wahrheit, seine eigene Vorstellung der Wirklichkeit.<sup>3</sup> Deshalb ist es als Ausgleich zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren sowie der eingeschränkten Unmittelbarkeit im Hauptverfahren zentral, dass Mitbeschuldigte und ihre Verteidigung im Vorverfahren an der Rekonstruktion der prozessualen Wahrheit durch ihre Partizipation mitwirken können. Vor diesem Hintergrund wird auch klar, dass die Teilnahmerechte von Mitbeschuldigten der Konstruktion des prozesserheblichen Sachverhalts dienlich sind, denn sie stellen sicher, dass der Sachverhalt nicht im Sinne einer einseitigen, vorgefertigten Haltung der Staatsanwaltschaft konstruiert wird. Dazu kommt schliesslich, dass aufgrund der technologischen und kriminaltechnischen Fortschritte der ohnehin «schwache» Personalbeweis zunehmend an Bedeutung verliert. Das Bundesgericht spricht sich jedenfalls für ein grundsätzliches Mitwirkungsrecht der Parteien bei der

---

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

Aufarbeitung des strafrechtlich relevanten Tatsachenfundaments und damit für die beschuldigte Person als Subjekt und nicht mehr als Objekt in einem rechtstaatlichen Verfahren aus (vgl. BGE 139 IV 25; Urteile des Bundesgerichts 1B\_404/2012 vom 4. Dezember 2012 sowie 6B\_450/2014 und 459/2014 vom 18. Mai 2015).

Vorgeschlagen wird deshalb, entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Beschränkung der Teilnahmerechte nur solange verfügt werden kann, bis die entsprechende mitbeschuldigte Person selber erstmals (einlässlich) zur Sache befragt worden ist. Nach der ersten, einlässlichen Befragung der beschuldigten Person können die Teilnahmerechte (grundsätzlich) nicht mehr eingeschränkt werden. Zudem ist der Ausschluss der Teilnahmerechte vor der entsprechenden Einvernahme (d.h. vorgängig) von der Verfahrensleitung schriftlich zu verfügen, damit die Rechtmäßigkeit des verfügten Ausschlusses durch ein Gericht überprüft werden kann, bevor die umstrittene Beweiserhebung vorgenommen wird. Eine solche Regelung ist unseres Erachtens auch deshalb opportun, weil die Teilnahmerechte im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren bekanntlich nicht gelten, sondern nur nach Eröffnung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung. Wir unterbreiten Ihnen deshalb folgenden Formulierungsvorschlag:

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

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

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

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

### *Art. 170 StPO*

Das Bundesgericht hat im Wesentlichen festgestellt, dass das Amtsgeheimnis nicht gilt zwischen der Polizei, der Staatsanwaltschaft und den Gerichten, welche mit der gleichen Angelegenheit befasst sind, wohl aber für Tatsachen, die ausserhalb der Anzeigepflicht liegen (BGE 140 IV 177, E. 3.3). In diesen Konstellationen ist es nachvollziehbar, auf eine Interessenabwägung i.S.v. Abs. 3 zu verzichten. Hingegen geht der Vorschlag gemäss E Art. 170 StGB zu weit, wenn er für sämtliche Behörden (Migrationsamt, KESB etc.) beim Vorliegen einer Anzeigepflicht eine Aussageverpflichtung einführt. Damit wird das nötige Vertrauen im Behördenkontakt untergraben, zugleich droht eine Umgehung des *nemo-tenetur*-Grundsatzes, indem Informationen aus Verwaltungsverfahren ohne weiteres ins Strafverfahren einfließen.

Art. 221 StPO

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

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

#### *Art. 222 und 228a StPO*

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

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

Zum Ersten ist nicht ersichtlich, inwiefern die Staatsanwaltschaft nach dem BGG zur Strafrechtsbeschwerde befugt sein soll. Art. 81 BGG Abs. 1 lit. b verlangt für die Legitimation zur Strafrechtsbeschwerde zuerst ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids. Ein solches wird dann explizit auch der Staatsanwaltschaft zugebilligt. Trotz Erwähnung der Staatsanwaltschaft als namentlich zur Beschwerde legitimierte Partei entbindet das aber nicht vom Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzung des rechtlich geschützten Interesses. Die-

ses ist nicht ex lege vorhanden, sondern muss für die infrage stehende Problematik jeweils von jeder beschwerdeführenden Partei dargetan werden, andernfalls das Erfordernis des rechtlich geschützten Interesses für sämtliche in Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG genannten Parteien immer und automatisch gegeben wäre. Dann aber würde die Erwähnung dieses Interesses in Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG keinen Sinn machen und wäre überflüssig.

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

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

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

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

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

3-er-Spruchkörper mit der Sache befassen müssen, der zuerst innert 48 Std. gefunden werden muss, was bei Gerichten mit nebenamtlichen Richtern nicht ohne weiteres, insbesondere nicht ohne Pikettdienst, möglich ist, was zudem auch weitere Kosten verursacht.

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

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

ohne dass der Betroffene entlassen werden darf. Das Beschwerderecht eröffnet eine Endlosschlaufe, aus der man nicht mehr herausfindet.

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

#### *Art. 231 Abs. 2 StPO*

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

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

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

#### *Art. 248 StPO*

Wir begrüssen die Ausdehnung des Siegelungsrechts auf die berechtigten Personen. Dies und das Erfordernis, die Siegelung «unverzüglich» geltend machen zu müssen, führt aber zu neuen Rechtsunsicherheiten. Nicht gelöst ist beispielsweise die Frage, wie zu verfahren ist, wenn erst bei der Durchsuchung der Aufzeichnungen erkannt wird, dass es berechtigte Personen gibt, die von der Sicherstellung keine Kenntnis hatten. «Unverzüglich» ist im Übrigen auch kein sachliches Kriterium. Wird beispielsweise mit der Durchsuchung der sichergestellten Aufzeichnungen erst Monate nach der Sicherstellung begonnen (das ist bei elektronischen Datenträgern durchaus nicht unüblich), ist nicht einzuse-

hen, wieso man bis zum Beginn der Durchsuchung nicht noch die Siegelung verlangen kann. Als zeitliches Kriterium rechtfertigt sich sachlich nur, dass die Siegelung vor Beginn der Durchsuchung geltend gemacht wird. Danach wird man auch kein Rechtsschutzinteresse mehr ausmachen können. Wir schlagen deshalb vor, das Wort «unverzüglich», welches einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt, nicht in den Gesetzestext einzuführen. Der ohnehin nicht ersichtliche Gewinn wird durch neue Unsicherheiten und daraus resultierenden Verfahren mehr als kompensiert.

#### **Art. 251a StPO**

Gemäss Absatz 1 des Entwurfs zu Art. 251a soll die Polizei in Fällen, in denen das Bundesrecht eine Blutuntersuchung vorschreibt, eine solche anordnen können. Der erläuternde Bericht (S. 36) verweist auf Art. 12 Abs. 1 der Strassenverkehrskontrollverordnung, wo geregelt wird, in welchen Fällen zur Kontrolle der Fahrfähigkeit zwingend eine Blutuntersuchung anzuordnen ist. Da in diesen Fällen der Staatsanwaltschaft aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben kein Ermessen zustehe, ergebe es offenkundig keinen Sinn, wenn die Polizei eine Blutuntersuchung nicht selbstständig anordnen könne, sondern die Staatsanwaltschaft um die Durchführung ersuchen müsse.

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

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

#### **Art. 255 StPO**

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

Es ist zwar unbestritten, dass es für eine DNA-Probenahme eines Tatverdachts bedarf. Das Bundesgericht lässt aber einen beliebigen, nicht auf das untersuchte Delikt bezogenen Tatverdacht bereits

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

#### *Art. 256 StPO*

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

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

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

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

### *Art. 269 StPO*

Wie bei allen Zwangsmassnahmen ist – bereits im Rahmen der Gesetzgebung – das Verhältnismäsigkeitsgebot zu berücksichtigen. Die fahrlässige Tatbegehung gemäss Art. 226<sup>bis</sup> StGB rechtfertigt u.E. keine entsprechende Überwachung und ist deshalb von Katalog auszunehmen.

### *Art. 273 StPO*

Es erschliesst sich nicht, warum auf das Vorliegen einer untersuchungsrelevanten Kommunikationsverbindung zu Personen oder Fernmeldeanschlüssen verzichtet wird. Dies, sowie ein direkter Sachzusammenhang zwischen der Überwachungsmassnahme und dem untersuchten Delikt ist weiterhin ausdrücklich vorauszusetzen.

### *Art. 318 StPO*

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

Das Beweisantragsrecht ist auch in Kombination mit anderen Beteiligungsrechten der Beschuldigten zu sehen. Diese Rechte werden nun wieder geschwächt. Das bis jetzt geltende Teilnahmerecht und seine Ausgestaltung wurde ursprünglich gerade damit begründet, dass die dominante Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren und die beschränkte Mittelbarkeit in der Hauptverhandlung etwas ausgeglichen werden sollen. Baut man nun die Mitwirkungsrechte ab, muss zwingend eine Stärkung der Verteidigungsrechte andernorts stattfinden, ansonsten die Balance zwischen Beschuldigtenrechten einerseits und Einschränkung dieser zugunsten einer effizienten Strafverfolgung andererseits verloren geht. Ein durchsetzbares Beweisantragsrecht ist dafür eine geeignete Massnahme, um wenigstens einigermassen eine Art Waffengleichheit wiederherzustellen.

Der geeignete Zeitpunkt für ein Beschwerderecht gegen abgewiesene Beweisanträge ist dabei die Schlussmitteilung: dort gestellte Beweisanträge können von der Staatsanwaltschaft zwar abgelehnt werden, die Ablehnung muss aber wenigstens begründet werden, was sonst im Verfahren nicht der Fall ist, und es besteht ein Verbot der antizipierten Beweiswürdigung. Erst diese Begründung der

Staatsanwaltschaft erlaubt eine ihrerseits begründete Anfechtung der Ablehnung des Beweisantrages. Eine Anfechtung jedes abgelehnten Beweisantrags irgendwann im Verfahren trägt zudem die Gefahr der Verfahrensverschleppung in sich, weshalb die konzentrierte Anfechtung am Schluss des Vorverfahrens der richtige Ort und Zeitpunkt darstellt.

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

#### *Art. 342 StPO*

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

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass mit einer Zweiteilung der Hauptverhandlung der Persönlichkeitsschutz der beschuldigten Person besser gewahrt wird, werden doch Umstände aus der Privatsphäre der beschuldigten Person nur im Fall eines Schulterspruchs in der öffentlichen Hauptverhandlung ausgebreitet. Sodann verhindert eine Zweiteilung der Hauptverhandlung das sogenannte Verteidigerdilemma. Gemeint ist damit, dass die auf Freispruch plädierende Verteidigung entweder keinerlei Ausführungen zu einem allfälligen Strafmaß bzw. allfälligen Massnahmen tätigen kann oder sich mit entsprechenden Vorbringen in Widerspruch zum Hauptstandpunkt setzt. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass mit einer Vermengung der Sachverhaltserstellung und der Rechtsfolgen im selben Verfahrensabschnitt eine Unterminierung der Unschuldsvermutung droht, da bereits die Beweiswürdigung ergebnisorientiert erfolgen könnte. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine beschuldigte Person bereits vorbestraft ist und das Gericht davon Kenntnis hat. Akzentuiert wird dies noch, wenn ein ungünstiges psychiatrisches Gutachten bei den Akten liegt; hier droht bei nicht geständigen beschuldigten Personen grundsätzlich ein regelrechter Belastungszirkelschluss. Der Gutachter wird in der Regel im Vorverfahren zu einem Zeitpunkt mit dem Auftrag betraut, in dem noch nicht feststeht, was sich abgespielt hat. Der Gutachter geht in diesem Fall vom maximalen Untersuchungsverdacht aus und gibt seine Einschätzung darauf basierend ab. Allfällige Korrekturen der Sachverhaltshypothese und gar Freisprüche fließen nicht in das Gutachten ein. Auf diesem «Worst-Case-Szenario» fußt seine Expertise. Diese wird wiederum von Staatsanwaltschaft und Gericht gelesen und rezipiert. Ein solch belastendes Gutachten droht rechtstatsächlich auf zweierlei Weise Einfluss auf die Beweiswürdigung zu nehmen. Eine erste Gefahr besteht darin, dass von einer Charaktereigenschaft, die auf ungesicherten Sachverhaltshypothesen beruht, auf die Begehungswahrscheinlichkeit geschlossen wird. Dies läuft der Unschuldsvermutung diametral zuwider. Ferner kann das zuständige Gericht, gerade wenn der Gutachter eine Massnahme empfiehlt, in ein Moraldilemma geraten. Juristisch wäre allenfalls ein Freispruch angezeigt. Aber dem Beschuldigten wird eine Massnahmefordrigkeit attestiert. Da die Massnahme zumindest in objektiver Hinsicht einen Schulterspruch verlangt, muss der Freispruch verworfen werden, andernfalls die Massnahme nicht angeordnet werden könnte. Das Pferd droht vom Schwanz her aufgezäumt zu werden. In solchen Konstellationen drängt sich da-

her die systematische Durchführung einer Zweiteilung des Verfahrens geradezu auf. Nach einem Schuld- bzw. Tatinterlokut ist die Auftragsvergabe an den psychiatrischen Gutachten erst nach Würdigung und Feststellung des Sachverhalts durch das Sachgericht vorzunehmen. Der Gutachter soll die Arbeit dann aufnehmen, wenn der relevante Sachverhalt sachgerichtlich feststeht, auf den er seine Expertise stützen soll. Nicht zuletzt würde die Installierung eines Schuld- und Tatinterlokuts insbesondere bei aufwändigen Verfahren auch der Prozessökonomie dienen, müssten doch bei Freisprüchen teure und zeitintensive Beweise gar nicht erst erhoben werden.

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

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

#### *Art. 343 Abs. 3 StPO*

In den kantonalen Strafprozessordnungen war die Unmittelbarkeit bekanntlich sehr unterschiedlich geregelt. Mit Inkrafttreten der StPO wurde das gerichtliche Hauptverfahren im Vergleich zu den früheren kantonalen Lösungen allein wegen der ausgedehnten Strafbefehlskompetenz und dem abgekürzten Verfahren in nahezu allen Kantonen deutlich abgewertet. In den verhältnismässig wenigen Verfahren, die heute überhaupt noch in regulären Gerichtsverfahren verhandelt werden, zeigt sich nun in der Praxis, dass die gerichtliche Unmittelbarkeit sehr unterschiedlich interpretiert wird. Tendenziell erheben Gerichte in Kantonen, die früher eine weitgehende Unmittelbarkeit kannten, viel mehr Beweise vor Schranken als in Kantonen, die vorher von einer stark beschränkten Unmittelbarkeit geprägt waren; in letzteren Kantonen sehen sich Gerichte entgegen der Konzeption der eidgenössischen Strafprozessordnung oftmals eher in der Rolle einer blossen Beweismittelkontrollinstanz. Zusammenfassend wurde hier in praxi die kodifizierte Rechtsvereinheitlichung noch nicht eingelöst, wovon auch zahlreiche Bundesgerichtsentscheide zu dieser Frage zeugen.

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

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

#### *Art. 352 und 352a StPO*

Das Strafbefehlsverfahren kann bei Lichte besehen nur mit Effizienzgewinn und rein fiskalischen Interessen begründet werden. Nebst dem Staat haben nur Beschuldigte, die die Öffentlichkeit einer Hauptverhandlung vor dem Richter und die Kosten eines ordentlichen Verfahrens scheuen, Interesse an einem faktisch geheimen Strafbefehlsverfahren. Dabei darf nicht übersehen werden, dass dies auch für beschuldigte Personen gilt, die durchaus mit einem Freispruch rechnen könnten. Eine Verurteilung trotz faktischer Unschuld ist ihnen – je nach vorgeworfener Straftat – allemal lieber als die stigmatisierende Wirkung einer öffentlichen Verhandlung. Strafbefehle werden mitunter auch akzeptiert, um die wahre Täterschaft (bspw. Familienangehörige) zu schützen. Die Fehleranfälligkeit des Strafbefehlsverfahren ist evident.

Die nun vorgeschlagenen Änderungen sind letztlich ein blosser Versuch, die fehlende Rechtsstaatlichkeit aus der Sicht der Opfer zu mildern. Sie können die Rechtsstaatlichkeit aber nicht herstellen. Die vorgeschlagenen Schwellen gemäss Abs. 1<sup>bis</sup> und Art. 352a erkennen das weite Ermessen, das der Staatsanwaltschaft auch im Bereich der Sanktionen zusteht. Die Schwelle wird in der Praxis dazu führen, dass die Strafen reduziert werden, um die Verfahren mit Strafbefehl und ohne Einvernahmen erledigen zu können.

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

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

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

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

#### *Art. 353 und 395 StPO*

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

#### *Art. 354 StPO*

Die Verlängerung der Einsprachefrist erscheint dringend geboten, wobei richtigerweise – wie auch im Verwaltungsverfahren üblich – eine 30-tägige Frist angemessen erscheint. Sodann gibt es keinen sachlichen Grund, die Einsprachefrist bei einer persönlichen Aushändigung kürzer anzusetzen. Der Verweis auf eine «Erklärung» des Strafbefehls durch die Staatsanwaltschaft geht fehl; zumal die Staatsanwaltschaft als Strafbehörde ganz offensichtlich nicht unbefangen zum Strafbefehl Stellung beziehen kann. Im Interesse der Rechtssicherheit ist eine einheitliche 30-tägige Einsprachefrist festzulegen.

#### *Art. 364 ff. StPO*

Grundsätzlich begegnen wir einer Ausweitung strafprozessualer Zwangsmassnahmen auf das selbständige gerichtliche Nachverfahren mit Skepsis. Immer öfter geht es um Verhängung bzw. Verlängerung von Massnahmen *nach Tilgung* der eigentlichen Strafe. Dieser Umgang mit möglichen Risiken in Form von Wegsperren («incapacitation») erscheint uns vor dem Hintergrund des Schuldprinzips und des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes problematisch. Anders als im ordentlichen Strafverfahren han-

delt es sich bei den Betroffenen in diesem Zeitpunkt regelmässig weder um beschuldigte Personen, noch liegt ein dringender Tatverdacht vor. Diese zentralen Voraussetzungen, die ggf. weitgehende Zwangsmassnahmen rechtfertigen könnten (vgl. Art. 197 ff. StPO), gehen dem selbständigen gerichtlichen Nachverfahren gerade ab. Das erhellt, dass es sich bei den vorgeschlagenen Massnahmen genau betrachtet um Präventions- bzw. Polizeirecht handelt, das nicht an Schuld, sondern ggf. an eine Anlasstat anknüpft. Die DJS kritisieren diese Tendenz zu einem sog. Präventionsstrafrecht.

Das Bundesgericht lässt bereits heute in zweifelhafter Rechtsprechung weitgehende Zwangsmassnahmen wie die sog. «vollzugsrechtliche Sicherheitshaft» ohne jede gesetzliche Grundlage (!) in analoger Gesetzesanwendung zu (vgl. BGE 141 IV 49). Dieser weitgehende Grundrechtseingriff erscheint uns gerade im Strafprozessrecht eines Rechtsstaates unwürdig. Bei aller Kritik ist daher mit Blick auf das Legalitätsprinzip eine gesetzliche Regelung dem Zustand *de lege lata* wohl vorzuziehen.

Richtigerweise sollte eine Zuständigkeit für die Festnahme bzw. die Haftanhörung und den Antrag an das Zwangsmassnahmengericht bei der Staatsanwaltschaft liegen. Die Vollzugsbehörde ist regelmässig vorbefasste Partei im gerichtlichen Nachverfahren und damit nicht die geeignete Behörde. Auch kann es nicht angehen, eine entsprechende Kompetenz zum Antrag auf Haft in die Hände eines (Vollzugs-)gerichts zu legen, das in der Folge in der Hauptsache entscheidet. Die DJS regen an, die Zuständigkeit bezüglich Antrag auf freiheitsentziehende, strafprozessuale Massnahmen grundsätzlich zu überdenken, insbesondere erschien präfenswert, die Zuständigkeit in jedem Verfahrensstadium bei der Staatsanwaltschaft festzumachen.

#### *Art. 366 StPO*

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

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

Es kommt dazu, dass das Hauptverfahren in der StPO im Vergleich zu den früheren kantonalen Lösungen wegen des ausgedehnten Strafbefehlsverfahrens, des abgekürzten Verfahrens und der be-

schränkten Unmittelbarkeit faktisch bereits stark abgewertet wurde. Die vorgeschlagene Lösung in Art. 366 würde diesen ohnehin rechtsstaatlich bedenklichen Trend weiter akzentuieren.

Der vorgeschlagene Art. 366 ist daher nicht sachgerecht und widerspricht zudem der allgemeinen Erfahrung: Während ein einmaliges Säumnis durchaus in verschiedenen Lebenskontexten immer wieder vorkommt und damit gewissermassen stets entschuldbar ist, sieht dies bei einem zweimaligen Säumnis bereits anders aus. Der bisherige Art. 366 Abs. 3 bietet zudem einen Schutz, dass die Obliegenheit einer zweiten Vorladung nicht missbraucht werden kann. Die bisherige gesetzliche Regelung trifft damit im Ergebnis eine vernünftige Güterabwägung und entspricht bewährter Praxis.

#### *Art. 388 StPO*

Wir haben keine grundsätzlichen Einwendungen gegen die Kompetenz der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz. Richtigerweise scheint es aber regelmässig geboten, vor dem Entscheid dem Beschwerdeführer gemäss Art. 110 Abs. 4 StPO eine Nachfrist einzuräumen. Zu verzichten ist ferner auf den unbestimmten Begriff der nicht «hinreichenden» Begründung, stattdessen ist eine «fehlende Begründung» vorauszusetzen.

#### *Art. 391 StPO*

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

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

#### *Art. 401 StPO*

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

#### *Art. 442 StPO*

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

Eine Genugtuung gleicht erlittene Unbill aus. Sie ist persönlicher Natur und hat zum Ziel, den erlittenen Nachteil einer Verletzung des moralischen Wohlbefindens, auszugleichen. Zurecht sind Genugtuungszahlungen denn auch nicht steuerpflichtig. Genugtuungsleistungen sind Leistungen, die keinen materiellen, sondern eben einen ideellen Schaden ausgleichen. Das Argument der Prozessökonomie gründet jedoch ausschliesslich auf materiellen Überlegungen und erweist sich daher vorliegend als untauglich und nicht plausibel.

### *Prüfung der Strafmediation*

In jüngerer Zeit richtet sich das Strafrecht augenscheinlich zunehmend nach den Bedürfnissen der Geschädigten und Opfer. Die DJS stehen dieser Tendenz kritisch gegenüber, zumal sie das Wesen des Strafrechts und damit auch daraus fliessende (Verteidigungs-) rechte untergräbt.

Zu prüfen wäre eher – wie im ursprünglichen Entwurf zu einer Schweizerischen StPO noch vorgesehen – eine sog. Strafrechtsmediation. Eine solche setzt keine Schuldanerkennung voraus, kann aber für die beteiligten Parteien eine befriedigende Verständigungsgrundlage bieten und einen möglichen Ausweg aus einem konkreten Konflikt erlauben, wobei auf ein Verfahren und auf eine Strafe im herkömmlichen Sinne verzichtet wird (vgl. für Erfahrungswerte: SCHWARZENEGGER/THALMANN/ZANOLINI, *Mediation im Strafrecht*, Zürich 2006).

### *Art. 3 Abs. 2 JStG*

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

Mit der Neuregelung sollen die Straftaten von Übergangstätern formell getrennt beurteilt und sanktioniert werden. Dies hat aber zur Folge, dass damit dem Grundsatz der Verfahrenseinheit (Art. 29 Abs. 1 lit. a StPO) widersprochen wird. Zudem verkompliziert es die Strafzumessung, wenn die zweiturteilende Strafbehörde – als Folge getrennter Verfahren – gedanklich Gesamtstrafen zu bilden und Zusatzstrafen auszufällen hat. Im Weiteren ist wohl in der überwiegenden Mehrheit der Fälle der Übergangstäter die Jugandanwaltschaft bereits seit längerer Zeit mit der hängigen jugendstrafprozessualen Un-

tersuchung gegen den Übergangstäter betraut. Diese Tatsachen stellen die Zweckmässigkeit und Prozessökonomie der vorgeschlagenen Änderung ebenfalls massiv in Frage.

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

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

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

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

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

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

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

### *Art. 38 JStG*

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

### *Art. 9 IRSG*

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

Wir lehnen diese Beschränkung des Siegelungsrechts entschieden ab. Das Recht auf Siegelung soll insbesondere gewährleisten, dass Aufzeichnungen und Gegenstände, die wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts (Anwaltsgeheimnis, Arztgeheimnis etc.) nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen. Die vorgeschlagene Neuregelung stellt selbst dann, wenn die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 IRSG gegeben wären, eine durch nichts gerechtfertigte Verletzung insbesondere von Berufsgeheimnissen dar. Entgegen der im erläuternden Bericht vertretenen Auffassung (S. 59) geht es nicht nur darum, dass die ausländische Strafverfolgungsbehörde keine Kenntnis von Tatsachen nehmen soll, von denen sie wegen Geheimhaltungsinteressen keine solche haben dürfte. Das Recht auf Geheimhaltung ist absolut und unteilbar, und es dürfen daher geheimnisgeschützte Unterlagen auch von einer schweizerischen Rechtshilfebehörde nicht durchsucht bzw. zur Kenntnis genommen werden. Hinzu kommt, dass die vorgeschlagene Regelung völlig praxisfremd ist und der Realität keine Rechnung trägt. Der Antrag auf Siegelung ist bekanntlich rasch zu stellen (vgl. dazu nur den erläuternden Bericht, S. 35). Wie dieses Erfordernis mit den im Entwurf vorgesehenen Ausnahmen vom Grundsatz, dass in Rechtshilfeangelegenheiten kein Siegelungsrecht besteht, in Einklang gebracht werden könnte, ist nicht ersichtlich. Weder steht in allen Fällen bereits zum Zeitpunkt einer Sicherstellung von Aufzeichnungen und Gegenständen fest, ob am ausländischen Prozess beteiligte Personen vor Abschluss des Rechtshilfeverfahrens in die Akten dieses Verfahrens Einsicht nehmen können, noch ist immer klar, ob die schweizerische Rechtshilfebehörde ein eigenes Verfahren im gleichen Sachzusammenhang führen wird oder nicht. Ein schweizerisches Strafverfahren im gleichen Sachzusammenhang kann auch erst zu einem späteren Zeitpunkt eröffnet werden. Dann wäre aber nicht nur das

Recht auf Siegelung verwirkt, weil ein entsprechendes Gesuch verspätet wäre, es hätte die schweizerische Strafverfolgungsbehörde auch bereits Kenntnis von geheimnisgeschützten Aufzeichnungen und Gegenständen erhalten, die sie gerade nicht haben dürfte. Das ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht hinnehmbar.

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

Mit der Bitte um Kenntnisnahme und Berücksichtigung dieser Ausführungen verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "M. Aebli".

Melanie Aebli

Geschäftsleiterin DJS

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

Im Zusammenhang mit der Änderung der Strafprozessordnung, konkret des Art. 126 StPO, mache ich auf eine Lücke im Gesetz aufmerksam:

Das Bundesgericht hat im Urteil 6B\_613/2012, 6B\_604/2012 die Bestimmungen über den Entscheid in der Zivilklage sehr streng, als unausweichliche Pflicht des urteilenden Gerichtes, ausgelegt – und gar materiell selber so entschieden. Dies hatte zu widerrechtlichen Folgen geführt: an Stelle der kantonalrechtlichen Organhaftung wurden die Verurteilten persönlich finanziell haftbar gemacht.

Es wurde nicht beachtet, dass zumindest der eine der beiden Verurteilten durch die beamtenrechtliche Kaskadenhaftung vor Ansprüchen der Geschädigten auf eine persönliche finanzielle Haftung (analog Art. 3 Abs. 3 des Verantwortlichkeitsgesetzes, SR 170.32) geschützt war.<sup>1</sup>

Wird diese Norm so strikte ausgelegt, bedarf es einer Ergänzung in Absatz 2 von Art. 126 StPO, beispielsweise:

- e. die Privatklägerschaft gegenüber der beurteilten Person keine Ansprüche geltend machen kann (Organhaftung).

---

<sup>1</sup> Vgl. Urteilsbesprechung AJP 2014 S. 1408, Bundesstrafgericht, Strafkammer/Einzelrichter, Urteil vom 24. August 2012, SK.2011.12; Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. Januar 2014 i.S. X. und Y. gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft bzw. zivilrechtliche Adhäsionskläger, 6B\_604/2012 und 6B\_613/2012.



Dokument	<b>AJP 2014 S. 1408</b>
Autor	<b>Markus Mohler</b>
Titel	<b>Bundestrafgericht, Strafkammer/Einzelrichter, Urteil vom 24. August 2012, SK.2011.12; Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. Januar 2014 i.S. X. und Y. gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft bzw. zivilrechtliche Adhäsionskläger, 6B_604/2012 und 6B_613/2012.</b>
Urteilsbesprechung	<b>SK.2011.12, 6B_613/2012, 6B_604/2012</b>
Publikation	<b>Aktuelle Juristische Praxis</b>
Herausgeber	<b>Ivo Schwander</b>
ISSN	<b>1660-3362</b>
Verlag	<b>Dike Verlag AG</b>

---

**AJP 2014 S. 1408**

## **Entscheidbesprechungen** **Discussions d'arrêts actuels**

**7. Strafrecht/Droit pénal**  
**7.6. Strafprozessrecht und Gerichtsorganisation/Procédure pénale et organisation judiciaire**  
**7.6.1. Allgemeines Strafprozessrecht/Procédure pénale générale**  
**(4) Strafprozess- und Organisationshaftungsrecht.**

**Bundestrafgericht, Strafkammer/Einzelrichter, Urteil vom 24. August 2012, SK.2011.12; Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. Januar 2014 i.S. X. und Y. gegen Schweizerische Bundesanwaltschaft bzw. zivilrechtliche Adhäsionskläger, 6B\_604/2012 und 6B\_613/2012.**



Markus Mohler\*  
Dr. iur., Basel

Die Pflicht eines Strafgerichts, bei einem Schulterspruch zusammen mit dem Strafurteil zwingend und vollständig auch über die anhängig gemachte Zivilklage zu entscheiden (Art. 126 Abs. 1 Bst. a StPO; gesetzliche Ausnahmen nach Abs. 2 und übermäßig aufwändige Abklärungen für vollständige Beurteilungen nach Abs. 3 vorbehalten), führt bei schuldig gesprochenen Personen, die für eine Organisation handeln, welche einer öffentlich-rechtlichen Organisationshaftung unterstellt ist, zu einer Kollision mit dem Organisationshaftungsrecht.

## I. Zusammenfassung des Sachverhalts

1. Am 25. April 2009 kam es in einem Kurs des Schweizerischen Polizeiinstituts (SPI) für Sprengspezialisten der Polizei anlässlich der Abschlussprüfung im Fach «Vernichtung von unbrauchbar gewordenen Sprengmitteln» auf dem Areal der Kaserne X. zu einem Explosionsunfall mit Sprengmitteln, bei dem ein Kursteilnehmer (Angehöriger der Kantonspolizei S) so schwer verletzt wurde, dass er am folgenden Tag diesen Verletzung erlag. Ein Prüfungsexperte wurde schwer verletzt, drei weitere Kursteilnehmer erlitten aus strafrechtlicher Sicht einfache Körperverletzungen (haben indessen keine Strafanträge gestellt; Urteil des Bundesstrafgerichts [zit.: Urteil BStrGer], Sachverhalt D; Erwägungen Ziff. 5.3).
2. In diesem Kurs und auch zur Tatzeit fungierte Polizeihauptmann A, Angehöriger der (Kantons-) Polizei UU, als Kursdirektor und Experte bei den mündlichen Prüfungen (Urteil BStrGer, Sachverhalt B).
3. Im gleichen Kurs und zur Tatzeit war der pensionierte Polizist B, ehemals Angehöriger der Kantonspolizei VV, bei den praktischen Prüfungen als Instruktor eingesetzt und zudem für den ganzen Kurs und die Prüfung mitverantwortlich (Urteil BStrGer, Sachverhalt C). Die Prüfung stand unter Leitung des vom SPI nominierten Prüfungsobmannes M. (Urteil BStrGer, Sachverhalt C), der nicht angeklagt worden ist (vgl. dazu die verklausulierte Bemerkung im Urteil des Bundesgerichts, Ziff. 4.4.3).

## II. Strafrechtliche Beurteilung durch das Bundesstraf- und das Bundesgericht

1. Das BStrGer hat Polizeihauptmann A und den pensionierten Polizisten B der fahrlässigen Gefährdung durch Sprengstoffe ohne verbrecherische Absicht im Sinne von Art. 225 Abs. 1 StGB, der fahrlässigen Tötung im Sinne von Art. 117 StGB und der fahrlässigen schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 125 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 StGB schuldig gesprochen (Urteil BStrGer, Erwägungen, Ziff. 6.4).
2. Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, dass «die Schultersprüche wegen fahrlässiger Gefährdung durch Sprengstoffe ohne verbrecherische Absicht (Art. 225 Abs. 1 StGB), fahrlässiger Tötung (Art. 117 StGB) und fahrlässiger schwerer Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 StGB) kein Bundesrecht verletzen» (E. 4.5).

---

\* Markus Mohler, Dr. iur., ehem. Lehrbeauftragter für öffentliches Recht, speziell Sicherheits- und Polizeirecht, an den Universitäten Basel und St. Gallen, vormals Kommandant der Kantonspolizei Basel-Stadt.



## III. Zivilrechtliche Beurteilung

### 1. Beurteilung durch das Bundesstrafgericht

#### 1.1 Zur rechtlichen Stellung des Schweizerischen Polizeiinstituts (SPI)

Das Bundesstrafgericht hält zunächst fest, dass das SPI eine privatrechtliche Stiftung sei und durch (a.) Beiträge und Leistungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden, (b.) Erträge aus den angebotenen Dienstleistungen und (c.) allfällige Spenden und Legate finanziert werde (Urteil BStrGer, Erwägungen, Ziff. 9.2.2). Das SPI führe «im Interesse der schweizerischen Polizeikorps und gestützt auf Art. 14 SprstG sowie die dazu gehörende SprstV und die SprstVP für das ganze Gebiet der Schweiz Ausbildungskurse zum Erwerb des Sprengausweis P» durch («P» steht für «Polizei»; vgl. dazu nachfolgend Ziff. IV. 2.2.1). Die Kurskosten würden «im Einvernehmen mit dem SPI und dem BBT festgelegt und (seien) vom betreffenden Polizeikommando zu bezahlen» (mit Verweis auf das Ausbildungsreglement des SPI) (a.a.O.).

| AJP 2014 S. 1408, 1409

#### 1.2 Zur rechtlichen Stellung des Kursdirektors (A)

Polizeihauptmann A. war im Zeitraum seiner Funktion als Direktor in diesem Sprengkurs Angestellter der (Kantons-) Polizei UU. Den Sprengkurs habe er jedoch in seiner Freizeit und mit dem Einverständnis des Kommandanten durchgeführt; als Kursleiter sei er vom SPI eingestellt und entlohnt worden. «Seine Rolle hätte irgend eine andere befähigte Person in gleicher Weise im Rahmen eines von einer Privatperson offerierten Lehrangebots ausüben können» (a.a.O.).

#### 1.3. Zur rechtlichen Stellung des Instruktors, Prüfungsexperten und Materialverantwortlichen (B)

Der Instruktor war pensionierter Polizist der Kantonspolizei VV. «Auch seine Tätigkeit hätte irgendeine Fachperson im Rahmen eines von einer Privatperson angebotenen Kurses ausüben können» (a.a.O.).

#### 1.4. Zur grundsätzlichen zivilrechtlichen Haftungsfrage

Aufgrund des Ausgeführten sei «von einer privatrechtlichen Tätigkeit der Beschuldigten im Rahmen eines dem Privatrecht unterstehenden Kurses auszugehen. Die Ansprüche aus der konkreten Straftat sind privatrechtlicher Natur» und könnten «gegen die Beschuldigten im Adhäsionsverfahren geltend gemacht werden» (Urteil BStrGer, Erwägungen, Ziff. 9.2.2, letzter Absatz).

#### 1.5. Zivilrechtliche Urteilserkenntnis

Darauf gestützt urteilte der Einzelrichter wie folgt:

- «1. A. und B. haben im Grundsatz an C. und D. für den entstandenen Schaden vollständig Ersatz zu leisten. Sie haften unter sich solidarisch.
2. C. und D. werden bezüglich der Bezifferung des Schadens auf den Zivilweg verwiesen.
3. Schadenersatzforderungen von E. und F. und G. werden auf den Zivilweg verwiesen.
4. A. und B. haben, bei solidarischer Haftbarkeit, die folgenden Genugtuungen, jeweils zusätzlich 5% Zins seit dem 26. April 2009, zu leisten:
  - 4.1 an C. Fr. 40'000.–; eine Mehrforderung bleibt vorbehalten.
  - 4.2 an D. Fr. 20'000.–; eine Mehrforderung bleibt vorbehalten.



- 4.3 an E. Fr. 23'000.–; eine Mehrforderung bleibt vorbehalten.
- 4.4 an F. Fr. 23'000.–; eine Mehrforderung bleibt vorbehalten.
5. Die Genugtuungsforderung von G. wird abgewiesen.
6. A. und B. haben, bei solidarischer Haftbarkeit, an J. eine Genugtuung von Fr. 2'000.– zu leisten» (Urteil BStrGer., Erkenntnisse, Ziff. III, S. 66).

## 2. Beurteilung durch das Bundesgericht

### 2.1 Grundsätzlicher zivilrechtlicher Entscheid

- a) Zunächst vereinigt das Bundesgericht die beiden Beschwerden von X. und Y. (das sind A. und B. im Verfahren vor BStrGer) gestützt auf Art. 71 BGG und beurteilt sie in einem einzigen Entscheid (E. 1.1.).
- b) Das Bundesgericht beschränkt sich sodann auf die Interpretation von Art. 126 StPO; nach Abs. 1 habe «das Strafgericht zusammen mit dem Strafurteil materiell über die anhängig gemachte Zivilklage, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht», zu entscheiden (E. 6.2.2.). Es verweist im weiteren auf die gesetzlichen Ausnahmen dieser Entscheidspflicht nach Art. 126 Abs. 2 StPO (die nicht gegeben seien). Abgesehen von Fällen, in denen die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig wäre und in denen das Gericht die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und sie auf den Zivilweg können (Art. 16 Abs. 3 StPO), sei die materielle Beurteilung der Zivilklage zwingend, und sie müsse vollständig sein (a.a.O.).
- c) Es hält sodann fest: «Soweit die Beschwerdeführer die Voraussetzungen zur Zahlung zivilrechtlicher Genugtuungsansprüche mit den beantragten Freisprüchen bestreiten, ist die Rüge nicht weiter zu behandeln, da es bei den Schultersprüchen bleibt» (E. 6.3.1.).
- d) Das Bundesstrafgericht habe indessen gegen Bundesrecht verstossen, indem es die Genugtuungsansprüche nicht abschliessend beurteilt habe. Die Vorinstanz habe über alle erforderlichen Kriterien verfügt, um die Genugtuungssummen bestimmen zu können (E. 6.3.3.).

### 2.2 Konkrete Entscheide

- a) In einem Punkt erachtet es die Rüge eines Beschwerdeführers (Y) als begründet. Aufgrund der verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen könne die Angemessenheit der Genugtuungssummen abschliessend beurteilt werden. Das Bundesgericht weist diesbezügliche Mehrforderungen ab und verzichtet nach Art. 107 Abs. 2 BGG auf eine Rückweisung an die Vorinstanz (E. 6.3.4.).
- b) Der zivilrechtliche Entscheid des Bundesgerichtes lautet demnach:
- «3. Die Beschwerde im Verfahren 6B\_613/2012 wird teilweise gutgeheissen, Ziffer III./4.1–4.4 des Urteils des Bundesstrafgerichts vom 24. August 2012 aufgehoben und betreffend Y. wie folgt neu gefasst:
- 4.1 an B.F. \_\_\_\_\_ Fr. 40'000.–; im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen;
- 4.2 an A.F. \_\_\_\_\_ Fr. 20'000.–; im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen;
- 4.3 an C.F. \_\_\_\_\_ Fr. 23'000.–; im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen;
- 4.4 an D.F. \_\_\_\_\_ Fr. 23'000.–; im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen;
- Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.»



## **IV. Bemerkungen**

### **1. Strafrechtliche Beurteilung**

*1. In dieser Besprechung wird auf die strafrechtliche Beurteilung des ganzen Falles nicht eingegangen, obwohl auch dazu Fragen offen bleiben. Hingewiesen sei bloss auf E. 4.4.3. des Bundesgerichtsurteils.*

### **2. Zur Frage nach dem anwendbaren Recht für die Beurteilung der Zivilforderungen**

#### **2.1 Formeller Aspekt im Urteil des Bundesgerichts**

Zunächst fällt ein rein formeller Aspekt im Urteil des Bundesgerichts auf: Das Dispositiv des zivilrechtlichen Teils des Urteils des Bundesstrafgerichtes lautet in Ziff. 4: «A. und B. haben, bei solidarischer Haftbarkeit, die folgenden Genugtuungen, jeweils zusätzlich 5% Zins seit dem 26. April 2009, zu leisten:» (Hervorhebung A. und B. hier). Dann folgen unter den Ziff. 4.1 bis 4.4. die jeweiligen Genugtuungssummen, immer mit der Ergänzung: «eine Mehrforderung bleibt vorbehalten».

Das Dispositiv des Bundesgerichtsurteils lautet diesbezüglich im Ziff. 3: «Die Beschwerde im Verfahren 6B\_613/2012 wird teilweise gutgeheissen, Ziffer III./4.1–4.4 des Urteils des Bundesstrafgerichts vom 24. August 2012 aufgehoben und betreffend Y. wie folgt neu gefasst:» (Hervorhebung hier). Dann folgen ebenso mit den Ziff. 4.1 bis 4.4 die gleichen Genugtuungssummen, jedoch mit der jeweiligen Ergänzung: «im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen». Damit ergibt sich eine Differenz in Bezug auf allfällige Mehrforderungen zwischen X. und Y. (BGer) bzw. A. und B. (BStrGer). Dies nur nebenbei.

#### **2.2 Zur Beurteilung der Zivilforderungen durch die Gerichte**

Das Bundesstrafgericht begründet die persönliche zivilrechtliche Haftung der beiden Kursverantwortlichen ebenso wie die Anwendbarkeit von Art. 41 ff. OR einfach damit, es sei «von einer privatrechtlichen Tätigkeit der Beschuldigten im Rahmen eines dem Privatrecht unterstehenden Kurses auszugehen». Daher seien die Ansprüche aus der konkreten Straftat privatrechtlicher Natur und könnten gegen die Beschuldigten im Adhäsionsverfahren geltend gemacht werden (Erwägungen, Ziff. 9.2.2 und 9.3). Die Frage nach einer allfälligen Organisationshaftung wird vom Bundesstrafgericht gar nicht gestellt und auch vom Bundesgericht – als denkbarer Anwendungsfall von Art. 126 Abs. 3 StPO – nicht in Erwägung gezogen.

#### **2.3 Ist hier öffentliches oder Privatrecht massgebend?**

Mit der Feststellung, das SPI sei eine privatrechtliche Stiftung und die beiden Kursleiter seien (in ihrer Freizeit) als Angestellte des SPI privatrechtlich tätig gewesen, wird die Kardinalfrage nach dem anwendbaren Haftungsrecht nicht beantwortet, sondern übergangen.

##### **2.3.1 Die Sprengstoffgesetzgebung**

a) Art. 178 Abs. 3 BV sieht vor, dass Verwaltungsaufgaben durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden können, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen, was in Art. 2 Abs. 4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) wiederholt wird. Art. 24 Abs. 3 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1) regelt sodann, dass die Aufsicht über die Organisationen und Personen gemäss Art. 2 Abs. 4 RVOG in Gegenstand, Umfang und Grundsätzen durch die Spezialgesetzgebung geregelt werde



und richte sich nach dem Grad der jeweiligen Autonomie. Weiteres dazu nachstehend, Ziff. 2.3.2 c, e–g.

b) Art. 27 des Bundesgesetzes über explosionsgefährliche Stoffe vom 25. März 1977 (Sprengstoffgesetz, SprstG, SR 941.41) legt (als Spezialgesetz) fest, dass der «Inhaber eines Betriebes oder einer Anlage, in denen Sprengmittel oder pyrotechnische Gegenstände hergestellt, gelagert oder verwendet werden, (...) für den Schaden, der durch die Explosion solcher Mittel oder Gegenstände verursacht wird», haftet (Abs. 1; Karl Oftinger/Emil Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/3, 4. A., Zürich 1991, § 31, Rz. 17, 20 f.; Tobias Jaag, Staats- und Beamtenhaftung in: Heinrich Koller/Markus Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli, SBVR, Bd. 1/Teil 3, 2. A., Basel/Genf/München 2006, Rz. 34). Zu diesen Tätigkeiten gehört auch das Vernichten (Oftinger/Stark, § 31, Rz. 48). Abs. 3 unterstellt Bund, Kantone und Gemeinden der gleichen Haftpflichtregelung. Damit haften öffentlich-rechtliche und private Organisationen, in denen u.a. Sprengmittel hergestellt, gelagert, verwendet oder vernichtet werden, im Sinne einer Gefährdungshaftung (vgl. Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht [Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft] vom 27. Mai 1992, BBl 1992 V 1 ff., 429 f.) gleichermassen nach öffentlich-rechtlichem Haftungsrecht (Jaag, Rz. 224; Oftinger/Stark, § 31, Rz. 3). Im Parlament wurde bei der Beratung der Vorlage (die lediglich eine Versicherungspflicht vorsah [Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über explosionsgefährliche Stoffe vom 20. August 1975, BBl 1975 II 1289 ff., 1303, 1318]; Oftinger/Stark, Rz. 2) ausgeführt, es sei nach Unfällen mit Sprengstoff, die oft auch tödlich oder doch mit schweren Körperverletzungen ausgingen, manchmal kaum eindeutig feststellbar, «wer eigentlich schuldig sei, [...] wer allenfalls den Fehler begangen hat. Gerade bei Sprengstoffunfällen kann sich die

---

AJP 2014 S. 1408, 1411

Schuld am Unfall auf mehrere Personen verteilen, z. B. ist die eine Person am Unfall schuldig, weil sie den Brennstoff unsorgfältig aufbewahrt hat, und eine zweite Person ist mitschuldig, weil sie unfachgemäß mit dem Sprengstoff hantiert hat» (AB 1976 S 170, dazu AB 1976 N 946 f., 952; vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., Bern 2009 [zit. Tschannen et al., Verwaltungsrecht], § 61, Rz. 9). Das gilt für alle, auch für gewerbliche Betriebe.

c) Nach Art. 2 der Verordnung über den Verkehr mit Sprengmitteln bei der Polizei (SR 941.413, im Folgenden: SprstVP) sind die «Bestimmungen des Gesetzes und der Sprengstoffverordnung vom 27. November 2000 (...) auf den Verkehr mit Sprengmitteln und pyrotechnischen Gegenständen bei der Polizei anwendbar, soweit diese Verordnung keine besonderen Vorschriften aufstellt». Einen Vorbehalt, wonach die Organisationshaftung nach Art. 27 SprstG für die vom Geltungsbereich erfassten Polizeikorps (Art. 1) und – hinsichtlich der Ausbildung und der Abnahme von Prüfungen – das SPI (Art. 8 Abs. 1, 11) nicht gelte, enthält diese Verordnung gesetzeskonform nicht. Eine andere Regelung wäre auch nicht haltbar, handelt es sich doch um eine Haftung für die mit Sprengstoff eben verbundenen Betriebsgefahren (Betriebshaftung) «einer gewerblichen, industriellen oder ähnlichen Unternehmung» (Jost Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, Bern 2001, 55).

d) Ob sich das Ausbildungsreglement des SPI auf Art. 14 und nicht auf Art. 16 SprstG abstützt (Urteil BStrGer, Erwägungen, Ziff. 3.5.4 b), ist für die Frage nach dem anwendbaren Haftungsrecht ohne Belang. Es darf auch bezweifelt werden, dass die SprstVP für diesen Kurs – wegen des Bezuges des SPI-Ausbildungsreglementes auf Art. 14 SprstG – nicht gegolten habe, wie das BStrGer festhält (a.a.O.), überträgt doch Art. 8 Abs. 1 dieser Verordnung die Abnahme der Prüfungen zum Erwerb des Sprengausweises P und der Berechtigung für Spezialformationen sowie die darauf ausgerichtete Ausbildung ausdrücklich dem SPI. Dem SPI werden in dieser Verordnung auch weitere Aufgaben, die mit der Befähigung zur Sprengausbildung und mit Spezialregelungen zusammenhängen, übertragen (Art. 8a Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 und Art. 11; vgl. nachfolgend, Ziff. 2.3.2 b).



e) Ausserhalb der Spezialregelung für die Polizei gelten nach Art. 14 SprstG sehr ähnliche Vorschriften; die Durchführung von Prüfungen und die darauf gerichtete Ausbildung wird in erster Linie dafür geeigneten Trägerschaften überlassen, die Kantone trifft diesbezüglich nur subsidiär eine entsprechende Pflicht (Art. 14 Abs. 4 i.V. mit Abs. 3 Bst. und Abs. 3<sup>bis</sup> SprstG, Art. 61 ff. SprstV). Diese Organisationen haften in gleicher Weise nach Art. 27 SprstG. Selbst wenn in casu die SprstVP nicht massgebend wäre, was m.E. nicht zutrifft, änderte dies nichts an der Organisationshaftung, mithin der Primärhaftung der Organisation, für welche die Beurteilten tätig waren (Oftinger/Stark, § 31, Rz. 17).

f) Diese Haftung gilt auch für Betriebsmängel; Hauptträger des Geschehens ist dann nicht mehr der Einzelne, sondern die Organisation (Hans Rudolf Schwarzenbach, die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz, 2. A., Zürich 1985, 251; vgl. dazu wiederum das Bundesgerichtsurteil, E. 4.4.3.); Haftungssubjekte sind demnach die Inhaber von Sprengfirmen, Händler mit Sprengmaterialien, Bauunternehmer u.a.m. (Heinrich Honsell/Bernhard Eisenring/Martin A. Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich et al. 2013 [zit. Honsell et al. 2013], § 22, Rz. 49), mithin die Organisation des Inhabers.

g) Schliesslich ist festzustellen, dass Art. 27 SprstG sowohl den Bestimmungen von Art. 41 ff. und 55 OR (Honsell et al. 2013, § 22, Rz. 54; Oftinger/Stark, § 31, Rz. 63) als auch denjenigen des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32; Art. 3 Abs. 2 VG) vorgeht (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010 [zit. Häfelin et al., Verwaltungsrecht], Rz. 221). Demzufolge untersteht die Beurteilung der privatrechtlichen Ansprüche gerade nicht dem Zivilrecht, sondern dem öffentlichen Recht, konkret Art. 27 SprstG. Die Nichtbeachtung dieser gesetzlichen Regelungen stellt eine Verletzung von Bundesrecht dar.

h) Damit steht indessen erst fest, dass öffentlich-rechtliches Haftpflichtrecht, mithin qua Art. 27 SprstG die Organisationshaftung als Kausalhaftung gilt (vorstehend, Ziff. 2.3.1 b), nicht aber, welche Organisation(en) diese im Einzelfall trifft (dazu nachfolgend, Ziff. 2.3.2).

### 2.3.2 Organisationshaftungsrechtliche Fragen im Besonderen

a) Art. 8 Abs. 1 SprstVP lautet: «Die Abnahme der Prüfungen zum Erwerb des Sprengausweises P und die darauf ausgerichtete Ausbildung sowie die Organisation und Durchführung der ergänzenden Schulung für Inhaber der Berechtigung Spezial-Formationen (SF) sind Sache des SPI» (Fassung vom 11.9.2002, i.K. seit 1.12.2002). Diese Aufgabenübertragung stellt eine Beleihung (Tschannen et al., Verwaltungsrecht, § 10, Rz. 12 ff.; Nadine Mayhall, Aufsicht und Staatshaftung, Diss. Fribourg, Zürich et al. 2008, [zit. Mayhall, Staatshaftung] 63) des SPI durch die zuständigen Bundesbehörden dar. Beauftragte bzw. Beliehene können auch privatrechtliche Stiftungen sein (vgl.

---

AJP 2014 S. 1408, 1412

Jaag, Rz. 219). Die Kompetenz des Bundes dazu ergibt sich aus Art. 107 BV (Markus H. F. Mohler, St. Galler Kommentar [3. A. 2014] zu Art. 107 BV, Rz. 9 f.). Mit der Beleihung wird die Besorgung eines Teils öffentlicher Verwaltungsaufgaben einem Privaten übertragen, wodurch auch alle entsprechenden rechtlichen Verpflichtungen (Art. 5 und 35 BV) übertragen werden (Mayhall, a.a.O., 63).

b) Dem SPI sind zudem weitere Aufgaben im Zusammenhang mit der Ausbildung und Einsatzübungen (Art. 10 Abs. 1 und 2 SprstVP) aufgetragen; zudem ist es gehalten, eine permanente Sprengstoffkommission i.S.v. Art. 61 SprstV zu einzurichten und zu unterhalten (Art. 11 Abs. 1 SprstVP), die einer engen Zusammenarbeit mit der Zentralstelle Sprengstoff und Pyrotechnik des Bundesamtes für Polizei (fedpol; Art. 10 Abs. 1 Bst. a Ziff. 4 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement [OV-EJPD], SR 172.213.1) in Fachfragen verpflichtet ist (Art. 6, 10 Abs. 1 f., und 11 Abs. 2 SprstVP).



c) Die Oberaufsicht über den Vollzug des SprstG kommt dem Bund zu (Art. 42 Abs. 4 SprstG). Die Durchführung der Prüfungen untersteht nach Art. 14 Abs. 5 SprstG dem Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, konkret dem Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI), vormals Bundesamt für Bildung und Technologie (BBT). Dies kommt auch im Urteil des BStrGer (Erwägungen, Ziff. 9.2.2) zum Ausdruck.

d) Der Bund haftet nach Art. 146 BV für Schäden, die «seine Organe in Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtliche verursachen». Diese Haftung des Bundes erstreckt sich (auch) auf durch eine mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisation und fällt in den Geltungsbereich von Art. 19 Abs. 1 [Bst. a] des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32; vgl. Mayhall, a.a.O., 265; Tschannen et al., Verwaltungsrecht, § 45, Rz. 22). Nach Art. 3 Abs. 3 VG steht den Geschädigten kein Anspruch gegenüber den Fehlbahnen zu (vgl. dazu Art. 19 Abs. 1 Bst. a GVVG).

e) Art. 19 Abs. 3 VG regelt auch das Verfahren bei streitigen Ansprüchen von Geschädigten gegenüber der Organisation, ohne jedoch die sich allenfalls ergebenden haftpflichtrechtlichen Fragen, die sich aus der behördlichen Aufsichtspflicht ergeben können, zu berühren.

f) Voraussetzung für eine aufsichtsrechtlich begründete Organisationshaftpflicht des Bundes ist die widerrechtliche Verletzung einer gesetzlichen Aufsichtspflicht (Jaag, Rz. 78 f., 98, 121; Mayhall, a.a.O., 97, 275 ff.). Die Aufsichtspflichten von Bundesorganen in Bezug auf die Durchführung dieser Prüfungen in einem Kurs für Sprengspezialisten der Polizei ergeben sich aus den spezialgesetzlichen Bestimmungen (vorstehend, b-d). Sie dienen sowohl der Sicherstellung der Aufgabenerfüllung wie – in diesem Zusammenhang insbesondere – der Gefahrenabwehr (vgl. auch Mayhall, a.a.O., 94). Daraus ergibt sich eine durch gesetzliche Pflichten auferlegte Garantenstellung der zuständigen Bundesorgane (vgl. Mayhall, a.a.O., 275). Das widerrechtliche Verhalten kann in Realakten bzw. realen Unterlassungen bestehen (Häfelin et al., Verwaltungsrecht, Rz. 2244; Mayhall, a.a.O., 273). Dass diese Aufsicht der zuständigen Bundesorgane nicht in genügendem Mass wahrgenommen worden ist, ergibt sich schon aus der Erwägung 4.4.3 des BGer.

g) In welchem Verhältnis die beiden Organisationshaftungen als Kausalhaftungen bei vorliegender Widerrechtlichkeit (Häfelin et al., Verwaltungsrecht, Rz. 2248 f.) aus Durchführung und Aufsicht über die Durchführung der Kurse und Prüfungen zueinander stehen, ist nur durch weitere Erörterungen der Gerichte festzustellen (vgl. Oftinger/Stark, § 31, Rz. 60; Mayhall, a.a.O., 281). Mit der doppelten Anbindung des SPI in Bezug auf die Sprengspezialistenausbildung an zwei spezifische Bundesorgane (BBT bzw. SBVI und Zentralstelle für Sprengstoff und Pyrotechnik) besteht diesbezüglich jedenfalls keine sehr weitgehende Autonomie des SPI (vgl. vorstehend, Ziff. 2.3.1 a).

### 2.3.3 Art. 126 StPO und öffentlich-rechtliche Haftungsvorschriften

a) Art. 126 Abs. 1 StPO verpflichtet das Strafgericht zwingend, über eine anhängig gemachte Zivilklage endgültig und vollständig zu entscheiden (Urteil BGer, E. 6.2.2.), wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht (Bst. a) oder freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist (Bst. b).

b) Die Zivilklage kann nach Abs. 3 nur dem Grundsatz nach entschieden und auf den Zivilweg verwiesen werden, sofern die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwändig wäre.

c) Art. 126 StPO enthält jedoch keine Regelung für jene Fälle, in denen die Beurteilten nach Abs. 1 als Angehörige einer staatlichen oder privaten Organisation, für die öffentlich-rechtliche Haftungsvorschriften gelten, gehandelt und einen Schaden verursacht haben (vgl. nachfolgend, Ziff. 2.3.4).



d) «Nach ständiger Rechtsprechung gilt indessen nicht als in seinen Zivilansprüchen tangiertes Opfer, wer durch Amtshandlungen von staatlichen Funktionären geschädigt wird, die öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften unterstehen», so das Bundesgericht im Urteil 6B\_353/2010 vom 31. Mai 2010, E. 1. Ob es sich um staatliche Funktionäre handelt oder um solche einer privatrechtlichen Organisation, ist für die Frage, ob zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Haftungsvorschriften gelten, nicht vorab entscheidend, sofern die Organisation oder Person den öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften unterstellt ist; entscheidend ist, dass Opfer von Verhaltensweisen, die öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften unterstehen, ihre zivilrechtliche Klage nicht adhäsionsweise gegen (beschuldigte) Schadenverursacher im Strafverfahren geltend machen können, da den Beklagten die Passivlegitimation abgeht (vgl. dazu Oftinger/Stark, § 31 Rz. 78; Jost Gross/Volker Pribnow, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. A., Bern 2013, 4). Das hier besprochene Urteil steht damit in direktem Widerspruch zum Urteil 6B\_353/2010 ebenso wie zu BGE 130 IV 27, E. 2.3.3.

e) In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das Bundesgericht, auch wenn es nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen darf (Art. 107 Abs. 1 BGG), die Beurteilung zur Klärung des massgebenden Haftpflichtrechtes und damit der konkreten Haftung der Schadenverursacher nach Art. 126 Abs. 3 StPO im Sinne der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG) als Verletzung von Bundesrecht nicht hätte an die Vorinstanz zurückweisen oder die zivilrechtliche Klage der Geschädigten mangels Passivlegitimation der Beklagten gar direkt abweisen können (so BGE 130 IV 27, E. 2.3.4; vgl. im gleichen Fall [Urteil des BGer 6P.128/2003] auch die superprovisorische Verfügung des Präsidenten des Kassationshofes betreffend Zivilforderung, Sachverhalt Bst. E).

### **2.3.4 Die unvollständige Regelung von Art. 126 StPO**

a) Es sind auch anders gelagerte zivilrechtliche Haftungsfälle im Zusammenhang mit einem strafrechtlichen Urteil, in dem die beschuldigte Person schuldig gesprochen (Abs. 1 Bst. a) oder freigesprochen wird und der Sachverhalt spruchreif ist (Abs. 1 bst. b) denkbar, ohne dass eine spezialgesetzliche öffentlich-rechtliche Haftungsregelung vorliegt, so in allen Fällen, in denen die wegen des ihr zur Last gelegten Verhaltens beschuldigte Person einer der Organisationshaftung unterliegenden Organisation angehört. Das gilt insbesondere – freilich nicht nur – für alle Angehörigen von Bundes-, Kantons- und Gemeindediensten (vgl. z.B. das Urteil des Strafgerichts Schwyz vom 14. April 2014, Schuldigsprechung eines Polizisten wegen fahrlässiger Tötung [noch nicht rechtskräftig]). Diese Lücke in Art. 126 StPO bedeutet im Verhältnis zu Kantonen und Gemeinden zugleich einen Verstoss gegen das Prinzip der Bundesstaatlichkeit (Art. 3, 43 und 47, 50 Abs. 2 BV) des Bundesgesetzgebers und gegenüber dem Bund selber eine Missachtung des vorrangigen VG.

b) Dariüber hinaus bestehen auch andere öffentlich-rechtliche Haftungsregelungen auf interkantonaler Ebene wie z.B. in Art. 34 Abs. 1 des Konkordates über Errichtung und Betrieb einer interkantonalen Polizeischule Hitzkirch vom 25. Juni 2003 (z.B. SGS BS 510.700).

c) Eine Ergänzung von Art. 126 StPO erweist sich als unverzichtbar.

## **3. Fazit**

Das Staats- bzw. Organisationshaftungsrecht beruht auf drei Zielsetzungen: a) Die Geschädigten sind nicht verpflichtet, einzelne Handlungs- bzw. (zivilrechtliche) Verschuldensanteile zu bezeichnen; es genügt die Nennung der betreffenden Organisation (vgl. Oftinger/Stark, § 31, Rz. 78; Tschanne et al., Verwaltungsrecht, § 61, Rz. 9); b) die Befriedigung der Ansprüche der Geschädigten ist nicht von der finanziellen Leistungsfähigkeit ursächlicher Einzelpersonen abhängig (subsidiäre Staatshaftung und Solidarhaftung des Staates vorbehalten [Häfelin et al., Verwaltungsrecht, Rz. 2226 ff.]); c) die öffentlich-rechtlichen Handelnden sollen aus



*Furcht vor möglicherweise ruinösen Zivilforderungen nicht zu ängstlich und zu zögerlich ihre Aufgaben erfüllen (vgl. Gross/Pribnow, 3; Häfelin et al., Verwaltungsrecht, Rz. 2225). Allein diese dem schweizerischen Recht eigenen Organisationshaftungslegitimierungen hätten eigentlich genügen müssen, im besprochenen Fall die massgebenden haftungsrechtlichen Bestimmungen genauer zu prüfen, als dies geschehen ist, und nicht auf Grund zweier zu kurzer und in casu unmassgeblicher Argumente von einer privatrechtlichen Haftpflicht nach Art. 41 ff. OR auszugehen.*

**Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement  
Bundesamt für Justiz**

Als Word- und PDF-Dokument an  
Annemarie.gasser@bj.admin.ch

Badenerstrasse 682  
8048 Zürich  
T 044 436 90 00  
F 044 436 90 15  
www.fiz-info.ch  
contact@fiz-info.ch  
Spendenkonto 80-38029-6

Zürich, 14. März 2018

**FIZ STELLUNGNAHME ZUR ÄNDERUNG DER STRAFPROZESSORDNUNG (UMSETZUNG  
DER MOTION 14.3383, KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN DES STÄNDERATES, AN-  
PASSUNG DER STRAFPROZESSORDNUNG)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) Stellung nehmen zu können.

Die FIZ Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration beschäftigt sich seit über 30 Jahren mit dem Thema Frauenmigration und Frauenhandel. Seit 2004 führt die FIZ ein spezialisiertes Opferschutz- und Betreuungsprogramm für Opfer von Frauenhandel: FIZ Makasi.

Die FIZ ist von insgesamt 10 Kantonen mit dem Opferschutz von Betroffenen von Frauenhandel mandatiert und begleitet die Betroffenen als Vertrauensperson auch in Strafverfahren und vor Gericht. Die FIZ hat Einstieg im Steuerungsorgan der Koordinationsstelle Menschenhandel und Menschen-smuggel (KSMM) des Bundes, arbeitet in vielen Kantonen an Runden Tischen gegen Menschenhandel mit, entwickelt Kooperationsmechanismen, wirkt an der Aus- und Weiterbildung von Vertretern von Behörden wie der Polizei, der Migrationsämter und anderer Fachleute mit und wird bezüglich ihrer Kernthemen auf internationaler, nationaler und lokaler Ebene als Expertin beigezogen.

Die Eingabefrist ist mit vorliegender Eingabe gewahrt. Wie gewünscht erfolgt sie elektronisch im PDF- und Word-Format.

## EINLEITUNG

Menschenhandel ist ein komplexes Phänomen, welches die verschiedensten Formen annimmt und grundsätzlich überall dort auftreten kann, wo es möglich ist, eine Person auszubeuten. Diese schwere Straftat und grobe Menschenrechtsverletzung<sup>1</sup> wird in Art. 182 StGB<sup>2</sup> pönalisiert. Die bekanntesten Formen von Menschenhandel sind der Menschenhandel zwecks sexueller Ausbeutung, Menschenhandel zwecks Arbeitsausbeutung und Menschenhandel zwecks Organentnahme.- Unter Menschenhandel zwecks Arbeitsausbeutung sind gem. *Botschaft des Bundesrates zum Fakultativprotokoll zur Kinderrechtekonvention betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie*<sup>3</sup> weitere, in den Definitionen des Palermo-Protokolls<sup>4</sup> als auch des Übereinkommens des Europarates zur Bekämpfung von Menschenhandel (EKM)<sup>5</sup> explizit im Sinne einer Minimalaufzählung aufgeführten Formen des Menschenhandels, bzw. der damit verfolgten Ausbeutungsformen zu subsumieren.<sup>6</sup> Hierunter fallen namentlich „die unter Zwang geleisteten Arbeiten oder Dienstleistungen, Sklaverei oder sklavereiähnliche Verhältnisse“<sup>7</sup>.

Immer wieder werden Betroffene von Menschenhandel selber für widerrechtliche Handlungen bestraft, welche sie im Zusammenhang oder im Rahmen des gegen sie verübten Menschenhandels getötigt haben. Dies steht dem Schutz von Betroffenen diametral entgegen. Im Risiko strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden ist einer der Gründe dafür zu sehen, dass Betroffene von Menschenhandel sich den Behörden nur sehr selten/zögerlich zu erkennen geben und ist zugleich eines der Haupt-Druckmittel der Täterschaft, um die Betroffenen unter Kontrolle zu halten.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl Report concerning the implementation of the council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Switzerland, 14.10.2015, GERTA(2015)18 (GRETA Bericht; abrufbar unter: <https://rm.coe.int/168063cab6>).§ 31 sowie Art. 7 und 10 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>2</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

<sup>3</sup> BBI 2005 2807.

<sup>4</sup> Art. 3 Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000, für die Schweiz in Kraft getreten am 26.11.2006 (SR 0.311.542).

<sup>5</sup> Übereinkommens des Europarates zur Bekämpfung von Menschenhandel vom 16.05.2005, für die Schweiz in Kraft getreten am 01.04.2013 (SR 0.311.543).

<sup>6</sup> BBI 2005 2807, 2835 f. und GRETA Bericht, § 36.

<sup>7</sup> BBI 2005 2807, 2835 f.

<sup>8</sup> Vgl. Jovanovic Marija, The Principle of Non-Punishment of Victims of Trafficking in Human Beings: A quest for Rationale and Practical Guidance, Journal of Traffikcing an Human Exploitation, Vol. 1 Nr. 1, S. 47-76, Paris Legal Publishers, 2017, S. 42.

Besonders wichtig im Zusammenhang mit den vorher beschriebenen Ausbeutungsformen ist deshalb die im internationalen Recht vorgesehene Möglichkeit,<sup>9</sup> von der Verfolgung und Bestrafung von rechtswidrigen Taten, welche im Zuge oder als Folge von Menschenhandel begangen wurden, abzusehen.

In unserer Stellungnahme konzentrieren wir uns ausschliesslich auf den Aspekt des non-punishment Prinzips und argumentieren für die Einführung einer expliziten Bestimmung hierzu in der StPO.

Des Weiteren unterstützen wir die Eingabe der Juristinnen Schweiz zur Vernehmlassung zur Änderung der Strafprozessordnung vollumfänglich.

**DIE NON-PUNISHMENT CLAUSE - GRUNDSATZ DER STRAFFREIHEIT FÜR RECHTSWIDRIGE TATEN, DIE IM ZUGE  
ODER ALS FOLGE VON MENSCHENHANDEL BEGANGEN WURDEN**

Mit der Ratifizierung des Palermo-Protokolls<sup>10</sup> und des Europaratsübereinkommens zur Bekämpfung von Menschenhandel und dessen in Kraft treten hat sich die Schweiz verbindlich zum menschenrechtlichen Ansatz in der Bekämpfung von Menschenhandel bekannt. Dies bedeutet, dass die Menschenrechte der von Menschenhandel betroffenen Personen zu jedem Zeitpunkt, in allen Aspekten der Prävention und Bekämpfung von Menschenhandel sowie dem Schutz und der Unterstützung von und der Wiedergutmachung gegenüber Betroffenen von Menschenhandel im Vordergrund stehen.<sup>11</sup> Erklärtes Ziel gem. Art. 2 lit. b Palermo-Protokoll ist es, „die Opfer des Menschenhandels unter voller Achtung ihrer Menschenrechte zu schützen und ihnen zu helfen“<sup>12</sup>.

Die Kriminalisierung von Betroffenen von Menschenhandel aber, schränkt deren Zugang zu Recht und Schutz ein. Sie vermindert die Wahrscheinlichkeit, dass Betroffene die gegen sie verübten Straftaten anzeigen. Das Absehen der Verfolgung und Bestrafung von strafbaren Handlungen, welche Betroffene von Menschenhandel im Zusammenhang mit Menschenhandel begangen haben ist folglich ein zentrales Element des Schutzes der Betroffenen sowie ihrer Rechte. Typischer-

---

<sup>9</sup> Vgl. Art. 26 EKM.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 2 lit. b. Palermo-Protokoll.

<sup>11</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. b und Art. 5 Abs. 2 EKM sowie Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking, Addendum to the report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (E/2002/68/Add. 1), (abrufbar unter: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Traffickingen.pdf>), S. 1. .

<sup>12</sup> Art. 2 lit. b Palermo-Protokoll.

weise ist hier etwa an den Besitz gefälschter Papiere, rechtswidrige Ein- oder Ausreise, rechtswidriger Aufenthalt oder auch Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung zu denken – auch wenn die Betroffenen dem zugestimmt haben. Gleiche Argumentation gilt weiter für rechtswidrige Handlungen, welche im Rahmen des Menschenhandels begangen wurden, der Menschenhandel also gerade zwecks Ausbeutung der rechtswidrigen Aktivität, wie etwa Diebstahl oder Betrug, erfolgt.<sup>13</sup> In diesem Sinne hält auch der Hohe Kommissar für Menschenrechte in seinen empfohlenen Prinzipien und Richtlinien zu Menschenrechten und Menschenhandel fest, dass Betroffene von Menschenhandel nicht für ihre unrechtmässige Einreise oder Aufenthalt in ein Transit- oder Zielland oder ihre Beteiligung an gesetzeswidrigen Aktivitäten verhaftet, verfolgt oder bestraft werden, sofern dies eine direkte Konsequenz des Menschenhandels sind.<sup>14</sup>

Auch wenn die erste internationale Vereinbarung zu Menschenhandel, namentlich das UN Palermo-Protokoll, das non-punishment Prinzip noch nicht bindend in einer Norm festhielt, empfahl die mit der effektiven Umsetzung des Palermo-Protokolls beauftragte Arbeitsgruppe zu Menschenhandel den Staaten:

„In Betracht zu ziehen, in Übereinstimmung mit dem nationalen Recht, Betroffene von Menschenhandel nicht für rechtswidrige Handlungen zu bestrafen oder zu verfolgen, welche diese in direkter Konsequenz des Menschenhandels begangen haben oder wenn sie gezwungen wurden, solche Taten zu begehen.“<sup>15</sup>

Für die Schweiz seit 2013 bindend ist Art. 26 „Bestimmung über das Absehen von Strafe“ des Übereinkommens des Europarates zur Bekämpfung von Menschenhandel:

„Jede Vertragspartei sieht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen ihres Rechtssystems die Möglichkeit vor, Opfer für ihre Beteiligung an rechtswidrigen Handlungen insoweit nicht zu bestrafen, als sie dazu gezwungen wurden.“

Weiter verorten sowohl GRETA, UNOHCHR als auch die OSCE die staatliche Pflicht des „non-punishments“ in enger Verbindung mit deren Pflicht, Betroffene von Menschenhandel zu identifizieren, zu schützen und zu unterstützen. Ebenfalls eng mit der non-punishment Verpflichtung

---

<sup>13</sup> KOK, Informationsdienst 2016, Zu Straftaten oder betteln gezwungen: weitere Formen des Menschenhandels und die non-punishment clause, S. 9 mit Verweis auf das Background Paper der auf Ebene der UN eingesetzten Working Group on Trafficking in Persons, Non-punishment and non-prosecution of victims of trafficking in persons: administrative and judicial approaches to offences committed in the process of such trafficking, CTOC/COP/WG.4/2010/4, S. 3.

<sup>14</sup> Ibid, S. 9.

<sup>15</sup> Report on the meeting of the Working group on Trafficking in Persons held in Vienna, 14-15 April 2009, CTOC/COP/WG.4/2009/2 § 12: „Consider, in line with their domestic legislation, not punishing or prosecuting trafficked persons for unlawful acts committed by them as a direct consequence of their situation as trafficked persons or where they were compelled to commit such unlawful acts“.

verknüpft sei weiter die Pflicht der Staaten bei Menschenhandel zu ermitteln und die Täterschaft vor Gericht zu bringen.<sup>16</sup> Dies bedeutet schliesslich, dass die Staaten im Falle von strafrechtlicher Verfolgung oder Bestrafung der Opfer ihre menschenrechtlichen Verpflichtungen verletzen.<sup>17</sup>

#### DIE SITUATION IN DER SCHWEIZ

In der Schweiz gibt es bisher keine spezielle Bestimmung betreffend das Absehen von Verfolgung und Strafe für rechtswidrige Taten, die Betroffene von Menschenhandel im Zuge oder als Folge von Menschenhandel begangen haben.

Die Schweiz geht grundsätzlich davon aus, dass das non-punishment Prinzip umgesetzt ist, da das Strafrecht zum einen auf dem Verschuldensprinzip beruht<sup>18</sup> – damit sind Handlungen unter Zwang als nicht strafbar zu beurteilen. Weiter bestehet die Möglichkeit der Strafbefreiung gem. Art. 15-19 StGB (Notwehr, Notstand) und Art. 52-55 StGB.<sup>19</sup>

Obwohl die zuständige Behörde also von einer Strafe absehen kann, wenn diese im Rahmen des Menschenhandels erzwungenemassen begangen wurde, kommt es immer wieder zu Bestrafungen von Opfern. Häufig handelt es sich hierbei um Verstösse gegen das Ausländer- oder Arbeitsrecht oder Regelungen bezüglich Prostitution. So kommt es vor, dass ein Opfer von Menschenhandel zwecks sexueller Ausbeutung Bussen bezahlen muss, weil es an nicht gestatteter Stelle anschaffen musste oder gilt im schlimmsten Fall gar als vorbestraft, was sich in Zukunft möglicherweise negativ auf eine Aufenthaltsbewilligung oder eine weitere Einreise auswirken kann.

Immer häufiger hören wir von Fällen, in welchen die Betroffenen zu Menschenhandel befragt werden und Aussagen machen – danach aber, meist wegen ausländerrechtlicher Zu widerhandlungen gebüsst werden und die Schweiz verlassen müssen. Dies obwohl der Verdacht auf Menschenhandel bestand, also weitere Abklärungspflichten bestehen würden und gemachte Aussagen u.U. gar in Strafverfahren weiterverwendet werden.

---

<sup>16</sup> Second General Report on GRETA's activities, GRETA(2012)3 (abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16805aa45b>), § 58; Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Huma Rights and Human Trafficking, Factsheet No. 36, 2014 (abrufbar unter: [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf)), S. 12; OSCE, Special Representative an co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, Policy and Legislative Recommendations towards the Effective Implementation of the Non-punishment Provision with Regard to Victims of Trafficking, 22. April 2013, SEC.GAL/73/13 (OSCE Leitlinien, abrufbar unter: <https://www.osce.org/secretariat/101002?download=true>).

<sup>17</sup> Jovanovic, S. 53.

<sup>18</sup> Vgl. 19 StGB.

<sup>19</sup> GRETA Bericht, § 184

Gemäss unserer Erfahrung ist es folglich von äusserst grosser Wichtigkeit, dass die Staatsanwaltschaften bezüglich der non-punishment-Vorgabe gemäss internationalem Recht sowie der möglichen Umsetzung dieser im nationalen Recht informiert und sensibilisiert sind. Ist dies nicht der Fall, so kommt es regelmässig zur Bestrafung von Opfern von Menschenhandel von Zu widerhandlungen, welche sie unter Zwang begingen.

Stossend scheint auch die uns bekannte Praxis, nach welcher Strafbefehle lediglich aufgeschoben werden. In concreto wurden sie dann ausgestellt, als Betroffene vor Ende des Verfahrens die Kooperation mit den Behörden abbrachen. In einem Fall musste eine Betroffene zur Befragung erscheinen und wurde gebüsst, weil sie sich gegen eine Zusammenarbeit entschieden hatte. Die Bestrafung und das Absehen von einer solchen, werden auf diese Weise zu einem Druckmittel, „leverage“ im Ringen der Strafverfolgungsbehörde um Zeugenaussagen der Opfer. Dies widerspricht dem Sinn und Zweck des „non-punishment Prinzips“, welchen § 14 der EU Anti-Menschenhandelsrichtlinie<sup>20</sup> wie folgt umschreibt:

„Mit diesem Schutz wird das Ziel verfolgt, die Menschenrechte der Opfer zu schützen, ihre weitere Visktimisierung zu vermeiden und sie dazu zu ermutigen, in Strafverfahren als Zeugen gegen die Täter auszusagen.“

Aufgrund der unterschiedlichen Praxis und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit empfahl GERTA der Schweiz im Rahmen der ersten Evaluation 2015 u.a., eine explizite non-punishment Bestimmung einzuführen:

**§ 23 “GRETA considers that, in order to ensure compliance with Article 26 of the Convention, the Swiss authorities should adopt a specific provision on the non-punishment of victims of trafficking for their involvement in unlawful activities, to the extent that they were compelled to do so, [...].”<sup>21</sup>**

Sich Hilfe zu holen, sich den Behörden zu erkennen geben sowie Zeugenaussagen und die Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden sind oftmals mit grossen Risiken für die Betroffenen verbunden – nach wie vor gehört auch das Risiko der Bestrafung von strafrechtlichen, ausländerrechtlichen und administrativen Zu widerhandlungen dazu.

---

<sup>20</sup> Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates

<sup>21</sup> Appendix I: List of GRETA’s proposals, Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Switzerland. First Evaluation Round. GRETA (2015)18 (abrufbar unter: <https://rm.coe.int/168063cab4>), § 23.

In Fällen, in denen Betroffene nicht mit den Strafverfolgungsbehörden kooperieren wollen/können, scheint eine Strafbefreiung gar noch unwahrscheinlicher.

Die Konsequenzen für die Betroffenen sind häufig einschneidend: Aufgrund der Bestrafung keine Möglichkeit, erneut ein Visa (oftmals für den gesamten Schengenraum) zu erhalten, Einreisesperren, möglicherweise Vorstrafe, Re-Victimisierung – möglicherweise Re-Traumatisierung; etc.

#### **EXPLIZITE BESTIMMUNG ZUM NON-PUNISHMENT PRINZIP IN DER StPO**

Wie bereits erwähnt, wurde der Grundsatz der Straffreiheit für rechtswidrige Taten, die im Zuge oder als Folge von Menschenhandel begangen wurden bis anhin noch nicht explizit ins positive Recht übertragen. Dies wird von GRETA empfohlen und ist zudem im Hinblick auf die Rechtssicherheit und eine schweizweit Einheitliche Handhabung des Absehens von Strafe in den geschilderten Fällen sinnvoll. Zudem könnten weitere Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem non-punishment Prinzip, bzw. dessen Anwendung geklärt werden.

Die FIZ fordert deshalb, dass der Grundsatz der Straffreiheit für rechtswidrige Taten, die im Zuge oder als Folge von Menschenhandel begangen wurden explizit in der StPO verankert wird. Die aktuelle Änderung der StPO bietet eine einmalige Gelegenheit, den von der Schweiz verfolgten menschenrechtlichen Ansatz im Kampf gegen Menschenhandel zu stärken, zur Rechtsicherheit beizutragen und den internationalen Standard sowie die Empfehlungen GRETAs weiter umzusetzen.

Dieser Schutz für Betroffene von Menschenhandel soll keine generelle Immunität vor einer strafrechtlichen Verfolgung darstellen. Dadurch sollen aber die Menschenrechte der Opfer geschützt, ihre weitere Victimisierung vermieden und sie dazu ermutigt werden, in Strafverfahren als ZeugInnen gegen die TäterInnen auszusagen. Bei der Ausgestaltung der Norm sollen weiter folgende Aspekte berücksichtigt werden:

- Es muss für alle Kantone einheitlich erklärt werden, welche Straftaten weder verfolgt, noch bestraft werden sollen.<sup>22</sup>
- Es müssen Kriterien erarbeitet werden, welche im Einzelfall zur Beurteilung eines Anspruches auf Strafbefreiung für im Zusammenhang oder im Rahmen des Menschenhandels begangenen rechtswidrigen Handlungen führen.

---

<sup>22</sup> So auch OSCE Leilinien, Empfehlung 17, S. 32.

- Ermittlungsbehörden sollen etwa bei ausländerrechtlichen oder administrativrechtlichen Zu widerhandlungen von der Verfolgungspflicht befreit werden.
- Bei Nicht-Absehen von der Verfolgung oder Strafe muss den Betroffenen der Beschwerdeweg offen stehen.<sup>23</sup>
- Das non-punishment Prinzip muss als Recht der Betroffenen geschützt und effektiv umgesetzt werden. Die alleinige Sistierung von strafrechtlicher Verfolgung und Bestrafung ist höchstens während der Abklärungsphase bei Verdacht auf Menschenhandel zulässig. Ist eine Person als Opfer von Menschenhandel identifiziert, so muss zwingend von der Verfolgung und Bestrafung von rechtswidrigen Handlungen, welche im Zusammenhang oder im Rahmen des Menschenhandels getätigt wurden, abgesehen werden. Soll von diesem Grundsatz abgewichen werden, so hat die zuständige Behörde dies zu begründen.
- Gleichermaßen muss für die Inhaftierung von Betroffenen und potentiell Betroffenen von Menschenhandel gelten – von Haft ist grundsätzlich abzusehen.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



EVA ANDONIE

DR. IUR., MITARBEITERIN ÖFFENTLICHKEITSARBEIT

**FIZ FACHSTELLE FRAUENHANDEL UND FRAUENMIGRATION**

---

<sup>23</sup> OSCE Leitlinien, Empfehlung 26, S. 33.



