

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; Internet: www.skg-ssdp.ch

An das Eidgenössische
Justiz- und Polizeidepartement

Per E-Mail an
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 Amtsbätter.

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. Andererseits 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 anzubieten. 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 Verfahreneinstellung 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 amtliche

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 blossen Durchsetzung im Straf-punkt 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 offen-sichtlich, 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 stos-senden Ergebnissen bei der materiellen Wahrheitsfindung, stellt die Strafverfolgungs-behörden bei mehreren Beschuldigten vor grosse praktische Probleme und verlängert und verteuert die Verfahren unnötigerweise. Die Teilnahmerechte müssen den Stan-dards 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 kon-frontiert 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 Anony-mität 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 Entscheidebegründung 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 Beizug 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. Zuerst 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 Bagatellfällen 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 seltenes, 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:

Der Sekretär:

Annemarie Hubschmid Volz

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 Strafprozessordnung

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 beiziehen 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 Zuwiderhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, Ladendiebstähle, einfache Körperverletzungen, Tötlichkeiten und andere mengenmässig eher häufig vorkommende Delikte, und zwar auch im Bereich von über 120 Tagessätzen bzw. 4 Monaten Freiheitsstrafen. Die tiefen Einsprachequoten deuten auf eine hohe Akzeptanz der Strafbefehle hin. Es ist klar festzustellen, dass ein schnelles und rechtsstaatlich korrektes Verfahren im Interesse aller Beteiligten liegt und von diesen gewünscht und erwartet wird. Auch im Strafbefehlsverfahren kann jeder Entscheid und jede Verfahrenshandlung der Staatsanwaltschaft angefochten werden. Der Rechtsstaat stünde ohne das 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^{bis} in Verbindung mit Art. 353 Abs. 2 EStPO sowie Art. 354 Abs. 1 Bst. a^{bis} und 1^{bis} EStPO / Zivilklage im Strafbefehlsverfahren

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

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^{ter} 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^{bis} und 3 / Schlussmitteilung und erneute Information zur Konstituierung als Privatklägerschaft und Stellung von Beweisanträgen

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

Die SSK/CPS beantragt daher, diese Bestimmung zu streichen.

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

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

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, obschon die heutige Regelung zu keinen Problemen geführt hat. Bisher haben alle Kantone Systeme entwickelt, die es ihnen ermöglichen, den Anforderungen der Strafprozessordnung mit Bezug auf die Bestellung der amtlichen Verteidigung zu genügen. Insbesondere im Pikett müssen Anwälte rasch ausgewählt und eingesetzt werden können, weil ansonsten Beweisverluste drohen oder Fristen nicht eingehalten werden können. Eine Organisation innerhalb der Staatsanwaltschaften ist daher am zweckmässigsten. Es ist zudem daran zu erinnern, dass jederzeit gegen die Einsetzungsverfügungen Beschwerde erhoben werden kann.

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^{bis} EStPO / Aushändigung einer Kopie der Anzeige

Hier ist nicht ganz klar, wie diese Bestimmung zu verstehen ist. Gegen die Aushändigung einer Anzeigenkopie 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 verunmöglicht, dass eine beschuldigte Person Vermögenswerte bei einem Strohmännchen 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 umfangreicher 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 Beschwerderechte 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 référons 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 aisé 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^{bis} en corrélation avec l'art. 353 al. 2 AP-CPP, ainsi qu'avec l'art. 354 al. 1 let. a^{bis} et 1^{bis} 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 (dépassemments 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 régler l'obligation d'audition uniquement lorsqu'une révocation du sursis entre en ligne de compte.

2.2.3. Art. 354 al. 1^{er} 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^{bis} 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 introductive 1^{bis} 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'acquiescement 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 duro", est tenu de prononcer une mise en prévention même dans des cas dont il est probable qu'ils aboutiront à un acquiescement, 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

mises 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 séquestre 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^{bis} 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.

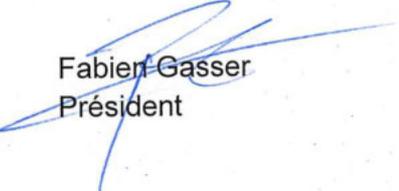
3. **Remarques finales**

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

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

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 vertritt 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 inkonsequent 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 abgängig 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 Unsicherheit 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 Verzögerungen 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 Vortäterfordernisses 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 massivst 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 Strafbefehlskompetenz 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 Änderungsvorschläge, die administrativen Mehraufwand und Verschwendung 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 Anzeigersteller 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 Anzeigersteller 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 Ordnungsbussengesetz, 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 – Tätlichkeiten, 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 bezirkswise aufgestellten Statthalterämter im Kanton Zürich (mit Busskompetenz 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 Stadtrichtern 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 «singemäss» 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

Kopie Schweizerischer Gemeindeverband



strafverteidiger.ch

Schweizerisches Kompetenzzentrum
für Strafverteidigung

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

Obschon 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.

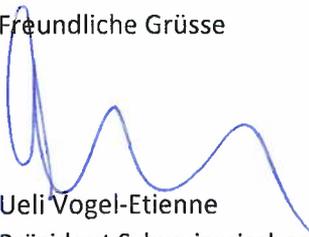
Es fällt daher nicht leicht, der gegenwärtigen Vorlage Vorteile abzugewinnen, zumal sie die Rechtsbeständigkeit gesetzgeberischer Erlasse, die als wichtige rechtsstaatliche Konstante gelten sollte, untergräbt. Dies gilt erst recht, wenn man sich vor Augen führt, dass auch das materielle Strafrecht, dem 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

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.¹

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 aller Beteiligten mehr als kompensiert. Zu beachten ist dabei auch, dass die Aufzeichnung die Dauer der Befragungen erheblich verkürzt.

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.

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 separater Entscheid, anfechtbar nur durch die amtliche Verteidigung, festsetzen zu lassen.² 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 Einvernahmeteknik 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.)

² 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 massiv 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 vorgesehene 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 anzugleichen (Wahrheit als Prozess, als Ergebnis eines herrschaftsfreien, fairen Dialogs zwischen den Prozessbeteiligten). U.E. können Teilnahmerechte die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht behindern. Gesetzlich erklärtes (theoretisches) Ziel des Strafverfahrens ist die Erforschung der materiellen objektiven Wahrheit. Dieses Ziel haben die Strafbehörden nicht mit allen, sondern nur mit den vom Gesetz vorgegebenen Instrumenten, in der vom Gesetz vorgegebenen Form zu erreichen, weshalb man präziser von der «prozessualen Wahrheit» spricht. Professor Detlef Krauss spricht treffend von der «Konstruktion des Rechtsfalles», bei der die den Sachverhalt ermittelnde Person einen entscheidenden Einfluss auf die spätere Wertung des Ermittlungsergebnisses hat. Wahrheit ist damit notwendigerweise immer ein Konstrukt prozessualer Ermittlungstätigkeit, die sich stets am Interesse der Verfahrenssubjekte orientiert: Es gibt immer nur Schilderungen, Erzählungen, Interpretationen, Wertungen, kurz: Kommunikation. Der «relevante Sachverhalt» ist somit unmittelbar von der Wahrnehmung und Interpretation der an diesem Vorgang bzw. am Verfahren beteiligten Akteure abhängig. Jeder der Akteure gibt diesen Kommunikationen Sinn, reduziert durch die Komplexität und konstruiert seine eigene Wahrheit, seine eigene Vorstellung der Wirklichkeit.³ Deshalb ist es als Ausgleich zur starken Stellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren sowie der eingeschränkten Unmittelbarkeit im

³ 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 rechtsstaatlichen 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

¹ 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.

