

REGIERUNGSRAT

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

A-Post Plus
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

7. März 2018

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

Sehr geehrte Damen und Herren

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

1. Vorbemerkungen

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

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

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

2. Hauptpunkte

2.1 Änderungen gemäss Vernehmlassungsentwurf

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

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

Art. 123 Abs. 2 VE StPO

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

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

Art. 130 lit. d VE StPO

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

Art. 133 VE StPO

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

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

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

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

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

Art. 147 Abs. 3 VE StPO

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

Art. 147a VE StPO

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

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

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

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

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

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

Art. 352 ff. VE StPO

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

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

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

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

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

Art. 352a VE StPO

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

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

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

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

Art. 355 Abs. 2 VE StPO

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

Art. 356 Abs. 4 VE StPO

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

2.2 Weiterer notwendiger Revisionsbedarf

Art. 255 Abs. 1 StPO

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

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

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

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

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

Art. 327 StPO

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

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

Art. 398 ff. StPO

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

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

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

Art. 422 ff. StPO

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

Art. 426 StPO

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

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

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

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

3. Stellungnahme zu weiteren Änderungen gemäss Vernehmlassungsentwurf

3.1 Strafprozessordnung

Art. 59 Abs. 1 Einleitungssatz VE StPO

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

Art. 78a VE StPO

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

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

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

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

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

Art. 221 Abs. 1 lit. c VE StPO

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

Art. 222 Abs. 2 VE StPO

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

Art. 228a VE StPO

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

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

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

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

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

Art. 230 Abs. 3 und 4 VE StPO

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

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

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

Art. 236 Abs. 1 VE StPO

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

Art. 251a VE StPO

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

Art. 263 Abs. 1 und 268 VE StPO

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

Art. 273 Abs. 1 VE StPO

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

Art. 364a und 364b VE StPO

1. Allgemeine Bemerkungen

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

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

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

2. Art. 364a VE StPO

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

3. Art. 364b VE StPO

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

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

Art. 365 Abs. 3 VE StPO

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

Art. 440 VE StPO

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

Art. 442 Abs. 4 VE StPO

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

3.2 Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (Jugendstrafprozessordnung, JStPO)

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

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

3.3 Bundesgerichtsgesetz

Art. 80 Abs. 2 dritter Satz VE BGG

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

3.4 Opferhilfegesetz

Art. 8a VE OHG

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

4. Zusätzlicher Revisionsbedarf

Art. 210 Abs. 4 StPO

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

Art. 288 StPO

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

Art. 294 StPO

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

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

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

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

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

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

Alex Hürzeler
Landammann

Vincenza Trivigno
Staatsschreiberin

Kopie

- annemarie.gasser@bj.admin.ch



Landammann und Standeskommission

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

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
3003 Bern

Appenzell, 8. März 2018

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

Sehr geehrte Damen und Herren

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

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

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

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

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

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

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:



Markus Dörig

Zur Kenntnis an:

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



Bundesamt für Justiz
3003 Bern

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

Herisau, 16. März 2018

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

Sehr geehrte Damen und Herren

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

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkungen

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

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



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

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

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

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

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

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



2. Revisionspostulate

2.1 Verteidigung

2.1.1 Art. 130 Bst. d (Notwendige Verteidigung)

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

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

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

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

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

2.1.4 Art. 133 (Bestellung der amtlichen Verteidigung)

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



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

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

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

Der Regierungsrat beantragt daher, diese Bestimmung zu streichen.

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

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

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



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

2.3 Strafbefehlsverfahren (Art. 352)

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

2.4 Opferrechte

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

2.5 Weitere Revisionspunkte

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

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



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

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

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

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

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

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

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

2.5.5 Art. 248 (Siegelung)

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



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

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

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

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

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

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

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

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



2.5.8 Art. 303a (Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikten)

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

3. Technische Mängel

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

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

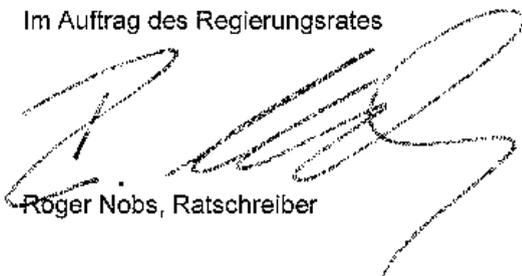
251a Abs. 2 (Blut- und Urinuntersuchung)

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

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates



Roger Nobs, Ratschreiber

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

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

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

14. März 2018

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



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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

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

1 Grundsätzliches

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1 Art. 78a VE-StPO

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

2.2 Art. 123 Abs. 2 VE-StPO

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

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

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

2.4 Art. 133 VE-StPO

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

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

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

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

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

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

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

2.5 Art. 147 StPO

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

2.6 Art. 147a VE-StPO

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

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

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

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

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

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

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

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

2.8 Art. 210 Abs. 4 StPO

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

2.9 Art. 211 StPO

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

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

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

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

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

2.11 Art. 228a VE-StPO

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

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

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

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

2.12 Art. 233 Abs. 3 VE-StPO

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

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

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

2.14 Art. 251a VE-StPO

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

2.15 Art. 255 StPO

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

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

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

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

2.17 Art. 288 StPO

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

2.18 Art. 294 Abs. 2 StPO

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

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

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

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

2.20 Art. 352 VE-StPO

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

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

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

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

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

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

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

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

2.21 Art. 352a VE-StPO

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

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

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

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

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

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

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

2.23 Art. 355 Abs. 2 VE-StPO

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

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

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

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

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

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

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

2.24 Art. 356 Abs. 4 VE-StPO

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

2.25 Art. 388 VE-StPO

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

«die Haft beantragen».

2.26 Art. 395 Bst. b VE-StPO

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

2.27 Art. 10 Abs. 3 VE-JStPO

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

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

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

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

Der Regierungsrat dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident

Bernhard Pulver

Der Staatsschreiber

Christoph Auer

Verteiler

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

Regierungsrat BL, Rathausstrasse 2, 4410 Liestal

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

Liestal, 6. März 2018

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrter Herr Bundesrat

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

1. Grundsätzliche Bemerkungen

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

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

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

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

2. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

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

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

Zwei Gründe sprechen für eine restriktive Auslegung dieser Bestimmungen:

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

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

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

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

Wir beantragen, diesen Revisionsvorschlag zu streichen.

2.1.3. Art. 75 Mitteilung an andere Behörden

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

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

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

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

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

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

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

2.1.5. Art. 88 Abs. 4 Öffentliche Bekanntmachung

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

Antrag: Streichung der Bestimmung.

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

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

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

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

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

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

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

Antrag: Verzicht auf den Revisionsvorschlag.

2.1.8. Art. 126 Abs. 2 Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren

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

Antrag: Verzicht auf den Revisionsvorschlag.

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

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

Antrag: Gesetzestext:

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

2.1.10. Art. 133 Bestellung der amtlichen Verteidigung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antrag: Ablehnung des Revisionsentwurfs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antrag:

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

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

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

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

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

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

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

Antrag: Ersatzlose Streichung von Artikel 147a Absatz 3.

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

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

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

2.1.15. Art. 211 Internetfahndung

Für die Internetfahndung sollte eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen werden.

2.1.16. Art. 221 Wiederholungsgefahr

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antrag: Einschränkung der materiellen Voraussetzungen zur Geltendmachung einer Siegelung.

2.1.20. Art. 251a / Blut- und Urinuntersuchung

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

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

Antrag 2: Streichung von Absatz 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antrag: Ergänzung der Deliktskataloge.

2.1.24. Art. 294 Sachüberschrift, Ausweitung im Bereich Kinderpornografie

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

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

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

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

Antrag: Beibehaltung heutiges Recht.

2.1.26. Art. 303a / Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikten

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

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

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

Antrag: Beibehaltung heutiges Recht.

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

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

Antrag: Verzicht auf eine Revision.

2.1.29. Strafbefehlsverfahren (Artikel 352 ff.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antrag: Streichung von Artikel 268 Absatz 4.

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

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

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

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

2.1.33. Art. 352a Obligatorische Einvernahme der beschuldigten Person

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

Antrag: Streichung der Bestimmung.

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

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

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

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

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

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

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

Antrag 2: Verzicht auf eine Verlängerung der Einsprachefrist.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aus Gründen der Verfahrensökonomie ist diese Änderung vorbehaltlos zu begrüßen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antrag: Beibehaltung der bisherigen Regelung.

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

Ausgeweitetes Wohnortprinzip

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

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

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

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

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

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

Erstermittlung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antrag: Streichung der Revisionsbestimmung.

Hochachtungsvoll



Dr. Sabine Pegoraro
Regierungspräsidentin



Nic Kaufmann
2. Landschreiber



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

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

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

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

Basel, 7. März 2018

Präsidialnummer: P171876

Regierungsratsbeschluss vom 6. März 2018

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

Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrte Damen und Herren

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

A. Grundsätzliche Bemerkungen

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

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

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

B. Zu den einzelnen Änderungen in der Strafprozessordnung

Art. 55a VE StPO (Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 130 lit. d VE StPO

Zwangsmassnahmengericht ist ohne «h» geschrieben.

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

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

Art. 133 VE StPO (Bestellung der amtlichen Verteidigung)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 210 Abs. 2 VE StPO

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

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

Art. 222 Abs. 2 ff. VE StPO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 231 Abs. 2 VE StPO

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

Art. 233 VE StPO

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

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

Art. 236 Abs. 1 VE StPO

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

Art. 248 VE StPO

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

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

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

Art. 266 Abs. 3 VE StPO (Liegenschaften)

Der Änderungsvorschlag ist berechtigt und verdient Unterstützung.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 303a VE StPO (Sicherheitsleistung)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Anpassung der Einsprachelegitimation der Privatklägerschaft wird ausdrücklich begrüsst.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 366 VE StPO (Voraussetzungen)

Das Revisionsvorhaben bei Abwesenheitsverfahren ist zu begrüssen.

Art. 436 geltende StPO (Kostentragungspflicht der Privatklägerschaft)

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

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

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

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

Änderungen im Jugendstrafgesetz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Änderungen in der Jugendstrafprozessordnung

Art. 1 VE JStPO (Gegenstand)

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

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

Art. 10 VE JStPO (Gerichtsstand)

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

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

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

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

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

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

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

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

Änderungsvorschläge

Art. 80 Abs. 1 geltende StPO

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

Art. 82 geltende StPO

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

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

Art. 100 Abs. 2 geltende StPO (Aktenverzeichnis)

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

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

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

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

Art. 118 Abs. 4 StPO (Privatklägerschaft)

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

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

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

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

Art. 248 StPO (Siegelung)

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

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

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

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

Art. 329 Abs. 2, 3 und 4 StPO

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

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Elisabeth Ackermann
Präsidentin



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

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

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

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

Fribourg, le 6 mars 2018

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

Madame, Monsieur,

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

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

Notre prise de position est structurée comme suit :

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

I. Remarques générales

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

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

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

II. Code de procédure pénale

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

Article 55a

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

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

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

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

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

Article 88, al. 4

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

Article 117, al. 1, let. g

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

Article 123, al. 2

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

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

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

Article 130, let. d

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

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

Article 131 al. 2 et 3

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

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

Article 133

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 136, al. 1^{bis}

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

Article 141, al. 4

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 147a

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

Article 221, al. 1, let. c

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

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

De ce fait, nous vous proposons la formulation suivante:

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

Article 222, al. 2

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

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

Article 228a

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

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

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

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

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

Article 231, al. 2

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

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

Article 248, al. 1 à 3

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

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

Article 251a

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

Article 273, al. 1 let. a

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

Article 301, al. 1^{bis}

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

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

Article 303a

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

Article 316, al. 1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 352a

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

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

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

Article 353, al. 2

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

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

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

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

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

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

Articles 355 et 366

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

Articles 364a et 364b

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

Article 365, al. 3

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

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

Article 388, al. 2

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

Article 391, al. 2, 1^{ère} phr.

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

Article 393, al. 1, let. c

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

Article 395, let. b

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

Article 410, al. 1, let. a

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

Article 440

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

Article 442 al. 4

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

2. Autres dispositions du CPP qui devront être modifiées

Article 309

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

Article 331, al. 2

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

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

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

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

Article 399, al. 2 et 3

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

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

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

Article 406, al. 3

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

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

Article 432, al. 2

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

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

Article 437

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

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

Introduction de la médiation pénale pour les adultes

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

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

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

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

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

III. Remarques concernant les autres lois modifiées

1. Droit pénal des mineurs

Article 3, al. 2

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

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

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

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

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

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

2. Procédure pénale applicables aux mineurs

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

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

Articles. 26 et 27 PPMIn

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Loi sur le Tribunal fédéral

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

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

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

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

4. Loi sur l'aide aux victimes

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

5. Code pénal

Article 71, al. 3

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

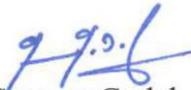
La question qui se pose est de savoir s'il est opportun de modifier l'article 268 CPP (séquestre en couverture des frais), ou s'il ne devrait pas figurer sous l'article 263 CPP (principe). En effet, la créance compensatrice a pour but de remplacer un objet qui aurait pu être séquestré en vue de sa confiscation.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

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

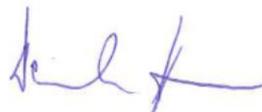
Par conséquent, il y a lieu de croire qu'en modifiant l'article 268 CPP, seuls les biens du prévenu pourraient désormais être séquestrés pour exécution de la créance compensatrice.

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

Au nom du Conseil d'Etat :


Georges Godel
Président



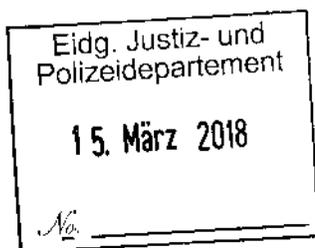

Danielle Gagnaux-Morel
Chancelière d'Etat



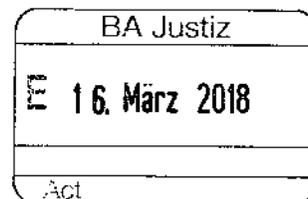
Genève, le 14 mars 2018

Le Conseil d'Etat

1036-2018



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



Concerne : consultation fédérale – modification du code de procédure pénale

Madame la Conseillère fédérale,

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

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

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

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

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

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

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

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

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Anja Wyden Guelpa

Le président :



François Longchamp

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

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

Hochgeachtete Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie gaben uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

1. Unverhältnismässiger Mehraufwand

Die Strafverfolgung liegt gemäss Bundesverfassung im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Kantone (Art. 123 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 22 und 15 f. StPO). Sie gewährleisten damit unter anderem die öffentliche Sicherheit, deren Wahrung zu den wesentlichen hoheitlichen kantonalen Aufgaben zählt (Art. 57 BV i.V.m. Art. 3 und 42 BV). Deshalb tragen die 26 Kantone die hauptsächlichen finanziellen Lasten, die durch die Erfüllung der Aufgabe der Strafverfolgung entsteht. Dieser Ausgangslage hat der Bundesgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Strafprozessordnung Rechnung zu tragen. Wir lehnen entsprechend alle Änderungsvorschläge ab, die zu einem personellen oder finanziellen Mehraufwand führen. Hierzu gehören folgende Bestimmungen:

Art. 130 Bst. d (Notwendige Verteidigung)

Ein Ausbau der notwendigen Verteidigung im Verfahren vor Zwangsmassnahmengericht (ZMG) wird abgelehnt, wenn der Staatsanwalt persönlich auftritt. Dass eine Vertretung der Staatsanwaltschaft im Haftverfahren vor ZMG auftritt, macht wegen des relativ engen Verfahrensgegenstands, aber auch aufgrund der ohnehin häufig gegebenen anderen Gründe für eine notwendige Verteidigung (Art. 130 lit. a – c) die vorgeschlagene Erweiterung eben dieser unnötig.

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

Die Unklarheit zwischen den Gesetzestexten ist zugunsten der bisherigen deutsch/italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer relativen Unverwertbarkeit aufzulösen. Der Richter soll weiterhin eine Güterabwägung machen können. Es darf keine automatische Ungültigkeit eintreten.

Art. 133 (Bestellung der amtlichen Verteidigung)

Obschon die heutige Regelung, die vorsieht, dass die Staatsanwaltschaft die amtlichen Verteidiger bestellt, im Kanton Glarus keine Probleme aufwirft, soll diese Kompetenz einer anderen Instanz übertragen werden. Dabei wurde ignoriert, dass die Entscheide der Staatsanwaltschaft an die Beschwerdeinstanz – ein Gericht – weitergezogen werden können. Im Kanton Glarus müsste als Folge dieser Regelung bei einer anderen Stelle ein Pikettdienst an 365 Tagen während 24 Stunden am Tag eingerichtet oder eine solche neu geschaffen werden. Mit Blick auf den zusätzlich entstehenden Aufwand wird diese Regelung als unverhältnismässig abgelehnt. Unabhängig davon erscheint uns auch verfehlt, bei der Benennung des amtlichen Verteidigers auch noch deren Eignung als Verteidiger geprüft werden muss. Dieses zusätzliche Kriterium eröffnet einen neuen Schauplatz für Streitigkeiten und wird mit Sicherheit zu Erschwernissen und zu Beschwerden führen, die das Verfahren zuungunsten aller Parteien in einer Phase verzögern, wo dies besonders störend ist. Auch diese Regelung ist zu streichen. Wir erachten die vorgesehene Regelung in Art. 133 als einen völlig unverhältnismässigen Eingriff in die verfassungsmässige Organisationskompetenz der Kantone.

Art. 147 f. (Teilnahmerechte der Parteien)

In Art. 147 und Art. 147a finden sich Anpassungen zu den Teilnahmerechten der Parteien. In der Praxis handelt es sich hierbei um zentrale Punkte in der Untersuchungsführung. Die vorgeschlagenen Regelungen gehen über den von der EMRK festgelegten Standard hinaus. Hierfür gibt es keinen Grund. Es sollen deshalb sowohl aus Kosten- und Praktikabilitätsgründen als auch aus Gründen der materiellen Wahrheitsfindung die Teilnahmerechte auf das Niveau der EMRK hinunter korrigiert werden.

Art. 248 Abs. 3 (Entsiegelung)

Die Umsetzung des Grundsatzes der "doppelten Instanz" lehnen wir im Bereich der Entsiegelung entschieden ab. Die Entlastung des Bundesgerichts als hauptsächliches Argument für Anpassung überzeugt nicht, zumal umgekehrt den Kantonen diese Aufgabe zufallen soll und ihnen damit zusätzlicher Aufwand überbürdet wird. Da es sich bei der Entsiegelung um einen Zwischenentscheid handelt, dürfte dies hier durch die Einführung von zwei Rechtsmittelinstanzen gerade in komplexen Fällen zu einer spürbaren Verlängerung des Verfahrens führen. Neben der prozessökonomischen besteht auch aus rechtsstaatlicher Sicht keine Notwendigkeit den Rechtsschutz auszubauen. Der Entsiegelungsentscheid ergeht bereits durch ein Gericht. Die Möglichkeit einer doppelten richterlichen Überprüfung dürfte keine Vorteile hinsichtlich Feststellung der materiellen Wahrheit bringen, sondern vielmehr prozesstaktischen Ausschöpfung der Rechtsmittel Vorschub leisten.

Art. 352 Abs. 1bis (Ausschluss des Strafbefehlsverfahrens)

Den Vorschlag in Art. 352 Abs. 1bis des vorliegenden Entwurfes, wonach das Strafbefehlsverfahren mit Freiheitsstrafe von über 4 Monaten oder Geldstrafe von mehr als 120 Tagesstrafen zwingend ausgeschlossen ist, wenn sich ein Opfer als Privatkläger am Verfahren beteiligt, lehnen wir ab. Einerseits kann es sein, dass die das Opfer betreffenden Tatvorwürfe nur einen (geringen) Teil der abzuurteilenden Delikte betreffen. Andererseits wünschen Opfer oft nicht, dass ihr Fall in der Öffentlichkeit verhandelt wird. Gerade dies kann in der Praxis zu Anreizen mit unerwünschten Wirkungen führen, indem tiefere Strafen als eigentlich angebracht in Betracht gezogen werden, um die Sache im einfacheren Strafbefehlsverfahren abwickeln zu können.

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

Wir lehnen aus Kostengründen eine Änderung im Sinne einer obligatorischen Einvernahme durch den Staatsanwalt ab. Über die Durchführung einer Einvernahme ist fallbezogen und nicht abstrakt anhand der im Gesetz angedrohten Geld- bzw. Freiheitsstrafe zu befinden. Die Komplexität des Falles und das Vorliegen eines Geständnisses sollen die wesentlichen Kriterien bilden.

Art. 354 Abs. 1ter (Differenzierte Einsprachefrist)

Die im Vergleich zur heutigen Regelung vorgesehene längere Einsprachefrist von 20 Tagen wird abgelehnt. Vor allem im Umgang mit «Kriminaltouristen» ist eine möglichst rasche Rechtskraft wichtig, damit diese umgehend ausgeschafft werden können. Eine solche Differenzierung ist in keinem anderen Verfahrensrecht bekannt, wo es um ähnliche Fallzahlen geht. Die Kontrolle würde durch die vorgesehene Regelung massiv verkompliziert und der Aufwand vergrößert.

Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4 (Rückzugsfiktion)

Die Streichung der Rückzugsfiktion ist entschieden abzulehnen. Die Rückzugsfiktion stellt ein vernünftiges Mittel dar, um vorschnell erhobene Einsprachen faktisch ungeschehen zu machen. Die Änderung würde bei Staatsanwaltschaften und Gerichten die Geschäftslast insbesondere im Bagatellbereich erheblich erhöhen, wodurch ihre Kapazitäten für die Bearbeitung gewichtiger Fälle geschmälert würden.

Opferrechte im Allgemeinen

Opferrechte sind zweifelsohne wichtig. Die in der Vorlage vorgesehene Vermischung der Teilnahmerechte mit den Mitwirkungsrechten der Opfer betrachten wir aber nicht als ausreichend durchdrungen. Insbesondere sind die Regelungen im Opferhilfegesetz nicht einbezogen. Es ist zu beachten, dass die Gesamtheit der für sich jeweils geringfügigen Verbesserungen der prozessualen Rechte der Opfer bei den Behörden immer viel Aufwand auslöst.

2. Anpassungen formeller bzw. technischer Natur

Art. 228a Abs. 2 (Beschwerde der Staatsanwaltschaft und Verfahren)

„Eröffnung des Entscheides“ sollte ersetzt werden durch „Eröffnung des schriftlich begründeten Entscheides“. Der Haftentscheid kann im Dispositiv eröffnet werden, beschwerdefähig dürfte jedoch nur der schriftlich begründete Entscheid sein.

Art. 251a (Blut- und Urinuntersuchung)

An der Stelle des Begriffs der Blut- bzw. Urinuntersuchung ist Blut- und Urinprobe analog wie im SVG zu verwenden.

Art. 3 Abs. 2 JStG (Persönlicher Geltungsbereich)

Ohne Beizug der Materialien lassen sich nicht alle diesen Bereich betreffenden Rechtsfragen beantworten. Insbesondere ergibt sich aus dem Gesetzestext nicht, dass in der relativ häufig auftretenden Situation, in der bei einem Jugendlichen die Taten vor dem 18. Altersjahr noch nicht definitiv beurteilt wurden und zusätzlich neue Taten nach 18. Altersjahr hinzukommen, letztere gesondert im strafrechtlichen Verfahren für Erwachsene zu beurteilen sind. Der Gesetzestext ist diesbezüglich entsprechend zu ergänzen.

3. Weitere Bemerkungen

Bezüglich der weiteren Bestimmungen der Vorlage verweisen wir auf die von uns geteilte Stellungnahme der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren vom 5. Februar 2018.

Genehmigen Sie, hochgeachtete Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Für den Regierungsrat

Two handwritten signatures in blue ink. The first signature is 'R. Widmer' and the second is 'Hansjörg Dürst'.

Rolf Widmer
Landammann

Hansjörg Dürst
Ratsschreiber

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

versandt am: **15. März 2018**



Sitzung vom

10. April 2018

Mitgeteilt den

10. April 2018

Protokoll Nr.

279

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Auch per Mail zustellen als PDF und Word-Dokument:
annemarie.gasser@bj.admin.ch

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

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 geben Sie uns die Gelegenheit, uns zu den geplanten Änderungen der Strafprozessordnung zu äussern. Dafür danken wir Ihnen.

1. Allgemeine Bemerkungen

Die Regierung des Kantons Graubünden erachtet es bei der Vorlage als zentral, dass die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs Ziel und Motivation jeglichen Handelns im Bereich der Strafverfolgung sein muss. Die Strafverfolgung liegt im Wesentlichen im Kompetenzbereich der Kantone, die auch die finanziellen Lasten tragen, die aus der Umsetzung der Aufgaben der Strafverfolgung entstehen. Der Bundesgesetzgeber hat diesen Umstand bei Vorschlägen zur Änderung der Strafprozessordnung in dem Sinne zu berücksichtigen, als dass die aus entsprechenden Revisionen resultierenden Ausführungskosten für die Kantone berücksichtigt werden. Die Bündner Regierung lehnt alle Änderungsvorschläge ab, welche zu finanziellem und/oder personellem Mehraufwand für die Kantone führen. Die Strafprozessordnung hat sich in der Praxis gut bewährt und vor allem zu der angestrebten

Harmonisierung der Strafverfahren in den Kantonen geführt. Der Bundesgesetzgeber soll sich demnach darauf beschränken, lediglich jene Bestimmungen zu ändern, die in der Praxis tatsächlich zu stossenden Ergebnissen geführt haben oder der materiellen Wahrheitsfindung entgegenstehen. Zahlreiche Vorschläge in der vorliegenden Vorlage führen zu einer Verlängerung und einer Verteuerung der Verfahren, ohne dass ein zwingender Handlungsbedarf ausgewiesen wäre. Betroffen sind hier insbesondere die Bestimmungen zur notwendigen und amtlichen Verteidigung (Art. 130 und Art. 133 StPO), die Teilnahmerechte (Art. 147 StPO) sowie das Strafbefehlsverfahren (Art. 352 f. StPO).

Es geht nicht an, dass das Strafverfahren analog eines Zivilprozesses ausgestaltet werden soll, an welchem sich alle Parteien, zu welchen zunehmend auch die Staatsanwaltschaften gezählt werden, gleichermassen beteiligen können. Bei einer derartigen Ausgestaltung des Strafverfahrens geht es nicht mehr um die Erforschung der materiellen Wahrheit, sondern lediglich darum, diejenige "Wahrheit" zu finden, die im Rahmen dieses Parteiprozesses erstellt werden kann. Auch wird das Strafprozessrecht zunehmend von einer teilweise unüberschaubaren Formalisierung durchdrungen. Es scheint, dass das Prozessrecht kaum mehr dazu dienen soll, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Es interessiert immer weniger, was materiell geschehen ist, vielmehr geht es darum, sicherzustellen dass alle Formalien eingehalten sind. Dieser Tendenz ist entgegenzuwirken. Es ist das Ziel im Auge zu behalten, dem staatlichen Strafanspruch zum Durchbruch zu verhelfen. Dieses Ziel wiederum ist durch den Gesetzgeber bestmöglich zu unterstützen.

In diesem Zusammenhang sind auch die vorgeschlagenen Änderungen der Opferrechte zu sehen. Die Wahrung der Interessen von Opfern von Straftaten ist der Regierung ein wichtiges Anliegen. In den vorgeschlagenen Bestimmungen finden sich jedoch verschiedene Änderungsvorschläge, welche tendenziell zu einer Verlängerung und Verkomplizierung der Verfahren führen. Dies ist nicht im Sinne der Opfer, weshalb die Regierung die vorgesehenen Änderungen der Opferrechte ablehnt.

2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen der StPO

Art. 88 Abs. 4

Bereits heute kann über den Mechanismus von Art. 88 Abs. 4 StPO eine Zustellung nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen von Art. 88 Abs. 1 lit. a, b oder c StPO erfüllt sind (BGer 6B_141/2017 vom 22. Dezember 2017, E. 2.1). Ein Strafbefehl wird, auch wenn er im Amtsblatt ausgeschrieben wird, durch den Beurteilten nicht gelesen. Die Publikation ist daher eine reine Alibiübung. Sie führt zu einem administrativen Leerlauf und verursacht ausschliesslich Kosten und Aufwand, ohne dass ein erkennbarer Nutzen geschaffen wird.

Antrag: *Die bisherige Regelung ist beizubehalten.*

Art. 131 Abs. 2

Wir begrüssen, dass die widersprüchliche Fassung von Art. 131 Abs. 2 StPO beseitigt wird. Allerdings ist die vorgeschlagene Formulierung in zweierlei Hinsicht problematisch:

Die notwendige Verteidigung soll mit Eröffnung des Verfahrens sichergestellt werden. Seit BGE 141 IV 20 ist dies der Zeitpunkt, in welchem sich die Staatsanwaltschaft erstmals mit dem Fall befasst. Beginnt die Strafuntersuchung bspw. mit einer Ausschreibung oder einer Telefonüberwachung, müsste nach dem Wortlaut der neuen Bestimmung dem Beschuldigten bereits mit dieser Anordnung ein Verteidiger bestellt werden, also bevor er überhaupt um die Strafuntersuchung wissen darf. Der Untersuchungszweck wird damit vereitelt und die Lösung ist in der Praxis nicht umsetzbar.

Antrag: *Der Gesetzestext ist wie folgt zu ändern:*

"Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung erfüllt, so ist diese umgehend, jedenfalls spätestens nach der ersten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme, sicherzustellen."

Art. 133

Mit dieser Regelung wird in die Organisationsautonomie der Kantone eingegriffen, obschon die heutige Regelung zu keinen Problemen geführt hat. Es ist zudem daran zu erinnern, dass jederzeit gegen die Einsetzungsverfügungen Beschwerde erhoben werden kann.

Eine Änderung von Art. 134 Abs. 2 StPO, wonach ein allfälliger Verteidigerwechsel in der Zuständigkeit der Verfahrensleitung liegt, ist nicht vorgesehen. Die vorgeschlagene Regelung ist daher unvollständig. Sie wäre zudem inkonsequent, sofern der Entwurf davon ausgehen sollte, dass bei einem Wechsel der amtlichen Verteidigung deren Auswahl nicht mehr bei der "unabhängigen Stelle" liegen sollte.

Im erläuternden Bericht (S. 11, Ziff. 1.3.5) wird die Übertragung der Verteidigerauswahl auf die unabhängige Stelle damit begründet, dass sich die Staatsanwaltschaft und die beschuldigte Person im späteren Hauptverfahren als Parteien gegenüberstehen und die Anklagebehörde es damit in der Hand habe, die Vertretung der Gegenpartei selbst zu bestimmen. Dieses Argument trifft für das Gerichtsverfahren nicht zu. Es besteht daher keine Notwendigkeit, im Gerichtsverfahren von der bisherigen Regelung abzuweichen.

Die vorgeschlagene Regelung lässt sodann verschiedene Fragen offen. Beispielsweise ist nicht geregelt, ob, von wem und wo die Auswahl der "unabhängigen Stelle" selbständig angefochten werden könnte. Mit dem Beschleunigungsgebot nicht vereinbar ist es, wenn ein doppelter Anfechtungsweg angedacht wäre in dem Sinne, dass sowohl die Wahl als auch die Einsetzung unabhängig voneinander angefochten werden könnten.

Antrag: *Die vorgesehenen Modalitäten der amtlichen Verteidigung müssen überprüft und die Abläufe präzisiert werden.*

Art. 135 Abs. 1

Die vorgeschlagene Änderung führt zu Mehrkosten. Zudem überzeugt die Begründung nicht: Im Gegensatz zur gewählten Verteidigung trägt die amtliche Verteidigung kein Inkassorisiko. Sie kann davon ausgehen, dass alle ihre Bemühungen entschädigt werden. Es entsteht ein Rechtsverhältnis mit dem Staat, dessen Abgeltung in den jeweiligen Tarifordnungen festgelegt wird. Warum die Höhe der Entschädigung vom Ausgang des Verfahrens abhängig gemacht werden soll, ist daher nicht nachvollziehbar. Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft aufgrund des Grundsatzes "in dubio pro duriore" verpflichtet ist, auch Fälle anzuklagen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch führen, oder sie muss aufgrund des fehlenden Vorabklärungsverfahrens frühzeitig Verfahren eröffnen, die dann wieder einzustellen sind. Die Staatsanwaltschaft muss somit tätig werden, auch wenn sie weiss oder davon ausgeht, dass sie mutmasslich unterliegt.

Antrag: *Die vorgeschlagene Bestimmung ist zu streichen.*

Art. 147 und 147a

Das Teilnahmerecht von beschuldigten Personen soll im Grundsatz unverändert beibehalten werden. Neu soll aber eine Einschränkung dann möglich sein, wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird. Als Kriterium für die Beschränkung der Teilnahmerechte taugt diese Umschreibung allerdings nicht. Die Staatsanwaltschaft kann weder voraussehen, wie die beschuldigte Person aussagen wird, nachdem sie an der Einvernahme von Zeugen oder Mitbeschuldigten teilgenommen hat, noch weiss sie, wie die beschuldigte Person ohne Gewährung der Teilnahmerechte ausgesagt hätte. Die Prognose, welche der Gesetzgeber verlangt, ist faktisch unmöglich zu machen. Es besteht die Gefahr der Anpassung von Aussagen an diejenigen von schon befragten Personen. Und es stellt sich die Frage, welcher Nachweis für diese "Befürchtung" zu erbringen ist. Bei der vorgeschlagenen Lösung handelt es sich um den Versuch, eine scheinbare Zwischenlösung zu schaffen, welche den Anwendungsbereich jedoch zu wenig klar umschreibt und daher in der Praxis ständig zu unterschiedlichen Auffassungen und Rechtsstreitigkeiten führen dürfte. Die Begründung im erläuternden Bericht (S. 27, Ziff. 2.1.21) für die grundsätzliche Beibehaltung des Teilnahmerechts, die "Wahrung des Gleichgewichts zwischen den Parteien", überzeugt schon deshalb nicht, weil die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren gerade nicht Partei ist. Seit das Bundesgericht das Teilnahmerecht auch auf Mitbeschuldigte ausgedehnt hat, gab es zahlreiche Entscheidungen, welche diesen Grundsatz wieder zu relativieren suchten. Diese Rechtsprechung hat zu Rechtsunsicherheit und zu Beschwerdeverfahren geführt, welche die Verfahren verlängern und verteuern. Hier ist eine klare und einfache gesetzliche Regelung im Sinne der Normierung des EMRK-Standards zu fordern.

Als Kompensationsmassnahme für die Einschränkung der Teilnahmerechte wird die Bild- und Tonaufzeichnung der Einvernahme verlangt. Das mag in Fällen von Schwerekriminalität sinnvoll sein. Geht es um gemeinschaftlich ausgeführte Massendelikte wie Ladendiebstähle, ist der Aufwand für Bild- und Tonaufzeichnungen deutlich zu hoch. Staatsanwaltschaften sind heute nicht darauf eingestellt, in Massengeschäften alle Ersteinvernahmen in Bild und Ton aufzuzeichnen. Zudem ist Folgendes zu bedenken: Beschuldigte stehen regelmässig in einem Interessenkonflikt

zwischen Loyalität gegenüber den Mitbeschuldigten und einem vollumfänglichen Geständnis. Wird die Befragung erkennbar auf Bild und Ton aufgezeichnet, wird dies das Aussageverhalten der betroffenen Person zu Gunsten der Loyalität gegenüber dem Mitbeschuldigten beeinflussen und damit die Wahrheitsfindung beeinträchtigen.

Antrag: *Anstelle der vorgeschlagenen Formulierungen von Art. 147 VE-StPO und Art. 147a VE-StPO ist eine der EMRK entsprechende Lösung ins Gesetz aufzunehmen. Danach hätte jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen.*

Art. 147a VE-StPO ist in der vorgeschlagenen Form zu streichen.

Art. 228a Abs. 2

Die vorgeschlagene kurze Frist von drei Stunden muss als praxisfremd bezeichnet werden und stellt die involvierten Behörden vor unnötige Probleme. Für die Staatsanwaltschaft wird es schwierig sein, eine Beschwerde gegen einen Entscheid innert so kurzer Zeit zu begründen. Dies umso mehr als der Entscheid selbst innert dieser Frist noch gar nicht schriftlich begründet vorliegen sollte. Der Staatsanwaltschaft wird mit der vorgeschlagenen Lösung faktisch verunmöglicht, ihr Beschwerderecht wirksam wahrzunehmen.

Antrag: *Die Begründungspflicht von drei Stunden ist auf mindestens sechs Stunden zu verlängern.*

Art. 230 Abs. 3 und 4

Mit der vorgeschlagenen Lösung wird unnötigerweise ein neuer Befangenheitstatbestand geschaffen. Das Bundesgericht hat die Personalunion von Haft- und Sachrichter bislang nie beanstandet. Die neue Regelung wird damit begründet, dass sich der Richter im Rahmen der Prüfung der Haftentlassung unter anderem mit der Frage des dringenden Tatverdachts zu befassen habe, die im Rahmen der Hauptverhandlung wiederum Gegenstand des Verfahrens sei (vgl. erläuternder Bericht S. 33, Ziff. 2.1.31). Diese Argumentation überzeugt nicht. Zu irgendeinem Zeitpunkt des Verfahrens werden die beteiligten Richter sich mit den zu beurteilenden Fragen zu befassen haben und sich eine Meinung bilden. Und zwar auch schon vor der Hauptverhandlung. Inwieweit dadurch eine Befangenheit entstehen soll, ist nicht nachvollziehbar.

Antrag: *Auf die vorgesehene Lösung ist zu verzichten.*

Art. 231 Abs. 2

Die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, die Fortführung der Sicherheitshaft zu beantragen, sollte ihr immer dann zukommen, wenn sie Berufung anmeldet und das erstinstanzliche Gericht die Freilassung des Beschuldigten anordnet. Also beispielsweise auch bei einer Verurteilung zu einer kürzeren oder einer bedingten Freiheitsstrafe und nicht nur bei einem Freispruch.

Antrag: *Die vorgeschlagene Formulierung ist entsprechend anzupassen.*

Art. 236 Abs. 1

Eine eigentliche Änderung der bisherigen Praxis ist durch die Anpassung der Bestimmung nicht ersichtlich. Die Klarstellung betreffend das ordentliche Vollzugsregime ist jedoch zu begrüßen.

Art. 248

Die Möglichkeit der Siegelung kann trotz der 30-tägigen Ordnungsfrist Verfahren längere Zeit blockieren. Diese Problematik akzentuiert sich, wenn grosse Mengen an elektronischen Daten sicherzustellen sind. Die Siegelung kann so missbraucht werden, um die Auffindung deliktisch erlangter Vermögenswerte oder die Sicherstellung von Beweisen zu verhindern.

Antrag: *Es ist zu prüfen, ob die Möglichkeiten der Siegelung nicht einzuschränken ist. Beispielsweise dahingehend, dass diese Möglichkeit nur besteht, wenn man sich auf ein Beschlagnahmeverbot nach StPO berufen kann.*

Art. 251a

Der Gesetzestext ist dahingehend abzuändern, als dass die Polizei sowohl eine Blut- wie auch eine Urinabnahme mitsamt der jeweiligen Untersuchung anordnen kann. Absatz 2 ist überflüssig, da die Staatsanwaltschaft für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig ist und die Polizei sie entsprechend informiert, sollte eine solche erforderlich sein.

Antrag: *Absatz 1 ist dahingehend anzupassen, als dass die Polizei Blut- und Urinabnahmen mitsamt der jeweiligen Untersuchung anordnen kann.*

Absatz 2 ist zu streichen.

Art. 268

Dass die Rechtsgrundlage für die Ersatzforderungsbeschlagnahme in die StPO überführt werden soll, ist zu begrüßen. Gesetzessystematisch korrekt müsste diese Aufnahme jedoch in Art. 263 StPO (z.B. als lit. e) integriert werden. Die beiden Bestimmungen unterscheiden sich in einem entscheidenden Punkt: Nach Art. 268 StPO können nur Vermögenswerte der beschuldigten Person beschlagnahmt werden. Dies machte bisher auch Sinn, weil sich Art. 268 StPO auf finanzielle Leistungen bezieht, welche nur die beschuldigte Person treffen können (Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen, Entschädigungen). Auf die Ersatzforderungsbeschlagnahme trifft dies jedoch nicht zu. Die vorgeschlagene Regelung bringt somit eine gravierende Beschneidung der Ersatzforderungsbeschlagnahme mit sich. Heute können Vermögenswerte von allen Personen beschlagnahmt werden, welche möglicherweise zur Zahlung einer Ersatzforderung verurteilt werden. Also nicht nur Vermögenswerte beschuldigter Personen, sondern auch tatunbeteiligter Dritter.

Antrag: *Die Ersatzforderungsbeschlagnahme ist in Art. 263 StPO zu integrieren.*

Art. 301 Abs. 1^{bis}

Die neue Bestimmung ist in zweifacher Hinsicht problematisch. Sie durchbricht den Grundsatz, dass in den meisten Kantonen nur die Staatsanwaltschaft und nicht die Polizei über die Aushändigung von Aktenkopien entscheidet. Zudem ist nicht klar, wie diese Bestimmung zu verstehen ist: Gegen die Aushändigung einer Anzeige ist nichts einzuwenden. Die Überlassung eines Einvernahmeprotokolls ist hingegen problematisch, da insbesondere zu Beginn eines Verfahrens Kollusionsgefahr besteht.