Verbandssekretariat  
Secrétariat fédératif  
Segretariato federativo

Villenstrasse 2  
6005 Lucerne  
tél. 041 367 21 21  
fax 041 367 21 22  
email [mail@fsfp.org](mailto:mail@fsfp.org)  
[www.fsfp.org](http://www.fsfp.org)

Madame la Conseillère fédérale  
Simonetta Sommaruga  
Cheffe du Département fédéral de justice et  
police (DFJP)  
Palais fédéral  
3003 Berne

Lucerne, le 14 mars 2018

## **Réponse de la FSFP à la consultation de l'avant-projet de modification du code de procédure pénale (motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats)**

Madame la Conseillère fédérale,  
Mesdames, Messieurs,

La Fédération Suisse des Fonctionnaires de Police (FSFP) remercie les Autorités fédérales pour l'opportunité qui lui a été donnée de prendre position sur cette première importante modification du nouveau code de procédure pénale suisse depuis son introduction en 2011.

La FSFP représente plus de 26 000 membres. Parmi eux quelques 18'000 - le 95% des effectifs - sont des agents de police en service actif auprès de la Confédération, des Cantons et des Communes. Ces policiers, répartis en 59 sections couvrant l'ensemble du territoire national, sont fortement concernés par le CPP, dans la mesure où ce texte est leur principale boîte à outils dans l'accomplissement de leurs missions quotidiennes.

### **Généralités**

Pendant sa genèse déjà, le CPP uniifié a été analysé en détail par un groupe de travail ad hoc de notre Comité Central (organe législatif). Dès le début, différents aspects critiques et/ou problématiques ont été identifiés et expliqués et, sur invitation, présentés à la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats.

Comme nous l'avions prévu, une partie des craintes formulées par la FSFP se sont avérées fondées et font aujourd'hui l'objet d'une modification partielle. D'autres, en revanche, ne sont pas concernées par la modification mise en consultation, mais restent néanmoins des points problématiques pour le travail de la police.

Dans ce contexte, nous faisons référence aux aspects généraux suivants :



L'augmentation de la charge de travail administratif que doit fournir la police est de l'ordre de 10 à 30% selon la Conférence des Commandants des polices cantonales suisses (CCPCS) et cette estimation a été confirmée par un sondage effectué auprès de nos membres. Malheureusement, l'augmentation du personnel policier n'a pas suivi cette courbe.

La FSFP déplore que l'analyse finale de la consultation faite avant l'entrée en vigueur du code en 2011 ait négligé l'aspect de l'augmentation des coûts et des ressources liés au nouveau CPP.

Actuellement, l'arrestation provisoire (215 CPP) est limitée à 24 heures dès l'interpellation (219 al.4 CPP). Nous avons toujours critiqué l'absence de marge de manœuvre ou d'appréciation laissée à la police qui devrait permettre à l'officier de police de piquet de prolonger la durée de l'arrestation provisoire jusqu'à 72 heures (ou au moins jusqu'à 48 heures).

Cela permettrait de procéder à des vérifications plus approfondies, de préparer de manière optimale le dossier à présenter au ministère public et au tribunal des mesures de contraintes. En effet, ce dernier, en l'absence d'éléments de preuve suffisants, se verra dans l'obligation de refuser la détention provisoire alors que la police aurait pu fournir ces éléments rapidement si la durée de l'arrestation provisoire n'était pas aussi courte.

Concrètement, une durée allongée de l'arrestation provisoire permettrait de procéder à des vérifications techniques approfondies (analyses rapides ADN, examens forensiques d'appareils électroniques, visionnage d'enregistrement de vidéosurveillance) et de compenser de manière pragmatique les délais dus aux week-ends ou fériés pour les vérifications à faire auprès d'administrations et d'autres établissements par exemple.

Dès le début des réflexions liées au CPP, notre fédération s'est exprimée de manière critique par rapport à « l'avocat de la première heure ». Ceci certainement en partie du fait qu'il s'agissait de quelque chose de totalement nouveau et qu'il était difficile pour les policiers suisses d'accepter l'américanisation du système judiciaire helvétique.

Entre-temps, cette mesure a été relativement bien acceptée même si nous sommes toujours d'avis que les droits du prévenu sont trop étendus si nous les comparons à ceux des victimes ou des agents de police eux-mêmes. Malheureusement, il a été régulièrement observé une ingérence de la part de l'avocat de la première heure alors que son rôle devait se borner à garantir les droits du prévenu et le respect de la procédure.

Un des aspects les plus lourds reste encore aujourd'hui la participation des parties à l'administration des preuves, comme le relève la CCDJP dans sa prise de position.

Un nombre important de parties dans une procédure (104 et 105 al.2 CPP) pose de sérieux problèmes organisationnels et de logistique (locaux d'audition adaptés, agendas des enquêteurs souvent différents de ceux des avocats p.ex.). La présence systématique des avocats, même lors d'auditions sans intérêt pour leur propre client, la prise en charge de leurs honoraires par l'Etat, leur temps de préparation à l'audition (1ère audition) sont autant d'obstacles au bon déroulement de la procédure pénale, au principe de célérité de celle-ci et à l'efficacité du système judiciaire.



Il faut absolument trouver à cette situation anormale une solution simple, viable et à l'avantage d'un système judiciaire déjà chroniquement surchargé, ce dans le but d'optimiser la manifestation de la vérité.

Un aspect que la FSFP a également critiqué est celui de la faiblesse de la protection qu'offre le CPP aux détenteurs d'informations à charge des prévenus (témoins, policiers, dénonciateurs, informateurs, ...). Outre l'anonymisation difficile des intervenants à charge, nous pouvons citer, à titre d'exemple malheureusement récurrent, le témoin qui, du fait de la présence des prévenus à l'audition, se sent rapidement mis sous pression et privé de toute protection. Cette situation n'est pas propice à la manifestation de la vérité, les déclarations pouvant alors être influencées voire faussées. Nonobstant les possibilités d'anonymisation existantes dans des cas particuliers, des solutions claires et faciles à mettre en œuvre, pour l'ensemble des procédures pénales, sont à trouver d'urgence pour éviter de nuire à la cause.

En 2007 déjà, lors de l'élaboration de ce nouveau code unifié, la FSFP avait dénoncé les tâches trop nombreuses que ce code aurait exigées de la police, tâches qui auraient clairement dû être effectuées par les ministères publics. Cette crainte s'est avérée fondée et provoque non seulement des frustrations, mais également une pénurie d'agents pour les missions prioritaires de compétence clairement et exclusivement policière. En outre, cette charge de travail supplémentaire nuit à la de plus en plus actuelle mission prioritaire de la police, la prévention, le policier ayant de moins en moins de temps pour être présent « sur le terrain ».

Pour éviter toute ambiguïté dans le déroulement d'une audition déléguée à la police, la FSFP souhaite que le CPP fasse apparaître clairement que la police, en l'absence du ministère public, assure la police de l'audience en qualité de « direction de la procédure substituée ». Cette ambiguïté pourrait facilement être évitée par le simple ajout d'un cinquième alinéa à l'art. 63 CPP, Police de l'audience :

al. 5. Par analogie à l'al.1, en cas d'audition déléguée, la police est assimilée à la direction de la procédure pour la police de l'audience.

Les enquêtes sous couverture sur Internet révèlent de plus en plus régulièrement leur efficacité et seront sans nul doute encore plus nécessaires dans un futur très proche. Pour pérenniser leur efficacité, il faut toutefois que le CPP s'adapte à cette forme de criminalité qui s'est très fortement développée tout récemment. A titre d'exemple, en ce qui concerne l'acquisition illégale d'armes sur internet, le CPP ne prévoit pas la possibilité d'enquêter sous couverture étant donné que l'infraction primaire n'est pas prévue dans la liste des infractions pour lesquelles une enquête sous couverture peut être effectuée. Tout le monde sait par ailleurs qu'un achat d'arme en ligne « dans le but de ne laisser aucune trace » va de pair avec une utilisation criminelle fortement présumée de cette arme. Pour cette raison, le CPP doit permettre aux enquêteurs de prévenir la commission d'un panel plus large de crimes et délits. Nous reviendrons à cet article dans notre analyse détaillée.

La FSFP relève également que le CPP devrait faciliter plus encore la saisie et l'exploitation des mesures signalétiques (empreintes digitales, profils ADN et photographies des personnes suspectées) par la police considérant que les droits des prévenus sont largement garantis par les lois spécifiques (possibilité d'effacer les données sur décision de justice).



Finalement, la FSFP relève que le CPP rallonge les délais de manière conséquente et que l'avant-projet de modification du CPP, mis aujourd'hui en consultation, est peut-être trop « cosmétique » pour que le principe de célérité de la procédure puisse être réellement respecté.

### **Analyse détaillée des articles modifiés dans l'avant-projet**

Passons à présent à l'analyse détaillée de certains aspects qui revêtent une importance particulière aux yeux de la FSFP.

#### **Art. 78a      Procès-verbaux des auditions en cas d'enregistrement**

La FSFP est d'accord sur le principe de devoir mieux réglementer cette procédure et soutient la modification proposée dans l'avant-projet mis en consultation. La Fédération se pose néanmoins la question de savoir s'il n'est pas possible d'être encore plus visionnaire et de viser un objectif à plus long terme. En effet, de manière à éviter de déplacer continuellement les supports de données d'un bureau à l'autre, il serait souhaitable de créer des systèmes électroniques décentralisés (serveurs cloud, par exemple), avec des accès réglementés et sécurisés en fonction de la qualité du demandeur (police, parquet, TMC, tribunal, etc.).

#### **Art. 147 En général (Droit de participer à l'administration des preuves)**

Dans le code de procédure pénale actuel, le droit de participer à l'administration des preuves est un problème à prendre au sérieux. La recherche des éléments de preuve est considérablement influencée par le droit octroyé à toutes les parties de participer aux interrogatoires des témoins, des personnes appelées à donner des renseignements ou des prévenus. Les procédures peuvent s'en trouver considérablement retardées.

Ce retard peut parfois se prolonger au-delà du raisonnable, au détriment également du prévenu dont la durée de détention provisoire peut s'en trouver augmentée en conséquence. Ces retards de procédure surviennent en particulier en raison des difficultés rencontrées dans la prise de rendez-vous avec les parties et leurs avocats (coordination des agendas respectifs et ceux des enquêteurs).

De même, lorsque plusieurs parties impliquées dans une procédure disposent chacune du droit d'y participer, il est parfois impossible de prendre en considération les disponibilités de chacun (agendas respectifs, locaux inadaptés, etc.).

Parmi les entraves les plus importantes à la manifestation de la vérité dans le cadre des procédures pénales figure, en tête, la présence des prévenus aux auditions de personnes ayant des déclarations à charge. Ces personnes se sentant très souvent sous pression, voire menacées, leurs déclarations à l'encontre des prévenus présents peuvent être faussées ou retirées par peur de représailles.

La manifestation de la vérité s'en voit dès lors rendue très difficile et va à l'encontre des intérêts de la société et de la poursuite pénale.



La FSFP propose de modifier l'art. 147 CPP al. 1 de la manière suivante :

1 Les parties ont le droit d'assister à l'administration des preuves par le ministère public et les tribunaux, à l'exception de la participation aux interrogatoires des autres parties à la procédure.

La proposition formulée dans l'avant-projet soumis à consultation d'ajouter l'art. 147a devient superflue avec la modification proposée ci-avant. La FSFP relève cependant que cet article 147a améliorerait la situation actuelle mais pas de manière suffisante à garantir la manifestation de la vérité matérielle.

De plus, afin de garantir que le prévenu n'adapte pas ses déclarations à celle d'une personne qui a été entendue, la FSFP propose d'assortir à l'art. 147, un alinéa supplémentaire à l'art. 102 (Consultation des dossiers dans le cadre d'une procédure pendante) comme suit :

al. 2 S'il y a lieu de craindre que le prévenu adapte ses déclarations à celles d'une personne entendue, le ministère public peut limiter le droit d'accès au dossier du prévenu et de son avocat aux autres actes que le procès-verbal de l'audition en question. Le ministère public doit lever cette restriction sitôt que cette crainte n'a plus lieu d'être.

Les alinéas actuels 2, 3 deviennent alinéas 3 et 4

### **Art. 251a Prise de sang et d'urine**

Dans cet article également, la FSFP voit la nécessité d'intervenir et appuie donc la proposition de modification figurant dans l'avant-projet mis en consultation. Cette nouvelle formulation permet d'alléger grandement la procédure, offre une meilleure réactivité et permet un travail plus rapide.

### **Art. 273, al. 1 Données relatives au trafic et à la facturation et identification des usagers**

L'exploitation des données téléphoniques joue toujours plus souvent un rôle déterminant dans la résolution des cas et par conséquent dans la manifestation de la vérité. La FSFP soutient pleinement cette modification proposée dans l'avant-projet.

### **Propositions complémentaires de modifications**

Entre autre, selon l'analyse de la FSFP, les articles suivants doivent être repris et adaptés:

### **Art. 273, al.3 Données relatives au trafic et à la facturation et identification des usagers**

Vu la tendance à la globalisation de la société et par voie de conséquence du crime, les données exploitées à partir de relevés téléphoniques ou de transmission électronique de messages sont de plus en plus importantes dans les enquêtes judiciaires. De plus, la complexité des cas et les délais parfois longs des entraides judiciaires internationales incite la FSFP à proposer instantanément d'augmenter la durée d'exploitation des données collectées à une année. Ceci facilitera la tâche des autorités de poursuite pénale dans sa recherche de la vérité.



La FSFP propose le texte suivant:

Art. 273, al.3

3 Les données mentionnées à l'al. 1 peuvent être demandées avec effet rétroactif sur une période d'un an au plus, indépendamment de la durée de la surveillance.

**Art. 282, al.1 Conditions (applicables à l'utilisation de mesures de surveillance technique dans le cadre d'observations)**

La technologie s'immisce de plus en plus dans notre monde et dans notre vie quotidienne. Les criminels le savent eux aussi et l'utilisent largement à leur avantage. Pour se protéger, ils n'hésitent pas à investir d'importantes ressources de manière à lutter contre les moyens mis à disposition des enquêteurs.

Dans cette perspective, il faut permettre à ceux qui ont reçu la mission de procéder aux investigations et observations policières d'utiliser la totalité des instruments potentiels à cette fin. Il faut également leur octroyer une plus grande marge de manœuvre dans leur utilisation comme par exemple pour les « géo localisateurs » (balises GPS). Ces dispositifs de surveillance technique sont fort utiles aux policiers lors des observations et filatures. Par exemple, ils permettent non seulement de localiser un prévenu au travers de son véhicule mais encore de déterminer ses habitudes et visualiser ses déplacements (informations utiles pour une observation à « long » terme).

Mais, dans son état actuel, le CPP ne laisse aux policiers qu'un mois pour ce faire, ainsi que pour évaluer la pertinence de prolonger une telle mesure. Alors ordonnée par le ministère public, cette mesure de surveillance technique viserait alors à réunir des éléments de preuve, par l'enregistrement de données GPS, ainsi qu'à établir des faits par la poursuite de l'observation.

Cette durée s'avère, en pratique, parfois trop courte pour obtenir les résultats escomptés ou pour évaluer la pertinence d'ordonner cette mesure à plus long terme (par exemple absence à l'étranger dans l'intervalle après le 1<sup>er</sup> jour d'exploitation du dispositif ou non utilisation momentanée du véhicule mis sous surveillance).

Ainsi, pour pallier ces faiblesses de l'actuel CPP et pour améliorer l'efficacité de la poursuite pénale, la FSFP propose de modifier l'art. 282 CPP comme suit :

Art. 282 Conditions (Observation)

1 Le ministère public et, pendant l'investigation policière, la police peuvent observer secrètement des personnes et des choses dans des lieux librement accessibles, effectuer des enregistrements audio et vidéo et utiliser d'autres moyens techniques aux conditions suivantes:

*a (inchangé)*  
*b (supprimé)*

2 La poursuite d'une observation ordonnée par la police au-delà de deux mois est soumise à l'autorisation du ministère public.



La première modification proposée (art. 282 al. 1), à savoir d'étendre le panel des dispositifs techniques de surveillance pouvant être utilisés, permettrait à la police de pouvoir s'adapter rapidement à l'évolution technologique, tout comme les criminels d'ailleurs, et ainsi de voir son travail facilité.

La deuxième, consistant à supprimer la lettre b de l'art. 282 al.1, permettrait d'augmenter les chances qu'une observation aboutisse au résultat escompté (établir certains faits) en élargissant les possibilités de faire usage de mesures de surveillance technique, les seules mesures « classiques » de surveillance ne suffisant plus.

La troisième, augmentant de un à deux mois la durée maximale d'une observation pouvant être ordonnée par la police seule, devrait, en principe, donner suffisamment de temps à la police pour atteindre les buts visés par une observation à court terme et pour évaluer la pertinence d'une observation à plus long terme (soumise à autorisation du ministère public).

## **Art. 283, al.2 Communication**

Nous constatons toujours plus souvent que communiquer trop aisément les tactiques et techniques d'enquête met l'efficacité de ces dernières en danger. La police et les organismes d'enquête doivent pouvoir se fier à leurs propres systèmes d'investigation et ceci également sur le long terme. Force est de constater que mettre à nu l'intégralité des techniques policières affaiblit en fin de compte l'effort fourni et nuit, par conséquent, également à la recherche de la vérité. Nous proposons donc d'éliminer la nécessité de cumuler les lettres a et de l'article 283 al. 2.

La FSFP propose le texte suivant:

2 La communication est différée ou il y est renoncé aux conditions suivantes:

- a. les informations recueillies ne sont pas utilisées à des fins probatoires; ou
- b. cela est indispensable pour protéger des intérêts publics ou privés prépondérants.

## **Art. 286 Conditions (Investigation secrète)**

La FSFP constate que le trafic d'armes et, de manière plus générale, les infractions à la LArm ne sont pas intégrées à la liste d'infractions prévues dans cet article. Au vu des risques liés au trafic d'armes, dans le contexte terroriste en particulier, la FSFP demande d'ajouter les infractions à la LArm dans la liste des infractions permettant le recours à l'investigation secrète.

Il en est de même pour l'art. 252 CP, soit l'article réprimant le faux dans les certificats, lié régulièrement à l'abus de fausses pièces d'identité.

Il convient de rappeler à ce titre que la lutte contre la fraude documentaire et la lutte contre le trafic d'armes sont considérées comme prioritaires par l'Office européen de police (EUROPOL).

## **Art. 312 Mandats du ministère public à la police**

Le code de procédure pénale est actuellement parfois appliqué par certains ministères publics au pied de la lettre fermant ainsi la porte à une collaboration harmonieuse avec la police en limitant les possibilités



d'initiative de cette dernière. Ainsi, certains procureurs pensent être les seuls maîtres des tactiques, techniques et stratégies policières. Ils délivrent ainsi leurs mandats à la police sans la consulter sur la pertinence et la réalisabilité des actes d'enquête ordonnés. Les policiers mandatés ont alors l'impression d'être mis sur le fait accompli et d'être de simples exécutants sans aucune possibilité de prise d'initiative.

Or, ministère public et police sont censés être partenaires et travailler main dans la main, dans l'intérêt de la poursuite pénale. Heureusement majoritaires, d'autres ministères publics, au contraire, travaillent en parfaite collaboration avec les enquêteurs pour déterminer quelles sont les investigations ou actes d'enquête les plus pertinentes à entreprendre.

Ainsi, dans l'intérêt des procédures pénales dans leur ensemble et pour une application uniforme du CPP « unifié », il faut que cette collaboration apparaisse clairement, noir sur blanc, dans le CPP.

La FSFP propose d'intégrer la collaboration de la police au processus de décision du ministère public en modifiant l'article 312 al. 1 comme suit :

Même après l'ouverture de l'instruction, le ministère public peut charger la police d'investigations complémentaires. D'entente avec celle-ci, il lui donne des directives écrites, verbales en cas d'urgence, sur les actes d'enquête à entreprendre.

Nous vous sommes reconnaissants de considérer les propositions et réflexions de la Fédération Suisse des Fonctionnaires de Police dans la suite du processus d'adaptation du code de procédure pénale.

Nous vous remercions vivement de l'attention que vous aurez consacrée aux préoccupations des policières et policiers suisses pour lesquels le code de procédure pénal est un instrument de travail primordial.

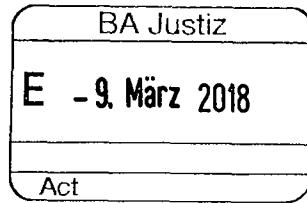
Veuillez croire, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, à l'expression de notre parfaite considération.



Emmanuel Fivaz  
Vice-président FSFP  
[e.fivaz@fsfp.org](mailto:e.fivaz@fsfp.org)



Max Hofmann  
Secrétaire général FSFP  
[m.hofmann@fsfp.org](mailto:m.hofmann@fsfp.org)



Monsieur Peter Goldschmid  
BUNDESAMT FÜR JUSTIZ,  
FACHBEREICH STRAF-UND  
STRAFPROZESSRECHT  
Bundesstrasse 20  
3003 Berne

Genève, le 7 mars 2018

### Consultation Modification du CPP/Motion 14.3383

Monsieur,

Président d'une association romande ayant pour objectifs de promouvoir la médiation et de former des médiateurs et médiaterices en Suisse romande (Groupement Pro Médiation, composé de 200 membres environ), je prends la liberté de vous communiquer notre position associative et personnelle concernant le sujet cité en marge.

Dans le cadre de la révision partielle du CPP, provoquée par la Motion 14.3384, nous souhaitons vivement que soit repris le débat sur l'introduction de la médiation en procédure pénale fédérale pour adultes.

Les travaux, visant à l'unification de la procédure pénale fédérale, avaient parfaitement et correctement mené au projet de CPP contenant l'art. 317, qui n'avait malheureusement pas été accepté par les Chambres, sur la base d'arguments fallacieux qui n'ont plus lieu d'être invoqués.

En effet, les expériences faites avec la médiation en procédure pénale favorables aux mineurs (LF PPM, art. 18) rencontrent, dans certains cantons, un succès certain, et s'avèrent profitables tant aux mineurs impliqués qu'aux victimes.

La procédure pénale pour mineurs a, de tout temps, été présentée comme le laboratoire de nouvelles dispositions procédurales et organisationnelles pouvant être reprises en procédure pénale pour adultes.<sup>1</sup> Par ailleurs, les arguments économiques invoqués pour reprocher à la médiation d'être trop dispendieuse en frais de justice, sont simplement incorrects et ont été vivement reprochés à ceux qui ont émis de telles allégations.

<sup>1</sup> Déjà évoqué par V. Degoumois : Les principes de la procédure pénale applicable aux mineurs en Suisse, thèse, NE, 1956.

Le rejet de l'art. 317 du projet de CPP a été vivement critiqué dans les milieux associatifs suisses promouvant la médiation, et ce rejet fut l'objet de nombreux débats au sein des professions judiciaires pénales.

A l'heure où il convient d'adapter certaines dispositions posant problème dans la pratique du CPP, il convient donc de revenir sur l'absence de dispositions favorables à la médiation dans le corps législatif fédéral, ce qui est une carence regrettable par rapport à l'évolution internationale et comparée des procédures pénales des pays voisins.

L'occasion de la motion 14.3383 est très favorable à la reprise des travaux entrepris pour le projet de CPP de 2007. Il convient donc de se repencher sur l'art. 317 p. CPP et sur son argumentaire (FF 2006, pp 201-203).

Pour l'essentiel, les arguments pro domo restent les mêmes, auxquels on pourra ajouter ceux que mentionnent les auteurs ayant publié ultérieurement à ces travaux (voir la Bibliographie sommaire annexée, concernant l'aire francophone).

En ce qui concerne le Canton de Genève, nous relevons, avec plaisir et satisfaction, que le législateur de procédure pénale cantonale a introduit, en 2001 (à l'initiative du Professeur B. Straüli et du soussigné) la médiation dans le Code de procédure pénale cantonal (avant unification) et que ce même législateur a reconduit une disposition favorable à la médiation pénale dans la « Loi d'application du code pénal et d'autres lois fédérales en matière pénale », E 4 10, art. 34A. Pour en assurer la rectitude dans son application, le Procureur Général a édité une directive intitulée « La médiation pénale » (C. 12) en date du 12 avril 2016.

A noter que le canton de Genève s'est également doté d'un « Règlement relatif aux médiateurs pénaux et civils », le 22 décembre 2004 (E. 2. 05.06).

Les avantages de la médiation civile, pénale ou administrative s'inscrivent très clairement dans l'évolution notoire et contemporaine de la « justice restaurative ». Les arguments qui plaident en faveur de cette justice modernisée sont nombreux et prennent place dans une littérature connue. La Suisse connaît même une Association suisse pour la Justice restaurative (AJURES) qui a rendu, pour la présente consultation, un texte de synthèse de bonne qualité.

J'espère que, dans le cadre de la révision citée, d'autres organismes y prendront part en rappelant la nécessité et l'urgence à introduire la médiation pénale dans le CPP. Je pense particulièrement à la Fédération suisse pour la médiation (FSM).

Il me semble nécessaire de rappeler l'importance de la contribution du Groupement Pro Médiation à la formation des médiateurs et médiatrices puisque nos enseignants interviennent dans trois Hautes Ecoles suisses romandes, à savoir la Formation continue de l'Université de Genève, la Haute Ecole en Travail Social à Genève et la Haute Ecole d'ingénierie et de gestion à Yverdon. Un ancien enseignant du GPM intervient en outre en Faculté de Droit de l'Université de Fribourg.

C'est dire que le GPM est très favorable à la consécration législative fédérale de la médiation dans le CPP, qui suivrait ainsi la perspective tracée par le CPC qui a introduit la médiation aux art. 213-218 et 297, al. 2 CPC.

Le GPM est convaincu qu'il s'agirait d'une amélioration bienvenue en procédure pénale pour les adultes.

Convaincus de l'intérêt que présente, pour tout processus judiciaire, une large palette de moyens de gestion, plusieurs parlementaires genevois ont fait, récemment, une proposition de motion visant à légiférer en vue d'un encouragement concret et général à l'utilisation de modes de résolution extrajudiciaire des litiges, ceci pour rendre directement applicable l'art. 120 de la Constitution genevoise qui énonce « « L'Etat encourage la médiation ... ». (Motion M. 2449 du 6 février 2018). Le susdit article a également été fortement soutenu par mon Comité et moi-même durant les travaux législatifs constitutionnels genevois.

Cette position est celle de nombreux médiateurs romands et est également la position du Comité de l'association que je préside depuis 2009. Nous sommes certains que l'introduction de la médiation pénale en faveur des adultes s'inscrit logiquement dans la réforme partielle, et en cours, du CPP, et permettrait de réaliser des progrès considérables dans la gestion d'une justice pénale débordée, et devenue incapable de respecter, dans les procédures pénales, « le délai raisonnable » dans lequel chacun a le droit d'être jugé.

Disposé à témoigner, si nécessaire, devant les Commissions fédérales chargées de cette réforme (ou les commissions d'experts) j'espère que vous tiendrez largement compte de la présente et vous prie de croire, Monsieur, à mes respectueuses salutations.



Christian-Nils Robert  
Professeur honoraire et avocat  
Président du GPM



Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement EJPD

Als Word- und PDF-Dokument an  
[annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Freiburg, 14. März 2018

### **Vernehmlassung zur Änderung der Strafprozessordnung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga  
Sehr geehrte Damen und Herren

Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse – Giuriste Svizzera – Giuristas Svizra (siehe [www.lawandwomen.ch](http://www.lawandwomen.ch), nachfolgend: Juristinnen Schweiz) wurde 2001 gegründet als Berufs- und Vernetzungsorganisation der Schweizer Juristinnen. Sie bringt die Stimmen der Frauen, vor allem der Fachfrauen, im Gesetzgebungsverfahren ein. In diesem Zusammenhang interessieren uns namentlich Gesetzgebungsvorhaben, welche auf die Stellung der Frau und das Verhältnis unter den Geschlechtern in der Familie und ausserhalb einen Einfluss haben. Wir erlauben uns deshalb, im Vernehmlassungsverfahren zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383) Stellung zu nehmen.

Die Eingabefrist ist mit vorliegender Eingabe gewahrt. Wie gewünscht erfolgt sie elektronisch im pdf- und word-Format.

#### **Vorbemerkungen**

Juristinnen Schweiz beschränken sich darauf, die vorgeschlagene Revision der StPO auf die Stellung von Opfern und dort unter dem Aspekt der häufigsten Deliktsformen gegen Frauen, der sexuellen Gewalt und der Gewalt im sozialen Nahraum, zu kommentieren.

Grundsätzlich begrüssen wir alle Verbesserungen für die Stellung des Opfers im Strafverfahren. Wir stellen jedoch fest, dass auch der Bericht zur Evaluation des Opferhilfegesetzes von 2015, auf welchen sich die diesbezüglichen Revisionsvorschläge stützen, die neuesten Erkenntnisse zur Traumaforschung zu wenig berücksichtigt. Wir möchten hier auf ein neues Standardwerk von Gysi Jan/Rüegger Peter (Hrsg.), Handbuch sexualisierte Gewalt, Therapie, Prävention und Strafverfolgung, Bern, 2018 (im Folgenden: Handbuch) hinweisen, welches vertieften Einblick in die strafverfolgungsrelevanten Wirkungen von Traumata auf Seiten der Opfer aber auch der Täter gibt. Die im genannten Handbuch gemachten Anregungen zum Umgang mit ZeugInnen

#### **Juristinnen Schweiz – Femmes Juristes Suisse**

Alice Reichmuth Pfammatter, Präsidentin  
Rue de Lausanne 81, 1700 Fribourg  
Telefon +41 26 322 88 88 - Telefax +41 26 322 88 89  
[alice.reichmuth@lawandwomen.ch](mailto:alice.reichmuth@lawandwomen.ch)  
[www.lawandwomen.ch](http://www.lawandwomen.ch)  
Konto IBAN CH84 0900 0000 1766 1943 5

im Strafprozess sollten auch in der Gesetzgebung berücksichtigt werden (Handbuch Kapitel 5 und 6).

Im Weiteren vermissen wir den Einbezug der kürzlich ratifizierten „Istanbul-Konvention“, dem Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt gegen Frauen (BBI 2017, 281). Insbesondere die Verpflichtung zur Aus- und Fortbildung der Strafverfolgungsbehörden zum Thema der Gewalt gegen Frauen gehört in die Strafprozessordnung.

Im Einzelnen schlagen wir folgende Ergänzungen und Präzisierungen vor:

#### **Artikel 78a VE-StPO; Einvernahmeprotokolle**

Bei Straftaten aus dem Bereich der sexuellen Gewalt und der Gewalt im sozialen Nahraum aber auch sonst bei Gewaltdelikten liegt häufig als einziger Beweis die Aussage des betroffenen Opfers vor. Deshalb kommt der Qualität dieser Aussagen und damit der Befragung und Protokollierung entscheidende Bedeutung zu. Zudem sollten Opfer von Straftaten möglichst schonend und damit auch möglichst wenig einvernommen werden (Art. 117 Abs. 2 StPO), um Retraumatisierungen zu vermeiden. Diesen sich widersprechenden Anforderungen kann mit einer Pflicht, Befragungen von vermuteten Opfern stets audiovisuell festzuhalten, nachgekommen werden. Die heutigen technischen Hilfsmittel, die zur Verfügung stehen, sind bezahlbar und einfach anzuwenden. Die Staatsanwaltschaft Zürich praktiziert bereits heute dieses Vorgehen bei Gewaltdelikten.

Vorschlag:

Die Pflicht sollte in Art. 78a und in Art. 117 StPO festgehalten werden.

#### **Artikel 117 Absatz 1 Buchstabe g (neu) VE-StPO**

Wird begrüßt.

#### **Artikel 136 Absatz 1bis VE-StPO**

Wird begrüßt, insbesondere dass nur Opfern und nicht allen Privatklägern dieses Recht gewährt wird. Unsere Mitglieder, die in Gerichtsfunktionen tätig sind, bestätigen, dass im Bereich der Privatklägerschaft viele querulatorische Strafanzeigen zu finden sind, mit welchen versucht wird, zivilrechtliche Auseinandersetzungen, nachbarschaftsrechtliche oder sonstige Feindschaften zu lösen.

#### **Art. 147 und 147a VE-StPO**

Juristinnen Schweiz begrüßt es, dass nun explizit Ausnahmen vom Teilnahmerecht statuiert werden. Allerdings ist die vorgeschlagene Regelung zu wenig klar und lässt zu grossen Interpretationsraum. Zudem wird zu wenig berücksichtigt, dass insbesondere bei der Befragung von Opfern von Gewalttaten die Teilnahme bei jeder Befragung eine grosse Belastung darstellt und die Qualität der Aussagen beeinflusst. Es liegt deshalb im Interesse der Ermittlung der materiellen Wahrheit, das Teilnahmerecht auf das Konfrontationsrecht zu beschränken, zumal auch der EGMR einzig die Konfrontation garantiert (vgl. BGer 6B\_764/2015 vom 06. Januar 2016 E 1.7.2 und 1.7.3).

Wir beantragen deshalb eine vollständige Streichung der Teilnahmerechte bei der Befragung von Opfern oder zumindest in jenen Fällen, in welchen eine Beeinflussung des Aussageverhaltens zu befürchten ist.

Vorschlag mit Eventualvorschlag kursiv:

Ergänzung Art. 147a Abs. 1 VE mit einem zweiten Satz: *Bei der Befragung von Opfern im Sinn von Art. 116 Abs. 1 StPO ist die Teilnahme ausgeschlossen.*

Mindestergänzung Art. 147a Abs. 1 VE: (...) oder ist zu befürchten, dass die einzuvernehmende Person durch die Anwesenheit der beschuldigten Person in ihrem Aussageverhalten beeinflusst wird (...).

Zudem verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu Art. 78a VE-StPO, wonach Opfer immer mit audiovisueller Aufzeichnung befragt werden sollten. Damit kann die beschuldigte Person vollumfänglich ihre Rechte durch nachträgliches Visionieren der Aufnahmen wahrnehmen.

### **Anwalt der ersten Stunde, Art. 158 StPO**

Im Evaluationsbericht zum OHG wird die Frage, ob auch Opfer sich von der „ersten Stunde“ an anwaltlich vertreten lassen dürfen, diskutiert (S. 59 ff.). Schliesslich verneinen die AutorInnen den Bedarf einer anwaltlichen Vertretung für Opfer vom Anfang der Untersuchungen an. Die Argumente überzeugen jedoch wenig und fussen offensichtlich nicht auf Praxiserfahrung. Interessanterweise befürworten nämlich nicht nur Opferberatungen und –vertretungen, sondern auch die von diesem Recht besonders betroffene Polizei eine sofortige anwaltliche Unterstützung (Bericht S. 59). Es entspricht denn auch der Erfahrung unserer Mitglieder, welche als Opferanwältinnen arbeiten, dass gerade stark traumatisierte Opfer sich bei der polizeilichen Einvernahme ohne anwaltliche Unterstützung dem ihnen unvertrauten Strafverfolgungssystem ausgeliefert fühlen. Gleichzeitig hängt der Entscheid, ob die Untersuchung weitergeführt wird oder nicht, ganz entscheidend von der Qualität der ersten polizeilichen Befragung ab. Begleitpersonen ohne juristische Ausbildung können gerade stark verunsicherten Opfern das Vertrauen in die Strafverfolgungsbehörden weniger gut vermitteln. Zudem suchen Opfer häufig bereits vor dem Gang zur Polizei rechtliche Beratung – was ihnen auch Fachleuten der Traumapsychologie empfehlen (vgl. Erdös, Handbuch, Kapitel 4.1). Es ist für sie unverständlich und stark verunsichernd, dass diese Beratungsperson sie dann nicht zur polizeilichen Beratung begleiten darf, wenn nicht auf ihre eigenen Kosten. Die Begründung im Evaluationsbericht, wonach es nicht um „Waffengleichheit“ gehen könne, suggeriert den vorurteilsbelasteten Generalverdacht, dass Anzeigen von Gewaltverbrechen in erster Linie dazu dienen, der angezeigten Person „eins auszuwischen“.

Vorschlag kursiv:

Ergänzung von Art. 117 Abs. 1 lit. b StPO

b. das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson (Art. 70 Abs. 2, 152 Abs. 2) *und eine Rechtsvertretung ab dem polizeilichen Vorverfahren (Art. 299 ff.);*

und/oder: Art. 152 Abs. 2 StPO

2 Das Opfer kann sich *ab dem Vorverfahren* bei allen Verfahrenshandlungen ausser von seinem Rechtsbeistand von einer Vertrauensperson begleiten lassen.

### **Artikel 301 Absatz 1bis VE-StPO**

Wird begrüsst.

### **Artikel 318 Abs. 1bis und 3 VE-StPO**

Diese Neuerung wird von uns begrüsst. Die Staatsanwaltschaft sollte aber nicht nur auf die Möglichkeit hinweisen, sich als Privatklägerschaft zu konstituieren, sondern auch auf den Zeitpunkt, bis zu welchem die Zivilklage spätestens zu beziffern ist. Der Zeitpunkt, in welchem auf diese Pflicht hingewiesen wird, erfolgt gemäss der heutigen Regelung sehr früh, so dass viele unvertretene Privatklägerinnen sich dessen im Moment des Abschlusses der Voruntersuchung nicht mehr bewusst sind.

Vorschlag kursiv:

1bis Sie teilt den ihr bekannten Opfern schriftlich mit, dass sie einen Strafbefehl erlassen, Anklage erheben oder das Verfahren durch Einstellung abschliessen will, und setzt ihnen eine Frist, innerhalb welcher sie sich als Privatklägerschaft konstituieren und Beweisanträge stellen können. *Gleichzeitig weist sie auf die Frist zur Bezifferung allfälliger Zivilforderungen hin.*

### **Artikel 353 Absatz 2 eStPO**

Wird begrüsst.

**Art. 8a Opferhilfegesetz**

Wird begrüßt.

Wir hoffen, dass die aus Opfersicht genannten wichtigen Punkte in die Gesetzesvorlage einfließen.

Freundliche Grüsse



Dr. Alice Reichmuth Pfammatter  
Präsidentin



Regula Kolar  
Geschäftsstellenleiterin

Schweizerische Eidgenossenschaft  
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

Winterthur, 6. März 2018

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

**Stellungnahme zur Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

**a.) Einleitung**

Kinderanwaltschaft Schweiz nimmt die Gelegenheit zur Stellungnahme wahr, sich im Rahmen des obengenannten Vernehmlassungsverfahren äussern zu können. Sie äussert sich in diesem Papier ausschliesslich zum Teil der Vernehmlassung bezüglich der Änderungen in Art. 3 Abs. 2 JStG, Abschnitt 2.2 des Berichts.

Kinderanwaltschaft Schweiz als unabhängiger, überkonfessioneller und parteipolitisch neutraler Verein bietet Kindern und Jugendlichen in allen sie betreffenden rechtlichen Verfahren unabhängige Hilfe und Unterstützung. Der Verein fördert und unterstützt auf Grundlage der UN-Kinderrechtskonvention und der Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz mit gezielten Massnahmen die Sensibilisierung und die Umsetzung einer kindgerechten Justiz in der Schweiz.

Kinderanwaltschaft Schweiz begrüsst das Ziel, die StPO praxistauglicher zu gestalten. Kritisch steht Kinderanwaltschaft Schweiz, als Vertreterin der Interessen der Kinder und Jugendlichen, jedoch dem folgenden Punkt gegenüber:

### b.) Änderung Art. 3 Abs. 2 JStG

Die Regelung des geltenden Rechts sieht vor, dass bei Tätern, die vor und nach Vollendung ihres 18. Altersjahres Straftaten begangen haben (sog. Übergangstäter), die gleichzeitig zu beurteilen sind, sowohl Massnahmen nach dem StGB als auch nach dem JStG angeordnet werden können. Diese Norm basiert auf dem Schutz- und Erziehungsgedanken, welcher bei jugendlichen Tätern massgebend ist. Taten vor und nach dem 18. Altersjahr werden zudem von einer Strafverfolgungsbehörde als Einheit beurteilt.

Gemäss dem erläuternden Bericht zur Änderung der geltenden Strafprozessordnung sollen Straftaten von Übergangstätern neu formell getrennt beurteilt und sanktioniert werden, da die Anordnung einer jugendstrafrechtlichen Massnahme gegenüber einem jungen Erwachsenen systemfremd und nicht angezeigt erscheine. Dieser Behauptung steht Kinderanwaltschaft Schweiz kritisch gegenüber. Gerade auch bei jungen Erwachsenen zwischen 18 und 25 Jahren ist der Erziehungsgedanke von grösster Bedeutung. Die reine Bestrafung darf nicht im Vordergrund stehen. Entwicklungspsychologisch ist hinlänglich bekannt, dass sich wichtige Gehirnareale, u.a. zur Impulskontrolle, bis zum 25. Altersjahr weiterentwickeln.<sup>1</sup> Schutz, Erziehung und Wiederintegration in die Gesellschaft sind das nachhaltige Ziel des Rechtssystems bei dieser Zielgruppe.

Dass der Erziehungsgedanke bei Ersttätern bis zum 25. Altersjahr auch bei Staatsanwaltschaften und Gerichten im Vordergrund stehen sollte, zeigt sich ebenso im Erwachsenenstrafrecht, wo Massnahmen für junge Erwachsene bis 25 Jahre nach Art. 61 StGB ergriffen werden können.

Weiter wird im Bericht zur Vernehmlassung das Argument aufgeführt, eine formelle Trennung der Verfahren würde sich aufdrängen, weil den Jugendstrafbehörden die Praxis im Erwachsenenstrafrecht fehle. Selbst wenn dies zutreffen würde, so sind aus Perspektive der betroffenen jungen Erwachsenen Verfahren bei einer Jugendstrafbehörde mit vielen Vorteilen verbunden. Dies insbesondere darum, weil Jugendstrafbehörden dem Schutz und der Erziehung von Jugendlichen verpflichtet sind und dieser Fokus auch bei jungen Erwach-

---

<sup>1</sup> „Die erste große Entwicklungsphase ist mit 24, 25 Jahren abgeschlossen, wenn der präfrontale Kortex, der wichtig für soziale Entscheidungsprozesse und die Ich-Entwicklung ist, als letzter Hirnteil seine erwachsene Form annimmt.“  
<http://www.zeit.de/zeit-wissen/2014/06/generation-zukunft-altersgruppen-unterschiede/seite-3>  
[https://www.focus.de/wissen/reifepruefung\\_aid\\_104681.html](https://www.focus.de/wissen/reifepruefung_aid_104681.html)

senen von grösster Bedeutung ist. Die aktuelle Rechtlage entspricht zudem dem Grundsatz der Einheit von Verfahren.

Durch die geplante Gesetzesänderung werden jedoch Jugendliche bzw. junge Erwachsene insoweit schlechter gestellt, als sie nicht mehr in sämtlichen Fällen von jugendstrafrechtlichen Massnahmen, welche die Erziehung des Jugendlichen in den Vordergrund stellen, profitieren können.

Des Weiteren würde gemäss Kinderanwaltschaft Schweiz die Gesetzesänderung zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen, da nicht klar ist, wie der Vollzug der separaten Urteile erfolgen soll. Insbesondere in Fällen, in welchen Jugendstrafbehörden Massnahmen zur Integration von Tätern in die Gesellschaft ergreifen, könnten zusätzliche Strafen des Erwachsenenstrafrechts torpedierend und zielverhindernd wirken.

Auch aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten erscheint es Kinderanwaltschaft Schweiz stossend, wenn für dieselbe Person gleichzeitig mehrere Strafverfolgungsbehörden involviert sind und mehrere Strafverfahren gleichzeitig geführt werden müssten.

### c.) Schlussfolgerungen

Kinderanwaltschaft Schweiz lehnt die vorgeschlagenen Änderungen von Art. 3 Abs. 2 JStG aus den folgenden Gründen ab:

- Jugendliche und junge Erwachsene würden durch die geplante Gesetzesänderung nicht mehr in sämtlichen Fällen vom Erziehungsgedanken des Jugendstrafrechts profitieren können. Dies steht im Widerspruch zum Grundsatz von Art. 2 JStG, der die Erziehung und den Schutz der Jugendlichen in den Vordergrund stellt.
- Entwicklungspsychologisch ist nachgewiesen, dass sich relevante Hirnareale für die Steuerung sozialer und emotionaler Aktivitäten sowie der Impulskontrolle bis zum 25. Altersjahr entwickeln. Diese Tatsache muss bei der Strafverfolgung beachtet werden.

- Die geplante Änderung wäre mit einer grossen Rechtsunsicherheit im Vollzug von Sanktionen verbunden, da sich Strafen und Massnahmen des Jugendstrafrechts nicht leicht mit denjenigen des Erwachsenenstrafrechts vereinen lassen.
- Eine formelle Trennung von jugendstrafrechtlichen Verfahren und Verfahren des Erwachsenenstrafrechts verletzt zudem den Grundsatz der Einheit von Verfahren und ist auch aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten abzulehnen. Es scheint nicht effizient, wenn sich zwei unterschiedliche Strafverfolgungsbehörde mit einem und demselben Täter befassen und mehrere separate Sanktionen vollzogen werden müssen.

Aus den dargelegten Gründen sollte gemäss Kinderanwaltschaft Schweiz auf die Revision von Art. 3 Abs. 2 JStG verzichtet werden und die geltende Fassung des ursprünglichen Artikels beibehalten werden.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung der eingebrochenen Anliegen.

Freundliche Grüße

Kinderanwaltschaft Schweiz

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "R. Méndez".

Rachel Méndez  
MLaw  
Leiterin Behörden und Gerichte



Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren  
Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police  
Conferenza delle diretrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia

Frau Bundesrätin  
Simonetta Sommaruga  
Vorsteherin des  
Eidgenössischen Justiz- und  
Polizeidepartement (EJPD)  
Bundeshaus  
3003 Bern

Bern, 05.02.2018  
09.02.02 brä

## **Vernehmlassungsantwort der KKJPD zur Vorlage des EJPD zur Umsetzung der Motion der Kommission für Rechtsfragen (14.3383) «Anpassung der Strafprozessordnung»**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Die KKJPD bedankt sich, im Rahmen des ordentlichen Vernehmlassungsverfahrens angehört zu werden. Sie nimmt zu den rubrizierten Vorentwürfen wie folgt Stellung:

### **1. Vorbemerkungen**

Die Strafverfolgung ist eine Kernaufgabe des Staates. Sie liegt gemäss der 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. Polizeihheit 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 laufen wir Gefahr, einer Zweiklassenjustiz Vorschub zu leisten, bei welcher nicht mehr die Suche der materiellen Wahrheit und ein rechtstaatliches Verfahren im Zentrum stehen, sondern die Frage, ob die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel (Budgets) ausreichen, einen Fall an die Hand zu nehmen. Eine solche Entwicklung gilt es bereits im Ansatz zu unterbinden. **Die KKJPD lehnt deshalb alle Änderungsvorschläge ab, welche zu einem personellen und/oder finanziellen Mehraufwand führen. Diese Haltung zeigt sich insbesondere in**

**den nachfolgenden Stellungnahmen zu den Themenkreisen der notwendigen und amtlichen Verteidigung (Art. 130 und 133 StPO), der Teilnahmerechte (Art. 147 StPO) sowie des Strafbefehlsverfahrens (Art. 352 f. StPO).**

Die KKJPD unterstreicht, 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 störend und einer effizienten Wahrheitsfindung entgegenstehenden Bestimmungen anzupassen. Eine weitergehende oder umfassende Revision, im Sinne einer Totalrevision, wie vereinzelt gefordert wird, lehnt die KKJPD klar ab. **Alles, was einer raschen Anpassung der Strafprozessordnung entgegensteht, wird von der KKJPD zurückgewiesen. 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. Diese Haltung entspricht nicht derjenigen der KKJPD. 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 so-dann zu vertreten – im Interesse letztlich allein der Bürgerinnen und Bürger. Die KKJPD beurteilt deshalb die Botschaft in mancher Hinsicht als fast schon tendenziös.

Gleichzeitig kann die KKJPD 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 VStPO**. Erfreulich ist dabei, dass von einer nachträglichen vollständigen Verschriftlung 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.
- In Bezug auf **Art. 221 Abs. 1 Bst. c VStPO** (Wiederholungsgefahr als Haftgrund) ist es richtig, entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Vortaterfordernis auf **eine** Straftat zu beschränken, sofern es sich dabei um ein Verbrechen oder ein schweres Vergehen handelt.
- Betreffend **Art. 222 Abs. 2 VStPO** begrüßt die KKJPD, 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).

Sie bedankt sich dabei bei den Verantwortlichen des Bundesamts für Justiz (BJ). Nachfolgend werden nun diejenigen Themen aufgelistet, bei welchen die KKJPD substantielle Änderungen fordert. Dies sind die Revisionspostulate der KKJPD.

Im 3. Abschnitt werden einige ausschliesslich technische Mängel der Vorlage aufgezeigt, die es nach Meinung der KKJPD zu verbessern gilt.

## **2. Revisionspostulate der KKJPD**

### **2.1 Verteidigung**

#### **2.1.1 Art. 130 Bst. d (Notwendige Verteidigung)**

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

#### **2.1.2 Art. 131 Abs. 2 VESTPO (Zeitpunkt, ab welchem eine notwendige Verteidigung beste-hen 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 nach Auffassung der KKJPD das Ziel einer «technischen Gesetzesrevision». Eine diesbezügliche Präzisierung von **Art. 309** wird gefordert.

#### **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 anderseits entgegen der Auffassung KKJPD 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 Bun-desgericht hat diese Frage offen gelassen (BGE 141 IV 289 E. 2.4). Der Vernehmlassungsentwurf entscheidet sich für die absolute Unverwertbarkeit des mängelbehafteten Beweismittels. Dieser wei-tere Schritt weg von einer Suche nach der materiellen Wahrheit zu einer bloss formellen Wahrheit wird von der KKJPD klar abgelehnt. Die Unklarheit zwischen den Gesetzestexten ist zugunsten der bisherigen deutsch/italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer **relativen** Unverwertbar-keit aufzulösen. Der Richter soll weiterhin eine Güterabwägung machen können. Es darf keine auto-matische Ungültigkeit eintreten. Entgegen dem Vernehmlassungsentwurf darf deshalb nach Ansicht der KKJPD die Rechtsfolge „nur“ die Ungültigkeit sein. Der Umstand, dass eine Mehrheit der Lehr-meinungen 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 ignoriert, 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. Die KKJPD geht davon aus, dass Lösungen, wie sie beispielsweise der Kanton Zürich kennt, weiterhin möglich sind.

Verfehlt erscheint der KKJPD hingegen, dass bei der Benennung des amtlichen Verteidigers nicht nur den Wünschen des Beschuldigten Rechnung zu tragen ist, sondern 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. Diese Regelung ist zu streichen.

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

Hier handelt es sich neben dem Strafbefehlsverfahren um den zentralsten Punkt der aktuellen StPO-Revision. Die Ausgestaltung der Teilnahmerechte der Parteien stellt in der Praxis eine der wichtigsten Bestimmungen für die Untersuchungsführung dar. Die KKJPD begrüßt, dass auch das 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 die KKJPD, dass die Teilnahmerechte klar definiert, einfach ausgestaltet und effizient umsetzbar sind.

**Die KKJPD bekennt sich zu den grundlegenden Standards, welche die EMRK im Verfahrensrecht festlegt. Diese sind für einen Rechtsstaat wie die Schweiz von zentraler Bedeutung. Sie lehnt jedoch den im Vorentwurf vorgeschlagenen und über diese Standards hinausgehenden «Swiss-Finish» ab. Dieser verkompliziert die Verfahren unnötigerweise, verteuerst sie und führt zu längeren Verfahrensdauern. Zudem gibt es aus rechtlicher Sicht keinen Grund, über den von der EMRK festgelegten Standard hinaus zu legiferieren.**

Die KKJPD 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.

## 2.3 Strafbefehlsverfahren (Art. 352)

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 der KKJPD eindeutig 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 Beschuldigten in der überwiegenden Mehrheit der Fälle ein grosses Interesse an einer raschen, unkomplizierten und kostengünstigen Erledigung der Strafuntersuchung haben. Mit dem einfach ausgestalteten Einspracheverfahren ist darüber hinaus auch eine rechtstaatliche Überprüfung des Entscheides durch ein unabhängiges Gericht ohne weiteres möglich. Eine Änderung an der heutigen Ausgangslage führt deshalb unweigerlich zu erheblichen Mehrkosten für die Kantone ohne einen rechtsstaatlichen Zugewinn. Die KKJPD lehnt die vorgeschlagenen Änderungen klar ab.

Erfreulich und zu begrüssen ist aus Sicht der KKJPD jedoch, dass die Strafbefehlskompetenz nicht reduziert werden soll.

Demgegenüber lehnt die KKJPD den Vorschlag in Art. 352 Abs. 1<sup>bis</sup> des vorliegenden Entwurfes ab, wonach das Strafbefehlsverfahren mit Freiheitsstrafe von über 4 Monaten oder Geldstrafe von mehr als 120 Tagesätzen zwingend ausgeschlossen ist, wenn sich ein Opfer als Privatkläger am Verfahren beteiligt. Ob ein Verfahren mit Strafbefehl abgeschlossen werden kann, darf nicht davon abhängen, ob es sich um ein Delikt mit Opfern handelt. Zudem kann es sein, dass die das Opfer betreffenden Tatvorwürfe nur einen (geringen) Teil der abzuurteilenden Delikte betreffen. Im Übrigen wünschen es Opfer oft nicht, dass ihr Fall in der Öffentlichkeit verhandelt wird.

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

Die KKJPD 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)**

Die KKJPD 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. 1ter (differenzierte Einsprachefrist)**

Art. 354 Abs. 1<sup>ter</sup> 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.

Die KKJPD lehnt diesen Vorschlag ab. Aus Sicht der KKJPD 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.

## **2.4 Opferrechte**

Opferrechte sind zweifelsohne wichtig. Die aber in der vorliegenden Vorlage vorgenommene Vermischung der Teilnahmerechte mit den Mitwirkungsrechten der Opfer ist nach Ansicht der KKJPD dogmatisch falsch und nicht zielführend. Die KKJPD vermisst in der Vorlage eine umfassende Auslegeordnung zur Frage der Opferrechte, welche über die strafprozessualen Fragen hinausgeht. Anpassungen in diesem wichtigen und sensiblen Bericht dürfen nicht ohne Einbezug der materiellen Regelungen im Opferhilfegesetz erfolgen.

Ohne eine transparente Auslegeordnung steht die KKJPD einer Änderung der Opferrechte, wie sie teilweise vorgeschlagen wird, ablehnend gegenüber. Das Strafverfahren dient in erster Linie der Suche nach der materiellen Wahrheit mittels eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens. Dass die Beschuldigten dabei im Zentrum des Verfahrens stehen, liegt in der Natur der Sache. Die aktuellen Bestimmungen zu den geschädigten Personen und Opfern innerhalb der StPO erscheinen der KKJPD als sinnvoll. Zusätzliche Bestimmungen führen zu einer Verkomplizierung und dadurch zu einer Verlangsamung sowie Verteuerung der Verfahren. Diese Konsequenz ist sicherlich nicht im Sinne der Opfer. Der Vernehmlassungsentwurf übernimmt in diesem Punkt einseitig eine nicht breit

abgestützte Forderung aus der Opferhilfeevaluation, was die KKJPD nachdrücklich missbilligt. Es geht dabei zudem vergessen, dass die Gesamtheit der für sich jeweils geringfügigen Verbesserungen der prozessualen Rechte der Opfer bei den Behörden immer viel Aufwand auslöst.

## 2.5 Weitere Revisionspunkte

### 2.5.1 Art. 118<sup>bis</sup> (für Verfahren mit sehr grosser Zahl von Privatklägern)

Die KKJPD fordert, eine Lösung zu suchen für Verfahren mit einer sehr grossen Anzahl von Privatklägern (mehrere Hundert), um dem enormen Aufwand und vor allem dem grossen Zeitverlust aus dem Umgang mit derart vielen Privatklägern zu begegnen. Für die KKJPD 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.

### 2.5.2 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 Aufrechthaltung 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 innerst 48 Stunden entscheiden. Dafür ist das grundsätzlich schriftliche Verfahren vor 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). Die KKJPD widersetzt sich einer Regelung, welche über die Anforderungen der EMRK hinausgeht. Eine solche führte unnötigerweise zu zusätzlichen Kosten.

### 2.5.3 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, 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 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 beschlagahmt 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 fordert die KKJPD eine Anpassung der Bestimmung zur Siegelung.

#### **2.5.4 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 klaren Abnahme der Aufklärungsquote. Art. 255 StPO ist deshalb nach Meinung der KKJPD 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».

#### **2.5.5 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<sup>bis</sup> StGB fehlen in der gesetzlichen Aufzählung. Der Deliktskatalog muss nach Meinung der KKJPD zwingend dahingehend erweitert werden. Diese Erweiterung ist insbesondere wirkungsvoll bei der Bekämpfung der schweren Kriminalität (kriminelle Organisationen, Terrorismus).

#### **2.5.6 Art. 303a (Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikten)**

Die KKJPD 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 Berungsgerichts 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 (unnötige) Unklarheit: Wiedersetzt 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 sagen: „In diesem Fall entscheidet die Staatsanwaltschaft.“

Wir bitten Sie, unsere Überlegungen bei der Erarbeitung der definitiven Botschaft zu berücksichtigen, und danken Ihnen dafür bestens.

Freundliche Grüsse



Hans-Jürg Käser  
Präsident KKJPD



Roger Schneeberger  
Generalsekretär KKJPD

Kopie z.K.:

- Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren der Kantone
- Sekretariat Strafrechtskommission der KKJPD



Sylvie Bula  
Présidente  
p.a. Service pénitentiaire  
Chemin de l'Islettaz  
Bâtiment A  
1305 Penthalaz

*transmission par courriel*  
Département fédéral de justice et police  
Office fédéral de la justice  
Madame Annemarie Gasser  
[annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Penthalaz, le 12 mars 2018

### **Mise en consultation de la modification du code de procédure pénale (CPP)**

Madame,

Je vous remercie d'avoir soumis en consultation la modification du Code de procédure pénale (CPP) à la Conférence de chefs des services pénitentiaires cantonaux. Après réalisation d'un sondage auprès de nos membres, nous sommes en mesure de nous déterminer comme suit concernant les articles ayant directement un impact sur le domaine pénitentiaire :

#### **1. Article 236 alinéa 1 du projet de CPP :**

La clarification amenée par la nouvelle formulation de l'article 236 alinéa 1 est majoritairement saluée, en ce sens qu'elle permet de garantir une interprétation uniforme des conditions d'accès au régime de l'exécution anticipée d'une peine privative de liberté ou d'une mesure.

Il sied de préciser que dès que le prévenu intègre un régime ordinaire d'exécution de la sanction, les règles usuelles dudit régime s'appliquent (notamment accès au travail, ainsi qu'accès libre au téléphone et aux visites). Les établissements d'exécution sont conçus et organisés de manière à mettre en œuvre un régime ordinaire et ne peuvent pas pratiquer des restrictions particulières dans la prise en charge si ces règles s'avéraient en contradiction avec les buts de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté, tel que le mentionne l'article 236 al. 4. Par conséquent, dans pareille situation, l'exécution anticipée d'une peine privative de liberté ou d'une mesure ne devrait pas être prononcée. Afin d'éviter toute incohérence dans ces dispositions, il conviendrait de supprimer la fin de l'alinéa 4, soit « *sauf si le but de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté s'y oppose* ».

En outre, en conditionnant l'accès au régime de l'exécution anticipée d'une sanction à la disponibilité d'une place de détention dans un régime ordinaire, il s'agira de rester attentif à ce que les cantons disposent de suffisamment de places, tant dans les régimes de détention provisoire que d'exécution des sanctions, et que l'accès à ce régime ne soit pas bloqué pour des raisons infrastructurelles.

## 2. Article 364a du projet de CPP :

Les membres de notre conférence ont également salué à une large majorité l'introduction de l'article 364a prévoyant la possibilité d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté en vue d'une décision judiciaire ultérieure. Plusieurs cantons disposent déjà de dispositions similaires dans leur législation cantonale et cette nouvelle disposition permettra une harmonisation au plan fédéral.

Ce nouvel article offrira ainsi la possibilité aux autorités d'exécution des sanctions pénales de réagir rapidement en cas d'urgence et de prendre ainsi les mesures qui s'imposent pour préserver la sécurité publique.

Toutefois, la mise en œuvre de pareille disposition n'est pas sans conséquence pour l'organisation des cantons qui devront ainsi disposer des moyens permettant une action rapide (par exemple au travers d'un service de piquet), ainsi que la réalisation des démarches de confirmation de la détention auprès du Tribunal des mesures de contraintes. Cela devra se traduire, dans certains cantons, par l'obtention de ressources supplémentaires, sous peine de ne pouvoir garantir l'application de cet article.

En outre, pour les cantons disposant d'un juge d'application des peines, il s'agira de préciser le champ des compétences de l'autorité administrative, en ce sens qu'elle disposera, par cet article, de compétences qui s'apparentent à celles de l'autorité judiciaire.

En restant à votre disposition pour toute question complémentaire, je vous prie de croire, Madame, à l'expression de mes sentiments distingués.

  
Sylvie Bula  
Présidente



Generalsekretariat  
Haus der Kantone  
Speichergasse 6  
3011 Bern

EJPD  
Bundesamt für Justiz

**Per Mail:**  
[annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Bern, 23. Januar 2017

## **Vernehmlassung des Bundes: Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383 RK-S)**

### **Stellungnahme der Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten (KKPKS)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Nachfolgend finden Sie unsere Anmerkungen und Änderungsvorschläge.

#### **I. Grundsätzliches**

Die KKPKS begrüßt die Revision der Strafprozessordnung, zumal die Erfahrung aus der Praxis gezeigt hat, dass die StPO in ihrer heutigen Fassung klare Mängel aufweist und die Ermittlungsarbeiten der Strafverfolgungsbehörden auf der Suche nach der materiellen Wahrheit teilweise massiv erschwert. Insbesondere das zu extensiv ausgestaltete Teilnahmerecht der Mitbeschuldigten, aber auch der zu ungenau verfasste Artikel in Bezug auf die Abnahme von WSA bei Beschuldigten stellt die Strafverfolgungsbehörden immer wieder vor erhebliche Probleme.

Es ist uns ein grosses Anliegen, dass das Strafverfahren für alle Beteiligten unter klaren und fairen Bedingungen erfolgt und insbesondere die Anforderungen der EMRK eingehalten werden. Den Beschuldigtenrechten ist jedoch nicht mehr Gewicht zuzumessen als erforderlich, ansonsten schadet dies der Ermittlungsarbeit massiv, und das Ziel der StPO - nämlich die Durchsetzung des materiellen Rechts und mithin die Stärkung der objektiven Sicherheit - wird untergraben.

Neben dem Anliegen, die Rechte der Beschuldigten rechtsstaatlich korrekt einzudämmen, gilt es auch die Opferrechte massvoll auszubauen. Sofern die Revisionspunkte die Stellung der Opfer nur marginal verbessern, für die Strafverfolgungsbehörden jedoch eine Verkompli-

zierung und einen weiteren Mehraufwand bedeuten, steht die KKP KS den Änderungen ablehnend gegenüber.

Generell ist bei der Revision der StPO darauf zu achten, dass keine zusätzlichen Kosten ausgelöst und die Verfahren nicht unnötig verlängert werden (z.B. Verschriftung von Einvernahmen bei Vorliegen von Ton- und Bildaufnahmen). Die StPO soll ein griffiges Werkzeug darstellen, um das Strafverfahren fair, straff, effizient und auch kostengünstig durchführen zu können. Andernfalls laufen wir Gefahr, einer Zweiklassenjustiz Vorschub zu leisten, bei welcher nicht mehr die Suche der materiellen Wahrheit und ein rechtstaatliches Verfahren im Zentrum stehen, sondern die Frage, ob die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel (Budgets) ausreichen, einen Fall an die Hand zu nehmen.

## II. Anträge und Bemerkungen

### 2.1 Strafprozessordnung

Die folgenden Ausführungen umfassen einerseits Vorschläge für neue Bestimmungen sowie zur Anpassung oder Ergänzung bestehender Bestimmungen der StPO, welche nicht Gegenstand des Revisionsentwurfs gemäss Bundesrat sind. Andererseits sind Forderungen und Bemerkungen zu den konkreten Revisionsvorschlägen des Bundesrats enthalten.

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

Keine Bemerkungen.

#### **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 zum Vorteil, dass auch im Vorverfahren Aufzeichnungen erfolgen können. In Ausnahmefällen wird dies auch schon heute gemacht. 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 verschriften.

#### **Art. 82 Abs. 1 Bst. b Begründungspflicht**

Einverstanden. Urteile, in denen eine Behandlung nach Art. 59 StGB angeordnet wird, sollen immer begründet sein.

#### **Art. 88 Abs. 4 Öffentliche Bekanntmachung**

Einverstanden. Für Strafbefehle, die nicht zugestellt werden können, sollen die gleichen Regeln der Veröffentlichung gelten wie für Urteile oder andere Entscheide.

#### **Art. 118bis Verfahren mit sehr grosser Zahl von Privatklägern (NEU)**

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 Geltend machen 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.

#### **Art. 123 Zeitpunkt der Bezifferung und Begründung der Zivilklage**

Befürchtet wird, 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.).

#### **Art. 126 Abs. 2 Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren**

Die zur vorgeschlagenen Änderung in Art. 123 StPO gemachten Bemerkungen gelten auch hier: Wiederum dürfte sich ein erheblicher Mehraufwand für die Polizei ergeben.

#### **Art. 131 Abs. 3 Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung**

Nicht einverstanden. Die Frage, ob die Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung dazu führen, dass die Einvernahme ungültig wird oder nicht verwertbar, ist ein rechtspolitischer Entscheid, nämlich derjenige zwischen absoluter Unverwertbarkeit oder relativer Unverwertbarkeit mängelbehafteter Beweismittel. Diese Unklarheit zwischen den Gesetzestexten muss nach Ansicht der KKPKS 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 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. Es darf doch davon ausgegangen werden, dass die prozessbeteiligten Verteidigungen und die jeweiligen Verfahrensleitungen ihre - ihnen vom Strafprozessrecht zugesetzte - 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.

#### **Art. 141 Abs. 4 Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise**

Einverstanden. Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots auch für Abs. 1 von Art. 141 StPO

#### **Art. 147 und Art. 147a Teilnahmerechte der Parteien, Ausnahmen vom Teilnahmerecht der Parteien**

Begrüßt wird, dass das Bedürfnis der Strafverfolgungsbehörden nach Einschränkung des Teilnahmerechts gehört worden ist. Hinsichtlich der materiellen Wahrheitsfindung vertritt die KKPKS jedoch nach wie vor die Meinung, dass die Teilnahmerechte auf das Niveau der Garantie des Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK festzulegen sind. Danach hat der Beschuldigte das Recht, wenigstens einmal im Verfahren an Belastungszeugen (auch Mitbeschuldigte) Fragen zu stellen. Der vom BJ geäusserten Ansicht, die EMRK Regelung sei zu stark zu Gunsten der Strafverfolgungsbehörden ausgefallen, kann nicht gefolgt werden. Entsprechend ist die KKPKS der Ansicht, dass generell auf ein Teilnahmerecht des Beschuldigten (analog Art. 101 Abs. 1 StPO) vor dessen erster staatsanwaltlichen Einvernahme zu verzichten ist. Für eine solche Einschränkung spricht auch die Kohärenz mit der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts.

Ausdrücklich begrüßt wird, dass der Ausschluss auch für die Verteidigung gilt.

#### **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 im Interesse des 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 rechtstaatlicher Sicht allerdings problematisch ist. Entsprechend drängt sich hier eine Bereinigung auf.

#### **Art. 211 Internetfahndung**

Die KKPKS fordert eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Internetfahndungen nach der Empfehlung der SSK.

#### **Art. 221 Voraussetzungen für Untersuchungshaft**

Einverstanden mit Beschränkung des Vortaterfordernisses auf eine Straftat, sofern es sich dabei um ein Verbrechen oder schweres Vergehen handelt. Einverstanden auch mit der reaktionellen Anpassung, wonach "schwer" sich auf Vergehen bezieht (BGE 137 IV 84).

#### **Art. 222 Abs. 2 Rechtsmittel gegen Haftentscheide des ZMG**

Einverstanden. Gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach gegen Entscheide des ZMG über die Untersuchungs- und Sicherheitshaft, auch die Staatsanwaltschaft - und nicht nur die beschuldigte Person - Beschwerde führen kann.

#### **Art. 248 Abs. 1, 2 und 3 Siegelung**

Einverstanden. Zu prüfen ist, ob die materiellen Voraussetzungen zur Geltendmachung einer Siegelung einzuschränken sind.

#### **Art. 255 DNA-Analysen – Voraussetzungen im Allgemeinen**

Aus Sicht der KKPKS stellen die rudimentären gesetzlichen Grundlagen zu Erkennungsdienstlichen Erfassung sowie der Abnahme einer WSA bzw. Auswertung eines DNA-Profil

ein gravierenderes 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 war jedoch nie die Rede davon, den damaligen Status Quo (gemäss den kant. StPO, DNA-Profilgesetz sowie 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 es 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 141IV 87, E. 3.2 und 3.3; Lienhard et al., Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Jahren 2015 und 2016, ZBJV 2016, S.718).

Damit bestätigt sich leider die von VOSER bereits 2008 geäusserte Befürchtung, dass die rudimentäre gesetzliche Regelung zu einer einschränkenden Auslegung führen könnte (vgl. VOSER, Polizeiliche Ermittlung, VSCK-Handbuch, Zürich 2008, S. 371).

Die aus Sicht der Strafverfolgung absolut 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 (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.

Aus diesem Grund fordert die KKPKS mit Nachdruck die Revision von Art. 255 StPO. 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." Die heutige untragbare Praxis wird ansonsten unweigerlich eine signifikante Abnahme der Aufklärungsquote nach sich ziehen.

Ein weiteres Anliegen der KKPKS ist die 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 wiederum selbst anordnen können. Weigert sich die betroffene Person, kann sodann die Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft vorbehalten bleiben.

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

### **Art. 286 Abs. 2 Bst. a Verdeckte Ermittlung – Voraussetzungen**

Einverstanden mit der 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 mit weiteren Artikeln zu ergänzen. Aufzunehmen ist die AQ/IS-Strafnorm (als Übergangsbestimmung bis Art. 260<sup>sexies</sup> StGB in Kraft tritt). Auch fallen Art. 220 StGB (Entziehen von Minderjährigen) und Art. 143<sup>bis</sup> StGB (Datenhacking) 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.

### **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 (NEU)**

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 weiter zu fassen (Verzicht auf Eingrenzung auf BetmG).

**Art. 301 Strafanzeige, Kopie einer mündlich eingereichten Strafanzeige für das Opfer**  
Aus Sicht der KKPKS besteht hier kein Revisionsbedarf.

**Art. 318 Abs. 1<sup>bis</sup> 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 erscheinen als genügend. Zusätzliche Regelungen führen zu einer Verkomplizierung und dadurch einer Verlangsamung sowie Verteuerung der Verfahren, was sicherlich nicht im Sinne der Opfer sein kann.

**Art. 353 Abs. 2 Beurteilung von Zivilforderungen im Strafbefehl**

Einverstanden: Die Möglichkeit, Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren zu beurteilen, ist im Interesse einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise (d.h. unter Berücksichtigung der Ziviljustiz) und im berechtigten Interesse der Strafkläger und letztlich des Rechtsfriedens zu begrüssen. Für die Zusammenstellung der Forderungen wird jedoch eine Mehrbelastung bei der Polizei erwartet (vgl. Art. 123 und Art. 126). Begrüßt wird deshalb die vorgeschlagene betragsmässige Begrenzung für ausgewiesene Zivilforderungen.

**Art. 354 Abs. 1-ter 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 die KKPKS klar ablehnt. Vor allem im Umgang mit ausländischen Straftätern ohne Aufenthaltstitel (Kriminaltouristen) ist eine möglichst rasche Rechtskraft wichtig, damit diese umgehend ausgeschafft werden können.

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

Einverstanden. 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.

## 2.2 Änderungen im Jugendstrafgesetz

Keine Bemerkungen.

## 2.3 Jugendstrafprozessordnung

Keine Bemerkungen.

## 2.4 Bundesgerichtsgesetz

Keine Bemerkungen.

## 2.5 Strafbehördenorganisationsgesetz

Keine Bemerkungen.

## 2.6 Opferhilfegesetz

### **Art. 8a Befreiung der Entschädigungs-/Genugtuungsbehörden von einer Anzeigepflicht**

Wir verweisen auf unsere eingangs gemachten grundlegenden Anmerkungen zur Frage der Stellung des Opfers im Verfahren.

## 2.7 Rechtshilfegesetz (IRSG)

Keine Bemerkungen.

Die KKP KS dankt für die Berücksichtigung ihrer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Der Präsident



Dr. Stefan Blättler

Verteiler

- Mitglieder KKP KS

# OBERGERICHT DES KANTONS SCHAFFHAUSEN

Frauengasse 17 8200 Schaffhausen 052 632 74 22 justiz.sh.ch



Eidgenössisches Justiz-  
und Polizeidepartement EJPD  
3003 Bern

Schaffhausen, 12. März 2018

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 1. Dezember 2017 haben Sie in dieser Angelegenheit das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. Angesichts der Bedeutung der Sache für die Gerichte reichen wir Ihnen hiermit eine eigene Stellungnahme ein. Soweit wir uns im Folgenden nicht äussern, haben wir keine speziellen Bemerkungen zu den Änderungsvorschlägen.

### **Allgemeines**

Nach Ihrem Einladungsschreiben soll die StPO nur punktuelle Änderungen einzelner Bestimmungen erfahren, deren Anwendung in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen führt. Entsprechend diesem Grundanliegen ist Zurückhaltung geboten bei der Umsetzung weitergehender Empfehlungen (etwa aufgrund der Evaluation des OHG) oder bei der Berücksichtigung allgemeiner Kritik aus der Lehre zu Bestimmungen, deren Anwendung bisher keine Schwierigkeiten geboten hat.

### **Art. 82 StPO**

Gegen die vorgeschlagene Änderung von Art. 82 Abs. 1 lit. b StPO ist nichts einzuwenden. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen drängt sich aber 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, und zwar in einer Ausführlichkeit, die im Fall einer Beschwerde vor Bundesgericht bestehen kann. 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 zunächst zu *verzichten*, ist daher nicht nur den erstinstanzlichen, sondern auch den oberen kantonalen Gerichten zuzugestehen. Eine entsprechende kantonale Regelung vor Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung hatte zu keinen Problemen geführt.

### **Art. 123 Abs. 2 StPO**

Die Zielrichtung, dass die Zivilklage früher beziffert und begründet werden soll, ist richtig. 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 Nover) 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 Nover 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**

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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. 131 Abs. 2 StPO**

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 StPO**

Mit der vorgeschlagenen Regelung wird ohne Not in die Organisationsautonomie der Kantone eingegriffen; sie ist abzulehnen. Der Umstand, dass "einzelne" (grössere) Kantone

Vorschriften in diesem Sinn kennen mögen (vgl. erläuternden Bericht, S. 22 f., Ziff. 2.1.15), rechtfertigt es 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 als nicht praktikabel, insbesondere zur Bestimmung des "Anwalts der ersten Stunde", etwa im Hinblick auf eine rasche erste Einvernahme zur Vermeidung von Beweisverlusten. 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. 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 zweiter Satz StPO**

Diese Ergänzung ist abzulehnen. Dem System der amtlichen Verteidigung ist immanent, dass die Entschädigung je nach anwendbarem (kantonalen) Anwaltstarif tiefer sein kann als bei privater (gewillkürter) Verteidigung. Im erläuternden Bericht (S. 24, Ziff. 2.1.16) wird zu Art. 135 Abs. 4 StPO zutreffend darauf hingewiesen, dass die amtliche Verteidigung ein öffentlichrechtliches Verhältnis zwischen Verteidigung und Staat begründet und ihre Entschädigung (allenfalls abweichend vom Tarif für gewillkürte Verteidigung) nach einem festen Ansatz oder unabhängig vom Verfahrensausgang bemessen werden kann. Wieso das bei einem Freispruch oder einer Einstellung anders sein sollte und wieso die Höhe der Entschädigung entgegen der erwähnten allgemeinen und richtigen Feststellung dennoch davon abhängen soll, ob es zum Schulterspruch kommt oder nicht, ist unerfindlich. Das widerspricht im Ergebnis dem (gerechtfertigten) Vorschlag, Art. 135 Abs. 4 StPO aufzuheben, und greift zu Unrecht in die Tarifautonomie der Kantone ein. Es wäre auch mit Mehrkosten für die Kantone verbunden.

#### **Art. 136 Abs. 1<sup>bis</sup> StPO**

Dieser Vorschlag ist abzulehnen. 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, Fn. 28 und 30) 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 *öffentlichrechtlichen Staatshaftungsansprüchen*, die im Strafverfahren nicht adhäsionsweise durchgesetzt werden können).

#### **Art. 137 StPO**

Wir schlagen *zusätzlich* 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 lit. b StPO**

Diese Regelung erscheint jedenfalls in ihrer allgemeinen Formulierung als heikel. 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. 147a StPO**

Der Vorschlag, die Teilnahmerechte der beschuldigten Person einzuschränken, geht in die richtige Richtung. Die Regelung erscheint jedoch als zu offen und unklar; sie sollte nochmals genauer angeschaut werden. 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. Das sollte möglichst verhindert werden.

#### **Art. 228a StPO**

Soweit es die Staatsanwaltschaft betrifft, handelt es sich bei der vorgeschlagenen Regelung im Wesentlichen um den Nachvollzug der bundesgerichtlichen Praxis. Hier erscheint die Frist von drei Stunden zur Einreichung einer schriftlich begründeten Beschwerde – noch ohne Kenntnis der schriftlichen Begründung des angefochtenen Entscheids – als zu knapp

bemessen. *Abzulehnen* ist auf jeden Fall die Neuregelung des *Beschwerdeverfahrens* durch Verweis auf Art. 225 und 226 StPO. Während heute zunächst nur unverzüglich über eine allfällige vorsorgliche Haftanordnung zu entscheiden ist (Art. 388 lit. b StPO) und hierfür ein Pikett 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 den Kanton Schaffhausen schlicht nicht machbar. Art. 228a Abs. 4 StPO würde somit erhebliche neue Schwierigkeiten bei der Anwendung der Strafprozessordnung schaffen. Die Bestimmung widerspricht somit dem Grundanliegen der Revision; es ist darauf zu verzichten. Das Beschwerdeverfahren soll weiterhin den allgemeinen Verfahrensregeln unterliegen, unter Berücksichtigung des generellen Beschleunigungsgebots für Haftsachen (Art. 5 Abs. 2 StPO).

#### **Art. 231–233 StPO**

Der Einbezug der Beschwerdeinstanz bzw. von 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 oben zu Art. 228a StPO).

#### **Art. 352 StPO**

Die Einschränkung des Strafbefehlsverfahrens gemäss dem vorgeschlagenen Art. 352 Abs. 1<sup>bis</sup> StPO ist abzulehnen. Im erläuternden Bericht (S. 40, Ziff. 2.1.48) wird dazu erklärt, "offenbar" sei es Opfern von Straftaten "für die persönliche Verarbeitung des Geschehenen" ein Anliegen, dass Straftaten von einem Gericht beurteilt würden. Das ist zwar zu einem gewissen Grad verständlich; die Strafprozessordnung kann aber nicht gleichsam auf ihre therapeutische Wirkung für die Betroffenen ausgerichtet werden. Zudem ist fraglich, ob Opfer tatsächlich stets eine Gerichtsverhandlung wünschen, in der sie oft nochmals einvernommen werden (müssen). Auch im Bericht (S. 41, Ziff. 2.1.48) wird eingeräumt, dass

es Opfer gibt, die kein Interesse an einer öffentlichen Verhandlung oder erneuten Einvernahme haben. Das deckt sich auch mit unseren Erfahrungen. In dieser Situation drängt sich die vorgeschlagene Regelung keineswegs auf. Dass Art. 352 Abs. 3 StPO für diese Fälle eine Grenze von drei Monaten vorsieht, während in Abs. 1<sup>bis</sup> eine Grenze von vier Monaten vorgesehen ist, dürfte im Übrigen ein redaktionelles Versehen sein. Die Differenzierung ist jedenfalls nicht nachvollziehbar.

#### **Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4 StPO**

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 ff., insbesondere Art. 361 StPO**

Beim *abgekürzten Verfahren* schlagen wir *zusätzlich 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<sup>bis</sup> lit. a StPO bezüglich der Zweiteilung der Hauptverhandlung). Damit kann im Einzelfall vermieden werden, dass auch in klaren Fällen zunächst die Hauptverhandlung durchgeführt werden muss und das Verfahren unnötig verzögert wird.

#### **Art. 364 Abs. 5 StPO**

Auf diese Änderung ist zu verzichten. 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). Für diese Fälle ist die vorgeschlagene Regelung offensichtlich nicht geeignet.

#### **Art. 364b StPO**

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 unnötige und ungerechtfertigte Komplizierung. Er widerspricht dem Grundsatz der Revision, (nur)

praktische Schwierigkeiten zu eliminieren (vgl. auch oben zu Art. 228a und Art. 231–233 StPO). Die vorgeschlagene Regelung (insbesondere Abs. 2) ist entsprechend anzupassen.

#### **Art. 365 Abs. 3 StPO**

Diese Regelung ist abzulehnen. 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 einer Minderheit), d.h. nicht aus spezifischen Praxisüberlegungen, 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 StPO**

Die vorgeschlagene Regelung ist abzulehnen (vgl. oben zu Art. 365 Abs. 3 StPO).

#### **Art. 389 Abs. 3 StPO**

Wir schlagen *zusätzlich* eine Änderung dieser Bestimmung vor. Aufgabe der Rechtsmittelinstanz ist im Strafrecht wie in allen Rechtsbereichen die Überprüfung der Rechtsanwendung und der 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 sollten 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. Art. 389 StPO wäre entsprechend zu präzisieren.

#### **Art. 398 Abs. 1 StPO**

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 StPO**

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 oben zu Art. 228a und Art. 231–233 StPO).

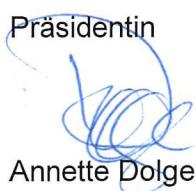
#### **Art. 80 Abs. 2 dritter Satz BGG**

Die *ersatzlose* Aufhebung dieser Bestimmung ist problematisch. Es gibt auch *system-immanente* 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).