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

³ 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 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. Dieselbe Konzeption wie dem Habeas Corpus Act und der Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte liegt Art. 5 Ziff. 4 EMRK zugrunde. Gemäss dieser Bestimmung hat jede Person *«die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, [hat] das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist»*. Die Einräumung eines Beschwerderechts an die Staatsanwaltschaft verkennt somit den Ursprung des Beschwerderechts gegen Haftentscheide vollkommen und ist bereits deshalb abzulehnen.

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

- Das erste Problem liegt darin, dass jenes Gericht, das Art. 5 Ziff. 4 EMRK für die Haftprüfung, auch die Möglichkeit und das Recht haben muss, die Haftentlassung anzuordnen. Diese Möglichkeit ist dem Haftrichter aber durch die Einräumung eines Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft entzogen worden, denn der Haftrichter kann den Verhafteten nicht freilassen, wenn die Staatsanwaltschaft dagegen Beschwerde führt, sonst wäre das Beschwerderecht ein rein theoretisches. Also muss der Verhaftete, trotz anderslautendem Entscheid des Haftrichters, in Haft bleiben (was so auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt). Der Haftrichter ist somit kein Richter, wie ihn Art. 5 Ziff. 4 EMRK fordert, da er nicht die absolute Kompetenz hat, die Haftentlassung anzuordnen. Dies verkennt das BJ in seinen Erläuterungen zur Revision, wenn es Art. 5 Ziff. 4 EMRK so verstehen will, dass damit nur die physische Vorführung vor den Richter (innert kurzer Frist) gemeint sei, die Garantie für die Betroffenen also nur eine rasche gerichtliche Haftprüfung umfasse. Dem steht aber der Wortlaut von Art. 5 Ziff. 4 EMRK klar entgegen: es geht nicht nur um eine raschmögliche gerichtliche Haftprüfung, sondern um eine Haftprüfung durch

ein Gericht, das auch die Haftentlassung definitiv verfügen kann. Auch die Lehre scheint – entgegen der Ansicht des BJ – dieser Auffassung zuzuneigen (vgl. Meyer-Ladewig, EMRK, Handkommentar, Nomos-Kommentar, Art. 5 Rz. 34 ff., 3. Aufl., Baden-Baden 2011).

- Räumt man der Staatsanwaltschaft dennoch ein Beschwerderecht ein, gerät man unweigerlich in das nächste Problem, nämlich wie man die in Art. 5 Ziff. 4 EMRK verlangte kurze Frist einhält, innert welcher das zuständige Gericht über «die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet» und die Entlassung der festgenommenen Person anordnet, «wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist». Wie gesagt müsste das die Beschwerdeinstanz sein und tun, wenn man der Konzeption des BJ folgen will, denn das ZMG darf ja nicht mehr unangefochten die Haftentlassung anordnen.
- Das BJ schlägt vor, dass die Staatsanwaltschaft innert 3 Stunden schriftlich begründet Beschwerde gegen den Haftentscheid erheben muss, dass dann das ZMG den Haftentscheid ausfertigt und diesen mit der begründeten Beschwerde und samt den Akten unverzüglich an die Beschwerdeinstanz übermittelt. Die Beschwerdeinstanz soll dann analog zu Art. 225 und 226 Abs. 1-5 StPO vorgehen, d.h. nichts anderes, als dass die Beschwerdeinstanz ein zweites mündliches Haftprüfungsverfahren innert analoger Frist (also innert max. 2 Tagen) durchführen muss. Dies ist aus diversen Gründen nicht machbar und zudem rechtswidrig.
- Die Beschwerdeinstanz wird innert 48 Std. seit Eingang der Akten bei ihr entscheiden müssen. Das setzt einen Pikettdienst bei der Beschwerdeinstanz voraus, welcher heute nicht existiert. Haben die Kantone keine Einzelrichterkompetenzen bei den Beschwerdeinstanzen vorgesehen, wird sich ein 3-er-Spruchkörper mit der Sache befassen müssen, der zuerst innert 48 Std. gefunden werden muss, was bei Gerichten mit nebenamtlichen Richtern nicht ohne weiteres, insbesondere nicht ohne Pikettdienst, möglich ist, was zudem auch weitere Kosten verursacht.
- Weiter ist Folge davon, dass das ganze EMRK-Haftprüfungsverfahren um mindestens 3 Tage verlängert wird (72 Std. bzw. 4 Tage bis zum Entscheid des ZMG, 1 Tag für Ausfertigung des Entscheides und die Übermittlung der Akten etc. an die Beschwerdeinstanz, 48 Std. für die Beschwerdeinstanz für einen neuen Entscheid), d.h. total 7 Tage, bis ein EMRK-konformer Entscheid vorliegt. Eine solche 7-Tage-Frist läuft auch an den Wochenenden, sodass – wenn der ZMG-Entscheid von einem Donnerstag datiert – die Beschwerdeinstanz samstags und sonntags durcharbeiten muss, um die Frist gegebenenfalls einzuhalten. Auch das ist illusorisch. Selbst wenn die 7-Tages-Frist eingehalten werden könnte, ist selbst das BJ nicht sicher, ob diese Frist noch EMRK-konform ist, da nach der EMRK-Rechtsprechung diese Frist maximal 4 Tage betragen darf (vgl. Begleitbericht, S. 31 zu Fn. 56). Wenn also eine EMRK-konforme Frist nicht eingehalten werden kann, dann sollte man lieber auf das Experiment verzichten, wenn es ohnehin rechtlich nicht geboten ist.
- Zu guter Letzt wird durch Art. 228a StPO ein Spezialrecht zur Behandlung von Haftbeschwerden geschaffen: die Haftbeschwerde wird in einem mündlichen Verfahren entschieden (statt im vom Gesetz vorgesehenen schriftlichen Verfahren), allerdings gilt das nur dann, wenn die Staatsanwaltschaft Beschwerde führt. Führt hingegen die inhaftierte Person gegen den Freiheitsentzug Beschwerde, gilt das normale schriftliche Verfahren, das bekanntlich – je nach Kanton – inkl. Schriftenwechsel sicher zwischen 4 und 8 Wochen dauert. Wie diese Rechtsungleichheit zu rechtfertigen ist, darüber schweigt sich der Begleitbericht aus. So gut wie ein haftbeendender Entscheid falsch sein kann (und wogegen die Staatsanwaltschaft will Beschwerde führen können), so gut kann ein haftbegründender Entscheid falsch sein. Warum

aber für die Anfechtung desselben Entscheides ein anderes Verfahren gelten soll, je nach dem, wer Beschwerde führt, und das insbesondere massiv unterschiedliche Fristen kennt, wird nicht begründet und ist auch nicht zu begründen, insbesondere dann nicht, wenn das nachteilige, längere Verfahren gerade dann zur Anwendung kommt, wenn die eigentlich beschwerdebefugte, schwächere und schutzbedürftigere Partei Beschwerde führt. Das gewählte «mündliche» Haftbeschwerdeverfahren zu Gunsten der Staatsanwaltschaft erweist sich somit als EMRK- und verfassungswidrig, da rechtsungleich.

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

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

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 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.