Antrag: *Die bestehende Regelung ist beizubehalten.*

Art. 303a

Die Bestimmung führt die Möglichkeit von Kostenvorschüssen bei Ehrverletzungsdelikten wieder ein, was zu begrüßen ist. Allerdings sollte die Erhebung eines Kostenvorschusses nicht als Kann-Bestimmung ausgestaltet werden. Vielmehr ist ein Mindestvorschuss (z.B. CHF 500.00) für obligatorisch zu erklären. Frühere derartige Regelungen hatten sich in der Praxis bewährt. Mit einem zwingenden Kostenvorschuss lassen sich Beschwerdeverfahren über Zulässigkeit und Höhe der Kaution vermeiden.

Die Formulierung der Bestimmung ist sodann nicht ganz durchdacht: Ehrverletzungsdelikte werden normalerweise durch die Polizei vollständig ermittelt, eine Untersuchungseröffnung ist nicht erforderlich. Die Polizei müsste deshalb nach Eingang der Anzeige die Staatsanwaltschaft informieren, damit diese einen Kostenvorschuss verlangen kann, bevor die Polizei das Ermittlungsverfahren durchführt. Das führt zur Frage, ob durch diese Verfügung die Untersuchung eröffnet wird, was nicht zielführend ist.

Die vorgeschlagene Regelung ist zudem unvollständig: Es müsste geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen die Sicherheitsleistung zu Gunsten der Staatskasse verfällt. Zudem ist zu prüfen, ob die Pflicht zur Sicherheitsleistung nicht auf weitere Antragsdelikte auszudehnen ist.

Antrag: *Die Erhebung eines Kostenvorschusses in einem bestimmten Umfang ist zwingend vorzusehen. Weiter ist zu präzisieren, dass die Erhebung des Kostenvorschusses nicht automatisch zur Eröffnung der Untersuchung führt. Zu regeln ist schliesslich das Schicksal der Kaution.*

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

Das Opfer wird nach Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO bei der ersten Einvernahme umfassend über seine Rechte belehrt, auch darüber, dass es sich als Kläger konstituieren kann. Es besteht keine Veranlassung für eine nochmalige derartige Belehrung bei Untersuchungsabschluss. Insbesondere in den nicht seltenen Fällen, bei welchen nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens ohne Untersuchungseröffnung direkt ein Strafbefehl erlassen werden kann, führt die erneute Belehrung des Opfers mit entsprechender Fristansetzung zu einem unnötigen administrativen Mehraufwand und einer Verzögerung des Verfahrens.

Antrag: *Es ist an der bisherigen Formulierung von Art. 318 StPO festzuhalten.*

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

Die Begründung im erläuternden Bericht divergiert mit den Erfahrungen in der Praxis. Nicht nur, aber insbesondere Opfer von sexueller oder häuslicher Gewalt erleben anlässlich der Hauptverhandlung häufig, dass ihr Vorleben, ihr Leumund und ihre Glaubwürdigkeit in Frage gestellt werden. Nicht ohne Grund spricht man in denjenigen Deliktsbereichen, in denen eine Anklage zwingend erhoben werden muss, von der Gefahr eine Sekundärviktimisierung. Viele Opfer möchten auch eine (erneute)

Begegnung mit dem Täter vermeiden und erleben eine Begegnung anlässlich der Hauptverhandlung zusätzlich als Belastung. Dass bis zu einem Strafmass von sechs Monaten keine Hauptverhandlung zwingend ist, entspricht nach den Erfahrungen der Praxis einem Bedürfnis der betroffenen Opfer. Ist das Opfer mit dem Strafbefehl nicht einverstanden und hat es sich als Kläger konstituiert, kann es durch Einsprache die gerichtliche Beurteilung erzwingen. Es besteht deshalb kein Anlass, die zahlreichen Fälle, die bisher auch im Interesse des Opfers mit Strafbefehl erledigt werden konnten, durch das Gericht beurteilen zu lassen. Es erscheint darüber hinaus nicht sachlogisch, weshalb die Staatsanwaltschaft eine weitergehende Kompetenz haben soll, je nachdem, ob sich ein Opfer als Privatkläger konstituiert oder nicht. Im Übrigen ist es widersprüchlich, wenn Art. 352 Abs. 3 VE-StPO die Höchstgrenze für den Erlass eines Strafbefehls "in Fällen von Absatz 1^{bis}" bei höchstens drei Monaten ansetzt, während Absatz 1^{bis} von vier Monaten spricht.

***Antrag:** Da die vorgeschlagene Regelung weitreichende Folgen auf verschiedenen Ebenen zeitigen würde und hier die Erfahrungen in der Praxis von den Erkenntnissen aufgrund der Evaluation des Opferhilfegesetzes augenfällig divergieren, ist eine erneute sorgfältige Prüfung und Evaluation vorzunehmen.*

Art. 352a

Es besteht kein Zweifel, dass in einigen Fällen Einvernahmen erforderlich sind, jedoch bietet das Strafmass hierfür kein taugliches Kriterium und führt zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens in denjenigen Fällen, in denen ein Beweisverfahren gerade nicht notwendig gewesen wäre. Gemäss dem vorgeschlagenen Wortlaut und dem erläuternden Bericht scheint eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme obligatorisch zu sein. Deren Fehlen dürfte daher den Verfahrensfortgang hemmen und zu ungerechtfertigten Sistierungen führen. Die Änderung würde zudem zu zweierlei Recht führen. Ausserdem ist nicht nachvollziehbar, weshalb im Unterschied zur vorgeschlagenen Regelung eine Befragung bei einem Widerruf einer Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen oder im Fall einer Anklage, insbesondere im Abwesenheitsverfahren gemäss Art. 366 StPO, nicht nötig ist. Die vorgeschlagene Änderung würde in der Praxis in manchen Fällen auch zu unnötigem Aufwand führen. Steht beispielsweise fest, dass der Beschuldigte, selbst wenn er vorgeladen würde, keine Aussagen machen wird, macht es auch aus seiner Sicht keinen Sinn, eine staatsanwaltschaftliche "Alibi-Einvernahme" durchzuführen. Darüber hinaus ist nicht zu über-

sehen, dass der Betroffene in vielen Fällen gar kein Interesse an der Wahrnehmung dieses Verfahrensrechts hat.

Antrag: *Die Einvernahmepflicht in der vorgesehenen Form ist zu streichen. Als Lösungsansatz könnte dem Beschuldigten das Recht auf eine Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft eingeräumt werden, auf welches er ausdrücklich oder konkludent verzichten kann, etwa durch ungerechtfertigtes Nichterscheinen.*

Art. 353 Abs. 2

Neu soll im Strafbefehlsverfahren auch über strittige Zivilforderungen von höchstens 30'000 Franken entschieden werden, wenn deren Beurteilung ohne weitere Beweiserhebungen möglich ist. Diese letztere Einschränkung ist zu begrüßen. Trotzdem wird der Vorschlag dazu führen, dass es zu Beschwerdeverfahren und Einsprachen kommen wird, die sich einzig um die Zivilforderungen drehen. Dadurch gerät die Sicherstellung des staatlichen Strafanspruchs zu Gunsten der Unterstützung von finanziellen Partikularinteressen in den Hintergrund und die verhältnismässig rasche Erledigung der Strafsache als eines der primären Ziele des Strafbefehlsverfahrens wird dadurch erschwert.

Antrag: *Es ist die bisherige Formulierung von Art. 353 Abs. 2 StPO beizubehalten.*

Art. 354 Abs. 1^{ter}

Die Einsprachefrist hat in der Praxis kaum zu Kritik geführt. Wenn im Begleitbericht (S. 44) ausgeführt wird, dass die tiefe Einsprachequote auch darin begründet sein könne, dass die Zeit für eine vertiefte Abklärung fehle oder der Strafbefehl nicht verstanden werde, entspricht dies nicht den Erfahrungen in der Praxis. Die beschuldigte Person kann ohne weitere Begründung praktisch formlos Einsprache erheben. Im Rahmen des darauffolgenden Einspracheverfahrens besteht ausreichend Zeit, sich mit den Prozessrisiken und -chancen und der weiteren Begründung auseinanderzusetzen. Die Einsprache kann sodann jederzeit zurückgezogen werden, oftmals ohne weitere Kostenfolgen. Es mag vorkommen, dass einzelne Adressaten den Inhalt eines Strafbefehls nicht verstehen, doch würde dies gleichermassen für sämtliche Verfügungen oder Verfahrenshandlungen zutreffen, welche ebenfalls mit einer zehntägigen Beschwerdefrist anzufechten sind und man nicht daran denkt, diese zu verlängern.

Antrag: *Auf die unterschiedlichen Einsprachefristen bei persönlicher bzw. nicht persönlicher Aushändigung ist zu verzichten. Die 10-tägige Einsprachefrist ist beizubehalten.*

Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4

Rein querulatorische Einsprachen in Bagatellfällen sind in der Praxis relativ häufig. Die bisherige Regelung ermöglichte es, solche Verfahren einfach zu erledigen, wenn der Beschuldigte nach Einsprache nicht zur Einvernahme erschien, um zu erklären, aus welchem Grund er Einsprache erhob.

Der erläuternde Bericht (S. 45) behandelt diesen in seinen Auswirkungen wohl folgenreichsten Teil der vorgesehenen Revision nur kurz, indem er auf die in der Lehre an der Rückzugsfiktion geäußerte Kritik hinweist. Demnach sei diese nicht mit dem Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Ziffer 1 EMRK zu vereinbaren. Dieser Einwand könnte für das gesamte Strafbefehlsverfahren erhoben werden. Ohnehin hat das Bundesgericht im Entscheid 6B_152/2013, Erw. 4.5.1, den heutigen Mechanismus nur dann als zulässig erachtet, sofern sich "der Beschuldigte der Konsequenzen seiner Unterlassung bewusst ist und er in Kenntnis der massgebenden Rechtslage auf die ihm zustehenden Rechte verzichtet". Damit wurde der Anwendungsbereich der Rückzugsfiktion eingeschränkt. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, warum nun ein Totalverzicht auf die entsprechenden Bestimmungen, für welche das Bundesgericht eine sinnvolle und konventionsgerechte Auslegung entwickelt hat, postuliert wird. Mit der vollständigen Aufhebung würde nicht die bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert, sondern es würde eine zulässige und sinnvolle Bestimmung ohne zwingenden Grund aufgehoben. Deren Folgen wären gravierend: Im Bereich der mittelschweren Kriminalität und im Strassenverkehrsrecht, wo in der Regel keine Untersuchungshaft angeordnet wird, dürfte sich ein Zwei-Klassen-Strafprozessrecht entwickeln. Beschuldigte Personen mit Wohnsitz im Ausland können eine Verurteilung durch blosses Nichterscheinen faktisch verunmöglichen. Die Instrumente der Rechtshilfe sind in diesem Gebiet sachlich und länderbezogen beschränkt und dürften aus ökonomischen Gründen oft nicht ergriffen werden. Auch der Hinweis auf das Abwesenheitsverfahren ist nicht hilfreich. Art. 366 Abs. 4 lit. a StPO wird dahingehend ausgelegt, dass die beschuldigte Person nicht nur Gelegenheit zur ausreichenden Äusserung hatte, sondern diese auch tatsächlich wahrgenommen hat und überdies die Beweislage ein Urteil ohne ihre Anwesenheit er-

laubt. Die gravierende Folge wäre hier eine weitgehende Aussetzung der inländischen Sanktionsordnung für Personen im Ausland. Die Konsequenzen daraus dürften gerade im Bereich des Strassenverkehrsrechts negativ ausfallen.

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

Antrag: *Es sind die bisherigen Formulierungen von Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4 StPO beizubehalten.*

Art. 364 Abs. 5

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

Antrag: *Die Gesetzesbestimmung ist entsprechend anzupassen.*

Art. 364a

Die vorgesehene Bestimmung normiert bundesrechtlich die Möglichkeit der Anordnung von Sicherheitshaft durch die Vollzugsbehörde. Der Kanton Graubünden kennt ein analoges Verfahren bereits gestützt auf Art. 20 Abs. 2 des Justizvollzugsgesetzes (JVG; BR 350.500). Die vorgeschlagene Bestimmung sieht vor, dass die Anordnung von Sicherheitshaft möglich ist, wenn die betroffene Person "erneut eine schwere Straftat begehen könnte". Hier erscheint unklar, wie die Begriffe "erneut" und "schwere Straftat" zu verstehen sind. Die Begriffe sind zu konkretisieren und "schwere Straftat" ist allenfalls durch "Verbrechen und Vergehen" zu ersetzen. Allerdings werden andernorts in der StPO wiederum andere Begriffe verwendet bzw. bestehen ähnliche Auslegungsprobleme, was eine schwere Straftat ist (vgl. Art. 221 lit. c StPO ["schwere Verbrechen oder Vergehen"], Art. 307 StPO ["schwere Straftaten"]). Es wäre wünschenswert, hier allgemein eine Vereinheitlichung der Begrifflichkeiten anzustreben.

Antrag: *Die Gesetzesbestimmung ist entsprechend zu präzisieren.*

Im Übrigen verweisen wir auf die Stellungnahme der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) vom 5. Februar 2018, welcher sich die Regierung vollumfänglich anschliesst.

Abschliessend bedanken wir uns nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme.



Namens der Regierung

Der Präsident:

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

Dr. Mario Cavigelli

Der Kanzleidirektor:

A handwritten signature in black ink, appearing to read "W. Frizzoni".

i.V. lic. iur. W. Frizzoni

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Département fédéral de Justice et Police
Office fédéral de la justice
3003 Berne

Delémont, le 6 mars 2018

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

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

Le Gouvernement de la République et Canton du Jura vous transmet sa réponse relative à la procédure de consultation citée en marge.

De manière générale, nous avons constaté que depuis l'entrée en vigueur du Code procédure pénale (CPP) le 1^{er} janvier 2011, de nombreuses voix, venant en particulier du domaine judiciaire, s'étaient élevées pour dire que le nouveau CPP était compliqué, bureaucratique et trop procédural. En effet, le CPP a entraîné une augmentation significative du nombre de magistrats et d'employés affectés à la poursuite pénale, ainsi que du coût de la défense d'office. En faisant une lecture globale du projet de modification qui nous a été soumis, nous constatons avec regret que la présente révision partielle du CPP ne va pas dans le sens d'une simplification des procédures, mais rendra encore certaines procédures plus complexes, plus lentes et plus coûteuses. De ce fait, les modifications proposées engendreront une augmentation importante de la charge de travail de toutes les instances judiciaires et, cas échéant, auront un impact négatif sur les finances cantonales.

Au vu du nombre important d'articles modifiés, nous avons renoncé à faire un commentaire pour chaque proposition. Dès lors, toutes les propositions qui ne font pas l'objet d'un commentaire particulier sont en principe approuvées.

Cela étant, compte tenu de ce qui précède et de ce qui suit, nous enjoignons clairement le Conseil fédéral à reprendre l'avant-projet en profondeur dans l'optique d'un allègement des procédures. Nous précisons encore que la présente réponse se fonde notamment sur l'appréciation des autorités judiciaires cantonales.

Les propositions suivantes appellent des commentaires de notre part.

- Art. 19, al. 2, let. b, CPP

Dans la mesure où le prononcé d'un traitement institutionnel fait toujours suite à une expertise psychiatrique, tant le prévenu que le Ministère public savent si l'expert psychiatre préconise un traitement institutionnel dans un établissement psychiatrique approprié ou dans un établissement fermé. Par ailleurs, les conclusions du Ministère public contenues dans l'acte d'accusation sont en principe claires quant au mode de traitement préconisé. Dès lors, il est aisé de déterminer, dans le système actuel, si le renvoi doit avoir lieu auprès d'un juge unique (juge pénal) ou d'un tribunal collégial (Tribunal pénal). Si tel ne devait pas être le cas dans un cas d'espèce (p. ex. si les conclusions du Ministère public ne sont pas assez précises), le Tribunal de première instance demande au Ministère public de se prononcer et, en cas de doute, le Tribunal pénal est saisi. Cette manière de procéder est pragmatique, respecte les droits du prévenu ainsi que le principe de l'économie de procédure. Si la modification proposée devait être retenue, cela entraînera une saisie plus large du Tribunal pénal avec des coûts supplémentaires à la charge des cantons.

De plus, s'il apparaît justifié que seul un tribunal collégial se prononce sur une mesure en milieu fermé (art. 59, al. 3, CP), mesure qui peut s'apparenter à un internement (art. 64 CP) au niveau des conditions de privation de liberté, tel n'est pas le cas du traitement institutionnel dans un établissement psychiatrique (art. 59, al. 2, CP), par analogie avec le traitement des addictions (art. 60 CP) ou les mesures applicables aux jeunes adultes (art. 61 CP).

De ce fait, même s'il n'est pas contesté qu'il appartient au final à l'autorité d'exécution des peines et mesures de déterminer si le traitement doit s'effectuer dans un établissement psychiatrique approprié ou un établissement d'exécution des mesures (art. 59, al. 2, CP), ou dans un établissement fermé (art. 59, al. 3, CP), cette autorité dispose toutefois d'une marge de manœuvre restreinte dans le choix de l'établissement et devra tenir compte de tous les éléments figurant dans le dossier (en particulier l'expertise psychiatrique) avant de déterminer l'établissement approprié. Les risques de voir une personne placée dans un établissement fermé au sens de l'article 59, alinéa 3, CP, alors que la mesure a été prononcée par un juge unique, sont quasiment inexistantes avec le système actuel.

Nous proposons de ne pas retenir cette modification.

- Art. 78 et 78a CPP

La possibilité de recourir à l'enregistrement audiovisuel des audiences d'instruction est approuvée. Toutefois, il faut être conscient que ces auditions doivent être réservées à des cas spécifiques, dans la mesure où elles entraînent un surcroît de travail important pour l'autorité qui y recourt, contrairement à ce que le rapport explicatif laisse à penser (p. 57). En effet, un greffier devra visionner l'intégralité de l'audition pour en extraire les passages importants dans un procès-verbal écrit. Ce surcroît de travail doit ainsi rester l'exception.

- Art. 82, al. 1, let. b, CPP

Comme nous préconisons le maintien du système actuel prévu à l'article 19, alinéa 2, lettre b, CPP, **nous proposons également de ne pas retenir cette modification** qui alourdirait la charge de travail du Tribunal de première instance.

- **Art. 117, al. 1, let. g, CPP**

Le droit pour la victime d'exiger que le dispositif du jugement lui soit fourni gratuitement n'est pas remis en cause. Toutefois, cette nouvelle disposition, telle que rédigée, pose plusieurs problèmes.

En premier lieu, la disposition laisse entendre que le tribunal devra rédiger des considérants lorsque la victime, qui pourrait ne pas s'être constituée partie plaignante dans la procédure, le demande alors même qu'il n'aurait pas l'obligation de le faire selon l'article 82, alinéa 1, CPP.

En second lieu, telle que libellée, la transmission porte sur le dispositif du jugement et les considérants, et uniquement sur les infractions subies par la victime. Une telle restriction nécessite un caviardage des parties du jugement qui ne concernent pas la victime. Ces impératifs alourdiront le travail administratif des tribunaux. En effet, il sera compliqué dans certaines situations de caviarder les considérants et de faire un choix sur ceux qui ont un lien avec l'infraction subie par la victime et les autres. Dans ce cadre, nous sommes d'avis que la transmission du dispositif doit suffire à la victime qui n'est pas partie à la procédure et qu'il doit être renoncé au caviardage du dispositif.

En troisième lieu, comme il est mentionné qu'il appartient au « tribunal » de fournir le dispositif et les considérants du jugement rendu, une difficulté survient si le Ministère public rend une ordonnance pénale dans une affaire où il y a une victime. En effet, le libellé actuel peut prêter à confusion et il conviendrait de mentionner qu'il appartient à « l'autorité qui a rendu la décision » de satisfaire à cette demande.

Nous proposons ainsi la nouvelle formulation suivante :

Art. 117¹ La victime jouit de droits particuliers, notamment :

g. le droit d'exiger que l'autorité qui a rendu la décision lui fournisse gratuitement le dispositif du jugement.

- **Art. 123, al. 2, CPP**

La solution préconisée permet effectivement d'améliorer la situation de la défense et du tribunal puisqu'il arrive fréquemment que les conclusions civiles soient chiffrées et motivées durant les débats. En revanche, il n'est pas rare que des éléments nouveaux surviennent au stade des débats et qu'ils aient un impact sur les conclusions civiles, comme par exemple lorsque la partie plaignante a des problèmes de santé qui sont évolutifs. La nouvelle formulation peut donc poser des problèmes à la partie plaignante dont le montant du dommage évolue entre la clôture de l'instruction et les débats.

Nous proposons d'ajouter à la fin de l'alinéa 2 « sous réserve d'une modification ultérieure des conclusions liées à des faits et moyens de preuve nouveaux » ou de faire un renvoi aux règles prévalant en procédure civile, en particulier les articles 84 et suivants ainsi que 227 CPC (obligation de chiffrer les conclusions et possibilité de les modifier).