Freundliche Grüsse

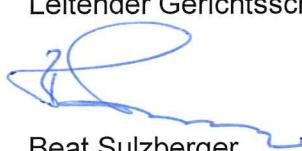
OBERGERICHT DES KANTONS SCHAFFHAUSEN

Präsidentin



Annette Dolge

Leitender Gerichtsschreiber



Beat Sulzberger



Geht auch an annemarie.gasser@bj.admin.ch

Kopie an Kantonsgesetz Schaffhausen

Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen

Amt für Justiz und Gemeinden des Kantons Schaffhausen

**ORDRE DES AVOCATS  
DE GENÈVE**

# **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**

## TABLE DES MATIERES

<b>A. PRISE DE POSITION SUR LES MODIFICATIONS PROPOSEES .....</b>	<b>1</b>
I. EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ENREGISTREMENT DES AUDITIONS PAR DES MOYENS TECHNIQUES .....	1
II. ANTICIPATION DU CALCUL ET DE LA MOTIVATION DE L'ACTION CIVILE .....	2
III. MOMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA DÉFENSE OBLIGATOIRE .....	3
IV. DÉSIGNATION ET REVOCATION DU DÉFENSEUR D'OFFICE .....	4
V. CONDITIONS D'ASSISTANCE JUDICIAIRE GRATUITE POUR LA PARTIE PLAIGNANTE .....	7
VI. PARTICIPATION AUX ACTES DE PROCÉDURE .....	8
VII. DROIT DE RECOURS DU MINISTÈRE PUBLIC EN MATIÈRE DE DÉTENTION .....	9
VIII. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ, LA PROCÉDURE ÉTANT PENDANTE PAR-DEVANT LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE .....	11
IX. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ CONSÉCUTIVE AU JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE .....	13
X. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ PENDANT LA PROCÉDURE DEVANT LA JURIDICTION D'APPEL .....	14
XI. DEMANDE DE LIBÉRATION PENDANT LA PROCÉDURE LA JURIDICTION D'APPEL .....	15
XII. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ POUR GARANTIR L'EXÉCUTION D'UNE PEINE OU D'UNE MESURE .....	16
XIII. ORDONNANCE PENALE : AUDITION OBLIGATOIRE DU PREVENU .....	17
XIV. LIMITATION DE L'ORDONNANCE PÉNALE .....	17
XV. ORDONNANCE PÉNALE ET PRÉTENTIONS CIVILES .....	18
<b>XVI. INTERDICTION DE LA <i>REFORMATIO IN PEJUS</i>.....</b>	<b>19</b>
XVII. COMPENSATION DES FRAIS DE PROCÉDURE AVEC LES INDEMNITÉS ET LE TORT MORAL.....	19
XVIII. DROIT PÉNAL DES MINEURS .....	20
<b>B. PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS SUPPLEMENTAIRES.....</b>	<b>21</b>
XIX. RECOURS CONTRE LE REJET PAR LE MINISTÈRE PUBLIC D'UNE RÉQUISITION DE PREUVES .....	21
XX. IMMÉDIATETÉ .....	24
XXI. PROCÉDURE SIMPLIFIÉE .....	26
XXII. PARTIES PLAIGNANTES .....	28
XXIII. INDEMNITÉS .....	30
XXIV. MÉDIATION PÉNALE .....	31
<b>C. CONCLUSIONS .....</b>	<b>32</b>

## A. PRISE DE POSITION SUR LES MODIFICATIONS PROPOSEES

### I. EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ENREGISTREMENT DES AUDITIONS PAR DES MOYENS TECHNIQUES

1. Aujourd'hui, le code de procédure pénale (ci-après : CPP) oblige l'autorité pénale à dresser un procès-verbal des dépositions séance tenante (art. 78 al. 1 CPP). En principe, à l'issue de l'audition, l'autorité pénale fait relire et signer ce procès-verbal par la personne entendue (art. 78 al. 5 CPP) ; toutefois, un tribunal peut renoncer à la relecture et la signature s'il enregistre les débats et verse l'enregistrement au dossier (art. 78 al. 5<sup>bis</sup> CPP).  
  
2. L'avant-projet (art. 78a AP-CPP, assorti d'une abrogation de l'art. 78 al. 5<sup>bis</sup> CPP) propose un élargissement du domaine de l'enregistrement sur deux plans :
  - l'enregistrement versé au dossier permet également de se dispenser de dresser le procès-verbal séance tenante ; il peut l'être, toujours de façon synthétique, à l'issue de l'audience ;
  - la possibilité de tenir un procès-verbal *a posteriori*, de renoncer à le relire et à le faire signer, est également conférée aux autorités de poursuite pénale, dont le ministère public (et non aux seuls tribunaux).  
3. L'Ordre des avocats (ci-après : ODA) est favorable à ce que l'enregistrement des débats permette également au tribunal de se dispenser de tenir un procès-verbal séance tenante. Cela réduit le coût des débats pour les parties (puisque la durée du procès serait moindre). Cela étendrait aussi le domaine de l'immédiateté (en réduisant le temps des auditions, cela permet d'entendre davantage de personnes) et en accroîtrait l'efficacité (l'absence de temps morts dus à la dictée – et aux discussions, voire incidents, sur la teneur du procès-verbal – dynamise l'interaction avec la personne entendue, qui, à son tour, favorise la manifestation de la vérité).  
  
4. En revanche, l'ODA est opposé à ce que ces facilités en cas d'enregistrement (établissement du procès-verbal *a posteriori*, absence de relecture et signature) soient étendues aux autorités de poursuite pénale, en particulier au ministère public en charge de l'instruction, nonobstant un *obiter dictum* du Tribunal fédéral (ATF 143 IV 408, consid. 8.3).

En effet, dans la mesure où, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 140 IV 196, consid. 4.4.2), la plus-value de l'audition immédiate par le tribunal réside dans le fait qu'il peut vérifier, non seulement ce que dit la personne entendue, mais également comment elle le dit, la favorisation de l'enregistrement des auditions par le ministère public – donnant au tribunal l'impression qu'il est en mesure d'analyser, sur la base du dossier, comment la personne s'est exprimée, et non seulement ce qu'elle a dit – devrait logiquement aboutir à ce que les tribunaux limitent encore davantage l'immédiateté qu'ils ne le font maintenant.

Cela ne nous paraît pas souhaitable. Le « *comment* » ne relève pas d'une syntaxe des expressions paraverbales que le support de données audiovisuel enregistrerait aussi

fidèlement que le papier consigne le mot. Ce qui est décisif, c'est l'interaction dynamique entre le tribunal et la personne entendue. Le juge doit être acteur des débats et non simple analyste d'un matériau figé, préexistant. L'enregistrement systématique des auditions en procédure préliminaire, que favorise la disposition proposée, est un miroir aux alouettes ; il aurait pour conséquence qu'un succédané imparfait de l'immédiateté fasse encore davantage reculer celle-ci.

5. A cela s'ajoute que la transcription *a posteriori*, synthétique ou verbatim, dont le Rapport explicatif concernant la modification du Code de procédure pénale (ci-après : Rapport) retient à juste titre qu'elle peut être chronophage, entre en conflit avec le principe de célérité et l'accès au dossier. Il s'agit d'éviter que l'instruction, déjà longue, soit ralentie davantage encore parce qu'il faut attendre, avant d'administrer un nouveau moyen de preuve, que les parties aient eu accès aux procès-verbaux de l'audition qui vient de se tenir. A cela s'ajoute qu'une synthèse écrite de la teneur des auditions, qui fait consensus (arbitré par la direction de la procédure) entre les participants à celle-ci, permet au tribunal de se faire plus rapidement une meilleure idée des enjeux et des questions que de volumineuses transcriptions verbatim d'auditions qui peuvent parfois être confuses.
6. Inversement, le procès-verbal synthétique n'est admissible que dans la mesure où il faut l'objet d'un consensus entre tous les participants à l'audience. Un procès-verbal synthétique établi *a posteriori* par le Ministère public recèle le danger d'être influencé, inconsciemment, par le regard que le Ministère public porte sur le fond du dossier. Ce danger est d'autant plus sérieux que c'est ce procès-verbal-là que le tribunal, précisément pour s'éviter une longue et fastidieuse consultation des enregistrements, lira pour se faire une idée de l'affaire. On peut avoir la même crainte vis-à-vis de la juridiction d'appel par rapport au procès-verbal établi *a posteriori* par le tribunal. Par conséquent, si le Conseil fédéral devait suivre l'avant-projet sur le principe de l'art. 78a AP-CPP, il faudrait à tout le moins prévoir que le procès-verbal établi *a posteriori* le soit verbatim (ou « *textuellement* », pour reprendre le terme dont use l'art. 78 al. 3 CPP).
7. En synthèse, principalement, l'ODA s'oppose à l'introduction de l'art. 78a AP-CPP assortie de la suppression de l'art. 78 al. 5<sup>bis</sup> CPP.

En lieu et place, il propose une modification de l'art. 78 al. 5<sup>bis</sup> CPP, qui aura désormais la teneur suivante :

« <sup>5bis</sup> Si, durant les débats, une audition est enregistrée par des moyens techniques, le tribunal peut renoncer à tenir un procès-verbal séance tenante, à lire le procès-verbal à la personne entendue ou à le lui remettre pour lecture et à le lui faire signer. Les enregistrements doivent être versés au dossier. »

Subsiliairement, il propose que l'art. 78a al. 1 lit. a AP-CPP soit complété par une seconde phrase :

« *Dans ce cas, il est établi textuellement.* »

## II. ANTICIPATION DU CALCUL ET DE LA MOTIVATION DE L'ACTION CIVILE

8. Selon le droit en vigueur, les conclusions civiles doivent être présentées au plus tard durant les plaidoiries tenues pendant les débats (art. 123 al. 2 CPP).

9. Le Rapport a raison de relever :

*« Dans la pratique judiciaire quotidienne, il arrive donc souvent que des conclusions civiles soient chiffrées et motivées par de nombreuses preuves et par une documentation volumineuse juste avant, voire durant les débats, ce qui peut mettre en difficulté tant la partie défenderesse que le tribunal, confrontés à de nombreuses preuves et questions de droit civil dont l'examen demande du temps. »*

Le risque est donc que, par manque de temps, la défense s'oppose en bloc aux conclusions civiles et le tribunal renvoie la partie plaignante à agir au civil.

10. L'ODA est aussi d'avis qu'il s'impose d'anticiper le dépôt des conclusions civiles, pièces à l'appui, mais estime que le moment proposé par le Rapport, soit à la clôture de l'instruction, est prématuré. En effet, à ce stade, les prétentions civiles ne sont pas toujours déterminables. Si elles le sont, le temps relativement long qui peut s'écouler entre la clôture de l'instruction et l'audience de jugement impliquerait, dans certains dossiers, une importante actualisation desdites prétentions, que le texte de l'avant-projet ne prévoit d'ailleurs pas. Une telle situation entraînerait également un surcroît de travail, dont le coût peut être à la charge de l'État, si la partie plaignante est au bénéfice de l'assistance judiciaire.
11. L'ODA propose que les conclusions civiles soient déposées dans le délai fixé pour formuler les réquisitions de preuves. La question qui se pose alors est celle de savoir si la défense et le ministère public pourraient, en recevant à ce moment-là les conclusions civiles, formuler encore des réquisitions de preuves, alors que le délai pour ce faire est échu. En pratique, les situations où les conclusions civiles imposent des auditions de témoins, voire des actes d'instruction, sont rares. De plus, le délai fixé pour solliciter des réquisitions de preuves est un délai d'ordre ; il est ainsi concevable que, dans la mesure où un délai est ordinairement fixé longtemps avant l'audience de jugement, un second délai soit fixé en relation avec les conclusions civiles.

12. Ainsi, l'art. 123 al. 2 AP-CPP doit être libellé ainsi :

*« <sup>2</sup> Le calcul et la motivation des conclusions civiles doivent être présentés au plus tard dans le délai fixé par le tribunal aux parties pour présenter et motiver leurs réquisitions de preuves. La partie plaignante peut les actualiser au plus tard à l'ouverture des débats. »*

III. MOMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA DÉFENSE OBLIGATOIRE

13. Le Rapport relève à juste titre que le libellé de l'art. 131 al. 2 CPP est contradictoire, puisqu'il énonce que « *la défense doit être mise en œuvre après la première audition par le ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction* ». Or, la première audition par le ministère public a toujours lieu après l'ouverture de l'instruction. Il s'imposait d'éclaircir cette disposition et le Rapport prévoit que si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, la défense doit être mise en œuvre lors de l'ouverture de l'instruction.

14. Pour l'ODA, il faut aller plus loin et prévoir la mise en œuvre de la défense obligatoire déjà lors des interrogatoires de police, cas échéant avant l'intervention du ministère public.
15. L'art. 131 al. 2 AP-CPP doit être remplacé par :

« <sup>2</sup> *Si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, la défense soit être mise en œuvre dès la première audition du prévenu.* »

#### IV. DÉSIGNATION ET REVOCATION DU DÉFENSEUR D'OFFICE

16. Selon l'art. 133 CPP, le défenseur d'office est désigné par la direction de la procédure compétente au stade considéré ; dans la plupart des cas, c'est le ministère public qui le désigne lors de la procédure préliminaire.
17. Le Rapport a raison de relever qu'il n'est pas satisfaisant que le ministère public puisse choisir le défenseur de sa partie adverse.
18. L'ODA soutient la proposition du Rapport visant à permettre à « *un organe indépendant de la direction de la procédure* » de choisir le défenseur d'office.
19. La question est de savoir quel doit être cet organe. Le Rapport précise qu'il pourrait s'agir d'une autorité ou d'une organisation privée, comme une association d'avocats.
20. L'ODA estime que le choix du défenseur d'office doit incomber à un organe indépendant, non seulement de la direction de la procédure, mais aussi de toute autorité pénale, voire judiciaire ou en lien avec celle-ci. Il est proposé que cette tâche soit confiée à l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné, avec délégation possible.
21. De plus, on ne voit pas pourquoi la direction de la procédure doit continuer à désigner formellement l'avocat et pourquoi cette tâche n'incomberait pas à ladite autorité de surveillance. Cela étant, si la tâche de choisir le défenseur d'office peut être déléguée, par exemple à un ordre des avocats, association privée, celle de le désigner formellement ne peut l'être. En effet, la décision de désignation étant sujette à recours, on conçoit mal un recours contre une décision d'une association privée.
22. Dès lors, le texte de l'art. 133 AP-CPP doit être remplacé par :

« <sup>1</sup> *L'autorité de surveillance des avocats du canton concerné choisit et désigne le défenseur d'office. Seule la tâche de le choisir peut être déléguée.*
23. Il est surprenant que le Rapport n'aborde pas la question de la révocation et du remplacement du défenseur d'office, visés à l'art. 134 CPP, alors que les critiques

émises par le Rapport pour la désignation du défenseur d'office doivent également être faites pour ces cas.

24. Selon l'art. 134 CPP, c'est la direction de la procédure qui révoque le défenseur désigné si
  - le motif à l'origine de la défense d'office disparaît ;
  - la relation de confiance entre le prévenu et le défenseur d'office est gravement perturbée ou si une défense efficace n'est plus assurée pour d'autres raisons, par exemple en cas de conflit d'intérêts (KUHN/JEANNERET, Procédure pénale suisse : approche théorique et mise en œuvre cantonale, Neuchâtel 2010, p. 146 N 65 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_212/2013 du 20 août 2013) ; dans ce cas, un nouvel avocat d'office est désigné.
25. Il y a donc un risque que le ministère public révoque le mandat d'office pour sanctionner le comportement de l'avocat et ses choix de défense. A l'inverse, il pourrait ne pas révoquer un avocat pourtant inefficace, tant il est vrai qu'il peut trouver réaliste et constructive l'attitude de l'avocat qui ne combat pas sa vision du dossier plutôt que de l'imputer à de la paresse, de l'incompétence ou à une complaisance excessive.

Par ailleurs, pour démontrer que la relation de confiance avec son défenseur d'office est gravement perturbée, un prévenu pourrait le critiquer lourdement par un courrier au procureur qui se retrouverait dans la procédure, ce qui pourrait aller à l'encontre de ses intérêts. De plus, si le ministère public devait refuser la révocation, l'avocat commis d'office, critiqué par son client, devrait poursuivre son mandat, ce qui serait particulièrement inconfortable.

26. Dans une affaire genevoise, le ministère public avait révoqué le mandat d'office de l'avocat, au motif qu'il était fréquemment absent et dans l'impossibilité de se faire remplacer et qu'il avait déposé de nombreuses demandes de mise en liberté, persistant à contester les charges pourtant reconnues par les diverses instances saisies ; cette tactique paraissait contraire aux intérêts du prévenu.

Cette affaire est allée jusqu'au Tribunal fédéral qui a tranché dans un arrêt 1B\_187/2013 du 4 juillet 2013 (consid. 2.4 et 2.5) :

*« L'attitude et les démarches de l'avocat procèdent d'une stratégie de défense dont l'opportunité est certes discutable, mais qui est manifestement voulue et assumée par le prévenu dont la capacité de discernement n'est pas remise en cause. Or, le choix de la conduite de la défense appartient, comme on l'a vu, pour l'essentiel au prévenu et à son avocat (ATF 126 I 194 consid. 3d p. 199), et la partie concernée doit en assumer toutes les conséquences.*

*En définitive, les reproches adressés au défenseur d'office ne sauraient justifier une révocation du mandat. Dans la mesure où le prévenu est, comme cela paraît être le cas, conscient des conséquences liées à sa stratégie de défense (en particulier: allongement de la procédure, irrecevabilité ou rejet des démarches procédurales, défaut d'indemnisation de l'avocat d'office pour les démarches inutiles), l'on ne saurait considérer que l'attitude du défenseur est assimilable à une carence manifeste, ni qu'une défense effective n'est plus assurée. Il s'agit cependant d'une situation qui est à la limite du tolérable, vu en particulier les diverses absences du défenseur d'office et le retard que*

*cela entraîne pour la procédure. Sous l'angle de l'art. 134 al. 2 CPP, l'appréciation pourrait à l'avenir être différente si les indisponibilités du recourant persistaient ou si tout autre fait établi permettait de mettre en doute concrètement l'efficacité de la défense du prévenu. »*

27. En cas de défense privée, l'autorité compétente pour statuer sur l'existence d'un conflit d'intérêts a varié. Jusqu'à récemment, il s'agissait de l'autorité cantonale de surveillance des avocats ; aujourd'hui, c'est exclusivement le ministère public.

Le revirement a commencé par deux arrêts du Tribunal fédéral du 29 janvier 2013 (1B\_611/2012, consid. 2.4 et 1B\_613/2012, consid. 2.4), par lesquels il a considéré que le ministère public (Lucerne) pouvait, vu les circonstances de l'espèce (soit la défense de plusieurs coinculpés dont l'un pouvait vouloir rejeter la responsabilité sur l'autre et inversement), interdire à un avocat de conseiller et défendre les deux inculpés, sans violer le droit fédéral ou conventionnel.

Le droit fédéral de procédure fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des règles de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit. Partant, puisque la compétence en matière de procédure civile et pénale échoit désormais exclusivement à la Confédération et que l'interdiction de postuler est une décision qui relève de la procédure selon la jurisprudence actuelle (ATF 138 II 162, consid. 2.5.1), il s'agit, pour la doctrine récente, de rendre une décision sur la base du CPP, décision qui ne peut être prise que par l'autorité en charge de la procédure (GRODECKI/JEANDIN, *Approche critique de l'interdiction de postuler chez l'avocat aux prises avec un conflit d'intérêts*, *in* SJ 2015 II p. 107 ss (127 ss)).

La Chambre pénale de recours du canton de Genève a confirmé cette position (ACPR/586/2015 du 2 novembre 2015, consid. 2.4.) :

*« Par conséquent, la compétence du Ministère public pour statuer sur ses questions doit être admise, que le conflit soit abstrait ou concret, car il ne saurait y avoir une double compétence à ce sujet, et la décision querellée modifiée en ce sens, de même que la jurisprudence de la Chambre de céans [...]. »*

28. Les conflits d'intérêts surgissant la plupart du temps pendant l'instruction, c'est au procureur, direction de la procédure à ce stade, qu'il incombe de les trancher.

Cette solution n'est pas satisfaisante pour les raisons exposées par le Rapport, en relation avec la nomination d'office et ci-dessus pour la révocation.

De plus, il arrive en pratique que le procureur appelle l'avocat pour l'informer que, selon lui, il y a un conflit d'intérêts, sans pouvoir lui en donner forcément les raisons, ne voulant pas dévoiler le contenu de l'enquête, voire d'une autre procédure.

29. L'art. 134 al. 2 CPP doit être ainsi modifié, afin que la compétence relative à la révocation de l'avocat d'office soit dévolue à l'autorité de surveillance des avocats. Il est inutile que cette disposition prévoie le remplacement de l'avocat d'office ainsi révoqué, puisque si le prévenu n'a plus d'avocat d'office, c'est l'art. 133 al. 1 AP-CPP, tel qu'il a été énoncé ci-dessus qui s'applique.

30. En synthèse, le titre de l'art. 134 CPP doit être modifié en « *Révocation du défenseur d'office* ».

En cas de défense d'office, l'art. 134 al. 2 CPP devient :

« <sup>2</sup> Si la relation de confiance entre le prévenu et le défenseur d'office est gravement perturbée ou si une défense efficace n'est plus assurée pour d'autres raisons, notamment en cas de conflit d'intérêts, l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné, sur requête de la direction de la procédure, peut révoquer le mandat du défenseur désigné. »

S'agissant de la défense privée, l'art. 129 CPP doit être complété par un al. 3 :

« <sup>3</sup> Si la direction de la procédure considère que l'avocat est face à un conflit d'intérêts, elle peut requérir de l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné d'interdire à l'avocat d'intervenir. »

Une lit. d. doit être ajoutée à l'art. 393 al. 1 CPP :

« d. contre les décisions de l'autorité de surveillance des avocats du canton concerné, en cas de nomination et de révocation du défenseur d'office et, s'il y a une défense privée, en cas de conflit d'intérêts. »

## V. CONDITIONS D'ASSISTANCE JUDICIAIRE GRATUITE POUR LA PARTIE PLAIGNANTE

31. L'art. 136 al.1 lit. b. CPP prescrit que l'assistance judiciaire peut être accordée à la partie plaignante indigente, si elle est susceptible d'élever des conclusions civiles qui ne sont pas vouées à l'échec.
32. A juste titre, le Rapport relève une inégalité de traitement entre la partie plaignante susceptible de prendre des conclusions civiles et celle qui est placée dans l'impossibilité d'en élire, par exemple, si le prévenu est policier, auquel cas, seul l'État peut être attaqué.

L'avant-projet prévoit que l'assistance judiciaire est accordée « à la victime si cela est nécessaire pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir » (art. 136 al. 1<sup>bis</sup> AP-CPP).

33. Or, ce texte introduit une nouvelle inégalité de traitement entre la « victime » au sens de l'art. 116 CPP, laquelle pourrait avoir l'assistance judiciaire et la partie plaignante non victime qui ne pourrait pas y prétendre.

De plus, ce texte ne parle pas d'indigence.

34. Cette proposition contient encore une autre inégalité de traitement entre la partie plaignante qui peut prendre des conclusions civiles et celle qui ne le peut pas. En effet, pour la première, il faut, pour obtenir l'assistance judiciaire, que ses prétentions civiles ne paraissent pas vouées à l'échec, alors que, pour la seconde, il suffit que son intervention permette à sa plainte pénale d'aboutir, condition moins restrictive.
35. Enfin, il y a encore inégalité de traitement et violation du principe de l'égalité des armes entre la partie plaignante qui doit, soit démontrer que son action civile ne paraît pas vouée à l'échec, soit que cela est utile pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir et le prévenu qui ne doit rien démontrer du tout pour être assisté d'un conseil, dans le cas de défense obligatoire.

36. L'ODA s'oppose, dès lors, à l'art. 136 al. 1<sup>bis</sup> AP-CPP et propose de le remplacer par :

« <sup>1bis</sup> *La direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante indigente.* »

## VI. PARTICIPATION AUX ACTES DE PROCÉDURE

37. La lecture du Rapport en lien avec la modification de l'art. 147 CPP et l'introduction de l'art. 147a AP-CPP laisse songeur, pour dire le moins, l'avocat praticien.
38. Les « *tactiques* » du ministère public y sont abordées, lequel, consciemment, bafoue le droit élémentaire et absolu des parties de participer à l'administration des preuves en conduisant séparément des procédures pénales qui doivent, en application de l'art. 29 al. 1 lit. b. CPP, être conduites dans une seule et même procédure ; cette disposition n'est pas potestative.

Les « *tactiques* » ne sont pas réprouvées par le Rapport, alors même qu'elles ont été séchement critiquées par le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_124/2016 du 12 août 2016, consid. 4.5.) qui, à juste titre, a rappelé que les limitations à ce droit absolu ne peuvent être concevables qu'en application de l'art. 108 CPP ; aucune réforme législative n'est pourtant proposée par le Rapport pour les éradiquer.

39. Le Rapport se propose au contraire de consacrer ces « *tactiques* » et faire en sorte que les conséquences procédurales des violations du droit absolu des parties de participer à l'administration des preuves n'aient pas, ou que très peu, de conséquences pour l'accusation.
40. La répétition d'un acte de procédure (prévue au nouvel al. 3 de l'art. 147 AP-CPP), auquel le ministère public a procédé en scindant les procédures « *pour ne pas devoir accorder [aux prévenus] le droit [d'y] participer, considéré comme trop restrictif et comme entravant la recherche de la vérité* », pour reprendre les termes du Rapport, ne répare rien ou trop peu. Le mal est fait et l'acte de procédure en question a été mené (l'administrer à nouveau s'agissant de l'audition d'un témoin est une gageure) et surtout reste installé au dossier de la procédure que le tribunal verra (l'art. 147 al. 4 CPP restant inchangé).

La consécration des tactiques du ministère public (la formulation de l'art. 147 al. 3 lit. b. AP-CPP est ni plus ni moins une autorisation à scinder les procédures, alors même que la scission des procédures viole l'art. 29 al. 1 lit. b. CPP) et ses entorses au droit élémentaire dont est question ne sont pas acceptables ou désirables, même au motif de la manifestation de la vérité.

Pour l'ODA, la proposition de modification de l'art. 147 CPP n'est pas acceptable.

41. Le nouvel art. 147a CPP est formulé de telle façon qu'à l'intérieur d'une même procédure le droit ici discuté pourra être mis à mal au bon vouloir du ministère public. Il y a en effet presque toujours à craindre que le prévenu adapte ses déclarations à celles de la personne à entendre. Il sera à tout le moins très simple pour le ministère public de le retenir (sans pouvoir être contredit) et ainsi procéder à des actes de procédure sans la participation du prévenu et de son défenseur. Ici aussi, la répétition ultérieure de l'acte

ne répare rien ou très peu. L'enregistrement audiovisuel ne change évidemment rien à cet état des choses. L'al. 3 du nouvel art. 147a AP-CPP donne du reste la très désagréable impression que cet enregistrement audiovisuel est prévu pour justifier le refus du ministère public de procéder à la répétition de l'acte de procédure.

Pour l'ODA, l'introduction de l'art. 147a AP-CPP n'est non plus pas acceptable.

42. A Genève, au-delà de la scission artificielle des procédures, à laquelle le ministère public procède parfois, on constate qu'il charge souvent la police d'administrer des preuves (art. 312 CPP ; en particulier, l'audition de témoins), sans systématiquement lui donner des directives aux fins de s'assurer que l'occasion soit donnée à toutes les parties d'y participer.

Le ministère public semble au demeurant partir du principe que les parties n'ont qu'à demander la répétition de l'administration de la preuve, en application de l'art. 147 al. 3 CPP, si elles l'estiment utile.

Cette pratique contourne l'art. 147 CPP et est, pour des raisons évidentes, préjudiciable aux droits des parties.

43. Il doit être renoncé à l'art. 147 al. 3<sup>bis</sup> AP-CPP proposé et l'art. 147 al. 3 CPP doit être complété par une troisième phrase :

*« Le droit des parties ne peut être restreint qu'aux conditions de l'art. 108 CPP. »*

## VII. DROIT DE RE COURS DU MINISTÈRE PUBLIC EN MATIÈRE DE DÉTENTION

*Détention pour risque de récidive (art. 221 al. 1 lit. c. AP-CPP)*

44. L'ODA ne s'oppose pas à ce que l'on codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la détention pour risque de récidive de la manière proposée par l'avant-projet.

*Droit de recours du ministère public (art. 222 al. 2 et 228a AP-CPP)*

45. D'une manière générale, l'ODA partage le scepticisme de nombreux auteurs quant au droit de recours du ministère public. Cela étant, la jurisprudence du Tribunal fédéral est fermement établie et un tel recours est cohérent avec l'extension générale du principe du double degré d'instance que consacre l'avant-projet. L'ODA renonce par conséquent à formuler une objection de principe quant à l'existence d'un droit de recours du ministère public en pareille hypothèse.
46. Autre est la question de l'effet suspensif d'un tel recours. Selon l'avant-projet, le recours du ministère public a un effet suspensif automatique. Certes, la durée de la procédure de recours est courte, mais ce système n'en a pas moins pour conséquence que le prévenu reste en détention au-delà de 96h (délai dans lequel le tribunal des mesures de contrainte (ci-après : TMC) aura statué, par hypothèse en refusant la mise en détention préventive ou le prolongement de celle-ci) sans approbation judiciaire, ce qui est contraire à la CEDH (HOHL-CHIRAZI, La privation de liberté en procédure pénale suisse : buts et limites, Genève 2016, § 1015 ss). A tout le moins en ce qui concerne la mise en détention, il ne doit pas y

avoir d'effet suspensif automatique, ce qui conduit à la suppression de l'art. 228a al. 1 phr. 2 AP-CPP.

47. La formulation de l'art. 222 al. 2 AP-CPP n'appelle pas de commentaires particuliers.
48. En revanche, l'art. 228a AP-CPP impose plusieurs remarques de forme et de fond.
49. L'al. 1 est rédigé de façon malheureuse, lorsqu'il impose au ministère public de communiquer au TMC le recours qu'il « *forme contre la décision* » immédiatement après la notification de la « *décision de mise en détention* » :
  - d'une part, la décision querellée n'est pas une « *décision de mise en détention* » et c'est d'ailleurs précisément pour cette raison que le ministère public entend recourir à son encontre. Il faut plutôt traduire le terme allemand de « *Haftentscheid* » par « *décision en matière de détention* » ;
  - d'autre part, le recours du ministère public est formé au moyen d'un écrit motivé, conformément à l'al. 2. Ainsi, immédiatement après la notification de la décision, il ne fait qu'« *annoncer son recours* », ce que le Rapport concède d'ailleurs (p. 29).

Par ailleurs, dès lors qu'à l'al. 1 il n'est question que de l'annonce du recours, il faut – dans l'hypothèse où l'on maintiendrait l'idée d'un effet suspensif automatique – reformuler la seconde phrase, afin qu'il soit clair que le prévenu ne demeure en détention que jusqu'au dépôt d'un recours (et non jusqu'à « *la clôture de la procédure de recours* »). Il faut en effet éviter que la loi puisse s'interpréter en ce sens que ce soit l'autorité de recours qui statue si le délai de trois heures pour recourir, prévu à l'al. 2, est respecté ; pendant qu'elle délibère à ce sujet, en effet, le prévenu reste en détention.

50. Les al. 1 et 2 de l'art. 228a AP-CPP sont par ailleurs imprécis lorsqu'ils énoncent que cette annonce doit intervenir « *immédiatement après la notification* », respectivement « *dans les trois heures suivant la notification* » de la décision. La notification au prévenu, puis au ministère public, peut en effet intervenir de manière échelonnée, surtout si celui-ci n'assiste pas aux débats. Il n'est pas tolérable que le prévenu reste un jour de plus en détention, parce que la notification au ministère public qui était absent à l'audience, intervient le lendemain de la décision emportant refus de mise en détention ou libération provisoire.

Cela met en évidence un second problème lorsque la décision est notifiée de façon écrite, en raison de l'absence des parties (art. 226 al. 1 phr. 2 CPP). Le moment précis de la notification peut faire débat lorsque des écrits, même recommandés, sont remis par la poste, parce que le facteur n'inscrit pas nécessairement l'heure à laquelle le recommandé est remis, ou que le recommandé peut être mis dans une case postale.

51. L'ODA préconise de faire précéder les quatre alinéas de l'art. 228a AP-CPP par un alinéa précisant que toute décision du TMC en matière de détention sujette à recours du ministère public doit faire l'objet d'une notification motivée à celui-ci, qui consigne l'heure à laquelle elle est intervenue. L'impératif de célérité en la matière commande que ces questions, somme toute d'ordre pratique, soient expressément prévues par la loi.

52. Toujours en ce qui concerne le délai, le texte français de l'art. 228a AP-CPP précise que le ministère public « *adresse* » le recours au TMC dans les trois heures. A rigueur de texte, une expédition par courrier B en temps utile suffirait ainsi à sauvegarder le délai. En harmonie avec les textes allemand (« *einreichen* ») et italien (« *inoltrare* »), il convient de requérir que le ministère public « *dépose* » le recours au TMC dans les trois heures.

Il faut par ailleurs ajouter une seconde phrase à cet alinéa – dans l'hypothèse où l'on maintiendrait l'idée d'un effet suspensif automatique – prévoyant qu'une fois le recours déposé, le prévenu demeure en détention jusqu'à la clôture de la procédure de recours.

53. Sur l'art. 228a al. 4 AP-CPP, l'ODA est favorable à l'application par analogie des art. 225 et 226 CPP à la procédure devant l'autorité de recours dans tous les cas de figure, soit non seulement en cas de refus de mise en détention, mais également en cas de refus de prolongation ou d'admission d'une demande de libération provisoire. Tout au plus pourrait-on relever, sur un plan rédactionnel, que la précision « 226, al. 1 à 5 » n'apparaît pas nécessaire, dès lors que l'art. 226 CPP ne comporte que cinq alinéas de toute façon.
54. Ainsi, l'ODA préconise de formuler l'art. 228a AP-CPP comme suit :

« <sup>1</sup> *Les décisions sujettes à recours du ministère public sont notifiées à celui-ci par un moyen permettant leur réception immédiate. La notification mentionne l'heure à laquelle elle est notifiée.*

<sup>2</sup> *Lorsque le ministère public entend recourir contre une décision en matière de détention, il doit l'annoncer au tribunal des mesures de contrainte immédiatement après la notification de cette décision, par écrit ou oralement pour mention au procès-verbal. En pareil cas, le prévenu demeure en détention jusqu'au dépôt du recours.*

<sup>3</sup> *Le ministère public dépose au tribunal des mesures de contrainte un recours motivé par écrit à l'intention de l'autorité de recours dans les trois heures suivant la notification de la décision. En pareil cas, le prévenu demeure en détention jusqu'à la clôture de la procédure de recours.*

<sup>4</sup> *Le tribunal des mesures de contrainte transmet immédiatement le recours et les motifs de la décision à l'autorité de recours avec le dossier.*

<sup>5</sup> *Les art. 225 et 226 s'appliquent par analogie à la procédure devant l'autorité de recours. »*

## VIII. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ, LA PROCÉDURE ÉTANT PENDANTE PAR-DEVANT LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

55. En l'état actuel du CPP, lorsque le prévenu est en détention pour des motifs de sûreté (art. 230 al. 3 et 4 CPP) :

- les demandes de prolongation de la détention (limitée à trois mois en principe, avec possibilité d'extension à six mois dans les cas exceptionnels, à l'instar de la détention provisoire (ATF 139 IV 186, consid. 2.2) sont adressées au TMC qui statue ;

- les demandes de libération sont adressées au tribunal de première instance (ci-après : tribunal) qui :
    - ordonne la libération ;
    - transmet la demande au TMC s'il n'entend pas y donner suite ;
  - le tribunal peut aussi spontanément ordonner la libération provisoire avec l'accord du ministère public ; à défaut d'accord, le tribunal transmet le cas au TMC.
56. Selon le Rapport, cette situation crée un risque d'apparence de prévention : le prévenu peut estimer que le tribunal, qui transmet le dossier au TMC, parce qu'il n'entend pas donner une suite favorable à la demande de libération, a déjà révélé un regard défavorable sur le fond du dossier ; la partie plaignante peut estimer que le tribunal, qui a ordonné la libération sur demande du prévenu, voire spontanément (avec l'accord du ministère public), a trahi une faveur au prévenu augurant mal du traitement de ses prétentions sur le fond.

L'avant-projet propose, en guise de remède, de retirer au tribunal tout pouvoir en matière de détention provisoire. Ainsi, il transmettrait systématiquement toute demande de libération provisoire au TMC (art. 230 al. 3 AP-CPP) et, lorsqu'il « *veut libérer le prévenu indépendamment de toute demande* », il inviterait le TMC à statuer à ce sujet (art. 230 al. 4 AP-CPP).

57. Cette règlementation pose plusieurs problèmes :

- le tribunal est réduit à un pur rôle de courroie de transmission : les demandes de mise en liberté sont adressées à la direction de la procédure de ce tribunal (art. 230 al. 1 et 2 CPP), qui transmet ensuite la demande au TMC (art. 230 al. 3 AP-CPP).

Cela dit, malgré le risque de retard, ce rôle peut se justifier, parce que, d'une part, il permet au tribunal d'être immédiatement informé, et, d'autre part, il permet de transmettre le dossier au TMC. Il convient, à l'instar de ce que prévoient les art. 224 al. 2 phr. 2 et. 227 al. 2 CPP, de le dire expressément ;

- la règlementation proposée n'est pas un remède adéquat au mal qu'il s'agit de guérir. La partie plaignante qui craint que le tribunal soit prévenu parce qu'il ordonne la libération du prévenu, décélèrera aussi une apparence de prévention lorsque ce tribunal transmettra le dossier au TMC, parce qu'il « *veut libérer le prévenu indépendamment de toute demande* ».

La seule solution paraît être terminologique : il faut à tout le moins prévoir que c'est lorsque le tribunal « *estime qu'un réexamen de la détention se justifie* » qu'il peut spontanément saisir le TMC ;

- en l'état du droit, le tribunal peut arrêter le prévenu, l'interroger, puis requérir la mise en détention au TMC, lorsque des motifs de détention apparaissent pour la première fois, alors que la procédure est déjà pendante devant lui (art. 229 al. 2

CPP). Pour éviter tout risque de prévention, il y a lieu de transférer cette compétence au TMC également.

58. L'ODA propose donc que les art. 229 et 230 CPP soient reformulés comme suit :

- art. 229 al. 2 et 3 AP-CPP :

*«<sup>2</sup> Lorsque les motifs de détention n'apparaissent qu'après le dépôt de l'acte d'accusation, la direction de la procédure du tribunal de première instance communique ces éléments et le dossier au tribunal des mesures de contrainte. Celui-ci fait amener immédiatement le prévenu par la police et l'interroge.*

*<sup>3</sup> S'il ne libère pas immédiatement le prévenu à l'issue de cet interrogatoire, le tribunal des mesures de contrainte poursuit la procédure en appliquant par analogie :*

- a. les art. 225 et 226, lorsqu'il n'y a pas eu de détention provisoire ou de détention pour des motifs de sûreté préalable ;*
- b. l'art. 227, lorsqu'il y a eu détention provisoire ou détention pour des motifs de sûreté préalable. »*

- art. 230 AP-CPP :

*«<sup>1</sup> Durant la procédure de première instance, le prévenu et le ministère public peuvent déposer une demande de libération.*

*<sup>2</sup> La demande doit être adressée à la direction de la procédure du tribunal de première instance.*

*<sup>3</sup> La direction de la procédure du tribunal de première instance transmet la demande et le dossier au tribunal des mesures de contrainte pour décision.*

*<sup>4</sup> Si la direction de la procédure du tribunal de première instance estime qu'un réexamen de la détention se justifie, elle demande au tribunal des mesures de contrainte de statuer et joint le dossier à sa demande ».*

## IX. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ CONSÉCUTIVE AU JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

59. L'avant-projet propose de retirer à la direction de la procédure de la juridiction d'appel le pouvoir de statuer sur le maintien en détention provisoire du prévenu, dont le tribunal a ordonné la libération, en raison de l'apparence de prévention que cela peut créer (art. 231 al. 2 AP-CPP).
60. L'ODA appuie le transfert de cette compétence de la direction de la procédure de l'autorité d'appel à l'autorité de recours. En revanche, le détail de la réglementation mérite d'être simplifié.

Quant aux conditions, le texte proposé évoque toujours l'hypothèse où « *le prévenu en détention est acquitté et que le tribunal de première instance ordonne sa mise en liberté* ». Or, il a déjà été jugé – ce qui est d'ailleurs logique – que le ministère public dispose aussi du moyen de droit pour prolonger la détention, lorsque le tribunal ordonne la mise en liberté sans pour autant acquitter le prévenu, par exemple lorsque la détention avant procès excède la durée de la peine prononcée.

61. Cette modification terminologique met aussi en évidence le fait que le moyen de droit instauré par l'art. 231 al. 2 AP-CPP est en réalité un recours contre un ordre de libération provisoire. En se contentant de transférer la compétence pour statuer, sans pour autant toucher à la procédure, l'avant-projet crée une hétérogénéité dans la procédure que doit suivre l'autorité de recours, qui statue selon une procédure différente selon que la décision de mise en liberté est rendue par le TMC ou par le tribunal, et un paradoxe, le prévenu libéré par celui-ci, à l'issue d'un examen au fond, bénéficiant de garanties de procédure moindres (pas d'audience, délai de recours plus long de cinq jours), que celui qui est libéré par le TMC.
62. L'ODA propose de reformuler l'art. 231 al. 2 CPP comme suit :

« <sup>2</sup> *Si le tribunal de première instance ordonne la mise en liberté du prévenu en même temps qu'il rend son jugement, les art. 222 al. 2 et 228a s'appliquent.* »

#### X. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ PENDANT LA PROCÉDURE DEVANT LA JURIDICTION D'APPEL

63. L'avant-projet propose de transférer la compétence pour mettre le prévenu en détention pour des motifs de sûreté, alors que la procédure est déjà pendante devant la juridiction d'appel, de la direction de la procédure de la juridiction d'appel à la direction de la procédure de la juridiction de recours (art. 232 AP-CPP).
64. L'ODA est favorable à ce que la compétence pour arrêter le prévenu soit retirée à la direction de la procédure de la juridiction d'appel.

Il estime en revanche que cette compétence doit être conférée au TMC. Certes, ce tribunal est une autorité de première instance. Elle n'est toutefois pas fonctionnellement subordonnée à la juridiction d'appel ; aucune des décisions de celle-là ne peut être déférée à celle-ci. De plus, il n'y a pas de raison qu'un prévenu, que la direction de la procédure estime devoir placer en détention préventive, perde un degré de juridiction, du simple fait que la procédure est déjà pendante en appel. Si la question du soupçon suffisant est beaucoup plus claire à ce stade, les conditions spéciales de mise en détention sont, par hypothèse, examinées à la lumière de faits nouveaux et, vu l'importance de la liberté individuelle, il importe qu'elles puissent l'être par deux autorités successives statuant avec pleine cognition.

65. Subsiliairement, à supposer que le Conseil fédéral préfère, ce nonobstant, proposer au législateur de conférer à une autorité cantonale supérieure le soin de statuer, en lieu et place de la direction de la procédure de la juridiction d'appel, il faudrait conférer cette compétence à l'autorité de recours et non à la direction de la procédure de l'autorité de recours. D'une part, cette attribution de compétence est contraire au système, dès lors que la direction de la procédure gère typiquement certains aspects procéduraux dans le

contexte d'une procédure pendante devant l'autorité dont elle fait partie (art. 61 à 65, 388 CPP), tandis qu'ici, la direction de la procédure de l'autorité de recours statuerait en-dehors de toute saisine de l'autorité de recours elle-même. D'autre part, dès lors qu'il n'y a pas de double degré d'instance cantonale pour cette décision de mise en détention, mais que la décision est directement rendue par l'autorité précédant le Tribunal fédéral, il se justifie de confier cette compétence à l'autorité qui statuerait, d'habitude, sur recours. Enfin, le souci qui paraît inspirer l'attribution à la direction de la procédure de l'autorité de recours, plutôt qu'à l'autorité de recours elle-même, soit le traitement par un juge unique plutôt que par un tribunal collégial, peut être réglé par les cantons dans le cadre de leurs compétences d'organisation judiciaire, s'ils l'estiment nécessaire.

66. Par ailleurs, l'ODA estime que, pour réduire encore davantage l'apparence de prévention, la juridiction d'appel ne doit pas demander à la direction de la procédure de l'autorité de recours de mettre le prévenu en détention, mais l'informer des éléments qui pourraient justifier la mise en détention.
67. Enfin, dans la mesure où, matériellement, il s'agit de mise en détention, il y a lieu de régler les détails de la procédure, comme le fait l'art. 229 al. 2 et 3 CPP, lorsque des motifs de détention apparaissent au cours de la procédure de première instance. En effet, la procédure proposée (qui reprend la procédure actuelle) est insuffisante au regard du droit d'être entendu du prévenu ; l'autorité de recours ne doit pas pouvoir statuer immédiatement après l'interrogatoire, lorsque le prévenu est amené par la police. Après cet interrogatoire, fait en urgence, le prévenu ou son défenseur doivent pouvoir consulter le dossier, proposer l'administration de preuves « *immédiatement disponibles* », puis s'exprimer en connaissance de cause sur les motifs de détention.
68. Il y a lieu de formuler l'art. 232 al. 1 AP-CPP comme suit :

« <sup>1</sup> *Lorsque les motifs de détention n'apparaissent que pendant la procédure devant la juridiction d'appel, la direction de la procédure de la juridiction d'appel communique ces éléments et le dossier à l'autorité de recours. Celle-ci fait amener immédiatement le prévenu par la police et l'interroge. L'art. 229 al. 3 s'applique par analogie à la suite de la procédure. »*

- XI. DEMANDE DE LIBÉRATION PENDANT LA PROCÉDURE LA JURIDICTION D'APPEL
69. L'avant-projet propose de transférer de la direction de la procédure de la juridiction d'appel à la direction de la procédure de la juridiction de recours la compétence pour statuer sur les demandes de libération formées, alors que la procédure est pendante devant la juridiction d'appel (art. 233 AP-CPP).
  70. L'ODA appuie le retrait de cette compétence à la direction de la procédure de la juridiction d'appel mais estime, pour les raisons citées ci-dessus, qu'il doit intervenir au profit du TMC, subsidiairement de l'autorité de recours elle-même, et non de la direction de la procédure de celle-ci.

Il observe, pour le surplus, que l'avant-projet ne règle pas le cas où la direction de la procédure de la juridiction d'appel estime, spontanément, qu'un réexamen de la

détention pourrait se justifier. Il ne dit pas non plus que le ministère public peut, lui aussi, demander la mise en liberté.

71. L'ODA propose la formulation suivante de l'art. 233 AP-CPP :

« <sup>2</sup> *L'autorité de recours statue sur les demandes de libération pendant la procédure devant la juridiction d'appel. L'art. 230 s'applique par analogie.* »

XII. DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉ POUR GARANTIR L'EXÉCUTION D'UNE PEINE OU D'UNE MESURE

72. L'ODA est favorable aux modifications proposées à l'art. 440 AP-CPP.

73. Il estime toutefois que l'al. 4 devrait prescrire l'application par analogie des art. 230 et 233 CPP (et non 230 à 233 CPP) pour les demandes de mise en liberté, les art. 231 et 232 CPP réglant deux hypothèses de mise en détention

74. Par ailleurs, il importe de préciser que le condamné dispose d'un droit de recours et l'autorité d'exécution aussi.

75. L'ODA propose la formulation suivante :

- art. 440 AP-CPP :

« <sup>1</sup> *L'autorité d'exécution peut, aux conditions de l'art. 439, al. 3, let. a. à c., ordonner la mise en détention pour des motifs de sûreté du condamné pour garantir l'exécution d'une peine ou d'une mesure.*

<sup>2</sup> *Elle défère le cas dans les cinq jours à compter de la mise en détention :*

- en cas d'ordonnance pénale : au tribunal des mesures de contrainte du for du ministère public qui a rendu cette dernière ;*
- en cas de jugement de première instance : au tribunal des mesures de contrainte du for du tribunal de première instance ;*
- en cas de jugement de l'autorité d'appel : à la direction de la procédure de l'autorité de recours du for de la juridiction d'appel.*

<sup>3</sup> *Le tribunal ou la direction de la procédure décide si le condamné doit rester en détention jusqu'au début de l'exécution de la peine ou de la mesure.*

<sup>4</sup> *Les art. 230 et 233 s'appliquent par analogie à la compétence en matière de demandes de mise en liberté.*

<sup>5</sup> *Les art. 222 et 228a s'appliquent par analogie aux recours. »*

### XIII. ORDONNANCE PENALE : AUDITION OBLIGATOIRE DU PREVENU

76. L'art. 352a AP-CPP prévoit que le ministère public a l'obligation d'auditionner le prévenu si l'ordonnance pénale a pour conséquence une peine privative de liberté de plus de quatre mois, une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou la révocation du sursis à une peine privative de liberté.
77. L'ODA est convaincu, d'une part, de la nécessité d'auditionner le prévenu quand une ordonnance pénale est envisagée et, d'autre part, que cette obligation ne doit pas être généralisée pour ne pas surcharger le ministère public.
78. Toutefois, l'ODA considère que la limite à quatre mois et à 120 jours-amende est trop élevée, eu égard en particulier au principe fondamental du droit d'être entendu. Il est dès lors proposé une limite à deux mois et à 60 jours-amende.
79. L'art. 352a AP-CPP doit être libellé ainsi :

*« Le ministère public auditionne le prévenu si l'ordonnance pénale prévue a pour conséquence :*

  - a. *une peine privative de liberté de plus de deux mois ;*
  - b. *une peine pécuniaire de plus de 60 jours-amende, ou*
  - c. *la révocation du sursis à une peine privative de liberté. »*

### XIV. LIMITATION DE L'ORDONNANCE PÉNALE

80. Selon l'art. 352 CPP, le ministère public rend une ordonnance pénale si, durant la procédure préliminaire, le prévenu a admis les faits ou que ceux-ci sont établis et que, incluant une éventuelle révocation d'un sursis ou d'une libération conditionnelle, il estime suffisante l'une des peines suivantes : amende, peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, peine privative de liberté de six mois au plus.
81. La nouvelle prévoit d'exclure la possibilité pour le 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.

La motivation de cette modification est que la procédure spéciale de l'ordonnance pénale ne serait pas suffisante pour que certaines victimes puissent se reconstruire. Pour qu'elles puissent surmonter les infractions subies, les auteurs doivent être jugés dans le cadre de la procédure ordinaire, afin qu'elles n'aient pas l'impression qu'on expédie le traitement d'événements qui sont pour elles très graves.

82. L'ODA ne peut adhérer à cette proposition :
  - la question de la reconstruction des victimes est éminemment personnelle, de sorte qu'il n'est pas possible de poser une règle générale. Il n'existe pas d'avis

unanime en matière de résilience indiquant que seul un procès permettrait à une victime de se reconstruire ;

- s'il est vrai que certaines victimes souhaitent pouvoir s'exprimer devant un juge du fond et que des débats publics soient tenus, tel n'est pas le cas d'autres victimes, ce que le Rapport retient par ailleurs, puisque les auteurs de l'avant-projet se sont interrogés sur la question de savoir si la procédure ordinaire ne pourrait pas s'appliquer qu'à la demande de la victime ou si on devait lui attribuer un droit d'y renoncer ;
- l'ordonnance pénale n'est, de façon générale, envisagée que pour des infractions d'une gravité relative. Dans ces situations, il y a vraisemblablement plus de victimes qui souhaitent éviter de prolonger la procédure par une audience de jugement ;
- la limite à 120 jours-amende ou à quatre mois de peine privative de liberté est artificielle. Par exemple, un prévenu ayant commis une lésion corporelle simple pour laquelle le ministère public envisage une peine de quatre mois ne pourrait pas bénéficier d'une ordonnance pénale, s'il a un antécédent en la matière et que le ministère public entend fixer une peine de six mois. Or, cette différence de traitement n'a rien à voir avec la victime ;
- le système proposé peut avoir des effets pervers. Par exemple, le ministère public, animé par un souci d'économie de procédure et par le principe de célérité, pourrait être tenté de fixer la peine à quatre mois pour en terminer avec la procédure, alors qu'aujourd'hui il aurait infligé une peine supérieure.

## XV. ORDONNANCE PÉNALE ET PRÉTENTIONS CIVILES

83. L'art. 353 al. 2 CPP prescrit que si le prévenu a reconnu des prétentions civiles de la partie plaignante, mention en est faite dans l'ordonnance pénale, ce qui signifie que sans reconnaissance du prévenu, le ministère public ne peut pas le condamner à les régler.
84. L'avant-projet donne cette compétence au ministère public lorsqu'une administration supplémentaire des preuves n'est pas nécessaire et que le montant litigieux n'excède pas CHF 30'000.- (art. 353 al. 2 AP-CPP).
85. L'ODA approuve cette modification qui évitera à la partie plaignante de saisir le tribunal civil, voire renoncer à ses prétentions civiles, eu égard au coût et à la longueur d'une procédure civile.
86. Cela étant, en pratique, les parties ne sont pas informées de l'intention du ministère public de rendre une ordonnance pénale, ce qui a pour conséquence que la partie plaignante pourrait ne pas formuler des prétentions civiles.
87. Il conviendrait par conséquent que le ministère public envoie un avis de prochaine clôture également quand il entend rendre une ordonnance pénale, dans la mesure où il y a une partie plaignante, laquelle devra formuler ses prétentions civiles dans le délai fixé pour solliciter des réquisitions de preuves. La modification de l'art. 318 CPP

s'impose, puisqu'il ne prescrit pas l'obligation d'informer par écrit les parties de son intention de rendre une ordonnance pénale.

Il convient d'ajouter à l'art. 318 CPP, un al. 1<sup>bis</sup> :

« <sup>1bis</sup> *S'il a l'intention de rendre une ordonnance pénale, le ministère public doit en informer les parties s'il y a une partie plaignante, laquelle devra produire ses prétentions civiles dans le délai fixé pour présenter les réquisitions de preuves. »*

## XVI. INTERDICTION DE LA *REFORMATIO IN PEJUS*

88. L'art. 391 al. 2 CPP contient l'interdiction de la *reformatio in pejus*, ce qui signifie, comme le relève le Rapport, l'interdiction d'aggraver non seulement la peine mais aussi la faute attribuée à l'auteur.
89. La nouvelle prévoit d'exclure l'interdiction sous l'angle de la faute (art. 391 al. 2 phr. 1 AP-CPP).

La motivation de cette modification réside dans le constat qu'une instance de recours ne peut actuellement 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 sévère), alors qu'elle maintient la sanction.

Pour corriger cela, le ministère public doit faire un appel joint, même s'il est satisfait de la sanction prononcée, ce qui entraîne que l'instance de recours a alors la possibilité de prononcer une sanction plus élevée, ce que le principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* est justement censée empêcher.

90. L'ODA est d'avis qu'il faut rejeter cette proposition. En effet, c'est le ministère public, qui procède à la mise en accusation devant le tribunal, en proposant une qualification juridique des faits. S'il se satisfait de la qualification retenue par l'autorité de jugement au point de ne pas faire d'annonce d'appel et de renoncer à un appel joint, le prévenu doit alors être préservé en cas d'appel de sa part de toute aggravation de sa situation. A défaut, il pourrait renoncer à faire valoir ses droits en raison du risque encouru, bien que l'accusateur public ait renoncé à toute action. Or, le sens de l'interdiction de la *reformatio in pejus* est justement de garantir au prévenu le droit d'exercer son droit de recours sans craindre d'être puni plus sévèrement.

## XVII. COMPENSATION DES FRAIS DE PROCÉDURE AVEC LES INDEMNITÉS ET LE TORT MORAL

91. Selon le droit actuel, les autorités pénales peuvent compenser les créances portant sur des frais de procédure avec les indemnités accordées à la partie débitrice dans la même procédure et avec des valeurs séquestrées (art. 442 al. 4 et 429 al. 1 lit. a. et b. CPP). Une compensation avec des prétentions en réparation du tort moral (art. 429 al. 1 lit. c. CPP) est en revanche exclue (ATF 139 IV 243, consid. 5.).

92. La nouvelle entend autoriser cette compensation (art. 442 al. 4 AP-CPP) pour des raisons d'économie de procédure, soit pour éviter que l'État doive verser des indemnités à la personne condamnée pour ensuite entamer des démarches visant à recouvrer des frais de procédure mis à sa charge. Si le recouvrement n'aboutit pas, ces frais incomberont finalement au contribuable.
93. L'ODA conclut au rejet de cette proposition. L'indemnité pour tort moral concerne essentiellement celle consécutive à une détention injustifiée ou subie dans des conditions illicites. La compensation a ainsi pour but d'éviter que l'État ne verse effectivement la somme due, alors que le prévenu a subi une atteinte à un droit fondamental. Une telle possibilité reviendrait à accorder une forme de tolérance à des conditions de détention intolérables. Il est nécessaire que l'État assume ses responsabilités et l'interdiction de la compensation permet de mettre sur lui une certaine pression financière, utile à la réduction de la problématique.

## XVIII. DROIT PÉNAL DES MINEURS

94. L'art. 3 al. 2 DPMin prévoit que lorsque plusieurs infractions commises avant et après l'âge de 18 ans doivent être jugées en même temps et que les autorités n'ont eu connaissance d'actes commis avant l'âge de 18 ans qu'après l'ouverture d'une procédure pour un acte commis après l'âge de 18 ans, les mesures susceptibles d'être prononcées peuvent l'être tant à raison du droit pénal des mineurs qu'à raison du droit pénal des adultes.
95. La nouvelle prévoit de restreindre la palette des mesures en réservant uniquement celles contenues dans le Code pénal (art. 3 al. 2 AP-CPP).
96. Pour l'ODA cette proposition n'est pas adéquate.

Toute restriction quant à la palette des mesures susceptibles d'être prononcées constitue une violation des principes applicables à la matière, en particulier des principes de proportionnalité et d'individualisation.

Par ailleurs, les conditions posées à des mesures communes varient. Par exemple, le traitement ambulatoire prévu dans le droit pénal des mineurs ne nécessite pas un trouble mental grave (art. 14 DPMin), alors que tel est le cas en droit pénal des adultes (art. 63 CP). Or, il peut s'avérer qu'un jeune adulte ait besoin d'un traitement ambulatoire sans pour autant souffrir d'un trouble grave. La modification priverait alors l'autorité de jugement d'une mesure pourtant susceptible de prévenir la récidive.

## B. PROPOSITIONS DE MODIFICATIONS SUPPLEMENTAIRES

### XIX. RECOURS CONTRE LE REJET PAR LE MINISTÈRE PUBLIC D'UNE RÉQUISITION DE PREUVES

97. Selon le droit actuel (art. 394 lit. b. CPP), le recours est irrecevable, lorsque le ministère public ou l'autorité pénale compétente en matière de contraventions rejette une réquisition de preuves qui peut être réitérée sans préjudice juridique devant le tribunal.
98. Le Message du Conseil fédéral stipule sommairement qu' « *afin de ne pas ralentir le déroulement de la procédure de recours, et en dérogation à la clause générale de l'art. 401, al. 1, let. a, le projet exclut le recours contre le rejet de réquisition de preuves par le ministère public ou l'autorité pénale compétente en matière de contraventions si ces propositions peuvent être renouvelées devant le tribunal de première instance (let. b, cf. art. 332, al. 3)* » (FF 2006 1297).
99. Selon le Commentaire romand du CPP, « *la notion de préjudice juridique n'est pas précisée dans le CPP. La doctrine cite des exemples tels que le cas du témoin qui ne pourrait pas être entendu ultérieurement dans la procédure (ou qui ne pourrait l'être que difficilement) ainsi que la situation où une expertise devrait être menée immédiatement en raison des possibles modifications de son objet* » (CR CPP-REMY, art. 394 N 6).
100. S'agissant de la notion de préjudice juridique, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral dispose que « *les décisions relatives à l'administration des preuves ne sont en principe pas de nature à causer un dommage irréparable puisqu'il est normalement possible, à l'occasion d'un recours contre la décision finale, d'obtenir que la preuve refusée à tort soit mise œuvre si elle devait avoir été écartée pour des raisons non pertinentes ou en violation des droits fondamentaux du recourant (ATF 134 III 188, consid. 2.3 p. 191 ; 99 la 437, consid. 1 p. 438). Cette règle comporte toutefois des exceptions. Il en va notamment ainsi lorsque le refus d'instruire porte sur des moyens de preuve qui risquent de disparaître et qui visent des faits décisifs non encore élucidés, ou encore quand la sauvegarde de secrets est en jeu (arrêt 4P.117/1998, du 26 octobre 1998 consid. 1b/bb/aaa, in SJ 1999 I 186)* » (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_189/2012 du 17 août 2012, consid. 1.2).

Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que « *toute procédure pénale emporte en soi le risque que certaines preuves qui auraient pu être administrées dans la procédure préliminaire puissent ne plus l'être par la suite aux débats. Ce risque ne saurait toutefois conduire à admettre trop largement la recevabilité d'un recours contre un éventuel refus de donner suite à des réquisitions de preuves d'une partie à la procédure pénale (cf. en ce sens, STEPHENSON/THIRIET, op. cit., n. 7, p. 2625). La possibilité de recourir doit ainsi être admise lorsqu'il existe un risque de destruction ou de perte du moyen de preuve. Il doit s'agir d'un risque concret et non d'une simple possibilité théorique, faute de quoi l'exception voulue par le législateur à la possibilité de mettre en cause les décisions relatives à l'administration des preuves à ce stade de la procédure pourrait devenir la règle. La seule crainte abstraite que l'écoulement du temps puisse altérer les moyens de preuve ne suffit pas. Ainsi, le préjudice juridique évoqué à l'art. 394 let. b CPP ne se différencie pas du préjudice irréparable visé à l'art. 93 al. 1 let. a LTF, qui s'entend, en droit pénal, d'un dommage juridique à l'exclusion d'un dommage de pur fait tel l'allongement ou le renchérissement de la procédure.*

*La doctrine évoque à cet égard la nécessité d'entendre un témoin très âgé, gravement malade ou qui s'apprête à partir dans un pays lointain définitivement ou pour une longue durée, ou encore celle de procéder à une expertise en raison des possibles altérations ou modifications de son objet (cf. THOMAS MAURER in GOLDSCHMID/MAURER/SOLLMERGER, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozess-ordnung, 2008 p. 388 ; NIKLAUS SCHMID, Praxiskommentar, 2009 n. 3 ad art. 294 StPO, p. 760 ; MARC REMY, Commentaire CPP, n. 6 ad art. 394 CPP, p. 1762 ; PETER ANDREAS KELLER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, n. 3 ad art. 394 StPO, p. 1897 ; STEPHENSON/THIRIET, Basler Kommentar, n. 6, p. 2625; MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht: Grundriss für Studium und Praxis, 2009, p. 230). Il en va de même lorsque le refus d'instruire porte sur des moyens de preuve qui risquent de disparaître et qui visent des faits non encore élucidés (cf. ATF 101 Ia 161 ; 98 Ib 282 consid. 4 in fine p. 287).*

*Pour qu'une dérogation à l'irrecevabilité du recours contre un refus de procéder à des actes d'instruction entre en considération, les moyens de preuve invoqués doivent porter sur des faits pertinents. Même si cette condition ne ressort pas expressément du texte de l'art. 394 let. b CPP, elle découle de l'art. 139 al. 2 CPP (cf. STEPHENSON/THIRIET, Basler Kommentar, n. 6 p. 2625 » (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_189/2012 du 17 août 2012, consid. 2.1).*

La notion de préjudice juridique est ainsi très restrictive.

La jurisprudence précitée demeure d'actualité et est encore régulièrement citée comme référence dans des arrêts récents (cf. notamment arrêt du Tribunal fédéral 4A\_407/2016 du 7 février 2017).

101. Certes, selon l'art. 343 al. 1 CPP, le tribunal procède à l'administration de nouvelles preuves ou complète les preuves administrées de manière insuffisante.

Théoriquement, ce tribunal peut donc toujours administrer les actes d'instruction sollicités par les parties qui ont été rejetés par le ministère public. Mais c'est un leurre.

102. En effet, la pratique a démontré, depuis 2011, que les réquisitions de preuves nouvelles ne sont que très rarement acceptées par le tribunal, en vertu du principe de l'immédiateté limitée.

En définitive, l'art. 394 lit. b. CPP confère un pouvoir excessivement large au ministère public, compte tenu de l'impossibilité concrète subséquente, pour les parties, de voir leurs réquisitions de preuves favorablement accueillies par le tribunal.

103. Une modification législative s'impose ; un droit de recours contre le refus d'un acte d'instruction par le ministère public doit être prévu.

104. Il n'est en outre pas rare que le tribunal refuse un moyen de preuve, si son administration entraîne une prolongation excessive de la procédure pendante devant lui.

Cela est notamment le cas, lorsqu'une expertise ou une commission rogatoire internationale sont sollicitées, ces moyens de preuve nécessitant *de facto* une suspension de plusieurs semaines, voire plusieurs mois.

En revanche, le temps nécessaire à l'établissement de ces moyens de preuve durant l'instruction préliminaire n'entrainera que rarement une telle suspension, ce temps pouvant être mis à profit pour instruire d'autres aspects du dossier.

105. Par ailleurs, au stade du tribunal, l'art. 343 al. 1 CPP, doit s'appliquer à l'aune de l'art. 350 CPP.

Selon cette dernière disposition, le tribunal est lié par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation, mais non par l'appréciation juridique qu'en fait le ministère public.

Le tribunal n'a pas à instruire des faits non retenus dans l'acte d'accusation, de sorte que la pertinence du moyen de preuve s'apprécie au seul regard de l'acte d'accusation soumis.

La preuve sollicitée par une partie doit dès lors être pertinente s'agissant des faits dont le tribunal est saisi et non, le cas échéant, pour démontrer un autre comportement, lequel n'aurait par hypothèse pas été retenu par le ministère public.

A cet égard, il sied de préciser que l'art. 333 CPP (modification et compléments de l'accusation) n'est qu'une faculté offerte au ministère public et que le tribunal ne peut contraindre celui-ci à modifier son accusation.

106. Les parties, y compris la partie plaignante, ont ainsi un intérêt à pouvoir recourir contre le refus d'un moyen de preuve au stade de l'instruction, dans la mesure où elles cherchent à établir un comportement que le ministère public n'entendrait, *a priori*, pas porter devant le tribunal.

107. Au surplus, même en cas d'admission de l'offre de preuve en question, on pourrait alors se heurter à la problématique du temps écoulé depuis les faits à l'origine de l'ouverture de la procédure et partant, à la « *qualité* » du témoignage requis.

Aussi, l'autorité de jugement, tout en accueillant favorablement l'offre de preuve, pourrait en tirer une force probante toute relative eu égard à l'écoulement du temps, de la précision des déclarations et des souvenirs qui se sont estompés dans l'intervalle.

108. Enfin, les parties ne peuvent s'opposer à une offre de preuve ordonnée par le ministère public (laquelle par exemple serait irrelevante, mais maintiendrait un risque théorique de collusion).

La situation actuelle confère ainsi un pouvoir discrétionnaire au ministère public et viole également le principe de l'égalité des armes

109. Sous l'égide de l'ancien code de procédure genevois, le recours contre le refus d'un acte d'instruction était immédiatement ouvert.

Cette règle était concrétisée à l'art. 190 CPP-GE.

Afin de pallier tout procédé dilatoire, le recours était dépourvu d'effet suspensif automatique (art. 163 CPP-GE), de sorte que la procédure continuait en parallèle du recours traité par la Chambre d'accusation.

Le système mis en œuvre dans le canton de Genève, a fait ses preuves durant des décennies.

Il ne ressort en outre pas des travaux préparatoires du code de procédure pénale unifié, que le recours contre le refus d'un acte d'instruction ait été refusé au motif que celui-ci entraînerait des manœuvres dilatoires des parties.

L'expérience du canton de Genève démontre que des garde-fous, à l'instar de l'absence d'effet suspensif automatique, sont à même de remédier aux éventuelles manœuvres dilatoires des parties.

110. Il sied enfin de relever que certaines décisions quant aux réquisitions de preuves sont déjà susceptibles de recours durant l'instruction, notamment la levée des scellés.

Bien que la composante du préjudice irréparable apparaisse dans cette hypothèse plus flagrante, il faut relever que le prétendu écueil en lien avec des procédés dilatoires n'a pas même été examiné pour admettre pareille possibilité de recourir.

111. Il existe ainsi des arguments juridiques et de fait qui militent en faveur d'une voie de recours à l'encontre des décisions de refus d'une réquisition de preuves.

L'art. 394 lit. b. CPP doit par conséquent être supprimé.

## XX. IMMÉDIATETÉ

112. Si le CPP a confirmé le principe de l'oralité (art. 66 CPP), il s'est sensiblement distancié du principe de l'immédiateté, tel qu'il était généralement appliqué, en tout cas dans l'ancien code de procédure pénale genevois.

Ainsi, l'art. 343 CPP énonce que le tribunal procède à l'administration de nouvelles preuves ou au complément des preuves administrées de manière insuffisante ou en violation de prescriptions de forme au cours de la procédure préliminaire (al. 1 et 2).

Le tribunal réitère l'administration des preuves qui ont d'ores et déjà été administrées en bonne et due forme au cours de la procédure préliminaire que si une connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement (al. 3).

113. Selon l'art. 331 al. 3 CPP, la direction de la procédure informe les parties des réquisitions de preuves qu'elle a rejetées ; cette décision n'est pas sujette à recours, mais les réquisitions peuvent être présentées à nouveau aux débats.

Ces dispositions sont applicables par analogie à la procédure d'appel, par renvoi de l'art. 405 al. 1 CPP.

114. Selon l'art. 389 CPP, la procédure de recours se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (al. 1) ; l'administration des preuves du tribunal de première instance n'est répétée (al. 2) que si les dispositions en matière de preuves ont été enfreintes (lit. a), l'administration des preuves était incomplète (lit. b) ou les pièces relatives à l'administration des preuves ne semblent pas fiables (lit. c).

115. L'art. 389 al. 3 CPP prévoit que l'autorité de recours administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours. Cette disposition concrétise la volonté de recherche de la vérité matérielle, pour laquelle l'autorité a un rôle actif à jouer. Les preuves sont nécessaires lorsqu'elles pourraient avoir une influence sur le sort du litige (Message, FF 2006 1294).

116. Ces dispositions laissent un important pouvoir d'appréciation au juge, ce qui n'a pas échappé à la doctrine (PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale suisse, Schulthess, 3<sup>ème</sup> édition, p. 217 N 635 et 636).

*« La disposition laisse évidemment une grande marge d'appréciation au tribunal et une place non négligeable à la perpétuation des pratiques locales... »*

*Il n'est néanmoins pas déraisonnable d'affirmer que, désormais, du moins du point de vue des textes, le centre de gravité du procès pénal s'est considérablement déplacé vers la procédure préliminaire, les débats s'en trouvant réduits d'autant, tant en durée qu'en importance. »*

117. A Genève, on constate un certain abus de ce pouvoir d'appréciation, visant à réduire, voire à supprimer, l'immédiateté, au détriment de la manifestation de la vérité et d'une bonne justice.

Cette dérive commence au ministère public qui, même s'il a l'obligation d'instruire à charge et à décharge pendant la procédure préliminaire (art. 6 al. 2 CPP), fait un choix des actes d'instruction à exécuter, en particulier des témoins à entendre, son futur rôle d'accusateur n'étant pas absent de ce choix.

Le problème est qu'à ce stade, comme rappelé ci-dessus, il n'y a pas de recours contre le refus de réquisitions de preuves, sous réserve des rares cas où il y aurait un préjudice juridique (art. 394 lit. b. CPP).

118. Dans la phase de préparation des débats de jugement, la direction de la procédure peut rejeter des réquisitions de preuves des parties, ce qu'elle fait sans retenue ; sa décision n'est pas sujette à recours.

La possibilité de les réitérer à l'ouverture des débats par devant le tribunal ne constitue pas un remède sérieux puisque, la plupart du temps, elles sont rejetées, notamment parce que certaines auditions pourraient impliquer le renvoi de l'audience. Ici encore, il n'y a pas de recours immédiat.

Ces difficultés se retrouvent, de manière plus marquée encore, dans la procédure d'appel. Reste, il est vrai, le Tribunal fédéral...

Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt important en relation avec l'art. 343 al. 3 CPP qui permet la réitération d'un moyen de preuve, même s'il a été administré en bonne et due forme lors de la procédure préliminaire « lorsque la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement » (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_970/2013 du 24 juin 2014, consid. 2.1) :

*« Seules les preuves essentielles et décisives dont la force probante dépend de l'impression qu'elles donnent doivent être réitérées [...]. S'agissant d'un témoignage,*

*l'administration de la preuve n'apparaît pas nécessaire uniquement au regard de son contenu (soit ce que dit le témoin), mais bien plutôt lorsque le jugement dépend de manière décisive du comportement du témoin (soit comment il le dit) [...]. »*

Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_683/2015 du 7 avril 2016, consid. 1.1. :

*« La connaissance directe d'un moyen de preuve est nécessaire, au sens de l'art. 343 al. 3 CPP, lorsqu'elle est susceptible d'influer sur l'issue de la procédure. Tel est notamment le cas lorsque la force du moyen de preuve dépend de manière décisive de l'impression suscitée lors de sa présentation, par exemple lorsque l'impression directe suscitée par les déclarations d'un témoin est particulièrement décisive, ainsi lorsque cette déposition constitue le seul moyen de preuve direct (déposition contre déposition; [...]). »*

119. En conclusion, il conviendrait de préciser, à l'art. 343 al. 3 CPP, ce qu'il faut entendre par « moyen de preuves [qui] apparaît nécessaire au prononcé du jugement », en visant en particulier les témoins importants sur les faits, les experts, notamment les psychiatres et les témoins de personnalité (pour mieux trancher la culpabilité, établir l'étendue de la faute et fixer la peine).

## XXI. PROCÉDURE SIMPLIFIÉE

120. La pratique a fait apparaître que l'exigence d'acceptation de l'acte d'accusation par toutes les parties confère à la partie plaignante un droit de veto, sans même avoir l'obligation de le motiver, qui ne se justifie pas toujours. Ainsi, par exemple, la partie plaignante peut refuser l'acte d'accusation au motif (non dévoilé) qu'elle n'est pas satisfaite de la peine ou la mesure, alors même que le code ne lui reconnaît pas d'intérêt juridique pour se prononcer sur ces points (par exemple, l'art. 382 al. 2 CPP). Il s'est également produit que la partie plaignante annonce des prétentions civiles – dommages-intérêts ou indemnités – exorbitantes, dans l'espérance que le prévenu, soucieux d'éviter la publicité du procès ou d'être jugé rapidement, les accepte.

De tels procédés sont au désavantage, non seulement du prévenu, mais aussi des autorités pénales, puisqu'en faisant obstacle à l'exécution de procédures simplifiées, ils contribuent à l'engorgement du rôle.

C'est sans parler des cas où la paralysie de la procédure simplifiée, faute d'accord de la partie plaignante, prolonge le maintien en détention du prévenu, dont le ministère public veut garantir la présence au procès, alors même qu'une peine assortie du sursis complet est en discussion.

121. Partant, l'ODA propose des aménagements qui visent à réaliser un meilleur équilibre entre les intérêts qui s'opposent :

- l'accord de la partie plaignante n'est pas requis pour les art. 326 al. 1 lit. b. à h. et 360 al. 1 lit. b. à e. CPP ;
- le refus de la partie plaignante à la procédure simplifiée doit être motivé.

122. Pour éviter qu'un accord portant sur l'essentiel – soit la culpabilité et les sanctions – ne soit paralysé par un différend subsistant sur des questions accessoires, l'ODA propose

qu'il suffise qu'il y ait un accord de principe sur les préentions civiles, indemnités et frais pour que le ministère public puisse transmettre un acte d'accusation en procédure simplifiée au tribunal.

L'octroi de cette faculté emporte également nécessité d'adapter les dispositions relatives aux débats (art. 361 al. 3 AP-CPP), puisqu'il faut alors que le tribunal puisse administrer des preuves et les parties plaider sur les points restés litigieux. Il faut également prévoir une faculté d'appel si l'une des parties ne s'accorde pas de la façon dont le tribunal a tranché ces points (art. 362 al. 5 AP-CPP).

123. L'ODA propose ainsi les modifications suivantes :

- art. 360 al. 1 lit. f. AP-CPP :  
*« le règlement des préentions de la partie plaignante, à tout le moins en leur principe »*
- art. 360 al. 1 lit. g. AP-CPP :  
*« le règlement des frais et indemnités, à tout le moins en leur principe »*
- art. 360 al. 2 AP-CPP :  
*« Le ministère public notifie l'acte d'accusation aux parties. Celles-ci doivent déclarer dans un délai de dix jours si elles l'acceptent ou si elles le rejettent. L'acceptation est irrévocable. La déclaration de rejet de la partie plaignante est motivée. »*

Cette motivation est une condition de recevabilité, si bien qu'un refus non motivé ne fera pas échec à l'envoi de l'acte d'accusation en procédure simplifiée au tribunal.
- art. 360 al. 3 AP-CPP :  
*« L'acte d'accusation est réputé accepté si la partie plaignante ne l'a pas rejeté par écrit dans le délai imparti, ou si elle le rejette sur des points relevant des art. 326 al. 1 lit. b. à h. ou 360 al. 1 lit. b. à e. »*

Combinée avec l'exigence de motivation, cette modification tend à s'assurer que la partie plaignante ne puisse exploiter l'avantage que les autorités pénales et le prévenu peuvent trouver à la procédure simplifiée pour imposer son point de vue sur des aspects sur lesquels elle n'a pas vocation à s'exprimer. Au demeurant, cela codifie la pratique déjà suivie par certains ministères publics.
- art. 361 al. 3 AP-CPP :  
*« Si nécessaire, il interroge également les autres parties présentes. Si des préentions civiles, indemnités ou frais sont litigieux, les parties peuvent requérir l'administration de preuves et plaider sur ces points. »*

- art. 362 al. 5 AP-CPP :

*« En déclarant appel du jugement rendu en procédure simplifiée, une partie peut faire valoir uniquement qu'elle n'accepte pas l'acte d'accusation, que le jugement ne correspond pas à l'acte d'accusation ou attaquer les conclusions civiles, indemnités ou frais. ».*

## XXII. PARTIES PLAIGNANTES

### Frères et sœurs

124. Selon l'art. 116 al. 1 CPP, la victime est le lésé qui, du fait d'une infraction, a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle.

Selon l'al. 2, on entend par proches de la victime, son conjoint, ses enfants, ses père et mère et les autres personnes ayant avec elle des liens analogues, liste qui correspond à celle posée à l'art. 1 al. 2 LAVI.

125. Le conjoint, les enfants, le père et la mère ont qualité de proches de par la loi et peuvent se constituer partie plaignante, au sens de l'art. 118 CPP, indépendamment de leurs liens affectifs avec la victime.

126. Quant aux « autres personnes ayant avec elle des liens analogues », il faut pour trancher cette question, examiner les circonstances concrètes, l'intensité du lien entretenu avec la victime et la fréquence des rencontres, preuve incomparable à ceux qui allèguent être des proches.

127. Ainsi, les frères et sœurs n'ont pas qualité de proches de par la loi, indépendamment de leurs liens affectifs avec la victime. Leur traitement est surprenant, à la lecture de l'art. 110 al. 1 CP qui les intègre dans les proches ; il y a aussi une insécurité juridique, puisque les proches sont définis différemment au sein de la même loi : art. 116 al. 1 et 121 al. 1 CPP.

128. Peuvent ainsi généralement être considérés comme des proches de la victime, le concubin, le partenaire enregistré, les petits-enfants qui ont été élevés par leurs grands-parents, voire une relation d'amitié ou fraternelle très étroite.

S'agissant des frères et sœurs, la jurisprudence est plutôt restrictive, ce d'autant plus s'ils ne vivaient plus avec la victime au moment de son décès. Si tel n'est pas le cas, il faut démontrer des contacts très étroits, seuls susceptibles d'occasionner des souffrances morales exceptionnelles.

129. Le statut juridique des frères et sœurs est choquant car ils pourraient ne pas être acceptés comme partie plaignante, alors qu'ils ont des liens de sang et peuvent avoir des relations plus étroites avec la victime que celle-ci n'avait avec ses parents.

Dans ce sens, le Tribunal fédéral a rejeté un recours déniant aux sœurs de la victime la qualité de partie plaignante (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_137/2015 du 1<sup>er</sup> septembre 2015, consid. 2.2.) :

*« En effet, les quelque vingt ans passés sous le même toit [...] semblent correspondre à l'enfance des quatre sœurs; cet élément - mis à part son éloignement dans le temps - n'est ainsi pas caractéristique d'un lien particulier. Quant aux photos de famille produites - non datées -, aux visites effectuées pour le moins jusqu'en 2008, aux cadeaux adressés semestriellement et aux coups de téléphone hebdomadaires, ils permettent encore une fois de démontrer que les membres de la famille continuaient avoir des relations affectives et périodiques entre eux. Cependant, leur fréquence relativement limitée - notamment celle des appels téléphoniques - ne suffit pas pour retenir que ces échanges auraient été au-delà de ceux existant généralement dans une fratrie ayant quitté le giron parental. »*

130. Il est proposé de modifier l'art. 116 al. 2 AP-CPP ainsi :

*« On entend par proches de la victime ses enfants, ses père et mère, ses frères et sœurs et les autres personnes ayant avec elle des liens analogues. »*

Absence de mention de l'adresse de la victime

131. La question de la protection des personnes mises en danger par leur participation à la procédure est réglée par les art. 149 ss CPP. La partie plaignante est une participante à la procédure et peut donc bénéficier de la protection en question.

132. L'art. 149 al. 2 CPP énumère les mesures de protection envisageables. La confidentialité de l'adresse de la victime n'y figure pas, mais elle n'est pas exclue de ce fait, dès lors que l'énumération est exemplative. De plus, la confidentialité de l'adresse ressemble tant à une garantie de l'anonymat (art. 149 al. 2 lit. a. CPP) atténuée, qu'à une restriction de l'accès au dossier (art. 149 al. 2 lit. e. CPP).

Partant, il paraît en soi admissible d'ordonner que l'adresse de la victime ne figure pas au dossier.

133. Des difficultés se posent en revanche quant au régime juridique :

- si on l'analyse comme une espèce de garantie de l'anonymat, il y aurait lieu de lui appliquer l'art. 150 CPP. Or, cette disposition prévoit que la garantie de l'anonymat doit être soumise par le ministère public au TMC pour ratification (art. 150 al. 2 CPP), ce qui paraît disproportionné, compte tenu de l'impact somme toute réduit de cette mesure sur les droits de la défense. Par ailleurs, si elle n'est pas ratifiée par ce tribunal, toutes déclarations recueillies sous son empire deviennent inexploitables, ce qui paraît également excessif ;
- si on l'analyse comme une restriction de l'accès au dossier des personnes desquelles pourrait émaner le danger, il n'y a certes pas besoin de ratification par le TMC mais c'est du point de vue logistique que survient la difficulté, puisqu'il faudrait tenir un dossier complet avec les adresses mais veiller à ce que lesdites adresses soient occultées chaque fois que la personne de laquelle le danger pourrait émaner le consulte.

134. Partant, les modifications suivantes s'imposent :

- art. 149 al. 2 lit. a. AP-CPP est reformulé :

« assurer l'anonymat ou la confidentialité de l'adresse de la personne à protéger » ;

- art. 150 AP-CPP ainsi :

« Art. 150 Garantie de l'anonymat ou confidentialité de l'adresse

<sup>1</sup> La direction de la procédure peut garantir l'anonymat ou la confidentialité de l'adresse aux personnes à protéger.

<sup>2</sup> Le ministère public doit soumettre la garantie de l'anonymat à l'approbation du tribunal des mesures de contrainte, en indiquant avec précision dans les 30 jours, tous les éléments nécessaires à l'appréciation de la légalité de la mesure. Le tribunal des mesures de contrainte statue définitivement.

<sup>3</sup> Si le tribunal des mesures de contrainte refuse son approbation, les preuves déjà administrées sous la garantie de l'anonymat ne sont pas exploitables.

<sup>4</sup> Une fois approuvée ou ordonnée, la garantie de l'anonymat ou de la confidentialité de l'adresse lie l'ensemble des autorités pénales chargées de l'affaire.

<sup>5</sup> La personne à protéger peut renoncer en tout temps à l'anonymat ou à la confidentialité de l'adresse.

<sup>6</sup> D'office ou sur demande, le ministère public et la direction de la procédure du tribunal révoquent la garantie de l'anonymat ou la confidentialité de l'adresse lorsque le besoin de protection a manifestement disparu. »

135. Le refus du ministère public de garantir la confidentialité de l'adresse est sujet à recours (ATF 139 IV 265, consid. 2.4.). Son refus de lever la garantie de la confidentialité de l'adresse (art. 150 al. 6 CPP) est également sujet à recours, à notre sens.