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 berechnigte Personen gibt, die von der Sicherstellung keine Kenntnis hatten. «Unverzüglich» ist im Übrigen auch kein sachliches Kriterium. Wird beispielsweise mit der Durchsuchung der sichergestellten Aufzeichnungen erst Monate nach der Sicherstellung begonnen (das ist bei elektronischen Datenträgern durchaus nicht unüblich), ist nicht einzusehen, wieso man bis zum Beginn der Durchsuchung nicht noch die Siegelung verlangen kann. Als zeitliches Kriterium rechtfertigt sich sachlich nur, dass die Siegelung vor Beginn der Durchsuchung geltend gemacht wird. Danach wird man auch kein Rechtsschutzinteresse mehr ausmachen können.

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

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 selbständig anordnen könne, sondern die Staatsanwaltschaft um die Durchführung ersuchen müsse.

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

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

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 „Beweisforschung“) 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 Rechtsmittelbestimmungen enthalten sind.

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

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

«² 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 Beweisanztragsrecht ist dafür eine geeignete Massnahme, um wenigstens einigermassen eine Art Waffengleichheit wiederherzustellen.

Der geeignete Zeitpunkt für ein Beschwerderecht gegen abgewiesene Beweisanzträge ist dabei die Schlussmitteilung: dort gestellte Beweisanzträge 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 Beweisanztrages. Eine Anfechtung jedes abgelehnten Beweisanztrags 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 aufgezümt zu werden. In solchen Konstellationen drängt sich daher die systematische Durchführung einer Zweiteilung des Verfahrens geradezu auf. Nach einem Schuld- bzw. Tatinterlokut ist die Auftragsvergabe an den psychiatrischen Gutachten erst nach Würdigung und Feststellung des Sachverhalts durch das Sachgericht vorzunehmen. Der Gutachter soll die Arbeit dann aufnehmen, wenn der relevante Sachverhalt sachgerichtlich feststeht, auf den er seine Expertise stützen soll. Nicht zuletzt würde die Installierung eines Schuld- und Tatinterlokuts insbesondere bei aufwändigen Verfahren auch der Prozessökonomie dienen, müssten doch bei Freisprüchen teure und zeitintensive Beweise gar nicht erst erhoben werden.

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

In allen anderen Fällen kann die bisherige Lösung beibehalten werden, dass ein Schuld- und Tatinterlokut von Amtes wegen bzw. auf Antrag einer Partei gewährt werden kann. Wird dies aber angeordnet, so hat u.E. das Gerichtspersonal, welches bereits Einsicht in die Personalakten, Akten aus früheren Verfahren sowie allfällige Vollzugsakten hatte, zwingend in den Ausstand zu treten. Es ist sicherzustellen, dass das urteilende Gericht vor der Urteilsfällung gerade keinen Einblick in diese Akten hatte, ansonsten ein wesentlicher Zweck des Schuld- und Tatinterlokuts 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 kontradiktorisch ausgestaltet. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat nun diese gesetzliche Anlage bereits empfindlich begrenzt und nun sollen nach dem Vorentwurf weitere Einschränkungen erfolgen. Teilnahmerechte im Vorverfahren und die Unmittelbarkeit im Hauptverfahren müssen in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren in einer vernünftigen Balance stehen, ansonsten die strafprozessuale Wahrheitssuche zu stark von der Belastungsperspektive geprägt wäre, was der Unschuldsvermutung zuwiderläuft.

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

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^{bis} 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 hiavor 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 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.

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 gehandelt 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. 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 wird⁴ – 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 Schwerstkriminalität nicht einzig und ausschliesslich von Erwachsenen begangen werden.

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

⁴ 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 Massnahmenezweck 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 (Jugendanwaltschaft oder Vollzugsbehörde für die Erwachsenen) die Entscheidbefugnis zukommen soll, wenn unterschiedliche Massnahmen in gleicher Weise dringlich

oder zweckmässig erscheinen. Es müssten aber insbesondere auch Fragen gelöst werden, wie beispielsweise mit durch die Jugendanwaltschaft vorsorglich angeordneten Schutzmassnahmen zu verfahren wäre, wenn die Erwachsenenstrafbehörde in einem zeitlich parallel geführten Verfahren Zwangsmassnahmen anordnen will.

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 Rechtshilfebehandlung 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
Sekretariat Christa Grünig, Kantonsgericht St. Gallen, Klosterhof 1, 9001 St. Gallen, ☎ 058 229 32 41, info@svr-asm.ch

Homepage 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 namentlich auch der Gerichte aller Instanzen auf kantonaler sowie eidgenössischer Ebene miteinbezogen 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 zutreffend 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 begrünnen 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 begrünnen 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 begrünnen. 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 Wochenenden 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 Nichteintretensentscheide (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 Schuldspruch passt (z.B. wenn das Berufungsgericht einen bandenmässigen Diebstahl annimmt, der gemäss Art. 139 Ziff. 3 StGB zwingend mit Freiheitsstrafe zu ahnden wäre, die Vorinstanz jedoch auf mehrfachen Diebstahl gemäss

Art. 139 Ziff. 1 StGB mit einer Geldstrafe erkannt hat). 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), beispielweise 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



Prof. Dr. Patrick Guidon
Präsident SVR-ASM



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>

P.P. 9001 St.Gallen Post CH AG
Stadtpolizei, Vadianstrasse 57

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^{bis} 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





Swiss RJ Forum

Schweizer Forum für Restaurative Justiz, Hauptstrasse 51a, 2533 Evilard
www.swissrjforum.ch - swissrjforum@gmail.com

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

Evilard & Lausanne, 16. Februar 2018

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga,

im Namen des Schweizer Forums für Restaurative 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^e 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 Restaurative 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. Restaurative 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 Restaurative 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. Restaurative 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. Restaurative 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.



Swiss RJ Forum

Schweizer Forum für Restaurative Justiz, Hauptstrasse 51a, 2533 Evilard
www.swissrjforum.ch - swissrjforum@gmail.com

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 Restaurative 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 Strafrechtes 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

1.	Einleitende Bemerkungen	3
2.	Zu den einzelnen Neuerungen	4
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
3.	Weitere Bemerkungen.....	23
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
4.	Mitarbeitende Autoren	34

1. Einleitende Bemerkungen

Die geplante Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO¹) 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 Gesetzssystematik, 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.² 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.³ Gefahren dieser "Nachbesserung" in einzelnen Punkten sind insb. entstehende Inkonsistenzen in der Gesetzssystematik und Schwierigkeiten bei der Umsetzung der einzelfallbezogenen Rechtsprechung in Gesetzesform.

Mit der vorliegenden Vernehmlassungsantwort soll keine umfassende Würdigung der verschiedenen Bedürfnisse und der Gesetzssystematik 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.⁴

¹ SR 312; sofern nichts anderes vermerkt, beziehen sich Artikelangaben auf die aktuell gültige Fassung der StPO.

² Vgl. Kapitel 2.8 und RIKLIN FRANZ, Strafbefehlsverfahren – Effizienz auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit?, ZBJV 152/2016, 475 ff., 480.

³ Z.B. die im Gesetzestext bisher nicht vorgesehene Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft in Haftsachen.

⁴ 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 Fällen⁵ 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.⁶ 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.⁷

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 Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes ausgeschlossen ist, soweit es sich nicht um Entscheide über Zwangsmassnahmen handelt. Dieser Ausschluss der Beschwerdemöglichkeit gegen Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes lässt sich zwar im Hinblick auf Entscheide über die Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden⁸ 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.⁹ 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 Bundesanwaltschaft geführt werden, Entscheide der Beschwerdeinstanz nicht vom Bundesgericht überprüft werden sollen, sofern sie sich nicht auf

⁵ 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.

⁶ Erläuternder Bericht, 9.

⁷ Dazu unten 2.7.