- **Art. 126, al. 2, let. a et a^{bis}, et 353, al. 2, CPP**

Après avoir effectué une pesée des intérêts, nous sommes finalement favorables à ce que le Ministère public puisse statuer sur les prétentions civiles par ordonnance pénale. En effet, cette norme est potestative et il s'agit d'une possibilité qui était offerte au Ministère public dans le système qui prévalait avant l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale unifié. Cependant, comme il est rare que les prétentions civiles ne demandent pas d'actes d'instruction supplémentaires

(demandes de compléments de preuve, contrôle de la déclaration de sinistres aux assurances, demandes de pièces médicales, etc.), il est nécessaire que les procureurs puissent appliquer de manière stricte la règle prévue à l'article 353, alinéa 2, lettre a, CPP, car ils n'ont pas pour vocation d'instruire et de statuer sur des questions civiles. Dans le cas contraire, cette nouvelle tâche attribuée au Ministère public entraînera une importante charge de travail avec des coûts supplémentaires en personnel à la charge des cantons. En d'autres termes, il doit s'agir d'une faculté laissée à la libre appréciation du procureur, dans une optique d'économie de procédure. Ce point devrait par ailleurs être expressément mentionné dans le message.

En outre, nous estimons que le montant de Fr. 30'000.- est beaucoup trop élevé et nous proposons de fixer la limite du montant litigieux entre Fr. 5'000.- (valeur litigieuse maximale en matière de proposition de jugement de l'autorité de conciliation en procédure civile) et Fr. 10'000.- (valeur litigieuse limite pour la recevabilité d'un appel en procédure civile).

- Art. 133 CPP

Nous tenons tout d'abord à relever que la question soulevée par cette modification relève de l'organisation judiciaire qui est de la compétence des cantons (art. 123, al. 2, de la Constitution fédérale).

Le système proposé pose de nombreux problèmes pratiques. En effet, le fait de confier le choix du défenseur d'office à un organe indépendant n'est pas adapté à l'organisation prévue dans les petits cantons.

D'une part, dans le canton du Jura, le système proposé suppose la délégation d'une décision de procédure pénale à un organisme privé (p. ex. l'Ordre des avocats) et les avocats ne sont pas voués à cette tâche. Par ailleurs, cette délégation nécessite une certaine professionnalisation de la tâche dont la gestion sur les plans techniques, logistiques (système de permanence) et financiers sera compliquée, en particulier dans un petit canton. En outre, nous estimons qu'un organisme extérieur comme l'Ordre des avocats ne sera pas moins soumis à une hypothétique tentation de choisir un défenseur sur la base de critères subjectifs qu'un magistrat, car la personne en charge de l'examen de cette question devra choisir le défenseur d'office parmi ses confrères.

D'autre part, la saisie d'un organe indépendant prendra du temps et rallongera la procédure en ajoutant une étape supplémentaire pour la mise en œuvre de la défense obligatoire dans des situations qui, par définition, ne souffrent d'aucun retard.

Dans le canton du Jura, en cas d'interpellation, la police, sur ordre du Ministère public, fait appel à l'avocat de permanence, selon un tableau établi par l'Ordre des avocats. Lorsque l'affaire n'est pas urgente (dans de rares cas), il est fait appel à l'avocat dont la permanence est prévue le jour de l'audition. De plus, il est rare que la direction de la procédure déroge à la désignation de l'avocat prévu dans la liste de permanence. La pratique jurassienne actuelle est ainsi adaptée à la réalité d'un petit canton et donne satisfaction à toutes les parties.

Nous demandons de ne pas retenir cette modification.

- Art. 135, al. 1, 3 et 4, CPP

Après avoir effectué une pesée des intérêts, nous estimons qu'il convient de s'en tenir à la jurisprudence actuelle et que le défenseur d'office peut être indemnisé au tarif réduit, quelle que soit l'issue de la procédure. En effet, le statut du mandataire d'office et du mandataire privé n'est pas identique de telle sorte qu'il convient de maintenir la possibilité d'une indemnisation du mandataire

d'office à un tarif réduit. En tout état de cause, le mandataire d'office du prévenu est dans un rapport de droit public avec l'Etat, qui peut fixer son propre tarif, le résultat du procès ne venant pas le changer. Par ailleurs, le mandataire d'office n'a pas de risque en tant que créancier, car il est certain d'être taxé et payé par l'Etat à l'issue de la procédure, et ce quel que soit le résultat du procès. En d'autres termes, dès qu'il y a un mandat d'office, la rémunération doit se faire selon le tarif applicable à ce mandat, indépendamment de l'issue de la procédure.

Nous demandons de ne pas retenir la modification des alinéas 1 et 4.

- Art. 136, al. 1bis, CPP

Sur le principe, nous approuvons cette modification. Cependant, la formulation proposée ne correspond pas aux explications figurant dans le rapport (p. 22) ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal fédéral. En effet, si le but recherché est de réserver l'octroi de l'assistance judiciaire à une victime pour lui permettre de faire aboutir sa plainte pénale **uniquement** dans les cas où elle n'a pas pu faire valoir de prétentions civiles ni se constituer partie sur le plan civil (p. ex. le cas d'une procédure contre des fonctionnaires de police), cela doit être prévu de manière claire dans le texte légal. De plus, nous proposons de mentionner dans la nouvelle disposition que la victime doit être indigente et s'être constituée partie plaignante demanderesse au pénal.

Nous proposons ainsi la nouvelle formulation suivante :

Art. 136^{1bis} Elle accorde l'assistance judiciaire à la victime indigente qui se constitue partie plaignante si cela est nécessaire pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir et pour autant qu'elle ne puisse pas faire valoir de prétentions civiles déduites de l'infraction par adhésion à la procédure pénale.

- Art. 147a CPP

Les deux premiers alinéas ne font l'objet d'aucune remarque. En revanche, l'alinéa 3 doit être supprimé. En effet, il est courant que des instructions impliquent plusieurs prévenus. A la lecture du rapport (p. 24), l'enregistrement de l'audition d'un co-prévenu sur un support audiovisuel obéirait à la nécessité de savoir si des reproches ou des promesses qui ne ressortiraient pas d'un procès-verbal d'audition ont été faites à la personne entendue. Dès lors que la personne entendue ne se plaint pas de l'avoir été selon des procédés illicites, nous comprenons mal qu'un co-prévenu puisse le faire. Dans tous les cas, l'obligation d'enregistrer l'audition sur support audiovisuel entraînera un surcroît de travail important pour les autorités d'instruction car, comme expliqué dans notre commentaire relatif à l'article 78a CPP, l'audition devra être visualisée ultérieurement dans son intégralité par le greffier chargé d'en tenir procès-verbal. De plus, dans la mesure où le procès-verbal ne sera pas exhaustif, l'enregistrement audiovisuel devra certainement être visionné par les autorités de jugement et de recours, ce qui entraînera également un surcroît de travail. A notre sens, le fait que le prévenu exclu de l'audition soit en mesure ultérieurement de poser ou de faire poser des questions au co-prévenu suffit à garantir le respect des droits de procédure.

Nous proposons de supprimer l'alinéa 3 du projet de nouvel article 147a CPP.

- Art. 221, al. 1, let. c, CPP

La jurisprudence du Tribunal fédéral admet le risque de récidive même en l'absence d'antécédents. En pratique, il n'est pas rare d'être en présence d'une infraction grave, sans antécédents, avec une problématique psychiatrique et qu'un expert conclut au fait que la personne compromet la sécurité d'autrui en raison du risque de récidive. **Nous proposons ainsi la nouvelle formulation suivante :**

c. qu'il compromette sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou par des délits graves notamment après avoir déjà commis une telle infraction.

- **Art. 231, al. 2, 232, al. 1 et 2, et 233 CPP**

Nous proposons de confier toutes les demandes de détention et de mise en liberté au tribunal des mesures de contrainte et non à la direction de la procédure de l'autorité de recours.

En effet, nous ne voyons pas en quoi le fait que le tribunal des mesures de contrainte soit situé dans une autorité inférieure à la juridiction d'appel dans la hiérarchie judiciaire serait problématique d'un point de vue juridique. Selon nous, il est important que le prévenu ait droit à ce que sa cause soit portée devant l'autorité spécialisée en matière de mesures de contrainte et ce à tous les stades de la procédure au fond.

- **Art. 251a CPP**

L'alinéa 1 du nouvel article 251a CPP est approuvé. En revanche, le fondement de l'alinéa 2 n'est pas expliqué dans le rapport et nous ne comprenons pas pourquoi l'opposition à une prise de sang ordonnée par la police nécessite un avis immédiat au Ministère public. En effet, si la personne s'oppose à la prise de sang ordonnée par la police dans un premier temps sur la base l'article 251a, alinéa 1, CPP, elle s'opposera également dans un deuxième temps à une prise de sang qui aura été ordonnée par le Ministère public. A ce titre, le délit d'entrave aux mesures de constatation de l'incapacité de conduite prévu à l'article 91a LCR sera consommé si la personne s'oppose à la prise de sang ordonnée par la police en application l'article 251a, alinéa 1, CPP.

Le système proposé à l'alinéa 2 ne simplifie donc pas la procédure, car l'agent de police devra appeler l'officier de service pour qu'il ordonne la prise de sang, et ensuite le Ministère public pour l'informer que le prévenu s'oppose à la mesure ordonnée.

Nous proposons de supprimer l'alinéa 2 du projet de nouvel article 251a CPP.

- **Art. 268 CPP**

Nous proposons de supprimer l'alinéa 4 du projet de modification de l'article 268 CPP. Nous estimons que la jurisprudence du Tribunal fédéral doit être suivie lorsque ce dernier prévoit que le séquestre en couverture des frais prévaut sur celui relevant de la LP. En effet, l'Etat a engagé des frais souvent conséquents pour permettre le jugement du prévenu. Il paraît logique que l'Etat soit privilégié. En outre, la créance porte fréquemment sur un enrichissement illégitime du prévenu et le fait de ne pas prévoir un droit de préférence de l'Etat reviendrait à éteindre des dettes privées du prévenu avec un enrichissement issu indirectement du crime, ce qui nous paraît trop favorable au prévenu.

- **Art. 301, al. 1^{bis}, CPP**

Dans la mesure où la dénonciation est orale, il est difficile de savoir quel procès-verbal devrait être fourni au dénonciateur. La mention de la dénonciation orale est tout au plus retranscrite dans un rapport de police, qui ne saurait être transmis intégralement au dénonciateur. En outre, au vu des explications prévues dans le rapport (p. 35), il conviendrait de prévoir le terme « victime » dans la disposition légale.

- Art. 318, al. 1^{bis} et 3, CPP

La victime est informée de ses droits de procédure dès sa première audition, et tout au long de la procédure. Elle est notamment rendue attentive à son droit de se constituer partie, ainsi qu'à l'existence des centres d'aide aux victimes d'infractions. De ce fait, il ne nous semble pas nécessaire de rendre une nouvelle fois la victime attentive à son droit de se constituer partie plaignante lors de la clôture de l'instruction. Cela alourdirait la procédure, notamment dans les nombreux cas où une ordonnance pénale peut être rendue. En outre, nous relevons que le CPP n'impose pas d'avis selon l'article 318 CPP lorsque le Ministère public a l'intention de rendre une ordonnance pénale. Le système proposé aurait pour conséquence d'imposer un avis à la victime qui ne s'est pas constituée partie plaignante, alors que la victime qui s'est constituée partie plaignante et le prévenu ne reçoivent pas cet avis.

Nous proposons de ne pas retenir cette modification.

- Art. 352, al. 1, 1^{bis} et 3, CPP

Même si cette modification part d'une bonne intention, nous n'y sommes pas favorables. En effet, le rapport (p. 37-38) présuppose qu'une victime préfère une procédure ordinaire beaucoup plus longue et des débats publics à une reconnaissance de culpabilité par le biais d'une ordonnance pénale. Or, dans de nombreux cas selon les constatations du Ministère public jurassien, c'est le contraire qui se produit. En effet, de nombreuses victimes déclarent que le plus important pour elles est d'être reconnues comme telles et que l'auteur soit reconnu coupable, la longueur des procédures étant une réelle souffrance pour elles.

De ce fait, limiter la compétence de statuer par ordonnance pénale au Ministère public lorsqu'une victime participe à la procédure pénale aura pour conséquence d'alourdir la tâche des autorités de jugement, de ralentir les procédures et impliquera une tendance au lissage des peines vers le bas lorsque la peine qui pourrait être prononcée excède de peu les 120 jours-amende ou les 4 mois de peines privatives de liberté. Cet effet n'est certainement pas souhaité par les victimes.

Nous proposons de ne pas retenir cette modification.

- Art. 352a CPP

Comme pour l'article 352 CPP ci-dessus, la proposition part d'une bonne intention, mais elle se heurte à des problèmes pratiques. En effet, l'ordonnance pénale est conçue comme une proposition de jugement. Il est exact qu'elle ne garantit pas l'application de toutes les règles de procédure protégeant les droits du prévenu, mais c'est justement la raison pour laquelle le simple fait de s'y opposer peut déclencher une procédure ordinaire. Le fait d'imposer au Ministère public d'auditionner le prévenu avant de rendre une ordonnance pénale pourrait vider l'ordonnance pénale de son sens pour des peines comprises entre 120 et 180 jours-amende ou entre 4 et 6 mois de peine privative de liberté, ce qui n'est pas souhaitable. Il convient également de rappeler que le prévenu a en principe été entendu par la police, de telle sorte que ses droits de procédure ne sont pas violés.

S'agissant de l'obligation d'entendre le prévenu pour la révocation du sursis à une peine privative de liberté, nous estimons que, si la modification devait être retenue à la suite de la consultation, il faudrait fixer une durée de peine minimum (plusieurs mois), car la réforme du droit des sanctions, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, prévoit que le Ministère public peut prononcer des peines privatives de liberté avec sursis de 3 jours.

Nous proposons de ne pas retenir cette modification.

- **Art. 354, al. 1, let. a^{bis}, 1^{bis} et 1^{ter}, CPP**

Le droit pour la partie plaignante de former opposition contre l'ordonnance pénale est approuvé.

En revanche, nous ne sommes pas favorables à prévoir deux délais différents pour former opposition. En effet, nous ne voyons pas en quoi le fait de recevoir une ordonnance pénale en mains propres ou par voie postale nécessite un délai différent pour décider d'y former opposition. En outre, il est rappelé que l'opposition à l'ordonnance pénale n'a pas besoin d'être motivée lorsqu'elle émane du prévenu. Le fait d'introduire deux délais d'opposition différents en fonction du mode de notification nous semble arbitraire.

Nous proposons de ne pas retenir la modification prévue à l'alinéa 1^{er}.

- **Art. 355, al. 2, et 356, al. 4, CPP**

Ces deux dispositions sont régulièrement appliquées par le Ministère public et le Tribunal de première instance et il est impératif pour la bonne marche de la justice pénale de ne pas les abroger.

Si le prévenu fait opposition à une ordonnance pénale, il convient légitimement d'attendre de sa part qu'il se présente à une audition ou aux débats, ou du moins s'excuse et demande un report. Il est évident que les personnes qui font défaut se désintéressent de la procédure, même si elles ont formé opposition. En outre, les citations sont notifiées sous pli recommandé. Si la disposition en cause était abrogée, il existerait une lacune juridique. En effet, dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale, respectivement lorsque l'article 356 est appliqué, la procédure par défaut des articles 366ss CPP ne s'applique pas puisqu'il s'agit également d'une procédure spéciale. Ainsi, dans le cadre de l'article 356 CPP, le juge se verra confronté à une grande difficulté puisqu'aucune disposition ne permettra de pallier l'absence du prévenu et ce sont les principes généraux de l'article 336 CPP (à l'exception de l'al. 4 concernant la procédure par défaut) qui prévaudront. Partant, le prévenu devra obligatoirement participer aux débats à moins qu'il ne demande sa dispense. Il est donc évident que certains prévenus profiteront de cette situation pour paralyser la procédure.

Dans le système actuel, les droits du prévenu sont préservés car il peut toujours faire une demande de restitution de délai pour être à nouveau cité s'il le demande et s'il justifie que son absence n'est imputable à aucune faute de sa part.

Nous demandons de ne pas retenir ces modifications.

- **Art. 35, al. 5, let. b, et 5^{bis}, PPMIn**

Au vu du renvoi de l'article 32, alinéa 6, PPMIn, il n'est pas possible de savoir si le délai de 20 jours pour former opposition prévu dans certains cas par le projet de modification de l'article 354 CPP s'appliquera également aux mineurs. De ce fait, si le délai de 20 jours devait tout de même être retenu au terme de la consultation, nous proposons de maintenir dans tous les cas le délai d'opposition à 10 jours pour les mineurs en précisant par exemple dans le message que le renvoi de l'article 32, alinéa 6, PPMIn, ne s'appliquera pas au délai d'opposition.

Pour le reste, nous ne sommes pas favorables à ce que la partie plaignante en droit pénal des mineurs puisse faire opposition sur la question de la faute. En effet, il convient de rappeler qu'une des particularités du droit pénal des mineurs est de mettre l'accent sur l'auteur (« droit pénal de l'auteur ») plutôt que l'acte répréhensible (« droit pénal de l'acte »), comme c'est le cas dans le droit pénal des adultes. En principe, il ne prévoit pas de condamnation pénale en fonction de l'acte commis et du tort à réparer, mais des suites juridiques à buts exclusivement préventifs, afin de

ramener le délinquant mineur dans le droit chemin (Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787, p. 2023).

S'agissant de la partie plaignante, ses droits peuvent être restreints en procédure pénale des mineurs et cela à tous les stades de la procédure. Par exemple, l'article 20 PPMin précise que la partie plaignante peut participer à l'instruction si les intérêts du prévenu mineur ne s'y opposent pas; mais elle ne participe toutefois en principe pas aux débats. Le raisonnement est le même en ce qui concerne le droit de consulter des informations sur la situation personnelle du prévenu mineur qui peut être restreint pour la partie plaignante (art. 15, al. 1, let. c, PPMin), ce qui sera toujours le cas en pratique. Ainsi, la situation personnelle du mineur est un élément confidentiel qui n'est pas porté à la connaissance de la partie plaignante. En effet, celle-ci n'a pas à connaître les conditions de vie du mineur, les problèmes familiaux et difficultés en tout genre qu'il rencontre, les autres infractions qu'il a commises, etc. C'est pourquoi, en pratique, dans la plupart des cantons (à tout le moins des cantons latins), les parties plaignantes ne sont pas informées de la condamnation prononcée (autant en ce qui concerne la peine qu'en ce qui concerne les éventuelles mesures prises), dès lors qu'elles ne peuvent pas l'apprécier (faute de connaître la situation personnelle du mineur), ni la contester. Elles sont uniquement informées de la reconnaissance de culpabilité, du sort réservé aux conclusions civiles ainsi que des éventuels frais et indemnités mis à leur charge.

Partant, étendre les possibilités pour la partie plaignante de former opposition à une ordonnance pénale reviendrait à devoir lui communiquer l'ordonnance pénale dans son entier, voire lui accorder un accès complet au dossier, ce qui porterait atteinte aux droits du prévenu mineur, notamment à sa personnalité. De plus, en cas d'opposition, comme la cause est en principe renvoyée à un tribunal collégial pour jugement, cela prolongerait considérablement la procédure et augmenterait la charge de travail ainsi que les frais de justice. Un tel renvoi empêcherait d'atteindre ou rendrait l'atteinte des buts éducatifs recherchés par le droit pénal des mineurs plus difficiles, car plus l'infraction date, plus il s'avère problématique, d'un point de vue psychologique et pédagogique, de l'invoquer comme motif fondant l'application d'une mesure éducative ou d'une sanction.

Nous demandons de ne pas retenir ces modifications.

Pour le surplus, nous avons également quelques propositions de modifications à formuler.

- Art. 219 CPP – Avis obligatoire au Ministère public en cas d'arrestation

Nous proposons d'ajouter un alinéa à l'article 219 CPP afin de permettre au Ministère public de dispenser la police de l'aviser sans délai de l'arrestation d'un prévenu dans des cas où il est certain que les arrestations seront immédiatement suivies d'une libération, soit dans des affaires simples et standards.

Par exemple, les arrestations en matière de conduite d'un véhicule en état d'ébriété nécessitent fréquemment une privation de liberté le temps des contrôles d'usage, de l'audition et/ou de la prise de sang. Dans la grande majorité des cas, il est évident que la personne sera libérée après l'accomplissement des formalités. Il nous semble donc inutile d'aviser le Ministère public dans ces cas. **Nous proposons la modification suivante :**

Art. 219^{1bis} Le Ministère public peut dispenser la police de tout avis dans des cas simples pour lesquels la remise en liberté de la personne arrêtée apparaît vraisemblable.