### XXIII. INDEMNITÉS

136. Selon la jurisprudence fédérale, le juge doit statuer simultanément sur le fond et sur les indemnités (art. 429 ss CPP), ainsi que sur les honoraires de l'avocat d'office (art. 135 CPP).

137. Cette obligation n'est pas satisfaisante. S'agissant de l'indemnité sollicitée par un prévenu plaidant l'acquittement, on ne peut exclure que, si elle est conséquente, le juge ne soit influencé quand il tranche la question de sa culpabilité. De plus, les parties ressentent fréquemment un malaise de voir traitées en même temps les questions cruciales, relatives à la liberté du prévenu et aux atteintes subies par les parties plaignantes, et celles financières.

Cette dernière remarque s'impose aussi s'agissant de la taxation des honoraires de l'avocat d'office ; de plus, il n'est pas très heureux de retrouver dans une ordonnance de classement, une ordonnance pénale ou une décision d'une autorité de jugement, l'examen détaillé d'un état de frais, avec bien souvent des corrections.

138. Il faut dès lors prévoir expressément la possibilité pour le juge de trancher ces questions séparément.

#### XXIV. MÉDIATION PÉNALE

139. Le CPP ne contient aucune disposition sur la médiation pénale ; en revanche, elle est prévue aux art. 34A et 34B de la Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP).

140. Il conviendrait d'inclure des dispositions dans le CPP sur la médiation pénale, d'autant plus que le droit pénal des mineurs la prévoit déjà (art. 17 DPMin).

141. L'ODA propose un nouvel art. 316a AP-CPP :

« <sup>1</sup> En lieu et place d'une conciliation (art. 316 al.1 phr. 1 et al. 2), le ministère public peut inviter le prévenu, d'une part, le plaignant, le lésé ou les proches de la victime, d'autre part, à engager une médiation.

<sup>2</sup> Il peut également procéder selon l'al. 1 lorsqu'une exemption de peine au titre de l'absence d'intérêt à punir selon l'art. 52 CP entre en ligne de compte.

<sup>3</sup> Si la médiation aboutit, le ministère public classe la procédure. »

et un nouvel art. 332a AP-CPP :

« <sup>1</sup> En lieu et place d'une conciliation (art. 332 al. 2), la direction de la procédure peut inviter le prévenu et la partie plaignante à engager une médiation.

<sup>2</sup> Elle peut également procéder selon l'al. 1 lorsqu'une exemption de peine au titre de l'absence d'intérêt à punir selon l'art. 52 CP entre en ligne de compte.

<sup>3</sup> Si la médiation aboutit, la procédure est classée. ».

## C. CONCLUSIONS

142. Dans la présentation de l'avant-projet, le Rapport est clair sur l'ambition limitée des modifications proposées. En effet, il ne s'agissait que de procéder à « *un examen de l'adéquation du CPP à la pratique* » (Rapport, p. 7, 1.2).

Encore plus clair (Rapport, p. 13, 1.4) :

« *Les modifications proposées ne concernent que des domaines dans lesquels l'application du code a entraîné des difficultés ou a eu des effets indésirables. On renonce par contre à modifier ou à abroger des règles certes critiquées (par ex. celles concernant la procédure simplifiée), mais qui ont fait la preuve de leur efficacité. On maintient la structure de base du CPP sans remettre en question les décisions du législateur.* »

143. Pour l'ODA, cette approche minimaliste est très regrettable, car l'avant-projet passe ainsi à côté de modifications qui s'imposaient, en particulier quant :

- au recours contre le rejet par le ministère public des réquisitions de preuves ;
- à l'immédiateté trop réduite ;
- au droit de véto trop important de la partie plaignante dans le cadre de la procédure simplifiée.

144. L'ODA forme le vœu que le législateur se mette derechef au travail pour examiner et décider de ces réformes de fond.

\* \* \*



Me Grégoire MANGEAT  
Bâtonnier de l'Ordre des avocats  
de Genève

Genève, le 13 mars 2018

## Gasser Annemarie BJ

---

**Von:** Gasser Annemarie BJ  
**Gesendet:** Freitag, 6. April 2018 09:03  
**An:** Gasser Annemarie BJ  
**Betreff:** Vernehmlassung zur StPO-Revision

**Von:** Charlotte Schoder [<mailto:charlotte.schoder@bluewin.ch>]

**Gesendet:** Freitag, 6. April 2018 07:48

**An:** Goldschmid Peter BJ <[Peter.Goldschmid@bj.admin.ch](mailto:Peter.Goldschmid@bj.admin.ch)>

**Betreff:** Vernehmlassung zur StPO-Revision

Sehr geehrter Herr Goldschmid

Wie letzte Woche besprochen, lasse ich Ihnen eine als Privatperson verfasste Vernehmlassung zur StPO noch nachträglich zukommen.

Meines Erachtens sollte bei der nächsten StPO-Revision auch Art. 117 Abs. 3 StPO geändert werden, und zwar folgendermassen:

*„Machen die Angehörigen des Opfers Haftungsansprüche geltend, so stehen ihnen die gleichen Rechte zu wie dem Opfer.“*

Begründung:

Nach der jetzigen Formulierung von Art. 117 Abs. 3 StPO können Opferangehörige nur dann Parteirechte im Strafverfahren gegen den Täter beanspruchen, wenn sie Zivilansprüche geltend machen. In diesem Fall sind sie ohne Weiteres legitimiert, Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen mit der StPO-Beschwerde anzufechten. Diese Befugnis haben sie aber nicht, wenn es sich beim mutmasslichen Täter um einen Staatsangestellten handelt und die Opferangehörigen dementsprechend keinen Zivilanspruch gegen den Täter, sondern eine öffentlich-rechtliche Forderung gegen den Staat aus Staatshaftung haben.

Der Entscheid im Strafpunkt kann sich allerdings nicht nur auf zivilrechtliche, sondern auch auf öffentlich-rechtliche Ansprüche der Angehörigen auswirken. Wenn beispielsweise ein Verfahren wegen vorsätzlicher Tatbegehung eingestellt wird, so hat der Umstand, dass der Täter/der Staatsangestellte nur noch wegen Fahrlässigkeit belangt werden kann, auf die öffentlich-rechtliche Forderung der Angehörigen Auswirkungen. Zudem ist beim Zivilgericht und beim Staatshaftungsgericht gleichermaßen von einer faktischen Bindung an den strafrechtlichen Entscheid auszugehen.

Für die betroffenen Angehörigen ist die Unterscheidung zwischen Zivilansprüchen und öffentlich-rechtlichen Ansprüchen bisweilen nicht nachvollziehbar. Unter dem Blickwinkel des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV) ist beispielsweise nicht einzusehen, weshalb die Angehörigen die Nichtanhandnahme oder Einstellung eines Strafverfahrens bei einer zur Anzeige gebrachten Straftat in einem privaten Verkehrsbetrieb oder in einem privaten Spital anfechten können, der kantonale Rechtsmittelweg ihnen dagegen versagt bleibt, wenn sich die mutmassliche Straftat in einem öffentlichen Verkehrsbetrieb oder einem öffentlichen Spital ereignete.

Ich plädiere deshalb dafür, den in Art. 117 Abs. 3 StPO verwendeten Begriff „Zivilansprüche“ durch den Begriff „Haftungsansprüche“ zu ersetzen.

Es ist mir bewusst, dass die dargestellte Problematik in analoger Weise die Rechtsmittellegitimation der geschädigten Person ans Bundesgericht betrifft. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG ist die geschädigte Person unter der Voraussetzung zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert, dass sich der angefochtene Entscheid auf ihre Zivilansprüche auswirken kann. Betreffend dieser Bestimmung plädiert ein Teil der Lehre, Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG in dem Sinn neu auszulegen, dass mit dem Begriff „Zivilansprüche“ auch öffentlich-rechtliche Ansprüche gemeint sind (Thommen, Basler Kommentar zu Art. 81 BGG N. 41). Ein anderer Teil der Lehre plädiert für eine entsprechende Gesetzesrevision (Aemisegger, in: Liber amicorum für Andreas Donatsch, S. 260).

Vgl. zur Problematik auch den Entscheid SBK.2011.262 der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts Aargau, publ. in: CAN 2013 Nr. 40.

Ich danke Ihnen, dass ich trotz Fristablauf noch nachträglich eine Vernehmlassung einreichen darf. Als im Strafrecht und Staats- und Verwaltungsrecht engagierte Juristin ist mir die Revision der StPO ein berufliches Anliegen.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüßen

Charlotte Schoder

\*\*\*\*\*

Charlotte Schoder  
Dr. iur, Rechtsanwältin  
Meientalstrasse 63  
8048 Zürich  
[E-Mail charlotte.schoder@bluewin.ch](mailto:charlotte.schoder@bluewin.ch)  
Mobile 079 669 45 94

**Von:** Zufferey Florène <Florene.Zufferey@chgemeinden.ch>  
**Gesendet:** Dienstag, 30. Januar 2018 14:05  
**An:** Gasser Annemarie BJ  
**Betreff:** Vernehmlassung: Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Mit Ihrem Schreiben vom 1. Dezember 2017 haben Sie dem Schweizerischen Gemeindeverband (SGV) das oben erwähnte Geschäft zur Vernehmlassung unterbreitet. Für die Gelegenheit, uns aus Sicht der rund 1625 dem SGV angeschlossenen Gemeinden äussern zu können, danken wir Ihnen.

Nach Studium der Unterlagen teilen wir Ihnen hiermit jedoch mit, dass der SGV zu dieser Vorlage keine Stellungnahme einreicht.

Vielen Dank für Ihre Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse und schöne Festtage

## **Schweizerischer Gemeindeverband**

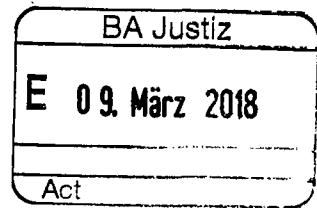
Präsident Direktor

f. gm 2 4

Hannes Germann  
Ständerat

Reto Lindegger

Bundesamt für Justiz  
Frau  
Annemarie Gasser  
Bundesrain 20  
3003 Bern  
[annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)



Bern, 9. März 2018 sgv-Kl/ds

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

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99.8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 lädt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein, zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) Stellung zu nehmen.

Die Motion 14.3383 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (Anpassung der Strafprozessordnung) beauftragt den Bundesrat, nach einer Prüfung der Praxistauglichkeit der Strafprozessordnung (StPO) dem Parlament bis Ende 2018 die notwendigen Änderungen vorzulegen. Die StPO erfährt keine grundlegende Revision, sondern punktuelle Änderungen einzelner Bestimmungen, deren Anwendung in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen führt.

**Der Schweizerische Gewerbeverband sgv lehnt jene Änderungsvorschläge ab, die zu einem finanziellen, personellen oder administrativen Mehraufwand führen. Ebenso lehnt er jene Vorschläge ab, die zu einer höheren Regelungsdichte führen. Der sgv unterstützt Vorschläge, die Verfahrensvereinfachungen mit sich bringen.**

Die seit 2011 sich in Kraft befindende StPO ersetzt die 26 kantonalen Strafprozessordnungen und harmonisiert das Strafverfahren. Sie hat sich grundsätzlich bewährt und trägt zu einer einfacheren und effizienteren Strafverfolgung bei. Dies soll auch mit der vorliegenden Revision bestehen bleiben. Eine Erhöhung der Regelungsdichte ist nicht angezeigt. Die ohnehin von allen Seiten (Parteien im Strafverfahren, ihre Rechtsvertreter, Aufsichtsbehörden, Rechtsmittelinstanzen, politische Behörden und Medien) kontrollierten Strafbehörden dürfen nicht zu weiteren unnötigen Formalitäten gedrängt werden. Im Vordergrund steht wirkungsorientierte und verantwortungsvolle Verfahrensführung. Zudem gilt das Beschleunigungs-

gebot (Art. 5 StPO). Die Abwicklung eines raschen, aber korrekten Verfahrens ist wichtig. Die Parteien wollen verstehen, was wie und weshalb entschieden worden ist.

Zu einzelnen Revisionsvorschlägen nehmen wir wie folgt Stellung.

Sinnvolle Revisionspunkte aus Sicht des Schweizerischen Gewerbeverbandes sgv sind:

#### **Ausweitung der Aufzeichnung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln** (Art. 78a)

Die Protokollierung der Einvernahme muss nicht laufend während der Einvernahme erfolgen. Sie kann gestützt auf die mit technischen Mitteln gemachten Aufzeichnungen nachträglich zu einem Protokoll erstellt werden. Ein Wortprotokoll ist nicht nötig.

#### **Zivilklage** (Art. 123 Abs. 2)

Heute kann eine Zivilklage erst im Parteivortrag beziffert und begründet werden. Die Begründung und Bezifferung unmittelbar vor der Hauptverhandlung kann die Beteiligten mit vielen Dokumenten, Beweismitteln etc. konfrontieren, deren Auswertung Zeit benötigt. Eine Vorverschiebung des Zeitpunktes der Begründung und Bezifferung der Zivilklage macht deshalb Sinn.

Folgende vorgeschlagene Bestimmungen lehnt der sgv ab:

#### **Bestellung der amtlichen Verteidigung** (Art. 133)

Die Kompetenz, eine amtliche Verteidigung zu bestellen, soll gemäss Vernehmlassungsvorschlag nicht mehr bei der Staatsanwaltschaft liegen. Art. 133 Abs. 2 verlangt zusätzlich eine Eignungsprüfung. Eine solche Eignungsprüfung ist unnötig und kann zu Beschwerden führen und den Fortgang des Verfahrens verzögern. Der sgv lehnt die Revision von Art. 133 ab.

#### **Entschädigung der amtlichen Verteidigung** (Art. 135 Abs. 1)

Die neue Regelung fordert, dass - wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt – der amtlichen Verteidigung Anspruch auf eine höhere Entschädigung zusteht. Die amtlichen Verteidiger erhalten sozusagen eine vom Ergebnis abhängige Entschädigung. Die Staatsanwälte dagegen müssen ergebnisoffen untersuchen und erhalten keinen vom Ergebnis abhängigen Lohn. Diese Unterscheidung ist nicht nachvollziehbar und deshalb abzulehnen.

#### **Gewährung von Teilnahmerechten an allen Einvernahmen einer Person** (Art. 147 und Art. 147a)

Die Gewährung von Teilnahmerechten an allen Einvernahmen einer Person ist problematisch. Bei Mittäterschaft oder bei Bandenkriminalität wird dadurch genau der Effekt erzielt, der mit den höheren Strafminima im materiellen Strafrecht bei der Bandenkriminalität bekämpft werden soll: die Solidarisierung und damit verbunden der erschwerte Ausstieg aus der Bande. Im Strafverfahren muss jede einzelne beschuldigte Person für sich entscheiden können, welche Verantwortung sie übernehmen und welche Antwort sie geben will. Es muss einer beschuldigten Person zudem zugestanden werden, nur in eigener Sache aussagen zu wollen, ohne zugleich Beweismittel im Verfahren gegen eine andere Person zu sein. Deshalb ist jeder beschuldigten Person grundsätzlich Gelegenheit zu geben, vorerst ohne Teilnahmerechte anderer Verfahrensbeteiligter auszusagen. Das dient nicht nur der Ermittlung der materiellen Wahrheit, sondern auch dem Recht jeder beschuldigten Person über seine Verfahrensbeteiligung zu entscheiden. Eine Änderung von Art. 147 und Art. 147a ist nicht notwendig.

#### **Strafbefehlsverfahren** (Art. 352 und Art. 352a)

Neu soll der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens eingeschränkt werden. Opfern von Straftaten soll es ein Anliegen sein, dass die Straftaten von einem Gericht in einem ordentlichen Verfahren und nicht im abgekürzten Strafbefehlsverfahren beurteilt werden. Dies zumindest soll eine Evaluation des Opferhilfegesetzes suggerieren. Allerdings ist es nicht nachvollziehbar, weshalb den Opfern in den vorgeschlagenen Fällen zwingend ein gerichtliches Verfahren zuzumuten ist, wenn dieses im Strafbefehlsverfahren abgeschlossen werden könnte. Opfer müssen nicht bevormundet werden. Es steht ihnen frei eine Einsprache zu erheben, wenn sie wünschen, dass der Fall vor Gericht zu behandeln ist. Um diese

Fragen zu besprechen, haben Opfer hinreichend Gelegenheit, sich von allen Seiten beraten zu lassen. Für den sgv ist die Neuregelung auch deshalb nicht nötig, weil rund 97 % der Fälle mit dem Instrument des Strafbefehlsverfahren abgeschlossen werden. Es ist ein effizientes, einfaches und rasches Mittel der Verfahrenserledigung im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität. Die Umsetzung der mit der Vernehmlassung vorgeschlagenen Massnahme würde bei den Kantonen zu erheblichen Mehrkosten führen.

Art. 352a fordert eine obligatorische Einvernahme vor Erlass eines Strafbefehls, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder der Widerruf eines bedingt gewährten Vollzugs einer Freiheitsstrafe vorgesehen ist. Der sgv lehnt diese Regelung aus Kostengründen ab.

Wir danken für die Berücksichtigung der Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

**Schweizerischer Gewerbeverband sgv**



Hans-Ulrich Bigler  
Direktor, Nationalrat



Dieter Kläy  
Ressortleiter

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Solothurn, 22. Februar 2018

## Änderung der Strafprozessordnung; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen.

Im Rahmen des Entwurfs zur Änderung der Strafprozessordnung sind auch Änderungen des Jugendstrafgesetzes und der Jugendstrafprozessordnung vorgesehen. Vorliegende Stellungnahme der Schweizerischen Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege beschränkt sich auf die für die Jugandanwaltschaften und Jugendgerichte im Speziellen relevanten Änderungsvorschläge.

### Änderungen im Jugendstrafgesetz:

#### Art. 3 Abs. 2 JStG:

Die bisherige Regelung für Übergangstäter führte in der Praxis immer wieder zu Unklarheiten und zu ungleicher Behandlung von beschuldigten Gleichaltrigen. Die neu vorgeschlagene Regelung, wonach Straftaten von Übergangstatern in zwei voneinander getrennten Verfahren beurteilt und sanktioniert werden sollen, ist deshalb zu begrüßen. Die Zuständigkeit zur Verfahrensführung soll sich nicht mehr - wie heute- aus dem Zufall eines noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Jugendverfahrens ergeben, sondern allein aus dem Alter der beschuldigten Person.

#### Art. 36 Abs. 1 bis und 2

Die bestehende Lücke hinsichtlich der Verfolgungsverjährung soll im Sinne des Entwurfs geschlossen werden. Dies umso mehr, weil die Verjährung der Strafverfolgung im Jugendstrafverfahren ohnehin relativ rasch eintritt.

### Änderungen in der Jugendstrafprozessordnung:

#### Art. 10 Abs. 3

Der Grundsatz, dass für die Strafverfolgung die Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes der beschuldigten Jugendlichen zuständig ist, ist unbestritten und entspricht der Ausgestaltung des Jugendstrafgesetzes als «täterorientiertem» Gesetz. Die Praxis zur aktuellen JStPO hat gezeigt, dass sich betreffend der Vornahme von Ermittlungshandlungen am Tatort Unklarheiten und (negative) Kompetenzkonflikte ergeben. Ziel muss es deshalb sein, eine griffige und möglichst klare Regelung zu finden, damit die Strafuntersuchung an sich nicht behindert wird.

Der Entwurf nimmt hinsichtlich der Zuständigkeit für Verfahrenshandlungen am Tatort die im bundesrätlichen Entwurf zur JStPO aus dem Jahr 2005 enthaltene Formulierung wieder auf: Dringend notwendige Verfahrenshandlungen, Verfahrenshandlungen, die keinen Aufschub dulden, um die Untersuchung nicht zu gefährden, sollen durch die Behörden am Tatort vorgenommen werden.

Im überwiegenden Teil der zu führenden Strafverfahren dürfte mit dieser Formulierung genügend Klarheit geschaffen sein. In einzelnen Fällen kann sich allerdings auch diese Formulierung als nicht genügend griffig herausstellen, weil die Einschätzungen der Strafverfolgungsbehörden und der Parteien darüber, welche Verfahrenshandlungen «keinen Aufschub» dulden, durchaus divergent sein können. Grundsätzlich erscheint somit die vorgeschlagene Formulierung tauglich. Erst in der Praxis wird sich aber zeigen, ob damit die bezüglich Zuständigkeit für Ermittlungshandlungen am Tatort erwünschte Klarheit wirklich hergestellt werden kann.

#### **Art. 10 Abs. 3 – Streichung des bisherigen Artikels**

Für die Strafverfolgung sämtlicher Straftaten, also auch für Übertretungen, soll die Behörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes zuständig sein. 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.

Vorschlag : Für die Strafverfolgung im Bereich der kantonalen Gesetzgebung und des Ordnungsbussenverfahrens ist die Behörde am Tatort zuständig.

#### **Art. 32 Abs. 5**

Die vorgeschlagene Erweiterung der Rechte der Privatklägerschaft wird nicht in Frage gestellt.

#### **Art. 32 Abs. 3 JStPO**

In Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Änderung von Art. 353 Abs. 2 lit.a StPO stellt sich die Frage, ob die Formulierung „ohne weitere Beweiserhebungen“ nicht auch in Art. 32 Abs. 3 JStPO aufgenommen, bzw. die aktuelle Formulierung „ohne besondere Umstände“ ersetzen sollte.

Besten Dank für die Kenntnisnahme und Prüfung der Vorschläge.  
Für allfällige Rückfragen stehe ich Ihnen selbstverständlich zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

**Schweizerische Vereinigung für  
Jugendstrafrechtspflege**  
Die Präsidentin



Barbara Altermatt

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

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

RR/jsa

312

Bern, den 13. März 2018

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

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

**A. Résumé**

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

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

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

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

## **B. Grundsätzliche Überlegungen**

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

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

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

Angesichts der grundsätzlichen Ablehnung der Vorlage äussern wir uns nur denjenigen

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

Mit bestem Dank für Ihre Kenntnisnahme und mit freundlichen Grüßen

für den SAV



SAV Präsident

Urs Haegi



SAV Generalsekretär

René Rall

## Stellungnahme und Vorschläge des Schweizerischen Anwaltsverbands SAV | FSA

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

## Art. 76 StPO

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

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

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

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

## Art. 78a StPO

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

---

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

## Art. 135 StPO

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

## Art. 143 Abs. 4 und 5 StPO

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

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

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

## Art. 147 StPO

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

## Art. 147a StPO

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

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

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

---

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

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

---

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

unterbreiten Ihnen deshalb folgenden Formulierungsvorschlag:

«Art 147a StPO      Einschränkung des Teilnahmerechts der beschuldigten Person

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

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

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

## Art. 221 StPO

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

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

## Art. 222 und 228a StPO

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

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

Gründen nicht.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Art. 231 Abs. 2 StPO

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

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

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

### Art. 248 StPO

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

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

### Art. 251a StPO

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

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

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

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

## Art. 255 StPO

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

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

## Art. 256 StPO

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

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

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

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

## Art. 318 StPO

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

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

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

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

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

### [Art. 342 StPO](#)

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

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

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

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

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

### Art. 343 Abs. 3 StPO

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

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

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

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

### [Art. 352 und 352a StPO](#)

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

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

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

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

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

### Art. 353 und 395 StPO

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

### Art. 366 StPO

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

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

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

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

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

### Art. 388 StPO

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

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

### Art. 391 StPO

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

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

### Art. 401 StPO

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

### Art. 442 StPO

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

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

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

### **Einführung des Instituts einer «aufgeschobenen Anklageerhebung»**

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

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

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

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

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

---

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

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

### [Art. 366 StGB](#)

(s. oben, Art. 352 StPO)

### [Art. 3 Abs. 2 JStG](#)

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

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

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

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

sich sachlich aufdrängen.

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

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

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

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

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

## Art. 38 JStG

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

## Art. 9 IRSG

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

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

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

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

Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga  
Vorsteherin des Eidgenössischen Departements  
für Justiz EJPD  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Bern, 9. März 2018

Reg: vne – 8.34

### **Änderung der Strafprozessordnung: Stellungnahme**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Im Namen des Vorstands SODK bedanken wir uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur vorgeschlagenen Änderung der Strafprozessordnung.

Der Vorstand SODK hat die Vorlage an seiner Sitzung vom 9. März 2018 behandelt. Bei seiner Diskussion stützte er sich auf die von der Schweizerische Verbindungsstellen-Konferenz Opferhilfegesetz (SVK-OHG), einer fachtechnischen Konferenz der SODK erarbeitete Stellungnahme. Die SVK-OHG setzt sich zusammen aus Vertretungen der kantonalen Opferhilfestellen, Entschädigungs- und Genugtuungsbehörden und der kantonalen Opferberatungsstellen aus allen Regionen der Schweiz.

Der Vorstand SODK begrüßt die in der Revision vorgesehene Verbesserung der Opferrechte im Strafverfahren ausdrücklich. Eine Justierung im Bereich der Opferrechte ist aus Sicht des Vorstands SODK notwendig und angezeigt, dies zeigte insbesondere auch der Evaluationsbericht des Opferhilfegesetzes von 2015 klar auf. Dieser vom BJ in Auftrag gegebene Bericht basiert auf einer breit abgestützten Studie, welche die Anliegen aller vom Vollzug des OHG betroffenen Akteure berücksichtigt hat (Opferberatungs- und Opferhilfestellen, Entschädigungs- und Genugtuungsbehörden, Opfer und deren Angehörige, Strafvollzugsbehörden, Gerichte, Opferanwältinnen und -anwälte, medizinische Fachleute etc.). Mit der Vorlage wird dem im Evaluationsbericht dargestellten Handlungsbedarf Rechnung getragen und die Praxistauglichkeit klar verbessert.

Der Vorstand SODK unterstützt die Vorlage insbesondere aus folgenden Gründen:

- **Vor Einführung der StPO bestehende Opferrechte werden wiederhergestellt:** Mit der Überführung der Opferrechte (Schutz- und Verfahrensbestimmungen von Art. 34-44 aOHG sowie Art. 10 aOHG) in die StPO und der gleichzeitigen Aufhebung der kantonalen Strafprozessordnungen kam es zu Einschränkungen von Opferrechten. Mit der vorgeschlagenen Revision werden nun Opferrechte wieder eingeräumt, die bis zum Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung in verschiedenen Kantonen (z.B. im Kanton Zürich) bereits existierten. Es geht in der vorgeschlagenen Revision somit nicht generell um die Einführung von neuen Opferrechten, sondern um die Wiederherstellung von vor der Einführung der StPO in vielen Kantonen oder im aOHG bereits bestehenden Opferrechten.
- **Bessere Opferrechte vermindern das Risiko einer erneuten Viktimisierung des Opfers im Verfahren.** Dies ist ein wichtiger Beitrag dazu, dass Opfer überhaupt eine Strafanzeige einreichen. (Im Jahr 2016 kam es nur gerade in knapp der Hälfte der 35'000 Opferberatungsfällen zu einem Strafverfahren.)

**S O D K** – Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren

**C D A S** – Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales

**C D O S** – Conferenza delle direttrici e dei direttori cantonali delle opere sociali

## Änderung der Strafprozessordnung: Stellungnahme Vorstand SODK

### 1. Ausführliche Bemerkungen und Anträge zu den einzelnen Bestimmungen

#### Art. 78 a

Die Stossrichtung des Artikels wird unter Vorbehalt des nachfolgenden Antrags begrüsst.

**Antrag:** Sofern Opfer im Sinne des OHG in das Verfahren involviert sind, soll weiterhin ein Wortprotokoll verfasst werden.

#### Begründung:

Die Befragungen im Untersuchungsverfahren sind von grosser Bedeutung für das weitere Strafverfahren. Ein lediglich sinngemässes Protokoll ohne Einsicht/Unterzeichnung durch die einvernommene Person legt das Gewicht unverhältnismässig auf die Interpretation durch die Person, die die Einvernahme nachträglich protokolliert. Es besteht die Gefahr, dass Aussagen falsch verstanden und wiedergegeben werden. Das Risiko ist insbesondere bei den Aussagen von minderjährigen und traumatisierten Opfern gross. Ein Wortprotokoll ist deshalb im Rahmen der Glaubwürdigkeits- und Glaubhaftigkeitsprüfung von Untersuchungs- und Gerichtsbehörden unabdingbar.

Im erläuternden Bericht wird denn auch darauf hingewiesen, dass es bei einem gänzlichen Verzicht auf eine schriftliche Fassung der Einvernahme nicht zu einer Kostenminderung kommen würde, da die Mitglieder des urteilenden Gerichts etc. mit grossem Zeitaufwand Aufzeichnungen abhören und sich dazu persönliche Notizen machen müssten (S. 10, letzter Abschnitt). Diese Ausführungen zeigen bereits, welches Gewicht einem lediglich sinngemässen und der einvernommenen Person nicht vorgelegten Protokoll zukommen würde.

Es soll deshalb - sofern ein Opfer im Sinne des OHG in das Verfahren involviert ist - weiterhin auf allen Verfahrensstufen während der Einvernahme wörtlich protokolliert werden, selbst wenn die Einvernahme aufgezeichnet wird. Das Wortprotokoll ist anschliessend der einvernommenen Person zur Unterschrift vorzulegen.

#### Art. 117 Abs. 1 Bst. g

Wir begrüssen die Änderung.

**Antrag:** Diese Regelung soll jedoch auch für Strafbefehlsverfahren bzw. die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft gelten.

#### Begründung:

Diese Änderung basiert auf einer Empfehlung des Evaluationsberichts des Opferhilfegesetzes und trägt somit den Anliegen der Praxis Rechnung.

Das Opfer soll ein Recht haben zu erfahren, wie das Verfahren gegen die beschuldigte Person vor Gericht ausgegangen ist. Dies muss unabhängig davon sein, ob sich das Opfer als Privatkläger/in konstituiert hat oder nicht. Dieses Recht ist für die Opfer ein wichtiges Element bei der Aufarbeitung der Straftat.

Es ist aus unserer Sicht jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb die Bestimmung sich auf das Urteilsdispositiv bei Gerichtsverfahren beschränkt. Ein Opfer soll in Bezug auf die es betreffenden Straftaten generell Anspruch darauf haben zu erfahren, wie das Strafverfahren abgeschlossen wird – folglich also auch, ob die Staatsanwaltschaft das Verfahren eingestellt oder einen Strafbefehl erlassen hat. Nach dem neu vorgeschlagenen Art. 318 StPO sollen diese Schritte zumindest angekündigt werden,

damit das Opfer die Möglichkeit hat, sich als Privatkläger/in zu konstituieren. Warum einem Opfer, welches sich nicht konstituiert hat, zwar das Urteilsdispositiv, nicht aber der Strafbefehl oder die Einstellungsverfügung zugeschickt werden, ist nicht nachvollziehbar.

Aus diesem Grund soll die Änderung nicht nur für die Entscheidungen des Gerichts, sondern auch für die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft gelten.

#### **Art. 123 Abs. 2**

Die Stossrichtung der Bestimmung ist im Grundsatz zwar zu begrüssen, die Verkürzung der Frist für die Privatklägerschaft, um die Zivilansprüche zu begründen und beziffern, wird jedoch als problematisch beurteilt.

**Antrag:** Vorgeschlagen wird deshalb, dass mit der neu anzusetzenden Frist gemäss Art. 318 Abs. 1 dem Opfer gleichzeitig auch die Möglichkeit gegeben wird, die Zivilforderung soweit als möglich zu begründen und zu beziffern, ohne dass dies bereits abschliessend geschehen muss.

##### **Begründung:**

Die Stossrichtung der Bestimmung wird insofern begrüsst, als dass es damit zu mehr adhäsionsweisen Beurteilungen von Zivilforderungen kommen soll.

Problematisch ist jedoch, dass der Privatklägerschaft dadurch weniger Zeit bleibt, um die Zivilansprüche zu begründen und zu beziffern.

Es wird deshalb vorgeschlagen, dass mit der neu anzusetzenden Frist gemäss Art. 318 Abs. 1 dem Opfer gleichzeitig auch die Möglichkeit gegeben wird, die Zivilforderung soweit als möglich zu begründen und zu beziffern, 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. Häufig liegen zwischen dem Abschluss des Vorverfahrens und dem Abschluss des Strafverfahrens als solches mehrere Monate oder auch noch längere Zeit. Das Opfer soll in diesen Fällen - auch aus Gründen der Verfahrensökonomie - die Gelegenheit haben, die Forderungen ergänzend zu beziffern und zu substantiiieren.

#### **Art. 126 Abs. 2 Bst. a und a<sup>bis</sup>**

Die Änderung wird begrüsst.

##### **Begründung:**

Diese Änderung basiert auf einer Empfehlung des Evaluationsberichts des Opferhilfegesetzes und trägt somit den Anliegen der Praxis Rechnung.

#### **Art. 136 Abs. 1<sup>bis</sup>**

Wir begrüssen die vorgeschlagene Änderung unter Vorbehalt des nachfolgenden Antrags ausdrücklich.

##### **Antrag:**

Der vorgeschlagene Abs. 1<sup>bis</sup> sollte gestrichen und stattdessen wie folgt in die bestehenden Abs. 1 und 2 integriert werden. Gleichzeitig gilt es Abs. 2 Bst. c dermassen zu revidieren, dass nicht zu hohe Anforderungen an die Gewährung eines Rechtsbeistands gestellt werden und eine Waffengleichheit zwischen der anwaltlich verteidigten beschuldigten Person und dem Opfer gewährleistet wird:

«<sup>1</sup> Die Verfahrensleitung gewährt der Privatklägerschaft für die Durchsetzung ihrer Straf- oder Zivilklage Zivilansprüche 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.

(Vorgeschlagener Abs. 1<sup>bis</sup> streichen.)

<sup>2</sup> *Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst:*

- a. die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen;*
- b. die Befreiung von den Verfahrenskosten;*
- c. die Bestellung eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Privatklägerschaft notwendig oder zur Schaffung einer gleichwertigen Ausgangslage im Verhältnis zur beschuldigten Person angezeigt ist.»*

#### **Begründung:**

Diese Änderung basiert auf einer Empfehlung des Evaluationsberichts des Opferhilfegesetzes. Es besteht somit ein ausgewiesener Handlungsbedarf. Die geschädigte Person kann sich als Privatklägerschaft kumulativ oder alternativ als Strafklägerschaft und/oder Zivilklägerschaft am Strafverfahren beteiligen (vgl. Art. 118 Abs. 1 StPO). Bisher stand einzig der Zivilklägerschaft die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege zur Verfügung.

Es wird sehr begrüßt, dass die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege auch für Opfer vorgesehen wird, welche sich nur als Strafkläger/in beteiligen. Die Bestimmung sollte jedoch gleich in Abs. 1 und 2 integriert werden. Bei einem separaten Abs. 1<sup>bis</sup> besteht die Gefahr, dass Unklarheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Absätzen entstehen.

Von grosser Wichtigkeit bei der Änderung ist sodann, dass auch für die Strafklägerschaft die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes möglich sein wird. Derzeit müssen jeweils Gesuche um längerfristige Hilfe nach Opferhilfegesetz gestellt werden und es müssen sich folglich mehrere kantone 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 des Opfers bereits durch die Staatsanwaltschaft wahrgenommen werden. In Anbetracht dessen, dass die Staatsanwaltschaft häufig Fälle gegen den Wunsch eines Opfers einstellt, gilt es diesbezüglich eine Waffengleichheit (im Vergleich zur Täterschaft) herzustellen. Häufig kann ein Opfer nämlich mangels Rechtskenntnis 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 gegenüberstehen müssen. Dies kann zu einer sekundären Visktimisierung und dazu führen, dass Aussagen nicht oder nur ab schwächend gemacht werden, was letztlich der Suche nach der materiellen Wahrheit nicht dienlich ist. Auf dieses Problem sollte in den Materialien ausdrücklich hingewiesen werden. Gleichzeitig sollte in der Gesetzesbestimmung bei den Voraussetzungen anhand einer Formulierung klargestellt werden, dass auch für die Schaffung einer Waffengleichheit die Bestellung eines Rechtsbeistandes angezeigt sein kann. In der Praxis finanzieren in solchen Fällen 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.

#### **Art. 221 Abs. 1 Bst. c**

Wir befürworten diese Änderung.

#### **Begründung:**

Für den Haftgrund sollte es ohne Belang sein, ob eine Person bereits eine oder mehrere Straftaten begangen hat. Für die Wiederholungsgefahr muss bereits eine Straftat ausreichen.

**Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup>**

Die Änderung wird begrüßt.

**Antrag:** Sie soll jedoch mit dem Zusatz ergänzt werden, dass das Opfer durch die Strafverfolgungsbehörde über dieses Recht informiert werden muss.

*«Die Strafverfolgungsbehörde macht die händigt der anzeigenenden Person darauf aufmerksam, dass sie auf deren Wunsch eine Kopie einer mündlich zu Protokoll gegebenen Anzeige verlangen kann aus.»*

**Begründung:**

Damit das Opfer dieses Recht auch wahrnehmen kann, soll die Strafverfolgungsbehörde verpflichtet werden, das Opfer über dieses Recht zu informieren.

**Art. 318 Abs. 1<sup>bis</sup> und 3**

Die Bestimmung wird grundsätzlich begrüßt.

**Antrag 1:** Zusätzlich soll mit der neu anzusetzenden Frist dem Opfer gleichzeitig auch die Möglichkeit gegeben werden, die Zivilforderung soweit als möglich zu begründen und zu beziffern, ohne dass dies bereits abschliessend geschehen muss.

**Antrag 2:** Zudem soll das Opfer auf einen vorgängig erklärten Verzicht zurückkommen können. Der letzte Satz von Art. 120 Abs. 1 ist deshalb zu streichen.

**Begründung:**

Im geltenden Recht ist der Erlass eines Strafbefehls ohne vorgängige Ankündigung möglich. Auch wenn in der Literatur verlangt wird, dass die Geschädigten aktiv auf die Konstituierungsmöglichkeit hingewiesen werden sollen, so entspricht dies nicht dem Wortlaut des Gesetzes. Dies führt dazu, dass in gewissen Kantonen der Strafbefehl den Opfern erst nach Eintritt der Rechtskraft zugestellt wird und die Opfer dann keine Gelegenheit mehr haben, sich als Privatkläger/in zu konstituieren (vgl. Ergebnis Evaluation Opferhilfegesetz).

Eine explizite Regelung, die sicherstellt, dass sich Opfer rechtzeitig als Privatkläger konstituieren können, wird deshalb sehr begrüßt. Damit kann verhindert werden, dass sich das Opfer mangels Information nicht rechtzeitig als Privatkläger/in konstituieren kann.

Zwar führt die vorgeschlagene Änderung zu einer gewissen Verzögerung und einem Mehraufwand, gleichzeitig ist aber auch darauf hinzuweisen, dass gemäss Strafurteilstatistik überhaupt nur rund ein Viertel der Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach den Artikeln des Strafgesetzbuches opferhilferechtlich relevante Delikte betreffen (inkl. Urteile der Strafgerichte).

Es kommt immer wieder vor, dass Opfer auf die Erhebung der Privatklage (fälschlicherweise) verzichten, weil sie bei der Entscheidung noch nicht über sämtliche notwendigen Informationen verfügen. Daher sollte eine Konstituierung als Privatkläger/in in jedem Fall nochmals ermöglicht werden, auch wenn vorgängig (z. B. bei der Polizei) darauf verzichtet wurde.

Vorgeschlagen wird zudem, wie bereits bei Art. 123 erwähnt, dass mit der neu anzusetzenden Frist dem Opfer gleichzeitig auch die Möglichkeit gegeben wird, die Zivilforderung soweit als möglich zu begründen und zu beziffern, 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 substantiiieren.

### Art. 352

Wir begrüssen die Bestimmung im Grundsatz.

**Antrag:** Sie soll jedoch nicht nur für Opfer gelten, die sich als Privatklägerschaft am Strafverfahren beteiligen, sondern für alle im konkreten Fall betroffenen Opfer im Sinne des OHG.

#### Begründung:

Es wird begrüsst, dass im Falle einer Strafe von 120 Tagessätzen bzw. einer Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten kein Strafbefehlsverfahren möglich ist.

Diese Bestimmung soll jedoch unabhängig davon gelten, ob sich ein Opfer als Privatklägerschaft am Strafverfahren beteiligt.

### Art. 353 Abs. 2

Die Änderung wird ausdrücklich begrüsst. Sie stellt die wichtigste Verbesserung der Opferrechte im vorliegenden Vernehmlassungsentwurf dar.

**Antrag:** Die Bestimmung soll jedoch nicht als Kann-Bestimmung, sondern als Muss-Bestimmung formuliert werden:

«*Die Staatsanwaltschaft kann 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.»*

#### Begründung:

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 (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.

Die Evaluation des Opferhilfegesetzes hat hinsichtlich dieser Frage einen klaren, übergreifenden Konsens aller Akteursgruppen (Staatsanwaltschaften, Polizeikorps, Jugendanwaltschaften, Jugendgerichte, Strafgerichte, Opferhilfe-Beratungsstellen, Opferanwältinnen und -anwälte, Strafverteidigerinnen und -verteidiger) aufgezeigt: Von allen wurde es als negativ oder eher negativ bewertet, dass im geltenden Recht bestrittene, aber liquide Zivilforderungen nicht im Rahmen des Strafbefehlsverfahren beurteilt werden können (Evaluation, S. 46).

Die geltende Regelung schränkt die Möglichkeit einer adhäsionsweisen Geltendmachung von Zivilforderungen massiv ein und ist damit äusserst opferunfreundlich. Das frühere Recht sah denn auch in Art. 38 aOHG die Möglichkeit vor, dass die Kantone Zivilansprüche im Strafbefehlsverfahren behandeln können. Im Kanton Zürich war dies beispielsweise möglich. Der Bezirksanwalt/die Bezirksanwältin durfte eine Zivilforderung nur dann auf den Zivilweg verweisen, wenn aufgrund der Akten und Vorbringen der Parteien kein sofortiger Entscheid über die Ansprüche möglich war (§ 317 Abs. 5 aStPO ZH). Die Regelung hatte sich damals bewährt.

Nicht nur aus Opfersicht, auch aus Sicht der Opferhilfe-Entschädigungsbehörden ist zu fordern, dass der Staatsanwaltschaft die Kompetenz einzuräumen ist, über bestrittene Zivilforderungen zu entscheiden. Die Entschädigungsbehörde, welche bei Zahlungsunfähigkeit der Täterschaft an deren Stelle Leistungen an das Opfer ausrichtet, hat mit der geltenden Regelung nur sehr selten die Möglichkeit, Regress auf diese zu nehmen, da es an einem Rechtsöffnungstitel fehlt und die Entschädigungsbehörde nicht in der Lage ist, selbst einen Zivilprozess gegen die Täterschaft zu führen. Häufig handelt

es sich bei den Zivilforderungen bzw. den ausgerichteten Opferhilfeleistungen jedoch um Beträge in einer Höhe, wie sie von der Täterschaft zwar nicht sofort, aber doch auf längere Sicht erfolgreich eingefordert werden könnten. Hier besteht für die Kantone ein Sparpotential.

**Art. 354 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup>, 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup>**

Wir befürworten diese Änderung grundsätzlich.

**Antrag:** Die Rechtsmittelfrist soll immer 20 Tage betragen, auch wenn der Strafbefehl persönlich ausgehändigt wurde.

**Begründung:**

Das Opfer muss die Möglichkeit haben, den Strafbefehl anzufechten und überprüfen zu lassen, so weit es um dessen persönliche Interessen wie z. B. Zivilforderungen geht. Ansonsten wäre das Opfer, das nach revidierter StPO im Strafverfahren Zivilforderungen geltend macht, gegenüber einem Opfer, das die Forderungen auf dem Zivilweg geltend macht, benachteiligt.

Problematisch sind die unterschiedlichen Rechtsmittelfristen von zehn bzw. zwanzig Tagen. Die Schwierigkeit besteht darin zu entscheiden, ob ein Rechtsmittel erhoben werden soll. Eine nur zehntägige Frist, um einen Termin mit einem Juristen/einer Juristin aufzulegen, um die Sinnhaftigkeit zu besprechen und sich ausführlich Gedanken dazu zu machen (insbesondere zum Kostenrisiko), ist einerseits zu kurz und stellt andererseits eine Ungleichbehandlung gegenüber jenen Opfern dar, die den Strafbefehl schriftlich erhalten haben. Die Entscheidung, ob ein Rechtsmittel ergriffen werden soll oder nicht, wird dem Opfer schliesslich nicht durch die persönliche Aushändigung des Strafbefehls erleichtert. Im Übrigen wird durch unterschiedliche Rechtsmittelfristen die Strafprozessordnung unseeres Erachtens unnötig verkompliziert.

## 2. Zusätzliche Revisionsvorschläge

### a) Kostenrisiko für das Opfer und seine Angehörigen

Der Evaluationsbericht des Opferhilfegesetzes (S. 41 und 43/44) zeigt auf, dass das Kostenrisiko für das Opfer und seine Angehörigen von der Opferhilfe und von Opferanwält/innen als negative Auswirkung der StPO beurteilt wird. Mit dem Ziel, dieses Kostenrisiko zu minimieren, werden deshalb folgende zusätzliche Punkte eingearbeitet:

**Antrag 1:** Überführung der Rechtsprechung von BGE 141 IV 262 ins Gesetz: Art. 30 Abs. 3 OHG geht als lex specialis Art. 135 Abs. 4 und Art. 138 Abs. 1 StPO vor

**Begründung:**

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. 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 erinstanzliche 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

1C\_348/212 E. 2.4 vom 8. Mai 2013). Gerade bei Vier-Augen-Delikten muss es dem Opfer ohne Kostenrisiko möglich sein, einen in dubio pro reo-Freispruch an die nächsthöhere Instanz weiterzuziehen.

Damit wird verhindert, dass die Opferhilfebehörden lange Zeit nach Einleitung eines Rechtsmittelverfahrens Kostenübernahmen für Verfahrens- und Anwaltskosten prüfen und allenfalls leisten müssen. Dies ist aktuell der Fall, wenn Gerichte die ursprünglich gegenüber dem Opfer gewährte unentgeltliche Rechtspflege infolge verbesserter wirtschaftlicher Verhältnisse zurückfordern, was oftmals erst Jahre nach Verfahrensabschluss geschieht.

**Antrag 2:** Einführung eines neuen Art. 427 Abs. 1<sup>bis</sup> StPO: Dem Opfer sollen nur unter der Voraussetzung Verfahrenskosten auferlegt werden können, dass es die Einleitung des Verfahrens mutwillig oder grob fahrlässig bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat.

**Antrag 3:** Einfügen eines neuen Art. 428 Abs. 2<sup>bis</sup> StPO: Dem Opfer sollen auch im Rechtsmittelverfahren nur unter der Voraussetzung Verfahrenskosten auferlegt werden können, dass es die Einleitung des Verfahrens mutwillig oder grob fahrlässig bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat.

### **b) Rechte von Kindern als Opfer im Strafverfahren**

Zweitens wurde im Evaluationsbericht des Opferhilfegesetzes auch Handlungsbedarf bei der Stellung von Kindern als Opfer im Strafverfahren geäussert. Hier wird Folgendes vorgeschlagen:

Mit der Überführung der Opferechte im Strafverfahren in die StPO wurden die im Opferhilfegesetz bestehenden Bestimmungen zur Einvernahme des Kindes (Art. 10c aOHG) geschwächt. Während die speziellen Regeln bei Kindern im aOHG in allen Fällen Geltung fanden, finden sie gemäss Art. 154 Abs. 4 StPO nur noch Anwendung, wenn « erkennbar ist, dass die Einvernahme oder die Gegenüberstellung für das Kind zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte. »

Die Beurteilung, ob die Gegenüberstellung für das Kind zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte, liegt bei der Staatsanwaltschaft, welche in der Regel jedoch über keine genügende (kinderpsychiatrische) Ausbildung verfügt, um diese Frage seriös abklären zu können.

**Antrag 4:** Wiederherstellung der Rechte der Kinder im Verfahren in Art. 154 StPO gemäss Art. 10c aOHG.

### **c) Vergleichsverhandlungen**

In der Evaluation des Opferhilfegesetzes (S. 71) wird vor dem Hintergrund von BGE 140 IV 118 darauf hingewiesen, dass das begründete Ausbleiben des Opfers bei Vergleichsverhandlungen nicht als Rückzug gewertet werden soll.

**Antrag 5:** Ergänzung Art. 316 Abs. 1 StPO: das Einverständnis des Opfers soll Voraussetzung für die Durchführung einer Vergleichsverhandlung sein.

**S O D K**

Konferenz der kantonalen  
Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren

**C D A S**

Conférence des directrices et directeurs  
cantonaux des affaires sociales

**C D O S**

Conferenza delle diretrici e dei direttori  
cantonali delle opere sociali

- **Die Empfehlungen der Evaluation des Opferhilfegesetzes werden umgesetzt:** Die vorgeschlagenen Änderungen entsprechen den Empfehlungen aus der vom Bundesamt für Justiz durchgeföhrten Evaluation des Opferhilfegesetzes von 2015. Diese stellt insbesondere einen Handlungsbedarf bei der Stellung des Opfers im Strafbefehlsverfahren fest.
- **Die Revisionsvorschläge führen zu einem Minderaufwand auf Seiten der Opferhilfestellen und der Zivilgerichte:** Ein allfällig durch die Revision versursachter Mehraufwand im Strafverfahren (welcher im Verhältnis zur gesamten Strafverfolgung wohl sehr gering ausfällt) wird durch einen klaren Minderaufwand bei den Opferhilfestellen und den Zivilgerichten bei weitem kompensiert. Die Verbesserung der Opferrechte führt somit gesamthaft zu einer Entlastung bei den kantonalen Stellen.

Der Vorstand SODK weist darauf hin, dass aus der Perspektive von Opfern insbesondere folgende Revisionspunkte von grösster Wichtigkeit sind:

- **Art. 136 Abs. 1<sup>bis</sup>:** Unentgeltliche Rechtspflege auch für Opfer, die sich nur im Strafpunkt beteiligen.
- **Art. 352 Abs. 1:** Herabsetzung der Schwelle für Ausschluss des Strafbefehlsverfahren.
- **Art. 353 Abs. 2:** Beurteilung von Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren (unabhängig von der Anerkennung durch die beschuldigte Person).

Unsere ausführlichen Bemerkungen und Änderungsanträge zu den einzelnen Bestimmungen finden Sie in der Beilage.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

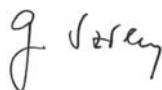
Im Namen des Vorstands SODK

Der Präsident

Die Generalsekretärin



Martin Klöti  
Regierungsrat



Gaby Szöllösy

**Beilage:** Ausführliche Bemerkungen und Anträge zu den einzelnen Bestimmungen.

Der Sekretär: lic.iur. Chr. Winkler, c/o Staatsanwaltschaft des Kantons Zug, An der Aa 4, Postfach 1356, CH-6301 Zug  
Tel.-Nr. 041 728 46 00 - Fax-Nr. 041 728 46 09 - E-Mail: [christoph.winkler@zg.ch](mailto:christoph.winkler@zg.ch); Internet: [www.skg-ssdp.ch](http://www.skg-ssdp.ch)

An das Eidgenössische  
Justiz- und Polizeidepartement

Per E-Mail an  
[annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)  
3003 Bern

Bern und Zug, anfangs März 2018

## **Änderung der Strafprozessordnung**

Sehr geehrte Frau Gasser  
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit zur Vernehmlassung im Zusammenhang mit der vorgesehenen Änderung der Strafprozessordnung bedankt sich die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG). Der Vorstand der SKG hat sich auf dem Zirkulationsweg mit der Revision beschäftigt und hat dazu folgende Bemerkungen ([teilweise ergänzt mit französischsprachigen Ausführungen](#)):

### **Vorbemerkungen**

Die Schweizerische Strafprozessordnung hat sich in der Praxis von einigen Ausnahmen abgesehen grundsätzlich gut bewährt. Der Bundesrat will mit dieser Vorlage die Praxistauglichkeit der Strafprozessordnung verbessern. Allerdings beschränkt er sich im Vorentwurf nicht auf die problematischen Bestimmungen, sondern es werden zahlreiche neue formelle Vorschriften eingeführt, welche genau das Gegenteil bewirken: Anstelle der materiellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen, werden die Verfahren dadurch weiter verkompliziert, die Untersuchungen werden sich verlängern und haben einen personellen und finanziellen Mehraufwand zur Folge, ohne dadurch einen Mehrwert an Rechtsstaatlichkeit zu schaffen.

Zu den einzelnen Artikeln nehmen wir wie folgt Stellung:

## **1. Art. 19 Abs. 2 lit. b**

Gegen diese Anpassung ist nichts einzuwenden.

## **2. Art. 40 Abs. 1**

Das Ziel der Bestimmung (die Verwesentlichung des Rechtsmittelwegs) ist zu unterstützen. Die vorgeschlagene Bestimmung verunmöglicht es allerdings Kantonen ohne Oberstaatsanwaltschaft, innerhalb der Staatsanwaltschaft eine zuständige Instanz für erstinstanzliche Gerichtsstandsentscheide zu bezeichnen (in der Regel der Erste Staatsanwalt). Die bisherige Regelung der Kantone ohne Oberstaatsanwaltschaft, die eine solche Regelung haben, hat sich bewährt und sollte nicht ausgeschlossen werden.

## **3. Art. 55a**

Die vorgeschlagene Bestimmung beseitigt eine Unklarheit im Rechtshilfeverfahren auf vernünftige Weise. Sie ist zu begrüßen.

## **4. Art. 59 Abs. 1**

Die Bestimmung führt zwar in Einzelfällen zu einer Verlängerung der Ausstandsverfahren, was aber hinzunehmen ist.

## **5. 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 bestens bewährt hat. Diese Vereinfachung ist sehr zu begrüßen.

## **6. Art. 80 Abs. 1**

Diese redaktionelle Anpassung des deutschen Textes ist unproblematisch.

## **7. Art. 82 Abs. 1 lit. b**

Diese Folgekorrektur zu Art. 19 Abs. 2 lit. b ist erforderlich.

## **8. Art. 88 Abs. 4**

Angesichts der Kritik aus der Lehre ist verständlich, dass unzustellbare Strafbefehle künftig veröffentlicht werden müssen. Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, dass die Rechtsstellung der Betroffenen damit nicht wesentlich verbessert wird: Die davon vorwiegend betroffenen ausländischen Kriminaltouristen lesen keine Schweizerischen Amtsbücher.

## **9. Art. 117 Abs. 1 lit. g**

Dass diese Anpassung, welche nur Opfer betrifft, die sich weder als Privatkläger am Verfahren beteiligt noch die Straftat zur Anzeige gebracht haben, wirklich einem Bedürfnis entspricht, darf bezweifelt werden. Anderseits sprechen nur praktische Gründe (in Bezug auf den unbedeutenden Mehraufwand) dagegen, diese Empfehlung aus dem Schlussbericht zur Evaluation des OHG zu übernehmen.

## **10. Art. 123 Abs. 2**

Dass die Zivilklage künftig vor Abschluss der Untersuchung beziffert und begründet werden muss, ist mit Blick auf die praktischen Schwierigkeiten mit der bisherigen Regelung in Fällen, in denen die Zivilforderung erst an Schranken gestellt wurde, zu begrüßen.

## **11. Art. 125 Abs. 2**

Dass auch in Bezug auf Entscheide über Sicherheitsleistungen das Prinzip der doppelten Instanz eingeführt werden soll, entspricht kaum einem praktischen Bedürfnis, ist aber wohl im Interesse einer einheitlichen Regelung hinzunehmen.

## **12. Art. 126 Abs. 2**

Im Strafbefehlsverfahren gilt das Beschleunigungsgebot nach Art. 5 StPO und es muss rasch entschieden werden können. Falls Zivilforderungen behandelt werden müssen, würden mehr Einsprachen erfolgen, was zu mehr Aufwand, längeren Verfahren und mehr Gerichtsfällen führt. Deshalb soll die heutige Rechtslage beibehalten werden.

## **13. Art. 130 lit. d**

Die Anpassung ist unter dem Gesichtspunkt, dass der Anspruch auf notwendige Verteidigung in allen Fällen gewährt werden soll, wo sich der Beschuldigte vor Gericht dem Staatsanwalt gegenüber sieht, folgerichtig. Der praktische Anwendungsbereich dieser Ausdehnung des Anspruchs auf notwendige Verteidigung dürfte ohnehin gering sein, sodass dagegen nichts einzuwenden ist.

## **14. Art. 131 Abs. 2 und 3**

Dass die widersprüchliche Formulierung von Art. 131 Abs. 2 StPO beseitigt wird, ist an sich nicht zu beanstanden. Es fragt sich allerdings, ob die vorgeschlagene Formulierung nicht zu weit geht: Gerade in Fällen von schweren, aber von vornherein wenig plausiblen Vorwürfen von Opfern kann es sinnvoll sein, den Beschuldigten 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 einen notwendigen Verteidiger aufzubieten. In diesem Sinn wäre es auch denkbar gewesen, in Art. 131 Abs. 2 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 notwendige Verteidigung entschieden wird.

Abzulehnen ist die vorgeschlagene Änderung von Abs. 3. Geht es um die Aufklärung von schweren Straftaten, soll die Verwertbarkeit nicht vom Verzicht der beschuldigten Person auf Wiederholung der Beweiserhebung abhängig werden und insbesondere sollen Täter von schweren Straftaten nicht von einem Versehen der Strafverfolgungsbehörden profitieren können.

## **15. Art. 133**

Die heutige Regelung hat zu keinen Problemen geführt. Mit dem Vorschlag wird unnötigerweise in die Organisationsautonomie der Kantone eingegriffen. Insbesondere kleinere Kantone haben für wenige Anwendungsfälle einen grossen administrativen Mehraufwand zu leisten, der in keinem Verhältnis zu einem allfälligen Mehrwert steht. Das Verfahren wird dadurch verlangsamt und aufwendiger, was insbesondere ausserhalb der ordentlichen Arbeitszeiten, d.h. am Wochenende, zu Problemen führt: Verteidigungen müssen unter Umständen auch sehr kurzfristig eingesetzt werden können. Die bisherigen Formulierungen, welche sich bewährt haben und den Kantonen bei der Ausgestaltung einen Spielraum gelassen haben, sind deshalb beizubehalten.

## **16. Art. 135**

Abs. 1: Es ist nicht einzusehen, weshalb die amtliche Verteidigung im Falle eines Freispruchs oder einer Verfahrenseinstellung ein anderes, d.h. höheres Honorar erhalten soll als wenn eine Verurteilung erfolgt. Der Ausgang des Verfahrens darf keine Rolle bei der Bemessung der Entschädigung spielen. Ebenso abgelehnt wird Abs. 4: Grundsätzlich soll die beschuldigte Person verpflichtet sein, die Entschädigung für die amtli-

che Verteidigung zurückzuzahlen. Sie hat den Beweis zu erbringen, dass sie dazu nicht in der Lage ist.

#### **17. Art. 136 Abs. 1bis**

Dass dem Opfer die amtliche Verteidigung auch zur blosen Durchsetzung im Strafpunkt gewährt wird, ist sinnvoll und entspricht der Praxis des Bundesgerichtes.

#### **18. Art. 141 Abs. 4**

Dass das absolute Fernwirkungsverbot auch für Beweise nach Abs. 1 gilt, ist offensichtlich, sodass die Ergänzung zu Recht erfolgt.

#### **19. Art. 147 Abs. 3 und 3bis**

Bei dieser für die Untersuchungsführung zentralen Bestimmung ist ein dringender Handlungsbedarf ausgewiesen. Die derzeitige Bestimmung führt in der Praxis zu stossenden Ergebnissen bei der materiellen Wahrheitsfindung, stellt die Strafverfolgungsbehörden bei mehreren Beschuldigten vor grosse praktische Probleme und verlängert und verteuert die Verfahren unnötigerweise. Die Teilnahmerechte müssen den Standards der EMRK gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d genügen. Weiter gibt es aber keinen Anlass, über diese Anforderungen hinauszugehen. Deshalb ist die Bestimmung von Art. 147 StPO so anzupassen, 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. Auf die vorgeschlagenen Änderungen gemäss Art. 147 Abs. 3 und 3bis VE StPO sowie Art. 147a VE StPO ist zu verzichten.

#### **20. Art. 147a**

Siehe Bemerkungen unter Ziff. 19.

#### **21. Art. 150 Abs. 2 zweiter Satz**

Dass Entscheide des Zwangsmassnahmengerichtes über die Zusicherung der Anonymität künftig nicht mehr endgültig sind, entspricht dem Grundsatz, dass überall das Prinzip der double instance verwirklicht werden soll.

#### **22. Art. 154 Abs. 4 lit. d**

Diese redaktionelle Anpassung im französischen Text ist angezeigt.

#### **23. Art. 170**

Die Änderung übernimmt die zutreffende bundesgerichtliche Praxis ins Gesetz.

#### **24. Art. 186 Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 3**

Der Grundsatz der doppelten Instanz wird auch für den Entscheid über die stationäre Begutachtung übernommen, was nicht zu beanstanden ist.

#### **25. Art. 210 Abs. 2**

Die Bestimmung führt richtigerweise den Begriff „Haftbefehl“ für die Ausschreibung und Zuführung ein, der vor allem im Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland gebräuchlich ist.

#### **26. Art. 221 Abs. 1 lit. c**

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 Entwurf des Bundesrats will nun zurückbuchstabieren 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 wer-

den 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 und ist auch notwendig. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung von Art. 221 Abs. 1 Bst. c StPO ist deshalb 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."

### **27. Art. 222 Abs. 2**

Die Bestimmung übernimmt zu Recht die Praxis des Bundesgerichtes, wonach die Staatsanwaltschaft Beschwerde gegen Haftentscheide führen kann.

### **28. Art. 225 Abs. 3 und 5**

Die redaktionelle Anpassung des italienischen Textes in Abs. 3 erfolgt zu Recht. Abs. 5 gibt dem Zwangsmassnahmengericht die Möglichkeit, eine mündliche Verhandlung auch dann durchzuführen, wenn der Beschuldigte ausdrücklich auf sie verzichtet. Das ermöglicht dem Gericht eine flexiblere Handhabung, was zu begrüßen ist.

### **29. Art. 228a (neu)**

Art. 228a regelt das Verfahren der Haftbeschwerde durch die Staatsanwaltschaft. Das Konzept ist an sich überzeugend: Die Beschwerde ist beim Zwangsmassnahmengericht anzumelden und innert drei Stunden zu begründen, und das Zwangsmassnahmengericht leitet die Beschwerde dann zusammen mit den Akten (und seinem eigenen Entscheid) unverzüglich der Beschwerdeinstanz weiter, die innert weiterer 48 Stunden zu entscheiden hat. Die Regelung räumt allerdings nicht alle praktischen Schwierigkeiten aus:

Für die Staatsanwaltschaft wird es schwierig sein, eine Beschwerde gegen einen Entscheid zu begründen, wenn der Entscheid selbst noch gar nicht schriftlich begründet ist.

Das Zwangsmassnahmengericht muss zwar schon bisher auch an Wochenenden entscheiden können, es leistet aber in den meisten Kantonen keinen Pikettdienst rund um die Uhr. Aus diesem Grund macht es keinen Sinn, wenn die Staatsanwaltschaft die Beschwerde gegen Haftentscheide am späten Nachmittag innert drei Stunden begründen muss, wenn zu diesem Zeitpunkt das Zwangsmassnahmengericht die begründete Beschwerde gar nicht mehr entgegennehmen kann.

Beim vorgeschlagenen Verfahren wird das Zwangsmassnahmengericht seinen Entscheid in der Regel erst dann begründen, wenn die schriftliche Beschwerdebegründung der Staatsanwaltschaft schon vorliegt. Es kann damit seine Entscheidbegründung an die Beschwerdebegründung anpassen, was das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft schwächt.

Die Beschwerdeinstanz ist in den meisten Kantonen nicht so organisiert, dass sie an Wochenenden entscheiden kann. Es handelt sich in der Regel um ein Kollegialgericht. Wenn die Beschwerdebehörde den schriftlichen Entscheid des Zwangsmassnahmengerichtes abwarten, die Vernehmlassung des Beschuldigten einholen und in der Regel eine mündliche Verhandlung unter Bezug mehrerer Richter, der Verteidigung, der Staatsanwaltschaft und allenfalls eines Dolmetschers durchführen muss, dann entsteht ein Zeitdruck, auf den die Beschwerdebehörden schon organisatorisch nicht eingestellt sind. Gerade von der zweiten Instanz, die nur die heiklen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichtes überprüfen muss, ist zu erwarten, dass sie besonders sorgfältig arbeitet. Das ist bei den gesetzten Zeitvorgaben nicht umsetzbar. Eine Pikettstellung der 2. Instanz wäre entsprechend mit massiven Mehrkosten verbunden. Wir erachten die vorgeschlagene Neuregelung zumindest in diesem Punkt als nicht zielführend. Zar sind kurze Fristen wegen der Vorgaben der EMRK im Haftverfahren erforderlich, doch

schliesst die vorgeschlagene Regelung demgegenüber einen sorgfältigen Entscheid der Beschwerdebehörde geradezu aus.

Dans la version française, il faut préciser "la décision de refus de mise en détention" (ou remplacer par "la décision sur mise en liberté")

### **30. Art. 230 Absätze 3–4**

Die vorgesehene Änderung wird begrüßt.

### **31. Art. 231 Abs. 2, Art. 232 Absätze 1–2, Art. 233**

Auch diese Änderungen sind sachgerecht.

### **32. Art. 232 ss**

Le transfert de compétence de la juridiction d'appel à l'autorité de recours n'est pas mal venu. Toutefois, 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. On songe au cas du prévenu qui 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, refus du sursis, etc .... Le Président de la juridiction d'appel, d'office ou à la demande du MP, doit 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.

### **33. Art. 233 al. 3**

Il faut remplacer "réception de la demande" par "réception de la réplique", par parallélisme avec l'art. 227 al. 5 CPP. C'est d'ailleurs ainsi que l'actuel art. 233 CPP a toujours été interprété, du moins à Genève, sans que cela n'ait jamais posé de problème quelconque. Un délai de 5 jours dès la réception de la demande est impraticable.

### **34. Art. 236 Abs. 1**

Diese Anpassung entspricht den Bedürfnissen der Vollzugspraxis und ist unbedenklich.

### **35. Art. 342**

On n'est pas convaincu de la nécessité de la modification proposée (en l'état, rien n'empêche une partie d'annoncer à l'avance qu'elle souhaite la scission). En tout cas, il faudrait remplacer, à l'al. 2, "la décision de scinder" 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.

### **36. Art. 248**

Die Anpassung des Gesetzes an die Praxis des Bundesgerichtes ist folgerichtig. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass schon die Präzisierung der Praxis durch das Bundesgericht dazu führte, 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 erschwert in der Praxis die Beweiserhebung sehr stark, sodass zu prüfen wäre, ob nicht unter Art. 284 ff. StPO eine neue geheime Zwangsmassnahme eingeführt werden soll, die es ermöglicht, die Edition von Kontenunterlagen ohne vorherige Benachrichtigung des Konteninhabers zu verlangen. Dafür könnte ohne weiteres eine Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht vorgesehen werden.

Die Anpassung der Zuständigkeitsordnung in Abs. 3 ist nicht zu beanstanden. Der Verzicht auf eine Frist zum Entscheid ist aus praktischen Gründen hinzunehmen. Dass die Beschwerde auch gegen Entsiegelungsentscheide neu zulässig sein soll, entspricht dem Prinzip der double instance.

### **37. Art. 251a**

Der Vorschlag des Bundesrats zur Korrektur dieser misslungenen Gesetzgebung (Aufhebung von Art. 55 Abs. 5 SVG) ist grundsätzlich zu begrüßen. Er geht aber 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 welchen der Polizei gestützt auf Art. 12 Abs. 1 der Strassenverkehrskontrollverordnung (SKV) 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 erkennungsdienstliche Erfassung in Art. 260 Abs. 4 StPO vorgesehen - eine staatsanwaltliche Einzelverfügung generell 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). Ferner erscheint es angemessen, der Polizei auch die Kompetenz zur Anordnung der Urinuntersuchung zu übertragen, nachdem selbst der Bundesrat der Meinung ist, bei der Sicherstellung von Urin handle es sich nicht um eine eingreifende Massnahme (Erläuternder Bericht, S. 36).

### **38. Art. 266 Abs. 3**

Diese redaktionelle Anpassung wird begrüßt.

### **39. Art. 268**

Diese Anpassungen sind zu begrüßen.

### **40. Art. 269 Abs. 2 lit. a, Art. 286**

Die Anpassung der Deliktskataloge korrigiert ein früheres Versehen des Gesetzgebers beim Erlass des Kernenergiegesetzes und erfolgt damit zu Recht.

### **41. Art. 273 Abs. 1**

Die neue Formulierung erlaubt nun auch die Erhebung von Randdaten beim Opfer, was einem praktischen Bedürfnis entspricht.

### **42. Art. 301 Abs. 1bis**

Nachvollziehbar ist, dass ein Anzeigerstatter auf Wunsch eine Bestätigung der Strafverfolgungsbehörde über die eingereichte Anzeige erhalten soll, wenn die Anzeige mündlich erstattet wird. Nicht in Frage kommen kann jedoch, dass der Anzeigerstatter gleich auch eine Kopie des Befragungsprotokolles ausgehändigt erhält. Diesbezüglich ist der Gesetzestext nicht eindeutig und müsste präzisiert werden. Im Interesse der Erforschung der materiellen Wahrheit und zur Überprüfung des Aussageverhaltens soll die bei der Staatsanwaltschaft einvernommene Person dort frei aussagen und sich nicht anhand des polizeilichen Befragungsprotokolls vorbereiten können.

### **43. Art. 303a**

Die Bestimmung führt die Möglichkeit von Kostenvorschüssen bei Ehrverletzungsdelikten wieder ein. Das ist sehr zu begrüßen. Weiter steht bei bestimmten Deliktskategorien die Beschaffung von Beweismitteln auf Kosten des Staates und nicht die eigentliche Strafverfolgung im Vordergrund. Deshalb ist eine Ausdehnung der Kautionsierung auf weitere Antragsdelikte (insbesondere UWG und im Immaterialgüterrecht) zu prüfen. Schliesslich wäre zu regeln, in welchen Fällen die Sicherheitsleistung zu Gunsten der Staatskasse verfällt.

#### **44. Art. 316 Abs. 1 (betrifft nur den französischen Text)**

Die Anpassung wird begrüßt.

#### **45. Art. 318 Abs. 1bis und 3**

Das Opfer wird nach Art. 143 Abs. 1 lit. 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 unserer Sicht 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, wo 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.

#### **46. Art. 342 Abs. 1, 1bis, 1ter und 2**

Die neue Zuständigkeit der Verfahrensleitung zur Zweiteilung der Hauptverhandlung entspricht einem praktischen Bedürfnis und wird begrüßt.

#### **47. Art. 352 Abs. 1, 1bis und 3**

Wie im Bericht richtig aufgeführt, hat das Opfer unter Umständen kein Interesse an einer Gerichtsverhandlung. Die praktische Erfahrung zeigt, dass dies sogar in der Mehrzahl der Fälle gilt, die bisher noch mit Strafbefehl erledigt werden konnten. Ist das Opfer mit dem Strafbefehl nicht einverstanden und hat es sich als Kläger konstituiert, dann kann es durch Einsprache gegen den Strafbefehl die gerichtliche Beurteilung erzwingen. Es besteht deshalb kein Anlass, die zahlreichen Fälle, die bisher auch im Interesse des Opfers mit Strafbefehl erledigt werden konnten, neu durch das Gericht (und zwar in aller Regel durch den Einzelrichter) beurteilen zu lassen.

#### **48. Art. 352a**

Diese Bestimmung schiesst übers Ziel hinaus. Ob im Strafbefehlsverfahren Einvernahmen nötig sind, hängt von den Umständen im Einzelfall ab. Das Strafmaß ist dafür kein taugliches Kriterium. Die Einvernahmeverpflichtung ist ganz zu streichen und es soll wie bisher den Kantonen überlassen werden, interne Weisungen dazu zu erlassen. Mit den gegenwärtigen personellen und finanziellen Ressourcen wären die Staatsanwaltschaften ausserdem schlicht nicht in der Lage, die Einvernahmepflicht gemäss dem Vorschlag des Bundesrates zu bewältigen. Ergänzend ist anzufügen, dass viele Beschuldigte bei der Staatsanwaltschaft nichts Zusätzliches zu sagen hätten, was sie nicht schon bei der Polizei angegeben haben. Zahlreiche Einvernahmen wären deshalb völlig unnötig.

#### **49. Art. 353 Abs. 2**

Siehe Bemerkungen zu Ziff. 12 bzw. Art. 126 Abs. 2

#### **50. Art. 354 Abs. 1–1ter**

Der Vorschlag gemäss Abs. 1ter, die Einsprachefrist beim Strafbefehl bei nicht direkt ausgehändigten Strafbefehlen von 10 auf 20 Tage zu verlängern, ist klar abzulehnen. Die Einsprachefrist hat in der Praxis nur in Einzelfällen zu Kritik geführt. Ausserdem ist eine Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO innert 10 Tagen zu erheben und eine Berufung nach Art. 398 ff. StPO innert 10 Tagen anzumelden, weshalb es unlogisch und systemwidrig erscheint, beim Strafbefehl eine 20tägige Einsprachefrist einzuführen. Zudem sind gerade im Massengeschäft zusätzliche Verfahrensverzögerungen jeglicher Art unbedingt zu vermeiden.

## 51. Art. 355 Abs. 2

Das Strafbefehlsverfahren ist wie erwähnt ein ressourcenrelevantes Massengeschäft. Dementsprechend ist es gerechtfertigt, die Einspracherückzugsfiktion in der vom Bundesgericht entwickelten Form der widerlegbaren Vermutung beizubehalten. Wenn sich der Beschuldigte der Konsequenzen seiner Unterlassung bewusst ist und er in Kenntnis der massgebenden Rechtslage auf die ihm zustehenden Rechte verzichtet, verdient er keinen Schutz.

## 52. Art. 356 Abs. 4

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 Bagatelfällen ein normales Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden müsste, was mit Blick auf den Aufwand keinen Sinn macht.

## 53. Art. 364 Abs. 5

Die Bestimmung beseitigt eine bestehende Unklarheit und ist zu begrüßen.

## 54. Art. 364a (neu), Art. 364b (neu)

Die Bestimmungen betreffend Sicherheitshaft während des Verfahrens betreffend nachträgliche richterliche Entscheide sind sehr zu begrüßen. Sie lösen ein zwar seltes, aber in den betroffenen Fällen sehr drängendes Problem.

## 55. Art. 365 et 377

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

## 56. Art. 365 Abs. 3

Die Bestimmung regelt eine bisher offene Frage. Dass bei nachträglichen richterlichen Entscheiden die Berufung und nicht die Beschwerde offensteht, ist schon mit Blick auf die unterschiedliche Verfahrensordnung bei Berufung und Beschwerde (insbesondere in Bezug auf die mündliche Verhandlung) angezeigt.

## 57. Art. 366 Absätze 1–3

Die Vereinfachung des Abwesenheitsverfahrens wird begrüßt.

## 58. Art. 377 Abs. 4

Die Änderung ist aus Gründen der Kohärenz zu begrüßen.

## 59. Art. 388 Abs. 2 lit. a–c

Die vorgeschlagenen Ergänzungen von Art. 388 entsprechen einem praktischen Bedürfnis und sind sinnvoll.

## 60. Art. 391 Abs. 2

Die Beschränkung des Verschlechterungsverbots auf die Sanktion ist sinnvoll.

## 61. Art. 393 Abs. 1 lit. c

Es handelt sich um eine Folgekorrektur in Bezug auf das Prinzip der double instance, das neu auch für Entscheide des Zwangsmassnahmengerichtes konsequent gelten soll.

**62. Art. 395 lit. b**

Die Erweiterung der Kompetenzen der Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz auf CHF 30'000.- ist sinnvoll und entspricht richtigerweise der Grenze, die im Strafbefehl neu für die Beurteilung von Zivilforderungen vorgesehen werden soll.

**63. Art. 398 Abs. 1**

Es handelt sich um eine erforderliche Folgekorrektur der Anpassungen in Art. 365 und 377.

**64. Art. 410**

Diese redaktionelle Änderung ist erforderlich.

**65. Art. 431 Sachüberschrift sowie Absätze 1–2**

Diese redaktionelle Anpassung ist sinnvoll.

**66. Art. 440 Absätze 1–4**

Die Präzisierungen zur nachträglichen Sicherheitshaft sind sinnvoll.

**67. Art. 442 Abs. 4**

Keine Bemerkung.

Mit vorzüglicher Hochachtung

SCHWEIZERISCHE  
KRIMINALISTISCHE GESELLSCHAFT

Die Präsidentin:

Annemarie Hubschmid Volz

Der Sekretär:

Christoph Winkler

Frau Bundesrätin  
Simonetta Sommaruga  
Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz-  
und Polizeidepartements (EJPD)  
Bundeshaus  
3003 Bern

Fribourg, den 12. März 2018

**Vernehmlassung der SSK zur Vorlage des EJPD zur Umsetzung der Motion  
der Kommission für Rechtsfragen (14.3383) betreffend Anpassung der Straf-  
prozessordnung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken und für die Gelegenheit zur Vernehmlassung in vorstehender Angelegenheit  
und nehmen zum Vorentwurf gerne wie folgt Stellung:

**1. Grundsätzliche Vorbemerkungen**

Dass die Parteien im Strafverfahren als Subjekte zu behandeln und ihnen dementsprechend auch diverse Mitwirkungs- und Anhörungsrechte einzuräumen sind, ist eine Entwicklung des modernen Strafprozessrechts und ist zu begrüßen. Während die Parteien jedoch naturgemäß ihren eigenen Interessen verpflichtet sind, ist für die Staatsanwaltschaft die Erforschung der materiellen Wahrheit sowie die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs Ziel und Motivation für jegliches Handeln. Die Staatsanwaltschaft erfüllt einen übergeordneten Auftrag und fühlt sich diesem auch in besonderem Masse verpflichtet. Nur wenn die Staatsanwaltschaft diesen Auftrag auch wirksam zu erfüllen vermag, kann sie zur Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung und zur Gewährleistung des Gesellschaftsfriedens beitragen. Diesem übergeordneten Auftrag trägt die Strafprozessordnung unter anderem dadurch Rechnung, dass der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren gerade **keine** Parteistellung zukommt. In diesem Verfahrensabschnitt kann und darf es nicht um die „Gewährleistung des Gleichgewichts der Parteien“ gehen, wie dies im erläuternden Be-

richt zur Vorlage bei den Teilnahmerechten zu lesen ist. Die Staatsanwaltschaft beteiligt sich gerade nicht wie die anderen Parteien an diesem Verfahren, sondern sie hat quasi einen überparteilichen Standpunkt. In diesem Sinne sollten die gesetzlichen Bestimmungen auf die Unterstützung dieses Auftrags der Staatsanwaltschaft ausgerichtet sein; selbstverständlich unter gleichzeitiger Sicherstellung eines „fair trials“.

Die SSK verfolgt mit Besorgnis die Tendenz, und findet diese auch in der aktuellen Vernehmlassungsvorlage bestätigt, dass der Strafprozess und das Strafverfahren analog eines Zivilprozesses ausgestaltet werden sollen, an welchem sich alle Parteien, zu welchen zunehmend auch die Staatsanwaltschaft gezählt wird, gleichermassen beteiligen können. Bei einer derartigen Ausgestaltung geht es dann nicht mehr darum, danach zu forschen, was wirklich geschehen ist, sondern es geht nur noch um diejenige „Wahrheit“, die im Rahmen dieses Parteiprozesses erstellt werden kann. Auch wird das Strafprozessrecht von einer zunehmenden und teilweise unüberschaubaren Formalisierung durchdrungen und wird in vielen Bereichen geradezu zum Selbstzweck. Es kann keine Rede mehr davon sein, dass das Prozessrecht dazu dienen sollte, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Es interessiert immer weniger, was materiell geschehen ist, sondern es geht darum sicherzustellen, ob alle Formalien eingehalten sind. Sind diese nicht eingehalten, interessiert die zu Grunde liegende historische Wahrheit nicht mehr.

Wir ersuchen Sie, geschätzte Frau Bundesrätin Sommaruga, die nachfolgenden Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen auch als Ausdruck dieser Sorge zu verstehen. Es erscheint uns wichtig, dass der Auftrag der Staatsanwaltschaft zur Gewährleistung der sozialen Ordnung durch den Gesetzgeber bestmöglichst unterstützt wird. Wir verweisen auf die Geschichte, aus der hinlänglich bekannt ist, dass Blutrache und Fehde in dem Masse zurückgedrängt werden konnten, als der Staat in der Lage war, Verbrechen wirksam zu bekämpfen und zu sanktionieren. 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 den Auftrag 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 uns, dass die Verteidigungs- und Parteirechte dahingehend ausgestaltet sind, dass die Parteien als Subjekte im Strafverfahren agieren können und man insgesamt ein faires Verfahren sicherstellt. Wir sind überzeugt, dass beiden Ansprüchen Genüge getan werden kann.

## 2. Die einzelnen Bestimmungen

### 2.1. 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 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 beziehen zu können.

Die nun vorgeschlagene Lösung bietet aus Sicht der SSK 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 her-

vorging), 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!

Die SSK/CPS beantragt 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.

## 2.2. Strafbefehlsverfahren

Das Strafbefehlsverfahren steht seit Anfang an in der Kritik. Aus der Sicht der SSK mehrheitlich zu Unrecht. 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 Massengeschäfte wie Zu widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, Ladendiebstähle, einfache Körperverletzungen, Täglichkeiten 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 Strafbefehlsver-

fahren vielfach still. Diese Errungenschaften sollten nicht ohne zwingende Gründe wieder aufgegeben werden.

### 2.2.1. Art. 126 Abs. 2 Bst. a und a<sup>bis</sup> in Verbindung mit Art. 353 Abs. 2 EStPO sowie Art. 354 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> und 1<sup>bis</sup> 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 Strafanpruchs 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 verunmöglich.

Die SSK/CPS beantragt daher, die bisherige Regelung beizubehalten in dem Sinne, dass unbestrittene Zivilforderungen im Strafbefehl vorgemerkt werden.

### 2.2.2. 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.

Die SSK/CPS beantragt 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 stehenden Widerruf zu normieren.

### 2.2.3. Art. 354 Abs. 1<sup>ter</sup> EStPO / 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 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).

Die SSK/CPS beantragt daher, auf die unterschiedlichen Einsprachefristen bei persönlicher bzw. nicht persönlicher Aushändigung zu verzichten, ebenso auf die Verlängerung der Einsprachefrist.

### 2.3. Ausbau der Opferrechte

#### 2.3.1. Art. 318 Abs. 1<sup>bis</sup> 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.

Die SSK/CPS beantragt daher, diese Bestimmung zu streichen.

#### 2.3.2. Art. 352 Abs. 1 Einleitungssatz 1<sup>bis</sup> 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 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 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.

Die SSK/CPS stellt fest, dass 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. Deshalb regt sie eine erneute sorgfältige Prüfung und Evaluation an.

## 2.4. Verteidigung

### 2.4.1. Art. 131 Abs. 2 und 3 EStPO

Ein Vorverfahren wird nicht formell eingeleitet.

Die SSK/CPS regt 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“.*

### 2.4.2. Art. 133 EStPO / Bestellung der amtlichen Verteidigung

Mit dieser Regelung wird in die Organisationsautonomie der Kantone eingegriffen, obwohl 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.

Die SSK/CPS beantragt daher, es bei der bisherigen Regelung zu belassen.

### 2.4.3. 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 SSK//CPS beantragt daher, diese Bestimmung zu streichen.