⁸ Art. 28, Art. 40 Abs. 2, Art. 48 Abs. 2, Art. 194 Abs. 3 und Art. 449 Abs. 2.

⁹ Vgl. dazu AEMISEGGER/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.¹⁰ Eine gewisse Relativierung der im Rahmen der vorliegenden Vorlage vorgesehenen Entlastung wäre deshalb durchaus erträglich.

¹⁰ 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.¹¹ Er ist gemäss Studien mindestens ebenso bedeutsam wie objektive Beweismittel,¹² jedoch auch fehleranfällig, da es schlicht unmöglich ist, sämtliche tatsachenrelevanten 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.¹³

¹¹ WEIRICH ANGELA, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046 ff.

¹² MELUNOVIC KENAD, Das Erfordernis von audiovisuellen Aufzeichnungen im Strafverfahren als Ausfluss des Gebots des bestmöglichen Beweismittels, AJP 2016, 596 ff., 598 f.

¹³ 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.¹⁴ 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.¹⁵ 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.¹⁶

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.

¹⁴ 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.

¹⁵ Vgl. BERNARD STEPHAN, Übersetzung als Fehlerquelle, Anwaltsrevue 2014, 35 ff., 39.

¹⁶ Gemäss Studien führt dies zu immensen Zeitersparnissen; vgl. MARTI PETER, Das Protokollieren von Einvernahmen nach der Schweizerischen Strafprozessordnung aus der Sicht eines Zürcher Richters – Fluch oder Segen?, in: forumpoenale (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">- Art. 353 Abs. 2 lit. a VE-StPO ist als zwingende Bestimmung auszugestalten.- Art. 353 Abs. 2 lit. a VE-StPO sollte der Formulierung von Art. 32 Abs. 3 JStPO angeglichen werden.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	Art. 353 Abs. 2 VE-StPO: Die Staatsanwaltschaft entscheidet im Strafbefehl <i>in der Regel</i> über Zivilforderungen, sofern: <ul style="list-style-type: none">a. deren Beurteilung ohne <i>besondere Untersuchung</i> möglich ist; undb. 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.¹⁷ 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.¹⁸

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, erschiene daher vorzugswürdig.

¹⁷ Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Evaluation des Opferhilfegesetzes, Studie vom 21. Dezember 2015 des Instituts für Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern, 49.

¹⁸ 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 auswählenden Behörde von der zuständigen Verfahrensleitung <i>präzisiert</i> werden. Die auswählende 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 zugestimmt, 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 Auswählende 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 unbequem 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.¹⁹

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.²⁰

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

¹⁹ Zum Ganzen BSK-StPO I (Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Niggli/Heer/Wiprächtiger (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.

²⁰ § 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,²¹ 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.²² 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.²³ 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.

²¹ 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_amtlichemandate.html>.

²² Vgl. Leitfaden (Fn 21), 13.

²³ 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^{bis} und Art. 147a VE-StPO

<p>Empfehlung:</p>	<p>Die Änderung ist <i>abzulehnen</i>.</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^{bis} aufzunehmen.</p>
<p>Hinweise/Vorbehalte:</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 147a Abs. 1 VE-StPO ist als Ausnahmebestimmung zu konzipieren und auf die Einvernahme der mitbeschuldigten Person zu beschränken. - Als Anforderung müssen – in Anlehnung an den Haftgrund der Kollusionsgefahr – konkrete Anzeichen der Kollusion bestehen. - Der Ausschluss der Verteidigung von der Einvernahme wird als unverhältnismässig abgelehnt. - Bei der obligatorischen Einvernahme gem. Art. 352a VE-StPO könnten sich widersprüchliche Resultate ergeben, wenn Mitbeschuldigte ausgeschlossen würden.
<p>Vorgeschlagene Neuformulierung:</p>	<p>Art. 147 VE-StPO (¹⁻⁴ wie in der momentan geltenden Fassung von Art. 147)</p> <p>^{4bis} <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>¹ <i>Die beschuldigte Person kann ausnahmsweise von der Einvernahme einer mitbeschuldigten Person ausgeschlossen werden, wenn</i></p> <ol style="list-style-type: none"> a. <i>konkrete Hinweise darauf bestehen, dass sie auf die einzuvernehmende Person oder auf Beweismittel einwirkt; und</i> b. <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> <p>² <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^{bis} 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^{bis} 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 rechtsmissbräuchlicher²⁴ Weise verletzt wurde und die Verfahren durch die Beschwerdeinstanz wieder vereinigt wurden.²⁵ Die im vorherigen, abgetrennten Verfahren getroffenen Aussagen der mitbeschuldigten Person – denen als zeitlich erste Aussagen regelmässig ein höherer Beweiswert zugestanden wird – blieben bestehen und verwertbar²⁶ und würden lediglich mit einer zweiten, nachträglichen, nicht gleichwertigen Einvernahme "ergänzt".²⁷ 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.²⁸ 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.²⁹ Nach wie vor liegen die Last und das Prozessrisiko jedoch bei der beschuldigten Person, die immer zuerst den mühsamen und zeitintensiven Beschwerdeweg beschreiten muss.³⁰

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 Person³¹ ist keine Gefahr für den Strafprozess. Die angeführte materielle Wahrheit³² ist faktisch und auch wissenschaftstheoretisch nicht eruierbar. Vielmehr folgt aus dem Strafprozess immer eine prozessuale, *ausgehan-*

²⁴ VEST HANS, Aspekte des strafprozessualen Rechtsmissbrauchs, ZBJV 152/2016, 387 ff., 411 f. m.w.H.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ Urteil des BGers 1B_1026/2016 vom 26.10.2016, E.3.2 und dazu GODENZI (Fn 25), 143.

²⁹ Im eigenen, separat geführten Verfahren besteht zumindest die Möglichkeit der Aussageverweigerung gem. Art. 113 Abs. 1.

³⁰ Dazu GODENZI (Fn 25), 142 f.

³¹ Erläuternder Bericht, 12, 26.

³² Verstanden als das, "was wirklich geschehen ist", BSK StPO I-RIEDO/FIOLKA, 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.

delte Wirklichkeit, die sich dem tatsächlich Geschehenen möglichst annähern soll.³³ In diesem Prozess der Wahrheitsfindung sind die *Teilnahmerechte* grundlegender Bestandteil. Nur wenn sämtliche Prozessparteien direkt und unmittelbar bei der Sachverhaltsfeststellung bei der Einvernahme³⁴ einwirken können,³⁵ kann die Glaubwürdigkeit der vom Belastungszeugen in den Prozess eingebrachten "Wahrheit" überhaupt überprüft werden.³⁶ 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.³⁷

Mit der in Art. 343 Abs. 3 statuierten (sehr) beschränkten Unmittelbarkeit des Hauptverfahrens kommt der Sachverhaltsfeststellung im Vorverfahren eine entscheidende Bedeutung bei der Entscheidungsfindung zu. Deshalb hat die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren (gem. Art. 6 Abs. 2) sowohl belastende und entlastende Umstände mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen, wobei die Teilnahmerechte und die damit ermöglichte *kontradiktorische* Beweiserhebung einen wesentlichen Beitrag zur Qualität des durch Einvernahmen festgestellten Sachverhalts, auf dessen Basis dann das Urteil gefällt werden muss, leisten.³⁸ Es ist *nicht* Ziel des Vorverfahrens und des Strafprozesses, ein Geständnis zu erreichen³⁹ und deshalb auch nicht Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, auf ein solches hinzuarbeiten oder dem Beschuldigten einen "*Geständnisrabat*"⁴⁰ in Aussicht zu stellen. Weiter gilt für die beschuldigte Person die Unschuldsvermutung, woraus insbesondere folgt, dass sie grundsätzlich *keiner Wahrheitspflicht*⁴¹ 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".⁴²

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 staatsanwaltlichen Untersuchungsverfahren.⁴³ Andererseits sind inhaltliche Beschränkungen möglich, insb. wenn zum Schutz der einzuvernehmenden Person die Teilnahme abgelehnt werden kann.⁴⁴ Weiter ist eine Beschränkung und insb. der Ausschluss *mitbeschuldigter* Personen⁴⁵ aufgrund des begründeten Verdachts auf *Rechtsmissbrauch* und Kollusion nach Art. 108 Abs. 1 lit. a möglich.⁴⁶ Bezüglich 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,⁴⁷ der Rechtspre-

³³ BSK StPO I-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N 59 ff.; MELUNOVIC/JOSET (Fn 32), 334 f.