- **Art. 229 CPP – Requête de mise en détention pour des motifs de sûreté**

Il arrive fréquemment qu'un acte d'accusation soit déposé très peu de temps après que le juge des mesures de contrainte ait statué sur une prolongation de la détention provisoire. En pratique, le Ministère public est contraint de reformuler la requête sous la forme d'une demande de détention pour des motifs de sûreté. Le juge des mesures de contrainte doit ensuite rendre une nouvelle décision et dans la majorité des cas reprendre les considérants qu'il a rendus peu de temps auparavant. Dans la mesure où il existait un titre de détention avant le dépôt de l'acte d'accusation, que le prévenu est assisté d'un mandataire et qu'il peut demander sa mise en liberté en tout temps, **cette étape devrait être supprimée et l'article 229 CPP modifié dans ce sens**. Il faudrait ainsi admettre que le titre de détention provisoire vaut également après l'acte d'accusation.

- **Art. 130 et 252 CPP – Défense obligatoire et compétence pour prononcer l'expulsion obligatoire d'un prévenu sans séjour en Suisse**

Nous proposons les modifications suivantes :

Art. 130 Le prévenu doit avoir un défenseur dans les cas suivants :

b) il encourt une peine privative de liberté de plus d'un an, une mesure entraînant une privation de liberté ou une expulsion **sauf s'il ne séjournait pas durablement en Suisse au moment de la commission de l'infraction et s'il n'a pas d'attache personnelle avec la Suisse;**

Art. 352² Chacune de ces peines peut être ordonnée conjointement à une mesure au sens des art. 66 et 67e à 73 CP **ou au sens des art. 66a et 66a^{bis} CP lorsque le prévenu ne séjournait pas durablement en Suisse au moment de la commission de l'infraction et qu'il n'a pas d'attache personnelle avec la Suisse.**

Le fait de confier la mesure d'expulsion du territoire suisse au juge pénal et non au Ministère public est légitime lorsque la personne concernée est domiciliée en Suisse, voire bénéficie d'un droit de présence en Suisse. L'expulsion nécessite effectivement un examen approfondi qui n'est guère compatible avec l'instrument de l'ordonnance pénale.

Toutefois, nous estimons que le Ministère public devrait rester compétent pour prononcer une telle mesure lorsque le prévenu ne séjourne pas en Suisse durablement et qu'il n'a aucune attache personnelle avec notre pays. Nous songeons ici à la criminalité itinérante qui tombe sous le coup de l'article 66a CP mais dont la peine prévisible est compatible avec une ordonnance pénale. Tel est le cas notamment de l'auteur d'un cambriolage domicilié à l'étranger (par exemple interpellé en flagrant délit) et qui n'est venu en Suisse que dans le but d'y commettre des infractions. Dans ce cadre, le Ministère public devrait pouvoir renoncer à lui désigner un défenseur d'office (si les autres conditions de l'article 130 CPP ne sont pas remplies), à lui notifier un avis de prochaine clôture (art. 318 CPP) et enfin à le renvoyer devant le juge pénal qui devra lui-même citer une audience de jugement, parfois à deux reprises lorsque le prévenu fait défaut (art. 366 CPP). La solution actuelle est impérative, très lourde et coûte cher.

- **Art. 19, al. 2, CPP - Compétence du juge unique en procédure simplifiée**

Dans le but de diminuer le volume de travail des instances judiciaires et de réduire les coûts de la procédure, tout en respectant les droits des prévenus et des autres parties, nous proposons que l'article 19, alinéa 2, CPP soit modifié en prévoyant que les cantons peuvent prévoir la compétence d'un juge unique pour statuer en première instance en procédure simplifiée (art. 358 et suivants CPP) lorsque le Ministère public requiert une peine privative de liberté jusqu'à 5 ans.

- Art. 416 et suivants CPP – Dispositions relatives aux frais de procédure et aux indemnités

Nous estimons qu'il pourrait être opportun de revoir en partie la réglementation relative aux frais et dépens. En effet, le système actuel pose de nombreux problèmes pratiques qui ne sont pas réglés dans le CPP, lesquels découlent principalement du fait que les frais imputables à la défense d'office et à l'assistance judiciaire gratuite font partie des frais de procédure (art. 422, al. 2, CPP). Ainsi, selon la logique du CPP, les dépens des mandataires d'office devraient suivre le sort des frais de la procédure et être mis à la charge de la partie qui succombe en procédure d'appel (art. 428 CPP). Les règles en matière de dépens, en cas de défense privée, sont toutefois plus complexes et le sort des dépens ne suit que rarement le sort des frais en appel. Dans la même situation, en particulier lorsque la partie plaignante succombe suite à un appel interjeté par le prévenu, les dépens du mandataire d'office du prévenu pourraient ainsi être mis à la charge de la partie plaignante, mais non pas ceux du mandataire privé du prévenu (cf. ATF 139 IV 45 ad art. 432 et 436 CPP).

Nous vous remercions de nous avoir associés à la présente procédure de consultation et vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, nos sentiments les meilleurs.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


David Eray
Président




Gladys Winkler Docourt
Chancelière d'État

Copie par courriel à annemarie.gasser@bj.admin.ch

Justiz- und Sicherheitsdepartement

Bahnhofstrasse 15
Postfach 3768
6002 Luzern
Telefon 041 228 59 17
Telefax 041 228 67 27
justiz@lu.ch
www.lu.ch

Frau Bundesrätin
Simmonetta Sommaruga
Vorsteherin des Eidgenössischen
Justiz- und Polizeidepartementes
Bundeshaus
3003 Bern

Luzern, 6. März 2018

Protokoll-Nr.: 241

**Strafrecht: Änderungen der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung)
Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns im Namen und Auftrag des Regierungsrates wie folgt:

1. Grundsätzliche Vorbemerkungen

Nach der Bundesverfassung ist die Gesetzgebung des Strafprozessrechts Sache des Bundes, hingegen liegt die Strafverfolgung im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Kantone (Artikel 123 Absatz 2 BV). Der Bundesgesetzgeber hat damit rechtsstaatlich konforme Verfahren in der Strafverfolgung festzulegen. Da die Hauptlast der Strafverfolgung bei den Kantonen liegt, erwarten die Kantone, dass bei der Ausgestaltung der Verfahren auch der finanzielle Aspekt berücksichtigt wird, dass die Verfahren kostenmässig noch verkraftet werden können.

Wir haben in unserer Vernehmlassung vom 18. Januar 2002 die Vereinheitlichung der Strafprozessordnungen zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) begrüsst. Bereits damals haben wir die Regelungsdichte des Entwurfes der Schweizerischen Strafprozessordnung generell in Frage gestellt und bemängelt, dass der Gesetzesentwurf von Misstrauen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zeuge. Die extensive Ausgestaltung der Verteidigungsrechte, welche mitunter über die durch die EMRK gewährten Garantien hinausgingen, haben wir damals in Frage gestellt. Das Ziel der Harmonisierung des Schweizerischen Strafprozessrechts in der Schweiz wurde erreicht, allerdings um den Preis einer hohen Regelungsdichte, die bereits damals in der Praxis zu spürbaren finanziellen und personellen Mehraufwendungen und verzögerten Abläufen führte.

Nach der aktuell vorliegenden Vernehmlassungsvorlage soll die Regelungsdichte in der StPO noch grösser, der Staatsanwaltschaft sollen noch mehr Formalien auferlegt werden. Vom Staatsanwalt wird grundsätzlich mit dem Beschleunigungsgebot (Artikel 5 StPO) ein schnelles Verfahren verlangt, aber gleichzeitig wird ein schnelles Verfahren mit einer übermässigen Regulierung unterbunden. Dieser Tendenz muss Einhalt geboten werden. Das Strafprozessrecht sollte dazu dienen, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Das überregulierte Strafprozessrecht stellt indessen heute vermehrt Stolpersteine und verhindert zunehmend die Erforschung der materiellen Wahrheit sowie die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches. Das Vertrauen in den Staat und in die Justiz hat durch diese Überregulierung in den letzten Jahren stark gelitten, was zahlreiche parlamentarische Vorstösse in den Eidgenössischen Räten (siehe Seite Ziffer 1.1.1 des erläuternden Berichtes) und verschiedene Berichte in den Medien zeigen.

Nach der Chronologie sind seit Inkrafttreten der StPO in 24 Gesetzesvorlagen bereits 57 Bestimmungen dieses Prozessrechts geändert worden. Nun soll die seit sieben Jahren geltende StPO bereits in Revision gezogen werden; dieser Umstand ist bedenklich und der Rechtssicherheit nicht förderlich. Gerade im Straf- und im Strafprozessrecht wären mehr Konstanz und Verlässlichkeit sehr gefragt.

Die StPO soll keine grundlegende Revision, sondern nur punktuelle Änderungen einzelner Bestimmungen, deren Anwendung in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen geführt haben, erfahren. Aus unserer Sicht sind diejenigen Bestimmungen anzupassen, die einer effizienten Wahrheitsfindung entgegenstehen. Die Strafprozessordnung muss praxistauglicher werden.

2.1. Sinnvolle Revisionspunkte

2.1.1. Ausweitung der Aufzeichnung von Einvernahmen mit technischen Hilfsmitteln (Ziffer 1.3.3 und 2.1.5 des Berichtes)

Grundsätzlich ist nichts dagegen einzuwenden, dass die Einvernahme mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden kann. Das nachträgliche Erstellen eines Einvernahmeprotokolls bindet über die Verhandlung hinaus eine fachkundige Schreibkraft. Bei der audiovisuellen Einvernahme eines Kindes muss heute für eine Verschreibung durchschnittlich mit einem Aufwand von rund 3000 Franken pro Fall gerechnet werden. Wenn Aufzeichnungen mit technischen Hilfsmitteln im Massengeschäft zum Standard werden sollten, müsste indessen mit hohen Verschreibungskosten gerechnet werden; zudem müssten videoüberwachte Räume eingerichtet werden. Die Gerichte müssten ebenfalls so eingerichtet werden, dass sie auf solche Aufzeichnungen jederzeit Zugriff haben. Es stellt sich die Frage, wie der beschuldigten Person das rechtliche Gehör gegeben werden kann, wenn auf eine Verschreibung verzichtet wird. Der Aufwand der Gerichte dürfte insgesamt nicht abnehmen, sondern tendenziell zunehmen.

2.1.2. Vorverschiebung des Zeitpunktes zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage (1.3.4 und 2.1.10 des Berichtes)

Die Vorverschiebung des Zeitpunktes zur Bezifferung und Begründung der Zivilklage ist begründet und nachvollziehbar (Artikel 123 Absatz 2 E-StPO).

2.1.3. Sicherheitshaft im Zusammenhang mit dem Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden (Ziffer 1.3.10 des Berichtes)

Der Kanton Luzern hat diese Regelung bisher im Gesetz über den Justizvollzug bereits eingeführt.

2.1.4. Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikten (Ziffer 2.1.44 des Berichtes)

Diese Neuregelung wird grundsätzlich begrüsst. Sie statuiert keine Pflicht zur Einforderung einer Sicherheitsleistung; der Staatsanwaltschaft steht sowohl bei der Frage, ob eine Sicherheitsleistung zu verlangen ist, als auch bei der Frage, wie hoch diese anzusetzen ist, ein Ermessen zu. Es versteht sich, dass eine Sicherheitsleistung dem Verhältnismässigkeitsprinzip unterliegt.

2.2. Kritische Revisionspunkte

2.2.1. Ausbau der Opferrechte: Artikel 117 Absatz 1 Bst. g, Artikel 136 Absatz 1^{bis}, Artikel 301 Absatz 1^{bis}, Artikel 318 Absatz 1^{bis} und 3 sowie Artikel 352 Absatz 1 Einleitungssatz, 1^{bis} und 3 E-StPO

Ein Evaluationsbericht des Opferhilfegesetzes der Universität Bern vom 21. Dezember 2015 hat zahlreiche Aspekte der Opfer zur vertieften Prüfung empfohlen; zur Verbesserung der Opfer sollte der Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens bei Fällen mit Opfern generell auf 90 Strafeinheiten beschränkt, beziehungsweise das Strafbefehlsverfahren sollte bei der Beurteilung von Verbrechen und Vergehen mit Opfern ausgeschlossen werden. Zudem sollte das Strafbefehlsverfahren (bei bestimmten Tatbeständen) vom Einverständnis des Opfers mit dieser Verfahrensform abhängig gemacht werden. Schliesslich soll der Staatsanwaltschaft durch eine Revision von Artikel 353 Abs. 3 StPO die Kompetenz eingeräumt werden, über bestrittene Zivilforderungen zu entscheiden.

Im Vernehmlassungsbericht sind verschiedene Empfehlungen dieses Evaluationsberichtes übernommen worden, ohne die Auswirkungen auf das Strafverfahren vertieft zu prüfen und im Bericht nachvollziehbar darzustellen. Es ist schlicht nicht nachvollziehbar, weshalb das Strafverfahren, bei dem sich ein Opfer als Privatkläger beteiligt, nur noch mit einem Strafbefehl abgeschlossen werden kann, wenn eine Geldstrafe von nicht mehr als 120 Tagessätzen oder eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als vier Monate in Betracht kommt. Die Reduzierung der Strafkompentenz des Staatsanwalts führt ausgehend vom Grundsatz einer Strafkompentenz von sechs Monaten (Freiheitsstrafe) zu einer gewillkürten Ausnahme von vier Monaten (Freiheitsstrafe) beziehungsweise 120 Tagessätzen (Geldstrafe). Wenn ein Staatsanwalt in einem Strafverfahren über bestrittene Zivilforderungen zu entscheiden hätte, führt dies zu einer grossen Verzögerung des Strafverfahrens und steht im Widerspruch zum Beschleunigungsgebot von Artikel 5 StPO. Es ist nicht einzusehen, weshalb nach Artikel 301 Absatz 1^{bis} E-StPO die Pflicht zur Aushändigung des Protokolls einer mündlich eingereichten Strafanzeige auf Anzeigesteller mit einer tatsächlichen Opfereigenschaft eingegrenzt werden soll. Es besteht bei der Aushändigung eines solchen Protokolls im Ermittlungsverfahren die Gefahr, dass mit einem «übereilten» Gang durch einen Anzeigesteller an die Medien mit schriftlichen Detailinformationen Strafuntersuchungen gefährdet werden können.

Dass die Rechte der Opfer im Strafprozess wichtig sind, stellen wir nicht in Frage. Wir vermissen in der Vorlage eine umfassende Auslegeordnung der Empfehlungen des Evaluationsberichtes. Die Rechte der Opfer sind mit der Inkraftsetzung der StPO bereits umfassend geregelt worden. Ein weiterer Ausbau der prozessualen Rechte der Opfer steht im krassen Missverhältnis zum höheren Aufwand bei den Strafbehörden. Wir beantragen, die vorgeschlagenen Änderungen zum Ausbau der Opferrechte insgesamt ersatzlos zu streichen.

2.2.2. Keine Ausnahmen vom Grundsatz der doppelten Instanz (Ziffer. 1.3.2 des Berichtes)

Nach der StPO entscheidet heute das Zwangsmassnahmengericht (ZMG) in vielen Fällen als einzige Instanz. Dies führt dazu, dass Entscheide des ZMG direkt beim Bundesgericht angefochten werden. Damit sind dem Bundesgericht Aufgaben der ersten Rechtsmittelinstanz übertragen, was der primären Aufgabe des Bundesgerichtes als höchstes Gericht widerspricht. Gemäss Vorlage sollen neu alle Entscheide des ZMG mit Beschwerde bei der

kantonalen Beschwerdeinstanz (Artikel 20 SPO) angefochten werden können. Bereits in der Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes ist eine Ausweitung der kantonalen Beschwerdemöglichkeiten vorgeschlagen worden. Wir haben in unserer Vernehmlassung vom 16. Februar 2016 eine Ausweitung dieser Beschwerdemöglichkeit abgelehnt, weil eine zusätzliche Rechtsmittelinstanz zu einer erheblichen Verzögerung und zu längeren Verfahrensdauer führen würde. Die Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes liegt noch nicht vor.

Die Staatsanwaltschaft stellt beim ZMG nur in begründeten Fällen Antrag auf Inhaftierung der beschuldigten Person; deshalb wird denn auch nur sehr selten ein Antrag abgelehnt. Gegen einen abweisenden Entscheid könnte die Staatsanwaltschaft bei der kantonalen Beschwerdeinstanz Beschwerde führen. Wenn neu gegen den Entscheid des ZMG Beschwerde bei der kantonalen Beschwerdeinstanz geführt werden kann, kann eine solche Beschwerde auch durch die betroffene Person eingelegt werden. In diesen Fällen wird die Staatsanwaltschaft aufgefordert werden, sich zur Beschwerde zu äussern, was zu Mehrarbeit bei der Staatsanwaltschaft führen wird. Damit diese Mehrarbeit aufgefangen werden kann, müssen in der Strafprozessordnung an anderer Stelle zwingend bestimmte Vereinfachungen eingeführt werden.

2.2.3. Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des ZMG (Ziffer 1.3.8 des Berichtes)

Wenn der Grundsatz der doppelten Rechtsmittelinstanz neu auch im Strafprozessrecht gelten soll, dann müssen Entscheide des ZMG nicht nur von der beschuldigten Person, sondern auch von der Staatsanwaltschaft bei der Beschwerdeinstanz des Kantonsgerichtes angefochten werden können (Artikel 393 Absatz 1 Bst. c E-StPO). Wie unter Ziffer 2.2.2 erwähnt, führt dies indessen zu Mehrarbeit bei der Staatsanwaltschaft und bei der kantonalen Beschwerdeinstanz.

Wenn in einem nachträglichen Verfahren die Vollzugsbehörde beim ZMG Antrag auf Sicherheitshaft stellen muss, sollte dieser Behörde die Beschwerdelegitimation ebenfalls zukommen. Nach der Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (SR 173.110) ist in Artikel 81 Absatz 4 vorgesehen, dass die Kantone vorsehen können, dass eine mit Aufgaben im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs betraute Behörde zur Beschwerde gegen kantonale Entscheide nach Artikel 78 Absatz 2 Buchstabe b E-BGG berechtigt sein soll. Es versteht sich, dass diese Vollzugsbehörde auch im kantonalen Beschwerdeverfahren legitimiert werden soll.

2.2.4. Ausbau der notwendigen Verteidigung: Artikel 130 Bst. d E-StPO

Aus rechtsstaatlicher Sicht sind keine Gründe ersichtlich, die einen noch weiteren Ausbau der notwendigen Verteidigung erfordern. Allein der Umstand, dass der Staatsanwalt vor Zwangsmassnahmengericht auftritt, macht in Anbetracht des engen Verfahrensgegenstandes und der ohnehin häufig gegebenen anderen Gründe (Bst. a – c) eine notwendige Verteidigung nach der vorgeschlagenen Bestimmung nicht erforderlich.

2.2.5. Notwendige Verteidigung und Folgen der nicht notwendigen Verteidigung: Artikel 130 Absatz 3 E-StPO und 131 Absatz 3 E-StPO

Die vorgeschlagene Verschärfung der Folgen einer nicht rechtzeitigen Sicherstellung der notwendigen Verteidigung überzeugt nicht. Geht es um die Aufklärung von schweren Straftaten, darf die Verwertbarkeit nicht vom Verzicht der beschuldigten Person auf Wiederholung abhängen. Täter von schweren Straftaten dürfen nicht von einem Versehen der Strafverfolgungsbehörden profitieren können. Die bisherige Regelung ist ausreichend. Wir lehnen den in der Vorlage vorgesehenen Ausbau der notwendigen Verteidigung im Verfahren vor dem ZMG ab.

Bei Artikel 131 Absatz 3 E-StPO geht es um die Frage, ob die Folgen der Nichtbestellung der notwendigen Verteidigung dazu führen, dass die Einvernahme ungültig oder nicht verwertbar wird. Das Bundesgericht hat diese Frage bisher offengelassen (BGE 141 IV 289 E. 2.4). Nach der Vernehmlassungsvorlage soll diese Einvernahme absolut unverwertbar sein. Die absolute Unverwertbarkeit einer solchen Einvernahme führt vom Grundsatz der Suche nach der materiellen Wahrheit neu zu einer bloss formellen Wahrheit. Diesen Sinneswandel lehnen wir klar ab. Die Unklarheit zwischen den Gesetzestexten soll zugunsten der bisherigen deutsch/italienischen Gesetzestexte und damit zugunsten einer relativen Unverwertbarkeit aufgelöst werden. Der Richter soll weiterhin eine Güterabwägung machen können. Nicht nachvollziehbar erscheint die Logik des Begleitberichtes, wonach in einem solchen Fall anders als im Regelfall (Artikel 141 Absatz 2 StPO) keine Güterabwägung stattfinden soll.

2.2.6. Bestellung der amtlichen Verteidigung durch eine von der Verfahrensleitung unabhängige Stelle: Artikel 133 E-StPO

Wir erachten eine von der Verfahrensleitung unabhängigen Stelle zur Bestellung der amtlichen Verteidigung nicht als zwingend. Eine Neuorganisation hätte einen finanziellen und personellen Mehraufwand sowie eine Verlängerung des Verfahrens zur Folge. Bei Verfahren mit mehreren beschuldigten Personen besteht die Gefahr, dass die unabhängige Stelle einen amtlichen Verteidiger bestimmt, ohne zu wissen, dass der amtliche Verteidiger bereits Rechtsvertreter einer anderen beschuldigten Person ist. Es ist weiter unklar, unter welchen Voraussetzungen eine solche Stelle als «unabhängig» bezeichnet werden kann. Es stellt sich die Frage, ob diese unabhängige Stelle einer staatlichen Aufsichts- und Kontrollbehörde unterstellt sein müsste, damit den Interessen des Beschuldigten hinreichend und unabhängig Rechnung getragen würde. Es ist auch unklar, ob und wie diese «unabhängige Stelle» finanziert wird?