### 2.5. Weitere Bestimmungen / Bemerkungen und technische Anpassungsvorschläge

#### 2.5.1. Art. 55a lit. b EStPO / Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengericht bei aktiver Rechtshilfe

Die Verfahren werden mit diesem Vorschlag 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.

Die SSK/CPS beantragt daher, diesen Vorschlag zu streichen.

#### 2.5.2. 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 SSK/CPS beantragt daher, die bisherige Regelung beizubehalten und den Vorschlag zu streichen.

## 2.5.3. Art. 221 EStPO / Wiederholungsgefahr

Die SSK/CPS beantragt, die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach in Ausnahmefällen auch auf das Vortatenerfordernis verzichtet werden kann, auch hier zu übernehmen (z.B. BGE 137 IV 13 E. 3 f.).

## 2.5.4. Art. 222a Abs. 2 EStPO / Haftverfahren

Die SSK/CPS beantragt, die Begründungspflicht von drei Stunden angemessen zu verlängern (nicht mehr als zwölf Stunden), da die Frist von drei Stunden sich in der Praxis als zu kurz erwiesen hat.

## 2.5.5. 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.

Die SSK/CPS beantragt, den Vorschlag im Sinne dieser Bemerkungen klarzustellen und zu ergänzen.

## 2.5.6. 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.

Die SSK/CPS beantragt zu prüfen, ob die Möglichkeit zur Siegelung nicht im Sinne der vorgebrachten Bemerkungen eingeschränkt werden kann.

## 2.5.7. Art. 251a EStPO/ Blut- und Urinuntersuchung

Die SSK/CPS beantragt, den Gesetzestext dahingehend abzuändern, so dass die Polizei sowohl eine Blut- als auch eine Urinabnahme inklusive der jeweiligen Untersuchung anordnen können soll.

Die SSK/CPS beantragt zudem die Streichung von Absatz 2, da die Staatsanwaltschaft ja grundsätzlich für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig ist und die Polizei sie entsprechend informiert, sollte eine Zwangsmassnahme erforderlich sein.

#### 2.5.8. Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> EStPO / Aushändigung einer Kopie der Anzeige

Hier ist nicht ganz klar, wie diese Bestimmung zu verstehen ist. Gegen die Aushändigung einer Anzeigekopie ist nichts einzuwenden, gegen die Aushändigung einer Kopie des Einvernahmeprotokolls jedoch schon, da insbesondere zu Anfang eines Verfahrens Kollusionsgefahr besteht.

Die SSK/CPS beantragt die Beibehaltung der aktuellen Regelung.

#### 2.5.9. Art. 303a / Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikte

Die SSK/CPS beantragt zu prüfen, ob die Pflicht zur Sicherheitsleistung nicht auf weitere Antragsdelikte auszudehnen ist und zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die Sicherheitsleistung zu Gunsten der Staatskasse verfällt.

#### 2.5.10. 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 SSK/CPS beantragt, die Gesetzesbestimmung im Sinne der Bemerkungen anzupassen.

#### 2.5.11. Art. 9 Rechtshilfegesetz / Schutz des Geheimbereichs und Siegelung

Die SSK /CPS beantragt, diese Bestimmungen zu streichen, da sie viel zu unbestimmt sind und die aktuellen Regelungen beizubehalten, will heissen, diese Rechte sind im Hauptverfahren im Ausland geltend zu machen sind und nicht im Rahmen des Rechtshilfeverfahrens.

#### 2.5.12. Art. 268 Abs. 1 Bst. c und 4 EStPO

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 verunmöglich, 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 an die bundesgerichtliche Rechtsprechung angepasst, wonach Art. 268 Abs. 2 StPO nicht auf die Ersatzforderungsbeschlagnahme anwendbar ist.

Da sich die rechtliche Grundlage im geltenden Recht für alle Beschlagnahmungen in Art. 263 StPO befindet, beantragt die SSK/CPS Art. 263 Abs. 1 StPO mit einer lit. e wie folgt zu ergänzen „zur Sicherstellung einer Ersatzforderung gebraucht werden“, und den Vorschlag zu streichen.

Die SSK/CPS beantragt überdies die Streichung des Art. 268 Abs. 4 StPO, da bereits Art. 442 StPO in der heute geltenden Form vorsieht, dass Verfahrenskosten, Geldstrafen, Busen 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.

### 3. Schlussbemerkungen

Abschliessend ist noch 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 aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden 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 Beschwerde- rechte und die Zwangsmassnahmengerichte.

Die SSK/CPS bedankt sich für die Gelegenheit zur Vernehmlassung und hofft auf eine wohlwollende Prüfung ihrer Anliegen. Gerne stehen wir bei allfälligen Fragen zur Verfügung.

**Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz**

Fabien Gasser  
Präsident

Madame la conseillère fédérale  
Simonetta Sommaruga  
Cheffe du Département fédéral de  
justice et police (EJPD)  
Palais fédéral  
3003 Berne

Fribourg, le 12 mars 2018

**Consultation au sujet du projet du DFJP relatif à la mise en œuvre de la motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (14.3383, Adaptation du code de procédure pénale)**

Madame la conseillère fédérale,  
Mesdames, Messieurs,

Nous vous remercions de l'opportunité qui nous est faite de participer à la procédure de consultation concernant l'objet susmentionné et nous donnons volontiers ici notre avis à propos de l'avant-projet:

**1. Remarques préliminaires sur le fond**

Les observations de la CPS sont déposées en langue allemande. En cas de divergence entre la version originale et la présente traduction, la première fait foi.

L'évolution du droit de procédure pénale moderne - et il y a lieu de s'en réjouir – consiste en ce que les parties à la procédure pénale soient traitées comme des sujets et que divers droits de participer aux actes de procédure et droits d'être entendues leur soient par conséquent accordés. Alors que de par la nature des choses, les parties défendent toutefois leurs propres intérêts, le but et la motivation de toute action du ministère public résident dans la recherche de la vérité matérielle et dans la mise en œuvre uniforme du droit de répression de l'Etat. Le ministère public remplit une mission de rang supérieur, ce dont il est conscient dans son action. Ce n'est qu'à condition de pouvoir remplir efficacement cette mission qu'il peut contribuer à maintenir l'ordre social et à garantir la paix sociale. Le code de procédure pénale tient notamment compte de cette mission d'ordre supérieur en ne con-

férant précisément **pas** au ministère public la qualité de partie dans la procédure préliminaire. Dans cette phase de la procédure, il ne peut s'agir de la "garantie de l'égalité des parties", comme on peut le lire dans le rapport explicatif à propos des droits de participation aux actes de procédure. Le ministère public ne participe précisément pas comme les autres parties à cette procédure, mais a au contraire un point de vue indépendant, non partisan. Dans cet esprit, les dispositions légales devraient s'axer sur le soutien de ce mandat du ministère public; ce moyennant, bien sûr, la garantie simultanée d'un procès équitable.

La CPS observe la tendance avec inquiétude; elle considère d'ailleurs que cette orientation est également confirmée dans le projet actuellement soumis à consultation, car le procès pénal et la procédure pénale devront prendre une forme analogue au procès civil, où toutes les parties - au nombre desquelles le ministère public lui aussi est de plus en plus réduit - peuvent participer de la même manière. Dans une telle conception, il ne s'agit plus de rechercher ce qui s'est réellement passé, mais uniquement la "vérité" qu'il est possible d'établir dans le cadre de cette procédure fondée sur l'égalité des parties. Le droit de procédure pénale fait aussi l'objet d'une formalisation croissante et compliquée pour une part; en divers domaines, il devient même une finalité en soi. Il n'est plus question de dire que le droit procédural devrait aider à l'application du droit matériel. L'intérêt porte toujours moins sur ce qui s'est passé au fond; au contraire, il s'agit de garantir que toutes les formalités sont respectées. Si elles ne le sont pas, la vérité matérielle sous-jacente ne présente plus d'intérêt.

Nous vous prions, Madame la Conseillère fédérale, de voir aussi, dans les remarques qui suivent, l'expression de notre préoccupation. Il nous apparaît important que le législateur soutienne le mieux possible la mission constitutionnelle du ministère public consistant à garantir l'ordre social. Nous nous référerons à l'histoire, qui a montré à l'évidence qu'il n'a été possible de réprimer les vendettas et les menaces d'atteinte à la vie ou à la sécurité des particuliers que dans la mesure où l'Etat était capable de lutter efficacement contre la criminalité, et de la sanctionner. La confiance en l'Etat, en ses institutions et donc en la justice a souffert au cours des dernières années, ce que révèlent de nombreuses initiatives, propositions de loi et opinions exprimées. Cette tendance ne saurait être renforcée par de nouvelles dispositions légales de nature à rendre plus difficile encore, voire impossible, la mission des autorités étatiques et de la justice qui, par conséquent, sont remises en cause dans leur crédibilité et leur légitimation. Il nous apparaît également primordial que les droits de la défense et des parties soient conçus de telle sorte que les parties puissent agir en tant que sujets dans la procédure pénale, et que l'on puisse garantir au final une procédure équitable. Nous sommes persuadés qu'il est possible de satisfaire à ces deux exigences.

## 2. Prise de position sur les dispositions

### 2.1. Droit de participation, art. 147 al. 3 et 3bis AP-CPP, art. 147 AP-CPP

Dans sa forme actuelle, le droit de participation aux actes de procédure complique énormément le travail du ministère public et entraîne de surcroît une augmentation des coûts ainsi qu'une prolongation de la procédure. Par exemple, dans une procédure relativement simple impliquant cinq prévenus, des surcoûts d'un montant de 30'000.00 francs ont été enregistrés dans les deux premiers mois déjà de la procédure, sans parler de la charge supplémentaire pour le ministère public. Ces coûts grèvent en premier lieu les finances cantonales et les contribuables. Il est à relever aussi que les coûts sont plus élevés en présence d'avocats commis d'office qu'en cas de défenseurs choisis. En principe, ceux-ci exercent plus rarement le droit de participer aux auditions. Mais sont encore plus problématiques que les conséquences financières les effets sur la recherche de la vérité, comme il sera exposé ci-dessous.

Du fait du modèle choisi par le code de procédure pénale, en particulier avec les articles 307 et 309 CPP, le ministère public intervient très tôt dans de nombreuses procédures pénales. Ainsi, selon l'art. 307 CPP, la police doit l'informer sans retard sur les infractions graves et tout autre événement sérieux et, en vertu de l'art. 309 al. 1 let. c CPP, le ministère public doit ouvrir une instruction s'il a été informé par la police conformément à l'art. 307. Comme cette obligation d'informer doit être exécutée "sans retard", l'état de fait déterminant n'est pas encore établi à ce moment-là. Les circonstances exactes de l'acte, le degré de participation à celui-ci lorsqu'il y a plusieurs auteurs, les motivations et les éléments subjectifs doivent donc être établis en premier lieu. Dans ce contexte, l'audition constitue un élément primordial pour la clarification de l'état de fait. Les déclarations seront comparées entre elles et confrontées avec d'éventuelles preuves matérielles ou indices, et de possibles contradictions pourront être tirées au clair. Une procédure pénale est extrêmement dynamique. Selon son évolution, l'état de fait ne cesse de changer ou d'autres aspects apparaissent en cours de procédure, qui n'étaient pas connus à son début. Pour découvrir ce qui s'est réellement passé, les ministères publics ont besoin, en une première phase, de pouvoir obtenir des déclarations faites sans influence. Les prévenus obtiennent naturellement le droit de prendre ultérieurement position sur les déclarations d'autres personnes et de poser des questions complémentaires. Il s'agit donc tout simplement d'interroger plusieurs personnes sur le même objet, avant que celles-ci n'aient pu en discuter ou avoir pris connaissance d'une autre façon des déclarations d'autres personnes impliquées. A partir d'éventuelles divergences dans les déclarations apparaissent des indices permettant de savoir si quelqu'un dit la vérité ou non. Mais à l'inverse aussi, on peut admettre que l'on est très proche de la vérité lorsque plusieurs personnes disent la même chose sans qu'elles aient pu se concerter au préalable ou avoir pris connaissance d'une autre manière d'autres déclarations éventuelles. Avoir une longueur d'avance dans la connaissance des faits peut s'avérer crucial pour l'établissement de la vérité matérielle, il convient de ne pas l'empêcher. Par exemple, l'un des coauteurs d'un cambriolage mentionnera peut-être un détail important conduisant à mettre en œuvre d'autres moyens de preuves. Plus spécifiquement lorsque des prévenus ne sont pas en détention préventive, les autorités de pour-

suite pénale ont besoin de temps pour vérifier et obtenir de tels moyens de preuve avant que d'autres coauteurs n'en prennent connaissance. Souvent, les infractions pénales graves, en particulier, ne sont pas commises par des délinquants isolés. Jusqu'à ce que l'on sache qui a agi à quel rang hiérarchique ou qui a contribué à la commission de l'infraction, il faut fréquemment collecter de nombreuses preuves matérielles et personnelles. Il est assurément aisément de s'imaginer qu'un coauteur d'un rang hiérarchique inférieur ne soit guère disposé, en présence de son "supérieur", à faire de quelconques déclarations.

Pour toutes ces raisons, il faut donc que des déclarations - tout au moins dans la première phase des élucidations du ministère public, ou aussi longtemps qu'il s'agit vraiment de l'établissement des faits - puissent être obtenues sans droit de participer aux actes de la procédure et surtout très tôt, si l'on veut vraiment que ces déclarations servent aussi à l'établissement de la vérité.

Dans l'optique essentielle de repenser la réglementation actuelle du droit de participation, il ne s'agit pas d'empêcher une procédure équitable. En ce qui concerne les droits de participation, le code de procédure pénale va bien au-delà de ce qui est garanti par la Cour européenne des droits de l'homme pour assurer une procédure équitable et, avec sa solution actuelle, la Suisse est en position isolée au plan international. Il va de soi que le droit du prévenu de poser des questions et d'être confronté aux témoins à charge doit être garanti, mais il faut retarder quelque peu l'exercice de ce droit. Il n'est pas question non plus de changer le droit du prévenu de recourir à un avocat avant la première audition déjà.

La CPS considère que la solution proposée aujourd'hui offre des améliorations et elle s'en réjouit, mais en même temps, cette solution laisse subsister des problèmes connus et en crée de nouveaux. En principe, il convient de maintenir sans changement le droit de participer des prévenus, mais désormais, une limitation de ce droit serait possible s'il est à craindre que le prévenu adapte ses déclarations à celles d'une personne à auditionner. Une telle crainte existe toujours de manière générale, car avant une audition, on ne sait évidemment pas encore quel en sera le contenu. Ceci est particulièrement vrai dans la phase initiale d'une enquête pénale. Mais dès lors qu'il y a toujours lieu de craindre une adaptation des déclarations du prévenu, cela ne signifie rien d'autre qu'une exclusion générale du droit de participer. Se pose en outre la question de savoir quelle preuve de cette crainte il faut apporter, voire si cette preuve peut véritablement être fournie. Dans la solution proposée, il s'agit de tenter de créer une solution intermédiaire en apparence, qui toutefois ne décrit pas assez clairement les cas d'application et, par conséquent, devrait conduire en pratique à des opinions constamment divergentes et à des litiges juridiques.

Comme il en a déjà été fait mention dans les remarques préliminaires, la justification apportée dans le rapport explicatif au maintien de principe du droit de participer aux actes de procédure, notamment cette expression de "l'égalité" des parties, ne convainc pas. Le ministère public n'est précisément pas une partie dans la procédure préliminaire, mais il lui faut au contraire remplir une mission de rang supérieur. Les droits de la défense et la procédure équitable seront déjà intégralement garantis par les droits de participation aux administrations des preuves, par les droits de recours très larges et par l'avocat de la première heure.

Depuis que le Tribunal fédéral a étendu le droit de participer à des co-prévenus (selon le texte de la loi, il n'y aurait même pas eu nécessité de reconnaître impérativement un tel droit en soi, ce qui est d'ailleurs ressorti aussi de jugements de l'époque émanant d'instances cantonales de recours), il y a eu de nombreux arrêts qui ont tenté de relativiser à nouveau ce principe (en cas de conduite séparée des procédures, immédiatement après les faits s'il y a collusion, entre autres opinions). Cette jurisprudence a engendré une insécurité juridique générale et de nombreuses procédures de recours, qui mettent à contribution et chargent les autorités pénales à tous les niveaux tout en prolongeant les procédures et en augmentant leurs coûts. Une réglementation claire et simple est nécessaire de toute urgence. Transformer le standard de la CEDH en norme légale profiterait à toutes les parties. Le standard précité est clair (droit à la confrontation au moins une fois en cours de procédure), il garantit une procédure équitable et soutient le mandat du ministère public. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il n'y a pas besoin d'un droit de participation aussi étendu pour assurer une procédure équitable!

La CPS demande donc d'aménager le droit de participer à des auditions, en particulier concernant des co-prévenus, selon la CEDH et la jurisprudence y afférente, ce dans le sens que quiconque est prévenu dans le cadre d'une procédure pénale a le droit d'être confronté au moins une fois avec des témoins à charge pendant la procédure, et de poser des questions. Il y aurait lieu de modifier en conséquence l'art. 147 al. 1 AP-CPP, et de biffer l'art. 147 al. 2 et 3 AP-CPP.

## 2.2. Procédure de l'ordonnance pénale

La procédure de l'ordonnance pénale est depuis le début sous le feu de la critique, à tort du point de vue de la CPS. Même si nous ne pouvons exclure que des erreurs ne soient commises dans certains cas et que le contrôle interne n'échoue, l'idée de base et la conception actuelle de cette procédure sont convaincantes et correctes sous l'angle de l'Etat de droit. Nous renvoyons sur ce point à l'ATF 6B\_1139/2014, cons. 1.2.:

*"L'ordonnance pénale se fonde sur une appréciation sommaire par le ministère public. Elle peut avoir lieu déjà avant l'ouverture d'une instruction (art. 309 al. 4 CPP) et suppose uniquement que le prévenu a admis les faits ou que ceux-ci sont établis à satisfaction d'une autre façon (art. 352 al. 1 CCP). L'exécution d'une procédure préliminaire n'est donc pas absolument requise et, en particulier, il n'est pas exigé d'audition du prévenu par le ministère public. Même une clôture formelle de l'enquête avant le prononcé de l'ordonnance pénale n'est pas prévue (art. 318 al. 1 CPP). La légalité de la procédure de l'ordonnance pénale est cependant donnée car, statuant sur opposition, un tribunal rend un jugement avec plein pouvoir d'examen, ce qui permet la prise en considération des droits minimums applicables à la procédure pénale (...)"*

Dans leur grande majorité, les procédures réglées par ordonnance pénale concernent des infractions et affaires de masse, comme des infractions à la loi sur la circulation routière, vols à l'étalage, lésions corporelles simples, voies de fait et autres délits fréquemment enregistrés, et ce également en cas de peines pécuniaires de 120 jours-amende ou de peines

privatives de liberté de 4 mois ou plus. Les faibles taux d'opposition indiquent une grande acceptation des ordonnances pénales. Il s'avère manifestement qu'une procédure rapide et conforme aux principes de l'Etat de droit est dans l'intérêt de toutes les parties, qui d'ailleurs la souhaitent et l'attendent. Dans la procédure de l'ordonnance pénale également, toute décision et tout acte de procédure peuvent faire l'objet d'un recours du ministère public. L'Etat de droit serait défaillant sans la procédure de l'ordonnance pénale. Il ne faudrait pas abandonner les acquis sans raisons impératives.

2.2.1. Art. 126 al. 2 let. a et a<sup>bis</sup> en corrélation avec l'art. 353 al. 2 AP-CPP, ainsi qu'avec l'art. 354 al. 1 let. a<sup>bis</sup> et 1<sup>bis</sup> AP-CPP /Action civile dans la procédure de l'ordonnance pénale

Dorénavant, il doit également y avoir la possibilité de trancher dans la procédure de l'ordonnance pénale des prétentions civiles litigieuses lorsque le montant n'excède pas 30'000.00 francs et que la décision à ce propos peut être rendue sans autre administration de preuve. Il y a lieu de saluer cette dernière limitation, mais cette nouvelle réglementation va malgré tout aboutir à ce qu'il y ait davantage de procédures de recours et d'oppositions portant uniquement sur des prétentions civiles. De ce fait, la garantie de la mission pénale de l'Etat passe à l'arrière-plan en faveur du soutien des intérêts financiers des particuliers et le règlement rapide de l'affaire pénale, qui est l'un des buts primaires de la procédure de l'ordonnance pénale, en est rendu plus difficile, voire impossible.

La CPS demande en conséquence de maintenir la législation actuelle, au sens où des prétentions civiles non litigieuses feront l'objet d'une annotation dans l'ordonnance pénale.

2.2.2. Art. 352 a AP-CPP / Audition obligatoire du prévenu dans la procédure de l'ordonnance pénale

Savoir si dans la procédure de l'ordonnance pénale, des auditions sont nécessaires dépend des circonstances du cas d'espèce. Il ne fait nul doute que dans certains cas, des auditions sont nécessaires, mais la durée prévisible de la peine ne représente pas un critère fiable à cet effet et entraîne une prolongation inutile de la procédure dans les affaires où une procédure d'administration des preuves n'aurait même pas été nécessaire (dépassements de vitesse p.ex.). Ceci notamment parce qu'en cas d'audition, une procédure doit être obligatoirement ouverte et que l'art. 309 al. 4 CCP n'est plus applicable.

La CPS demande donc de biffer entièrement l'obligation de procéder à une audition et de laisser aux cantons le soin de régler ceci dans une directive, comme cela a déjà été fait fréquemment, ou à défaut de réglementer l'obligation d'audition uniquement lorsqu'une révocation du sursis entre en ligne de compte.

## 2.2.3. Art. 354 al. 1<sup>ter</sup> APP-CPP / Délais d'opposition

Dans le rapport explicatif, il est mentionné que le bref délai d'opposition a suscité des critiques de la part de la doctrine et de la jurisprudence et que la question de l'acceptation des ordonnances pénales ne pouvait être tirée du faible taux d'opposition. Il convient de relever à ce sujet que le délai d'opposition n'a que rarement été critiqué et qu'il semblerait problématique que, sur la base de quelques voix critiques seulement, on en vienne à modifier une réglementation qui a fait ses preuves et s'avère conforme aux principes fondamentaux de l'état de droit. Il est exact que l'on ne saurait tirer sans autre du faible taux d'opposition la conclusion que les ordonnances pénales sont bien acceptées. Mais on ne peut pas non plus affirmer que tel n'est pas le cas. Expliquer qu'il y a un faible taux d'opposition aux ordonnances pénales parce que les personnes condamnées manqueraient de temps pour approfondir les faits ou qu'elles ne comprendraient pas l'ordonnance pénale pour diverses raisons, comme le mentionne précisément le rapport explicatif, relève de pures spéculations et ne correspond pas aux expériences tirées de la pratique. Ce qui se passe en réalité, c'est que le prévenu peut former opposition pratiquement de façon informelle, sans même avoir à motiver l'opposition. Dans le cadre de la procédure d'opposition qui s'en suit d'office (l'opposition met à néant l'ordonnance pénale), il y a suffisamment de temps pour évaluer les risques et chances du procès et examiner les circonstances à investiguer; par ailleurs l'opposition peut être retirée en tout temps, souvent sans suite de frais. Il se peut que certains destinataires ne disposent pas de capacités intellectuelles suffisantes pour comprendre le contenu d'une ordonnance pénale, mais ceci serait également vrai pour toutes les décisions ou actes de procédure, qui doivent aussi être attaqués dans un délai de recours de dix jours, et l'on n'envisage pas de prolonger ce délai. Il en va de même pour les difficultés d'ordre linguistique. Que des ordonnances, décisions ou arrêts officiels soient rendus dans une langue officielle répond de surcroît à un critère général et n'est pas remis en cause non plus dans d'autres domaines. Dès qu'une procédure est ouverte, le droit à une traduction existe au demeurant (art. 68 CPP).

La CPS demande par conséquent de renoncer aux délais d'opposition différents en cas de notification personnelle ou non personnelle des actes, ainsi qu'à la prolongation du délai d'opposition et de s'en tenir à la situation actuelle.

## 2.3. Extension des droits des victimes

### 2.3.1. Art. 318 al. 1<sup>bis</sup> et 3 AP-CPP/ Indication de l'issue de la procédure et répétition de l'information aux victimes sur leur possibilité de se constituer parties plaignantes et de présenter des réquisitions de preuves

Selon l'art. 116 CPP, est réputée victime *le lésé* qui, du fait d'une infraction, a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle. En vertu de l'art. 118 al. 4 CPP, le ministère public doit attirer - dès l'ouverture de la procédure préliminaire - l'attention du *lésé* (donc de la victime aussi) qui n'a pas fait spontanément de déclaration de constitution de partie plaignante sur son droit d'en faire une. De plus, la victime doit être avisée de façon complète sur ses droits dès la première audition (art. 143 al. 1 let. c CPP). Etant donné que dans les cas où un avis de clôture d'instruction doit être fait (art. 318 CPP), une

procédure a dû être ouverte (contrairement aux cas où, en application de l'art. 309 al. 4 CPP, une ordonnance pénale a été rendue sans ouverture de l'instruction), les victimes ont donc déjà été informées à plusieurs reprises sur leurs droits et ont même fréquemment reçu des informations sur l'aide aux victimes (art. 8 LAVI). Si elles ne se sont pas spontanément constituées parties plaignantes, leur attention est également attirée, même après ouverture de la procédure préliminaire, sur cette possibilité. Il est incompréhensible de répéter encore une fois ces informations avant la clôture de la procédure préliminaire, et ceci engendrerait d'ailleurs une surcharge administrative inutile.

La CPS requiert donc de biffer cette disposition.

### 2.3.2. Art. 352 al. 1 phrase introductory 1<sup>bis</sup> et 3 AP-CPP / Exclusion de la procédure de l'ordonnance pénale en cas de peine pécuniaire dépassant 120 jours-amende ou de peine privative de liberté de plus de quatre mois

La motivation mentionnée dans le texte d'accompagnement pour cette modification diverge totalement des expériences faites dans la pratique. Il faut d'abord rappeler la large définition du mot « victime ». Il existe de nombreuses variétés de victimes. Les victimes de violences sexuelles ou domestiques en particulier - mais pas exclusivement - ressentent fréquemment, à l'occasion des débats, que leur parcours de vie, leur réputation et leur crédibilité sont remises en cause. Nombre de victimes ne veulent pas s'exposer à cette contrainte supplémentaire. Ce n'est pas sans raison que l'on parle, dans les domaines où une plainte doit être impérativement déposée, du danger d'une victimisation secondaire imputable à la procédure et aux débats devant le tribunal. De nombreuses victimes aimeraient également éviter une (nouvelle) rencontre avec l'auteur de l'acte et vivent une telle confrontation à l'occasion des débats comme un fardeau supplémentaire. Le fait que des débats ne sont pas obligatoires pour une peine de six mois au plus répond, selon les expériences de la pratique, à un besoin des victimes concernées.

La CPS constate que la nouvelle réglementation proposée entraînerait des conséquences à de nombreux niveaux et que les expériences tirées de la pratique divergent manifestement des conclusions de l'évaluation de la loi sur l'aide aux victimes. C'est pourquoi elle suggère un nouvel examen et une réévaluation très attentifs de cette question.

## 2.4. Défense

### 2.4.1. Art. 131 al. 2 et 3 AP-CPP

Une procédure préliminaire ne sera pas formellement ouverte dans tous les cas.

La CPS suggère donc de renoncer à ce terme ou, à tout le moins, à la mention d'un moment précis et, en lieu et place, de ne se fonder que sur l'existence des conditions requises pour une défense obligatoire. Le texte de loi pourrait par exemple avoir la teneur suivante:

*"Si les conditions requises pour une défense obligatoire sont remplies, celle-ci doit être mise en œuvre immédiatement".*

## 2.4.2. Art. 133 AP-CPP / Désignation du défenseur d'office

Cette réglementation constitue une intrusion dans l'autonomie d'organisation des cantons alors que la règle actuelle n'a engendré aucun problème. Jusqu'à présent, tous les cantons ont développé des mécanismes leur permettant de satisfaire aux exigences du code de procédure pénale en ce qui concerne la désignation du défenseur d'office. Spécialement dans le service de piquet, il faut que des avocats puissent être choisis et désignés rapidement car, à défaut, le risque existe que des moyens de preuve se perdent ou que les délais ne pourront pas être tenus. Une organisation au sein des ministères publics est donc la plus judicieuse. Il convient de rappeler par ailleurs la possibilité de déposer recours contre des décisions de désignation d'un avocat d'office ou d'en demander le remplacement ultérieurement.

La CPS demande en conséquence de maintenir telle quelle la législation actuelle.

## 2.4.3. Art. 135 al. 1 AP-CPP, deuxième phrase 3 et 4 / Indemnisation du défenseur d'office en cas d'acquittement et de classement de la procédure

Contrairement à la défense choisie, la défense d'office ne comporte pas le risque pour le défenseur de ne pas recouvrer ses honoraires. La défense peut partir du principe qu'elle sera indemnisée pour toutes ses démarches. Un rapport juridique naît avec l'Etat, et la rémunération est fixée dans les ordonnances tarifaires respectives (lois ou règlements). La réflexion ne doit pas se faire en comparaison de l'activité du défenseur choisi, mais sous l'angle de la conduite de la procédure par le ministère public. Partant, il n'est guère possible de comprendre pourquoi le montant de l'indemnité devrait dépendre de l'issue de la procédure, puisque le ministère public, sur la base du principe "in dubio pro duriore", est tenu de prononcer une mise en prévention même dans des cas dont il est probable qu'ils aboutiront à un acquittement, ou doit ouvrir très tôt une procédure en raison de l'absence de possibilité de procédure d'enquête préalable, pour la classer ensuite. Le ministère public doit donc agir même lorsqu'il sait ou part de l'idée qu'il "succombera" probablement. En plus, les règles en vigueur du code de procédure pénale et la jurisprudence y relative sont telles que les défenses d'office sont mises en œuvre très tôt et dans de nombreuses procédures, de sorte qu'il y a au final, pour les défenseurs d'office, la garantie d'une source de revenus fiable. La hausse importante des dépenses cantonales liées à ces défenses depuis l'introduction du code de procédure pénale suisse en atteste également.

La CPS requiert donc de biffer cette disposition.

## 2.5. Autres dispositions / remarques et propositions d'adaptations d'ordre technique

### 2.5.1. Art. 55a let. b AP-CPP / Compétence du tribunal des mesures de contrainte en cas d'entraide judiciaire active

Avec cette proposition, la procédure est inutilement rendue plus complexe et plus longue. En Suisse, le ministère public relève de la justice ou exerce à tout le moins des tâches qui

incombent aux tribunaux dans d'autres pays. On devrait revendiquer cette tradition en comparaison internationale également.

La CPS demande par conséquent de biffer cette proposition.

#### 2.5.2. Art. 88 al. 4 AP-CPP / Force de chose jugée des ordonnances pénales même sans notification

Même lorsqu'une ordonnance pénale est publiée dans la Feuille officielle, elle n'est pas lue par les personnes jugées. Il s'agit donc en l'occurrence d'un simple exercice-alibi dépourvu d'efficacité. Par conséquent, les publications ne font qu'engendrer des coûts et du travail, sans qu'il n'en résulte un bénéfice pour quelque partie que ce soit.

La CPS demande donc de maintenir la réglementation actuelle et de biffer la proposition.

#### 2.5.3. Art. 221 AP-CPP / Risque de récidive

La CPS demande d'intégrer en l'occurrence la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle il est également possible de renoncer exceptionnellement à l'exigence d'infractions préalables (par ex. ATF 137 IV 13, cons. 3 s.).

#### 2.5.4. Art. 222a al. 2 AP-CPP / Procédure de détention

La CPS demande de prolonger raisonnablement jusqu'à 12 heures le délai dans lequel le ministère public doit adresser un recours motivé, car le délai de trois heures s'est révélé trop court dans la pratique.

#### 2.5.5. Art. 231 al. 2 AP-CPP / Prolongation de la détention pour motifs de sûreté après le jugement de première instance

La possibilité pour le ministère public de demander la prolongation de la détention pour motifs de sûreté devrait aussi être prévue lorsqu'il annonce l'appel et que le tribunal de première instance ordonne la libération du prévenu. Donc, par exemple aussi en cas de condamnation à une peine de privation de liberté inférieure à celle requise, ou à une peine privative assortie du sursis et pas uniquement en cas d'acquittement du prévenu.

La CPS demande de clarifier la proposition et de la compléter dans le sens des présentes remarques.

#### 2.5.6. Art. 248 al. 1, 2 et 3 AP-CPP

Aujourd'hui déjà, la possibilité de mise sous scellés bloque souvent la procédure pendant des mois, en dépit du délai d'ordre de 30 jours. Les tribunaux des mesures de contrainte ne sont fréquemment pas en mesure, par manque de ressources, de respecter ce délai. Ce problème s'aggrave lorsque de grandes quantités de données électroniques doivent être

misses sous scellés. Des abus sont possibles dans l'usage de la mise sous scellés, par exemple pour empêcher la découverte de valeurs patrimoniales obtenues illicitement ou la mise en sûreté de preuves. Il faudrait donc examiner si les possibilités de mise sous scellés ne devraient pas faire l'objet de restrictions, par ex. cette possibilité n'existerait que lorsque l'on peut en appeler à une interdiction de séquestration selon le CPP. D'une façon ou d'une autre, il y aurait lieu de stipuler impérativement qu'une décision de mise sous scellés doit être rendue dans une procédure accélérée.

La CPS demande d'examiner si la possibilité de mise sous scellés ne peut pas être limitée dans le sens des remarques formulées ci-dessus.

#### 2.5.7. Art. 251a AP-CPP/ Prise de sang et d'urine

La CPS demande que le texte de loi soit modifié de sorte que la police puisse non seulement ordonner une prise de sang ou d'urine, mais aussi faire procéder aux analyses respectives.

La CPS demande en outre que l'alinéa 2 soit biffé car le ministère public est fondamentalement compétent pour ordonner les mesures de contrainte et la police le contacte lorsqu'il y a lieu de procéder à une mesure de contrainte.

#### 2.5.8. Art. 301 al. 1<sup>bis</sup> AP-CPP / Remise d'une copie de la dénonciation

Sur ce point, on ne voit pas très clairement comment comprendre cette disposition. Il n'y a rien à objecter à la remise d'une copie de la dénonciation, mais la CPS s'oppose certainement à la remise d'une copie du procès-verbal d'audition, car il existe très souvent un risque de collusion en début de procédure.

La CPS requiert le maintien de la réglementation actuelle.

#### 2.5.9. Art. 303a AP-CPP / Fourniture de sûretés en cas d'infractions contre l'honneur

La CPS demande d'examiner si l'obligation de fournir des sûretés ne doit pas être étendue à d'autres délits poursuivis sur plainte et de préciser sous quelles conditions la fourniture de sûretés reste acquise à l'Etat.

#### 2.5.10. Art. 364 al. 5 AP-CPP / Procédure en cas de décisions ultérieures

Le ministère public peut lui aussi être compétent pour rendre une décision judiciaire ultérieure. En de tels cas, la procédure ne peut pas se fonder sur les dispositions régissant la procédure devant la première instance.

La CPS demande que la disposition légale soit adaptée dans le sens des remarques ici faites.

## 2.5.11. Art. 9 Loi sur l'entraide pénale internationale

La CPS demande de biffer ces dispositions car elles sont bien trop vagues, et de maintenir les règles actuelles, autrement dit, ces droits sont à faire valoir dans la procédure principale à l'étranger et non pas dans le cadre de la procédure d'entraide pénale.

## 2.5.12. Art. 268 al. 1 let. c et 4 projet de CPP

Avec la proposition de modification sous lettre c, un séquestre en vue de l'exécution d'une créance compensatrice ne sera désormais possible qu'envers des prévenus, mais non pas à l'encontre de tiers, ce qui représente une péjoration de la situation actuelle. Comme le rapport explicatif ne tient pas compte de cette circonstance, il y a certainement lieu d'admettre qu'il s'agit ici d'une omission d'ordre rédactionnel. Le séquestre en vue de l'exécution d'une créance compensatrice concernant des tiers est un instrument important pour l'application du principe "le crime ne paie pas". Par ce moyen, on empêche un prévenu de mettre en sûreté des valeurs patrimoniales chez un homme de paille et chez des membres de sa famille, et de se soustraire de ce fait à l'intervention des autorités pénales. Le manque de clarté mentionné dans le rapport (page 34) concernant l'application de l'art. 268 al. 2 CPP se fonde sur une jurisprudence dépassée du canton de Berne et du Tribunal fédéral, selon laquelle l'art. 268 al. 2 CPP n'est pas applicable au séquestre en vue de l'exécution d'une créance compensatrice.

Comme la base légale dans le droit en vigueur pour tous les séquestres se trouve dans l'art. 263 CPP, la CPS demande de compléter l'art. 263 al. 1 CPP par une let. e, comme suit: "*qu'ils seront utilisés pour garantir une créance compensatrice*", et de biffer la proposition.

La CPS demande par ailleurs l'annulation de l'art. 268 al. 4 CPP, car l'art. 442 CPP prévoit déjà dans sa forme en vigueur que le recouvrement des frais de procédure, des peines pécuniaires, des amendes et des autres prestations financières découlant d'une procédure pénale est régi par les dispositions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, et partant, doit s'exécuter en principe sans droit de préférence en faveur de l'Etat.

## **3. Remarques finales**

Pour conclure, il convient de relever encore que de nombreuses propositions du présent projet soumis à consultation entraîneraient une prolongation et une augmentation des coûts de la procédure sans que ne soit démontré une nécessité d'agir. On peut donc se demander si de telles conséquences sont véritablement voulues et sont dans l'intérêt de la société. Il y a également lieu de rappeler ici que le droit de procédure pénale devrait être utile, en tant que droit procédural, au droit matériel pour permettre et non pas empêcher son application. Lorsqu'une infraction est réalisée et doit faire l'objet d'une sanction pénale, il faut que les autorités de poursuite pénale disposent des instruments leur permettant de prouver l'état de fait. Il va de soi que doivent aussi être garantis une procédure équitable et les droits des parties. Mais ceci est déjà largement atteint par le code de procédure pénale en vigueur. S'agissant des droits de participer aux actes de procédure, on a trop fortement mis

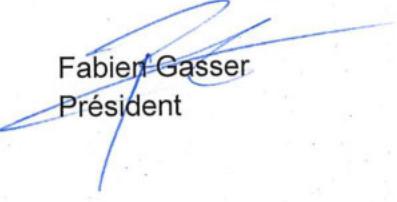
# SSK|CPS

Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz  
Conférence des procureurs de Suisse  
Conferenza dei procuratori della Svizzera

l'accent, du point de vue des autorités de poursuite pénale, sur les droits des parties au détriment de la mission légale de dites autorités, ce qui a des incidences négatives sur l'établissement de la vérité. La position et les pouvoirs - prétendument forts - du ministère public sont déjà suffisamment limités et contrôlés par les autres droits de participer à la procédure des parties, les droits de recours étendus et les tribunaux des mesures de contrainte.

La CPS vous remercie de l'occasion qui lui a été donnée de prendre position sur le projet en consultation et espère un examen bienveillant de ses requêtes. Nous sommes volontiers à disposition pour répondre à d'éventuelles questions.

## Conférence des procureurs de Suisse

  
Fabien Gasser  
Président

Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement EJPD  
Bundesamt für Justiz BJ  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Per Mail: [annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Bern, 12. 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 bestens für die Gelegenheit, zur Änderung der Strafprozessordnung (StPO) Stellung nehmen zu können. Der Schweizerische Städteverband vertreibt die Städte, städtischen Gemeinden und Agglomerationen in der Schweiz und damit gut drei Viertel der Schweizer Bevölkerung.

**Allgemeine Einschätzung**

Grundsätzlich begrüßt der Schweizerische Städteverband das Ziel der Revision, die StPO in denjenigen Bereichen anzupassen, wo sich in der Praxis Schwierigkeiten zeigen.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Schweizer Städte nicht alle in gleich relevanter Weise von den vorgeschlagenen Änderungen betroffen sind. Gerade Städte, welche über Stadtpolizeien und Stadtrichterämter verfügen, haben verschiedene Vorbehalte und Anträge zu den geplanten Neuregelungen, da diese teilweise direkte Auswirkungen auf die Aufgabenerfüllung im Rahmen der Strafverfolgung sowie auf die Übertretungsstrafverfahren hätten.

So würden die beabsichtigten Änderungen in vielen Punkten einem Rückschritt gleichkommen und muten teilweise praxisfremd und systemwidrig an. Es wurde offensichtlich verkannt, dass die meisten Straffälle heutzutage mittels Strafbefehlsverfahren erledigt werden und sich dieses Institut seit mehreren Jahren – insbesondere im Kanton Zürich – bewährt hat. Die vorgesehenen Änderungen im Bereich des Strafbefehlsverfahrens sind in Anbetracht der Tatsache, dass die heutigen Abläufe einen wirtschaftlichen und effizienten Ressourcenumgang erfordern, nicht nachvollziehbar und lassen den Aspekt der grossen Fallmengen ausser Acht. Dies gilt im Besonderen für die überaus zahlreichen Fälle von Übertretungsstrafverfahren. Hier erkennen wir einen klaren Widerspruch der Änderungsvorschläge zum Grundgedanken hinter der StPO, die mit dem Strafbefehlsverfahren ein vereinfachtes

Verfahren für weniger schwerwiegende und umstrittene Fälle einführen wollte, wie auch zur general- und spezialpräventiven Funktion des Strafrechts, die nur wirkt, wenn mit einer rasch greifenden Justiz zu rechnen ist. Eventualiter ist dieser Bereich daher explizit von einzelnen der vorgesehenen Änderungen auszunehmen. Des Weiteren beantragen wir, das Übertretungsstrafverfahren grundsätzlich klarer zu regeln.

## **Konkrete Anliegen**

### **1. Verteidigung**

#### **1.1 Sicherstellung der notwendigen Verteidigung (Art. 131 Abs. 2 und Abs. 3 E-StPO)**

Eine Einsetzung einer notwendigen Verteidigung durch die Polizei stellt eher die Ausnahme dar. Ein solches Vorgehen ist im Bereich von Mindeststrafen (z.B. Raserdelikte nach Art. 90 Abs. 3 SVG) zwar denkbar, erfolgt jedoch in Rücksprache und nach Orientierung der Staatsanwaltschaft, d.h. nicht selbstständig.

#### **1.2 Bestellung der amtlichen Verteidigung (Art. 133 E-StPO)**

Das im Kanton Zürich bewährte System soll beibehalten werden, dient dies sowohl den Interessen der Verfahrensleitung als auch den Interessen der beschuldigten Person. Die Abtrennung der Auswahl der amtlichen Verteidigung von der Verfahrensleitung an eine von letzterer unabhängige Stelle ist im Kanton Zürich bereits umgesetzt. Hingegen ist es inkonsistent und mit zusätzlichem Aufwand verbunden, die weiteren Geschäfte im Zusammenhang mit amtlichen Mandaten nicht auch dieser unabhängigen Stelle, sondern der Verfahrensleitung zu übertragen. Wir schlagen deshalb vor, Abs. 3 ersatzlos zu streichen.

#### **1.3 Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Art. 135 E-StPO)**

Die vorgeschlagene Änderung von Abs. 1, wonach die amtliche Verteidigung im Falle des Abschlusses des Strafverfahrens durch Freispruch oder Verfahrenseinstellung ein höheres Honorar erhalten soll, ist stossend und abzulehnen. Es wird verkannt, dass sich die Entschädigung nach Aufwandsrecht richtet und nicht von einem Erfolgshonorar abhängig ist. Es scheint fraglich, ob diese Regelung unter Berücksichtigung der Berufsregeln (vgl. Art. 12 BGFA) überhaupt zulässig ist. Weiter würde diese Regelung dazu führen, dass Verteidiger nicht mehr im Interesse ihrer Mandanten agieren und Rechtsmittel komplett ausschöpfen, was zu einem Mehraufwand bei Staatsanwaltschaften, Gerichten und zuletzt auch der Polizei führen wird.

### **2. Teilnahmerechte**

Die Teilnahmerechte sind eines unserer zentralen Anliegen, sorgen diese doch immer wieder für Verunsicherung und binden Ressourcen. Wir unterstützen de lege ferenda insbesondere den Antrag, die Teilnahmerechte auf den EMRK-Standard zu reduzieren.

## 2.1 Art. 147 Abs. 3 und Abs. 3bis E-StPO (Teilnahmerechte im Allgemeinen)

Im Verfahren mit mehreren Beschuldigten stellen sich zweifelsohne praktische Probleme. Die Findung der materiellen Wahrheit sowie die Möglichkeit der Wahrung eines «taktischen» Spielraums für die Strafverfolgungsbehörden (nicht zuletzt durch die Polizei) sollte höher gewichtet werden als das prinzipielle Recht der beschuldigten Person, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft anwesend zu sein und Fragen stellen zu können. Aus unserer Sicht sollte die in Art. 6 Abs. 3 EMRK verankerte Möglichkeit des Konfrontationsanspruchs die Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren erfüllen. Ein solches Vorgehen ist auch im Interesse der beschuldigten Person, welche von einem speditiven Vorgehen und Vorankommen der Untersuchung profitiert. Es ist notorisch, dass z.B. die Koordination von Einvernahmeterminen mit mehreren Verteidigern zur Wahrung der Teilnahmerechte zu Verfahrensverzögerungen führt. Art. 147 Abs. 1 StPO ist deshalb grundsätzlich zu überarbeiten, wodurch sich auch die Änderung von Abs. 3 und die Einfügung des neuen Abs. 3bis erübrigt.

## 2.2 Einschränkung der Teilnahmerechte der beschuldigten Person (Art. 147a E-StPO)

Der Vorschlag gemäss Abs. 3, wonach beim Ausschluss der beschuldigten Person von der Einvernahme einer mitbeschuldigten Person (Mittäter oder Teilnehmer) die Einvernahme zwingend aufgezeichnet werden müsste, ist nicht nachvollziehbar und erscheint willkürlich. Der gemachte Vorschlag zeugt zudem von einem Misstrauen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, was unter Hinweis auf das Fairnessgebot von Art. 3 StPO untragbar ist. Art. 147a E-StPO ist u.E. ersatzlos zu streichen.

## 3. Besonderer Haftgrund der Wiederholungsgefahr (Art. 221 E-StPO)

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Haft wegen Wiederholungsgefahr ausnahmsweise auch ohne frühere gleichartige Straftaten zugelassen, zumal sich nur so der ernsthaften und konkreten Gefahr eines schweren Verbrechens begegnen lasse.

Bei Einführung des zwingenden Vortaterfordernisses kann das Ziel der Verhinderung von Straftaten (Prävention) nicht mehr erfüllt werden. Dieses «Dilemma» darf nicht dazu führen, dass für potentielle Straftäter das Erwachsenenschutzrecht als «Notlösung» (im Rahmen einer Fürsorgerischen Unterbringung) hinzugezogen wird, was rechtsstaatlich bedenklich wäre. Wir beantragen deshalb, dass der Gesetzgeber hier bundesgerichtliche und bewährte Rechtsprechung de lege ferenda umsetzt.

## 4. Strafbefehlsverfahren

Es gilt zu berücksichtigen, dass am 1. Januar 2018 eine Revision des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB) erfolgte, infolge derer die Strafbefehlskompetenz bereits eingeschränkt wurde (vgl. dazu Art. 34 i.V.m. Art. 352 StGB). Die Vorschläge betreffend Revision schränken die Möglichkeit von Schnellrichtergeschäften massiv ein, verunmöglichen diese mithin.

## 4.1 Ankündigung Verfahrensabschluss (Art. 318 Abs. 1bis und Abs. 3 E-StPO), Strafbefehlsverfahren (Art. 352 E-StPO)

Der Revisionsvorschlag dürfte in den meisten Fällen nicht praxistauglich sein, zusätzlichen Aufwand verursachen und zu unnötigen Verzögerungen des Verfahrens führen. Beim Strafbefehl handelt es

sich zudem nicht um ein Urteil, sondern um einen Urteilsvorschlag. Es ist nicht ersichtlich, wieso von einer Ausnahme der Ankündigung des Verfahrensabschlusses in Zukunft abgesehen werden soll. Zudem gelten die Opferrechte auch im Strafbefehlsverfahren. Das Opfer kann mittels Einsprache eine richterliche Beurteilung verlangen, sollte es ein solches Interesse haben. Mit der Einschränkung der Strafbefehlkompetenz auf 120 Strafeinheiten wird das Opfer faktisch in ein (öffentliches) gerichtliches Verfahren gedrängt, was dem Opferinteresse zuwiderläuft. Deshalb schlagen wir vor, die Anwendung von Art. 318 E-StPO auf Strafbefehlsverfahren auszuschliessen.

#### 4.2 Obligatorische Einvernahme im Strafbefehlsverfahren (Art. 352a E-StPO)

Die Pflicht zur Einvernahme erscheint überspitzt formalistisch. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird auch im Strafbefehlsverfahren gewahrt.

#### 4.3 Behandlung von Zivilansprüchen im Strafbefehlsverfahren (Art. 126 Abs. 2 E-StPO)

Die beabsichtigte Regelung würde als Einfalltor für zivilrechtliche Streitigkeiten dienen, was zu einer deutlichen Zunahme von Anzeigen bei der Polizei führen würde, ergo zu einem administrativen Mehraufwand. Grundsätzlich ist aus unserer Sicht Änderungsvorschlägen, die administrativen Mehraufwand und Verschwendungen von Ressourcen verursachen, Gegensteuer zu geben.

#### 5. Strafanzeige (Art. 301 Abs. 1bis E-StPO)

Die beabsichtigte Regelung ist systemwidrig. Mündlich erstattete Strafanzeigen werden praktisch ausnahmslos von der Polizei aufgenommen. Über eine allfällige Herausgabe eines Befragungsprotokolls entscheidet jedoch nach Art. 102 Abs. 1 StPO die Verfahrensleitung. Es ist nicht angängig, dass ein Anzeigeerstatter von der Polizei ein Befragungsprotokoll ausgehändigt erhält, bevor die Verfahrensleitung vom Inhalt desselben Kenntnis hat. Art. 301 Abs. 1bis E-StPO muss entsprechend angepasst werden.

Zudem soll sich ein Anzeigeerstatter nicht anhand eines polizeilichen Protokolls auf eine spätere staatsanwaltschaftliche Einvernahme vorbereiten können.

#### 6. Stadtrichteramt als Übertretungsstrafbehörde

Im Kanton Zürich üben kommunale Behörden Aufgaben als Übertretungsstrafbehörden aus (Art. 12 lit. c StPO, § 86 lit. b Ziff. 1 und 89 kantonales Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess; GOG). Die Gemeinden sind nur zur Beurteilung von denjenigen Übertretungen befugt, bei denen eine Busse in der Höhe von maximal CHF 500 ausreichend erscheint. Übertretungen sind gemäss Art. 103 StGB geringfügige Straftaten, welche mit höchstens CHF 10'000 Busse bestraft werden können. Ein Eintrag im Strafregister erfolgt erst ab einer Bussenhöhe von CHF 5'000. Strafverfolgung und Strafe verjähren bei Übertretungen nach drei Jahren (Art. 109 StGB).

Bei den zu verfolgenden Übertretungen handelt es sich um geringfügige Ordnungswidrigkeiten wie beispielsweise nicht innert Frist bezahlte Ordnungsbussen nach eidgenössischem Ordnungsbussen-gesetz, die zur Beurteilung im ordentlichen Verfahren dem Stadtrichteramt zugewiesen werden. Weiter beurteilen die Stadtrichterämter Zürich und Winterthur geringfügige Verstöße gegen das Stras-

senverkehrsgesetz, gegen das Personenbeförderungsgesetz («Schwarzfahren») oder geringfügige Vermögensdelikte (Art. 172ter StGB) sowie – jedoch in deutlich geringerer Anzahl – Täglichkeiten, sexuelle Belästigungen oder nicht innert Frist bezahlte kantonal- oder gemeinderechtliche Ordnungsbussen.

#### 6.1 Übertretungen als «Massengeschäft»

Beim Stadtrichteramt der Stadt Zürich gehen jährlich rund 95'000 Verzeigungen aus dem Bereich des Übertretungsstrafrechts zur Bearbeitung ein. Allein das Stadtrichteramt der Stadt Zürich erlässt jährlich rund 75'000 Strafbefehle. Zum Vergleich: Die bezirksweise aufgestellten Statthalterämter im Kanton Zürich (mit Bussenkompetenz bis CHF 10'000) erledigen pro Jahr insgesamt rund 70'000 Straffälle. Es ist somit offensichtlich, dass sich der allergrösste Teil der in der Schweiz ausgestellten Strafbefehle mit Übertretungen befasst.

#### 6.2 Regelungsbedarf Übertretungsstrafverfahren

Gemäss Art. 357 StPO haben die zur Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen eingesetzten Behörden die Befugnisse der Staatsanwaltschaft; das Verfahren richtet sich sinngemäss nach den Vorschriften über das Strafbefehlsverfahren. Was mit sinngemäss gemeint ist, ist jedoch nicht definiert. Weder Rechtsprechung noch Lehre haben diesbezüglich Klarheit gebracht. Rund 80 bis 90 % der schweizweit ausgesprochenen Sanktionen ergehen in Form von Strafbefehlen – wobei es sich bei der überwiegenden Mehrheit lediglich um Übertretungen handelt.

#### 6.3 Untauglichkeit der Revisionsvorschläge für Übertretungen

Viele der mit der vorliegenden Revision vorgeschlagenen Bestimmungen beschlagen offensichtlich Verfahren von einer gewissen Schwere, also Vergehen und Verbrechen; an Übertretungen wurde mutmasslich kaum gedacht. Der vorgesehene Ausbau im Verfahrensablauf würde bei den Stadtrichterämtern zu administrativen und finanziellen Mehraufwänden führen.

### 7. Weiteres Anliegen

Obschon nicht Gegenstand der vorliegenden Revisionsvorlage, beantragen wir, dass die Bestimmung von Art. 80 Abs. 2 StPO (und/oder Art. 353 Abs. 1 lit. k StPO), wonach Entscheide von der Verfahrensleitung unterzeichnet werden müssen, jedenfalls 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. Das Stadtrichteramt Zürich erlässt durchschnittlich 300 Strafbefehle pro Arbeitstag.

## Anträge

- ▶ **Art. 78 und 78a (technische Hilfsmittel):** Der Klarheit halber sollte erwähnt werden, dass bei den «technischen Hilfsmitteln» – jedenfalls in Übertretungsstrafverfahren – Tonaufzeichnungen genügen sollen.
- ▶ **Art. 133 E-StPO Abs. 3 ist ersatzlos zu streichen.**
- ▶ **Art. 135 E-StPO Abs. 1 zweiter Satz ist stossend und zu streichen.**
- ▶ **Art. 147 Abs. 1 StPO ist grundsätzlich zu überarbeiten, wodurch sich auch die Änderung von Abs. 3 und die Einfügung des neuen Abs. 3bis erübrigen.**
- ▶ **Art. 147a E-StPO ist ersatzlos zu streichen.**
- ▶ **Die vorliegende Revision soll zum Anlass genommen werden, den Begriff «sinngemäss» für die Übertretungsstrafverfahren klarer zu definieren.**
- ▶ **Die Anwendung der nachfolgend genannten Bestimmungen soll auf Übertretungsstrafverfahren explizit ausgeschlossen werden – sofern sie nicht aus der Vorlage gestrichen werden (vgl. obige Anträge):**
  - **Art. 88 Abs. 4 (öffentliche Bekanntmachung Strafbefehle)**
  - **Art. 123 Abs. 2; Art. 126 Abs. 2; Art. 353 Abs. 2 (Bezifferung und Behandlung von Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren)**
  - **Art. 136 Abs. 1bis (Unentgeltliche Rechtspflege für die Privatklägerschaft zur Durchsetzung der Strafklage)**
  - **Art. 147 Abs. 3 und 3bis; Art. 147a (Teilnahmerechte der beschuldigten Person)**
  - **Art. 318 Abs. 1bis und 3 (Information der Opfer und Beweisanträge)**
  - **Art. 354 Abs. 1ter (Einsprachefristen)**
  - **Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4 (Einspracherückzugsfiktion)**

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

**Schweizerischer Städteverband**

Präsident



Kurt Fluri, Nationalrat  
Stadtpräsident Solothurn

Direktorin



Renate Amstutz



**EINSCHREIBEN**

Bundesamt für Justiz  
Frau Annemarie Gasser  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Zürich, 13. März 2018

**Änderung der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)**  
**Vernehmlassung des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Strafverteidigung**

Sehr geehrte Damen und Herren

Obwohl wir nicht offiziell zur Einreichung einer Vernehmlassung eingeladen worden sind, erlauben wir uns – als noch junge Vereinigung – am Vernehmlassungsverfahren teilzunehmen. Im Schweizerische Kompetenzzentrum für Strafverteidigung haben sich die Fachanwälte und Fachanwältinnen SAV Strafrecht zusammengeschlossen. Die Fachvereinigung verteidigt die Beschuldigtenrechte und die Garantie auf ein faires Verfahren.

**A. Résumé**

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

Unsere Gesamtwürdigung der einzelnen Änderungsvorschläge kommt zudem zum Ergebnis, dass die verfassungsmässig gebotene Waffengleichheit weiter geschwächt wird. Die Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden werden zulasten der Verteidigungsrechte und auch der Justiz erweitert. Angesichts der Tatsache, dass deutlich über 90% aller Verurteilungen nicht mehr durch die Justiz, sondern durch die Exekutive (Strafverfolgungsbehörden) ergehen, ist jede neuerliche Machtverschiebung zugunsten der Exekutive abzulehnen. Bei der Auseinandersetzung mit den einzelnen Bestimmungen der Vorlage (s. dazu unten, C.) ist daher darauf zu achten, dass die Garantie der Waffengleichheit zumindest nicht noch weiter geschwächt wird.

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

## B. Grundsätzliche Überlegungen

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

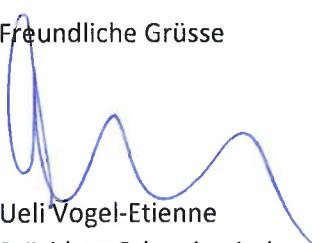
Es fällt daher nicht leicht, der gegenwärtigen Vorlage Vorteile abzugewinnen, zumal sie die Rechtsbeständigkeit gesetzgeberischer Erlasse, die als wichtige rechtsstaatliche Konstante gelten sollte, untergräbt. Dies gilt erst recht, wenn man sich vor Augen führt, dass auch das materielle Strafrecht, dem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

## C. Stellungnahme zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs

Angesichts der grundsätzlichen Ablehnung der Vorlage äussern wir uns nur zu denjenigen Bestimmungen, die uns als besonders beachtenswert erscheinen. Wir verweisen auf die Beilage und unsere darin enthaltenen wichtigen Anliegen unserer Vereinigung.

Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Strafverteidigung dankt Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

  
Ueli Vogel-Etienne  
Präsident Schweizerisches Kompetenzzentrum  
für Strafverteidigung

Vorab per E-Mail: [annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Beilage: Stellungnahme und Vorschläge des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Strafverteidigung

*Stellungnahme und Vorschläge des Schweizerischen Kompetenzzentrums für  
Strafverteidigung*

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

## 1. Art. 76 StPO

Wir fordern, dass sämtliche Einvernahmen im Vorverfahren audiovisuell aufgezeichnet werden, mindestens aber diejenigen Einvernahmen, anlässlich derer keine Verteidigung anwesend ist. Es ist kein einziger sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich, der gegen solche Aufzeichnungen sprechen würde. Die heute praktizierten Einvernahmeprotokolle sind in jeder Hinsicht ungenügend.

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

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

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

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

## 2. Art. 78a StPO

Wir erachten es als geboten, die vorgesehene Kann-Vorschrift nach lit. a in ein Obligatorium umzuwandeln, mindestens in denjenigen Fällen, in welchen die beschuldigte Person (noch) über keine Verteidigung verfügt. Es ist bereits heute üblich, Aufzeichnungen zu transkribieren, was insbesondere bei der Einvernahme Minderjähriger üblich ist. Der entstehende Mehraufwand wird durch das erleichterte Aktenstudium alle Beteiligter mehr als kompensiert. Zu beachten ist dabei auch, dass die Aufzeichnung die Dauer der Befragungen erheblich verkürzt.

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

Eine sinngemäße Protokollzusammenfassung ist abzulehnen. Entweder ist die Einvernahme mittels technischer Hilfsmitteln aufzuzeichnen oder gegebenenfalls eine wortwörtliche Transkription zu verfassen. Die urteilenden Richter am Strafgericht sollen sich entweder das Video der Einvernahme anschauen oder ein 1:1 transkribiertes Protokoll. Die richterliche Meinungsbildung sollte, auch nicht in Nebenpunkten, nicht mittels (selektiven) Zusammenfassungen entstehen.

Schliesslich sollte Art. 185 StPO insofern angepasst werden, als auch psychiatrische Explorationsgespräche standartmässig mittels Video aufgezeichnet werden müssen, damit anlässlich der Erstellung einer psychiatrischen Begutachtung die entsprechende Beweiserhebung transparent dargestellt werden kann. Das Explorationsgespräch mit dem psychiatrischen Sachverständigen soll nicht länger eine „Blackbox“ bleiben, sondern die beschuldigte Person sollte allenfalls die Möglichkeit haben, eine ungerechte Behandlung oder Befragung anlässlich der psychiatrischen Begutachtung zu dokumentieren.

### 3. Art. 131 Abs. 2 StPO

In diesem Zusammenhang regen wir im Hinblick auf die Garantie der Waffengleichheit und einer fairen und ausgewogenen Strafuntersuchung Folgendes an: Sind die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung nach Art. 130 StPO erfüllt, ist eine Verteidigung umgehend sicherzustellen und zwar unabhängig vom konkreten Verfahrensstadium resp. der Eröffnung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung.

### 4. Art. 135 StPO

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

### 5. Art. 143 StPO

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

Art. 143 Abs. 5: «*nach der freien Äusserung gemäss Abs. 4 strebt sie ...»*

Diese Änderung soll die falsche und unsägliche Einvernahmetechnik unterbinden, die von Anfang an mit spezifischen Fragen kommt und eben den freien Bericht unterbindet. Dieser ist aber für die Würdigung der Glaubhaftigkeit der Aussage wichtig (was weiss Zeuge noch aus eigener Erinnerung? Wie schildert er das etc.)

---

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

## 6. Art. 147 StPO

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

## 7. Art. 147a StPO

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

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

Der vorgesehenen Formulierung liegt ein Missverständnis zugrunde. Sie besagt suggeriert, dass durch das Aussageverhalten der beschuldigten Person(en) die Suche nach dem (vermeintlichen) Urzustand der Wahrheit erschwert werden könnte. Wir schlagen deshalb vor, sich vom inquisitorisch geprägten Wahrheitsbegriff und dem «Gespenst» der materiellen Wahrheit zu lösen und die Regelung in Art. 147a StPO einem modernen dualistischen Strafrechtssystem anzugeleichen (Wahrheit als Prozess, als Ergebnis eines herrschaftsfreien, fairen Dialogs zwischen den Prozessbeteiligten). U.E. können Teilnahmerechte die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht behindern. Gesetzlich erklärt (theoretisches) Ziel des Strafverfahrens ist die Erforschung der materiellen objektiven Wahrheit. Dieses Ziel haben die Strafbehörden nicht mit allen, sondern nur mit den vom Gesetz vorgegebenen Instrumenten, in der vom Gesetz vorgegebenen Form zu erreichen, weshalb man präziser von der «prozessualen Wahrheit» spricht. Professor Detlef Krauss spricht treffend von der «Konstruktion des Rechtsfalles», bei der die den Sachverhalt ermittelnde Person einen entscheidenden Einfluss auf die spätere Wertung des Ermittlungsergebnisses hat. Wahrheit ist damit notwendigerweise immer ein Konstrukt prozessualer Ermittlungstätigkeit, die sich stets am Interesse der Verfahrenssubjekte orientiert: Es gibt immer nur Schilderungen, Erzählungen, Interpretationen, Wertungen, kurz: Kommunikation. Der «relevante Sachverhalt» ist somit unmittelbar von der Wahrnehmung und Interpretation der an diesem Vorgang bzw. am Verfahren beteiligten Akteure abhängig. Jeder der Akteure gibt diesen Kommunikationen Sinn, reduziert durch die Komplexität und konstruiert seine eigene Wahrheit, seine eigene Vorstellung der Wirklichkeit.<sup>3</sup> Deshalb ist es als Ausgleich zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren sowie der eingeschränkten Unmittelbarkeit im

---

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

Hauptverfahren zentral, dass Mitbeschuldigte und ihre Verteidigung im Vorverfahren an der Rekonstruktion der prozessualen Wahrheit durch ihre Partizipation mitwirken können. Vor diesem Hintergrund wird auch klar, dass die Teilnahmerechte von Mitbeschuldigten der Konstruktion des prozesserheblichen Sachverhalts dienlich sind, denn sie stellen sicher, dass der Sachverhalt nicht im Sinne einer einseitigen, vorgefertigten Haltung der Staatsanwaltschaft konstruiert wird. Dazu kommt schliesslich, dass aufgrund der technologischen und kriminaltechnischen Fortschritte der ohnehin «schwache» Personalbeweis zunehmend an Bedeutung verliert. Das Bundesgericht spricht sich jedenfalls für ein grundsätzliches Mitwirkungsrecht der Parteien bei der Aufarbeitung des strafrechtlich relevanten Tatsachenfundaments und damit für die beschuldigte Person als Subjekt und nicht mehr als Objekt in einem rechtstaatlichen Verfahren aus (vgl. BGE 139 IV 25; Urteile des Bundesgerichts 1B\_404/2012 vom 4. Dezember 2012 sowie 6B\_450/2014 und 459/2014 vom 18. Mai 2015).

Vorgeschlagen wird deshalb, entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Beschränkung der Teilnahmerechte nur solange verfügt werden kann, bis die entsprechende mitbeschuldigte Person selber erstmals (einlässlich) zur Sache befragt worden ist. Nach der ersten, einlässlichen Befragung der beschuldigten Person können die Teilnahmerechte (grundsätzlich) nicht mehr eingeschränkt werden. Zudem ist der Ausschluss der Teilnahmerechte vor der entsprechenden Einvernahme (d.h. vorgängig) von der Verfahrensleitung schriftlich zu verfügen, damit die Rechtmäßigkeit des verfügten Ausschlusses durch ein Gericht überprüft werden kann, bevor die umstrittene Beweiserhebung vorgenommen wird. Eine solche Regelung ist unseres Erachtens auch deshalb völlig opportun, weil die Teilnahmerechte im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren bekanntlich nicht gelten, sondern nur nach Eröffnung der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung. Wir unterbreiten Ihnen deshalb folgenden Formulierungsvorschlag:

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

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

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

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

### 8. Art. 221 StPO

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

Rechtsprechung des Bundesgerichts anzupassen. Vielmehr ist klarzustellen, dass Bundesgesetze für das Bundesgericht verbindlich sind.

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

#### *9. Art. 222 und 228a StPO*

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

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

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

Das Bundesgericht argumentiert weiter, dass der Staatsanwaltschaft im öffentlichen Interesse einer guten Strafrechtflege das Recht zur kantonalen Haftbeschwerde einzuräumen sei, denn die Staatsanwaltschaft müsse ihre Aufgabe, ein Verfahren bis zum Ende zu verfolgen, erfüllen können. Dies sei nicht gewährleistet, wenn gegen einen Haftentlassungsentscheid kein kantonaler Rechtsmittelweg offenstehe. Die Strafverfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft steht ausser Zweifel. Nicht nachvollziehbar ist hingegen, inwiefern diese Pflicht in Frage gestellt werden soll durch einen Haftentlassungsentscheid. Dieser bewirkt einzig, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren halt nicht

als Haftfall weiterführen kann. Behindert wird die Strafverfolgung dadurch überhaupt nicht, zumal die Haftentlassung durch ein Gericht erfolgt und erfahrungsgemäß nicht leichtfertig angeordnet wird. Und selbst wenn eine zweite Instanz die Haftfrage auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin ein zweites Mal prüft, ist damit noch lange nicht gesagt, dass deren Entscheid „richtiger“ ist als jener des ZMG, da die zweite Instanz genauso falsch (oder richtig) entscheiden kann wie die erste, womit nichts gewonnen ist.

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

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

- Das erste Problem liegt darin, dass jenes Gericht, das Art. 5 Ziff. 4 EMRK für die Haftprüfung, auch die Möglichkeit und das Recht haben muss, die Haftentlassung anzuordnen. Diese Möglichkeit ist dem Haftrichter aber durch die Einräumung eines Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft entzogen worden, denn der Haftrichter kann den Verhafteten nicht freilassen, wenn die Staatsanwaltschaft dagegen Beschwerde führt, sonst wäre das Beschwerderecht ein rein theoretisches. Also muss der Verhaftete, trotz anderslautendem Entscheid des Haftrichters, in Haft bleiben (was so auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt). Der Haftrichter ist somit kein Richter, wie ihn Art. 5 Ziff. 4 EMRK fordert, da er nicht die absolute Kompetenz hat, die Haftentlassung anzuordnen. Dies verkennt das BJ in seinen Erläuterungen zur Revision, wenn es Art. 5 Ziff. 4 EMRK so verstehen will, dass damit nur die physische Vorführung vor den Richter (innert kurzer Frist) gemeint sei, die Garantie für die Betroffenen also nur eine rasche gerichtliche Haftprüfung umfasse. Dem steht aber der Wortlaut von Art. 5 Ziff. 4 EMRK klar entgegen: es geht nicht nur um eine raschmögliche gerichtliche Haftprüfung, sondern um eine Haftprüfung durch

ein Gericht, das auch die Haftentlassung definitiv verfügen kann. Auch die Lehre scheint – entgegen der Ansicht des BJ – dieser Auffassung zuzuneigen (vgl. Meyer-Ladewig, EMRK, Handkommentar, Nomos-Kommentar, Art. 5 Rz. 34 ff., 3. Aufl., Baden-Baden 2011).

- Räumt man der Staatsanwaltschaft dennoch ein Beschwerderecht ein, gerät man unweigerlich in das nächste Problem, nämlich wie man die in Art. 5 Ziff. 4 EMRK verlangte kurze Frist einhält, innert welcher das zuständige Gericht über «die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet» und die Entlassung der festgenommenen Person anordnet, «wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist». Wie gesagt müsste das die Beschwerdeinstanz sein und tun, wenn man der Konzeption des BJ folgen will, denn das ZMG darf ja nicht mehr unangefochten die Haftentlassung anordnen.
- Das BJ schlägt vor, dass die Staatsanwaltschaft innert 3 Stunden schriftlich begründet Beschwerde gegen den Haftentscheid erheben muss, dass dann das ZMG den Haftentscheid ausfertigt und diesen mit der begründeten Beschwerde und samt den Akten unverzüglich an die Beschwerdeinstanz übermittelt. Die Beschwerdeinstanz soll dann analog zu Art. 225 und 226 Abs. 1-5 StPO vorgehen, d.h. nichts anderes, als dass die Beschwerdeinstanz ein zweites mündliches Haftprüfungsverfahren innert analoger Frist (also innert max. 2 Tagen) durchführen muss. Dies ist aus diversen Gründen nicht machbar und zudem rechtswidrig.
- Die Beschwerdeinstanz wird innert 48 Std. seit Eingang der Akten bei ihr entscheiden müssen. Das setzt einen Pikettdienst bei der Beschwerdeinstanz voraus, welcher heute nicht existiert. Haben die Kantone keine Einzelrichterkompetenzen bei den Beschwerdeinstanzen vorgesehen, wird sich ein 3-er-Spruchkörper mit der Sache befassen müssen, der zuerst innert 48 Std. gefunden werden muss, was bei Gerichten mit nebenamtlichen Richtern nicht ohne weiteres, insbesondere nicht ohne Pikettdienst, möglich ist, was zudem auch weitere Kosten verursacht.
- Weiter ist Folge davon, dass das ganze EMRK-Haftprüfungsverfahren um mindestens 3 Tage verlängert wird (72 Std. bzw. 4 Tage bis zum Entscheid des ZMG, 1 Tag für Ausfertigung des Entscheides und die Übermittlung der Akten etc. an die Beschwerdeinstanz, 48 Std. für die Beschwerdeinstanz für einen neuen Entscheid), d.h. total 7 Tage, bis ein EMRK-konformer Entscheid vorliegt. Eine solche 7-Tage-Frist läuft auch an den Wochenenden, sodass – wenn der ZMG-Entscheid von einem Donnerstag datiert – die Beschwerdeinstanz samstags und sonntags durcharbeiten muss, um die Frist gegebenenfalls einzuhalten. Auch das ist illusorisch. Selbst wenn die 7-Tage-Frist eingehalten werden könnte, ist selbst das BJ nicht sicher, ob diese Frist noch EMRK-konform ist, da nach der EMRK-Rechtsprechung diese Frist maximal 4 Tage betragen darf (vgl. Begleitbericht, S. 31 zu Fn. 56). Wenn also eine EMRK-konforme Frist nicht eingehalten werden kann, dann sollte man lieber auf das Experiment verzichten, wenn es ohnehin rechtlich nicht geboten ist.
- Zu guter Letzt wird durch Art. 228a StPO ein Spezialrecht zur Behandlung von Haftbeschwerden geschaffen: die Haftbeschwerde wird in einem mündlichen Verfahren entschieden (statt im vom Gesetz vorgesehenen schriftlichen Verfahren), allerdings gilt das nur dann, wenn die Staatsanwaltschaft Beschwerde führt. Führt hingegen die inhaftierte Person gegen den Freiheitsentzug Beschwerde, gilt das normale schriftliche Verfahren, das bekanntlich – je nach Kanton – inkl. Schriftenwechsel sicher zwischen 4 und 8 Wochen dauert. Wie diese Rechtsungleichheit zu rechtfertigen ist, darüber schweigt sich der Begleitbericht aus. So gut wie ein haftbeendender Entscheid falsch sein kann (und wogegen die Staatsanwaltschaft will Beschwerde führen können), so gut kann ein haftbegründender Entscheid falsch sein. Warum

aber für die Anfechtung desselben Entscheides ein anderes Verfahren gelten soll, je nach dem, wer Beschwerde führt, und das insbesondere massiv unterschiedliche Fristen kennt, wird nicht begründet und ist auch nicht zu begründen, insbesondere dann nicht, wenn das nachteilige, längere Verfahren gerade dann zur Anwendung kommt, wenn die eigentlich beschwerdebefugte, schwächere und schutzbedürftigere Partei Beschwerde führt. Das gewählte «mündliche» Haftbeschwerdeverfahren zu Gunsten der Staatsanwaltschaft erweist sich somit als EMRK- und verfassungswidrig, da rechtsungleich.

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

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

Klar ist zudem, dass die Staatsanwaltschaft nur dann überhaupt ein Beschwerderecht zustehen könnte, wenn sie selber an der Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht teilnimmt und bereits dort ihre Position einbringt und auch die mündliche Begründung des Zwangsmassnahmenrichters zur Kenntnis nimmt. Entweder ist der Staatsanwaltschaft eine Verhaftung der beschuldigten Person wichtig, dann soll sie an der Verhandlung teilnehmen und sich einbringen. Sich dispensieren lassen und nachher, wenn sie mit ihrem Haftantrag unterliegt, Beschwerde führen, ist widersprüchlich und solch opportunistisches Verhalten sollte ganz sicher nicht mittels einer gesetzlichen Regelung legalisiert werden.

Die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft ist bei der Neufassung des Haftrechts offenbar vergessen gegangen.

#### *10. Art. 231 Abs. 2 StPO*

Nicht nachvollziehbar ist, warum nach einem freisprechenden Urteil noch Sicherheitshaft angeordnet werden kann. Sicherheitshaft verlangt – nicht anders als Untersuchungshaft – als allgemeine Voraussetzung einen dringenden Tatverdacht darauf, dass die zu inhaftierende oder in Haft zu belassende beschuldigte Person ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat. Der Tatverdacht unterliegt bloss einer *prima-facie*-Prüfung, es wird also vom Haftrichter nicht erschöpfend abgeklärt,

ob ein solcher vorliegt oder nicht, sondern nur, ob genügend Hinweise vorliegen, die auch einen unabhängigen Dritten davon überzeugen, dass der Beschuldigte die Tat begangen haben dürfte.

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

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

#### *11. Art. 248 StPO*

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

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

## 12. Art. 251a StPO

Gemäss Absatz 1 des Entwurfs zu Art. 251a soll die Polizei in Fällen, in denen das Bundesrecht eine Blutuntersuchung vorschreibt, eine solche anordnen können. Der erläuternde Bericht (S. 36) verweist auf Art. 12 Abs. 1 der Strassenverkehrskontrollverordnung, wo geregelt wird, in welchen Fällen zur Kontrolle der Fahrfähigkeit zwingend eine Blutuntersuchung anzuordnen ist. Da in diesen Fällen der Staatsanwaltschaft aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben kein Ermessen zustehe, ergebe es offenkundig keinen Sinn, wenn die Polizei eine Blutuntersuchung nicht selbstständig anordnen könne, sondern die Staatsanwaltschaft um die Durchführung ersuchen müsse.

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

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

## 13. Art. 255 StPO

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

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

#### 14. Art. 256 StPO

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

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

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

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

#### 15. Art. 318 StPO

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

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

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

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

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

#### 16. Art. 342 StPO

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

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

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

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

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

#### 17. Art. 343 Abs. 3 StPO

In den kantonalen Strafprozessordnungen war die Unmittelbarkeit bekanntlich sehr unterschiedlich geregelt. Mit Inkrafttreten der StPO wurde das gerichtliche Hauptverfahren im Vergleich zu den früheren kantonalen Lösungen allein wegen der ausgedehnten Strafbefehlskompetenz und dem abgekürzten Verfahren in nahezu allen Kantonen deutlich abgewertet. In den verhältnismässig wenigen Verfahren, die heute überhaupt noch in regulären Gerichtsverfahren verhandelt werden, zeigt sich nun in der Praxis, dass die gerichtliche Unmittelbarkeit sehr unterschiedlich interpretiert wird. Tendenziell erheben Gerichte in Kantonen, die früher eine weitgehende Unmittelbarkeit kannten, viel mehr Beweise vor Schranken als in Kantonen, die vorher von einer stark beschränkten Unmittelbarkeit geprägt waren; in letzteren Kantonen sehen sich Gerichte entgegen der Konzeption der eidgenössischen Strafprozessordnung oftmals eher in der Rolle einer blossen Beweismittelkontrollinstanz. Zusammenfassend wurde hier in praxi die kodifizierte Rechtsvereinheitlichung noch nicht eingelöst, wovon auch zahlreiche Bundesgerichtsentscheide zu dieser Frage zeugen.

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

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

#### 18. Art. 352 und 352a StPO

Das Strafbefehlsverfahren kann bei Lichte besehen nur mit Effizienzgewinn und rein fiskalischen Interessen begründet werden. Nebst dem Staat haben nur Beschuldigte, die die Öffentlichkeit einer Hauptverhandlung vor dem Richter und die Kosten eines ordentlichen Verfahrens scheuen, Interesse an einem faktisch geheimen Strafbefehlsverfahren. Dabei darf nicht übersehen werden, dass dies auch für beschuldigte Personen gilt, die durchaus mit einem Freispruch rechnen könnten. Eine Verurteilung trotz faktischer Unschuld ist ihnen – je nach vorgeworfener Straftat – allemal lieber als die stigmatisierende Wirkung einer öffentlichen Verhandlung. Strafbefehle werden mitunter auch akzeptiert, um die wahre Täterschaft (bspw. Familienangehörige) zu schützen. Die Fehleranfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens ist evident.

Die nun vorgeschlagenen Änderungen sind letztlich ein blosser Versuch, die fehlende Rechtsstaatlichkeit aus der Sicht der Opfer zu mildern. Sie können die Rechtsstaatlichkeit aber nicht herstellen. Die vorgeschlagenen Schwellen gemäss Abs. 1<sup>bis</sup> und Art. 352a verkennen das weite Ermessen, das der Staatsanwaltschaft auch im Bereich der Sanktionen zusteht. Die Schwelle wird in der Praxis dazu führen, dass die Strafen reduziert werden, um die Verfahren mit Strafbefehl und ohne Einvernahmen erledigen zu können.

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

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

Die einzige Gesetzesänderung, die bei Beibehaltung des Strafbefehlsverfahrens in Frage kommen darf, ist eine registerrechtliche. Die fehlende Rechtsstaatlichkeit einer Verurteilung im

Strafbefehlsverfahren kann dadurch abgemildert werden, dass Strafbefehle nicht mehr erfasst werden dürfen.

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

Jedenfalls kann es aus rechtsstaatlicher Sicht nicht sein, dass eine Person mittels eines Strafbefehls zu einer strafrechtlichen Sanktion verurteilt wird, ohne im entsprechenden Verfahren je die Möglichkeit gehabt zu haben, sich zu äussern und seine Position darzulegen. Die Einvernahme der beschuldigten Person muss als obligatorisch erklärt werden.

#### *19. Art. 353 und 395 StPO*

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

#### *20. Art. 366 StPO*

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

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

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

Der vorgeschlagene Art. 366 ist daher nicht sachgerecht und widerspricht zudem der allgemeinen Erfahrung: Während ein einmaliges Säumnis durchaus in verschiedenen Lebenskontexten immer wieder vorkommt und damit gewissermassen stets entschuldbar ist, sieht dies bei einem zweimaligen Säumnis bereits anders aus. Der bisherige Art. 366 Abs. 3 bietet zudem einen Schutz, dass die Obliegenheit einer zweiten Vorladung nicht missbraucht werden kann. Die bisherige gesetzliche Regelung trifft damit im Ergebnis eine vernünftige Güterabwägung und entspricht bewährter Praxis.

Auf jeden Fall ist ein direktes Abwesenheitsverfahren nur dann sachgerecht, wenn die beschuldigte Person der Hauptverhandlung unentschuldigt fernbleibt. Es gibt aus rechtsstaatlicher Sicht keinen Grund, beschuldigte Personen, die beispielsweise eine Hauptverhandlung wegen Krankheit verpassen, einfach und direkt zu kontumazieren.

## 21. Art. 388 StPO

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

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

## 22. Art. 391 StPO

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

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

## 23. Art. 401 StPO

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

#### 24. Art. 442 StPO

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

Eine Genugtuung gleicht erlittene Unbill aus. Sie ist persönlicher Natur und hat zum Ziel, den erlittenen Nachteil einer Verletzung des moralischen Wohlbefindens, auszugleichen. Zurecht sind Genugtuungszahlungen denn auch nicht steuerpflichtig. Genugtuungsleistungen sind Leistungen, die keinen materiellen, sondern eben einen ideellen Schaden ausgleichen. Das Argument der Prozessökonomie gründet jedoch ausschliesslich auf materiellen Überlegungen und erweist sich daher vorliegend als untauglich und nicht plausibel.

#### 25. Einführung des Instituts einer «aufgeschobenen Anklageerhebung»

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

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

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

Das geltende Recht sieht in Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) vor, dass unter bestimmten Umständen von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung

abgesehen werden kann. Diese Bestimmung – die nach unserer Auffassung zu Unrecht kritisiert wird<sup>4</sup> – zielt jedoch hauptsächlich auf den Ausgleich zwischen Täter und Geschädigten; eine Konstellation, die aus den verschiedensten Gründen nicht bei allen Strafverfahren gegeben ist. Die zusätzliche Schaffung des Instituts einer aufgeschobenen Anklageerhebung hat daher durchaus eine eigenständige Berechtigung.