³⁴ Zur geringen Bedeutung des Personalbeweises, MELUNOVIC/JOSET (Fn 32), 334.

³⁵ Dazu das BGer in BGE 133 I 33, E.3.1.

³⁶ WEDER (Fn 32), 282.

³⁷ GODENZI (Fn 27), 338 f.

³⁸ KAUFMANN ARIANE, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2013, 72 ff., 200 ff. und 218 ff.

³⁹ Dies ist ein Rückfall in das Denken der Inquisitionsprozesse, MELUNOVIC/JOSET (Fn 32), 335.

⁴⁰ Vgl. erläuternden Bericht, 12.

⁴¹ BSK StPO I-RUCKSTUHL, Art. 157 N 1a.

⁴² Zitat nach WEDER (Fn 32), 282. Inhaltliche Grenzen finden sich insb. in Art. 303 ff. StGB, wenn Dritte zu Unrecht einer Straftat bezichtigt werden.

⁴³ 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).

⁴⁴ Art. 108 Abs. 1 lit. b und Art. 149 ff., KAUFMANN (Fn 38), 204.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Vgl. den Leitentscheid BGE 139 IV 25, insb. E.5.5. ff.

⁴⁷ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085, 1164.

chung⁴⁸ und der vorherrschenden Lehre⁴⁹ 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 blosser 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."⁵⁰ 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 beeinträchtigen⁵¹ 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,⁵² 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* unterliegen⁵³ und nicht ohne weiteres von ihrer ersten Aussage abweichen können und dürfen.⁵⁴ Im Ausschluss von der ersten Einvernahme liegen damit ein nicht mehr wiedergutmachender Nachteil und eine Verletzung elementarer Verteidigungs- und Mitwirkungsrechte.⁵⁵

Schliesslich könnten sich in den Anwendungsfällen von Art. 352a VE-StPO,⁵⁶ 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ BGE 139 IV 25, E.5.5.8. Leider fand diese Kernaussage keinen Eingang in den erläuternden Bericht (26 f.).

⁵¹ Vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. b.

⁵² BGE 139 IV 25, E.5.5.4.1. Sofern dies die Verfahrensleitung nicht selber zu verantworten hat, WIESER (Fn 49), 344 f.

⁵³ Art. 163 Abs. 2 und Art. 180 Abs. 2 i.V.m. Art. 178 lit. a.

⁵⁴ Vgl. insb. Art. 307 StGB (ein Offizialdelikt).

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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.⁵⁷ Andererseits wird mit Art. 147a Abs. 2 VE-StPO ein Grundmisstrauen gegenüber der Verteidigung und den Verteidigungsrechten zum Ausdruck gebracht, das auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁵⁸ keinerlei Grundlage findet.⁵⁹

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.⁶⁰

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Vgl. auch BSK StPO I-SCHLEIMINGER METTLER, Art. 147 N 14.

⁶⁰ 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 <i>abzulehnen</i> . <i>Eventualiter</i> sind Änderungen in Art. 221 Abs. 1 lit. c VE-StPO anzubringen.
Hinweise/Vorbehalte:	<ul style="list-style-type: none">- 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.- Eventualiter ist der widersprüchliche Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 lit. c VE-StPO durch Streichung der "schweren Vergehen" zu bereinigen.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	Art. 221 VE-StPO: ⁽¹⁾ <i>lit. a und lit. b wie in der momentanen Fassung von Art. 221)</i> ¹ <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 Rechtsprechung⁶¹ charakterisiert sich durch eine über den Gesetzestext hinausgehende Auslegung und Ausweitung der Wiederholungsgefahr. Schon heute wird das Vortatenerfordernis abweichend vom Gesetzeswortlaut⁶² aufgeweicht, z.T. geradezu durchbrochen, denn gem. dem Bundesgericht ist "ausnahmsweise" auch ohne Vortat "Wiederholungsgefahr" möglich.⁶³ Diese Entwicklung der zunehmend ausufernden Anordnung von Untersuchungshaft zu rein präventiven Zwecken ist rechtstaatlich äusserst *bedenklich* sowie mit Blick auf die Gesetzssystematik 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.⁶⁴ 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 Gesetzssystematik grundsätzlich nicht vorgesehen und damit nicht Materie der StPO, sondern von Polizeigesetzgebung und Präventionsgesetzen.

⁶¹ Vgl. den Leitentscheid BGE 137 IV 13 m.w.H und auch schon Botschaft StPO (Fn 47), 1228.

⁶² Gem. bisherigem Gesetzestext: "schwere Verbrechen oder Vergehen" und "früher gleichartige Straftaten" (jeweils im Plural).

⁶³ Vgl. z.B. nur BGE 143 IV 9 E.2.

⁶⁴ 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 Entwicklungen⁶⁵ 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,⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ 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.

⁶⁵ Vgl. detailliert CONINX ANNA/MONA MARTINO, Strafprozessualer Zwang und positive Schutzpflichten – Verbrechenverhütung 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.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Siehe nur Übersicht aller "Auslegungsvarianten" bei BSK-StPO II-FORSTER, Art. 221 N 11 ff.

⁶⁸ Wobei Übertretungen damit zum Vorneherein 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 <i>abzulehnen</i> .
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 Zwangsmassnahmengerichtes, 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 Zwangsmassnahmengerichtes 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."⁶⁹

⁶⁹ Vgl. zur Rechtsprechung des EGMR: MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Mayer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hsrg.), 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^{bis} und Abs. 3, Art. 352a, Art. 354 Abs. 1^{ter} VE-StPO

Empfehlung:	Der Änderung ist mit Vorbehalten <i>zuzustimmen</i> . Es werden weitere Änderungsvorschläge unterbreitet.
Hinweise/Vorbehalte:	<ul style="list-style-type: none"> - Der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens ist in Art. 352 Abs. 1^{bis} VE-StPO (bei Opferbeteiligung) auf 90 Strafeinheiten zu beschränken. - Art. 352a VE-StPO wird zugestimmt. - Bzgl. Art. 353 Abs. 2 VE-StPO wird auf obige Ausführungen (2.3) verwiesen. - Die Unterscheidung verschiedener Fristen in Art. 354 Abs. 1^{ter} lit. a und lit. b VE-StPO ist aufzuheben und die Einsprachefrist im bestehenden Art. 354 Abs. 1 auf <i>20 Tage</i> festzulegen. - 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. - Auf die besondere Problematik von Einspracheverzichtserklärungen sollte in der Botschaft erläuternd eingegangen werden.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	<p>Art. 352 VE-StPO: ^{1bis} Beteiligt sich ein Opfer als Privatklägerschaft am Strafverfahren, so kann dieses nicht mit einem Strafbefehl abgeschlossen werden, wenn eine Gelstrafe von mehr als <i>90 Tagessätzen</i> oder eine Freiheitsstrafe von mehr als <i>3 Monaten</i> in Betracht kommt.</p> <p>Art. 354 VE-StPO: ¹ Gegen den Strafbefehl können bei der Staatsanwaltschaft innert <i>20 Tagen</i> schriftlich Einsprache erheben: <i>(¹ lit. a^{bis} und ^{1bis} gem. VE-StPO zustimmen; ^{1ter} ist zu streichen).</i></p> <p>Art. 355 VE-StPO: ⁽¹ <i>wie in der momentanen Fassung von Art. 355)</i> ² <i>Nach Abnahme der Beweise entscheidet die Staatsanwaltschaft, ob sie:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> a. <i>Anklage beim erstinstanzlichen Gericht erhebt; oder</i> b. <i>das Verfahren einstellt.</i>