Der Kanton Luzern verfügt bereits über eine gleichwertige andere Lösung. Der Regierungsrat stellt in einem Auswahlverfahren aus den im Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten eine Liste von amtlichen Verteidigern zusammen. Als Anforderungsprofil wird unter anderem sehr gute Kenntnisse im Strafrecht und Strafprozessrecht verlangt. Die Verfahrensleitung hat nach Weisung der Oberstaatsanwaltschaft der beschuldigten Person eine Liste vorzulegen, aus welcher die beschuldigte Person die amtliche Verteidigung selber auswählen kann. Bei der im Vorentwurf vorgeschlagenen Stelle würde sich gegenüber der im Kanton Luzern praktizierten Lösung nichts Wesentliches ändern, da eine unabhängige Stelle die Wünsche der beschuldigten Person nach Möglichkeit ebenfalls zu berücksichtigen hätte. Sollte neu eine unabhängige Stelle für die Bestellung der amtlichen Verteidigung zuständig sein, muss auch geregelt werden, welche Rolle diese unabhängige Stelle einnimmt, wenn die betroffene Person einen Antrag auf Wechsel der amtlichen Verteidigung stellt. Der Vorschlag zur Bestellung der amtlichen Verteidigung durch eine von der Verfahrensleitung unabhängigen Stelle ist nicht durchdacht, verkompliziert die Verfahren und wird abgelehnt.

2.2.7. Einschränkung der Teilnahmerechte

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist dem Anspruch der beschuldigten Person, Belastungszeugen (worunter auch Mitbeschuldigte gehören) zu konfrontieren Genüge getan, wenn die beschuldigte Person oder ihre Verteidigung im Verlaufe des Verfahrens einmal eine angemessene und geeignete Gelegenheit erhalten hat, von ihrem Konfrontationsrecht Gebrauch zu machen. Gemäss Vernehmlassungsvorlage soll eine gewisse Beschränkung der Teilnahmerechte der Parteien auf Grund der starken Stellung der Staatsanwaltschaft zwar nunmehr erfolgen; wenn zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person ihre Aussagen an diejenigen einer einzuvernehmenden Person anpassen wird, so soll die Staatsanwaltschaft sie von dieser Einvernahme ausschliessen können. Der Ausschluss soll auch für die Verteidigung gelten.

Diese gewählte Formulierung der vorgeschlagenen Einschränkung der Teilnahmerechte ist stark auslegungsbedürftig und schreibt zu wenig klar vor, inwieweit die Teilnahmerechte begrenzt werden können. Im Bericht wird ausgesagt, dass die Gefahr einer Anpassung durch die beschuldigte Person insbesondere solange bestehe, bis sie selber noch nicht zum Sachverhalt befragt worden sei. Damit wird aber auch ausgesagt, dass keine Gefahr der Anpassung der Aussagen mehr besteht, wenn eine beschuldigte Person bereits einvernommen worden ist und dass die Teilnahme einer erstvernommenen beschuldigten Person an der späteren Einvernahme eines Mitbeschuldigten nicht eingeschränkt werden könnte. Ein solches Verständnis der vorgeschlagenen Regelung würde im Ergebnis eine Verschlechterung darstellen. Die Gefahr der Anpassung von Aussagen einer beschuldigten Person besteht auch dann, wenn eine beschuldigte Person vor der ersten Einvernahme einer mitbeschuldigten Person zu bestimmten Vorwürfen bereits einvernommen worden ist. Vor der ersten Einvernahme ist stets offen, ob die mitbeschuldigte Person neue Aspekte vorbringt oder ein Geständnis über neue Tatvorwürfe ablegt, zu welchen die bereits einvernommene beschuldigte Person noch nicht hat Stellung nehmen müssen. Eine Gefahr der Anpassung von Aussagen besteht aber auch bei den Äusserungen von Mitbeschuldigten und Auskunftspersonen sowie Zeugen durch die blossе Anwesenheit der beschuldigten Person bei solchen Einvernahmen. Gravierend ist die Tatsache, dass die ersteinvernommene Person den Wissensvorsprung nicht hat, den die nachfolgenden beteiligten Personen zu ihrer Verteidigung haben. Der Gesetzgeber hat mit dieser grosszügigen Teilnahmerechtsregelung eine Ungleichbehandlung geschaffen, die wohl kaum gewollt sein kann. Es besteht mit der vorliegenden Formulierung die Gefahr, dass eine Einschränkung sofort angefochten wird. Damit wird die Ermittlung verzögert und verhindert.

Wir stellen den Antrag, die Teilnahmerechte zwingend auf das von der EMRK verlangte Minimum zu beschränken, nach welcher eine beschuldigte Person gestützt auf die EMRK das Recht hat, mindestens einmal einem «Belastungszeugen» konfrontiert zu werden. Zumindest muss aber sichergestellt werden, dass mehrere Mitbeschuldigte je getrennt voneinander einvernommen werden können, wenn sie zum ersten Mal mit Vorwürfen konfrontiert werden, und dass jeder von ihnen die Möglichkeit hat, zu diesen Vorwürfen selber zu Beginn des Verfahrens ein spontanes Geständnis abzulegen. Eine solche Regelung würde die Ungleichbehandlung der ersteinvernommenen Person eliminieren, den administrativen Aufwand entlasten und die Verfahrenskosten spürbar senken. Zudem würde es die materielle Wahrheitsfindung erleichtern.

Die Formvorschrift von Artikel 147a Absatz 3 E-StPO, wonach eine Einvernahme mit Bild und Ton aufgezeichnet werden müsste, sofern die von der Einvernahme ausgeschlossene Person nicht auf die Aufzeichnung verzichtet, ist Ausdruck eines unberechtigten Misstrauens gegenüber den Strafverfolgungsbehörden und erhöht ohne Not den Verfahrensaufwand und damit die Verfahrenskosten.

2.3. Strafbefehlsverfahren

2.3.1. Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens

Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Opfer im Strafbefehlsverfahren anders zu behandeln sein sollten, als die übrigen Geschädigten. Entweder fällt eine Strafe unter die Strafbefehlskompetenz des Staatsanwalts oder nicht. Eine partielle Einschränkung des Anwendungsbereichs des Strafbefehlsverfahrens knapp oberhalb des Bagatellbereichs verkompliziert die Arbeit der Strafjustiz massiv und bewirkt erheblichen Mehraufwand für die Staatsanwaltschaft und die Gerichte. Mit der vorgeschlagenen Einschränkung des Strafbefehlsverfahrens zeichnet sich eine Tendenz zu tieferen Strafen im Bereich der Strafbefehlskompetenz ab, was nicht anzustreben ist.

2.3.2. Beurteilung von Zivilforderungen im Strafbefehl

Strafverfahren sind keine Zivilverfahren. Im Strafverfahren gilt das Beschleunigungsgebot (vgl. Art. 5 StPO). Nicht anerkannte Forderungen müssen deshalb konsequent, wie es die geltende Rechtslage vorsieht, an den Zivilrichter überwiesen werden. Die Beurteilung von Zivilforderungen im Strafverfahren führt zu mehr Einsprachen, insbesondere auch des Zivilklägers, und damit zu mehr Aufwand, längeren Verfahren und mehr Gerichtsfällen. Das kann nicht im Interesse einer schnellen Abwicklung von einfachen Strafverfahren sein. Dies gilt analog auch für das Jugendstrafrecht.

2.3.3. Obligatorische Einvernahme der beschuldigten Person

Das Strafbefehlsverfahren ist als schnelles Verfahren konzipiert. Die vorgeschlagene Regelung ordnet eine sehr weitgehende Einvernahmepflicht an, welche sogar für bedingte Strafen gelten soll. Eine Einvernahmepflicht für bedingte Strafen erweist sich aber als nicht angezeigt, da die Strafe nicht unmittelbar spürbar ist. Es ist auch nicht sachgerecht, eine Einvernahmepflicht lediglich damit zu begründen, dass einer beschuldigten Person die Bedeutung und die Folgen der bedingten Strafe über die Bagatellfallgrenze erklärt werden können. Es ist zudem widersprüchlich, dass für die Ausfällung einer Freiheitsstrafe bis zu vier Monaten keine Einvernahmepflicht vorzusehen ist, hingegen generell für den Widerruf eines bedingt gewährten Vollzugs einer Freiheitsstrafe, obschon die widerrufenen Freiheitsstrafe weniger als vier Monate betragen könnte. Die Grenze von vier Monaten Freiheitsstrafe sollte hinsichtlich der Einvernahmepflicht auch für den Widerruf der Vorstrafe gelten, als dass die widerrufenen Strafe sowie die neue Strafe zusammen die Bagatellfallgrenze nicht überschreiten dürfen. Die vorgeschlagene Regelung erscheint willkürlich, führt zu unnötigen Einvernahmen in Konstellationen, wo diese gar nicht wirklich angezeigt sind. Die Regelung ist nicht praxistauglich und ersatzlos zu streichen.

2.3.4. Rückzugsfiktion der Einsprache bei Fernbleiben der Einvernahme

Der Vorschlag wird mit einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen dem Strafbefehlsverfahren und dem ordentlichen Verfahren begründet. Das Strafbefehlsverfahren ist indessen gegenüber dem ordentlichen Verfahren ein besonderes Massengeschäft, welches als schnelles Verfahren konzipiert ist. Vom Wesen des Strafbefehlsverfahren als schnelles Verfahren ist eine Rückzugsfiktion einer Einsprache durchaus sachgerecht. Es sind denn auch keine relevanten rechtsstaatlichen Bedenken auszumachen, zumal das Bundesgericht festgehalten hat, dass ein konkludenter Rückzug der Einsprache auf einen Strafbefehl nur dann angenommen werden darf, wenn sich aus dem gesamten Verhalten des Betroffenen der Schluss aufdrängt, er verzichte mit seinem Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bewusst auf den ihm zustehenden Rechtsschutz. Bei unverschuldetem Fernbleiben besteht die Möglichkeit der Wiederherstellung der Frist. Für die Staatsanwaltschaft ermöglicht die Praxis einer Rückzugsfiktion, ein Strafverfahren abzuschliessen, wenn eine beschuldigte Person sich nicht mehr um den formell korrekten Abschluss eines Strafverfahrens bemüht. Dies trifft in der Regel dann zu, wenn die beschuldigte Person nicht mehr gegen einen Strafbefehl opponiert, gegen welchen sie zunächst Einsprache erhoben hat. In solchen Fällen soll die beschuldigte Person auch die Konsequenzen, inklusive Kostenfolgen tragen. Ohne die Rückzugsfiktion könnte sich die Staatsanwaltschaft nicht darauf beschränken, der beschuldigten Person eine Vorladung zukommen zu lassen, sondern müsste die beschuldigte Person letztlich zwangsweise vorführen lassen, was einen erheblichen Mehraufwand darstellt. Die geltende Regelung fördert die rasche Erledigung von Verfahren, ohne die Rechte der beschuldigten Person einzuschränken. Wir beantragen, die geltende Regelung beizubehalten.

2.3.5. Einsprachefrist von 20 Tagen, wenn der Strafbefehl nicht von der Staatsanwaltschaft persönlich ausgehändigt wird

Die bisherige Regelung mit der Einsprachefrist von 10 Tagen hat sich für das Strafbefehlsverfahren, bei welchem es sich um ein Massengeschäft handelt, bewährt. Die Zustellung des Strafbefehls erfolgt eingeschrieben. Es werden keine stichhaltigen Gründe vorgebracht, warum von dieser bewährten Regelung abgewichen werden sollte. Insbesondere kommt es in der Praxis kaum vor, dass Strafbefehle ohne vorgängige Anhörung der beschuldigten Person durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft erlassen werden. Zudem erweist sich die vorgeschlagene Regelung in der Praxis als zu kompliziert, ist nicht praxistauglich und fehleranfällig. Es ist ernsthaft zu befürchten, dass es nach der Zustellung von Strafbefehlen aufgrund der verschiedenen Einsprachefristen zu zahlreichen Rückfragen von beschuldigten Personen und Privatklägern betreffend die Einsprachefrist von 10 oder 20 Tagen kommt. Vor allem im Umgang mit ausländischen Straftätern ohne Aufenthaltstitel (Kriminaltouristen) ist eine möglichst rasche Rechtskraft eines Strafbefehls wichtig. Die geltende Regelung ist daher beizubehalten.

2.3.6. Pflicht zur Publikation von nicht zustellbaren Strafbefehlen im Amtsblatt

Die Bestimmung betrifft lediglich nicht zustellbare Strafbefehle im Sinne von Artikel 88 Absatz 1 Bst. a-c StPO, insbesondere wenn eine Zustellung nach den Art. 85-87 StPO nicht erfolgen kann. Die Fälle der fiktiven Zustellung nach Artikel 85 Absatz 4 StPO fallen nicht darunter. Es betrifft somit lediglich Fälle, in welchen in der Praxis so vorgegangen wird, dass ein Strafbefehl gegen eine beschuldigte Person ausgeschrieben wird, weil ihr Aufenthalt unbekannt ist oder weil der Strafbefehl mangels entsprechender staatsvertraglicher Vereinbarung nicht direkt an den bekannten Aufenthaltsort im Ausland zugestellt werden kann und kein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet ist. Fraglich ist, ob auch bei einer Pflicht zur Publikation von nicht zustellbaren Strafbefehlen die praktizierte, effiziente Ausschreibung des Strafbefehls weiterhin möglich ist. Nach Auffassung unserer Staatsanwaltschaft muss diese Möglichkeit weiterhin bestehen bleiben, da die Publikation des Strafbefehls gegenüber der Ausschreibung weder für die Staatsanwaltschaft noch für die beschuldigte Person relevante Vorteile aufweist, für die beschuldigte Person vielmehr sogar als nachteilig zu beurteilen ist. Die geltende Regelung von Artikel 88 Absatz 4 StPO soll deshalb beibehalten werden.

2.4. Ausschluss Verzicht auf Wiederholung einer Beweiserhebung bei Verletzung Teilnahmerechte mittels unzulässiger Verfahrenstrennung

Der darin enthaltene Vorwurf an die Staatsanwaltschaft, planmässig Teilnahmerechte mittels Verfahrenstrennungen zu umgehen, ist unbegründet. Es ist unverständlich, für diesen Fall eine Sonderregelung zu treffen, wonach die beschuldigte Person, anders als in anderen Fällen der Verletzung von Teilnahmerechten, nicht auf eine Wiederholung der Beweiserhebung verzichten kann. Es besteht der Eindruck, dass bei dieser Legiferierung das Mass und das Wesentliche aus den Augen verloren gegangen sind. Wenn es zu einer Verletzung der Teilnahmerechte aufgrund einer Verfahrenstrennung kommen sollte, kann dieser Entscheid der Staatsanwaltschaft sofort angefochten werden. Zudem ist eine beschuldigte Person bei Verletzung von Teilnahmerechten durch das Recht, die Wiederholung von Beweiserhebungen zu verlangen, ausreichend geschützt. Der geplante Ausschluss, auf die Wiederholung einer Beweiserhebung verzichten zu können, erweist sich als eine unnötige Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der beschuldigten Person. Es ist nicht einzusehen, wieso die beschuldigte Person im konkreten Fall nicht auf eine Wiederholung soll verzichten können, wenn sie darin für sich keine Nachteile sieht. Die Legiferierung unter Bst. b erweist sich auch systematisch als Unfall. Denn das statuierte Recht, die Wiederholung einer Beweiserhebung verlangen zu können, setzt sinnlogisch gerade die Möglichkeit eines Verzichts voraus. Artikel 147 Absatz 3 Bst. b StPO ist ersatzlos zu streichen.

3. Bemerkungen zu weiteren vorgeschlagenen Bestimmungen

3.1. Artikel 222 Absatz 2 und Artikel 228a E-StPO

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen vom ZMG abgelehnte Haft ins Gesetz überführt. In Artikel 228a wird das Verfahren für diesen Fall definiert. Der Vorschlag geht viel weiter als die heutige bundesgerichtliche Rechtsprechung. Diese verlangt eine rasche Reaktion für den vorsorglichen Entscheid für den vorsorglichen Entscheid über Aufrechterhaltung der Haft oder Entlassung durch die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz und lässt im Übrigen das normale Beschwerdeverfahren genügen (BGE 137 IV 245, 138 IV 98 f.). Neu soll die Beschwerdeinstanz wie das ZMG in erster Instanz ebenfalls innert 48 Stunden entscheiden. Dafür ist das grundsätzlich schriftliche Verfahren vor Beschwerdeinstanz kaum geeignet. Es muss zwingend mündlich verhandelt werden, obschon bereits vor dem ZMG eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. Der Aufwand auf der Ebene der Beschwerdeinstanzen nimmt mit dem vorgeschlagenen Verfahren (aber eher seltenen Fällen) deutlich zu. Die bundesgerichtliche Lösung ist mit Artikel 31 Absatz 3 BV und Artikel 5 Absatz 3 beziehungsweise 4 EMRK konform und genügt (Artikel 137 IV 230 E.2.1). Wir lehnen vorliegend eine Regelung, welche über die Anforderungen der EMRK hinausgeht, strikte ab. Eine solche führt unnötigerweise zu zusätzlichen Kosten.

Gemäss Artikel 237 Absatz 4 StPO richten sich die Anordnung und die Anfechtung von Ersatzmassnahmen sinngemäss nach den Vorschriften über die Untersuchungs- und die Sicherheitshaft. Es stellt sich die Frage, ob dieses Prozedere nach Artikel 228a E-StPO ebenfalls greift, wenn das ZMG entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft keine Ersatzmassnahmen anordnet und die Staatsanwaltschaft dagegen Beschwerde erhebt. Bei einschneidenden Ersatzmassnahmen (wie Hausarrest oder Kontaktverbot) mag dies sinnvoll sein, bei weniger einschneidenden Ersatzmassnahmen (wie wöchentliche telefonische Meldepflicht) hingegen kaum.

3.2. Artikel 230 Absatz 3 und 4 E-StPO

Haftentlassungen durch die Verfahrensleitung des erstinstanzlichen Gerichts – notabene mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft – erfolgen in der Praxis nie wegen fehlenden Tatverdachts, sondern meist wegen drohender Überhaft. Somit besteht keine Befangenheitsproblematik. Auf die vorgeschlagene Neuregelung ist zu verzichten.

3.3. Artikel 268 E-StPO

Die vorgeschlagene Änderung in Artikel 268 E-StPO widerspricht dem Wortlaut von Artikel 71 StGB. Artikel 71 StGB erlaubt die Beschlagnahme von Vermögenswerten beim Betroffenen und nicht nur beim Beschuldigten, wie dies in Artikel 268 E-StPO vorgesehen ist.

4. Weitere Vorschläge

4.1. Vertraulichkeit von Akten im Rahmen des Vorverfahrens

Die StPO ist in diesem Punkt zu wenig eindeutig, resp. zu wenig klar geregelt. Verschiedene Beispiele haben in der Vergangenheit gezeigt, dass ein zwingender Handlungsbedarf besteht. In der StPO-Revision ist deshalb unbedingt Klarheit zu schaffen. Es muss sichergestellt werden, dass im Rahmen der Akteneinsicht zugängliche Dokumente nicht vor der Anklageerhebung zur Veröffentlichung weitergegeben werden können und dürfen.

4.2. Verfahren mit sehr grosser Zahl von Privatklägern (Artikel 118^{bis} StPO)

Bei grossen Wirtschaftsfällen mit mehreren hundert oder über tausend Beschwerdeführern – vielfach mit Wohnsitz im Ausland – entstehen bei den Strafverfolgungsbehörden und beim Gericht grosse Bearbeitungsprobleme. Der Umgang mit den Privatklägern und vor allem die Gewährung all ihrer Verfahrensrechte (in jedem Verfahrensstadium) lösen einen sehr grossen Arbeitsaufwand aus. Dieser Aufwand besteht in keinem Verhältnis zur Ausübung dieser

Verfahrensrechte und verzögert das Verfahren stark. Es sind jeweils alle Privatkläger zu bedienen, obschon sich nur ganz wenige über das Geltend machen ihres finanziellen Anspruchs hinaus am Verfahren beteiligen. Wir unterstützen die von der KKJPD vorgebrachten Lösungsansätze, wonach ausländische Privatkläger verpflichtet werden können, sich ein schweizerisches Zustelldomizil zu wählen und/oder die Privatkläger zu verpflichten, einen gemeinsamen Vertreter zu bestimmen. Der Entscheid darüber soll im Vorverfahren der Staatsanwalt oder im Hauptverfahren die Verfahrensleitung treffen können.