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

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

## 26. Art. 366 StGB

(s. oben, Art. 352 StPO)

## 27. Art. 3 Abs. 2 JStG

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

## 28. Art. 38 JStG

Der Vorschlag wird zu nicht zu unterschätzenden Vollzugsfragen bezüglich rechtskräftiger Urteile führen. In Bezug auf Urteile muss zum Beispiel die Frage beantwortet werden, welcher Vollzugsbehörde (Jugandanwaltschaft oder Vollzugsbehörde für die Erwachsenen) die Entscheidbefugnis zukommen soll, wenn unterschiedliche Massnahmen in gleicher Weise dringlich

oder zweckmässig erscheinen. Es müssten aber insbesondere auch Fragen gelöst werden, wie beispielsweise mit durch die Jugendanwaltschaft vorsorglich angeordneten Schutzmassnahmen zu verfahren wäre, wenn die Erwachsenenstrafbehörde in einem zeitlich parallel geführten Verfahren Zwangsmassnahmen anordnen will.

## 29. Art. 9 IRSG

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

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

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

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

**Präsident**   Prof. Dr. Patrick Guidon, Kantonsgericht St. Gallen, Klosterhof 1, 9001 St. Gallen, **058 229 32 41**, [patrick.guidon@sg.ch](mailto:patrick.guidon@sg.ch)  
**Sekretariat**   Christa Grünig, Kantonsgericht St. Gallen, Klosterhof 1, 9001 St. Gallen, **058 229 32 41**, [info@svr-asm.ch](mailto:info@svr-asm.ch)

**Homepage**   [www.svr-asm.ch](http://www.svr-asm.ch)

### **Per E-Mail und A-Post**

Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

St. Gallen, 14. März 2018

### **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

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung in rubrizierter Angelegenheit und nehmen hiermit innert Frist gerne zur geplanten Änderung der Strafprozessordnung Stellung.

#### **1. Allgemeines**

Vorweg begrüssen wir ausdrücklich, dass das Bundesamt für Justiz für die Prüfung der Praxistauglichkeit der Strafprozessordnung Vertreterinnen und Vertreter aus der Praxis und natürlich auch der Gerichte aller Instanzen auf kantonaler sowie eidgenössischer Ebene mit einbezogen hat. Die entsprechenden Diskussionen in der Arbeitsgruppe haben gezeigt, dass sich die Strafprozessordnung grundsätzlich bewährt hat und eine grundlegende Revision nicht nötig ist. Angezeigt sind indessen, wie in Ihrem Begleitschreiben vom 1. Dezember 2017 zu treffend bemerkt, punktuelle Änderungen einzelner Bestimmungen, deren Anwendung in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen führt.

#### **2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen**

##### **2.1 nArt. 78 und 78a StPO**

Die im Vorentwurf vorgeschlagenen Anpassungen für die Durchführung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln (nArt. 78 und 78a StPO; Erläuternder Bericht, S. 10 und 17 f.) sind aus unserer Sicht zu begrüssen. Die Möglichkeit der nachträglichen Erstellung oder Anpassung des schriftlichen Protokolls kann dessen Qualität erheblich erhöhen.

## 2.2 nArt. 123 Abs. 2 StPO

Der Vorentwurf schlägt vor, den Zeitpunkt für die Bezifferung und Begründung der Zivilklage vorzuverschieben (nArt. 123 Abs. 2 StPO; Erläuternder Bericht, S. 11 und 20). Damit wird den praktischen Problemen begegnet, die nach geltendem Recht dadurch entstehen, dass die Zivilklage grundsätzlich auch erst im Parteivortrag an Schranken begründet und beziffert werden kann (Erläuternder Bericht, S. 20). Entsprechend begrüssen wir die vorgeschlagene Änderung.

## 2.3 nArt. 130 lit. StPO

Gemäss Art. 130 lit. d StPO (in seiner derzeit geltenden Fassung) muss der Beschuldigte (notwendig) verteidigt werden, wenn die Staatsanwaltschaft „vor dem erstinstanzlichen Gericht oder dem Berufungsgericht“ persönlich auftritt. Kein Fall notwendiger Verteidigung liegt demgegenüber vor, wenn die Staatsanwaltschaft persönlich an der Verhandlung vor dem „Zwangsmaßnahmengericht“ teilnimmt (Erläuternder Bericht, S. 21). Wie dem Bundesrat erscheint es auch uns sachgerecht, diese Konstellation ausdrücklich als Fall einer notwendigen Verteidigung zu nennen.

## 2.4 nArt. 133 StPO

Der Vorentwurf schlägt vor, die Auswahl und die Einsetzung der amtlichen Verteidigung zu trennen: Die Auswahl soll durch eine von der Verfahrensleitung unabhängige Stelle erfolgen (Abs. 1), und die Verfahrensleitung soll diese ausgewählte Person dann mittels Verfügung einsetzen (Abs. 3). Wir können die Überlegungen des Bundesrats für die vorgeschlagene Änderung nachvollziehen, wonach die Auswahl der amtlichen Verteidigung nicht allein vom Willen der Verfahrensleitung abhängen soll (Erläuternder Bericht, S. 22 f.). In diesem Sinne stehen wir der vorgeschlagenen Regelung offen gegenüber.

## 2.5 nArt. 135 Abs. 3 StPO

Wie der Vorentwurf erachten auch wir die geltende Regelung der Rechtsmittel gegen den Entscheid über die Entschädigung für die amtliche Verteidigung in verschiedener Hinsicht als unbefriedigend (Erläuternder Bericht, S. 24). Entsprechend begrüssen wir die nunmehr in nArt. 135 Abs. 3 StPO vorgeschlagene Regelung, wonach das amtliche Honorar mit dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel anzufechten ist.

## 2.6 nArt. 228a StPO

Aufgrund der im Völker- und Verfassungsrecht enthaltenen zeitlichen Vorgaben schlägt der Vorentwurf in nArt. 228a StPO ein beschleunigtes Beschwerdeverfahren bei Beschwerden der Staatsanwaltschaft vor (Erläuternder Bericht, S. 30 ff.). Das Bestreben nach einer gesetzlichen Regelung dieser Konstellation ist grundsätzlich zu begrüssen. Die vorgesehene Bestimmung dürfte allerdings zu nicht unerheblichen praktischen Problemen führen. Ins Gewicht fällt aus Sicht der Gerichte namentlich, dass die Beschwerdeinstanz in vielen Kantonen derzeit nicht in der Lage wäre, innert der vorgesehenen Fristen und damit insbesondere auch an Wochenen- den entsprechende Entscheide zu fällen. Gerade von der Beschwerdeinstanz als Rechtsmit-

telinstanz muss aber bei der Beurteilung derartig heikler Fälle erwartet werden, dass sie besonders sorgfältig arbeiten kann. Ob das bei den vorgesehenen, zeitlichen Vorgaben möglich ist, erscheint zweifelhaft.

## 2.7 nArt. 230 ff. StPO

Die vorgeschlagenen Änderungen erachten wir aus den im Bericht (Erläuternder Bericht, S. 33 ff.) genannten Überlegungen grundsätzlich als sachgerecht. Namentlich sind wir der Auffassung, dass die Haft- und Sachrichterfunktion auch im Berufungsverfahren voneinander getrennt werden müssen.

## 2.8 nArt. 303a StPO

Der Vorentwurf möchte für Ehrverletzungen die Möglichkeit einführen, von der antragstellenden Person eine Sicherheitsleistung für Kosten und Entschädigung zu verlangen (nArt. 303a StPO; Erläuternder Bericht, S. 38 f.). Die entsprechenden Überlegungen des Bundesrats überzeugen.

## 2.9 nArt. 365 Abs. 3 StPO

Dass nachträgliche Entscheide des Gerichts nicht mehr der Beschwerde, sondern der Berufung unterliegen sollen (nArt. 365 Abs. 3 StPO; Erläuternder Bericht, S. 48 f.), wird von uns ausdrücklich als sachgerecht begrüßt. Dies entsprach vor der gegenteiligen Entscheidung des Bundesgerichts (BGE 141 IV 396) denn auch ausdrücklich der Praxis in verschiedenen Kantonen (vgl. etwa GVP 2011 Nr. 79).

## 2.10 nArt. 388 Abs. 2 lit. a-c StPO

Der Vorentwurf schlägt in nArt. 388 Abs. 2 StPO neu vor, die Zuständigkeit der Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz auf gewisse Nichteintretentsentscheide (lit. a-c) auszuweiten. Es handelt sich dabei um Fälle, bei denen das Rechtsmittelverfahren aus formellen Gründen nicht durchzuführen oder frühzeitig zu beenden ist (Erläuternder Bericht, S. 50 f.). Wir teilen die Auffassung im Vorbericht, dass es in diesen Fällen wenig verfahrensökonomisch erscheint, die Zuständigkeit bei einem (allfälligen) Kollegialgericht zu belassen. Entsprechend begrüssen wir die Anpassung.

## 2.11 nArt. 391 Abs. 2 StPO

Gemäss Vorentwurf soll das Verschlechterungsverbot auf die ausgesprochene Sanktion beschränkt werden (nArt. 391 Abs. 2 StPO; Erläuternder Bericht, S. 51). Die Überlegungen für die Anpassung sind grundsätzlich nachvollziehbar. Allerdings werden dadurch andere Probleme geschaffen. Mit der neuen Regelung könnte das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil im Schuldpunkt zum Nachteil des Beschuldigten korrigieren, auch wenn die Staatsanwaltschaft keine Anschlussberufung erhoben hat. Das kann zu Eintragungen im Strafregister führen, bei denen die Strafe nicht mehr zum Schulterspruch 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). Vor diesem Hintergrund erscheint es uns angezeigt, die vorgesehene Regelung nochmals zu überdenken.

## 2.12 Art. 80 Abs. 2 dritter Satz BGG

Der Vorentwurf möchte den Grundsatz der "doppelten Instanz" konsequent durchsetzen und Ausnahmen von diesem Grundsatz künftig ausschliessen. In diesem Zusammenhang soll Art. 80 Abs. 2 dritter Satz BGG gestrichen werden (vgl. Erläuternder Bericht, S. 9 und 58). Der Vorentwurf geht somit davon aus, dass dem Bundesgericht künftig nur noch Beschwerden gegen Entscheide unterbreitet werden, die von oberen kantonalen Gerichten als Rechtsmittelinstanz gefällt worden sind.

Es fragt sich, ob der Vorentwurf damit nicht über das Ziel hinausschiesst. Nach Art. 32 Abs. 3 BV hat jede strafrechtlich verurteilte Person das Recht, das Urteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen. Der Grundsatz der "doppelten Instanz" bezieht sich damit auf verurteilende Erkenntnisse (vgl. BGE 133 I 12 E. 5; BGer 1F\_41/2016 E. 3.3), also Entscheide in der Sache selbst. Es ist somit keineswegs zwingend, ihn auch für sämtliche prozessualen Zwischenentscheide als anwendbar zu erklären, zumal bei diesen auch andere Aspekte (z.B. Beschleunigungsgebot, Verfahrensökonomie) zu beachten sind.

Hinzu kommt, dass der Vorentwurf in verschiedenen Punkten Fragen aufwirft, wie der Grundsatz der "doppelten Instanz" umgesetzt werden soll. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf Art. 363 Abs. 1 StPO. Nach dieser Bestimmung, die 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 etwa hat von dieser Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Gemäss Art. 51 EG-StPO ist für nachträgliche richterliche Anordnungen das Gericht zuständig, welches das rechtskräftige Urteil gefällt hat. Soweit das Urteil im Berufungsverfahren erging, ist somit die Strafkammer des Kantonsgerichts für die nachträgliche richterliche Anordnung zuständig. Der damit verbundene Verzicht auf eine kantonale Rechtsmittelmöglichkeit war nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zulässig (vgl. BGE 139 IV 175 E. 1.1 mit Hinweisen; BGer 1B\_270/2017 E. 1.2; 1B\_186\_2015 E. 4.2; 6B\_462/2013 E. 2.2). Falls diesbezüglich eine Änderung beabsichtigt ist (nach dem neuen Art. 365 Abs. 3 StPO sollen solche Entscheide mit Berufung angefochten werden können), wäre auch Art. 363 StPO anzupassen.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass Entscheide über Revisionsgesuche gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. b StPO in die Zuständigkeit des Berufungsgerichts fallen. Für die Durchsetzung des Grundsatzes der "doppelten Instanz" müsste daher das kantonale Rechtsmittel gegen solche Entscheide definiert und die Rechtsmittelinstanz bestimmt werden. Gleiches gilt für Verfahrensentscheide des Berufungsgerichts, die trotz ihrer Natur als Zwischenentscheide mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden können (vgl. Art. 93 f. BGG), beispielsweise Entscheide über Ausstandsbegehren gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. c StPO. Auch hier fehlt ein kantonaler Instanzenzug.

Abschliessend können wir festhalten, dass wir die ins Auge gefassten Änderungen grossmehrheitlich begrüssen. Wir hoffen, Ihnen mit den vorstehenden Überlegungen gedient zu haben, und danken Ihnen nochmals für die Gelegenheit zur Vernehmlassung.

Mit vorzüglicher Hochachtung

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Patrick Guidon".

Prof. Dr. Patrick Guidon  
Präsident SVR-ASM



**P.P.** 9001 St.Gallen Post CH AG  
Stadtpolizei, Vadianstrasse 57

Schweizerische Vereinigung  
Städtischer Polizeichefs SVSP  
c/o Stadtpolizei St.Gallen  
Vadianstrasse 57  
9001 St.Gallen  
Telefon 071 224 61 69  
Telefax 071 224 66 66  
<http://www.svsp.info/d/home.asp>

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD  
Bundesamt für Justiz  
Frau Annemarie Gasser

*Zustellung per E-Mail*

St.Gallen, 1. Februar 2018

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

Sehr geehrte Frau Gasser

Im Namen der Schweizerischen Vereinigung Städtischer Polizeichefs SVSP danke ich Ihnen für die Einladung zur Teilnahme am eingangs erwähnten Vernehmlassungsverfahren.

Im Allgemeinen verweise ich auf die diesbezügliche Stellungnahme der KKPKS. Im Besonderen halte ich gerne folgendes fest:

Gerade auch mit Blick auf geschädigte Polizeiangehörige wird sehr begrüßt, dass neu auch im Strafbefehlsverfahren über Zivilforderungen (einschliesslich Genugtuungsforderungen) entschieden werden können soll (Art. 126 Abs. 2 lit. a und a<sup>bis</sup> VE-StPO / Art. 353 Abs. 2 VE-StPO).

Ausdrücklich wird auch das Vorhaben unterstützt, die Polizei zwecks Feststellung der Fahrfähigkeit im Strassenverkehr zur Sicherstellung einer Urinprobe sowie zur Anordnung einer Blutuntersuchung zu ermächtigen (Art. 251a Abs. 1 VE-StPO).

Freundliche Grüsse

Oberstlt Ralph Hurni  
Präsident SVSP



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

Ewilard & Lausanne, 16. Februar 2018

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga,

im Namen des Schweizer Forums für Restorative Justiz bedanken wir uns für Ihr Schreiben vom 1. Dezember 2017 mit der Einladung, unsere Stellungnahme in Bezug auf die Änderung der Strafprozessordnung einreichen zu dürfen.

Gerne nehmen wir dieses Angebot an und senden hiermit unsere Stellungnahme im ersten Teil des Dokumentes und die Erläuterungen dazu im zweiten Teil.

Unsere Antworten im ersten Teil sind in Französisch und die Erläuterungen in Deutsch, da wir eine nationale Organisation sind und sprachübergreifend arbeiten, mit dem Ziel, mehrere Sprachregionen zu erreichen. Falls erwünscht übersetzen wir gerne beide Teile in die fehlenden Sprachen. Wir sind auch gerne bereit, Ihnen weitere akademische Literatur zu senden, die unsere Erläuterungen im Detail erklärt und mit Studien dokumentiert. Ebenso stehen wir gerne für allfällige Fragen zur Verfügung, sei dies schriftlich oder mündlich.

Besten Dank für die Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen,

Claudia Christen-Schneider  
*Präsidentin*

Expertin in Restaurativer Justiz  
MSc cand. Kriminologie & Strafrecht

Catherine Jaccottet Tissot  
*Vize-Präsidentin*

Dr. jur., Mediatorin  
Ehrenmitglied OAV

### Anhang :

- Stellungnahme zu den Änderungen in der Strafprozessordnung
- Erläuterungen zur Restaurativen Justiz, Nutzen für die Schweiz & Empfehlung

## Procédure de consultation

### Révision du Code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383)

#### Réponse du Forum Suisse de Justice Restaurative

#### Remarques préliminaires

Bien que la procédure de consultation porte sur le **Code de procédure pénale**, elle a des implications sur les droits des victimes. En conséquence, le Forum Suisse de Justice Restaurative (ci-après le forum) considère qu'elle devrait également porter sur une modification de la **Loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)**.

Le Rapport explicatif mentionne sous chiffre 1.2 que l'objectif visé est de trouver des solutions aux difficultés d'application du CPP révélées par la pratique et non d'introduire des innovations. Le forum est d'avis que la ligne de démarcation entre « amélioration de la pratique » et « innovation » n'est pas aisée à tracer car il y a des innovations qui, précisément, permettent une amélioration de la pratique

#### Remarques sur le contenu du Rapport explicatif

**I.** Ad ch. 1.3.4 (Anticipation du calcul et de la motivation de l'action civile) et 2.1.10 (avancement du moment auquel les conclusions civiles doivent être chiffrées)

Les modifications proposées vont certainement renforcer la position du prévenu mais elles appellent les commentaires suivants :

- Les conclusions civiles (le plus souvent formulées en argent) ne couvriront qu'une petite partie du dommage subi par la victime.
- La pratique et la recherche ont démontré que les victimes veulent pouvoir parler de leur vécu, exprimer leurs besoins. Elles ont parfois des questions précises à poser à l'auteur.
- Pour que cet échange ait lieu sans risque de victimisation secondaire, elles ont besoin d'un espace protégé.

Actuellement, ni le CPP ni la LAVI ne mentionnent le recours à la justice restaurative (voir la 2<sup>e</sup> partie de ce document) alors même que cette approche est de nature à aider les victimes à surmonter le traumatisme issu de l'infraction et à favoriser une prise de conscience chez l'auteur, prise de conscience qui peut constituer un frein à la récidive.

**II.** Ad ch. 1.3.9 (procédure de l'ordonnance pénale) et 2.1.48 (répercussion de cette procédure sur les victimes, art. 352 al. 1, 1bis et 3)

Il y a sans doute des circonstances particulières où des affaires impliquant des victimes devraient faire l'objet d'un renvoi en tribunal. Toutefois, et abstraction faite des coûts supplémentaires qui en résulteraient, ni la pratique ni la recherche n'ont permis d'établir, à notre connaissance, l'effet réparateur d'une audience sur la victime. Au contraire:

- Nombreuses sont les victimes qui se plaignent de l'effet traumatisant d'une audience
- Alors qu'elles s'attendent à pouvoir faire le récit de ce qu'elles ont vécu et ressenti au moment de l'infraction, elles découvrent que leurs propos ne seront écoutés que s'ils participent à l'établissement des faits pertinents et ne seront retenus que s'ils sont établis judiciairement

- Les victimes sont souvent confrontées aux dénégations de l'auteur qui invoquera la présomption d'innocence
- Elles ne réalisent pas que la procédure pénale n'a pour but ni de les guérir ni même de les soigner mais d'établir les faits et d'appliquer la loi

Au vu de ce qui précède, le Forum doute sérieusement de l'efficacité de l'art. 352 al. 1bis du projet à mieux défendre les intérêts des victimes. Plutôt qu'un renvoi en tribunal, les autorités d'instruction devraient avoir la possibilité de proposer un processus de justice restaurative.

### **Propositions du forum (art. 316 a CPP et 14 al. 1 LAVI)**

Le Forum est d'avis qu'une nouvelle disposition devrait être introduite dans le **CPP** sous la forme d'un **article 316 a CPP** « Justice restaurative » qui pourrait être ainsi libellé :

1. *A tous les stades de la procédure, le lésé et le prévenu d'une infraction peuvent demander ou se voir proposer un processus de justice restaurative.*
2. *Un processus de justice restaurative permet au lésé, au prévenu et à toute personne concernée par l'infraction de participer activement à la recherche de solutions réparatrices propres à atténuer les préjudices de toute nature résultant de l'infraction.*
3. *Le processus est mis en œuvre par un facilitateur soit un tiers indépendant des autorités pénales, impartial et formé à cet effet.*
4. *Le processus de justice restaurative est confidentiel sauf accord contraire de toutes les parties.*
5. *Les autorités pénales peuvent tenir compte d'un processus de justice restaurative qui a abouti.*

S'agissant de la **LAVI**, le forum est d'avis que **l'art. 14 al. 1 LAVI** devrait être complété et libellé comme suit : « *Les prestations, fournies en Suisse, comprennent l'assistance médicale, psychologique, sociale, matérielle et juridique appropriée, ainsi que l'accès à des processus restauratifs, dont la victime et ses proches ont besoin à la suite de l'infraction* ». Les questions pratiques seront réglées l'ordonnance (OAVI).

## Erläuterungen zur Restaurativen Justiz

Die Restorative Justiz (Restorative Justice) wird seit den 1970er Jahren in einer wachsenden Anzahl von Ländern als Ergänzung zum herkömmlichen Strafvollzug eingeführt und umgesetzt. Sie bietet einen kooperativen Ansatz, um Gerechtigkeit zu schaffen, indem wo möglich alle Betroffenen eines Verbrechens in den Prozess einbezogen werden. Sie zielt darauf ab, die Opfer zu stärken und ihnen eine Stimme und einen zentralen Platz im Justizprozess zu geben. Um durch Verbrechen verursachte Folgen und mögliche Trauma aufzuarbeiten, und die Symptome post-traumatischer Erfahrungen zu reduzieren, brauchen Opfer sowohl Unterstützung als auch einen sicheren Raum, um ihre Geschichte, Emotionen und Bedürfnisse mitzuteilen. Opfern ist es ein Anliegen gehört zu werden und Antwort auf ihre dringendsten Fragen zu erhalten, damit sie wann immer möglich Sinn finden können in ihren Erfahrungen und ihren Lebensalltag wieder aufnehmen. Oft haben die Antworten auf solche Fragen nur ihre Täter oder Täter ähnlicher Verbrechen. Restorative Prozesse bieten Opfern genau diesen Raum und werden daher von Opfern auf der ganzen Welt, die die Chance hatten, einen solchen Prozess zu durchlaufen, sehr geschätzt. Die Zufriedenheitsrate liegt in der Regel bei über 80 - 90%. Solche Opfer-Täter Gespräche führen zu keiner Re-traumatisierung von Opfern, wenn sowohl Opfer als auch Täter gut darauf vorbereitet werden, sondern unterstützen vielmehr ihren Heilungsprozess. Der Schlüssel zu einem solchen Prozess ist das „Empowerment“ (Ermächtigung) der Opfer. Dies ist derzeit für die meisten Opfer in der Schweiz nicht vorgesehen, was ihren Heilungsprozess erschwert. Viele Opfer drücken aus, dass sie nicht in erster Linie eine finanzielle Entschädigung benötigen, sondern die Anerkennung ihres Leidens, der Folgen, die sie erfahren, und ihres Bedürfnisses gehört und ernstgenommen zu werden. Die Restorative Justiz basiert auf Werten und Methoden, die solch sichere Begegnungen zwischen Opfern und Tätern ermöglichen. Es wird ihnen die Möglichkeit geboten, sich falls erwünscht und zumutbar mit dem direkten Täter oder Täter ähnlicher Verbrechen zu treffen, um ihre Geschichte zu erzählen und ihren Gefühlen und Bedürfnissen Ausdruck zu geben. Daneben gibt es auch Verfahren, die eine indirekte Kommunikation mit dem direkten Täter ermöglichen, via Briefe, Videobotschaft, Videokonferenz oder Telefon.

Solch direkte oder indirekte Konfrontationen haben sich nicht nur für Opfer als hilfreich und heilsam erwiesen, sondern auch einen positiven Einfluss auf Täter gezeigt, indem solche Begegnungen ihnen helfen, die Konsequenzen ihrer Verbrechen zu verstehen. Sie lernen dadurch auch Verantwortung für das, was sie getan haben, zu übernehmen. Ebenso werden sie unterstützt Wege zu finden, angemessene und für Opfer sinnvolle Wiedergutmachungen zu leisten. Restorative Prozesse tragen somit dazu bei, Rückfallquoten zu senken, da Täter Opferbewusstsein und Empathie entwickeln. Empathie ist bekanntlich ein Schlüsselfaktor dafür, Straftätern zu helfen, von weiterer Kriminalität abzusehen, da sie verstehen, welche Auswirkungen und Leiden solche Taten haben. Restorative Prozesse erleichtern auch die Reintegration von Straftätern.

Es gibt viele Methoden, um eine Vielzahl von restaurativen Prozessen anzubieten, je nach den Bedürfnissen von Opfern und Tätern. Mehr Informationen dazu gibt es auch mehrsprachig auf unserer Webseite: [www.swissrjforum.ch](http://www.swissrjforum.ch).

## Nutzen für die Schweiz

Das schweizerische Justizwesen könnte von der Einbeziehung der opferorientierten Justiz in das Strafverfahren und Opferhilfegesetz mehrfach profitieren, da Studien aus anderen Ländern, die seit Jahren restaurative Ansätze anwenden, zeigen, dass 1) die Opferzufriedenheit erhöht, 2) die Rückfälligkeit verringert, und die Reintegration des Täters erleichtert wird. 3) Auch kosten solche Prozesse oft weniger als andere, traditionelle Ansätze und verringern meist Gesundheits- oder Therapiekosten von Opfern und Massnahmen für Täter.

Da restaurative Prozesse die Arbeit von Freiwilligen einschliessen, kann das Sozialkapital der Bürger gefördert und genutzt werden, indem es ihnen ermöglicht wird, Teil demokratischer Prozesse zu sein und den Staat dabei zu unterstützen, Gerechtigkeit zu schaffen. Solche Akteure können zu einer wertvollen Ressource werden und helfen, eine positive Sicht in Bezug auf die Justiz im Rest der Bevölkerung zu fördern. Im Allgemeinen helfen die restaurativen Methoden auch für die Prävention von Verbrechen und können daher ebenso an Schulen angewandt werden, wie dies in diversen Ländern vermehrt der Fall ist. Auch im Bereich der Migration und interkulturellen Konflikten kommt die Restorative Justiz gerade in Europa immer mehr zum Zug, wie auch in der Bekämpfung des Extremismus und der Radikalisierung.

## Unsere Empfehlung

Die Aufgabe eines Staates besteht nicht nur darin die Ordnung zu halten, sondern auch friedensfördernde Prozesse zu begünstigen. Dies ist in der Schweiz bisher kaum sichtbar im Bereich des Strafrechtes und der Opferhilfe. Daher fehlt ein wichtiger Bestandteil zur Unterstützung von Opfern, Tätern aber auch der Gesellschaft. Daher empfehlen wir ausdrücklich, dass auch in der Schweiz restaurative Ansätze als Bestandteil des Strafrechts und der Opferhilfe ins Gesetz eingebunden werden, um somit auch die nötige rechtliche Legitimität zu gewährleisten.

# **Vernehmlassung**

## **zur Änderung der Strafprozessordnung**

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

vom 14. März 2018

Eingereicht von:

Universität Bern  
Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Institut für Strafrecht und Kriminologie  
Schanzeneckstrasse 1  
Postfach  
3001 Bern

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>1.</b>	<b>Einleitende Bemerkungen .....</b>	<b>3</b>
<b>2.</b>	<b>Zu den einzelnen Neuerungen .....</b>	<b>4</b>
2.1	Keine Ausnahmen vom Grundsatz der "doppelten Instanz" .....	4
2.2	Ausweitung der Aufzeichnung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln .....	6
2.3	Vorverschiebung des Zeitpunktes zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage .....	8
2.4	Bestellung der amtlichen Verteidigung .....	9
2.5	Teilnahmerechte .....	11
2.6	Präzisierung der Voraussetzungen für den Haftgrund der Wiederholungsgefahr .....	16
2.7	Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichtes .....	18
2.8	Strafbefehlsverfahren .....	19
<b>3.</b>	<b>Weitere Bemerkungen.....</b>	<b>23</b>
3.1	Massnahmen nach Art. 59 StGB: Kollegialgericht und Urteilsbegründung .....	23
3.2	Landesverweisung: Kollegialgericht und Urteilsbegründung .....	25
3.3	Informationsrechte des Opfers .....	28
3.4	Notwendige Verteidigung .....	29
3.5	Anpassung von Art. 316 .....	30
<b>4.</b>	<b>Mitarbeitende Autoren .....</b>	<b>34</b>

## 1. Einleitende Bemerkungen

Die geplante Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO<sup>1</sup>) greift punktuell Änderungsvorschläge seitens der Politik sowie der Praxis auf und soll die gesetzlichen Grundlagen der StPO an die Rechtsprechung und an die aktuellen Verhältnisse und Bedürfnisse im Strafverfahren angleichen. Dies ist begrüssenswert, weshalb der Vorlage grundsätzlich *zugestimmt* wird (vgl. die Bemerkungen zu den einzelnen Änderungen in den folgenden Kapiteln).

Mit Blick auf die Gesetzessystematik, den Zweck einzelner Verfahrensinstrumente und die verfassungsrechtlichen und höchstrichterlichen Vorgaben sind unseres Erachtens teilweise jedoch Vorbehalte angebracht bzw. Anpassungen und Präzisierungen vonnöten. Denn seit Inkrafttreten der StPO im Jahre 2011 haben sich in der Rechtsanwendungspraxis bedeutsame Abweichungen von der gesetzgeberisch vorgesehenen Konzeption des Strafprozesses ergeben – man denke zum Beispiel an die als Ausnahmebestimmung vorgesehene Art der Verfahrenserledigung im Strafbefehlsverfahren, die heute mit ca. 98% der verfahrensabschliessenden Entscheide die Regel darstellt.<sup>2</sup> Die nun vorgesehenen, punktuellen Änderungen der StPO sind deshalb oft Resultat dieser veränderten praktischen Bedürfnisse, wie sie sich nicht zuletzt auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gezeigt haben.<sup>3</sup> Gefahren dieser "Nachbesserung" in einzelnen Punkten sind insb. entstehende Inkonsistenzen in der Gesetzessystematik und Schwierigkeiten bei der Umsetzung der einzelfallbezogenen Rechtsprechung in Gesetzesform.

Mit der vorliegenden Vernehmlassungsantwort soll keine umfassende Würdigung der verschiedenen Bedürfnisse und der Gesetzessystematik geliefert werden. Vielmehr sollen einzelne ausgewählte Problempunkte hervorgehoben werden. Dementsprechend werden die vorgeschlagenen Neuerungen und Änderungen lediglich selektiv kommentiert. Dabei wird zunächst dem thematischen Aufbau des erläuternden Berichts gefolgt (Kapitel 2) und danach einzelne Normen und Problempunkte angesprochen (Kapitel 3). Wir haben uns schliesslich auch erlaubt, in der Revision bisher nicht vorgesehene Änderungen der StPO vorzuschlagen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> SR 312; sofern nichts anderes vermerkt, beziehen sich Artikelangaben auf die aktuell gültige Fassung der StPO.

<sup>2</sup> Vgl. Kapitel 2.8 und RIKLIN FRANZ, Strafbefehlsverfahren – Effizienz auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit?, ZBJV 152/2016, 475 ff., 480.

<sup>3</sup> Z.B. die im Gesetzestext bisher nicht vorgesehene Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft in Haftsachen.

<sup>4</sup> Insb. zu Art. 316, Kapitel 3.5.

## 2. Zu den einzelnen Neuerungen

### 2.1 Keine Ausnahmen vom Grundsatz der "doppelten Instanz"

#### 2.1.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.2.

Betrifft: Art. 40 Abs. 1; Art. 59 Abs. 1; Art. 150 Abs. 2; Art. 186 Abs. 2 und 3; Art. 222 Abs. 2; Art. 248, Art. 393 Abs. 1 lit. c und Art. 440 Abs. 3.

Empfehlung:	Der Änderung ist grundsätzlich <i>zuzustimmen</i> .
Hinweise/Vorbehalte:	Zur konsequenten Umsetzung wäre eine Änderung des BGG (SR 173.110) i.S. einer Streichung von Art. 79 BGG wünschenswert.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	-

#### 2.1.2 Begründung

Gegenwärtig entscheiden Zwangsmassnahmengericht oder andere Gerichte in bestimmten Fällen<sup>5</sup> als einzige kantonale Instanz, weshalb gegen deren Entscheide direkt beim Bundesgericht Beschwerde erhoben werden kann. Die Vernehmlassungsvorlage sieht nun vor, dass es künftig keine Ausnahmen mehr vom Grundsatz der doppelten Instanz mehr geben soll, weshalb nunmehr auch in diesen Fällen immer zuerst die oberen kantonalen Gerichte über eine Beschwerde entscheiden sollen.<sup>6</sup> Dagegen gibt es unserer Auffassung nach keine grundsätzlichen Einwände. Problematisch erscheint dies nur aber immerhin im Hinblick auf die ebenfalls in dieser Vernehmlassungsvorlage vorgesehene Einführung des Beschwerderechts der Strafverfolgungsbehörden gegen Zwangsmassnahmenentscheide. Die Grundlage dieser Problematik ist jedoch nicht im zu befürwortenden Grundsatz der "doppelten Instanz", sondern im Beschwerderecht der Strafverfolgungsbehörden angelegt.<sup>7</sup>

Anzumerken bleibt allerdings, dass die Vernehmlassungsvorlage den Grundsatz der "doppelten Instanz" nicht konsequent umsetzt. Eine konsequente Umsetzung würde nämlich die Streichung des Art. 79 BGG erfordern, der bestimmt, dass eine Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 BGG bei Entscheiden der Beschwerdekommission des Bundesstrafgerichtes ausgeschlossen ist, soweit es sich nicht um Entscheide über Zwangsmassnahmen handelt. Dieser Ausschluss der Beschwerdemöglichkeit gegen Entscheide der Beschwerdekommission des Bundesstrafgerichtes lässt sich zwar im Hinblick auf Entscheide über die Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden<sup>8</sup> rechtfertigen, da es letztlich in der Sache keinen Unterschied machen sollte, von welcher Staatsanwaltschaft bestimmte Delikte verfolgt werden. Problematisch erweist sich die Ausnahmeregelung aber in den übrigen Fällen.<sup>9</sup> Gerade im Hinblick auf Entscheide in Zusammenhang mit der Verfolgung von Straftaten, die sowohl der kantonalen als auch der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen können, ist es in der Sache wenig nachvollziehbar, weshalb bei Verfahren, die von der Staatsanwaltschaft geführt werden, Entscheide der Beschwerdeinstanz nicht vom Bundesgericht überprüft werden sollen, sofern sie sich nicht auf

<sup>5</sup> Art. 40 Abs. 1; Art. 59 Abs. 1; Art. 150 Abs. 2; Art. 186 Abs. 2 und 3; Art. 222 Abs. 2; Art. 248, Art. 393 Abs. 1 lit. c und Art. 440 Abs. 3.

<sup>6</sup> Erläuternder Bericht, 9.

<sup>7</sup> Dazu unten 2.7.

<sup>8</sup> Art. 28, Art. 40 Abs. 2, Art. 48 Abs. 2, Art. 194 Abs. 3 und Art. 449 Abs. 2.

<sup>9</sup> Vgl. dazu AEMSEGGER/FORSTER, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2011, Art. 79 N 41 f.

Zwangsmassnahmen beziehen. Insofern wäre es zu befürworten, die Ausnahme im Sinne einer konsequenten Umsetzung des Grundsatzes der "doppelten Instanz" zu streichen oder aber auf Zuständigkeitsentscheide zu beschränken.

Die Ausnahme nach Art. 78 BGG lässt sich nur mit prozessökonomischen Argumenten rechtfertigen: Sie dient der Entlastung des Bundesgerichtes. Denselben Zweck verfolgt auch der nun in die Vernehmlassung geschickte Vorschlag, wonach es künftig (fast) keine Ausnahmen vom Grundsatz der "doppelten Instanz" geben solle. Eben dieser Zweck würde zwar relativiert, wenn man den Grundsatz der "doppelten Instanz" konsequent umsetzen würde. Dies ist jedoch hinzunehmen. Zu beachten ist auch, dass neben der in dieser Vorlage vorgesehenen Entlastung des Bundesgerichts, bereits weitere Massnahmen zur Entlastung des Bundesgerichts im Rahmen einer anstehenden Revision des BGG vorgesehen sind.<sup>10</sup> Eine gewisse Relativierung der im Rahmen der vorliegenden Vorlage vorgesehene Entlastung wäre deshalb durchaus erträglich.

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2017/2017-09-06.html>>.

## 2.2 Ausweitung der Aufzeichnung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln

### 2.2.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.3, 2.1.5.

Betrifft: Art. 78a VE-StPO

Empfehlung:	Der Änderung ist grundsätzlich <i>zuzustimmen</i> , sie greift jedoch zu kurz.
Hinweise/Vorbehalte:	Zweckmäßig wäre die <i>obligatorische</i> Aufzeichnung aller Einvernahmen mittels technischer, insb. audiovisueller, Hilfsmittel. In Art. 78a lit. b VE-StPO ist die zwingende <i>Zustellung</i> des nachträglich erstellten Protokolls an die beschuldigte Person vorzusehen.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	-

### 2.2.2 Begründung

Es ist festzuhalten, dass insofern Vorbehalte am Vorentwurf anzubringen sind, als dass ein *Obligatorium* für audiovisuelle Aufzeichnungen von Einvernahmen sowohl im Haupt- als auch im Vorverfahren eingeführt werden sollte. Zudem ist ein nach der Einvernahme erstelltes schriftliches Protokoll der einvernommenen Person unbedingt *zuzustellen*, damit diese es kontrollieren und allenfalls korrigierend eingreifen kann.

#### 2.2.2.1 Obligatorium der Aufzeichnung

Grundsätzlich ist es zu begrüssen, wenn in allen Verfahrensstadien dieselben Vorschriften betreffend die Aufzeichnung von Einvernahmen mittels technischen Hilfsmitteln gelten und deren Einsatz gefördert werden soll. Audiovisuelle Aufzeichnungen erleichtern den einvernehmenden Personen die Arbeit und für die einvernommenen Personen, insb. für den oder die Beschuldigte, erwachsen daraus keine Nachteile. Bedauerlicherweise wurde es im Vorentwurf aber verpasst, sogleich ein Obligatorium für die Aufzeichnung von Einvernahmen mittels technischer, insb. audiovisueller, Hilfsmittel einzuführen.

Art. 78a VE-StPO äussert sich nicht dazu, ob bzw. wann eine Einvernahme mittels technischer Hilfsmittel durchgeführt werden muss. Dies bleibt nach wie vor, abgesehen von Sonderfällen wie bspw. Art. 154 Abs. 4 lit. d, fakultativ.

In der heutigen Praxis werden Einvernahmen bloss selten mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet, obwohl der Personalbeweis, welcher mittels Einvernahmen erhoben wird, als wichtigstes aber zugleich unzuverlässigstes Beweismittel erachtet wird.<sup>11</sup> Er ist gemäss Studien mindestens ebenso bedeutsam wie objektive Beweismittel,<sup>12</sup> jedoch auch fehleranfällig, da es schlicht unmöglich ist, sämtliche tatsächenrelevanten Äusserungen in Worten festzuhalten. Schliesslich kommuniziert der Mensch auch mit Gefühlsregungen etc. und nicht bloss mit der Sprache, was rein schriftlich jedoch nicht festgehalten werden kann.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> WEIRICH ANGELA, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046 ff.

<sup>12</sup> MELUNOVIC KENAD, Das Erfordernis von audiovisuellen Aufzeichnungen im Strafverfahren als Ausfluss des Gebots des bestmöglichen Beweismittels, AJP 2016, 596 ff., 598 f.

<sup>13</sup> MELUNOVIC (Fn 12), 601 f.

Audiovisuelle Aufzeichnungen von Einvernahmen würden zudem auch dem Schutz der Strafverfolgungsbehörden dienen, indem damit auch festgehalten wird, dass sich diese gesetzeskonform verhalten haben (bspw. Rechtsbelehrung der beschuldigten Person nach Art. 158 Abs. 1). Mittels audiovisueller Aufzeichnung kann die Korrektheit einer Einvernahme ohne weiteres bewiesen werden.<sup>14</sup> Einen weiteren Vorteil, welchen die audiovisuelle Aufzeichnung von Einvernahmen mit sich bringt, ist die Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung der Korrektheit von Übersetzungen. Anhand der Aufzeichnungen lassen sich später Fehler feststellen und Fehlurteile vermeiden.<sup>15</sup> Zudem dient die audiovisuelle Aufzeichnung der Verfahrensökonomie, indem sich Einvernahmen rascher durchführen lassen, wenn – wie in Art. 78a lit. b VE-StPO vorgesehen – ein erneutes Durchlesen, Übersetzung und Unterzeichnung wegfallen.<sup>16</sup>

Aufgrund der oben vorgebrachten Argumente ist festzustellen, dass eine zusätzliche audiovisuelle Aufzeichnung von Einvernahmen gegenüber blossen schriftlichen Protokollen diverse Vorteile mit sich bringt und dementsprechend zum Regelfall werden sollte.

#### 2.2.2.2 Nachträgliches Lesen des Protokolls und Recht zur Korrektur

Gemäss Art. 78a lit. a VE-StPO ist trotz der Aufzeichnung der Einvernahme mittels technischer Hilfsmittel nachträglich ein schriftliches Protokoll anzufertigen. Dies erscheint sinnvoll, da sich die Leser in einem schriftlichen Protokoll wohl rascher als in einem Video zurechtfinden und so einen Überblick über die Einvernahme erhalten. Zudem ist ein zeitintensives Videostudium in unproblematischen Fällen, was gerade bei abgekürzten Verfahren häufig der Fall sein dürfte, nicht in jedem Fall nötig.

Es ist jedoch problematisch, dass ein solches Protokoll gemäss Art. 78a lit. b VE-StPO der einvernommenen Person nicht zuzustellen ist. Es erscheint unverzichtbar, dass die einvernommenen Personen, insb. Beschuldigte, das nachträglich verfasste Protokoll zugestellt erhalten, damit sie dieses lesen und allenfalls Korrekturen anbringen können. Ansonsten besteht die Gefahr, dass eine Aufzeichnung falsch oder unvollständig protokolliert wird und anschliessend so ohne Beanstandungen Eingang in die Akten findet. Wenn anschliessend die audiovisuellen Aufzeichnungen nicht durch das Gericht studiert werden, sondern es sich bloss auf das Protokoll stützt, wird der Sinn und Zweck der audiovisuellen Aufzeichnung von Einvernahmen, nämlich die präzise Festhaltung der tatsächlichen Äusserungen der einvernommenen Personen und die Sicherung der Rechtmässigkeit der Einvernahme, unterlaufen. Demnach ist der Wortlaut von Art. 78a lit. b VE-StPO insofern anzupassen, als dass die einvernehmende Behörde nicht generell, sondern bloss unmittelbar nach der Einvernahme, darauf verzichten kann, der einvernommenen Person das nachträglich erstellte Protokoll zum Lesen vorzulegen.

---

<sup>14</sup> WEDER ULRICH, Die audiovisuelle Aufzeichnung von Einvernahmen, und anderen Verfahrenshandlungen, in: Cavallo Angela et al. (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich 2012, 531 ff., 547 f.

<sup>15</sup> Vgl. BERNARD STEPHAN, Übersetzung als Fehlerquelle, *Anwaltsrevue* 2014, 35 ff., 39.

<sup>16</sup> Gemäss Studien führt dies zu immensen Zeiter sparnissen; vgl. MARTI PETER, Das Protokollieren von Einvernahmen nach der Schweizerischen Strafprozessordnung aus der Sicht eines Zürcher Richters – Fluch oder Segen?, in: *forum poenale* (FP) 2/2011, 91 ff., 94 f.

## 2.3 Vorverschiebung des Zeitpunktes zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage

### 2.3.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.4, 2.1.10, 2.1.50.  
Betrifft: Art. 123, Art. 353 Abs. 2 VE-StPO

Empfehlung:	Der Änderung ist mit Vorbehalten <i>zuzustimmen</i> .
Hinweise/Vorbehalte:	<ul style="list-style-type: none"><li>- Art. 353 Abs. 2 lit. a VE-StPO ist als zwingende Bestimmung auszustalten.</li><li>- Art. 353 Abs. 2 lit. a VE-StPO sollte der Formulierung von Art. 32 Abs. 3 JStPO angeglichen werden.</li></ul>
Vorgeschlagene Neuformulierung:	Art. 353 Abs. 2 VE-StPO: Die Staatsanwaltschaft entscheidet im Strafbefehl <i>in der Regel</i> über Zivilforderungen, sofern: a. deren Beurteilung ohne <i>besondere Untersuchung</i> möglich ist; und b. der strittige Betrag 30 000 Franken nicht übersteigt.

### 2.3.2 Begründung

Dass die bisherige geschädigten- und opferunfreundliche Rechtslage, wonach im Erwachsenenstrafprozess im Strafbefehl nicht über Zivilforderungen entschieden werden kann, angepasst werden soll, ist zu begrüßen. Entsprechend lautete eine der zentralen Empfehlungen des Evaluationsteams der OHG-Evaluation von 2015 denn auch, eine mit Art. 32 Abs. 3 JStPO vergleichbare Regelung einzuführen.<sup>17</sup> Einige Vorbehalte sind jedoch anzubringen:

Betreffend die Voraussetzungen, wann im Strafbefehl über Zivilforderungen entschieden werden kann, fällt auf, dass die Formulierung in Art. 353 Abs. 2 lit. a VE-StPO von Art. 32 Abs. 3 JStPO abweicht. Während dort die Möglichkeit der Beurteilung von Zivilforderungen besteht "sofern deren Beurteilung *ohne besondere Untersuchung* möglich ist", wurde in Art. 353 Abs. 2 VE-StPO die Formulierung "sofern deren Beurteilung *ohne weitere Beweiserhebungen* möglich ist" gewählt. Damit werden die Voraussetzungen augenscheinlich strenger gestaltet als im Jugendstrafverfahren, wo die Untersuchungsbehörde immerhin gehalten ist, einen vernünftigen "Mittelweg zwischen Nichtstun und riesigem Aufwand" zu beschreiten und jedenfalls gewisse zusätzliche Abklärungen zu tätigen, damit danach über die Forderung entschieden werden kann.<sup>18</sup>

Skepsis ist u.E. auch gegenüber der Kann-Formulierung in Art. 353 Abs. 2 VE-StPO angebracht. Die Vermutung liegt nahe, dass so auch in Zukunft Zivilforderungen auf den Zivilweg verwiesen werden, obwohl die Voraussetzungen für eine Beurteilung grundsätzlich gegeben wären. Eine diesbezügliche Klarstellung bereits auf Gesetzesstufe, wonach die Staatsanwaltschaft zumindest "in der Regel" im Strafbefehl über Zivilforderung entscheiden soll, erschien daher vorzugswürdig.

<sup>17</sup> Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Evaluation des Opferhilfegesetzes, Studie vom 21. Dezember 2015 des Instituts für Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern, 49.

<sup>18</sup> BSK-StPO II (Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2014, 2. Buch)-HEBEISEN, Art. 32 JStPO, N 13.

## 2.4 Bestellung der amtlichen Verteidigung

### 2.4.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.5, 2.1.15.  
Betrifft: Art. 133 VE-StPO

Empfehlung:	Der Änderung ist grundsätzlich <i>zuzustimmen</i> .
Hinweise/Vorbehalte:	In der Botschaft zur geplanten Änderung sollte die <i>Unabhängigkeit</i> der ausählenden Behörde von der zuständigen Verfahrensleitung <i>präzisiert</i> werden. Die ausählende Behörde sollte nicht auf der gleichen Hierarchiestufe wie die Verfahrensleitung stehen und von dieser möglichst organisatorisch unabhängig sein.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	-

### 2.4.2 Begründung

Der geplanten Revision betreffend die Bestellung der amtlichen Verteidigung wird grundsätzlich zugesimmt, wobei aber zu fordern ist, dass es sich bei der für die Auswahl der amtlichen Verteidigung zuständigen Stelle um eine Institution handeln muss, welche nicht in die Organisationsstruktur der Staatsanwaltschaft eingegliedert ist. Folglich ist Art. 133 Abs. 1 VE-StPO entsprechend anzupassen.

#### 2.4.2.1 Ausählende Institution

Gemäss der heutigen Bestimmung ist die Einsetzung der amtlichen Verteidigung Sache der im jeweiligen Verfahrensstadium zuständigen Verfahrensleitung (Art. 133 Abs. 1). Demnach kann die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren die amtliche Verteidigung auswählen, wenn die beschuldigte Person nicht von ihrem Vorschlagsrecht gemäss Art. 133 Abs. 2 Gebrauch macht oder die Einsetzung der gewünschten Verteidigung nicht möglich ist. Dadurch besteht zumindest die Möglichkeit, dass die Staatsanwaltschaft ihren "Gegner" jeweils nach ihren Vorlieben bestimmt und möglicherweise eine Verteidigerin oder einen Verteidiger einsetzt, welche bzw. welcher sich nicht unbedeckt verhält oder aus persönlichen Gründen bevorzugt wird. Mit Blick auf die Rechte der beschuldigten Person und dem Anspruch auf eine effektive Verteidigung ist die bisherige Bestimmung fragwürdig.<sup>19</sup>

Demnach ist es zu begrüssen, dass künftig gemäss Art. 133 Abs. 1 VE-StPO eine von der Verfahrensleitung unabhängige Stelle mit der Verteilung der amtlichen Mandate betraut wird. Dabei hat man sich offenbar an bereits bestehenden Systemen orientiert, wie bspw. demjenigen des Kantons Zürich, wo ein an die Oberstaatsanwaltschaft angegliedertes Büro für die Bestellung der amtlichen Verteidigung zuständig ist.<sup>20</sup>

Die Absicht, Zweifel an der Gewährleistung einer unbeeinflussten Bestellung der amtlichen Verteidigung zu beseitigen, ist selbstredend zu befürworten, jedoch bestehen bei der Errichtung einer an die Staatsanwaltschaft bzw. die Oberstaatsanwaltschaft angegliederten Stelle, wie dies im Kanton Zürich mit der Fall ist, aufgrund der institutionellen Nähe Zweifel an der vollständigen Unabhängigkeit. In

<sup>19</sup> Zum Ganzen BSK-StPO I (Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Niggli/Heer/Wiprechtiger (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2014, 1. Buch)-RUCKSTUHL, Art. 133 N 2; HEIMGARTNER STEFAN, Amtliche Mandate im Vorverfahren – Zürcher Praxis, in: FP 3/2012, 167 ff., 168.

<sup>20</sup> § 155 Abs. 1 lit. a GOG-ZH (LS 211.1); vgl. den erläuternden Bericht, 22 f.

kleineren Kantonen dürfte diese Gefahr umso mehr bestehen. In dieser Hinsicht scheint die Übertragung der Aufgabe an ein kantonales Justizdepartement oder an einen Dritten (kantonaler Anwaltsverband oder Verein Pikett Strafverteidigung), was gemäss Art. 133 Abs. 1 VE-StPO alternativ möglich ist, besser. Deshalb wird diesbezüglich eine Klarstellung in der Botschaft bzgl. des Inhalts von Art. 133 Abs. 1 VE-StPO angeregt.

#### 2.4.2.2 Auswahlkriterien

Wie bis anhin sollen gemäss Art. 132 Abs. 2 die Wünsche der beschuldigten Person und neu zusätzlich die Eignung des Verteidigers in die Auswahl der amtlichen Verteidigung einfließen. Es sind keine Einwände dagegen erkennbar, wenn in besonderen Fällen Kriterien der Eignung (etwa Sprach- und Rechtskenntnisse, Erfahrungen mit heiklen Klienten bzw. Prozessen) sowie nach Möglichkeit auch die Einsatznähe berücksichtigt werden,<sup>21</sup> sofern vorgängig das Vorschlagsrecht der beschuldigten Person so gut als möglich berücksichtigt wurde.

In Kantonen, in welchen eine Pikett-Strafverteidigung (Anwalt der ersten Stunde) installiert wurde, sollte die Verteidigung grundsätzlich über diese Einrichtung bestellt werden, wenn eine allenfalls von der beschuldigten Person vorgeschlagene Verteidigung nicht innert nützlicher Frist erscheinen kann.<sup>22</sup> Nach Durchführung der ersten Einvernahme kann die Einsetzung des Anwalts der ersten Stunde als amtlicher Verteidiger genehmigt werden, sofern die von der beschuldigten Person gewünschte Verteidigung dauerhaft nicht bestellt werden kann. Jedoch ist auch noch nach der Aufbietung eines Pikettanwalts eine Einsetzung der anfänglich vorgeschlagenen Verteidigung anzustreben, da es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für ein Abweichen vom Vorschlag der beschuldigten Person zureichender sachlicher Gründe, wie bspw. Interessenkollisionen oder Überlastung, bedarf.<sup>23</sup> Eine bloss vorübergehende Verhinderung kann jedoch nicht ausreichen. Dieser Stellenwert des Vorschlagsrechts der beschuldigten Person ist in der Botschaft zur Revision der StPO sodann auch zum Ausdruck zu bringen.

---

<sup>21</sup> Siehe OBERSTAATSANWALTSCHAFT DES KANTONS ZÜRICH, Leitfaden amtliche Mandate, 3. Aufl., Zürich 2016, 22, abrufbar unter: <[www.staatsanwaltschaften.zh.ch/internet/justiz\\_inneres/staatsanwaltschaften/de/AmtMand/leitfaden\\_amtlchenmandate.html](http://www.staatsanwaltschaften.zh.ch/internet/justiz_inneres/staatsanwaltschaften/de/AmtMand/leitfaden_amtlchenmandate.html)>.

<sup>22</sup> Vgl. Leitfaden (Fn 21), 13.

<sup>23</sup> Urteil des BGer 1B\_686/2012 vom 25. 01.2013, E.2.3.

## 2.5 Teilnahmerechte

### 2.5.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.6, 2.1.20, 2.1.21.

Betrifft: Art. 147 Abs. 3 und Abs. 3<sup>bis</sup> und Art. 147a VE-StPO

Empfehlung:	<p>Die Änderung ist <b>abzulehnen</b>.</p> <p><i>Eventualiter</i> ist Art. 147a Abs. 1 und Abs. 3 VE-StPO mit Vorbehalten zuzustimmen, Abs. 2 ist zu streichen.</p> <p>Art. 147 Abs. 3 lit. b VE-StPO ist zu streichen und stattdessen in der Form eines Verwertungsverbots in Art. 147 Abs. 4<sup>bis</sup> aufzunehmen.</p>
Hinweise/Vorbehalte:	<ul style="list-style-type: none"><li>- Art. 147a Abs. 1 VE-StPO ist als Ausnahmebestimmung zu konzipieren und auf die Einvernahme der mitbeschuldigten Person zu beschränken.</li><li>- Als Anforderung müssen – in Anlehnung an den Haftgrund der Kollusionsgefahr – konkrete Anzeichen der Kollusion bestehen.</li><li>- Der Ausschluss der Verteidigung von der Einvernahme wird als unverhältnismässig abgelehnt.</li><li>- Bei der obligatorischen Einvernahme gem. Art. 352a VE-StPO könnten sich widersprüchliche Resultate ergeben, wenn Mitbeschuldigte ausgeschlossen würden.</li></ul>
Vorgeschlagene Neuformulierung:	<p>Art. 147 VE-StPO (<sup>1-4</sup> wie in der momentan geltenden Fassung von Art. 147)</p> <p><sup>4bis</sup> <i>Unverwertbar sind auch Beweise, die im separat geführten Verfahren erhoben wurden, wenn bei Mittäterschaft oder Teilnahme Strafverfahren ohne sachliche Gründe getrennt geführt wurden und dadurch die Teilnahme an Beweiserhebungen nicht möglich war.</i></p> <p>Art. 147a VE-StPO:</p> <p><sup>1</sup> <i>Die beschuldigte Person kann ausnahmsweise von der Einvernahme einer mitbeschuldigten Person ausgeschlossen werden, wenn</i></p> <ol style="list-style-type: none"><li><i>konkrete Hinweise darauf bestehen, dass sie auf die einzuvernehmende Person oder auf Beweismittel einwirkt; und</i></li><li><i>sich die Befragung auf untersuchte Sachverhalte bezieht, welche die beschuldigte Person persönlich betreffen und zu denen ihr noch kein Vorhalt gemacht werden konnte.</i></li></ol> <p><sup>2</sup> <i>Die Einvernahme wird in Bild und Ton aufgezeichnet, sofern die von der Einvernahme ausgeschlossene Person nicht auf die Aufzeichnung verzichtet.</i></p>

## 2.5.2 Begründung

### 2.5.2.1 Art. 147 Abs. 3 und Abs. 3<sup>bis</sup> VE-StPO

Art. 147 Abs. 3 lit. b VE-StPO bringt keinen Mehrwert und ist deshalb zu *streichen*, weshalb sich auch die Umgestaltung der bestehenden Norm in Art. 147 Abs. 3 lit. a und Abs. 3<sup>bis</sup> VE-StPO erübrigt. In Ergänzung der Vorlage wird angeregt, das *Verwertungsverbot* in Art. 147 Abs. 4 zu erweitern.

Art. 147 Abs. 3 lit. b VE-StPO käme zur Anwendung, wenn der Grundsatz der Verfahrenseinheit gem. Art. 29 Abs. 1 lit. b in rechtswidriger und rechtsmissbräuchlicher<sup>24</sup> Weise verletzt wurde und die Verfahren durch die Beschwerdeinstanz wieder vereinigt wurden.<sup>25</sup> Die im vorherigen, abgetrennten Verfahren getroffenen Aussagen der mitbeschuldigten Person – denen als zeitlich erste Aussagen regelmässig ein höherer Beweiswert zugestanden wird – blieben bestehen und verwertbar<sup>26</sup> und würden lediglich mit einer zweiten, nachträglichen, nicht gleichwertigen Einvernahme "ergänzt".<sup>27</sup> Auch die eigenen Aussagen der beschuldigten Person im *eigenen*, zuvor separat geführten Verfahren blieben verwertbar, obwohl die beschuldigte Person wohl anders ausgesagt hätte, wäre ihr die Teilnahme am anderen Verfahren nicht durch die rechtswidrige Verfahrenstrennung verwehrt worden.<sup>28</sup> Art. 147 Abs. 3 lit. b VE-StPO läuft ins Leere und ist deshalb *abzulehnen*.

Wünschenswert und im Lichte der im erläuternden Bericht angeführten Verhinderung der Vereitelung der Teilnahmerechte durch unzulässige Verfahrenstrennung zweckmässiger wäre hingegen die *Ergänzung* von Art. 147 Abs. 4 um die Bestimmung, wonach bei einer Verfahrenstrennung ohne sachliche Gründe die unter Verletzung der Teilnahmerechte im separaten Verfahren erhobenen Beweise im wiedervereinigten Verfahren *nicht verwertet* werden dürfen – dazu gehören insb. die Aussagen der mitbeschuldigten Person im separat geführten Verfahren.<sup>29</sup> Nach wie vor liegen die Last und das Prozessrisiko jedoch bei der beschuldigten Person, die immer zuerst den mühsamen und zeitintensiven Beschwerdeweg beschreiten muss.<sup>30</sup>

### 2.5.2.2 Art. 147a Abs. 1 VE-StPO: Ausschluss von Einvernahmen

Die gesetzliche Verankerung der Möglichkeit des Ausschlusses der beschuldigten Person gem. Art. 147a Abs. 1 VE-StPO ist aufgrund rechtsstaatlicher Bedenken und aufgrund fehlender gesetzgeberischer Notwendigkeit *abzulehnen*, *eventualiter* ist die Norm *anzupassen*.

Die im erläuternden Bericht als Begründung für die geplante Beschränkung der Teilnahmerechte aufgeführte *Gefahr der Anpassung der Aussagen* an diejenigen der mitbeschuldigten Person<sup>31</sup> ist keine Gefahr für den Strafprozess. Die angeführte materielle Wahrheit<sup>32</sup> ist faktisch und auch wissenschaftstheoretisch nicht eruierbar. Vielmehr folgt aus dem Strafprozess immer eine prozessuale, *ausgehän-*

<sup>24</sup> VEST HANS, Aspekte des strafprozessualen Rechtsmissbrauchs, ZBJV 152/2016, 387 ff., 411 f. m.w.H.

<sup>25</sup> Vgl. dazu GODENZI GUNHILD, Nr. 12 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 12. August 2016 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich – 1B\_124/2016, FP 3/2017, 137 ff., 142 f.

<sup>26</sup> Auch bei offensichtlichen Verstössen gegen den Grundsatz der Verfahrenseinheit bestehen in Parallelverfahren keine Teilnahmerechte, vgl. Kritik bei GODENZI GUNHILD, Teilnahmeberechtigte "Parteien" bei getrennt geführten Strafverfahren, FP 2/2015, 109 ff., 113 ff.

<sup>27</sup> Vgl. Nachweise in Fn 55 und GODENZI GUNHILD, Heimliche Einvernahmen, Die Aushöhlung der Parteiöffentlichkeit der Untersuchung durch den Grundsatz der getrennten Einvernahme, ZStrR 129/2011, 322 ff., 341 m.w.H.

<sup>28</sup> Urteil des BGers 1B\_1026/2016 vom 26.10.2016, E.3.2 und dazu GODENZI (Fn 25), 143.

<sup>29</sup> Im eigenen, separat geführten Verfahren besteht zumindest die Möglichkeit der Aussageverweigerung gem. Art. 113 Abs. 1.

<sup>30</sup> Dazu GODENZI (Fn 25), 142 f.

<sup>31</sup> Erläuternder Bericht, 12, 26.

<sup>32</sup> Verstanden als das, "was wirklich geschehen ist", BSK StPO I-REDO/FOLKA, Art. 6 N 59; WEDER ULRICH, Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen – Eine Beurteilung aus staatsanwaltschaftlichem Blickwinkel, fokussiert auf das Teilnahmerecht mitbeschuldigter Personen, FP 5/2016, 281 ff., 282 f.; MELUNOVIC KENAD/JOSET ALAIN, Partizipationsrechte und Verwertbarkeit, FP 5/2017, 332 ff. m.w.H.

dekte Wirklichkeit, die sich dem tatsächlich Geschehenen möglichst annähern soll.<sup>33</sup> In diesem Prozess der Wahrheitsfindung sind die *Teilnahmerechte* grundlegender Bestandteil. Nur wenn sämtliche Prozessparteien direkt und unmittelbar bei der Sachverhaltsfeststellung bei der Einvernahme<sup>34</sup> einwirken können,<sup>35</sup> kann die Glaubwürdigkeit der vom Belastungszeugen in den Prozess eingebrachten "Wahrheit" überhaupt überprüft werden.<sup>36</sup> Zudem liegt in der Anwesenheit mitbetroffener und mitbeschuldigter Personen auch eine disziplinierende Wirkung – in Anwesenheit der anderen Person unzutreffende Aussagen zu tätigen ist schwieriger als in deren Abwesenheit.<sup>37</sup>

Mit der in Art. 343 Abs. 3 statuierten (sehr) beschränkten Unmittelbarkeit des Hauptverfahrens kommt der Sachverhaltsfeststellung im Vorverfahren eine entscheidende Bedeutung bei der Entscheidfindung zu. Deshalb hat die Staatsanwaltschaft im Vorfahren (gem. Art. 6 Abs. 2) sowohl belastende und entlastende Umstände mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen, wobei die Teilnahmerechte und die damit ermöglichte *kontradiktoriische* Beweiserhebung einen wesentlichen Beitrag zur Qualität des durch Einvernahmen festgestellten Sachverhalts, auf dessen Basis dann das Urteil gefällt werden muss, leisten.<sup>38</sup> Es ist *nicht* Ziel des Vorverfahrens und des Strafprozesses, ein Geständnis zu erreichen<sup>39</sup> und deshalb auch nicht Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, auf ein solches hinzuarbeiten oder dem Beschuldigten einen "*Geständnisrabatt*"<sup>40</sup> in Aussicht zu stellen. Weiter gilt für die beschuldigte Person die Unschuldsvermutung, woraus insbesondere folgt, dass sie grundsätzlich *keiner Wahrheitspflicht*<sup>41</sup> unterliegt sondern bzgl. der Einvernahme nur und einzig zum Erscheinen verpflichtet ist. Es ist ihr Recht, Sachverhalte aus ihrer Sicht "falsch, zumindest verfälscht und jedenfalls relativierend und bagatellisierend zu schildern".<sup>42</sup>

Art. 147a Abs. 1 VE-StPO soll eine bloss vermeintliche Lücke im Gesetzestext schliessen, wozu jedoch *keine Notwendigkeit* besteht, da bereits de lege lata Beschränkungen der Teilnahmerechte möglich sind. Dies einerseits in zeitlicher Hinsicht, gelten die Teilnahmerechte doch erst im staatsanwalt-schaftlichen Untersuchungsverfahren.<sup>43</sup> Andererseits sind inhaltliche Beschränkungen möglich, insb. wenn zum Schutz der einzuvernehmenden Person die Teilnahme abgelehnt werden kann.<sup>44</sup> Weiter ist eine Beschränkung und insb. der Ausschluss *mitbeschuldigter Personen*<sup>45</sup> aufgrund des begründeten Verdachts auf *Rechtsmissbrauch* und Kollusion nach Art. 108 Abs. 1 lit. a möglich.<sup>46</sup> Bezuglich der strengen Voraussetzungen für den Ausschluss weichen der erläuternde Bericht und der vorgesehene Art. 147a Abs. 1 VE-StPO ohne nähere Begründung vom Willen des Gesetzgebers,<sup>47</sup> der Rechtspre-

<sup>33</sup> BSK StPO I-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N 59 ff.; MELUNOVIC/JOSET (Fn 32), 334 f.

<sup>34</sup> Zur geringen Bedeutung des Personalbeweises, MELUNOVIC/JOSET (Fn 32), 334.

<sup>35</sup> Dazu das BGer in BGE 133 I 33, E.3.1.

<sup>36</sup> WEDER (Fn 32), 282.

<sup>37</sup> GODENZI (Fn 27), 338 f.

<sup>38</sup> KAUFMANN ARIANE, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2013, 72 ff., 200 ff. und 218 ff.

<sup>39</sup> Dies ist ein Rückfall in das Denken der Inquisitionsprozesse, MELUNOVIC/JOSET (Fn 32), 335.

<sup>40</sup> Vgl. erläuternden Bericht, 12.

<sup>41</sup> BSK StPO I-RUCKSTUHL, Art. 157 N 1a.

<sup>42</sup> Zitat nach WEDER (Fn 32), 282. Inhaltliche Grenzen finden sich insb. in Art. 303 ff. StGB, wenn Dritte zu Unrecht einer Straftat bezieht werden.

<sup>43</sup> Jedoch nicht im vorhergehenden polizeilichen Ermittlungsverfahren, vgl. Art. 159 Abs. 1; BSK StPO II-OMLIN, Art. 309 N 11 ff. WEDER (Fn 32), 289, will den "Ermessensspielraum" nach Art. 309 Abs. 1 lit. a zur Verfahrensöffnung zum Ausschluss der Teilnahmerechte "nutzen", was abzulehnen ist (vgl. BSK-StPO II-OMLIN, Art. 109 N 21 ff. und N 33).

<sup>44</sup> Art. 108 Abs. 1 lit. b und Art. 149 ff., KAUFMANN (Fn 38), 204.

<sup>45</sup> Für die übrigen Verfahrensbeteiligten ist nach Art. 146 Abs. 4 lit. a und lit. b ebenfalls ein Ausschluss bei Interessenkollision möglich, nicht jedoch für Mitbeschuldigte; BGE 140 IV 220, E.4.3.1; 139 IV 25, E.4.1.

<sup>46</sup> Vgl. den Leitentscheid BGE 139 IV 25, insb. E.5.5. ff.

<sup>47</sup> Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBI 2006 1085, 1164.

chung<sup>48</sup> und der vorherrschenden Lehre<sup>49</sup> ab. Das Bundesgericht hielt explizit fest: "Ein Ausschluss gestützt auf Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO verlangt [...] Anhaltspunkte für rechtsmissbräuchliches Verhalten im Hinblick auf die fragliche Beweiserhebung. Die blosse Möglichkeit, dass der [...] Inhaftierte sein späteres Aussageverhalten jenem von Mitbeschuldigten anpassen könnte, genügt weder als Haftgrund, noch für einen pauschalen Ausschluss der Parteiöffentlichkeit von Einvernahmen."<sup>50</sup> Die geplante Regelung von Art. 147a Abs. 1 VE-StPO ist demnach nicht nur *unnötig* sondern auch *gefährlich*, da sie die Voraussetzungen gem. Art. 108 Abs. 1 lit. a aufweicht und der Ausschluss der beschuldigten Person von der absoluten Ausnahme zur gesetzlich gebilligten Regel macht. Soll eine gesetzliche Regelung geschaffen werden, sind die strengen Voraussetzungen an den Ausschluss der beschuldigten Person im Gesetzestext von Art. 147a Abs. 1 VE-StPO zu verankern: Nur wenn *konkrete* Hinweise darauf bestehen, dass die beschuldigte Person die einzuvernehmende Person beeinflussen oder auf Beweismittel einwirken wird, um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen<sup>51</sup> und sich die Befragung der einzuvernehmenden mitbeschuldigten Person sich auf untersuchte Sachverhalte bezieht, welche die noch nicht einvernommene Person persönlich betreffen und zu denen ihr noch kein Vorhalt gemacht werden konnte,<sup>52</sup> soll ein Ausschluss *ausnahmsweise* zulässig sein.

Art. 147a Abs. 1 VE-StPO ermöglicht den Ausschluss der beschuldigten Person von jeglichen Einvernahmen im Untersuchungsverfahren, das heisst auch von Zeugeneinvernahmen und von Einvernahmen von Auskunftspersonen. Diesbezüglich ist Art. 147a Abs. 1 VE-StPO *zu weit gefasst* und bedarf – falls nicht auf die Einführung verzichtet werden soll – der Konkretisierung und Beschränkung auf die Einvernahme *mitbeschuldigter Personen*. Der Einbezug aller Einvernahmen ist problematisch, da Zeugen und z.T. Auskunftspersonen im Gegensatz zur beschuldigten Person einer grds. Aussage- und *Wahrheitspflicht* unterliegen<sup>53</sup> und nicht ohne weiteres von ihrer ersten Aussage abweichen können und dürfen.<sup>54</sup> Im Ausschluss von der ersten Einvernahme liegen damit ein nicht mehr wiedergutzumachender Nachteil und eine Verletzung elementarer Verteidigungs- und Mitwirkungsrechte.<sup>55</sup>

Schliesslich könnten sich in den Anwendungsfällen von Art. 352a VE-StPO,<sup>56</sup> das heisst, wenn vor Erlass eines Strafbefehls zwingend eine Einvernahme durchgeführt werden muss, *widersprüchliche* Resultate ergeben, wenn Mitbeschuldigte von der Einvernahme ausgeschlossen würden und sich die mit Urteil (Strafbefehl) in Rechtskraft erwachsenen, unwidersprochenen Aussagen später müssten entgegen halten lassen. Auch besteht die Gefahr der Verletzung des Konfrontationsrechts, indem Strafbefehle basierend auf Einvernahmen gem. Art. 352a VE-StPO ergehen, zu denen Mitbeschuldigte u.U. keine Stellung mehr nehmen konnten.

<sup>48</sup> BGE 141 IV 220, E.4.3; BGE 139 IV 25, E.5.5.4.1. m.H.; Urteile des BGers 6B\_450/2014 vom 18.05.2015; 6B\_459/2014 vom 18.05.2015, E.5; Urteil des Appellationsgerichts BS Nr. BE.2011.87 vom 19.01.2012, E.6.1.

<sup>49</sup> Vgl. die umfassenden Verw. in BGE 139 IV 25, E.5.5.4.1. sowie GODENZI (Fn 27), 347 f.; SPRENGER THOMAS, Teilnahmerechte der Parteien im Strafverfahren – Wird die Ausnahme zum Grundsatz?, FP 2013, 167 ff., 170 und 172; BSK-StPO I-VEST/HORBER, Art. 108 N 5; WEDER (Fn 32), 287; WIESER HANNO, Das Ermittlungsverfahren und die Untersuchung ergänzen sich – auch bei der Personalbeweiserhebung, FP 6/2014, 340 ff., 344 ("im Einzelfall"); WOHLERS WOLFGANG, Das Anwesenheits- und Fragerecht der Verfahrensparteien bei Einvernahmen im Vorverfahren, FP 2013, 160 ff., 163 f.

<sup>50</sup> BGE 139 IV 25, E.5.5.8. Leider fand diese Kernaussage keinen Eingang in den erläuternden Bericht (26 f.).

<sup>51</sup> Vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. b.

<sup>52</sup> BGE 139 IV 25, E.5.5.4.1. Sofern dies die Verfahrensleitung nicht selber zu verantworten hat, WIESER (Fn 49), 344 f.

<sup>53</sup> Art. 163 Abs. 2 und Art. 180 Abs. 2 i.V.m. Art. 178 lit. a.

<sup>54</sup> Vgl. insb. Art. 307 StGB (ein Offizialdelikt).

<sup>55</sup> WIESER (Fn 49), 344 f. Es wird bei der späteren Einvernahme oft nur noch auf die erste Einvernahme verwiesen, wodurch eine Konfrontation (Mitwirkung bei der Beweiserhebung) de facto nicht mehr möglich ist, vgl. SUMMERS SARAH/SCHWEIWILLER ALINE/STUDER DAVID, Das Recht auf Konfrontation in der Praxis, ZStrR 134/2016, 351 ff., 359 ff., 362 ff. und insb. 366 f.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 352a VE-StPO und Art. 352 Abs. 1 der bestehenden StPO.

### 2.5.2.3 Art. 147a Abs. 2 VE-StPO: Ausschluss der Verteidigung

Art. 147a Abs. 2 VE-StPO ist stossend, nicht einsichtig und deshalb ersatzlos zu *streichen*. Diese Regelung widerspricht einerseits der Gesetzessystematik, indem gem. Art. 108 Abs. 2 der Anspruch auf rechtliches Gehör gegenüber dem *Rechtsbeistand* nur dann eingeschränkt werden darf, wenn auch bei diesem selbst Anzeichen oder Hinweise auf rechtsmissbräuchliche Ausübung der aus dem rechtlichen Gehör fliessenden Ansprüche bestehen. Das Gesetz sieht in solchen Fällen – als milderes Mittel anstelle eines kompletten Ausschlusses – in Art. 73 Abs. 2 Satz 1 vor, dass der Rechtsbeistand unter Strafdrohung zum Stillschweigen gegenüber seinem Mandanten verpflichtet werden kann.<sup>57</sup> Andererseits wird mit Art. 147a Abs. 2 VE-StPO ein Grundmissstrauen gegenüber der Verteidigung und den Verteidigungsrechten zum Ausdruck gebracht, das auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>58</sup> keinerlei Grundlage findet.<sup>59</sup>

### 2.5.2.4 Art. 147a Abs. 3 VE-StPO: Audiovisuelle Aufzeichnung

Art. 147a Abs. 3 VE-StPO ist bei Einführung von Abs. 1 i.S.d. nach der EMRK gebotenen Kompensation zwingend einzuführen.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Vgl. GODENZI (Fn 27), 350 f. mit Hinweisen zu den Schwierigkeiten dieser Verpflichtung, sowohl grundsätzlicher Art als auch bei der Berechnung der Befristung nach Art. 73 Abs. 2 Satz 2.

<sup>58</sup> In BGE 139 IV 25, E.5.5.9, wird explizit auf die Möglichkeit der Auferlegung einer "zeitlich eng befristete[n] förmliche[n] Geheimhaltungsverpflichtung" gegenüber der Verteidigung hingewiesen.

<sup>59</sup> Vgl. auch BSK StPO I-SCHLEIMINGER METTLER, Art. 147 N 14.

<sup>60</sup> BSK-StPO I-SCHLEIMINGER METTLER, Art. 147 N 33a ff.

## 2.6 Präzisierung der Voraussetzungen für den Haftgrund der Wiederholungsgefahr

### 2.6.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.7, 2.1.27.  
Betrifft: Art. 221 Abs. 1 lit. c VE-StPO, Art. 221 Abs. 2

Empfehlung:	Die Änderung ist <b>abzulehnen</b> . <i>Eventualiter</i> sind Änderungen in Art. 221 Abs. 1 lit. c VE-StPO anzubringen.
Hinweise/Vorbehalte:	<ul style="list-style-type: none"><li>- Die präventiven Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c und Abs. 2) sind in der StPO systemwidrig und dort zu streichen.</li><li>- <i>Eventualiter</i> ist der widersprüchliche Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 lit. c VE-StPO durch Streichung der "schweren Vergehen" zu bereinigen.</li></ul>
Vorgeschlagene Neuformulierung:	Art. 221 VE-StPO: <sup>1</sup> <i>lit. a und lit. b wie in der momentanen Fassung von Art. 221</i> <sup>1</sup> <i>c. durch eine früher verübte, schwere Straftat die Sicherheit anderer erheblich gefährdet</i> .

### 2.6.2 Begründung

Mit dem geänderten Art. 221 Abs. 1 lit. c VE-StPO soll die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Haftgrund der Wiederholungsgefahr in den Gesetzestext aufgenommen werden. Diese Rechtsprechung<sup>61</sup> charakterisiert sich durch eine über den Gesetzestext hinausgehende Auslegung und Ausweitung der Wiederholungsgefahr. Schon heute wird das Vortatenerfordernis abweichend vom Gesetzeswortlaut<sup>62</sup> aufgeweicht, z.T. geradezu durchbrochen, denn gem. dem Bundesgericht ist "ausnahmsweise" auch ohne Vortat "Wiederholungsgefahr" möglich.<sup>63</sup> Diese Entwicklung der zunehmend ausufernden Anordnung von Untersuchungshaft zu rein präventiven Zwecken ist rechtstaatlich äusserst *bedenklich* sowie mit Blick auf die Gesetzessystematik und die Zwecke des Strafprozesses verfehlt. Aus diesen Gründen ist die vorliegende Änderung grundsätzlich **abzulehnen**.

Die Haftgründe der Wiederholungs- und der Ausführungsgefahr dienen primär präventiven Zwecken, wovon auch im erläuternden Bericht weitgehend ausgegangen wird.<sup>64</sup> Demgegenüber legt Art. 196 fest, zu welchen Zwecken Zwangsmassnahmen – wobei die Untersuchungshaft als Freiheitsentzug eine der stärksten Zwangsmassnahmen darstellt – angeordnet werden dürfen. Dies primär zum Zweck der Verfahrenssicherung und des geordneten Verfahrensablaufs. Präventive Zwecke waren und sind nach dieser Gesetzessystematik grundsätzlich nicht vorgesehen und damit nicht Materie der StPO, sondern von Polizeigesetzgebung und Präventionsgesetzen.

<sup>61</sup> Vgl. den Leitentscheid BGE 137 IV 13 m.w.H und auch schon Botschaft StPO (Fn 47), 1228.

<sup>62</sup> Gem. bisherigem Gesetzestext: "schwere Verbrechen oder Vergehen" und "früher gleichartige Straftaten" (jeweils im Plural).

<sup>63</sup> Vgl. z.B. nur BGE 143 IV 9 E.2.

<sup>64</sup> Vgl. den erläuternden Bericht, 29: "[...] doch mit dem Haftgrund der Ausführungsgefahr nach Absatz 2 ein Instrument zur Verfügung, um eine Person aufgrund ihrer Äusserungen oder ihres Verhaltens zu inhaftieren, wenn eine Gefährdung der Sicherheit anderer zu befürchten ist" und "Die Lockerung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr kann für ein kantonales Bedrohungsmanagement von Bedeutung sein.", gem. Fn 48 im erläuternden Bericht insb. bei "häuslicher Gewalt".

Im Hinblick auf aktuelle politische und gesetzgeberische Entwicklungen<sup>65</sup> muss jedoch wohl davon ausgegangen werden, dass die Wiederholungsgefahr gem. Art. 221 Abs. 1 lit. c VE-StPO entsprechend der Vorlage ausgeweitet wird. Diesfalls ist *eventualiter* zumindest die Umsetzung i.S.d. höchstrichterlichen Rechtsprechung, die bei der Anordnung von Wiederholungsgefahr *grösste Zurückhaltung* fordert,<sup>66</sup> sowie die konsequente *Formulierung* des Gesetzestextes von Art. 221 Abs. 1 VE-StPO anzuregen. Letzterer setzt in der geplanten Form "ein Verbrechen oder ein schweres Vergehen" voraus. Insb. mit den "schweren Vergehen" wird eine gesetzlich nicht vorgesehene Kategorie erschaffen (vgl. Art. 10 Abs. 2 und Abs. 3 StGB), die bei der Auslegung der Norm keinen Mehrwert schafft, sondern vielmehr Verwirrung stiftet.<sup>67</sup> Zentraler *Anknüpfungspunkt* dürfte letztlich nicht die gesetzlich vorgesehene Aufteilung in Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen sondern das Kriterium der *erheblichen Gefährdung* der Sicherheit anderer durch Begehung einer *schweren Straftat* sein.<sup>68</sup> Es wird eine entsprechende Formulierung des Gesetzestextes vorgeschlagen. Zu hoffen bleibt damit immerhin, dass mit der (erneuten) gesetzlichen Verankerung der Voraussetzungen der Wiederholungsgefahr keine Möglichkeit seitens der Rechtsprechung mehr bestehen wird, Wiederholungsgefahr entgegen dem Wortlaut auch dann anzunehmen, wenn überhaupt keine Vortat vorliegt.

---

<sup>65</sup> Vgl. detailliert CONINX ANNA/MONA MARTINO, Strafprozessualer Zwang und positive Schutzpflichten – Verbrechensverhütung als Legitimation von Zwangsmassnahmen, ZStrR 135/2017, 1 ff., ALBRECHT PETER, Präventive Irritationen in der Dogmatik des Strafprozessrechts, *sui-generis* 2018, 58 ff., 66 f.

<sup>66</sup> BGE 143 IV 9 E.2.2; 137 IV 84 E.3.2; 135 I 71 E.2.3 und dazu ALBRECHT (Fn 65), 67.

<sup>67</sup> Siehe nur Übersicht aller "Auslegungsvarianten" bei BSK-StPO II-FORSTER, Art. 221 N 11 ff.

<sup>68</sup> Wobei Übertretungen damit zum Vornehmen nicht in Betracht kommen.

## 2.7 Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichtes

### 2.7.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.8, 2.1.28, 2.1.30.  
Betrifft: Art. 222 und Art. 228a VE-StPO

Empfehlung:	Die Änderung ist <b>abzulehnen</b> .
Hinweise/Vorbehalte:	Es ist fraglich, ob die Regelung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft in Haftfällen, mit der Rechtsprechung zu Art. 5 Ziff. 4 EMRK kompatibel ist.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	-

### 2.7.2 Begründung

Der gesetzliche Nachvollzug der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich der Beschwerdekompetenz der Staatsanwaltschaft bei Haftentscheiden führt letztlich zu einer Entwertung der Funktion des Zwangsmassnahmengerichts, da die beschuldigte Person bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens in Haft bleibt. Die beschuldigte Person kann bis zu sechs Tage und drei Stunden (48 Stunden für den Antrag der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 224 Abs. 2, 48 Stunden für den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts gemäss Art. 226 Abs. 1, drei Stunden für die Begründung der Beschwerde gemäss Art. 228a Abs. 2 VE-StPO, 48 Stunden für die Entscheidung der Beschwerdeinstanz gemäss Art. 228a Abs. 4 VE-StPO i.V.m. Art. 226 Abs. 1) in Haft genommen werden. Damit hat es die Staatsanwaltschaft durch das Ausschöpfen des Rechtswegs in der Hand, eine beschuldigte Person für knapp eine Woche in Haft zu halten, selbst wenn Gerichte die Voraussetzungen der Haft letztlich ablehnen.