2.8.2 Begründung

2.8.2.1 Art. 352 Abs. 1^{bis} VE-StPO: Opferbeteiligung

Die Stossrichtung der vorgeschlagenen Änderung, nämlich die Eingrenzung des Anwendungsbereiches des Strafbefehlsverfahrens bei Opferbeteiligung, wird grundsätzlich begrüsst. Das Evaluations-team 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^{bis} 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^{bis} (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^{ter} 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^{ter} 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.⁷⁰ Folglich sind die Revisionsabsichten betreffend die Verlängerung der Frist grundsätzlich zu begrüessen, 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

⁷⁰ 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.⁷¹

In der Praxis kommt es in der Tat vor, dass Empfänger eines Strafbefehls dessen Inhalt nicht richtig verstehen, insb. Personen mit bloss 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.⁷² 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 bloss die persönliche Aushändigung des Strafbefehls, was nicht mit einer genügenden Aufklärung der beschuldigten Person gleichgesetzt werden kann. Eine Aushändigung kann mit einer blossen 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 bloss 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.⁷³

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.⁷⁴ Andererseits hat auch die Ausgestaltung des Nachverfahrens bei Einsprache gegen einen Strafbefehl⁷⁵ 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.⁷⁶ 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 Beschuldig-

⁷¹ Erläuternder Bericht, 45.

⁷² 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.

⁷³ So auch DUNJIC IVAN, Strafprozessordnung soll praxistauglicher werden, Jusletter 12. März 2018, 8.

⁷⁴ Vgl. dazu unten, Kapitel 3.5.3.5.

⁷⁵ Art. 355 Abs. 3.

⁷⁶ 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.⁷⁷ 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.⁷⁸

⁷⁷ THOMMEN (Fn 76), 125.

⁷⁸ 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 <i>zuzustimmen</i> .
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 beinhalte, 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.⁷⁹ Nach dieser Rechtsprechung sind die Sachgerichte angewiesen, keine spezifischen Massnahmen nach Art. 59 Abs. 3 StGB (mehr) anzuordnen. 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.⁸⁰ 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)

⁷⁹ Siehe insb. BGE 142 IV 1.

⁸⁰ 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 Schuldspruch 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 begrüessen ist.⁸¹

⁸¹ 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>, 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 ^{bis} 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 <i>zu ergänzen</i> .
Hinweise/Vorbehalte:	-
Vorgeschlagene Neuformulierung:	<p>Art. 19 VE-StPO:</p> <p>² 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, <i>eine Landesverweisung nach Artikel 66a oder Artikel 66a^{bis} StGB</i>, oder, bei gleichzeitig zu widerrufenden bedingten Sanktionen, einen Freiheitsentzug von mehr als zwei Jahren beantragt.</p> <p>Art. 82 VE-StPO:</p> <p>¹ 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, <i>eine Landesverweisung nach Artikel 66a oder Artikel 66a^{bis} StGB</i>, 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.⁸² Bei entsprechenden Delikten *muss* das Strafgericht eine ausländische Person für 5-15 Jahre⁸³, resp. *kann* es ausländische Personen für 3-15 Jahre⁸⁴ des Landes verweisen.⁸⁵

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,

⁸² Vgl. zur altrechtlichen Landesverweisung Art. 55 aStGB.

⁸³ Bei der *obligatorischen* Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB.

⁸⁴ Bei der *fakultativen* Landesverweisung gemäss Art. 66a^{bis} StGB.

⁸⁵ 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.⁸⁶

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.⁸⁷ 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.⁸⁸ Auch Grenzgänger oder sog. "Kriminaltouristen"⁸⁹ 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^{bis} 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.⁹⁰ Denn es läge jeweils an der Staatsanwaltschaft, die Anklage mit den beantragten Sanktionen (wozu die Landesverweisung gehört) an das *zuständige* Gericht zu richten.⁹¹ 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.⁹² 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.⁹³ An das Kriterium der Erkennbarkeit ist bei der Frage nach einer notwendigen Verteidigung keine zu hohen Anforderungen zu stellen.⁹⁴ 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.⁹⁵ Zweck der schriftlichen Urteilsbegründung

⁸⁶ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, 25.

⁸⁷ Art. 33 Abs. 3 und Art. 61 ff. AuG (SR 142.20).

⁸⁸ PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, L'expulsion selon les art. 66a à 66d du Code pénal suisse, ZStrR 135/2017, 389 ff., 408.

⁸⁹ 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 Fernhaltungswirkung betrifft auch sie in ihren Rechten.

⁹⁰ Vgl. Art. 66a Abs. 1 und Art. 66a^{bis} StGB. Ausgenommen wären Fälle, in denen von vornherein offensichtlich ein "Härtefall" gem. Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt.

⁹¹ Art. 326 Abs. 1 lit. f und Art. 327 Abs. 1 lit. d.

⁹² 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.

⁹³ BRUN MARCEL/FABBRI ALBERTO, Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, Recht 2017, 231 ff., 247.

⁹⁴ BRUN/FABBRI, (Fn 93), 247 m.H. auf u.a. BSK-StPO II-RUCKSTUHL, Art. 131 N 12.

⁹⁵ 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 Landesverweisung⁹⁶ *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.⁹⁷ Die Migrationsbehörde darf den, dem Strafurteil zugrunde liegenden Sachverhalt nicht zur Begründung einer allfälligen anderen ausländerrechtlichen Massnahme herbeiziehen. Daraus folgt auch, dass die Wahl das 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,⁹⁸ der für die Migrationsbehörde bindend ist. Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, bzw. die Gefahr eines ungewollten Dualismus⁹⁹ 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^{bis} Abs. 1 StGB.¹⁰⁰

⁹⁶ Siehe hierzu die Ausführungen zur gerichtlichen Zuständigkeit bei drohender Landesverweisung, Kapitel 3.2.2.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Da eine Landesverweisung im Strafbefehlsverfahren nicht angeordnet werden kann.

⁹⁹ Vgl. bereits zum altrechtlich monierten Dualismus KELLER, in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Basel 2003, Art. 55 N 62.

¹⁰⁰ 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: ¹ 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 aOHG¹⁰¹ 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, erschiene demnach als sinnvoll.

¹⁰¹ 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.¹⁰²

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.¹⁰³ 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.

¹⁰² Urteil des BGers 1B_195/2011 vom 28.06.2011, E.3.3.