4.3. Siegelung (Artikel 248 StPO)

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

Bis ein endgültiger Entsiegelungsentscheid vorliegt, dauert es oft viele Monate. Während dieser Zeit stehen die gesiegelten Unterlagen der Strafverfolgungsbehörde für die weiteren Ermittlungen nicht zur Verfügung. Die Möglichkeiten der Siegelung sind deshalb gegenüber der heutigen Regelung deutlich einzuschränken. Eine Siegelung sollte nur noch dann möglich sein, wenn sich der Berechtigte auf ein spezifisches Beschlagnahmeverbot der StPO berufen und es im Entsiegelungsverfahren auch beweisen kann. Der Berechtigte kennt als einziger den Inhalt der sichergestellten Unterlagen. Er sollte verpflichtet werden, nach der Siegelung innert 10 Tagen sämtliche Daten und Akten exakt zu bezeichnen, die nach seiner Auffassung nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen. Nur über diese wäre anschliessend im Entsiegelungsverfahren zu befinden. Für die restlichen Daten und Unterlagen wäre die Siegelung ex lege aufzuheben und sie wären der Staatsanwaltschaft umgehend zur Durchsuchung und Auswertung zu überlassen.

Wie oben erwähnt, werden Strafuntersuchungen häufig wegen hängiger Entsiegelungsverfahren blockiert und verzögert. Befindet sich eine Person in Untersuchungshaft und ist im selben Zusammenhang ein Entsiegelungsverfahren hängig, ist eine schnelle Durchführung dieses Verfahrens eminent wichtig, damit nicht wegen des Entsiegelungsverfahrens die Haft verlängert wird. Das Bundesgericht hat beispielsweise im Fall 1B_146/2017 vom 2. Mai 2017 Kollusionsgefahr bis zum Abschluss des Entsiegelungsverfahrens bejaht.

Wie die KKJPD ersuchen auch wir, die Bestimmung zur Siegelung entsprechend anzupassen. Die vorgeschlagene neue Regelung in dieser Sache wird zu einer spürbaren Mehrbelastung des ZMG und der Beschwerdeinstanz zur Folge haben.

4.4. Ausschreiben von Deliktsgut (Artikel 210 Absatz 2 und Absatz 4 StPO)

Die Regelung in Absatz 4, wonach die Staatsanwaltschaft das Ausschreiben von Deliktsgut schriftlich anzuordnen hat, hat sich in der Praxis als untauglich erwiesen. Diese Massnahme ist im Interesse der Geschädigten und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb hierfür eine staatsanwaltschaftliche Anordnung nötig wäre.

4.5. DNA-Analysen- Voraussetzungen im Allgemeinen (Artikel 255 StPO)

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

4.6. Zusicherungen der Anonymität für Interventionseinheiten (Artikel 288 StPO)

In der Vergangenheit hat sich wiederholt gezeigt, dass Mitarbeitende von Interventions- und Observationseinheiten, welche im Rahmen ihrer Tätigkeiten in einem Gerichtsverfahren auftreten müssen, aufgrund der Offenlegung ihrer Identität Gefahr laufen, in der entsprechenden Spezialeinheit nicht mehr einsetzbar zu sein. Angesichts der oftmals gefährlichen Täterschaft besteht zudem ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass sie und ihre Familienangehörigen bei Bekanntwerden der Identität Vergeltungsschläge zu befürchten haben. Mitarbeitende von Interventionseinheiten sollten im Rahmen der Gerichtsverfahren so geschützt werden, dass deren Personalien ausschliesslich dem Gericht bekannt zu geben, von den Hauptakten separiert und nicht parteiöffentlich aufzubewahren und zu bearbeiten sind.

4.7. Ausweitung im Bereich Kinderpornographie, Sachüberschrift in Artikel 294 StPO

Verdeckte Ermittler im Bereich von Kinderpornographie stehen oftmals vor dem Problem, dass sie in den einschlägigen Foren nur Einlass erhalten, wenn sie kinderpornographisches Material liefern. Wer dies nicht kann, wird umgehend ausgeschlossen. Entsprechend besteht für verdeckte Ermittler keine Möglichkeit, sich einzuschleusen, zumal sie sich nach heutigem Recht strafbar machen würden, wenn sie der entsprechenden Aufforderung nachkämen. Zum Zwecke der Ermittlung müssten hier Ausnahmen möglich werden, allerdings unter strengen Voraussetzungen. In Artikel 294 StPO müsste die Sachüberschrift weiter gefasst werden. Zudem müsste diese Bestimmung mit einem weiteren Absatz ergänzt werden.

5. Finanzielle Auswirkungen

Im Vernehmlassungsbericht wird ausgeführt, dass sich der Mehr- und der Minderaufwand nicht quantifizieren lasse und es sich deshalb nicht sagen lasse, ob die Änderungen letztlich zu einer Mehr- oder Minderbelastung führen oder ob im Ergebnis sogar keine Veränderung zu gewärtigen sein werde. Diese Einschätzung erweist sich als falsch. Dass eine Vereinfachung des Abwesenheitsverfahrens zu einem Minderaufwand führen wird, wird nicht in Frage gestellt. Die vorgeschlagenen Änderungen beim Strafbefehlsverfahren werden insgesamt noch komplexer, noch aufwändiger und mehrheitlich länger. Diese Änderungen wie auch die Einführung der Beschwerdemöglichkeit gegen ZMG-Entscheide an die kantonale Beschwerdeinstanz werden zu einem markanten Mehraufwand sowohl bei der Staatsanwaltschaft wie auch bei der Beschwerdeinstanz führen. Dem Staatsanwalt als «Schnellrichter» im Massengeschäft werden unverständlicherweise «Bremsen» angelegt, was dem Beschleunigungsgebot von Artikel 5 StPO diametral entgegenläuft. Damit ohne Verletzung des Beschleunigungsgebotes die Strafverfahren noch innert vernünftiger Frist abgeschlossen werden können, müsste es mittelfristig sowohl bei der Strafverfolgungsbehörde wie bei den Gerichtsbehörden mehr Personal brauchen, was zu einer Kostensteigerung in der Strafverfolgung sowie bei der Justiz führen würde. Wir sind nicht bereit, kostensteigernde Massnahmen im vorliegenden Ausmass weiter zu unterstützen. Wir ersuchen Sie eindringlich, bei allen Revisionsarbeiten auch deren Ausführungskosten in den Kantonen im Auge zu behalten. Wir lehnen vorliegend alle Änderungsvorschläge ab, welche zu einem personellen und/oder finanziellen Mehraufwand führen.

Wir bitten Sie, unsere Anträge und Bemerkungen bei der weiteren Bearbeitung der Vorlage gebührend zu berücksichtigen und danken Ihnen dafür.

Freundliche Grüsse



Paul Winiker
Regierungsrat

Zustellung an: annemarie.gasser@bj.admin.ch

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Modification du code de procédure pénale (exécution de la motion 14.3383, Commission des affaires juridiques du Conseil des États, adaptation du code de procédure pénale)

**N/Réf : CONSU.2017.00017/GS/sgf
(à rappeler dans toute correspondance)**

Madame la conseillère fédérale,

Nous faisons suite au courrier que vous avez adressé le 1^{er} décembre 2017 aux gouvernements cantonaux et avons l'avantage de vous remettre ci-après la réponse de la République et Canton de Neuchâtel dans le cadre de la consultation susmentionnée.

Sur le principe

Sans aborder ici le fond, nous regrettons que le dispositif pénal suisse connaisse encore un changement. Domaine du droit essentiel portant fortement atteinte aux libertés individuelles et aux forts impacts sociétaux, le droit pénal doit être stable, compréhensible et sûr. À l'instar des nombreuses adaptations du code pénal depuis 2007, cette modification du droit de la procédure ne répond hélas pas à ces nécessités.

Nombre des modifications proposées auront un impact organisationnel et financier important pour les cantons, ce qui n'est pas admissible pour notre Autorité.

En préambule, nous pouvons relever que le coût de l'indemnisation du défenseur d'office du prévenu acquitté selon les articles 429ss CPP qui augmenterait significativement en cas d'acceptation du nouvel article 135 CPP. En effet actuellement, dans le canton, conformément au décret fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (TFrais), du 6 novembre 2012, l'avocat d'office est indemnisé au tarif horaire de 180 francs. Ainsi, en cas d'acceptation, l'avocat serait indemnisé au tarif horaire moyen pratiqué dans le canton, soit 270 francs. Cette modification engendrera des coûts supplémentaires importants que l'État ne peut pas accepter.

Commentaires détaillés

Après consultation des autorités judiciaires et des services concernés par cette adaptation, nous vous soumettons les observations sur les dispositions qui nous paraissent mériter un examen.

Article 19, alinéa 2, lettre b (Tribunal de première instance)

À notre sens, il appartient au juge de définir si la mesure relève de l'article 59, alinéa 2 CP ou de l'article 59, alinéa 3 CP.

Article 123, alinéa 2 (délai de dépôt des conclusions civiles)

La règle actuelle prévoit le dépôt de la motivation et des conclusions civiles au plus tard durant les plaidoiries. Ce mode de faire ne laisse parfois pas suffisamment de temps au juge pour rendre un jugement rapidement. Dans pareille situation, le renvoi à l'instance civile est systématique, quand bien même aucune instruction supplémentaire ne serait nécessaire. Lorsqu'il prend connaissance durant l'audience de jugement des conclusions civiles de la partie plaignante, le prévenu lui-même manque du recul nécessaire pour faire valoir sa position et en préparer la motivation. La règle proposée renverse complètement ce paradigme puisqu'elle fixe le moment ultime du dépôt à la clôture de l'instruction. Cela risque de générer, dans bien des cas, l'impossibilité du dépôt de conclusions civiles pendant le procès pénal, en particulier lorsque les effets de l'infraction s'inscrivent quelque peu dans le temps. À l'instar de ce qui prévaut actuellement, une part de conclusions civiles « simples » sera renvoyée à l'instance civile. Notre proposition est de prévoir qu'au moment où la direction de la procédure fixe les débats (art. 331, al. 4), elle assigne simultanément un délai à la partie civile pour déposer par écrit le calcul et la motivation de ses conclusions civiles.

Article 131, alinéas 2 et 3 (mise en œuvre de la défense obligatoire)

On comprend que la proposition de mettre en œuvre la défense obligatoire au moment de l'ouverture d'instruction a été introduite en lien avec la problématique des prévenus susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'expulsion. Toutefois, les conditions légales de l'exigence de défense obligatoire n'apparaissent pas forcément au moment de l'ouverture. Proposition : le remplacement de la locution « lors de l'ouverture de l'instruction » par « dès que les conditions apparaissent remplies ».

Article 133 (désignation du défenseur d'office)

La création et mise en place d'un organe indépendant sont compliquées. D'une part, sa création occasionnera des frais supplémentaires pour l'État et, d'autre part, sa mise en place engendrera des délais et retards peu compatibles avec la nécessité de désigner des avocats en tout temps. Cette modification complique inutilement la procédure et ne se justifie pas (en tous les cas, pas dans le Canton de Neuchâtel). Il faut donc renoncer au changement proposé, en particulier au nouvel alinéa 1 de l'article 133.

Article 135, alinéa 1 (indemnisation du défenseur d'office du prévenu acquitté)

Comme indiqué en préambule, cette modification va engendrer des coûts supplémentaires importants pour l'État et nous recommandons donc de renoncer à ce changement légal. Subsidiairement, l'introduction d'une réglementation limitant le tarif horaire des indemnités de l'article 429 CPP devient d'autant plus urgent.

Article 136, alinéa 1bis (assistance judiciaire gratuite pour la partie plaignante)

L'assistance judiciaire accordée à la victime ne devrait être limitée qu'aux mêmes affaires que celles permettant l'octroi d'un défenseur d'office au prévenu.

Article 147, alinéas 3 et 3bis (droit de participer à l'administration des preuves)

Les règles proposées vont plus loin que les standards définis par la CEDH et par le Tribunal fédéral (TF). On rappelle que dans la procédure préliminaire, le ministère public n'est pas une partie comme les autres à mesure qu'elle est assignée à la vérité du dossier et des éléments de preuve qui composent le dossier. L'exclusion d'un participant à la procédure doit toujours être possible lorsque la personne en question n'a pas encore été entendue.

Article 147a, alinéa 3 (restriction du droit de participer du prévenu)

La restriction du droit du prévenu à participer aux auditions des co-prévenus ou des témoins lorsqu'il y a lieu de craindre qu'il adapte sa déposition à celle de la personne à entendre est saluée. Néanmoins, il convient de relever que l'obligation de l'enregistrement audiovisuel nécessitera l'acquisition de caméras et la formation du personnel quant à leur fonctionnement.

Article 221, alinéa 1, lettre c (conditions)

Cette modification aura des effets réels pour les cantons quant à l'augmentation prévisible des journées de détention exécutées et des expertises de dangerosité. L'enjeu financier peut être majeur et il serait souhaitable que la Confédération prévoie un mode de financement ou de soutien. Au surplus, la notion de « sécurité sérieusement compromise » n'est pas précise et, si elle n'est pas complétée, laissera une importante marge d'appréciation aux juges ou aux cantons, peu souhaitable en l'espèce. Une rédaction intégrant au moins aussi la probabilité du risque serait bienvenue.

Article 222, alinéa 2 (voies de droit)

Il est préconisé l'introduction d'une voie de recours ouverte également aux autorités désignées pour exécuter ou surveiller les mesures de substitution. Elles sont directement touchées par ce type de décisions, qui laissent une marge de manœuvre très large aux Tribunaux des mesures de contrainte (TMC) pour définir les règles aux termes de l'article 237 CPP. Des décisions impossibles à mettre en œuvre pratiquement doivent pouvoir être contestées devant un tribunal.

Article 228a (délai de recours du ministère public)

Le projet prévoit que le ministère public adresse son recours motivé contre une décision prise par le TMC dans les trois heures qui suivent la notification de la décision. Ce délai s'avérera impraticable dans bien des situations. Un délai de six heures semble plus réaliste.

De plus, au sens de cette modification, l'autorité de recours en matière pénale (ARMP) devra :

- a) d'une part, convoquer le ministère public, le prévenu et son défenseur à une audience à huis clos, et accorder sur demande et avant l'audience au prévenu et à son défenseur le droit de consulter le dossier en sa possession : cette procédure va engendrer des difficultés logistiques (déplacement du prévenu détenu, organisation d'une audience). De plus, comme le prévenu et son défenseur ont déjà eu l'occasion d'être entendus et de

consulter le dossier devant le TMC, il semble que ces prescriptions sont inutiles et uniquement susceptibles à ouvrir la voie à des demandes dilatoires ;

- b) d'autre part, statuer immédiatement, mais au plus tard dans les 48 heures suivant la réception du dossier. Or, à l'heure actuelle, l'ARMP statue très rapidement, mais pas forcément dans les 48 heures, ce qui lui permet de fouiller davantage que le TMC les questions de fait et de droit. Grâce à cela, les jugements de l'ARMP posent souvent des jalons fiables pour la suite de la procédure. Si le délai de 48 heures devrait être institué, cette faculté serait abandonnée :: l'ARMP ne pourrait se fonder que sur les éléments de fait décrits dans la demande, la décision querellée et le recours. Le gain de temps se fera au détriment de la qualité et c'est finalement au TF que se fera le réel examen matériel conduisant – paradoxalement – à moins bien protéger le prévenu.

Article 230, alinéas 3 et 4 (libération de la détention pour des motifs de sûreté durant la procédure de première instance)

Cette modification complique inutilement la procédure et ne se justifie pas : la direction de la procédure de l'autorité de jugement peut statuer sur la détention sans paraître partielle ; c'est de plus oublier que le TMC se sera prononcé sur la détention peu avant, au moment du renvoi de la cause devant le tribunal.

Article 233 (demande de libération pendant la procédure devant la juridiction d'appel)

Cette clarification est saluée.

Article 236, alinéa 1 (exécution anticipée des peines et des mesures)

Cette précision est essentielle, bienvenue et soutenue : elle consacre la pratique majoritairement en vigueur dans les cantons.

Article 248, alinéa 3 (mise sous scellés)

Il est regrettable que le délai d'un mois ait été supprimé. Il est à craindre que sans délai, la demande de levée des scellés prenne encore plus de temps et prêterite ainsi l'enquête.

Article 251a (prise de sang et d'urine)

Nous saluons la possibilité pour la police d'ordonner une prise de sang ou d'urine lorsque les conditions sont remplies. S'il est juste que le ministère public reste l'autorité compétente pour ordonner une prise de sang ou d'urine en cas d'opposition à celle-ci, l'alinéa 2 consistant à informer le ministère public en cas d'opposition est malgré tout inutile et il convient donc de le supprimer.

Article 301 (information au dénonciateur)

Le projet prévoit de fournir au dénonciateur (à sa demande) une copie de son procès-verbal. Cette manière de faire générerait un risque de collusion qui ne serait d'ailleurs pas pleinement déterminable au début de la procédure. Les procès-verbaux, qu'ils fussent du dénonciateur ou de tout autre participant à la procédure, sont une partie du dossier et seules les parties à la procédure doivent pouvoir en avoir connaissance. Proposition est faite d'en rester au statu quo.

Article 318, alinéa 1bis (clôture de l'instruction)

Cette modification complique inutilement la procédure et ne se justifie pas : il appartient à la victime, sans interpellation du ministère public, de décider si elle veut être plaignante ou non.

Articles 352 et 352a (conditions portant sur l'ordonnance pénale).

Le projet prévoit une limitation à 120 jours-amende ou quatre mois de peine privative de liberté au ministère public dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale au cas où une victime est partie à la procédure. Dans le même ordre d'idée, le projet prévoit l'audition obligatoire du prévenu en cas de peine privative de liberté de plus de quatre mois ou de plus de 120 jours-amende. Cette nouvelle règle va non seulement compliquer le travail du ministère public mais va susciter des actes supplémentaires et quelque peu charger les tribunaux. En plus de cela, le projet ne va pas vraiment servir la cause des victimes. À cet égard, on rappelle qu'il y a différents degrés d'atteintes psychiques, physiques ou sexuelles qui font que les personnes ayant un statut de victime sont plus ou moins gravement touchées par les conséquences de l'infraction. Le fait que le prévenu puisse lui aussi avoir un statut de victime (par hypothèse dans une rixe) n'est pas non plus pour simplifier la mise en place de la règle proposée. En rester donc au statu quo paraît la meilleure solution.

Articles 355, alinéa 2 et 356, alinéa 4

Ces modifications ne sont pas justifiées à mesure qu'elles ne font que soutenir les prévenus qui se désintéressent de la procédure.

Article 364a (détention pour des motifs de sécurité ordonnée en vue d'une décision judiciaire ultérieure)

La saisine prévue d'un TMC paraît superflue lorsqu'une peine ou un solde de peine privative de liberté reste à exécuter (ce qui constitue la majorité des cas : libération conditionnelle, sursis ou mesures ambulatoires suspendant une peine privative de liberté). La mise en détention prévue par cette disposition peut donc s'effectuer sur la seule base du jugement définitif ayant initialement ordonné une détention. Une analogie peut être faite avec ce que prévoit par exemple l'article 79b, alinéa 3. Dans ces cas, il doit donc être renoncé à la saisine d'un TMC.

Article 365, alinéa 3 (décision)

La voie du recours contre les décisions postérieures au jugement doit être maintenue. L'appel doit rester limité aux jugements « initiaux » de 1ère instance ; on risque de se trouver dans une situation où la procédure de 1ère instance (en principe, écrite) sera plus sommaire que celle menée devant la juridiction d'appel. Le rôle du ministère public devrait dans tous les cas être clarifié.

Article 388, alinéa 2 (compétence de la direction de la procédure en matière d'ordonnances de procédure, de mesures provisionnelles et de décisions de non-entrée en matière)

Cette nouvelle disposition propose d'étendre la compétence de la direction de la procédure de l'autorité de recours à certaines décisions de non-entrée en matière (let. a à c). Les cas visés sont ceux dans lesquels il y a lieu, pour des raisons formelles, de ne pas mener la procédure de recours ou de la clore prématurément. Il n'y a pas d'entrée en matière sur le fond. Pour des raisons d'économie de procédure, il paraît donc peu cohérent de laisser un

collège se pencher sur ces recours. Une règle analogue régit la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 108 LTF).

En conclusion, nous pouvons soutenir toute volonté de rendre plus pragmatique le code de procédure pénale. Par contre, nous nous opposons aux modifications qui vont alourdir, souvent inutilement, les tâches des acteurs étatiques parties prenantes à la procédure. Ces propositions engendrent des adaptations organisationnelles et des coûts que notre canton ne saurait sans autre accepter.

En vous remerciant de nous avoir donné la possibilité de prendre position sur cet objet, nous vous prions d'agréer, Madame la conseillère fédérale, l'expression de notre haute considération.