Doch selbst wenn die Beschwerdeinstanz dem Antrag der Staatsanwaltschaft nicht zustimmt und die Beschwerde abweist, bleibt der Staatsanwaltschaft immer noch der Gang zum Bundesgericht (Strafrechtsbeschwerde ans Bundesgericht nach Art. 78 ff. BGG). Die Beschwerde an das Bundesgericht entfaltet zwar keine aufschiebende Wirkung. Die Freilassung des Beschuldigten kann aber zum Schutz unmittelbar bedrohter hochwertiger Rechtsgüter im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 104 BGG verhindert werden, weshalb die beschuldigte Person weiterhin – und zwar über Wochen – in Haft verbleiben kann, ohne dass ein Gericht verbindlich über die Haft entscheidet.

Es ist somit fraglich, ob die Bestimmungen mit Art. 5 Ziff. 4 EMRK in Einklang stehen, der festlegt, "dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist."<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Vgl. zur Rechtsprechung des EGMR: MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Mayer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Handkommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., Basel 2017, Art. 5 N 102 unter Hinweis auf die Urteile des EGMR: EGMR 4.10.2005–3456/05, Sarban/Moldau, Rn. 120; EGMR 28.11.2000–29462/95, Rehbock/Slovenien, Slg 00-XII Rn. 85 f.; EGMR 22.12.2009–7923/04, Butusov/Russland, Rn. 34.

## 2.8 Strafbefehlsverfahren

### 2.8.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.9, 2.1.48, 2.1.49, 2.1.51,  
Betrifft: Art. 352 Abs. 1, Abs. 1<sup>bis</sup> und Abs. 3, Art. 352a, Art. 354 Abs. 1<sup>ter</sup> VE-StPO

Empfehlung:	Der Änderung ist mit Vorbehalten <b>zuzustimmen</b> . Es werden weitere Änderungsvorschläge unterbreitet.
Hinweise/Vorbehalte:	<ul style="list-style-type: none"><li>- Der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens ist in Art. 352 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-StPO (bei Opferbeteiligung) auf 90 Strafeinheiten zu beschränken.</li><li>- Art. 352a VE-StPO wird zugestimmt.</li><li>- Bzgl. Art. 353 Abs. 2 VE-StPO wird auf obige Ausführungen (2.3) verwiesen.</li><li>- Die Unterscheidung verschiedener Fristen in Art. 354 Abs. 1<sup>ter</sup> lit. a und lit. b VE-StPO ist aufzuheben und die Einsprachefrist im bestehenden Art. 354 Abs. 1 auf <b>20 Tage</b> festzulegen.</li><li>- Der Aufhebung von Art. 355 Abs. 2 und Art. 365 Abs. 4 ist zuzustimmen. Zusätzlich ist die Streichung der Rückzugsfiktion in Art. 316 zu fordern (vgl. Ausführungen sogl., 3.5). Art. 355 Abs. 2 lit. a und lit. c sind zu streichen und die Möglichkeiten der Staatsanwaltschaft nach erfolgter Beweisabnahme auf Anklageerhebung oder Einstellung zu begrenzen.</li><li>- Auf die besondere Problematik von Einspracheverzichtserklärungen sollte in der Botschaft erläuternd eingegangen werden.</li></ul>
Vorgeschlagene Neuformulierung:	<p>Art. 352 VE-StPO:</p> <p><sup>1bis</sup> Beteiligt sich ein Opfer als Privatklägerschaft am Strafverfahren, so kann dieses nicht mit einem Strafbefehl abgeschlossen werden, wenn eine Gelstrafe von mehr als <b>90 Tagessätzen</b> oder eine Freiheitsstrafe von mehr als <b>3 Monaten</b> in Betracht kommt.</p> <p>Art. 354 VE-StPO:</p> <p><sup>1</sup> Gegen den Strafbefehl können bei der Staatsanwaltschaft innert <b>20 Tagen</b> schriftlich Einsprache erheben: (<sup>1</sup> lit. a<sup>bis</sup> und <sup>1bis</sup> gem. VE-StPO <b>zuzustimmen</b>; <sup>1ter</sup> ist zu streichen).</p> <p>Art. 355 VE-StPO:</p> <p><sup>1</sup> wie in der momentanen Fassung von Art. 355)</p> <p><sup>2</sup> Nach Abnahme der Beweise entscheidet die Staatsanwaltschaft, ob sie: a. Anklage beim erstinstanzlichen Gericht erhebt; oder b. das Verfahren einstellt.</p>

## 2.8.2 Begründung

### 2.8.2.1 Art. 352 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-StPO: Opferbeteiligung

Die Stossrichtung der vorgeschlagenen Änderung, nämlich die Eingrenzung des Anwendungsbereiches des Strafbefehlsverfahrens bei Opferbeteiligung, wird grundsätzlich begrüsst. Das Evaluationsteam der OHG-Evaluation von 2015 hatte allerdings noch vorgeschlagen, den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens bei Fällen mit Opfern auf 90 Strafeinheiten zu beschränken oder alternativ die Beurteilung von Vergehen oder Verbrechen mit Opferbeteiligung generell aus der Strafbefehlskompetenz auszuschliessen. Der Vorentwurf setzt als Grenze stattdessen 120 Strafeinheiten fest. Begründet wird dies unter Hinweis auf Art. 132 Abs. 3, welcher dieselbe Grenze für die Beurteilung vorsieht, ob ein Bagatellfall betreffend die amtliche Verteidigung vorliegt. Es erscheint fraglich, ob es sinnvoll ist, diese Norm als Massstab heranzuziehen, zumal die Perspektive eine gänzlich andere ist: Während in Art. 352a VE-StPO und Art. 132 die Frage im Vordergrund steht, ob aus Sicht des Beschuldigten ein Bagatellfall vorliegt, beruht der neue Art. 352 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-StPO auf der Überlegung, dass bei Straftaten, die aus Sicht des Opfers eine gewisse Schwere aufweisen, keine Beurteilung durch Strafbefehl stattfinden soll. In diesem Sinne und der Ansicht des Evaluationsteams folgend ist u.E. eine weitergehende Eingrenzung des Anwendungsbereichs auf maximal 90 Strafeinheiten in Erwägung zu ziehen.

Jedenfalls sollte aber die Grenze einheitlich gewählt werden – so ist u.E. nicht ersichtlich, weshalb in Art. 352 Abs. 3 VE-StPO eine andere Obergrenze (3 Monate) gewählt wurde als in Art. 352 Abs. 1<sup>bis</sup> (4 Monate).

### 2.8.2.2 Art. 352a VE-StPO: Obligatorische Einvernahme

Der geplanten Verpflichtung zur Durchführung einer Einvernahme ab einer gewissen Schwere des Tatvorwurfs (Art. 352a VE-StPO) ist *mit Nachdruck zuzustimmen*, nicht zuletzt auch aus rechtstaatlichen Gründen.

### 2.8.2.3 Art. 354 VE-StPO: Unterschiedliche Einspruchsfristen

Eine Verlängerung der gesetzlichen Fristen im Strafbefehlsverfahren ist zu befürworten. Aufgrund des Wortlautes von Art. 354 Abs. 1<sup>ter</sup> VE-StPO ist es jedoch fraglich, ob das angestrebte Ziel, nämlich eine bessere Aufklärung der beschuldigten Person, erreicht werden kann, weshalb Art. 354 Abs. 1<sup>ter</sup> lit. a VE-StPO zu streichen ist und die Frist zur Erhebung einer Einsprache gegen einen Strafbefehl generell auf 20 Tage zu erhöhen ist.

Die bisherige Frist zur Erhebung einer Einsprache gegen einen Strafbefehl beträgt gemäss Art. 354 Abs. 1 zehn Tage und ist als sehr kurz bzw. sogar grenzwertig zu bezeichnen.<sup>70</sup> Folglich sind die Revisionsabsichten betreffend die Verlängerung der Frist grundsätzlich zu begrüssen, wobei fraglich ist, ob die Dauer der Frist von der Art der Zustellung des Strafbefehls abhängig gemacht werden soll.

Das Ziel der Revision von Art. 354 sei, die Staatsanwaltschaft dazu zu veranlassen, der beschuldigten Person den Inhalt und die Konsequenzen des Strafbefehls zu erklären, da diese ihn ansonsten aus sprachlichen Gründen etc. womöglich nicht ausreichend verstehen würde. Aufgrund der heutigen Fristenregelung bestehe die Gefahr, dass eine Einsprache ausbleibt und der Strafbefehl dadurch zum

---

<sup>70</sup> DAPHINOFF MICHAEL, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessverordnung, Diss. Fribourg, Bern 2012, 608.

rechtskräftigen Urteil wird, ohne dass dies dem wirklichen Willen der beschuldigten Person entspricht.<sup>71</sup>

In der Praxis kommt es in der Tat vor, dass Empfänger eines Strafbefehls dessen Inhalt nicht richtig verstehen, insb. Personen mit blosse rudimentären Kenntnissen der Verfahrenssprache. Darüber hinaus gibt es gemäss einer Studie in der Schweiz eine Vielzahl von Illetristen, welche einen Strafbefehl sprachlich zwar verstehen, den Inhalt jedoch nicht richtig erfassen.<sup>72</sup> Daher erscheint es durchaus sinnvoll, dass die Staatsanwaltschaften dazu animiert werden, den betroffenen Personen die Strafbefehle genauer zu erklären und sich zu vergewissern, dass der Inhalt und die Konsequenzen vollständig erfasst werden.

Es ist grundsätzlich zu befürworten, dass Anreize für eine bessere Aufklärung der beschuldigten Person geschaffen werden sollen. Es ist jedoch zu bezweifeln, ob dies mit dem vorliegenden Vorentwurf erreicht werden kann. Die beabsichtigte Voraussetzung für die Auslösung einer zehntägigen Frist wäre blosse die persönliche Aushändigung des Strafbefehls, was nicht mit einer genügenden Aufklärung der beschuldigten Person gleichgesetzt werden kann. Eine Aushändigung kann mit einer blossem Unterschrift des Empfängers des Strafbefehls hinreichend bewiesen werden. Inwiefern und ob überhaupt eine Aufklärung stattgefunden hat, bleibt damit aber ungewiss. Deshalb ist von einer lit. a entsprechenden Regelung abzusehen, d.h. dieser Teil der Bestimmung ist zu streichen.

Mit einer Frist von 20 Tagen ist es hingegen oftmals möglich, die für die Entscheidung über die Erhebung einer Einsprache notwendigen Dispositionen zu treffen, d.h. man kann eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt aufsuchen und die Sachlage und Prozesschancen viel eher adäquat beurteilen lassen als bei einer blossem zehntägigen Frist. In komplexeren Fällen mit einem gewissen Umfang an Akten dürften jedoch selbst 20 Tage zu wenig sein, weshalb immer noch - wie in der heutigen Praxis gängig - vorsorglich Einsprache erhoben und diese zu einem späteren Zeitpunkt allenfalls wieder zurückgezogen werden kann. Demnach ist eine generelle Ausdehnung der Einsprachefrist auf 20 Tage zu fordern.<sup>73</sup>

#### 2.8.2.4 Art. 355 VE-StPO

Die vorgeschlagene Änderung, wonach das unentschuldigte Fernbleiben der Einsprache erhebenden Person den Rückzug ihrer Einsprache fingiert, ist klarerweise zu begrüssen. In diesem Zusammenhang soll aber noch auf zwei problematische Aspekte aufmerksam gemacht werden, die leider keinen Eingang in den Vorentwurf und den dazugehörigen Bericht gefunden haben. Einerseits wird angeregt, die mit der vorliegenden Änderung (Streichung von Art. 355 Abs. 2 und Abs. 4) vorgesehene und begrüssenswerte Aufhebung der gesetzlichen *Rückzugsfiktion* bei Nichterscheinen konsequenterweise auch in Art. 316 Abs. 1 umzusetzen.<sup>74</sup> Andererseits hat auch die Ausgestaltung des Nachverfahrens bei Einsprache gegen einen Strafbefehl<sup>75</sup> keinen Eingang in den Vorentwurf und den dazugehörigen Bericht gefunden. In der Lehre wird die der Staatsanwaltschaft eingeräumte Möglichkeit der Wiedererwägung des Strafbefehls i.S.v. Art. 355 Abs. 3 lit. c kritisiert.<sup>76</sup> Die Möglichkeit der Wiedererwägung schafft für die Staatsanwaltschaft keinen Anreiz zur Sorgfalt bei der Erstentscheidung. Vielmehr kann sie mit dem ersten Entscheid einen "Versuchsballon" steigen lassen und ausloten, ob der Beschuldigte

<sup>71</sup> Erläuternder Bericht, 45.

<sup>72</sup> GILLIÉRON GWLADYS/KILLIAS MARTIN, Strafbefehl und Justizirrtum: Franz Riklin hatte Recht!, in: Marcel Alexander Niggli u.a. (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich et al. 2007, 379 ff., 390 f.

<sup>73</sup> So auch DUNJIC IVAN, Strafprozessordnung soll praxistauglicher werden, Jusletter 12. März 2018, 8.

<sup>74</sup> Vgl. dazu unten, Kapitel 3.5.3.5.

<sup>75</sup> Art. 355 Abs. 3.

<sup>76</sup> Vgl. THOMMEN MARC, Kurzer Prozess - fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, 121 ff.

te den Strafbefehl akzeptiert. Ist dies nicht der Fall, kann sie einer Zurechtweisung durch das Gericht zuvorkommen, indem sie den Strafbefehl aufhebt, ändert oder einen neuen Strafbefehl erlässt.<sup>77</sup> Mit Blick auf die Unschuldsvermutung und die Verfahrenseffizienz ist das Wiedererwägungssystem, das theoretisch unendlich viele Wiedererwägungen zulässt, als äusserst problematisch zu beurteilen. Es erscheint daher angezeigt, die Möglichkeiten der Staatsanwaltschaft nach Abnahme der Beweise in Art. 355 Abs. 2 auf die *Anklageerhebung* beim erstinstanzlichen Gericht *oder* die *Verfahrenseinstellung* zu beschränken. Damit würde, analog zum Militärstrafprozess, bei Einsprache der Strafbefehl zur gerichtlichen Anklage, sofern das Verfahren nicht sowieso eingestellt würde.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> THOMMEN (Fn 76), 125.

<sup>78</sup> Vgl. Art. 122 MStP (SR 322.1); so auch THOMMEN (Fn 76), 126.

### 3. Weitere Bemerkungen

#### 3.1 Massnahmen nach Art. 59 StGB: Kollegialgericht und Urteilsbegründung

##### 3.1.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 2.1.1, 2.1.7.

Betrifft: Art. 19 Abs. 2 lit. b und Art. 82 Abs. 1 lit. b VE-StPO

Empfehlung:	Der Änderung (Aufnahme "einer Behandlung nach Artikel 59 StGB" in Art. 19 Abs. 2 lit. b und Art. 82 Abs. 1 lit. b VE-StPO) ist ausdrücklich zuzustimmen.
Hinweise/Vorbehalte:	-
Vorgeschlagene Neuformulierung:	-

##### 3.1.2 Begründung

Die StPO schliesst bei der Beurteilung von Verbrechen und Vergehen, für welche die Staatsanwaltschaft eine Behandlung nach Art. 59 Abs. 3 StGB beantragt, den Einzelrichter in erster Instanz aus (Art. 19 Abs. 2 lit. b VE-StPO) und setzt eine schriftliche Urteilsbegründung voraus, insofern das Gericht eine Unterbringung nach Art. 59 Abs. 3 StGB ausspricht (Art. 82 Abs. 1 lit. b VE-StPO). Zudem darf, als allgemeine Voraussetzungen des Verzichts auf eine schriftliche Begründung, kein Rechtsmittel gegen die Anordnung ergriffen worden sein bzw. keine Partei die schriftliche Begründung verlangt haben und neben der Massnahme keine Freiheitsstrafe von über zwei Jahren ausgesprochen worden sein.

Das Bundesgericht stellte in seiner jüngeren Rechtsprechung fest, dass Art. 59 Abs. 3 StGB keine eigene Strafsanktion beinhaltet, sondern es sich bei dieser Bestimmung um eine (blosse) Vollzugsmodalität handelt, und die Vollzugsbehörde die sachlich kompetente Behörde für die Wahl des Vollzugsorts bzw. des Vollzugssettings sei.<sup>79</sup> Nach dieser Rechtsprechung sind die Sachgerichte angewiesen, keine spezifischen Massnahmen nach Art. 59 Abs. 3 StGB (mehr) anzurufen. Damit steht im Urteilszeitpunkt nicht fest, dass die Massnahme nicht in einer geschlossenen Einrichtung vollzogen werden wird, wie im erläuternden Bericht (S. 16) zu Art. 19 Abs. 2 Bst. b richtig angemerkt wird.

Gleichwohl bleibt die grundrechtlich motivierte Forderung bestehen, dass eine stationäre therapeutische Massnahme (in einer geschlossenen Einrichtung) von einem Kollegialgericht angeordnet wird und das entsprechende Urteil in jedem Fall schriftlich zu begründen ist.<sup>80</sup> In diesem Sinne hielt das Bundesgericht im Urteil 6B\_1070/2016 vom 23. Mai 2017 denn auch fest, Art. 82 Abs. 1 lit. b StPO sei dahingehend auszulegen, dass bei der Anordnung einer Massnahme gemäss Art. 59 StGB "ein Verzicht auf die schriftliche Begründung des erstinstanzlichen Urteils unzulässig ist, wenn eine Behandlung in einer geschlossenen Einrichtung im Sinne von Art. 59 Abs. 3 StGB infrage kommt, was regelmäßig der Fall ist" (E. 1.3.4). Gemäss Bundesgericht vermag bei Massnahmen gemäss Art. 59 StGB die Schwere des damit – zumindest potentiell – verbundenen Grundrechtseingriffs einen Verzicht auf die schriftliche Urteilsbegründung aus verfahrensökonomischen Gründen nicht zu rechtfertigen. Hinzu komme, "dass die Vollzugsbehörden im Rahmen der Überprüfung der Massnahmen (Art. 62d StGB)

<sup>79</sup> Siehe insb. BGE 142 IV 1.

<sup>80</sup> Vgl. BGE 142 IV 1 E.2.4.4.

und das Gericht bei einer allfälligen Verlängerung (vgl. Art. 59 Abs. 4 Satz 2 StGB) wissen müssen, gestützt auf welchen Sachverhalt ein Schulterspruch erfolge und mit welchen Überlegungen die stationäre Massnahme angeordnet wurde" (E. 1.3.4). Weiter präzisiert das Bundesgericht, dass ein erstinstanzliches Urteil, in welchem eine Behandlungsmassnahme gemäss Art. 59 StGB angeordnet wird, zumindest insoweit schriftlich zu begründen ist, "dass daraus die Beweiswürdigung und der rechtserhebliche Sachverhalt, die Strafbarkeit des Verhaltens sowie das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB hervorgehen, auch wenn keine Partei um eine schriftliche Begründung des Urteils ersuchte und keine Rechtsmittel ergriffen wurde" (E. 1.3.4).

Der vorliegende Vorentwurf nimmt diese Rechtsprechung in Art. 19 Abs. 2 lit. b und Art. 82 Abs. 1 lit. b VE-StPO auf, was u.E. sehr zu begrüssen ist.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> Siehe zu dieser bereits im Rahmen einer Studie gestellten Forderung: WEBER JONAS/SCHAUB JANN/BUMANN CORINNA/SACHER KEVIN, Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB mit Fokus auf geschlossene Strafanstalten bzw. geschlossene Massnahmeneinrichtungen, Studie zuhanden der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), 28. August 2015, abrufbar unter: <[http://www.krim.unibe.ch/ueber\\_uns/abteilungen/lehrstuhl\\_prof\\_weber/index\\_ger.html](http://www.krim.unibe.ch/ueber_uns/abteilungen/lehrstuhl_prof_weber/index_ger.html)>, insb. 25 ff. und 75 f.; WEBER JONAS, Studie zur Anordnung Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB, Tagungsbeitrag in: Forum Justiz & Psychiatrie 2017 (in Vorbereitung).

### 3.2 Landesverweisung: Kollegialgericht und Urteilsbegründung

#### 3.2.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 2.1.1, 2.1.7.

Betrifft: Art. 19 Abs. 2 lit. b und Art. 82 Abs. 1 lit. b VE-StPO

Empfehlung:	Bei drohender Landesverweisung nach Art. 66a und Art. 66a <sup>bis</sup> StGB ist die zwingende Zuständigkeit des Kollegialgerichts bzw. bei ausgesprochener Landesverweisung die Pflicht zur schriftlichen Begründung vorzusehen, Art. 19 Abs. 2 lit. b und Art. 82 Abs. 1 lit. b VE-StPO sind entsprechend zu ergänzen.
Hinweise/Vorbehalte:	-
Vorgeschlagene Neuformulierung:	<p>Art. 19 VE-StPO:</p> <p><sup>2</sup> Bund und Kantone können als erstinstanzliches Gericht ein Einzelgericht vorsehen für die Beurteilung von:</p> <p>b. Verbrechen und Vergehen, mit Ausnahme derer, für welche die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren, eine Verwahrung nach Artikel 64 StGB, eine Behandlung nach Artikel 59 StGB, eine Landesverweisung nach Artikel 66a oder Artikel 66a<sup>bis</sup> StGB, oder, bei gleichzeitig zu widerrufenden bedingten Sanktionen, einen Freiheitsentzug von mehr als zwei Jahren beantragt.</p> <p>Art. 82 VE-StPO:</p> <p><sup>1</sup> Das erstinstanzliche Gericht verzichtet auf eine schriftliche Begründung, wenn es:</p> <p>b. nicht eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren, eine Verwahrung nach Artikel 64 StGB, eine Behandlung nach Artikel 59 StGB, eine Landesverweisung nach Artikel 66a oder Artikel 66a<sup>bis</sup> StGB, oder, bei gleichzeitig zu widerrufenden bedingten Sanktionen, einen Freiheitsentzug von mehr als zwei Jahren ausspricht.</p>

#### 3.2.2 Begründung bzgl. Zuständigkeit des Kollegialgerichts

Seit dem 1. Oktober 2016 findet sich die strafrechtliche Landesverweisung wieder im Strafgesetzbuch.<sup>82</sup> Bei entsprechenden Delikten muss das Strafgericht eine ausländische Person für 5-15 Jahre<sup>83</sup>, resp. kann es ausländische Personen für 3-15 Jahre<sup>84</sup> des Landes verweisen.<sup>85</sup>

Zielsetzung von Art. 19 Abs. 2 lit. b ist, bei entsprechend strenger Sanktionsdrohung, eine zu grosse Macht- und Verantwortungskonzentration auf Einzelrichter zu verhindern. So wurden bereits in der Vernehmlassung zum Vorentwurf der Schweizerischen StPO hinsichtlich einer zu weitgehenden einzelgerichtlichen Zuständigkeit mehrheitlich rechtsstaatliche Bedenken geäussert, mit dem Resultat,

<sup>82</sup> Vgl. zur altrechtlichen Landesverweisung Art. 55 aStGB.

<sup>83</sup> Bei der obligatorischen Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB.

<sup>84</sup> Bei der fakultativen Landesverweisung gemäss Art. 66a<sup>bis</sup> StGB.

<sup>85</sup> Gemäss Art. 66b Abs. 2 StGB ist sogar eine Landesverweisung auf Lebenszeit möglich.

dass die maximale Strafkompetenz des Einzelgerichts von 3 Jahren Freiheitsstrafe auf eine Obergrenze von 2 Jahren Freiheitsstrafe beschränkt wurde.<sup>86</sup>

Die Landesverweisung bringt für die beschuldigte Person einen empfindlichen Einschnitt in Rechtsstellung und Lebensverhältnisse mit sich. Sie führt zum Erlöschen bestehender ausländerrechtlicher Bewilligungen resp. zu einem Ausschlussgrund für die Erteilung oder Verlängerung von solchen.<sup>87</sup> Eine Person, deren gültiger Aufenthaltstitel widerrufen bzw. nicht verlängert wird, verliert unter Umständen ihre Arbeit und ihre sozialen- und familiären Kontakte in der Schweiz und muss in ein ihr zwischenzeitlich fremd gewordenes Herkunftsland zurückkehren.<sup>88</sup> Auch Grenzgänger oder sog. "Kriminaltouristen"<sup>89</sup> ohne Aufenthaltstitel in der Schweiz können von einer Landesverweisung erheblich in ihren Rechten betroffen sein, zumal diese Betroffenheit sowieso immer der gerichtlichen *Überprüfung im Einzelfalle* bedarf. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht des vorangehend ausgeführten Zwecks einer kollegialgerichtlichen Zuständigkeit erschiene es deshalb als unsachgemäß, die drohende Landesverweisung anders zu behandeln, als dies z.B. bei einer drohenden Strafsanktion von über 2 Jahren Freiheitstrafe der Fall ist. Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 2 lit. b VE-StPO sollte deshalb auch im Falle der drohenden Landesverweisung gem. Art. 66a und Art. 66a<sup>bis</sup> StGB das Kollegialgericht *zwingend zuständig* sein.

Weiter sei darauf hingewiesen, dass dies nicht zur zwingenden Zuständigkeit des Kollegialgerichts in allen Fällen mit beschuldigten Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit, denen die Begehung eines Verbrechens und Vergehen vorgeworfen wird, führen würde.<sup>90</sup> Denn es läge jeweils an der Staatsanwaltschaft, die Anklage mit den beantragten Sanktionen (wozu die Landesverweisung gehört) an das *zuständige* Gericht zu richten.<sup>91</sup> Würde eine Landesverweisung beantragt, wäre die Anklage von Vornherein an das Kollegialgericht zu richten. Auch nachher hätte die Verfahrensleitung im Rahmen der Prüfung der Anklage nach Art. 329 ihre Spruchkompetenz zu überprüfen und die Sache gegebenenfalls gem. Art. 334 an das *zuständige* Kollegialgericht zu überweisen.<sup>92</sup> Eine Landesverweisung "droht" demnach – im Einklang mit Art. 130 lit. b – immer dann, wenn von der Staatsanwaltschaft eine solche beantragt wird bzw. ein Grund für eine Landesverweisung erkennbar wird.<sup>93</sup> An das Kriterium der Erkennbarkeit ist bei der Frage nach einer notwendigen Verteidigung keine zu hohen Anforderungen zu stellen.<sup>94</sup> Nichts anderes kann für die Erkennbarkeit einer drohenden Landesverweisung gelten.

### 3.2.3 Begründung bzgl. Begründungspflicht

Nebst der kollegialgerichtlichen Zuständigkeit ist bei *Anordnung* einer Landesverweisung auch eine obligatorische schriftliche Urteilsbegründung zu fordern.<sup>95</sup> Zweck der schriftlichen Urteilsbegründung

<sup>86</sup> BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, 25.

<sup>87</sup> Art. 33 Abs. 3 und Art. 61 ff. AUG (SR 142.20).

<sup>88</sup> PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, L'expulsion selon les art. 66a à 66d du Code pénal suisse, ZStrR 135/2017, 389 ff., 408.

<sup>89</sup> Personen welche über keinen Aufenthaltstitel für die Schweiz verfügen und mit dem vordringlichen Ziel der Deliktsbegehung in die Schweiz einreisen. Die Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG statuierte Fernhalterwirkung betrifft auch sie in ihren Rechten.

<sup>90</sup> Vgl. Art. 66a Abs. 1 und Art. 66a<sup>bis</sup> StGB. Ausgenommen wären Fälle, in denen von Vornherein offensichtlich ein "Härtefall" gem. Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt.

<sup>91</sup> Art. 326 Abs. 1 lit. f und Art. 327 Abs. 1 lit. d.

<sup>92</sup> Dazu BSK StPO II-STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER, Art. 334 N 1 ff. So verhielte es sich im Übrigen z.B. auch im Falle, wo ein Diebstahl nach Art. 139 StGB beim Einzelgericht angeklagt wird und sich dann bei der Hauptverhandlung herausstellt, dass eine Sanktion in Betracht kommt, welche die Kompetenz des Einzelrichters übersteigen würde.

<sup>93</sup> BRUN MARCEL/FABBRI ALBERTO, Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, Recht 2017, 231 ff., 247.

<sup>94</sup> BRUN/FABBRI, (Fn 93), 247 m.H. auf u.a. BSK-StPO II-RUCKSTUHL, Art. 131 N 12.

<sup>95</sup> Auch der erläuternde Bericht, 18 f., geht hinsichtlich der Änderung zu Art. 59 StGB ohne weitere Ausführungen von diesem folgerichtigen Schluss aus.

ist unter anderem, dass die verurteilte Person ein Urteil ab einem gewissen Sanktionsschweregrad, besser nachvollziehen kann. Im Idealfall geht damit auch die bessere Urteilsakzeptanz einher.

Zunächst soll eine schriftliche Urteilsbegründung immer dann zwingend sein, wenn die obligatorische oder die fakultative Landesverweisung<sup>96</sup> angeordnet wird.

Wird die Landesverweisung *nicht angeordnet*, z.B. wegen eines „Härtefalles“ gem. Art. 66a Abs. 2 StGB, ist u.E. *keine schriftliche Begründung* erforderlich. In diesem Kontext ist jedoch auch darauf hinzuweisen, dass die sog. *Bindungswirkung* dieses Strafurteils für die Migrationsbehörden von besonderer praktischer Bedeutung ist: Der Widerruf eines Aufenthaltstitels ist für die Migrationsbehörde ausgeschlossen, wenn vom Strafgericht von einer Landesverweisung abgesehen wurde.<sup>97</sup> Die Migrationsbehörde darf den, dem Strafurteil zugrunde liegenden Sachverhalt nicht zur Begründung einer allfälligen anderen ausländerrechtlichen Massnahme herbeiziehen. Daraus folgt auch, dass die Wahl des Strafbefehlsverfahrens in Fällen, in denen aufgrund der begangenen Straftat eine obligatorische oder fakultative Landesverweisung in Betracht kommt, als *Verzicht* auf die Landesverweisung zu verstehen ist,<sup>98</sup> der für die Migrationsbehörde bindend ist. Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, bzw. die Gefahr eines ungewollten Dualismus<sup>99</sup> zwischen Straf- und Migrationsbehörden zu bannen, wäre anzuregen, dass im *Dispositiv* aller Strafurteile mit beschuldigten Personen ausländischer Staatsangehörigkeit die Landesverweisung immerhin (bejahend oder verneinend) aufgeführt wird. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass im Gegenzug Art. 62 Abs. 2, Art. 63 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 3 AuG dahingehend auszulegen sind, dass die Bindungswirkung sich *nicht* erst aus einer schriftlichen Strafurteilsbegründung ergibt, sondern bereits aus der Nichtanordnung der Landesverweisung trotz Vorliegens einer Straftat gemäss Art. 66a Abs. 1 oder Art. 66a<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> Siehe hierzu die Ausführungen zur gerichtlichen Zuständigkeit bei drohender Landesverweisung, Kapitel 3.2.2.

<sup>97</sup> Widerruf gemäss Art. 62 Abs. 2 AuG und Art. 63 Abs. 3 AuG sowie Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 33 Abs. 3 AuG. Vgl. hierzu BUSSLINGER MARC/UEBERSAX PETER, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/16, 96 ff., 106.

<sup>98</sup> Da eine Landesverweisung im Strafbefehlsverfahren nicht angeordnet werden kann.

<sup>99</sup> Vgl. bereits zum altrechtlich monierten Dualismus KELLER, in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Basel 2003, Art. 55 N 62.

<sup>100</sup> So bereits BUSSLINGER/UEBERSAX (Fn 97), 106, wohl auch MÜNCH GREGOR/DE WECK FANNY, Die neue Landesverweisung in Art. 66a ff. StGB, Anwaltsrevue 2016, 163 ff., 167.

### **3.3 Informationsrechte des Opfers**

#### **3.3.1 Übersicht**

Im erläuternden Bericht relevant: 2.1.9.  
Betrifft: Art. 117 Abs. 1 lit. g VE-StPO

Empfehlung:	Der Änderung ist <i>zuzustimmen</i> , der Wortlaut ist jedoch zu präzisieren.
Hinweise/Vorbehalte:	-
Vorgeschlagene Neuformulierung:	Art. 117 Abs. 1 lit. g VE-StPO: <sup>1</sup> Dem Opfer stehen besondere Rechte zu, namentlich: g. das Recht zu verlangen, <i>dass ihm das Urteilsdispositiv sowie jene Teile der Urteilsbegründung unentgeltlich zugestellt werden</i> , in denen die zum Nachteil des Opfers begangenen Straftaten behandelt werden.

#### **3.3.2 Begründung**

Dem Anliegen, die Informationsrechte für Opfer nach Art. 37 Abs. 2 aOHG<sup>101</sup> in die StPO wiederherzustellen bzw. in die StPO aufzunehmen, wird klarerweise *zugestimmt*. Es ist zu begrüßen, dass künftig auch jene Opfer über die Beendigung des Verfahrens informiert werden, denen keine Parteistellung zukommt. Durch die Formulierung der neuen Bestimmung ("das Gericht") bleibt allerdings unklar, ob dieses Recht auch in jenen Fällen gilt, die im Strafbefehlsverfahren durch die Staatsanwaltschaft beurteilt werden. Eine Klarstellung, wonach das Informationsrecht jedem Opfer – unabhängig von der Art des konkreten Verfahrensabschlusses – zukommt, erschien demnach als sinnvoll.

---

<sup>101</sup> SR 312.5, Version in Kraft bis 01.01.2011.

### 3.4 Notwendige Verteidigung

#### 3.4.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 2.1.13, 2.1.14.  
Betrifft: Art. 130 lit. d und Art. 131 Abs. 2 und Abs. 3 VE-StPO

Empfehlung:	Der Änderung ist <i>zuzustimmen</i> .
Hinweise/Vorbehalte:	-
Vorgeschlagene Neuformulierung:	-

#### 3.4.2 Begründung

Es ist zu begrüßen, dass es sich bei persönlichem Erscheinen der Staatsanwaltschaft vor dem Zwangsmassnahmengericht künftig um einen Fall von notwendiger Verteidigung handeln soll (Art. 130 lit. d). Die beschuldigte Person wird dadurch besser gegen Eingriffe in ihre Freiheit geschützt.<sup>102</sup>

Mittels der Revision von Art. 131 Abs. 2 soll ebenfalls zugunsten der beschuldigten Person und deren Verteidigungsrechte ein Widerspruch im Gesetz beseitigt werden, welcher wohl ohnehin auf einem Versehen gründet und weder beabsichtigt war noch sinnvoll erscheint.<sup>103</sup> Diesem Vorhaben kann im Interesse eines eindeutigen Gesetzeswortlautes nur *zugestimmt* werden. Dadurch kann zudem verhindert werden, dass die Strafverfolgungsbehörde Einvernahmen durchführen, welche sich aufgrund einer nicht bestellten Verteidigung nachträglich als ungültig bzw. künftig als unverwertbar erweisen. Demnach liegt eine Klarstellung der Bestimmung im Interesse aller Verfahrensbeteiligter.

---

<sup>102</sup> Urteil des BGers 1B\_195/2011 vom 28.06.2011, E.3.3.

<sup>103</sup> BSK StPO I-RUCKSTUHL, Art. 131 N 5; Siehe auch BOMMER FELIX, Über notwendige Verteidigung, in: Felix Bommer/Stephen V. Berti (Hrsg.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich, 2011, 105.

### 3.5 Anpassung von Art. 316

#### 3.5.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: - (eigener Änderungsvorschlag)  
Betrifft: Art. 316

Empfehlung:	<p>Die Rücktrittsfiktion in Art. 316 Abs. 1 ist zu streichen.</p> <p>Die Prüfung der Vergleichseignung eines Verfahrens soll zwingend erfolgen. Abs. 1 ist als entsprechend auszustalten, wobei gleichzeitig die Voraussetzungen und die Art und Weise der Durchführung zu präzisieren sind.</p> <p>Es ist die Möglichkeit des Einsatzes einer Mediatorin im Gesetz vorzusehen.</p> <p>Es ist ein Verbot der Protokollierung und ein Verwertungsverbot der Aussagen im Vergleichsverfahren in den Gesetzestext aufzunehmen.</p>
Hinweise/Vorbehalte:	<p>Die Unterscheidung in Art. 316 Abs. 1 und Abs. 2 wird mit der vorgeschlagenen Streichung der Rückzugsfiktion in Abs. 1 hinfällig.</p> <p>Unter Umständen ist bei gescheiterten Vergleichsverhandlungen ein Handwechsel (innerhalb der untersuchenden Staatsanwaltschaft) erforderlich.</p>
Vorgeschlagene Neuformulierung:	<p>Art. 316 (vorgeschlagene neue Fassung):</p> <p><sup>1</sup> <i>Soweit Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens sind oder eine Strafbefreiung wegen Wiedergutmachung nach Artikel 53 StGB in Frage kommt sowie ein Vergleich als möglich, wahrscheinlich und zweckmäßig erscheint, lädt die Staatsanwaltschaft die Parteien mit deren Einverständnis zu einer Verhandlung vor mit dem Ziel, unter ihrer aktiven Beteiligung einen Vergleich zu erzielen.</i></p> <p><sup>2</sup> <i>Die Staatsanwaltschaft kann die Durchführung der Einigungsverhandlung in begründeten Fällen an eine Mediatorin oder einen Mediator delegieren.</i></p> <p><sup>3</sup> <i>Wird eine Einigung erzielt, so ist diese im Protokoll festzuhalten und von den Beteiligten zu unterzeichnen. Die Staatsanwaltschaft stellt alsdann das Verfahren ein.</i></p> <p><sup>4</sup> <i>Bleibt bei einer Verhandlung nach Absatz 1 die beschuldigte oder die antragstellende Person aus oder wird keine Einigung erzielt, so nimmt die Staatsanwaltschaft die Untersuchung unverzüglich an die Hand. Sie kann die antragstellende Person in begründeten Fällen verpflichten, innerhalb von zehn Tagen eine Sicherheit für Kosten und Entschädigungen zu leisten. Aussagen der Parteien im Vergleichsverfahren dürfen weder protokolliert, noch später im Verfahren verwertet werden.</i></p>

### 3.5.2 Begründung

Ziel der hier vorgeschlagenen Revision ist es, Art. 316 in seiner *ratio legis*<sup>104</sup> zu stärken, nämlich eine einvernehmliche Lösungsfindung im Sinne der *Restorative Justice* zu ermöglichen. Art. 316 sollte nicht bloss unter prozessökonomischen Gesichtspunkten angesehen werden.

Es hat sich gezeigt,<sup>105</sup> dass Restorative-Justice Prozesse das Verantwortungsbewusstsein der Täter und deren Einsicht in die Schwere der Tat fördern, was die Rückfallraten verringert. Opfer vermögen im Verlaufe eines dialogisch geführten Einigungsverfahrens Rachegefühle schneller abzubauen und ihr Sicherheitsgefühl eher zurückzugewinnen.<sup>106</sup> Das in der Botschaft erklärte Ziel, durch Art. 316 Ideen der Restorative Justice umzusetzen, ist deshalb zu begrüßen. Die bestehende Formulierung von Art. 316 weist jedoch diesbezüglich in seiner bisherigen Fassung einige Schwächen auf. Insb. durch die harte Rechtsfolge der *Rückzugsfiktion* des Strafantrags bei Nichtigkeiten der antragsstellenden Person zur von der Staatsanwaltschaft eigenmächtig einberufenen Vergleichsverhandlung werden Opfer benachteiligt und Türen für "Missbrauch" der Bestimmung zur reinen Prozessökonomie geöffnet. So wird u.a. ermöglicht, dass Opfer im Wissen um deren Nichtigkeiten zum Vergleichsgespräch eingeladen werden, nur um den Prozess einzustellen.<sup>107</sup> Um die genannten und wünschenswerten Ziele zu erreichen und einen "Missbrauch" der Bestimmung im Sinne einer rein prozessökonomischen Anwendungsweise zu bekämpfen, werden die folgenden Änderungen und Präzisierungen von Art. 316 vorgeschlagen:

#### 3.5.2.1 Art. 316 Abs. 1: Obligatorische Prüfung der Vergleichseignung und Streichung der Rückzugsfiktion

Die Prüfung der Vergleichstauglichkeit eines Verfahrens soll neu obligatorisch sein. Dies soll den Vergleich aufwerten und seine einheitliche Anwendung fördern.<sup>108</sup> Es wird damit ein Mittelweg<sup>109</sup> zwischen der blossen gesetzlichen Möglichkeit des Vergleichs und eines gesetzlichen Vergleichszwangs<sup>110</sup> vorgeschlagen. Damit wird auch dem Verhältnismässigkeits- und ultima ratio-Prinzip des Strafrechts besser entsprochen.

Sind die formellen Voraussetzungen erfüllt (Antragsdelikte bzw. Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB möglich), muss also die *Eignung* zum Vergleich geprüft werden. Eine Einigung muss als mög-

<sup>104</sup> Ziel von Art. 316 ist es, i.S. "einer anderen Konzeption der Justiz" eine für beide Parteien befriedigende Verständigungsgrundlage zu finden, in Fällen, in denen die Ausarbeitung einer eigenen Lösung der Parteien an Stelle einer strafrechtlichen Sanktion als vorteilhaft erscheint, vgl. Botschaft StPO (Fn 47), 1267.

<sup>105</sup> GARTH LUKE/BRONWYN LIND, Reducing Juvenile Crime: Conferencing versus Court, in: NSW Bureau of Crime Statistics (Hrsg.), Crime and Justice Bulletin 69/April 2002, Contemporary Issues in Crime and Justice, Sydney; SHERMAN LAWRENCE/STRANG HEATHER/Woods DANIEL, Recidivism Patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments (RISE), in: Australian National University (Hrsg.), Center for Restorative Justice Research School of Social Science, Canberra, November 2002; AUSTRALIAN GOVERNMENT (Australian Institute of Criminology), South Australia Juvenile Justice (SAJJ) Project on Conferencing, abrufbar unter: <[http://www.aic.gov.au/criminal\\_justice\\_system/rjustice/sajj.html](http://www.aic.gov.au/criminal_justice_system/rjustice/sajj.html)>; PUBLIC SAFETY CANADA, Restorative Justice and recidivism, 03.03.2012, abrufbar: <[http://www.publicsafety.gc.ca/res/cor/sum/cprs200301\\_1-eng.aspx](http://www.publicsafety.gc.ca/res/cor/sum/cprs200301_1-eng.aspx)>; LATIMER JEFF/ DOWDEN CRAIG/MUISE DANIELLE, The effectiveness of restorative practices: meta-analysis, in: Indiana University of Pennsylvania (Hrsg.), The Prison Journal 2 2005/85, Pennsylvania.

<sup>106</sup> LATIMER/DOWDEN/MUISE (Fn 105), 9; DALY KATHLEEN/HAYES HENNESSEY, Restorative Justice and Conferencing, in: Graycar Adam/Grabosky Peter (Hrsg.), Handbook of Australian Criminology, 10 ff.; DALY KATHLEEN/HAYES HENNESSEY, Restorative Justice and Conferencing in Australia, Australian Institute of Criminology trends and issues in crime and criminal justice 2001/186, 5 m.H. auf RISE und SAJJ (s. Fn 105); VAN NESS DANIEL, An overview of restorative justice around the world, Präsentation beim 11th United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, Bangkok, 22 April 2005, 7; LARSEN JACQUELINE JOUDO, Restorative Justice in the Australian criminal justice system, AIC Reports Research and Public Policy Series 2014/127, VI, 22 ff. und 28 m.w.H.

<sup>107</sup> Sei es, dass sie keine Konfrontation wollen oder aus anderen Gründen.

<sup>108</sup> Die Verpflichtung zur Prüfung der Geeignetheit von Vergleichsverhandlungen vor Einleitung eines ordentlichen Prozesses wird zur Förderung solcher Restorative Justice-Methoden allgemein empfohlen und in anderen Ländern bereits so praktiziert.

<sup>109</sup> Vgl. die ähnliche Regelung in Frankreich, Art. 10 CPPF.

<sup>110</sup> Vgl. United Nations Office on Drugs and Crimes, Handbook on Restorative Justice Programs, 52.

*lich, wahrscheinlich und zweckmässig erscheinen.* Dabei muss der massgebende Sachverhalt geklärt und die Parteien vergleichsbereit sein, wobei Vorgespräche zur Sondierung dieser Kriterien i.d.R. notwendig sind.<sup>111</sup> Gegen die Eignung zum Vergleich sprechen unter anderem ein offensichtliches Machtgefälle, akute Gewaltsituationen, offensichtliche psychische Störungen oder fehlende Opferempathie. Die gesetzliche Verankerung und die sorgfältige Prüfung der Vergleichseignung sind wichtig, da ein missglückter und abgebrochener Vergleichsversuch sowohl ein Zeitverlust bedeutet, als auch Kosten generiert und zu einer zweiten Viktimisierung führen kann.

Die Staatsanwaltschaft soll dann die Parteien über die Möglichkeit eines Vergleichs informieren und eine Durchführung empfehlen, ohne dabei Druck auszuüben. Dazu gehört eine Information über die rechtlichen Konsequenzen einer Teilnahme (mit oder ohne Vergleichsabschluss).<sup>112</sup> Jedoch muss die Teilnahme letztlich immer *freiwillig* sein.<sup>113</sup> Ein Vergleich macht nur dann Sinn, wenn die Parteien ein Minimum an Vergleichsbereitschaft mitbringen. Ansonsten kann und soll sich der Staat den Aufwand sparen. Auch die erforderliche *aktive Beteiligung* der Parteien an der Lösungsfindung als Grundbestandteil von Restorative Justice-Prozessen sollte ausdrücklich im Gesetz festgehalten werden.<sup>114</sup>

Die Rechtsfolge der *Rückzugsfiktion* des Strafantrags beim Ausbleiben des Opfers wurde in der Literatur zu Recht heftig kritisiert.<sup>115</sup> Nach der hier vertretenen Meinung führt diese Regelung selbst in der von der Literatur und Botschaft vorgeschlagenen abgeschwächten Form ("unentschuldigtes Fernbleiben") sowie auch mit ausdrücklich erfolgtem Hinweis auf die Rechtsfolgen des Nichterscheinens zu unbefriedigenden und unangemessenen Folgen. So gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung mangelndes Interesse nicht als Entschuldigungsgrund. Die antragsstellende Person soll also erscheinen, selbst wenn sie gar nicht verhandeln will.<sup>116</sup> Dass der geschädigten Person und insbesondere dem Opfer kein Weigerungsrecht zukommt, führt hier ausserdem ebenso zu einer Ungleichbehandlung von Beschuldigtem und Opfer wie bei den mit dem vorliegenden Vorschlag aufzuhebenden Art. 355 Abs. 2 und Abs. 4. Es erscheint daher als sinnvoll, die *Rückzugsfiktion* bei Art. 316 Abs. 1 ebenfalls zu *streichen*.

### 3.5.2.2 Art. 316 Abs. 1 und Abs. 2 vereinigen

Das Verhältnis zwischen den momentanen Abs. 1 und Abs. 2 von Art. 316 (i.V.m. Art. 53 StGB) ist nach wie vor unklar.<sup>117</sup> Ob die Aufteilung von möglichen Vergleichsgesprächen in zwei Tatbestände sinnvoll ist, bedürfte einer vertieften Analyse. Die Unterscheidung bereitet in der Praxis jedoch oft Schwierigkeiten. Insb. stellt sich die Frage, ob gem. geltendem Recht für die Anwendung von Art. 53 StGB (ohne Art. 316 Abs. 2) überhaupt noch Raum ist oder ob Art. 53 StGB lediglich "materielle" Voraussetzung für die Anwendung von Art. 316 Abs. 2 ist. Weiter bleibt unklar, weshalb in Abs. 2 im Unterschied zu Abs. 1 die Formulierung "eine Wiedergutmachung zu erzielen" gewählt wurde. Es finden sich hierzu weder in der Botschaft noch in Literatur oder Rechtsprechung Erklärungen. Durch

<sup>111</sup> Allfällige Sondierungsgespräche sind zur Vermeidung einer zweiten Viktimisierung zuerst mit dem Täter zu führen, vgl. ZANOLINI VEIO/ZANOLINI VEIO SEN., Der Friedensrichter als Wegbereiter der Mediation in Erwachsenenstrafsachen, ZStrR 129/2011, 79 ff., 86; ZANOLINI VEIO, Erste Erkenntnisse zur Mediation im Jugend- und Erwachsenenstrafrecht, ZStrR 125/2007, 395 ff., 404 und 408 f.). Vgl. auch Resolution 2002/12 des Wirtschafts- und Sozialrats der Vereinten Nationen, E/2002/99, Grundprinzipien für den Einsatz von Programmen der ausgleichsorientierten Justiz in Strafsachen, Nr. 6 ff.

<sup>112</sup> Vgl. UNO-Resolution (Fn 111), Nr. 13 lit. b und c.

<sup>113</sup> Vgl. UNO-Resolution (Fn 111), Nr. 7.

<sup>114</sup> Die aktive Beteiligung der Parteien an der Lösungsfindung gilt als wichtige Voraussetzung für den gewünschten Verarbeitungsprozess sowohl beim Täter als auch bei der antragsstellenden Person.

<sup>115</sup> SCHWAIBOLD MATTHIAS, „Bad law makes hard cases“, FP 1/2015, 37 ff., 39; BSK StPO II-RIEDO, Art. 316 N 10.

<sup>116</sup> BGE 140 IV 118, zit. und kritisiert von Schwaibold, in: SCHWAIBOLD, (Fn 115), 37 ff.

<sup>117</sup> Sowohl in der bestehenden Fassung, als auch im Verhältnis zur vormals gültigen Fassung von Art. 53 aStGB, vgl. dazu GARBARSKI ANDREW/RUTSCHMANN JONATHAN, La réparation de l'art. 53 du Code pénal: justice de cabinet ou disposition provisoire?, RPS 134/2016, 171 ff.; JACCOTTET TISSOT CATHERINE/KAPFERER NILS/MONA MARCO, Pour une justice restaurative en Suisse, AJP 2016, 1176 ff.

diese Formulierungen erscheint Art. 316 in sich widersprüchlich, bildet doch das Erbringen einer Wiedergutmachung oder zumindest die Bemühungen hierzu gerade Voraussetzung für die Anwendung von Abs. 2 (vgl. Art. 53 StGB). Letztlich kann es auch in diesem Anwendungsfall nur darum gehen, beim Bestehen bestimmter Voraussetzungen zusammen mit dem Opfer und dem Täter Vergleichsgespräche zu führen. Es wird deshalb vorliegend vorgeschlagen, *Abs. 1 und Abs. 2 zu vereinigen*, zumal mit der vorgeschlagenen Streichung der Rückzugsfiktion in Abs. 1 kein inhaltlicher Unterschied mehr zwischen diesen beiden Absätzen besteht. Sollte Abs. 2 als separater Anwendungsfall für Vergleichsgespräche weiter bestehen bleiben, so sind die für Abs. 1 vorgeschlagenen Änderungen mit dem Ziel einer effizienteren Umsetzung im Sinne der Restorative Justice jedenfalls auch für Abs. 2 zu übernehmen. So sollen auch nach Abs. 2 Vergleichsgespräche nur beim Einverständnis beider Parteien stattfinden und auch dann sollen die Parteien aktiv in die Lösungssuche einbezogen werden.

### 3.5.2.3 Neuer Art. 316 Abs. 2: Einsatz einer Mediatorin oder eines Mediators

Aus Gründen der Prozessökonomie und der Öffentlichkeit und Transparenz der Justiz<sup>118</sup> sollte die Durchführung der Einigungsverhandlung durch die Verfahrensleitung die Regel bleiben. Bei einer idealtypischen Mediation sollen sich die Beteiligten moralisch auf derselben Ebene begegnen und gemeinsam Verantwortung für das Geschehene übernehmen. Dies dürfte in den meisten Strafverfahren nicht möglich sein, da diese oft ein gewisses Machtgefälle zwischen Täter und Opfer aufweisen. Zudem wurde mit dem Strafverfahren (Anzeigedelikte) schon eine gewisse Eskalationsstufe des Konflikts erreicht, was eine überpersonelle und öffentliche Dimension der Straftat nach sich zieht. Aus diesen Gründen erscheint die Durchführung der Einigungsverhandlung durch eine staatliche Autoritätsperson in der Regel als zweckmäßig. In begründeten Einzelfällen ist jedoch die ausnahmsweise Einsetzung eines Mediators oder einer Mediatorin unter Umständen die sachlich bessere Lösung, weshalb diese Möglichkeit auch im Gesetz – in einem neuen Abs. 2<sup>ter</sup> – festgehalten werden sollte.

### 3.5.2.4 Ergänzung Art. 316 Abs. 4: Vertraulichkeit der Vergleichsverhandlungen

Das Prinzip der Vertraulichkeit der Gespräche ist ein weiterer anerkannter und wichtiger Faktor für den Erfolg von Restorative Justice-Methoden. Die Formulierung ist an anderen Orten in Bezug auf informelle Gespräche während eines Verfahrens üblich (vgl. Art. 362 Abs. 4 oder Art. 205 Abs. 2 ZPO<sup>119</sup>). Es sollten deshalb in Abs. 4 (der den Fall der gescheiterten Vergleichsverhandlung betrifft) von Art. 316 ausdrücklich das *Verbot der Protokollierung* und die *Unverwertbarkeit* von allfälligen Erkenntnissen aus dem Vergleichsverfahren im späteren Strafverfahren verankert werden.

---

<sup>118</sup> DOMENIG CLAUDIO, Behördeninterne Mediation im strafrechtlichen Kontext, in: *perspektive mediation* 2011/3, 141 ff.  
<sup>119</sup> SR 272.

#### **4. Mitarbeitende Autoren**

**Pius Erni**

MLaw

pius.erni@krim.unibe.ch

**Beatrice Freuler**

MLaw

beatrice.freuler@bluewin.ch

**Christopher Geth**

Prof. Dr.

Assistenzprofessor für Strafrecht

christopher.geth@krim.unibe.ch

**Simon Huwiler**

MLaw

simon.huwiler@krim.unibe.ch

**Nicolas Leu**

MLaw

nicolas.leu@krim.unibe.ch

**Marco Mignoli**

MLaw, RA

marco.mignoli@krim.unibe.ch

**Jann Schaub**

Dr. iur, RA, LL.M.

jann.schaub@krim.unibe.ch

**Nora Scheidegger**

Dr. iur.

nora.scheidegger@krim.unibe.ch

**Jonas Weber**

Prof. Dr., RA, LL.M.

Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie

jonas.weber@krim.unibe.ch



Le 7 mars 2018

**OBSERVATIONS  
DU DEPARTEMENT DE DROIT PENAL DE LA FACULTE DE DROIT DE  
L'UNIVERSITE DE GENEVE  
RELATIVEMENT A L'AVANT-PROJET DE MODIFICATIONS DU CODE DE  
PROCEDURE PENAL MIS EN CONSULTATION PAR LE CONSEIL FEDERAL EN  
DECEMBRE 2017**

---

**Première partie – Commentaires article par article**

**Article 19 CPP**

La proposition du Conseil fédéral doit être approuvée. Il est exact que la question de savoir si une mesure thérapeutique institutionnelle au sens de l'art. 59 CP doit être ou non exécutée dans un établissement fermé au sens de l'art. 59 al. 3 CP relève en principe de la compétence de l'Autorité d'exécution (ATF 142 IV 1).

Dans tous les cas, compte tenu du caractère particulièrement incisif de la mesure de l'art. 59 CP dont on rappelle qu'elle peut, potentiellement, se prolonger de manière indéterminée (art. 59 al. 4 CP), il convient d'approuver l'exigence d'un tribunal collégial pour statuer sur une telle mesure.

**Article 40 CPP**

Cette modification tendant à uniformiser la garantie du principe de la double instance précédent le Tribunal fédéral (art. 80 al. 2 LTF) ne peut qu'être saluée.

**Articles 55 et 55a CPP**

L'adjonction de l'art. 55a CPP n'appelle pas de commentaire particulier.

En revanche, il conviendrait également de modifier l'art. 55 al. 4 CPP, dont le Tribunal fédéral a dû fortement limiter la teneur en interprétant cette disposition à la lumière des art. 106 al. 3 EIMP et 80 al. 2 LTF (ATF 142 IV 170). En d'autres termes, dans le domaine de l'exéquatur, contrairement à ce qu'indique l'art. 55 al. 4 CPP, la décision est rendue sous la forme d'un jugement motivé, sujet à appel et non à recours. Il faudrait donc, à tout le moins, compléter l'art. 55 al. 4 CPP en conséquence de ce qui précède, à défaut de quoi la disposition est trompeuse.

### **Article 59 CPP**

S'agissant toujours de garantie le principe du double degré d'instance précédent le Tribunal fédéral, cette modification doit être approuvée.

En revanche, dans le domaine de la récusation, il est indispensable que l'art. 60 al. 1 CPP soit uniformisé dans les trois versions linguistiques. En effet, le texte français de cette disposition prescrit que la demande d'annulation des actes de procédure accomplis par une personne récusée soit formulée dans les cinq jours « *après qu'elle a eu connaissance du motif de la récusation* », alors même que le texte allemand et italien précise que ce délai court non pas depuis la connaissance du motif de récusation, mais depuis la connaissance de la décision de récusation. La situation est pour le moins confuse, dans la mesure où le message du Conseil fédéral (FF 2006 1127) contredit clairement la version française du texte, en consacrant comme *dies a quo* du délai de 5 jours, la connaissance de la décision de récusation, alors même, à l'inverse, que dans le domaine voisin de la procédure civile (art. 51 al. 1 CPC) et du recours au Tribunal fédéral (art. 38 al. 1 LTF), c'est l'équivalent de la version française, soit la connaissance du motif de récusation, qui fait courir ce délai. Il est donc indispensable que la loi soit modifiée afin de clarifier cette incertitude.

### **Articles 78 et 78a CPP**

La modification suggérée peut être soutenue.

En revanche, l'art. 78a al. 1 let. a CPP doit être modifié en ce sens que cette norme ne doit pas être potestative mais impérative. En effet, comme le rappelle d'ailleurs l'art. 76 al. 4 dernière phrase CPP, l'établissement d'un procès-verbal, en plus de l'enregistrement est une obligation.

### **Article 80 CPP**

Dont acte.

## **Article 82 CPP**

Cette modification est cohérente au regard de ce qui a été exposé relativement à la modification de l'art. 19 CPP.

## **Article 88 CPP**

Comme le souligne le rapport explicatif, cette disposition a pratiquement fait l'unanimité contre elle dans la doctrine. Le Tribunal fédéral a également adopté une approche critique et restrictive de cette disposition (par exemple TF 6B\_4221/2016 ; TF 6B\_1117/2015 ; TF 6B\_771/2014). Un tel mode de notification est certainement contraire à la garantie du droit d'accès à un tribunal impartial et indépendant au sens de l'art. 6 § 1 CEDH.

Il faut donc saluer la suppression de l'ordonnance pénale dans l'énumération de l'art. 88 al. 4 CPP.

Le maintien de l'ordonnance de classement ne pose pas les mêmes difficultés, dans la mesure où il n'est pas question d'une décision de condamnation.

## **Article 117 CPP**

Cette modification n'appelle pas d'objection particulière.

## **Article 123 CPP**

La volonté d'anticiper le moment à partir duquel la partie plaignante doit chiffrer, motiver et justifier ses conclusions civiles doit, sur le principe, être saluée. Elle permettra notamment d'assurer un meilleur respect de l'égalité des armes et du droit d'être entendu du prévenu, défenseur à l'action civile adhésive.

En revanche, le moment choisi, soit la clôture de l'instruction n'apparaît pas adéquat. En effet, il arrive souvent que de nombreux mois s'écoulent entre la clôture de l'instruction et la tenue de l'audience de jugement devant le Tribunal. Or, singulièrement lorsqu'il est question de préjudice de nature corporelle, le préjudice est susceptible d'évoluer durant ce laps de temps. Dès lors, figer l'action civile à la clôture de l'instruction n'apparaît pas adéquat.

Un compromis pourrait être trouvé en prévoyant, par exemple, que les conclusions civiles doivent être présentées dans un délai, par exemple de dix jours, qui précède la tenue de l'audience de jugement. Cela permettrait ainsi aux parties de disposer d'un laps de temps suffisant pour se préparer, tout en ne figeant pas le débat à la situation qui prévaut de nombreux mois avant l'audience de jugement.

### **Article 125 CPP**

Cette modification doit être approuvée en tant qu'elle assure le respect du principe du double degré d'instance avant le Tribunal fédéral.

### **Article 126 CPP**

Cette modification est cohérente au regard de la volonté du Conseil fédéral de permettre au Ministère Public de statuer sur les conclusions civiles. Ce principe sera toutefois débattu dans les commentaires relatifs aux art. 353 et 354 CPP.

### **Article 130 CPP**

Cette modification doit être approuvée en tant qu'elle est garante du respect du principe de l'égalité des armes dans l'optique du prévenu.

### **Article 131 CPP**

La détermination à partir de laquelle la défense obligatoire doit être mise en œuvre est cohérente avec la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf notamment TF 6B\_883/2013).

Enfin, la modification des textes allemand et italien de l'art. 131 al. 3 CPP doit être approuvée en tant qu'elle rectifie une incohérence existante dans la version actuelle et tranche en faveur d'une in exploitabilité au sens de l'art. 141 al. 1 CPP.

### **Article 133 CPP**

Cette modification doit être saluée, s'agissant d'un point ayant suscité passablement de critiques. En effet, la faculté conférée au Ministère public, aux compétences très larges tout au long de la procédure préliminaire, de désigner l'avocat qui défendra le prévenu peut susciter un certain nombre d'interrogations. D'ailleurs, comme le

souligne le rapport explicatif (p. 20), la pratique de nombreux cantons a pour conséquence que ce sont des services rattachés au Ministère public qui procèdent aux désignations d'office, et non les Procureurs en charge des procédures. Il convient donc de rattacher la loi à la pratique, tout en sauvegardant l'indépendance du défenseur d'office.

On peut se demander dans quelle mesure il ne serait pas opportun que le droit fédéral désigne lui-même l'autorité compétente plutôt que de ne mentionner qu'un « organe indépendant ». Le Tribunal des mesures de contrainte pourrait apparaître comme étant adéquat dans ce contexte.

En revanche, l'avant-projet du Conseil fédéral ne va pas jusqu'au bout du chemin puisqu'il ne modifie pas l'art. 135 al. 2 CPP, qui confie, au stade de la procédure préliminaire, au Ministère Public le soin de fixer la rémunération du défenseur d'office. Pour les mêmes raisons que celles qui rendent critiquables la désignation du défenseur par le Ministère public, il conviendrait que la rémunération de ce dernier soit également confiée à une autorité indépendante.

### **Article 135 CPP**

Le complément à l'art. 135 al. 1 CPP est tout à fait adéquat. Il n'y a en effet aucune raison objective que l'Etat n'assume les frais de défense du prévenu, en cas d'acquittement ou de classement, qu'à un tarif réduit en cas de défense d'office, alors même que dans une situation rigoureusement identique, mais hors défense d'office, l'Etat doit assumer une indemnisation complète au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP. Cette modification doit donc être saluée.

De la même manière, la modification de l'art. 135 al. 3 CPP apporte une clarification bienvenue s'agissant des voies de recours qui, dans la teneur actuelle, sont pratiquement devenues illisibles, à tout le moins d'une complexité injustifiable.

### **Article 136 CPP**

Cette modification permet effectivement à la loi de s'accorder avec un droit que le Tribunal fédéral a déduit directement de l'art. 29 al. 3 Cst. (outre l'arrêt cité dans le rapport explicatif p. 22 n. 29, voir également l'arrêt TF 1B\_341/2013).

### **Article 141 CPP**

Cette modification apparaît cohérente, la limitation de l'application du régime des preuves dérivée au seul cas de l'art. 141 al. 2 CPP ne trouvant effectivement aucune justification.

### **Article 144 CPP**

Dont acte.

### **Article 147 CPP**

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

On saluera l'introduction de l'al. 3 let. b qui permet de mieux cadrer les conséquences de procédures artificiellement scindées, en violation du principe de l'unité de la procédure garantie par l'art. 29 CPP. Le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts qui ont mis en exergue des pratiques douteuses dans ce contexte (cf. par exemple TF 1B\_187/2015 ; TF 1B\_124/2016 ; TF 1B\_11/2016).

### **Article 147a CPP**

Cette disposition soit être critiquée. On a le sentiment que le projet retire d'une main ce qu'il octroie de l'autre (cf. *supra ad art. 147 CPP*).

Par ailleurs, cette disposition légale n'apparaît pas nécessaire dans la mesure où une restriction du droit de participer aux actes d'instructions peut d'ores et déjà être consacrée sur la base de l'art. 108 CPP.

En revanche, la manière dont l'art. 147a al. 1 CPP est rédigé a pour conséquence d'abaisser le niveau d'exigence requis par l'art. 108 CPP. Par ce biais, il y aurait un net assouplissement des conditions posées à la restriction du débat contradictoire. En effet, l'art. 147a al. 1 CPP est rédigé de telle sorte que l'autorité peut en faire un usage extrêmement large, la crainte de ce qu'un prévenu adapte ses déclarations à celles d'une autre personne, étant quasiment inhérente à toute audition. Il convient donc d'en rester aux conditions rigoureuses de l'art. 108 CPP qui suppose la démonstration d'une crainte qu'une partie abuse de ses droits, cette crainte devant être étayée par des soupçons concrets.

### **Article 150 CPP**

Cette modification peut être approuvée puisqu'elle va dans le sens de la garantie du principe du double degré d'instance.

### **Article 154 CPP**

Dont acte.

### **Article 170 CPP**

Cette modification correspond effectivement à la jurisprudence du Tribunal fédéral. En revanche, on peut se demander si elle ne se montre pas particulièrement formaliste en exigeant une habilitation par écrit de l'autorité à laquelle elle est soumise, alors même que le Tribunal fédéral retient, de manière générale, il n'y a pas de secret de fonction entre la police, le Ministère Public et les tribunaux qui s'occupent d'une même affaire (ATF 140 IV 177 c. 3.3).

### **Article 186 CPP**

Cette modification doit être approuvée en tant qu'elle garantit le principe du double degré d'instance.

### **Article 210 CPP**

Dont acte.

### **Article 221 CPP**

La modification de la lettre c peut être approuvée.

En revanche, il faut regretter que l'avant-projet du Conseil fédéral ne tende pas à l'abrogation de l'art. 221 al. 2 CPP, qui constitue une sorte de « corps étranger ». En effet, la mise en détention provisoire d'une personne qui n'a encore commis aucune infraction n'est pas soumise au CPP en dehors de l'éventualité d'un cautionnement préventif au sens de l'art. 66 CP. D'ailleurs, cette disposition viole également la condition générale de l'art. 197 al. 1 let. b CPP propre à toute mesure de contrainte,

laquelle veut que celle-ci ne puisse être mise en œuvre que face à quelqu'un sur lequel repose le soupçon d'avoir commis une infraction.

### **Article 222 CPP**

Le Conseil fédéral fait le choix de reprendre la teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral en ouvrant formellement une voie de recours au Ministère public.

D'un point de vue de la technique législative, on peut s'interroger sur l'opportunité de la démarche. En effet dans la mesure où l'art. 393 al. 1 let. c CPP serait réformé en ce sens que toutes les décisions prises par le Tribunal des mesures de contrainte peuvent faire l'objet d'un recours, l'art. 222 CPP devient inutile.

### **Article 228a CPP**

Cette disposition codifie simplement la jurisprudence du Tribunal fédéral.

### **Article 230 CPP**

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

### **Articles 231 et 233 CPP**

Le système mis en place ici n'apparaît pas cohérent, ce d'autant que le Conseil fédéral cherche, dans son avant-projet, à garantir de manière plus efficace le principe du double degré d'instance.

Il est judicieux que l'on cherche à éviter le cumul des fonctions de juge du fond et de juge de la détention, notamment lorsque la procédure est pendante devant la juridiction d'appel. En revanche, le choix de conférer cette compétence à l'autorité de recours, respectivement à la direction de sa procédure, n'est pas cohérent au regard de ce qui précède.

Le système gagnerait en lisibilité, en indépendance et en respect du principe du double degré d'instance en maintenant la compétence du Tribunal des mesures de contrainte, puis de l'autorité de recours, à toutes les étapes de la procédure, y compris lorsque celle-ci se trouve pendante devant la juridiction d'appel.

## **Article 236 CPP**

Dont acte.

## **Article 248 CPP**

La modification de l'al. 1 codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il est toutefois erroné d'y mentionner le séquestration de documents, d'enregistrements ou d'autres objets, car cette mesure ne peut être ordonnée qu'après la levée des scellés et la désormais possible perquisition des documents et enregistrements (TF 1B\_394/2017 c. 2.3, destiné à la publication). La mention d'une perquisition de documents etc. ou d'un séquestration déjà effectués est également incongrue car le procureur aura alors nécessairement pris connaissance d'éventuels secrets, de sorte que l'intervention du Tribunal des mesures de contrainte n'a plus aucun sens ; il appartiendra ici simplement au procureur d'écartier du dossier les pièces inexploitables selon l'art. 264 al. 1 CPP. En conséquence, il faut par exemple indiquer : "... qu'il a connaissance d'une perquisition visant des documents, des enregistrements ou d'autres objets...".

Il faut saluer la modification de l'al. 3 let. a en ce sens que le Tribunal des mesures de contrainte est généralement compétent pour statuer à toutes les étapes de la procédure. En revanche, le rapport explicatif n'est pas convaincant sur la raison d'être de l'al. 3 let. b. La solution la plus simple et la plus juste consiste à ce que, à n'importe quel stade de la procédure, ce soit le Tribunal des mesures de contrainte qui assure ce tri, suivi, le cas échéant, d'un recours.

## **Article 251a CPP**

Cette modification qui, certes, abaisse le niveau de contrôle de cette mesure de contrainte, peut se justifier compte tenu du fait qu'il n'en découle qu'une atteinte modérée à l'intégrité corporelle.

En revanche, on comprend mal la portée de l'al. 2 proposé. Si la police a la compétence par elle-même d'ordonner des mesures de contrainte, la simple obligation « *d'avertir le Ministère Public d'une opposition* » n'a aucune portée en soi.

## **Article 268 CPP**

S'il est assurément opportun de rapatrier dans le CPP le séquestration en garantie de la créance compensatrice (actuel art. 71 al. 3 phr. 1 CPP), la nouvelle disposition doit figurer à l'art. 263 al. 1 CPP (ajonction des créances compensatrices à l'actuelle let.

b ou nouvelle let. e). L'art. 268 al. 1 CPP n'est pas le bon emplacement, car cette disposition concerne exclusivement le patrimoine du prévenu. Or le séquestre en garantie de la créance compensatrice, comme cette dernière elle-même (art. 71 al. 1 *in fine* CP), doit aussi pouvoir être prononcé contre un tiers.

Dans un nouvel art. 268 al. 1*bis* CPP, on pourra mentionner que le patrimoine du prévenu ou d'un tiers pourra être séquestré dans la mesure qui paraît nécessaire pour couvrir une créance compensatrice. De ce fait, le respect du minimum vital (art. 268 al. 3 CPP) sera étendu au séquestre en garantie de la créance compensatrice, comme le prescrit la jurisprudence fédérale (ATF 141 IV 360 c. 3.2).

La reprise à l'art. 268 al. 4 CPP de l'actuel art. 71 al. 3 phr. 2 CPP, dont la protection est ainsi étendue aux deux séquestrés déjà visés par l'art. 268 CPP, est opportune.

### **Article 269 à 286 CPP**

Dont acte.

### **Article 301 CPP**

Dont acte.

### **Article 303a CPP**

Cette disposition, respectivement la motivation figurant dans le rapport explicatif n'apparaît pas convaincant.

Le Conseil fédéral expose que des sûretés peuvent être exigées en couverture des éventuels frais et indemnités lorsque les motifs prépondérants qui animent la partie plaignante sont la revanche. Or, cette disposition n'est pas cohérente avec les art. 427 al. 2 et 432 al. 2 CPP qui ne permettent de mettre les frais, respectivement les indemnités à la charge de la partie plaignante, s'agissant de l'action pénale, que si celle-ci, dans le cadre d'une infraction poursuivie sur plainte, a agi de manière téméraire ou a entravé le bon déroulement de la procédure par une négligence grave.

Le dépôt de sûretés ne peut tendre qu'à garantir le paiement des frais et indemnités lorsque les conditions précitées sont réunies. Or, savoir si la partie plaignante agit de manière téméraire ou entrave le déroulement de la procédure ne peut que très difficilement être déterminé avant que la procédure n'ait été à tout le moins

instruite. Par ailleurs, le simple désir de revanche qui animerait le plaignant, tel qu'évoqué par le rapport explicatif, ne suffit certainement pas à permettre que la partie plaignante soit condamnée aux frais de la procédure, respectivement au paiement d'indemnités.

Si cette disposition devait être maintenue, elle doit alors faire un lien, en ce sens que des sûretés ne peuvent être exigées que si et dans la mesure où, dans un examen a priori, les conditions des art. 427 al. 2 et 432 al 2 CPP sont susceptibles d'être réunies.

### **Article 316 CPP**

Cette modification du texte français apparaît cohérente au regard de la jurisprudence publiée (ATF 140 IV 118).

Il faut en revanche souligner ici et le regretter, que la question de la médiation pénale ne soit pas remise en discussion. La médiation est un mode alternatif de règlement des conflits qui connaît de nombreux développements et des résultats souvent beaucoup plus satisfaisants que le constat ou non d'une culpabilité. Le canton de Genève a d'ailleurs introduit à l'art. 34A LaCP la faculté d'engager une médiation en lieu et place de la conciliation.

Il convient donc de dire ici que le Conseil fédéral doit examiner, dans le cadre du projet qui sera élaboré à la suite de la présente consultation, introduire une disposition sur la médiation pénale qui ne présente aucun inconvénient et, au contraire, peut apporter des solutions complémentaires, intelligentes et constructives.

### **Article 318 CPP**

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

### **Article 342 CPP**

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

## **Article 352 CPP**

La limite introduite à 120 jours amende, respectivement 4 mois de peine privative de liberté lorsqu'une victime est partie à la procédure n'est pas convaincante. On ne voit pas en quoi une victime serait mieux protégée par une telle restriction, ce d'autant plus que de manière tout à fait générale – et l'art. 382 al. 2 CPP le rappelle – la partie plaignante, simple lésé ou victime, n'a aucun intérêt juridique à faire valoir en matière de sanction. Cette limite doit donc purement et simplement écartée.

## **Article 352a CPP**

La réforme suggérée ici doit être saluée. Alors même que la procédure de l'ordonnance pénale est restrictive des droits de la défense, le fait qu'elle puisse être rendue dans des hypothèses où le prévenu n'a jamais été entendu par le Ministère public doit être salué.

## **Articles 353 et 354 CPP**

L'hypothèse de permettre au Ministère public de statuer sur des prétentions civiles ne faisant pas l'objet d'un accord, par le biais d'une ordonnance pénale risque, certes, de compliquer passablement la tâche des procureurs. Toutefois, il faut admettre qu'il est dans l'intérêt du justiciable que les aspects civils puissent être tranchés rapidement, y compris par le biais d'une ordonnance pénale.

En revanche, l'avant-projet ne dit rien de l'hypothèse d'une opposition qui ne porterait que sur les prétentions civiles.

S'il est judicieux, comme le fait l'art. 354 al. 1 let. *abis* CPP, de conférer la qualité pour s'opposer à la partie plaignante, il faudrait sans doute clarifier, par le biais de l'art. 356 al. 6 CPP, qu'une opposition qui ne porterait que sur les conclusions civiles doit être traitée selon la procédure spécifique, soit par le Tribunal en procédure écrite. Il serait sans doute également nécessaire, pour éviter une remise en question complète de l'ordonnance pénale et dans un souci d'économie de procédure, de prévoir que l'opposition peut ne porter que sur les conclusions civiles et que dans ce cas elle est soumise à la procédure spécifique de l'art. 356 al. 6 CPP.

S'agissant de l'art. 354 al. *1bis* CPP, celui-ci est redondant avec l'art. 382 al. 2 CPP. Il répète toutefois une approximation en ce sens que l'exclusion de la qualité pour recourir, respectivement s'opposer, de la partie plaignante ne porte pas sur l'ensemble des sanctions, la jurisprudence reconnaissant à celle-ci un intérêt

juridique, notamment en matière de confiscation/créance compensatrice/allocations au lésé.

### **Articles 355 et 356 CPP**

L'abrogation des art. 355 al. 2 et 356 al. 4 CPP est à saluer. Elle est cohérente avec la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, en de multiples occasions, a souligné le caractère très discutable de ce système au regard des garanties du procès équitable (notamment ATF 140 IV 82 ; ATF 140 IV 86).

### **Article 364 CPP**

Cette modification peut être approuvée, mais doit être complétée par l'indication que le tribunal statue sous la forme d'un jugement au sens de l'art. 80 al. 1 phr. 1 CPP.

### **Articles 364a et 364b CPP**

Ces modifications doivent aussi être approuvées, la situation actuelle étant plus que délicate sous l'angle de la légalité.

### **Article 365 CPP**

L'ouverture de l'appel est adéquate dans son principe, le Tribunal fédéral ayant eu l'occasion, récemment encore, de dire que la procédure de l'actuel recours devait, en pratique, la plupart du temps, se dérouler de la même manière que le serait un appel (ATF 143 IV 151).

L'adjonction proposée est toutefois inutile s'il est indiqué à l'art. 364 al. 5 CPP (voir *supra*) que le tribunal statue sous la forme d'un jugement au sens de l'art. 80 al. 1 phr. 1 CPP : l'ouverture de l'appel découle alors normalement de l'art. 398 al. 1 CPP (dans sa teneur actuelle ; cf. *infra ad art. 398 CPP*). C'est en revanche ruiner la cohérence entre genre de prononcé et genre de voie de droit (ordonnance/décision = recours; jugement = appel) que d'ouvrir l'appel contre une décision rendue en procédure judiciaire ultérieure indépendante.

### **Article 368 CPP**

Cette modification de la loi peut être soutenue. Il est vrai que le système actuel obligeant les autorités à reconvoquer une deuxième audience avant de pouvoir enclencher la procédure par défaut n'est pas nécessairement satisfaisante au regard du principe d'économie de procédure. Le système actuel va d'ailleurs au-delà des exigences découlant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

### **Article 377 CPP**

L'ouverture de l'appel contre la décision du tribunal ruine à nouveau la cohérence entre genre de prononcé et genre de voie de droit (ordonnance/décision = recours ; jugement = appel). La proposition ici faite aurait en outre pour conséquence absurde qu'une ordonnance ou décision du tribunal qui déclarerait l'opposition à une ordonnance de confiscation non valable (cf. art. 356 al. 2 CPP) devrait faire l'objet d'un appel alors que le même prononcé suite à l'opposition à une ordonnance pénale ordinaire est sujette à recours.

Il faut simplement biffer l'art. 377 al. 4 phr. 2 CPP. Le renvoi par l'art. 377 al. 4 phr. 1 CPP aux règles de l'ordonnance pénale suffit pour ouvrir le recours ou l'appel selon le genre de prononcé rendu par le tribunal.

### **Article 388 CPP**

Dont acte.

### **Article 391 CPP**

Cette modification doit être catégoriquement rejetée. De manière parfaitement justifiée (et contre l'avis de la doctrine citée dans le rapport), le Tribunal fédéral considère que l'interdiction de la *reformatio in peius* s'étend à la déclaration de culpabilité. Cette dernière fait partie depuis fort longtemps (ATF 96 IV 64 c. 1) du dispositif d'un jugement (cf. art. 81 al. 4 let. b CPP) et peut être attaquée comme telle, même en cas d'exemption de peine (peine égale à zéro). Permettre au juge d'appel, sur le seul appel du prévenu, d'aggraver la qualification juridique d'une infraction mais non la peine, équivaut à ouvrir la voie à des dispositifs intrinsèquement incohérents. Exemple : en première instance, le prévenu est reconnu coupable de voies de fait (art. 126 al. 1 CP) et condamné à une amende ; le prévenu fait seul appel de ce jugement ; la juridiction d'appel estime que les faits

sont constitutifs de lésion corporelle simple (art. 123 ch. 1 CP). En l'état actuel du droit, la juridiction d'appel peut relever l'erreur de qualification dans ses considérants, mais ne peut corriger le dispositif, ni au niveau de la déclaration de culpabilité ni à celui de la peine. Avec la modification proposée, la juridiction d'appel pourrait reconnaître le prévenu coupable de lésion corporelle simple, mais ne pourrait toucher à l'amende ; elle pourrait donc prononcer une peine qui n'est pas prévue par la loi pour l'infraction retenue. Cette seconde situation est bien plus insatisfaisante que la première, où le dispositif est cohérent. En outre, la modification législative proposée poserait d'énormes problèmes d'inscription au casier judiciaire : expérience faite, VOSTRA refuse l'inscription de peines qui ne coïncident pas avec la qualification juridique de la déclaration de culpabilité.

### **Article 393 CPP**

La généralisation du recours contre les décisions du Tribunal des mesures de contrainte est à saluer sans restriction.

En revanche, il n'est pas compréhensible que le Conseil fédéral n'entreprene pas de réformer la teneur de l'art. 393 al. 1 let. b CPP, dans sa version française, dont la teneur est totalement inadaptée, comme le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le préciser (notamment ATF 140 IV 202 ; ATF 143 IV 175). Il est indispensable de profiter de cette réforme pour clarifier cette disposition légale rédigée de manière clairement défaillante.

### **Article 395 CPP**

On comprend mal la cohérence invoquée par le Conseil fédéral qui d'une part justifie l'introduction de ce montant litigieux en relation avec la faculté du Ministère public de statuer sur des prétentions civiles dans une ordonnance pénale puis, d'autre part, précise que la lettre b ne se rapporte pas à des prétentions civiles mais à des prétentions de nature pénale, telles que le tort moral ou des indemnités de procédure.

D'autre part, il n'est pas question ici d'une première instance mais d'une autorité de recours qui, par principe et généralement, statue de manière collégiale. La valeur litigieuse de CHF 5'000.00 figurant dans le droit actuel devrait donc être maintenue.

### **Article 398 CPP**

Cette modification doit être catégoriquement rejetée. En ouvrant la voie de l'appel à des ordonnances ou des décisions du tribunal de première instance, l'avant-projet efface toute délimitation claire entre l'appel et le recours. Il faut impérativement conserver les équations ordonnance/décision = recours et jugement = appel. Les correctifs doivent intervenir en amont, au niveau du type de prononcé devant clore une procédure déterminée. Cela a ici été fait en relation avec les art. 364-365 et 377 CPP (voir *supra*).

### **Article 410 CPP**

Dont acte.

### **Article 431 CPP**

Dans la version française (nouvel intitulé et al. 2), il ne faut pas parler d'une détention qui a excédé la durée "autorisée", mais la durée "admissible" (*die zulässige Haftdauer*).

### **Article 440 CPP**

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier si ce n'est que, comme relevé à plusieurs reprises ici, la solution la plus cohérente consisterait à maintenir systématiquement la compétence du Tribunal des mesures de contrainte puis de l'autorité de recours, quelle que soit l'autorité ayant rendu la décision dont l'exécution est en jeu.

### **Article 442 CPP**

Cette modification doit être rejetée.

Comme l'a indiqué le Tribunal fédéral (ATF 139 IV 243), la compensation ne doit pas être admise compte tenu du but poursuivi par cette réparation qui est de remédier à l'injustice et au tort qui ont été posés à une personne, par exemple lorsque celle-ci a été placée de manière injustifiée en détention avant jugement ou encore lorsqu'elle a subi des conditions de détention contraire à l'art. 3 CEDH. L'indemnité pour tort moral bénéficie d'ailleurs d'une protection particulière, en tant qu'elle est destinée à

réparer une atteinte à la santé, l'indemnité étant insaisissable au sens du droit des poursuites (TF 5A\_389/2014 c. 2.2).