¹⁰³ 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

<p>Empfehlung:</p>	<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 auszugestalten, 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>
<p>Hinweise/Vorbehalte:</p>	<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>
<p>Vorgeschlagene Neuformulierung:</p>	<p>Art. 316 (vorgeschlagene neue Fassung):</p> <p>¹ <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>² <i>Die Staatsanwaltschaft kann die Durchführung der Einigungsverhandlung in begründeten Fällen an eine Mediatorin oder einen Mediator delegieren.</i></p> <p>³ <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>⁴ <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 legis¹⁰⁴ 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,¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ 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 Nichterscheinen 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 Nichterscheinen zum Vergleichsgespräch eingeladen werden, nur um den Prozess einzustellen.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ Es wird damit ein Mittelweg¹⁰⁹ zwischen der blossen gesetzlichen Möglichkeit des Vergleichs und eines gesetzlichen Vergleichszwangs¹¹⁰ 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-*

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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>; PUBLIC SAFETY CANADA, Restorative Justice and recidivism, 03.03.2012, abrufbar: <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.

¹⁰⁶ 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 and 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.

¹⁰⁷ Sei es, dass sie keine Konfrontation wollen oder aus anderen Gründen.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ Vgl. die ähnliche Regelung in Frankreich, Art. 10 CPPF.

¹¹⁰ 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.¹¹¹ 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).¹¹² Jedoch muss die Teilnahme letztlich immer *freiwillig* sein.¹¹³ 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.¹¹⁴

Die Rechtsfolge der *Rückzugsfiktion* des Strafantrags beim Ausbleiben des Opfers wurde in der Literatur zu Recht heftig kritisiert.¹¹⁵ 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.¹¹⁶ 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.¹¹⁷ 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

¹¹¹ 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.

¹¹² Vgl. UNO-Resolution (Fn 111), Nr. 13 lit. b und c.

¹¹³ Vgl. UNO-Resolution (Fn 111), Nr. 7.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ SCHWAIBOLD MATTHIAS, „Bad law makes hard cases“, FP 1/2015, 37 ff., 39; BSK StPO II-RIEDO, Art. 316 N 10.

¹¹⁶ BGE 140 IV 118, zit. und kritisiert von Schwaibold, in: SCHWAIBOLD, (Fn 115), 37 ff.

¹¹⁷ 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 providentielle?, 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 Unterscheid 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 Justiz¹¹⁸ 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^{ter} – 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 ZPO¹¹⁹). 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.

¹¹⁸ DOMENIG CLAUDIO, Behördeninterne Mediation im strafrechtlichen Kontext, in: perspektive mediation 2011/3, 141 ff.

¹¹⁹ 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'exéquat, 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 garantir 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 existant dans la version actuelle et tranche en faveur d'une inexploitabilité 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'acquiescement 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 séquestre 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 séquestre 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'écarter du dossier les pièces inexploitable 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 séquestre 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 (adjonction 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 séquestres 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, introduise 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. *ab*is 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. 1*bis* 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 discuté 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, le 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'entreprenne 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 défailante.

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

³ 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

¹ 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

¹ Les dispositions prises par les tribunaux relativement à la conduite de la procédure ne peuvent être attaquées qu’avec le prononcé final.

² 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

² ... 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

¹ **Les délais dont le commencement dépend d'une communication ou de la survenance d'un événement courent 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

³ 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

² ...

- a. demander la poursuite et la condamnation de la personne pénalement responsable de l'infraction (**action** pénale) ;

La mention actuelle de la plainte pénale (art. 30-33 CP) est grossièrement erronée.

Art. 121 CPP

¹ 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**

² **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

² 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

² **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

⁴ 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

¹ 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

³ 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

¹ L'examen de la personne comprend l'examen de son état physique ou psychique.

² 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

² 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

¹ 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

² 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

² 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**

¹ 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

³ 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

¹ ...

- b. contre les ordonnances, les décisions et les actes de procédure des tribunaux de première instance ; **son**t **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

² 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

⁴ **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

² 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

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

Introduction de la justice restaurative en droit suisse	2
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
L'AJURES	11
L'association.....	11
Les projets de l'AJURES	11
<i>Médiation carcérale</i>	11
<i>Médiation post-sentencielle</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

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, 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.

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

⁴ Le processus de justice restaurative est confidentiel, sauf accord contraire des parties.

⁵ 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'autres dispositions sont à modifier :

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

¹ 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 restaurative¹ 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'infraction². 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

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

² 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 traumatique, 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 suit³ :

Justice criminelle	Justice restaurative
L'infraction est définie comme une atteinte à l'Etat et à ses lois.	L'infraction est considérée comme une atteinte à des personnes, des biens et des relations.
La justice se concentre sur l'établissement de la faute .	La justice s'efforce d'identifier des besoins .
Afin de mesurer la peine à infliger.	Afin de trouver un remède à la situation.
La peine vise à dissuader l'auteur de commettre de nouvelles infractions ; la communauté n'est pas impliquée.	La réparation vise la réintégration de l'auteur et de la victime dans la communauté ; on restaure les liens en réparant le tissu social.
La justice est recherchée au cours d'un duel entre adversaires...	La justice encourage le dialogue et l'accord mutuel...
...opposant le prévenu à l'Etat , représenté par le Ministère public.	...et donne à la victime et à l'auteur 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 2002⁴ 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

³ V. également ZEHR HOWARD, Changing lenses : A new focus for crime and justice, 3^{ème} éd., Scottsdale 2005 (première édition : 1990) p. 211

⁴ Disponible sous le lien suivant : 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 **participent ensemble activement à la résolution** des problèmes découlant de cette infraction, généralement avec l'aide d'un **facilitateur**⁵. Les processus de réparation peuvent englober la médiation, le forum de discussion [conferencing]⁶ et le conseil de détermination de la peine [sentencing circle]⁷.

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 événements⁸.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Voir, sur cette question, LANGUIN NOËLLE / ROBERT CHRISTIAN-NILS, Quel rôle pour la victime dans le procès pénal ?, *Plädoyer* 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 pénale⁹. 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 conséquences¹⁰.

Les victimes sont également toujours **très majoritairement satisfaites** des processus de justice restaurative, qu'elles perçoivent comme « juste »¹¹. 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 pénal¹².

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

⁹ PELIKAN C., TRENCZENK T., Victim offender mediation and restorative justice: The European landscape, in D. Sullivan, L. Tifft, éd.s., Handbook of restorative justice: A global perspective, Abingdon, UK: Routledge, 63-90, 2008.

¹⁰ 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.

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

¹² 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 participation¹³.

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 criminel¹⁴.

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)¹⁵. De même, le sentiment de justice est ressenti par plus de 80% des auteurs¹⁶.

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)¹⁷. 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'analyse¹⁸.

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 bénéficiaires exposés ci-dessus – du moins lorsque le prévenu est un adulte¹⁹.

¹³ 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.

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

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

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

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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 1999²⁰. Depuis 2002, les Nations Unies reconnaissent la justice restaurative²¹, comme mouvement englobant la médiation pénale, et la recommandent depuis 2016 à tous ses Etats membres²². En particulier, la France a introduit en 2014 une disposition introduisant la justice restaurative dans le Code de procédure pénale²³, étant précisé que depuis 1993 déjà, le droit français permet l'usage de la médiation en droit pénal des adultes²⁴. L'Allemagne connaît depuis 1994 une disposition qui prévoit un processus de justice restaurative pour les adultes : le Täter-Opfer-Ausgleich²⁵.

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 suivants²⁶ :

- 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'obligeant 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

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

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

²² 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 ».

²³ Art. L 10-1 du Code de procédure pénale.

²⁴ Art. L 41-1 du Code de procédure pénale français.

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

²⁶ 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 processus²⁷.

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 restauratif²⁸.