Neuchâtel, le 5 mars 2018

Au nom du Conseil d'État :

Le président,

L. FAVRE

La chancelière,

S. DESPLAND





CH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

Eidgenössisches Justiz- und Polizei-
departement
Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

Telefon 041 618 79 02
staatskanzlei@nw.ch
Stans, 6. März 2018

Justiz- und Sicherheitsdirektion. Änderung der Strafprozessordnung. Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung. Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sie haben uns mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 zur Vernehmlassung zu oben genannter Vorlage eingeladen. Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Mitwirkung und äussern uns gerne wie folgt, wobei wir uns eng an die Stellungnahme der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz angelehnt haben:

1. Grundsätzliche Vorbemerkungen

Nach der Bundesverfassung ist die Gesetzgebung des Strafprozessrechts Sache des Bundes, hingegen liegt die Strafverfolgung im Wesentlichen in der Zuständigkeit der Kantone (Artikel 123 Absatz 2 BV). Der Bundesgesetzgeber hat damit rechtsstaatlich konforme Verfahren in der Strafverfolgung festzulegen. Da die Hauptlast der Strafverfolgung bei den Kantonen liegt, erwarten die Kantone, dass bei der Ausgestaltung der Verfahren auch der finanzielle Aspekt berücksichtigt wird, dass die Verfahren kostenmässig noch verkraftet werden können.

Bereits anlässlich der Vernehmlassung vom 18. Januar 2002 zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnungen zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) wurde die Regeldichte des Entwurfes der Schweizerischen Strafprozessordnung generell in Frage gestellt und bemängelt, dass der Gesetzesentwurf von Misstrauen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zeuge. Die extensive Ausgestaltung der Verteidigungsrechte, welche mitunter über die durch die EMRK gewährten Garantien hinausgingen, wurden schon damals in Frage gestellt.

Nach der Vernehmlassungsvorlage soll die Regeldichte in der StPO noch grösser, der Staatsanwaltschaft sollen noch mehr Formalien auferlegt werden. Vom Staatsanwalt wird grundsätzlich mit dem Beschleunigungsgebot (Artikel 5 StPO) ein schnelles Verfahren verlangt, aber gleichzeitig wird ein schnelles Verfahren mit einer übermässigen Regulierung unterbunden. Dieser Tendenz muss Einhalt geboten werden. Das Strafprozessrecht sollte dazu dienen, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen. Das überregulierte Strafprozessrecht stellt indessen heute vermehrt Stolpersteine und verhindert zunehmend die Erfor-

schung der materiellen Wahrheit sowie die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches. Das Vertrauen in den Staat und in die Justiz hat durch diese Überregulierung in den letzten Jahren stark gelitten, was zahlreiche parlamentarische Vorstösse in den Eidgenössischen Räten (siehe Seite Ziffer 1.1.1 des erläuternden Berichtes) und verschiedene Berichte in den Medien zeigen.

Nach der Chronologie sind seit Inkrafttreten der StPO in 24 Gesetzesvorlagen bereits 57 Bestimmungen dieses Prozessrechts geändert worden. Nun soll die seit sieben Jahren geltende StPO bereits in Revision gezogen werden; dieser Umstand ist bedenklich und der Rechtssicherheit nicht förderlich. Gerade im Straf- und im Strafprozessrecht wären mehr Konstanz und Verlässlichkeit sehr gefragt.

Die StPO soll keine grundlegende Revision, sondern nur punktuelle Änderungen einzelner Bestimmungen, deren Anwendung in der Praxis zu Schwierigkeiten oder ungewollten Ergebnissen geführt haben, erfahren. Aus unserer Sicht sind diejenigen Bestimmungen, die einer effizienten Wahrheitsfindung entgegenstehen, anzupassen. Die Strafprozessordnung muss praxistauglicher werden.

2. Zu den einzelnen Bestimmungen

2.1. Einvernahmeprotokolle bei Aufzeichnung der Einvernahme Art. 78a

Es ist richtig, die Möglichkeit der technischen Aufzeichnung unter gleichzeitiger Befreiung von der Pflicht fortlaufender Protokollierung nicht mehr auf das Hauptverfahren zu beschränken. Die neue Regelung hat zum Vorteil, dass auch im Vorverfahren Aufzeichnungen erfolgen können.

Fraglich ist jedoch, ob eine nachträgliche Erstellung eines Protokolls aus den Aufzeichnungen tatsächlich in jedem Fall sinnvoll und praktikabel ist. Wichtig erscheint uns, dass nachträglich kein Wortprotokoll erstellt werden muss. Grundsätzlich sollte es ausreichen, nur die Kernaussagen der Einvernahme zu verschriftlichen.

2.2. Teilnahmerechte, Art. 147 Abs. 3 und 3bis StPO, Art. 147a StPO

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

Durch das mit der Strafprozessordnung gewählte Staatsanwaltschaftsmodell und insbesondere mit den Artikeln 307 und 309 StPO ist die Staatsanwaltschaft sehr früh in zahlreiche Strafverfahren involviert. So hat die Polizei gemäss Art. 307 StPO die Staatsanwaltschaft unverzüglich über schwere Straftaten und andere schwerwiegende Ereignisse zu informieren und die Staatsanwaltschaft hat gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO eine Untersuchung zu eröffnen, wenn sie im Sinne von Art. 307 durch die Polizei informiert worden ist. Da diese Informationspflicht „unverzüglich“ zu erfolgen hat, steht der massgebliche Sachverhalt zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest. Die genauen Tatumstände, die Tatbeteiligungen bei mehreren Tätern, die Motivlage und subjektive Elemente müssen somit erst ermittelt werden. Ein wichtiges Instrument zur Klärung des Sachverhalts stellen dabei Einvernahmen dar. Diese werden miteinander und mit allfällig vorhandenen Sachbeweisen oder weiteren Indizien abgeglichen und allfällige Widersprüche werden geklärt. Dabei ist ein Strafverfahren äusserst dynamisch. Je

nach Entwicklung stellt sich der Sachverhalt immer wieder anders dar oder es zeigen sich im Verlaufe des Verfahrens weitere Aspekte, die zu Beginn des Verfahrens nicht bekannt gewesen waren. Um herauszufinden, was wirklich passiert ist, sind die Staatsanwaltschaften in einer ersten Phase darauf angewiesen, Aussagen unbeeinflusst erhalten zu können. Die Beschuldigten erhalten selbstverständlich zu einem späteren Zeitpunkt das Recht, zu diesen Aussagen Stellung zu nehmen und Ergänzungsfragen zu stellen. Es geht somit schlicht darum, mehrere Personen zur gleichen Sache zu befragen, bevor sich diese haben absprechen können oder auf andere Weise Kenntnis von den Aussagen der anderen Beteiligten erhalten. Aus allfälligen Abweichungen ergeben sich dann Anhaltspunkte dafür, ob jemand die Wahrheit sagt oder nicht. Umgekehrt kann aber auch davon ausgegangen werden, dass man sehr nahe an der Wahrheit dran ist, wenn mehrere Personen dasselbe aussagen, ohne dass sie sich zuvor haben absprechen können oder auf andere Weise Kenntnis von allfälligen anderen Aussagen erhalten haben. Wichtig für die Ermittlung der materiellen Wahrheit kann aber auch ein Wissensvorsprung sein. Vielleicht nennt zum Beispiel der eine Mittäter eines Raubüberfalls ein wichtiges Detail, das zu weiteren Beweismitteln führt. Gerade wenn sich Personen nicht in Untersuchungshaft befinden, brauchen die Strafverfolgungsbehörden Zeit, um solche Beweismittel zu sichern, bevor sie anderen Mittätern zur Kenntnis gelangen. Insbesondere schwere Straftaten werden zudem oft nicht von Einzeltätern begangen. Bis man weiss, wer in welcher Hierarchiestufe gehandelt hat bzw. wer welchen Tatbeitrag geleistet hat, müssen oftmals zahlreiche Sach- und Personalbeweise erhoben werden. Es ist sicherlich gut vorstellbar, dass ein Mittäter unterer Hierarchiestufe kaum dazu bereit ist, in Anwesenheit seines „Vorgesetzten“ irgendwelche Aussagen zu machen.

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

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

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

Wie bereits in den Vorbemerkungen ausgeführt, vermag die Begründung im Begleitbericht für die grundsätzliche Beibehaltung des Teilnahmerechts, nämlich dass dieses Ausdruck des angestrebten „Gleichgewichts“ der Parteien sei, nicht zu überzeugen. Die Staatsanwaltschaft ist im Vorverfahren gerade nicht Partei, sondern hat einen übergeordneten Auftrag zu erfüllen.

Die Verteidigungsrechte und das faire Verfahren werden dabei bereits umfassend durch die Mitwirkungsrechte an den Beweiserhebungen, die ausgedehnten Beschwerderechte und durch den Anwalt der ersten Stunde gewährleistet.

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

Wir beantragen daher, die Teilnahmerechte an Einvernahmen, insbesondere bei mitbeschuldigten Personen, gemäss der EMRK und der dazugehörigen Rechtsprechung auszugestalten in dem Sinne, dass jedermann, der in einem Strafverfahren beschuldigt wird, das Recht hat, mindestens einmal während des Verfahrens mit Belastungszeugen konfrontiert zu werden und Fragen zu stellen. Art. 147 Abs. 1 E StPO wäre entsprechend abzuändern, Art. 147 Abs. 2 und 3 E StPO wären aufzuheben.

2.3. Strafbefehlsverfahren

Das Strafbefehlsverfahren steht seit Anfang an teilweise in der Kritik. Auch wenn wir nicht ausschliessen können, dass es in Einzelfällen zu Fehlern kommt und das interne Controlling versagt, sind der Grundgedanke und die aktuelle Ausgestaltung überzeugend und rechtsstaatlich korrekt. Wir verweisen an dieser Stelle auf BGer 6B_1139/2014 Erwägung 1.2.:

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

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

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

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

Wir beantragen daher, die bisherige Regelung beizubehalten in dem Sinne, dass unbestrittene Zivilforderungen im Strafbefehl vorgemerkt werden.

2.3.2. Art. 269 Abs. 2 Bst. a

Wir begrüssen die Aufnahme der beiden Tatbestände von Artikel 226bis StGB (Gefährdung durch Kernenergie, Radioaktivität und ionisierende Strahlen) sowie Artikel 226ter StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen) in die Deliktskataloge.

Die Kataloge sind jedoch unseres Erachtens mit weiteren Artikeln zu ergänzen. Aufzunehmen ist die AQ/IS-Strafnorm (als Übergangsbestimmung bis Art. 260sexies StGB in Kraft tritt). Auch fallen Art. 220 StGB (Entziehen von Minderjährigen) und Art. 143bis StGB (Datenhacking) bisher nicht darunter, obschon sich hier weiterführende und rasche Ermittlungsansätze sehr oft nur dank entsprechenden Überwachungsmassnahmen ergeben. Und gerade Delikte im Bereich Datenhacking können eine Dimension schädigender Auswirkungen erreichen, welche sich der Gesetzgeber bei der Revision der "Computer-Delikte" 1994 nicht vorstellen konnte.

Im Weiteren ist der Katalog der verdeckten Ermittlung (Art. 286 Abs. 2 Bst. a) zu ergänzen in Bezug auf Art. 197 Abs. 1 StGB (Pornografie). Die Einschränkung auf die Absätze 3-5 führt zur Problematik, dass in Fällen, bei denen die Täterschaft pornographische Bildaufnahmen an Minderjährige verschickt (typisch hier Bildaufnahmen der Täterschaft von ihrem Geschlechtsteil), die verdeckte Ermittlung in dieser Phase noch nicht möglich ist und so die IP-Adresse und entsprechend die Identität nicht festgestellt werden können. Derartige Handlung zeigen jedoch ein gefährliches Potential für weitere gravierende strafbare Handlungen im Bereich von sexuellen Handlungen mit Minderjährigen und müssen den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit eröffnen, die Person möglichst rasch ausfindig zu machen.

2.3.3. Art. 352 a EStPO / Obligatorische Einvernahme im Strafbefehlsverfahren

Ob im Strafbefehlsverfahren Einvernahmen nötig sind, hängt von der Konstellation des Einzelfalles ab. Es besteht kein Zweifel, dass in einigen Fällen Einvernahmen erforderlich sind, jedoch bietet das Strafmass hierfür kein taugliches Kriterium und führt zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens in denjenigen Fällen, in denen ein Beweisverfahren gerade nicht notwendig gewesen wäre. Dies unter anderem auch deshalb, weil bei einer Einvernahme zwingend ein Verfahren zu eröffnen und Art. 309 Abs. 4 StPO nicht mehr anwendbar ist. Wir schlagen daher vor, die Einvernahmeverpflichtung ganz zu streichen und den Kantonen zu überlassen, diese in einer Weisung zu regeln, wie dies bereits vielfach gemacht worden ist, oder einzig die Einvernahmeverpflichtung bei in Frage stehendem Widerruf zu normieren.

2.3.4. Art. 354 Abs. 1^{ter} EStPO / Einsprachefristen

Auf die unterschiedlichen Einsprachefristen bei persönlicher bzw. nicht persönlicher Aushändigung ist zu verzichten, ebenso auf eine Verlängerung der Einsprachefrist. Im Begleittext wird hierzu ausgeführt, dass die kurze Einsprachefrist in Lehre und Rechtsprechung zu Kritik geführt habe und dass aus den tiefen Einsprachequoten nicht auf die Akzeptanz der Strafbefehle geschlossen werden könne. Hierzu ist zu bemerken, dass die Einsprachefrist nur vereinzelt zu Kritik geführt hat und es problematisch erscheint, wenn aufgrund einzelner kritischer Stimmen

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

2.4. Ausbau der Opferrechte

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

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

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

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

von den Erkenntnissen aufgrund der Evaluation des Opferhilfegesetzes augenfällig divergieren, regen wir eine erneute sorgfältige Prüfung und Evaluation an.

2.5. Verteidigung

2.5.1. Art. 131 Abs. 2 und 3 EStPO

Ein Vorverfahren wird nicht formell eingeleitet. Wir regen daher an, auf diesen Terminus bzw. überhaupt auf die Nennung eines Zeitpunkts zu verzichten und stattdessen einzig auf das Vorliegen der Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung abzustellen. Der Gesetzestext könnte dann beispielsweise wie folgt lauten:

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

2.5.2. Art. 133 EStPO / Bestellung der amtlichen Verteidigung

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

2.5.3. Art. 135 Abs. 1 EStPO zweiter Satz 3 und 4 / Entschädigung der amtlichen Verteidigung bei Einspruch und Einstellung

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

2.6. Weitere Bestimmungen / Bemerkungen und technische Anpassungsvorschläge

2.6.1. Art. 55a lit. b EStPO / Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengericht bei aktiver Rechtshilfe

Dieser Vorschlag wird abgelehnt. Die Verfahren werden damit unnötig verkompliziert und verlängert. In der Schweiz gehört die Staatsanwaltschaft zudem zur Justiz bzw. hat Aufgaben, die in anderen Ländern der Justiz zukommen. Zu dieser Tradition sollte man sich auch im internationalen Verhältnis bekennen.

2.6.2. Art. 88 Abs. 4 EStPO / Rechtskraft von Strafbefehlen auch ohne Zustellung

Auch wenn ein Strafbefehl im Amtsblatt ausgeschrieben wird, wird er von den Beurteilten nicht gelesen. Es handelt sich daher um eine nicht zielführende Alibiübung. Die Ausschreibungen

verursachen daher ausschliesslich Kosten und Aufwand, ohne dass ein Nutzen für irgendjemanden geschaffen wird. Die bisherige Regelung ist daher beizubehalten.

2.6.3. Art. 221 EStPO / Wiederholungsgefahr

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach in Ausnahmefällen auch auf das Vortatenerfordernis verzichtet werden kann, sei auch hier zu übernehmen (z.B. BGE 137 IV 13 E. 3 f.).

2.6.4. Art. 222a Abs. 2 EStPO / Haftverfahren

Die Begründungspflicht von drei Stunden sei angemessen zu verlängern (nicht mehr als zwölf Stunden). Die Frist von drei Stunden hat sich in der Praxis als sehr kurz erwiesen.

2.6.5. Art. 231 Abs. 2 EStPO / Fortsetzung der Sicherheitshaft nach erstinstanzlichem Urteil

Die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, die Fortführung der Sicherheitshaft zu beantragen, sollte ihr immer dann zukommen, wenn sie Berufung anmeldet und das erstinstanzliche Gericht die Freilassung des Beschuldigten anordnet. Also beispielsweise auch bei einer Verurteilung zu einer kurzen oder einer bedingten Freiheitsstrafe und nicht nur bei einem Freispruch.

2.6.6. Art. 248 Abs. 1, 2 und 3 EStPO

Die Möglichkeit der Siegelung blockiert bereits heute, trotz der 30-tägigen Ordnungsfrist, die Verfahren oft monatelang. Die Zwangsmassnahmengerichte sind aufgrund fehlender Ressourcen oftmals nicht in der Lage, diese Frist einzuhalten. Diese Problematik akzentuiert sich, wenn grosse Mengen an elektronischen Daten sicherzustellen sind. Die Siegelung kann so missbraucht werden, um die Auffindung deliktisch erlangter Vermögenswerte oder die Sicherstellung von Beweisen zu verhindern. Es sollte deshalb geprüft werden, ob die Möglichkeiten der Siegelung nicht eingeschränkt werden sollten, z.B. dass diese Möglichkeit nur besteht, wenn man sich auf ein Beschlagnahmeverbot nach StPO berufen kann. So oder so sollte jedoch unbedingt festgehalten werden, dass über die Siegelung in einem beschleunigten Verfahren zu entscheiden ist.

2.6.7. Art. 251a EStPO/ Blut- und Urinuntersuchung

Der Gesetzestext sollte dahingehend abgeändert werden, als dass die Polizei sowohl eine Blut- als auch eine Urinabnahme inklusive der jeweiligen Untersuchung anordnen können soll.

Der Abs. 2 könnte gestrichen werden, da die Staatsanwaltschaft ja grundsätzlich für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig ist und die Polizei sie entsprechend informiert, sollte eine Zwangsmassnahme erforderlich sein.

2.6.8. Art. 301 Abs. 1^{bis} EStPO / Aushändigung einer Kopie der Anzeige

Hier ist nicht ganz klar, wie diese Bestimmung zu verstehen ist. Gegen die Aushändigung einer Anzeige ist nichts einzuwenden, gegen die Aushändigung eines Einvernahmeprotokolls jedoch schon, da insbesondere zu Anfang eines Verfahrens Kollusionsgefahr besteht. Wir empfehlen daher die Beibehaltung der aktuellen Regelung.

2.6.9. Art. 303a / Sicherheitsleistung bei Ehrverletzungsdelikte

Es ist zu prüfen, ob die Pflicht zur Sicherheitsleistung nicht auf weitere Antragsdelikte auszuweiten ist. Zudem ist zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die Sicherheitsleistung zu Gunsten der Staatskasse verfällt.

2.6.10. Art. 364 Abs. 5 EStPO / Verfahren bei nachträglichen Entscheiden

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

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

Diese Bestimmungen sind zu streichen, da viel zu unbestimmt. Es sollte wie heute dabeibleiben, dass diese Rechte im Hauptverfahren im Ausland geltend zu machen sind und nicht im Rahmen des Rechtshilfeverfahrens.

3. **Schlussbemerkungen**

Abschliessend ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass zahlreiche Vorschläge in der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage zu einer Verlängerung und einer Verteuerung der Verfahren führen würden, ohne dass ein zwingender Handlungsbedarf ausgewiesen wäre. Es ist daher fraglich, ob derartige Konsequenzen tatsächlich gewollt und im Interesse der Gesellschaft sind. Es ist auch in Erinnerung zu rufen, dass das Strafprozessrecht als Prozessrecht dazu dienen sollte, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen und nicht, dessen Durchsetzung zu behindern. Wenn ein Tatbestand formuliert wird, der bestraft werden soll, dann müssen den vollziehenden Behörden mit dem Prozessrecht auch diejenigen Instrumente in die Hand gegeben werden, die es ihr ermöglichen den Sachverhalt zu beweisen. Selbstverständlich müssen das faire Verfahren und die Parteirechte ebenfalls gewährleistet werden. Dies geschieht in der geltenden Strafprozessordnung aber bereits in umfangreichem Masse. Bei den Teilnahmerechten hat man nun die Parteirechte gegenüber dem gesetzlichen Auftrag zu stark in den Vordergrund gestellt, was sich nachteilig auf die Wahrheitsfindung auswirkt. Die angeblich starke Stellung und Machtfülle der Staatsanwaltschaft wird bereits ausreichend begrenzt und kontrolliert durch die übrigen Mitwirkungsrechte der Parteien, die ausgedehnten Beschwerderechte und die Zwangsmassnahmengerichte.

Freundliche Grüsse
NAMENS DES REGIERUNGSRATES



Yvonne von Deschwanden
Landammann



lic. iur. Hugo Murer
Landschreiber

Geht an:
- annemarie.gasser@bj.admin.ch