Cette protection particulière doit être maintenue et il ne doit pas être possible que l'Etat procède par compensation.

### **Art. 3 DPMIn**

Cette modification est bienvenue.

### **Art. 36 DPMIn**

Ces codifications de la jurisprudence fédérale et autres harmonisations sont également opportunes.

### **Art. 38 DPMIn**

Dont acte.

### **Art. 1 PPMIn**

Dont acte.

### **Art. 10 al. 3 PPMIn**

Cette modification peut être approuvée.

### **Art. 32 PPMIn**

Voir les remarques effectuées *supra* à propos de l'art. 354 CPP.

### **Art. 80 LTF**

Il n'est pas possible d'abroger purement et simplement cette disposition. Si le biffage du Tribunal des mesures de contrainte est conforme à la modification de l'art. 393 CPP, le CPP confère de nombreuses compétences à l'autorité de recours et à la

juridiction d'appel statuant en instances cantonales uniques (outre les nouveaux art. 232, 233, 248 al. 3 let. b CPP proposés et critiqués plus haut, voir par exemple les art. 61 let. c-d *cum* 62-64, 83, 94, 388 al. 1, 410 ss CPP).

#### **Art. 65 LOAP**

Dont acte.

#### **Art. 8a LAVI.**

Dont acte.

#### **Différents art. EIMP**

Dont acte.

#### **Art. 71 CP**

L'abrogation de cette disposition est défendable si les art. 263 et 268 CPP sont modifiés comme indiqué plus haut.

## **Deuxième partie – Correction d’erreurs de traduction**

La version française du CPP est affectée de très nombreuses erreurs de traduction, dont les plus graves – car elles donnent au texte un sens totalement différent de celui qui découle des versions allemande et italienne et sont susceptibles d’engendrer des « pratiques romandes » illégales contraires à l’idée même de l’unification de la procédure pénale – se doivent d’être corrigée dans le cadre de la présente révision législative.

Les modifications proposées sont **soulignées**.

L’explication des modifications proposées figure *en italiques* après le nouveau texte.

### **Art. 10 CPP**

<sup>3</sup> Lorsque subsistent des doutes insurmontables quant à la **réalisation des éléments factuels de l’infraction mise en accusation**, le tribunal se fonde sur l’état de fait **qui est plus favorable au prévenu**.

*Le doute ne doit pas porter sur les éléments factuels justifiant une condamnation, mais sur ceux de l’infraction mise en accusation.*

### **Art. 60 CPP**

<sup>1</sup> Les actes de procédure auxquels a participé une personne tenue de se récuser **doivent être** annulés et répétés **dans la mesure où** une partie le demande dans les cinq jours à compter du moment où elle a eu connaissance **du prononcé sur la récusation**.

*Voir supra Première partie ad art. 59 CPP.*

### **Art. 65 CPP**

<sup>1</sup> Les **dispositions prises** par les tribunaux **relativement à la conduite de la procédure** ne peuvent être attaquées qu’avec **le prononcé final**.

<sup>2</sup> **D’office ou sur demande, un tribunal collégial peut modifier ou annuler les dispositions relatives à la conduite de la procédure, prises avant les débats par sa direction de la procédure.**

*Voir ATF 138 IV 193 c. 4.3.1 ; ATF 140 IV 202 c. 2.1 ; ATF 143 IV 175 c. 2.2.*

## Art. 71 CPP

<sup>2</sup> ... Les enregistrements non autorisés peuvent être séquestrés.

*La loi doit viser la mesure provisoire du séquestre, et non pas celle définitive de la confiscation.*

## Art. 90 CPP Commencement et computation des délais

<sup>1</sup> Les délais dont le commencement dépend d'une communication ou de la survenance d'un événement courant dès le lendemain de celles-ci.

*Le texte actuel ne veut simplement rien dire. Le texte proposé est repris de l'art. 44 al. 1 LTF.*

## Art. 117 CPP

<sup>3</sup> Lorsque les proches de la victime font valoir des prétentions civiles, ils jouissent des mêmes droits que la victime.

*Voir ATF 139 IV 89 c. 2.2 ; ATF 139 IV 121 c. 5.2.*

## Art. 119 CPP

<sup>2</sup> ...

- a. demander la poursuite et la condamnation de la personne pénallement responsable de l'infraction (action pénale) ;

*La mention actuelle de la plainte pénale (art. 30-33 CP) est grossièrement erronée.*

## Art. 121 CPP

<sup>1</sup> Si le lésé décède sans avoir renoncé aux droits de procédure attachés à son statut de partie plaignante, ceux-ci passent à ses proches au sens de l'art. 110, al. 1, CP, dans l'ordre de succession.

*Le texte actuel donne à penser que sont concernés les droits attachés au statut de lésé, alors qu'il s'agit de ceux attachés au statut de partie plaignante.*

## **Art. 126 CPP Prononcé**

<sup>2</sup> L'action civile est renvoyée au civil : ...

*Commençant par « Il », le texte actuel se réfère au tribunal visé à l'al. 1. Or le régime du renvoi à agir au civil concerne aussi des ordonnances de classement et des ordonnances pénales (let. a) qui émanent du ministère public.*

## **Art. 141 CPP**

<sup>2</sup> Les preuves que les autorités pénales ont administrées d'une manière pénalement illicite ou en violation de règles de validité ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation ne soit indispensable pour élucider des infractions graves.

*Le texte actuel omet de mentionner que seule l'illicéité pénale – soit la punissabilité – motive l'interdiction d'exploiter.*

## **Art. 150 CPP**

<sup>2</sup> Dans les 30 jours à compter de l'octroi de la garantie de l'anonymat, le ministère public soumet celle-ci à l'approbation du tribunal des mesures de contrainte ; dans sa requête, il doit mentionner avec précision tous les éléments nécessaires à l'appréciation de la légalité de la mesure. ...

*Le texte actuel ne comporte que deux phrases au lieu de trois comme dans la version allemande, dont il trahit en outre le sens.*

## **Art. 168 CPP**

<sup>4</sup> Le droit de refuser de témoigner ne peut pas être invoqué si :

- b. l'infraction a été commise au détriment d'une personne avec laquelle le témoin est lié au sens des al. 1 à 3.

*La mention de proches (cf. art. 110 al. 1 CP) dans le texte actuel est erronée.*

## **Art. 238 CPP**

<sup>1</sup> S'il y a danger de fuite, le tribunal compétent peut prévoir le versement d'une

somme d'argent destinée à garantir que le prévenu se présentera en tout temps aux actes de procédure et à l'exécution d'une sanction privative de liberté.

*Le texte actuel mentionne à tort le prévenu et occulte ainsi que les sûretés peuvent aussi être déposées par des tiers (cf. art. 240 al. 2 CPP).*

*N.B. Le texte italien de l'art. 238 al. 1 doit également être corrigé, car lui aussi indique que le versement doit provenir du prévenu.*

#### **Art. 241 CPP**

<sup>3</sup> S'il y a péril en la demeure, la police peut ordonner l'examen des orifices et des cavités du corps non visibles extérieurement et effectuer des perquisitions sans mandat ; elle en informe sans délai l'autorité pénale compétente.

*La référence dans le texte actuel à un instrument permettant d'examiner les orifices et cavités du corps n'a aucune correspondance dans les versions allemande et italienne. En outre, l'obligation d'informer est systématique, et non pas seulement « cas échéant ».*

#### **Art. 251 CPP**

<sup>1</sup> L'examen de la personne comprend l'examen de son état physique ou psychique.

<sup>2</sup> Le prévenu peut faire l'objet d'un examen dans le but :

- a. d'établir les faits ;
- b. de déterminer sa responsabilité, sa capacité de prendre part aux débats et son aptitude à subir la détention.

*L'al. 1 concerne toute les personnes soumises à un examen, et non pas seulement le prévenu que mentionne – de façon gravement erronée – le texte français actuel. Pour le prévenu, l'al. 2 restreint la portée de l'al. 1.*

#### **Art. 253 CPP**

<sup>2</sup> Si le premier examen du cadavre ne révèle aucun indice de la commission d'une infraction et que l'identité de la personne décédée est connue, le ministère public autorise l'inhumation.

*La mention de la levée de corps dans le texte actuel est un non-sens.*

### **Art. 261 CPP Conservation et utilisation des données signalétiques**

<sup>1</sup> Les données signalétiques d'un prévenu peuvent être conservées hors du dossier de la procédure et, dans la mesure où existe un soupçon suffisant de la commission d'une nouvelle infraction, également utilisées :

- a. jusqu'à l'expiration des délais impartis pour l'élimination des inscriptions au casier judiciaire, en cas de condamnation ou d'acquittement pour cause d'irresponsabilité ;

*Seule la conservation des données peut se faire hors dossier de la procédure, non pas aussi leur utilisation. En outre, c'est l'élimination et non pas la radiation du casier judiciaire qui doit être visée (cf. art. 369 CP).*

*N.B. La version italienne de l'art. 261 al. 1 let. a doit également être corrigée dans la mesure où, comme la version française, elle mentionne la cancellazione au lieu de l'eliminazione.*

### **Art. 263 CPP**

<sup>2</sup> Le séquestre est ordonné au moyen d'un mandat écrit, brièvement motivé. En cas d'urgence, il peut être ordonné oralement, mais doit ultérieurement être confirmé par écrit.

*Le séquestre fait l'objet d'un mandat et non pas d'une ordonnance.*

### **Art. 289 CPP**

<sup>2</sup> Le ministère public transmet dans les 24 heures à compter du moment où l'investigation secrète a été ordonnée les documents suivants au tribunal des mesures de contrainte : ...

*Le version française passe sous silence le point de départ du délai de 24 heures.*

### **Art. 293 CPP Etendue de l'influence admissible**

<sup>1</sup> L'agent infiltré ne doit pas faire naître de disposition générale à la commission d'infractions, ni orienter la disposition à la commission d'infractions vers des infractions plus graves. Son intervention doit se limiter à la concrétisation d'une décision préexistante de commettre une infraction.

*Le texte français trahit grossièrement l'original allemand.*

### **Art. 368 CPP**

<sup>3</sup> Le tribunal rejette la demande lorsque le condamné, valablement cité à comparaître, a fait défaut aux débats sans excuse valable.

*Le prévenu doit avoir été valablement (et non pas seulement « dûment ») cité à comparaître. Ensuite, le défaut vise les débats initiaux, de sorte que le passé composé (a fait défaut) est de rigueur. Actuellement, le texte français est proprement incompréhensible.*

### **Art. 393 CPP**

<sup>1</sup> ...

- b. contre les ordonnances, les décisions et les actes de procédure des tribunaux de première instance ; sont exceptés les prononcés relatifs à la conduite de la procédure ;

*Voir déjà supra Première partie ad art. 393 CPP. En outre, voir ATF 138 IV 193 c. 4.3.1 ; ATF 140 IV 202 c. 2.1 ; ATF 143 IV 175 c. 2.2.*

### **Art. 402 CPP**

L'appel a un effet suspensif relativement aux points contestés du jugement.

*Il s'agit là de la plus énorme erreur de traduction de tout le texte ! L'art. 402 concerne l'effet suspensif de l'appel, et non pas l'autorité de la chose jugée du jugement attaqué.*

### **Art. 427 CPP**

<sup>2</sup> En cas d'infractions poursuivies sur plainte, les frais de procédure peuvent être mis à la charge du plaignant dans la mesure où ce dernier, de manière téméraire ou par négligence grave, a provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci, ou à la charge de la partie civile :

- a. si la procédure est classée ou le prévenu acquitté ; et

- b. en tant que le prévenu n'est pas astreint au paiement des frais conformément à l'art. 426, al. 2.

*La témérité et la négligence grave ne concernent que la mise des frais à la charge du plaignant en cas d'infraction poursuivis sur plainte, et non pas aussi toute partie plaignante.*

#### **Art. 428 CPP**

<sup>4</sup> Si l'autorité de recours annule un prononcé et renvoie la cause à l'autorité précédente pour un nouveau prononcé, la Confédération ou le canton supporte les frais de la procédure de recours et, selon l'appréciation de l'autorité de recours, les frais de la procédure devant l'autorité précédente.

*C'est l'autorité de recours qui annule un prononcé, et non pas la Confédération ou les cantons !*

#### **Art. 432 CPP**

<sup>2</sup> Lorsque le prévenu obtient gain de cause sur la question de la culpabilité en relation avec une infraction poursuivie sur plainte, le plaignant, dans la mesure où il a de manière téméraire ou par négligence grave provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci, ou la partie civile peuvent être tenus d'indemniser le prévenu pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure.

*Même vice qu'à l'art. 427 al. 2. La témérité et la négligence grave ne concernent que l'indemnité à la charge du plaignant en cas d'infraction poursuivie sur plainte, et non pas aussi toute partie plaignante.*

Professeur Yvan Jeanneret  
Département de droit pénal

Professeur Bernhard Sträuli  
Directeur du département de droit pénal

Neuchâtel, le 6 mars 2018

Par courriel à  
[annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Avec copie à  
[peter.goldschmid@bj.admin.ch](mailto:peter.goldschmid@bj.admin.ch)  
[franziska.zumstein@bj.admin.ch](mailto:franziska.zumstein@bj.admin.ch)

**Consultation de l'avant-projet « Modification du code de procédure pénale » du 1er décembre 2017**

**Position de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel**

- **Pas d'exception au principe de la «double instance»**

Nous approuvons la suppression du rôle du Tribunal fédéral comme première instance de recours.

- **Extension du champ d'application de l'enregistrement des auditions par des moyens techniques**

Nous approuvons l'effort de l'avant-projet concernant l'extension du champ d'application de l'enregistrement des auditions par des moyens techniques.

Toutefois, au vu du rôle pertinent des procès-verbaux dans notre modèle de procédure pénale caractérisé par l'immédiateté restreinte, nous soulignons l'importance de trouver une solution pragmatique, mais qui garantira en même temps la qualité de cet outil quotidien.

Sur la base de nos recherches<sup>1</sup>, nous indiquons qu'il existe deux aspects à distinguer : la production des procès-verbaux et enregistrements d'une part, et la réception, ainsi que l'utilisation de ces produits d'autre part.

L'avant-projet propose la suppression de l'al. 5 de l'art. 78 CPP et l'introduction d'un nouvel art. 78a CPP. Ainsi, il est proposé que les auditions puissent être enregistrées par des moyens techniques. Ceci n'est pas, en soi, novateur. Nous proposons de faire le pas décisif et d'introduire une **obligation d'enregistrement sonore**. Avec le développement des moyens

---

<sup>1</sup> Pour les publications cf. <https://www.unine.ch/protokollforschung/home.html>

techniques, chaque canton peut procéder ainsi sans que cela n'entraîne des coûts trop élevés. En revanche, nous ne préconisons pas de procéder obligatoirement à des enregistrements audiovisuels. Au contraire, nous déconseillons de le faire sans régler de manière claire et contraignante la manière dont l'enregistrement doit être fait : selon des études empiriques la position de la caméra, le fait de filmer également l'interlocuteur ou non, ou encore de n'enregistrer que le visage ou l'entier de la personne auditionnée sont tous des facteurs qui influencent l'évaluation de la déclaration, voire de sa crédibilité et donc de la culpabilité.

Rendre l'enregistrement sonore obligatoire est, cependant, d'une importance primordiale pour que le législateur puisse garantir une égalité entre les procédures pénales cantonales au regard de la protection des droits fondamentaux et de la qualité de la conservation. Seul l'enregistrement sonore permet d'ailleurs de conserver l'essentiel des auditions menées avec l'assistance des interprètes ou de fonctionner comme base de données pour d'éventuelles expertises de crédibilité.

Reste ouverte la question du sort des procès-verbaux écrits. Il découle de la démarche proposée ce qui suit :

- L'avant-projet maintient l'obligation de rédiger des procès-verbaux écrits.
- L'avant-projet propose, selon le droit en vigueur, une dispense de l'obligation de consigner en substance et séance tenante en cas d'enregistrement par des moyens techniques.
- L'avant-projet propose, s'agissant des auditions menées par la police et les procureurs dans la procédure préliminaire, l'élargissement de la dispense de faire lire le procès-verbal à la personne entendue ou de le lui remettre pour lecture et de le lui faire signer si une audition est enregistrée par des moyens techniques, cette pratique étant actuellement réservée pour les débats devant les tribunaux uniquement. Référence est ici faite à la modification de 2013.

Cette manière de légiférer ne convient pas : elle reste floue et soulève trop de questions pratiques laissées sans réponse – des questions qui sont intimement liées aux fonctions essentielles des procès-verbaux, développées et acceptées de manière unanime par la jurisprudence et la doctrine. Tenant compte de ces fonctions une **gouvernance juridique prononcée et précise de la conservation des auditions devra être acquise**.

**Nous approuvons le point de vue de l'avant-projet selon lequel les enregistrements sonores ainsi que les procès-verbaux sont importants, l'un ne pouvant pas se substituer à l'autre ; leur complémentarité s'impose.**

Selon nous, en mettant fin à l'obligation de dresser le procès-verbal séance tenante si l'audition est enregistrée par des moyens techniques et en permettant qu'il soit dressé à l'issue de l'audition, et ce en autorisant une consignation qu'en substance et non mot pour mot, la proposition faite par l'avant-projet est une source de risque.

Le risque est de tomber dans le même piège que l'Angleterre il y a une trentaine d'années déjà : l'introduction de l'obligation d'enregistrer par moyen technique les auditions menées par la police a conduit à ce que les policiers, sachant que ni les procureurs, ni les juges ne disposaient de suffisamment de temps pour effectivement écouter ou visionner les enregistrements, n'écrivaient qu'un bref compte-rendu du contenu de l'audition. Des études empiriques ont clairement montré que seuls ces brefs comptes rendus d'une qualité insuffisante ont servi de base pour l'appréciation de la déclaration et que les enregistrements n'ont été consultés que très rarement.

De plus, en considérant la référence faite à la modification de 2013, nous rappelons que celle-ci n'a pas été introduite parce que le fait de consigner les propos au procès-verbal séance tenante aurait été jugé trop fastidieux. Ce qui préoccupait les juges était l'obligation d'imprimer et de faire lire ou de lire le contenu du procès-verbal à la personne entendue. En plus, il est nécessaire de souligner le fait que le procès-verbal des débats ne constitue pas une base d'appréciation des preuves ni une source pour développer l'intime conviction du juge équivalente à celle des procès-verbaux des auditions menées par la police et les procureurs. En effet, les premiers ne sont utilisés que si un appel et/ou recours sont interjetés.

En définitive, **l'enregistrement sonore n'autorise pas à faire l'économie de la rédaction des procès-verbaux écrits**. Le texte de l'avant-projet mentionne avec justesse l'effet sur les coûts engendrés si les membres du tribunal saisi de l'affaire, le tribunal des mesures de contrainte, la défense et les représentants des autres parties – et on peut également inclure les procureurs – auraient la tâche complexe d'écouter l'ensemble des enregistrements et de prendre des notes. Compte tenu du fait que les procès-verbaux écrits vont ainsi très logiquement perdurer, il faut impérativement régler la hiérarchie de leur force probante si le législateur envisage de maintenir la disposition telle qu'actuellement proposée dans l'avant-projet.

La méthode la plus adéquate pour répondre à la préoccupation de la diminution des coûts et aux exigences imposées par une consignation au procès-verbal séance tenante dans la phase préliminaire est, selon nous, de permettre une transcription ultérieure par du personnel avec une formation d'employé(e) de commerce. En effet, selon des études empiriques, leurs procès-verbaux sont d'une meilleure qualité (moins de fautes, moins d'écart, plus d'authenticité) que les procès-verbaux rédigés par les policiers.

Si la disposition floue qui est proposée devrait être maintenue, ce qui permettrait le développement d'une multitude de manières – de qualités différentes – de conserver une audition, nous proposons alors **d'inclure à la proposition faite une hiérarchisation de la force probante des différentes manières de conserver** :

- **L'enregistrement est obligatoire.**
- **L'enregistrement sonore prime.**
- **Les parties doivent avoir le droit inconditionnel d'obtenir l'écoute de**

## **l'enregistrement par les juges.**

On pourrait éventuellement songer à **inclure une règle différenciée en fonction de la gravité du soupçon et donc de la peine encourue.**

- **Anticipation du calcul et de la motivation de l'action civile**

Nous approuvons la démarche proposée qui permettra de traiter les conclusions civiles de manière adéquate.

- **Désignation du défenseur d'office**

Nous approuvons l'attribution du choix du défenseur à un organe indépendant du ministère public et donc de la direction de la procédure.

- **Participation aux actes de procédure**

En préambule, nous tenons à souligner l'importance du droit de participation dans la procédure préliminaire au vu de la quasi suppression du contradictoire des débats.

Une éventuelle restriction du droit de participer aux actes de procédure doit tenir compte de la fonction compensatrice de ce droit dans le modèle de procédure pénale introduit avec le CPP. En effet, il ne s'agit pas d'un „plus“ offert aux parties, mais d'une tentative de compenser la réduction de leurs droits lors de la phase contradictoire devant le tribunal. Ainsi, le texte de l'avant-projet mentionne justement la nécessité de garder l'équilibre voulu par le législateur, d'autant plus que le tribunal ne réitère l'administration des preuves déjà administrées lors de la procédure préliminaire que si la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement (art. 343, al. 3).

La proposition faite à l'art. 147a est d'une largesse excessive, puisque cette disposition pourra presque toujours être invoquée pour empêcher le prévenu et son défenseur de participer à des auditions. **Une telle restriction doit impérativement toujours être compensée**, d'une part, lors des débats et, d'autre part, par un **enregistrement intégral de l'audition, enregistrement auquel il ne peut pas être fait exception** (contrairement à ce que prévoit l'art. 147a al. 3 de l'avant-projet). De plus, à l'art. 147 al. 3, **le droit d'obtenir une répétition de l'administration des preuves doit être inconditionnel**. Toute autre solution détériorerait la position du prévenu et son droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure qui le concerne en premier lieu.

- **Précision des conditions de la mise en détention pour risque de récidive**

**Nous sommes opposés à la modification proposée** dans l'avant-projet ayant pour effet d'alléger les conditions pour prononcer une mise en détention et consistant à supprimer la règle en vigueur selon la laquelle le prévenu doit également avoir commis des « infractions du même genre » pour la remplacer par l'exigence d'une infraction préalable, qui ne doit pas

nécessairement être du même genre.

- **Légitimation du ministère public à recourir contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte**

Nous approuvons cette intégration.

- **Procédure de l'ordonnance pénale**

Nous approuvons l'introduction de l'obligation pour le ministère public, à partir d'un certain niveau de peine, d'entendre impérativement le prévenu avant de rendre une ordonnance pénale.

Nous soutenons également la suppression de la fiction du retrait de l'opposition en cas d'absence de l'opposant.

Concernant la partie plaignante (et plus précisément la victime partie plaignante), mentionnons en préambule que nous ne partageons pas l'affirmation du Conseil fédéral – d'ailleurs largement contredite par la recherche – qu'une procédure pénale permettrait à la victime de reprendre une vie normale. Si le but était véritablement celui-ci, il faudrait soit créer une nouvelle forme de **justice en reconnaissance du statut de victime** (c'est-à-dire un processus parallèle à la justice pénale qui créerait une véritable égalité de traitement entre l'auteur et la victime : le droit pénal pour l'auteur, le droit à la reconnaissance du statuts de victime pour la victime), soit envisager une autre forme de **justice plus restaurative** que ce que ne peut l'être la justice pénale, fondamentalement rétributive. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce dernier point plus avant.

Si, malgré les connaissances scientifiques en la matière, le législateur persiste à croire que la justice pénale sert la victime, **rien ne justifie alors que la loi prévoie une limite de 120 jours (4 mois) de peine** pour prévoir qu'une procédure ordinaire s'impose. Si l'on vise à faire du bien aux victimes, il ne se justifie en effet pas que certaines d'entre elles ne puisse pas bénéficier de ce bien-être. Pire encore, pour que la procédure de l'ordonnance pénale ne soit pas envisageable, il faut (selon l'avant-projet) que la victime ait préalablement déclaré expressément vouloir participer à la procédure pénale. Cette norme – qui va à l'encontre de l'idée de la LAVI et du CPP que l'on peut être victime et ainsi bénéficier de certains droits sans se constituer partie plaignante – fait donc peser la décision du règlement par la voie de l'ordonnance pénale sur les épaules de la victime. Une telle manière de faire ne nous paraît pas opportune et il faudrait dès lors retirer de l'art. 352 al. 1bis la nécessité que la victime participe à la procédure en qualité de partie plaignante et ainsi **étendre l'impossibilité de rendre une ordonnance pénale dans tous les cas où une victime est concernée**.

- **Détention pour des motifs de sûreté en rapport avec la procédure donnant lieu à une décision judiciaire indépendante**

Nous n'avons pas de commentaire particulier à ce propos. Dans la mesure en effet où l'on admet que le choix des autorités actuellement en charge d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté aux différents stades de la procédure ne doit pas être remis en question, il paraît logique d'attribuer cette compétence supplémentaire aux mêmes autorités.

- **Nouvelle proposition: modification des art. 405 et 389 CPP**

Selon l'al. 1 de l'art. 389 CPP, la procédure de recours se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. Ce n'est que dans les cas décrits à l'al. 2 que l'administration des preuves du tribunal de première instance n'est répétée. Ainsi, le droit en vigueur n'empêche pas qu'un jugement en appel renverse un jugement de première instance sur la base des mêmes preuves, soit sans une propre administration des preuves par la juridiction d'appel. Partant, le renversement d'un jugement n'est pas un problème en soi – c'est bel et bien un des buts de l'appel. Une Cour d'appel peut parfaitement estimer que l'intime conviction des premiers juges a été faussement acquise et intervenir pour la rectifier. Cependant, un malaise surgit dans cette hypothèse en raison du fait que le jugement d'appel repose exactement sur les mêmes éléments probatoires que ceux qui ont été administrés en première instance. **Le droit en vigueur n'empêche pas que les juges d'appel renversent l'intime conviction des premiers juges en appréciant des preuves non administrées et non débattues de manière contradictoire devant eux.**

Nous proposons, par conséquent, l'ajout d'un al. 2 à l'art. 405 CPP, comprenant l'énoncé suivant:

**«Par dérogation à l'art. 389 al. 1, la juridiction statuant en appel ne peut retenir une appréciation des faits différente de celle des premiers juges sans avoir préalablement procédé à sa propre administration des preuves.»**

Cette modification légale est indispensable à l'égard des cas où l'appréciation des faits opérée par la Cour d'appel est *in fine* moins favorable à l'accusé que celle du tribunal de première instance. Elle peut naturellement trouver un champ d'application plus large. Elle est nécessaire pour garantir l'équité de la justice en appel et permettre que les jugements de condamnation helvétiques soient reconnus et exécutés dans les États voisins de la Suisse<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> N. Capus, J. Lelieur, L. La Sala, *Juger en appel sans ré-administrer les preuves?*, Revue de l'avocat 2017, pp. 359-372 ; A. Kuhn, interview de G.-M. Bécherraz, « Affaire Segalat », 24 heures, 26 février 2013, 19 ; S. Pasquier, *Après l'affaire S., la procédure d'appel suscite la critique*, Plaidoyer 1/2013, p. 9.

- **Nouvelle proposition: obligation de documentation lors de la procédure simplifiée**

Le projet ne veut explicitement pas toucher à la procédure simplifiée en mettant en avant l'efficacité de cette procédure. Or, pour pouvoir concrètement évaluer cette effectivité, mais surtout pour évaluer également la justice rendue en cas de procédure simplifiée, il nous semble indispensable d'imposer l'obligation de documenter la négociation en la consignant dans un procès-verbal.

- **Nouvelle proposition: médiation – justice restaurative**

Il est très dommage que, dans le cadre de cette révision du CPP, aucune mention n'ait été faite de la **justice restaurative**. La Suisse accuse en effet un retard important à cet égard que l'occasion d'une révision nous donnerait l'opportunité de combler. Le moment serait ainsi idéal pour introduire, à l'instar de nos voisins européens (France, Belgique, Allemagne, Autriche, etc.), une base légale en faveur la justice restaurative en droit suisse.

En termes de politique pénale, l'intérêt est évident. **De nombreuses études ont démontré la capacité de la justice restaurative à répondre aux besoins des victimes et à responsabiliser les auteurs d'infraction, tout en réduisant significativement le taux de récidive.** Au lieu de subir passivement le règlement de leur affaire par un tribunal, la justice restaurative accorde en effet une part active aux personnes véritablement concernées par la commission d'une infraction pénale en les responsabilisant.

Certes, l'art. 317 P-CPP<sup>3</sup> sur la médiation avait été rejeté par le Parlement fédéral en 2007<sup>4</sup>. Mais, entre-temps, la justice restaurative a fait du chemin. En effet, entre autres développements, L'ONU la recommande à ses Etats membres<sup>5</sup> et la France a introduit une disposition sur la justice restaurative dans son CPP en 2014 :

**Art. 10-1 CPPF :**

*A l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative.*

*Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa*

---

<sup>3</sup> FF 2006 1469-1470 ; BBI 2006 1487.

<sup>4</sup> C. Faller, Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse : de son introduction à sa suppression, Revue Pénale Suisse 2009, pp. 18-39.

<sup>5</sup> ECOSOC, Resolution 2016/17 adoptée le 26 juillet 2016 « Restorative justice in criminal matters » selon laquelle, point 3, le Conseil « Encourage les États Membres à faciliter, selon qu'il conviendra, les processus de justice réparatrice, conformément au droit national, y compris en mettant en place des procédures ou lignes directrices concernant les conditions d'accès à ces services ».

*commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République.*

**Nous nous prononçons dès lors en faveur de l'introduction dans le CPP d'une disposition prévoyant le recours volontaire à la justice restaurative.** Une telle disposition vous ayant concrètement été proposée par l'AJURES, nous nous permettons de nous y référer en vous la joignant à la présente prise de position.

**Professeure Nadja Capus**

Chaire de droit pénal et de procédure pénale



**Professeur André Kuhn**

Chaire de droit pénal et de criminologie





Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
CH-3003 Bern  
[annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

St. Gallen, den 13. März 2018

## Änderung der StPO – Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren,

Mit Genugtuung haben wir von der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens Kenntnis genommen, mit welchem einige Mängel der geltenden StPO beseitigt werden sollen. In diesem Zusammenhang möchten wir Sie insbesondere auf ein laufendes Experiment im Kanton St. Gallen hinweisen, dessen Ergebnisse derzeit noch nicht vorliegen, mit Sicherheit aber zur Verfügung stehen werden, wenn die Vorlage zuhanden des Bundesrates ausgearbeitet wird.

Es geht um das Thema der persönlichen Anhörung der in ein Strafverfahren involvierten Personen (beschuldigte und geschädigte Person). Derzeit ist die Praxis so, dass in weit über 90 Prozent aller Verfahren, die mit einem Strafbefehl enden, keine persönlichen Einvernahmen stattfinden. Dies ist in verschiedener Hinsicht unbefriedigend, nicht zuletzt wegen rechtsstaatlicher Bedenken, weil das rechtliche Gehör in diesen Verfahren letztlich zur Fiktion verkommt. Darüber hinaus stellt sich aber auch die Frage, wie sich dies auf die Betroffenen und ihre Einstellung zum Verfahren wie auch zur Justiz insgesamt auswirkt.

Um dieser Frage nachzugehen, wurde unter massgeblicher Mitverantwortung des kürzlich verstorbenen Leiters der Staatsanwaltschaft, Dr.iur. Dr.h.c. Thomas Hansjakob, und mit finanzieller Unterstützung durch den Schweizerischen Nationalfonds ein kontrolliertes Experiment aufgegelist. Dieses sieht vor, dass in der Hälfte der in Frage kommenden Verfahren die zuständige Person bei der Staatsanwaltschaft eine Befragung anberaumt, wogegen in der anderen Hälfte dies nicht geschieht – diese Fälle werden somit nach dem Prinzip «business as usual» erledigt. Da die beiden Hälften strikt zufällig – über eine Zufallszahl – ausgewählt werden und je mehrere hundert Verfahren umfassen, kann man davon ausgehen, dass zwischen den beiden Gruppen zu Beginn keine Unterschiede bestehen. Alle Unterschiede, die sich anschliessend zeigen werden – etwa bei der Zufriedenheit mit der «Fairness» des Verfahrens, den Einstellungen zur Justiz und allenfalls auch bei Einsprachen und Rückfällen – können daher kausal strikt der unterschiedlichen Behandlung (befragt vs. nicht befragt) zugeordnet werden.



Die Ergebnisse dieses international einzigartigen Experiments dürften für Ihre Arbeiten von einiger Relevanz sein. Es werden hier nicht nur Meinungen zutage treten, sondern man wird direkt sehen können, wie sich gewisse gesetzgeberische Entscheidungen auf der praktischen Ebene auswirken. Gerne würden wir zu gegebener Zeit Ihnen diese Ergebnisse zur Verfügung stellen. Da der normale, relativ langsame wissenschaftliche Produktionsprozess kaum mit Ihrem Rhythmus kompatibel sein dürfte, möchten wir Sie gerne bitten, uns zu kontaktieren, sobald Sie diese Informationen benötigen könnten. Wir werden dann kurzfristig anhand einer Sonderauswertung die für Sie relevanten Daten aufbereiten. In der zweiten Hälfte dieses Jahres wird dies realistisch sein.

Wir hoffen, auf diese Weise Ihre Gesetzgebungsarbeiten wirksam unterstützen zu können.

Mit freundlichen Grüßen

Lukas Gschwend

Martin Killias

Nora Markwalder



Frau Simonetta Sommaruga  
Bundesrätin  
Schweizerische Eidgenossenschaft  
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

**André Wernli**  
Doktorand  
Telefon +41 76 596 14 68  
[andre.wernli@uzh.ch](mailto:andre.wernli@uzh.ch)

Per Email: [annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Zürich, 14. März 2018

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga,  
sehr geehrte Damen und Herren

Ich bedanke mich für das Verfahren der Vernehmlassung in der oben bezeichneten Angelegenheit und ersuche Sie, bei der Ausarbeitung des Entwurfs die in dieser Eingabe vorgetragenen Hinweise und Anregungen wohlwollend zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

MLaw André Wernli  
Doktorand "Biomedical Ethics and Law" – Law Track

## **Inhaltsverzeichnis**

1.	Einleitende Bemerkungen	3
1.1.	Doktoratsprogramm "Biomedical Ethics and Law" – Law Track	3
1.2.	Vorliegende Stellungnahme	3
2.	Aussergewöhnliche Todesfälle (Art. 253 StPO)	4
2.1.	Ausgangslage: Unzureichende gesetzliche Regelung	4
2.2.	Begriff des aussergewöhnlichen Todesfalls (Art. 253 Abs. 1 StPO)	5
2.2.1.	Auslegung des Begriffs	5
2.2.1.1.	Aktueller Wortlaut von Art. 253 Abs. 1 StPO	5
2.2.1.2.	Historische Auslegung	5
2.2.1.3.	Systematische Auslegung	5
2.2.1.4.	Teleologische Auslegung	5
2.2.1.5.	Ergebnis der Auslegung: Echte Gesetzeslücke	6
2.2.2.	Sekundäre Rechtsquellen: Lehre und Überlieferung	6
2.2.2.1.	Rechtswissenschaftliche Literatur	6
2.2.2.2.	Richtlinien der SGRM zur Legalinspektion	7
2.2.2.3.	Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren (WOSTA)	7
2.2.2.4.	Ärztliche Todesbescheinigungen	7
2.2.3.	Terminologie in der rechtsmedizinischen Literatur	8
2.2.4.	De lege feranda: Legaldefinition des aussergewöhnlichen Todesfalls in Art. 252a E-StPO und Änderung von Art. 253 Abs. 1 E-StPO	8
2.3.	Freigabe der Leiche vor Ort (Art. 253 Abs. 2 StPO)	9
2.3.1.	Aktueller Gesetzeswortlaut: Fehlende Hinweise auf eine Straftat	9
2.3.1.1.	De lege feranda: Änderung von Art. 253 Abs. 2 E-StPO	10
2.4.	Sicherstellung der Leiche und weitere Untersuchungen (Art. 253 Abs. 3 StPO)	11
2.4.1.	De lege lata: Fehlende Erwähnung der bildgebenden Verfahren	11
2.4.2.	De lege feranda: Änderung von Art. 253 Abs. 3 E-StPO	11
2.5.	Problematik des häufig fehlenden Tatverdachts	12
3.	Fazit: Empfehlung der Einführung eines neuen Art. 252a E-StPO und der Änderung von Art. 253 E-StPO	14
	Verwendete Literatur	15

## 1. Einleitende Bemerkungen

### 1.1. Doktoratsprogramm "Biomedical Ethics and Law" – Law Track<sup>1</sup>

- 1 Die Universität Zürich bietet seit dem Herbstsemester 2009 das Doktoratsprogramm "Biomedical Ethics and Law" (PhD BmEL) an. Das PhD BmEL wird von der Rechtswissenschaftlichen und der Medizinischen Fakultät gemeinsam durchgeführt und ist in der Schweiz das erste dieser Art. Es gehört zu den fakultätsübergreifenden Doktoratsprogrammen, die an der Universität Zürich im Zusammenhang mit der Bologna-Reform neu eingeführt wurden.
- 2 Während der letzten Jahrzehnte haben die Entwicklungen in der biomedizinischen Wissenschaft immer grössere Herausforderungen an die Ethik und das Recht gestellt. Das Klonen, die embryonale Stammzellenforschung, unterstützte reproduktive Technologien, aber auch die Freitoddebatte am Lebensende sind nur einige der Themen, die aktuelle politische, philosophische und rechtliche Debatten ausgelöst haben. Die Nachfrage an Expertinnen und Experten, die zu Themen des Medizinrechts, Gesundheitsrechts und der biomedizinischen Ethik auf nationalem und internationalem Niveau fundiert Auskunft geben können, nimmt stetig zu.
- 3 Das PhD BmEL richtet sich an Juristinnen und Juristen, Ärztinnen und Ärzte sowie andere qualifizierte Teilnehmende, die sich für die Forschung in den Gebieten des Medizin- und Gesundheitsrechts sowie der biomedizinischen Ethik interessieren. Die Doktorierenden können entweder an der Rechtswissenschaftlichen oder der Medizinischen Fakultät promovieren und absolvieren dementsprechend den Law Track mit Schwerpunkt im Recht oder den Medical Track mit Schwerpunkt in der biomedizinischen Ethik.

### 1.2. Vorliegende Stellungnahme

- 4 Die Motion 14.3883 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (Anpassung der Strafprozessordnung) beauftragt den Bundesrat, nach einer Prüfung der Praxistauglichkeit der Strafprozessordnung (StPO) dem Parlament bis Ende 2018 die notwendigen Änderungen vorzulegen. Die StPO erfährt keine grundlegende Revision, sondern punktuelle Änderungen einzelner Bestimmungen, deren Anwendung in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen führt. Die Motion verlangt gemäss erläuterndem Bericht des Bundesrates vom Dezember 2017 keine wissenschaftliche Evaluation der geltenden Regelungen, sondern die Prüfung, inwieweit sich die StPO in der Praxis bewährt.
- 5 In vorliegender Stellungnahme wird der Fokus auf die Untersuchung von aussergewöhnlichen Todesfällen, namentlich Art. 253 StPO, gelegt. Entsprechend der Motion 14.3883 und dem erläuternden Bericht zeigt die vorliegende Stellungnahme die sich bei der An-

---

<sup>1</sup> S. URL <[www.bmel.uzh.ch/de/law.html](http://www.bmel.uzh.ch/de/law.html)>.

wendung von Art. 253 StPO in der Praxis stellenden Probleme und entsprechende praxis-orientierte Lösungsvorschläge auf.

- 6 Die Stellungnahme basiert auf Erkenntnissen der Doktorarbeit mit dem Arbeitstitel "Der aussergewöhnliche Todesfall – Eine rechtswissenschaftliche, medizinische und medizin-ethische Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Praxis im Kanton Zürich", welche von MLaw André Wernli im Rahmen des PhD BmEL der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich verfasst wird. Die Dissertation wurde noch nicht publiziert; die Verwendung von Textpassagen dieser Stellungnahme für Zwecke ausserhalb dieses Vernehmlassungsverfahrens ist indes ohne ausdrückliche Erlaubnis des Verfassers untersagt.

## 2. Aussergewöhnliche Todesfälle (Art. 253 StPO)

### 2.1. Ausgangslage: Unzureichende gesetzliche Regelung

- 7 Stellt ein Arzt im Rahmen einer ersten ärztlichen Leichenschau, welche bei jedem Sterbefall in der Schweiz durchgeführt werden muss, einen aussergewöhnlichen Todesfall fest, hat er diesen den Strafverfolgungsbehörden zu melden. Die Staatsanwaltschaft setzt eine Untersuchung im Sinne von Art. 253 StPO zur Abklärung der Todesumstände und insbesondere der Todesart in Gang, welche Hand in Hand mit dem sachverständigen Arzt und den Polizeifunktionären verläuft. Die Staatsanwaltschaft ordnet zunächst eine Legalinspektion an, d.h. eine zweite äussere Leichenschau durch einen sachverständigen Arzt zur Klärung der Todesart oder zur Identifizierung des Leichnams (Art. 253 Abs. 1 StPO). Nach der Durchführung der Legalinspektion ordnet die Staatsanwaltschaft allenfalls die Sicherstellung der Leiche und weitere Untersuchungen durch eine rechtsmedizinische Institution, nötigenfalls eine Obduktion an (Art. 253 Abs. 2 und 3 StPO).

- 8 In der Praxis haben sich bei der Anwendung des seit 1. Januar 2011 geltenden Art. 253 StPO verschiedene Problemkreise eröffnet, welche nachfolgend erörtert werden. Nicht zuletzt aufgrund der Unzulänglichkeiten bei der Regelung der aussergewöhnlichen Todesfälle in Art. 253 StPO wird vermutet, dass die Dunkelziffer bei Tötungsdelikten in der Schweiz erheblich ist und mehr als jedes zweite Tötungsdelikt nicht erkannt wird. Dies führen auch unzählige in Fachkreisen angesprochene Fallbeispiele vor Augen.<sup>2</sup> Die Thematik wurde in letzter Zeit gar von Schweizer Massenmedien aufgegriffen, in welchen auf Fehlleistungen im heutigen System der Untersuchungen an Leichen aufmerksam gemacht wird.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> S. z.B. JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 609 ff.

<sup>3</sup> S. z.B. HELFENBERGER, watson-online 12. November 2015; ähnlich HAUSMANN, St. Galler Nachrichten 5. November 2015, 33; WASER, 20 Minuten-online 6. November 2015; SIGNORELL, Beobachter 17. April 2015; BIBER, SRF Puls 29. Januar 2018.

## **2.2. Begriff des aussergewöhnlichen Todesfalls (Art. 253 Abs. 1 StPO)**

### **2.2.1. Auslegung des Begriffs**

#### **2.2.1.1. Aktueller Wortlaut von Art. 253 Abs. 1 StPO**

9 In Art. 253 Abs. 1 StPO werden die Konstellationen, in welchen eine Legalinspektion anzutreten ist, folgendermassen umschrieben: «Bestehen bei einem Todesfall Anzeichen für einen unnatürlichen Tod, insbesondere für eine Straftat, oder ist die Identität des Leichnams unbekannt». Dem Wortlaut von Art. 253 Abs. 1 StPO lässt sich lediglich entnehmen, dass aussergewöhnliche Todesfälle zum einen Fälle mit Anzeichen auf einen unnatürlichen Tod, wozu insbesondere Todesfälle mit Anzeichen für eine Straftat zählen, und zum anderen Todesfälle mit unbekanntem Leichnam darstellen. Eine zulängliche Definition oder eine genauere Umschreibung des aussergewöhnlichen Todesfalls existiert in Art. 253 StPO genauso wenig wie eine Erklärung des Begriffs «unnatürlicher Tod».

#### **2.2.1.2. Historische Auslegung**

10 In VE-StPO 269 I war von «aussergewöhnlichen Todesfällen» die Rede, «wenn bei Todesfällen: Anzeichen für Straftaten bestehen; die Todesursache ungeklärt ist; die Identität des Leichnams unbekannt ist; keine natürliche Todesursache ersichtlich ist.» Laut Begleitbericht zum Vorentwurf zur StPO ist bei aussergewöhnlichen Todesfällen «entweder die Identität des Verstorbenen nicht bekannt oder es ist nicht sofort ersichtlich, ob eine natürliche Todesursache gegeben ist».<sup>4</sup>

11 Gemäss Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts sind als aussergewöhnlich «jene Todesfälle zu verstehen, bei denen es Anzeichen für eine Straftat gibt.» Dazu zählen auch auf Behandlungsfehler oder das Unterlassen der erforderlichen Behandlung zurückzuführende Todesfälle.<sup>5</sup>

#### **2.2.1.3. Systematische Auslegung**

12 Art. 253 StPO fällt unter den sechsten Abschnitt «Untersuchungen an Leichen» des vierten Kapitels «Durchsuchungen und Untersuchungen», welches zu den Zwangsmassnahmen des fünften Titels zählt. Die Untersuchungen bei aussergewöhnlichen Todesfällen sind also in der Gesetzesystematik als Zwangsmassnahmen anzusehen.

#### **2.2.1.4. Teleologische Auslegung**

13 Nach Art. 253 Abs. 1 StPO wird die Legalinspektion «zur Klärung der Todesart oder zur Identifizierung des Leichnams» angeordnet. Die Kenntnis der Identität wird laut Botschaft

<sup>4</sup> Begleitbericht VE StPO, 179.

<sup>5</sup> Bot. StPO 2006, 1240.

zur Vereinheitlichung des Strafrechts deshalb erforderlich, da eine Fremdeinwirkung bei fehlender Kenntnis über die Lebensumstände des Toten oft nicht ausgeschlossen werden kann. Nach Abs. 2 der Bestimmung kann die Leiche zurückbehalten werden, «solange der Zweck der Untersuchung es erfordert». Laut Botschaft ist die Leiche freizugeben, «sobald der Sachverhalt hinreichend geklärt ist».⁶ Daneben dienen die Untersuchungen bei einem aussergewöhnlichen Todesfall als Zwangsmassnahmen dazu, Beweise zu sichern.<sup>7</sup>

- 14 Gesamthaft geht aus der teleologischen Auslegung hervor, dass die Untersuchungen bei aussergewöhnlichen Todesfällen zum Ziel haben, den Sachverhalt resp. das Todesgeschehen hinreichend zu klären, um festzustellen, ob eine Person eines natürlichen Todes gestorben ist oder ein Verschulden Dritter in Betracht kommt. Dazu bezweckt Art. 253 StPO die Klärung der Todesart, der Todeszeit und der Identität des Leichnams sowie die Erhebung und Sicherung von Beweisen für ein alffälliges Strafverfahren.<sup>8</sup>

### **2.2.1.5. Ergebnis der Auslegung: Echte Gesetzeslücke**

- 15 Insgesamt lässt sich nach einer ausführlichen Gesetzesauslegung feststellen, dass der Begriff des aussergewöhnlichen Todesfalls nach Art. 253 StPO zu eng gefasst ist und daher einer teleologischen Erweiterung bedarf. Der aussergewöhnliche Todesfall umfasst in negativer Umschreibung alle Todesfälle, bei denen nicht zweifelsfrei ein natürlicher Tod feststeht bzw. positiv umschrieben alle nicht-natürlichen sowie unklaren Todesfälle. Eine genaue Erklärung der Begriffe des natürlichen, nicht-natürlichen («unnatürlichen») oder unklaren Todesfalls lässt sich allerdings auch auf dem Weg der Auslegung nicht finden; es liegt eine Lücke im Gesetz vor. Eine genaue Begriffsbestimmung des aussergewöhnlichen Todesfalls ist bereits dadurch erforderlich, dass das Vorliegen desselben eine Meldepflicht nach Art. 253 Abs. 4 StPO auslöst sowie Anordnungsvoraussetzung für die Legalinspektion nach Abs. 1 der Bestimmung darstellt und die Ärzteschaft, Rechtsmedizin, Polizei und insbesondere die Staatsanwaltschaft ihr Handeln danach richten können müssen.

## **2.2.2. Sekundäre Rechtsquellen: Lehre und Überlieferung**

### **2.2.2.1. Rechtswissenschaftliche Literatur**

- 16 Die Tendenz der rechtswissenschaftlichen Lehre zusammenfassend betrifft der aussergewöhnliche Todesfall nach ZOLLINGER zwei Kategorien, nämlich den «nicht-natürlichen Tod bzw. gewaltsamen oder auf eine Gewalteinwirkung verdächtigen Tod» (Suizid, Unfall, Delikt, Behandlungsfehler) und den «unklaren Tod, bei welchem eine klare Unterscheidung in die Kategorie natürlicher Tod oder nicht-natürlicher Tod durch die Leichenschau

---

<sup>6</sup> Bot. StPO 2006, 1240.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 196 lit. a StPO.

<sup>8</sup> Vgl. auch TAG, Medizin und Recht, 76.

und die Umstände des Falles nicht möglich sind», worunter in erster Linie die plötzlich und unerwartet eintretenden Todesfälle fallen (nicht-natürlicher/gewaltsamer Tod möglich).<sup>9</sup>

#### **2.2.2.2. Richtlinien der SGRM zur Legalinspektion**

- 17 Die internen Richtlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) zur Legalinspektion vom 26. Juni 2009 definieren den aussergewöhnlichen Todesfall wie folgt: «Aussergewöhnliche Todesfälle sind nicht-natürliche, d.h. gewaltsame oder auf eine Gewalteinwirkung verdächtige Todesfälle oder solche, die plötzlich und unerwartet eintraten und eine Gewalteinwirkung nicht ausgeschlossen werden kann.»<sup>10</sup>

#### **2.2.2.3. Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren (WOSTA)**

- 18 Die Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für das Vorverfahren vom 11. Oktober 2017 (WOSTA) konkretisieren den Begriff des aussergewöhnlichen Todesfalls dahingehend, dass darunter jeder Todesfall zu subsumieren sei, «welcher nicht sofort eindeutig auf ein inneres Geschehen zurückzuführen ist» oder wenn die Identität des Leichnams unbekannt sei. Als Beispiele werden tödliche Unfälle ohne Anhaltspunkte für ein Drittverschulden, Suizide, assistierte Suizide, Todesfälle, bei denen kein Arzt einen Totenschein ausstellt und der plötzliche Kindstod aufgeführt.<sup>11</sup>

#### **2.2.2.4. Ärztliche Todesbescheinigungen**

- 19 Der Arzt erstellt im Rahmen der Leichenschau eine Todesbescheinigung. Jeder Kanton verfügt über eine eigene individuell ausgestaltete ärztliche Todesbescheinigung. Die ärztlichen Todesbescheinigungen zahlreicher Kantone wurden dem Modell des Kantons Bern von 1992 angepasst, welche folgende Dreiteilung der Todesfälle, die auch als Todesarten i.w.S. bezeichnet werden, aufweist und die Meldepflicht von aussergewöhnlichen Todesfällen optisch wie folgt darstellt:<sup>12</sup>

- Natürlicher Todesfall
  - Nicht-natürlicher Todesfall (Unfall, Suizid, Delikt, inkl. Spätfolgen davon)
  - Unklarer Todesfall (nicht-natürlicher Tod möglich)
- Meldung an Polizei oder Staatsanwaltschaft ist erfolgt

<sup>9</sup> ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 29.

<sup>10</sup> SGRM, Richtlinien Legalinspektion, 5.

<sup>11</sup> WOSTA, Ziff. 11.7.7.1., 12.8.5.

<sup>12</sup> Vgl. ZOLLINGER, BSK StPO 253 N 17.

### 2.2.3. Terminologie in der rechtsmedizinischen Literatur

- 20 In der aktuellen rechtsmedizinischen Lehre regelmässig anzutreffen ist folgende Definition des aussergewöhnlichen Todesfalls: «Ein aussergewöhnlicher Todesfall (agT) liegt immer dann vor, wenn ein Todesfall nicht-natürlich (gewaltsam) oder unklar ist.»<sup>13</sup> Ein nicht-natürlicher Tod wird dabei als gewaltsamer Tod, welcher Eigen- oder Fremdgewalt umfasst, umschrieben. Ein unklarer Tod wird aufgefasst als plötzlicher und unerwarteter Tod, mithin ein Todesfall, bei dem ein nicht-natürlicher Tod möglich, aber mangels äusserlicher Hinweise auf Gewalt ohne weitere Abklärungen nicht beweisbar ist; oder vice versa bestehen keine oder unzureichende Hinweise auf einen natürlichen Tod, ein nicht-natürlicher Tod wie etwa eine Vergiftung vermag aber nicht ausgeschlossen werden.<sup>14</sup>
- 21 Heute fallen unter den so definierten Begriff des aussergewöhnlichen Todesfalls im rechtsmedizinischen Sinn neben den Tötungsdelikten, Suiziden und Unfällen alle plötzlichen und unerwarteten Todesfälle inklusive des plötzlichen Kindstods, sowie alle Fundleichen und Todesfälle infolge eines medizinischen Eingriffs.<sup>15</sup>

### 2.2.4. De lege feranda: Legaldefinition des aussergewöhnlichen Todesfalls in Art. 252a E-StPO und Änderung von Art. 253 Abs. 1 E-StPO

- 22 Der Begriff des aussergewöhnlichen Todesfalls im Sinne von Art. 253 StPO umfasst zweckgerichtet alle abklärungswürdigen Sachverhalte, bei denen ein strafrechtlich relevantes Drittverschulden nicht von vornherein mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Eine einheitliche Verwendung von Begriffen und Definitionen bei Todesfällen durch die Ärzteschaft, Rechtsmedizin, Polizei und Staatsanwaltschaft ist wichtig, um Missverständnisse zu vermeiden. Da der Begriff des aussergewöhnlichen Todesfalls unklar geregelt ist, drängt sich eine Legifizierung dieses Begriffs auf. ZOLLINGER/KIPFER plädieren daher völlig zu Recht für die Einführung einer Legaldefinition des Begriffs des «aussergewöhnlichen Todesfalls» in der StPO. Entsprechend sollten die kantonalen Bestimmungen der Gesundheitsgesetzgebung, welche in Ausführung von Art. 253 Abs. 4 StPO die Meldepflicht von Medizinalpersonen für aussergewöhnliche Todesfälle statuieren, angepasst und vereinheitlicht werden.<sup>16</sup>
- 23 Eine mögliche Fassung für einen neuen **Art. 252a E-StPO** könnte etwa wie folgt lauten:

***"Art. 252a Aussergewöhnliche Todesfälle***

*Aussergewöhnlich ist jeder Todesfall, der nicht sofort eindeutig auf eine natürliche innere Ursache (Krankheit) zurückzuführen ist.*

*Dazu gehören der nicht-natürliche Todesfall (Unfall, Suizid, Delikt, medizinischer Behandlungsfehler, sowie Spätfolgen dieser Ereignisse) und der*

<sup>13</sup> S. z.B. PLATTNER/ZOLLINGER, Ther Umsch 2008, 401.

<sup>14</sup> PLATTNER/ZOLLINGER, Ther Umsch 2008, 402.

<sup>15</sup> MUND/BÄR, SMF 2005, 130.

<sup>16</sup> Vgl. ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 4, 11, 29.

*unklare Todesfall (plötzlicher oder unerwarteter Tod, unbekannte Todesumstände, unbekannte Identität).*"

- 24 Der aktuelle Wortlaut von Art. 253 Abs. 1 StPO ist indes missverständlich und lässt fälschlicherweise vermuten, dass im Zweifelsfall von einer Legalinspektion abzusehen ist. Deshalb ist zu fordern, dass der Gesetzeswortlaut entsprechend angepasst wird. JOSITSCH plädiert zu Recht für eine Beweisumkehr dahingehend, dass man immer von einem nicht-natürlichen Tod ausgehen sollte, solange es nicht genügend Hinweise auf einen natürlichen gibt.<sup>17</sup>
- 25 Eine entsprechende Neufassung von Art. 253 **Abs. 1** E-StPO könnte etwa wie folgt lauten:

*«Kann bei einem Todesfall ein nicht-natürlicher Tod, insbesondere eine Straftat, vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden oder ist die Identität des Leichnams unbekannt, so ordnet die Staatsanwaltschaft zur Klärung der Todesart oder zur Identifizierung des Leichnams eine Legalinspektion durch eine sachverständige Ärztin oder einen sachverständigen Arzt an.»<sup>18</sup>*

## 2.3. Freigabe der Leiche vor Ort (Art. 253 Abs. 2 StPO)

### 2.3.1. Aktueller Gesetzeswortlaut: Fehlende Hinweise auf eine Straftat

- 26 Gemäss aktuellem Wortlaut von Art. 253 Abs. 2 StPO gibt die Staatsanwaltschaft die Leiche bereits dann zur Bestattung frei, wenn nach der Legalinspektion keine Hinweise auf eine Straftat bestehen und die Identität feststeht.
- 27 Die Erfahrung zeigt, dass die Legalinspektion wie auch die polizeilichen Abklärungen am Fundort in nicht wenigen Fällen mit anfänglich unauffälligen Auffindsituationen von äusserlich unverehrten Verstorbenen völlig unauffällig blieben und erst weitere rechts-medizinische Untersuchungen im Sinne von Art. 253 Abs. 3 StPO die ersten Befunde zu Tage gefördert haben, die zum Verdacht auf eine Straftat Anlass gaben.<sup>19</sup> Auch eine professionell durchgeführte äussere Untersuchung eines Leichnams im Rahmen der Legalinspektion reicht nicht aus, um in allen Fällen mit rechtsgenügender Sicherheit eine strafrechtlich relevante Dritteinwirkung auszuschliessen.<sup>20</sup>
- 28 In den kantonalen Strafprozessordnungen fanden sich zum Teil differenziertere Anweisungen über die Indikation zur Leichenfreigabe als in Art. 253 Abs. 2 StPO.<sup>21</sup> Vorteilhafter

<sup>17</sup> JOSITSCH, Beobachter 17. April 2015; JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 614.

<sup>18</sup> Ähnlich JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 614.

<sup>19</sup> GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Komm Textausgabe StPO, 240; ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 53.

<sup>20</sup> ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 47, 53.

<sup>21</sup> ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 54.

war z.B. die Fassung der StPO/AG, wonach eine Legalobduktion anzuordnen und der Leichnam nicht freizugeben war, «wenn durch die Legalinspektion das Vorliegen einer Straftat nicht ausgeschlossen wird und zu erwarten ist, dass die Todesursache durch die Sektion des Leichnams besser abgeklärt werden kann».<sup>22</sup>

29 Mit der aktuellen Fassung von Abs. 2 besteht die Gefahr, dass sich die Staatsanwaltschaft mit dem Verweis auf die formalistische Anwendung des Gesetzestextes rechtfertigt, wenn sie wegen nicht offensichtlicher Hinweise auf eine Straftat auf die in der gegebenen Situation indizierte Obduktion verzichtet hat.<sup>23</sup> Diese Problematik zeigt folgendes Fallbeispiel aus der Praxis des Kantons St.Gallen: Ein 30-jähriger angehender Assistenzarzt wurde am 2. August 2015 tot aufgefunden. Die Staatsanwaltschaft hat die Leiche nach Abs. 2 freigegeben und keine Obduktion angeordnet, da die am Fundort durchgeföhrte Legalinspektion «keine Hinweise auf eine Dritteinwirkung ergeben» und die Polizei keine für einen gewaltsamen Tod sprechenden Spuren gefunden haben. Man ging aufgrund der Fundsituation des Leichnams von einem Suizid aus. Weitere Untersuchungen wurden nicht eingeleitet, obwohl Polizei und Rechtsmedizin dies empfohlen und auch die Angehörigen eine Obduktion verlangt hatten. Gemäss Mediensprecher der St.Galler Staatsanwaltschaft brauche es «positive Anhaltspunkte dafür, dass eine Dritteinwirkung zum Tod geführt hat. Nur dann dürfe die Staatsanwaltschaft eine Obduktion anordnen». Auch das im Rahmen einer durch die Angehörigen veranlassten privaten Autopsie im Blut des Verstorbenen nachgewiesenen Gammahydroxybutyral – besser bekannt als K.O.-Tropfen-Wirkstoff GHB – liefere «ebenfalls keinen Hinweis auf eine Dritteinwirkung», da kein Hinweis darauf vorliege, dass der Person das GHB gegen ihren Willen verabreicht worden ist. Die Staatsanwaltschaft müsse nicht beweisen, dass ein Selbstverschulden vorliege, sondern dürfe «erst tätig werden, wenn sie konkrete Anhaltspunkte für ein Drittverschulden oder eine Straftat hat».<sup>24</sup>

### 2.3.1.1. De lege feranda: Änderung von Art. 253 Abs. 2 E-StPO

30 Es ist denjenigen Lehrmeinungen zu folgen, nach welchen die Staatsanwaltschaft die Leiche nur dann vor Ort zur Bestattung freigeben sollte, wenn die Legalinspektion und die gesamten weiteren Umstände sowie allenfalls die zusätzlichen polizeilichen Erkenntnisse eine natürliche, nicht deliktisch beeinflusste Todesart ergeben.<sup>25</sup> Der aktuelle Wortlaut von Art. 253 Abs. 2 StPO ist indes missverständlich und lässt fälschlicherweise vermuten, dass im Zweifelsfall von einer Obduktion abzusehen ist.<sup>26</sup> Der Wortlaut von Art. 253 Abs. 2 StPO sollte dementsprechend geändert werden, um der erwähnten Gefahr der

---

<sup>22</sup> StPO/AG § 117 I.

<sup>23</sup> Vgl. ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 55.

<sup>24</sup> S. ELSENER, St.Galler Tagblatt-online 24. Februar 2016.

<sup>25</sup> S. SCHMID, Komm StPO 253 N 4; ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 52 ff.; ähnlich JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 611.

<sup>26</sup> Ähnlich JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 614.

Umgehung einer Obduktionsindikation mittels Berufung auf den Gesetzestext zu begegnen.

- 31 Die Schweizerische Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) hatte im Vernehmlassungsverfahren zur StPO im Januar 2007 – leider nicht mehr fristgerecht – der Rechtskommission im Nationalrat vorgeschlagen, Abs. 2 folgendermassen zu formulieren: «Lässt sich nach der Legalinspektion und den parallel dazu getätigten fahndungspolizeilichen und kriminaltechnischen Ermittlungen eine Straftat mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschliessen und steht die Identität des Leichnams fest, so gibt die Staatsanwaltschaft die Leiche zur Bestattung frei.» Auch JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH betonen die Wichtigkeit der Umkehrung der Schlussfolgerung für den Zweifelsfall.<sup>27</sup>

- 32 Eine entsprechende Neufassung von Art. 253 **Abs. 2** E-StPO könnte etwa wie folgt lauten:

*«Erbringen die Legalinspektion und die polizeilichen Ermittlungen sich verdichtende Hinweise auf einen natürlichen Tod oder kann nach der Legalinspektion und den polizeilichen Ermittlungen eine Straftat vernünftigerweise ausgeschlossen werden, und steht die Identität des Leichnams fest, so gibt die Staatsanwaltschaft die Leiche zur Bestattung frei.»<sup>28</sup>*

## **2.4. Sicherstellung der Leiche und weitere Untersuchungen (Art. 253 Abs. 3 StPO)**

### **2.4.1. De lege lata: Fehlende Erwähnung der bildgebenden Verfahren**

- 33 Kann die Leiche nicht anlässlich der Legalinspektion i.S. von Art. 253 Abs. 2 StPO freigegeben werden («andernfalls»), ordnet die Staatsanwaltschaft gem. Abs. 3 die «Sicherstellung der Leiche und weitere Untersuchungen durch eine rechtsmedizinische Institution, nötigenfalls die Obduktion» an. Der Begriff der weiteren Untersuchungen wird nicht näher definiert, insbesondere ist unklar, ob die bildgebenden Verfahren unter Abs. 3 der aktuell geltenden Fassung subsumiert werden können.

### **2.4.2. De lege feranda: Änderung von Art. 253 Abs. 3 E-StPO**

- 34 Bildgebende Verfahren wie Computertomogramme (CT), Magnetresonanz-Imaging (MRI) und 3D-Oberflächenscanning haben in den letzten Jahren Einzug in die Rechtsmedizin gefunden und werden von den grösseren rechtsmedizinischen Instituten routinemässig

---

<sup>27</sup> Vgl. JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 614.

<sup>28</sup> Vgl. JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 614.

angeboten.<sup>29</sup> Es stellt sich die Frage, ob solche Verfahren unter den Begriff der Legalinspektion nach Abs. 1 subsumiert werden können.<sup>30</sup> Es handelt sich dabei um inspizierende, i.d.R. nicht-invasive Verfahren, die sich nur in technischer Hinsicht von der herkömmlichen Legalinspektion unterscheiden. Bildgebende Verfahren, vor allem CT's könnten im Stadium der Legalinspektion zusätzliche Informationen bezüglich Todesart, Todesursache und Identität liefern und die Triage bezüglich Obduktionsentscheidung erleichtern. Es wurde angeregt, die bildgebenden Verfahren in die Richtlinien der SGRM über die Legalinspektion aufzunehmen.<sup>31</sup> Diese Untersuchungen können aber nicht wie die herkömmliche Legalinspektion am Fund- oder Tatort, sondern nur in einem rechtmedizinischen Institut vorgenommen werden können. Deshalb wäre es naheliegender, in gewissen Fällen solche triagierenden bildgebenden Untersuchungen z.B. unter den Begriff «erweiterte Legalinspektion» einzustufen.<sup>32</sup> Bildgebende Untersuchungen würden nicht nur die Sicherheit der Diagnostik bei der Legalinspektion deutlich erhöhen, sondern könnten sich auch kostensenkend auswirken, indem unnötige Obduktionen vermieden werden könnten. Bei einer Revision der StPO besteht hier Optimierungsbedarf.<sup>33</sup>

- 35 De lege lata sind die Methoden der forensischen Bildgebung also unter den Begriff «weitere Untersuchungen» i.S. von Art. 253 Abs. 3 StPO einzustufen. Ihre Bedeutung (noch) nicht als Ersatz, aber gegebenfalls als wichtige Ergänzung und Triagefunktion zur Obduktion würde eine namentliche Erwähnung der Bildgebung in Art. 253 Abs. 3 StPO rechtfertigen.<sup>34</sup>
- 36 Eine entsprechende Neufassung von Art. 253 **Abs. 3** E-StPO könnte etwa wie folgt lauten:

«Andernfalls ordnet die Staatsanwaltschaft die Sicherstellung der Leiche und weitere Untersuchungen durch eine rechtsmedizinische Institution, **insbesondere die erweiterte Legalinspektion unter Einsatz von bildgebenden Verfahren und** nötigenfalls die Obduktion, an. Sie kann die Leiche oder Teile davon zurück behalten, solange der Zweck der Untersuchung es erfordert.»

## 2.5. Problematik des häufig fehlenden Tatverdachts

- 37 Die StPO regelt die formell-verfahrensrechtlichen Seiten der Untersuchungen an Leichen nicht. Nach Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO hat die Staatsanwaltschaft in jedem Fall eine Straf-

<sup>29</sup> M.W.H. JACKOWSKI, Krim 2011, 781; DIRNHOFER ET AL., RadioGraphics 2006, 1305 ff.; THALI/DIRNHOFER, Krim 2003, 693 ff.

<sup>30</sup> ZIMMERMANN, 183 f.

<sup>31</sup> S. ZIMMERMANN, 183 f.

<sup>32</sup> ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 42a, 61.

<sup>33</sup> S. auch ZIMMERMANN, 176 ff.; ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 42a.

<sup>34</sup> ZIMMERMANN, 183.

untersuchung im Sinne von Art. 308 ff. StPO zu eröffnen, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet.<sup>35</sup> Umgekehrt bedeutet dies nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass strafprozessuale Zwangsmassnahmen ausschliesslich im Rahmen der Strafverfolgung zulässig sind und bedingen, «dass nach strafprozessualen Grundsätzen ein Verfahren eröffnet worden ist».<sup>36</sup>

- 38 Die WOSTA unterscheiden bei den aussergewöhnlichen Todesfällen zwischen Tötungsdelikten und sog. «anderen aussergewöhnlichen Todesfällen», bei welchen nicht «sofort und eindeutig» auf «durch Drittverschulden herbeigeführt» oder «eine natürliche Todesursache» geschlossen werden kann.<sup>37</sup> Bei diesen "anderen aussergewöhnlichen Todesfällen" sind Polizei und Staatsanwaltschaft zum Handeln aufgerufen, obwohl zu Beginn kein Anfangsverdacht auf eine Straftat vorliegt. Dies, obwohl ein solcher Verdacht für die Einleitung eines Vorverfahrens erforderlich ist. Es handelt sich dabei um ein eigentliches Ermittlungsverfahren, das dadurch charakterisiert wird, dass sich der Verdacht auf Begehung eines Delikts noch nicht derart verdichtet hat, dass es gerechtfertigt wäre, eine Untersuchung nach Art. 308 StPO zu eröffnen, oder zu entscheiden, ein Delikt liege nicht vor. In diesem Stadium des Verfahrens gilt es strafprozessual gesehen noch keine Parteien – weder Beschuldigte noch Geschädigte. Man sich immer noch im Stadium der Aufklärung, des Abtastens und der Prüfung, ob überhaupt ein strafrechtlicher Tatbestand vorliegt.
- 39 Grundsätzlich handelt es sich um das Stadium der ersten Erhebungen, die eigentlich dogmatisch betrachtet gemäss der Grundkonzeption des geltenden Strafrechts, welches zwischen Handeln nach der StPO und präventiv-polizeilichem Handeln gemäss kantonaler Polizeigesetzgebung unterscheidet, von der Polizei zu tätigen wären. Doch bei der Untersuchung von (anderen) aussergewöhnlichen Todesfällen ist zu beachten, dass der persönliche Eindruck am Ereignis- oder Fundort unerlässlich ist und vor Ort Verpasstes i.d.R. nicht mehr nachgeholt werden kann. Dies rechtfertigt und verlangt, dass die Staatsanwaltschaft Aufraggeberin und Leiterin des Verfahrens ist. Dass die Staatsanwaltschaft von Anfang an ins Verfahren eingeschaltet werden und die Untersuchung von aussergewöhnlichen Todesfällen in Anwendung der StPO – und nicht auf Stufe der kantonalen Polizeigesetzgebung – erfolgen soll, entspricht denn auch der Intention des Gesetzgebers: Einerseits gehören aussergewöhnliche Todesfälle zu den sog. Brandtourgeschäften nach Art. 307 Abs. 1 StPO, welche dadurch charakterisiert sind, dass der zuständige Staatsanwalt benachrichtigt werden muss, da er in diesen Fällen von Anfang an die Leitung der Untersuchung zu übernehmen hat. Andererseits ist die Staatsanwaltschaft Aufraggeberin der Untersuchungen nach Art. 253 StPO und hat vor Ort weitere Entscheidungen über das weitere Vorgehen zu treffen.

---

<sup>35</sup> S. HUG, ZHK StPO 196 N 4.

<sup>36</sup> Vgl. BGE 136 I 87 E. 8.5.

<sup>37</sup> Vgl. WOSTA, Ziff. 12.8.5.

- 40 Um den Widerspruch mit dem Tatverdachtserfordernis insbesondere in Art. 309 Abs. 1 lit. a und Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO zu lösen und eine allfällige Unverwertbarkeit von im Rahmen der Untersuchung von aussergewöhnlichen Todesfällen erhobenen Beweisen zu vermeiden, empfiehlt sich die Einführung einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage, welche die Durchführung einer Untersuchung bei anderen aussergewöhnlichen Todesfällen und die Anordnung von weiteren Zwangsmassnahmen als jene in Art. 253 StPO genannten (zu denken ist vor allem an Durchsuchungen und Untersuchungen am Ereignisort) durch die Staatsanwaltschaft ermöglicht.
- 41 Eine mögliche Fassung für einen neuen **Art. 253 Abs. 1<sup>bis</sup> E-StPO** könnte etwa wie folgt lauten:

*"Mit der Anordnung der Legalinspektion eröffnet die Staatsanwaltschaft bei einem Tötungsdelikt eine Untersuchung nach Artikel 308. Bei den anderen aussergewöhnlichen Todesfällen eröffnet die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung unter dem Titel "Aussergewöhnlicher Todesfall XY"; das Verfahren richtet sich sinngemäss nach den Vorschriften über das Vorverfahren. Im Übrigen gelten die Artikel 241-252 sinngemäss."*

### 3. **Fazit: Empfehlung der Einführung eines neuen Art. 252a E-StPO und der Änderung von Art. 253 E-StPO**

- 42 Zusammenfassend führt die aktuell bestehende Regelung von Art. 253 StPO zu Schwierigkeiten und ungewollten Ergebnissen bei der Rechtsanwendung. Da sich eine korrigierende Einwirkung der Rechtsprechung in näherer Zukunft nicht abzuzeichnen scheint, besteht die Notwendigkeit eines legislativen Eingriffs. Aus diesen Gründen wird angeregt, nach einer Lösung zu suchen, welche die Verbesserung der Regelung im eben erläuterten Sinn ermöglicht.
- 43 Ein möglicher Lösungsvorschlag für einen neuen **Art. 252a E-StPO** und einen angepassten **Art. 253 E-StPO** könnte etwa wie folgt lauten:

#### **Art. 252a Aussergewöhnliche Todesfälle**

*Aussergewöhnlich ist jeder Todesfall, der nicht sofort eindeutig auf eine natürliche innere Ursache (Krankheit) zurückzuführen ist.*

*Dazu gehören der nicht-natürliche Todesfall (Unfall, Suizid, Delikt, medizinischer Behandlungsfehler, sowie Spätfolgen dieser Ereignisse) und der unklare Todesfall (plötzlicher oder unerwarteter Tod, unbekannte Todesumstände, unbekannte Identität).*

#### **Art. 253 Durchführung der Untersuchung**

- <sup>1</sup> *Kann bei einem Todesfall ein nicht-natürlicher Tod, insbesondere eine Straftat, vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden oder ist die Identität des Leichnams unbekannt, so ordnet die Staatsanwalt-*

*schaft zur Klärung der Todesart oder zur Identifizierung des Leichnams eine Legalinspektion durch eine sachverständige Ärztin oder einen sachverständigen Arzt an.*

- 1bis Mit der Anordnung der Legalinspektion eröffnet die Staatsanwaltschaft bei einem Tötungsdelikt eine Untersuchung nach Artikel 308. Bei den anderen aussergewöhnlichen Todesfällen eröffnet die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung unter dem Titel "Aussergewöhnlicher Todesfall XY"; das Verfahren richtet sich sinngemäss nach den Vorschriften über das Vorverfahren. Im Übrigen gelten die Artikel 241-252 sinngemäss.*
- 2 Erbringen die Legalinspektion und die polizeilichen Ermittlungen sich verdichtende Hinweise auf einen natürlichen Tod oder kann nach der Legalinspektion und den polizeilichen Ermittlungen eine Straftat vernünftigerweise ausgeschlossen werden, und steht die Identität des Leichnams fest, so gibt die Staatsanwaltschaft die Leiche zur Bestattung frei.*
- 3 Andernfalls ordnet die Staatsanwaltschaft die Sicherstellung der Leiche und weitere Untersuchungen durch eine rechtsmedizinische Institution, insbesondere die erweiterte Legalinspektion unter Einsatz von bildgebenden Verfahren und nötigenfalls die Obduktion, an. Sie kann die Leiche oder Teile davon zurückbehalten, solange der Zweck der Untersuchung es erfordert.*
- 4 Die Kantone bestimmen, welche Medizinalpersonen verpflichtet sind, aussergewöhnliche Todesfälle den Strafbehörden zu melden.*

## **Verwendete Literatur**

Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung des Eidgenössischen Polizei- und Justizdepartements (EJPD) vom Juni 2001, <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess/vn-ber-1-d.pdf>> (12.3.2018) (Begleitbericht VE StPO)

BIBER PASCAL, Todesursache unerkannt, SRF Puls vom 29. Januar 2018, <<https://m.srf.ch/sendungen/puls/todesursache-unerkannt>> (12.3.2018) (Biber, SRF Puls 29. Januar 2018)

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBI 2006 1085 ff. (Bot. StPO 2006)

DIRNHOFER RICHARD ET AL., Virtopsy: Minimally Invasive, Imaging-guided Virtual Autopsy, RadioGraphics 26 (2006), 1305-1333 (Dirnhofer et al., RadioGraphics 2006)

DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. A., Zürich 2014 (Bearbeiter, ZHK StPO)

ELSENER MARCEL, Todesfall wirft Fragen auf, St.Galler Tagblatt-online vom 24. Februar 2016, <<http://www.tagblatt.ch/ostschweiz/ostschweiz/tb-os/Todesfall-wirft-Fragen-auf;art120094,4534853>> (12.3.2018) (Elsener, St.Galler Tagblatt-online 24. Februar 2016)

GOLDSCHMID PETER/MAURER THOMAS/SOLLMERGER JÜRG (Hg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008 (Goldschmid/Maurer/Sollberger, Komm Textausgabe StPO)

HAUSMANN ROLAND, Interview in: Welte Franz, Jedes zweite Tötungsdelikt wird nicht erkannt, St.Galler Nachrichten vom 5. November 2015 (45/2015), 33 (Hausmann, St. Galler Nachrichten 5. November 2015)

HELPENBERGER WILLI, Rechtsmediziner schlagen Alarm: Jedes zweite Tötungsdelikt in der Schweiz bleibt unentdeckt, watson-online vom 12. November 2015, <<http://www.watson.ch/Schweiz/Justiz/138861323-Rechtsmediziner-schlagen-Alarm--Jedes-zweite-T%C3%B6tungsdelikt-in-der-Schweiz-bleibt-unentdeckt->>> (12.3.2018) (Helfenberger, watson-online 12. November 2015)

JACKOWSKI CHRISTIAN, Bildgebung in der Rechtsmedizin, Kriminalistik 65 (12/2011), 781-787 (Jackowski, Krim 2011)

JACKOWSKI CHRISTIAN/HAUSMANN ROLAND/JOSITSCH DANIEL, Eine Dunkelziffer bei Tötungsdelikten in der Schweiz: Fiktion oder Realität?, Kriminalistik 68 (10/2014), 607-614 (Jackowski/Hausmann/Jositsch, Krim 2014)

JOSITSCH DANIEL, Interview in: Signorell Gian, Medizin – Perfekte Morde, Beobachter vom 17. April 2015 (8/2015), <[http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/gesetze-recht/artikel/medizin\\_perfekte-morde/](http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/gesetze-recht/artikel/medizin_perfekte-morde/)> (12.3.2018) (Jositsch, Beobachter 17. April 2015)

MUND MICHAEL T./BÄR WALTER, Rechtsmedizinische Aspekte beim plötzlichen Todesfall, SMF 5 (2005), 129 ff. (Mund/Bär, SMF 2005)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. A., Basel 2014 (Bearbeiter, BSK StPO)

PLATTNER THOMAS/ZOLLINGER ULRICH, Der aussergewöhnliche Todesfall, Therapeutische Umschau 65 (7/2008), 401 ff. (Plattner/Zollinger, Ther Umsch 2008)

SCHMID NIKLAUS, Praxiskommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. A., Zürich/St. Gallen 2013 (Schmid, Komm StPO)

Schweizerische Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM), Richtlinien zur Durchführung der Legalinspektion vom 26. Juni 2009, <[http://www.sgrm.ch/uploads/media/Durchfuehrung\\_Legalinspektion\\_01.pdf](http://www.sgrm.ch/uploads/media/Durchfuehrung_Legalinspektion_01.pdf)> (12.3.2018) (SGRM, Richtlinien Legalinspektion)

SIGNORELL GIAN, Medizin – Perfekte Morde, Beobachter vom 17. April 2015 (8/2015),  
<[http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/gesetze-recht/artikel/medizin\\_perfekte-morde/](http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/gesetze-recht/artikel/medizin_perfekte-morde/)>  
(12.3.2018) (Signorell, Beobachter 17. April 2015)

TAG BRIGITTE, Medizin und Recht, in: Madea Burkhard/Musshoff Frank/Tag Brigitte (Hg.), Kurzlehrbuch Rechtsmedizin, Bern 2012, 15-79 (Tag, Medizin und Recht)

THALI MICHAEL/DIRNHOFER RICHARD, Viropsy, Neue Methoden in der Rechtsmedizin, Kriminalistik 57 (11/2003), 693-696 (Thali/Dirnhofer, Krim 2003)

WASER TABEA, Rechtsmedizin warnt: «Hälfte der Tötungsdelikte bleibt unentdeckt», 20 Minuten-online vom 6. November 2015, <<http://www.20min.ch/schweiz/ostschweiz/story/16818813>>  
(12.3.2018) (Waser, 20 Minuten-online 6. November 2015)

Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für das Vorverfahren (WOSTA) vom 11. Oktober 2017,  
<[http://www.staatsanwaltschaften.zh.ch/internet/justiz\\_inneres/staatsanwaltschaften/de/Strafverfahren1/ErlasseSVE.html](http://www.staatsanwaltschaften.zh.ch/internet/justiz_inneres/staatsanwaltschaften/de/Strafverfahren1/ErlasseSVE.html)> (12.3.2018) (WOSTA)

ZIMMERMANN DAVID ALEXANDER, Viropsy und damit verbundene rechtliche Rahmenbedingungen und Auswirkungen, Taunusstein 2013

Christoph Hug, Dr.iur.  
Präsident Verein Strafmediation Zürich  
Hochwachtstrasse 28 B  
8400 Winterthur  
e-mail: ch.n.hug@bluewin.ch  
Natel +41 79 371 67 11

Winterthur, 23. Febr. 2018

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement  
z.Hd. Frau Annemarie Gasser

---

per E-Mail

## **Vernehmlassung betr. Änderung der Strafprozessordnung**

Sehr geehrte Damen und Herren

In Ergänzung zur Stellungnahme des Vereins Swiss RJ Forum betr. **Erweiterung des Art. 316 StPO** beantragen wir seitens des Vereins Strafmediation Zürich, dass auf Grund der bisherigen Erfahrungen mit Mediation im Jugendstrafverfahren, namentlich im Kanton Zürich (vgl. die der zürcherischen Jugendstrafrechtspflege angegliederte Stelle für Jugendstrafverfahren Zürich; [www.jugendstrafrechtspflege.zh.ch/internet/justiz\\_inneres/jst/de/mediation.html](http://www.jugendstrafrechtspflege.zh.ch/internet/justiz_inneres/jst/de/mediation.html)), in Art. 316 StPO auch die Möglichkeit der Mediation im Erwachsenenstrafverfahren, analog der Regelung in Art. 17 JStPO, aufzunehmen sei.

Es ist nicht einzusehen, weshalb das im Jugendstrafrecht sich bewährende Institut der Mediation nicht auch im Erwachsenenstrafrecht möglich sein soll. Nicht unerwähnt bleiben sollen jene Fälle, bei denen heute schon, z.B. im Kanton Zürich, erwachsene Mittäter sich am Mediationsverfahren Jugendlicher beteiligen, wobei das Verfahren gegen die Erwachsenen dann bei erfolgreicher Mediation infolge Rückzugs des Strafantrages eingestellt wird. Über die Erfahrungen mit Mediation im Jugendstrafverfahren, namentlich die nachhaltigen positiven Auswirkungen auf Täter und Opfer, geben die Oberjugendanwaltschaft des Kantons Zürich sowie die Leiterin der zürcherischen Fachstelle für Mediation im Jugendstrafverfahren gerne Auskunft.

Mit freundlichen Grüßen

Verein Strafmediation Zürich  
Dr.iur. Ch. Hug, Präsident  
([www.strafmediation-zuerich.ch](http://www.strafmediation-zuerich.ch))