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^{er}. 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

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 Crêtelongue 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.

Neuchâtel, le 6 mars 2018

Par courriel à
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Avec copie à
peter.goldschmid@bj.admin.ch
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 recherches¹, 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

¹ 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 un **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'écarts, 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 statut 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 prévoit 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 Suisse².

² 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-CPP³ sur la médiation avait été rejeté par le Parlement fédéral en 2007⁴. Mais, entre-temps, la justice restaurative a fait du chemin. En effet, entre autres développements, L'ONU la recommande à ses Etats membres⁵ 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

³ FF 2006 1469-1470 ; BBl 2006 1487.

⁴ 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.

⁵ 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

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 aufgegleist. 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.

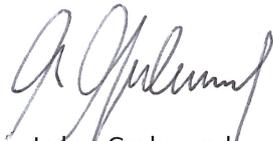


Universität St.Gallen

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

Per Email: 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 vorgetragene 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 Track¹

- 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-

¹ S. URL <www.bmel.uzh.ch/de/law.html>.

wendung von Art. 253 StPO in der Praxis stellenden Probleme und entsprechende praxisorientierte Lösungsvorschläge auf.

- 6 Die Stellungnahme basiert auf Erkenntnissen der Doktorarbeit mit dem Arbeitstitel "Der aussergewöhnliche Todesfall – Eine rechtswissenschaftliche, medizinische und medizinethische 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.² 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.³

² S. z.B. JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 609 ff.

³ 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 anzuordnen 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».⁴

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.⁵

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 Gesetzssystematik 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

⁴ Begleitbericht VE StPO, 179.

⁵ Bot. StPO 2006, 1240.

zur Vereinheitlichung des Strafrechts deshalb erfordert, 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.⁷

- 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 allfälliges Strafverfahren.⁸

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

⁶ Bot. StPO 2006, 1240.

⁷ Vgl. Art. 196 lit. a StPO.

⁸ 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).⁹

2.2.2.2. Richtlinien der SGRM zur Legalinspektion

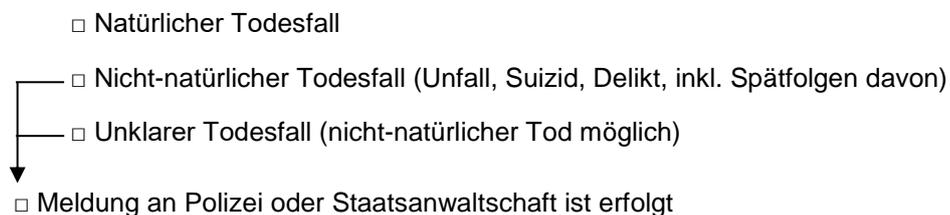
- 17 Die internen Richtlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) zur Legalinspektion vom 26. Juni 2009 definieren den aussergewöhnlichen Todesfall wie folgt: «Aussergewöhnliche Todesfälle sind nicht-natürliche, d.h. gewaltsame oder auf eine Gewalteinwirkung verdächtige Todesfälle oder solche, die plötzlich und unerwartet eintreten und eine Gewalteinwirkung nicht ausgeschlossen werden kann.»¹⁰

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.¹¹

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:¹²



⁹ ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 29.

¹⁰ SGRM, Richtlinien Legalinspektion, 5.

¹¹ WOSTA, Ziff. 11.7.7.1., 12.8.5.

¹² 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.»¹³ 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.¹⁴
- 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.¹⁵

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 Legiferierung 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.¹⁶
- 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

¹³ S. z.B. PLATTNER/ZOLLINGER, Ther Umsch 2008, 401.

¹⁴ PLATTNER/ZOLLINGER, Ther Umsch 2008, 402.

¹⁵ MUND/BÄR, SMF 2005, 130.

¹⁶ 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.¹⁷

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.»¹⁸

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 unversehrten Verstorbenen völlig unauffällig blieben und erst weitere rechtsmedizinische Untersuchungen im Sinne von Art. 253 Abs. 3 StPO die ersten Befunde zutage gefördert haben, die zum Verdacht auf eine Straftat Anlass gaben.¹⁹ 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.²⁰

28 In den kantonalen Strafprozessordnungen fanden sich zum Teil differenziertere Anweisungen über die Indikation zur Leichenfreigabe als in Art. 253 Abs. 2 StPO.²¹ Vorteilhafter

¹⁷ JOSITSCH, Beobachter 17. April 2015; JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 614.

¹⁸ Ähnlich JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 614.

¹⁹ GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER, Komm Textausgabe StPO, 240; ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 53.

²⁰ ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 47, 53.

²¹ 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».²²

- 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.²³ 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 durchgeführte 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».²⁴

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.²⁵ Der aktuelle Wortlaut von Art. 253 Abs. 2 StPO ist indes missverständlich und lässt fälschlicherweise vermuten, dass im Zweifelsfall von einer Obduktion abzusehen ist.²⁶ Der Wortlaut von Art. 253 Abs. 2 StPO sollte dementsprechend geändert werden, um der erwähnten Gefahr der

²² StPO/AG § 117 I.

²³ Vgl. ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 55.

²⁴ S. ELSENER, St.Galler Tagblatt-online 24. Februar 2016.

²⁵ S. SCHMID, Komm StPO 253 N 4; ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 52 ff.; ähnlich JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 611.

²⁶ Ähnlich JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 614.

Umgehung einer Obduktionsindikation mittels Berufung auf den Gesetzestext zu begehen.

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.²⁷

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.»²⁸

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

²⁷ Vgl. JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 614.

²⁸ Vgl. JACKOWSKI/HAUSMANN/JOSITSCH, Krim 2014, 614.

angeboten.²⁹ Es stellt sich die Frage, ob solche Verfahren unter den Begriff der Legalinspektion nach Abs. 1 subsumiert werden können.³⁰ 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.³¹ 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.³² 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.³³

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 gegebenenfalls als wichtige Ergänzung und Triagefunktion zur Obduktion würde eine namentliche Erwähnung der Bildgebung in Art. 253 Abs. 3 StPO rechtfertigen.³⁴

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 zurückbehalten, 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-

²⁹ M.w.H. JACKOWSKI, Krim 2011, 781; DIRNHOFER ET AL., RadioGraphics 2006, 1305 ff.; THALI/DIRNHOFER, Krim 2003, 693 ff.

³⁰ ZIMMERMANN, 183 f.

³¹ S. ZIMMERMANN, 183 f.

³² ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 42a, 61.

³³ S. auch ZIMMERMANN, 176 ff.; ZOLLINGER/KIPFER, BSK StPO 253 N 42a.

³⁴ ZIMMERMANN, 183.

untersuchung im Sinne von Art. 308 ff. StPO zu eröffnen, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet.³⁵ 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».³⁶

- 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.³⁷ 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 gibt 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 Auftraggeberin 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 Auftraggeberin der Untersuchungen nach Art. 253 StPO und hat vor Ort weitere Entscheidungen über das weitere Vorgehen zu treffen.

³⁵ S. HUG, ZHK StPO 196 N 4.

³⁶ Vgl. BGE 136 I 87 E. 8.5.

³⁷ 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^{bis} 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

¹ *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, BBl 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/SOLLBERGER JÜRIG (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)
- HELFENBERGER 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/gesetzesrecht/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> (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/> (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, Virtopsy, 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_innere/staatsanwaltschaften/de/Strafverfahren1/ErlasseSVE.html> (12.3.2018) (WOSTA)
- ZIMMERMANN DAVID ALEXANDER, Virtopsy 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), 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)